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: 54 (1935)

Artikel: Die Revision des Bürgschaftsrechts

Autor: Stauffer, W.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895942

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: 22.08.2025

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

Die Revision des Bürgschaftsrechts.

Referat von Oberrichter Dr. W. Stauffer, Bern.

INHALTSVERZEICHNIS. Seite

I. Abschnitt: Geschichte und Begriff der Bürgschaft 4a

1. Das älteste Recht (4a); 2. Die Entwicklung seit dem 16. Jahrhundert (6a); 3. Vererblichkeit der Bürgschaftsschulden (7a); 4. Die Bekämpfung des leichtsinnigen Bürgens (7a); 5. Die Vereinheitlichung des Bürgschaftsrechts in der Schweiz (8a); 6. Der Begriff der Bürgschaft (8a); 7. Bürgschaftsähnliche Geschäfte (9a).

II. Abschnitt: Die Gefahren des Bürgens und die gegenwärtigen Revisionsbestrebungen 11a

1. Die Bedeutung der Bürgschaft für die heutige Kreditwirtschaft (11a); 2. Auswüchse des Bürgschaftswesens (12a); 3. Die hauptsächlichsten Revisionspostulate (17a).

III. Abschnitt: Die Fähigkeit zur Eingehung von Bürgschaften 24a

1. Einschränkung der Bürgschaftsfähigkeit der Frauen im römischen Recht (24a); 2. Frauenbürgschaften im heutigen Recht (25a); 3. Vormundschaftliche Genehmigung von Bürgschaften (26a); 4. Die Zustimmung der Ehefrau zu Bürgschaften ihres Mannes (27a); 5. Die Bürgschaftsfähigkeit der Bevormundeten (29a); 6. Die Bürgschaftsfähigkeit unter elterlicher Gewalt stehender Kinder (32a); 7. Bürgschaften Jugendlicher (33a); 8. Die Bürgschaften der Verbeirateten (34a); 9. Ausnahmsweise Bürgschaftsunfähigkeit handlungsfähiger Personen (34a); 10. Verbürgung im Rahmen des versteuerbaren reinen Vermögens und des versteuerbaren Einkommens (36a); 11. Verbürgungen seitens von Gesellschaftern von Forderungen gegen Kollektiv- und Kommanditgesell-

schaften (37a); 12. Einseitiger oder vertraglicher Verzicht auf die Bürgschaftsfähigkeit (39a).

IV. Abschnitt: Die Bürgschaftsgenossenschaften 39a

1. Das Wesen der Bürgschaftsgenossenschaft (39a); 2. Die bisherige Entwicklung in der Schweiz (41a); 3. Die Weiterentwicklung (42a).

V. Abschnitt: Die Form der Bürgschaft . . . 44a

1. Die Formvorschriften des gegenwärtigen Rechts (44a); 2. Öffentliche Beurkundung der Bürgschaftsverträge (46a); 3. Eigenhändige Abfassung der Bürgschaftsverpflichtungen (48a); 4. Zustimmung zum Schuldnerwechsel (49a); 5. Bürgschaftsversprechen (50a); 6. Formmängel und Erfüllung (50a); 7. Erkundigungspflicht seitens des Gläubigers in Bezug auf die Vermögenslage des Bürgen (51a).

VI. Abschnitt: Das Bürgschaftsregister . . . 52a

1. Der Zweck der Formvorschriften (52a); 2. Historische Beispiele von Bürgschaftsregistern (53a); 3. Vom Informationsdienst der Banken (56a); 4. Vor- und Nachteile des Bürgschaftsregisters (57a); 5. Die nähere Ausgestaltung des Registers (60a); 6. Organisatorisches und Technisches (70a); 7. Die zwischenstaatliche Ordnung (71a).

VII. Abschnitt: Die zu verbürgende Hauptschuld 71a

1. Die akzessorische Natur der Bürgschaft (71a); 2. und 3. Die Verbürgung von Schulden aus einseitig unverbindlichen Verträgen (72a); 4. Die Verbürgung unvollkommener Obligationen (77a).

VIII. Abschnitt: Umfang und Ausgestaltung der Haftung des Bürgen 78a

1. Der Erfüllungsort der Bürgschaftsverbindlichkeit (78a); 2. Die Haftung des Bürgen für die gesetzlichen Folgen eines Verschuldens oder Verzuges des Hauptschuldners (79a); 3. Die Haftung des Bürgen für die Kosten einer Ausklagung des Hauptschuldners (80a); 4. Die Zinsenhaftung (80a); 5. Erweiterungen der Bürgenverpflichtung durch Rechtsgeschäfte des Hauptschuldners nach der Eingehung der Bürgschaft (81a); 6. Die Reduktion der Bürgenhaftung auf den Betrag einer mutmasslichen

Konkursdividende (81a); 7. Erweiterung des Kreises der unpfändbaren Vermögenswerte bei Bürgschaftsansprüchen (83a).

IX. Abschnitt: Die Fälligkeit der Bürgschaftsverpflichtung 83a

1. Die Abhängigkeit der Fälligkeit der Bürgenverpflichtung von derjenigen der Hauptschuld (83a); 2. Die Kündigung der Hauptschuld (84a); 3. Die Bedeutung der dem Hauptschuldner gewährten Stundung für den Bürgen (85a); 4. Verzicht des Bürgen auf die Geltendmachung der hauptschuldnerischen Einrede der Nichtfälligkeit (86a).

X. Abschnitt: Das Erlöschen der Bürgschaft 86a

1. Die Befreiung des Bürgen durch Erlöschen der Hauptschuld; Grundsatz und Ausnahmen (86a); 2. Unmöglichwerden der hauptschuldnerischen Leistung (88a); 3. Vereinigung der Bürgschaftsschuld mit der Hauptschuld (89a); 4. Die Vererblichkeit der Bürgschaft (91a); 5. Bürgschaften auf bestimmte Zeit (92a); 6. Bürgschaften auf unbestimmte Zeit (92a); 7. Zeitliche Beschränkung der Bürgschaftsverpflichtungen (94a); 8. Kündigungsrecht aus wichtigen Gründen (96a); 9. Widerruf der Bürgschaftsverpflichtung vor der Kreditgewährung (96a); 10. Der Anspruch des Bürgen auf Zahlungsannahme oder Entlassung (96a); 11. Die besondern Erlöschungsgründe der Bundesbeschlüsse über die Schutzmassnahmen für notleidende Bauern und das Pfandnachlassverfahren für die Hotel- und Stickereiindustrie und die Frage ihrer Verallgemeinerung (98a).

XI. Abschnitt: Die Geltendmachung der Einreden des Hauptschuldners durch den Bürgen 100a

1. Die Geltendmachung von Einwendungen und Einreden durch den Bürgen (100a); 2. Einfluss des Verzichts des Hauptschuldners auf die Rechtsstellung des Bürgen (104a); 3. Zum voraus erklärter Verzicht des Bürgen (105a); 4. Die Gestaltungsrechte des Hauptschuldners (106a); 5. Durch die Art der Bürgenverpflichtung ausgeschlossene Einreden (109a).

XII. Abschnitt: Der Regress des Bürgen . . 110a

1. Kritik der dem Art. 505 Abs. 1 OR zu Grunde liegenden Konstruktion (110a); 2. Regress bei bloss teilweiser Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen (111a); 3. Unzulässigkeit eines Verzichts auf den Übergang der Gläubigerrechte (115a); 4. Die Verpflichtungen des Gläubigers gemäss Art. 508 Abs. 1 OR (116a); 5. Konkurrenz von Bürgen- und Pfandsicherung (117a).

XIII. Abschnitt: Die Diligenzpflicht des Gläubigers 118a

1. Die Frage einer allgemeinen Diligenzpflicht (118a); 2. Die Aufklärungspflicht des Gläubigers dem Bürgen gegenüber bei Eingehung der Bürgschaft (120a); 3. Orientierungspflicht des Gläubigers bei Verschlechterung der Vermögenslage des Hauptschuldners nach Eingehung der Bürgschaft (121a); 4. Die Benachrichtigungspflicht bei Verzug des Schuldners (122a); 5. Die Eintreibungspflicht des Gläubigers (124a); 6. Art. 509 Abs. 1 OR (126a); 7. Diligenzpflicht des Gläubigers bei Konkurs des Hauptschuldners (130a).

XIV. Abschnitt: Bürgschaftsarten 132a

1. Einfache und Solidarbürgschaft (132a); 2. Die Geltendmachung der Einrede der Vorausklage (136a); 3. Einrede der Vorausklage und Beweispflicht (136a); 4. Die Voraussetzungen der Einrede der Vorausklage (137a); 5. Art. 495 Abs. 2 OR (138a); 6. Solidarische Bürgen (139a); 7. Die Schadlos- oder Ausfallbürgschaft (140a); 8. Verallgemeinerung des Grundsatzes des Art. 496 Abs. 2 OR (141a).

XV. Abschnitt: Thesen 141a

I. Geschichte und Begriff der Bürgschaft.

1. Kaum hatte sich im Rechtsleben die Anerkennung von Schuldverhältnissen durchgesetzt, als auch schon das Bedürfnis nach ihrer Sicherung fühlbar wurde.

Die Bürgschaft war eines der ersten Sicherungsgeschäfte. Sie fand ursprünglich nicht bloss auf obligationen-

rechtliche Verhältnisse Anwendung. Vielmehr konnte die Erfüllung der verschiedenartigsten Verpflichtungen durch sie sichergestellt werden. So war Bürgschaft möglich für Gewährleistungen, Stellung vor Gericht, wie ferner auch etwa dafür, dass ein Verbannter nicht zurückkehren werde, usw. usw.[1]).

Es ist wahrscheinlich, wenn auch nicht unbestritten, dass die Urformen der Bürgschaft in den verschiedenen historischen Rechten unter sich grosse Ähnlichkeiten aufwiesen[2]).

Zwei Momente, die allerdings heute zum Teil nur noch geschichtliches Interesse bieten, charakterisieren jene Urformen.

Einmal erschien die Bürgschaft als eine Art von Personalpfand, „so dass Bürgenstellung und Pfandsetzung rechtlich in ihrer Beziehung zum Verhältnis der Hauptschuld von denselben Wirkungen gewesen sind"[3]). Wurde eine Schuld nicht erfüllt, so verfiel der Haftende dem Gläubiger mit Leib und Leben; „dieser konnte mit ihm nach Willkür verfahren, ihn töten oder verstümmeln, ihn als Knecht behalten oder verkaufen"[4]).

---

[1]) Vgl. Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Basel 1886/93, **4** 875.

[2]) Über das in den Grundzügen mit dem alten germanischen — und sehr wahrscheinlich auch mit dem ältesten römischen — verwandte griechische Recht vgl. Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht, 1909/20; der 2.Band befasst sich auch mit ägyptischem Bürgschaftsrecht. Vgl. ferner Thalmann, Das Wesen der Bürgschaft des schweizerischen Obligationenrechts, Berner Dissertation, S. 5 ff.

Aufschlussreich sind auch die Ausführungen von Rennefahrt, Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte, Bern 1928/32, **3** 267 ff., wo namentlich die eigenartigen Vollstreckungsfunktionen des Bürgen gegenüber dem Schuldner hervorgehoben werden.

[3]) Huber a. a. O. **4** 875.

[4]) Gierke, Deutsches Privatrecht, im systematischen Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, herausgegeben von Binding, München und Leipzig 1917, **3** 16.

Die zweite Besonderheit lag darin, dass ursprünglich eine Exekution gegen den Schuldner nicht in Frage kam. Der Gläubiger hatte sich vielmehr ausschliesslich an den Bürgen zu halten. Das beruhte auf der strengen — heute im allgemeinen überwundenen — Auseinanderhaltung von Schuld und Haftung. Schulden war gleichbedeutend mit blossem Leistensollen, ohne Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung. Nur wo gehaftet wurde, war Unterwerfung unter die Zugriffsmacht des Gläubigers gegeben. Der Schuldner schuldete bloss, während der Bürge haftete. Das durch die Bürgschaft begründete Haftungsverhältnis konnte allerdings anstatt von einem Dritten auch vom Schuldner selbst eingegangen werden. Allein hierzu bedurfte es abgesehen von der Schuldbegründung noch einer besondern Selbstbürgschaft[5]).

Im Verlaufe der weitern Rechtsentwicklung[6]) verschwand die Personalhaft. An die Stelle der Haftung mit der eigenen Person trat die Haftung mit dem Vermögen.

Gleichzeitig verblasste die scharfe Auseinanderhaltung von Schuld und Haftung. Dem Gläubiger schuldeten und hafteten nun Schuldner und Bürge.

2. Bis hierher war die schweizerische Rechtsentwicklung in der Hauptsache der deutschen gefolgt.

Die sich im 16. Jahrhundert vollziehende Wiedergeburt des Altertums führte in Deutschland unter anderem zur Rezeption des römischen Rechts. Die Schweiz dagegen verhielt sich diesem gegenüber im allgemeinen ablehnender. Nur auf vereinzelten Rechtsgebieten, namentlich im Obligationenrecht, gewährte man dem fremden Recht Einlass. Das geschah insbesondere auch beim Bürgschaftsrecht.

Auf diese Weise hielt der römischrechtliche Grundsatz von der blossen Subsidiarität der Bürgschaftsverpflichtung auch in der Schweiz Einzug. Neben der Solidar-

---

[5]) Vgl. dazu insbesondere Gierke a. a. O. **3** 769 ff.

[6]) Vgl. über sie namentlich Huber a. a. O. **4** 881 ff.

bürgschaft, die meistens beibehalten wurde, setzte sich dergestalt auch die einfache Bürgschaft durch. Bei ihr konnte sich der Gläubiger erst dann an den Bürgen halten, wenn er zuvor vom Schuldner vergeblich Zahlung verlangt hatte.

3. Solange die Bürgschaft vom Gedanken des Personalpfandes beherrscht war, ergab sich zwanglos ihre Unvererblichkeit. Diese Einstellung konnte sich in der Schweiz in vereinzelten Stadtrechten noch bis in das 13. Jahrhundert hinein erhalten[7]).

Die Umwandlung der Bürgenhaftung in eine gewöhnliche Vermögenshaftung führte dann zur Anerkennung der Vererblichkeit der Bürgschaftsschulden.

4. Schon früh ergab sich die Notwendigkeit der Bekämpfung des leichtsinnigen Bürgens.

In Verfolgung dieses Zieles wurden etwa die Bürgschaften auf Maximalbeträge beschränkt[8]).

Häufiger waren Formvorschriften, und zwar in doppelter Weise. „Es kam vor, dass man die Bürgschaften der Publizität wegen regelte: dann mussten sie, um gültig zu sein, in ein öffentliches Buch eingetragen werden, aus welchem die Interessierten entnehmen konnten, wie stark bereits der bürgschaftsbereite Nachbar oder Verwandte des Schuldners mit solchen Bürgschaften belastet sein mochte. Doch gab man dann regelmässig nicht etwa den älteren vor den jüngeren Bürgschaften den Vorzug, sondern liess sie alle miteinander konkurrieren. Nicht eingetragene Bürgschaften aber wurden entweder als unverbindlich betrachtet oder gingen doch nicht auf die Erben des Bürgen über. In anderem Sinn aber wurden Formen auch nur zu dem Zwecke entwickelt, um die Bürgen vor leichtsinniger Eingehung der Bürgschaft abzu-

---

[7]) Vgl. darüber Huber a. a. O. 4 884.

[8]) Vgl. Huber a. a. O. 4 885 und das dort wiedergegebene Zitat aus dem Solothurner Ratsbeschluss von 1578 (Mand. 2, 463): „Es soll sich keiner wither verbürgen, dan sin Vermögen ist, by lybs Straff.“

halten, und zu diesem Zweck genügte das Requisit der schriftlichen Form, ohne deren Beobachtung die Bürgschaft nicht gültig eingegangen werden konnte. Das geschah bald unter einfacher Hervorhebung der schriftlichen Abfassung, bald aber wurde dazu noch die Beiziehung von Zeugen verlangt, und weiter wurden gelegentlich auch Bürgschaften, die im Wirtshause oder beim Trunk abgeschlossen wurden, einfach als unverbindlich erklärt"[9]).

In den kantonalen Rechten des 19. Jahrhunderts herrschte indessen, entsprechend dem gemeinen Recht in Deutschland[10]), Formlosigkeit vor. Wo man, wie namentlich in der Westschweiz in Anlehnung an das französische Recht, eine Form glaubte einführen zu müssen, begnügte man sich gewöhnlich mit der blossen Schriftlichkeit.

5. Durch Art. 64 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 ist dem Bund das Recht zur Gesetzgebung „über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht, mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts)" eingeräumt worden. Damit war die Grundlage für eine Vereinheitlichung auch des Bürgschaftsrechts geschaffen. Das gestützt auf jene Kompetenzdelegation am 14. Juni 1881 erlassene Bundesgesetz über das Obligationenrecht regelte die Bürgschaft in seinen Art. 489 bis und mit 511.

Anlässlich der Schaffung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) wurde das Bundesgesetz über das Obligationenrecht (OR) in seinen beiden ersten Abschnitten revidiert. Davon wurde auch die Bürgschaft betroffen (Art. 492 bis und mit 512 des neuen Gesetzes). Das dergestalt revidierte OR trat am 1. Januar 1912 als fünfter Teil des ZGB in Kraft.

6. Im modernen Recht versteht man unter Bürgschaft die Haftungsübernahme für fremde Schuld auf der Grundlage eines akzessorischen Schuldverhältnisses und mit der Massgabe, dass in der Bürgschaft eine der Haftung

---

[9]) Huber a. a. O. 4 885 f.

[10]) Vgl. Baron, Pandekten, 6. Aufl., Leipzig 1887, S. 445.

entsprechende Schuld des Bürgen mit eingeschlossen ist[11]). Dem haben sich auch Art. 489 des alten und Art. 492 des neuen OR angeschlossen, indem sie bestimmen: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, des Hauptschuldners, für die Erfüllung der Schuld des letztern einzustehen."

7. Es gibt eine ganze Reihe von Rechtsgeschäften bürgschaftsähnlicher Natur, die der Bürgschaft teilweise so nahe stehen, dass die grosse Gefahr von Umgehungen der im allgemeinen hinsichtlich der Form strengeren Bestimmungen über die Bürgschaft besteht. In diesem Zusammenhang sind vor allem zu nennen:

a) Die kumulative Schuldübernahme, neuestens auch Schuldmitübernahme genannt. Sie unterscheidet sich dadurch von der Bürgschaft, dass der Solidarschuldner als Mitschuldner die nämliche Leistung schuldet, wie der Urschuldner, während selbst der Solidarbürge bloss Neben- oder Fremdschuldner ist und aus eigenem Schuldgrunde schuldet. Die Schuldmitübernahme ist nur akzessorisch in Bezug auf ihre Entstehung (nicht aber auch hinsichtlich ihrer Fortdauer), während die Bürgschaft selbst in der Form der Solidarbürgschaft überdies auch in ihrem Bestand und in ihrer Fortdauer akzessorisch ist[12]).

b) Ganz besondere Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen gegenüber dem Garantievertrag (Art. 111 OR). Sie können regelmässig nur durch weitgehende Berücksichtigung der Interessenlage gelöst werden, d. h. dadurch, dass

---

[11]) Gierke a. a. O. 3 774 ff. Im Bilde gesprochen ist die Bürgschaft „die Rüstung, die das Schuldverhältnis gegen (faktische) Feindseligkeiten und Fährlichkeiten zu schirmen hat", vgl. Reichel, Die Schuldmitübernahme (Kumulative Schuldübernahme), München 1909.

[12]) Vgl. vor allem Raaflaub, Die Solidarbürgschaft im Bankverkehr, Berner Dissertation 1932 (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, neue Folge, Heft 73), S. 29 ff.; ferner Reichel, Schuldmitübernahme, sowie Bauer, Bürgschaft, Schuldübernahme und Garantievertrag, Berlin/Halensee 1930, und Thalmann a. a. O. 34 ff.

untersucht wird, ob eine eigene selbständige Verpflichtung habe eingegangen werden wollen. Ist das der Fall, so liegt Garantievertrag vor, während immer dann, wenn auf eine bloss akzessorische Verpflichtung geschlossen werden muss, Bürgschaft anzunehmen ist[13]). Kiefer[14]) definiert wie folgt: „Der Garantievertrag ist dann als gegeben zu betrachten, wenn jemand in selbständigem Vertrage sich verpflichtet, für einen bestimmten rechtlichen oder tatsächlichen Erfolg eines fremden Unternehmens einzustehen."

Angesichts der grossen innern Verwandtschaft zwischen Bürgschaft und Garantievertrag wird man sich de lege ferenda ernsthaft überlegen müssen, ob nicht auch für den letztern eine besondere Form zu verlangen sei, weil Umgehungsversuchen am wirksamsten auf diese Weise entgegengetreten wird[15]). Kiefer[16]) hält allerdings dafür, letzten Endes entspringe die Gefährlichkeit der Bürgschaft und damit ihre Formbedürftigkeit allein der Nebenschuldnerschaft des Bürgen, also der Akzessorietät, und diese fehle beim Garantievertrag. Allein eine solche Betrachtungsweise ist doch wohl allzu theoretisch.

Tritt man an eine Revision des Rechts über den Garantievertrag heran, so wird es sich empfehlen, ihn bei dieser Gelegenheit im System des OR an den Ort zu

---

[13]) Vgl. namentlich Stammler, Garantievertrag, im Arch. f. civ. Pra. **69** 1 ff., Guggenheim, Der Garantievertrag, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 65, Aarau 1917, Kiefer, Garantievertrag und Bürgschaft in ihrer gegenseitigen Abgrenzung, Basler Dissertation 1933 (ungedruckt), Priester, Der Garantievertrag, Berner Dissertation 1935; siehe ferner auch noch BGE **56** II 375 ff., Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1933, S. 252, Raaflaub a. a. O. 32, Bauer a. a. O., Reichel a. a. O., Becker, Kommentar zum OR, Bern 1934, Art. 492 N. 19, und Lardelli, Beiträge zum Bürgschaftsrecht, in der SJZ **26** 93 ff.

[14]) A. a. O. 14.

[15]) Vgl. dazu auch v. Tuhr in der ZschwR n. F. **12** 110.

[16]) A. a. O. 44.

stellen, wo er tatsächlich hingehört, nämlich in den besonderen Teil[17]).

c) Die Wechselbürgschaft, eine selbständige, kumulativ zur Prinzipalverpflichtung hinzutretende Wechselverpflichtung, zu deren Gültigkeit der materielle Bestand der Hauptschuld nicht Voraussetzung ist[18]).

d) Der Kreditauftrag (Art. 408 OR), über den das Gesetz sagt, wenn jemand den Auftrag erhalten und angenommen habe, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, jedoch unter Verantwortlichkeit des Auftraggebers, einem Dritten Kredit zu eröffnen oder zu erneuern, so hafte der Auftraggeber wie ein Bürge.

e) Die Gewährleistung desjenigen, der eine Forderung abgetreten hat[19]).

f) Das Delkrederestehen, vgl. Art. 430 OR.

g) Das Versprechen, die von einem andern geschuldete Leistung bewirken zu wollen[20]).

II. Die Gefahren des Bürgens und die gegenwärtigen Revisionsbestrebungen.

1. Die heutige Kreditwirtschaft kann der Bürgschaft nicht entraten. Diese ist vielmehr immer noch „der unentbehrlichste Schlusstein bei der Organisation des persönlichen Kredites“[21]). Insbesondere die wirtschaftlich Schwächeren, vorab emporstrebende Geschäftsleute, „würden schwer betroffen, wenn etwa der Gesetzgeber mit plumper Hand eingreifen und die Eingehung von Bürg-

---

[17]) Vgl. auch Kiefer a. a. O. 32, sowie Priester a. a. O. 35 f.

[18]) Vgl. Oser, Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 1. Aufl., Zürich 1915, Art. 492 Anm. II/8 und die dortigen Verweisungen; ferner Guhl a. a. O. 522 f.

[19]) Vgl. Oser a. a. O. 857 in Verbindung mit 431.

[20]) Vgl. Reichel a. a. O. 290 ff. und 304 ff., und Oser a. a. O. 857.

[21]) Schulze-Delitzsch, der Gründer der Vorschussvereine, zitiert bei Fahrländer, Die Förderung des kleingewerblichen Betriebskredites durch Bürgschaftsgenossenschaften und Kreditvereinigungen, Basel 1924, S. 3.

schaften verbieten oder allzu sehr erschweren wollte"[22]). Das Erstere wird denn auch heute im Ernste von keiner Seite gefordert. Allerdings hat NR Schirmer, der unerschrockene Vorkämpfer der Revisionsbewegung, in der Begründung zu seinem Postulat vom 8. Dezember 1932 ausgeführt: „Ich weiss ja wohl, dass man das Bürgen nicht einfach verbieten kann, trotzdem ich mich frage, ob der Schaden, den wir mit einem absoluten Bürgschaftsverbot anrichten würden, nicht kleiner wäre als der Schaden, der durch die Zustände entsteht, die wir heute haben"[23]). Aber auch NR Schirmer ist eben beim Aufwerfen der Frage stehen geblieben, und seine Ausführungen hatten wohl nur den Zweck, nachdrücklich auf die ausserordentliche Dringlichkeit einer Revision der gegenwärtigen Ordnung hinzuweisen.

2. In den letzten Jahren haben eine ganze Reihe bekannter Mittelstandspolitiker inner- und ausserhalb des Parlaments auf Mängel des heutigen schweizerischen Bürgschaftsrechts hingewiesen. Alle ihre Beanstandungen klingen letzten Endes immer und immer wieder in den Vorwurf aus, die gegenwärtige Rechtsordnung leiste leichtsinnigem Bürgen noch allzusehr Vorschub. Die Wucht des von ihnen angeführten Tatsachenmaterials gibt diesen Kritikern ohne weiteres Recht. Einige ihrer Hauptbeispiele mögen selbst zum Leser sprechen.

a) In der Sitzung des Nationalrates vom 21. März 1934 begründete der bernische Landwirtschaftsdirektor NR Stähli sein Postulat vom 7. Dezember 1933 betr. Entschuldungsaktion zu Gunsten der Landwirtschaft. Bei dieser Gelegenheit gab er Kenntnis von folgendem Verschuldungsbeispiel, das die bernische Bauernhilfskasse beschäftigt hatte: „Infolge gegenseitiger mehrmaliger Verbürgung müssen 9 Betriebe, deren Leiter Brüder oder

---

[22]) Hoffmann, Stenographisches Bulletin (Sten. Bull.) des Ständerates (StR), 1909 S. 231; ferner Raaflaub a. a. O. 48.

[23]) Protokoll Nationalrat (NR), 9. Session, 29. Legislatur-Periode, S. 157.

Schwäger sind, gemeinsam saniert werden. Die 9 Betriebe, die alle auf einem kleinen Gebiet liegen, haben zusammen 196 Jucharten Wiese und Weidland und dazu 77½ Kuhrechte (Sömmerungsrechte für ihr Vieh). Die Liegenschaften haben eine Grundsteuerschatzung von Fr. 433,300.—. Die hypothekarische Belastung beträgt aber Fr. 500,200.—, also über 100 Prozent der amtlichen Schatzung. Dazu kommen aber Fr. 40,100.— aufgelaufene Grundpfandzinse. Ausserdem bestehen noch Fr. 147,000.— Kurrentschulden. Eine derartige Verschuldung bedingt Bürgschaften und ein Dienst auf diesem Gebiet erheischt Gegendienste und so ergeben die fälligen Bürgschaften Fr. 804,500.—. Die 9 Familien haben also gegenüber einer Katasterschätzung von Fr. 433,300.— eine Gesamtschuldenlast von Fr. 1,491,800.—. Im vorliegenden Fall wird eine Gruppensanierung durchgeführt, wobei die Bauernhilfskasse Fr. 61,500.— zur Verfügung stellt. Das erlaubt bei 5 Betrieben eine Nachlassdividende von 2 Prozent und je in einem Falle 3, 5, 7, 8 Prozent"[24]).

b) Der Schrift „Gewerkschaft, Mittelstand, Fronten" von Prof. Marbach (Verlag A. Francke A. G., Bern 1933) sind folgende drastische Beispiele besonders hoher Verschuldungsziffern infolge von Verbürgungen zu entnehmen (S. 64 f.):

„aa) 27 Jucharten Land und eine grössere Anzahl Kuhrechte. Grundsteuerschatzung Fr. 51,000.—. Grundpfandschulden gegen Fr. 50,000.—. Ausstehende Grundpfandzinse Fr. 3,400.—. Kurrentschulden (laufende Schulden ohne Pfandsicherheit für den Gläubiger) Fr. 12,000.—. Bürgschaften Fr. 91,000.—.

---

[24]) Vgl. Prot. NR, 11. Session der 29. Leg.-Per., S. 154; siehe auch Stähli, Zur Entschuldungsfrage in der Landwirtschaft, Sonderabdruck aus der Neuen Berner Zeitung, S. 7 f.

Ein ähnliches Beispiel zitiert Salzmann, Bauernhilfskasse und bäuerliches Notrecht im Kanton Bern, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV) **70** 162 (11 Betriebe; Grundsteuerschatzung Fr. 497,000.—; Bürgschaftsverpflichtungen Fr. 838,000.—.)

Der „Besitzer" des Heimwesens ist bei der Spar- und Leihkasse X in acht Fällen für total Fr. 28,000.— Solidarbürge. Dazu ist er bei der gleichen Kasse in neun Fällen Solidar- oder Einzelbürge (die Ausscheidung ist nicht genau ersichtlich) für Fr. 61,000.—".

„bb) Grundsteuerschatzung Fr. 36,000.—. Kauf Fr. 72,000.—. 10 Jucharten und mehrere Kuhrechte. Grundpfandschulden Fr. 24,500.—. Ausstehende pfandgesicherte Zinsen Fr. 3,800.—. Kurrentschulden Fr. 24,500.—. Bürgschaften Fr. 142,000.—."

„cc. Grundsteuerschatzung Fr. 13,500.—. Mehrere kleine Kinder. Hohe Kurrentschulden. Der arme Besitzer dieses kleinen Heimwesens ist von der lokalen Bank, die seine Armut doch kennen musste, für annähernd Fr. 40,000.— mit andern als Bürge akzeptiert worden."

„dd. Grundsteuerschatzung Fr. 30,000.—. Ausstehende, grundpfändlich versicherte Zinsen Fr. 3,400.—. Kurrentschulden Fr. 36,000.—. Bürgschaften Fr. 127,000.—."

c) In Beantwortung der Motion Rubattel und Konsorten im Grossen Rate des Kt. Waadt führte der Kommissionsberichterstatter Bernard über die Verschuldung infolge Verbürgung folgendes aus: „Des renseignements obtenus de la Fondation vaudoise des agriculteures, vignerons et montagnards obérés, il résulte, comme exemple, que les cautionnements, dans cinq communes de la montagne, accusent des chiffres impressionnants; les voici:

Commune	A.	49 cas examinés,	total	des cautionnements	frs. 319,517.—.
„	B.	48 „	„	„ des cautionnements	frs. 233,610.—.
„	C.	16 „	„	„ des cautionnements	frs. 55,250.—.
„	D.	7 „	„	„ des cautionnements	frs. 12,550.—.
„	E.	15 „	„	„ des cautionnements	frs. 19.880.—.

Plusieurs demandes de prêts sont motivées par une mauvaise situation financière venue de cautionnements, dit-on.

On cite encore le cas d'un propriétaire de petit domaine grevé au 50% de la valeur, engagé par divers cautionnements pour un montant de frs. 72,000.—[25]).“

d) Die St. Gallische Bauernhilfskasse hat in einer Gegend, deren finanzielle Verhältnisse besorgniserregend sind, in einer Spezialuntersuchung sämtliche Bürgschaftsverpflichtungen aller Betriebsinhaber erfasst und nachkontrolliert mit folgendem Ergebnis[26]):

Höhe der gesamten Bürgschaftsverpflichtungen:	Anzahl der Betriebsinhaber:	Bürgschaften pro Bürge:
keine	145	0
1— 10,000	115	2,2
10,001— 20,000	42	5,5
20,001— 30,000	25	3,4
30,001— 40,000	20	9,8
40,001— 50,000	13	11,4
50,001— 60,000	8	16,3
60,001— 70,000	8	16,1
70,001— 80,000	2	18,0
80,001— 90,000	2	22,0
90,001—100,000	5	22,2
100,001—110,000	1	36,0
120,001—130,000	2	22,5
220,001—230,000	1	34,0
290,001—300,000	1	71,0

Man ist vielleicht geneigt, diesen Verhältnissen gegenüber den Einwand zu erheben, es handle sich um Krisenerscheinungen. Das ist an sich schon richtig und wird denn auch von den Postulanten einer neuen Ordnung ohne

[25]) Vgl. Tagblatt des Grossen Rates des Kts. Waadt vom September 1933, S. 158 f.

[26]) Vgl. die Mitteilungen von Dr. W. G. in Nr. 474 der Neuen Zürcher Zeitung vom 19. März 1935, Blatt 5.

weiteres zugegeben. So führte z. B. NR Schirmer in der Begründung seines Postulates vom 8. Dezember 1932 in der Sitzung des Nationalrates vom 27. September 1933 wörtlich aus: „Die Gründe, die mich zur Einreichung meines Postulats veranlasst haben, liegen in der heutigen Zeit begründet, denn es sind immer Krisenzeiten, die derartige schlimme Auswüchse, wie sie mit den Bürgschaften verbunden sind, in unserem Wirtschaftsleben an die Oberfläche treiben[27]). Hat man es dergestalt in der Hauptsache zwar in der Tat mit Krisenerscheinungen zu tun, so ist damit die Tatsache, dass die gegenwärtige Ordnung solche Misstände ermöglicht, nicht aus der Welt geschafft. Allerdings hat das Gesetz im allgemeinen normale Zustände im Auge, es darf aber auch Ausnahmeverhältnisse, die im nahen Bereiche des Möglichen liegen, nicht vernachlässigen. Auch dort, wo die Verhältnisse nicht so ausgesprochen krass sind, wie in den zitierten Beispielen, und wo der Einwand der Krise von vornherein keine Berechtigung hat, sind übrigens die Verumständungen einzelner Verbürgungen sehr oft noch traurig genug. Man denke nur an die vielen Bürgschaften aus Verwandtschaft oder Freundschaft heraus, die zum Ruin zahlreicher sonst gut fundierten Existenzen führen. Die Gefahren des leichtsinnigen Bürgens lauern eben immer am Weg. „Wie ferne liegende Gegenstände dem Auge kleiner erscheinen, so kommen uns die in die Zukunft gerückten und noch dazu bloss eventuellen Zahlungsverpflichtungen des Bürgen als geringere Belastung vor, wodurch sich eine Unbedachtsamkeit beim Bürgschaftsvertrag erklären lässt, die bei andern Verpflichtungen weniger vorhanden ist"[28]).

Ein Blick auf die Geschichte des Bürgschaftswesens zeigt denn auch, dass zu jeder Zeit gegen diese Gefahren angekämpft werden musste. Die Entwicklung ist heute keineswegs abgeschlossen. Sie kann zweifellos nur nach der Richtung einer erneuten Erschwerung der Eingehung

[27]) Prot. NR, 9. Session, 29. Leg.-Per., S. 151.
[28]) Oser, 1. Aufl., S. 853.

der Bürgschaften einerseits und der Abschwächung ihrer Wirkungen andererseits gehen. Dabei dürfen allerdings die durch die heutige Kreditwirtschaft bedingten berechtigten Interessen, die sich einer allzu weitgehenden Erschwerung des Bürgens entgegenstellen, nicht missachtet werden. Es muss ein Mittelweg gefunden werden. Das vielleicht zurückhaltendere Verhalten anderer Staaten darf uns nicht allzusehr beeinflussen. Denn es ist notorisch, dass in der Schweiz das leichtsinnige Bürgen ganz besonders verbreitet ist. Wird doch die Schweiz gelegentlich geradezu als „das Land des Bürgens" bezeichnet.

3. Die skizzierten Gefahren eines allzu freien Bürgschaftsrechtes haben in den letzten Jahren in der Schweiz hauptsächlich zu folgenden Postulaten und Anregungen geführt:

a) Am 8. Dezember 1932 hat NR Schirmer ein Postulat betr. Revision der Bürgschaftsbestimmungen des OR gestellt. Es hat folgenden Wortlaut:

„Der Bundesrat wird eingeladen, die Frage zu prüfen, ob nicht der Abschnitt Bürgschaftswesen, Art. 492 bis Art. 512 des OR, im Sinne eines bessern Schutzes der Bürgen zu revidieren sei, wobei im besondern zu berücksichtigen wäre, dass

1. sich der Gläubiger vor Annahme einer Bürgschaft über die Vermögenslage des Bürgen und dessen bereits bestehenden Bürgschaftsverpflichtungen zu erkundigen und vom Bürgen eine schriftliche Erklärung über den Stand seines Vermögens und seine bestehenden anderweitigen Bürgschaftsverpflichtungen einzufordern hat;

2. eine Bürgschaftsverpflichtung nur geltend gemacht werden kann, wenn seitens des Gläubigers diese schriftliche Erklärung des Bürgen beigebracht werden kann;

3. der Gläubiger den Schuldner zu den im Schuldvertrag enthaltenen Verpflichtungen anzuhalten und dem

Bürgen einen Verzug des Schuldners bezüglich Zins- und Amortisationspflicht sofort mitzuteilen hat;

4. die Bürgschaftsverpflichtung nur geltend gemacht werden kann, wenn der Gläubiger nachweist, dass er den Bürgen auf den Verzug des Schuldners sofort aufmerksam gemacht hat;

5. der Gläubiger die dem Bürgen im Gesetz zugebilligten Rechte und Vorteile nicht durch den Bürgschaftsvertrag wegbedingen oder ihm weitergehende Verpflichtungen auferlegen kann[29])".

Bundesrat Häberlin nahm das Postulat entgegen, indessen „bloss mit allergrösster Reserve wegen der Vorschläge, die im Postulat gemacht werden".

b) Am 6. Dezember 1933 sodann hat NR Schmutz den Bundesrat ersucht, „die Frage zu prüfen und darüber baldmöglichst Bericht und Antrag einzubringen:

1. Ob nicht der Titel 20 des schweizerischen OR über das Bürgschaftswesen, im Interesse der Erhaltung gesunder Grundlagen auch für diesen Teil unseres Kreditsystems, dahin zu ergänzen sei, dass vorab die Einführung eines Bürgschaftsregisters verfügt wird;

2. Ob es nicht angezeigt sei, Einschränkungen anzustreben in bezug auf das Eingehen von Bürgschaftsverpflichtungen durch Einzelpersonen"[30]).

c) Anlässlich der Beratung des Entwurfes zu einem Bankengesetz im Jahre 1934 hat der Nationalrat auf An-

---

[29]) Mitunterzeichner dieses Postulates sind die NR Bürki, Duft, Joss, König, Mäder, Meili, Moser-Hitzkirch (Pestalozzi), Reichen, Strässle, Tschumi. Die Begründung erfolgte in der Sitzung des NR vom 27. September 1933, vgl. Prot. NR, 9. Session, 29. Leg.-Per., S. 151 ff.

[30]) Mitunterzeichner dieses Postulates sind die NR Ast, Bertschinger, Bürki, Burri, Gafner, Gelpke, Gnägi, Grünenfelder, Hadorn, Helbling, Held, Heller, Jenny-Worblaufen, Joss, König, Moser-Hitzkirch, Oehninger, Pfister-Frauenfeld, Reichling, Roulet, Ruh, Seiler, Siegenthaler, Stähli-Bern, Stämpfli, Tschumi, Vonmoos, Weber-Grasswil, Wunderli, Zingg, Zschokke; vgl. Prot. NR, 11. Session der 29. Leg.-Per., S. 176 ff.

regung von NR Joss und nach Einholung eines Berichtes des eidgenössischen Finanzdepartementes einen Art. 50 bis eingefügt, der folgenden Wortlaut hatte:

„[1] Spätestens drei Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes wird die Bankenkommission eine Informationsstelle über die Schuldner und Bürgen in denjenigen Kantonen einrichten, wo eine solche Stelle noch nicht besteht. Die Bankenkommission wird ein Reglement über diesen Informationsdienst und über die Beteiligung der Banken daran aufstellen.

[2] In Kantonen, wo die Mehrheit der Banken oder die Mehrheit einer Gruppe gleichartiger Banken eine Informationsstelle einzurichten beschliesst, kann die Bankenkommission alle andern Banken dieses Kantons oder dieser Gruppe verpflichten, sich daran zu beteiligen. Die Reglemente der Informationsstellen sind der Bankkommission zur Genehmigung zu unterbreiten.

[2bis] Falls es zur Verbesserung des Informationsdienstes geboten erscheint, kann die Bankenkommission anordnen, dass sich Informationsstellen von Bankengruppen zu einer einzigen Stelle vereinigen oder dass eine Bank einer bestimmten Informationsstelle beizutreten hat.

[3] Eine Informationsstelle hat jeder andern Stelle auf Verlangen Auskunft zu erteilen.

[4] Wer vorsätzlich

a) entgegen der Anordnung der Bankenkommission sich an einer Informationsstelle nicht beteiligt;

b) einer Informationsstelle auf Verlangen nicht Auskunft erteilt oder unrichtige Angaben macht, wird mit Busse bis zu zwanzigtausend Franken bestraft. Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Busse bis zu zehntausend Franken.

[5] Wer den Vorschriften von Abs. 1 bis 3, den gestützt darauf erlassenen Reglementen oder Anordnungen zuwiderhandelt, wird, sofern nicht eine nach Abs. 4 strafbare Handlung vorliegt, mit einer Ordnungsbusse bis zu eintausend Franken bestraft. Die Ordnungsbussen werden

durch das eidgenössische Finanz- und Zolldepartement verhängt[31]).“

Die ständerätliche Kommission fand indessen, eine solche Bestimmung sei unmöglich, insbesondere weil sie zu tief ins Bankgeheimnis eingreife. Sie strich daher den Art. 50 bis, nahm aber zugleich ein Postulat Keller folgenden Wortlautes an: „Der Bundesrat wird eingeladen, zu prüfen und darüber Bericht zu erstatten, ob nicht die Übernahme übertriebener Bürgschaftsverpflichtungen durch einzelne Personen durch Einführung eines den Banken, eventuell auch der Öffentlichkeit zugänglich zu machenden Bürgschaftsregisters eingeschränkt werden könnte[32])“.

Der Ständerat pflichtete den Anträgen seiner Kommission bei, nachdem ihm auch noch eine Eingabe der schweizerischen Bankiervereinigung vom 9. Oktober 1934, die sich mit aller Energie gegen den vorgeschlagenen Art. 50 bis aussprach, bekanntgegeben worden war[33]).

Schon vorher hatte auch die nationalrätliche Kommission — auf Antrag von NR Grimm — beschlossen, der ständerätlichen Kommission zuzustimmen, indessen unter Umwandlung des gestellten Postulates in eine Motion und unter Befristung auf ein Jahr[34]). Dem ist der Nationalrat gefolgt. Die Motion formulierte er wie folgt: „Der Bundesrat wird eingeladen, der Bundesversammlung innerhalb Jahresfrist einen Gesetzesentwurf zur Bekämpfung der Misstände im Bürgschaftswesen vorzulegen“[35]).

Der Ständerat hat hierzu bis zur Stunde m. W. noch nicht Stellung genommen.

---

[31]) Vgl. Prot. der nationalrätlichen Kommission für das Bankengesetz vom 6. und 7. September 1934, S. 17 ff., sowie Sten. Bull. NR 1934 724 ff.

[32]) Vgl. Prot. der ständerätlichen Komm. für das Bankengesetz vom 15./17. Oktober 1934, S. 27 f.

[33]) Sten. Bull. StR 1934 457 ff.

[34]) Prot. der Komm. für das Bankengesetz vom 2. und 3. November 1934, S. 30 ff.

[35]) Sten. Bull. NR 1934 821.

d) Anlässlich der Beratungen über landwirtschaftliche Schutzmassnahmen stellte der Nationalrat am 26. November 1934 folgendes Postulat: „Der Bundesrat wird ersucht, die Revision der Bürgschaftsbestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts beförderlich an die Hand zu nehmen und insbesondere die Frage zu prüfen, in welcher Weise dem Missbrauch der Bürgschaftsverpflichtungen und des Bürgschaftskredites gesteuert werden kann[36])".

e) Im Jahre 1933 wurde im Grossen Rate des Kantons Waadt folgende Motion gestellt (Rubattel und 52 Mitunterzeichnete):

„Les soussignés, émus des graves conséquences que les cautionnements trop nombreux et donnés trop à la légère entraînent pour l'agriculture vaudoise, prient le Conseil d'Etat de bien vouloir étudier si, dans quelle mesure et dans quelles conditions, il serait possible de limiter, par des dispositions appropriées, les dangers du cautionnement rural."

Als in Frage kommende Schutzmassnahmen nannte der Motionär Rubattel namentlich drei: „Tout d'abord un droit de timbre, un acte authentique passé devant un officier public. On pourrait aussi concevoir une exigence nouvelle qui choquerait plusieurs d'entre vous peut-être: ce serait l'obligation, pour celui qui cautionne, d'avoir auparavant le consentement de sa femme[37])."

---

[36]) Sten. Bull. 1934 633 f.

[37]) Vgl. Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Waadt vom Mai 1933, S. 638 ff.

Diese letztere Frage ist übrigens nicht neu. Schon im Jahre 1757 wurde der Landkommission in der Baslerlandschaft u. a. die Frage zur Beratung unterbreitet, ob nicht die „Bürgschaft eines Ehemanns auf der Landschaft ohne Wissen seiner Ehefrau" ungültig sein solle. Landkommission und Grosser Rat lehnten jedoch eine Neuerung nach dieser Richtung hin ab. Vgl. hierüber die Rechtsquellen von Basel Stadt und Land, 2. Teil, Basel 1865, S. 427 Fussnote 1.

Der Grosse Rat des Kantons Waadt setzte eine Kommission zur nähern Prüfung der Motion ein. Auf deren einstimmigen Vorschlag hin beschloss der Grosse Rat in seiner Sitzung vom 27. November 1933 die Überweisung der Motion an den Staatsrat — mit dringender Empfehlung — im Sinne der folgenden Anregungen:

„1. Appui de la demande de révision du code féderal des obligations, titre XX du cautionnement.

2. Enregistrement des engagements d'une certaine importance; envoi périodique de l'extrait de ce registre aux intéressés.

3. Création par l'initiative privée de coopératives régionales de cautionnement.

4. Surveillance plus active du commerce du bétail, retrait de patentes dans les cas douteux de conduite et de solvabilité.

5. Communication volontaire entre les banques des engagements des clients, débiteurs et cautions.

6. Education scolaire ou post-scolaire, écoles professionelles, d'agriculture, etc., sur les dangers du cautionnement[38]).“

f) Schliesslich haben die bäuerlichen Notgemeinschaften des Berner Oberlandes folgende Postulate zwecks Sanierung des Bürgschaftswesens aufgestellt:

„1. Das private Bürgschaftswesen wird eingeschränkt in der Weise, dass jeder Bürge nur im Rahmen des versteuerbaren reinen Vermögens oder des versteuerbaren Einkommens Bürgschaften eingehen darf.

2. Sämtliche Bürgschaften Privater sind deshalb in ein öffentliches Bürgschaftsregister einzutragen, das u. a. folgende Angaben enthalten muss:

a) Ertragswertgrenze des Grundeigentums des Bürgen;

b) hypothekarische Belastung desselben;

---

[38]) Vgl. Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Waadt vom November 1933, S. 155 ff.

c) versteuerbares reines Vermögen, resp. Einkommen des Bürgen;

d. bisher eingegangene Bürgschaften.

3. An Stelle des privaten Bürgschaftswesens tritt mehr und mehr die Bürgschaftsgenossenschaft, wie sie heute in Vorberatung steht[39]).“

Diese Vorschläge des Vorortes des Verbandes bäuerlicher Notgemeinschaften werden in einer Eingabe des schweizerischen Bauernverbandes an den Bundesrat über die Verhinderung der Überschuldung der Landwirtschaft und Festigung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 7. Januar 1935 „zum nähern Studium“ empfohlen. Im übrigen wird in dieser Eingabe noch ausgeführt: „Für die Neufassung des Bürgschaftsrechts, die sich nicht nur auf die Landwirtschaft beschränken soll und deshalb eine Änderung der allgemeingültigen Gesetzgebung erheischt, stellen wir namentlich den Antrag auf Einführung eines Bürgschaftsregisters. Bürgschaften sollen nur Rechtskraft haben, wenn sie am Wohnort der Bürgen in ein öffentliches Bürgschaftsregister eingetragen worden sind . . . . . Wir haben von uns aus auch noch die Anregung gemacht, dass auf das Recht, Bürgschaft zu leisten, freiwillig, vertraglich oder durch gerichtlichen Entscheid verzichtet werden kann. Durch eine solche Verzichtleistung kann der Einzelne namentlich den gefährlichen Gefälligkeitsbürgschaften ausweichen. Auf der andern Seite bedeutet dieser Verzicht aber ein vielleicht allzu weitgehendes Eingreifen in die subjektive Rechtsfähigkeit. Wir halten deshalb an diesem Vorschlage nicht fest[40]).“

g) In der Neuen Zürcher Zeitung No. 474 vom 19. März 1935 (Blatt 5) macht der Geschäftsführer der St. Gallischen Bauernhilfskasse folgende Vorschläge:

---

[39]) Vgl. Berner Wochenblatt und Oberländer Volkszeitung Nr. 43 vom 16. April 1934.

[40]) Vgl. die Publikation des schweizerischen Bauernverbandes vom Januar 1935 betr. die Entschuldung der schweizerischen Landwirtschaft und die Festigung des bäuerlichen Grundbesitzes, enthaltend fünf Eingaben des Verbandes an den Bundesrat, S. 42.

1. Zwangsweise Registrierung aller vorkommenden Bürgschaftsverpflichtungen;

2. Periodische Benachrichtigungspflicht der Banken gegenüber den Bürgen hinsichtlich der Bürgschaftsverpflichtungen;

3. Einführung einer zwangsmässigen Amortisation, etwa in der Weise, „dass jede Bürgschaft von Gesetzes wegen alle fünf Jahre für einen Teil, beispielsweise ein Drittel der ursprünglichen Darlehenssumme, erlischt, wobei selbstverständlich eine raschere Tilgung ohne weiteres gestattet wäre."

III. Die Fähigkeit zur Eingehung von Bürgschaften.

1. Im alten Rom scheint die Gefahr des leichtsinnigen Bürgens namentlich an die Frauen herangetreten zu sein.

Jedenfalls wurde im Jahre 46 n. Chr. den Frauen durch das senatus-consultum Vellejanum jede Art von Interzession und damit auch das Eingehen von Bürgschaften verboten[41]). Ausgenommen waren lediglich die Fälle, in denen die Frau entweder gegen Entgelt interzediert, oder die Interzession nach Ablauf von zwei Jahren wiederholt hatte oder endlich der Gläubiger minderjährig war oder in entschuldbarer Unkenntnis nicht wusste, dass die Frau interzediere.

Nach Justinianischem Recht war indessen auch in diesen Ausnahmefällen eine Frauenbürgschaft nur gültig, wenn eine öffentliche, von drei Zeugen unterschriebene Urkunde vorlag. Ausserdem war nunmehr die Interzession der Ehefrau für ihren Mann schlechthin nichtig[42]).

---

[41]) Angeblich weil es sich für Frauen nicht schicke, Bürgschaften einzugehen (cum feminas virilibus officiis fungi non sit aequum), und weil sie geneigt seien, sie leichtsinnig einzugehen (infirmitas feminarum auxilium meruit); vgl. Baron a. a. O. 439.

[42]) Vgl. über diese römisch-rechtliche Entwicklung Sohm, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechtes,

Die nachrömische Zeit brachte eine rückläufige Entwicklung. Die Interzessionen (und damit auch die Bürgschaften) der Frauen wurden immer mehr erleichtert. In den meisten heutigen Rechten steht die Frau, abgesehen von einer sogleich zu besprechenden Ausnahme, hinsichtlich Fähigkeit zur Eingehung von Bürgschaften dem Manne gleich.

2. Die Gefahr, unüberlegte oder gar der freien Entschliessung nicht entsprechende Bürgschaften einzugehen, ist für die Frau dann am grössten, wenn sie sich für ihren Ehemann verbürgen soll. Um diesfalls, sowie in andern Interzessionsfällen, „die Ehefrau gegen sich selbst und gegen ihren Ehemann" zu schützen, d. h. um zu verhindern, „dass die Ehefrau, ihrer Zuneigung zu ihrem Ehemann, seinen Beeinflussungen nachgebend, Verpflichtungen eingehe, die ihr Vermögen gefährden würden"[43]), hat der schweizerische Gesetzgeber in Art. 177 Abs. 2 und Abs. 3 ZGB die Bestimmungen aufgenommen: „Rechtsgeschäfte unter Ehegatten, die das eingebrachte Gut der Ehefrau oder das Gemeinschaftsgut betreffen, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde" (Abs. 2); und: „Die gleiche Bestimmung ist für die Verpflichtungen erforderlich, die von der Ehefrau Dritten gegenüber zu Gunsten des Ehemannes eingegangen werden" (Abs. 3). Unter Art. 177 Abs. 3 ZGB fallen insbesondere auch Bürgschaften[44]).

Eine noch weitergehende Beschränkung der Frau in ihrer Freiheit, Bürgschaften einzugehen, dürfte sich heute im Zeitalter der zunehmenden Verselbständigung der Frau nicht empfehlen. Soweit ich es überblicken kann, wird Derartiges denn auch von keiner Seite angeregt. Die Ehefrau ist durch Art. 177 Abs. 3 ZGB hinlänglich geschützt.

---

17. Aufl., München und Leipzig 1931, S. 409 f.; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906, S. 1127 ff.; Baron a. a. O. 439 ff.

[43]) Vgl. BGE **40** II 320.

[44]) Vgl. BGE **40** II 320 und die dortigen Verweisungen.

3. Es fehlt nicht an Stimmen — obschon sie m. W. jedenfalls bis zur Stunde in der Öffentlichkeit nicht laut geworden sind — die eine vormundschaftliche Genehmigung von Bürgschaften generell fordern möchten. Und in der Tat wäre eine solche Massnahme ein Radikalmittel zur Eliminierung der Gefahren des Bürgens.

Allein sie käme, wenn allgemein durchgeführt, einer in diesem Ausmasse niemals gerechtfertigten Beeinträchtigung der Freiheit der einzelnen Rechtssubjekte gleich. Ganz abgesehen davon wäre ein solches Vorgehen zweifellos mit der heutigen Kreditwirtschaft nicht vereinbar, indem es das Bürgen allzu sehr erschweren würde. Dazu kommt, dass es eine fast nicht mehr tragbare Belastung der Vormundschaftsbehörden mit Arbeit und Verantwortung zur Folge hätte. Eine derart allgemeine Beschränkung der Fähigkeit zur freien Eingehung von Bürgschaften kommt deshalb m. E. nicht ernsthaft in Betracht[45]).

Fragen könnte man sich vielleicht, ob nicht wenigstens in der Form eines eidgenössischen Rahmengesetzes den Kantonen die Befugnis eingeräumt werden könnte, für besonders gefährdete Gegenden die Genehmigung der Vormundschaftsbehörden bei Bürgschaftseingehungen zu fordern. Allein auch dieses Postulat muss, kaum gestellt, seiner weitgehenden Unzuträglichkeiten wegen sogleich abgelehnt werden. Einmal nämlich hätte seine Durchführung insofern Rechtsungleichheiten im Gefolge, als nicht gefährdete Bürger lediglich mit Rücksicht auf die Zufälligkeit ihres Wohnsitzes in ausserordentlicher Weise in ihrer persönlichen Handlungsfreiheit beeinträchtigt würden. Ferner wäre natürlich auch hier noch die kaum zu verantwortende Belastung der Vormundschaftsbehörden gegeben. Schliesslich würde notwendigerweise durch solche regionale Erschwerungen die Rechtssicherheit in denjenigen Fällen gefährdet, in denen ein Bürger ausserhalb seines Wohnsitzes Bürgschaften eingehen wollte,

---

[45]) Ablehnend auch Beck in der Neuen Zürcher Zeitung Nr. 631 vom 10. April 1935, Blatt 8.

weil hier sehr oft jene Einschränkungen nicht bekannt wären. Zu diesem letzten Ausweg braucht übrigens um so weniger gegriffen zu werden, als andere, nicht so weitgehende, aber doch noch ausreichende Schutzmassnahmen zur Verfügung stehen. Es wird an anderer Stelle auf sie hinzuweisen sein.

4. In diesem Zusammenhang ist auch zu der Anregung des waadtländischen Grossrates Rubattel Stellung zu nehmen, wonach Ehemännern das Bürgen ohne Zustimmung der Ehefrau verboten werden sollte (vgl. Abschnitt II Ziffer 3 lit. e hiervor).

Grossrat Rubattel hat seine Motion wie folgt begründet: „Vous savez le rôle essentiel, économique et moral, que joue la femme chez nous, à la campagne en particulier. Ceux d'entre vous qui habitent les villages de notre Canton connaissent par leurs noms les domaines sauvés par la volonté persévérante, il faut bien le dire, des femmes qui y sont occupées. Or ces femmes, ardentes au travail, y dépensent même au-delà de leurs forces, qui s'intéressent au premier chef au domaine familial, devraient être consultées. Il est hautement désirable en tout cas que l'on puisse mettre un frein aux signatures données sur une table d'auberge, par des hommes qui ne sont pas toujours de parfait sang-froid[46])".

Die vom Grossen Rate des Kantons Waadt eingesetzte Kommission zur Prüfung der Motion Rubattel hat durch ihren Sprecher, Grossrat Bernard, zu dieser Anregung wie folgt Stellung genommen: „Le consentement de la femme mariée a certainement un caractère séduisant, il rentre bien dans le cadre de notre famille vaudoise. Mais sur ce point, on se heurte au droit civil fédéral; à la capacité civile des personnes physiques, telle qu'elle est déterminée par les articles 11 et suivants du code civil Suisse. — En fait, cette autorisation ne peut pas être exigée; elle mettrait un homme marié en état d'infériorité sur un ou une céli-

[46]) Vgl. Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Waadt vom Mai 1933, S. 640.

bataire, un veuf ou une veuve, qui eux n'auraient alors pas besoin de la dite autorisation[47]).“

Damit sind die wesentlichsten Hindernisse, die einer Durchführung der Anregung Rubattel entgegenstehen, zutreffend skizziert. Beizufügen wäre höchstens noch folgendes.

Sollte sich die Weigerung einer Ehefrau, ihre Zustimmung zu der Eingehung einer Bürgschaft durch den Ehemann zu erteilen, als ungerechtfertigt erweisen, so müsste eine behördliche Intervention vorgesehen werden. Eine solche könnte offenbar nur von der Vormundschaftsbehörde ausgehen. Damit käme man aber auf diesem Umwege beim Ehemanne letzten Endes doch zu einer Beschränkung der Bürgschaftsfähigkeit durch Vorbehalt der vormundschaftlichen Genehmigung. Dass das aber nicht tunlich ist, wurde schon in Ziffer 3 hiervor dargetan.

Dann drängt sich insbesondere noch der folgende weitere Einwand auf. Art. 177 ZGB sieht bei gewissen Rechtsgeschäften unter Ehegatten, bzw. bei Verpflichtungen der Ehefrau gegenüber Dritten zu Gunsten des Ehemannes, vormundschaftliche Genehmigung vor. Das ist ein Ausfluss der Besorgnis des Gesetzgebers, dass bei Rechtsgeschäften der Ehefrau mit dem Ehemann oder zu dessen Gunsten jene diesem gegenüber nicht frei sein könnte. Die nämliche Beeinflussungsmöglichkeit besteht nun aber natürlich auch dann, wenn es sich darum handelt, dass eine Ehefrau ihre Zustimmung zu einer Bürgschaft des Ehemannes geben soll. In sehr vielen Fällen wäre eine solche direkt oder indirekt doch nur eine erzwungene. Die Zustimmung der Ehefrau zu Bürgschaften des Mannes vorzusehen, wäre deshalb von vornherein nur eine halbe Sache.

Auch Beck[48]) hält dafür, das Postulat Rubattel komme kaum in Frage. Er knüpft dann aber die berech-

---

[47]) Vgl. Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Waadt vom November 1933, S. 158.

[48]) Neue Zürcher Zeitung Nr. 631 vom 10. April 1935, Blatt 8.

tigte Frage an, „ob nicht die güterrechtliche Haftung des Frauenvermögens (als Gesamtgut) für die vom Manne eingegangenen Bürgschaften bei der Gütergemeinschaft einzuschränken wäre (ZGB Art. 219 Ziffer 3)", ein Vorschlag, der in der Tat Beachtung und Unterstützung verdient.

5. Sollen auch für Bevormundete Bürgschaften eingegangen werden können?

Die Frage ist vor der Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilrechts in den kantonalen Rechten verschieden behandelt worden. Meistens war es in Bevormundungsfällen dem Vormunde gestattet, namens seines Mündels Bürgschaften einzugehen, indessen nur unter Genehmigung der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde[49]). Das ist beispielsweise auch die Regelung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, wo die Funktionen der Aufsichtsbehörde von den Vormundschaftsgerichten ausgeübt werden (§ 1822 Ziff. 10 BGB). Auf den nämlichen Boden stellte sich der Vorentwurf zu einem schweizerischen ZGB des Jahres 1900 (Art. 450).

In der grossen Expertenkommission wurde dann aber von NR Rossel der Antrag gestellt, Bürgschaften für Bevormundete zu untersagen. Und ohne eingehendere Diskussion wurde dieser Antrag, allerdings nur mit 17 gegen 16 Stimmen, angenommen[50]). Entsprechend wurde im Entwurf von 1904 ein Art. 416 folgenden Inhalts aufgenommen: „In Vertretung des Bevormundeten dürfen keine Bürgschaften eingegangen, keine Stiftungen errichtet und keine erheblichen Schenkungen vorgenommen werden."

Hierzu bemerkte NR Rossel in der Sitzung des Nationalrates vom 11. Dezember 1905: „Ce texte peut paraître rigoureux; il était prudent de décréter une prohibition absolue, si l'on voulait couper court à de graves irrégu-

---

[49]) Huber a. a. O. **1** 705.

[50]) Protokoll der Expertenkommission **2** 55 ff.

larités dans la gestion des biens de pupille[51]).“ Demgegenüber hat NR Häberlin, der nachmalige Bundesrat, die Neuerung mit folgenden bemerkenswerten Argumenten bekämpft: „Ich verkenne die guten Gründe nicht, welche den Gesetzgeber veranlassen, hier ein striktes Verbot aufzustellen. Man will, wie dies gelegentlich in Assoziationsverträgen zu geschehen pflegt, zum vornherein dem Vormund das Recht geben, jedem Ansprechenden zu erklären: Ich darf nicht entsprechen, selbst wenn ich wollte, denn das Gesetz verbietet es mir. Für mich tritt nun aber wirklich die Frage auf, ob diese strenge Bestimmung notwendig sei. Das erlaube ich mir zu bestreiten. Man hat hier offenbar nur das Odiöse der Bürgschaftsverpflichtung ins Auge gefasst; ausser acht gelassen hat man aber die segensreichen Wirkungen, welche eine Bürgschaft haben kann. Man hat Fälle ausser acht gelassen, in denen es gerechtfertigt ist, dass ein Vormund namens des von ihm Vertretenen eine Bürgschaft übernimmt. Nehmen Sie an, ein reicher Mann sei bevormundet, vielleicht infolge Geisteskrankheit. Er hat eine Familie, vielleicht erwachsene oder bereits herangewachsene Kinder, die ins Leben hinaustreten und Verpflichtungen zu erfüllen haben, ohne selbst schon Vermögen zu besitzen. Ein Sohn dieses reichen Bevormundeten übernimmt vielleicht in einer Gemeinde oder in einem Bankinstitut eine Kassierstelle; er ist Unternehmer von Bauakkorden und dgl. Er hat sich also schon eine schöne Position errungen; nun hat er aber Geld nötig zur Kautionsleistung, und solches steht ihm nicht zur Verfügung. Da ist doch seine Familie die nächste Stelle, die ihm dieses Geld beschaffen kann. Der Vater ist bevormundet . . . . Unter solchen Umständen wäre es doch nicht richtig, wenn dem Vormund durch eine solche Bestimmung die Hand gebunden wäre[52]).“ Die Bestimmung wurde an die Kommission zurückgewiesen. Diese stellte sich aber auf die Seite des

[51]) Sten. Bull. 1905 1292, Spalte 2.

[52]) Sten. Bul.. 1905 1298 f.

Entwurfes (Verbot der Bürgschaften), und der Nationalrat folgte ihr, wies also den Abänderungsantrag von NR Häberlin ab[53]).

Dagegen zeigte sich der Ständerat wiederum bürgschaftsfreundlicher. Er wollte Bürgschaften zu Lasten von Bevormundeten mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde zulassen[54]). Der Nationalrat aber blieb fest[55]), und so musste schliesslich der Ständerat zustimmen[56]).

Diese Ordnung ist zu begrüssen, und es sollte an ihr auch für die Zukunft festgehalten werden.

Allerdings liegen die Gefahren hier nicht in erster Linie darin, dass eine beängstigende Beeinträchtigung der Vermögensrechte des Bevormundeten zu befürchten stünde. Denn die vormundschaftlichen Behörden, deren Genehmigung unter allen Umständen gefordert werden müsste, würden in den meisten Fällen schon die nötige Vorsicht an den Tag legen. Immerhin sind natürlich sehr wohl auch Fälle denkbar, in denen selbst Behörden dem verhängnisvollen Optimismus verfallen würden, der immer und immer wieder bei der Eingehung von Bürgschaften auf Grund der Tatsache, dass die eventuelle eigene Leistung noch in weiter Zukunft liegt, zu beobachten ist. Diese ausserordentlich delikaten Entscheidungen sollten den ohnehin mit genug Verantwortlichkeiten beladenen Vormundschaftsbehörden ein für allemal abgenommen werden. Die von ihr zu überwachende Vermögensverwaltung soll klar, eindeutig und jeden spekulativen Moments entkleidet sein. Das darf übrigens um so eher postuliert werden, als erhebliche praktische Unzukömmlichkeiten mit der heutigen Ordnung kaum verbunden sind. Man überlege: Bürgschaften zu Lasten von Bevormundeten sollten unter allen Umständen nur eingegangen werden, wenn entweder tatsächlich kein grosses Risiko besteht

---

[53]) Sten. Bull. 1905 1421.
[54]) Sten. Bull. 1906 75 ff.
[55]) Sten. Bull. 1907 287 f.
[56]) Sten. Bull. StR 1907 298.

oder dann die Sache so liegt, dass sich der Vormund und die Aufsichtsbehörde von vorneherein mit einem bestimmten Einschlag abfinden. In solchen Fällen kann aber ausnahmslos auf einfachere und namentlich klarere Weise geholfen werden. Gerade die von NR Häberlin angeführten Beispiele zeigen das deutlich. Warum soll der reiche Vater nicht ein Darlehen, u. U. gegen Leistung von Sicherheiten, gewähren, oder eventuell eine Kaution stellen[57])?

Bürgschaften zu Lasten von Bevormundeten können daher füglich verboten bleiben.

6. Steht man einmal auf diesem Boden, so fragt man sich alsdann berechtigterweise, ob nicht auch für Kinder unter elterlicher Gewalt die nämliche Ordnung am Platze sei.

Wie verhält es sich diesbezüglich im heutigen Recht?

Nach Art. 279 Abs. 1 ZGB haben die Eltern von Gesetzes wegen die Vertretung des Kindes gegenüber dritten Personen im Umfange der ihnen zustehenden elterlichen Gewalt. Den Eltern ist im Gesetz das Eingehen von Bürgschaften zu Lasten der unter ihrer Gewalt stehenden Kinder in allgemeiner Weise jedenfalls nicht ausdrücklich verboten. Dagegen bestimmt Art. 280 Abs. 2 ZGB: „Die Bestimmungen über die Vertretung durch den Vormund finden (bei den unter elterlicher Gewalt stehenden Kindern) entsprechende Anwendung, mit Ausschluss der Vorschrift betreffend Mitwirkung der Bevormundeten bei der Vermögensverwaltung.“ Daraus zieht die herrschende Meinung in der Rechtsliteratur den Schluss, dass Art. 408 ZGB auch hier zur Anwendung komme, d. h. die Eltern unter gar keinen Umständen, selbst nicht mit Zustimmung der Behörde, zu Lasten der ihrer Gewalt unterstellten Kinder Bürgschaften eingehen dürfen[58]). Diese

---

[57]) Vgl. in diesem Sinne auch die Voten des Gesetzesredaktors Huber im Nationalrat, Sten. Bull. 1905 1421 und 1907 284.

[58]) Vgl. Silbernagel, Komm. zum ZGB, 2. Aufl., Bern 1927, Art. 279 N. 14; Tuor, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1932, S. 213 i. f.; Rossel und Mentha, Manuel

Auffassung ist indessen nicht unangefochten geblieben[59]).

Allerdings sind die Argumente der Gegner nicht sonderlich überzeugend. Die obwaltende Unsicherheit in der Auslegung des gegenwärtigen Gesetzes dürfte indessen angesichts der Wichtigkeit der Frage an sich schon genügen, um das Postulat zu rechtfertigen, es sei das Gesetz im Sinne eines eindeutigen Verbotes der Eingehung von Bürgschaften seitens der Eltern für die unter ihrer Gewalt stehenden Kinder zu revidieren.

7. Im Anschluss an das Problem der Bürgschaften von Bevormundeten und Kindern drängt sich die Frage der Heraufsetzung des Schutzalters für jugendliche Menschen auf. Bekanntlich tritt heute die Fähigkeit, Bürgschaften eingehen zu können, mit der Erlangung der Handlungsfähigkeit (Vollendung des 20. Altersjahres) ein.

Es ist klar, dass die Gefahr, unüberlegte oder gar leichtsinnige, sowie auf Beeinflussung zurückzuführende Bürgschaften einzugehen, im jugendlichen Alter speziell gross ist. Jugendlicher Wagemut und Optimismus führen besonders leicht dazu, dass die Gefahren von Bürgschaften unterschätzt werden. Es scheint daher gerechtfertigt, für die Fähigkeit zur Eingehung einer Bürgschaft ein besonderes Mass von Lebens- und Geschäftserfahrung zu verlangen und demzufolge zu bestimmen, dass Bürgschaften nur von Personen eingegangen werden dürfen, die das 25. Altersjahr vollendet haben.

---

de droit civil suisse, 2. Aufl., Lausanne und Genf, **1** 436; A. Curti, Schweizerisches Zivilrecht, gemeinverständlich dargestellt, Zürich 1910, **1** 137; Fick, Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1915, Art. 240 N. 16; Henrici in der ZschwR n. F. **34** 311; Schmid, Die Schenkung, Zürcher Dissertation 1909, S. 74. Siehe ferner auch noch BBl 1904 IV 47 f.

[59]) Vgl. insbesondere Hohl, Die Vertretungsmacht der Eltern und die beschränkte Handlungsfähigkeit des Kindes nach dem schweizerischen ZGB, Berner Dissertation 1916, S. 15 ff und 57 f.; Egger, Komm. zum ZGB, Zürich 1914, Art. 280 Anm. 1 i. f.; E. Curti, Schweizerisches ZGB mit Erläuterungen, Zürich 1911, Art. 280 Anm. 3.

Beck[60]) hält demgegenüber dafür, dass es sich „gewiss nicht rechtfertigen würde, die Verbürgungsfähigkeit von einem gewissen Alter abhängig zu machen". Zur Begründung führt er an, die Bestimmung des Art. 408 ZGB, wonach zu Lasten von Bevormundeten keine Bürgschaften eingegangen werden dürften, biete hier ja bereits einen gewissen Schutz. Dem möchte ich indessen entgegenhalten, dass es gilt, ganz allgemein junge Leute auf dem Gebiete des Bürgschaftswesens vor ihrer Geschäftsunerfahrenheit und Leichtgläubigkeit zu schützen, selbst wenn sie im übrigen fähig sind, ihre Angelegenheiten in richtiger Weise selbst zu besorgen.

8. Wenn für die Entmündigung einer Person kein genügender Grund vorliegt, gleichwohl aber zu ihrem Schutze eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit notwendig erscheint, so kann ihr ein Beirat gegeben werden. Dessen Mitwirkung ist alsdann insbesondere auch für die Eingehung von Bürgschaften des Verbeiständeten erforderlich (Art. 395 Ziff. 9 ZGB).

Diese Bestimmung ist geeignet, eine Person, die durch unsinnige Bürgschaften ihr Vermögen gefährdet, auf dem Wege der Unterstellung unter Beiratschaft für die Zukunft zu sichern. Nur wird eine Intervention auf diesem Wege regelmässig schon zu spät kommen, indem die Anordnung einer Beiratschaft eben erst zulässig ist, wenn der zu Verbeiständende durch sein bisheriges Verhalten eine solche Massnahme gerechtfertigt hat.

9. Ganz ausnahmsweise spricht die gegenwärtige Rechtsordnung an sich handlungsfähigen Personen die Befugnis zur Eingehung vollgültiger Bürgschaften ab. Es fallen namentlich folgende Fälle in Betracht:

a) Geht eine Person, über die der Konkurs eröffnet ist, eine Bürgschaft ein, so ist diese an sich nicht ungültig. Wohl aber kann eine Befriedigung aus der Konkursmasse

---

[60]) Vgl. Neue Zürcher Zeitung Nr. 631 vom 10. April 1935, Blatt 8.

nicht erfolgen (Art. 179 in Verbindung mit Art. 204 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG).

b) Art. 298 Abs. 1 SchKG sodann dekretiert ausdrücklich, der Schuldner, dem eine Nachlasstundung gewährt worden sei, könne nach deren öffentlichen Bekanntmachung keine rechtsgültige Bürgschaft mehr eingehen. Trotzdem kontrahierte Bürgschaften sind absolut nichtig[61]). Anolog wie bei der gewöhnlichen Nachlasstundung im Sinne der Art. 293 ff. bestimmt Art. 28 des Bundesbeschlusses vom 28. September 1934 über vorübergehende rechtliche Schutzmassnahmen für notleidende Bauern, dem Schuldner sei das Eingehen von Bürgschaften auch ohne besondere Verfügung der Nachlassbehörde untersagt; während der Stundung eingegangene Bürgschaften sind nichtig.

c) Eine bedeutend weitergehende Beschränkung der Fähigkeit, Bürgschaften eingehen zu können, wird dann durch Art. 34 des zitierten Bundesbeschlusses vom 28. September 1934 statuiert. Dort wird nämlich die Nachlassbehörde zunächst ermächtigt, in ihrem Entscheide dem Schuldner nach Anhörung der Bauernhilfsorganisation diejenigen Verpflichtungen und Sicherungsmassnahmen aufzuerlegen, die geeignet sind, eine neue Überschuldung zu verhindern. Und darüber hinaus bestimmt Art. 34 Abs. 3 weiter: „Die Eingehung von Bürgschaften ist dem Schuldner bei Folge der Nichtigkeit untersagt.“ Die Nachlassbehörde hat die Zeit zu bestimmen, während welcher diese Beschränkungen gelten. „Sie sollen mindestens bis zum Ablaufe der Kapitalstundung und höchstens so lange dauern, als eine gemäss Art. 20 oder 41 errichtete Pfandforderung nicht abbezahlt ist; die Nachlassbehörde kann jedoch auf Antrag der Bauernhilfsorganisation die Beschränkungen schon vor Ablauf der festgesetzten Zeit als dahingefallen erklären“ (Art. 28 Abs 4).

---

[61]) Vgl. Jaeger, Komm. zum SchKG, 2. Aufl., Art. 298 N. 3, sowie Blumenstein, Handbuch des Schuldbetreibungsrechtes, S. 906.

In das Dispositiv des Entscheides der Nachlassbehörde sind die gemäss Art. 34 dem Schuldner auferlegten Beschränkungen mit Einschluss des Bürgschaftverbotes aufzunehmen. Der Entscheid ist öffentlich bekanntzumachen (Art. 35 1. c.).

De lege ferenda kann man sich fragen, ob ähnliche Bürgschaftsverbote nicht allen Nachlasschuldnern, gleich wie auch den Konkursiten und allenfalls sogar den Verlustscheinsschuldnern, aufzuerlegen seien. Ich möchte indessen hiervor warnen, weil dadurch die Rechtssicherheit in ausserordentlicher Weise gefährdet würde. Denn in zahllosen Fällen wird dem Gläubiger nicht gegenwärtig sein, dass der sich als Bürge zur Verfügung stellende Bürger vor so und so langer Zeit einen Nachlassvertrag durchführte, in Konkurs geriet oder Verlustscheine über sich ergehen lassen musste.

10. Vorort des Verbandes bäuerlicher Notgemeinschaften und schweizerischer Bauernverband postulieren: „Das private Bürgschaftswesen wird eingeschränkt in der Weise, dass jeder Bürge nur im Rahmen des versteuerbaren reinen Vermögens oder des versteuerbaren Einkommens Bürgschaften eingehen darf."

Der diesem Postulat zugrunde liegende Gedanke, dass die Bürgschaften in einem bestimmten Verhältnis zu Vermögen und Einkommen des Bürgen stehen sollten, verdient alle Unterstützung. Es fragt sich nur, in welcher Weise er praktisch durchgeführt werden soll.

Verlangt das Postulat, dass der gänzlich Vermögenslose schlechthin bürgschaftsunfähig sei? Wohl kaum! Oder soll wenigstens dann, wenn der Gläubiger wusste, dass eine Bürgschaft in einem offensichtlichen Missverhältnis zu den Vermögens- und Einkommensverhältnissen (unter Berücksichtigung bereits vorhandener Bürgschaften) des sich Verpflichtenden steht, diese als ungültig erachtet werden? Auch das ginge wohl zu weit, obschon es, von bestimmten Gesichtspunkten aus betrachtet, schon vertretbar wäre. Die gemachten Erhebungen haben näm-

lich gezeigt, dass nicht selten ein und dieselbe Bank den gleichen Bürgen insgesamt für Summen annimmt, die zu dessen Vermögens- und Einkommensverhältnissen, unter Mitberücksichtigung der schon bestehenden Bürgschaftsverpflichtungen, in gar keinem Verhältnis mehr stehen. Die Bank mag sich dabei oft vom nämlichen Optimismus leiten lassen, wie der Bürge selbst, und z. B. annehmen, die übrigen Bürgschaften würden nicht praktisch werden. Es kommt aber auch vor, dass die Bank den, wie sie sehr wohl weiss, ganz wertlosen Bürgen lediglich deshalb annimmt, weil feststeht, dass andere Bürgen nur zu haben sind, wenn eben der Erstere auch unterzeichnet. In solchen Fällen ist man geradezu versucht, von einem Verstoss gegen die guten Sitten zu sprechen, und unter diesem Gesichtswinkel wäre daher die Ungültigerklärung derartiger Bürgschaftsverpflichtungen kaum sehr abwegig. Nun kann aber ein solcher Bürge nachträglich noch zu Vermögen kommen, und im Hinblick hierauf erscheint eine ad initio anzunehmende Nichtigkeit nicht ganz gerechtfertigt. Unter diesen Umständen ist wohl das System vorzuziehen, wonach dem Richter die Befugnis eingeräumt wird, in Fällen dieser Art die Bürgschaft, wenn sie einmal geltend gemacht wird, gänzlich oder teilweise als erloschen zu erklären (vgl. darüber des nähern Abschnitt X, Ziffer 11 hiernach).

11. In diesem Zusammenhang ist auch noch die Frage zu erörtern: Sollen Schulden von Kollektiv- resp. Kommanditgesellschaften durch ihre unbeschränkt haftenden Teilhaber verbürgt werden können?

Die Frage wird heute vom Bundesgericht verneint[62]). In der Literatur ist sie streitig. Richtigerweise dürfte sie de lege lata im Gegensatz zur Auffassung des Bundesgerichts wohl eher zu bejahen sein[63]).

---

[62]) Vgl. BGE **57** II 356 und **46** II 471; siehe immerhin auch BGE **40** II 367.

[63]) So z. B. Guhl, Schweizerisches Obligationenrecht, S. 256, Benkler, Der Schutz des Bürgen nach schweizerischem Recht,

Wie aber soll de lege ferenda entschieden werden? Die für die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen OR bestellte Expertenkommission hat, allerdings gegen den heftigen Widerstand einiger Mitglieder, beschlossen, in Art. 568 einen Absatz 4 folgenden Wortlauts aufzunehmen: „Die Haftung des Gesellschafters aus einer zugunsten der Gesellschaft eingegangenen Solidarbürgschaft bleibt vorbehalten[64]). Demgegenüber befürwortet Benkler[65]), insbesondere im Interesse einer Aufrechterhaltung der Personal- gegenüber den Kapitalgenossenschaften, in das Gesetz ein ausdrückliches Verbot solcher Bürgschaften aufzunehmen. In der Tat kommt man nur schwer über die Warnung hinweg, die Egger in der Expertenkommission ausgesprochen hat: „Die Bürgschaft schädigt die andern Gläubiger, weil sie ihnen ein Aktivum entziehen kann und erst bekannt wird, wenn es zu spät ist.“ Damit verliert diese Gesellschaftsart leicht an Zutrauen. Ganz abgesehen hievon wirkt es schon an sich störend, wenn das Gesetz es zulässt, dass die Haftungsgrundsätze, insbesondere auch der Zeitpunkt der persönlichen Belangbarkeit der einzelnen Gesellschafter, auf dem Umweg über die Bürgschaft tiefgreifend modifiziert werden. Andererseits scheint in der Tat ein eminentes praktisches Bedürfnis nach einer Lösung im Sinne des Art. 568 Abs. 4 Entw. OR vorhanden zu sein. Im heutigen Stadium der Verhandlungen dürfte ausserdem kaum mehr

---

ungedruckte Basler Dissertation, S. 29 f., Reichel, Zum Bürgschaftsrecht, in der SJZ **18** 265 ff., Schulthess, Die Verpflichtung des Bürgen nach schweizerischem Recht, in der ZschwR n. F. **44** 75 Anm. 19; a. A. dann aber Becker, Komm. zum OR Art. 492 N. 20, sowie Lardelli, Beiträge zum Bürgschaftsrecht, in der SJZ **26** 94 ff.

[64]) Protokoll der Expertenkommission, herausgegeben vom eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement, 1927, S. 55 ff. und 148 f. Diese Einstellung wird warm befürwortet von Raaflaub a. a. O. 35.

[65]) A. a. O. S. 28 f.

grosse Aussicht auf Durchsetzung einer andern Auffassung vorhanden sein.

12. In seiner an den Bundesrat gerichteten Eingabe vom 7. Januar 1935 führt der schweizerische Bauernverband aus: „Wir haben von uns aus auch noch die Anregung gemacht, dass auf das Recht, Bürgschaft zu leisten, freiwillig, vertraglich oder durch gerichtlichen Entscheid verzichtet werden kann. Durch eine solche Verzichtleistung kann der Einzelne namentlich den gefährlichen Gefälligkeitsbürgschaften ausweichen. Auf der andern Seite bedeutet dieser Verzicht aber ein vielleicht allzu weitgehendes Eingreifen in die subjektive Rechtsfähigkeit. Wir halten deshalb an diesem Vorschlage nicht fest[66]).“

Ein einseitiger oder vertraglicher Verzicht auf die Bürgschaftsfähigkeit dürfte von vorneherein nur unter der Einschränkung, dass er gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden kann, in Frage kommen[67]). Ob er alsdann, so eingeschränkt, von wesentlichem praktischen Nutzen wäre, wage ich zu bezweifeln. Der Vorschlag ist daher wohl mit Recht fallen gelassen worden.

IV. Die Bürgschaftsgenossenschaften.

1. Auch juristische Personen können bürgen. Denn sie sind vermögensfähig. Und des Bürgen Verpflichtungen erschöpfen sich in finanziellen Leistungen.

Wer das heutige schweizerische Bürgschaftswesen und dessen Revisionsmöglichkeiten studieren will, muss sich auch kurz mit den Bürgschaftsgenossenschaften befassen[68]). Diese in der Form der Genossenschaften im

---

[66]) Vgl. die Druckschrift: Die Entschuldung der schweizerischen Landwirtschaft und die Festigung des bäuerlichen Grundbesitzes, S. 42 unten.

[67]) Vgl. in diesem Sinne auch Beck in der Neuen Zürcher Zeitung Nr. 631 vom 10. April 1935, Blatt 8.

[68]) Ich folge im Nachstehenden den Ausführungen des statistischen Bureaus des Kantons Bern, enthalten im 10. Heft

Sinne der Art. 678 ff. OR auftretenden juristischen Personen haben sich die Kreditvermittlung vorab durch die Übernahme von Bürgschaften zu Gunsten bestimmter Kreise von Kreditsuchenden zur Aufgabe gemacht.

Aus der Betrachtung der Bürgschaftsgenossenschaften fliessen allerdings unmittelbar keine Postulate auf Revision der heutigen schweizerischen Bürgschaftsordnung. Ein Hinweis auf diese Gebilde ist aber trotzdem wertvoll. In ihrer Tätigkeit ist nämlich, wenn man sich so ausdrücken darf, das ideale Bürgen verkörpert. Die Bürgschaftsgenossenschaften verbürgen regelmässig bei einer Bank aufzunehmende Darlehen nur dann, wenn sie sich an Hand der schon bestehenden oder besonders zu diesem Zwecke zu erstellenden Buchhaltung des Kreditsuchenden von der Lebensfähigkeit des zu erwerbenden oder zu stützenden Betriebes überzeugt haben. Ausserdem muss sich der Kreditsuchende für die Zukunft einer geschäftlichen Kontrolle unterziehen, einer Massnahme also, deren Fehlen bei der gewöhnlichen Bürgschaft immer und immer wieder als Mangel empfunden wird.

Zumal wenn diese Bürgschaftsgenossenschaften noch ausgebaut werden, ist mithin dafür gesorgt, dass für wirtschaftlich zu verantwortende, ja wünschenswerte Bürgschaften gute, in jeder Beziehung empfehlenswerte Bürgen zur Verfügung stehen. Das dürfte es dann erleichtern, andererseits gewissen Revisionspostulaten zuzustimmen, die darauf hinauslaufen, die Eingehung von Bürgschaften namentlich durch physische Personen nach bestimmten

---

der „Mitteilungen", neue Folge, 1931: „Die gewerblichen Bürgschaftsgenossenschaften in der Schweiz"; Verfasser dieser Schrift ist Dr. rer. pol. Fritz Hegg, Herausgeber der Vorsteher dieser Amtsstelle, Prof. Dr. W. Pauli.

Weitere Literatur: Soldan, Kritische Studien über gewerbliche Bürgschaftsgenossenschaften, Separatabdruck aus der schweizerischen Gewerbezeitung, Bern 1920; Schmid, Kleine gewerbliche Kreditinstitute in der Schweiz, Schweizer Industrie- und Handelsstudien, herausgegeben von Prof. Weyermann in Bern, 13. Heft, 1923.

Richtungen hin zu erschweren. In diesem Sinne bemerken denn auch die bäuerlichen Notgemeinschaften des Berner Oberlandes zutreffend: „Eine vollständige Beschneidung des privaten Bürgschaftswesens ist nicht angängig, wohl aber eine den Möglichkeiten angepasste Beschränkung derselben, wenn dagegen die Bürgschaftsgenossenschaft in die Lücke tritt[69]).“

2. Die Bürgschaftsgenossenschaft trat ursprünglich ausschliesslich in der Form der Amtsbürgschaftsgenossenschaft auf. Deren Anfänge gehen zurück in das Jahr 1883, in dem „der schweizerische Amtsbürgschaftsverein, Genossenschaft eidgenössischer Beamter und Angestellter“, gegründet wurde. Der Zweck war, gleich wie bei den zahlreichen heutigen Amtsbürgschaftsgenossenschaften, die Verbürgung der Amtskautionen der Mitglieder.

Erst nach dem Kriege traten dann die landwirtschaftlichen und gewerblichen Bürgschaftsgenossenschaften ins Leben, nachdem die Ersteren schon 1911 postuliert worden waren.

Im April 1921 wurde in Brugg die Bürgschaftsgenossenschaft für Landarbeiter und Kleinbauern gegründet, mit dem Zweck, Landarbeitern und Bauernsöhnen aus kleinbäuerlichen Verhältnissen die Übernahme eines selbständigen Betriebes zu erleichtern, und zwar in der Form, dass sich die Genossenschaft zu Gunsten des Kreditsuchenden verbürgte[70]).

Im Jahre 1919 hielt der damalige Präsident des schweizerischen Gewerbeverbandes und bernische Regierungsrat Dr. H. Tschumi ein viel beachtetes Referat,

---

[69]) Vgl. Berner Wochenblatt und Oberländer Volkszeitung Nr. 43 vom 16. April 1934.

[70]) Vgl. dazu Prof. Laur in der Schweizerischen Bauernzeitung Nr. 5 vom Mai 1919, sowie die Mitteilungen des schweizerischen Bauernsekretariats Nr. 109, Brugg 1934, S. 66.

Die Genossenschaft bewilligte bis Ende des Geschäftsjahres 1932/33 insgesamt 523 Gesuche und unterzeichnete Bürgschaftsverpflichtungen im Betrage von 2,68 Millionen Franken.

in dem er die Gründung gewerblicher Bürgschaftsgenossenschaften empfahl.

An der Verwirklichung dieser Idee arbeiteten dann im Kanton Bern mit grossem Erfolg insbesondere der kantonale Gewerbesekretär und jetzige Regierungsrat Joss, wirksam unterstützt von alt Nationalrat Buri, Fraubrunnen, und Grossrat Neuenschwander, Oberdiessbach. Die Folge war die Gründung von Bürgschaftsgenossenschaften für Gewerbetreibende, bezw. Landwirte, in verschiedenen Amtsbezirken des Kantons. Grosse Bedeutung hat alsdann insbesondere auch die Bürgschaftsgenossenschaft des bernischen Gewerbes erlangt. In den fünf Jahren ihrer Tätigkeit haben insgesamt 612 Gesuchsteller einen Kredit von Fr. 3,308,450.— anbegehrt[71]).

Auch in andern Kantonen setzten sich die Bürgschaftsgenossenschaften durch. So z. B. in Basel[72]), Schaffhausen und dann insbesondere in St. Gallen unter der kundigen Führung von NR Schirmer[73]).

3. Die Bürgschaftsgenossenschaften sind zweifellos noch sehr entwicklungsfähig. Eine Belastung allerdings wird ihnen immer anhaften. Ihre Organisation ist verhältnismässig teuer. Denn ihr Prinzip, nur wirtschaftlich gerechtfertigte Kreditgesuche zu unterstützen, bedingt

---

[71]) Vgl. darüber die gute Orientierung von Dr. Ed. Kleinert: „Die Bürgschaftsgenossenschaft des bernischen Gewerbes im Jahre 1934" im „Bund" Nr. 23 vom 15. Januar 1935.

[72]) Hier war der Vorkämpfer Dr. Max Fahrländer, der Verfasser der vielbeachteten Schrift: „Die Förderung des kleingewerblichen Betriebskredites durch Bürgschaftsgenossenschaften und Kreditvereinigungen", Basel 1924.

[73]) Vgl. aus seiner Feder namentlich die Schrift: „Die Kredit- und Bürgschaftsgenossenschaften im schweizerischen Gewerbe", Gewerbliche Flugschriften, herausgegeben von Dr. Th. Odinga, Heft 3 (Separatabdruck aus der Schweizerischen Gewerbezeitung, Nrn. 27 und 28, Juli 1924). Siehe ferner auch die aufschlussreichen Berichte des st. gallischen Gewerbeverbandes aus den letzten Jahren.

eine genaue Kontrolle der Verhältnisse des Kreditsuchenden, und zwar sowohl nach buchhalterischer als auch nach betriebstechnischer Richtung hin. Für diese Kosten können aber, soll nicht die Möglichkeit, einen Bürgen zu erlangen, allzu kostspielig werden, die Kreditsuchenden kaum allein aufkommen. Die Bürgschaftsgenossenschaften sind daher in weitgehendem Masse auf die Unterstützung durch die Berufsverbände, weiterhin aber auch durch öffentliche Mittel, angewiesen. So hat z. B. der Regierungsrat des Kantons Bern am 3. Mai 1929 folgenden Beschluss gefasst: „Zum Zwecke der Errichtung von gewerblichen Bürgschafts- und Kreditgenossenschaften im Kanton Bern und an die Betriebskosten von solchen wird dem kantonalbernischen Gewerbeverband für fünf Jahre ein Staatsbeitrag von Fr. 20,000.— jährlich bewilligt, welcher dem kantonalen Solidaritätsfonds entnommen wird". Der Grosse Rat des Kantons Bern hat diesen Beschluss gebilligt und dem Verband weitere Fr. 20,000.— an die Gründungskosten von Bürgschaftsgenossenschaften zugesprochen. Ferner ist in diesem Zusammenhang auf das Postulat von NR Schirmer vom 15. März 1932 zu verweisen, das folgenden Wortlaut hat: „Angesichts der zunehmenden Krisis wird es auch vielen Betrieben des Gewerbes immer schwerer, sich aus eigener Kraft ihre Existenzmöglichkeit zu erhalten. Es mehren sich die Begehren, auch dem Handwerk und Kleinhandel, ähnlich wie andern Betriebsgruppen, dort wo es notwendig erscheint, eine Bundeshilfe zukommen zu lassen. — Wir möchten den Bundesrat einladen, im Anschluss an die Eingabe des schweizerischen Gewerbeverbandes, bezüglich einer Kredithilfe für das Gewerbe, die in dieser Eingabe gewünschte Beihilfe für die gewerblichen Bürgschaftsgenossenschaften so bald als möglich zu gewähren[74]).

Denkbar wäre vielleicht, auch die Banken zu gewissen finanziellen Beiträgen heranzuziehen, da ja letzten

[74]) Vgl. dazu Prot. des NR, 3./4. Session der 29. Leg.-Per., S. 206 ff.

Endes auch sie von dieser Art Bürgschaft, die als sozusagen risikolos anzusprechen ist, Nutzen ziehen.

V. Die Form der Bürgschaft.

1. Schon in anderem Zusammenhang ist darauf hingewiesen worden, dass frühzeitig als eine wirksame Art der Bekämpfung des leichtsinnigen Bürgens die Einführung von Formvorschriften erkannt worden ist (vgl. Abschnitt I, Ziffer 4 hiervor). Jede Form bedeutet eine Erschwerung des Vertragsschlusses und hält damit die Parteien zur Besinnung an.

Bei der Schaffung eines einheitlichen schweizerischen Obligationenrechts im Jahre 1881 wurde erstmals für die ganze Schweiz die Norm dekretiert: „Die Bürgschaft bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Vertragsform."

Anlässlich der Revision des OR auf den 1. Januar 1912 wählte man zunächst eine andere Ausdrucksweise, um deutlicher darzutun, dass ein Bürgschaftsvertrag nicht vom Bürgen und vom Gläubiger unterschrieben werden müsse, sondern dass vielmehr die Unterschrift des Bürgen genüge[75]). Das hatte allerdings die Praxis richtigerweise schon auf Grund des alten Textes angenommen[76]).

Ausserdem wurde nun aber auch noch das Requisit der Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung aufgestellt. Der deutsche Berichterstatter im Nationalrat, Prof. Eugen Huber, bemerkte dazu folgendes: „Das ist eine ausserordentlich wichtige Änderung, dass künftig eine Bürgschaft nur gültig sein soll, wenn nicht nur die Unterschrift vorliegt, sondern auch gesagt ist, für welchen Betrag der Bürge haften soll. Dieser soll dadurch zu der richtigen Diligenz angehalten werden, dass er sich vorstellt, für was er haften muss, und nur mit der Haftungs-

---

[75]) Art. 493 OR: „Die Bürgschaft bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Erklärung des Bürgen . . ."

[76]) Vgl. BGE **22** 96 ff.

summe vor Augen sich entschliesst, ob er eine Bürgschaft eingehen wolle oder nicht[77])".

Diese Vorschrift hat sich in der Folge tatsächlich als sehr wohltätig erwiesen. In der Praxis wird sie dahin ausgelegt, es sei nicht unbedingt erforderlich, dass die Angabe des Betrages der Haftung des Bürgen in die Bürgschaftsurkunde selbst aufgenommen werde. Vielmehr genüge unter Umständen auch schon eine Verweisung auf den vom Hauptschuldner ausgestellten Schuldschein, sofern darin die Schuld, für die der Bürge einzustehen habe, bestimmt umschrieben sei[78]). Das geht doch vielleicht etwas weit und sollte deshalb durch eine entsprechende Neufassung für die Zukunft verunmöglicht werden. Ferner stellte das Bundesgericht im nämlichen Entscheid auch noch fest, es könne natürlich nicht gesagt werden, dass ein Verstoss gegen Treu und Glauben vorliege, wenn nachträglich wegen mangelnder Angabe eines bestimmten Haftungsbetrages die Gültigkeit der Bürgschaft vom Bürgen angefochten werde. Denn der Bürge berufe sich diesfalls auf eine Bestimmung, die das Gesetz eben speziell zum Schutze des Bürgen aufstelle, und gegenüber einer solchen formalen Schutzvorschrift könne die Einrede der mala fides nach bekannten Grundsätzen nicht aufkommen.

Aus diesen Hinweisen erhellt, dass schon das heute geltende Recht den Schutz des Bürgen jedenfalls auf dem Gebiete der Formvorschriften in weitgehendem Masse ausgebaut hat. Mit dem ausdrücklichen Erfordernis der

---

[77]) Sten. Bull. NR 1909 717. — Vgl. im übrigen auch noch die Ausführungen von Reichel („Zum Bürgschaftsrecht") in der SJZ **20** 173 ff.

[78]) BGE **42** II 149 ff. — Vgl. auch die Kritik dieser Praxis von Tobler, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach dem schweizerischen Obligationenrecht, Berner Dissertation 1926 (Heft 21 der Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge), S. 48 f. Gegen das Bundesgericht auch Schulthess, in der ZschwR n. F. **44** 91 Fussnote 64, sowie Reichel, in der SJZ **20** 177.

Angabe eines bestimmten Haftungsbetrages geht das schweizerische Recht über das hinaus, was in den meisten andern Rechten, die zum Teil überhaupt nicht einmal Schriftlichkeit verlangen (wie z. B. Italien, Holland und Belgien), vorgesehen wird[79]). Trotzdem werden heute gerade hinsichtlich der Form eine ganze Reihe noch weitergehende Revisionspostulate gestellt. Das zeigt deutlich, dass der Kampf immer und immer wieder vorab gegen das unüberlegte Eingehen der Bürgschaften gerichtet ist.

Zu den die Form beschlagenden Postulaten soll im Nachstehenden Stellung genommen werden, wobei das Bürgschaftsregister seiner besondern Bedeutung wegen in einem eigenen Abschnitt (VI hiernach) behandelt wird.

2. Anlässlich der Begründung seines Postulates vom 8. Dezember 1932 in der Sitzung des Nationalrates vom 27. September 1933 hat NR Schirmer darauf hingewiesen, von anderer Seite sei die Anregung gemacht worden, „es sollten die Bürgschaften vor einer öffentlichen Urkundsperson, vor einem Notar, abgeschlossen werden und nur dann Gültigkeit haben, wenn sie in einem formellen Verfahren eingegangen wurden[80])". NR Schirmer glaubt, dass sich vielleicht mancher noch einmal überlegen würde, ob er die Bürgschaftsunterschrift geben wolle, wenn er mit seinem Bürgschaftsschuldner zum Notar gehen müsste.

Auch Beck[81]) hält dafür, man müsse diese insbesondere auch die „Wirtshausbürgschaften" verhindernde Form als eine durchführbare Lösung im Auge behalten. Er fügt allerdings sogleich bei; „Man darf sich aber nicht verhehlen, dass eine solche Erschwerung der Form im all-

---

[79]) In Deutschland sind wenigstens in der Literatur gewisse Tendenzen zu signalisieren, auf dem Wege der Gesetzesauslegung einen ähnlichen Zustand zu schaffen, wie er in der Schweiz herrscht, vgl. etwa Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1931, 2 136.

[80]) Vgl. Prot. NR, 9. Session, 29. Leg.-Per., S. 154 f.

[81]) Vgl. Neue Zürcher Zeitung Nr. 631 vom 10. April 1935, Blatt 8.

gemeinen nicht populär ist, nicht nur wegen der damit verbundenen Kosten und Umständlichkeiten, sondern weil der Bürge oft nicht einmal der Urkundsperson von seiner Verpflichtung Kenntnis geben möchte."

In der Tat muss gesagt werden, dass eine so geartete Formvorschrift in hohem Masse geeignet wäre, gewissen unüberlegten Bürgschaftseingehungen gegenüber eine wirksame Schranke zu setzen.

Zuzugeben ist allerdings auf der andern Seite sogleich, dass auf diese Weise nicht unerhebliche Mehrkosten entstehen würden. Allein einmal könnten Bürgschaften in Beträgen von unter Fr. 500.— oder allenfalls Fr.1000.— ausgenommen werden, wobei nur dafür Sorge getragen werden müsste, dass keine Unterteilungen grösserer Bürgschaften in fraudem legis stattfinden würden (Androhung der Nichtigkeit bei Umgehungsgeschäften). Im übrigen wäre es dann Sache der die Tarife festsetzenden Kantone, diese so zu bemessen, dass keine unbillige Erschwerung der Eingehung von Bürgschaften eintritt.

Auch der weitere Einwand, die öffentliche Beurkundung bringe eine ausserordentliche Umständlichkeit, die hemmend auf das Verkehrsleben wirken müsste, mit sich, kann nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden. Ihm könnte aber in der Weise Rechnung getragen werden, dass die im Handelsregister eingetragenen Bürgen von der Einhaltung dieser Form befreit würden[82]), ähnlich wie z. B. im deutschen Recht die Schriftform überhaupt nicht notwendig ist, „sofern die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen ein Handelsgeschäft ist" (Art. 350 Handelsgesetzbuch). Ferner wäre diese qualifizierte Form nur zu fordern, wenn sich ein Bürge über eine bestimmte Zeit (drei oder allenfalls sechs Monate) hinaus verpflichtet.

Allerdings vermöchte, da ja natürlich die öffentliche Urkundsperson das Amtsgeheimnis zu wahren hätte, den versteckten Bürgschaften kein Riegel geschoben zu werden.

---

[82]) In diesem Sinn z. B. auch Beck in Nr. 631 der Neuen Zürcher Zeitung vom 10. April 1935, Blatt 8.

Und ebensowenig würde auf diese Weise eine Übersicht über die schon bestehenden Bürgschaften einer bestimmten Person ermöglicht. Wenn man sich indessen nicht dazu entschliessen kann, noch weiter gehende Formvorschriften (Bürgschaftsregister oder Bürgschaftsprotokoll) einzuführen, so muss in der Tat die öffentliche Beurkundung in der soeben skizzierten Einschränkung ernsthaft in Erwägung gezogen werden. Auf alle Fälle wäre sie der gelegentlich auch postulierten blossen Beglaubigung der Bürgschaftsunterschrift vorzuziehen, da diese kaum zu nennenswerten Erfolgen führen dürfte.

Sollte das Requisit der öffentlichen Beurkundung in einem neuen Gesetz aufgestellt werden, so müsste diese Form von allen in der Schweiz wohnhaften (nicht im Handelsregister eingetragenen) Personen respektiert werden, ohne jede Rücksicht auf den Ort des Vertragsabschlusses. Denn nur so würde dem öffentlichen Interesse, das hier obwaltet, genügend Rechnung getragen, und nur so könnte Gesetzesumgehungen begegnet werden. Aus dem Gesichtspunkte des Schutzes wohlerworbener Rechte wären dann aber auch in der Schweiz Bürgschaften anzuerkennen, die sich nach den am ausländischen Wohnsitze des Bürgen zur Zeit der Eingehung der Verpflichtung geltenden Bestimmungen als formgerecht erweisen würden.

3. Es ist weiter die Frage aufgeworfen worden, ob nicht der Bürge angehalten werden sollte, seine Verpflichtung eigenhändig zu schreiben (in Analogie zur eigenhändigen letztwilligen Verfügung, Art. 505 ZGB)[83]). Damit soll in erster Linie vermieden werden, dass Bürgschaftsverpflichtungen (insbesondere Bürgschaftsformulare von Banken) ungelesen unterzeichnet werden.

Auch hier kann indessen der Einwand der Umständlichkeit nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden. Deshalb käme auch diese Form wohl nur in Frage bei

---

[83]) Vgl. etwa Reichel in der SJZ **20** 178, § 5, Ziffer 1, sowie Beck in der Neuen Zürcher Zeitung Nr. 631 vom 10. April 1935, Blatt 8.

nicht im Handelsregister eingetragenen Personen. Ein weiterer Nachteil dieses Systems besteht, gleich wie bei der öffentlichen Beurkundung, darin, dass eine Übersicht über alle Bürgschaften einer bestimmten Person nicht geschaffen würde.

Bei Mitbürgschaften müsste jeder Bürge seine Bürgschaftsverpflichtung eigenhändig schreiben.

Die Einführung des Requisites der Eigenschriftlichkeit der Bürgschaftsverpflichtung sollte m. E. erst dann in Betracht gezogen werden, wenn Bürgschaftsregister und öffentliche Beurkundung als untunlich abgelehnt würden.

4. Beim Schuldnerwechsel im Sinne der Art. 175 ff. OR haften von Dritten bestellte Pfänder sowie die Bürgen dem Gläubiger dann weiter, wenn der Verpfänder oder der Bürge der Schuldübernahme zugestimmt hatte (Art. 178 Abs. 2 OR). Die herrschende Meinung nimmt an, es handle sich hier nicht um eine neue Verbürgung, und deshalb sei die Schriftform für die Zustimmung des Bürgen nicht nötig[84]). v. Tuhr[85]) geht sogar so weit, dass er auch noch nachträgliche formlose Zustimmung als genügend erachtet, eine Auffassung, die allerdings kaum richtig sein dürfte.

Nun ist aber der Schuldnerwechsel u. U. geeignet, die Bürgschaft auf eine völlig neue Grundlage zu stellen, insbesondere des Bürgen Risiken ganz ausserordentlich zu erhöhen. Deshalb sollten de lege ferenda auf den Schuldnerwechsel (mit Einschluss des Wechsels der Rechtsform der schuldnerischen Firma), d. h. auf die Zustimmung des Bürgen, die Formvorschriften betr. die Bürgschaft anwendbar erklärt werden.

---

[84]) Vgl. Oser/Schönenberger, Kommentar zum OR, 2. Aufl., Zürich 1929, Art. 178 Anm. 10, Becker, Art. 178 N. 8, sowie Raaflaub a. a. O. 95; anders dann aber Schulthess in der ZschwR n. F. 44 88.

[85]) Allgemeiner Teil des OR, S. 776 Ziffer 2.

5. Das Versprechen einer Person, einer andern Bürgschaft zu leisten, ist formlos rechtsverbindlich[86]). De lege ferenda drängt sich auch hier eine ausdrückliche Anwendbarerklärung der Bürgschaftsform auf. Mit Art. 22 Abs. 2 OR, wonach, wenn eine Form zum Schutze der Vertragschliessenden vorgeschrieben ist, diese auch für den Vorvertrag gilt, kommt man nicht durch; denn ein Vorvertrag liegt nicht vor, weil dem Gläubiger gegenüber nichts versprochen wird.

6. Nach § 766 BGB wird bei der Bürgschaft ein Formmangel geheilt, soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt hat. Einzelne Autoren möchten für das schweizerische Recht das Gleiche annehmen[87]).

De lege lata dürfte das indessen kaum möglich sein. Vielmehr macht Art. 63 OR Regel, wonach, wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, das Geleistete zurückfordern kann, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befand[88]).

Aber auch de lege ferenda ist eine Übernahme des Grundsatzes des § 766 BGB in das schweizerische Recht nicht zu empfehlen. Wer irrtümlicherweise im Glauben lebte, bezahlen zu müssen, soll sich nachher gleich wie der erst zur Bezahlung Angehaltene darauf berufen dürfen, dass zufolge Formmangels eine gültige Verpflichtung

---

[86]) Vgl. ZBJV **51** 603, RGZ **59** Nr. 5, sowie Schulthess in der ZschwR n. F. **44** 64 Fussnote 2.

[87]) Vgl. Reichel in der SJZ **20** 178 f., Schulthess in der ZschwR n. F. **44** 64 Fussnote 2 Abs. 5, und Raaflaub a. a. O. 43 Fussnote 3 (der sich für seine Auffassung irrtümlicherweise auf v. Tuhr beruft); vgl. auch noch Gadmer, Solidarschuldner und Bürge nach schweizerischem Obligationenrecht, Zürcher Dissertation 1929, S. 17.

[88]) Vgl. namentlich Becker, Art. 493 N. 7, Oser, 1. Aufl., Art. 493 Anm. 2, v. Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, **1** 210, sowie in der SJZ **19** 225, Tobler a. a. O. 10 und Benkler a. a. O. 37 f. — Die meisten dieser Autoren nähern sich indessen praktisch Reichel, Schulthess und Raaflaub, indem sie in weitgehendem Masse Art. 2 ZGB Platz greifen lassen wollen.

überhaupt nicht vorlag. Missbräuchen kann auf Grund des Art. 2 ZGB entgegengetreten werden, wobei allerdings das Vorhandensein eines Rechtsmissbrauches nicht so rasch bejaht werden darf, wie dies einzelne Autoren haben möchten.

7. Ähnliche Wirkungen wie eigentliche Formvorschriften vermöchte eine Ordnung hervorzubringen, nach der der Gläubiger verpflichtet würde, vor Annahme der Bürgschaft beim Bürgen über dessen Vermögenslage und bereits bestehenden anderweitigen Bürgschaftsverpflichtungen Erkundigungen einzuziehen und sich hierüber eine schriftliche Erklärung ausstellen zu lassen (Postulat Schirmer, vgl. Abschnitt II, Ziffer 3, lit. a hiervor).

Bedauerlicherweise hat der damalige Bundesrat Häberlin diesen Teil des Postulates Schirmer missverstanden und aus dieser Einstellung heraus so geantwortet, wie wenn eine Erkundigungspflicht des Gläubigers in Bezug auf die finanziellen Verhältnisse des Schuldners verlangt worden wäre[89]). Dafür hat er dann aber in seiner Antwort auf das Postulat Schmutz die Frage der Verpflichtung des Gläubigers, sich über den Bürgen zu erkundigen, kurz gestreift, bemerkend: Auch dieser Vorschlag sei durchaus prüfenswert, aber in der Durchführung schwierig[90]).

Soll nach der Auffassung von NR Schirmer die Erfüllung der Erkundigungspflicht Gültigkeitsbedingung sein, oder will dem Bürgen damit bloss eine peremtorische Einrede für den Fall seiner Inanspruchnahme gegeben werden?[91]) Richtigerweise müsste beim Fehlen der schriftlichen Erklärung des Bürgen über seine Vermögensverhältnisse (mit Einschluss der bisherigen Bürgschaften) Ungültigkeit der neuen Bürgschaft verfügt werden[92]).

---

[89]) Vgl. Prot. NR, 9. Sess. der 29. Leg.-Per., 27. September 1933, S. 160.

[90]) Prot. NR, 11. Sess. der 29. Leg.-Per., 22. März 1934, S. 227.

[91]) Benkler a. a. O. 97.

[92]) Vgl. auch Benkler a. a. O. 97, sowie Beck in der Neuen Zürcher Zeitung vom 10. April 1935, Nr. 631, Blatt 8.

Der Durchführung dieses Teiles des Postulates Schirmer stehen indessen m. E. schwere praktische Bedenken entgegen. Nach welchen Grundsätzen wären z. B. Warenlager und Forderungen gegenüber dubiosen Schuldnern zu schätzen? Es würde zweifellos ganz ausserordentlich schwer halten, hier in jedem einzelnen Falle wirklich zuverlässige Angaben zu erhalten, wobei die grösste Gefahr durchaus nicht einmal die absichtlich falschen Angaben darstellen würden.

Dazu kommt aber noch Folgendes: „Auch hier steht zu befürchten, dass eine derartige Vorschrift die Aufbringung von Bürgen erheblich erschweren würde. Viele werden sich scheuen, eine solche Erklärung über ihre Vermögenslage und ihre Bürgschaftsverpflichtungen abzugeben, sei es aus Gründen des Kredites oder wegen der Steuer"[93]). Der Verkehr, namentlich unter Geschäftsleuten, würde auf dem Gebiete des Bürgschaftswesens auf Grund der vorgeschlagenen Ordnung in hohem, wohl unerträglichem Masse erschwert.

Aus ähnlichen Erwägungen heraus möchte ich auch das gelegentlich etwa gestellte weitere Postulat der Statuierung einer Auskunftspflicht des Hauptschuldners ablehnen[94]).

VI. Das Bürgschaftsregister.

1. Der Gesetzgeber, der für bestimmte Rechtsgeschäfte Formvorschriften dekretiert, kann damit in der Hauptsache dreierlei beabsichtigen:

a) einmal eine Erschwerung der Bindung des sich Verpflichtenden, insbesondere zu dessen Schutz vor der eigenen Unachtsamkeit und Sorglosigkeit;

b) die Kundmachung des Abschlusses gegen aussen;

---

[93]) Beck in Nr. 631, Blatt 8, der Neuen Zürcher Zeitung vom 10. April 1935.

[94]) Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen von Bundesrat Häberlin, Prot. NR, 9. Session der 29. Leg.-Per., S. 160 f.

c) die Beweissicherung[95]).

Eine zur Erreichung namentlich der unter lit. a und b hiervor skizzierten Zwecke besonders geeignete Formart ist das öffentliche Register mit der Wirkung, dass, was nicht eingetragen ist, nicht zu Recht besteht (sog. negative Rechtskraft).

2. Der Gedanke der Einführung von Bürgschaftsregistern und seine Verwirklichung sind in der Schweiz nicht neu[96]). Es ist namentlich auf die folgenden historischen Beispiele hinzuweisen, bei denen allerdings nicht immer volle negative Rechtskraft vorgesehen war:

a) In der St. Galler Stadtgerichtsordnung des Jahres 1726 („Prozess und Satzungen des Statt-Gerichts der Statt St. Gallen", dritter Teil, Titulus II, § V, S. 98 f) wird unter Ziffer 6 ausgeführt:

„Welcher fürohin seinen Creditori, einen Bürgen geben und stellen will / und wäre seine Schuld mehr dann 50 fl. der soll das anders nicht thun / den vor denen verordneten Herren zu den Vogtey-Rechnungen / und in welchen wie bey anderen Authentischen Versicherungen bräuchig ist / bei seiner burgerlichen Pflicht da anzeigen und angeben / alle seine Schulden und Gegen-schulden / sambt seinem gantzen Vermögen / nichts hindangesetzt noch wüssentlich Verhalten. — Und wan also die Vogtey-Herren die Bürgschafft für gut erkennen / soll sie auch vor dem Rechten gültig und kräftig sein / und der Bürg / der seine zulässige Bürgschafft gnugsame erscheinen kan / in denen Auffählen umb sein Gelt / das er verbürget u. bezahlet hat, nach dem bisherigen geübten Praelation-Recht anstehen / und bezahlt werden; wäre aber Sach / dass einer sich in Bürgschafft einliesse / ohne befragt der

---

[95]) Vgl. dazu Oser/Schönenberger, 2. Aufl., Art. 11 N. 5, sowie Huber, Zum schweizerischen Sachenrecht, in den Abhandlungen zum schweizerischen Recht, 58. Heft, S. 79 ff.

[96]) Insofern trifft es nicht zu, wenn Beck in der Neuen Zürcher Zeitung Nr. 616 vom 8. April 1935 (7. Blatt) bemerkt, man bewege sich hier ganz in Neuland.

Vogtey-Herren / und ohne deren Bewilligung / dessen Schuld soll hernach / wann es zu Schulden kommt / anders nicht / dann eine andere gemeine lauffende Schuld eingezogen werden. Jedoch sind hier vorbehalten / die so meinen Herren einem Ehrsamen Rath / für Blaicher / Teil-träger u. andere meiner Statt Ambt - Leuth Bürgschafft thun / u. als Bürgen zugelassen worden; Jtem: Was auf fl 50 u. darunter ist / das soll auch für gültig Bürgschafft dem Rechten nachgelten / ob es gleich nicht vor die Vogtey-Herren kommen wäre."

Huber[97]) scheint anzunehmen, dass danach eine Bürgschaft, die nicht vor den verordneten Herren zu den Vogteirechnungen (mit anschliessender Protokollierung) eingegangen worden war, überhaupt keine Gültigkeit gehabt habe. Demgegenüber kann man sich indessen fragen, ob die Meinung nicht vielmehr bloss die gewesen sei, dass Forderungen aus formrichtigen Bürgschaften im Gegensatz zu den „gemeinen lauffenden" Schulden in der Exekution ein gewisses Vorrecht („Praelation-Recht") geniessen sollten.

b) Am 10. Mai 1773 verordneten Burgermeister, Klein- u. Grosse Räht der Stadt Basel:

„Was aber die Handschrift anlangt, wobei Bürgschaft geleistet und verschrieben wird, und welche über fünfzig Pfund betragen, wollen und verordnen Wir, dass solche Handschriften hinfüro, und zwar von dem ersten Tag des nächstkünftigen Heumonats anzufangen, in Unseren Landschreibereien ausgefertigt, daselbsten die Bürgen in das Gelübd genommen und sothane Bürgschaften in ein besonders Buch einschreiben und deutlich ausgesetzt werden sollen, wer, für wen, für wie viel, gegen wene und wann ein ieder Bürg worden sei. Ohne welches alle Bürgschaften in solchen Handschriften als ungültig angesehen und in Unseren Gerichten kein Recht auf den Bürgen gehalten werden soll. Die Handschriften iedoch, so nicht über fünfzig Pfund sich belaufen, seiend hiervon aus-

[97]) Huber, System und Geschichte, 4 885 Fussnote 24.

genommen und können wie biss dahin under denen Partheyen allein gemacht werden, also dass auch die darinn verschriebene Bürgschaften sollen gültig sein. Doch dass hierinnen kein Gefährden getrieben und für eine grössere Summe als fünfzig Pfund nicht verschiedene Handschriften gemacht werden. Massen dergleichen Handschriften bei der Entdeckung für ungültig erkläret und die, so darmit umgegangen, gestraft werden sollen[98])".

c) Schliesslich ist noch auf das Baselstädtische Gesetz vom 2. April 1838 über die „Errichtung eines Bürgschaftenprotokolls im Stadt-Bezirk so wie in Betreff des Übergangs der Bürgschaftsverpflichtungen auf die Erben" hinzuweisen.

Danach war die Eintragung der Bürgschaften in das Register nicht Gültigkeitserfordernis. Dagegen hafteten für nicht eingetragene Bürgschaften die Erben nur mit dem Betrage der Verlassenschaft, es sei denn, dass eine Auskündung sub beneficio inventarii stattgefunden habe. In § 5 Abs. 2 wird dem Register ausdrücklich die positive Rechtskraft abgesprochen, indem bestimmt wird: „Die Eintragung einer Bürgschaft in das Protokoll bildet jedoch an sich noch keinen vollständigen Beweis für die Gültigkeit oder den Umfang derselben, falls solche bestritten würden". Das Bürgschaftsprotokoll war durch den Hypothekenbuchverwalter zu führen. Zur Einsichtnahme waren nur die Bürgen, deren Erben sowie die Bürgschaftsberechtigten legitimiert, und zwar bloss soweit es sie betraf. Erwähnenswert ist noch die Übergangsbestimmung (§ 8), wonach das auf den 1. Januar 1839 in Kraft tretende Gesetz auch für alle damals schon bestehenden Bürgschaften gelten sollte[99]).

---

[98]) Vgl. Rechtsquellen von Basel Stadt und Land, 2. Teil, Basel 1865, S. 428 f.

[99]) Vgl. die „Sammlung der Gesetze und Beschlüsse wie auch der Polizeiverordnungen, welche seit Anfang 1836 bis Ende 1838 für den Kanton Basel-Stadtteil erlassen worden", 2. Band (als Fortsetzung der frühern Gesetzessammlung 9. Band), S. 346 ff. Dazu Huber, System und Geschichte, 4 885 Fussnote 24.

3. Eine gewisse Verwandtschaft mit dem Bürgschaftsregister weist der Informationsdienst der Banken auf, wie er anlässlich der Beratung des Bankengesetzes im Jahre 1934 zur Sprache gekommen ist (vgl. darüber Abschnitt II, Ziffer 3, lit. c hiervor). Dem Vernehmen nach soll eine Art Informationsdienst hinsichtlich Schuldner und Bürgen bei einzelnen Bankengruppen schon heute getätigt werden, und zwar in der Hauptsache auf folgender Grundlage.

Die Banken eines Kreises, sei es eines Kantons, sei es eines Bezirkes, oder dann die Banken eines Verbandes, schliessen sich konventionsweise zu einem Informationsdienst zusammen. Will eine Konventionsbank über die schon bestehenden Verpflichtungen einer bestimmten Person orientiert sein, so schickt sie ein ausgefülltes Anfrageformular an die Zentralstelle. Diese leitet die Anfrage an alle Konventionsbanken weiter, mit der Einladung, binnen kurzer Frist (meistens 3 Tagen) die Höhe der bei ihnen bestehenden Verpflichtungen der in Frage kommenden Person anzugeben. Die Mitteilungen werden alsdann von der Zentrale zusammengestellt und ohne Nennung der Banken, bei denen schon Verbindlichkeiten bestehen, der anfragenden Bank eröffnet. Es kommt also nicht zum Ausdruck, bei welchen Banken schon Verpflichtungen bestehen, vielmehr wird lediglich mitgeteilt, bei insgesamt so und so vielen Banken seien zusammen Verpflichtungen, bzw. Bürgschaften, im Betrage von so und so viel Franken vorhanden.

Für dergestalt zusammengeschlossene Banken wird auf diese Weise einer der Hauptzwecke des Bürgschaftsregisters erreicht, nämlich die Ermöglichung einer Orientierung über schon bestehende Bürgschaften einer Person, die sich neuerdings als Bürge zur Verfügung stellt. Ob dieses Vorgehen, das ohne vorherige Befragung der Gegenstand der Information bildenden Person eingeschlagen wird, gegen das Bankgeheimnis verstösst, mag hier dahingestellt bleiben. Es soll an dieser Stelle ledig-

lich darauf hingewiesen werden, dass dieser Informationsdienst nur einer Gruppe von Gläubigern zu gute kommt, eben den Banken. Diese stellen allerdings im Bürgschaftsgeschäft die wichtigste Gläubigergruppe dar[100]).

4. Wägt man nun die Vor- und Nachteile des Bürgschaftsregisters unvoreingenommen gegeneinander ab, so kann man über die Wünschbarkeit seiner Einführung in guten Treuen verschiedener Auffassung sein.

a) Zunächst dessen Vorteile. Das Bürgschaftsregister vermag gleichzeitig nach zwei Richtungen hin die Wünsche zu befriedigen, die heute von den Revisionsfreunden besonders in den Vordergrund gestellt werden.

Was das Bürgen immer und immer wieder verhängnisvoll macht, ist die optimistische, auf die Zukunft spekulierende Einstellung, der Hauptschuldner werde im gegebenen Moment schon bezahlen. Es steht ausser Frage, dass nur die allerwenigsten Bürgen ihre Unterschrift geben würden, wenn sie von vornherein mit grosser Wahrscheinlichkeit damit rechnen müssten, dass es dereinst zum Zahlen kommen werde. Regelmässig wäre denn auch der Bürge nicht bereit, dem Kreditsuchenden gegenüber als ungesicherter Darlehensgeber aufzutreten oder auch nur für eine allfällige Schuldpflicht aus der Bürgschaft bei deren Abschluss Realkaution zu stellen. Die verhängnisvolle Gutgläubigkeit und Vertrauensseligkeit ergreift leider fortgesetzt auch Leute, die sonst in ihrem Geschäftsgebaren an viel grössere Vor- und Umsicht gewöhnt sind. Überredungskunst des Hauptschuldners, sehr oft auch des Gläubigers, freund- und verwandtschaftliche Beziehungen tragen ein Weiteres dazu bei, dass die ruhige, sachliche Überlegung des Bürgen ausgeschaltet wird. Zutreffend bemerkt Heck[101]): „Wie es Berufskrankheiten gibt, so gibt es auch soziologische Krankheiten. Die

---

[100]) Beck hält eine solche Einrichtung de lege ferenda der Erwägung wert, vgl. Neue Zürcher Zeitung Nr. 631 vom 10. April 1935, Blatt 8.

[101]) Grundriss des Schuldrechts, 1929, S. 381.

Bürgschaft ist die ‚Charakterkrankheit' dreier Menschengruppen: Der anständigen, hilfsbereiten Leute, der Optimisten und Leichtgläubigen und der Frauen."

Es liegt auf der Hand, dass der als Bürge Angesprochene durch das Bürgschaftsregister wirksam dazu angehalten würde, sich die Frage der Eingehung einer Bürgschaft doppelt und dreifach zu überlegen. Denn er müsste ja bestimmt damit rechnen, dass im Falle eigener Kreditbedürftigkeit sein Kreditgeber sich nach allfälligen Bürgschaften erkundige, worüber ihm dann eben das Bürgschaftsregister Aufschluss geben würde. Und diesfalls müsste der Bürge dann in der Lage sein, auch seinen Kreditgeber von der angeblichen Harmlosigkeit der eingegangenen Bürgschaftsverpflichtungen zu überzeugen, was ihm indessen in sehr vielen Fällen nicht gelingen dürfte. Ein Bürgschaftsregister wäre daher ganz zweifellos in hohem Masse geeignet, dazu zu führen, dass beim Abschluss von Bürgschaftsverträgen mehr Vorsicht an den Tag gelegt würde.

Ferner wird das Bürgschaftsregister insbesondere auch bei den reinen Gefälligkeitsbürgschaften (zu Gunsten von Verwandten, Freunden und Bekannten), die sehr oft aus einem schlechten Gewissen heraus den eigenen Angehörigen verheimlicht werden, wohltätig wirken. Denn wenn der Bürgende weiss, dass seine Angehörigen durch das Bürgschaftsregister doch über sein Vorgehen orientiert werden, so wird er es regelmässig vorziehen, sich vorher mit ihnen auszusprechen. Und auf diese Weise wird er wiederum dazu angehalten, sich die Tragweite seines Handelns ganz besonders ernsthaft zu überlegen.

Der Hauptvorteil des Bürgschaftsregisters liegt dergestalt in der hemmenden Wirkung gegenüber unüberlegten Bürgschaftseingehungen.

Dazu kommt aber noch ein weiteres Moment. Aus den unter Ziffer 3 hiervor gemachten Ausführungen erhellt, dass die Kreditgeber, insbesondere auch die Banken, natürlicherweise ein sehr grosses Interesse haben an einer

Orientierung über schon bestehende Bürgschaften einer Person, die sich neuerdings als Bürge zur Verfügung stellt. Das Bürgschaftsregister ist zweifellos die geeignetste Institution, um diese Kenntnis in zuverlässiger Weise zu vermitteln. Es bietet zudem den Vorteil, dass es nicht nur Banken zur Verfügung steht. In dieser Orientierungsfunktion liegt sein zweiter, grosser Vorteil.

b) Die Bedenken, die dem Bürgschaftsregister gegenüber geltend gemacht werden, sind von Beck [102]) wie folgt zusammengefasst worden: „Andererseits aber hätte das Bürgschaftsregister auch bedeutende Nachteile. Die damit verbundenen Umständlichkeiten würden dabei nicht einmal so sehr ins Gewicht fallen. Vielmehr wäre dies der Fall in bezug auf die Abneigung des Bürgen gegen diese Publizität. Ist es heute schon schwer, einen seriösen Bürgen zu finden, so wird dies beim Bürgschaftsregister noch bedeutend schwerer sein, weil gerade die seriösen Bürgen, die zu ihrem Kredit Sorge tragen, sich nicht leicht dazu verstehen werden, sich ins Register eintragen zu lassen. Diese Abneigung ist schon deswegen verständlich, weil die Registereintragungen die Kreditfähigkeit sowohl des Bürgen als des Schuldners auch da beeinträchtigen können, wo keine Veranlassung zur Besorgnis besteht. Ein weiteres Hemmnis ist die Furcht vor der Gefährdung des Bankgeheimnisses. Die Eintragungen wären nicht wirksam, wenn sie nicht diejenigen Angaben enthalten würden, welche die Identifizierung einer Forderung ermöglichen, oder wenn die Einsichtnahme allzu sehr eingeschränkt würde. Damit aber wären gewisse Transaktionen dem Bankgeheimnis entzogen. Es ist schwer, zu beurteilen, ob die Gefahr hier wirklich so gross ist, wie man befürchtet. Jedenfalls wird man mit diesem Umstand ernstlich rechnen müssen. Nicht nur würde die Bürgschaft dadurch für Fälle ausgeschaltet, wo sie volkswirtschaftlich erwünscht ist, sondern sie würde oft umgangen und durch andere

[102]) Vgl. Neue Zürcher Zeitung Nr. 616 vom 8. April 1935, Blatt 7.

Kreditmittel ersetzt, die weniger wünschenswert sind. Und dies dürfte neben der Publizitätsscheu des Bürgen eines der wichtigsten Bedenken sein, die sich gegen das Bürgschaftsregister erheben. Die Möglichkeiten der Umgehung sind zahlreich. Es sollen hier nur die wichtigsten genannt werden: Schuldübernahme, Garantievertrag und Wechselunterschrift. Obschon diese Verpflichtungen weiter gehen als selbst eine solidarische Bürgschaft, wird mancher doch eher bereit sein, eine solche anonym bleibende Verpflichtung einzugehen, als im Bürgschaftsregister zu erscheinen. Damit würden aber die wohltätigen Wirkungen des Registers beinahe ins Gegenteil verkehrt. Aus einem Schutz würde es fast zu einer Gefahr. Denn man würde sich darauf verlassen, dass das Register alle wichtigen Verpflichtungen zugunsten Dritter angebe, während in Wirklichkeit vielleicht gerade die wichtigsten eine andere und gefährlichere Form angenommen haben."

Es hält natürlich ausserordentlich schwer, genau vorauszusagen, wie sich eine Neuerung, über die so wenig Erfahrungen vorliegen, wie dies beim Bürgschaftsregister der Fall ist, auswirken wird. Folgende Feststellungen und Überlegungen dürften immerhin in diesem Zusammenhang am Platze sein.

Die Gefahr, dass das Bürgschaftsregister die Eingehung von Bürgschaften, und zwar selbst solcher, die sich moralisch und wirtschaftlich rechtfertigen lassen, erschweren würde, dürfte in Wirklichkeit vielleicht doch nicht so gross sein, wie das vielerorts angenommen wird. Denn der vernünftige Kreditgeber, insbesondere der gewerbsmässige, wird sich an Hand des Bürgschaftsregisters über die Tragweite schon bestehender Bürgschaften regelmässig ein richtiges Bild zu machen imstande sein. Er wird zu diesem Zwecke allerdings die Solvabilität der Hauptschuldner, die Vermögensverhältnisse des Bürgen, sowie den Wert neben den Bürgschaften bestehender Sicherheiten näher prüfen müssen. Allein das gehört ja ohnehin zu den elementaren Pflichten eines seriösen Ge-

schäftsmannes. Auf diese Weise braucht ein Bürge insbesondere kaum zu befürchten, dass schon eingetragene, in Wirklichkeit aber nicht gefährliche Bürgschaften, seinem eigenen Kredit in nennenswerter Weise schädlich werden könnten. Wohl aber würden so — und das ist ja gerade der Zweck des Registers — unverantwortliche Überbürgungen verhindert.

Nicht zu bestreiten ist dann aber die mit der Einführung des Bürgschaftsregisters verbundene Gefährdung des Bankgeheimnisses. Wer für ein Bankdarlehen irgendwelcher Art Bürgen stellt, müsste in Zukunft damit rechnen, dass durch die Eintragung dieser Bürgschaften in das Register seine Verpflichtungen beliebigen Dritten offenbar würden, wodurch Schaden entstehen könnte. Mit Recht bemerkt immerhin Beck a. a. O., es sei schwer, zu beurteilen, ob diese Gefahr wirklich so gross sei, wie dies da und dort gefürchtet werde. Jedenfalls aber kann man sie nicht schlechthin verneinen. Das Bankgeheimnis muss aber geopfert werden, wenn sich ergibt, dass anders einem tiefgreifenden sozialen Übel nicht gesteuert werden kann.

Nicht zu unterschätzen ist auch der Nachteil der Umständlichkeit, der notwendigerweise dem Bürgschaftsregister anhaften würde. Denn dieses müsste, um seinen Zweck erfüllen zu können, eine ganze Reihe von Angaben enthalten. Die Personalien der beteiligten Personen, Art der Bürgschaft, sowie Art und nähere Umschreibung der Hauptschuld, würden dabei wohl keine besonderen Schwierigkeiten bereiten. Sollte ein zu niedriger Haftungsbetrag angegeben werden, so wäre entsprechend der dem Bürgschaftsregister zuzuerkennenden negativen Rechtskraft[103]) die Bürgschaft für das Mehr nicht rechtsbeständig.

---

[103]) Das System der negativen Rechtskraft wäre nach meinem Dafürhalten der Ordnung vorzuziehen, wie sie seinerzeit in Basel-Stadt durchgeführt war, und wonach von der Eintragung lediglich der Übergang der Bürgschaftsverpflichtung auf die Erben abhängig war, vgl. Ziffer 2 lit. c hiervor. — Positive Rechtskraft wäre dem Bürgschaftsregister zu versagen. Eine aus einem ma-

Wie aber, wenn beispielsweise falsche, d. h. für den Bürgen zu günstige Angaben über konkurrierende Sicherheiten (Mitbürgen oder Pfänder) gemacht würden? Hier würde es wohl zu weit gehen, Ungültigkeit der Bürgschaft zu verfügen. Dagegen müssten Strafen vorgesehen werden für den Fall, dass nach irgendeiner Richtung hin auf dem einheitlichen Anmeldungsformular, das vom Gläubiger und vom Bürgen zu unterzeichnen wäre, unrichtige Angaben gemacht würden. Als strafbar müsste aber auch die Unterlassung erklärt werden, spätere Verschlechterungen der Sicherheiten, wie namentlich Wegfall von Mitbürgen oder Pfändern, dem Amt ohne Verzug zu signalisieren. Noch mehr Gewähr für Sicherheit als die Anmeldung durch einheitliches Formular würde eine Ordnung bieten, wonach die Vertragschliessenden gehalten wären, dem Registeramt das Original der Bürgschaftsverpflichtung oder wenigstens eine beglaubigte Abschrift derselben vorzulegen. Hier müssten dann durch Strafbestimmungen Sanktionen vorgesehen werden, falls in den Bürgschaftsakt fingierte Angaben über weitere Sicherheiten aufgenommen würden.

Die bäuerliche Notgemeinschaft des Berner Oberlandes regt an, das Register solle u. a. auch noch die Ertragswertgrenze des Grundeigentums des Bürgen, die hypothekarische Belastung desselben, ferner das versteuerbare reine Vermögen, resp. Einkommen des Bürgen, sowie endlich die bisher eingegangenen Bürgschaften ausweisen.

Die hier gewünschten Angaben betreffend das Grundeigentum des Bürgen scheinen mir indessen allzusehr nur auf bäuerliche Verhältnisse zugeschnitten zu sein. Es gibt weite Berufskreise, bei denen der vermögensrechtliche Mittelpunkt in andern Güterarten liegt, wie namentlich etwa in einem Warenlager. Konsequenterweise müss-

---

teriellen oder formellen Grunde nicht rechtsbeständige oder anfechtbare Bürgschaft würde also nicht etwa durch den Eintrag geheilt, d. h. rechtswirksam.

ten alsdann auch hier gewisse Angaben über das Vermögen verlangt werden. Das würde aber unzweifelhaft zu ausserordentlichen Schwierigkeiten führen. Ganz abgesehen davon steht zur Erkundigung über hypothekarische Verhältnisse ja das Grundbuch zur Verfügung. Ich halte deshalb dafür, dass von dieser erschwerenden und einseitigen Weiterung Umgang genommen werden sollte.

Der weitern Forderung der Notgemeinschaft, wonach die bisher eingegangenen Bürgschaften anzugeben wären, dürfte bei den Einführungsbestimmungen Rechnung getragen werden. Hier wäre zu bestimmen, dass alle im Zeitpunkte des Inkrafttretens des Bürgschaftsregisters schon bestehenden Bürgschaften binnen einer angemessenen Frist in das Register eingetragen werden müssten, unter Folge ihres Untergangs im Unterlassungsfalle. Von einer solchen Übergangsbestimmung könnte kaum Umgang genommen werden, ohne dass die volle Wirksamkeit des Registers auf allzulange hinausgezögert würde. Gerade in den heutigen Krisenzeiten hat man es aber am nötigsten.

Ein guter Gedanke liegt zweifellos auch dem letzten Postulat der Notgemeinschaft zu Grunde, dahingehend, es sei das versteuerbare reine Vermögen, resp. das versteuerbare Einkommen des Bürgen, anzugeben. Dabei könnte man sich auf die der Bürgschaftseintragung vorangehenden drei Jahre beschränken, und es wären die bezüglichen Angaben vom Bürgen durch eine Bescheinigung der Steuerbehörde zu beschaffen. Diesem Erfordernis gegenüber wird man allerdings nicht ohne jede Berechtigung den Einwand der zu grossen Umständlichkeit und einer dadurch bedingten, vielleicht doch allzugrossen Erschwerung von Bürgschaften erheben können.

Was sodann den weitern gegen das Bürgschaftsregister erhobenen Einwand anlangt, es bestünden zahlreiche Möglichkeiten, um Bürgschaften durch andere Rechtsgeschäfte zu umgehen, so kann auch diese Gefahr

nicht in Abrede gestellt werden. Abgesehen vom Gebiete des Wechselrechts, wo besondere Verhältnisse vorliegen, könnte diesen Umgehungsgeschäften indessen bis zu einem gewissen Grade in der folgenden Weise entgegengetreten werden. Es wäre ein Verbot des agere in fraudem legis aufzustellen, m. a. W. zu verfügen, Nichteintragung im Bürgschaftsregister habe selbst dann Ungültigkeit zur Folge, wenn die Parteien zwar keinen eigentlichen Bürgschaftsvertrag abschlossen, indessen unzweifelhaft feststeht, dass eine andere Vertragsart nur gewählt wurde, um die besondern Formvorschriften des Bürgschaftsrechts zu umgehen. Zuzugeben ist allerdings sogleich, dass eine solche Umgehungsabsicht nicht immer leicht nachzuweisen sein wird. Immerhin ist der bloss akzessorische Charakter der Bürgschaft etwas so Typisches, dass ein Umgehungsgeschäft in vielen Fällen leicht aufzudecken sein wird.

Ausserdem könnten die Formvorschriften des Bürgschaftsrechts durch ein neues Gesetz ausdrücklich auch auf den Vertragstypus anwendbar erklärt werden, der, abgesehen vom Wechselrecht, seiner grossen Ähnlichkeit mit der Bürgschaft wegen am ehesten zu Umgehungen benutzt werden könnte, nämlich auf den Garantievertrag (vgl. Abschnitt I, Ziffer 7, lit. b hiervor).

Besondere Verhältnisse bestehen dann aber, wie schon angedeutet, auf dem Gebiete des Wechselrechts. Hier ist zweierlei auseinanderzuhalten.

Was vorerst die Wechselbürgschaft anbelangt, so wäre rein theoretisch trotz den wesentlichen Unterschieden, die zwischen ihr und der gewöhnlichen Bürgschaft bestehen (vgl. darüber Abschnitt I, Ziffer 7, lit. c hiervor), die Möglichkeit gegeben, dass auch ihre Eintragung in das Bürgschaftsregister im Sinne eines Gültigkeitserfordernisses verlangt würde, wobei dann durch den Registerbeamten auf dem Wechsel die vollzogene Eintragung angemerkt werden müsste. Allein es liegt auf der Hand, dass praktisch ein solches Vorgehen, weil in hohem Masse

verkehrshemmend, undenkbar ist. Ganz abgesehen davon würde dann einfach in Umgehung des Gesetzes eine andere Form der Wechselunterschrift gewählt. Eher liesse sich erwägen, ob nicht Unterlassung der Anmeldung von Wechselbürgschaften zwecks Anmerkung im Register bei Wechsellaufzeiten von über drei, resp. sechs Monaten, mit Strafe zu belegen sei; diesem Tatbestand müsste dann allerdings die Nichteintragung offenkundiger Umgehungsgeschäfte gleichgesetzt werden, beides im Sinne einer blossen lex minus quam perfecta.

Die Unterzeichnung eines Wechsels, die nicht zum Ausdruck bringt, dass die Beteiligten intern nur Bürgschaftswirkungen erzeugen wollten, ist angesichts der besondern Struktur des Wechsels ganz besonders geeignet, Umgehungen von Bürgschaftsverträgen Vorschub zu leisten. Hier ist eine Ungültigerklärung von Umgehungsgeschäften zum mindesten ausserordentlich erschwert. Denn gemäss dem dem Art. 811 OR zu Grunde liegenden Prinzip der materiellen Wechselstrenge kann der Wechselschuldner sich nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechsel selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Die Zirkulationsfähigkeit des Wechsels würde mithin in ganz unerträglicher Weise beeinträchtigt, wenn auf dem Gebiete des Bürgschaftsrechts dem Wechselschuldner Einreden eingeräumt würden, die über das hinausgehen, was heute Art. 811 OR dekretiert.

Aus diesen Hinweisen erhellt zweierlei. Einmal, dass die Wechselbürgschaften dem Bürgschaftsregister jedenfalls nicht mit den gleichen Wirkungen unterstellt werden können, wie die gewöhnlichen Bürgschaften. Und sodann, dass das Wechselrecht ganz abgesehen hievon geeignet ist, Umgehungsgeschäfte, die von einer Ungültigerklärung aus dem Gesichtspunkte des agere in fraudem legis nicht erreicht werden können, zu erleichtern. Es bleibt also in der Hauptsache nur die Möglichkeit strafrechtlicher Sanktionen. Wenn man sich anschickt, ein Bürgschafts-

register einzuführen, so muss man sich mithin bewusst sein, dass es an Umgehungsmöglichkeiten, denen gegenüber sicher wirkende Sanktionen nicht zur Verfügung stehen, nicht fehlt. Allein es muss gleich beigefügt werden, dass sich eine ganze Reihe von Bürgschaften, insbesondere solche für periodische Leistungen und für Forderungen mit längerer Laufdauer, für Umgehungen in der Form von Wechselverpflichtungen von vorneherein nicht eignen. Ausserdem wird es sich mancher Bürge doch noch reiflich überlegen, ob er nicht eine Bürgschaft mit Eintragung in das Register einer Wechselunterschrift vorziehen wolle. Schliesslich sind Strafandrohungen immerhin auch bis zu einem gewissen Grade wirksam. Der Wert eines Bürgschaftsregisters wird aber angesichts dieser Umgehungsmöglichkeiten trotzdem nicht unerheblich vermindert. Dass sich aber deshalb seine Einführung etwa gar nicht mehr rechtfertigen würde, kann m. E. nicht gesagt werden.

5. Eine ganze Reihe von Nachteilen, die dem Bürgschaftsregister anhaften, könnten in erheblichem Masse eingeschränkt werden durch die Art und Weise der nähern Ausgestaltung des Registers und einer Beschränkung des Kreises seiner Anwendbarkeit.

a. In diesem Zusammenhange zunächst eine kurzes Wort zu der Frage der Publizität des Registers.

Es wird gewöhnlich von einem öffentlichen Bürgschaftsregister gesprochen. Das kann aber natürlich nicht heissen, dass jeder Beliebige soll Einsicht nehmen dürfen. Ja man könnte sogar, ohne dass ich glaube, dass dadurch der Wert des Registers beeinträchtigt würde, so weit gehen, zu sagen, die Einsicht in das Register solle dem Grundsatze nach nur mit Einwilligung des als Bürge Eingetragenen zulässig sein. Würde alsdann ein Kreditsuchender oder eine als Bürge in Aussicht genommene Person die Einsichtnahme in einem konkreten Falle verweigern, so könnte alsdann ganz einfach der Gläubiger den gewünschten Kredit nicht gewähren, bzw. den ange-

botenen Bürgen zurückweisen. Würde ein die Einsichtnahme in das Register Verweigernder doch als Bürge angenommen, so wäre im Falle einer schon bestehenden Überbürgung die Möglichkeit vorzusehen, dass die Bürgschaft durch den Richter mit dem Hinweis darauf ganz oder teilweise als erloschen erklärt würde, der Gläubiger habe wissen müssen, dass die neue Verpflichtung in einem offensichtlichen Missverhältnisse zu den Vermögensverhältnissen (unter Mitberücksichtigung bereits vorhandener Bürgschaften) des als Bürge in Aussicht Genommenen stehe (vgl. darüber Abschnitt III, Ziffer 10 hiervor, in Verbindung mit Abschnitt X, Ziffer 11 hiernach). — Abgesehen vom Falle der Bewilligung der Einsichtnahme durch den Eingetragenen selbst sollte diese nur auf Anordnung der Vormundschaftsbehörde zulässig sein. Eine solche käme namentlich dann in Frage, wenn z. B. Angehörige glauben, ihr Vater oder Ehemann sei überbürgt, und wenn sie für den Fall, dass das zutrifft, Sicherungsmassnahmen treffen lassen wollen.

Trotz einer solchen Einschränkung der „Publizität" des Bürgschaftsregisters kann natürlich immer noch gesagt werden, dass „die Registereintragungen die Kreditfähigkeit sowohl des Bürgen als des Schuldners auch da beeinträchtigen können, wo keine Veranlassung zur Besorgnis besteht"[104]). Allein diese Gefahr wird so auf ein tragbares Minimum reduziert (vgl. auch Ziffer 4 lit. b hiervor).

b. Schon Beck hat a. a. O. die Frage aufgeworfen, ob es nicht richtiger wäre, die Eintragung im Bürgschaftsregister nur für diejenigen Personen obligatorisch zu erklären, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, mit dem Beifügen: „Damit würde der Schutz im wesentlichen diejenigen treffen, die desselben am meisten bedürfen. Für die eingetragenen aber wäre er unwirksam und eine unnötige Erschwerung des Geschäftes. Gibt man ihnen

[104]) Vgl. Beck in der Neuen Zürcher Zeitung Nr. 616 vom 8. April 1935, Blatt 7.

die Wechselfähigkeit, so darf man ihnen auch im Bürgschaftswesen die nötige Einsicht und Vigilanz zutrauen".

Schränkt man dergestalt das Anwendungsgebiet des Bürgschaftsregisters auf die nicht im Handelsregister eingetragenen Personen ein, so wird damit in der Tat für die kleinbäuerlichen Verhältnisse, wie sie namentlich auch im Berner Oberland anzutreffen sind, ein wirksamer Schutz geschaffen, ohne dass wesentliche Interessen des Verkehrs tangiert würden, da ja der Handelsverkehr der Eintragung entzogen bliebe. Eine andere, von den Vertretern des Gewerbestandes zu beantwortende Frage ist, ob auf diese Weise auch den Interessen dieser Berufsgruppe Rechnung getragen würde. Auch in gewerblichen Kreisen, also unter regelmässig im Handelsregister Eingetragenen, scheint das Bedürfnis nach einer Orientierungsmöglichkeit vor der Bürgschaftseingehung vorhanden zu sein, wie sich namentlich aus der Stellungnahme der NR Schirmer und Joss ergibt. Vielleicht dürfte es aber genügen, wenn hier auf folgende Weise Abhülfe geschaffen würde.

Falls sich ein Gläubiger über schon bestehende Bürgschaftsverpflichtungen einer im Handelsregister eingetragenen Person, die sich neuerdings als Bürge zur Verfügung stellt, zuverlässig orientieren möchte, so könnte er diese zu einer in das Bürgschaftsregister aufzunehmenden Erklärung über die schon bestehenden Bürgschaftsverpflichtungen anhalten. Würde sie verweigert, so wäre die Folge regelmässig wohl eine Ablehnung des Bürgen. Falsche Angaben des Auskunftgebenden wären mit Strafen zu bedrohen. Das nämliche System würde sich übrigens auch dort rechtfertigen, wo bei im Handelsregister eingetragenen Personen seitens der Angehörigen die Befürchtung von Überbürgungen bestünde. Hier könnte auf Intervention der Vormundschaftsbehörde ebenfalls eine Erklärung unter Straffolge erwirkt werden. Gleich könnte übrigens auch in Bezug auf die Bürgschaften nicht im Handelsregister Eingetragener vorgegangen werden, die, weil finanziell nicht weittragend, bzw. kurzfristig, zu ihrer Gültigkeit der Eintra-

gung in das Bürgschaftsregister nicht bedürfen (vgl. lit. d und e hiernach).

c) Von verschiedenen Seiten ist weiter die Frage aufgeworfen worden, ob das Bürgschaftsregister nicht auf bestimmte Wirtschaftskreise oder Regionen zu beschränken sei[105]).

Das erstere wäre m. E. praktisch bedenklich. Ohne Willkür wird es kaum möglich sein, eine Ausscheidung in persönlicher Beziehung anders als gemäss lit. b hiervor vorzunehmen. Aber auch gegenüber regionalen Beschränkungen sind aus ähnlichen Erwägungen heraus Bedenken am Platze, wenn sie auch, was ohne weiteres zuzugeben ist, hier keine so grosse Rolle zu spielen vermögen. Schwerer wiegt diesfalls dann aber ein anderers Bedenken, nämlich die Gefahr der Beeinträchtigung der Rechtssicherheit. Ein Gläubiger müsste sich nämlich, um sicher zu sein, ob eine Bürgschaft gültig abgeschlossen werden könne, zuerst immer vergewissern, ob der als Bürge in Frage Kommende aus einem Gebiete stammt, in dem ein Bürgschaftsregister eingeführt ist. Wenn man also Formvorschriften im Sinne einer lex perfecta (Androhung der Ungültigkeit im Verletzungsfalle) dekretieren will, so sollte m. E. von regionalen Beschränkungen Umgang genommen werden. Sie einzuführen wäre nach meinem Dafürhalten nur dann unbedenklich, wenn man sich ganz allgemein darauf beschränken wollte, bloss ein lex minus quam perfecta vorzusehen. Eine solche würde z. B. in der schon in anderem Zusammenhang kurz skizzierten gesetzlichen Möglichkeit liegen, dass eine Person angehalten werden könnte, eine Protokollerklärung über ihre Bürgschaftsverpflichtungen abzugeben, wobei falsche Angaben strafbar wären. Ein derartiges System dürfte aber in allgemeiner Anwendung auf Personen, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, wohl kaum genügend sein.

---

[105]) So u. a. auch von Beck in der Neuen Zürcher Zeitung Nr. 616 vom 8. April 1935, Blatt 7.

d. Ferner wären Bürgschaften für geringfügige Beträge, analog wie bei einer allfälligen öffentlichen Beurkundung (vgl. Abschnitt V, Ziffer 2 hiervor), von den Registerbestimmungen auszunehmen. Immerhin bloss mit dem Beifügen, dass bei Unterteilungen grösserer Beträge zum Zwecke der Gesetzesumgehung auch Bürgschaften unter Fr. 500.—, resp. Fr. 1000.—, von der Nichtigkeit erfasst würden.

e. Nicht eintragungspflichtig wären auch kurzfristige Bürgschaften (drei, resp. sechs Monate.)

6. Zum Schlusse noch einige Bemerkungen über die Organisation und die technische Ausgestaltung des Bürgschaftsregisters.

a. Um Rechtswirkungen erzeugen zu können, müsste die Eintragung in das Bürgschaftsregister spätestens binnen drei Monaten nach Eingehung der Bürgschaft erfolgen[106]).

b. Die Bürgschaften müssten am Wohnsitze des Bürgen in das Register eingetragen werden. Bei Wohnsitzverlegungen wäre der Bürge unter strengen Strafandrohungen gehalten, seine Bürgschaften sofort beim Registerführer des neuen Domizils zur Anmeldung zu bringen, bzw. zum mindesten anzugeben, bei welchem Amte die bisherigen Bürgschaften eingetragen seien. Eventuell könnte ergänzend auch noch vorgesehen werden, dass der Wohnsitzregisterführer des neuen Domizils dem Bürgschaftsregisterführer dieses Ortes von allen neuen Domizilnehmern Kenntnis zu geben und dieser sich alsdann beim Bürgschaftsregisterführer des bisherigen Bezirkes über allfällige Bürgschaften zu erkundigen hätte. Im

[106]) Diese Frist von drei Monaten würde ich der seinerzeit in einem Aufsatz im „Bund" Nr. 267 vom 12. Juni 1930 von alt Nationalrat F. Burri in Fraubrunnen vorgeschlagenen einjährigen Frist vorziehen. Denn auf diese Weise kommt die Bedeutung der Eintragung als Gültigkeitserfordernis besser zum Ausdruck. Und damit würde alsdann auch dem Bürgen die Bedeutung des Registers klarer und eindrücklicher vor Augen geführt.

übrigen müsste es der Diligenz des sich nach allfälligen Eintragungen erkundigenden Interessenten überlassen werden, sich über den Zeitpunkt des Beginnes des gegenwärtigen Wohnsitzes sowie darüber, wo sich der frühere befand, zu orientieren, um gestützt hierauf unter Umständen auch noch beim Registeramt des alten Wohnsitzes Informationen einzuziehen. Der Bestand einer einmal beim zuständigen Amt eingetragenen Bürgschaft würde natürlich durch einen spätern Wohnsitzwechsel ohne neue Eintragung beim Amte des frisch erworbenen Domizils nicht in Frage gestellt werden können.

c. Jeder Kanton müsste verpflichtet werden, mindestens ein Register zu führen. In grösseren Kantonen sollten bezirksweise Register geführt werden dürfen. Im Interesse einer bessern Übersicht müsste hier dann aber eine kantonale Zentrale geschaffen werden, bei der in Erfahrung zu bringen wäre, in welchen Bezirken des Kantons jemand als Bürge eingetragen sei; nähere Auskunft müsste alsdann dort erbeten werden. Zu diesem Zwecke wären die Bezirksregisterführer gehalten, der Zentrale des Kantons alle Personen zu melden, die in ihren Registern als Bürgen figurieren; und nach Erledigung aller Bürgschaften wären sie daselbst wiederum abzumelden.

7. Hinsichtlich der internationalprivatrechtlichen Ordnung ist auf die Ausführungen im Abschnitt V, Ziffer 2 i. f., zu verweisen.

VII. Die zu verbürgende Hauptschuld.

1. Die moderne Bürgschaft, mit Einschluss der Solidarbürgschaft, weist jedenfalls dem Grundsatze nach immer mehr und mehr streng akzessorischen Charakter auf [107]). Das dürfte vorab damit zusammenhängen, dass

[107]) Vgl. etwa Gierke 3 774 ff., Bauer, Bürgschaft, Schuldübernahme und Garantievertrag, Berlin/Halensee 1930, S. 16, Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, Paris

in der neuesten Zeit das Sicherungsprinzip der Bürgschaft mit besonderer Schärfe erfasst und dementsprechend auch besser ausgebaut wird[108]).

Im schweizerischen Recht kommt die akzessorische Natur der Bürgschaft besonders deutlich in Art. 494 Abs. 1 OR zum Ausdruck: „Jede Bürgschaft setzt eine zu Recht bestehende Hauptschuld voraus." Diese Bestimmung ist zwar eigentlich überflüssig, weil das Prinzip ja schon aus Art. 492 OR abzuleiten ist[109]).

Der Akzessorietät der Bürgschaft steht natürlich nicht entgegen, dass Art. 494 Abs. 2 OR für den Fall des Wirksamswerdens der Hauptschuld Bürgschaft auch in Bezug auf eine künftige oder bedingte Schuld als möglich erklärt.

2. Will man das Prinzip der akzessorischen Natur der Bürgschaft streng durchführen, so muss die Möglichkeit einer Verbürgung von Schulden aus einseitig unverbindlichen Verträgen (mit Einschluss der Verträge Handlungsunfähiger) abgelehnt werden. Das tun indessen in Wirklichkeit nur die wenigsten Gesetzgebungen.

Eine der seltenen Rechtsordnungen, die streng auf diesem Boden stehen, ist die deutsche, die vom Grundsatze des § 768 BGB, wonach der Bürge alle dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann, nach der in Frage kommenden Richtung hin keine Ausnahmen zulässt[110]).

Im französischen Recht und seinen Nachahmungen wird zwar zunächst ebenfalls der Grundsatz betont: „Le

---

1932, **11** 871 Nr. 1510, Guhl, Schweizerisches Obligationenrecht, S. 234, v. Tuhr, Bemerkungen zum Bürgschaftsrecht, in der SJZ **19** 226; ferner aus der Praxis des Bundesgerichts statt vieler **42** II 260, **46** II 63 sowie **49** III 210 Ziff. 3. Unrichtig in Bezug auf die Solidarbürgschaft dagegen BGE **46** II 160 Ziffer 2.

[108]) Vgl. Tobler a. a. O. S. 14.

[109]) Tobler a. a. O. 17.

[110]) Vgl. dazu namentlich Gierke **3** 776 Fussnote 42, und 795 Fussnote 10, sowie Staudinger, Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1929, § 768 Anm. 1a.

cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable". Dann wird aber sogleich beigefügt: „On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annullée par une exception purement personnelle à l'obligé; par exemple dans le cas de minorité[111]). — Es ist streitig, ob Art. 2012 c c fr auch im Falle von Willensmängeln Anwendung finde. Die herrschende Meinung lehnt dies ab[112]), und dementsprechend beschränkt sich nun auch Art. 710 des französisch-italienischen Revisionsentwurfes vom Jahre 1928 auf folgende Fassung: „Toutefois, on peut cautionner l'obligation contractée par une personne légalement incapable, si la caution connaissait l'incapacité".

Andere Rechtsordnungen gehen noch einen Schritt weiter. Sie regeln die Frage nicht auf dem Boden des Bürgschaftsrechts, sondern sehen eine selbständige und damit strengere Haftung vor. Und zwar geschieht das zum Teil selbst für den Fall, dass der Bürgende den Mangel nicht kannte. So bestimmt vor allem Art. 1352 österr. BGB: „Wer sich für eine Person verbürgt, die sich vermöge ihrer persönlichen Eigenschaft nicht verbinden kann, ist, obschon ihm diese Eigenschaft unbekannt war, gleich einem ungeteilten Mitschuldner verpflichtet[113])".

---

[111]) So Art. 2012 c c fr. Wörtlich gleich Art. 1899 c c ital. Ähnlich ferner Art. 2797 des mexikanischen ZGB, der die Ausnahme auf eine „excepción puramente personal del obligado" beschränkt. Nach Art. 626 des polnischen Gesetzes vom 27. Oktober 1933 muss, wer für eine Schuld, die wegen Mangels der Fähigkeit des Schuldners zu Rechtshandlungen ungültig ist, bürgt, die Verpflichtung als Hauptschuldner erfüllen, wenn er zur Zeit der Übernahme der Bürgschaft den Mangel der Fähigkeit des Schuldners kannte oder kennen musste.

[112]) Vgl. darüber Baudry-Lacantinerie und Wahl, Traité théorique et pratique de droit civil, 3. Aufl., **24** 507 Nr. 948 und dortige Verweisungen.

[113]) Ähnliche Bestimmungen wie das österr. Recht enthält der tschechoslowakische Revisionsentwurf 1924/31, Art. 1165. Weniger weit geht Art. 1204 des Gesetzesentwurfes vom 1. März 1928 für ein ungarisches ZGB: „Wer wissentlich für eine nicht

Das schweizerische Recht sieht in Art. 494 Abs. 3 OR vor: „Die Schuld aus einem wegen Irrtums oder wegen Vertragsunfähigkeit für den Hauptschuldner unverbindlichen Vertrage kann gültig verbürgt werden, wenn der Bürge bei Eingehung seiner Verpflichtung den auf Seiten des Hauptschuldners vorhandenen Mangel kannte.“ Hierzu ist im Nachfolgenden kurz Stellung zu nehmen.

3. Man kann in der Tat, wie dies die meisten Autoren tun, die Bestimmung des Art. 494 Abs. 3 OR als gesetzliche Fiktion in dem Sinne ansprechen, dass einem gewöhnlichen Garantieversprechen ausnahmsweise von Gesetzes wegen die Bedeutung und damit auch die Wirkungen einer Bürgschaft verliehen werden[114]).

Wenn bei einseitig unverbindlichen Geschäften Genehmigung durch den Schuldner, bzw. durch seinen gesetzlichen Vertreter, erfolgt, so liegt eine vollgültige Bürgschaft vor. Für die Anwendung des Art. 494 Abs. 3 OR ist daher hier kein Raum.

Wird dagegen nicht genehmigt, so sind zunächst zwei Möglichkeiten denkbar. Entweder: Der als „Bürge“ Zeichnende wollte eine Verpflichtung nur für den Fall der Genehmigung durch den Hauptschuldner eingehen, bzw. nur für den Fall, dass dieser sich nicht auf die einseitige Unverbindlichkeit berufe. Diesfalls machen, sofern

---

bestehende Forderung bürgt oder (von) einer, der Forderung gegenüberstellbaren peremtorischen Einwendung entsagt, ist als Selbstschuldner zu betrachten. — Als selbständiger Schuldner ist auch jener zu betrachten, der bei der Übernahme der Bürgschaft wusste, dass der Hauptschuldner beschränkter Handlungsfähigkeit ist, oder, dass seine Verpflichtung aus einem anfechtbaren Rechtsgeschäft stammt; wenn die Verpflichtung des Hauptschuldners mangels Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ungültig ist, oder infolge einer Anfechtung hinfällig wurde.“

[114]) Vgl. vor allem Oser, 1. Aufl., Art. 494 Anm. 4 in Verbindung mit Art. 492 Anm. 2, a, *α*, Absatz 1; ferner Guggenheim, Garantievertrag, S. 48, sowie v. Tuhr in der SJZ **19** 226. Der nämlichen Auffassung ist das Bundesgericht in den E **56** II 381 f. — Unrichtig Tobler a. a. O., wonach ein dem Bürgschaftsrecht unterstehender Garantievertrag fingiert werde.

nur zwischen dem Interzedierenden und dem Gläubiger nach dieser Richtung hin eine Willenseinigung zustande kam, die Bestimmungen über die Verbürgung einer zukünftigen Schuld Regel[115]). Oder (zweite Möglichkeit): Der Wille des Interzedierenden war von vorneherein darauf gerichtet, den Gläubiger unter allen Umständen sicherzustellen. In diesen Fällen liegt neben einer bürgschaftsmässigen Verpflichtung auch noch ein Garantievertrag vor. Zur Rechtfertigung der hier eingreifenden Bestimmung des Art. 494 Abs. 3. OR hat Prof. Huber in der Expertenkommission ausgeführt, die Zulässigkeit derartiger Garantieverträge könnte vielleicht in Abrede gestellt werden[116]). Dieser kaum richtigen Auffassung ist indessen schon Tobler[117]) mit zutreffender Begründung, auf die verwiesen werden kann, entgegengetreten. Trotzdem ist der Grundgedanke des Art. 494 Abs. 3 OR an sich begrüssenswert. Denn darin, dass dergestalt „ einem gewöhnlichen Garantieversprechen ausnahmsweise von Gesetzes wegen die Bedeutung und damit auch die Wirkungen einer Bürgschaft verliehen werden"[118]), liegt ein weitgehender Schutz des sich Verpflichtenden. Eine solche Verpflichtung ist nämlich nun nur gültig, wenn die Erfordernisse des Bürgschaftsrechts, insbesondere auch das Requisit der Schriftlichkeit, erfüllt sind[119]). So betrachtet, ist daher die Bestimmung des Art. 494 Abs. 3 OR jedenfalls ihrem

---

[115]) So zutreffend Guhl a. a. O. 235. Unrichtig Tobler a. a. O. 24, der dafür hält, tatsächlich sei heute zufolge der Untergrabung des akzessorischen Prinzips durch Art. 494 Abs. 3 OR eine eigentliche Bürgschaft für Fälle der in Frage stehenden Art unmöglich.

[116]) Sitzung der Expertenkommission vom 20. Oktober 1908, Protokoll S. 7.

[117]) A. a. O. 24.

[118]) BGE **56** II 381 f.

[119]) Vgl. auch Guhl a. a. O. 401, sowie v. Tuhr in der SJZ **19** 227 Ziff. II i. f. — Anders verhält es sich, wenn bei einem solchen Sicherungsversprechen das Schwergewicht auf dem Garantievertrag liegt, d. h. der Gläubiger an eine weiterexistierende Bürgschaft gar nicht denkt, vgl. Benkler a. a. O. 21.

materiellen Gehalte nach nicht ganz so „unglücklich", wie dies verschiedene Autoren[120]) behaupten.

Wesentliche praktische Bedeutung hat die Bestimmung des Art. 494 Abs. 3 OR allerdings nur bei Vertragsunfähigkeit des Hauptschuldners, während für den Fall des Irrtums v. Tuhr in der SJZ **19** 226 f. zutreffend ausführt: „Es ist vielleicht seit Inkrafttreten des OR noch keinmal vorgekommen, dass sich jemand für eine Schuld verbürgt, von der er weiss, dass sie für den Schuldner infolge eines Irrtums unverbindlich ist; denn wer für eine solche Schuld Bürgschaft übernehmen will, wird beim Schuldner anfragen, ob er den Vertrag anfechten oder genehmigen will. Und wenn der Schuldner angefochten hat, wird eine Verbürgung unterbleiben, weil der Bürge in keiner Weise damit rechnen könnte, dass der Schuldner den angefochtenen Vertrag nachträglich erfüllt. Nur bei einer ganz besonderen Kombination von Umständen kann der in Art. 494 Abs. 3 vorgesehene Tatbestand sich verwirklichen. Fälle von solcher Seltenheit braucht aber der Gesetzgeber nicht zu berücksichtigen (L. 4, 5 de legibus D. 1, 3: ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur; nam ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile, non quae perraro eveniunt). Und wenn er es doch tut, so belastet er den Leser des Gesetzes mit unnützer Gedankenarbeit. Aus diesem Grunde wäre m. E. bei der Revision die Erwähnung des Irrtums in Art. 494 zu streichen gewesen."[121]) Diese Unterlassung sollte bei einer neuen Revision gutgemacht werden. Bei dieser Gelegenheit sollte dann m. E. etwas deutlicher zum Ausdruck gebracht werden, dass dem Art. 494 Abs. 3 OR eine gesetzliche Fiktion zugrunde liegt mit der Folge, dass Garantieverträge für solche Fälle nur gültig sind,

---

[120]) Vgl. namentlich Kiefer a. a. O. S. 18, sowie Lardelli, Beiträge zum Bürgschaftsrecht, in der SJZ **26** 94.

[121]) v. Tuhr wird unterstützt von Benkler a. a. O. 23 Fussnote 29.

wenn sie allen Anforderungen des Bürgschaftsrechts entsprechen.

4. Sollen auch bloss unvollkommene Obligationen verbürgt werden können?

a) Aus Spiel und Wette entsteht keine Forderung (Art. 513 Abs. 1 OR). Da indessen eine freiwillig geleistete Zahlung regelmässig nicht zurückgefordert werden kann (Art. 514 Abs. 2 OR), liegt eine unvollkommene Obligation vor.

Mit Recht nimmt die herrschende Meinung in der Schweiz, gleich wie übrigens auch in Deutschland und Frankreich, an, dass für eine Spiel- oder Wettschuld nicht Bürgschaft geleistet werden kann[122]). Die Richtigkeit einer solchen Auffassung wird indessen bestritten[123]), und es erscheint daher gerechtfertigt, in einem zukünftigen Gesetz ausdrücklich ein dahingehendes Verbot auszusprechen. Dafür, dass jede andere materielle Lösung verwerflich, jedenfalls aber wirtschaftlich unnötig wäre, bedarf es keiner nähern Begründung.

b) Die verjährte Forderung stellt sich als unvollkommene Obligation dar, bei der die Klaglosigkeit nicht von Amtes wegen berücksichtigt wird. Die herrschende Meinung nimmt mit Recht an, dass die Bestärkung einer verjährten Forderung durch Bürgschaft möglich sei[124]). Diese Lösung ist beizubehalten. Denn das Institut der

---

[122]) Für das schweizerische Recht vgl. namentlich Oser-Schönenberger, 2. Aufl., Vorbem. zu den Art. 1—67, N. 59, sowie Oser, 1. Aufl., Art. 513 Ziff. VI, 3, Becker, Art. 513 N. 5, Benkler a. a. O. 25, sowie Meyer, Der römisch-rechtliche Begriff der Naturalobligation im schweizerischen OR, Zürcher Dissertation 1892, S. 129; für das französische Recht: Baudry-Lacantinerie et Wahl a. a. O. 66 Nr. 139; für das deutsche Recht: Staudinger a. a. O. Art. 762 Anm. III 1 c sowie die dortigen Verweisungen.

[123]) Vgl. Tobler a. a. O. und die dortigen Verweisungen. Immerhin gibt Tobler auch dem Bürgen die Einrede des Spiels.

[124]) Vgl. Oser-Schönenberger, 2. Aufl., Vorbem. zu den Art. 1—67 N. 60 und Art. 141 N. 3, Becker Art. 141 N. 3, Tobler a. a. O. 29, sowie Benkler, a. a. O. 25.

Verjährung ist im Interesse des Schuldners eingeführt worden. Und für diesen kann es u. U. von Vorteil sein, auf die Verjährung zu verzichten und überdies die dergestalt fortbestehende Forderung eines Gläubigers durch Bürgschaft sicherzustellen.

VIII. Umfang und Ausgestaltung der Haftung des Bürgen.

1. „Der Bürge haftet für den jeweiligen Betrag der Hauptschuld, inbegriffen die gesetzlichen Folgen eines Verschuldens oder Verzuges des Hauptschuldners" (Art. 499 Abs. 1 OR).

Es ist versucht worden, aus dem Marginale dieses Artikels („Haftung des Bürgen"; „Umfang der Haftung") abzuleiten, dass sich die Abhängigkeit auch auf den übrigen Inhalt der Verbindlichkeit, wie namentlich den Erfüllungsort, beziehe[125]). Mit Recht wird indessen eine solche Auffassung von der herrschenden Meinung zurückgewiesen[126]). Hier setzt sich die Selbständigkeit des Bürgschaftsvertrages durch. Die nämliche Meinung herrscht übrigens auch im deutschen Recht, mit seiner analogen Bestimmung in § 767 Abs. 1 BGB, vor[127]).

Dagegen kann dann Becker[128]) nicht beigepflichtet werden, wenn er unter Berufung auf den RGE **73** 262 ausführt, im Zweifel habe der Bürge an seinem Domizil zu leisten. Becker übersieht, dass nach deutschem Recht Erfüllungsort auch für Geldschulden im Zweifel der Ort ist, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte[129]), während

---

[125]) Vgl. Oser, 1. Aufl., Art. 499 Ziff. 1 lit. a.

[126]) Siehe etwa Tobler a. a. O. 46 (und die dortigen Verweisungen), und ferner Becker, Art. 492 N. 25.

[127]) Vgl. darüber Staudinger a. a. O., § 765 Anm. 6 lit. k S. 1478 unten, in Verbindung mit § 767 Anm. 1 lit. c S. 1489.

[128]) Art. 492 N. 25 i. f.

[129]) § 269 Abs. 1, Bestimmung, an der auch durch § 270 Abs. 1 nichts geändert wird, vgl. § 270 Abs. 4 und Staudinger Anm. 4 hierzu.

nach der ausdrücklichen Bestimmung unseres Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR beim Fehlen einer besondern Abmachung für Geldschulden Erfüllungsort der Ort ist, wo der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz hat.

Angesichts der in der Doktrin obwaltenden Meinungsverschiedenheiten dürfte es vielleicht angezeigt sein, de lege ferenda die grundsätzliche Unabhängigkeit des Erfüllungsortes des Bürgen von dem des Hauptschuldners ausdrücklich festzuhalten.

Dass der Bürge an seinem eigenen Gerichtsstand und nicht an dem des Hauptschuldners zu belangen ist, erscheint demgegenüber so klar[130]), dass sich eine ausdrückliche dahingehende gesetzliche Bestimmung erübrigt.

2. In der Haftung für den jeweiligen Betrag der Hauptschuld sind nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 499 Abs. 1 OR auch die gesetzlichen Folgen eines Verschuldens oder Verzuges des Hauptschuldners inbegriffen. Es handelt sich dabei um die Rechtsfolgen der Art. 97 ff. und 102 ff. OR bei schuldhafter Nichterfüllung des Hauptschuldners. Dagegen deckt die Haftung des Bürgen nicht etwa auch culpa in contrahendo des Hauptschuldners, was aber im Gesetz wohl kaum noch ausdrücklich gesagt zu werden braucht[131]). Ebensowenig haftet der Bürge für das negative Vertragsinteresse im Falle eines Rücktrittes des Gläubigers vom Vertrage (gemäss Art. 109 OR)[132]). Diese Beschränkung der Haftung (beim Fehlen einer gegenteiligen Abmachung) auf das Erfüllungsinteresse sollte bei einer Revision der Bestimmungen über das Bürgschaftsrecht zur Vermeidung jeglicher Zweifel ausdrücklich fixiert werden.

---

[130]) Siehe RGE **71** 59, Tobler a. a. O. 46 Fussnote 2 i. f., sowie Becker Art. 492 N. 25 i. f.; ferner Staudinger, § 765, Anm. 6 lit. k S. 1479 oben.

[131]) Vgl. Schulthess in der ZschwR n. F. **44** 104 f.

[132]) Vgl. Becker, Art. 492 N. 21, sowie Tobler a. a. O. 54 f., und die Verweisungen dieser Autoren.

3. Streng genommen gehören die Kosten einer Ausklagung des Hauptschuldners nicht zum Betrage der Hauptschuld. Trotzdem lässt unser Gesetz (Art. 499 Abs. 2 OR) den Bürgen dafür haften, indessen ausdrücklich nur insofern, als ihm rechtzeitig Gelegenheit geboten war, sie durch Befriedigung des Gläubigers zu vermeiden. Mit dieser Einschränkung kann vernünftigerweise gegen eine solche Ordnung nichts eingewendet werden. Nach deutschem Recht z. B. haftet der Bürge schlechthin für die Kosten der Rechtsverfolgung (§ 767 Abs. 2 BGB), so dass er dort höchstens dann nicht zur Kostentragung verpflichtet ist, wenn er sich vor Anstellung der Klage gegen den Hauptschuldner zur Zahlung anerboten hatte[133]).

Es wird darüber gestritten, ob Art. 499 Abs. 2 OR, d. h. die dort zugunsten des Bürgen vorgesehene Einschränkung, zwingenden Rechts sei[134]). Auf Grund des heute geltenden Rechts dürfte die Frage wohl eher zu verneinen sein. Dagegen sollte in einem zukünftigen Gesetz der zwingende Charakter der Vorschrift ausdrücklich festgelegt und demzufolge jeder zum voraus abgegebene Verzicht des Bürgen als unzulässig erklärt werden[135]). Denn wenn ein Bürge bei Eingehung seiner Verpflichtung auf diese und andere Einreden verzichtet, so gibt er sich regelmässig nicht voll Rechenschaft über die Tragweite seiner Erklärung, und auf diese Weise wird die bestgemeinte Schutzbestimmung in praxi illusorisch.

4. Die meisten Rechtsordnungen nehmen davon Umgang, hinsichtlich der vom Hauptschuldner zu bezahlenden Zinsen eine Beschränkung der Bürgenhaftung vorzusehen (siehe etwa § 767 BGB, Art. 2016 c c fr. und

---

[133]) Vgl. Staudinger, Anm. 3 zu § 767.

[134]) Bejahend Reichel, Zum Bürgschaftsrecht, in der SJZ **20** 178, sowie ein Urteil des Basler Zivilgerichtspräsidenten in der ZschwR n. F. **15** 106; verneinend: Fick, Art. 499 N. 43, Oser, 1. Aufl., Art. 499 Anm. 3, sowie Raaflaub a. a. O. 63.

[135]) Vgl. in diesem Sinne auch Zoller, Bürgen soll man würgen, in der SJZ **4** 93 f., und ferner das Postulat Schirmer vom 8. Dezember 1932.

Art. 1900 c c ital.). Nach § 1353 des österr. BGB haftet, wer sich für ein „zinsbares Kapital" verbürgt, „nur für jene rückständigen Zinsen, welche der Gläubiger noch nicht einzutreiben berechtigt war".

Das schweizerische Recht — und zwar tat dies schon das Gesetz von 1881 — beschränkt die Haftung des Bürgen für vertragsmässige Zinsen auf den laufenden und einen verfallenen Jahreszins. Im Sinne der Tendenz von Ziffer 3 des Postulates von NR Schirmer vom 8. Dezember 1932 läge es, dass de lege ferenda der laufende Zins vom Bürgen nur gefordert werden könnte, wenn ihm der Verzug des Hauptschuldners in Bezug auf den verfallenen Zins ohne Verzögerung mitgeteilt worden ist.

5. § 767 Abs. 1 letzter Satz BGB bestimmt: „Durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert."

Im schweizerischen Recht fehlt eine entsprechende ausdrückliche Norm. Trotzdem gilt der Grundsatz auch bei uns; er drängt sich aus allgemeinen Überlegungen auf[136]). Er braucht daher nicht notwendig expressis verbis im Gesetz zum Ausdruck gebracht zu werden, trotzdem es nicht an Stimmen fehlt, die auf Grund der heutigen Ordnung eine andere Interpretation befürworten[137]).

6. Übernimmt ein Erbe eine Erbschaft unter öffentlichem Inventar, so haftet er für die Schulden, die im Inventar verzeichnet sind, sowohl mit der Erbschaft als mit seinem eigenen Vermögen; denn die Schulden des Erblassers, die im Inventar verzeichnet sind, gehen, gleich den Vermögenswerten, schlechthin auf den Erben über (Art. 589 ZGB). Eine Sonderregelung greift Platz

---

[136]) Vgl. v. Tuhr in der SJZ **19** 227, Oser, 1. Aufl., Art. 499 N. 2 b, Tobler a. a. O. 57, sowie Schulthess in der ZschwR n. F. **44** 102.

[137]) Vgl. insbesondere Tschudi, Die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen nach dem deutschen BGB und dem schweizerischen OR, Leipziger Dissertation 1914, S. 26.

für die Bürgschaftsschulden. Sie können gegen den Erben, auch wenn er die Erbschaft annimmt, nur bis zu dem Betrage geltend gemacht werden, der bei der konkursmässigen Tilgung aller Schulden aus der Erbschaft auf die Bürgschaftsschulden fallen würde (Art. 591 ZGB). Beck[138]) wirft die Frage auf, ob man nicht diesen Grundsatz verallgemeinern und dem Bürgen selbst das Recht geben könnte, die Bürgschaft gegen Bezahlung der einer Konkursdividende entsprechenden Summe abzulösen. Er führt aus: „Auf diese Weise könnte dem Bürgen erspart werden, den Konkurs oder die fruchtlose Pfändung wegen Bürgschaftsschulden über sich ergehen zu lassen, während für die übrigen Schulden vielleicht die Hilfe seiner Verwandten oder Freunde erhältlich wäre. Der Gläubiger andererseits erhielte dabei nicht weniger als im Konkursfalle. Trotzdem würde die Bürgschaft etwas an Wirksamkeit einbüssen, weil der Bürge nicht den Konkurs zu befürchten hätte."

Der diesem Postulat zugrunde liegende Gedanke ist an sich sicher nicht schlecht. Allein einmal dürfte es in vielen Fällen sehr schwer halten, die mutmassliche Konkursdividende zum voraus zu bestimmen. Und abgesehen hievon drängt sich die Frage auf: Ist es nicht etwas gefährlich, die Bürgschaftsschulden auf diese Weise in der Zwangsliquidation einer Sonderregelung zu unterstellen?[139]) Wer bürgt, soll sich von Anfang an bewusst sein, dass er damit für den Fall seines Einstehenmüssens eine vollgültige Schuld übernommen hat. Wenn auf der einen Seite durch Formerschwerungen bremsend auf das leichtsinnige Eingehen von Bürgschaften gewirkt werden will, so sollte diesen Bremswirkungen dann nicht andererseits dadurch entgegengearbeitet werden, dass zu weitgehende Liqui-

---

[138]) In der Neuen Zürcher Zeitung Nr. 678, Blatt 3, vom 17. April 1935.

[139]) Aus Bedenken dieser Art heraus würde ich es z. B. mit Beck a. a. O. schlechthin auch ablehnen, die Bürgschaftsschulden hinter die andern Schulden zu klassieren, so dass nur der Vermögensüberschuss für sie zu haften hätte.

dationserleichterungen eingeführt werden. Übrigens ist ja das heutige Nachlassvertragsverfahren so ausgebildet, dass sich ein bedrängter Bürgschaftsschuldner regelmässig dieses Rechtsbehelfs wird bedienen können.

7. Beck stellt a. a. O. weiter zur Diskussion, ob nicht der Kreis der unpfändbaren Vermögenswerte bei Bürgschaftsansprachen im Sinne einer Haftungsbeschränkung zugunsten des Bürgen angemessen zu erweitern wäre. Er macht aber selbst darauf aufmerksam, dass sich eine solche Norm unter Umständen nur als Privilegierung der andern Forderungen vor den Bürgschaftsforderungen auswirken würde. Das dürfte sogar fast die Regel bilden. Unter diesen Umständen halte ich dafür, dass von dieser Komplizierung der Zwangsvollstreckung Umgang genommen werden sollte.

IX. Die Fälligkeit der Bürgschaftsverpflichtung.

1. Der akzessorischen Natur der Bürgschaft entsprechend hängt die Fälligkeit der Verpflichtung des Bürgen grundsätzlich von derjenigen der Hauptschuld ab. Das gilt immerhin nicht ausnahmslos.

Einmal bestimmt Art. 500 Abs. 1 OR: „Der Bürge kann wegen der Hauptschuld vor dem für die Bezahlung festgesetzten Termine selbst dann nicht belangt werden, wenn die Fälligkeit durch den Konkurs des Hauptschuldners vorgerückt wird.“ Und sodann lauten die Absätze 2 und 3 des nämlichen Artikels: „Erfordert die Fälligkeit der Hauptschuld eine Kündigung, so hat diese auch an den Bürgen zu geschehen. — Die Frist läuft für den Bürgen von dem Tage an, wo die Kündigung an ihn erfolgt ist.“

Haberstich[140]) hat die Bestimmung, wonach die durch den Konkurs bedingte Fälligkeit der Hauptschuld den Bürgen nicht berühre, einer scharfen Kritik unterzogen. Nach seiner Auffassung sollte der Konkurs des Haupt-

[140]) Handbuch des schweizerischen Obligationenrechts, 1885, 2 307 f.

schuldners auch dem Bürgen gegenüber die Fälligkeit der Schuld bewirken, weil sonst der Gläubiger u. U. wehrlos zusehen müsse, wie es unterdessen mit dem Bürgen finanziell zurückgehe. Haberstich übersieht aber, dass, wenn in solchen Fällen die Bürgen bis zu ihrer Belangung auch insolvent werden, dies in keinem kausalen Verhältnis zu der Insolvenz des Hauptschuldners steht[141]). Auch de lege ferenda sollte daher an der Bestimmung des Art. 500 Abs. 1 OR festgehalten werden.

2. Es herrscht Streit darüber, ob sich Art. 500 Abs. 2 OR ausschliesslich auf die Kündigung durch den Gläubiger beziehe. § 1807 des zürcherischen Obligationenrechts, der dem Art. 500 Abs. 2 OR als Vorbild gedient hat, verlangte ausdrücklich: „Kündigt der Hauptschuldner dem Gläubiger, so hat dieser dem Bürgen ohne Verzug davon Kenntnis zu geben. Versäumt der Gläubiger diese Pflicht, so wird die Zahlungspflicht des Bürgen so weit aufgeschoben, als die diesem zukommende Kündigungsfrist es erfordert.“ Trotzdem eine entsprechende Bestimmung im gegenwärtig geltenden schweizerischen Recht fehlt, nimmt die herrschende Meinung an, im Falle einer schuldnerischen Kündigung sei für die Belangbarkeit des Bürgen auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem dieser durch den Gläubiger von der Kündigung Kenntnis erhalten habe[142]). Demgegenüber wird von anderer Seite unter Hinweis auf die akzessorische Natur der Bürgschaft die Auffassung vertreten, die Bürgschaftsschuld werde diesfalls ohne weiteres fällig[143]). Dieser Meinungsstreit dürfte genügen, um de lege ferenda wiederum eine dem § 1807 des zürcher. OR entsprechende Norm zu befürworten und dem Bürgen so den ihm nach dieser Richtung hin gebührenden Schutz zu gewährleisten.

---

[141]) Vgl. auch Tobler a. a. O. 81.

[142]) Vgl. Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations, 4ième édit., Lausanne 1920, Nr. 894, Oser, 1. Aufl., Art. 500 Anm. 3, sowie Tobler a. a. O. 82.

[143]) v. Tuhr in der SJZ **19** 247.

Art. 500 Abs. 2 OR weist im übrigen folgenden redaktionellen Mangel auf. Er lässt die Auslegung zu, bei unterbliebener Erklärung an den Bürgen sei die Kündigung auch der Hauptschuldner gegenüber unwirksam, eine Lösung, die indessen sachlich unrichtig wäre[144]). Bei einer neuen Fassung des Art. 500 Abs. 2 OR sollte daher nach der Anregung v. Tuhrs nicht unterlassen werden, entsprechend der für die Grundpfandverschreibung aufgestellten Bestimmung des Art. 831 ZGB zu redigieren: „Eine Kündigung der Forderung durch den Gläubiger ist gegenüber dem Eigentümer der Pfandsache, der nicht Schuldner ist, nur dann wirksam, wenn sie gegenüber Schuldner und Eigentümer erfolgt."

Im übrigen hält dann v. Tuhr nicht ohne Berechtigung dafür, die Bestimmung des Art. 500 Abs. 3 OR könnte, weil selbstverständlich, weggelassen werden[145]). Dagegen ist seine Beanstandung der Redaktion dieser Gesetzesbestimmung wohl auf ein Versehen zurückzuführen. v. Tuhr führt nämlich aus: „Es heisst im neuen Art. 500 Abs. 3: ‚Die Kündigungsfrist läuft für den Bürgen von dem Tage an, wo sie an ihn erfolgt ist.' Es sollte natürlich heissen: Wo die Kündigung, nicht die Kündigungsfrist, an ihn erfolgt ist."[146]) v. Tuhr ist, wie übrigens auch alle Kommentatoren, lediglich an den falschen Text geraten. Die von ihm beanstandete Redaktion findet sich nämlich zwar wohl in der Publikation des OR im Bundesblatt 1911 II 509, während dann aber in der amtlichen Gesetzessammlung 1911 471 das redaktionelle Versehen korrigiert und der von mir oben wiedergegebene richtige Text enthalten ist.

3. Richtiger Ansicht nach kann eine dem Hauptschuldner gewährte Stundung dem Bürgen nicht zum Nachteil gereichen; andererseits ist sie zu seinen Gunsten wirksam, d. h. der Bürge kann sich insbesondere seiner-

---

[144]) Vgl. v. Tuhr in der SJZ **19** 247.
[145]) SJZ **19** 247.
[146]) SJZ **19** 246.

seits auch auf sie berufen[147]). Es wäre sicher nicht unangebracht, das in einem neuen Gesetze deutlicher zum Ausdrucke zu bringen, als dies heute der Fall ist.

4. Verzichtet ein Bürge im Bürgschaftsvertrag auf die Geltendmachung der hauptschuldnerischen Einrede der Nichtfälligkeit, so wird regelmässig, weil das mit der akzessorischen Natur der Bürgschaft unvereinbar ist, Ungültigkeit eines solchen Verzichtes angenommen werden müssen; nur ausnahmsweise dürfte das Vorliegen eines andern Schuldverhältnisses bejaht werden[148]).

X. Das Erlöschen der Bürgschaft.

1. Die akzessorische Natur der Bürgschaft kommt mit besonderer Deutlichkeit auch in Art. 501 OR zum Ausdruck, wo bestimmt wird: „Durch jedes Erlöschen der Hauptschuld wird der Bürge befreit.“ Das Nämliche ist übrigens schon in Art. 114 Abs. 1 OR gesagt: „Geht eine Forderung infolge ihrer Erfüllung oder auf andere Weise unter, so erlöschen alle ihre Nebenrechte, wie namentlich die Bürgschaften und Pfandrechte.“

Indessen gilt auch hier der Satz: Keine Regel ohne Ausnahme. Die wichtigste Ausnahme[149]) ist in Art. 303 SchKG niedergelegt: „Ein Gläubiger, welcher dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt hat, geht durch denselben seiner Rechte gegen Mitschuldner, Bürgen und Gewährs-

---

[147]) Vgl. in diesem Sinne namentlich Staub, Komm. zum Handelsgesetzbuch, 12./13. Aufl., Berlin und Leipzig 1926, § 349 Anm. 13, Gierke a. a. O. **3** 778 Anm. 58 in Verbindung mit Anm. 60, Tobler a. a. O. 60 in der Fussnote, sowie RGE **56** 310 und **59** 223; demgegenüber vertritt Schulthess in der ZschwR n. F. **44** 103 die Auffassung, der Bürge müsse die Stundung gegen sich gelten lassen.

[148]) Vgl. Tobler a. a. O. 79.

[149]) Eine weitere Ausnahme enthält Art. 117 OR, wonach im Konto-Korrentverhältnis die Bürgschaft für einzelne Posten aufrecht bleibt, trotzdem diese durch die Saldoziehung noviert werden.

pflichtige nicht verlustig. — Ein Gläubiger, welcher dem Nachlassvertrag zugestimmt hat, geht seiner Rechte gegen die genannten Personen nicht verlustig, sofern er denselben mindestens 10 Tage vor der Gläubigerversammlung deren Ort und Zeit mitgeteilt und ihnen die Abtretung seiner Forderung gegen Zahlung angeboten hat. — Der Gläubiger kann auch, unbeschadet seiner Rechte, Mitschuldner, Bürgen und Gewährspflichtige ermächtigen, an seiner Statt über den Beitritt zum Nachlassvertrag zu entscheiden.“ Das deutsche Recht ist noch strenger und lässt den Bürgen weiterhaften, ganz unabhängig davon, wie sich der Gläubiger zum Zwangsvergleich gestellt hat; § 193 deutsche KO.

Nach der herrschenden schweizerischen Auffassung charakterisiert sich der Nachlassvertrag als eine den Bedürfnissen des Schuldners besonders Rechnung tragende, seine wirtschaftliche Existenz möglichst schonende Art der Zwangsvollstreckung, bzw. als ein Surrogat der letztern. Sie tritt, sofern die gesetzlichen Bedingungen erfüllt sind, als Rechtswohltat an die Stelle der ordentlichen Exekution[150]). Wie bei dieser muss daher auch beim Nachlassvertrag die Bürgschaft für den ungedeckten Rest in Wirksamkeit treten. Denn gerade für den Fall, dass vom Schuldner vollstreckungsrechtlich nichts erhältlich sein sollte, wurde ja Bürgschaft verlangt und geleistet. Soweit wäre also die Sache in Ordnung.

Nun ergibt sich aber folgende Unbilligkeit. Nach Art. 505 Abs. 1 OR gehen die Rechte des Gläubigers in demselben Masse, als er vom Bürgen befriedigt wird, auf diesen über. Im Konkursfalle erlangt daher der Bürge auf diese Weise wenigstens noch eine Verlustscheinsforderung, während er beim Nachlassverfahren leer ausgeht, da der Gläubiger keinerlei Rechte mehr gegenüber dem Nachlassschuldner hat. Soll sich nun das Institut des Nachlassvertrages lediglich zuungunsten des Bürgen auswirken? Man könnte vielleicht versucht sein, de lege

[150]) Vgl. Blumenstein, Handbuch 896 f.

ferenda einen Ausgleich in der Weise zu postulieren, dass der Nachlassbehörde das Recht eingeräumt würde, je nach den Verumständungen des konkreten Falles die Bürgschaftsschuld um maximal ein Drittel zu reduzieren. Dabei hätte sie insbesondere in Betracht zu ziehen, ob im Falle eines Konkurses der Bürge auf Grund einer Verlustscheinsforderung aller Voraussicht nach noch einen Regress hätte ausüben können. Ferner wäre z. B. zu berücksichtigen, ob die Nachlassdividende hoch sei, der Bürge also verhältnismässig nur für einen kleinen Bruchteil belangt wird usw. Allein abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten, die eine solche Ordnung im Gefolge hätte, würde sie auch zu einem bedauerlichen Einbruch in das Prinzip, dass der Gläubiger sich eben notfalls an den Bürgen soll halten können, bedeuten. Sie ist daher abzulehnen.

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, Art. 303 SchKG finde auch beim freiwilligen Nachlassvertrag Anwendung[151]). Allein wohl zu Unrecht. Der gerichtliche Nachlassvertrag, der einen Ersatz für das ordentliche Zwangsvollstreckungsverfahren darstellt, ist eine Zwangsinstitution, der sich ein Gläubiger unter bestimmten Voraussetzungen nicht entziehen kann, während es ihm durchaus freisteht, einem aussergerichtlichen Nachlassvertrag beizutreten oder nicht. Eine analoge Anwendung jener Ausnahmebestimmung ist daher de lege lata und de lege ferenda abzulehnen[152]).

2. Soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist, gilt die Forderung als erloschen (Art. 119 Abs. 1 OR). Bringt man damit Art. 501 OR in Verbindung, so ergibt sich, dass in einem solchen Falle auch die Bürgschaft dahinfällt. Wie aber, wenn der Bürge selbst absichtlich

---

[151]) So z. B. Hafner, Art. 501 N. 2, und, ihm folgend, Oser, 1. Aufl., Art. 501 Anm. 2 c.

[152]) Wie im Text auch Tobler a. a. O. 36 f., sowie BGE **33** II 147, und ferner besonders einlässlich Benkler a. a. O. 43 ff.

oder fahrlässig die objektive Unmöglichkeit herbeigeführt hat?

In der Schweiz wird mehrheitlich die Auffassung vertreten, diesfalls hafte der Bürge weiter, da dem Gläubiger die replicatio doli zustehe[153]). Demgegenüber steht insbesondere Tobler[154]) auf dem Boden, ein Bürge sei nicht verpflichtet, dem Gläubiger die Erfüllungsmöglichkeit zu erhalten, und Art. 2 ZGB sei deshalb unanwendbar. Diese Auffassung dürfte indessen kaum richtig sein. Vielmehr ist es doch wohl so, dass füglich von einer Verpflichtung des Bürgen, die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit nicht unmöglich zu machen, gesprochen werden kann[155]). Sollten aber nach dieser Richtung hin doch noch ernstliche Zweifel obwalten, so wäre es am Platze, die Vorschrift des Art. 501 OR — die ja, für sich allein genommen, ohnehin überflüssig ist, weil sie sich schon aus andern Gesetzesbestimmungen ergibt — dahin zu ergänzen, dass dem Gläubiger für Fälle dieser Art ausdrücklich eine replicatio doli eingeräumt würde.

3. Soll die Bürgschaftsschuld auch erlöschen, „wenn sie durch Erbgang oder auf anderem Wege sich mit der Hauptschuld in derselben Person vereinigt?“[156]) Einmal mehr muss festgestellt werden, dass die Auffassungen über die möglichen Lösungen auseinandergehen.

Art. 118 Abs. 1 OR bestimmt: „Wenn die Eigenschaften des Gläubigers und des Schuldners in einer Person zusammentreffen, so gilt die Forderung als durch Vereinigung erloschen.“ In unserem Falle liegt indessen höchstens eine sog. unechte confusio vor, „eine Pflichtenkonkurrenz gegenüber dem Gläubiger, indem die Eigen-

---

[153]) Vgl. z. B. Oser, 1. Aufl., Art. 501 Anm. 2a, und Becker, Art. 501 N. 4 i. f., sowie die Verweisungen dieser Autoren.

[154]) A. a. O. 38; vgl. auch noch Schulthess in der ZschwR n. F. **44** 85.

[155]) Vgl. auch Staudinger Anm. 6 b Abs. 4 zu § 765 und die dortigen Verweisungen.

[156]) Vgl. Gierke **3** 790.

schaften von Bürge und Hauptschuldner in einer Person zusammentreffen"[157]). Man ist daher in der Lösung nicht durch Art. 118 Abs. 1 OR gebunden.

Im römischen und gemeinen Recht wurde angenommen, in einem solchen Falle gehe im allgemeinen die Bürgschaft unter, da sie akzessorischer, die Hauptschuld dagegen prinzipaler Natur sei. Eine Ausnahme wurde dort gemacht, wo sich die Bürgschaft, gemessen an der Hauptschuld, als wirksamer erwies, d.h. dem Gläubiger besondere Vorteile bot (wie namentlich in der Form von Nachbürgschaft oder Pfand)[158]). Dieser Auffassung huldigt auch die gegenwärtig herrschende Meinung in Deutschland und Österreich[159]). In der Schweiz wird sie namentlich von Oser[160]) und Benkler[161]) vertreten.

Nach der Auffassung Anderer[162]) geht in einem solchen Fall eine Bürgschaft schlechthin unter.

Tobler[163]) endlich stellt sich auf den Boden der Fortexistenz von Hauptschuld und Bürgschaft. Er kann sich dabei auf die Meinung einer Reihe namhafter deutscher Autoren und überdies auf ein Urteil des deutschen Reichsgerichts stützen.

De lege ferenda empfiehlt sich eine klare Lösung im Sinne eines Fortbestehenlassens sei es der Bürgschaft schlechthin, sei es zum mindesten der besondern Vorteile. Im Entwurf I zum deutschen BGB war ausdrücklich ausgesprochen, dass die Bürgschaft, wenn der Haupt-

---

[157]) Tobler a. a. O. 42, sowie Schulthess in der ZschwR n. F. **44** 86.

[158]) Vgl. Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, Düsseldorf 1870, S. 661 ff.

[159]) Siehe Staudinger § 765 Anm. 6 g und die dortigen Verweisungen, sowie Kirchstetter/Maitisch, Komm. zum österr. BGB, 4. Aufl., Leipzig und Wien 1882, S. 671.

[160]) 1. Aufl., Art. 501 Anm. 1.

[161]) A. a. O. 48.

[162]) Vgl. Fick, Art. 501 Anm. 29, sowie die weitern Verweisungen bei Tobler a. a. O. 44 Fussnote 1.

[163]) Tobler a. a. O. 44.

schuldner von dem Bürgen oder der Bürge von dem Hauptschuldner beerbt werde, insoweit fortbestehe, als ihr Fortbestehen für den Gläubiger ein Interesse habe. Die Bestimmung wurde dann aber in der Folge als entbehrlich wiederum gestrichen[164]). Sie wäre aber, um lästige Kontroversen zu vermeiden, vielleicht doch ganz zweckmässig. In Art. 2035 c c fr. wird dieser Grundsatz wenigstens nach einer Richtung hin ausdrücklich festgelegt: „La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution."

4. Die Vererblichkeit der Bürgschaft hat sich im ältern Recht nur sehr zögernd durchgesetzt[165]). Heute ist sie nun jedenfalls dem Grundsatze nach allgemein anerkannt[166]).

Eine gewisse Beeinträchtigung erfährt dieses Prinzip durch § 1367 des österr. BGB, wo bestimmt wird: „Ist der Bürgschaftsvertrag weder durch eine Hypothek, noch durch ein Faustpfand befestigt, so erlischt er binnen drei Jahren nach dem Tode des Bürgen, wenn der Gläubiger in der Zwischenzeit unterlassen hat, von den Erben die verfallene Schuld gerichtlich oder aussergerichtlich einzumahnen."

Sehr oft wird eine Bürgschaft nur deshalb eingegangen, weil der Bürge kraft seiner persönlichen Verhältnisse in der Lage ist, eine spezielle Aufsicht über den Hauptschuldner auszuüben. Das trifft dann aber häufig bei seinen Erben nicht mehr zu. Aus diesem

---

[164]) Vgl. insbesondere Favrau, Über die confusio von Bürgschaft und Hauptschuld, Magdeburger Dissertation 1898, spez. S. 29, sowie Staudinger, § 765 Anm. 6 g.

[165]) Vgl. darüber namentlich Gierke **3** 789.

[166]) Im schweiz. Recht wird der Bürge infolge der Nichtanmeldung der Forderung durch den Gläubiger im Erbschaftsschuldenruf des verstorbenen Hauptschuldners nur insoweit befreit, als der Gläubiger bei erfolgter Anmeldung aus der Erbschaftsliquidation befriedigt worden wäre; vgl. BGE **39** 295.

Grunde hat die österreichische Ordnung, die allerdings die Solidarbürgschaft nicht betrifft, schon etwas für sich. Trotzdem dürfte sie, namentlich im Falle einer Ausdehnung auf Solidarbürgschaften, doch wohl zu weit gehen. Dagegen kann man sich ernsthaft fragen, ob nicht de lege ferenda den Erben bei allen Bürgschaften nach Ablauf etwa von drei Jahren ein Recht gegenüber dem Hauptschuldner auf Sicherstellung, bzw. Befreiung im Sinne des heutigen Art. 512 OR einzuräumen sei.

5. Ist die Bürgschaft nur für eine bestimmte Zeit eingegangen, so erlischt die Verpflichtung des Bürgen, wenn der Gläubiger nicht binnen vier Wochen nach Ablauf der Frist seine Forderung rechtlich geltend macht und ohne erhebliche Unterbrechung den Rechtsweg verfolgt (Art. 502 OR). Etwas strenger ist das österreichische Recht, dessen § 1363 Satz 2 lautet: „Hat sich der Bürge nur auf eine gewisse Zeit verpflichtet, so haftet er nur für diesen Zeitraum.“ Wie indessen Tobler[167]) zutreffend ausführt, ist die schweizerische Lösung vorzuziehen, „da oft erst durch vollständige Verstreichung der fixierten Frist der Sicherungszweck der Bürgschaft erreicht“ und auf diese Weise zudem der Gläubiger nicht zu vorzeitiger Belangung des Hauptschuldners gezwungen wird[168]).

6. Ist die Bürgschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen, so kann der Bürge nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld vom Gläubiger verlangen, dass er binnen vier Wochen die Forderung rechtlich geltend mache und den Rechtsweg ohne erhebliche Unterbrechung fortsetze (Art. 503 Abs. 1 OR). Handelt es sich um eine Forderung, deren Fälligkeit durch Kündigung des Gläubigers herbeigeführt werden kann, so ist der Bürge nach Ablauf eines Jahres seit Eingehung der Bürgschaft zu dem Verlangen berechtigt, dass der Gläubiger die Kündigung vornehme und nach Eintritt der Fälligkeit die Forderung im Sinne

---

[167]) A. a. O. 102 Fussnote 2.

[168]) Über die Anwendbarkeit des Art. 502 OR bei der Solidarbürgschaft vgl. Ziffer 6 hienach i. f.

der vorstehenden Bestimmung geltend mache (Abs. 2). Kommt der Gläubiger diesem Verlangen nicht nach, so wird der Bürge frei (Abs. 3).

Durch Art. 503 Abs. 2 OR wird die folgende Unbilligkeit geschaffen. Bei ohne Kündigung fälligen Hauptschulden kann der Gläubiger gemäss Art. 503 Abs. 1 OR zur Zeit der Fälligkeit sofort, unter Umständen also vor Ablauf eines Jahres, zur Geltendmachung seiner Forderung gezwungen werden. Wenn aber z. B. die Hauptschuld nach zwei Monaten seit der Bürgschaftseingehung kündbar ist, muss der Bürge ein ganzes Jahr warten, bis er vom Gläubiger die Vornahme der Kündigung verlangen darf. Diese Unbilligkeit könnte in der Weise herabgemindert werden, dass die Jahresfrist des Art. 503 Abs. 2 OR auf sechs Monate reduziert würde.

Man streitet heute darüber, ob Art. 503 OR auch bei der Solidarbürgschaft Anwendung finde, und gegebenenfalls in welcher Art und Weise[169]). Unbestreitbar ist, dass auch der Solidarbürge ein Interesse daran haben kann, vom Gläubiger die Kündigung der Forderung zu verlangen[170]). Dagegen dürfte es kaum einen grossen Sinn haben, auch dem Solidarbürgen das Recht einzuräumen, vom Gläubiger zu verlangen, dass er gegen ihn selbst rechtlich vorgehe; denn nach Eintritt der Fälligkeit ist der Bürge ja jederzeit gemäss Art. 510 OR in der Lage, den Gläubiger zu befriedigen[171]). Hier dürfte de lege ferenda in Analogie zum deutschen Recht eine blosse Anzeige des Gläubigers an den Solidarbürgen, dass er ihn in Anspruch nehme, genügen (vgl. § 777 BGB). Analog ist es übrigens bei Art. 502 OR zu halten.

---

[169]) Vgl. darüber etwa BGE **54** II 291 f. und die dortigen Verweisungen, und ferner Tobler a. a. O. 103 Fussnote 1, sowie Becker, Art. 503 N. 2.

[170]) Vgl. Becker a. a. O., sowie Tobler a. a. O. 105 Fussnote 1.

[171]) Vgl. Becker a. a. O.

7. Wenn schon an sich dem Eingehen von Bürgschaften nicht Vorschub geleistet werden soll, so muss der Gesetzgeber noch viel mehr dafür besorgt sein, dass nicht durch Verpflichtungen dieser Art eine Person auf unabsehbare Zeit belastet wird.

Eine neue Ordnung, bzw. zum mindesten eine Präzisierung des heute geltenden Rechts, ist nach dieser Richtung hin insbesondere auf zwei Arten denkbar.

Einmal könnte die Bürgschaft allgemein, und zwar im Sinne von jus cogens, gesetzlich befristet werden[172]). Das dürfte m. E. am zweckmässigsten in der Weise geschehen, dass von Gesetzes wegen zwingend jede Bürgschaft nach Ablauf z. B. von 4 (oder 5) Jahren immer um je ein Drittel reduziert würde, so dass sie mithin nach 12 (oder 15) Jahren gänzlich erloschen wäre. Ein Bürge könnte allerdings auf den Zeitpunkt des Ablaufs einer 4- (oder 5-) jährigen Periode für den auslaufenden Teil eine neue Bürgschaft eingehen; jede Verpflichtung, durch die er etwas Derartiges zum voraus versprechen würde, wäre indessen rechtlich bedeutungslos. — Sollte im Moment eines solchen Teilerlöschens der Bürgschaft die Hauptschuld fällig sein, so hätte der Gläubiger in Bezug auf den untergehenden Drittel nach Analogie des Art. 502 OR vorzugehen. Bei nicht fälligen Forderungen hätte der Gläubiger allerdings keine Möglichkeit, den Bürgen für den erlöschenden Drittel zu belangen[173]). Das dürfte indessen nach meinem Dafürhalten deshalb ohne grosse Bedenken mit in Kauf genommen werden, weil der Gläubiger es ja in der Hand hat, durch Abrede mit dem Haupt-

---

[172]) Vgl. darüber Beck in der Neuen Zürcher Zeitung Nr. 678 Blatt 3 vom 17. April 1935, sowie Dr. W. G. in Nr. 474 der Neuen Zürcher Zeitung, Blatt 5, vom 19. März 1935.

[173]) So bezieht sich auch Art. 502 OR nur auf fällige Forderungen, was Becker N. 2 eingangs und Beck im zitierten Artikel in der Neuen Zürcher Zeitung zu übersehen scheinen. Das ist eine Konsequenz der akzessorischen Natur der Bürgschaft, die noch ausdrücklich in Art. 500 Abs. 1 OR niedergelegt ist.

schuldner Fälligkeit eintreten zu lassen, falls dieser einer ihm obliegenden vertraglichen Pflicht, einen Ersatzbürgen zu stellen, nicht nachkommen sollte.

Ich bin mir bewusst, dass dieses Postulat sehr weit geht und namentlich im Handelsverkehr praktisch nicht unbedenklich ist. Ich wollte aber nicht unterlassen, wenigstens darauf hinzuweisen, um eine Diskussion zu ermöglichen.

Ein gewisser, wenn auch bedeutend weniger weitgehender Schutz des Bürgen gegen allzulange Behaftung bei einer Bürgschaft liegt auch in Folgendem.

Die Gerichtspraxis steht auf dem Boden, dem schweizerischen OR sei, in Übereinstimmung mit dem gemeinen wie auch mit dem deutschen Recht, eine einseitige Kündigung der Bürgschaft durch den Bürgen unbekannt[174]). Die deutschen Gerichte, unter Führung der obersten Instanzen und in Übereinstimmung mit der sozusagen einmütigen Auffassung in der Literatur, gewähren indessen bei zeitlich unbeschränkten Bürgschaften für künftige Verbindlichkeiten dem Bürgen ein Recht auf Kündigung nach angemessener Frist[175]). Das Nämliche wird de lege

[174]) Vgl. namentlich BGE **39** II 362, **25** II 32 sowie **20** II 179. Siehe im weitern auch Oser, 1. Aufl., Art. 501 Anm. 1, und Becker, Art. 501 N. 3.

[175]) Vgl. darüber etwa Leonhard a. a. O. 327 f., Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., Mannheim, Berlin und Leipzig 1930 ff., **4** § 349 N. 9, sowie Staudinger a. a. O. § 777 Anm. 5.

Im nämlichen Sinne bestimmt Art. 1214 des ungarischen Revisionsentwurfes vom Jahre 1928:

„Wer für eine zukünftige Verpflichtung auf eine unbestimmte Zeit bürgte, kann seine Bürgschaft im Falle eines Zweifels auf eine entsprechende Zeit kündigen.

Mit sofortiger Wirkung kann eine solche Bürgschaft gekündigt werden, wenn das Verhalten des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner die Interessen des Bürgen schwer verletzt.

Im Falle der Kündigung beschränkt sich die Verantwortlichkeit des Bürgen nur auf jene Verpflichtungen des Hauptschuldners, die bis zum Zeitpunkt der Inkrafttretung der Kündigung entstanden sind."

lata auch von einzelnen schweizerischen Autoren befürwortet[176]).

Die Stellungnahme zu dieser Auslegungsfrage liegt nicht im Rahmen der gegenwärtigen Arbeit. Dagegen ist de lege ferenda eine ausdrückliche gesetzliche Ordnung im Sinne der deutschen Gerichtspraxis zu empfehlen, eventuell unter Fixierung einer bestimmten Kündigungsfrist im Gesetz, auf die nicht zum voraus sollte verzichtet werden dürfen.

8. Allgemein wird auch die Statuierung eines Kündigungsrechtes aus wichtigen Gründen in Erwägung zu ziehen sein[177]).

9. Art. 316 Abs. 1 OR bestimmt, der Darleiher könne die Aushändigung des Darleihens verweigern, wenn der Borger seit dem Vertragsabschlusse zahlungsunfähig geworden sei. § 610 des deutschen BGB geht noch etwas weiter; er gibt diese Befugnis schon dann, „wenn in den Vermögensverhältnissen des andern Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt". In beiden Rechten fehlt es nicht an Stimmen, die eine analoge Anwendung auf das Bürgschaftsrecht im Sinne eines Widerrufs (vor der Kreditgewährung) als zweckmässig erachten[178]).

Auch hier dürfte sich de lege ferenda eine entsprechende Neuordnung empfehlen, wobei eher § 610 BGB als Art. 316 OR zum Vorbild zu nehmen wäre.

10. Art. 510 räumt dem Bürgen einen Anspruch auf Zahlungsannahme oder Entlassung ein, in der Weise, dass, wenn die Hauptschuld fällig ist, der Bürge jederzeit vom Gläubiger verlangen kann, dass dieser von ihm Befriedigung annehme oder ihn aus der Bürgschaft entlasse. Verweigert der Gläubiger die Annahme der Zahlung oder

---

[176]) So vor allem Benkler a. a. O. 51 f. und schon früher Rossel a. a. O. Nr. 908.

[177]) Vgl. Gierke a. a. O. 3 788 f.

[178]) Vgl. Staudinger a. a. O. § 777 Anm. 5, sowie Benkler a. a. O. 51.

die Übertragung der Sicherheiten, so wird der Bürge ohne weiteres frei.

Das Bürgschaftsrecht muss mehr als jeder andere Teil unserer Zivilgesetzgebung unbedingt klar sein, so dass alle die zahlreichen Laien, die damit in Berührung kommen, ein eindeutiges und vollständiges Bild der Materie erhalten. Gewisse Kontroversen, deren Lösung man sonst gerne der Gerichtspraxis überlässt, müssen daher auf diesem Gebiete wenn immer möglich durch eine einlässliche Ordnung der Materie von vornherein ausgeschaltet werden. Das gilt namentlich auch von Folgendem.

Art. 510 OR spricht schlechtweg von Fälligkeit der Hauptschuld, welche u. a. auch durch den Konkurs des Hauptschuldners herbeigeführt wird. Diese Art von Fälligkeit wird nun aber in Art. 500 Abs. 1 OR einer besondern Behandlung unterzogen. Man kann daher auf den Gedanken kommen, zu sagen, auch die Fälligkeit des Art. 510 Abs. 1 OR beschlage die lediglich durch Konkurs ausgelöste Fälligkeit nicht[179]), eine Auffassung, der allerdings schon de lege lata nicht beigepflichtet werden kann[180]). Durch eine kleine Beifügung in Art. 510 Abs. 1 OR könnte diese bedauerliche Unklarheit behoben werden[181]).

Die nach v. Tuhr[182]) „inkorrekte" Bestimmung in Art. 510 OR ruft aber noch einer andern Kontroverse. Darf ein Bürge gestützt auf Art. 81 OR auch schon vor Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld bezahlen, ohne seine Regressrechte aufs Spiel zu setzen? Die Frage wird von der herrschenden Meinung mit der Massgabe bejaht, dass der Regress offen bleibt, indessen erst geltend gemacht

---

[179]) Vgl. Haberstich, Handbuch **2** 314.

[180]) So richtig die herrschende Meinung: Oser, 1. Aufl., Art. 510 Anm. 2, Becker, Art. 510 N. 2, Rossel 602, Tobler a. a. O. 110, sowie Fischer in der ZschwR n. F. **7** 40.

[181]) „Ist die Hauptschuld fällig, sei es auch nur infolge Konkurses des Hauptschuldners, so kann der Bürge usw. . . ."

[182]) In der SJZ **19** 248.

werden kann, nachdem der Zeitpunkt der Fälligkeit der Hauptschuld eingetreten ist[183]). Tobler[184]) glaubt demgegenüber, bei einer Vorleistung des Bürgen gemäss Art. 81 OR entfalle der Regress nach Art. 505 OR. Wenn alsdann nicht Auftrag vorliege, so könne dem Bürgen vielleicht mit der Klage aus Geschäftsführung ohne Auftrag geholfen werden. De lege ferenda dürfte sich eine Ergänzung, bzw. Präzisierung des Art. 510 OR im Sinne der heutigen herrschenden Meinung empfehlen.

Verweigert der Gläubiger die Annahme der Zahlung oder die Übertragung der Sicherheiten, so wird der Bürge ohne weiteres frei. Revidiert man die Bestimmungen über das Bürgschaftsrecht, so dürfte es am Platze sein, Art. 510 Abs. 2 OR mit Art. 91 OR in Einklang zu bringen, d. h. die strengen Folgen nur eintreten zu lassen, wenn seitens des Gläubigers eine ungerechtfertigte Verweigerung vorliegt[185]).

11. Eine ganz neue Erlöschungsart wird hinsichtlich der Bürgschaft vorgesehen in Art. 21 des Bundesbeschlusses über vorübergehende rechtliche Schutzmassnahmen für notleidende Bauern vom 28. September 1934. Daselbst wird zunächst festgestellt, dass die Bürgschaftsverpflichtungen des Schuldners mit der auf die Kurrentforderungen entfallenden Nachlassdividende abzufinden seien. Dann wird aber beigefügt: „Die Nachlassbehörde kann jedoch auf eine Bürgschaft eine herabgesetzte Dividende anweisen oder sie ohne Dividende als erloschen erklären. Sie trägt dabei den Verhältnissen Rechnung, insbesondere den Rückwirkungen auf den Hauptschuldner und die Mitbürgen sowie der Art der Eingehung der Bürgschaft. — Wenn ohne das Sanierungsverfahren der Eintritt der Zahlungspflicht aus einer Bürgschaft unwahrscheinlich wäre, so kann die Nachlassbehörde diese bestehen lassen."

[183]) Oser, 1. Aufl., Art. 510 Anm. 2, Becker, Art. 510 N. 2, sowie v. Tuhr in der SJZ **19** 248.

[184]) A. a. O. 111 f.

[185]) So zutreffend v. Tuhr in der SJZ **19** 248, unterstützt von Tobler a. a. O. 113.

Eine solche Ordnung eignet sich vorab als vorübergehende Notstandsmassnahme. So führt denn auch die Botschaft des Bundesrates vom 11. Mai 1934 auf S. 10 aus: „Dieses Verfahren lässt sich ausnahmsweise in bäuerlichen Verhältnissen verantworten, ohne dass im übrigen die Leichtfertigkeit prämiert werden soll; ohne Zweifel bestehen in diesen Verhältnissen heute zahllose Bürgschaftsverpflichtungen, die praktisch als wertlos bezeichnet werden müssen.“ Die Bestimmung wäre aber doch vielleicht einer gewissen Verallgemeinerung fähig, und zwar in folgender Weise.

In Ziffer 10 des III. Abschnittes ist darauf hingewiesen worden, dass sehr oft vollständig wertlose Bürgen in Kenntnis dieses Umstandes angenommen werden. Hier soll ein Gläubiger dann nicht noch die Inhaber seriöser Ansprüche beeinträchtigen können. Wenn daher ein Gläubiger einen Bürgen annimmt, trotzdem er weiss, dass die neue Verpflichtung in einem offensichtlichen Missverhältnis zu den Vermögens- und Einkommensverhältnissen (unter Berücksichtigung bereits vorhandener Bürgschaften) des Bürgen steht, so ist dem Richter die Befugnis einzuräumen, die Bürgschaft je nach den Umständen ganz oder teilweise als erloschen zu erklären. Einen solchen Entscheid könnten neben dem Bürgschaftsschuldner selbst natürlich auch die Mitgläubiger im Kollokationsverfahren provozieren.

Schon etwas fraglicher ist dann allerdings, ob dem tatsächlichen Kennen der Überschuldung seitens des Gläubigers allgemein das blosse Kennensollen gleichzustellen sei. Will man nicht ganz so weit gehen, so dürfte sich im Falle der Einführung eines Bürgschaftsregisters dann doch wenigstens rechtfertigen, bei Überbürgungen dort eine richterliche Reduktionsmöglichkeit vorzusehen, wo ein Gläubiger eine — nicht im Handelsregister eingetragene — Person als Bürgen annimmt, ohne die Erlaubnis zur Einsichtnahme in das Bürgschaftsregister verlangt und erhalten zu haben (vgl. darüber Abschnitt VI Ziffer 5 hiervor).

Ausserordentliche Befreiungsmöglichkeiten sind in den Bundesbeschlüssen über das Pfandnachlassverfahren für die Hotel- und die Stickereiindustrie vom 30. September 1932 (Art. 23) und über vorübergehende rechtliche Schutzmassnahmen für notleidende Bauern vom 28. September 1934 (Art. 23) weiter vorgesehen hinsichtlich der Bürgen des Schuldners. Für Zinsausfälle auf pfandversicherten, gedeckten Kapitalforderungen haften nämlich die Bürgen überhaupt nicht. Art. 23 des Bundesbeschlusses vom 28. September 1934 gibt überdies dem Bürgen im Falle der Reduktion einer ungedeckten Kapitalforderung einen Anspruch auf angemessene Herabsetzung seiner Haftung, sofern seine eigene beschränkte Leistungsfähigkeit es erfordert; die Nachlassbehörde setzt den Haftungsbetrag fest. Diese Ordnungen hangen so eng mit den Sanierungsmassnahmen zusammen, dass ihre Anwendung auf andere Verhältnisse kaum in Frage kommt. Ihr Zweck erschöpft sich darin, die Unbilligkeit auszuschalten, die hergestellt würde, „wenn man dem Hauptschuldner durch Stundung und teilweisen oder gänzlichen Nachlass der Forderung geholfen und dadurch gleichzeitig den Bürgen, der ja an der Bürgschaft regelmässig nicht ein eigenes Interesse hat, um so schwerer belastet hätte, ohne Rücksicht darauf, ob er dadurch nicht selbst (um der Schuld eines andern willen) in eine Notlage versetzt werde“[186]).

XI. Die Geltendmachung der Einreden des Hauptschuldners durch den Bürgen.

1. Da die Bürgschaft bloss akzessorischer Natur ist, verpflichtet sie den Bürgen auch nur insoweit, als die Hauptschuld zur Zeit der Geltendmachung der Bürgschaft verbindlich ist.

---

[186]) Beck in der Neuen Zürcher Zeitung Nr. 214 vom 6. Februar 1935, Blatt 2.

In diesem Sinne bestimmt schon Art. 494 Abs. 1 OR: „Jede Bürgschaft setzt eine zu Recht bestehende Hauptschuld voraus.“ Rechtshindernde Tatsachen (wie namentlich der Einwand, dass es sich um ein verbotenes oder unsittliches Geschäft handle, oder dass die Form nicht gewahrt worden sei) darf ein Bürge daher schon auf Grund des Art. 494 Abs. 1 OR entgegensetzen, sobald er vom Gläubiger belangt wird[187]). Ferner ergibt sich aus Art. 501 OR („durch jedes Erlöschen der Hauptschuld wird der Bürge befreit“), dass ein Bürge auch alle „Tatsachen vorbringen darf, aus denen sich das Erlöschen der Hauptschuld ergibt, z. B. Erfüllung, Erlass, vollzogene Aufrechnung usw.: sog. rechtsaufhebende Tatsachen“[188]).

Rechtshindernde und rechtsaufhebende Tatsachen werden in der neuern Doktrin als „Einwendungen“ aufgefasst[189]). Ihnen werden die Einreden im engern Sinne gegenübergestellt, d. h. die dauernden oder zeitlich begrenzten Rechte auf Verweigerung einer geschuldeten Leistung[190]). Sie fallen grundsätzlich unter die Bestimmung des Art. 506 Abs. 1 OR, der dem Bürgen das Recht gibt, dem Gläubiger die Einreden entgegenzuhalten, die dem Hauptschuldner zustehen (soweit er nicht durch die Art seiner Verpflichtung von der Geltendmachung solcher Einreden ausgeschlossen ist; darüber vgl. Ziffer 5 hiernach).

a) Gestützt auf Art. 506 Abs. 1 OR stehen dem Bürgen namentlich zu: die Einrede des nichterfüllten Vertrages, der vertragsmässigen Stundung, des Annahmeverzuges, der mangelnden Fälligkeit, sowie der Verjährung (es sei denn, der Bürge habe wissentlich eine verjährte Forderung verbürgt).

Auf eine dem Schuldner gewährte Nachlassstundung im Sinne der Art. 293 ff. SchKG kann sich ein Bürge

[187]) v. Tuhr in der SJZ **19** 227 f.

[188]) v. Tuhr in der SJZ **19** 228.

[189]) Vgl. etwa Staudinger § 768 Anm. 1a in Verbindung mit § 194 Anm. 8, sowie die dortigen Verweisungen; ferner v. Tuhr in der SJZ **19** 228, und Tobler a. a. O. 62.

[190]) Vgl. die in der vorangehenden Fussnote zitierten Autoren.

dagegen nicht berufen. Gegenteils ist bei der einfachen Bürgschaft, obgleich das im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt ist, die Eröffnung des Zwangsnachlassverfahrens der Konkurseröffnung in dem Sinne gleichzustellen, dass sie dem Gläubiger die Möglichkeit des Vorgehens gegen den einfachen Bürgen (Art. 495 OR) erschliesst. Ausnahmen von diesem Grundsatze statuieren die Art. 22 der Bundesbeschlüsse der Jahre 1932 und 1934 über das Pfandnachlassverfahren für die Hotel- und Stickereiindustrie sowie die Schutzmassnahmen für notleidende Bauern. Daselbst wird nämlich einmal ausdrücklich bestimmt, der Gläubiger könne die ihm gemäss Art. 495 OR gegen den einfachen Bürgen zustehenden Rechte erst nach Ablauf der Kapitalstundung geltend machen. Und hinsichtlich der Solidarbürgen sodann bestimmt Art. 22 Abs. 2 und 3 des Bundesbeschlusses vom 28. September 1934 (betr. vorübergehende rechtliche Schutzmassnahmen für notleidende Bauern): „Die solidarisch haftenden Bürgen und Schuldner können dem Gläubiger die Einrede der Stundung nur entgegenhalten, wenn die Nachlassbehörde die Stundung ausdrücklich auch auf sie ausgedehnt hat. Ein solches Begehren kann nur zugesprochen werden, wenn der Bürge den Nachweis erbracht hat, dass er ohne die Stundung in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet wäre; die Stundung kann auch nur auf einen Teil der Forderung beschränkt und von Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden. — Wird ein solidarisch Verpflichteter für eine Kapitalforderung vor dem Hauptschuldner betrieben, so kann er unter sofortiger Mitteilung an den Schuldner bei der Nachlassbehörde Einstellung der Betreibung auf zwei Monate verlangen. Stellt der Schuldner innert dieser Frist ein Gesuch um Bewilligung einer Kapitalstundung, so bleibt bis zum Entscheid darüber die Betreibung gegen den solidarisch Verpflichteten eingestellt und diesem das Recht vorbehalten, die Ausdehnung der Kapitalstundung auf sich zu verlangen. Wird die Stundung bewilligt, und nehmen die solidarisch Verpflichteten Rückgriff gegen den Schuld-

ner, so kann ihnen dieser die Einrede der Stundung entgegenhalten. Stellt der Hauptschuldner innert der Frist das Gesuch um Kapitalstundung nicht, so kann er dies auch nicht mehr gegenüber dem Rückgriff nehmenden solidarisch Verpflichteten tun.“ Ähnliche Bestimmungen enthält Art. 22 Abs. 2 und 3 des Bundesbeschlusses vom 30. September 1932 (Hotel- und Stickereiindustrie).

Mit Rücksicht auf die hier obwaltenden singulären Verhältnisse dürfte eine Verallgemeinerung dieser Vorschriften de lege ferenda kaum in Frage kommen.

b) Streitig ist, wie es sich beim beneficium competentiae der Ziffern 2 und 3 des Art. 250 OR verhalte. Dort wird nämlich vorgesehen, beim Schenkungsversprechen könne der Schenker das Versprechen widerrufen und dessen Erfüllung verweigern, „wenn seit dem Versprechen die Vermögensverhältnisse des Schenkers sich so geändert haben, dass die Schenkung ihn ausserordentlich schwer belasten würde“, oder „wenn seit dem Versprechen dem Schenker familienrechtliche Pflichten erwachsen sind, die vorher gar nicht oder in erheblich geringerem Umfange bestanden haben“. In der Schweiz fehlt es nicht an Stimmen, die diesfalls auch den Bürgen durch eine Einrede schützen wollen[191]). De lege ferenda sollte eine dahingehende Lösung ausdrücklich vorgesehen werden, und zwar insbesondere aus der von v. Tuhr a. a. O. betonten Erwägung heraus, dass sonst der Schenkungsschuldner durch den Regress des Bürgen in vollem Masse belastet und dadurch die Schutzvorschrift des Art. 250 auf einem Umwege vereitelt würde[192]).

---

[191]) Vgl. Tobler a. a. O. 66 f., Schulthess in der ZschwR n. F. **44** 108 f., sowie v. Tuhr in der SJZ **19** 228; a. A. dann aber beispielsweise Becker Art. 506 N. 5.

[192]) Anders z. B. § 1354 des österr. BGB: „Von der Einwendung, wodurch ein Schuldner nach Vorschrift der Gesetze die Beibehaltung eines Teils seines Vermögens zu seinem Unterhalte zu fordern berechtigt ist, kann der Bürge nicht Gebrauch machen.“

c) Art. 590 Abs. 1 ZGB bestimmt: „Den Gläubigern des Erblassers, deren Forderungen aus dem Grunde nicht in das Inventar aufgenommen worden sind, weil sie deren Anmeldung versäumt haben, sind die Erben weder persönlich noch mit der Erbschaft haftbar."

Der Bürge haftet diesfalls ebensowenig wie die Erben. Denn die Nichtzahlung ist hier nicht auf Unzulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens zurückzuführen, sondern vielmehr auf Verwirkung. Dem Bürgen muss daher eine Einrede zugebilligt werden[193]). Um Zweifel darüber, ob Art. 506 Abs. 1 OR auch auf Fälle dieser Art Anwendung zu finden habe, auszuschalten, erscheint es zweckmässig, in einem neuen Gesetz einzufügen: „. . . Einreden . . ., die dem Hauptschuldner oder seinen Erben zustehen . . ." Alsdann bedarf es des von Schulthess[194]) angeregten Umweges über eine analoge Anwendung des Art. 511 OR nicht. Er wäre übrigens nach meinem Dafürhalten schon auf Grund der heutigen Ordnung nicht nötig, weil eben, sobald die Haftung der Erben zessiert, ohne weiteres auch diejenige des Bürgen nicht mehr beansprucht werden kann.

Auf Grund zahlreicher Bürgschaftsformulare von Banken muss sich der Bürge verpflichten, „allfällige Eingaben in vormundschaftliche oder öffentliche Inventare (Art. 398 und 580 ZGB) selbst zu besorgen", unter ausdrücklicher Enthebung der Bank von jeder Verantwortlichkeit. Auch diese sehr oft für den Bürgen verhängnisvolle Fesselung sollte de lege ferenda unzulässig erklärt werden.

2. Soll durch die Bestimmung des Art. 506 Abs. 1 OR jede Geltendmachung von Einreden, die dem Hauptschuldner im fraglichen Zeitpunkte nicht mehr zustehen, durch den Bürgen ausgeschlossen sein?

---

[193]) Siehe hierzu auch Tobler a. a. O. 66 Fussnote 2.

[194]) In der ZschwR n. F. 44 111.

Schon de lege lata wird eine solche Folgerung mit Recht als zu weitgehend abgelehnt[195]). „Der Hauptschuldner", so führt das Bundesgericht a. a. O. zutreffend aus, „darf es nicht in der Hand haben, durch mit dem Gläubiger abgemachte Vergleiche und Verzichte Einreden beliebig aufzugeben und damit die Stellung des Bürgen zu verschlechtern. Die Einrede des Nichtenstehens, der Tilgung oder der Verjährung einer Forderung kann daher trotz eines solchen Verzichtes oder einer solchen Genehmigung vom Bürgen geltend gemacht werden." Hinsichtlich der Verjährung ergibt sich eine derartige Einstellung auf Grund der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 141 Abs. 3 OR. In Bezug auf die weitern im bundesgerichtlichen Entscheide genannten Verhältnisse besteht eine Lücke im Gesetz, die anlässlich einer Revision der Bürgschaftsbestimmungen im Sinne des § 768 Abs. 2 BGB ausgefüllt werden sollte, der lautet: „Der Bürge verliert eine Einrede nicht dadurch, dass der Hauptschuldner auf sie verzichtet."

3. Wie verhält es sich aber, wenn der Bürge zum voraus auf die Einreden des Hauptschuldners verzichtet?

Die als herrschend anzusprechende Meinung in der Doktrin nimmt an, bei einem solchen Verzicht werde die Bürgschaft in ihrer Gesamtheit zu einer nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilenden Verpflichtung; denn der Verzicht sei unvereinbar mit der Eigenschaft der Bürgschaft als akzessorischer Sicherungsverpflichtung[196]). Demgegenüber steht Staudinger[197]) auf dem Boden: „Verzichtet der Bürge in dem Bürgschaftsvertrag auf die Geltendmachung einer dem Hauptschuldner zustehenden Einrede, so liegt insoweit, als der Hauptschuldner durch die Einrede geschützt ist, kein Bürgschaftsvertrag, sondern ein nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilendes Schuldverspre-

---

[195]) Hafner Art. 505 N. 2; Fick Art. 506 N. 13; Tobler a. a. O. 76; Benkler a. a. O. 73; Becker Art. 506 N. 4; BGE 45 II 570 f.

[196]) Tobler a. a. O. 78 und die dortigen Verweisungen.

[197]) A. a. O. § 768 Ziffer 4.

chen, möglicherweise auch eine Schuldübernahme oder ein Garantievertrag vor.“ Dieser letztern, dem Bürgen offenbar günstigeren Auffassung, ist beizupflichten (soweit nicht überhaupt ein Verzicht als ungültig zu erachten ist, vgl. Ziffer 1 lit. c hiervor). In einem neuen Gesetze könnte ihr vielleicht in der Weise Ausdruck verliehen werden, dass im Anschluss an die in Ziffer 2 hiervor befürwortete Bestimmung etwa gesagt würde: Insoweit ein Bürge zum voraus auf Einreden des Hauptschuldners verzichtet, liegt keine Bürgschaft mehr vor.

4. Von der Einrede, mit der sich Art. 506 Abs. 1 OR befasst, ist das Gestaltungsrecht auseinanderzuhalten. Darunter versteht man die auf besonderer Rechtslage beruhende Befugnis eines Menschen, durch seinen alleinigen Willen eine Rechtsänderung herbeizuführen[198]). Sie ruft folgenden Erörterungen:

a) In Art. 121 OR wird dem Bürgen das Recht eingeräumt, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, „soweit dem Hauptschuldner das Recht der Verrechnung zusteht“.

Nach Art. 134 a. OR durfte der Bürge seine Schuld mit Forderungen, welche dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zustunden, verrechnen. Diese Lösung befand sich im Einklang mit dem gemeinen Recht. Sie war für den Bürgen günstiger als die heutige Ordnung. Denn sie räumte ihm ein selbständiges Kompensationsrecht ein, während er auf Grund des gegenwärtigen Rechts nur eine verzögerliche Einrede dem Gläubiger gegenüber hat. Sie wies aber insofern einen Schönheitsfehler auf, als sie das sonst dem Kompensationsrecht innewohnende Prinzip der Gegenseitigkeit der zur Verrechnung zu bringenden Forderungen verletzte. Deshalb könnte denn auch de lege ferenda ein Zurückkommen auf jene alte Ordnung nicht befürwortet werden.

---

[198]) v. Tuhr, Allgemeiner Teil des schweiz. OR, S. 19, sowie v. Tuhr, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910, 1 161 ff.

Auf Grund des heutigen Art. 121 OR erhebt sich die Frage, ob ein Bürge die Befriedigung des Gläubigers auch verweigern dürfe, wenn des Hauptschuldners Gegenanspruch zu den Forderungen gehört, die nach Massgabe des Art. 125 OR nicht wider den Willen des Gläubigers durch Verrechnung getilgt werden können, wie z. B. eine Alimentenforderung. Unter der Herrschaft des Art. 134 a. OR stund dem Bürgen eine solche Berechtigung zu. Becker[199]) hält dafür, darin habe, vom Standpunkte des Hauptschuldners aus betrachtet, eine Unbilligkeit gelegen. Und diese möchte Becker heute ausmerzen, indem er (a. a. O.) dem Art. 121 OR folgende Auslegung gibt. Wenn bloss der Hauptschuldner kompensieren könne (z. B. mit einer Alimentenforderung), aber nicht kompensieren wolle, so sei es unmöglich die Meinung des Gesetzes, dass dann der Bürge frei ausgehe. Der Sinn des Gesetzes könne nur sein: der Bürge dürfe den Gläubigern an sich auf den Weg der Verrechnung verweisen; er könne das aber selbstverständlich nur, soweit dem Gläubiger der verbürgten Forderung die Befugnis zur Verrechnung zustehe. Ähnlich bemerkt v. Tuhr[200]): „Es scheint mir unbillig und bei selbstschuldnerischer Bürgschaft sinnwidrig, dass der Bürge nach dem Wortlaut des Art. 121 den Gläubiger auf eine Aufrechnung verweisen darf, welche der Gläubiger nicht durchsetzen kann."

Es muss dahingestellt bleiben, ob die Auffassung dieser beiden Autoren mit dem Wortlaute des heute in Kraft stehenden Gesetzes in Einklang zu bringen sei[201]). Dagegen scheint es gerechtfertigt, sie einem neuen Gesetz in einer Art und Weise zugrunde zu legen, die keinen Zweifeln mehr Raum lässt[202]).

---

[199]) Art. 121 N. 1.

[200]) SJZ **19** 245 f.

[201]) Verneinend z. B. Oser-Schönenberger, 2. Aufl., Art. 121 N. 4, sowie Trutmann, Die Kompensation nach schweizerischem OR, Zürcher Diss. 1922, S. 29 ff., speziell S. 32.

[202]) So entscheidet die herrschende Meinung in Deutschland auf Grund des heute in Kraft stehenden Textes; vgl. Staudinger,

Darf der Hauptschuldner nach Eingehung der Bürgschaft auf die Verrechnung verzichten und so nachträglich die Rechtslage des Bürgen verschlechtern? Dies sollte de lege ferenda analog, wie das Art. 509 Abs. 1 OR hinsichtlich der „anderweitigen Sicherheiten" tut, ausgeschlossen werden[203]).

b) Eines der praktisch wichtigsten — aufhebenden — Gestaltungsrechte ist die Anfechtbarkeit, d. h. die Befugnis, über Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Rechtsgeschäftes zu entscheiden, oder, anders ausgedrückt, durch Abgabe einer Willenserklärung den Eintritt einer Rechtswirkung zu hindern, wie namentlich in den Fällen von Willensmängeln gemäss Art. 31 OR[204]).

Hier steht zunächst einmal fest, dass die Entscheidung darüber, ob angefochten werden soll oder nicht, dem Schuldner vorbehalten bleiben muss[205]). Macht dieser vom Anfechtungsrecht Gebrauch, so kann sich nachher dann natürlich auch der Bürge darauf berufen.

Dem Bürgen muss aber auch schon für die Zeit ein Rechtsbehelf zur Verfügung gestellt werden, während der dem Schuldner die Möglichkeit einer Anfechtung noch offensteht. Das deutsche Recht räumt ihn zweckmässig in der Form des § 770 BGB ein: „Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten." Eine analoge ausdrückliche Gesetzesbestimmung sollte auch in

---

Komm. zum BGB, § 770 Ziff. 1 b, S. 1499 oben, sowie die dort zitierten Autoren. Eine ganze Reihe namhafter Autoren wendet sich indessen gegen die herrschende Meinung, wie namentlich Gierke, Dernburg, Kipp, Crome, Enneccerus und Lippmann, letzterer im Arch. f. ziv. Pra. **111** 197 f.

[203]) Becker nimmt eine solche Lösung schon de lege lata an, vgl. Art. 121 N. 2.

[204] Vgl. v. Tuhr, Allgemeiner Teil des OR, S. 204 in Verbindung mit S. 20.

[205]) So zutreffend Tobler a. a. O. 74, sowie Becker, Art. 506 N. 3.

ein zukünftiges schweizerisches Recht aufgenommen werden, obschon man schon heute auf dem Wege der Gesetzesauslegung zur Not zum nämlichen Ergebnis gelangen kann[206]).

c) Das über die Anfechtungsrechte Gesagte gilt mutatis mutandis auch für die Gewährleistungsansprüche.

5. Der Bürge — so bestimmt Art. 506 Abs. 1 OR einleitend — sei berechtigt und verpflichtet, dem Gläubiger die Einreden des Hauptschuldners entgegenzusetzen, „soweit er nicht durch die Art seiner Verpflichtung von der Geltendmachung solcher Einreden ausgeschlossen wird". Der Sinn dieses Nachsatzes ist dunkel, „für den unbefangenen Leser rätselhaft"[207]). Im frühern OR war an seiner Stelle auf den damaligen Art. 492 Abs. 3, den heutigen Art. 494 Abs. 3, verwiesen worden, auf die Bestimmung also, die sich mit der Verbürgung der Schuld aus einem wegen Irrtums oder wegen Vertragsunfähigkeit für den Hauptschuldner unverbindlichen Vertrage befasst. Das war wenigstens klar, aber überflüssig, „da es sich von selbst versteht, dass der Bürge sich nicht auf Tatsachen berufen kann, welche nach der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 494 die Gültigkeit seiner Verpflichtung nicht beeinträchtigen"[208]). Ob der heutigen Fassung eine weiterreichende Bedeutung zukomme, ist streitig[209]). Sicher ist eines: der gegenwärtige Wortlaut kann zu der unzutreffenden Annahme verleiten, dass der Zweck der Bürgschaft u. U. noch etwas ganz anderes als blosser Schutz des Gläubigers gegen Insolvenz des Hauptschuldners sein könne[210]). Dem sollte in der Weise entgegen-

---

[206]) Becker Art. 506 N. 3, Tobler a. a. O. 75, sowie Benkler a. a. O. 75.

[207]) v. Tuhr in der SJZ **19** 228.

[208]) v. Tuhr a. a. O.

[209]) Bejahend z. B. Tobler a. a. O. 66 und wohl auch Becker Art. 506 N. 5; verneinend dagegen Oser, 1. Aufl., Art. 506 Anm. 2 a.

[210]) Dieser Versuchung scheint das Bundesgericht im BGE **60** II 294 bis zu einem gewissen Grade zu erliegen, wenn es die

getreten werden, dass an Stelle des heutigen Nachsatzes in Art. 506 Abs. 1 OR lediglich bestimmt wird, dass Erleichterungen oder Befreiungen, welche dem Schuldner aus seiner Zahlungsunfähigkeit erwachsen, dem Bürgen nicht zugute kommen[211]).

XII. Der Regress des Bürgen.

1. Auf den Bürgen gehen in demselben Masse, als er den Gläubiger befriedigt, dessen Rechte über. Vorbehalten bleiben die besondern Ansprüche und Einreden aus dem zwischen Bürgen und Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnis (Art. 505 Abs. 1 u. 3 OR).

Die dieser Gesetzesbestimmung zugrunde liegende Konstruktion ist in der Doktrin angefochten worden. Nach v. Tuhr liegt in ihr „ein unheilbarer logischer Widerspruch, aus welchem sich mit Notwendigkeit weitere Komplikationen ergeben. Denn wie soll, fragt der an das Gesetz herantretende Jurist, wie soll die Forderung des Gläubigers, welche nach Art. 114 durch Befriedigung erloschen ist, wie soll sie auf den Bürgen übergehen können? Diese Auffassung kommt in Kollision mit unseren grundlegenden Vorstellungen einerseits von der Erfüllung und andererseits von der Zession"[212]). v. Tuhr hält dafür, dieses Gebilde beruhe nicht auf legislativer Notwendigkeit. Denn der Bürge habe ja ohne weiteres Ansprüche gegen-

---

nicht ganz ungefährlichen Sätze prägt: „Damit nähert sich die Bürgschaft in dieser Richtung allerdings dem Garantievertrag. Das ist aber gerechtfertigt; der Sicherungszweck muss hier dem akzessorischen Charakter der Bürgschaft vorgehen. Wenn Art. 506 und 501 OR vorsehen, dass die Befreiung des Hauptschuldners auch für den Bürgen wirkt, so können damit nur die ordentlichen Befreiungsgründe gemeint sein, nicht ganz anormale, durch die wirtschaftlichen und politischen Verhältnisse des Staates bedingte, von dessen Recht die Hauptschuld beherrscht ist."

[211]) Vgl. hiezu auch v. Tuhr a. a. O.

[212]) Vgl. v. Tuhr, Zum Regress des Bürgen, in der ZschwR n. F. **42** 101.

über dem Schuldner aus Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung. Im Zusammenhang des Art. 505 OR komme es lediglich darauf an, dem Bürgen für seinen aus dem innern Verhältnis sich ergebenden Regresss die dem Gläubiger haftenden Pfandrechte zu verschaffen. Zu diesem Zwecke könne das Gesetz ganz einfach anordnen, dass die Pfänder mit voller Befriedigung des Gläubigers auf den Regressanspruch des Bürgen übergehen sollen, soweit sie in diesem Zeitpunkt noch dem Gläubiger haften[213]).

Die Lösung v. Tuhrs lässt zwar die Frage offen, warum mit dem Untergang der Hauptforderung nicht auch die Nebenrechte untergehen[214]). Im übrigen ist sie dann aber unbedingt logischer als die heutige gesetzliche Ordnung. De lege ferenda wird man ihre Durchführung daher ernsthaft ins Auge fassen müssen. Wesentliche praktische Bedeutung kommt der Streitfrage allerdings kaum zu.

2. Wenn man sich anschickt, die Bestimmungen des schweizerischen OR über die Bürgschaft einer Revision im Sinne einer Besserstellung des Bürgen zu unterziehen, so muss man sich auch mit den folgenden Verhältnissen befassen.

Nach Massgabe des Art. 505 Abs. 1 OR gehen auf den Bürgen in demselben Masse, als er den Gläubiger befriedigt hat, dessen Rechte über. Wie nun, wenn bloss eine teilweise Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen erfolgte? Hier geben namentlich zwei Fragen zu Erörterungen Anlass.

a) Ist ein Gläubiger von einem Mitverpflichteten des Gemeinschuldners für seine Forderung teilweise befriedigt worden, so wird trotzdem im Konkurse des letztern die Forderung in ihrem vollen ursprünglichen Betrage aufgenommen, gleichviel, ob der Mitverpflichtete gegen den Gemeinschuldner rückgriffsberechtigt ist oder nicht (Art.

---

[213]) v. Tuhr a. a. O. 115 in Verbindung mit 102.

[214]) Vgl. Becker Art. 505 N. 1.

217 Abs. 1 SchKG). Der auf die Forderung entfallende Anteil an der Konkursmasse kommt dem Gläubiger bis zu seiner vollständigen Befriedigung zu. Aus dem Überschuss erhält ein rückgriffsberechtigter Mitverpflichteter den Betrag, den er bei selbständiger Geltendmachung des Rückgriffsrechts erhalten würde. Der Rest verbleibt der Masse (Art. 217 Abs. 3 SchKG). Also: Angenommen, ein Bürge habe an eine Schuld von Fr. 10,000.— Fr. 6000.— bezahlt. In der Folge komme der Schuldner in Konkurs. Der Gläubiger darf die ganze Forderung von Fr. 10,000.— eingeben und erhält mithin, wenn die Konkursdividende 10% beträgt, Fr. 1000.—. Der Bürge geht leer aus. Insgesamt hat der Gläubiger Fr. 7000.— erhalten, und für den Rest von Fr. 3000.— kann er sich noch an den Bürgen halten.

Das deutsche Recht steht auf einem andern Boden. Eine Teilzahlung, die der Bürge vor dem Konkurse geleistet hatte, mindert den Umfang der Konkursforderung des Hauptgläubigers. „In Höhe der Teilzahlung steht das Konkursgläubigerrecht schon bei Konkurseröffnung unbedingt und ausschliesslich dem Rückgriffsberechtigten zu.“[215]) In obigem Beispiel würde also der Bürge in Verdrängung des Gläubigers eine Konkursdividende von Fr. 600.— erhalten.

Welche Lösung verdient nun den Vorzug? Es sind zwei Fälle auseinanderzuhalten.

aa) Der Bürge haftet für die ganze Hauptschuld. Diesfalls ist unbedingt der heutigen schweizerischen vor der deutschen Ordnung der Vorzug zu geben. Denn was hätte es für einen Sinn, dem Bürgen im Hinblick auf seine Teilzahlung eine Dividendenforderung einzuräumen, auf die dann der Gläubiger doch greifen dürfte, weil ihm eben der Bürge noch für Weiteres haftet?

---

[215]) Jaeger, Kommentar zur (deutschen) Konkursordnung, 6./7. Aufl., Berlin und Leipzig 1931, **1** 92 N. 26; ferner RGZ **83** 401 ff.

bb) Wenn sich dagegen ein Bürge von vornherein nur für einen Teilbetrag verpflichtet und diesen gänzlich abgetragen hat, so erscheint es billig, dem Bürgen die Ausübung des Rückgriffsrechts neben dem Gläubiger zu ermöglichen. Denn ein innerer Grund, ihn hier mit Rücksicht auf die weitergehende Forderung des Gläubigers, mit der der Bürge nichts zu tun hat, jenem gegenüber zurückzustellen, besteht nicht. Allein bei richtiger Auslegung des schweizerischen Rechts steht einem solchen Vorgehen Art. 217 SchKG keineswegs entgegen, da sich diese Bestimmung offenbar nur auf Mitverpflichtungen bezieht, die auf das gleiche Ganze gehen[216]). Sollten nach dieser Richtung hin noch irgendwelche Zweifel obwalten[217]), so wäre in einem neuen Gesetz die Beschränkung auf den soeben skizzierten Fall expressis verbis vorzunehmen.

b) Ähnliche Verhältnisse ergeben sich, wenn ein Bürge einen Gläubiger teilweise befriedigt in Bezug auf eine Forderung, zu deren Gunsten ein Pfandrecht besteht. Alsdann gehen auf Grund von Art. 505 Abs. 1 OR „in demselben Masse", in dem der Bürge den Gläubiger befriedigt, auch die Pfandrechte auf jenen über. Sollen dann die beiden (Teil-) Pfandrechte im gleichen Range stehen?

Entsprechend einer alten Regel des Subrogationsrechts (nemo subrogat contra se) räumen Art. 1252 c c fr.[218]), gleich wie auch § 774 des deutschen BGB[219]), der pfand-

[216]) Vgl. Jaeger, Kommentar zum SchKG, **2** 118, Art. 217 N. 2, Blumenstein, Handbuch 668, sowie Raaflaub a. a. O. 52 ff.; siehe ferner BGE **42** II 138, der von Margot, Le cautionnement du Compte de Crédit, Lausanner Dissertation 1930, S. 72 ff., zu Unrecht kritisiert wird.

[217]) Vgl. diesbezüglich etwa BlZüR **1** Nr. 166.

[218]) „La subrogation . . . a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs: elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; 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."

[219]) „Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden."

versicherten Forderung des Gläubigers gegenüber der pfandversicherten Regressforderung des Bürgen in Fällen der soeben besprochenen Art einen Vorrang ein[220]). Trotzdem in der Schweiz eine entsprechende ausdrückliche Bestimmung fehlt, nimmt doch die herrschende Meinung an, dass es sich bei uns gleich verhalte[221]). Mit Recht bemerkt indessen v. Tuhr[222]), dass eine solche Auslegung durchaus nicht etwa selbstverständlich sei, was gegebenenfalls bei einer Revision des OR zu beachten sein wird.

Die von der herrschenden schweizerischen Auffassung befürwortete Auslegung ist auch de lege ferenda zu empfehlen. Das kann wohl kaum besser begründet werden als mit den Worten Vischers: „Die Konkurrenz des teilzahlenden Bürgen entzieht dem unvollständig befriedigten Gläubiger stets etwas von dem, was er vom Schuldner erhalten hätte, in dem Falle, wo das vorhandene Vermögen des letztern den Ansprüchen beider nicht genügt. Namentlich tritt dies zutage, wenn der Bürge in die Rechte des Gläubigers eintritt und damit Anteil nimmt an etwaigen Privilegien und Sicherheiten, deren Geltendmachung die Restforderung des Gläubigers gedeckt hätte, nun aber nicht der letztern und dem daneben auftretenden Rückgriff des Bürgen zugleich volle Befriedigung verschaffen kann. Der Schuldner ist im Konkurs, 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, teilen und würde so zu kurz kommen.“[223]) Und weiter: „Es widerspricht dem Wesen der Bürgschaft, dass der Bürge

---

[220]) Vgl. auch v. Tuhr in der ZschwR n. F. **42** 107.

[221]) v. Tuhr a. a. O. 107 f., Becker Art. 110 N. 8 in Verbindung mit Art. 505 N. 4, sowie Vischer, Der Rückgriff des Bürgen, in der ZschwR n. F. **7** 40 ff.

[222]) A. a. O. 108.

[223]) A. a. O. 42.

vom Schuldner etwas erhalte, solange der Gläubiger noch nicht vollständig befriedigt ist."[224])

3. Auf den Übergang der Gläubigerrechte im Sinne des Art. 505 Abs. 1 OR kann nicht zum voraus verzichtet werden (Art. 505 Abs. 2 OR). Insbesondere geht es nicht an, dass sich ein Bürge zum voraus verpflichtet, im Falle eines Konkurses des Hauptschuldners mit seiner subrogierten Forderung zugunsten weiterer (nicht verbürgter) Forderungen des Gläubigers zurückzutreten. Die Bestimmung bezieht sich aber auch auf den Fall, in dem der Gläubiger an derselben Sache, welche für die auf den Bürgen übergegangene Forderung haftet, ein weiteres gleichstehendes Pfandrecht für eine andere (nicht verbürgte) Forderung hat[225]).

Nach v. Tuhr a. a. O. lässt sich diese angeblich „aus dem Zufall der Beratung" hervorgegangene Vorschrift de lege ferenda kaum rechtfertigen. Ich bin nicht der gleichen Auffassung. Eine möglichst weitgehende Reinigung des Bürgschaftsrechts von allen die gesetzliche Ordnung durchquerenden Verzichtserklärungen des Bürgen erscheint dringend am Platze, sei es auch nur im Hinblick auf die Wünschbarkeit einer von vornherein gegebenen, absoluten Klarheit über die Tragweite der Verpflichtung eines Bürgen. Auch bei einer Neuordnung des Bürgschaftsrechts sollte daher an der Vorschrift des Art. 505 Abs. 2 OR festgehalten werden. Ich bin sogar der Auffassung, dass sie noch erweitert werden sollte. Denn heute wird sie durch die Banken regelmässig in der Weise umgangen, dass der Bürge zur Unterzeichnung der in den Bürgschaftsformularen enthaltenen Klausel angehalten wird: „Solange die Bank für alle ihre Forderungen samt Zinsen und Kosten an dem Schuldner nicht voll befriedigt ist, verzichtet der Bürge darauf, seine Regressrechte gegen den Schuldner geltend zu machen."[226]) Art. 505 Abs. 2 OR sollte daher

---

[224]) A. a. O. 47.

[225]) Vgl. v. Tuhr in der ZschwR n. F. **42** 108 ff.

[226]) Vgl. über diese Verhältnisse Raaflaub a. a. O. 52.

wie folgt neu gefasst werden: „Auf diesen Übergang der Gläubigerrechte und deren sofortige Geltendmachung kann nicht zum voraus verzichtet werden."

Die wohltätige Wirkung des Art. 505 Abs. 2 OR wird von den Banken sehr oft ferner dadurch illusorisch gemacht, dass sie sich ausbedingen, die bestellten Sicherheiten hätten auch noch für alle andern — gegenwärtigen und zukünftigen — Forderungen der Bank zu haften. Dem sollte de lege ferenda entgegengetreten werden[227]). Eine solche Abmachung sollte höchstens in der Form zulässig sein, dass die übrigen Forderungen, für welche die Sicherheiten auch noch beansprucht werden, in der vertraglichen Abmachung mit dem Bürgen einzeln aufgeführt sein müssen.

4. Damit der Bürge in den Stand gesetzt werde, effektiv Regress nehmen zu können, verpflichtet Art. 508 Abs. 1 OR den Gläubiger, dem Bürgen, der ihn befriedigt, die zur Geltendmachung seiner Rechte dienlichen Urkunden und die bei ihm hinterlegten Pfänder herauszugeben. Und bestund für die Hauptschuld ein Grundpfandrecht, so hat der Gläubiger die für den Übergang des Pfandrechts erforderlichen Handlungen vorzunehmen (Art. 508 Abs. 2 OR). Hier drängen sich de lege ferenda namentlich zwei Bemerkungen auf.

a) Dem Bürgen sollte ausdrücklich das Recht auf Zahlungsverweigerung für solange, als der Gläubiger seinen Verpflichtungen aus Art. 508 OR nicht nachkommt, eingeräumt werden, ein Recht, das ihm auf Grund der heutigen gesetzlichen Ordnung bestritten wird[228]).

b) Ferner sollte dem Gläubiger in Analogie zu Art. 170 Abs. 2 OR auch noch die Pflicht auferlegt werden, dem

---

[227]) Vgl. auch Becker Art. 505 N. 5.

[228]) Vgl. etwa Raaflaub a. a. O. 79, andererseits dann aber auch 80; ferner Tobler a. a. O. 114 unter Berufung auf einen Entscheid des bernischen Appellationshofes in der ZBJV **54** 312 = SJZ **14** 317 Nr. 97 und **15** 66 Nr. 51. Die Zahlungsverweigerung räumen dem Bürgen schon auf Grund des heutigen Rechts ein: Becker, Art. 508 N. 5, sowie v. Tuhr in der ZschwR n. F. **42** 112.

Bürgen die ihm zur Geltendmachung der Forderung nötigen Aufschlüsse zu erteilen. Denn sehr oft hat dieser ein erhebliches Interesse daran, von Umständen Kenntnis zu erhalten, die nach Eingehung der Bürgschaft zwischen Gläubiger und Schuldner eintraten. Dieses Resultat kann auf Grund des gegenwärtigen Gesetzes nur durch extensive Interpretation erreicht werden[229]).

5. Im Zusammenhang mit dem Regress des Bürgen ist auch noch Folgendes zu erörtern.

Wenn eine Forderung zu gleicher Zeit durch Bürgschaft und durch Pfand gesichert ist, so erhebt sich die Frage, wer schlussendlich den Schaden tragen soll, der Bürge oder der Pfandeigentümer. Nach dieser Richtung hin erscheint das schweizerische Recht widerspruchsvoll. Denn auf der einen Seite gehen nach Massgabe des Art. 505 OR auf den zahlenden Bürgen die Pfandrechte des Gläubigers über. Jener darf sich also am Pfand erholen, m. a. W. den Ausfall trägt definitiv der Pfandeigentümer. Und andererseits bestimmt Art. 110 Ziff. 1 OR, dass, soweit ein Dritter den Gläubiger befriedigt, dessen Rechte von Gesetzes wegen auf ihn übergehen, wenn er eine für eine fremde Schuld verpfändete Sache einlöst, an der ihm das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht zusteht. Damit ist Art. 170 Abs. 1 OR in Verbindung zu bringen, der sagt: „Mit der Forderung gehen die Vorzugs- und Nebenrechte über, mit Ausnahme derer, die untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind."

Dazu bemerkt v. Tuhr[230]) mit Recht: „Dieses Resultat ist wenig befriedigend und gewissermassen paradox. Denn von den beiden Menschen (Bürge und Pfandeigentümer), welche für dieselbe Fremdschuld haften, würde der am besten fahren, welcher vom Gläubiger in erster Linie zur Haftung herangezogen wird. Und jeder von beiden würde bei klarer Erkenntnis der Rechtslage

---

[229]) Siehe auch v. Tuhr in der ZschwR n. F. **42** 111 und Raaflaub a. a. O. 79.

[230]) In der ZschwR n. F. **42** 117.

sich beeilen, dem andern mit Befriedigung des Gläubigers zuvorzukommen."

Insofern der Gesetzgeber es unterlassen hat, zu bestimmen, wie sich der Ausgleich zwischen dem Bürgen und dem Pfandeigentümer gestalte, muss von einer eigentlichen Lücke im Gesetz gesprochen und diese bei Anlass einer Revision ausgefüllt werden. Und das kann m. E. nur so geschehen, dass, abweichende konkrete Verabredungen der Beteiligten vorbehalten, der Bürge sich an dem Pfand des Dritten erholen, nicht dagegen umgekehrt der Pfandeigentümer, der das Pfand eingelöst hat, sich an den Bürgen halten darf. Jede andere Lösung würde der Natur der Bürgschaft und ihrer speziellen Ausgestaltung im schweizerischen Recht nicht entsprechen. Man denke vorab an die in Art. 495 OR verankerte Subsidiärität der einfachen Bürgschaft, sowie an Art. 509 OR, wonach der Gläubiger den Regress des Bürgen nicht durch Aufgeben von Pfandrechten beeinträchtigen darf[231]).

XIII. Die Diligenzpflicht des Gläubigers.

1. Das gemeine Recht hatte den Satz geprägt, der Bürge könne nicht in Anspruch genommen werden, wenn der Gläubiger aus eigener Schuld keine Befriedigung vom Hauptschuldner zu erlangen vermochte[232]). Es hatte also m. a. W. eine allgemeine Verpflichtung des Gläubigers zur Anwendung gehöriger Sorgfalt bei der Belangung des Hauptschuldners angenommen (diligentia in exigendo)[233]). Einige der auf dem gemeinen Recht fussenden Kodifikationen schrieben ausdrücklich eine ganz allgemeine Diligenzwahrungspflicht des Gläubigers vor.

---

[231]) Vgl. auch v. Tuhr in der ZschwR n. F. **42** 119 f.

[232]) Windscheid **2** 1096.

[233]) Vgl. etwa Gierke a. a. O. **3** 786, Tobler a. a. O. 115, Benkler a. a. O. 76, Stooss, Der Anspruch der Bürgen auf Diligenz des Gläubigers nach schweizerischem OR, insbesondere nach Art. 508 (neue Art. 509), in der ZBJV **47** 474.

So vor allem das sächsische BGB in seinem Art. 1466, in dem bestimmt wurde: „Die Bürgschaft erlöscht, wenn und soweit dem Gläubiger eine Verschuldung zur Last fällt, durch welche dem Bürgen die Rechtswohltat der Vorausklage oder der Rückanspruch an den Hauptschuldner vereitelt wird, insbesondere, wenn der Gläubiger verschuldet, dass er vom Hauptschuldner Befriedigung nicht erlangen kann."

Die Tendenz der modernen Rechte geht unverkennbar dahin, eine allgemeine Verpflichtung des Gläubigers, die Interessen des Bürgen mit aller Sorgfalt zu wahren, abzulehnen.

Das gilt einmal in ausgesprochenem Masse vom deutschen Recht[234]). Aber auch die schweizerischen Autoren sprechen sich übereinstimmend in diesem Sinne aus[235]). Dabei machen die meisten unter ihnen ausdrücklich darauf aufmerksam, dass eine allgemeine Diligenzpflicht den Wert der Bürgschaft im Verkehr ganz ausserordentlich beeinträchtigen würde. Das trifft in Wirklichkeit ganz zweifellos zu, und auch in einem neuen Gesetze wird man sich daher, wie bis anhin, darauf beschränken müssen, die Diligenzpflicht des Gläubigers nach bestimmten einzelnen Richtungen hin festzulegen. Ob dabei über das bisher Statuierte hinaus gegangen werden dürfe, soll im Nachstehenden kurz untersucht werden.

Zuvor ist indessen noch mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass der Bürge schon durch allgemeine Rechtsgrundsätze in weitgehendem Masse vor pflichtwidrigem Verhalten des Gläubigers geschützt ist. So namentlich durch Art. 41 Abs. 2 OR, wonach, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt, zum Ersatz verpflichtet ist. Und

---

[234]) Vgl. namentlich die Motive zum Entwurf des deutschen BGB **2** 679.

[235]) Vgl. Becker Art. 509 N. 1, Oser, 1. Aufl., Art. 509 Anm. 1, Tobler a. a. O. 115 ff., Raaflaub a. a. O. 81, sowie Stooss in der ZBJV **47** 473 ff.

ferner durch Art. 2 ZGB, der bekanntlich die Regel aufstellt, jedermann habe in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.

2. Vorerst erhebt sich die Frage, wie weit die Aufklärungspflicht des Gläubigers dem Bürgen gegenüber bei Eingehung der Bürgschaft reiche, insbesondere ob jener verpflichtet sei, diesem Mitteilungen über die finanzielle Lage des Hauptschuldners zu machen.

Das wird von der herrschenden Meinung im allgemeinen mit Recht abgelehnt[236]). Speziell kann ein Gläubiger nicht etwa haftbar gemacht werden, wenn er dem Bürgen Umstände verheimlicht, die diesen allenfalls von der Eingehung der Bürgschaft abgehalten hätten[237]). Anders verhält es sich nur ganz ausnahmsweise, beim Vorliegen besonderer Verhältnisse. So z. B. dann, wenn „vom Hauptschuldner neben der in der Bürgschaftsurkunde erwähnten und verbürgten Verpflichtung gleichzeitig und mit Rücksicht auf das gleiche Geschäft, durch eine dem Bürgen nicht mitgeteilte Nebenabrede, noch weitere unverbürgte Verpflichtungen übernommen werden", sofern der Gläubiger „im Bewusstsein, dass der Bürge, bei Kenntnis des wahren Sachverhalts und des danach dem vom Hauptschuldner abgeschlossenen Geschäfts zukommenden Charakters, eine Bürgschaft überhaupt nicht eingehen würde, in täuschender Absicht, d. h. in der Absicht gehandelt hat, in dem Bürgen die Meinung hervorzurufen, die diesem einzig vorgelegte Urkunde fixiere die Verpflichtung des Hauptschuldners in ihrem ganzen Umfange, gebe den vollständigen Sachverhalt wieder[238]). In der näm-

---

[236]) Vgl. Oser, 1. Aufl., Art. 509 Anm. 1, Tobler a. a. O. 117 f., Schulthess in der ZschwR n. F. **44** 64 Fussnote 2 Absatz 3, BGE **25** II 575, sowie RGZ **91** 81; a. A. BlZüR **16** Nr. 137.

[237]) Vgl. Tobler a. a. O. und die dortigen Verweisungen.

[238]) BGE **25** II 575; vgl. neuestens auch noch BGE **59** II 242 und **57** II 279 ff., sowie die Bemerkungen hierzu von Guhl in der ZBJV **70** 521 und Merz in der ZBJV **68** 470. Vgl. zu dieser

lichen Richtung bewegt sich die Praxis des deutschen Reichsgerichts, das sagt: „Nicht das Schweigen über die wirtschaftliche Lage des Schuldners an sich ist es, das dem Gläubiger zum Vorwurf gemacht werden kann, sondern die Unterdrückung wesentlicher Umstände in Verbindung mit den wirklich gemachten Angaben, denen der Anschein einer Vollständigkeit gegeben wurde, die ihnen nicht zukam“[239]). In der Tat muss der Gläubiger, wenn er von sich aus oder auf Befragen des zukünftigen Bürgen Aufschluss gibt, diesen dann wahrheitsgemäss und vollständig erteilen.

Jede weitere Auskunftspflicht, die nach der in Frage stehenden Richtung hin statuiert würde, müsste notwendigerweise verkehrshemmend wirken und zur Quelle unzähliger, meist aussichtsloser Anfechtungen von Bürgschaftsverpflichtungen werden.

3. Ebenso würde es zu unhaltbaren praktischen Konsequenzen und damit zu einer schweren Beeinträchtigung des Wertes der Bürgschaft führen, wenn dem Gläubiger schlechthin die Verpflichtung auferlegt würde, den Bürgen über Verschlechterungen der Vermögenslage des Hauptschuldners nach Eingehung der Bürgschaft zu orientieren[240]). Becker[241]) ist anderer Auffassung. Er hält dafür, wenn dem Gläubiger eine wesentliche Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners bekannt werde, so solle er das dem Bürgen anzeigen, damit dieser eventuell geeignete Schritte tun könne. Er beruft sich dabei auf einen Zürcher Entscheid[242]). Dort wurde aber nur ausgesprochen, ein Gläubiger sei nach Treu und Glauben verpflichtet, dem Bürgen mitzuteilen, dass sich der Hauptschuldner seit langer Zeit in bedenklicher Weise im Verzug

---

Frage ferner auch noch Beck in Nr. 678 der Neuen Zürcher Zeitung, Blatt 3, vom 17. April 1935.

[239]) RGZ **91** 82.

[240]) Gleich Tobler a. a. O. 119.

[241]) Art. 509 N. 1.

[242]) BlZüR **2** Nr. 123.

befunden habe, worüber in der folgenden Ziffer zu sprechen sein wird.

4. Der soeben zitierte Zürcher Entscheid scheint eine Benachrichtigungspflicht seitens des Gläubigers gegenüber dem Bürgen in Bezug auf den Verzug des Schuldners der Hauptverpflichtung nicht schlechthin, sondern vielmehr nur unter bestimmten gravierenden Verumständungen anzunehmen. In einem Entscheid aus dem Jahre 1900 hat das Bundesgericht das Vorhandensein einer gesetzlichen Pflicht des Gläubigers, „den Bürgen etwa von dem Rückstand, in dem sich der Pächter mit der Bezahlung der Pachtzinse befand, Anzeige zu machen", de lege lata verneint[243]).

Von den heutigen Revisionspostulanten befasst sich namentlich NR Schirmer mit der Frage des Verzuges (vgl. Abschnitt II, Ziffer 3a hiervor), indessen offenbar unter Beschränkung auf den Verzug des Schuldners bezüglich Zins- und Amortisationspflicht. Zur Begründung dieses Teiles seines Postulates führte NR Schirmer in der Sitzung des Nationalrates vom 27. September 1933 folgendes aus: „Es scheint mir ein Unrecht zu sein, dass der Bürge, wie es heute das Gesetz vorsieht, für zwei Jahre für den Zins der eingegangenen Bürgschaftsverpflichtung haftet, von den Banken aber nicht benachrichtigt werden muss, wenn der Zins nicht bezahlt wird. Eine Benachrichtigung müsste zwar nach Gesetz erfolgen, aber die Banken bedingen derartige Verpflichtungen meistens weg. Es müsste zum mindesten dafür gesorgt werden, dass die im Gesetz enthaltenen Schutzbestimmungen für die Bürgen durch die Banken nicht einfach wegbedungen werden können." Eine sofortige Benachrichtigung würde nach NR Schirmer dazu führen, dass der Bürge u. U. die Bürgschaft künden und auf diese Weise noch etwas retten könnte, das sonst verloren wäre[244]). — Bundesrat Häberlin führte in seiner Antwort aus, über diesen Teil des Postu-

---

[243]) BGE **26** II 252 f.; gleich Tobler a. a. O. 117.

[244]) Vgl. Prot. des NR, 9. Session, 29. Leg.-Per., S. 155.

lates könne man diskutieren. Immerhin fügte er sogleich einschränkend bei: „Was haben Sie dann erreicht, wenn Sie diese Erschwerung für die Gläubiger einführen? Jedenfalls müsste man dann diese Frage der sofortigen Mitteilung ganz genau präzisieren . . . Ich sage Ihnen heute schon, nur diese eine Zumutung wird das Bürgschaftswesen schon wesentlich diskreditieren.“ [245])

Trotz den von Bundesrat Häberlin geäusserten Bedenken möchte ich de lege ferenda eine Verpflichtung des Gläubigers, eingetretene Säumnis des Schuldners dem Bürgen zu melden, befürworten. Der Gläubiger steht dem Schuldner näher als der Bürge. Dieser soll sich daher unbedingt darauf verlassen dürfen, dass er vom Gläubiger ohne Verzug benachrichtigt werde, sobald wider Erwarten eine fällige Leistung des Schuldners nicht rechtzeitig erfolgt. Im Einzelnen dürfte die Ordnung zweckmässig wie folgt erfolgen.

Die Benachrichtigungspflicht sollte sich nicht nur auf Zins- und Amortisationszahlungen, sondern gleicherweise auch auf die Säumnis des Schuldners bei Fälligkeit der ganzen Hauptschuld beziehen. Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, oder ergibt sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgesehenen Kündigung, so kommt nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 102 Abs. 2 OR der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug. Hier hätte der Gläubiger ganz einfach dem Bürgen binnen Monatsfrist von der Säumnis Kenntnis zu geben. Bei allen andern Verbindlichkeiten setzt die Fälligkeit eine Mahnung des Gläubigers voraus (Art. 102 Abs. 1 OR). Diesfalls müsste verlangt werden, dass der Gläubiger den Schuldner binnen Monatsfrist mahne, unter Anzeige an den Bürgen. Und binnen einer neuen Monatsfrist, beginnend mit dem Erlass der Mahnung, hätte der Gläubiger den Bürgen wiederum zu benachrichtigen, falls der Schuldner seine Verpflichtung bis dahin nicht erfüllt haben sollte. Würde der Gläubiger

[245]) Prot. des NR, 9. Session, 29. Leg.-Per., S. 160.

diese Benachrichtigungspflicht verletzen, bzw. auch nur die erwähnten Fristen versäumen, so hätte das bei vertraglichen Zinsen und andern periodischen Leistungen entsprechende Befreiung des Bürgen und in Bezug auf die Hauptschuld die Begründung von Schadenersatzansprüchen des Bürgen zur Folge.

5. Auf Grund der heute in Kraft stehenden Rechtsordnung ist der Gläubiger nach Fälligkeit der Hauptschuld nicht etwa verpflichtet, die Forderung einzutreiben, es sei denn, der Bürge verlange dies gemäss Art. 503 OR ausdrücklich von ihm[246]). M. a. W. wenn Art. 495 Abs. 1 OR bestimmt, der einfache Bürge könne vom Gläubiger erst dann zur Zahlung angehalten werden, wenn nach Eingehung der Bürgschaft der Hauptschuldner ohne Verschulden des Gläubigers erfolglos betrieben worden sei, so darf daraus nicht auf eine Verpflichtung des Gläubigers, seine Forderung gegenüber dem Schuldner bei deren Fälligkeit geltend zu machen, geschlossen werden[247]). Liegt darin nicht eine de lege ferenda auszumerzende Unbilligkeit gegenüber dem Bürgen?

Die gestellte Frage wird gewöhnlich mit dem Hinweis darauf verneint, der Bürge habe ja gestützt auf Art. 503 OR die Möglichkeit, vom Gläubiger die Anhebung der Betreibung zu verlangen. Allein es ist neuerdings darauf aufmerksam zu machen, dass der Gläubiger dem Schuldner näher steht als der Bürge, und dass er daher auch am

---

[246]) Vgl. Tobler a. a. O. 119.

[247]) Vgl. Oser, Komm. zum OR, 1. Aufl., Art. 495 Anm. 2 b S. 863.

Bei der Ausarbeitung des OR vom Jahre 1912 stellte in der Expertenkommission Brüstlein den Antrag, die Worte „ohne Verschulden des Gläubigers" zu streichen; das Protokoll resümiert die Begründung wie folgt: „Einen Zwang zur Betreibung auf den Gläubiger auszuüben, sei ausser den Fällen von Art. 502 und 503 (a.OR) nicht gerechtfertigt. Solange der Bürge die Betreibung gegen den Schuldner nicht beim Gläubiger veranlasst habe, könne diesem die Milde gegenüber dem Schuldner nicht zum Verschulden angerechnet werden." Vgl. Prot. d. Expertenkommission vom 20. Okt. 1908, S. 4.

besten über den passendsten Zeitpunkt zur Einleitung einer Betreibung orientiert ist oder jedenfalls orientiert sein sollte. Allein ganz abgesehen hiervon kann bei Bürgschaften, die gemäss Art. 502 OR auf bestimmte Zeit eingegangen worden sind, vor deren Ablauf zum mindesten ein Teil der Hauptschuld, bzw. eine periodische Leistung, fällig werden. Diesfalls kommt es dann u. U. sehr auf die Diligenz des Gläubigers an. Allerdings hat in solchen Fällen der Bürge die Möglichkeit, entsprechend Art. 510 OR vom Gläubiger zu verlangen, dass dieser von ihm Befriedigung annehme oder ihn aus der Bürgschaft entlasse. Allein darin läge eine Abwälzung von Pflichten, die primär dem Gläubiger obliegen, auf den Bürgen, der nicht Vorschub zu leisten ist. Man wird sich daher bei der Schaffung einer neuen Bürgschaftsordnung ernsthaft fragen müssen, ob man nicht, entsprechend z. B. dem Revisionsentwurf der Tschechoslowakei[248]) und Ungarns[249]), jedenfalls hinsichtlich der einfachen Bürgschaft allgemein bestimmen wolle, dass ein Verschulden des Gläubigers in Bezug auf die Zwangsvollstreckung (mit Einschluss des Konkurses[250]) zu einer entsprechenden Befreiung, bzw. zu einem Schadenersatzanspruch des Bürgen führe. Bei der Solidarbürgschaft könnte man es wohl bei der bisherigen Ordnung bewenden lassen, weil hier ja der Bürge sofort selbst zur Zahlung angehalten werden kann.

Auch auf die Vorteile dieser Schutzbestimmung sollte ein Bürge nicht zum voraus Verzicht leisten dürfen.

---

[248]) § 1175: „Der Bürge kann die Zahlung ablehnen, wenn der Gläubiger es verschuldet hat, dass er nicht zu einer Befriedigung vom Hauptschuldner zu gelangen vermag."

[249]) § 1212 Abs. 1: „Der Bürge ist befreit, wenn die Forderung aus dem Verschulden des Gläubigers vom Hauptschuldner uneintreibbar wird."

[250]) In der Sitzung der Expertenkommission vom 20. Oktober 1908, Prot. S. 4, hat schon Brüstlein darauf hingewiesen, dass es sich nicht rechtfertige, die beiden Fälle verschieden zu behandeln.

6. Eine besondere Diligenzpflicht wird dem Gläubiger in Art. 509 Abs. 1 OR auferlegt, wo bestimmt wird: „Der Gläubiger ist dem Bürgen dafür verantwortlich, wenn er zu dessen Nachteil die bei Eingehung der Bürgschaft vorhandenen oder die nachträglich erlangten und ausschliesslich für die verbürgte Forderung bestimmten anderweitigen Sicherheiten vermindert oder wenn er sich der vorhandenen Beweismittel entäussert.“ „Es ist interessant und erfreulich“, bemerkt Tobler[251]) zutreffend zu dieser Bestimmung, „zu beobachten, wie das OR im Bürgenschutz auch hier bei dieser speziellen Diligenzpflicht über das ausländische Recht hinausgegangen ist.“ Die meisten andern Rechte sehen nämlich von einer derartigen allgemeinen Formulierung ab und beschränken sich auf eine ausdrückliche Aufzählung derjenigen Sicherheiten, für deren Wahrung der Gläubiger gegenüber dem Bürgen verantwortlich ist[252]).

a) Die heutige schweizerische Ordnung beseitigt allerdings nicht einwandfrei alle Zweifel in Bezug auf die Frage, für welche Sicherheiten ein Gläubiger verantwortlich sei. Ihre Formulierung ist indessen so gehalten, dass sie richtiger Ansicht nach möglichst extensiv interpretiert werden muss, etwa so, wie dies der bernische Appellationshof in einem Urteil vom 9. Juni 1914 getan hat: „Unter den für die verbürgte Forderung bestimmten Sicherheiten sind nicht bloss die körperlichen Gegenstände, auf die der Gläubiger direkt greifen darf, zu verstehen, vielmehr umfasst der Begriff der Sicherheit die Gesamtheit der rechtlichen Beziehungen, die dem Gläubiger eine Gewähr für die Befriedigung seiner Forderung bietet“[253]). Er bezieht sich daher beispielsweise auch auf das Reten-

---

[251]) A. a. O. 123.

[252]) Vgl. Tobler a. a. O. 123 und die von ihm zitierten Gesetzesbestimmungen: § 1360 österr. BGB, § 776 deutsches BGB sowie Art. 2037 c c fr.

[253]) ZBJV **51** 142.

tionsrecht des Vermieters und Verpächters[254]), auf den Wechsel indessen nur insofern, als dem Gläubiger auf Grund von Unterschriften Dritter Regressrechte erwachsen, die er sonst nicht gehabt hätte[255]). De lege ferenda sollte diese Willensmeinung des Gesetzes etwas deutlicher zum Ausdruck gebracht werden.

b) Art. 508 a. OR hatte bestimmt: „Der Gläubiger ist dem Bürgen dafür verantwortlich, dass er nicht zu dessen Nachteil die bei Eingehung der Bürgschaft vorhandenen oder vom Hauptgläubiger nachträglich erlangten anderweitigen Sicherheiten vermindere oder sich der vorhandenen Beweismittel entäussere.“ Art. 1565 Abs. 1 des Revisionsentwurfes vom Jahre 1905 hatte diese Bestimmung wörtlich übernommen. In der Sitzung der Expertenkommission vom 20. Oktober 1908 führte dann aber Keller aus, „im Bankverkehr sei die Klausel üblich, dass bei Faustpfandbestellung das Pfand nicht nur haftbar erklärt werde für die spezielle Schuld, für die es gegeben werde, sondern für alle Schulden des Pfandstellers gegenüber der Bank, somit auch für eine solche Schuld, die ausserdem durch Bürgschaft gedeckt sei. Nach 1565 Abs. 1 würde also der Bürge frei, wenn die Bank das Faustpfand herausgäbe, nachdem der Schuldner die spezielle Schuld bezahlt hätte, für die es bestellt war, und zwar auch dann, wenn vielleicht der Bürge von jener Pfandbestellung, die gar nicht die von ihm verbürgte Schuld betraf, überhaupt niemals Kenntnis gehabt habe.“ Er schlug deshalb vor, den Gläubiger bei nachträglich erlangten Sicherheiten nur dann verantwortlich werden zu lassen, wenn diese speziell für die verbürgte Schuld bestellt worden seien. Scherrer-Füllemann beantragte Verwerfung dieses Antrages, da er die

---

[254]) So — zutreffend — auch BGE **26** II 250, ZBJV **51** 142, Fick, Art. 509 Anm. 20, Becker, Art. 509 N. 5, Oser, Komm. zum OR, 1. Aufl., S. 882, sowie Tobler a. a. O. 123 ff.; a. A. dann aber z. B. Revue **14** Nr. 89 = ZBJV **32** 45.

[255]) Vgl. dazu auch Tobler a. a. O. 126 f. und die dortigen Verweisungen.

Stellung des Bürgen verschlechtere. Die Expertenkommission entschied sich indessen mit 14 gegen 13 Stimmen für den Antrag Keller[256]). Und das ist dann Gesetz geworden (Art. 509 Abs. 1 OR)[257]).

Es kann nicht wohl in Abrede gestellt werden, dass auf diese Weise tatsächlich eine nicht unerhebliche Verschlechterung der Stellung des Bürgen herbeigeführt worden ist. Richtig ist, dass es viele Fälle geben wird, in denen der Bürge nichts von der nachträglich indirekt auch für die von ihm verbürgte Schuld geleisteten Sicherheit weiss. Allein daneben ist es sehr wohl auch denkbar, dass ein Bürge auf irgendeine Weise davon Kenntnis erhielt, und es darum unterliess, ihm vom Gesetz gewährleistete Rechtsbehelfe zu ergreifen, zu denen er sonst Zuflucht genommen hätte. Die Gerichtspraxis[258]), unterstützt durch die Literatur[259]), hat denn auch bereits aus der Tendenz heraus, den Bürgen zu schützen, dem Art. 509 Abs. 1 OR eine Auslegung gegeben, die mit dessen Wortlaut nur noch schwer zu vereinbaren ist. Es scheint mir daher am Platze zu sein, den ursprünglichen Text (Art. 508 a. OR) nach dieser Richtung hin wiederum herzustellen.

c) Auf Grund des Art. 509 Abs. 1 OR muss der Bürge beweisen, dass ihm durch die Verminderung der Sicherheiten ein Schaden entstanden ist[260]). Anders das deutsche und das französische Recht. Hier genügt es, wenn der Bürge eine Verminderung der Sicherheiten dartut[261]).

---

[256]) Prot. der 14. Sitzung der Exp.-Komm. vom 20. Okt. 1908, S. 7, und dazu BGE **48** II 212 f., sowie Stooss in der ZBJV **47** 536 und Tobler a. a. O. 129 f.

[257]) Allerdings in sprachlich sehr anfechtbarer Ausdrucksweise: „Der Gläubiger ist dem Bürgen dafür verantwortlich, wenn er . . .“ Vgl. auch die Kritik von Stooss in der ZBJV **47** 537.

[258]) Vgl. etwa BGE **48** II 196 ff., speziell 213 f., Erw. 11.

[259]) Vgl. Tobler a. a. O. 130 und Becker, Art. 509 N. 11.

[260]) Tobler a. a. O. 139.

[261]) § 776 des deutschen BGB, sowie Art. 2037 c c fr.

Mit Recht weist Tobler[262]) darauf hin, dass dem schweizerischen Recht insofern ein grosser Nachteil anhaftet, als der Bürge, zumal bei der Solidarbürgschaft, meistens in dem Moment, in dem er vom Gläubiger belangt wird, den Schaden noch gar nicht beweisen kann. „Der Bürge wird daher mit seiner Einrede, die er nicht beweisen kann, abgewiesen. Den Beweis des Schadens kann er gewöhnlich erst erbringen, nachdem er den Hauptschuldner belangt hat, und das Recht dazu steht ihm erst zu, wenn er den Gläubiger befriedigt und dessen Forderung von Gesetzes wegen auf ihn übergegangen ist."

Der genannte Autor schlägt deshalb (S. 142) de lege ferenda folgenden Mittelweg vor: „Der Bürge hätte zu seinem Schadenersatzanspruch die Verminderung der Sicherheiten zu beweisen, und dem Gläubiger würde der Beweis obliegen, dass dadurch für den Bürgen kein Nachteil entstanden sei."

Dieser Revisionsanregung ist restlos beizupflichten[263]).

d) Viele Banken lassen den Bürgen zum voraus auf alle Ansprüche aus Art. 509 OR verzichten[264]). An einen solchen Verzicht sollten de lege ferenda besondere Anforderungen gestellt werden, d. h. er sollte nur wirksam sein, wenn der Bürge ausdrücklich erklärt, dass seine Bürgschaft ganz unabhängig von allen Sicherheiten gültig sei. Trotzdem muss immer noch mit Raaflaub (a. a. O. 86) gesagt werden: „Es ist klar, dass dem Bürgen sehr oft

---

[262]) A. a. O. 139.

[263]) Gleich Benkler a. a. O. 80.

[264]) Das geschieht z. B. in der Form: „Besitzt die Bank für die verbürgte Forderung jetzt oder künftig anderweitige Sicherheiten, so kann sie diese nach ihrem Belieben, ohne hieraus irgendwie verantwortlich zu werden, herausgeben, darauf verzichten, oder anderweitig verwenden. Der Bürge verzichtet also auf die ihm nach Art. 509 OR zustehenden Einreden"; oder: „Der Bürge verzichtet ausdrücklich darauf, aus einer eventuellen Realisierung der für die vorerwähnte Schuldsumme speziell und ausschliesslich haftenden Pfänder irgendwelche Einreden geltend zu machen."

die Tragweite dieser Klausel bei Eingehung seiner Verpflichtung nicht bewusst ist, indem er besonders auf diese übrigen Sicherheiten aufmerksam gemacht wird und sich somit abhängig von denselben zu verpflichten glaubt. Es scheint uns daher in vielen Fällen zweifelhaft, ob sich die Bank auf diese Klausel im Formular stützen kann." Die idealste Lösung wäre deshalb schon die, einen zum voraus erklärten Verzicht auf die Rechte aus Art. 509 OR schlechthin als unzulässig zu erklären. Ein solches Postulat dürfte indessen wohl am geschlossenen Widerstand der Banken scheitern.

e) Eine sehr wohltätige Bestimmung enthält Art. 509 Abs. 2 OR. Sie überbindet bei Amts- und Dienstbürgschaften dem Gläubiger die Verantwortlichkeit, wenn infolge der Unterlassung der Aufsicht über den Schuldner, zu der er verpflichtet ist, die Schuld entstanden ist oder einen Umfang angenommen hat, den sie andernfalls nicht erreicht hätte. De lege ferenda könnte sie vielleicht noch im Sinne der gegenwärtigen etwas extensiven bundesgerichtlichen Praxis erweitert werden, die annimmt, Art. 509 Abs. 2 OR müsse überall da angewendet werden, wo die Ursache einer Schädigung in einem Geschäftsgebaren des Dienstherrn lag, welches mit den Anforderungen an den Betrieb eines ordentlichen Kaufmannes schlechterdings nicht mehr vereinbar sei[265]).

7. Fällt der Hauptschuldner in Konkurs, so liegt dem Gläubiger die Pflicht ob, seine Forderung daselbst anzumelden. Auch hat der Gläubiger, sobald er von dem Konkurse Kenntnis erhält, den Bürgen davon zu benachrichtigen. Lässt sich der Gläubiger nach diesen Richtungen hin Unterlassungen zuschulden kommen, so verliert er seine Ansprüche gegen den Bürgen insoweit, als diesem aus der Unterlassung ein Schaden entstanden ist (Art. 511

---

[265]) Vgl. BGE **54** II 391, und dazu Guhl in der ZBJV **65** 467, der von einer wohlwollendèn Einstellung des Bundesgerichts für den Bürgen spricht.

OR). De lege ferenda erscheinen hier vorab folgende Bemerkungen am Platze.

a) In einem Entscheid aus dem Jahre 1904 hat sich das Bundesgericht auf den Boden gestellt, Art. 510 a. OR (= Art. 511 des heutigen OR) mache dem Gläubiger nur die Anmeldung, nicht aber auch die weitere Verfolgung der dem Hauptschuldner gegenüber bestehenden Ansprüche im Konkurse dieses letztern zur Pflicht[266]). Verschiedene Autoren unterstützen diese Auffassung[267]). Andere dagegen möchten schon de lege lata dem Gläubiger eine gewisse Pflicht zur Weiterverfolgung der Konkursanmeldung auferlegen[268]). Das sollte auf alle Fälle de lege ferenda dekretiert werden. Der Bürge hat Anspruch darauf, dass im Konkurse des Hauptschuldners alles das vorgekehrt wird, was eine richtige Rechtsverfolgung erfordert. Zu diesem Zwecke muss ihm, sobald besondere Massnahmen zu treffen sind, zum mindesten Gelegenheit gegeben werden, sich dazu zu äussern. Bei Meinungsverschiedenheiten über das weitere Vorgehen muss dann allerdings der Bürge u. U. die Kosten vorschiessen oder den Gläubiger befriedigen, um im Anschlusse hieran selbst als Gläubiger auftreten zu können.

b) In der Literatur ist die Auffassung vertreten worden, die Bestimmung des Art. 511 Abs. 2 OR (Pflicht des Gläubigers, den Bürgen von der Konkurseröffnung über den Hauptschuldner zu benachrichtigen) hänge in der Lust, weil aus einer Unterlassung für den Bürgen nie ein Schaden entstehe[269]). Dieser unzutreffenden Argumentation ist indessen schon Tobler [270]) mit den folgenden richtigen

---

[266]) Vgl. Revue **22** Nr. 73.

[267]) So vor allem Fick, Art. 511 Anm. 7, Tobler a. a. O. 143 und Benkler a. a. O. 82.

[268]) Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations, 4. Aufl., **1** 604 Nr. 926 Abs. 1, sowie Oser-Schönenberger, 1. Aufl., Art. 511 Anm. 1 b.

[269]) Haberstich, Handbuch **2** 311.

[270]) A. a. O. 146 f.; vgl. ferner auch noch Benkler a. a. O. 82 f.

Hinweisen entgegengetreten: „Unseres Erachtens kann aus der Nichtmitteilung des Gläubigers an den Bürgen für diesen wirklich ein Schaden erwachsen. Dies einmal im Falle, wo der Bürge, der den Gläubiger teilweise befriedigt hat, im Konkurse des Hauptschuldners aus Unkenntnis desselben seine Forderung nicht eingegeben und der Hauptgläubiger es nur bezüglich seiner Restforderung getan hat. Sodann können wir uns leicht vorstellen, dass der Bürge bei Kenntnis des hauptschuldnerischen Konkurses vielleicht Vorkehrungen hätte treffen können und es auch getan hätte, die ihm die Befriedigung des Gläubigers erleichtert hätten. In diesen Fällen, wo aus der Unterlassung dem Bürgen ein Nachteil erwächst, hat Art. 511 Abs. 2 OR praktischen Wert.“ Bei einer Neugestaltung der Bürgschaftsbestimmungen sollte er daher trotz Haberstich beibehalten werden.

c) Art. 511 OR ist dispositiver Natur[271]). Namentlich im Bankverkehr lehnt denn auch regelmässig der Gläubiger diese Verpflichtungen ab, und der Bürge muss ausdrücklich auf alle Einreden aus Art. 511 OR verzichten. De lege ferenda sollte solchen Abmachungen entgegengetreten und die Vorschrift des Art. 511 OR zu zwingendem Recht erhoben werden. Denn der Gläubiger ist es, der in erster Linie am Schuldverhältnis interessiert ist. Der Bürge als bloss akzessorischer Schuldner soll solange als möglich im Hintergrunde bleiben.

XIV. Bürgschaftsarten.

1. Schon in der geschichtlichen Einleitung (Abschnitt I, Ziffer 1) ist darauf hingewiesen worden, dass ursprünglich der Bürge der allein in Anspruch zu Nehmende war. Später konnte da und dort nach freier Wahl des Gläubigers der Bürge ohne weiteres an Stelle des Hauptschuldners belangt werden. Erst die Justinianische Epoche brachte dann in der Nov. 4 c. 1 die Anweisung an den Gläubiger,

[271]) Vgl. Becker, Art. 511 N. 2 u. 3.

sich zuerst an den Hauptschuldner zu halten: „. . . si vero non valuerit a debitore recipere aut in partem aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit accipere, secundum hoc ad fideiussorem veniat et ab illo quod reliquum est sumat."

In der Folgezeit sind in den verschiedenen Rechtsordnungen regelmässig beide Arten von Bürgschaften, die einfache und die solidarische, nebeneinander aufgenommen worden[272]). Dabei sind allerdings die Voraussetzungen, unter denen der einfache Bürge sich der Einrede der Vorausklage bedienen kann, im einzelnen zum Teil sehr verschieden.

Im schweizerischen Recht ist auch in dieser Beziehung der Schutz des Bürgen ganz besonders ausgebaut. Nach Massgabe des Art. 495 Abs. 1 OR kann der einfache Bürge erst dann zur Zahlung angehalten werden, wenn nach Eingehung der Bürgschaft der Hauptschuldner in Konkurs geraten oder ohne Verschulden des Gläubigers erfolglos betrieben worden ist oder in der Schweiz nicht mehr belangt werden kann. Ist die verbürgte Forderung vor oder gleichzeitig mit Bestellung der Bürgschaft durch Pfandrechte gesichert worden, so ist der einfache Bürge, solange der Hauptschuldner nicht in Konkurs geraten ist und die Pfänder ohne Konkurs des Hauptschuldners verwertet werden können, berechtigt, zu verlangen, dass der Gläubiger sich vorerst an die Pfänder halte; Art. 495 Abs. 2 OR.

Dem englischen Recht ist die Einrede der Vorausklage unbekannt[273]). Strenger als das schweizerische ist auch das österreichische Recht, nach dem der einfache Bürge

---

[272]) Eine der seltenen Ausnahmen im Sinne des Ausschlusses jeder Solidarbürgschaft machte die Basler Landordnung von 1813, die nach dem Zitat von Benkler a. a. O. 62, Fussnote 4, in ihrem § 114 bestimmte: „Der Bürge, wenn er auch schon in solidum sich verschrieben, kann nicht ehender gesucht werden, bis der Hauptschuldner völlig ausgerechtigt ist."

[273]) Vgl. Curti, Englands Privat- und Handelsrecht, Berlin 1927, 2 103 ff.

vom Gläubiger schon dann belangt werden kann, wenn zuvor der Hauptschuldner auch nur erfolglos gerichtlich oder aussergerichtlich gemahnt worden ist (§ 1355 österr. BGB). Und nach französischem Recht ist der Gläubiger erst dann gehalten, den Hauptschuldner voraus zu belangen, „lorsque la caution le requiert, sur les premières poursuites dirigées contre elle" (Art. 2022 c c fr.). Dazu bestimmt Art. 2023 Satz 1 weiter: „La caution qui requiert la discussion, doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisant pour faire la discussion."

Die grundsätzliche Berechtigung und Zweckmässigkeit dieser Einrede der Vorausklage (beneficium excussionis) ist in der Wissenschaft heftig umstritten. Bei der Schaffung des auf den 1. Januar 1900 in Kraft getretenen deutschen BGB wurde ernsthaft erwogen, ob man sie nicht gänzlich fallen lassen wolle.

Unter Hinweis hierauf bemerkt Tobler: „Bei einer Revision des OR würden sich sicher auch Gegner der Beibehaltung des Instituts der Vorausbelangung des Hauptschuldners finden." Er fügt aber ausdrücklich bei, nach seinem Dafürhalten müsse an dieser Schutzbestimmung für den Bürgen festgehalten werden. Die Einrede der Vorausklage, obschon sie nicht aus dem Bürgschaftsbegriff hergeleitet werden könne, sei so tief ins Volksbewusstsein eingedrungen, dass sie unbedingt respektiert werden müsse[274]).

Dem ist restlos beizupflichten, und zwar um so mehr, als ja für die Fälle, in denen sich eine rasche Abwicklung aufdrängt, wie namentlich im Handel, Solidarbürgschaft vorgesehen werden kann, wo alsdann diese Einrede ohne weiteres entfällt.

Eher könnte man sich fragen, ob nicht die Solidarbürgschaft für nicht im Handelsregister Eingetragene auszuschliessen sei. Denn es steht ausser jedem Zweifel,

---

[274]) A. a. O. 85 f.

dass hier Viele beim Eingehen ihrer Verpflichtung keinen richtigen Begriff von der Bedeutung der Solidarität haben. Zutreffend sagt Beck[275]) von ihr: „Schon die Tatsache, dass der Gläubiger die Möglichkeit hat, den Bürgen zu belangen, ohne gegen den Hauptschuldner vorgehen zu müssen, bedeutet für den Bürgen eine schwere Belastung. Er ist als Freund oder Verwandter psychologisch nicht in der Lage, für den Regress mit der gleichen Strenge gegen den notleidenden Hauptschuldner vorzugehen, wie der Gläubiger es tun würde, wenn die Bürgschaft eine einfache wäre. So muss er oft nicht nur vorzeitig bezahlen, obschon der Hauptschuldner noch leistungsfähig wäre, sondern er verliert mitunter, um sich nicht dem Vorwurf der Rücksichtslosigkeit auszusetzen, auch den Regress. Ausserdem würde der Gläubiger bei einer einfachen Bürgschaft oft früher zugreifen, wenn es noch Zeit ist. Der Wert der Einrede der Vorausklage (beneficium excussionis) und der Verweisung auf die Pfänder wird vom Bürgen meistens bedeutend unterschätzt, namentlich bei einem lässigen Schuldner."

Trotz diesen Gefahren der Solidarbürgschaft würde ihre Beschränkung auf im Handelsregister Eingetragene m. E. vielleicht doch allzu hemmend namentlich auf den Bankverkehr, wo die Solidarbürgschaft zur Regel geworden ist, wirken.

Dagegen erscheint erwägenswert, ob nicht selbst dann, wenn Solidarbürgschaft vereinbart oder die Einrede der Vorausklage auf andere Weise wegbedungen worden ist, ganz allgemein zu fordern sei, dass der Gläubiger den Schuldner vor der Inanspruchnahme des Bürgen — gerichtlich oder aussergerichtlich — mahnen müsse (in diesem Sinne ist wohl auch Ziffer 3 des Postulates von NR Schirmer aufzufassen).

Beck (a. a. O.) möchte noch einen Schritt weiter gehen und dem Solidarbürgen die Möglichkeit geben, durch Leistung einer angemessenen Sicherheit die Betrei-

[275]) Neue Zürcher Zeitung No. 631, Blatt 8, vom 10. April 1935.

bung von sich fernzuhalten, solange nicht der Hauptschuldner, die Pfänder und die andern Bürgen in Anspruch genommen sind. Ich möchte dieses Revisionspostulat wärmstens befürworten, jedenfalls insoweit, als es sich um die Inanspruchnahme des Hauptschuldners und der Pfänder handelt.

2. Die herrschende Meinung nimmt an, die Einrede der Vorausklage könne nur einmal erhoben werden, „d. h. die in Art. 495 OR vorgesehenen Belangungsmassnahmen können nur einmal verlangt werden"[276]). Dabei wird zwar zugegeben, dass dies u. U. für den Bürgen eine Härte bedeutet. Allein das lässt sich nicht wohl vermeiden. Zutreffend führt Reichel (a. a. O.) aus: „Der Gedanke, der hiebei leitet, ist nämlich der, dass, sobald der Gläubiger einmal das nach Art. 495 OR Erforderliche getan hat, bzw. sobald Gesetz oder Bürge ihm jene Massnahmen einmal erlassen haben, die Bürgschaftsschuld damit sofort fällig wird und der Bürge, der sie nun nicht erfüllt, in Verzug kommt. Ein schon im Verzug befindlicher Schuldner aber, der ja von Rechts wegen bereits hätte leisten sollen, kann sich hinfort nicht mehr auf neuerliche Umstände berufen, die nur dann, wenn sie früher stattgefunden hätten, eine Befreiung, bzw. einen Aufschub seiner Verpflichtungen würden bewirkt haben (sog. perpetuatio obligationis)."

3. Die Einrede der Vorausklage wird im allgemeinen als Einrede im eigentlichen, engern Sinne des Wortes anerkannt. Nun sind der Regel nach Einreden vom Beklagten, bzw. von dem, der sich auf sie beruft, zu beweisen[277]). Ganz vereinzelte Autoren schliessen daraus, dass auch die Einrede, der Gläubiger habe die Vorausklage noch nicht vorgenommen, vom Bürgen zu beweisen

---

[276]) Reichel, Zum Bürgschaftsrecht III (Verwirkung der Vorausklage), in der SJZ **13** 211 f.; und zustimmend Tobler a. a. O. 89, sowie Becker Art. 495 N. 10.

[277]) Vgl. Leonhard, Die Beweislast, 2. Aufl., Berlin 1926, S. 138 ff., spez. 148.

sei[278]). Die herrschende Meinung steht indessen mit Recht auf einem anderen Boden. Sie nimmt an, dass hier eine sog. tatbestandslose Einrede vorliege, d. h. ein Verhältnis, bei dem die gesamten Tatfragen der Gegenwirkung schon beim Beweise des Klagegrundes vorkommen, weswegen ihr Beweis dem Kläger, in unserem Falle also dem Gläubiger, obliege[279]). Um Streitfragen über dieses Beweisproblem von vornherein auszuschalten, dürfte eine redaktionelle Neufassung des Art. 495 Abs. 1 OR ungefähr folgender Art genügen: Der Gläubiger kann den einfachen Bürgen erst dann zur Zahlung anhalten, wenn er nachweist, dass nach Eingehung . . . usw.

4. a) Es wäre wohl logischer, wenn in Art. 495 Abs. 1 OR nicht auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung über den Hauptschuldner, sondern vielmehr auf den Zeitpunkt der Beendigung des Konkurses abgestellt würde. Eine solche dem Bürgen zwar günstigere Lösung muss indessen abgelehnt werden. Denn im kaufmännischen Verkehr ist eine rasche Durchführung der Sicherheitsrealisierung, also auch der Bürgenbelangung, unerlässlich, und vom Konkurse werden ja hauptsächlich Personen betroffen, die im Handelsregister eingetragen sind[280]). Die heutige Ordnung sollte daher m. E. beibehalten werden.

b) Dagegen erscheint es am Platze, hinsichtlich der erfolglosen Betreibung in Art. 495 Abs. 1 OR einzuschalten: „. . . ohne Verschulden des Gläubigers bis zur Ausstellung eines definitiven Verlustscheines betrieben worden ist . . .“ Damit würde die Ausstellung eines bloss provisorischen Verlustscheines (Art. 115 Abs. 2 SchKG) den Gläubiger noch nicht ermächtigen, gegen den Bürgen vorzugehen. Und das wäre innerlich deshalb gerechtfertigt, weil durch den provisorischen Verlustschein

---

[278]) So insbesondere Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB, 1897, S. 87.

[279]) Vgl. vorab Leonhard a. a. O. 376 in Verbindung mit 150, sowie Tobler a. a. O. 89 und die dortigen Verweisungen.

[280]) Vgl. Tobler a. a. O. 91.

die Erfolglosigkeit einer Betreibung noch keineswegs dargetan ist[281]).

Gleichzeitig würde auf diese Weise übrigens auch noch der folgenden Kontroverse der Boden entzogen. Hatte der Schuldner ein Pfand gestellt, dessen Realisierung nicht völlige Deckung ergab, so kann man sich auf Grund des heutigen Textes fragen, ob der Hauptschuldner nun auch noch auf Pfändung betrieben werden müsse[282]). Die Frage muss richtigerweise bejaht werden; sie wird sich auf Grund des vorgeschlagenen Revisionstextes als Streitfrage überhaupt nicht mehr stellen.

c) Art. 495 Abs. 1 OR nimmt dem Bürgen die Einrede der Vorausklage ferner, wenn der Schuldner nach Eingehung der Bürgschaft sein Domizil in das Ausland verlegt hat. Streitig ist, wie es sich verhalte, wenn der schon zur Zeit des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages im Auslande wohnende Hauptschuldner in der Folge in einem Staate Wohnsitz nimmt, in dem sich seine Belangbarkeit als schwieriger erweist[283]). Auch hier sollte eine sofortige Belangbarkeit des Bürgen gegeben sein. Zu diesem Zwecke wäre der Passus: „. . . oder in der Schweiz nicht mehr belangt werden kann . . .“, durch die Worte zu ersetzen: „. . . oder infolge Wegzuges aus dem Staate seines ursprünglichen Wohnsitzes dort nicht mehr belangt werden kann und sich daraus für den Gläubiger eine Erschwerung der Rechtsverfolgung ergibt . . .“

5. a) In der Sitzung der Expertenkommission vom 20. Oktober 1908 (Prot. S. 6) wurden auf Antrag von

---

[281]) Vgl. über die bezügliche Kontroverse Tobler a. a. O. und die dortigen Verweisungen.

[282]) Vgl. über die auseinandergehenden Meinungen Tobler a. a. O. 96 f.

[283]) Für Anwendbarkeit des Art. 495 Abs. 1 OR auf solche Fälle: Fick, Art. 495 Anm. 44, Schneider, Das schweizerische Obligationenrecht, 2. Aufl., 1896, Art. 493 Anm. 6, Haberstich a. a. O. **2** 303, sowie Tobler a. a. O. 94 f.; a. A. dagegen Oser, Komm. zum OR, 1. Aufl., Art. 495 Anm. 2 c *α*, und ferner Rossel **3** 533.

Bundesrichter Jaeger in dem dem heutigen Art. 495 Abs. 2 OR entsprechenden Art. 1551 des damaligen Entwurfes die Worte „und die Pfänder ohne Konkurs des Hauptschuldners verwertet werden können", gestrichen, weil überflüssig, indem nach den Art. 151 ff. SchKG Pfandrechte ohne Konkurs geltend gemacht werden können. Aus Versehen stehen sie aber trotzdem noch im Gesetzestext[284]). Diese Unterlassung wäre bei der nächsten Revision gutzumachen.

b) In der nämlichen Kommissionssitzung hatte Brüstlein Streichung des ganzen heutigen Art. 495 Abs. 2 OR beantragt, „weil in seinem ganzen Umfange durch SchKG obsolet geworden. Sei das Pfand von einem Dritten, oder vom Schuldner selbst, gegeben worden, so müsse sowieso nach SchKG auf Pfandverwertung betrieben werden, bevor der einfache Bürge angesucht werden könne; sei aber der Bürge in dem Sinne für den Schuldner eingetreten, dass er ein Pfand an Stelle seiner Unterschrift gegeben habe, so wäre es unbillig, ihn nur aus diesem Grunde zuerst zu fassen" (Prot. S. 6). Mit Recht hat indessen die Kommission am billigeren Grundsatze festgehalten, dass das Pfand vor dem Bürgen in Anspruch genommen werden solle. Auch de lege ferenda sollte man sich auf keinen andern Boden stellen (vgl. in diesem Zusammenhang auch Abschnitt XII, Ziffer 4).

6. Ähnliche Härten, wie sie die Solidarität zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen im Gefolge hat, ergeben sich auch, wenn, wie sich Art. 497 Abs. 2 OR ausdrückt, mehrere Bürgen unter sich Solidarhaft übernommen haben. An Möglichkeiten zur Erleichterung der Stellung des solidarischen Mitbürgen fallen namentlich in Betracht:

a) Der solidarische Mitbürge, der vom Gläubiger belangt wird, darf verlangen, dass zuvor seine Mitbürgen in Bezug auf ihre Anteile gerichtlich oder aussergerichtlich gemahnt werden.

---

[284]) Vgl. Tobler a. a. O. 95.

b) Analog dem von Beck für das Verhältnis vom Solidarbürgen zum Hauptschuldner Vorgeschlagenen soll der solidarische Mitbürge die Betreibung, soweit sie über seinen Anteil hinausgeht, durch Leistung einer angemessenen Sicherheit von sich fernhalten können, solange nicht seine solidarischen Mitbürgen in Bezug auf ihren Anteil in Anspruch genommen worden sind.

c) Beck schlägt weiter vor eine „Verpflichtung des Gläubigers, alle Bürgen, die belangt werden können, gleichzeitig in Anspruch zu nehmen“[285]). Dieses Postulat ist indessen m. E. nur insoweit gerechtfertigt, als die prozessuale Möglichkeit einer gemeinsamen Belangung der verschiedenen solidarischen Mitbürgen vor dem nämlichen Gericht besteht. Das ist aber durchaus nicht immer der Fall. Denn dem zwar von vielen kantonalen Zivilprozessordnungen vorgesehenen Gerichtsstand der — materiellen — Streitgenossenschaft steht interkantonal Art. 59 BV entgegen[286]), es sei denn, es liege eine Gerichtsstandsvereinbarung vor.

d) Beck erwägt a. a. O. weiter, ob nicht dem Bürgen das Recht eingeräumt werden könnte, „schon bei jeder Teilzahlung auf seine Mitbürgen Regress zu nehmen, wie im deutschen Recht, nicht erst wenn er seinen ganzen Anteil bezahlt hat“. M. W. ist zwar eine solche Ordnung dem deutschen Recht fremd. Das hindert aber natürlich nicht, sie bei uns in einem künftigen Gesetz vorzusehen, da sie in der Tat billig erscheint und geeignet ist, die Lage des solidarischen Mitbürgen zu erleichtern, ohne diejenige des Gläubigers zu erschweren.

7. Eine in der Praxis nicht seltene Bürgschaftsart wird im OR nicht erwähnt, immerhin aber in Art. 504 OR als inhaltlich zulässig vorausgesetzt: die Schadlosbürg-

[285]) Neue Zürcher Zeitung vom 10. April 1935, Blatt 8, Nr. 631.

[286]) Vgl. BGE **18** 667, und, diesen billigend, Burckhardt, Kommentar zur Bundesverfassung, 3. Aufl., Bern 1931, S. 559, sowie Leuch, Kommentar zur bernischen Zivilprozessordnung, Bern 1922, S. 33.

schaft oder Ausfallbürgschaft. Sie ist „eine aufschiebend bedingte Bürgschaft, bei der als Bedingung für die Inanspruchnahme und Einklagung des Bürgen die Feststellung und der Nachwei des Ausfalles anzusehen ist"[287]). Regelmässig wird also der Gläubiger gegen den Bürgen erst vorgehen können, wenn der Konkurs beendigt ist. Wenn aber ausnahmsweise der Gläubiger schon vorher in der Lage ist, die Mindesthöhe seines Ausfalles darzutun, so soll das genügen[288]). Die so umrissene Schadlos- oder Ausfallbürgschaft sollte in einem neuen Gesetz ausdrücklich erwähnt werden.

8. Die sich mit den Bürgschaftsarten beschäftigenden Artikel (heute 495 ff.) werden besser an die Spitze der Bürgschaftsbestimmungen gestellt, d. h. sie sollten unmittelbar nach dem sich mit dem Bürgschaftsbegriff befassenden ersten Artikel eingereiht werden. Und im Anschluss an den heutigen Art. 498 OR sollte ein besonderer Artikel des Inhalts aufgenommen werden, dass, soweit nicht die besondere Bürgschaftsart einer andern Ordnung ruft, die Bestimmungen des 20. Titels unterschiedslos Anwendung finden. Damit würde der entsprechende, etwas versteckte und eben nur die solidarische Bürgschaft beschlagende Art. 496 Abs. 2 OR gegenstandslos.

XV. Thesen.

In Zusammenfassung der Grundzüge der vorstehenden Ausführungen ergeben sich in der Hauptsache die folgenden Thesen:

I.

Verschiedene Misstände im schweizerischen Bürgschaftswesen, denen durch die heutige Rechtsordnung Vorschub geleistet wird, rufen dringend einer sofortigen Revision der Art. 492 ff. OR.

(Gemeinsame These beider Referenten.)

---

[287]) Vgl. Bauer a. a. O. 20, und ferner Staudinger a. a. O. § 765 Anm. 9 c, sowie Gierke a. a. O. **3** 775.

[288]) Vgl. RGZ **75** 186 ff.

II.

Oberstes Ziel einer Revision muss die Schaffung vermehrter Kautelen gegen die Eingehung unüberlegter Bürgschaften sein. Das wird vorab dadurch erreicht, dass

1. für nicht im Handelsregister eingetragene Personen schwerere Formvorschriften aufgestellt werden (Bürgschaftsregister, öffentliche Beurkundung oder Eigenschriftlichkeit), immerhin unter Ausnahme kurzfristiger und finanziell nicht weittragender Bürgschaften;
2. der Bürgschaftsform auch blosse Bürgschaftsversprechen unterstellt werden;
3. die Bürgschaftsfähigkeit Jugendlicher eingeschränkt wird.

(In Bezug auf die öffentliche Beurkundung teilweise gemeinsame These beider Referenten.)

III.

Eine neue gesetzliche Ordnung muss auch der Eingehung finanziell nicht zu verantwortender Bürgschaften entgegentreten.

Zu diesem Zwecke ist bei Bürgschaftsverpflichtungen, die in einem offensichtlichen Missverhältnis zu den Vermögens- und Einkommensverhältnissen (unter Berücksichtigung bereits vorhandener Bürgschaften) stehen, dem Richter die Befugnis einzuräumen, jene ganz oder teilweise als erloschen zu erklären, sofern der Gläubiger das Missverhältnis kannte, bzw. in bestimmtem Sinne hätte kennen sollen.

(Gemeinsame These beider Referenten).

IV.

Zum Schutze des Bürgen ist die Zulässigkeit zum voraus abgegebener Verzichtserklärungen in Bezug auf Einreden und Rechtsbehelfe, die dem Bürgen durch das Gesetz zugesichert sind, nach Möglichkeit einzuschränken.

V.

Das Prinzip der Akzessorietät der Bürgschaft ist möglichst rein durchzuführen, insbesondere auch auf dem Gebiete der Geltendmachung der Einreden des Hauptschuldners durch den Bürgen.

(Zum Teil gemeinsame These beider Referenten.)

VI.

Im Sinne einer Erleichterung der Stellung des Bürgen sind die Möglichkeiten seiner gesetzlichen Befreiung auszubauen, und zwar vorab

1. durch ausdrückliche Einräumung eines Widerrufsrechts vor der Kreditgewährung bei wesentlicher Verschlechterung der schuldnerischen Vermögensverhältnisse;

2. durch Statuierung eines Kündigungsrechts aus wichtigen Gründen;

3. durch Zubilligung eines Rechts auf Kündigung nach angemessener Frist bei zeitlich unbeschränkten Bürgschaften für künftige Verbindlichkeiten.

(Zum Teil gemeinsame These beider Referenten.)

VII.

Die Stellung des Regress nehmenden Bürgen ist zu verbessern. Zur Erreichung dieses Zieles ist, abgesehen von der präziseren Fassung verschiedener umstrittener Gesetzesstellen, insbesondere

1. ein Verbot des zum voraus erklärten Verzichts des Bürgen auf eine sofortige Geltendmachung des Regresses auszusprechen;

2. dafür zu sorgen, dass die bestellten Pfänder unbedingt für die verbürgte Forderung in Anspruch genommen werden können;

3. auszusprechen, dass bei Konkurrenz von Bürgschaft und Pfandrecht beim Fehlen gegenteiliger Abreden schlussendlich der Pfandeigentümer den Schaden vor dem Bürgen trägt.

VIII.

Ohne eine generelle Diligenzpflicht des Gläubigers zu statuieren, sind dessen Pflichten dem Bürgen gegenüber im einzelnen klarer und bestimmter zu formulieren; insbesondere:

1. der Gläubiger hat dem Bürgen jede Säumnis des Hauptschuldners ohne Verzug zu melden;

2. der Gläubiger hat für jedes Verschulden in der Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner einzustehen;

3. der Text des Art. 508 a. OR ist wiederherzustellen.

(In Bezug auf die Ziffern 1 und 2 gemeinsame Thesen beider Referenten.)

IX.

Am Dualismus einfache und solidarische Bürgschaft ist festzuhalten, und auch künftig sollen sich alle Bürgschaftsfähigen auf beide Arten verpflichten können. Es sind aber insbesondere folgende Änderungen resp. Präzisierungen vorzunehmen:

1. die erfolglose Betreibung des Hauptschuldners soll den Gläubiger erst nach Ausstellung eines definitiven Verlustscheines zur Belangung des einfachen Bürgen ermächtigen;

2. selbst der solidarische Bürge soll erst nach Mahnung des Hauptschuldners in Anspruch genommen werden können;

3. der Solidarbürge kann durch Leistung einer angemessenen Sicherheit die Betreibung von sich fernhalten, solange nicht der Hauptschuldner und die Pfänder in Anspruch genommen worden sind.

(In Bezug auf Ziffer 2 gemeinsame These beider Referenten.)

X.

Bei der Redaktion der neuen Bestimmungen über die Bürgschaft ist auf eine besonders einlässliche und sorgfältige, Kontroversen nach Möglichkeit ausschaltende Redaktion Bedacht zu nehmen.