

# Bürge und Selbstzahler

Autor(en): **Heusler, A.**

Objektyp: **Article**

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

Band (Jahr): **9 (1861)**

Heft 1: **6**

PDF erstellt am: **21.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896778>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

## Bürge und Selbstzahler.

(Von Herrn Dr. Andr. Heusler in Basel.)

---

Die folgenden Bemerkungen bezwecken nicht eine erschöpfende Untersuchung über die Bürgschaft, sondern sollen bloß eine Skizze der Entwicklung geben, welche die in der Schweiz gebräuchliche Formel „Bürge und Selbstzahler“ genommen hat. Die in jüngster Zeit entstandenen Civilgesetze mancher Cantone haben die Frage über die Haftpflicht des „Bürgen und Selbstzahlers“ definitiv entschieden. Wo dieß nicht geschehen ist, hat die Frage öfters zu gerichtlichen Verhandlungen geführt. Dieses practische Interesse der Sache mag den Versuch rechtfertigen, im Folgenden einige Anhaltspuncte zur Beurtheilung des heutigen Werths jener Formel zu geben.

Hiefür ist ein Rückblick in ältere Zeiten unerlässlich und als Hauptquellen bieten sich die Urkunden dar, da die Rechtsaufzeichnungen früherer Zeit in diesem Punct höchst dürftig sind. Freilich lernen wir aus Urkunden fast nur die Bürgschaft kennen, die bei Verkauf von Liegenschaften und Gülten eingegangen wurde, es darf uns aber das um so weniger anfechten, als wir sehen werden, daß gerade hier das zu besprechende Rechtsverhältniß seine Entstehung, seine Ausbildung und seine eigentliche Bedeutung gefunden hat.

Das alte deutsche Recht hat die Bürgschaft im Gegensatz zum römischen viel persönlicher als dieses aufgefaßt; während der Römer das Hauptgewicht darauf legt, daß der Bürge zur Erfüllung der Obligation verpflichtet ist, giebt das ältere deutsche Recht der Bürgschaft vorwiegend die Bedeutung, daß der, welcher sie verspricht, dadurch sich verbindlich mache, sein Möglichstes zu thun, um den eigentlichen Verpflichteten zur Erfüllung der Verbindlichkeit zu bewegen. Es ist in erster Linie nicht das Versprechen subsidiärer Haftung, sondern das Gelübde, für die Erfüllung durch den Schuldner besorgt zu sein. Daraus er-

klärt sich die weite Anwendung der Bürgschaft behufs Sicherung des Erscheinens eines Beklagten vor Gericht: der Bürge spricht gut für die Persönlichkeit, für die Treue und Ehrenhaftigkeit dessen, der vor Gericht zu kommen versprochen hat; wird er darin getäuscht, so muß er für sein unerfülltes Treuversprechen Besserung geben, und diese Besserung besteht eben darin, daß er nun statt des eigentlichen Beklagten eintreten und selbst die Treue halten muß, die jener nicht gehalten, die aber der Bürge versprochen hat. So hat sich ganz indirect die Haftpflicht des Bürgen für die Verpflichtung des Hauptschuldners aus seinem Gutsprechen für die Treue desselben gebildet.

Eine Ausführung dieses Satzes auf Grund der Rechtsbücher des Mittelalters würde lohnende Resultate liefern; hier liegt es mir ob, zu zeigen, wie aus schweizerischen Rechtsdenkmälern das Bemerkte zu rechtfertigen ist. Eine der ältesten Formen, in der sich eine Art von Bürgschaft äußert, ist das Versprechen der Währschaft für minderjährige oder abwesende Berechtigte bei Liegenschaftsveräußerungen. Wenn ein Vater ein Grundstück aufgab, so versprach er die Warandia für sich und seine Söhne; statt vieler Beispiele hier bloß eins: Lütold und Ulrich von Regensberg verkaufen 1255 dem Zürcher Ulrich Trembilli ihren Hof zu Adlikon *nomine nostro et filiorum qui nondum legitimam habentes etatem in nostra potestate consistunt et tutela, promittentes quod warandi esse volumus.*<sup>1)</sup> Dieß die gewöhnliche Formel; daß darin eine Bürgschaft lag, beweisen viele Urkunden: Rudolf Schwarz erwarb 1251 an einem Lehngut das Eigenthum von dem Lehnsherrn, „der mirs ouch verburgete, daz siner bruder sun ouch daz han sol stete, swanne er ze sinen tagen kumet. Do gab ichs ze chouffen der samenunge an Detinbach und han in gelobet und verburget mit minen friunden sechsen, swenne mins hern Heinrichs sun zwelfierig wirt, sol ich frumen, daz er sich des selbin gutis eigenschaft enzihe.“<sup>2)</sup> 1270 verkaufte Ritter Jacob der Müllner von Zürich an das Kloster Seldenau die als Lehen von der Frau-

<sup>1)</sup> v. Wyß, Gesch. der Abtei Zürich, Urk. Nro. 141.

<sup>2)</sup> Ebenda, Urk. Nro. 124.

münsterabtei besessene Hube zu Wiedikon, „et ne dictus conventus per me (Jac. Molendinarium) valeat defraudari, fidejussores et obsides dedi me et R. filium meum, Ul. Florem et Ul. in Turi, ut abbatissa Turicensis venditionem meam ratam habeat.“<sup>3)</sup> Und noch eine Basler Urkunde: 1408 verkauft Ursula von Schliengen in eigenem Namen, Ottman Bößlin „als ein vogte Heinrichs der frome Ursellen elichen Kindes, das noch nit zu sinen tagen komen was, für daz derselbe Ottman Bößlin troste als sin vogte dise verkouffunge stete ze hande, ouch so es zu sinen tagen komet“, an eine Caplanei zu St. Peter die Eigenschaft des Hauses zum St. Georg in der Eschenvorstadt.<sup>4)</sup> Trostung aber ist nichts anders als Bürgschaft.<sup>5)</sup>

Also Verbürgung für die Währschaft. Was aber ist der Sinn dieser Verbürgung? Ursprünglich nichts Anderes als das Versprechen, den Einspruchberechtigten zur Anerkennung des Rechtsgeschäfts anzuhalten, dafür besorgt zu sein, daß kein Einspruch erfolge. So lautet in einer Basler Urkunde von 1241 das Versprechen der Bürgen: *fideiussimus premissa pro Heinricho de Chienberg ab hac compositionis ordinatione usque ad proximam Domini terminare nativitatem, et in quantum possemus, ut super his instrumentum conficeretur, operam daremus, quod Lutoldi Basiliensis episcopi, Ludovici de Froburg, Hartmanni de Kiburg, Rudolphi Habesburg comitum sigillis consignaretur.*<sup>6)</sup> Damit war nun freilich dem Käufer möglicherweise wenig geholfen, obschon bei der großen Bedeutung des Treuversprechens schon eine solche Garantie wichtig war. Es kam daher in der Regel noch entweder Versprechen der Gesellschaft oder einer Conventionalstrafe oder beides für den Fall der Nichtausführung hinzu. Die letztangeführte Urkunde fährt fort: *adjicientes quod premissa ante nativitatem Domini si non forent terminata, quod in festo beati Stephani obsides in burgo Liestal essemus, inde non recessuri, quousque preli-*

<sup>3)</sup> Ebenda, Urk. No. 214.

<sup>4)</sup> Original im St. Peters Stift.

<sup>5)</sup> v. Segesser, St. u. R. G. v. Lucern, II, S. 502, 503.

<sup>6)</sup> Trouillat, monuments, II, S. 55.

bata effectui manciparentur, vel a nobis CC marce comiti Hermanno donarentur. Und die erwähnte Zürcher Urkunde von 1251 bestimmt: wenn des Lehnsherrn Sohn nicht einwillige, so sollen Rudolf Schwarz und seine Bürgen Gefellschaft leisten, und nicht wieder heim kommen, „e wir daz gefriumen, ald wir aber der samenuge gebin sibir und zwenzig march silbers, ob ich nit erwerbin mag.“

In dem Falle, von dem bisher allein die Rede war, Verkauf von Liegenschaften, war nun freilich eine weitere Verpflichtung des Bürgen als die beschriebene nicht denkbar: er konnte nicht, wenn ein Berechtigter den Kauf anfocht, seinerseits zur Erfüllung genöthigt werden, sondern bloß zu einer Entschädigung oder Conventionalstrafe. Jedoch finden wir dieselbe Haftpflicht der Bürgen nun auch bei den Rechtsgeschäften, in denen sich das Institut der Selbstzahlerschaft entwickelt hat: bei den Zins- und Gültkäufen. Diese haben sich im Anschluß an die bei Liegenschaftskäufen übliche Form ausgebildet und entwickelt. Die Ausführung dieses Satzes gehört nicht hieher, ich beschränke mich auf folgende Andeutungen: das Erbzinsrecht war schon völlig ausgebildet, bevor Rentenkäufe üblich waren. Mehr und mehr dehnte sich das Recht des Erbzinsmannes gegenüber dem ursprünglichen Eigenthümer aus, das Eigenthum schwand auf bloße Zinsberechtigung zusammen, man begann von einem dominium utile des Zinsmanns zu sprechen, und der alte Eigenthümer verkaufte statt der Liegenschaft selbst bloß noch den Zins und den Ehrschag. Da kam es auf, auch noch weitere Zinse auf die Grundstücke zu legen, zuerst so, daß der alte Eigenthümer vom Zinsmann noch eine Rente kaufte, dann auch so, daß dritte dieß thaten. So war es ganz natürlich, daß sich der Verkehr gleichmäßig gestaltete bei alten Eigenthumszinsen und bei neuen Renten. Wie der Verkäufer einer Liegenschaft Währschaft versprochen und Bürgen dafür gesetzt hatte, so geschah es jetzt, wenn bloß der Eigenthumszins verkauft, und ebenso, wenn eine gewöhnliche Rente constituiert wurde. Daher zeigt sich in den Urkunden eine auffallende Gleichförmigkeit, sowohl der Verkäufer einer Liegenschaft als der Verkäufer eines Eigenthumszinses oder einer sonstigen Rente versprechen in den gleichen Ausdrücken

Währschaft und geben Bürgen dafür, aus dem einfachen Grunde, weil in dem täglichen Leben der Unterschied zwischen dem Eigenthum des Erbzinsherrn an der Liegenschaft und zwischen dem Rechte eines Rentenkäufers auf seine Rente nicht mehr scharf genug hervortrat. Die Folge war, daß sich bei gewöhnlichen Rentenkäufen auch die Bürgschaft in die Formen einkleidete, in denen sie bisher bei Liegenschaftsverkäufen aufgetreten war. Die Urkunden reden durchgängig von keiner andern Verpflichtung der Bürgen als von der, die Gifelschaft zu leisten, wenn der Schuldner säumig sei. Daß sie selber dazu könnten angehalten werden, statt des Schuldners den Zins zu zahlen, davon ist in den Verbürgungsbriefen keine Spur und entspricht auch streng genommen nicht dem Wesen des Zinses, der auf der Liegenschaft ruht und mit ihr so eng verbunden ist, daß sie allein dafür verhaftet ist. In der alleinigen Pflicht der Bürgen zur Gifelschaft liegt aber auch wieder der alte Gedanke, daß sie ihr Möglichstes thun sollen, um den Schuldner zur Zahlung zu bewegen, und die Last der Gifelschaft soll ihre Bemühungen wach erhalten und steigern. Der Gläubiger aber zieht daraus den Nutzen, daß entweder die Bürgen zur Vermeidung der Gifelschaft dem Schuldner die Mittel zur Zahlung verschaffen, oder daß dieser letztere allem aufbietet, um es nicht zur Gifelschaft kommen zu lassen, deren Kosten er den Bürgen ersetzen muß (*promisit fideiussoribus omnia dampna et interesse que occasione obstagii sustinuerint resarcire*; er verspricht den Bürgen allen Schaden und Kosten von solcher Gifelschaft wegen zu widergelten; dieß die gewöhnliche Formel der Urkunden).

Dieß die Regel. Immerhin aber finden sich vereinzelt Spuren von einer wirklichen Zahlung durch die Bürgen auf dem Wege des Eintritts in die Schuld. So heißt es in einer Zürcher Urkunde von 1282, in Bezug auf einen Schiedsspruch: *decernentes insuper fideiussores in septem modiis avene fore monasterio obligatos, maxime cum iidem fideiussores coram nobis in iure constituti confessi fuerint, se fideiussionem subisse pro omnibus debitis et censibus, quibus ipse C. (der Schuldner) esset obligatus.*<sup>7)</sup> Freilich scheint auch hier der

<sup>7)</sup> v. Wyß, Gesch. der Abtei Zürich, Urk. Nro. 276.

Wortlaut darauf zu deuten, daß die Bürgen noch eine Verpflichtung auf sich genommen hatten, die sich sonst nicht von selbst verstand. Und besonders wichtig für unsre Frage ist eine Basler Rathserkenntniß von 1387.<sup>8)</sup> Es hatte sich nämlich Wernher Criman gegenüber Clara Borgassen für einen Zins verbürgt, den Heman von Ratperg jährlich zahlen sollte, und weigerte sich nun bei Säumniß des Schuldners, die Giselschaft zu leisten. Da beklagte ihn die Clara Borgassen beim Schulttheißengericht und bat „darumbe ir ze richtende von dem egen. Wernlin als von einem schuldener, wand er nüt geleistet hette noch leistete nach irs brieves sag.“ Das Gericht fand die Sache für sich zu schwer und zog sie vor den Rath, welcher erkannte, daß wer nicht die Giselschaft leiste, „das man zu dem richten sol als von einem schuldener und umb die schulde.“ Manches ist in diesem Spruch bemerkenswerth: die Clara Borgassen klagt gegen den Bürgen die Schuld ein nicht auf Grund eines vom Bürgen für den Fall der Insolvenz des Schuldners gemachten Versprechens der Zahlung, sondern bloß auf Grund der im Brief versprochenen, aber nicht gehaltenen Giselschaft; dieß stimmt zu dem früher Gesagten: die Klägerinn geht von dem Gedanken aus, daß der Bürge seiner Pflicht, für Bezahlung der Schuld besorgt zu sein, nicht nachgekommen sei und darum (nicht wegen eines directen Versprechens) nunmehr selbst den Schaden ersetzen, den Zins entrichten müsse. Sodann fanden die Zehn am Schulttheißengericht die Sache zu schwer für sich. Hätte in der Bürgschaft ohne Weiteres die subsidiäre Haftpflicht des Bürgen für die Schuld selbst gelegen, so wäre ihnen der Entscheid wohl kaum schwer gefallen. Endlich giebt der Rath als Grund der Haftbarkeit des Bürgen die nicht geleistete Giselschaft an.

War solchergestalt die Haftpflicht der Bürgen bei Zins und Gült beschränkt, so drängte das Interesse der Gläubiger zu neuen Gestaltungen, die mehr Sicherheit gaben. Die Bürgschaft für Zins, wie wir sie bisher gefunden haben, war bloß ein Uebergangszustand, gebildet im Anschluß an die alte Bürgschaft

<sup>8)</sup> Rechtsquellen v. Basel, 42.

für Währschaft eines Grundstücks; sie hatte genügt, so lange die Zinse ihre ursprüngliche Natur hatten, wonach der Schuldner nicht zu persönlicher Leistung verpflichtet, sondern ein Grundstück verhaftet war, dessen Ertrag den Zins bildete. Wie sich der Bürge für die Warandia gar nicht dazu verpflichten konnte, bei Eviction seinerseits den Verkauf zu Kräften zu bringen, so fehlte auch bei Zins dem Bürgen die Möglichkeit, den vertragsmäßigen Gegenstand zu liefern, weil er hier wie dort nicht Eigenthümer des betreffenden Grundstücks war. Dieß änderte sich mit der Umwandlung der alten Rente in den neueren Schuldbrief. Den Unterschied zwischen diesen beiden Arten der Bodenbelastung haben andere Schriften weitläufig behandelt, ich nenne hier bloß Bluntschli's Zürcher Staats- und Rechtsgeschichte. Die wesentliche Verschiedenheit besteht darin, daß bei den Schuldbriefen die persönliche Verpflichtung des Schuldners hervortritt und demgemäß, wenn auch noch ein specielles Grundstück in erster Linie belastet wird, doch schon subsidiär auch das übrige Vermögen des Schuldners als haftbar erklärt wird. Den Uebergang von der Rente zum Schuldbrief hat der Zustand vermittelt, wo der Zins nicht mehr in natura gezahlt wird und das Verhältniß beiderseits aufkündbar ist. Schon dieser letztere Zustand hat bei der Bürgschaft eine Aenderung bewirkt, welche der Schuldbrief vollendete. Sobald die Naturalleistungen abkamen und Wiederkauf möglich war, konnte sich auch die Haftpflicht des Bürgen ausdehnen. Dieß wurde dadurch bewirkt, daß sich der Bürge neben dem Hauptschuldner als Mitschuldner verschrieb. Hier haben wir den Ursprung der Selbstzahlerschaft. Der Mitschuldner verpflichtete sich, wenn ab dem belasteten Grundstück der Zins nicht gezahlt werde, den Schaden zu ersetzen; es hatte dieß jetzt nichts Stoßendes mehr, da der Gläubiger ja Rückzahlung des Capitals verlangen konnte, und in diesem Falle die persönliche Verpflichtung des Schuldners zur Rückzahlung des Empfangenen in Vordergrund trat. Seit der Mitte des 14. Jahrhunderts ungefähr finden sich öfter Mitschuldner im Gegensatz zu Bürgen, so führe ich eine Urkunde von 1365 an, die also beginnt: „Wir Hereman von Landenberg von Griffense der eltor, Beringer von Landenberg rittere,



Phaff Hereman von Landenberg, gebrudere, und Ulrich von Landenberg ir vetter tun kunt, daz wir verkouft hein sechszig guldin geltes zinses uff unser burg die man nemmet die alte Regensperg, dem bescheiden manne Johanse Biderman dem wechslere ein burger ze Basel, umbe ün hundred guldin. Und darumb han wir alle gemeinlich gelobt unverscheidenlich dem Johans Biderman dis koffes recht were ze sinde für lidig eygin. Des alles ze merer sicherheit so han wir dem Johans Biderman zu uns ze rechte gesworne mitteschuldenere geben und gesezet den edeln hern Walther von Klingen vrien und hern Richart von Zessingen den eltern, rittere, und aber ze rechte burgen alle unverscheidenlich jungher Bertholt von Gliers vrien, hern Gotfrit Bitterlin von Eptingen, hern Numman von Keyserstul, hern Wernher den Truchsessen von Rinselden den jungern, rittere zc.<sup>9)</sup> Hier also noch eine auf ein bestimmtes Grundstück radicirte Gült, für die ganz in alter Weise Währschaft versprochen wird. Die Haftpflicht der Mitschuldner im Gegensatz zu den Bürgen tritt aber im weitem Verlauf der Urkunde noch nicht deutlich hervor. Klarer erscheint sie seit dem 15. Jahrhundert; ein Beispiel mag die Sache veranschaulichen.

Urk. v. 1434. Ich Claus Hasenburg underschultheiß zu Mülnhusen an miner herren stat des meisters und rates zu Mülnhusen tun kunt das für mich kament Peter Große als ein hauptverkouffer, Rüksch Bremmelin von Escholzwilr und Hennin Bremelin von Zümershein sin bruder als mitverkouffer, und gabent da die vorgen. der hauptverkouffer und die mitverkouffer unverscheidenlichen zu kouffende dem bescheiden Mathis Schaffener burger ze Tanne, Hansen und Clausen sinen sünen wand es irre muter estur gewesen ist zwene guldin geltes jerliches zinses uff und von gütern so Peter Großen dem hauptverkouffer zugehörent, und ist der kouff beschehen umb vierzig guldin, der die vorgen, verkouffer gar und ganz bezalt sint. Harumb da vertigoten si ime den kouff mit aller der sicherheit so von recht und gewonheit darzu horte. Die verkouffer hant och globt für sich und alle ir erben die kouffer des kuffes zu werende und

<sup>9)</sup> Original im St. Peters Stiffts Archiv zu Basel.

den zins alle jar ze richten. Were aber das die verkouffer und ire erben deheins jares sumig wern, wenn si dann von den kouffern darumb gemant werdent, söllent sich die verkouffer alle und ir erben gen Mülnhusen antwurten und da rechte gewonliche giselschaft leisten unß der verfallene zins genglich bezalt wurt. Darzu so mögent die kouffer die vorgeu. verkouffer und ire erben an dem vorgeu. underpfande und wa In daran abegienge an allen andern iren gütern ligende und farende angriffen, schedigen und pfenden zc. <sup>10)</sup>

Hier finden wir schon mehr Neues: die Mitschuldner verpflichten sich unverscheidenlich mit dem Hauptschuldner, zu gesamter Hand, in solidum, machen die Schuld zu ihrer eigenen. Sodann sind nicht nur sie für ihre Person, sondern auch ihre Erben verpflichtet: die alte Bürgschaft dagegen war nicht erblich gewesen, weil sie zu sehr durch die Persönlichkeit des Versprechenden bedingt war; die neue Mitschuldnerschaft ging auf die Erben über, weil sie die Zahlungspflicht enthielt. Versprechen doch die Mitverkäufer ausdrücklich, wenn an dem Unterpfand abginge, mit allem ihrem Vermögen für den Zins zu haften.

Ein weiterer Schritt war es, als im Verlauf der Zeit die Bedingung der Gsellschaft aus den Verträgen wegfiel. Auch hiefür mag ein Beispiel gegeben sein:

Urk. v. 1489. Wir Hannß Ludwig von Nüwenfels als ein houptverkouffere und Wilhelm von Nüwenfels gebrüdere als ein mitverkouffere bekennen, daß wir bed gemeynlich und unverscheidenlich verkoufft haben dem Cappittel des stifts sant Peters zu Basel ein pfund vier schilling pfenning genant stebler jeraliches zinsen von uff und ab min Hannß Ludwigs von Nüwenfels des houptverkouffers zinsen und gülden hyenach bestimpt . . . und ist der kouff bescheen umb zweingig vier pfund nüwer Basler pfenningen genant stebler, dero wir von den kouffern bar bezalt sind. Uff solichs haben wir die obgen. houpt und mitverkouffere glopt für uns und all unser erben unverscheidenlich disen kouff stet ze haltende und die kouffer des obgeschribnen zins von uff und ab den obgeschribnen underpfendern

<sup>10)</sup> Original St. Peters Stifts Archiv, Basel.

und wa daran abgienge darnach uff allen andern unsern der haupt und mitverkouffern gütern ligenden und varenden unverscheydenlich ze werende. Und ob sach wäre daz wir oder unser erben deheins jars solichs nit tätent, so mögend die kouffere uns darumb gemeynlichen oder heglichen in sunders, darzu alle unsere gütere bekümben, angriffen, pfennden, verhefften, verbieten zc. <sup>11)</sup>

Seitdem so das Mittel gefunden war, den Bürgen für die Zahlung der Schuld selbst haftbar zu machen, wurde die Giseltschaft als unpractische und weder vom Gläubiger noch vom Bürgen gesuchte Last immer seltener. Ihr durch die Reichsgesetzgebung befördertes Abkommen zerstörte vollends die alte Anschauung von dem Wesen der Bürgschaft. Damit mußte nothwendig verbunden sein, daß die neue Form der Mitschuldnerschaft nun fast ausschließlich in Gebrauch kam, denn in diesem Institute hatte sich das Bedürfniß des Rechtsverkehrs nun einmal geäußert und die alte Bürgschaft war antiquiert, ohne der fortschreitenden Rechtsbildung gemäß auch weiter entwickelt und umgestaltet worden zu sein. So betrachtete man die Mitschuldnerschaft geradezu als die neue Form der Bürgschaft, wer sich verbürgte, wurde Mitschuldner, Bürge und Mitschuldner oder Selbstzahler wurde gleichbedeutend.

Urk. v. 1554. Wir Walthar von Wendelstorff seßhaft zu Wendelstorff als rechter hauptverkouffer, sodann Thurb von Spechbach seßhaft zu Myenstorff als rechter gült und bürg selbstbezaler und unverscheydenlicher mittverkouffer habendt für unns und all unnser erben verkoufft dem Capittel sant Peters Collegiatstift zu Basell zehen pfundt gelts gutter stebler jerliches zinses, so wir die haupt und mittverkouffere und all unnser erben den keuffern jerlichen bezalen sollen von uff und ab minen deß hauptverkouffers vier wygeren sampt dem holz darneben im Wendelstorffer bann, und ist diser kouff zungangen umb zweyhundert pfundt gutter stebler, deren wir die haupt und mittverkouffere bar bezalt sindt. Uff das so haben wir die haupt und mittverkouffere für unns und all unnser

---

<sup>11)</sup> Original St. Peters Stifts Archiv, Basel.

erben gemeynlich und unverscheidenlich glopt disen kouff stet ze hallten und diß kouffs vonn uff und ab den obgemelten underpfenderen und wo daran abgienge alsdann vonn uff und ab allen andren unsren der haupt und mittverkeuffern und unsrer erben ligenden und varenden gütteren gutt sicher redlich und nutzlich werschafft ze thun für allen abgang. Und ob wir das nit tätendt, so mögendt die herrn keuffere unns den haupt und mittverkeufferen und unnsere erben sampt und sonders gemeynlich und unverscheidenlich pfennder ustragen und verganten lassen als umb bodenzins und gichtige schuldt oder unns die haupt und mittverkeuffere und unnsere erben gemeynlich oder sonderlich mitt gericht angryffen und die obgemelten underpfender und wo daran abgieng alle andere unnsere der haupt und mittverkeuffer und unnsere erben ligende und varende gütter gemeynlich oder sonderlich angryffen, verganten und vertryben.<sup>12)</sup>

Dieses Verhältniß befestigte sich im Lauf der Zeiten und fand eine lange Dauer. Statt weitere Urkunden anzuführen, will ich hier bloß auf die Vertragsformeln verweisen, die in Sattlers Thesaurus notariorum, d. i. Notariat- und Formular-Buch (Basel, 1636, fol.) abgedruckt sind. Die Bürgschaftsformularen im 2ten Theil, S. 155 ff. enthalten sämtlich das Versprechen des Bürgen, ein rechter Gült, Bürg und Mitverkäufer zu sein, oder als ein Bürg, Selbstbezahler und unverscheidenlicher Mitverkäufer allen Puncten, so die Hauptverschreibung ausweisen thut, zu geleben und nachzukommen, und die Befugniß des Creditors, gegen ihn und seine Erben für und an die Hand zu nehmen alles das, welches er inhalt mehr angezogener Hauptverschreibung gegen dem Hauptschuldner fürzunehmen befügt gewesen; ja es wird selbst hie und da noch ausdrücklich auf das beneficium ordinis, daß der Hauptschuldner vor den Bürgen angelangt und vertrieben werden soll, sowie auf alle andern Exceptionen verzichtet. Ueberhaupt aber sind diese Formulare auch sonst lehrreich, sie umfassen gleichsam die ganze Rechtsentwicklung und lassen uns noch die alten Zeiten darin schauen. So findet sich das Formular eines Bürgschafts-

<sup>12)</sup> Original St. Peters Stifts Archiv, Basel.

briefs für die Währschaft eines verkauften Hauses, worin es heißt: „hab ich versprochen der Währschaft halben Bürg zu sein; waferr aber sich erfinden wurde, daß obberürte Behausung jemanden verpfändt wäre, und daher der Käufer einigen Schaden und Kosten erleiden wurde, daß alsdann ich oder meine Erben ihme denselbigen Schaden und Kosten abtragen sollen, und das bey Verpfändung aller meiner und meiner Erben ligender und fahrender, gegenwürtiger und künftiger Haab und Güteren.“ Also auch hier ist an die Stelle der Giselschaft und einer Conventionalstrafe für etwanigen Schaden die directe Haftpflicht für allen erweislichen Schaden unter Verhaftung des ganzen Vermögens des Bürgen getreten.

Das Bisherige mag genügen, um zu zeigen, wie bei Zins- und Gültverschreibungen die Bürgschaft regelmäßig in der strengeren Form der Mitschuldner- oder Selbstzahlerschaft aufgetreten ist. Von gewöhnlicher Geldschuld und Verbürgung für dieselbe war hiebei nie die Rede, weil sie für das uns hier beschäftigende Verhältniß wenig ergiebig ist. Immerhin müssen einige Bemerkungen darüber hier ihren Platz finden.

Man hat schon öfters die Frage aufgeworfen, ob der Bürge nach altem deutschen Recht nur subsidiär haftpflichtig gewesen sei oder schon vor dem Hauptschuldner habe angegriffen werden können. Die Frage ist jederzeit verschieden beantwortet worden und wird es auch fernerhin, weil sich für beides Belege in Fülle finden lassen; in solcher Form gestellt, ist eben diese Frage geradezu historisch nicht völlig gerechtfertigt. Das ursprüngliche Wesen der deutschen Bürgschaft habe ich in kurzen Worten auf Seite 68 f. zu zeichnen versucht. Die vielen Abweichungen davon schon in alter Zeit sind particularrechtlicher Natur und lassen sich nicht zum Beweise des gemeinen Rechts gebrauchen. Schon einzig die Schweiz hat den Grundgedanken, daß der Bürge allererst für die Treue und Unbescholtenheit des Schuldners ein eidliches Versprechen ablege, in verschiedenster Weise practisch ausgebildet und zur Anwendung gebracht. Wenige Beispiele genügen, um den seltensten Contrast aufzuweisen: In Neuenburg war altes Gewohnheitsrecht, daß der Gläubiger den Bürgen vor dem Schuldner belangen mußte und durch die gegen

den letztern geübte saisie das Recht an den Bürgen verlor: P. de C. du 18 mars 1814: Un créancier peut poursuivre la caution de son débiteur au paiement de ce qui lui est dû, avant que d'avoir poursuivi le débiteur lui-même. Même le créancier qui poursuivrait son débiteur avant la caution jusqu'à faire écrire, signer et notifier la mise en taxe soit la saisie juridique des biens, libérerait ladite caution et serait forclos des droits qu'il avait contre elle. Noch das Concursgesetz von 1842 hat dieses Gewohnheitsrecht in der Anwendung aufrecht erhalten; daß der Gläubiger bei Concurs des Schuldners den Titel dem Bürgen cediert und diesen die Forderung im Concurs geltend machen läßt, bei Unterlassung dieses Verfahrens aber den Bürgen befreit.<sup>13)</sup> Andere Cantone, namentlich die Landcantone, ließen dem Gläubiger die Wahl zwischen Belangung des Schuldners oder des Bürgen in erster Linie,<sup>14)</sup> und die Städte bildeten hauptsächlich die subsidiäre Haftpflicht des Bürgen aus. Wo nun der Grundsatz galt, daß der Gläubiger die Wahl habe, welchen von beiden er angreifen wolle, da war der Bürge naturgemäß dem Gläubiger gegenüber auch Selbstzahler, und damit jeder Zweifel und Streit von vorneherein abgeschnitten. Anders gestaltete sich die Sache da, wo sich die Rechtsbildung mehr den römischen Grundsätzen näherte. Da entstand nun ein ganz eigenthümliches Verhältniß. Hinsichtlich der Bürgschaft bei Schuldbriefen hatte sich das Recht ganz selbständig auf deutschrechtlichen Grundlagen in der oben ausgeführten Weise entwickelt; daneben machte sich nun das römische Recht geltend, das den oben dargestellten Begriff der Mitschuldnerschaft nicht ausgebildet hatte, sondern bloß Schuldner und Bürgen kannte. Die Theorie begann immer entschiedener den Satz aufzustellen, daß der Bürge nur subsidiär haften müsse, die Praxis dagegen hielt an der alten Formel fest, wonach die Bürgschaft sich in den hauptsächlichsten und regelmäßigen Fällen als Selbstzahlerschaft äußerte. Besonders interessant ist in dieser

<sup>13)</sup> S. Calame, droit privé d'après la coutume Neuchâteloise, p. 284. N. 1.

<sup>14)</sup> Blumer, St. und R. G. der Schweiz. Demokratien II, 2, 141.

Hinsicht das erwähnte Notariats- und Formularbuch von Sattler. Dasselbe schickt den einzelnen Arten von Formularen eine kurze Beschreibung des Rechtsverhältnisses voraus, das in den betreffenden Formeln begründet wird. Da finden wir denn vor den Bürgschaftsbriefen eine Abhandlung über das Wesen der Bürgschaft, worin unter Berufung auf Institutionen, Pandecten und Codez erklärt wird, daß „der Bürg, zu Latein fidejussor genannt, sich verhasste, daß eines Andern Versprechen gehalten werden solle, und auff den Fall es nicht gehalten werde, daß er es zu erstatten schuldig sein solle, daß er sich aber fürnehmlich dieser zweyen Beneficien gebrauchen könne als nemblich beneficii excussionis seu ordinis seu novæ constitutionis de fidejussoribus und des beneficii cedendarum actionum.“ Nichtsdestoweniger aber wird in den darauf folgenden Formularen der Bürge beständig als rechter Gült, Bürg und Selbstzahler bezeichnet. Ein ähnlicher Widerstreit zwischen Theorie und Praxis zeigt sich in demselben Buche auch darin, daß trotz dem reichsgesetzlichen Verbot der Gifelschaft dennoch für Leistungsmahnungen eine Menge Formeln gegeben werden mit der vorangeschickten Bemerkung: Wie es mit solchen Leistmahnungen beschaffen, ist oben zu Cyn gang des 23. Capituls zu befinden. Dort aber wird mit dürren Worten gesagt, die Reichspolizeiordnung habe die Leistungen gänzlich verboten und abgeschafft.

So standen die deutsche Rechtsbildung und das eindringende römische Recht einander gegenüber. Eine Vermittlung beider Anschauungen war wünschenswerth und sogar im Interesse des Verkehrs dringend nothwendig. Dieselbe ließ sich auf zweierlei Weise als möglich denken: entweder auf gesetzgeberischem Wege, so daß die Gerichtsordnung bestimmte, in welchen Fällen der Bürge bloß subsidiär hafte, in welchen Fällen dagegen er als Selbstzahler zu gelten habe. Oder auf dem Wege des Gewohnheitsrechts, so, daß man im Verkehre von selbst, ohne Gesetzesvorschrift, zwischen Bürgen und Selbstzahler genauer als es bisher geschehen war zu unterscheiden begonnen hätte. Ja zur völlig befriedigenden Lösung des Widerstreits wäre erforderlich gewesen, daß beides sich vereinigt hätte. Statt dessen geschah nicht selten keins von beiden in gehöriger Weise. Die

Praxis und der Verkehr des täglichen Lebens ist in dieser Hinsicht schwerfällig und geht nicht so leicht und rasch von dem bequemen Geleise althergebrachter Formen und Ausdrücke ab; andrerseits finden wir wohl in einzelnen Gerichtsordnungen Bestimmungen, welche diesen Punct beschlagen, es sind dieß aber mehr nur Ansätze und Versuche statt durchgreifender Regelung der Sache. Zu den deutlichsten Bestimmungen in dieser Hinsicht gehört die des Luzerner Stadtrechts von 1588, die fast wörtlich in das von 1706 aufgenommen worden ist; sie lautet: Wann auch jemand sich also zum Bürg und Nachwährschafft für einen anderen verschriben hätte, und alsdann derselbig Bürg und Nachwähr sich weiters nach demselbigen auch gegen anderen, es seye gleich als Haupt-Gülst oder Schuldner oder Bürg oder Nachwähr mit oder ohne Underpfand und Sazung verschreiben wolte, der soll die eltere Pflicht und Verbürgung sowohl als andere vorgehende Beschwärdten allwegen umbständtlich und unterschidlich melden. Und dann sollen zu begebenden Fählen nach Landts-Brauch und Gewohnheit die elteren Verpflichtungen in solchen Bürg- und Nachwährschafften denen jüngeren vorgahn, auch allwegen der Hauptschuldner vor dem Bürgen angegriffen, und getriben werden, es wäre dann sach, daß die Verschreibung anders zugebe, also daß man den Bürgen und Hauptschuldneren unverschidentlich und gleich mit einanderen und einen wie den anderen oder für den anderen angreifen möge, oder was dann die Verschreibungen mit bringent, nach demselben soll es auch gehalten werden.<sup>15)</sup> In gleicher Weise regelte die Sache das Landbuch von Rüßnacht von 1769, §. 21, Art. 5: Wan sich einer nicht nur als Bürg sonder auch als Zahler verschreiben, so solle der Gläubige umb die Schuld, für die sich Er als Bürg und Zahler dargestellt, in Ermanglung der Bezahlung von dem Schuldner das Recht haben den Bürg und Zahler anzugreifen, ohne daß er zuvor den Schuldner austreiben müßte.<sup>16)</sup> Hier finden wir also den Grundsatz auf-

<sup>15)</sup> Municipale oder Stadtrecht v. Lucern (Lucern 1790), S. 50.

<sup>16)</sup> Rothing, die Rechtsquellen der Bezirke des Cantons Schwyz, S. 266.



gestellt, daß der Gläubiger zuerst den Schuldner austreiben müsse, und bloß da, wo sich der Bürge auch als Selbstzahler verpflichtet habe, diesen ohne vorangegangene Betreibung des Hauptschuldners angreifen könne. Diese Entscheidung der Sache, die sich allerdings am bequemsten darbot und den Wortlaut der Formel für sich hat, drang aber nicht überall durch, das Solothurner Stadtrecht von 1604 z. B. stellte an die Spitze des Titels über die Bürgschaften den Satz: So Einer für den Andern ohne bedingte Conditionen Bürge geworden, so hat der Gläubiger Gewalt den Hauptgülden oder Bürgen sammt oder sonders, Einen ungelediget des Andern vorzunehmen, und ist der Bürge schuldig dasjenige, dafür er Bürg ist worden, zu erstatten. Doch scheint ein freilich nicht ganz deutlicher späterer Zusatz im Stadtrecht (Ausgabe v. 1817, S. 67) eine abweichende Praxis zu verrathen, in der Art, daß der Gläubiger für rückständige Zinsen Schuldner und Bürgen zugleich angriff und in die Leistung mahnte, für das Capital aber zuerst an die Haupt- und Mitgülden ging und wo er an ihnen nicht genug Bezahlung fand, auf der Bürgen Habe fuhr. Den entgegengesetzten Grundsatz als den des Solothurner Stadtrechts sprachen die Gesetzgebungen aus, welche selbst bei solidarischer Verpflichtung des Bürgen dennoch zuerst an den Schuldner zu gehen vorschrieben. So die Basler Landesordnung von 1813, §. 114: Der Bürge, wenn er auch schon sich in solidum verschrieben, kann nicht ehender gesucht werden, bis der Hauptschuldner völlig ausgerechiget ist. Bürge in solidum ist nun bekanntlich der „unverscheidenliche Bürg“, oder der „Gült, Bürg und Selbstzahler.“ Noch andere Rechte endlich gaben hierüber gar keine Bestimmung, oder doch nur eine sehr ungenügende, so die Basler Stadtgerichtsordnung von 1719, §. 387: . . . als sollen die Gläubiger, wann sie umb ihre Schulden Bürgen haben, nicht gleich Anfangs die Bürgen, sondern den Principalen und Selbst Schuldner zuvordrist, wie Recht ist, suchen; was aber an dem Hauptschuldner und dessen Haab und Gut abgeht, soll alsdann ererst von dem Bürgen vollkommlichen bezahlt werden, u. s. w.

Diese Gerichtsordnungen, wie sie unter verschiedenen Namen im vorigen Jahrhundert in der Schweiz entstanden sind, machen

immerhin gerade in Hinsicht auf die Behandlung der Bürgschaft den Eindruck von etwas Unfertigem, noch nicht zur Reife Gebrachtem. Es kommt dieß daher, daß zum größten Theil bei der Redaction dieser Gesetze mit römischen Begriffen und römischen Anschauungen operiert wird, während in der Praxis noch Begriffe herrschen und Ausdrücke gebräuchlich sind, mit denen das römische Recht nicht übereinstimmt. Wenn z. B. die *loix et statuts du pays de Vaud part. 1, tit. XIV* von der Bürgschaft sagen: *Combien qu'un créancier d'une somme prêtée à cense perpétuelle exigeroit ses censes et interêts, voire une partie du capital envers le principal déteur, si est ce que la caution ne sera pas pour cela exempte ni déchargée du fiancement pour le reste, parceque ce ne sera à son dommage, ains à son avantage,*<sup>17)</sup> so zeigt sich hierin recht der Widerspruch mit der bisherigen *coutume*, welche wie in Neuenburg darin bestanden hatte, daß Geltendmachung der Forderung gegenüber dem Schuldner den Bürgen befreie, und welcher nun der römische Satz entgegengestellt wird mit dem Erläuterungsgrund, es sei ja nicht zum Schaden, sondern zum Vortheil des Bürgen. So sehen wir auch die Basler Gerichtsordnung von 1719 in dem angeführten § einfach den römischrechtlichen Satz aufstellen, unbekümmert darum, inwiefern er in der Praxis wirklich befolgt werde. Damit reichte man aber eben nicht aus, weil dadurch das Rechtsverhältniß, in welches „der Bürge und Selbstzahler“ trat, nicht geregelt wurde. So mußte Zwiespalt zwischen Gesetz und Praxis entstehen: jenes stellte die subsidiäre Haftpflicht des Bürgen als Regel auf, diese hielt noch an der alten Formel fest, nach welcher man die Bürgschaft schon von selbst als Selbstzahlerschaft bezeichnete und behandelte. Dieß hätte nun keinen Anstoß gegeben, wenn in der Ansicht des gemeinen Mannes der Gedanke durchgedrungen wäre, daß derjenige, welcher sich als Bürge und Selbstzahler verschreibe, die gleiche Pflicht wie der Hauptschuldner auf sich nehme. Das war aber nicht der Fall: man behielt bloß in alter Gewohnheit

<sup>17)</sup> Vergl. Boyve, *Remarques sur les loix et statuts du pays de Vaud*, p. 117.

die bisher übliche Formel bei, mit welcher man den gewöhnlichen Fall der Bürgschaft bezeichnet hatte, verstand aber nunmehr darunter bloß die Bürgschaft, welche das Gesetz kannte und als Regel aufstellte, und welche auch mehr und mehr in der Anschauung des täglichen Verkehrs Boden gewann, mit andern Worten: es verpflichtete sich einer ohne Bedenken, „Bürge und Selbstzahler“ zu sein, obschon er dabei nichts Anderes im Sinne hatte als eine einfache Bürgschaft. Ja selbst wo man sich daran stieß, wo man den Widerspruch zwischen der Formel und dem beabsichtigten Rechtsverhältniß fühlte, konnte man sich oft nicht von der geläufig gewordenen Formel ganz und völlig losmachen. So entstand eine Modification: statt „Bürge und Selbstzahler“ verpflichtete man sich als „Bürge und nöthigenfalls Selbstzahler.“

Wie verhielt sich nun die Praxis der Gerichte zu diesem Widerspruch zwischen dem Buchstaben der althergebrachten Formel und den im Gesetz aufgestellten Regeln über die Haftpflicht des Bürgen? In den meisten Fällen sah sie darauf, ob sich einer als „Bürge und Selbstzahler“ oder ob er sich als „Bürge und nöthigenfalls Selbstzahler“ verpflichtet habe, und gestattete im ersteren Falle sofortige Betreibung desselben, während sie im letztern einfache Bürgschaft annahm und bloß nach vorangegangener vergeblicher Belangung des Hauptschuldners an den Bürgen zu gehen gestattete. So entschied das Basler Civilgericht am 15. Juli 1823 gegen den Bürgen in folgendem Fall. Es hatte sich in einer Handschrift des Schuldners dessen Schwager mitunterschieden, und zwar als Bürge und Zahler, also daß wenn der Schuldner nicht auf den bestimmten Termin Zahlung leiste, er (der Bürge) zahlen werde. Von diesem letztern forderte nun der Gläubiger Bezahlung, der Beklagte aber erklärte, der Hauptschuldner müsse zuerst belangt werden, denn er sei erst Zahler, wenn jener nicht zahlen könne. Das Gericht verfallte ihn jedoch und ließ ihm den Regreß auf den Hauptschuldner offen. Dieselbe Ansicht hielten die Zürcher Gerichte fest, unter folgender Modification: sie erklärten, der Ausdruck „Bürge und Selbstzahler“ constatiere immer die solidarische Verpflichtung des Bürgen mit dem Hauptschuldner, bei dem

Ausdruck „Bürge und nöthigenfalls Selbstzahler“ aber sei im einzelnen Falle zu ermitteln, ob die Willensmeinung der Contrahenten auf mehr als einfache Bürgschaft gegangen sei, und falls dieß nicht zu erweisen, sei der Ausdruck bloß auf einfache Bürgschaft zu beziehen. So wurde am 23. December 1843 vom Bezirksgericht Zürich und am 4. März 1844 vom Obergericht in derselben Sache der Grundsatz ausgesprochen, vom Untergericht: „daß bezüglich auf die Frage, ob hier nur bloße Bürgschaft oder aber Bürg- und Selbstzahlerschaft auf Seite des Beklagten vorliege, das Erstere anzunehmen ist, da das auf dem Wechsel wohl mit Vorbedacht vorgeschobene Wort „nöthigenfalls“ zu dieser Auslegung mehr paßt, auch im gegebenen Falle keine anderweitigen Umstände vorliegen, welche für die andere Auslegung sprechen“; vom Obergericht: daß was die Frage anbetrifft, ob der Beklagte bloß eine einfache Bürgschaft oder eine sog. Bürg- und Zahlerschaft eingegangen habe, der Ausdruck „und nöthigenfalls als Selbstzahler“, wie sich das Obergericht schon wiederholt ausgesprochen, weder auf das Verhältniß der einfachen Bürgschaft, noch auf dasjenige der Bürg- und Selbstzahlerschaft genau paßt, vielmehr in jedem einzelnen Falle auszumitteln ist, was wahrscheinlicher Weise die Meinung der betreffenden Parteien gewesen sei, im vorliegenden Fall aber die Annahme, es sei die Willensmeinung der Parteien bloß auf die Constituierung einer einfachen Bürgschaft gegangen, durch folgende Momente unterstützt wird, u. s. f.“<sup>18)</sup> Ganz ebenso lautete ein Urtheil des Obergerichts Zürich vom 20. Februar 1849: daß kein Grund ist, von der hierorts schon mehrfach ausgesprochenen Ansicht abzugehen, nach welcher, da jener Ausdruck (Bürge und nöthigenfalls Selbstzahler) genau weder auf die einfache Bürgschaft, noch auf die Bürg- und Selbstzahlerschaft paßt, im einzelnen Falle zu ermitteln ist, ob wirklich die Willensmeinung der Contrahenten auf die Constituierung der letztern gegangen sei, oder ob zur Annahme dieser Willensmeinung hin-

<sup>18)</sup> Schauberg, Beiträge zur Kunde der zürcherischen Rechtspflege, Bd. V, S. 165 ff.

längliche Gründe nicht vorhanden seien, und daher das weniger Belästigende, mithin bloß einfache Bürgschaft anzunehmen sei.“<sup>19)</sup>

Die neuesten schweizerischen Civilgesetzgebungen sind diesen Grundsätzen zum größten Theile gefolgt, so sagt das Lucerner Civilgesetzbuch §. 696: „Wer sich als Bürge und Zahler verpflichtet, haftet als solidarischer Mitschuldner. Es hängt von der Willkür des Gläubigers ab, ob er zuerst den Hauptschuldner, oder den Bürgen, oder beide zugleich belangen wolle.“ So das Solothurner Civilgesetzbuch §. 1347: „Hat sich der Bürge als Selbstschuldner, oder als Zahler verpflichtet, so kann er vor dem Hauptschuldner belangt werden.“ Besonders sorgfältig das Zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch in den §§. 1789—1791: „Bei der einfachen Bürgschaft haftet der Bürge in zweiter Linie hinter dem Hauptschuldner. Bei der Bürg- und Selbstzahlerschaft haftet der Bürge neben dem Hauptschuldner in erster Linie. Eine Bürg- und Selbstzahlerschaft ist nur dann vorhanden, wenn der Bürge ausdrücklich sich als Selbstzahler bezeichnet oder sonst auf unzweideutige Weise seinen Willen erklärt hat, gleich dem Hauptschuldner solidarisch und von Anfang an zu haften. Im Zweifel wird die einfache Bürgschaft vermuthet, insbesondere auch, wenn die Formel „als Bürge und nöthigenfalls Selbstzahler“ gebraucht wird. Von dem Selbstzahler kann der Gläubiger von Anfang an und ohne vorherige Mahnung an den Hauptschuldner Zahlung fordern.“

<sup>19)</sup> Ebenda, Bd. X. S. 301. Beiläufig, weil nicht schweizerischer Praxis entnommen, sei hier eine in der Sammlung von Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Hamburgischen Rechtsachen, Band 2, S. 494 aufgeführte Entscheidung der Heidelberger Juristenfakultät vom 25. April 1851 erwähnt, welche den Satz ausführt: „Der Selbstschuldner des deutschen Rechts, wie er in der dormaligen Praxis vorkommt, ist nicht als Correal Schuldner oder Expromittent zu betrachten, sondern als Bürge, welcher auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat.“ Diese Entscheidung stimmt mit denen der Zürcher Gerichte überein. So sehr ich den angeführten Satz der Heidelberger Fakultät für die ältere Zeit als zutreffend ansehe, so wenig möchte ich den Worten: „wie er in der dormaligen Praxis vorkommt,“ beistimmen, aus denselben Gründen, die mich zu Bedenken gegen die Zürcher Urtheile und die ihnen folgenden Gesetze veranlassen.

Es ist nicht zu läugnen, daß sich diese Entscheidung der Sache am einfachsten darbietet und auch auf den ersten Blick viel für sich hat. Dennoch scheinen mir gegründete Bedenken dagegen vorgebracht werden zu können. Vor Allem das Bedenken, daß nach unsrer heutigen Auffassung der Bürgschaft die Formel Bürge und Selbstzahler schon einen Widerspruch in sich birgt, indem heut zu Tage die subsidiäre Haftpflicht des Bürgen ganz im Vordergrund steht. Sodann der Blick auf die historische Entwicklung, die oben bezeichnet worden ist und hier in kurzen Worten zusammengefaßt werden mag: der Ausdruck Bürge und Selbstzahler ist entstanden zu einer Zeit und für Verhältnisse, wo der römischrechtliche Begriff von der Bürgschaft noch nicht durchgedrungen war, eine Bürgschaft war damals und in den betreffenden Verhältnissen überhaupt nur in der Form einer Mitschuldnerschaft möglich. Später wurde dieß anders, die römische Anschauung drang durch, die Formel aber blieb, mehr aus alter Gewohnheit als aus innerm Grund, der Schluß, den ich daraus ziehe, ist der, daß die Formel „Bürge und Selbstzahler“ nicht von selbst die Willensmeinung des Bürgen, von Anfang an und ohne vorherige Mahnung an den Schuldner zu haften, sondern bloß mit Sicherheit die einfache Bürgschaft beweist, wie die Basler Landesordnung dieß auch als Regel aufstellt, und im einzelnen Falle dem Gläubiger die Verpflichtung obliegen muß, das Mehrere, die Selbstzahlerschaft zu beweisen, weil jener Formel heut zu Tage das Fundament fehlt, das ihr seiner Zeit Leben und Bedeutung gegeben hat.

Zu einer Zeit, wo in Rom die Rechtsbildung jenen mächtigen Schwung nahm, der das römische Recht zu einem Meisterwerk für alle Völker und für alle Zeiten machte, wies Cicero (pro Murena 12) darauf hin, daß wer das Recht richtig erfassen und anwenden wolle, nicht denen gleichen dürfe, die in *omni iure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt*. Dieß gilt auch hier: ein Festhalten an dem Wort der alten Formel macht das Recht unwahr, weil dem Worte jetzt der Geist fehlt, der es früher belebt hat.