

Die Verpflichtung des Bürgen nach schweizerischem Recht

Autor(en): **Schulthess, Friedrich**

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): **44 (1925)**

PDF erstellt am: **26.04.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-895896>

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.

Die Verpflichtung des Bürgen nach schweizerischem Recht.

Von Dr. FRIEDRICH SCHULTHESS, in Basel.

Inhaltsverzeichnis:

§ 1. Einleitung. Die Bürgschaft als Schuldverhältnis . . .	65
1. Abschnitt. Inhalt und Gegenstand der Bürgenschuld.	
§ 2. Zweck und Inhalt der Bürgenverpflichtung	68
§ 3. Gegenstand der Bürgenverpflichtung	72
2. Abschnitt. Juristische Natur der Bürgenschuld.	
§ 4. Die Bürgenschuld als Fremdschuld	77
§ 5. Die Bürgenverpflichtung als Nebenschuld. Die Akzes-	
sorientät	78
1. Die Akzessorietät in der Existenz	79
2. Die Akzessorietät im Umfang	89
A. Allgemeines. Ort und Zeit der Leistung	89
B. Einfluss von Veränderungen der Hauptschuld	
auf die Bürgenverpflichtung	97
1. Ereignisse	97
2. Rechtsgeschäfte des Hauptschuldners . . .	102
3. Obligationswidriges Verhalten des Haupt-	
schuldners	104
C. Die Einreden des Bürgen	106

Die Literatur zum Bürgschaftsrecht¹⁾ geht im allgemeinen mit Stillschweigen über die Schwierigkeiten einer genauen Begriffsbestimmung der Bürgschaft hinweg und begnügt sich mit der Legaldefinition des OR, ohne dieselbe näher zu untersuchen. Im folgenden soll daher versucht werden, diese Lücke durch eine kurze Darstel-

¹⁾ Über die Literatur zum schweiz. Bürgschaftsrecht cf. die Komm. von Fick und Oser zu OR Art. 492 ff., für das deutsche Recht die Angaben bei Gierke, DPR III S. 769, insbesondere Reichel, Schuldmitübernahme, und Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt.

lung des Wesens und der juristischen Natur der Verpflichtung des Bürgen auszufüllen.²⁾

²⁾ Das Recht des Bürgschaftsvertrages, das Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner, der Regress (cf. hierüber Vischer in dieser Z. N. F. 7 S. 1 ff, von Tuhr ebenda 42 S. 101 ff. und Strohal in Iherings Jahrb. 61 S. 59 ff.) und die besonderen Arten der Bürgschaft (Nach-, Mit-, Rück-, Teil-, Amt- und Dienst-, Zeitbürgschaft) bleiben ausserhalb des Rahmens der nachfolgenden Ausführungen. Über den Bürgschaftsvertrag selbst sei nur kurz folgendes bemerkt. Der Bürgschaftsvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form und der Angabe eines bestimmten Maximalhaftungsbetrages (OR 493). Das Versprechen einer Person dagegen, einer anderen Bürgschaft zu leisten, ist formlos rechtsverbindlich (BJV 51 S. 563). Nebenabreden zum Bürgschaftsvertrag bedürfen ebenfalls nicht der Schriftlichkeit (RG 95 S. 9). Ebenso nach Pr. VII Nr. 62, Bedingungen, soweit sie dem Bürgen günstig sind.

Die Auslegung des Bürgschaftsvertrags braucht sich nicht auf den Wortlaut der Bürgschaftsurkunde zu beschränken, sondern hat auch Begleitumstände zu berücksichtigen (RG 95 S. 125, Rev. 22 Nr. 61 und 16 Nr. 12, BG AS 31 II 92, 33 II 105, 48 S. 434, BJV 50 S. 150), z. B. mündliche Erklärungen des Promittenten (BJV 27 S. 296).

Der Bürge hat kein Recht, beim Abschluss des Bürgschaftsvertrages vom Gläubiger über die Verhältnisse des Hauptschuldners aufgeklärt zu werden (BG AS 25 II 575, Revue 18 Nr. 4 und Bl.f.zürch.Rspr. 1917 Nr. 137 S. 227, auch RG 91 S. 80).

Blosse Namensunterschrift unter den die Hauptschuld enthaltenden Vertrag begründet keine Bürgschaft (RG 77 S. 378, ebenda 94 S. 89 und 96 S. 137), wohl aber, wenn der Zusatz „als Bürge“ oder ähnlich gegeben ist. Cf. auch Bg in Pr. XII Nr. 173 E. 1.

Mangel der Schriftform hat Nichtigkeit der Bürgschaft zur Folge, begründet jedoch u. E. für den Bürgen, der bereits geleistet hat, kein Rückforderungsrecht. (Ebenso Reichel SJZ 20 S. 178 und von Tuhr ebenda 19 S. 225; a. M. Oser zu Art. 493 OR a. E.)

Die Annahme der Bürgschaft durch den Gläubiger bedarf der Schriftform nicht (RG 97 S. 163, 57 Nr. 57, 61 Nr. 84, BJV 27 S. 298, Revue 6 Nr. 2).

Für die Fähigkeit zur Eingehung der Bürgschaft gelten die allgemeinen Vorschriften des Gesetzes über die Handlungsfähigkeit. Bevormundete können selbst mit Zustimmung der

§ 1. Einleitung.

Die Bürgschaft als Schuldverhältnis.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes³⁾ „verpflichtet“ sich der Bürge, gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, des Hauptschuldners, für die Erfüllung der Schuld des letzteren „einzustehen“. Die Bürgschaft erscheint demnach als ein Schuldverhältnis. Trotzdem sind die Meinungen hierüber nicht einstimmig. Vielmehr wird von manchen Seiten⁴⁾ die Bürgschaft als ein sog. Haftungsverhältnis angesehen.

Unter Schuld versteht das moderne Recht ein Leisten-sollen, d. h. die Pflicht zu einem bestimmten Verhalten, das in einem Tun oder in einem Unterlassen bestehen kann. Andererseits kennt es den Begriff der Haftung, der aus dem deutschen Recht übernommen wurde, aber einer allgemein anerkannten Definition zur Stunde noch entbehrt. Richtiger Ansicht nach ist die Haftung das Unterworfensein eines Gegenstandes — Sache oder Recht — unter den Zugriff des Gläubigers, wobei es unerheblich

Vormundschaftsbehörde keine Bürgschaften eingehen (ZGB 408). Bürgschaft eines Urteilsunfähigen ist nichtig (Pr. VIII Nr. 15). Ist eine Bürgschaftsurkunde undatiert und behauptet der Bürge, zur Zeit der Bürgschaftseingehung noch minderjährig gewesen zu sein, so liegt ihm und nicht dem Gläubiger die Beweislast hierfür ob (Pr. VIII Nr. 26). Über die Bürgschaft einer Ehefrau zugunsten des Ehemannes cf. Pr. III Nr. 148.

Der Abschluss des Bürgschaftsvertrages kann durch Stellvertreter erfolgen (Pr. IX Nr. 60 E. 1) sowohl seitens des Gläubigers als seitens des Bürgen (Pr. II Nr. 49 E. 2, BG AS 33 II 402, SJZ 4 S. 310). Auch als Vertrag zwischen Bürge und einem Nichtgläubiger zugunsten des Gläubigers als eines Dritten kann die Bürgschaft begründet werden. Cf. Reichel in SJZ 10 S. 47.

³⁾ Art. 492 OR. Über intertemporales Bürgschaftsrecht cf. BG in Pr. IV Nr. 41 E. 1.

⁴⁾ Z. B. Isa'y in Iherings Jahrb. 48 S. 193 ff., Dümchen ebenda 54 S. 407, Puntschart ZHR 71 S. 321. Richtige Ansicht bei Reichel, Schuldmitübernahme S. 68 ff. und neuerdings in SJZ 20 S. 174.

bleibt, ob dieser Zugriff erfolgt zwecks Erlangung der primär geschuldeten Leistung oder zwecks Erreichung einer Ersatzleistung wegen Nichterfüllung der Leistungspflicht.⁵⁾

Dem Sprachgebrauch des OR liegt dieser Gegensatz von Schuld und Haftung allerdings gänzlich fern. Das Gesetz bedient sich beider Ausdrücke ohne Unterschied, und zwar im Sinne von Schuldverpflichtung.⁶⁾ Dieser

⁵⁾ Die beiden Begriffe stehen in folgenden vier Punkten zueinander im Gegensatz.

1. Die Verpflichtung zur Leistung ruht auf der Person des Schuldners. Die Haftung aber trifft nicht diesen, sondern sein Vermögen.

2. Was schuldet, ist stets Rechtssubjekt, was haftet, ist immer Rechtsobjekt. Schulden können nur Personen, haften nur Gegenstände.

3. Schuld ist ein selbständiger, Haftung ein abhängiger Begriff. Ohne Verpflichtung keine Haftung. Diese existiert nur um einer Schuld willen, als deren Annex.

4. Die Schuld bezweckt Erfüllung des Leistensollens, die Haftung dagegen Sicherung der Schuld dadurch, dass der Gläubiger sich an das Vermögen des Schuldners halten kann, um Befriedigung zu erlangen.

⁶⁾ Oft bezeichnet Haftung im Gesetz nichts anderes als klagbare Schuld. So besonders bei der Solidarschuld (143 I, 181 II OR, 603, 639 ZGB) und bei der Verpflichtung des Erben (ZGB 579, 590 II). Wenn z. B. OR 171 davon spricht, dass der Verkäufer einer Forderung oder eines anderen Rechtes für den rechtlichen Bestand desselben „haftet“, so heisst dies, dass der Zedent den rechtlichen Bestand — klagbar — schuldet.

In anderen Fällen verwendet das Gesetz den Ausdruck „Haftung“, um damit eine klagbare Schadenersatzpflicht zu bezeichnen. Haftung ist also auch hier wieder nichts anderes als Schuld, und zwar eine auf Ersatzleistung gerichtete Schuld. So wird gesprochen von Haftung für Verschulden (OR 99 I, 100 II, 101 III), für Fahrlässigkeit (OR 420 I), für Zufall (OR 103 I, 306 III, 474 II), für Schaden (OR 50, 55, 303, 402 II, 484, 449, 538). Gerade so gut hätte das Gesetz sagen können, der Schuldner sei zu Schadenersatz verpflichtet, habe den Schaden zu ersetzen, der aus einem der angeführten Gründe eintrete. Haftung bedeutet demnach hier eine eventuelle Schadenersatzpflicht.

Dass die Bürgschaft ein Schuld- und nicht ein blosses Haftungsverhältnis ist, ergibt sich aus folgendem:

Umstand beweist aber nichts gegen die Richtigkeit und wissenschaftliche Berechtigung jener Unterscheidung. Dass dem schweizerischen Recht die begriffliche Selbständigkeit der Haftung gegenüber der Schuld trotzdem zugrunde liegt, ergibt sich aus den beiden Tatsachen, dass einmal das moderne Recht Schulden ohne Haftung kennt und dass

Zunächst zwei mehr äusserliche Gründe. [1. Die Bedeutung der Worte „Haften“ und „Einstehen“ im Gesetz legt die Vermutung nahe, dass auch im Bürgschaftsrecht diese Ausdrücke im gleichen Sinn verwendet sind (OR 497, 499). Diese Vermutung wird zur Gewissheit, wenn man konstatiert, dass nicht nur in Art. 492, 494 III, 496, 498, 502 und 506 I die Worte „verpflichtet“ und „haftet“ im gleichen Satz als Synonyma gebraucht werden. „Haften“ bedeutet also auch hier keinen Gegensatz zu „Schulden“, sondern das Gleiche wie „Schulden“. Ausserdem spricht auch Art. 491 ZGB ausdrücklich von Bürgschaftsschulden des Erblassers. 2. Das Gesetz führt die Bürgschaft unter den einzelnen Schuldverhältnissen auf.

Es kommen jedoch noch innere Gründe hinzu. Einmal bestimmt OR 498 ausdrücklich, dass für eine Bürgschaft eine Nachbürgschaft eingegangen werden kann. Da nun aber 492 OR sagt, dass der Bürge für die „Schuld“ des Hauptschuldners „einzustehen“ hat, so folgt daraus, dass die Bürgschaft ein Schuldverhältnis sein muss, denn der Vorbürge ist das Subjekt der Hauptschuld, für die der Nachbürge einsteht. Das gleiche folgt aus der Zulässigkeit einer Pfandbestellung für eine Bürgschaft, da ein Pfandrecht nur als Akzessorium einer Verpflichtung denkbar ist.

Sodann geht die Klage gegen den Bürgen immer auf eine Leistung desselben, was nur bei einem Schuldverhältnis möglich ist. Bestände lediglich eine Haftung des Bürgenvermögens ohne eine Schuld des Bürgen selbst, so wäre gegen diesen nur eine Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung denkbar.

Auf ein weiteres Argument macht Reichel in dieser Zeitschrift 32 S. 135 aufmerksam: Wenn im Falle einer Bürgschaft Verjährung eintritt, so entfällt mit der Erhebung der Verjährungseinrede die Haftung. Wäre aber die Bürgschaft schon vorher blosser Haftung gewesen, so bliebe nunmehr nicht nur nichts, sondern es würde sich sogar die Haftung ohne Schuld in eine Schuld ohne Haftung verwandeln. Dieser logische Widerspruch bleibt unlösbar, solange man in der Bürgschaft ein blosses Haftungsverhältnis erblickt.

sodann an drei Stellen des Gesetzes das Wort Haftung doch im Sinne obiger Definition verwendet wird.⁷⁾

Das Vermögen des Bürgen ist es, das dem Gläubiger Sicherheit gewährt.⁸⁾ Auf die persönlichen Eigenschaften des Bürgen kommt es nicht an. Der Bürge besitzt auch keinerlei Möglichkeit, auf die Entwicklung der Hauptschuld und dadurch indirekt auch auf die seiner eigenen Verbindlichkeit irgendwie gestaltend einzuwirken. Diese Umstände mögen dazu verleitet haben, in der Bürgschaft ein Haftungsverhältnis zu erblicken. Aber die Vermögenshaftung des Bürgen kann eben nur durch Eingehung eines Schuldverhältnisses begründet werden.⁹⁾

I. Abschnitt. Inhalt und Gegenstand der Bürgenschuld.

§ 2. Zweck und Inhalt der Bürgenverpflichtung.

Der Zweck der Verpflichtung des Bürgen ist Sicherung der Hauptschuld. Es soll der Gefahr vorgebeugt werden, dass der Forderungsberechtigte durch Nichtleisten des prinzipaliter Verpflichteten zu Schaden kommt. Das geschieht dadurch, dass der Gläubiger neben dem Hauptschuldner einen zweiten Schuldner erhält, an den er sich halten kann, wenn er von ersterem keine Befriedigung erlangt. Der Bürge ist also Ersatzschuldner.

Der Sicherungszweck ist der Bürgschaft inhärent und begriffswesentlich. Ohne Sicherung keine Bürgschaft.¹⁰⁾

⁷⁾ ZGB 794 II, 832 I. In OR 178 II wenigstens für die Pfänder, nicht dagegen für die Bürgen.

Das Wort „Einstehen“ wird im Gesetz nur selten verwendet (OR 44, 328, 430) und zwar in der gleichen Bedeutung wie „Haften“, was sich besonders aus der Vergleichung von Marg. 328 mit 328 III ergibt.

⁸⁾ So ausdrücklich BGB § 239, Codice civile italiano 1904 f. code civil 2018.

⁹⁾ Cf. Wieland Handelsrecht I S. 63.

¹⁰⁾ Während die kumulative Schuldübernahme wohl zum Zweck der Sicherung der Forderung gegen den Urschuldner eingegangen werden kann, aber nicht muss, ist bei der Bürgschaft die Sicherung nicht eine zufällige Nebenwirkung, die auch fehlen

Dementsprechend ist, wie weiter unten zu zeigen sein wird, das ganze Bürgschaftsrecht des OR vom Sicherungszweck beherrscht.

Inhalt der Bürgenverpflichtung ist nicht die Erfüllung der Hauptschuld. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen.

Die Leistung, zu der eine Obligation den Schuldner verpflichtet, muss für diesen immer objektiv möglich sein. Nicht selten aber ist die Erfüllung der Hauptschuld für den Bürgen geradezu ausgeschlossen, nämlich in allen den Fällen, wo der Hauptschuldner eine höchstpersönliche Leistung, z. B. ein Unterlassen oder eine unvertretbare Arbeitsleistung schuldet. Hier kann der Bürge weder die Hauptschuld erfüllen, noch auch nur die Erfüllung durch den Hauptschuldner herbeiführen. Denn es fehlt ihm dazu an jeder Möglichkeit. Und wenn er auch alle Mühe darauf verwendete, den Hauptschuldner zur Leistung zu veranlassen, so würde er dadurch doch seiner eigenen Verbindlichkeit nicht ledig. Denn seine Verpflichtung geht eben nicht auf Erfüllung der Hauptschuld.

Erfüllung einer Schuld und Einstehen für eine Schuld sind zweierlei. Wenn das Gesetz eine Pflicht des Bürgen zur Leistung des Hauptschuldinhaltes hätte statuieren wollen, so hätte es das Wort „Einstehen“ nicht gebraucht.

Wäre der Bürge zur Erfüllung der Hauptschuld verbunden, so wäre, wenn dieselbe auf eine unteilbare Leistung ginge, mit dem Hauptverpflichteten zusammen Solidarschuldner.¹¹⁾ Der Bürge ist aber, wie später zu zeigen sein wird, einmal Fremdschuldner und sodann Nebenschuldner gegenüber dem Hauptschuldner. Letzteres geht schon aus der Terminologie des Gesetzes hervor. Beides aber ist mit der Existenz eines Solidarschuldverhältnisses unvereinbar.

könnte. Cf. über die Unterschiede von Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme Reichel, Schuldmitübernahme passim, ferner BG in Pr. III Nr. 21 und V Nr. 133, auch RG 90 S. 415.

¹¹⁾ OR Art. 70 II.

Der Bürge muss demnach zu etwas anderem als zur Erfüllung der Hauptschuld verpflichtet sein. Es bleibt in diesem Falle begrifflich nichts anderes übrig als die Verpflichtung des Bürgen als eine Pflicht zur Ersatzleistung wegen Nichterfüllung der Prinzipalschuld anzusehen. Schon die Römer unterschieden richtig als die drei möglichen Leistungsinhalte von Verpflichtungen *dare*, *facere* und *praestare*; *quartum non datur*. Scheiden also *dare* und *facere* aus, so kommt nur noch ein *praestare* in Frage. Die Bürgschaftsschuld geht grundsätzlich auf das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung der Hauptschuld, d. h. auf Ersatz des Schadens, den der Gläubiger durch das Nichtleisten des Hauptschuldners erleidet. Dieses Resultat stimmt auch mit der Terminologie des OR überein, welches, wie oben erwähnt, die Wendungen „haften für“ und „einstehen für“ regelmässig im Sinne einer Pflicht zur Ersatzleistung gebraucht.

Eine andere Meinung nimmt an, der Bürge sei zur Erfüllung der Hauptschuld verbunden.¹²⁾ Sie scheint zum mindesten in den Fällen zuzutreffen, wo jemand sich unter Verzicht auf die Einrede der Vorklage für eine Geldschuld verbürgt hat. Aber auch hier schuldet der Bürge in Tat und Wahrheit nicht den primären Inhalt der Hauptverbindlichkeit, sondern Leistung des Interesses bei deren Nichterfüllung.¹³⁾

Abzulehnen ist auch die Ansicht, der Bürge schulde

¹²⁾ So die immer noch herrschende Meinung. Cf. u. a. Crome § 295 S. 868, Enneccerus § 411, Staudinger, Schuldverh. II S. 1490, Endemann S. 1193, Cosack I S. 659, Oertmann, Vorbemerkung zu Titel 18 Note 2, Planck zu § 765 Anm. 6, Gierke DPR III S. 775. Auch von Tuhr, Allg. Teil d. Bürg. R. III S. 176 Note 14, der die Bürgschaft den auf eine Interesseleistung gerichteten Verbindlichkeiten gegenüberstellt (z. B. Schadlosbürgschaft). Auch Westerkamp a. a. O. S. 156 kommt letzten Endes auf eine Pflicht des Bürgen zur Erfüllung der Hauptschuld hinaus. Für Verpflichtung zur Interesseleistung nur Reichel a. a. O. S. 80 und Wieland, Handelsrecht I S. 631.

¹³⁾ Reichel a. a. O. S. 80.

bei Hauptschulden mit vertretbarem Inhalt deren Erfüllung, bei solchen mit unvertretbarem Inhalt dagegen Schadenersatz.¹⁴⁾ Denn als Inhalt eines bestimmten Schuldverhältnisses darf nur etwas aufgestellt werden, das in allen Fällen der betreffenden Verpflichtung zutrifft.¹⁵⁾

¹⁴⁾ So Westerkamp a. a. O. S. 156.

¹⁵⁾ Gegen unsere Auffassung wendet sich u. a. Westerkamp a. a. O. S. 173 ff. mit dem Argument, die Bürgschaft würde alsdann eine bedingte Verpflichtung sein. Wenn Westerkamp recht hätte, so wäre z. B. ein Pfandrecht für eine Bürgschaft nur ein bedingtes Pfandrecht, was allerdings ein unbefriedigendes Resultat wäre. Aber seine Ansicht ist — zum mindesten für das schweizerische Recht — unzutreffend. Es liegt nämlich bei der Bürgschaft gar keine wahre Bedingung im juristischen Sinne vor. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

1. Nach Art. 215 SchKG wird die Verbindlichkeit des Bürgen mit dessen Konkurs als fällig behandelt nach dem allgemeinen Prinzip, dass durch die Konkurseröffnung die Fälligkeit sämtlicher Verpflichtungen des Kridars herbeigeführt wird. Andererseits bestimmt Art. 210 desselben Gesetzes, dass aufschiebend bedingte Forderungen zwar zur Kollokation zugelassen werden, der Bezug der aus ihr entspringenden Konkursdividenden aber erst mit Eintritt der Suspensivbedingung erfolgen kann. Wäre die Bürgschaftsschuld nun eine wahre bedingte Schuld, so müsste sie unter Art. 210 SchKG fallen. Aber gerade für sie trifft dieses Gesetz in Art. 215 eben eine besondere Regelung, die gar nicht erforderlich gewesen wäre, wenn es dieselbe als eine gewöhnliche bedingte Verpflichtung aufgefasst hätte.

2. Eine eigentliche bedingte Verpflichtung kann auch als unbedingte eingegangen werden. Das folgt aus dem Wesen der Bedingung; denn eine *condicio* liegt vor, wenn die Parteien den Eintritt eines Rechtserfolges abhängig machen vom Eintritt eines nicht rechtlich notwendigen Tatbestandserfordernisses, eines künftigen, ungewissen Ereignisses. Das ist aber bei der Bürgschaft nicht der Fall. Denn diese kann nie „unbedingt“, d. h. ohne die „Bedingung“ der Nichterfüllung der Hauptschuld eingegangen werden; sonst wäre sie eben keine Bürgschaft mehr.

3. Wäre die Bürgenverpflichtung eine bedingte Schuld, so würde in dem Fall, dass der Hauptschuldner seiner Verpflichtung von sich aus nachkommt, eine Schuld des Bürgen überhaupt nie entstanden sein. Auch dies trifft nicht zu. Vielmehr äussert dieselbe schon vor Fälligkeit der Hauptschuld Wirkungen; man nehme nur den Fall, dass die Bürgschaft gegen Entgelt eingegangen

§ 3. Gegenstand der Bürgenverpflichtung.

Gegenstand der Bürgenverpflichtung ist immer und ausnahmslos Geld. Denn ihr Inhalt ist Leistung von Schadenersatz bei Nichterfüllung der Hauptschuld. Das Schadenersatzrecht des OR aber ist auf dem Prinzip des Geldersatzes aufgebaut, was hier nicht näher ausgeführt werden kann.¹⁶⁾

wurde. Der Entgelt wird hier als Gegenleistung gegen die Übernahme der (sofort entstehenden) Bürgenschuld geleistet; würde diese erst später zur Existenz kommen, so könnte der Gläubiger seine Gegenleistung als zurzeit noch nicht geschuldet zurückverlangen, was dem Gesetze nicht entsprechen würde.

Was bei der Bürgschaftsschuld den Anschein der Bedingtheit hervorruft, ist der Umstand, dass die Verpflichtung des Bürgen zur Interesseleistung eine eventuelle ist. Diese Eventualität ist aber keine wahre Bedingtheit. Vielmehr liegt eine *condicio juris* vor. Diese hat mit der eigentlichen Bedingung einzig den Namen gemeinsam und untersteht ganz anderen Regeln als letztere. Sie ist nichts anderes als das, was die Römer ein „*essentiale negotii*“ nannten, nämlich ein notwendiges Begriffsmerkmal einer bestimmten Verpflichtungsart. Rechtsbedingungen sind Tatsachen, die zur Entstehung eines Rechts resp. einer Verbindlichkeit erforderlich sind. Das *essentiale* bei der Bürgschaft ist nun, dass ein Leistenmüssen erst in dem Moment eintritt, wo die Nichterfüllung der Hauptschuld feststeht. „Bedingt“ ist nur die Realisierung der Bürgenschuld. Man könnte (*cum grano salis*) sagen: Bei dem wahren bedingten Schuldverhältnis ist die *condicio in obligatione*, bei der Bürgschaft dagegen in *solutione*.

Die Bürgenverpflichtung beginnt daher sofort mit Abschluss des Bürgschaftsvertrages zu existieren. Die Eigentümlichkeit, dass zwar mit Vertragsschluss sofort eine Verbindlichkeit entsteht, das Ob und Wann des Leistenmüssens aber zweifelhaft bleibt, hat die Bürgschaft gemein mit den Sicherungsverträgen überhaupt, z. B. mit der Schadensversicherung und dem Garantievertrag, OR 111. (Über das Verhältnis von Bürgschaft und Garantie cf. Pr. II Nr. 178, IX Nr. 96 E. 2, BJV 47 S. 352, 50 S. 261, RG 90 S. 415.) Allen diesen Schuldverhältnissen ist wesentlich, dass der Sicherer die Gefahr übernimmt, d. h. dass er zu einer Leistung erst dann verpflichtet wird, wenn die Gefahr sich in einen konkreten Schaden umgesetzt hat (bei der Bürgschaft infolge Nichterfüllung der Hauptschuld).

¹⁶⁾ Cf. C. C. Burckhardt in dieser Zeitschrift N. F. Bd. 22 S. 469—586 und 687—719. Aber auch aus den Spezialbestim-

Ist der Rechtssatz, dass die Leistung des Bürgen immer auf Geld geht, zwingend? Dies ist zu verneinen insofern, als ohne Zweifel von den Parteien abgemacht werden kann, dass der Bürge an Stelle einer Geldsumme den Gegenstand der Hauptschuld erbringen solle. Eine solche Vereinbarung ist im Zweifel als Einräumung einer *facultas alternativa* an den Bürgen anzusehen, so dass derselbe auch hier gleichwohl prinzipiell Geldschuldner bleibt und nur kraft seiner Lösungsbefugnis sich durch Leistung des Hauptschuldgegenstandes befreien kann, der für ihn nur in *solutione*, nicht in *obligatione* ist. Würde die Auslegung jener Abmachung aber ergeben, dass der Wille der Parteien darauf gerichtet war, für den Bürgen ausschliesslich die Pflicht zur Erbringung des Hauptschuldgegenstandes zu begründen, so läge keine wahre Bürgschaft vor, sondern eine kumulative Schuldübernahme, Eintritt

mungen des 20. Titels des OR, insbesondere Art. 493, 495 I und 150 II, ergibt sich, dass der Bürge nur zu Geldleistungen verpflichtet sein kann.

Nach Art. 493 OR bedarf die Bürgschaft zu ihrer Gültigkeit der Angabe eines bestimmten Haftungsbetrages. Diese Bestimmung ist nur dann verständlich, wenn man eine Geldzahlungspflicht des Bürgen annimmt. Denn andernfalls würde 493 nur für diejenigen Fälle Gültigkeit besitzen, in denen der Bürge aus anderweitigen Gründen (insbesondere z. B. weil die Hauptschuld schon auf Geld geht) zu einer Geldzahlung verbunden ist. 493 stellt aber ein allgemeines, alle Bürgschaften betreffendes Erfordernis auf; er gilt also auch beispielsweise für eine Bürgschaft zur Sicherung einer Warenschuld; wenn man in einem solchen Fall eine Verpflichtung des Bürgen zur Leistung der betreffenden Waren annähme (die ja regelmässig für ihn eine objektiv mögliche Leistung sein wird), so wäre die Angabe eines ziffermässigen Betrages sinnlos, da es sich alsdann gar nicht um eine Geldschuld des Bürgen handeln würde. Aber das wird vom Gesetz gar nicht verlangt, sondern eben nur die ziffernmässige Angabe einer Geldsumme, dies aber bei sämtlichen Bürgschaften.

495 Abs. 1 spricht ausdrücklich von einer Zahlungspflicht des Bürgen. Zahlung aber bedeutet eben immer Leistung einer Geldsumme. Ebenso ist in Art. 510 Abs. 2 von „Zahlung“ des Bürgen die Rede.

des „Bürgen“ als Solidarschuldner in das Schuldverhältnis des „Hauptschuldners“. Daran würde auch der Umstand nichts ändern, dass die Kontrahenten ein „Beneficium excussionis“ vereinbarten; denn letzteres wäre nichts anderes als eine Suspensivbedingung für die Schuldpflicht des kumulativen Schuldübernehmers.

Der Bürge kann daher immer nur zu einer Geldzahlung verurteilt werden.

Nehmen wir als Beispiel den Fall, dass S. dem G. aus Kauf die Lieferung eines „Hodler“ (ohne jede nähere Bezeichnung) schulde und dass B. sich für dessen Schuld verbürgt habe. Hier kann G. von B. bei Nichtleisten des S. nicht die Lieferung eines Hodler-Gemäldes verlangen, auch wenn ein solches sich in B.s Vermögen befände; G. ist vielmehr lediglich auf eine Interesseforderung angewiesen.

Andererseits stellt sich die Frage, ob der Bürge — mangels anderweitiger Vereinbarung — berechtigt ist, dem Gläubiger die Leistung, zu der der Hauptschuldner verpflichtet ist, anzubieten mit der Wirkung, dass er bei Weigerung des Gläubigers und bei Fälligkeit der Hauptschuld frei wird.¹⁷⁾ In obigem Beispiel also: kann B. dem G. einen „Hodler“ aus seinem eigenen Vermögen mit dieser Wirkung offerieren? Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob die Verpflichtung des Hauptschuldners auf eine vertretbare oder auf eine unvertretbare Leistung geht. Geht sie auf eine vertretbare Leistung, so ist der Bürge offenbar zur Leistung des Hauptschuldgegenstandes berechtigt; denn wenn nach OR Art. 68 jeder beliebige Dritte die Hauptschuld erfüllen kann, so wird man es dem Bürgen nicht verwehren dürfen, dies ebenfalls zu tun. Und zwar wird man ihm alsdann auch die gesetzliche Subrogation¹⁸⁾ zubilligen müssen. Dies entspricht der Interessenlage; dem Gläubiger ist es ja ganz gleichgültig, ob die cessio legis erfolgt oder nicht, da seine wirtschaft-

¹⁷⁾ OR 510.

¹⁸⁾ OR 505.

lichen Interessen durch die Leistung des Bürgen gewahrt worden sind und er daher keinen Anlass hat, dem gesetzlichen Forderungsübergang zu widersprechen.

Ist die Leistungspflicht des Hauptschuldners dagegen eine unvertretbare, so kann dem Bürgen jene Alternativermächtigung nicht zugestanden werden. Denn sonst würde der Gläubiger in seinen Rechten gegen den Hauptschuldner allzusehr beeinträchtigt.

In diesem Zusammenhang ist noch festzustellen, dass alle möglichen Arten von Verpflichtungen durch Bürgschaft sichergestellt werden können. Das Gesetz erklärt lediglich, dass jede zu Recht bestehende Schuld gültig verbürgt werden kann, und stellt keinerlei beschränkende Vorschriften in dieser Hinsicht auf.¹⁹⁾

¹⁹⁾ Auch wenn die Bürgschaft für öffentlich-rechtliche Forderungen eingegangen wird, verbleibt sie trotzdem als rein zivilrechtliches Institut ausschliesslich unter den Regeln des Privatrechts. Ebenso BG in Pr. VI Nr. 106. Die Bürgschaft ist ein einseitiger Vertrag, aber — selbst wenn unentgeltlich eingegangen — doch nicht ohne weiteres eine Schenkung, cf. RG 90 S. 181, und Reichel SJZ 1914/15 S. 104 f.

Das BG hat in seinem Entscheid Pr. 10 Nr. 37 die Zulässigkeit der Verbürgung einer Schuld einer Kollektivgesellschaft durch einen Sozius verneint. Zu Unrecht. (Richtig die Vorinstanz Zürcher Obergericht in Bl.f.zürch.Rspr. 1921 Nr. 118.) Durch die Übernahme der Solidarbürgschaft verzichtet der Gesellschafter auf die Subsidiarität seiner Gesellschafterhaftung, die darin besteht, dass er erst nach Auflösung oder erfolgloser Betreibung der Gesellschaft belangt werden kann (OR 564 III). Ferner bewirkt die Bürgschaft, dass der bürgende Gesellschafter auch nach seinem event. Austritt aus der Gesellschaft weiter schuldet und sich auch nicht auf die Verjährungsfrist des Art. 585 OR berufen kann. Das BG stellt in der Begründung seines Entscheids einmal darauf ab, die Kollektivgesellschaft sei keine juristische Person und könne infolgedessen auch nicht Subjekt einer durch einen Gesellschafter verbürgbaren Verpflichtung sein. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ergibt sich ohne weiteres aus dem Wesen der Kollektivgesellschaft als juristische Person (cf. Wieland, Handelsrecht I S. 398 ff. und 613 ff.). Aber auch Reichel (in SJZ 18 S. 267 f.), der die juristische Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft verneint, kommt, wenn auch mit etwas ge-

Zwar werden aus naheliegenden Gründen weitaus die meisten Bürgschaften für Geldschulden eingegangen, andererseits aber tritt gerade in den Fällen von Nichtgeldschulden, insbesondere bei Verpflichtungen zu einer unvertretbaren Leistung das Wesen und der Inhalt der Bürgenverpflichtung am deutlichsten in Erscheinung.²⁰⁾

zwungener Begründung, zum Ergebnis einer Zulässigkeit der Bürgschaftsübernahme.

Auch das weitere Argument des BG, der Kollektivgesellschaft könne durch die Bürgschaft die Stellung seiner Privatgläubiger willkürlich verschlechtern, indem der Gesellschaftsgläubiger seine Forderung gemäss BKG 218 nun auch im Konkurs des Bürgen in vollem Umfang anmelden könne, ist unhaltbar. Mit Recht weist Reichel a. a. O. darauf hin, dass der Gesellschafter z. B. durch Wechselakzept die Forderung des Gesellschaftsgläubigers ebenso gut hätte sichern können, ohne dass dabei etwas zu beanstanden wäre. Ausserdem aber ist zu betonen, dass die Privatgläubiger die Bürgschaft gemäss 285 ff. BKG anfechten können, womit sie gegen etwaige unlautere Machenschaften des Gesellschafterbürgen genügend geschützt sind.

²⁰⁾ Das Prinzip der allgemeinen Zulässigkeit der Verbürgung erleidet nur in einem Fall eine Beschränkung, nämlich dann, wenn sich jemand für einen Schuldner verbürgt, der zu einer höchstpersönlichen, nicht vermögenswerten Leistung verpflichtet ist. Die Bürgschaft ist zwar hier als solche gültig, aber rechtlich wirkungslos und daher wohl praktisch sehr selten. Beispiel: S. hat sich dem G. gegenüber verpflichtet, zu gewissen Tageszeiten nicht Klavier zu spielen oder zu bestimmten Stunden seinen Park zum Spaziergang offen zu halten. Wenn S. hier seiner Pflicht zuwiderhandelt, so kann G. keinen Schadenersatz verlangen, da er ja in den weitaus meisten Fällen Vermögensschaden gar nicht erlitten hat. Er kann lediglich durch Anwendung prozessualer Zwangsmittel (Geldstrafe oder Haft) den S. zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit anhalten. Welches ist nun hier die Stellung des Bürgen? Dieser ist zur Leistung des Interesses bei Nichterfüllung verpflichtet; zivilrechtlicher Schadenersatz kann nicht begehrt werden; für Geldstrafen aber ist der Bürge nicht haftbar (da sie dem öffentlichen Recht angehören). Die Bürgschaft ist also insofern für den Gläubiger wertlos. Auch für die Kosten der Ausklagung des Hauptschuldners kann der Gläubiger den Bürgen nicht belangen, da es dem Bürgen gar nicht möglich war, sie durch Befriedigung des Gläubigers zu vermeiden (OR Art. 499²). Nur

II. Abschnitt. Juristische Natur der Bürgenschuld.

§ 4. Die Bürgenschuld als Fremdschuld.

Die Schuld des Bürgen ist nicht nur formell, sondern auch materiell eine selbständige Verpflichtung insofern als sie weder in bezug auf den Schuldinhalt noch in bezug auf den Schuldgrund mit der Hauptverbindlichkeit übereinstimmt. Der einzig mögliche Inhalt der Bürgenschuld ist die Pflicht zur Leistung des Interesses bei Nichterfüllung der Hauptschuld. Der Hauptschuldner dagegen kann zu einem Tun oder zu einem Unterlassen verpflichtet sein. Daraus folgt einmal, dass Hauptschuld und Bürgenschuld unmöglich gleichen Inhalts sein können und sodann, dass Bürge und Hauptschuldner aus verschiedenen Schuldgründen verpflichtet sind. Denn wenn jener etwas anderes schuldet als dieser, so schuldet er es auch aus anderem Grunde. Es ist zwar möglich, dass zwei Schuldner aus verschiedenen Gründen das Gleiche schulden, nicht aber dass sie aus gleichem Grunde zu verschiedenen Leistungen verpflichtet sind. Die Bürgschaftsschuld beruht auf ihrem eigenen Schuldgrund, dem Bürgschaftsvertrag, während Grundlage der Hauptschuld Kauf, Miete etc. sein kann.

Aus der Verschiedenheit von Schuldinhalt und Schuldgrund ergibt sich, dass Bürge und Hauptschuldner nicht im Verhältnis von Solidarschuldnern zueinander stehen können. Zweifelhaft scheint dies dann zu sein, wenn während des Bestehens beider Schuldverhältnisse sich eine Gleichheit des Schuldinhalts herausbildet, z. B. dadurch, dass infolge verschuldeter Unmöglichkeit der Leistung die Hauptschuld sich in eine Schadenersatzverpflichtung verwandelt. Alsdann schulden Bürge und Hauptschuldner

in dem Fall, dass sich der Gläubiger eine Konventionalstrafe, die in diesen Fällen überhaupt das einzige Schutzmittel des Gläubigers gegen Schädigung infolge Nichterfüllung der Schuld bildet, vom Hauptschuldner ausbedungen hatte, kann er sich für diese an den Bürgen halten, falls der Bürgschaftsvertrag ihm dazu die Handhabe bietet.

gleichermassen Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Trotzdem liegt auch hier keine Solidarschuld vor — nicht einmal eine ungleichgründige; denn eine solche entsteht ausser bei ausdrücklicher Erklärung nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen, von denen hier keiner zutrifft.²¹⁾

§ 5. Die Bürgenverpflichtung als Nebenschuld. Die Akzessorietät.²²⁾

Die Verpflichtung des Bürgen ist eine abhängige, eine Nebenschuld.²³⁾ Diese Eigenschaft, die sich schon äusserlich aus der Terminologie des Gesetzes ergibt, kommt zum Ausdruck in dem Prinzip der Akzessorietät.

Unter Akzessorietät versteht man die Eigenschaft einer Verbindlichkeit, dass sie in ihrer Existenz durch das Bestehen einer anderen Schuld, der Hauptschuld, bedingt ist und dass die Gestaltung ihres Inhaltes nicht vom Verhalten des Schuldners bestimmt wird, sondern durch das Tun und Unterlassen des Subjekts der Hauptverpflichtung.²⁴⁾

²¹⁾ OR 143. Ausserdem: Bestände wirklich eine Solidarschuld, so hätte der Bürge nur anteiligen, nicht vollen Regress gegenüber dem Hauptschuldner (148 I OR). Dies würde aber der Bestimmung von OR 505 widersprechen. Dass der Bürge nach schweizerischem Recht nicht Solidarschuldner ist, ergibt sich übrigens auch aus der Ausdrucksweise der Art. 136 und 141 OR und 303 SchKG.

Das hindert nicht, Bürgen und Hauptschuldner in gewissen Beziehungen Solidarschuldnern analog zu behandeln. So ist wohl eine Verurteilung von Bürge und Hauptschuldner in solidum zulässig in dem Falle, dass sie gleichermassen Schadenersatz wegen Nichterfüllung schulden. Cf. auch § 79 Zürcher ZPO und Sträuli, Komm. dazu S. 66.

²²⁾ Cf. hierüber neuerdings von Tuhr in SJZ 19 S. 225 ff. und 245 ff.

²³⁾ Daher ist keine Bürgschaft die sog. Wechselbürgschaft. Cf. hierzu Fick zu 808 OR Bd. II S. 395 ff. seines Kommentars. Ferner Pr. V Nr. 134, BG in AS 25 II S. 57, RG 94 S. 85.

²⁴⁾ Die Hauptschuld muss im Bürgschaftsvertrag genügend individualisiert sein. Cf. Pr. IX Nr. 60 E. 2, AS 15 S. 364, Revue 20 Nr. 32, auch RG 82 S. 70 f. Doch braucht der Hauptschuldner darin — vorläufig — noch nicht namentlich bestimmt zu sein. Pr. I Nr. 179.

Das Prinzip der Akzessorietät ergibt sich von selbst aus dem Wesen der Bürgschaft als eines Sicherungsgeschäftes. Es hat keine andere Aufgabe, als die Bürgschaft auf ihren Sicherungszweck zu beschränken und die Erreichung anderer Ziele durch sie unmöglich zu machen. Es ist begrifflich auch ganz undenkbar, dass eine Sicherung besteht ohne etwas, was gesichert werden soll. Man kann sagen, dass der Grundsatz der Akzessorietät der rechtliche Ausdruck des Sicherungszweckes ist. Alle Gesetzesbestimmungen, die Ausflüsse des Akzessorietätsprinzips sind, sind Sätze zwingenden Rechts, welche von den Parteien zuungunsten des Bürgen nicht modifiziert werden können, ohne dem Vertrag den Charakter der Bürgschaft zu nehmen.²⁵⁾

1. Die Akzessorietät in der Existenz.

A. Entstehung.

Jede Bürgschaft setzt eine zu Recht bestehende

²⁵⁾ Es sind dies die Art. 492, 494 I, 499 I, 501 und 506 OR. Art. 492 stellt als Inhalt der Bürgenschuld das Entstehen auf, d. h. die Pflicht zur Leistung des Interesses bei Nichterfüllung der Hauptschuld. Der Bürge ist, was das Ob, Wann und Wieviel seines Leistenmüssens anbelangt, grundsätzlich ganz vom Verhalten des Hauptschuldners abhängig. Gerade das aber ist das Wesen der akzessorischen Schuld, dass der Verpflichtete ohne eigene Gestaltungsmöglichkeit untätig die Entwicklung der Hauptschuld abwarten muss.

Der allgemeine Grundsatz des Art. 1492 wird in seinen Konsequenzen in Einzelbestimmungen des Gesetzes folgendermassen durchgeführt:

1. Eine Bürgenschuld besteht nur, soweit eine Hauptverpflichtung existiert, d. h.

a) sie entsteht nur, wenn eine rechtsbeständige Hauptschuld entstanden ist (494 Abs. 1 OR),

b) und geht unter, falls die Hauptschuld erlischt (OR 501).

2. Der Umfang der Bürgenschuld richtet sich nach dem Umfang der Hauptschuld:

a) Der Bürge muss einerseits alle gesetzlichen Erweiterungen der Hauptschuld gegen sich gelten lassen (499 Abs. 1 OR).

b) Er kann andererseits alle Einreden des Hauptschuldners geltend machen (OR 506).

Hauptschuld voraus.²⁶⁾ Wo eine solche fehlt,²⁷⁾ da kann auch keine Bürgschaft existieren.²⁸⁾ Hier kommen folgende Fälle in Betracht:

1. Es besteht überhaupt keine Rechtsverbindlichkeit. Eine solche ist nie auch nur scheinbar entstanden. Es existiert z. B. nur eine sittliche Verpflichtung zur Leistung einer Ausstattung. Hier ist jede „Bürgschaft“ wirkungslos.

2. Die Hauptschuld ist zwar scheinbar einmal entstanden, aber in Wahrheit eo ipso nichtig, z. B. wegen ursprünglicher Unmöglichkeit der Leistung, Rechtswidrigkeit oder Unsittlichkeit ihres Inhaltes.²⁹⁾ Auch hier wird für den Bürgen keine Verpflichtung begründet und derselbe kann eine Leistung, die er in Unkenntnis dieser Tatsache erbracht hat, zurückfordern.³⁰⁾ Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft bestätigt, so wird dadurch die Bürgschaft nicht ohne weiteres gültig, denn die Bestätigung hat keine rückwirkende Kraft, da sie in Wahrheit eben nur Neubegründung einer Verpflichtung mittels neuen Vertrages ist. Die Bürgschaft muss daher ebenfalls neu begründet werden.

3. Der Gläubiger ist vor der Verbürgung mit seiner Forderung durch rechtskräftiges Urteil abgewiesen worden. Auch hier ist die Bürgschaft nichtig, wenn man annimmt, dass das rechtskräftige, klagabweisende Urteil den Anspruch vernichtet, auch wenn er in Wahrheit begründet war.

Wenn jedoch in einem dieser drei Fälle dem „Bürgen“ das Nichtbestehen der Forderung zur Zeit der „Verbürgung“ bekannt war, dann ist zu vermuten, dass die Parteien sich nur im Ausdruck verfehlten und in Wahrheit keine Bürgschaft, sondern eine selbständige Schuldverpflichtung begründen wollten. Denn bei der Vertragsauslegung ist auf den wahren Parteiwillen abzustellen und nicht auf die

²⁶⁾ Art. 494 OR.

²⁷⁾ Keine Bürgschaft ist möglich für das dingliche Recht des Hypothekengläubigers. RG 93 S. 234.

²⁸⁾ AS 49 Nr. 25.

²⁹⁾ BJV 42 S. 368, Bl.f.zürch.Rspr. 1918 Nr. 181.

³⁰⁾ OR 63.

unrichtige Bezeichnung.³¹⁾ Der Schuldvertrag des „Bürgen“ ist also als solcher gültig und begründet rechtliche Verpflichtungen, nur eben keine Bürgschaft.

Es fragt sich, ob und inwieweit Verpflichtungen, die zwar als Rechtsverbindlichkeiten bestehen, aber mit einer rechtlichen Unvollkommenheit behaftet sind, durch Bürgschaft gesichert werden können. Unter diese Kategorie fallen einmal die anfechtbaren Schuldverhältnisse und sodann die unvollkommenen Obligationen i. e. S., die man ungenau, aber oft als Naturalobligationen bezeichnet.

Beruhet die Verpflichtung des Hauptschuldners auf einem anfechtbaren (unverbindlichen) Vertrag, so haben wir zwei Fälle auseinander zu halten.

a) Die Hauptschuld konvalesziert, weil der Hauptschuldner den Vertrag genehmigt oder die Anfechtungsfrist unbenützt verstreichen lässt. Alsdann konvalesziert auch die Bürgschaft.

b) Die Hauptschuld erlischt infolge wirksamer Anfechtung durch den Hauptschuldner; in diesem Fall erlischt auch die Bürgschaft. Auch hier jedoch ist die Begründung einer selbständigen Schuldverpflichtung als Parteiwillen zu vermuten, wenn der „Bürge“ beim Vertragsschluss die Anfechtbarkeit der Hauptobligation gekannt hat. Wenn das Gesetz³²⁾ in diesem Fall von einer „gültigen Verbürgung“ spricht, so ist dieser Ausdruck sehr ungenau; das Gesetz stellt hier eine Fiktion auf, denn eine Bürgschaft ist eben ohne eine zu Recht bestehende Hauptschuld undenkbar und begrifflich unmöglich.

Unvollkommene Obligationen im engeren Sinn.³³⁾

Es lassen sich drei Kategorien solcher Verpflichtungen unterscheiden.

³¹⁾ OR 18 II.

³²⁾ 494 III OR.

³³⁾ Es empfiehlt sich, mit dem Ausdruck „Naturalobligation“ endgültig abzufahren, da dieser ohne Grund vom römischen Recht

Haftungslose Schulden³⁴⁾ können durch Bürgschaft sichergestellt werden. Die Bürgschaft ist nicht nichtig. Der Bürge hat zwar alle Einwendungen und Einreden, die dem Hauptschuldner zustehen und kann daher ebenso wenig wie der Hauptschuldner vom Gläubiger zur Leistung gezwungen werden. Hat er aber den Gläubiger befriedigt, so steht ihm kein Rückforderungsrecht zu. Verbürgt also jemand für eine Spielschuld, so ist zwar eine Klage des Gläubigers gegen ihn vom Gericht von Amtes wegen abzuweisen und auch eine Aufrechnung gegen eine Forderung des Bürgen unzulässig, aber die einmal erfolgte Zahlung ist Schuld erfüllt und nicht Leistung eines indebitum.

Unklagbar ist eine Forderung, welcher lediglich die Durchsetzbarkeit mittels gerichtlichen Zwanges (Klage und Vollstreckung) fehlt, die aber im übrigen keinerlei Unvollkommenheiten aufweist, also z. B. auch zur Verrechnung verwendet werden kann. Eine solche ist die Forderung aus Ehevermittlung.³⁵⁾ Eine Klage (sowohl Leistungs- als Feststellungsklage) gegen den Bürgen einer solchen Schuld ist unzulässig und vom Gericht von Amtes wegen abzuweisen; wohl aber kann mit der Forderung aus Ehevermittlung gegen einen Anspruch des Bürgen aufgerechnet werden. Den haftungslosen Schulden, denen

übernommene Terminus von jedem wieder anders verstanden wird und es einen einheitlichen Begriff der sog. Naturalobligation gar nicht gibt. (Cf. auch Reichel in Jb.D. 59, S. 419 f.)

³⁴⁾ Als haftungslose Schulden bezeichnen wir Verpflichtungen, denen keine Forderung gegenübersteht. Der Schuldner ist verpflichtet, aber der Gläubiger kann mangels eines Anspruches keine Befriedigung verlangen, weder gerichtlich (durch Klageerhebung; auch eine Feststellungsklage ist ausgeschlossen) noch aussergerichtlich (durch Kompensation seiner haftungslosen Forderung gegen eine vollkommene Forderung seines Schuldners). Er ist also auf den guten Willen des Verpflichteten angewiesen. Was aber derselbe einmal geleistet hat, kann er nicht mehr als indebitum kondizieren, da er eben nur seine Verbindlichkeit erfüllt hat; das Geleistete gilt auch nicht als Schenkung. Die haftungslosen Schulden sind also erfüllbar, aber nicht erzwingbar.

³⁵⁾ OR 416.

überhaupt jegliche Erzwingbarkeit fehlt, sind diese Schulden nicht zuzuzählen. Denn das Gesetz statuiert lediglich Unklagbarkeit.

Mit dauernder Einrede behaftete Forderungen³⁶⁾ sind solche, denen dauernd das Gegenrecht des Schuldners gegenübersteht, die Leistung zu verweigern. Das Hauptbeispiel sind die verjährten Forderungen. Für die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit solche Forderungen durch Bürgschaft gesichert werden können, ist folgendermassen zu unterscheiden:

1. Der Bürge verpflichtet sich ohne Auftrag des Hauptschuldners.

a) Die Verjährung der Hauptschuld ist ihm unbekannt. Dann steht ihm die Einrede der Verjährung gleich wie dem Hauptschuldner zu.

b) Die Verjährung der Hauptschuld ist ihm bekannt. Der Bürge hat also damit bei Eingehung seiner Verpflichtung auf die Einrede der Verjährung verzichtet; dieser Verzicht ist aber mit einer Bürgschaft unvereinbar. Als Bürgschaft ist das Schuldversprechen demnach nichtig. Es kann dagegen die Begründung einer selbständigen Verbindlichkeit von den Parteien gewollt sein.

2. Der Bürge verpflichtet sich im Auftrag des Hauptschuldners. Wenn hier der letztere bei Erteilung des Verbürgungsauftrages um die Verjährung seiner Verpflichtung weiss, so verzichtet er damit auf die Einrede der Verjährung. Die Bürgschaft ist daher so zu behandeln, wie wenn sie für eine überhaupt unverjährte Schuld eingegangen worden wäre. Ist dagegen dem Hauptschuldner

³⁶⁾ Auch das sind keine haftungslosen Schulden, was sich darin zeigt, dass der Schuldner die Einrede erheben muss, um sich zu befreien (wobei hier die Frage unerörtert bleiben mag, ob durch die Erhebung der Einrede, die übrigens gerichtlich oder aussergerichtlich erfolgen kann, die Verpflichtung überhaupt erlischt oder sich nur in eine haftungslose umwandelt). Zahlt also der Schuldner ohne Vorbehalt oder wird er infolge Nichterhebung der Einrede verurteilt, so hat er sein Gegenrecht verwirkt.

in jenem Zeitpunkt der Eintritt der Verjährung unbekannt gewesen, so kommt es auf das Wissen oder Nichtwissen des Bürgen an und es gilt das unter 1. Gesagte.³⁷⁾

Wir kommen also zu dem Ergebnis, dass für alle drei Arten der unvollkommenen Obligationen Verbürgung statthaft ist, nur dass eben den Forderungen gegen den Bürgen die gleichen Mängel anhaften wie der Hauptschuld, wenn überhaupt wirklich eine Bürgschaft und nicht etwa eine selbständige Schuldverpflichtung vorliegt.

Bedingte und zukünftige Schulden.

Laut positiver Gesetzesvorschrift³⁸⁾ können solche Verbindlichkeiten gültig verbürgt werden. Dies versteht sich übrigens von selbst und hätte einer ausdrücklichen Regelung gar nicht bedurft. In beiden Fällen aber kommt die Bürgschaft erst mit der Entstehung der Hauptschuld zur Existenz; so lange die letztere bedingt oder betagt ist, so lange ist es auch die Bürgschaft. Bis zur Entstehung der Hauptschuld hat der Gläubiger gegen den Hauptschuldner wie gegen den Bürgen nur eine Anwartschaft. Kommt also die Hauptschuld wegen Ausfalls der Suspensivbedingung nicht zur Existenz, so ist auch eine Bürgschaftsverpflichtung nie entstanden. Daher kann auch ein eventuell für die Bürgschaftsübernahme geleistetes Entgelt vom Gläubiger mit der *condictio causa data causa non secuta* zurückgefordert werden.³⁹⁾

B. Erlöschen.

Bei Untergang der Hauptverpflichtung erlischt auch die Verbindlichkeit des Bürgen. Obgleich das Gesetz ausdrücklich vorschreibt, dass jedes Erlöschen der Hauptschuld den Untergang der Bürgschaft herbeiführt,⁴⁰⁾

³⁷⁾ Ebenso von Tuhr I 540 Note 233.

³⁸⁾ OR Art. 494 II.

³⁹⁾ OR 62 II, cf. von Tuhr I S. 232.

⁴⁰⁾ OR 501 und 114 I., vergl. auch Pr. II Nr. 220.

könnte dies doch für einzelne Fälle zweifelhaft erscheinen. Diese sind daher kurz zu betrachten.

Zweifelhaft könnte ein Erlöschen der Bürgschaft dann sein, wenn die Hauptschuld deshalb untergeht, weil die vom Hauptschuldner geschuldete Leistung ohne dessen Verschulden, aber infolge Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Bürgen unmöglich wird. Dass hier der Hauptverpflichtete frei wird, bedarf keiner weiteren Begründung und folgt aus den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes.⁴¹⁾ Fraglich erscheint eben nur, ob alsdann auch der Bürge seiner Verpflichtung ledig werde. Dies ist zu bejahen.⁴²⁾ Das Ergebnis erscheint auf den ersten Blick mit Gerechtigkeit und Billigkeit unvereinbar. Dem ist aber nicht so. Dem Gläubiger bleibt es nämlich unbenommen, gegen den Bürgen auf Grund unerlaubter Handlung vorzugehen, wozu ihm die weite Fassung von Art. 41 OR in allen Fällen die Handhabe bieten wird. Auf diesem Wege wird er auch immer zu seinem Ziele kommen.⁴³⁾

⁴¹⁾ OR 119 I.

⁴²⁾ Und zwar aus folgenden Gründen: 1. 501 OR statuiert so unzweideutig, dass jedes Erlöschen der Hauptschuld die Befreiung des Bürgen bewirke, dass eine Ausnahme von dieser Regel einer positiven Vorschrift bedürfte. Eine solche besteht aber nicht. 2. Eine Verpflichtung des Bürgen, dem Hauptschuldner die Möglichkeit der Erfüllung zu wahren, lässt sich nicht aufstellen, auch nicht auf Grund der allgemeinen Pflicht zur bona fides; denn eine solche Verpflichtung liegt ganz ausserhalb des Zweckes der Bürgschaft, den Gläubiger gegen die Folgen des Nichtleistens des Hauptschuldners zu schützen.

A. M. Gierke DPR III, S. 779 Note 55, Dernburg § 290 I, Oertmann zu § 767 BGB. Richtig Westerkamp S. 96 ff. und 110, und Kisch, Unmöglichkeit S. 43 Anm. 14.

⁴³⁾ Cf. für das deutsche Recht im Ergebnis gleich, aber — infolge Fehlens einer dem Art. 41 OR entsprechenden allgemeinen Vorschrift im BGB — mit anderer, etwas gezwungener Begründung, Gierke a. a. O. S. 779 Note 55. Auch bei Aufrechnung erlischt infolge Untergangs der Hauptschuld die Bürgschaft. Zweifel entstehen, ob diese nicht wieder auflebt, wenn die Kompensation durch Anfechtung wegen Irrtum des Aufrechnenden wieder aufgehoben wird. U. E. bleibt die Bürgschaft erloschen

Wenn bei zweiseitigen Verträgen der Hauptschuldner infolge seiner Befreiung⁴⁴⁾ dem Gläubiger auf Rückgabe seiner bereits empfangenen Gegenleistung haftet, so erstreckt sich hierauf die Verbindlichkeit des Bürgen nicht.

Kein Zweifel besteht darüber, dass im Falle echter Konfusion die Obligation erlischt.⁴⁵⁾ Wie steht es aber in dem Fall, dass die Hauptverpflichtung mit der Bürgenschuld in demselben Rechtssubjekt zusammentrifft? Man spricht hier in der Regel von „unechter Konfusion“. Genauer wäre es, mit Reichel⁴⁶⁾ von Pflichtenkonkurrenz zu reden. Denn Konkurrenz ist das gerade Gegenteil von Konfusion. Diese ist Zusammentreffen von Recht und Pflicht, jene dagegen Zusammentreffen mehrerer Pflichten oder Rechte. Die Person, in der die Pflichtenkonkurrenz — z. B. aus Hauptobligation und Bürgschaft — eintritt, schuldet fortab kumulativ aus beiden Rechtsgründen weiter.⁴⁷⁾ Keine der beiden Verpflichtungen erlischt. Daher bleiben auch etwa vorhandene Sicherheiten bestehen. Es liegt kein Grund vor, etwa dann ein Erlöschen der Bürgschaft anzunehmen, wenn der Gläubiger an ihr kein Interesse mehr hat, weil z. B. keine besonderen Sicherheiten für sie bestehen. Allein folgerichtig ist es, in allen Fällen ein Fortbestehen beider Verbindlichkeiten nebeneinander anzunehmen.⁴⁸⁾

und entsteht nicht von selber wieder. Ebenso Stölzel, Ziv.Praxis II S. 233.

Erfolgt die Kompensation als Eventualaufrechnung im Prozess, so verwandelt sich die Eventualkompensation mit dem Moment, wo die Klagforderung als bestehend festgestellt wird, in eine Definitivaufrechnung und mit diesem Moment erlischt alsdann auch die Bürgschaft. Stölzel a. a. O. S. 242.

⁴⁴⁾ OR 119 II.

⁴⁵⁾ OR 118.

⁴⁶⁾ Schuldmitübernahme S. 514.

⁴⁷⁾ Cf. Code civil 2035, codice civile italiano 1926. Zachariä-Grome II S. 734.

⁴⁸⁾ Westerkamp S. 114 ff., Gierke DPR III S. 790 Note 108. Anders die h. M. cf. Gierke a. a. O.

Durch Novation geht die Schuldverpflichtung notwendigerweise unter.⁴⁹⁾

Wer sich verbürgt, verbürgt sich für einen bestimmten Schuldner,⁵⁰⁾ nicht für eine Verpflichtung als solche. Nur folgerichtig ist es daher, wenn im Gesetz⁵¹⁾ bestimmt wird, dass Bürgen bei Übernahme der Hauptschuld durch einen Dritten⁵²⁾ nur dann weiterhin verpflichtet bleiben, wenn sie der Übernahme zugestimmt haben. Im Zweifel erlischt also in einem solchen Fall die Bürgschaft. Eine Zustimmung im eigentlichen Sinne liegt natürlich nicht vor, denn es bleibt dem Hauptschuldner unbenommen, ohne „Zustimmung“ des Bürgen seine Verpflichtung auf einen

⁴⁹⁾ Vergl. 855 ZGB. Eine Neuerung ist gemäss 117 Abs. 2 OR bei Ziehung und Anerkennung eines Saldo aus Kontokorrent zu vermuten. 117 Abs. 3 OR dagegen statuiert, dass, falls für einzelne Posten besondere Sicherheiten bestehen, dieselben im Zweifel durch die Saldoanerkennung nicht aufgehoben werden. Diese Bestimmung scheint eine Ausnahme vom Prinzip der Akzesorietät zu schaffen. Dem ist aber nicht so. Ein Erlöschen der Sicherheiten bei der Saldoziehung würde für den Gläubiger eine Gefahr bedeuten, die materiell nicht gerechtfertigt wäre. Die Vermutung von 117 Abs. 2 greift nur Platz, wenn das Gegenteil nicht aus den Umständen des konkreten Falles hervorgeht, d. h. wenn die Kontrahenten eine Novation nicht vermeiden wollten.

Eine solche Partei-Intention wird aber dann immer vorliegen, wenn für einzelne Kontokorrentforderungen Sicherheiten bestellt worden sind. 117 Abs. 3 stellt nun direkt eine *praesumptio juris* für einen solchen Parteiwillen auf, wenn Sicherheiten für einzelne Kontokorrentposten vorhanden sind. Diese Vermutung ist allerdings durch Beweis anderweitiger Vereinbarung widerlegbar; aber die Beweislast ist eben gegenüber Abs. 2 umgekehrt.

⁵⁰⁾ Das ergibt sich schon aus der Fassung von 492 OR, wonach der Bürge verspricht, für die Schuld „des letztern“ (des Hauptschuldners) einzustehen. Geht die Person des Hauptschuldners aus dem Bürgschein nicht deutlich hervor, so ist sie auf Grund der Umstände des einzelnen Falles zu eruieren. Cf. Z.b.J.V. 36 S. 15 f.

⁵¹⁾ 178 II OR. Abweichende (schriftliche) Vereinbarung ist zulässig.

⁵²⁾ Cf. hierüber auch Knoke in Iherings Jahrb. 60 S. 433 ff. und Strohal ebenda 57 S. 346 ff. und 390 f.

anderen abzuwälzen. Er muss dabei eben nur die Befreiung des Bürgen in Kauf nehmen. Die „Zustimmung“ des Bürgen ist in Wahrheit nichts anderes als die Begründung einer neuen Bürgschaft, und zwar nicht nur in den Fällen, wo sie erst nach der Schuldübernahme erfolgt — hier ist es unzweifelhaft, da die Bürgschaft schon erloschen war —, sondern auch dann, wenn sie schon vor derselben erteilt wird. Es liegt dann eine betagte Bürgschaft für eine künftige Verpflichtung vor. Demgemäss bedarf sie der Schriftform für ihre Gültigkeit.⁵³⁾

C. Abtretung der Forderung gegen den Hauptschuldner.

Hier geht auch die Forderung gegen den Bürgen auf den Zessionar über. Natürlich ist die Abrede zulässig, dass die Ansprüche aus der Bürgschaft nur dem ersten Gläubiger zustehen sollen. Sie muss aber in der Bürgschaftsurkunde aufgenommen sein; andernfalls wirkt sie nur obligatorisch gegen den Zedenten.

Übertragung der Bürgschaftsforderung ohne Zession der Hauptforderung ist dagegen nichtig.^{54) 55)}

⁵³⁾ 493 OR. A. A. von Tuhr III S. 512 Note 118 und Bl.f.zürch.Rspr. 1921 Nr. 118 S. 237, wonach event. sogar konkludente Handlung genügen kann. Über die Stellung des Bürgen gegenüber dem das Vermögen des Hauptschuldners übernehmenden Gläubiger (gemäss § 419 BGB) cf. den Fall in RG 82 S. 273. Beim Tod des Hauptschuldners geht dessen Verpflichtung — wie alle seine anderen — ohne Zustimmung des Bürgen ohne weiteres auf seine Erben über. Wird dagegen die Hauptschuld in der Teilung von einem der Erben als alleinigem Schuldner übernommen unter Ausscheiden der übrigen Erben, so liegt eine regelrechte Schuldübernahme vor und hat der Bürge seine Zustimmung zu erteilen. Bei der Überbindung der Grundpfandschulden bewirkt die Befreiung des Urschuldners nicht die Befreiung des Bürgen. Cf. BG in Pr. X Nr. 194. Cf. ferner für den Fall der Geschäftsübernahme bei Bürgschaft für eine Kollektivgesellschaft Reichel in SJZ 20 S. 267.

⁵⁴⁾ Die Bestimmungen der Art. 494 Abs. 1 und 501 OR sind zwingenden Rechtes. Wird etwas ihnen Widersprechendes vereinbart, so ist dieser Vertrag als Bürgschaft nichtig und nur eventuell als sonstiger Schuldvertrag haltbar. Denn für eine Schuld, die noch nicht oder nicht mehr oder überhaupt nicht besteht, existiert

2. Die Akzessorietät im Umfang.⁵⁶⁾

A. Allgemeines. Ort und Zeit der Leistung.

Für den Umfang der Verbindlichkeit des Bürgen ist derjenige Zeitpunkt massgebend, in dem der Gläubiger auch keine Bürgschaft. Daraus folgt z. B., dass, wenn der Gläubiger dem Hauptschuldner einen Teil der Schuld erlässt in der Absicht, denselben vom Bürgen einzutreiben, die Bürgschaftsschuld trotzdem insoweit im Widerspruch zum Willen des Gläubigers untergeht. So kann sich der Bürge z. B. auf einen vom Hauptschuldner mit dem Gläubiger zur Abwendung des Konkurses abgeschlossenen Vergleich berufen. Ebenso RG 92 S. 121. Cf. auch BJV 23 S. 291. Auch ein aussergerichtlicher Nachlassvertrag des Hauptschuldners ermässigt ohne weiteres die Verpflichtung des Bürgen auf das Mass der herabgesetzten Hauptschuld. Cf. Basler App.gerichtl. Entsch. Bd. II S. 106 ff.

⁵⁵⁾ Die Bürgschaft kann erlöschen, ohne dass die Hauptschuld untergeht. Hierher gehört u. a. besonders der Fall, dass die Bürgschaft infolge Zeitablauf zu existieren aufhört (OR 502) oder der Gläubiger trotz Aufforderung des Bürgen den Hauptschuldner nicht belangt (OR 503). Cf. hierzu Pr. VI Nr. 165, BJV 43 S. 334, SJZ 20 S. 64 Nr. 53, Bl.f.zürch.Rspr. 1916 Nr. 155. Für das deutsche Recht RG 82 S. 382 und 96 S. 133.

Ebenso kann die Bürgschaft im Falle von Mitbürgschaft erlöschen, wenn ein Mitbürge nachträglich wegfällt und die Bürgschaft seinerzeit unter der Voraussetzung der Mitbürgschaft eingegangen war (SJZ 18 S. 70 und 328, Pr. VI Nr. 38 E. 4 f., und Reichel in SJZ 10 S. 47, Basler App.gerichtl. Entscheidungen Bd. III S. 269 ff.). Diese Voraussetzung braucht nicht förmlich zum Ausdruck gebracht zu sein (SJZ 18 S. 7 und 18). Eventuell kann auch blosser Reduktion eintreten (BJV 41 S. 150). Der Hinzutritt eines neuen Bürgen hat mangels besonderer Vereinbarung nicht die Wirkung, dass bisherige Bürgen frei werden. Cf. BG in Revue Bd. 25 Nr. 9. Nach einer Entscheidung in BJV 53 S. 134 kann der Gläubiger selbst mit anderen Mitbürgen zusammen seine eigene Forderung verbürgen. Cf. auch Reichel in SJZ 10 S. 47, BG in Pr. I Nr. 179 und Basler App.gerichtl. Entsch. II S. 10 ff. Die Bürgschaft kann natürlich jederzeit durch Vertrag zwischen Gläubiger und Bürge wieder aufgehoben werden, auch durch Vertrag zwischen Gläubiger und Hauptschuldner. Cf. Bl.f.zürch. Rspr., 1914 Nr. 16.

⁵⁶⁾ OR Art. 499 I: Der Bürge haftet für den jeweiligen Betrag der Hauptschuld, inbegriffen die gesetzlichen Folgen eines Verschuldens oder Verzuges des Hauptschuldners.

ihn belangt oder belangen kann.⁵⁷⁾ Von einer Akzes-
soriätät der Bürgschaft im Umfang kann man also erst vom
Moment ihrer Fälligkeit an reden.⁵⁸⁾

Der Umfang der Hauptschuld bildet unter allen Um-
ständen die obere Grenze der Bürgenverpflichtung. Denn
es würde dem Sicherungszweck der Bürgschaft wider-
sprechen, wenn sie einen grösseren Umfang hätte als die
gesicherte Hauptschuld.⁵⁹⁾

Eine Verbürgung in plus ist daher zum mindesten in
Ansehung des Überschusses nichtig. Wenn der Haupt-
schuldner 50 leisten soll, so kann der Bürge nicht zu 60
verpflichtet sein. In der Höhe von 10 ist also keine Ver-
bindlichkeit aus Bürgschaft möglich, sondern nur eventuell
aus Schenkung oder einem anderen Rechtsgrund. Auch
wenn in bezug auf die Mehrleistung eine causa überhaupt
nicht vorliegt, so ist doch zu unterstellen, dass der Wille
der Parteien immerhin wenigstens auf Gültigkeit des
Sicherungsgeschäftes, der Bürgschaft gerichtet war, so dass
insoweit wahre Bürgschaft anzunehmen ist. Nichtigkeit
wäre hier also nur für den Überschuss gegeben, nicht für
den ganzen Vertrag.⁶⁰⁾

⁵⁷⁾ Die etwas ungenaue Fassung des Art. 499 I könnte den
Anschein erwecken, als ob bei einer Änderung der Hauptschuld
während ihres Bestehens jeweilen auch der Inhalt der Bürgen-
schuld modifiziert werde. Aber es ist einleuchtend, dass von einer
Veränderung der letzteren gar keine Rede sein kann. Denn
wenn der Bürge auf Grund der veränderten Hauptschuld seine
eigene Obligation erfüllt, so leistet er nichts anderes, als was er
von vornherein versprochen hatte, ohne dass seine Verpflichtung
vorher verändert worden wäre.

⁵⁸⁾ So schon für das gemeine Recht, Geib, Bürgschafts-
recht S. 79.

⁵⁹⁾ Insofern ist also der Art. 499 zwingender Natur. Nicht
unvereinbar dagegen ist mit dem Zweck der Bürgschaft die Abrede,
dass der Bürge zu weniger als der Hauptschuldner verpflichtet
sein solle.

⁶⁰⁾ Anders im römischen Recht, wo in einem solchen Falle der
Bürge überhaupt nicht verpflichtet wurde. Cf. Hasenbalg,
Bürgschaftsrecht S. 179 ff. Heute wird der Umfang der Bürg-
schaftsschuld ipso jure auf den der Hauptschuld reduziert.

Ebensowenig ist eine Bürgschaft in *duriorum conditionem* zulässig.⁶¹⁾ Auch hier wird die Verpflichtung des Bürgen ohne weiteres auf den Umfang der Hauptschuld ermässigt. Wohl aber ist es möglich, dass die Bürgschaft durch Pfand oder Konventionalstrafe besonders gesichert ist,⁶²⁾ ohne dass dies auch für die Hauptschuld zutrifft.⁶³⁾

Das Gesetz stellt das Erfordernis der Angabe eines Maximalhaftungsbetrages in der Bürgschaftsurkunde auf.⁶⁴⁾ Daraus ergibt sich in einer Richtung eine Beschränkung des Akzessorietätsprinzips.

Das Wesen der Bürgschaft als Sicherungsgeschäft bringt es zwar mit sich, dass der Bürge regelmässig insoweit verpflichtet wird als der Hauptschuldner selbst obligiert ist.⁶⁵⁾ Aber die Vorschrift eines Maximalbetrags

⁶¹⁾ Z. B. der Bürge schuldet unbedingt, der Hauptschuldner aber bedingt, der Bürge unbetagt, der Hauptschuldner betagt; jener haftet für alles Verschulden, dieser nur für grobes Verschulden. Cf. auch Urteil des Basler Zivilgerichts in dieser Zeitschr. N. F. 15 S. 106.

Haftet der Hauptschuldner nur beschränkt, so haftet und schuldet der Bürge nichtsdestoweniger unbeschränkt. Die Akzessorietät erstreckt sich allein auf das Schuldverhältnis, nicht auch auf die Haftung. Ebenso Reichel in Festschrift für Cohn S. 227.

⁶²⁾ Cf. Gierke DPR III S. 776 Note 43.

⁶³⁾ Die Frage, ob sich der Bürge in *aliam rem* verpflichten könne, ist für das schweizerische Recht, wo der Bürge immer das Interesse, d. h. Geld schuldet, gegenstandslos. Möglich ist immerhin, dass dem Bürgen mittels einer *facultas alternativa* die Möglichkeit eingeräumt wird, sich durch Leistung eines anderen Gegenstandes zu befreien.

⁶⁴⁾ Der Maximalbetrag ist in der Bürgschaftsurkunde selbst anzugeben. Eine Verweisung ist u. E. unzulässig. Ebenso Reichel in SJZ 20 S. 177, a. M. BG in Pr. V 107, VI Nr. 165, X Nr. 167, SJZ 19 S. 197 und 233. Cf. auch BJV 52 S. 441, 54 S. 142, und 60 S. 277.

⁶⁵⁾ Erstreckt sich die Bürgschaft auch auf vom Hauptschuldner vor der Bürgschaftsübernahme vereinbarte Zinsen? (Vergl. hierzu Reichel in SJZ 20 S. 177 und BJV 49 S. 690.) 499 Abs. 3 OR bestimmt, dass der Bürge im Zweifel den Betrag eines verfallenen und des laufenden Jahreszinses schuldet. Abweichende Abreden sind zulässig, sowohl in dem Sinne der Weg-

ges⁶⁶⁾ geht als *lex specialis* dem allgemeinen Grundsatz⁶⁷⁾ vor und dieser gilt nur insoweit als die Bürgschaftsschuld zur Zeit der Fälligkeit in ihrem Umfang hinter dem angegebenen Maximalbetrag der Haftung zurückbleibt. Bleibt aber der Maximalbetrag hinter dem Umfang der Hauptschuld zur Zeit der Belangung des Bürgen zurück, so stellt er immer und ausnahmslos die Höchstgrenze der Bürgschaftsschuld dar. Ist die Hauptverpflichtung grösser und zahlt der

bedingung der Haftung des Art. 499 Abs. 3 als auch derart, dass mehr oder alle vertraglichen Zinsen in den Bürgschaftsnexus hereinbezogen werden. Dies kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen; stillschweigende Übereinkunft wird besonders dann anzunehmen sein, wenn dem Bürgen die vertraglichen Zinsen bekannt waren oder hätten bekannt sein sollen, namentlich also bei Verbürgung für solche Verbindlichkeiten, die regelmässig nur unter Zinsvereinbarung eingegangen werden (z. B. hypothekarische Schulden).

Bei Konventionalstrafen dagegen muss die Erwägung massgebend sein, dass nur der Betrag der Hauptschuld für die Bürgenverpflichtung massgebend ist, nicht aber auch Verbindlichkeiten, die ausserdem noch zur Sicherung der Hauptschuld übernommen wurden. Wenn daher der Bürge seine Haftung auf vom Hauptschuldner eingegangene Vertragsstrafen ausdehnen will, so muss er dies ausdrücklich tun und die Beweislast für eine solche Erweiterung der Bürgschaft trifft den Gläubiger (A. M. Gierke III S. 778 N. 54).

⁶⁶⁾ Die Fassung des Art. 493 lässt übrigens nicht klar erkennen, was der Gesetzgeber mit dem Maximalbetrag hat begrenzen wollen: ob er mit ihm die Bürgschaft gesetzlich zu einer Teilbürgschaft oder zu einer Limitbürgschaft ausgestalten wollte. Als Teilbürge steht der Bürge dafür ein, dass der Gläubiger die Hauptschuld im Betrage des Bürgschaftsmaximums erhalten werde; als Limitbürge haftet der Bürge für den ganzen Betrag der Hauptschuld, kann aber vom Gläubiger nur auf sein Haftungsmaximum in Anspruch genommen werden. Nehmen wir ein Beispiel: Hat der Bürge erklärt, für die Hauptschuld von 100 als Limitbürge mit 40 haften zu wollen, so bleibt er, wenn der Gläubiger vom Hauptschuldner 40 erhalten hat, trotzdem noch auf die restlichen 60 verhaftet; verbürgt er sich dagegen als Teilbürge mit 40, und erhält der Gläubiger vom Schuldner diesen Betrag, so haftet er für die übrigen 60 nicht mehr, sondern ist befreit. Richtiger Ansicht nach ist nun die Angabe eines Maximalbetrages

Bürge deren Betrag, so kann er jedoch u. E. das zuviel Gezahlte nicht als indebitum zurückfordern.⁶⁸⁾

Der Ort, wo der Bürge zu leisten hat, kann verschieden sein vom Erfüllungsort der Hauptschuld. Auf ihn erstreckt sich die Akzessorietät nicht. Denn nur der „Betrag“ der Hauptschuld ist für den Umfang der Bürgenverpflichtung massgebend. Die Akzessorietät bestimmt letzteren nur *re*, nicht *loco*.⁶⁹⁾ Für den Erfüllungsort des Bürgen gilt die allgemeine Vorschrift des Art. 74 OR; denn es findet sich im Bürgschaftsrecht keine ihn aus-

der Haftung als eine Limitbürgschaft zu verstehen (ebenso Reichel in SJZ 20 S. 177), der Bürge bleibt also bis zur vollständigen Erfüllung der Hauptschuld verpflichtet, sofern er den angegebenen Haftungsbetrag nicht schon vollständig geleistet hat. Soll der Bürge nur als Teilbürge haften, so muss aus der Bürgschaftsurkunde oder anderweitig ersichtlich sein, dass die Parteien nur eine Teilbürgschaft begründen wollten.

Bleibt der Maximalbetrag der Bürgschaft hinter dem Umfang der Hauptschuld zurück, so kann der Bürge, wenn der Hauptschuldner in Konkurs geraten ist, verhältnismässige Anrechnung der Dividende verlangen, die der Gläubiger in jenem Konkurse erhalten hat. Cf. BG in Pr. II Nr. 142.

Werden bei der Bürgschaft für einen Kontokorrentkredit oder einen anderen Kredit die ausstehenden Zinse zum Kapital geschlagen, so verlieren sie den Charakter von Zinsen und es haftet der Bürge daher nur für den Maximalkapitalbetrag. Cf. auch BG in AS 49 Nr. 15 und Pr. III Nr. 100 und IV Nr. 120. Ferner Revue 28 Nr. 20.

Bei Bürgschaft für Kontokorrentkredit erstreckt sich übrigens die Haftung nicht auf Auszahlungen, die nach erfolgter Kündigung der Bürgschaft erfolgen. Cf. Bl.f.zürch.Rspr. 1916 Nr. 64. Betr. Kontokorrentkreditbürgschaft cf. auch Reichels Bemerkungen in SJZ 17 S. 177 ff. über einen Entscheid des BG vom 26. Mai 1918.

⁶⁷⁾ OR 499 I.

⁶⁸⁾ Vergl. oben Note 2.

⁶⁹⁾ Anders könnte man event. nach BGB entscheiden, wo in § 767 bestimmt wird, dass überhaupt der jeweilige „Bestand“ der Hauptschuld für die Bürgschaft massgebend sei. Daher ist die Frage des Erfüllungsortes des Bürgen in der deutschen Literatur umstritten. Vergl. z. B. Türk bei Gruchot 44 S. 837 ff., und ebenda 46 S. 49 ff. Staub ebenda 45 S. 219 ff. Oertmann Komm. S. 837. Endemann I S. 1194 N. 2.

schliessende Bestimmung und es liegen auch keine zwingenden Gründe vor, um jener Bestimmung hier die Wirksamkeit zu entziehen.⁷⁰⁾

Die Verpflichtung des Bürgen ist subsidiärer Natur, d. h. sie wird erst dann fällig, wenn der Hauptschuldner seine Leistung nicht erbracht hat, also frühestens mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Hauptschuld.⁷¹⁾ Die Subsidiarität der Bürgschaft ist im Grunde nur eine Seite des Akzessorietätsprinzips, nämlich die Akzessorietät in zeitlicher Hinsicht. Sie folgt aus dem Zweck der Sicherung, dem die Bürgschaft dient; denn eine Verpflichtung zur Leistung des Interesses kann erst dann fällig werden, wenn der versicherte Schaden einmal entstanden ist, d. h. die Hauptschuld nicht erfüllt wurde. Die Subsidiarität ist also der Bürgschaft begriffswesentlich.⁷²⁾ Unrichtig ist es, die Subsidiarität der Bürgschaft lediglich in der Einrede der Vorausklage zu erblicken. Eine solche Ansicht verkennt das Wesen der Subsidiarität. Denn Subsidiarität bedeutet nicht, dass der Gläubiger den Bürgen erst dann in Anspruch nehmen könne, wenn vom Hauptschuldner nichts zu bekommen ist; ihr Wesen besteht vielmehr darin, dass der Bürge erst dann belangt werden kann, wenn der Hauptschuldner bei Fälligkeit nicht

⁷⁰⁾ Für das schweizerische Recht ist die Frage übrigens nur von geringer Bedeutung, denn für den Bürgen, der ja immer eine Geldleistung schuldet, ist Leistungsort gemäss Art. 74 Abs. 2 Ziffer 1 mangels abweichender Vereinbarung der Wohnort des Gläubigers zur Zeit der Erfüllung. Da aber in den meisten Fällen die Bürgschaft für eine Geldschuld eingegangen wird, haben Hauptschuldner und Bürge den gleichen Erfüllungsort, nämlich den Wohnort des Gläubigers. Nur wenn die Hauptschuld auf etwas anderes als Geld geht, fallen die beiden Leistungsorte auseinander, da auch dann der Bürge am Wohnort des Gläubigers, nicht etwa an dem des Schuldners oder an seinem eigenen zu leisten hat.

⁷¹⁾ Bei vorzeitiger Fälligkeit der Hauptschuld wird nicht auch die Bürgschaft vorzeitig fällig. Cf. BJV 54 S. 27.

⁷²⁾ Demgemäss bestimmt auch OR 500 I, dass der Bürge nie vor Fälligkeit der Hauptschuld belangt werden kann.

leistet. Das *beneficium excussionis*⁷³⁾ verstärkt nur den subsidiären Charakter der Bürgschaft, indem es die Leistungspflicht des Bürgen noch weiter hinausschiebt und diese nicht bloss vom Nichtleisten des Schuldners abhängig macht, sondern auch vom Misslingen des Versuchs des Gläubigers, vom Hauptschuldner Befriedigung zu erlangen. Die Bürgschaft verliert also ihre Subsidiarität nicht, wenn die Einrede der Vorklage fehlt.^{74) 75)}

⁷³⁾ Pr. X 186.

⁷⁴⁾ Solidarbürgschaft OR 496. Cf. über diese Pr. X Nr. 186. Revue 25 Nr. 10. BJV 30 S. 337 und 29 S. 390. Über das Verhältnis von Solidarbürgschaft und Mitschuldnerschaft SJZ 19 S. 25/26, über das von Solidarbürgschaft und einfacher Bürgschaft Bl.f.zürch.Rspr. 1914 Nr. 19 und 1913 Nr. 28.

⁷⁵⁾ Gleicher Meinung Reichel, Schuldmitübernahme S. 80 f. A. A. von Tuhr I S. 287 und Gierke DPR III S. 782, Bundesgericht in AS 39 S. 774, welches im Fehlen der Subsidiarität die Besonderheit der Solidarbürgschaft erblickt. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergibt sich aus folgenden Erwägungen. Wenn die Hauptschuld auf eine unvertretbare Leistung (Unterlassen, Arbeitsleistung) gerichtet ist, ist die Subsidiarität der (Solidar-) Bürgschaft gar nicht wegzudenken; denn der Bürge kann sich gar nicht, auch wenn er es wollte, vor dem Zeitpunkt seiner Verpflichtung entledigen, in dem das Nichtleisten des Hauptschuldners feststeht. Denn er schuldet Leistung des Interesses, nicht die Leistung des Hauptschuldners.

Das gleiche gilt aber auch, wenn er sich für eine Geldschuld verbürgt hat. Denn er kann alsdann vor jenem Zeitpunkt nur wie ein gewöhnlicher Dritter als Intervenient den Gläubiger befriedigen. Die Rechte des Gläubigers gehen auf ihn nicht über (505 OR) (es sei denn, dass der Hauptschuldner dem Gläubiger eine Anzeige gemäss OR 110 Ziffer 2 zugehen lässt), so dass er in seinem Regress auf sein Innenverhältnis zum Hauptschuldner angewiesen bleibt, solange der Fälligkeitstermin der Hauptschuld noch nicht herangekommen ist; er kann also bis zu diesem Zeitpunkt etwa für die Hauptschuld bestellte Sicherheiten und Vorzugsrechte nicht verwerten.

Allerdings wird bei Bürgschaft für Geldschulden das Vorhandensein der Subsidiarität verdeckt. Aber trotzdem schuldet der Bürge seine Leistung als Interesseleistung; nur kann dann eben die Erfüllung der Bürgschaftsverbindlichkeit einzig erfolgen durch Leistung des gleichen Gegenstandes wie die

Sind vertragliche Abweichungen vom Grundsatz der Subsidiarität zulässig? Hierüber ist folgendes zu sagen.

1. Die Vereinbarung eines früheren Leistungs-termines ist für den Bürgen unverbindlich, da ihm alsdann die Einrede zusteht, dass die Hauptschuld noch nicht fällig sei. Würde er aber auf diese Einrede verzichten, so würde dadurch die Existenz der Bürgschaft vernichtet, da eine Verpflichtung in *duriores condiciones* mit ihrem Wesen unvereinbar ist. Es kann nur eine selbständige Schuldverpflichtung bestehen bleiben.

2. Ist für die Fälligkeit der Bürgschaftsschuld ein späterer Zeitpunkt als der Fälligkeitstermin der Hauptschuld vereinbart, so ist diese Abmachung, weil zugunsten des Bürgen, zulässig. Aber der Bürge wird dadurch im Zweifel von der Haftung für die Folgen eines Verzugs des Hauptschuldners nicht befreit; vielmehr ist anzunehmen, dass eine solche Vereinbarung die Fälligkeit der Bürgschaft nur deshalb hinausschiebt, um dem Bürgen Gelegenheit zu geben, abzuwarten, ob der Hauptschuldner nicht etwa dabei noch leistet. Erfüllt dieser aber nicht, so haftet der Bürge dem Gläubiger für den Schaden, der diesem hieraus erwächst. Ein Verzicht des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Verzug bedarf immer klarer, unzweideutiger Erklärung und ist nicht zu vermuten.⁷⁶⁾

Hauptschuld; es fällt zufällig äusserlich die Erfüllung der Hauptschuld mit der Erfüllung der Bürgschaftsschuld zusammen (vergl. Reichel, Schuldmitübernahme S. 83).

⁷⁶⁾ Die Verstärkung, die bei der einfachen Bürgschaft die Subsidiarität durch das Vorhandensein des *beneficium excussionis* erfährt, fällt zwar bei der Solidarbürgschaft in rechtlicher Beziehung dahin. In moralischer Hinsicht dagegen bleibt sie bestehen, und diese Tatsache darf nicht unterschätzt werden; denn ein anständiger Gläubiger wird trotz des Fehlens der Einrede der Vorklage stets den Hauptschuldner zuerst belangen und den Bürgen erst dann, wenn er von jenem nichts erlangen konnte. Dies sowohl mit Rücksicht auf den Bürgen als auch besonders im Hinblick auf den Hauptschuldner, den er durch sofortige Inanspruchnahme des Bürgen ungerechtfertigterweise beleidigen würde, womit ihm in den wenigsten Fällen gedient sein würde (vergl. dazu Martinius bei Gruchot 49, S. 186).

B. Einfluss von Veränderungen der Hauptschuld auf die Bürgenverpflichtung.

Regelmässig wird die Hauptschuld bei Belangung resp. Leistung des Bürgen nicht mehr den gleichen Inhalt haben wie zur Zeit der Bürgschaftsübernahme, sondern seither Veränderungen erlitten haben. Die Gründe, aus denen solche Modifikationen eintreten können, lassen sich in drei Kategorien zusammenfassen: 1. Ereignisse (ohne unmittelbaren Zusammenhang mit dem Willen des Hauptschuldners). 2. Rechtsgeschäfte des Hauptschuldners. 3. Obligationswidriges Verhalten des Hauptschuldners.

1. Ereignisse.

a) Konkurs des Hauptschuldners.⁷⁷⁾

Der Konkurs des Hauptschuldners hat für die Verpflichtung des Bürgen dem Gläubiger gegenüber keinerlei Wirkung, mit der Ausnahme, dass der — einfache — Bürge das *beneficium excussionis* (*personalis* und *realis*) verliert, also *ipso iure* Solidarbürge⁷⁸⁾ wird. Durch diese Ausnahme wird jedoch das Wesen der Bürgenverpflichtung als akzessorische Verbindlichkeit nicht berührt;⁷⁹⁾ der Bürge verliert nur eine Einrede, die ihm vorher zustand.⁸⁰⁾

Der Rechtssatz, dass durch den Konkurs alle Verpflichtungen des Konkursiten fällig werden,⁸¹⁾ gilt für die

⁷⁷⁾ Auf den Konkurs des Bürgen kann hier nicht näher eingetreten werden. Cf. dazu Jäger, Komm. zu SchKG 215 und 216. Pr. VI Nr. 51.

⁷⁸⁾ 495 OR.

⁷⁹⁾ Über die Stellung des Bürgen beim Nachlassvertrag des Hauptschuldners cf. Pr. 33 Nr. 43 E. 3 ff. Ferner Jäger zu Art. 303 SchKG.

⁸⁰⁾ Und zwar auf Grund der Bürgschaft selbst, nicht auf Grund des Verhältnisses des Hauptschuldners zum Gläubiger. Cf. Lippmann A. ziv. Pr. 111 S. 154 ff. Reichel, Schuldmitübernahme S. 546, Staub, Komm. zum HGB Bd II S. 119. Die Wirkungen des Konkurses auf den Regress des Bürgen gegen den Hauptschuldner bleiben ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit.

⁸¹⁾ Art. 208 SchKG.

Bürgschaft nur dann, wenn für die Hauptschuld kein bestimmter Fälligkeitstermin abgemacht worden war. Hier braucht der Gläubiger also das Ergebnis des Konkurses nicht abzuwarten, sondern kann gegen den Bürgen sofort seine ganze Forderung geltend machen. War dagegen von den Parteien ein Fälligkeitstermin vereinbart worden,⁸²⁾ so kann der Bürge auch bei Konkurs des Hauptschuldners vor jenem Zeitpunkt nicht zur Zahlung angehalten werden.⁸³⁾ Eine Vereinbarung, dass der Bürge trotzdem schon bei Ausbruch des Konkurses belangt werden könne, ist jedoch zulässig, da sie dem Sicherungszweck der Bürgschaft nicht widerspricht und keine Verpflichtung des Bürgen in *duriores condiciones* begründet; ihre Wirkung ist vielmehr nur die, dass eine Begünstigung des Bürgen, die ihm kraft positiver Gesetzesvorschrift zusteht, beseitigt wird, wodurch seine Verpflichtung wieder auf den Umfang der Hauptverbindlichkeit, nicht aber darüber hinaus, anwächst.

Dem Gläubiger erwächst bei Eröffnung des Konkurses über den Hauptschuldner die Pflicht, seine Forderung im Konkurs anzumelden und den Bürgen von demselben zu benachrichtigen.⁸⁴⁾ Nichtbefolgung dieser Vorschrift aber befreit den Bürgen nicht, sondern vermindert nur seine Verpflichtung um den Betrag des Schadens, der ihm aus dieser Unterlassung des Gläubigers erwachsen ist.⁸⁵⁾

⁸²⁾ Gemäss Art. 500 OR.

⁸³⁾ Cf. über Stellung des Bürgen bei Konkurs des Hauptschuldners Pr. II Nr. 142. Revue 25 Nr. 8.

⁸⁴⁾ OR 511.

⁸⁵⁾ Ebenso wenn der Gläubiger die Anmeldung im Erbschaftsschuldenruf über den Nachlass des verstorbenen Hauptschuldners unterlässt (cf. Pr. 11 Nr. 180). Im übrigen ist — abgesehen von der Ausfallbürgschaft — prinzipiell der Gläubiger nicht verpflichtet, beim Vorgehen gegen den Hauptschuldner auf die Interessen des Bürgen Rücksicht zu nehmen. Cf. Staub, Komm. II S. 124, RG 88 S. 410 und die dort zitierte Judikatur für das deutsche Recht. Er haftet z. B. nicht für die Verzögerung der Betreibung des Hauptschuldners. Ebensowenig braucht er Vermögensstücke

b) Rechtskräftiges Urteil gegen den Hauptschuldner. Verurteilendes Erkenntnis.

Wird dasselbe vor dem Zeitpunkt der Verbürgung rechtskräftig, so steht der Bürge für die Hauptschuld so ein, wie sie in diesem Moment existiert. Er entbehrt also aller Einreden, die dem Hauptschuldner infolge des Urteils abgeschnitten sind. Denn mit der vom Richter getroffenen Entscheidung ist das Erkenntnis ein für alle Mal unbestreitbar geworden. Erfolgt die Bürgschaftsübernahme während der Dauer der Rechtshängigkeit oder zwar nach Erlass des Urteils, aber vor Eintritt von dessen Rechtskraft, so ist die Stellung des Bürgen die eines solchen, der sich vor Eintritt der Litispendenz verbürgt hat; denn in diesem Fall ist bis zu dem Moment, wo der Bürgschaftsvertrag geschlossen wurde, weder die Rechtslage des Hauptschuldners verändert worden, noch sind demselben irgend welche Einreden verloren gegangen.

Der den Hauptschuldner nach dem Zeitpunkt der Verbürgung verurteilende Richterspruch hat gegen den Bürgen keinerlei rechtliche Wirkung;⁸⁶⁾ er besitzt diesem gegenüber weder formelle noch materielle Rechtskraft, so dass also der Gläubiger sich auf das Urteil nicht berufen kann. Denn das Prozessrecht bestimmt, dass das Urteil nur unter den Parteien Rechtskraft mache; der Bürge ist aber nicht Partei, sondern Dritter, da für ihn die Hauptschuld eine materiell fremde Schuld ist.⁸⁷⁾ Das Akzes-

des Hauptschuldners anzugeben. Cf. BJV 30 S. 396. Der Bürge hat selbst die gesetzlichen Massnahmen zu seiner Sicherung zu ergreifen. Cf. BJV 49 S. 691. Immerhin sind die Grundsätze von Treu und Glauben zu beachten. Ebenso RG 87 S. 327. Vergl. ferner Reichel in SJZ 10 S. 47 und Bl.f.zürch.Rspr. 1914 Nr. 19. Eine allgemeine Diligenzpflicht besteht aber für den Gläubiger nicht. Vergl. auch Reichel in SJZ 20 S. 266. Stooss in BJV 47 S. 473 ff und 529 ff.

⁸⁶⁾ Oertmann § 767 2 g; Wieland, Handelsrecht I Seite 632 Note 10.

⁸⁷⁾ Hierin liegt der Unterschied von der Schuld des Kollektivgesellschafters. Diese ist im übrigen als gesetzliche Bürgschaft

sorietätsprinzip aber ist ein Satz des Zivilrechts und erstreckt seine Wirkungen nicht in das Gebiet des Prozesses. Der Bürge kann demnach nach rechtskräftiger Verurteilung des Hauptschuldners noch den Bestand der Hauptschuld in einem eigenen Prozess bestreiten und auch eine im Vorprozess abgewiesene Einrede des Hauptschuldners geltend machen. Dass auf diese Weise der gleiche Anspruch nochmals vor das gleiche Forum zur Beurteilung gebracht wird, ist nicht nur eine Folge des erwähnten Rechtsprinzips, dass das Urteil nur unter den Parteien Rechtskraft mache, sondern entspricht auch der Billigkeit und dem Wesen der Bürgschaft als Sicherung. Wäre das Gegenteil der Fall, d. h. wäre das Urteil gegen den Hauptschuldner, welches Bestand und Umfang der Hauptverbindlichkeit rechtskräftig festgestellt hat, auch gegenüber dem Bürgen mit Rechtskraft ausgestattet, so würde im Verfahren gegen den letzteren nur noch Feststellung der Existenz der Bürgschaft nötig sein, um das Leistenmüssen des Bürgen in seinem Umfang festzustellen. Der Bürge wäre also abhängig von der Art und Weise, wie der Hauptschuldner seinen Prozess führt; denn da im Zivilprozess die Verhandlungsmaxime gilt und demzufolge die Parteien durch ihr Tun und Lassen den Ausgang des Verfahrens zu beeinflussen vermögen, hat der Hauptschuldner es in der Hand, durch sein

ausgestaltet mit denjenigen Abweichungen vom Bürgschaftsrecht, die sich daraus ergeben, dass eben die Bürgschaft „Einstehen“ für materiell, d. h. wirtschaftlich fremde, die Schuld des Kollektivgesellschafters dagegen „Haftung“ für materiell eigene Schuld ist. Cf. Wieland, Handelsrecht I S. 631 f. Daher ist auch Bürgschaft des Kollektivgesellschafters für eine Gesellschaftsschuld möglich (cf. oben Note 19), ohne dass eingewendet werden könnte, die Haftung des Gesellschafters sei ja schon gesetzliche Bürgschaft, eine vertragliche Bürgschaft darüber hinaus also unmöglich und überflüssig. Vielmehr gestaltet die Bürgschaft die Haftung des Sozius strenger infolge Beseitigung einiger dem blossen Gesellschafter zustehenden Einreden. Cf. oben Note 19.

Verhalten auf das Urteil mittelbar gestaltend einzuwirken.⁸⁸⁾

Die Frage, ob ein den Bürgen verurteilendes rechtskräftiges Erkenntnis auch gegen den Hauptschuldner wirke, ist zu verneinen.⁸⁹⁾ Mit der Verurteilung des Bürgen wird die Verpflichtung aus der Bürgschaft nicht verselbstständigt. Wenn daher nach Rechtskraft des Urteils die Hauptschuld aus irgend einem Grunde (Erfüllung etc.) erlischt, so geht infolgedessen auch die Verbindlichkeit des Bürgen unter. Das Urteil gegen den Bürgen ist materiell rechtskräftig nur insoweit, als es die Existenz der Bürgenverpflichtung aus dem Bürgschaftsvertrag konstatiert; soweit es dagegen den Umfang und Inhalt derselben feststellt, ist es nur formeller Rechtskraft fähig.⁹⁰⁾

Die Abweisung der Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner wirkt immer auch für den Bürgen.⁹¹⁾

⁸⁸⁾ Damit ist nicht gesagt, dass überhaupt die Prozessführung ein Rechtsgeschäft sei, wie das Reichsgericht in E. 56, 111 annimmt. Es greift nur analoge Behandlung Platz wegen Gleichheit der Interessenlage (vergl. auch von Tuhr II S. 258 N. 132). Hauptschuldner, die nichts zu verlieren haben, führen ihre eigenen Prozesse schlecht; eine Verurteilung des Bürgen ist ihnen gleichgültig. Der Bürge muss daher in den Stand gesetzt sein, selbst etwaige Einreden des Hauptschuldners vorzubringen und in dem Prozess, wo der Anspruch geprüft wird, selbst Partei zu sein. Andernfalls würde der Grundsatz, dass die Verpflichtung des Bürgen durch Rechtsgeschäfte des Hauptschuldners nicht erweitert werden kann, im Prozesse auf leichte Weise umgangen werden können.

⁸⁹⁾ Cf. Westerkamp a. a. O. S. 461 ff.

⁹⁰⁾ Das gleiche gilt auch gegenüber etwaigen Mitbürgen des prozessierenden Bürgen.

⁹¹⁾ Nimmt man an, dass das abweisende Urteil ohne weiteres den Anspruch materiell vernichtet, so erlischt eo ipso auch die Bürgschaft. Begründet es dagegen nur eine Einrede (*exceptio rei iudicatae*), so erhält dieselbe dann auch der Bürge. Ob das eine oder das andere vorliegt, hängt von der jeweiligen Zivilprozessgesetzgebung ab. De lege ferenda jedoch darf man es als nicht empfehlenswert bezeichnen, die Wirkung des materiell rechtskräftigen Urteils darauf zu beschränken, dass den Prozessparteien

2. Rechtsgeschäfte des Hauptschuldners.⁹²⁾

Die Hauptschuld kann sehr wohl im Laufe ihres Bestehens infolge rechtsgeschäftlicher Handlungen ihres Subjektes Veränderungen erfahren. Es fragt sich nur, ob und inwieweit solche auf die Bürgschaft Einfluss haben. Hier ist zu sagen, dass, wenn durch einen Rechtsakt die Verbindlichkeit des Hauptschuldners gemindert wird, sich der Bürge hierauf berufen kann, ja der Richter sogar von sich aus dies zu berücksichtigen hat, wenn er im Verlauf des Prozesses aus der Verhandlung davon Kenntnis erhält. Andererseits kann der Bürge auch die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes, das ihm keinerlei Erschwerungen bringt, nicht ablehnen. Die Vereinbarung eines andern Erfüllungsortes zwischen Schuldner und Gläubiger berührt den Bürgen überhaupt nicht, da dieser seinen eigenen Erfüllungsort hat.

Rechtsgeschäfte, die den Umfang der Hauptverbindlichkeit erweitern, sind ohne jeden Einfluss auf die Bürgenschuld. Es versteht sich von selbst, dass Gläubiger und Hauptschuldner nicht willkürlich die Verpflichtung des Bürgen steigern können. Die gegenteilige Auffassung würde der Funktion der Bürgschaft als Sicherung der Hauptschuld widersprechen.⁹³⁾

lediglich eine Einrede eingeräumt wird; zum mindesten sollte die Rechtskraft des Urteils von Amts wegen vom späteren Richter berücksichtigt werden müssen. (Vergl. über die Wirkung des rechtskräftigen Urteils gegen den Hauptschuldner auf die Bürgschaft Westerkamp S. 459 ff., Reichel S. 540 ff., Lippmann S. 224 ff.)

⁹²⁾ Cf. dazu Reichel, Schuldmitübernahme S. 405 ff.

⁹³⁾ Daher findet sich auch im OR keine ausdrückliche Bestimmung hierüber, wie sie z. B. in BGB § 767 enthalten ist. Immerhin lässt sich die Auffassung des Gesetzes aus der ungenauen Fassung des Art. 499 I herauslesen. Der Zusatz „inklusive die gesetzlichen Folgen . . .“ wäre unnötig gewesen und stellt eine Tautologie dar, da ja genau genommen diese Folgen im jeweiligen Betrag schon inbegriffen sind. Aber eben daraus ist *argumento e contrario* zu schliessen, dass rechtsgeschäftliche Erweiterungen der Hauptschuld die Bürgenverpflichtung nicht berühren. Hätte der Gesetzgeber das Gegenteil gewollt, so hätte er jenen Zusatz jedenfalls weggelassen.

Die Folge eines solchen Rechtsgeschäfts ist jedoch nicht die, dass der Bürge überhaupt nicht verpflichtet würde, sondern die Bürgschaft bleibt bestehen in dem Umfang, den sie ohne jene Erschwerung haben würde. Dass der Bürge im Bürgschaftsvertrag sich auch für event. rechtsgeschäftliche Erweiterungen verpflichtet, ist zulässig; denn wenn Bürgschaften für künftige und für bedingte Verpflichtungen möglich sind, so muss auch dies zulässig sein, da beides auf das gleiche Ergebnis hinaus kommt. Der Schutz des Bürgen besteht dann in der Angabe eines Maximalhaftungsbetrages. Wenn das betreffende Rechtsgeschäft dem Bürgen neben Nachteilen auch Vorteile bringt (z. B. beim Vergleich), und dieser sich auf dasselbe beruft, so ist darin eine Erstreckung der Bürgschaft auf die erweiterte Hauptschuld zu erblicken.⁹⁴⁾

Zweifelhaft kann es sein, ob der Bürge solche Rechtsgeschäfte des Hauptschuldners ablehnen kann, die zugunsten des letzteren geschlossen sind, die aber zu Ungunsten seiner (des Bürgen) selbst wirken können. Es kommt hier insbesondere die Stundung in Betracht, wo oft infolge der Hinausschiebung des Zahlungstermins eine Erweiterung der Bürgschaftsschuld eintritt.⁹⁵⁾ Die Frage ist zu verneinen. Der Bürge muss die Stundung gegen sich gelten lassen.⁹⁶⁾

⁹⁴⁾ Eine solche ist zulässig, da Art. 499 Abs. 1 dispositives Recht enthält, soweit die Verpflichtung des Bürgen die des Hauptschuldners nicht übersteigt. Eine „Genehmigung“ oder „Zustimmung“, wie Oertmann, Komm. S. 839 meint, liegt nicht vor, vielmehr eine Erweiterung der Bürgschaft durch eine neue Verbürgung, für welche demnach Wahrung der Schriftform erforderlich ist (so auch von Tuhr III S. 221 N. 74). Es würde auch der bona fides widersprechen, wenn jemand, der die Vorteile eines Rechtsgeschäfts für sich beansprucht, die ihm aus demselben erwachsenden Nachteile ablehnen könnte.

⁹⁵⁾ Z. B. weil inzwischen der Hauptschuldner insolvent wird.

⁹⁶⁾ Als Befreiungsmittel steht ihm Art. 510 OR zur Verfügung, wonach er bei Fälligkeit der Hauptschuld durch Leistung an den Gläubiger sich befreien kann. Art. 510 versteht unter Fälligkeitstermin m. E. den primären vertraglichen und nicht den durch die Stundung festgesetzten Termin.

Andererseits kommt dem Bürgen eine vom Gläubiger dem Hauptschuldner erteilte Stundung stets und ohne weiteres zugute, und zwar selbst dann, wenn Gläubiger und Hauptschuldner ihm einverständlich die Berufung auf die Stundung versagt wissen wollten.

Wahlerklärungen eines alternativ verpflichteten Hauptschuldners binden den Bürgen. Wenn das nicht der Fall wäre, würde eine Verbürgung für Wahlschulden überhaupt unmöglich sein.⁹⁷⁾ Selber ausüben aber kann der Bürge das Wahlrecht des Hauptschuldners nicht.

3. Obligationswidriges Verhalten des Hauptschuldners.

Die wesentlichste Bedeutung kommt jedenfalls denjenigen Handlungen des Hauptschuldners zu, die entgegen seinem Willen eine Erweiterung des Umfangs seiner Verbindlichkeit bewirken, welche darauf zurückzuführen ist, dass der Verpflichtete sich obligationswidrig verhält. Diese Folge des Akzessorietätsprinzips ist im Gesetz⁹⁸⁾ ausdrücklich ausgesprochen, wo es heisst, dass der Bürge für die gesetzlichen Folgen eines Verschuldens oder Verzuges des Hauptschuldners haftet.⁹⁹⁾

Von vornherein ist hier zu bemerken, dass der Bürge nur für die gesetzlichen Folgen ohne weiteres haftet, für vertraglich ausbedungene (z. B. Konventionalstrafen) dagegen nur, wenn er sich dafür ausdrücklich verpflichtet hat.

Der Bürge haftet für obligationswidriges Verhalten des Hauptschuldners, wobei gleichgültig ist, ob die Obligation selbst auf Vertrag oder auf Delikt (z. B. bei der Amtsbürgschaft) beruht. Daher ist es auch ungenau zu sagen, dass der Bürge für „vertragswidriges“ Verhalten des Hauptschuldners hafte.

Haftet der Bürge für culpa in contrahendo des Hauptschuldners (was natürlich nur bei Bürgschaften für

⁹⁷⁾ Westerkamp a. a. O. S. 377 ff.

⁹⁸⁾ OR 499 I.

⁹⁹⁾ Cf. Revue 25 Nr. 8 S. 22, 23.

zukünftige Verbindlichkeiten möglich ist)? Dies ist prinzipiell zu verneinen. Weder Wortlaut noch Sinn des Gesetzestextes könnten eine Bejahung rechtfertigen. Die Bürgschaft dient nur dazu, die Erfüllung der Verpflichtung des Hauptschuldners zu sichern. Dass sich die Bürgschaftsverpflichtung auch auf culpa in contrahendo des Hauptschuldners erstrecken sollte, wäre eine so aussergewöhnliche und über den gewöhnlichen Zweck der Bürgschaft hinausgehende Massnahme, dass dafür ausdrückliche Begründung erforderlich ist. An solche Eventualitäten pflegt der Bürge nicht zu denken. Die Vermutung spricht jedenfalls gegen eine Erstreckung der Bürgschaft auf culpa in contrahendo; der das Gegenteil Behauptende hat daher den Beweis für seine Behauptung zu erbringen.

Eine Bürgschaft kann auch übernommen werden, wenn das obligationswidrige Verhalten, z. B. die verschuldete Leistungsunmöglichkeit oder der Verzug schon eingetreten ist. Der Bürge steht dann eben dafür ein, dass der Hauptschuldner den Schadensersatz statt der Leistung des primären Schuldinhaltes leisten werde. Der Inhalt der Hauptverbindlichkeit ist eben ganz unwesentlich für das Wesen der Bürgschaft, welches seinerseits immer dasselbe bleibt.

Gerät der Gläubiger dem Hauptschuldner gegenüber in Annahmeverzug,¹⁰⁰⁾ so kommt dieser auch dem Bürgen zugute. Mindert sich also infolgedessen die Hauptschuld, so wird auch die Verpflichtung des Bürgen entsprechend geringer. Sie erlischt, wenn der Hauptschuldner sich durch Hinterlegung befreit oder vom Vertrage zurücktritt.¹⁰¹⁾ Der Gläubiger kann dem Hauptschuldner gegenüber den Annahmeverzug durch Annahmeerklärung beseitigen; eine Annahmeerklärung gegenüber dem Bürgen dagegen nützt dem Gläubiger nichts; sein Annahmeverzug

¹⁰⁰⁾ Reichel, Schuldmitübernahme S. 466. Lippmann a. a. O. S. 222 f.

¹⁰¹⁾ OR 95.

bleibt trotzdem weiterbestehen bis zu dem Moment, wo er die Annahme dem Hauptschuldner selbst erklärt.¹⁰²⁾

Hat ein in der Bürgschaftsurkunde angegebener Maximalhaftungsbetrag die Bedeutung, dass er auch die Ausklagungskosten umfasst, oder können diese ihm noch zugeschlagen werden? M. E. ist letzteres anzunehmen. Mit der Beschränkung seiner Verbindlichkeit auf einen Maximalbetrag spricht der Bürge zwar deutlich aus, dass er nicht zu mehr als soviel herangezogen werden will; allein es wird richtiger sein, seine Haftung in allen Fällen auf die Kosten der Rechtsverfolgung zu erstrecken, auch wenn er infolgedessen mehr als den angegebenen Maximalbetrag leisten müsste. Denn es ist zu bedenken, dass der Bürge für dieselben nur haftet, falls er sie trotz gebotener Gelegenheit nicht durch Befriedigung des Gläubigers vermieden hat. Ist aber der Bürge einmal demnach zu ihrer Zahlung verpflichtet, so könnte er böswillig den Gläubiger in seinen Rechten dadurch verkürzen, dass er durch Unterlassung der Befriedigung desselben die Kosten der Rechtsverfolgung immer höher anwachsen lässt, um schliesslich bei seiner Belangung sich auf den angegebenen Maximalhaftungsbetrag zu berufen.

C. Die Einreden des Bürgen.¹⁰³⁾

Wenn der Bürge regelmässig gesetzliche Verände-

¹⁰²⁾ Gemäss 499 Abs. 2 haftet der Bürge für die Kosten der „Ausklagung“ (d. h. der Klageerhebung und der Betreibung), soweit er sie nicht durch rechtzeitige Befriedigung des Gläubigers hätte vermeiden können. Diese aus Zweckmässigkeitsgründen aufgestellte Bestimmung ist eine (übrigens unwesentliche) Ausnahme vom Akzessorietätsprinzip insofern, als die Bürgschaft sich unter den Voraussetzungen von 499 Abs. 2 auf diese Kosten schlechthin erstreckt, obwohl sie nicht zum Bestand der Hauptschuld gehören, sondern prozessuale Rechtsfolgen sind. Als Ausnahmebestimmung darf diese Vorschrift nicht extensiv interpretiert werden; die Haftung des Bürgen erstreckt sich also nicht z. B. auf die Kosten einer Kündigung, Mahnung etc.

¹⁰³⁾ Cf. hierzu Fick und Oser zu Art. 506 OR, die Kommentare zu § 768 BGB, Düringer Komm. Bd. II S. 381 ff.,

rungen der Hauptschuld infolge Verzug oder Verschulden des Hauptschuldners auf seine eigene Verbindlichkeit überwirken lassen muss, so kann er sich andererseits auch auf Erleichterungen der Hauptverbindlichkeit berufen. Zu diesem Zweck stehen ihm die Einreden des Hauptschuldners zur Verfügung. Ausserdem hat er noch zwei besondere Arten von Einreden, nämlich solche, die er auf Grund eines dem Hauptschuldner zustehenden Gestaltungsrechts ausüben kann, und solche, die aus einem eigenen Verhältnis zum Gläubiger entspringen.

1. Einreden des Bürgen aus dem Verhältnis des Hauptschuldners zum Gläubiger.¹⁰⁴⁾¹⁰⁵⁾

Der Bürge ist zur Geltendmachung dieser Einreden berechtigt. Dass er dazu auch verpflichtet sei, möchte

Staub Komm. Bd. II S. 90 ff., Westerkamp S. 441 ff. und Reichel, Schuldmitübernahme S. 387 ff., ferner neuerdings von Tuhr in SJZ 19 S. 227 f.

¹⁰⁴⁾ Cf. BG in AS 33 II S. 402 ff.

¹⁰⁵⁾ OR 506 bestimmt: „Der Bürge ist berechtigt und verpflichtet, dem Gläubiger die Einreden entgegenzusetzen, die dem Hauptschuldner zustehen, soweit er nicht durch die Art seiner Verpflichtung von der Geltendmachung solcher Einreden ausgeschlossen wird.“ Zu bemerken ist, dass das Gesetz in 506 den Ausdruck Einreden im engeren Sinne gebraucht; es versteht darunter nicht die sog. Einwendungen, d. h. das Vorbringen von Tatsachen, die sich dem Entstehen oder Fortbestehen der Obligation entgegensetzen. (Rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen; vergl. von Tuhr I 289.) Dass diese vom Bürgen erhoben werden können, folgt schon daraus, dass die Bürgschaft in ihrem Bestand von der Existenz der Hauptschuld abhängt. Vielmehr spricht 506 nur von den eigentlichen Einreden, d. h. von den Gegenrechten, kraft deren der Schuldner die Leistung zeitweilig oder dauernd verweigern kann, ohne dass dadurch die Existenz der Verpflichtung resp. des Anspruchs berührt wird.

Der Vorbehalt „soweit . . .“ verweist auf Art. 494 Abs. 3; in diesem Fall liegt aber gar keine wahre Bürgschaft vor, der Vorbehalt spricht lediglich eine Folge des allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsatzes aus, dass sich niemand auf den Mangel einer Verbindlichkeit berufen kann, von dessen Existenz er bei Eingehung derselben Kenntnis hatte.

trotz des Wortlautes des Gesetzes zu verneinen sein. Vielmehr liegt nur eine Rechtsvoraussetzung vor. Auch erstreckt sich diese nur auf die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden, nicht auch auf diejenigen, die dem Bürgen persönlich gegen den Gläubiger zustehen.^{105 a)} Näher kann jedoch hier auf diese Frage, die in das Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner gehört, nicht eingetreten werden.¹⁰⁶⁾

Der Bürge hat die Einreden des Hauptschuldners aus eigenem Recht kraft seiner Eigenschaft als Bürge.¹⁰⁷⁾

^{105 a)} Cf. Pr. III Nr. 43.

¹⁰⁶⁾ Verbürgt sich jemand dem Zessionar einer Forderung gegenüber, so ist zu unterscheiden: 1. Einreden aus dem Hauptschuldverhältnis kann der Bürge gegen den Gläubiger erheben. 2. Andere Einreden, die ihm gegen den Zedenten zustehen, kann er dagegen nicht auch gegen den Zessionar geltend machen. Cf. auch Reichel in SJZ 10 S. 47.

¹⁰⁷⁾ Vergl. von Tuhr I S. 293 N. 18 und III S. 550 N. 40; dass es sich um Geltendmachung eines eigenen, nicht eines fremden Rechtes handelt, zeigt sich auch darin, dass die Einreden dem Bürgen auch nach einem Verzicht des Hauptschuldners auf dieselben zustehen. Der Bürge hat nicht lediglich ein Recht gegen den Hauptschuldner auf Übertragung der Einreden. Er besitzt sie auch unabhängig davon, ob er gegen den Hauptschuldner regressberechtigt ist oder nicht. Ebensowenig kommt es darauf an, ob die Einreden vor oder nach dem Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme entstanden sind. Dass dem Bürgen schlechthin alle Einreden des Hauptschuldners zustehen, folgt übrigens schon daraus, dass der Bürge nicht zu einem Plus verpflichtet sein kann.

Ausnahmen dürfen nur dann angenommen werden, wenn sie im Gesetz ausdrücklich statuiert sind. Es gibt keinen Unterschied mehr zwischen Einreden rei und personae cohaerentes (anders das gemeine Recht, vergl. Geib S. 113); auch die sog. höchstpersönlichen Einreden kann der Bürge geltend machen. — Für den Prototyp dieser Einreden, die Einrede des Notbedarfs, könnte dies zweifelhaft erscheinen. Aber auch sie steht dem Bürgen zu.

A. A. Gierke DPR III S. 780 Note 61, Dernburg § 287 III. ABGB schliesst in § 1354 durch positive Bestimmung die Berufung des Bürgen auf das Beneficium competentiae aus. Die Kompetenz ist heute kein Exekutionsprivileg mehr, sondern eine die Schuld beschränkende Tatsache. Sie ist vom Gesetz als Einrede aus-

Auch die sog. rechtsverfolgenden Einreden,¹⁰⁸⁾ d. h. diejenigen Einreden, die dem Hauptschuldner nicht als Schuldner, sondern als zu einer Gegenleistung Berechtigten zustehen, kann der Bürge geltend machen. Er darf also, falls dem Hauptschuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegeben ist, ebenfalls die Leistung verweigern, bis der Gläubiger seinerseits die von ihm geschuldete Leistung erbringt. Wird der Bürge schon vorher belangt, so ist die Klage abzuweisen oder der Bürge zur Leistung Zug um Zug gegen die an den Hauptschuldner zu bewirkende Gegenleistung des Gläubigers zu verurteilen. Denn sonst wäre der Bürge in *duriorum condicionem* als der Prinzipalschuldner verpflichtet, da er früher als dieser leisten müsste.

Selbst wenn sich der Hauptschuldner als Gegenberechtigter in Annahmeverzug befindet, kann der Bürge die Leistung verweigern, so lange der Gläubiger nicht durch Hinterlegung der von ihm geschuldeten Leistung die Einrede beseitigt hat. Aus den gleichen Gründen hat der Bürge

gestaltet worden, so dass der Bürge resp. der Schenker sie erheben muss, um den Gläubiger abzuwehren. Von Amtes wegen wird sie vom Richter nicht berücksichtigt. Dem Bürgen aber stehen nach Art. 506 OR alle Einreden des Hauptschuldners zu. Hier eine Ausnahme von der Regel anzunehmen, besteht keinerlei Anhaltspunkt. Insoweit der Anspruch gegen den Hauptschuldner, wie hier, von der Rechtsordnung aus sozialen und moralischen Gründen reprobirt wird, darf auch dem Bürgen die Berufung auf die deshalb dem Hauptschuldner gegebene Einrede nicht versagt werden. Denn er soll den Gläubiger gegen Leistungsunvermögen und Leistungsunwilligkeit des Hauptverpflichteten schützen, nicht aber dagegen, dass eine Änderung in den Vermögensverhältnissen des Prinzipalschuldners eintritt, die es als unsittlich erscheinen lassen würden, dass derselbe die Interessen seiner Familie zurücksetzen müsste, um Verbindlichkeiten zu erfüllen, die rein aus Liberalität von ihm eingegangen worden waren. Ebenso wirkt ein nur zugunsten des Hauptschuldners vom Gläubiger eingegangenes *pactum de non petendo*, z. B. während einer Krankheit des Hauptschuldners, auch für den Bürgen.

¹⁰⁸⁾ Cf. Westerkamp S. 444 ff., Staub a. a. O. S. 92 f., Reichel a. a. O. S. 391.

auch die dem Hauptschuldner zustehende Einrede des Zurückbehaltungsrechtes.

Ein Verzicht des Hauptschuldners auf Einreden berührt den Bürgen und seine Verpflichtungen in keiner Weise.¹⁰⁹⁾ Denn jener kann durch rechtsgeschäftliche Handlungen die Bürgenverbindlichkeit nicht erweitern. Jedoch gilt dies nur für Verzichte auf Einreden, nicht aber für Verzichte auf solche Rechtsbefugnisse, insbesondere Gestaltungsrechte, die dem Bürgen überhaupt nicht zustehen.¹¹⁰⁾

Die Regel, dass dem Bürgen sämtliche Einreden des Hauptschuldners ohne Unterschied zur Verfügung stehen, erleidet nur eine Ausnahme, die durch positive Gesetzesbestimmung aufgestellt ist.¹¹¹⁾ Wenn nämlich durch Zahlung einer Nachlassrate die Hauptschuld getilgt wird, geht die Bürgschaft dennoch nicht unter, vielmehr bleibt der Bürge im bisherigen Betrag der Hauptschuld verhaftet und kann sich auf deren Minderung nicht berufen. Der Grund dieser vom Akzessorietätsprinzip abweichenden Bestimmung liegt im Sicherungszweck der Bürgschaft, indem der Gläubiger gegen die Unzulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens geschützt wird.¹¹²⁾ Die Vor-

¹⁰⁹⁾ Cf. Wieland, Handelsrecht I S. 632 Note 10.

¹¹⁰⁾ Cf. Staub a. a. O. S. 90. BG in Pr. IX Nr. 12. RG 84 S. 230.

¹¹¹⁾ SchKG bestimmt nämlich in Art. 303: „Ein Gläubiger, welcher dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt hat, geht seiner Rechte gegen . . . Bürgen . . . nicht verlustig. Ein Gläubiger, welcher dem Nachlassvertrag zugestimmt hat, geht seiner Rechte gegen die genannten Personen nicht verlustig, wenn . . .“

¹¹²⁾ Westerkamp S. 90 ff.

Aus dem gleichen Grunde bleibt die Bürgschaft ohne zu erlöschen weiterbestehen, wenn die Hauptschuld infolge Wegfalls der Person des Hauptschuldners infolge Konkurs dahinfällt, wie es bei den juristischen Personen der Fall ist. Denn auch hier ist das Erlöschen der Hauptschuld die Folge der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners, wogegen zu sichern die Bürgschaft ja gerade bestimmt war. Die Akzessorietät als Prinzip, welches lediglich dazu dient, den Sicherungszweck der Bürgschaft rechtlich

schrift beruht nicht auf dem Verhältnis von Hauptschuldner und Gläubiger, sondern auf dem Zwang anderweitiger Umstände.

Ebensowenig kann sich der Bürge einer nicht ins öffentliche Inventar aufgenommenen Verpflichtung darauf berufen, dass der Erbe, der die Erbschaft unter öffentlichem Inventar angenommen hat, für die nicht inventarisierten Verpflichtungen nicht hafte.¹¹³⁾ Er bleibt trotzdem auf den vollen Betrag der Hauptschuld weiterhin obligiert. Doch liegt hier insofern keine Ausnahme vom Akzessorietätsprinzip vor, als die Hauptschuld selbst infolge ihrer Nichtaufnahme ins Inventar keineswegs erloschen ist, sondern sich nur in eine haftungslose Obligation verwandelt hat, da ihr fortab die Erzwingbarkeit fehlt. Das ergibt sich u. a. daraus, dass, falls es nachträglich noch zu einer konkursamtlichen Liquidation der Erbschaft kommt, der Gläubiger noch seine Forderung in diesem Verfahren anmelden kann, was er doch nicht tun könnte, wenn dieselbe durch Unterlassung der Anmeldung zur Inventarisierung erloschen wäre.¹¹⁴⁾

durchzuführen und zu garantieren, geht daher nur soweit, als nicht die Verminderung oder Vernichtung der Hauptschuld die Folge des Nichtleistens des Hauptschuldners ist.

¹¹³⁾ ZGB 589. Cf. auch Gmür, Haftbarkeit der Erben für Bürgschaftsschulden des Erblassers.

¹¹⁴⁾ Ausserdem wäre es unbefriedigend, anzunehmen, dass wie 590 Abs. 3 ZGB bestimmt, pfandversicherte Forderungen trotz Nichtaufnahme ins Inventar bestehen bleiben, chirographarische Ansprüche dagegen untergehen. Der Erbe ist also unbeschränkt verpflichtet, nur die Haftung fehlt bei der nicht inventarisierten Obligation (so für das deutsche Recht auch von Tuhr I S. 113 Note 71 b). Dem Bürgen kann aber aus dieser misslichen Lage geholfen werden durch analoge Anwendung von Art. 511 OR. Denn die Interessenlage ist in beiden Fällen ganz die gleiche: dadurch, dass der Gläubiger seine Forderung nicht zum Inventar angemeldet hat, wird der Bürge in seinem gesetzlichen Regressrecht gegen den Erben beeinträchtigt, da dieser ihm die Einwendung entgegenhalten kann, dass er für nicht inventarisierte Schulden nicht hafte. Für diesen Schaden muss

2. Einreden des Bürgen auf Grund eines dem Hauptschuldner zustehenden Gestaltungsrechts.

In keinem Falle kann der Bürge die Hauptobligation durch eigenes Handeln beeinflussen und dadurch eventuell erschweren. Das ergibt sich, abgesehen davon, dass niemand mangels besonderer Vollmacht oder Verfügungsmacht¹¹⁵⁾ über Rechte anderer gültig verfügen kann, auch daraus, dass der Bürge eben nur zur Sicherung da ist und rein passiv abzuwarten hat, wie sich die Hauptschuld gestalten wird. Ein dem Hauptschuldner eingeräumtes Wahlrecht, Kündigungsrecht, Rücktrittsrecht etc. kann der Bürge daher nicht geltend machen. Auch die Ausübung eines Wandelungs- oder Minderungsrechts ist ihm verschlossen.¹¹⁶⁾ Jedoch bleibt der Umstand, dass ein solches Gestaltungsrecht dem Hauptschuldner zusteht, doch nicht ohne Einfluss auf die Verpflichtung des Bürgen.

Nicht hierher gehört allerdings der Fall, dass der Bürge die Leistung verweigern kann, wenn dem Hauptschuldner das Recht der A n f e c h t u n g zusteht.¹¹⁷⁾ Denn diese Einrede

der Gläubiger ihm verantwortlich gemacht werden; es ist nicht einzusehen, warum der Gläubiger dem Bürgen bei Unterlassung der Anmeldung der Forderung zum Konkurs des Hauptschuldners haftbar sein solle, nicht aber bei Unterlassung derselben zum Erbschaftsinventar.

¹¹⁵⁾ Cf. von Tuhr, Allg. Teil des Bürg. Rechts §§ 60 und 84—87.

¹¹⁶⁾ Daher wird in Art. 506 OR nur von Einreden gesprochen. Dem Bürgen stehen keinerlei Gestaltungsrechte zu, die der Hauptschuldner etwa ausüben könnte.

¹¹⁷⁾ OR Art. 23 ff. Die Bürgschaft selbst kann vom Bürgen nach allgemeinen Grundsätzen wegen Willensmängeln angefochten werden. Das BG hat hierüber sich in zahlreichen Entscheiden ausgesprochen. Cf. aus neuerer Zeit Pr. XII Nr. 98 und 99, XI Nr. 164 E. 1. AS 48 S. 379, 49 Nr. 25. Erwähnt sei auch der Entscheid in Bl.f.zürch.Rspr. 1916 Nr. 229, wonach keine Unverbindlichkeit besteht in dem Falle, dass der Bürgschein auf die einzelnen Teilhaber ausgestellt ist, während der Geschäftsverkehr die Firma (Kollektivgesellschaft) selbst betrifft. Im Falle der Täuschung des Bürgen durch den Gläubiger ist für diesen ein über das all-

hat der Bürge nicht auf Grund der Tatsache, dass der Hauptschuldner ein Gestaltungsrecht — hier ein Aufhebungsrecht — geltend machen kann. Sie steht ihm vielmehr nur als Einrede des Hauptschuldners zu. Denn mit dem Anfechtungsrecht ist die Einrede der Unverbindlichkeit als unselbständige Exzeption eo ipso verbunden.¹¹⁸⁾ Die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes begründet für den Schuldner nicht nur die Befugnis, die Rechtswirkungen desselben durch einseitige Willenserklärung ex tunc zu vernichten, sondern daneben auch das Recht, die Leistung zu verweigern wegen Unverbindlichkeit des Vertrages. Aus dem Anfechtungsrecht entspringt die unselbständige Einrede der Unverbindlichkeit und zwar sofort mit der Entstehung des Anfechtungsgrundes, nicht erst mit der Ausübung des Anfechtungsrechts selber.¹¹⁹⁾ Der Bürge kann die Leistung verweigern, so lange als die Unverbindlichkeit der Hauptschuld besteht, d. h. bis der Zustand der Ungewissheit sich geklärt hat. Genehmigt der

gemeine Mass hinausgehender strenger Masstab betr. die Wahrheitspflicht anzunehmen. (Pr. II Nr. 49, V Nr. 260. AS 38 II S. 615, 42 S. 152. BJV 58 S. 380. Bl.f.zürch.Rspr. 1919 Nr. 60.) Jedoch sind sog. Voraussetzungen des Bürgen beim Vertragschluss, die sich nachher nicht erfüllen, nach allgemeinen Grundsätzen unerheblich, vorbehältlich einiger im Gesetz ausdrücklich statuerter Ausnahmen, z. B. 497 III OR (cf. BJV 48 S. 232, 36 S. 272, 45 S. 26, 49 S. 464, 50 S. 357). Cf. auch Reichel in SJZ 17 S. 180.

Hat sich jemand für einen bestimmten Hauptschuldbetrag verbürgt und wird an Stelle des ursprünglich vereinbarten Darlehensbetrages eine geringere Summe vom Gläubiger dem Hauptschuldner darlehensweise ausbezahlt, so haftet der Bürge nicht ohne weiteres für den kleineren Betrag. Cf. BJV 45 S. 506.

¹¹⁸⁾ Cf. von Tuhr a. a. O. I S. 301. Über den Unterschied von aufhebenden Gestaltungsrechten und Einreden, die beide negative Rechte sind, derselbe I S. 292. von Tuhr bestreitet für das deutsche Recht das Vorhandensein einer solchen unselbständigen Einrede: I S. 198 Note 11. Gegen ihn Hellwig, Verträge S. 293.

¹¹⁹⁾ Cf. für das deutsche Recht Westerkamp a. a. O. S. 422 ff. Oertmann S. 956.

Hauptschuldner ausdrücklich oder stillschweigend, so kann der Bürge die Wirksamkeit dieser Genehmigung für seine eigene Verpflichtung nicht ablehnen. Denn die Genehmigung ist kein schulderweiterndes Rechtsgeschäft des Hauptschuldners, welches auf die Bürgschaft nicht überwirkt, sie bringt keine neuen Rechtswirkungen hervor, sondern macht nur bereits eingetretene Wirkungen unanfechtbar; es liegt eine „Nichtaufhebung einer bereits bestehenden Pflicht“ vor.¹²⁰⁾

Leistet der Bürge in Unkenntnis der ihm zustehenden Einrede vor erfolgter Anfechtung durch den Hauptschuldner, so kann er das Geleistete nicht zurückfordern, solange der Hauptschuldner die Anfechtung nicht vorgenommen hat, wohl aber dann, wenn diese nachträglich noch stattfindet. Zahlt er nach erfolgter Anfechtung in Unkenntnis derselben an den Gläubiger, so ist das Recht der Rückforderung unzweifelhaft.

Weiss der Bürge bei Übernahme seiner Verbindlichkeit um die Anfechtbarkeit der Hauptschuld, so ist ein Verzicht desselben auf die Einrede und daher Begründung einer selbständigen Schuldverpflichtung, nicht einer Bürgschaft, anzunehmen.

Die Einrede des Hauptschuldners in dem Falle, dass der Abschluss des unverbindlichen Rechtsgeschäftes infolge unerlaubter Handlung des Gläubigers vorgenommen wurde,¹²¹⁾ steht nach allgemeinen Grundsätzen auch dem Bürgen zu.

Wohl aber hat der Bürge eine selbständige Einrede, wenn dem Hauptschuldner das Recht der Verrechnung zusteht.¹²²⁾ Hat jedoch nur der Gläubiger das Recht zur Kompensation, so steht dem Bürgen keinerlei Einrede zu Gebote. Verzichtet der Hauptschuldner auf das Recht

¹²⁰⁾ Cf. von Tuhr II S. 322 und III S. 242.

¹²¹⁾ OR 60 III.

¹²²⁾ OR 121: Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, soweit dem Hauptschuldner das Recht der Verrechnung zusteht.

zur Aufrechnung, so verliert dadurch auch der Bürge seine Befugnis, die Leistung zu verweigern. In diesem Verzicht liegt kein schulderweiterndes Rechtsgeschäft vor; daher kann der Bürge auch nicht ein Überwirken desselben auf seine eigene Verbindlichkeit ablehnen. Kompensiert der Hauptschuldner, so verliert der Bürge natürlich mit vollzogener Aufrechnung das Recht zur Verweigerung der Leistung.

Leistet der Bürge in Unkenntnis der ihm zustehenden Einrede vor erfolgter Verrechnung, so kann er nicht kondizieren, da dem Anspruch des Gläubigers gegen ihn damals keine Einrede gegenüberstand, durch die die Geltendmachung dauernd ausgeschlossen war. Erfolgt die Kompensationserklärung nachträglich, so ist sie ebenfalls für den Bürgen wirkungslos; denn mit dem Moment der Leistung des Bürgen ist der Hauptschuldner nicht mehr Schuldner des Gläubigers und kann daher diesem gegenüber auch keine Aufrechnungserklärung mehr abgeben.

Wohl aber kann der Bürge das Geleistete dann zurückfordern, wenn er nach erfolgter Kompensationserklärung in deren Unkenntnis gezahlt hatte.

Steht dem Hauptschuldner ein Wahlrecht¹²³⁾ zu, so wird die Verpflichtung des Bürgen erst mit der Wahlerklärung des Hauptschuldners fällig. Vor diesem Zeitpunkt kann der Bürge vom Gläubiger in keiner Weise auf Zahlung belangt werden. Der Anspruch gegen den Bürgen ist bedingt durch die Ausübung der Wahl seitens des Hauptschuldners. Der Bürge selbst aber kann das Wahlrecht nicht ausüben.

Erklärt der Hauptschuldner die Wahl, so haftet der Bürge fortan nur noch für die gewählte Leistung weiter. Die Wahl des Hauptschuldners bindet ihn; auch einen Verzicht des Hauptschuldners auf das Wahlrecht muss er

¹²³⁾ Cf. für das deutsche Recht Westerkamp a. a. O. S. 377 ff.

gegen sich gelten lassen, da auch hier kein schulderweiterndes Rechtsgeschäft vorliegt.¹²⁴⁾

Ohne Belang für den Bürgen ist es, wenn der Hauptschuldner eine *facultas alternativa*¹²⁵⁾ ausüben kann. Ihm selbst steht diese nicht zu; er kann lediglich, solange die Hauptschuld sich noch nicht in eine Schadenersatzverpflichtung verwandelt hat, auf Grund seiner eigenen, oben erwähnten, gesetzlichen Alternativermächtigung die Hauptleistung oder die Leistung der Lösungsbefugnis erbringen.

Steht das Wahlrecht dem Gläubiger zu, so kommt dieser, wenn er die Wahl nicht vornimmt, in Annahmeverzug. Denn die Wahl ist eine Vorbereitungshandlung;¹²⁶⁾ solange kann sowohl der Bürge als der Hauptschuldner die Leistung verweigern. Das dem Hauptschuldner event. zustehende Rücktrittsrecht kann der Bürge jedoch nicht ausüben. Wohl aber kann er gegen den Gläubiger auf Vornahme der Wahl klagen. Wenn man ihm dieses Recht nicht zusprechen wollte, so bestände für den Bürgen keinerlei Möglichkeit, sich von seiner Verpflichtung zu befreien.¹²⁷⁾

¹²⁴⁾ Hierher gehört der Fall, dass sich jemand für eine Kaufpreisschuld verbürgt hat und die gekaufte Sache mit Mängeln behaftet ist. Der Bürge kann die Leistung verweigern, solange der Hauptschuldner (Käufer) sich nicht für einen der ihm nach OR 205/6 zustehenden Ansprüche entschieden hat und noch keine Verwirkung eingetreten ist (in Analogie zu 121 OR). Der Bürge braucht demnach erst zu zahlen nach Ablauf der Verwirkungsfrist oder nach Vollziehung der Minderung, in diesem Falle den herabgesetzten Betrag.

Bei Bürgschaft für den Verkäufer ist im einzelnen Falle festzustellen, ob, was im Zweifel anzunehmen ist, der Bürge sich für das Erfüllungsinteresse des Käufers verbürgt hat oder auch für die Folgen einer Vertragsauflösung (nach OR 107). Cf. BG in AS 48 Nr. 40 S. 263 ff. und Pr. XII Nr. 173 E. 3. Über den Fall von Annahmeverzug des Hauptschuldners-Grundstückverkäufers cf. RG 84 S. 228.

¹²⁵⁾ Cf. Westerkamp a. a. O. S. 382 ff.

¹²⁶⁾ Im Sinne von OR 91.

¹²⁷⁾ OR 503 und 510 könnten ihm nicht helfen, da die Fälligkeit der Wahlschuld eben frühestens mit der Wahlerklärung eintritt. Klage auf Vornahme bleibt das einzige Mittel.

3. Einreden¹²⁸⁾ des Bürgen aus seinem eigenen Verhältnis zum Gläubiger.¹²⁹⁾

Diese Einreden lassen sich in zwei Gruppen einteilen: Die Einreden, die dem Bürgen nach allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen zukommen, und diejenigen, auf die er sich auf Grund des Bürgschaftsrechtes im besonderen berufen kann.

Es steht ausser Zweifel, dass der Bürge gegen den Gläubiger alle Exzeptionen erheben kann, die überhaupt jedem Schuldner zustehen. Er kann sich also auf Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Bürgschaftsvertrages berufen, auf Nichteintritt einer Suspensivbedingung oder Eintritt einer Resolutivbedingung, auf Verjährung der Bürgschaftsschuld etc.

Dem einfachen Bürgen steht ausserdem noch die Einrede der Vorausklage zu.¹³⁰⁾ Sie ist eine wahre Einrede, nicht eine Klagvoraussetzung. Der Bürge muss sie daher geltend machen, um den ihn belangenden Gläubiger abzuwehren.¹³¹⁾ Der Richter darf sie nicht von Amtes wegen berücksichtigen.¹³²⁾¹³³⁾

¹²⁸⁾ Nicht näher kann eingetreten werden auf die übrigen Rechte und Befugnisse, die dem Bürgen event. noch gegenüber dem Gläubiger zustehen können, z. B. das Recht, Abrechnung zu verlangen (cf. BJV 42 S. 665) oder Sicherstellung zu begehren (ebenda 30 S. 327).

¹²⁹⁾ Cf. Staub a. a. O. S. 93 ff.

¹³⁰⁾ Beneficium excussionis OR 495.

¹³¹⁾ Die einfache Bürgschaft unterscheidet sich dadurch von der Ausfalls- oder Schadlosbürgschaft, cf. Reichel SJZ 1913 S. 211. Die Einrede der Vorausklage kann nur einmal erhoben werden. S. Reichel a. a. O. S. 212. Ein für die Hauptschuld ausgestellter provisorischer Verlustschein bewirkt nicht die Fälligkeit der einfachen Bürgschaft. Cf. BJV 32 S. 387.

¹³²⁾ Der Wortlaut des Art. 495 OR würde zwar, äusserlich betrachtet, eher dafür sprechen, im beneficium ordinis ein Klagfundament zu erblicken, um so mehr als in den Art. 564 Abs. 3, 601, 675, 748 Abs. 1 die gleiche Wendung unzweifelhaft im Sinne einer Klagvoraussetzung gebraucht ist. Dagegen aber spricht mit entscheidendem Gewicht (vergl. auch diese Zeitschrift 15, 100)

4. Einreden des Bürgen aus seinem Verhältnis zum Hauptschuldner.¹³⁴⁾

Solche Einreden kann der Bürge dem Gläubiger gegenüber in keinem Falle vorbringen. Denn *res inter alios acta tertiis nec prodest nec nocet*. Insbesondere ist dem Bürgen die Geltendmachung der Einrede des nichterfüllten Vertrags verschlossen in dem Fall, dass die Bürgschaft eingegangen wurde als Entgelt gegen eine andere Leistung des Hauptschuldners und dieselbe nicht erfolgt. Solche Einreden stehen dem Bürgen nur dann zu, wenn der Bürgschaftsvertrag — des Bürgen mit dem Gläubiger — zusammenfällt mit dem Rechtsgeschäft zwischen Bürge und Hauptschuldner, in dem der Bürge die Bürgschaftsübernahme verspricht. In diesem — übrigens seltenen — Falle ist anzunehmen, dass das Anlassgeschäft — Rechtsgeschäft zwischen Hauptschuldner und Bürge — Bedingung für das Ausführungsgeschäft, den Bürgschaftsvertrag zwischen Bürge und Gläubiger, ist.

die Erwägung, dass das Gesetz, wenn es sich zur herrschenden Ansicht, die im *beneficium excussionis* eine Einrede erblickt, in Gegensatz hätte setzen wollen, es dies bestimmt und unzweideutig statuiert hätte (unrichtig für das OR Gierke DPR III S. 781 Note 67).

¹³³⁾ Ferner erhält nach der Ansicht des BG der Bürge eine Einrede dann, wenn der Gläubiger die Sicherheiten vermindert (509) (cf. Bl.f.zürch.Rspr. 1920 Nr. 155) oder sich der Beweismittel entäussert (Cf. AS 48 Nr. 30 und Nr. 56), wobei unter Sicherheiten nicht nur das Pfandrecht, sondern auch das Retentionsrecht zu verstehen ist (Pr. II Nr. 178, IX Nr. 41, XI Nr. 68 und 164 E. 2; Revue 25 Nr. 29; BJV 51 S. 142). Diese Einrede entspringt jedoch nicht der Schuldverpflichtung des Bürgen selber, sondern beruht darauf, dass der Gläubiger eine ihm von Gesetzes wegen obliegende Pflicht verletzt. Näher kann darauf nicht eingetreten werden. Auch die allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers bei Amts- und Dienstbürgschaften (OR 509 II) bleibt hier ausser Betracht. Cf. hierüber an neueren Entscheidungen BG in AS 48 S. 95 ff. und Pr. IV Nr. 64, XI Nr. 69, Revue 25 Nr. 9, SJZ 18 S. 140 und 179, BJV 53 S. 509, Bl.f.zürch.Rspr. 1918 Nr. 108.

¹³⁴⁾ Cf. Westerkamp a. a. O. S. 475 ff.

Kann der Bürge auf ihm zustehende Einreden verzichten? Hier ist zu unterscheiden:

1. Auf Einreden aus seinem eigenen Verhältnis zum Gläubiger kann der Bürge ohne weiteres verzichten, denn dadurch wird die Funktion der Bürgschaft als akzessorische Sicherungsverpflichtung nicht berührt.

2. Ein Verzicht des Bürgen auf dem Hauptschuldner zustehende Einwendungen im engeren Sinn nimmt seiner Verpflichtung den Charakter der Bürgschaft. Denn jene stützen sich auf die Nichtexistenz oder Vernichtbarkeit des Anspruchs, die notwendig auch die Unwirksamkeit der Bürgschaft zur Folge haben würde.

3. Ebenso ist unzulässig ein Verzicht des Bürgen auf Einreden i. e. S., die ihm auf Grund des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Hauptschuldner zustehen. Ein solcher Verzicht ist ohne Zweifel statthaft, jedoch wird dadurch die Bürgschaft in eine nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilende, selbständige Verpflichtung umgewandelt. Denn der Verzicht ist unvereinbar mit der Eigenschaft der Bürgschaft als akzessorischer Sicherungsverpflichtung, die den Gläubiger nur gegen tatsächliche Leistungsunfähigkeit resp. Leistungsunwilligkeit des Hauptschuldners schützen will, nicht aber gegen die ihm aus der rechtlichen Mangelhaftigkeit seines Anspruchs erwachsenden Nachteile.¹³⁵⁾

Dabei ist gleichgültig, ob der Verzicht des Bürgen schon im Bürgschaftsvertrag selbst oder erst nachträglich ausgesprochen wird. Verzichtet der Bürge auf eine Einrede in der Absicht, dem Gläubiger zu schenken, so bedarf dies Rechtsgeschäft der schriftlichen Form zu seiner Gültigkeit.¹³⁶⁾

¹³⁵⁾ Gl. M. Reichel a. a. O. S. 86. A. M. Staudinger II S. 1506, Oertmann S. 944.

¹³⁶⁾ Ob im übrigen der Verzicht auf Einreden der Schriftform bedarf, bleibe hier unerörtert. Cf. darüber von Tuhr II S. 512.