

44404

Gerichtlicher Vergleich  
und  
Versäumnisurtheil  
bei  
verbürgter Schuld.

---

Studie an einem Rechtsfall  
von  
**Dr. Gregor Krek**  
k. k. Gerichtsadjunct in Laibach.

---

Separatabdruck aus der „Gerichtshalle“, 47. Jahrgang.

---

**Wien 1903.**

M. Breitenstein, Verlagsbuchhandlung, Wien, IX./3 Währingerstraße 5.  
Buchdruckerei G. Davis & Co., Wien.

0183

44404



N. (dec. 42.)

030023261

Beim Sammeln statistischen Materials für eine anderweitige Arbeit spielte mir der Zufall unter den Registratur-Sachen eines Bezirksgerichtes einen Streitfall in die Hände, dessen Beurtheilung schon an sich nicht uninteressant ist, bei dessen Erörterung sich aber auch Nebenfragen auftauchen lassen, denen unschwer theoretisch anziehende und praktisch wertvolle Gesichtspunkte abgewonnen werden können.

Der an sich sehr einfache Fall ist folgender: Der Lehrer A. klagt durch seinen Vertreter die Privatleute B. und C., ersteren als Hauptschuldner, letzteren mit dem Zusätze, daß derselbe „der Hauptschuld als Bürg eingegetreten“ sei, gleichzeitig und in demselben Schriftsatz als Streitgenossen auf Zahlung einer an einem bestimmten Zahlungstage fällig gewesenen Kaufschillingssumme für ein geliefertes Clavier im Betrage von 400 K. sammt Anhang und formulirt sein Klagebegehren einfach dahin, daß B. und C. schuldig erklärt werden mögen, den Betrag von 400 K. sammt 5 Percent Zinsen seit dem Verfallstag und die Gerichtskosten binnen 14 Tagen bei Execution zu bezahlen.

Andere für das Tragliche des Falles entscheidende Angaben sind aus dem Schriftsatz nicht zu entnehmen, und erübrigt nur noch, die kurze, aber tragische Geschichte dieses Proesses, an dessen Complicationen nicht zum wenigsten der Richter Schuld trug, zu erzählen.

Zu der über die Klage anberaumten Tagsatzung erschien außer dem Vertreter des Klägers nur der Hauptschuldner B., mit welchem ein Vergleich abgeschlossen wurde dahingehend, daß A. sein Klagebegehren auf den Betrag von 350 K. sammt 5 Percent Zinsen vom Verfallstage und die Gerichtskosten einschränkte und dem B. Abzahlung dieses Betrages in monatlichen Raten von 20 K. bei Terminsverlust gestattete, wogegen B. diese Leistungen auf sich zu nehmen erklärte. Vom Bürgen C. ist im Vergleiche keine Rede. Wohl aber wurde betreffs seiner das Civilprozeßformular für Protokoll und Urtheil in Verfäumnissfällen (Nr. 55 des amtlichen Formularienbuches) verwendet, und zwar ganz in der auch sonst üblichen Weise, also ohne jeglichen ungewöhnlichen Zusatz oder irgendwelche Aenderung. Im Urtheil

wurde der Bürge C. für schuldig erklärt, dem A. die Kauffchillingssumme im eingeschränkten Betrage von 350 K sammt 5 Percent Zinsen vom Verfallstag und die Hälfte der Gerichtskosten, alles dies zahlbar binnen 14 Tagen bei Execution, zu begleichen. Ein Rechtsmittel wurde gegen dieses Urtheil nicht geltend gemacht. Ob letzteres noch in einem etwa nachgefolgten Executionsstadium eine Rolle zu spielen berufen war, ist mir nicht bekannt geworden. Und so wurde denn der Act alsbald zu seinen Vätern versammelt und in der Registratur zur letzten Ruhe beigesetzt. Erst einem schlechten Christen blieb es vorbehalten, den ewigen Frieden des Verbliebenen zu stören, die sterblichen Ueberreste desselben zu exhumiren und auf den Seicirisch der Doctores zu legen, welche an ihnen ihre Kunst erproben mögen. Mir selbst sei es gestattet, die fraglichen Punkte herauszuheben und eine Lösung der sich aufwerfenden Fragen vorzuschlagen.

Hiebei soll den Grörterungen unter A) genau die Sachlage zu Grunde gelegt werden, wie sie für den judicirenden Richter im Momente der Urtheilsfällung, also nach Schlufz der Verhandlung und Unterschrift des Protokolls durch die Parteien, gegeben war, während unter B) in die Klagebehauptungen eine Variante aufgenommen und deren Einfluß auf die Entscheidung untersucht werden soll.

A) Meines Erachtens muß man bei gegebener Sachlage und vorausgesetzt, daß man vor das fait accompli der endgiltig geschlossenen und somit nicht mehr wieder eröffneten (§ 194 C. P. D.) Verhandlung gestellt wird, die Klage gegen den C. derzeit abweisen. Die Erwägungen, die hiebei in Frage kommen, dürften im Großen und Ganzen folgende sein:

Princip aller Bürgenhaftung nach modernen Begriffen ist die Subsidiarität, der zufolge der Bürge erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der Hauptschuldner nicht leistet. Auf diesen Hauptgesichtspunkt, unter welchem die eigentliche, gewöhnliche, regelmäßige Bürgschaftsobligation zu behandeln ist, weist die in rechtsvergleichender Beziehung höchst interessante Bestimmung des § 1355 a. b. C. B. hin, der zufolge der Bürge in der Regel erst dann belangt werden kann, wenn der Hauptschuldner auf des Gläubigers gerichtliche oder außergerichtliche Einmahnung seine Verbindlichkeit nicht erfüllt.<sup>1)</sup> In gleichem Sinne definiert das Gesetz auch

<sup>1)</sup> Mit dieser Bestimmung steht nämlich unser Gesetzbuch unter allen in Geltung befindlichen Gesetzescodificationen vereinigt da; auch keine der modernen legislatorischen Schöpfungen hat den Satz von der vorausgehenden Einmahnung des Hauptschuldners aufgenommen. Während dem älteren römischem Rechte das Subsidiaritätsprincip in Ansehung der Bürgschuld vollkommen fremd war und die den Hauptschuldner umgebende Anspruchnahme des Bürgen höchstens als Beleidigung des ersteren empfunden wurde (vgl. Pernice Parerga in Zeitschrift der Savignyföstung für Rechtsgeschichte, Bd. XIX, S. 127 u. 179, und die dort citirten Belege), gab bekanntlich Justinian dem Bürgen in der Nov. 4 cap. 1 das so-

im § 1346 den „Bürgen“ schlechthin als eine Person, welche sich zur Befriedigung des Gläubigers auf den Fall verbindet, daß der erste Schuldner seine Verpflichtung nicht erfülle, und bezeichnet ihn im Gegensatz zum Haupenschuldner als bloßen „Nachschuldner“.

genannte *beneficium ordinis sive excussionis*, wonach der Haupenschuldner vor Finanzspruchnahme des Bürgen *ausgeklagt* und *ausgequert* werden mußte. In den älteren deutschen Rechten war die Haftung des Bürgen sehr verschieden geregelt. Während der Bürge nach einzelnen Rechten (so nach dem *Schwabenspiegel* 353, I) schlechthin als Solidarschuldner sofort und vor dem Haupenschuldner in Anspruch genommen werden konnte, mußte sich der Gläubiger nach anderen Rechten sogar zuerst an den Bürgen wenden, da letzterer frei wurde, wenn der Gläubiger den Haupenschuldner zuerst belangte (vgl. *Benedictus Levita* III, 334). Die erste Regelung ist in Ansehung des „Bürgen und Zahlers“ und noch einiger anderer Ausnahmsfälle (vgl. § 1356 a. b. G. B.) in unser Gesetzbuch übergegangen; die zweitgenannte Bestimmung ist aber deshalb interessant, weil sie sich auch im Wiener Stadtrecht, Art. 7, im Steirischen Landrecht, Art. 122 und in den Salzburger Taibingen, S. 26, 3. 5 ff. (vgl. *Stobbe*, deutsches Privatrecht, III. Bd., § 191, Ann. 8) findet, weil sie laut *Suttinger*, *Consuetudines austriacae* 56 auch niederösterreichisches und böhmisch-mährisches Gewohnheitsrecht war und weil sie, wie wir später sehen werden, auch in der Codificationsgeschichte des § 1355 a. b. G. B. eine Rolle spielt. Die dritte und meistverbreitete Regelung der Haftungsfrage des Bürgen besteht aber auch in den deutschen Rechten in dem Satz, daß sich der Gläubiger an den Bürgen nur halten darf, wenn der Haupenschuldner nicht leistet. Das Merkwürdige ist hiebei nur, daß nach den meisten Quellen nicht die *Ausflagung*, sondern nur die (regelmäßig mehr-, besonders dreimalige) *Aufforderung* zur Leistung an den Haupenschuldner der Belangung des Bürgen vorausgehen mußte. (So beispielsweise schon nach der *lex Burgundionum* XIX, 5.) Während die dem a. b. G. B. contemporären Gesetzbücher (so *Code civil* Art. 2022, *Preußisches Landrecht* I, 14, § 283), die neueren Gesetzescodificationen (so *Sächsisches* b. G. B. § 1461, *Deutsches* b. G. B. § 771, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Art. 493) und im Anschluß an die letzteren auch der Entwurf eines ungarischen a. b. G. B. § 1237 auf dem gemeinrechtlichen Standpunkte der Vorausklage stehen, hat unser a. b. G. B. allein die Einmahnung als genügend erachtet, damit aber, wie wir gezeigt haben, keine Neuschöpfung vollbracht, sondern nur an altes deutsches gezaßtes und Gewohnheitsrecht angeknüpft.

Die Bestimmung des § 1355 selbst hat eine reich bewegte Vergangenheit hinter sich. 1. Der *Code x Theresianus* gab nur dem Schadlosbürgen, der nach III, cap. 8, § 1, 3. 9, begriffsmäßig erst nach dem Haupenschuldner belangt werden kann, die „Rechtswohlthat der vorzüglichen Belangung und Betreibung des Schuldners“ (III, cap. 8, § 7, 3. 98). In Ansehung der übrigen (Haupt- und Rück-)Bürgen ist in dem citirten caput, § 5, 3. 70 ff. die Haftungsfrage in der Weise geregelt, daß der Hauptbürge „allemal anforderist vor dem Schuldner“ belangt werden muß, da sonst der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen ohneweiters verloren geht (vgl. insbes. 3. 73 und 74). 2. Der *Hortenisch Entwurf* bestimmte die gleiche Reihenfolge für die Finanzspruchnahme des Bürgen und Haupenschuldners, nur wird hier besonders betont, daß die bloß außergerichtliche „Angehung“ des Schuldners vor dem Bürgen dem Gläubiger „ohnnacht heilig“ sein soll. (III, cap. 8, §§ 37–40). 3. Im *Martinisch Entwurf* erscheint plötzlich die gegentheilige Reihenfolge festgesetzt, und zwar in ihrer extremsten Form. III 15, § 20 bestimmt: „Der Gläubiger kann den Bürgen nicht belangen, bevor die

Von dieser Hauptregel weist das a. b. G. B. vier Ausnahmen auf: Wenn der Hauptschuldner in Concurs verfällt oder zur Zeit der Fälligkeit der Schuld unbekannten Aufenthaltes ist, ohne daß den Gläubiger diesbezüglich ein Verschulden träfe (§ 1356); weiters, wenn der Bürge zu Gunsten einer geschäftsunsähigen Person intercedirt. (§ 1352) und endlich — dies dürfte wohl der praktisch wichtigste Fall sein — wenn er sich als "Bürge und Zahler" oder "ungetheilter Mitschuldner" verpflichtet hat. (§ 1357). Außerdem setzt

§ 1 a g e gegen den Hauptschuldner oder dessen Concursmasse erhoben und ausgeführt, sofort dem zu mehrer Vorsicht vorgeladenen Bürgen d a r g e t h a n wird, daß der Hauptschuldner e r s c h ö p f t und zu zahlen unvermögend sei.“ 4. Das W e s t g a l i z i s c h e G. B. verblieb bei dieser Bestimmung, welche es ihrem wesentlichen Inhalte nach in seinem § 509 des III. Theiles aufnahm. 5. Bei der e r s t e n L e s u n g des Westg. G. B. als Urentwurfes zu unserem a. b. G. B. wurde infolge Antrages des Referenten der citirte §. 509, III. Th. „aus guten Gründen“ (§. D f n e r. Der Urentwurf und die Berathungsprotokolle des ö. a. b. G. B., II. Bd., §. 443) wieder wesentlich geändert, so daß es nunmehr dem Gläubiger frei ist, ob er zuerst den Bürgen oder den Hauptschuldner angehen will. § 509, III. Th., sollte darnach lauten: „Wer sich als Bürge und Zahler, oder auch nur als Bürge verpflichtet hat, haftet als ungeheilter Mitschuldner für die ganze Schuld. Es hängt von der Willkür des Gläubigers ab, ob er zuerst den Hauptschuldner oder den Bürgen belangen will.“ 6. Bei der R e v i s i o n des a. b. G. B. wurde über Antrag des Referenten, welcher die nunmehrige Bestimmung des § 509 doch zu weitgehend fand (vgl. D f n e r a. a. D. II, §. 443), für den jetzt als § 481 bezeichneten Paragraphen die Stilisirung angenommen: „Der Bürge kann in der Regel erst dann belangt werden, wenn der Hauptschuldner auf des Gläubigers gerichtliche oder außergerichtliche E i n m a h n u n g seine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat.“ 7. Dabei verblieb es auch im § 1333 des r e v i d i r t e n E n t w u r f e s und im G e s e t z b u ch e selbst (§ 1355).

Post tot discrimina rerum und nach einer langen Fahrt durch alle Möglichkeiten der Bürgenhaftung gelangte man schließlich doch zu einer Entscheidung, die zweitelloß der modernen Auffassung von der Function des Bürgen nicht entspricht. Die Geschichte der Bürgschaft überhaupt zeigt unleugbar, daß mit der i n p e r s ö n l i c h e r Beziehung immer intensiveren Abschließung der Individuen von einander und dem entsprechend gesteigerten Associirungstriebe derselben in v e r m ö g e n s r e c h t l i c h e r Beziehung nicht nur die Bedeutung der Bürgschaft an sich wesentlich gesunken ist, sondern daß die Verbreiterung der Basis des Verkehrs in persönlicher, zeitlicher und örtlicher Beziehung auch eine wesentliche Minderung des p e r s ö n l i c h e n V e r t r a u e n s und damit eine immer schärfere Belebung des Subsidiaritätsprincipes mit sich bringt. Deshalb hat die Bürgschaft im eigentlichen Handelsverkehre ihre Rolle sozusagen bereits ausgespielt (Bürgenstellung vermehrt dort nicht, sondern schädigt im Gegentheile den Credit), sie hat aber auch im gewöhnlichen Alltagsleben nur mehr ganz untergeordnete Bedeutung unter kleinen Leuten oder bei Personen mit sehr fragwürdigem Credit, großen Bedürfnissen und ausgebrettem Freundeskreis, kurz in Fällen, wo man in dem bedauernswerten Bürgen schon von vornherein mehr den Zahler als den Bürgen erblickt und wo letzterer eigentlich auch schon mehr oder weniger die Rolle eines Schuldübernehmers im Sinne der privaten Schuldübernahme spielt. Der Zug der Zeit geht offenbar dahin, im Wege einer i m m e r s c h ä r f e r e n H e r v o r h e b u n g d e s S u b s i d i a r i t ä t s p r i n c i p e s und einer i m m e r w e i t e r f o r t

noch das Handelsgesetzbuch in seinem Art. 281, Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 desselben Artikels fest, daß dem Bürgen die Einrede der Theilung oder Vorausklage nicht zusteht, wenn die Schuld aus einem Handelsgeschäft auf Seiten des Hauptschuldners hervorgeht, oder wenn die Bürgschaft selbst ein Handelsgeschäft ist. In allen diesen Ausnahmefällen hastet der Bürge schlechtweg als Correal-schuldner im Sinne des § 891 a. b. G. B. Es hängt also in diesen Fällen von der Willkür des Gläubigers ab, ob er zuerst den Haupt-schuldner oder den Bürgen oder, wie es in unserem Falle geschehen ist, beide zugleich belangen will<sup>2)</sup>; insbesonders kann er nicht dazu verhalten werden, den Hauptschuldner vor der Einklagung des Bürgen zur Leistung zu mahnen. Haben wir daher in unserem Falle keine der fünf Ausnahmen zu erblicken, dann muß dem Hauptprinzipie entsprechend gefordert werden, daß die Einmahnung des Haupt-schuldners der Belangung des Bürgen vorausgehe.

Es ist nun zunächst klar, daß Concurs, Handlungsunfähigkeit oder Unbekanntheit des Aufenthaltes des Hauptschuldners in unserem Falle überhaupt nicht in Betracht kommen. Die handelsgesetzliche Be-stimmung des Art. 281 h. G. B. ist im gegebenen Falle zwar

---

schreitenden Milderung des Accessoriät-  
principes in allmäßiges Absterben dieses Institutes herbeizuführen. Deshalb finden wir denn auch in allen modernen Gesetzgebungen den Gedanken der Subsidiarität in dem Erforder-nisse der Vorausklage streng ausgeprägt, was offenbar unserem heutigen Rechtsgefühl entspricht.

<sup>2)</sup> Das Gesetzbuch drückt sich in den §§ 1356 und 1357 offenbar uncorrect aus. Die Worte „der Bürge kann aber . . . zuerst belangen werden“ des § 1356 enthalten im Verhältnis zu dem im § 1355 enthaltenen Gebot der Vorausmahnung keinen Gegensatz. Denn auch nach Maßgabe des § 1355 kann ja der Bürge zweifellos „zuerst“, das heißt vor dem Hauptschuldner belangen werden; erforderlich ist nur, daß der Hauptschuldner früher gemahnt ist. Nach österreichischem Rechte liegt also nicht so genannte „successive Klagenconcurrenz“ wie nach gemeinem Rechte vor. Vergl. Savigny, System d. h. r. R. Bd. 5, S. 211, 212). Diese Aus-drucksweise dürfte einerseits auf eine unglückliche Wendung des entsprechenden § 482, III. Theiles des ersten Entwurfs zum a. b. G. B. zurückzuführen, anderseits aber wohl auch auf Rechnung der romanistischen Denkweise der Verfasser (Reminiscenzen an die gemeinrechtliche Einrede der Vorausklage) zu setzen sein, welche Denkweise in dem dem § 1355 entsprechenden § 509, III. Theiles des W. G. B. noch zum Ausdruck kam, später aber den Ein-flüssen des älteren deutschen und des österreichischen Gewohnheitsrechtes weichen mußte. Letztere Bestimmung lautete: „Der Bürge kann erst dann belangen werden, wenn die Klage gegen den Hauptschuldner oder dessen Masse geführt und dem vorgeladenen Bürgen dargethan wird, daß der Hauptschuldner zu zahlen unvermögend sei.“ Einer derartigen Bestimmung gegenüber, daß zuerst der Hauptschuldner zu beklagen ist, hätte die gegenüberstellende Stilisierung des § 1356 „der Bürge ist aber zuerst zu belangen u. s. w.“ allerdings ihren guten Sinn. Dem jetzigen § 1355 gegenüber wollte aber der § 1356 offenbar sagen: „Der Bürge kann aber ohne vorausgegangene Einmahnung des Hauptschuldners belangen werden u. s. w.“ Die gleiche Incorrectheit ist auch im § 1357 erhalten geblieben.

gleichfalls nicht von Relevanz; dieselbe würde aber doch schon dann durchzugreifen haben, wenn A. Kaufmann wäre und sich mit Rücksicht darauf auf die handelsgeschäftliche Natur der Bürgschaft beriese. In Säumnissfällen müßte diese Behauptung schlechthin als wahr angenommen werden. Uebrigens gälte das Geschäft auch zufolge Art. 274, Abs. 1 h. G. B. im Zweifel als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig und dementsprechend nach Art. 273, Abs. 1 h. G. B. als Handelsgeschäft. Nach Maßgabe des Art. 277 h. G. B. kämen in Ansehung dieses allerdings nur ein seitigen Handelsgeschäftes gleichwohl die Bestimmungen des vierten Buches des h. G. B. und daher auch die des Art. 281 zur Anwendung. Dasselbe wäre meines Erachtens selbst dann zu sagen, wenn A. als Kaufmann eine Immobilie verkauft hätte, da die Accessorietät der Bürgschaftsobligation nicht soweit geht, daß der auf das Hauptgeschäft anwendbare Art. 275 auf die Bürgschaft Einfluß üben könnte, welche ja doch kein „Vertrag über eine unbewegliche Sache“ wäre.

Hinsichtlich der Anwendung des § 1357 a. b. G. B. ist zu erwägen, daß die Klage in Ansehung des C. nichts anderes enthält, als die Behauptung, derselbe sei „der Schuld des B. als Bürge beigetreten“. Sinn und Bedeutung dieses Satzes kann nicht als unzweifelhaft bezeichnet werden. Da es aber der Richter nun einmal für nicht nothwendig oder vielleicht auch für unstatthaft hält, das eigentliche Wesen des ihn beschäftigenden Bürgschaftsverhältnisses näher aufzuklären zu lassen, worin zweifellos ein Versehen zu erblicken ist, so müssen auch wir vorläufig mit dieser kargen Behauptung unser Auslangen finden. Rebus sic stantibus muß aber einfach gesagt werden: da der Fall des § 1355 a. b. G. B., das ist die subsidiäre Bürgschaft, im Sinne des Gesetzes (nicht auch im Leben) als Regelfall gilt („der Bürge kann in der Regel erst dann belangt werden u. s. w.“) und überdies bei einseitig verbindlichen Verträgen zufolge § 915 a. b. G. B. (für die Bürgschaft noch besonders mit Rücksicht auf § 1353, S. 1 a. b. G. B.) im Zweifel angenommen werden muß, daß sich der Bürge eher die geringere als die schwerere Last auferlegen wollte, konnte der Richter unter keinen Umständen voraussetzen, daß sich C. als „Bürge und Zahler“ im Sinne des § 1357 verpflichtet habe, dies umso weniger, als der Ausdruck „Bürge und Zahler“ auch unter Laien im technischen Sinne gebraucht wird.

Man kommt somit unschwer zum Schlusse, daß einer der fünf Ausnahmefälle des Subsidiaritätsprincipes in unserem Falle als vorliegend nicht angenommen werden kann, und daß daher der Grundsatz des § 1355 durchzugreifen hat, demzufolge der Bürge C. erst beklagt werden kann, wenn B. trotz Mahnung seitens des A. seine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat. Nun hat aber A. weder in seiner Klage noch auch bei der ganz alltagsmäßig vor sich gegangenen Tagsatzung behauptet, den B. zur Zahlung gemahnt zu haben. Da also ein Glied

in der logischen Kette zur Verurtheilung mangelt, mußte das Urtheil unter den gegebenen Umständen auf Abweisung des gegen den Bürgen gerichteten Klagebegehrens lauten.

Diesbezüglich ist es nun wohl klar, daß die C. P. O. sowohl dem Kläger, als auch dem Richter in solchen Fällen Mittel an die Hand geben muß, derartige unbillige Entscheidungen zu verhindern. So hat denn auch die österreichische C. P. O. (nicht im selben Maße die deutsche) für derartige Fälle reichlich vorgesorgt, theilweise durch ausdrückliche Bestimmungen, theilweise auf solche Art, daß immerhin unschwer geholfen werden kann, wenn man dem Gesetze eine freimüthige, sinngemäße Auslegung angebeihen läßt.

Es hätte der Kläger in unserem Falle zunächst zweifellos vor der Zustellung der Klage an den Bürgen die letztere hinsichtlich der fehlenden Behauptung von der geschehenen Einmahnung ergänzen können, da es ihm gemäß § 235, Abs. 1, C. P. O. im Zusammenhalte mit § 232 C. P. O. sogar gestattet gewesen wäre, die Klage zu ändern, namentlich auch das Klagebegehren zu erweitern (vergl. auch § 438, Satz 2, C. P. O.).

Eine andere Frage ist es, ob auch der Richter schon in diesem Stadium des Prozesses, also vor der Klagezustellung, angesichts des Umstandes, daß der Klageantrag durch die angeführten Thatsachen nicht genügend fundirt erschien, das Recht und die Pflicht gehabt hätte, von Amts wegen einzutreten, d. h. ob er die Klage vor Anordnung der Tagesatzung zur mündlichen Verhandlung dem Kläger zur Ergänzung hätte zurückgeben können und sollen. Hinsichtlich dieser Frage kommt, da es sich vorliegenden Falles zweifellos nicht um die Beseitigung eines bloßen Formgebrechens handelt,<sup>9)</sup> die Bestimmung des § 435 C. P. O. in Betracht, der zufolge der Richter bei Vorliegen einer der Ergänzung oder Aufklärung bedürfenden Klage nur dem nicht durch einen Advocaten vertretenen Kläger zu den nöthigen Vervollständigungen die erforderliche Anleitung zu geben hat. Gegenstand dieser Vervollständigungen können dann allerdings auch die im § 226 C. P. O. angeführten Erfordernisse der Klage, mithin insbesonders auch die Thatsachen sein, auf welche sich der Anspruch des Klägers bezieht und welche nach der citirten Gesetzesstelle „kurz und vollständig anzugeben“ sind. Wäre also A. nicht durch einen Advocaten vertreten gewesen, so hätte der Richter den Kläger allerdings auf die mangelhafte Klageführung aufmerksam zu machen und ihm diesbezüglich an die Hand

<sup>9)</sup> Hinsichtlich der Beseitigung formaler Gebrechen würde die Vertretung des Klägers durch einen Rechtsfreund das amtsweigige Einschreiten des Richters natürlich nicht hindern (§§ 84, 85 C. P. O.). Unseren Fall betreffend läge ein Formgebrechen aber höchstens dann vor, wenn der Kläger überhaupt keine Klagehatsachen angeführt hätte, weil dieser Mangel im Sinne des § 78, Z. 2, C. P. O. ein Mangel des Schriftsatzes als solchen, also ein Formmangel wäre. Vergl. Schauer, C. P. O. Note 4 zu § 84, Schuster v. Bonnott, Oesterr. Civ.-Pr.-Recht, 3 Aufl., S. 224, Anm. 3, mit anderer, vielleicht nicht unanfechtbarer Begründung.

zu gehen gehabt, wodurch auch auf diesem Wege hätte Abhilfe geschaffen werden können. Bei gegebener Sachlage wäre jedoch eine derartige Einflussnahme des Richters vor Anordnung der ersten Tagsatzung nicht statthaft gewesen.

Wie stellt sich nun die Sache bei der zur mündlichen Verhandlung angeordneten Tagsatzung selbst? Ist es dem Kläger gestattet, in Abwesenheit des beklagten Bürgen die Thatsache der Einmahnung des Haupthuldners nachträglich noch zu behaupten? Die Frage, ob der Kläger bei der Tagsatzung, in deren Verlaufe er Versäumnisurteil beantragt, seine Klagebehauptungen berichtigen, ergänzen oder umändern könne, ob insbesonders eine nicht schlüssige Klage, die sonst abzuweisen wäre, durch mündliches Nachtragen der fehlenden Anführungen bei der Verhandlung verbessert werden könne, war streitig.<sup>4)</sup> Dank der ebenso eingehenden als überzeugenden Ausführungen Sperl's,<sup>5)</sup> zu dessen Resultat auch eine Reihe anderer Schriftsteller gelangt ist und dessen Ansicht auch der O. G. H. und

<sup>4)</sup> Für die Bejahung traten ein: Meyer, Ger.-Btg. 1897, Nr. 26, Kornitzer, ebenda Nr. 33, Neumann, Commentar zur C. P. O. S. 760, Erl. zu § 397. Die gegenteilige Ansicht vertrat insbesonders Trutte, Oesterr. Civ.-Pr.-Recht, S. 214 ff., unklar Schuster v. Bonnott, a. a. O., S. 420, Anm. 9, da nicht ersichtlich ist, ob nur von Modificationen der Klage, oder solchen des Klageanspruchs gesprochen werden will. Die im Texte vertretene Ansichttheilt allem Anschein nach wohl auch Ullmann, Grundriß des Civ.-Pr.-Rechtes S. 127.

<sup>5)</sup> Sperl, die Urtheile in Versäumnisfällen nach österr. Civ.-Pr.-Recht, auch in der Ger.-Btg. 1898, S. 220. (Vergl. dagegen Stroß in der Ger.-Btg. 1900, Nr. 27.) Mit Rücksicht auf die eingehenden Erörterungen, die hier der Frage gewidmet werden, und den Umstand, daß sich Sperl's Ansicht doch wohl zur herrschenden Meinung durchgerungen hat, halte ich es für entbehrlich, auf die Frage näher einzugehen. Meines Erachtens spricht die auch in den Erläuterungen der Regierungsvorlage erwähnte Construction der Säumnis als Fiction des Zugeständnisses (s. Erl. Bemerkungen zu den §§ 157 und 158 d. Entw. Materialien I, S. 250, und zu den §§ 406 bis 420 d. Entw. Materialien I, S. 330) keineswegs gegen die Ansicht, daß der Kläger bei der Tagsatzung noch neue Thatsachen vorbringen könne, und zwar deshalb nicht, weil für diese neu vorgebrachten Thatsachen eben auch die Fiction des Zugeständnisses seitens der nicht erschienenen Partei platzgreifen kann. Denn es mußte sich der abwesende Beklagte mit Rücksicht auf die Bekanntgabe im Sinne des § 438 a. C. C. P. O. ja bewußt sein, daß der Kläger auf den Gegenstand des Rechtsstreites sich beziehende Thatsachen vorbringen werde. Verhandelt also Beklagter trotzdem nicht, so findet auf ihn, abgesehen von dem Falle der eigentlichen Klageänderung im Sinne d. § 235 C. P. O., mit Recht der Satz Anwendung: *Qui tacet, ubi loqui debet, consentire videtur.* Denn wie im bürgerlichen Rechte das „Kennen müssen“ dem „Kennen“ gleichgestellt wird (vergl. z. B. § 122, Abs. 2, D. b. G. B.), so wird man auch hier sagen können, daß die abwesende Partei nicht nur hinsichtlich dessen, was sie nicht gewußt hat, sondern auch hinsichtlich dessen, was sie hätte wissen müssen, aber fahrlässigerweise nicht weiß, soweit es sich nicht um technische Klageänderung handelt, als zustimmend zu gelten habe. (Vergl. hierzu Erl. Bem. zu den §§ 406 bis 420 d. Entw. Materialien I, S. 330 ff.) Uebrigens würde es nach meinem Dafürhalten den Prinzipien des modernen C. P. R. geradezu widerstreiten, wenn der Richter den verbesserten mündlichen Angaben des Klägers zuwider gegen sein besseres Wissen, gegen Ueberzeugung und Rechtsgefühl den

das Justizministerium theilen,<sup>6)</sup> dürfte nun wohl die Behauptung keiner Anfechtung mehr unterliegen, daß es dem Kläger bei der doch „zur mündlichen Verhandlung“ (vergl. § 230, Abs. 1, und besonders auch § 177 C. P. O.) angeordneten ersten Tagsatzung noch unbenommen bleiben muß, unbeschadet der Identität des Gegenstandes und Rechtsgrundes in thatfächlicher und rechtlicher Hinsicht Dinge vorzubringen, die in der Klage nicht enthalten sind, insoweit ihm dies zur Begründung seines Antrages auf Erlassung des Versäumnisurtheiles erforderlich erscheint. A. oder sein Vertreter hätte also noch bei der Tagsatzung selbst seine Klagebehauptungen in der fraglichen Beziehung ergänzen können, dies insbesonders auch deshalb, weil eine Klageänderung hierin mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 235, Abs. 4, C. P. O. keinesfalls zu erblicken ist.

Denkbar und mit Rücksicht auf die praktische Durchführung der Versäumnisproesse sogar höchst wahrscheinlich ist es endlich, daß der Kläger oder dessen Stellvertreter es schließlich auch bei der ersten Tagsatzung noch versäumt, den Umstand der Mahnung nachzutragen, wie dies ja auch thatfächlich in unserem Falle geschehen ist, falls überhaupt das Protokoll ein verlässliches Bild der Verhandlung darstelle. (§§ 443 bis 445 C. P. O.) Dann wird es sich auch hier wieder um die Frage handeln, ob der Richter die Initiative ergreifen und den Kläger diesbezüglich zu einer Erklärung auffordern muß, oder ob er den Kläger, da er ein wesentliches Moment nicht angeführt hat und daher die Schlüssigkeit des stattgebenden Urteils nicht gegeben ist, ruhig abweisen kann. Es unterliegt meines Erachtens wohl keinem Zweifel, daß die Prozeßleitung, welche dem Richter hier wie bei jeder anderen mündlichen Verhandlung obliegt, es demselben wie sonst zur Pflicht macht, allenfalls durch Einwirkung auf den Kläger die Ergänzung des gelieferten Prozeßstoffes zu veranlassen. Auch in Versäumnisfällen schöpft ja der Richter ein Urteil, welches Spruchreise des Prozeßstoffes voraussetzt. Sind daher die gebotenen Angaben nicht schlüssig, sondern fehlt es an der einen oder anderen Prämissse, dann wird sich der Richter selbst Kenntnis darüber verschaffen müssen, ob die vorerst mit Stillschweigen übergangene Thatache vom Kläger wirklich nicht behauptet werde oder ob die Uebergehung derselben nur einem Versehen zuzuschreiben sei.

Die vorstehenden Ausführungen kurz zusammenfassend bekennen wir uns also zu folgender Ansicht: Da der Richter im Zeitpunkte der Erledigung der Klage die Ergänzung derselben hinsichtlich der Umstände, welche Art Bürgschaft vorliege und eventuell, ob der Haupthaftuldner zur Zahlung gemahnt sei, wegen der Vertretung des

keinerseits aufrecht erhaltenen schriftlichen Behauptungen des Klägers zum Siege verhelfen müßte. Vergl. übrigens zu dieser Frage noch Speerl, Ger.-Blg. 1901, Nr. 21.

9) Vergl. das Gutachten des O. G. H. und die Beantwortung des Just.-Min., abgedruckt bei Schauer, C. P. O. zu § 396, unter a.

Klägers durch einen *Advocaten* nicht veranlassen konnte, so blieb ihm, da auch der Kläger späterhin nichts zur Klärung des Sachverhaltes und zur gehörigen Klagefundirung beitrag, nur eine Möglichkeit, den Rechtsstreit zu befriedigendem Ende zu führen: er musste bei der über die Klage angeordneten Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung den Vertreter des Klägers allenfalls zur Aufklärung über die Thatsachen verhalten, aus welchen auf die Art der Bürgschaft ganz bestimmte Schlüsse gezogen werden können und, im Falle es sich um Bürgschaft im Sinne des § 1355 a. b. G. B. handelte, den Kläger außerdem noch zur Anerkennung darüber veranlassen, ob er den *Hauptschuldner* gemahnt habe oder nicht. Im letzteren Falle hätte er das Klagebegehren derzeit abzuweisen, im ersten aber sowie bei Vorliegen einer Bürgschaft im Sinne des § 1357 a. b. G. B. den Bürgen C. zu verurtheilen gehabt. Freilich ergeben sich im Falle der Verurtheilung des Bürgen so recht erst die Hauptchwierigkeiten hinsichtlich der Frage, wozu er zu verurtheilen ist. Hierüber wird unter B) ausführlicher gehandelt werden.

An dieser Stelle aber muß noch darauf hingewiesen werden, daß sich von vornehmesten auch eine andere Lösung der uns hier beschäftigenden Frage denken läßt, und daß bei aller scheinbaren Einfachheit der Sache schon hier theilweise mit keineswegs belanglosen Einwendungen gegen die oben vertretene Ansicht zu rechnen ist.

I. Zunächst wurde die Meinung vertreten, daß das Erfordernis der Einmahnung des § 1355, da es offenbar ein Überlebzel des gemeinrechtlichen *beneficium ordinis sive excussionis* sei, mit diesem auch die Eigenschaft theile, daß es nur *ope exceptionis* wirke.<sup>7)</sup> Man könnte also sagen, daß der Umstand der Vorausmahnung des *Hauptschuldners* nicht zu den den Klageanspruch begründenden Thatsachen gehöre und daher nicht vom Kläger zu behaupten und zu beweisen sei, sondern daß es der allfälligen Einwendung des beklagten Bürgen vorbehalten bleibe, die die Geltendmachung des Anspruches ausschließende Thatsache der Nichtmahnung anzuführen und eventuell zu beweisen.<sup>8)</sup> Die unmittelbare Consequenz

<sup>7)</sup> Das gemeinrechtliche *beneficium excussionis* war bekanntlich nicht so sehr Recht, als Rechtswohlthat; wollte der Bürg im Wege der *exceptione* von dieser Wohlthat keinen Gebrauch machen, so verblieb es bei den Klagebehauptungen. Nur bei der Schadlosbürgschaft gehörte auch nach gemeinem Rechte der Nachweis des Zahlungsunvermögens des *Hauptschuldners* zu den die Klage gegen den Bürgen begründenden Thatsachen und war daher vom Kläger zu beweisen. Merkwürdigerweise spricht hier *Dermburg*, *Pandekten*, II. Bd. § 79, von einer *Vertragssbedingung*, welchen Gedanken auch *Unger*, *System d. öst. allg. Pr. R.*, II. Bd. § 471, betreffs der österreichisch-rechtlichen einfachen Bürgschaft weiter ausführt. Eine Bedingung im technischen Sinne liegt hier wohl nicht vor. Die vorherige Ausklagung oder Einmahnung ist in diesen Fällen zwar *Voraussetzung* für die Belangung des Bürgen, der Anspruch gegen den Bürgen bleibt jedoch trotzdem ein unbedingter.

<sup>8)</sup> Diese Vertheilung der Beweislast ist zweifellos nicht nur für das gem. Recht, sondern auch auf Grund der meisten Gesetzbücher anzunehmen,

dieser Ansicht wäre dann auch, daß der Richter überhaupt nicht berufen wäre, auf die Frage der geschehenen Einmahnung einzugehen, da im gegebenen Falle eine Einwendung seitens des abwesenden Bürgen natürlich nicht vorliegt, woraus schließlich folgen würde, daß dem Klagebegehrum unbekümmert um die Art der Bürgschaft stattgegeben werden müste.

Während nun diese Ansicht auf dem Boden des römischen Rechtes von der herrschenden Meinung mit Recht vertreten wird,<sup>9)</sup> haben sich für das österreichische Recht fast alle Schriftsteller für die

welche dem Bürgen, sei es ausdrücklich die Einrede der Vorausklage, sei es das Recht zugesprechen, vom Gläubiger die vorherige Belan- gung oder Betreibung des Hauptschuldners verlangen zu dürfen. Für das französische Recht spricht Art. 2021 Code civil ausdrücklich von einem bénéfice de discussion und Art. 2022 bestimmt: Le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert, sur les premières poursuites dirigées contre elle. Wendet also der Bürg nicht ein, daß der Hauptschuldner vorher auszulagern sei, so muß er zahlen. Hier wird somit der Gläubiger die geschehene Ausklagung des Hauptschuldners in der Klage gegen den Bürgen nicht anzu führen brauchen. Auf anderem Standpunkte steht allerdings das Preuß. L. R., welches I 14, § 283 bestimmt: „In der Regel kann der Gläubiger an den Bürgen sich nicht eher halten, als bis er durch Verfolgung seines Rechtes gegen den Hauptschuldner er wiesen hat, daß dieser seine Verbindlichkeit zu erfüllen ganz oder zum Theil nicht im Stande sei.“ Hier müßte wohl der klagende Gläubiger nicht nur die Verfolgung, sondern auch die Fruchtlosigkeit der Verfolgung behaupten und beweisen, obwohl das G. B. an manchen Stellen (z. B. in I 14, § 307) von einem „Einwande“, daß der Hauptschuldner zuerst belangt werden müsse, spricht. (Vgl. Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht, II Bd., § 144 und die dort citirte reichliche Literatur.) Dagegen ist die Geltendmachung der Einrede der Vorausklage in den neueren Codificationen wieder zweifellos dem Bürgen vorbehalten und daher die fruchtlose Ausklagung des Hauptschuldners vom Gläubiger in der Klage nicht nothwendigerweise zu behaupten. So nach deutschem Recht laut § 771 ff. d. b. G. B. Man wird übrigens mit Rücksicht auf den Wortlaut dieses Paragraphen trotzdem der herrschenden Ansicht zustimmen dürfen, daß die Behauptung des fruchtlosen Versuches der Zwangsvollstreckung als Replik behauptung auf die Einrede der Vorausklage doch wieder vom klagenden Gläubiger zu beweisen sei. (Planck, Comm. z. d. b. G. B. II. Bd. Erl. 2 zu § 771. Vgl. Neumann, Handausgabe des b. G. B. Erl. 1 zu § 771, Ennecerus-Lehmann, Bürg. Recht, I. Bd., S. 770, Endemann, Lehrbuch d. d. b. R. I. Bd., 4. Th., S. 1197, auch Anm. 19, Gosack, Lehrb. d. d. b. R., I. Bd., S. 579, Otto Lichten in der Zeitschr. f. d. b. R. u. franz. Civilrecht, 31. Bd., S. 159 u. 165. Abweichend Scholmeyer, Das Recht der einz. Schuldenverhältnisse, S. 86.) Ähnlich gem. § 1461 Sächs. b. G. B. und § 1237 Umg. Entw. Vgl. auch § 1238 d. Entw. Dagegen dürfte auf Grund des Art. 493 Schweiz. Obl. R. mit Rücksicht auf den Wortlaut allerdings wieder anzunehmen sein, daß die erfolglose Betreibung des Hauptschuldners schon zur Klagestanzierung selbst gehöre. Folgerichtig vermeidet das Schweiz. Obl. R. mit Recht die technische Bezeichnung „Einrede der Vorausklage“.

<sup>9)</sup> Vergl. insbesondere Arndts, Pandekten § 355, Dernburg an dem Anm. 7 angezeigten Orte, Windisch-kypp Pandekten, II. Bd. S. 1023, Anm. 1, sowie die bei letzterem citirten.

gegentheilige Meinung entschieden,<sup>10)</sup> freilich ohne daß meines Erachtens ausschlaggebende Argument für diese zweifellos richtige Auffassung ganz klar herauszuheben.

Maßgebend dürfte wohl einzig und allein der Wortlaut des § 1355 a. b. G. B. sein. Wenn es in dieser Bestimmung heißt, der Bürge könne erst dann belangt werden, wenn der Hauptschuldner auf des Gläubigers Mahnung seine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat, so können diese Worte nur dahin ge deutet werden, daß der Klageanspruch gegen den Bürgen erst entsteht, wenn und nachdem der Hauptschuldner eingemahnt ist. Erblickt man aber in der Vorausmahnung einmal eine den Anspruch erzeugende Thatsache (nicht ganz correct Unger<sup>11)</sup>): eine Bedingung des Anspruches), dann ist es weiter auch klar, daß diese Thatsache vom klagenden Gläubiger zu behaupten und allenfalls zu beweisen ist.<sup>12)</sup>

Wir halten also gegenüber dem Einwande, daß die Berufung auf die gewesene Einmahnung dem Bürgen vorbehalten sei, die Ansicht aufrecht, daß der Vollzug der Mahnung als Theil der anspruchserzeugenden Klage Thatsachen seitens des Richters von Amts wegen wahrzunehmen ist, da dieser sonst mangels Vorhandenseins eines Theiles des logischen Untersatzes ein schlüssiges Urtheil zu fällen außer Stande wäre.

II. Viel bestechender als der eben abgelehnte Einwand und leichter aufrecht zu erhalten ist das folgende Bedenken gegen unsere Entscheidung, ein Bedenken, daß, so weit ich sehe kann, noch nicht Gegenstand einer Erörterung war und dem man doch Discutabilität nicht leicht wird absprechen können.

§ 1334 a. b. G. B. bestimmt nämlich, daß ein Verzug dem Schuldner nicht nur dann zur Last fällt, „wenn sich der Schuldner mit dem Gläubiger nach dem Tage der gerichtlichen oder außgerichtlichen Einmahnung nicht abgefunden hat“, sondern auch schon dann, „wenn er den durch Gesetz oder Vertrag bestimmten Zahlungstag nicht zuhält“. Es liegt nun folgender Schluß nahe: Da nach § 1334 die Einmahnung des Hauptschuldners dann

<sup>10)</sup> So insbesonders Ellinger, Handbuch des öst. allg. C.-R. Erl. zu § 1355, Nippel, Erläuterung d. a. b. G. B. 2 zu §§ 1355 und 1356; Winiwarter, öst. b. R. V. Bd. Erl. zu § 1355, Stuvenrau, Commentar, Erl. 1 zu § 1355, Unger, System, II. Bd. S. 470, 471, Kraintz-Paff-Frenzweig, System d. öst. allg. Pr. R. II. Bd. S. 39 und Schuster v. Bonnott, Grundris d. Obl. R. S. 101.

<sup>11)</sup> Unger, System, 2. Bd., S. 471. In den Materialien zum G. B. (s. Öfner, Urentwurf, 2. Bd., S. 219) ist allerdings von einer Bedingung die Rede, doch dürfen aus diesem nur gesprächsweise gebrauchten Ausdruck selbstverständlich keinerlei Consequenzen gezogen werden. Die römischen Quellen sprechen in solchen Fällen gleichfalls von Bedingungen. Vergl. beispielsweise I. 116 D. 45, 1.

<sup>12)</sup> Daß auch die Hofcommission von dieser Voraussetzung ausging, beweist die Neuferierung des Vicepräsidenten bei Öfner, a. a. D., 2. Bd. S. 444.

überhaupt nicht nötig ist, wenn im Vertrage ein Zahlungstag fixirt ist, die Mahnung somit einfach durch die Festsetzung eines bestimmten Leistungstermines ersetzt wird, so bedarf es in dem Falle, wenn für die Leistung des Hauptschuldners ein bestimmter Zahlungstag festgesetzt ist, auch zur Erlangung des Klagerechtes gegen den Bürger keiner Mahnung; denn die nach Maßgabe des § 1355 erforderliche Mahnung des Hauptschuldners wird eben im Sinne der allgemeinen Vorschrift des § 1334 durch Festsetzung des Zahlungstages ersetzt. Unter Berücksichtigung des schon in der Klage erwähnten Umstandes, daß der Kaufpreis als an einem bestimmten Termine zahlbar bezeichnet war, könnte man also sagen, daß dem an und für sich gegebenen Erfordernisse der Mahnung in unserem Falle in der Form der Bestimmung des Leistungstermines Genüge gethan sei.

Allein meines Erachtens wird dieser Folgerung, so bestreitend sie scheint, doch nicht zuzustimmen sein. Hiebei verhehlen wir uns aber nicht, daß die dagegen sprechenden Gründe ziemlich intimer Natur sind und müssen sogar anerkennen, daß man sich immerhin nicht so leicht für die eine oder andere Entscheidung entschließt. Die Gründe, welche nach unserer Meinung doch dafür sprechen, daß § 1334 in diesem Zusammenhange nicht herangezogen werden darf, sind beißäufig folgende:<sup>13)</sup>

Es darf in theoretischer Hinsicht nicht übersehen werden, daß die Auslegungsregeln des a. b. G. B. bei dieser Interpretation nicht gehörig gewürdigt werden. Nach § 6 darf einem Gesetze kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher a) „aus der eigenhümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange“ und b) „aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet.“

a) Schon die grammatische Interpretation<sup>14)</sup> führt hier zu durchaus befriedigendem, dabei aber entgegengesetztem Ergebnisse.

<sup>13)</sup> Die Worte „in der Regel“ des § 1355 dürfen nicht irreführen. Sie erklären sich durch die in den folgenden §§ 1356 und 1357 enthaltenen Ausnahmsfälle, in welchen die Nothwendigkeit einer Vorausmahnung entfällt (siehe auch oben im Texte). Den Ausdruck „in der Regel“ zur Unterstützung der unter II. vorgebrachten Gegenmeinung in der Weise etwa zu verwerthen, daß daraus geschlossen würde, der Fall des fixirten Leistungstages sei ein in Frage kommender Ausnahmsfall, geht selbstverständlich nicht an.

<sup>14)</sup> Die getrennte Besprechung des Ergebnisses der grammatischen und logischen Auslegung darf nicht mißverstanden werden. Es wird damit an der Erkenntnis, daß die Auslegung selbst eine durchaus untheilbare Thätigkeit ist, keineswegs gefündigt. Die Auseinanderhaltung der beiden Erscheinungsformen der Auslegungsthätigkeit soll nur der klareren Darstellung dienlich sein. Im Uebrigen ist nicht zu übersehen, daß die Anerkennung des Satzes von der *unitas actus* betreffs der Auslegung keineswegs der Thatfache entgegensteht, daß grammatische und logische Auslegung immerhin zeitlich ein Nacheinander des Denkprozesses darstellen. Denn der Gesetzesstext ist die einzige sinnlich wahrnehmbare Ausübung des gesetzgeberischen Willens. Man hat sich daher auch in erster Linie an die Worte zu halten, um den gesetzgeberischen Gedanken zu erforschen. (Vergl. I. 7 § 2 D. 33, 10). Erst wenn man zur Erkenntnis kommt, daß der Gesetzgeber ein unpassendes

Denn die dem Worte „Einmahnung“ zukommende Bedeutung gestattet keineswegs, für diesen Begriff ohne weiters auch den der Bestimmung eines Zahlungstermines zu substituiren, dies umso weniger, als einerseits schon der Zusammenhang dieses Wortes mit seiner Umgebung („gerichtliche oder außergerichtliche Einmahnung“) diese Wortauslegung ausschließt, und als anderseits der Gesetzgeber den Ausdruck „gerichtlich oder außergerichtlich einmahnen“ ein paar Paragraphen später (§ 1367) in solchem Zusammenhange gebraucht, daß es ganz ausgeschlossen ist, auch dort den bestimmten Zahlungstag als Surrogat der Mahnung in Betracht zu ziehen.

b) Von diesem Ergebnisse, zu dem die an sich durchaus eindeutige klare Wortfassung führt, dürfte nur dann abgegangen werden, wenn aus sonstigen gesetzlichen Bestimmungen mit Sicherheit zu folgern wäre, daß in diesem Ergebnisse der wahre Wille des Gesetzes nicht gelegen sein könne.<sup>15)</sup> Letzteres läßt sich aber wohl schwerlich behaupten. Diesbezüglich muß zunächst in negativer Hinsicht wieder auf die Gesellschaft hingewiesen werden, in der sich das Wort „Einmahnung“ im § 1355 befindet. Hier wie auch im § 1334 wird die Formel „gerichtliche oder außergerichtliche Einmahnung“ gebraucht. Weiters aber ist die Einmahnung nicht nur im § 1334, sondern auch im § 1417 mit der bestimmten Zahlungsfrist in Gegensatz gesetzt, während im § 1367, wo es sich um den bestimmten Zahlungstag nicht handeln kann, ebenso wie im § 1355 der Zahlungstag verschwiegen ist. Es ist daher nicht leicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber, dem bei Fassung des § 1355 wohl

---

Wort gewählt hat, daß somit das gebrauchte Wort nicht den offenbar gewollten Sinn trifft, darf über den Wort Sinn hinausgegangen werden. Und die letztere Thätigkeit nennt man eben logische Interpretation. Siehe unter anderen Wächter, Württemberg. Pr. R. II. Bd. S. 134, Regelsberger, Pandekten I. Bd. S. 146, sowie die bei Regelsberger Berufenen.

<sup>15)</sup> Dies wird überhaupt vielfach übersehen. Mit Recht weist Stubenrauch, cit. W. Erl. I 4 b zu § 6, auf die Schwierigkeit hin, die in der Erkenntnis des wirklichen Vorhandenseins eines derartigen Mangels im Ausdrucke liegt, „weil doch die Gefahr besteht, daß unter seinem Vorwande eine Abänderung des Inhaltes erfolgt und so in die Gesetzgebungstätigkeit unbefugterweise eingegriffen wird“. In durchaus zutreffender und klarer Weise bespricht insbesonders Unger an mehreren Stellen seines Systems das gegenseitige Verhältnis der grammatischen zur logischen Interpretation. Beherzigenswert ist besonders die Warnung vor einer unvorsichtigen Handhabung des Satzes, daß an dem „Correctiv der grammatischen Auslegung“ — so wird die logische Interpretation im Bd. I, S. 84 genannt — selbst dann festzuhalten sei, wenn der daraus sich ergebende wahre Sinn vom Wort Sinn abweiche. Das abweichende Resultat müsse nämlich auf sicherem Wege gewonnen sein und feste Begründung haben. Wegen eines bloß möglicherweise anderweitigen Sinnes darf daher von dem klaren Wort Sinn nicht abgewichen werden. Ähnlich übrigens schon Ulpianus libro XXVIII ad edictum in der l. 1 § 20 D. 14, 1: *In re igitur dubia melius est verbis edicti servire.*

die Formel des § 1334 vorschwebte und der im § 1417 wie im § 1334 (das heißt dort, wo überhaupt der Zahlungstag maßgebend ist) die Mahnung gewissermaßen in einem Atem mit der Zahlungszeit nennt, gerade nur im § 1355 auf die Zahlungszeit vergessen haben sollte. Aus der Verschweigung des bestimmten Zahlungstages im § 1355 wird daher eher das Vorhandensein der Absicht, denselben auszuschließen, als das Vorliegen eines bloßen Redactionsvergehens zu deduciren sein.

Was aber die Absicht des Gesetzgebers in positiver Hinsicht, also die ratio des Gesetzes anlangt — und hier scheint mir vor Allem das Entscheidende zu liegen — so ist es kaum fraglich, daß die §§ 1334 und 1355 in Bezug auf den Zweck, den sie verfolgen, nicht confundirt werden dürfen. Nach § 1334 soll die Mahnung den Schuldner zur Leistung bewegen und ihn in Verzug setzen. In der Tendenz des § 1355 liegt es dagegen, die Nichtleistung des Schuldners feststellen zu können und damit eine Prämisse für die Inanspruchnahme des Bürgen zu schaffen. Das Hauptprincip, von welchem aus die Verfasser des a. b. G. B. die Bürgschaft behandelten wissen wollten, besteht, wie man aus den Materialien zum Gesetzbuche deutlich entnehmen kann,<sup>16)</sup> darin, daß der Bürge erst dann soll in Anspruch genommen werden können, wenn der Gläubiger sein Glück beim Hauptschuldner vergeblich versucht hat. Es soll daher die Nichtbereitschaft des Hauptschuldners zur Zahlung constatirt werden, ehe der Bürge geklagt wird.<sup>17)</sup> Da ist es nun doch etwas anderes, ob lediglich vorher gelegentlich des Vertragsabschlusses ein Zahlungstag bestimmt oder ob der Hauptschuldner gemahnt wird. Aus dem Umstand, daß der Hauptschuldner lediglich den Zahlungstermin fruchtlos vorüberstreichen läßt, wird noch nicht zu folgern sein, daß er zu leisten nicht willens sei. Man wird hier vorerst mit Recht annehmen können, daß der Schuldner vergessen oder sonst in nachlässiger und unpünktlicher Weise den Termin versäumt habe, und daraus (abgesehen vom Handelsverkehr, der hier ohnedies nicht

<sup>16)</sup> Vgl. Öfner, Urentwurf, II. Bd., S. 219 und 444.

<sup>17)</sup> Daß dies der Zweck der Bestimmung des § 1355 ist, und noch manches andere hier Verwerthbare ergibt sich aus Zeiller's Commentar Erläuterungen zum citirten Paragraphen, der einerseits auch nicht mit einer Silbe des Umstandes Erwähnung thut, daß der dies die Mahnung auch hier ersetze, obwohl er alle möglichen Arten der Mahnung sogar ausdrücklich aufführt, der aber andererseits im Gegenthil die Thatache, daß das a. b. G. B. diesen Mittelweg zwischen Provinzial- und gemeinem Rechte gegangen ist, gerade damit begründet, daß es billig sei, wenn der Gläubiger vorerst „vom Schuldner die Zahlung zu erlangen sucht“ (Vergl. auch Nippe, Erläuterung 2 zu § 1356). Der Gläubiger sucht nur die Zahlung offenbar nur zu „erlangen“, wenn er klagt oder mahnt, keineswegs aber schon dadurch, daß im Vorhinein ein bestimmter Leistungs-termin vereinbart wird. Vergl. auch den Vortrag Zeiller's anlässlich der Vorlage des Entwurfes zur höchsten Schlussfassung bei Öfner a. a. D., II. Bd., S. 488.

in Betracht kommt) in den meisten Fällen nicht schließen dürfen, daß er zur Zahlung nicht bereit oder gar unvermögend sei, dieselbe zu leisten. Ganz anders, wenn der Hauptshuldner einmal gemahnt ist. Denn leistet der Schuldner auf die Mahnung hin auch noch nicht, dann wird man wohl mit gutem Grunde voraussetzen können, daß von ihm Erfüllung schwerlich zu erwarten sei.<sup>18)</sup> Hieraus ergibt sich, daß, da es dem Gesetzgeber zweifellos um Feststellung des Zahlungsunwillens des Hauptshuldners zu thun ist und dieser Zweck durch bloße Fixirung des Leistungstermins nicht erreicht wird, etwas dem gesetzgeberischen Willen fremdes in den Paragraphen hineingetragen würde, wenn man trotz alledem den Zahlungstermin als Surrogat der Mahnung behandeln wollte.

c) Da man nun, wie mir aus den unter a und b gegebenen Andeutungen zu folgen scheint, mit der im § 6 a. b. G. B. zergliederten Auslegungsläufigkeit nach Wort und Sinn meines Erachtens sein Auslangen findet und die Gesetzes analogie im Sinne des § 7, S. 1, a. b. G. B. erst dann einzugreifen hat, wenn die Interpretation nach § 6 zu keinem Resultate führt,<sup>19)</sup> das heißt erst dann, wenn sich herausstellt, daß das Gesetz Lückenhaft ist,<sup>20)</sup> so dürfte man die Heranziehung des § 1334 bei der Interpretation des § 1355 umso weniger gerechtfertigt finden,

<sup>18)</sup> Daher nimmt W i n i w a r t e r, *Desterr. bürg. Recht*, V. Bd. Erl. zu § 1355, mit Recht an, daß eine bloße Aufklärung der Schuld nicht hinreichend sei, um den Bürgen belangen zu können, „durch dieselbe erst die Zeit zur Zahlung bestimmt, keineswegs aber ein Verhältnis oder eine Verzögerung begründet wird“. Hierauf muß also nach Eintritt der durch die Aufklärung bestimmten Zahlungszeit eine Mahnung erst erfolgen. Vergl. auch N i p p e l, Erläuterung 2 zu §§ 1355 und 1356, *Stu b e n r a u ch*, Comm. Gl. 2 zu § 1355 und *H a s e n ö h r l*, *Das österr. Obl. Recht*, II. Bd., S. 274, Anm. 54. Anderer Ansicht ist der D. G. H. in der *Entschr. Gl. II* Nr. 9381; dieselbe entbehrt jedoch in diesem Punkte der Begründung.

<sup>19)</sup> Vergl. hierüber besonders die schönen Ausführungen *Regelssberger's* in seinen *Pandekten* I. Bd., S. 155 ff.

<sup>20)</sup> In betreff der Frage, ob es überhaupt Lücken im Recht gebe, herrscht bekanntlich Streit. Mit Recht weist *Regelssberger* (Näheres a. a. D., I. Bd., S. 155) darauf hin, daß die Frage mit ja und nein beantwortet werden könne. Neuerdings beschäftigt sich *Ernst Bielmann* in seiner Schrift *Lücken im Recht*, Leipzig 1903, abermals mit diesem Thema. Die Ansicht *B r i n z'* (Krit. *Bierfeldsch. XV*. Bd., S. 164) aufnehmend, aber keine eigenen Wege gehend, führt dieselbe in geistvoller, wenn auch vielleicht nicht ganz einwandfreier, praktisch aber jedenfalls ziemlich unfruchtbarer Weise aus, daß in den meisten Fällen, in welchen man gewohnt ist, von Lücken zu sprechen, solche gar nicht vorhanden seien. Das, was das Gesetz wirklich sagt, sei die Entscheidung für besondere Thatbestände; in Ansehung aller nicht ausdrücklich geregelten Thatbestände bestimme das Gesetz gewissermaßen stillschweigend, daß die gegebene Entscheidung nicht anzuwenden sei, und darin liege ja dann doch wieder eine Entscheidung des im Gesetze selbst ausdrücklich nicht erwähnten Thatbestandes. Von Lücken rede man aber dann, wenn diese im Gesetze selbst stillschweigend enthaltene negative Entscheidung sachlich nicht entspreche und deshalb eine besondere abweichende Regelung vermißt werde.

als durch Bezugnahme auf diese in ganz anderer Lehre platzfindende Bestimmung der § 1355 an Klarheit nicht nur nicht gewinnt sondern im Gegenteil hiedurch eigentlich erst Zweifel in betreff seiner Auslegung künstlich geschaffen werden.<sup>21)</sup>

Nicht uninteressant und auch praktisch nicht ganz müßig wäre es nun, die Consequenzen der von uns vertretenen Meinung nach der Richtung des § 1334 hin weiter zu verfolgen. Es ergeben sich hierbei Schwierigkeiten hinsichtlich der Lösung einiger Fragen (Fälligkeit, Klagbarkeit, Verzug bei der Bürgenschuld), die in der Literatur, soweit ich sehe kanu, theilweise nicht klar formulirt, theilweise überhaupt nicht beantwortet werden, und auf die wir in einem besonderen Aufsatz eingehen werden.

III. Schließlich müssen wir noch einem möglicherweise aufsteigenden Bedenken begegnen. Man könnte nämlich vielleicht sagen, daß dem Klagebegehren selbst unter der Annahme, daß die Mahnung des Haupeschuldners von Amtswegen wahrzunehmen und durch die Bestimmung eines Zahlungstages nicht ersetzt werde, doch stattzugeben sei mit Rücksicht auf den Umstand, daß bei gegebener Sachlage der Haupeschuldner doch thatsächlich gemahnt erscheine, und zwar im Wege der *Z u s t e l l u n g d e r K l a g e*, und daß dem Richter hierüber sogar der Beweis in Gestalt des Rückscheines vorgelegen sei, daß somit von dem Fehlen einer Klagehafsache nicht gesprochen werden könne.

Allein diese Argumentation ist unseres Erachtens unrichtig, weil sie die Bestimmungen des § 396 C. P. O. nicht gehörig würdigt. Zunächst soll zugegeben werden, daß der Haupeschuldner durch Zusstellung der Klage (nicht auch durch die bloße Anstellung derselben<sup>22)</sup>

<sup>21)</sup> Eine eingehendere Befassung mit dieser Frage ist mit Rücksicht darauf, daß ihr große praktische Bedeutung nicht zukommt, entbehrlich. Denn aus Bürgschaftsverbindlichkeiten, die nach dem a. b. G. B. zu beurtheilen sind, wird selten zur Klage gegen den Bürgen geschritten werden, ehe der Haupeschuldner gemahnt ist, dies selbst dann, wenn ein Zahlungstag vereinbart war. Der Gläubiger hat eben in aller Regel schon selbst so viel Einsicht in den Zweck der Bürgschaft und in die Lage des Bürgen, daß er vorerst sein Möglichstes beim Haupeschuldner selbst zu erreichen sucht. In Ansehung der dem H. G. B. unterstehenden Bürgschaftsobligationen entfällt aber ohnedies das Erfordernis der Vorausmahnung ausnahmslos. (Art. 281 H. G. B.)

<sup>22)</sup> § 1334 a. b. G. B. steht mit dem Patente vom 17. Juni 1788 in scheinbarem Widerspruch. Denn nach § 1334 tritt der Verzug des Schuldneis nach dem Tage der geschehenen gerichtlichen oder außergerichtlichen Einmahnung ein, und ist der Schuldner nach § 1333 erst von da an verpflichtet, Verzögerungszinsen zu zahlen. Geschieht nun die Einmahnung auf gerichtlichem Wege, so kann als letzter für die Zahlung bestimmter Tag der Tag der Klage *Z u s t e l l u n g* angenommen werden und würden logischerweise von dem diesem Tage folgenden Tage an Verzögerungszinsen laufen. Daagen bestimmt das bezogene Patent, daß Verzögerungszinsen schon von dem Tage an zu leisten sind, "als die Schuld mit Recht gerichtlich oder außergerichtlich zurückgefordert ist". Bei sinngemäßer Auslegung erweist sich jedoch dieser Widerspruch nur als ein scheinbarer

regelmäßig zur Zahlung gemahnt erscheint,<sup>23)</sup> und daß der Beweis über die erfolgte Zustellung dem Richter sogar urkundlich vorliegt. Allein Beweise spielen, abgesehen von gewissen, in processualer Hinsicht erforderlichen Nachweisungen (betreffs Zustellung der Klage an den zu contumazierenen Beklagten, § 402, §. 1, C. P. O.; betreffs Vorhandenseins der absoluten Prochvoraussetzungen, § 402, §. 3, C. P. O.), bei Fällung des Versäumnisurtheiles überhaupt nur eine negative Rolle, insoferne nämlich durch dieselben, wenn sie bereits vorliegen, daß thatfächliche Vorbringen des Klägers nicht widerlegt werden darf. Bei der ersten Tagsatzung, bei welcher Versäumnisurtheil gefällt wird, dürfen überhaupt keine Beweise aufgenommen werden, doch ist auf bereits vorliegende Beweise insoferne Rücksicht zu nehmen, als dieselben das Vorbringen des Klägers Lügen strafen (§ 396 C. P. O.). Im Uebrigen handelt es sich bei der versäumten Tagsatzung lediglich um Behauptungen der erschienenen Partei, welche der Richter unter obiger Voraussetzung für wahr zu halten und auf deren alleiniger Grundlage er das Versäumnisurtheil zu fällen hat. Behaupten kann der Gläubiger auch noch bei der Tagsatzung selbst, daß die Mahnung erfolgt sei (vergl. hierüber das oben zu Anm. 4 ff. Gesagte und § 406 C. P. O.), und der Richter wird diese

und nimmt Winniwarter, *Desterr. bür. Recht IV.* Bd., S. 596 Erl. zu § 1334, mit Unrecht an, daß die Verzugszinsen schon vom Tage der Klageanstellung laufen; dies ganz abgesehen von der Beantwortung der vielfach ventilitirten und übrigens im Sinne der herrschenden Lehre (vergl. *Stubenrauch* Erl. zu § 1334 Anm. 3) zu bejahenden Frage, ob das citirte Patent durch Abs. 4 Kundmachungspatentes zum a. b. G. B. außer Kraft gesetzt worden sei oder nicht. Denn als gerichtlich zu rüdgerefordert kann die Leistung doch offenbar erst dann gelten, wenn die Erklärung der Zurückforderung dem Erklärungsdestinaten, d. i. dem Beklagten zugekommen ist. Die Zurückforderung kann vernünftigerweise nur gegenüber dem Forderungsgegner stattfinden, nicht gegenüber dem Gerichte. Das Gericht spielt, wie schon die adjektivische Form „gerichtlich“ andeutet, nur die Stelle einer (zufällig ganz bestimmten, amtlichen) Neben- und Mittelsperson, durch welche die Zurückforderung erfolgt. Deshalb ist die theilweise gelübte Praxis, dem Kläger bei nicht bestimmtem Zahlungstage die Verzugszinsen vom Klageanstellungstage zuzusprechen, jedenfalls unrichtig. Die Begründung, die von Winniwarter für die abweichende und, wie er selbst zugibt, bei dieser Auslegung nicht logische Bestimmung gibt, daß nämlich nur die Klageanstellung vom Willen des Gläubigers abhängig sei, nicht aber die Klagezustellung, ist in C. nicht durchschlagend.

<sup>23)</sup> Für das deutsche Recht bestimmt dies § 284, Abs. 1, S. 2 d. b. G. B. sogar ausdrücklich. Im österreichischen Rechte ist auf die „gerichtliche Mahnung“ des § 1334 hinzuweisen. Im Sinne des im Texte Gesagten auch die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes in Gl. II. Nr. 10988, desgleichen Kraiñz-Pfaff-Grenzweig, II. Bd. S. 144, Hansen Hörl, I. Bd., S. 20, Anm. 28 und die daselbst Citerirten. Ebenso im Allgemeinen auch Schuster von Bonnott, Grdr. d. Obl. R. S. 36; doch scheint dieser Schriftsteller S. 101 dess. W. im Falle der gemeinsamen Beklagung des Hauptschuldners und des Bürgen als Streitgenossen die vorausgehende „außergerichtliche Einmahnung“ des Hauptschuldners für nöthig zu halten.

Behauptung für wahr zu halten haben. Wenn aber die geschehene Mahnung, mag dieselbe nun vor der Klageanstellung oder erst im Wege der Zustellung der Klage an den Hauptshuldner erfolgt sein, seitens des Klägers nicht behauptet wird (wozu er, wie wir oben gesehen haben, vom Richter ohnedies zu veranlassen ist), darf der Richter unseres Erachtens der erfolgten Zustellung der Klage die Bedeutung einer Einmahnung nicht ohneweiters beimesen. Würde also der Kläger auf Befragen des Richters, ob der Hauptshuldner B. gemahnt sei, beispielsweise erwidern, er habe dies nicht für nötig gehalten, da ohnedies ein bestimmter Zahlungstermin ausgemacht war, so müßte der Richter unseres Erachtens, gleichviel, ob er in der Zustellung der Klage eine Mahnung erblickt oder nicht, das Klagebegehren abweisen. Denn nur das „*t h a t s ä c h l i c h e V o r b r i n g e n d e s K l ä g e r s*“ ist nach § 396 C. P. O. für wahr zu halten. Nur „*a u f d i e s e r G r u n d l a g e*“ ist über das Klagebegehren durch Verfäumnisurtheil zu erkennen.

Hiergegen kann auch nicht eingewendet werden, daß der Richter an die Rechtsauffassung der erschienenen Partei nicht gebunden sei, daß er also im Gegensätze zum Kläger die Mahnung als erforderlich oder auch im Gegensätze zum Kläger als im Wege der Zustellung der Klage erfolgt anzusehen könne. Letzteres ist richtig; allein die Mahnung muß doch unter allen Umständen *b e h a u p t e t* werden. Ist sie einmal behauptet, dann ist sie vom Richter, da Gegenbeweise nicht vorliegen, ohnedies für wahr zu halten, und die Verschiedenheit der Rechtsauffassung in Ansehung der Wirkung der Klagezustellung als Mahnung spielt keine Rolle. Wird sie aber nicht behauptet, dann liegt eben für den Richter gar keine Thatsache vor, hinsichtlich deren rechtlichen Folgen Kläger und Richter verschiedener Ansicht sein können, und eine Divergenz der Rechtsauffassung ist also auch hier wieder bedeutungslos.

Unseres Erachtens vermögen die unter I bis III gegen unsere Entscheidung des Rechtsfalles angeführten, immerhin denkbaren Einwendungen unsere Ansicht nicht zu erschüttern, und halten wir daher an der Meinung fest, daß das Klagebegehren *rebus sic stantibus*, das heißt wie die Sache zur Zeit der Urheilsfällung lag, abzuweisen war. Dieses unbillige Ergebnis hätte jedoch der Richter vermeiden müssen, indem er bei der zur *m ü n d l i c h e n V e r h a n d l u n g* angeordneten Tagssatzung wirklich *v e r h a n d e l t*, den Kläger zu einer Verbesserung der Klage veranlaßt und so die erforderliche Basis für ein dem Klagebegehren stattgebendes Urtheil geschaffen hätte.

B. Nimmt man nun an, daß bereits in der Klage oder später durch erlaubten Nachtrag die erfolgte Mahnung behauptet wird, so entfällt natürlich der oben auseinandergezogene Grund zu einer Abweisung des Klagebegehrens, und es entsteht jetzt die nicht so leicht zu beantwortende Frage: *W o z u i s t n u n d e r B ü r g e z u v e r u r t h e i l e n ?*

I. Die Antwort gestaltet sich noch ziemlich einfach, wenn man annimmt, daß der Kläger sein Klagebegehren bei der ersten Tagssitzung auch in Ansehung des Bürgen in einer dem Inhalte des Vergleiches entsprechenden Weise modifiziert und beantragt, den C. nur zur Zahlung des eingeschränkten Klagebetrages von 350 K sammt Verzugszinsen und Kosten, zahlbar in monatlichen Raten von 20 K bei Terminsverlust und Execution, zu verurtheilen.

Eine derartige Modification ist zunächst in *processu a I e r* Hinsicht unseres Erachtens unbedingt zulässig<sup>24)</sup>). In Ansehung der Einschränkung des Klagebetrages von 400 K auf 350 K kann man sich unmittelbar auf § 235, Abs. 4, a. G. C. P. O. berufen. Aber auch was die Zahlung in Raten anlangt, wird man bei sinngemäßher Auslegung der citirten Gesetzesstelle eine diesbezügliche Abänderung des ursprünglichen Klageantrages zulassen dürfen. Das Klagebegehren „einschränken“ heißt offenbar nicht nur, in quantitative r Beziehung weniger fordern, sondern auch in qualitative r Hinsicht dem Beklagten Erleichterungen gewähren<sup>25)</sup>), wie man denn auch in der Er schwerung der Zahlungsmodalitäten eine Erweiterung des Klagebegehrens im Sinne des § 235, Abs. 1, C. P. O. wird erblicken müssen<sup>26)</sup>.

Dieser Entscheidung kann man wohl auch nicht entgegenhalten, daß das Urtheil überhaupt nicht auf Zahlung in Raten lauten könne, da § 409 C. P. O. bestimme, daß die Leistungsfrist, sofern „in diesem G e s e z e“, das ist in der C. P. O. nicht etwas Anderes bestimmt ist, 14 Tage betrage und daß die Ausnahmen, deren die C. P. O. Erwähnung thut, unseren Fall nicht betreffen. Denn einerseits kann man sich meines Erachtens unbedenklich auf § 405 C. P. O. berufen, dem zufolge der Richter der Partei nicht etwas zusprechen darf, was nicht beantragt ist; anderseits stellt gleich der folgende § 406, S. 2, C. P. O. einen „im G e s e z e“ keineswegs geregelten Fall dar, wo das Urtheil, da es sich um noch nicht fällige Alimente handelt, unmöglich eine vierzehntägige Paritionsfrist hinsichtlich der ganzen Forderung feststellen kann (ähnlich bei Renten und Realrechten und anderen wiederkehrenden Leistungen). Der aus der alten G. O. (vergl. § 300 a. G. O., der übrigens

<sup>24)</sup> Vergl. dazu auch die Ausführungen oben zu Anm. 4 ff.

<sup>25)</sup> In ähnlichem Sinne hat der O. G. H. schon auf Grund der alten Aug. G. O. zu § 21 cit. Ges. erkannt, daß eine unstatthaftre Klageänderung nicht vorliege, wenn der im Klagepetit fixirte Leistungstermin in der Replik h i n a u s g e s c h o b e n werde. (Gl. II. Nr. 8436.)

<sup>26)</sup> So auch Struckmann - Koch, Commentar zur deutschen C. P. O. Erl. 4 zu § 268 und die zahlreichen a. a. O. citirten Entscheidungen des Reichsgerichtes. Man dürfte unseres Erachtens die Hauptmöglichkeiten, in denen eine Erweiterung des Klagebegehrens als vorliegend anzunehmen sein wird, gerade in jenen Fällen wieder finden, in welchen man bei der Bürgschaft von einer *durior causa* zu sprechen pflegt, das ist, wie G i r t a n n e r, Die Bürgschaft d. gem. R. S. 54, ausführt, dort, wo ein plus re, t e m p o r e, loco oder *causa* gefordert wird. Mit dieser Formel dürfte man auch hier in den meisten Fällen sein Auslangen finden.

nur eine **Soll**-Vorschrift enthielt) herübergewommene § 409 C. P. O. kann in diesen Fällen, wo die Leistung antrags- oder naturgemäß in Theilzahlungen zu prästieren ist, offenbar keinen anderen Sinn haben, als daß die für die allenfalls schon fälligen Raten bestimmte Leistungssfrist 14 Tage betragen müsse<sup>27)</sup>.

In materiell rechtlicher Hinsicht braucht zunächst kaum darauf hingewiesen zu werden, daß, obwohl das Gesetz den Vergleich im § 1380 a. b. G. B. als „Neuerungsvertrag“<sup>28)</sup> definiert und in Ansehung des letzteren in den §§ 1377 und 1378 bestimmt, daß durch denselben nicht nur die Urschuld, sondern auch deren Accessorien in aller Regel zum Erlöschen gebracht werden, für den Vergleich doch die specielle Bestimmung des § 1390 a. b. G. B.<sup>29)</sup>

<sup>27)</sup> Vergl. hiezu das Formular für die Protokollarklage wegen Feststellung der aufzerehelichen Vaterschaft zu einem Kinde im amtlichen Formularienbuch zur C. P. O. Nr. 65.

<sup>28)</sup> Der Codex Theresianus (III, 2, § 17, Z. 180) zählt den Vergleich (vielleicht in Erinnerung an das gemeine Recht, daß hier eine *actio praescriptis verbis* gab) den unbenannten Verträgen bei. Erst der Martini'sche Entwurf behandelte im 16. Hauptstücke des III. Theiles, betitelt: „Von den Umänderungen der Rechte und Verbindlichkeiten“ im § 7 den Vergleich als *Neuerungsvertrag*. § 19, welcher im Wesentlichen mit § 1390 unseres a. b. G. B. übereinstimmt, konnte folgerichtig das Richterlöschen der Bürgschaften und Pfänder durch den Vergleich statuiren, da gemäß § 4 auch durch den eigentlichen Neuerungsvertrag die Bürgschaftsrechte weder erneuert, noch aufgehoben werden, sondern trotz desselben einfach bestehen bleiben sollten. Die Wiener Juristenfacultät sträubte sich aber wohl mit Recht gegen die Construction des Vergleiches als Neuerungsvertrages, zumal bei der ersten Lesung des Westg. G. B. im nunmehrigen § 503 des III. Theiles bestimmt wurde, daß die Bürgschaft durch den eigentlichen Neuerungsvertrag zum Erlöschen gebracht werde. Nichtsdestoweniger stimmten alle Commissionsmitglieder dem Referenten zu, welcher die Ansicht vertrat, daß man den Vergleich allerdings „einen Neuerungsvertrag heißen könne, weil an die Stelle des vorigen, wenigstens zweifelhaften Rechtes nun ein anderer Gründ der Forderung, nämlich der Vergleich eintrete“. Aus dieser Auffassung, wonach der Vergleich stets eine Aenderung des Rechtsgrundes mit sich brächte und wonach auch die Accessorien erlöschen müßten, wurden die Consequenzen, insbesonders betreffs des Erlöschens der Bürgschaften und Pfänder im Gesetze glücklicherweise nicht gezogen, so daß der Standpunkt der Redaktionsmitglieder eigentlich nur in theoretischer Beziehung anfechtbar erscheint.

<sup>29)</sup> Es wird bekanntlich in der Literatur nach der als herrschend zu bezeichnenden Meinung die Lehre vertreten, daß der Vergleich im Sinne des a. b. G. B. als Neuerungsvertrag aufzufassen und als solcher den Bestimmungen der §§ 1377 und 1378 zu unterstellen sei, dafern nicht — diese Einschränkung wird nicht einmal von allen Schriftstellern gemacht — lediglich der Schuldbetrag herabgesetzt wird und daher § 1390 zur Anwendung kommt. Diese Meinung vertreten für das österreichische Recht insbesondere Beiller, Erl. zu den §§ 1380 und 1390 u. a., Nippel, Erläuterung, VIII. Bd., Erl. zu § 1380, Winniwaeter a. a. D., Erl. zu §§ 1380 und 1381, im Großen und Ganzen auch Schuster von Bonnott, Grdr. d. Obl. R. S. 79. Schließlich treffen im Wesentlichen das Richtige Stubenrauch, Erl. 1 zu § 1380 und Erl.

durchzugreifen hat, wonach Bürgen und Pfänder, welche zur Sicherheit des streitigen Urrechtes bestellt werden, auch für den durch

1, 2 zu § 1390, *Hasenöhrl*, II. Bd., S. 321 ff. (der auch die sonstige hierüber bestehende österreichische Literatur citirt) und *Krainz-Pfaff-Greuzwieg*, I. Bd., S. 460, II. Bd., S. 42. Die theoretischen Constructionen gehen jedoch auch bei den Letzteren allenfalls auseinander.

Meines Erachtens läßt sich mit dem Vergleiche als „Neuerungsvertrag“ auch nach unserem Gesetzbuche (vergl. für das gemeinsame Recht *Risch*, Die Lehre vom Vergleich, für das preuß. L. R. *Förster* *Eccius*, Preuß. Pr. R., I. Bd., § 103, für das deutsche bürg. Recht u. a. *Önnies*, Der Vergleich nach d. b. R. und die Motive z. d. b. G. B., II. Bd., S. 656) nicht operiren. Denn die §§ 1376 und 1377 bestimmen, daß unter einem Neuerungsvertrage die Umänderung einer Obligation zu verstehen sei, welche sich im Wege der Verwechslung des Rechtsgrundes oder des Hauptgegenstandes einer Forderung vollzieht. Wäre nun der Vergleich im Sinne des Gesetzes wirklich als Neuerungsvertrag gedacht, so gäbe es, da Ausnahmen nicht statuirt sind, überhaupt keinen Vergleich ohne Verwechslung des Rechtsgrundes oder Hauptgegenstandes. Dies wäre absurd. Zum Ueberflusse bestimmt das Gesetz in § 1379 noch ausdrücklich, daß alle anderweitigen Nebenbestimmungen, die sich weder auf den Hauptgegenstand noch auf den Rechtsgrund beziehen, nicht als Neuerungsverträge anzusehen seien. Da nun gerade diese Fälle sich mit den Vergleichsfällen decken werden, würde das Gesetz damit selbst mittelbar sagen, daß der Vergleich kein Neuerungsvertrag sei, und es läge zwischen den §§ 1379 und 1380 ein offenbarer, nicht nur aus der Natur des Vergleiches, sondern auch aus den Gesetzesworten (vergl. Wortlaut des § 1380) sich ergebender Widerspruch vor. Ja § 1380 widerspräche sich selbst, da man ein Recht doch nicht durch ein und denselben Act aufheben und dann wieder sichern und bestimmen kann.

Die Marginalrubriken über § 1375: „Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten“, über § 1376: „1. durch Novation“, über § 1380: „2. Vergleich“, ferner die von den für die Novation gegebenen Bestimmungen gerade in den springenden Punkten abweichende Regelung und manches andere weist in deutlicher Weise darauf hin, daß der Vergleich nicht ernstlich als eine der Novation subordinirt sondern ihr coordinirte Art der Umänderung der Rechte aufzufassen sei, wie denn auch *Beiller* selbst (vergl. die vorstehende Arm. 28) nicht mehr behauptete, als daß man den Vergleich einen Neuerungsvertrag „heissen“ könne, keinesfalls aber, daß er wirklich ein solcher sei. § 1380 sollte offenbar beginnen „Eine Umänderung, durch welche“ u. s. w.

Betrifft also die Umänderung einer Obligation unter denselben Contrahenten den Rechtsgrund oder Hauptgegenstand, so liegt im Sinne des Gesetzes nicht Vergleich sondern Novation vor, weshalb die Accessorien nach § 1378 zugleich mit der Hauptschuld erlöschen. Aus diesem Grunde kann daher ein einzelner Wechsel nach über mehrere Wechselschulden, darunter auch diesen Wechsel abgeschlossenem Vergleiche nicht mehr eingeklagt werden, und aus diesem Grunde ist zur Entscheidung über die Klage aus einem über Wechselschulden abgeschlossenen Vergleiche nicht das Handelsgericht, sondern das allgemein sachlich zuständige (Bezirks- oder Landes-) Gericht competent. Hier wird Vergleich genannt, was im Sinne des Gesetzes eigentlich Novation ist. (Vergl. die sachlich richtige, jedoch unseres Erachtens uncorrect begründete Entscheidung des O. G. H. vom 6. Juni 1861, B. 3197, auf welche sich *Stubenrauch* S. 784 in der N. 1 zu § 1381 beruft, und jene bei Gl. II. Nr. 9225.)

den Vergleich unberührt gebliebenen Theil der Urschuld weiter haften.<sup>30)</sup>

Handelt es sich dagegen um andere Bestimmungen, Zusätze und Veränderungen, so hat man es unter den sonst erforderlichen Voraussetzungen mit einem Vergleich zu thun, der in seinem Wesen je nach der Sachlage wieder verschiedene Gestaltungen annehmen kann, für welchen aber in keiner Beziehung die Vorschriften über die Novation, sondern nur die im Allgemeinen für die Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten und im Besonderen die für den Vergleich selbst gegebenen Bestimmungen platzzugreifen haben. (Vergl. hiezu bes. auch Schuster in Wagner's Zeitschrift 1830, 6. Heft, S. 313 bis 323.)

S 1390 findet also auf den Vergleich und die die Urschuld begleitenden Accessorien unbeschränkte Anwendung; der Vergleich wirkt also nicht aufhebend. Ob er einen positiven Einfluß auf die Bürgschaftsobligation ausübt und welchen, ist hier mit Rücksicht darauf, daß ein dem Vergleichsinhalte entsprechender positiver Antrag des Gläubigers vorausgesetzt wird, nicht weiter zu erörtern. (Vergl. aber unten Anm. 52 des Aufsatzes.)

<sup>30)</sup> Auf dem Boden des römischen und auch des gemeinen Rechtes war es streitig, ob dann, wenn sich Jemand für eine an einem bestimmten Zahlungstage zahlbare Verbindlichkeit verbürgt und der Gläubiger späterhin Stundung (eine solche liegt offenbar auch in der Bewilligung von Ratenzahlungen) gewährt, ohne daß sich der Bürge an dieser Vereinbarung beteiligt, letzter noch überhaupt als obligirt angesehen werden könne. Ausführlich behandelt diese Streitfrage insbesonders Vinnius, Selactarium jur. quaest. libri duo (1672), im Capitel 42 mit einer für seine Zeit rühmenswerthen Unbefangenheit und recht gesunder, fachlich im Großen und Ganzen entsprechender Begründung; im gleichen Sinne (und wohl im Anschluße an Vinnius) auch Meister, De fidejussione ad tempus et pro negotio, cui tempus adjectum est (1820), im 2. Capitel, § 13. Nach Vinnius war es communis interpretum opinio, daß unterschieden werden müsse, utrum fidejussor simpliciter sine adjectione temporis fidem suam interposuit, an vero ad certum duntaxat tempus se obligavit. Nur in letzterem Falle werde Liberierung des Bürgen angenommen, im ersten nicht. Sed verius est — jetzt Vinnius hiezu — neutro causa pro prorogatione solutionis liberari fidejussorem. Abgesehen von der quellenmäßigen Begründung, auf welche hier nicht näher eingegangen werden soll, wird zur Unterstützung dieser Ansicht vorgebracht: cum principalis obligatio salva maneat. Als Hauptargument gegen diese Entscheidung wurde schon damals eingewendet, fieri posse, ut data dilatione ad solvendum debitor interim labatur facultatibus: iniquum autem videri, ut factum creditoris fidejussori noceat. Dem gegenüber stellt sich Vinnius nicht mit Unrecht auf den Standpunkt, etiam fieri posse, ut debitor interim facultatibus augeatur et prorogatio fidejussori prospicit; denique dilationes hujus modi ex humanitate fere indulgeri solere ad petitionem debitorum, quibus in praesentia difficilis, ut interea temporis pecuniam confiscere et solutionem expedire queant. Im Wesen vertreten auch die neueren Schriftsteller, insferne sie sich überhaupt mit dieser Frage befassen, einen ähnlichen Standpunkt. Nur wird ausnahmsweise in dem Falle, daß der Schuldner zwar wohl zur Zeit des anfänglich bestimmten Termines noch zahlungsfähig war, man aber den später eintretenden Vermögensverfall zur Zeit der Stundung voraussehen konnte, angenommen, daß in der prorogatio termini eine negligentia in exigendo liege und solchen Fällen der Bürge allerdings liberirt werde. Letzteres bestimmt ausdrücklich § 1245, Abj. 1 und 2 Umg. Entw. (Vergl. über diesen Ausnahmsfall insbesondere Wagnerow, Pandekten, III. Bd., S. 157, 158.) Nach österreichischem

Im Uebrigen werden sich in dem vorausgesetzten Falle, daß der Kläger selbst das Klagebegehren im Sinne des Vergleiches einschränkt, Zweifel über die Frage, ob dem Begehren in der Hauptsache statzugeben oder dasselbe abzuweisen sei, nicht ergeben<sup>31)</sup>. Der Bürge wird also bei gegebener Sachlage zur Zahlung von 350 K zu verurtheilen sein, und zwar dem nunmehr abgeschwächten und im Sinne des § 235, Abs. 4, C. P. D. „eingeschränkten“ Klagebegehren zufolge mit der Maßgabe, daß auch er diese Schuld in monatlichen Raten von 20 K zu begleichen habe.

Was die geforderten Verzugsszinsen anlangt, so hat, wie wir in einem besonderen Aufsätze darzuhun versuchen werden, folgendes zu gelten:

Für den Verzug von dem dem Zahlungstage nachfolgenden Tage an, d. h. von dem Tage, wo der Hauptschuldner in Verzug geräth (§§ 1334 und 903), haftet der Bürge schlechthin, d. h. ohne daß an den Hauptschuldner eine Mahnung ergangen wäre, nur, wenn er (durch darüber aufgerichtete Erklärung oder durch das Versprechen, in jeder Beziehung wie der Hauptschuldner haften zu wollen oder eine ähnliche Äußerung) ausdrücklich diese Verbindlichkeit auf sich genommen hatte. Dies müßte jedoch seitens des Klägers bereits in der Klage behauptet worden sein. Andernfalls könnte eine so weit gehende Haftung vom Richter selbst dann nicht angenommen werden, wenn der Kläger späterhin diese Behauptung nachtrüge, da hierin allerdings

---

Rechte wird aber auch im letzteren Falle nicht schlechthin auf Liberirung sondern dahin zu entscheiden sein, daß dem Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach Maßgabe des § 1364 a. C. a. b. G. B. ein Schadenersatzanspruch zusteht, welchen er allerdings dem klagenden Gläubiger im Wege der Compensationseinrede wird entgegensezten können. (In diesem Sinne auch Ensch. vom 16. März 1882, Gl. II. Nr. 8923.) Die Liberirung des Bürgen infolge eines lediglich mit dem Hauptschuldner abgeschlossenes Vergleiches schließen ausdrücklich aus das Preuß. L. R. I 16, §§ 445, 446, der Code civil Art. 2039, welcher im Uebrigen allerdings einen selbständigen Standpunkt einnimmt, und das Sächs. b. G. B. § 1415 in Verbindung mit § 1001. Das deutsche b. G. B. und das schweiz. Obl. R. nehmen zu dieser Frage nicht unmittelbar Stellung. Doch wird auch auf Grund dieser Gesetze anzunehmen sein, daß in allen Fällen, wo im Vergleiche nicht ausdrücklich bestimmt ist, daß er novatorische Wirkung haben solle, das frühere Rechtsgeschäft durch den Vertrag nicht aufgehoben werde. (Vergl. Motive zu §§ 666 und 332 des 1. Eniw. bei Mügdaen, Materialien II. Bd., S. 363 und S. 91, Cosač, Lehrbuch des d. b. R. (1900), I. Bd., S. 587.)

<sup>31)</sup> Die Bestimmung des § 14, S. 2, C. P. D., wonach die Wirkung der Prozeßhandlungen der thätigen Streitgenossen auch auf die säumigen ausgedehnt ist, gilt nur in Ansehung der eine einheitliche Streitpartei bildenden Streitgenossen. Da einfacher Bürge und Hauptschuldner eine einheitliche Streitpartei im Sinne des § 14, S. 1, C. P. D. offenbar nicht bilden, könnte nicht etwa behauptet werden, daß gegen den Bürgen im vorliegenden Falle Verläumnisurteil überhaupt nicht gefällt werden dürfe. Vergl. auch § 402, Abs. 2, C. P. D.

eine unstaithaftse Erweiterung des ursprünglichen Klagebegehrens gelegen wäre. Im Uebrigen, insbesondere also in den Regelfällen und in unserem Falle hat der Bürge nur jene Verzugszinsen zu erszehn, welche von dem Tage an laufen, an welchem er selbst in Verzug gerathen ist, d. h. bei bestimmtem Zahlungstage fruestens von dem dem Zahlungstage zweit folgenden Tage an, wobei wir, wie unter B am Anfang bereits hervorgehoben wurde, voraussetzen, daß die Mahnung des Haupischuldners zur Zahlung vorher erfolgt ist.<sup>32)</sup>

Auch in Ansehung der Proceßkosten greift unseres Erachtens das Princip durch, daß die Bürgschaftsobligation, abgesehen wieder von dem Ausnahmefalle, daß seitens der Parteien ausdrücklich Besonderes bestimmt wird, nur die nackte Haupischuld umfaßt. Der Bürge haftet somit für die durch den Haupischuldner verursachten Proceßkosten regelmäßig nicht.<sup>33)</sup> Auch wird man in unserem Falle die Kostenfrage nicht unter Berufung auf § 46, Abs. 1, S. 1 C. P. D. dahin erledigen dürfen, daß der Kostenersatz, da es sich hier nicht um soli-

<sup>32)</sup> Auf dem Boden des gemeinen Rechtes ist es eine alte Streitfrage, ob die fidejussio in omnem causam der Quellen (vgl. bes. I. 24, § 1 D. 22, 2; I. 49, pr. I. 88, 91 § 4 D. 45, 1; I. 58, § 1 D. 46, 1; I. 5 C. 4, 54; I. 54 pr. D. 19, 2) eine ausdrücklich auf alle Nebenverbindlichkeiten ausgedehnte oder eine nicht ausdrücklich beschränkte fidejussio bedeute. Die Beantwortung dieser Frage ist jedoch für unser Recht nicht von entscheidender Bedeutung, da die fidejussio manche auf die Stipulationsform und den stricti-juris-Charakter derselben zurückzuführende Eigenthümlichkeiten aufwies, die in Ansehung vieler Fragen und so auch hier bestimmt wirkten, die aber dem heutigen Rechte selbstverständlich fremd sind. In den neueren Gesetzbüchern ist (m. E. mit Unrecht und mit Rücksicht auf das Erfordernis der Schriftlichkeit des Bürgschaftsvertrages ohne zwingende Nothwendigkeit) die Frage doch in entschieden, daß der Bürge für den Verzug des Haupischuldners schuldhaft sein mußte. (Vgl. § 767, Abs. 1, S. 2 D. b. G. B., § 1456, S. 2 Sächs. b. G. B., Art. 499, Abs. 1 Schweiz. Obl. R., § 1226, Abs. 2 Ung. Entw.)

<sup>33)</sup> Ebenso Kraenz-Pfaff-Frenz zweig, II. Bd. S. 38, Stuhrenrath, Erl. 2 zu § 1353, ähnlich Hase nöhr, II. Bd. S. 273, Ann. 45. Gegentheil Kirchstetter, Comm. Erl. zu § 1354, die Entsch. v. 6. Juni 1894, § 6652, im Centr. Bl. 1894, S. 373, 15136 und die herrschende Ansicht auf Grund des gemeinen Rechtes. Vgl. beispielweise Winckelmann-Kipp, Pandeten II. Bd. S. 1021, Ann. 26 und die dort berufenen Entscheidungen im Seuffert's Archiv. Auch die modernen Codificationen lassen den Bürgen für die Proceßkosten (allerdings aber theilweise nicht bedingungslos) aufkommen. Ohne Beschränkung haftet der Bürge für die Kosten der Einklagung der Haupischuld nach § 1456, S. 2, Sächs. b. G. B. und nach § 767, Abs. 2 D. b. G. B. (m. E. jedenfalls nicht zu billigende Bestimmungen, da hier ein auch wirthschaftlich nicht zu rechtfertigender Kostenaufwand gemacht und dem Bürgen in den meisten Fällen ganz unnothwendigerweise aufgebürdet wird, indem wohl fast stets die bloße Mittheilung des Gläubigers, daß vom Haupischuldner die Leistung nicht zu erlangen sei, genügt, den Bürgen zur Leistung zu veranlassen, und so die Proceßkosten meistens erwartet werden können). Vorherige Verständigung des Bürgen von der Nichterfüllung durch den Haupischuldner fordern mit Recht Art. 499, Abs. 2, Schweiz. Obl. R. und § 1228 Ung. Entw.

darisch haftende Personen handelt, nach Kopftheilen aufzuerlegen sei (wie dies der Richter in unserem Rechtsstreite thatsächlich gethan hat); dies schon deshalb nicht, weil die Betheiligung des Hauptschuldners und des Bürgen am Processe doch eine erheblich verschiene ist. Aber auch § 46, Abs. 1, S. 2, C. P. O. darf unseres Erachtens nicht herangezogen werden, denn in unserem Falle hat das Gericht die Kosten überhaupt nur in Ansehung des Bürgen zu bestimmen; in betreff des Hauptschuldners wurden die Kosten vergleichsweise festgesetzt, und ist daher dem Gerichte überhaupt die Möglichkeit benommen, die Ersatz antheile verhältnismäßig auszumessen. Unseres Erachtens wird hinsichtlich der Proceszkosten dahin zu entscheiden sein, daß der Bürge lediglich die durch ihn selbst verursachten Kosten (§ 41 C. P. O.), insoferne sie sich nicht schon mit den im Vergleiche bestimmten und vom Hauptschuldner zu tragenden Kosten decken, diese aber in vollem Umfange zu ersezten hat. Regelmäßig werden in solchem Falle für den Bürgen hauptsächlich nur die Kosten einer zu Handen des Bürgen erfolgten Mahnung, die in Ansehung des dem Bürgen zugestellten Klageschriftsatzes besonders anerlaufenen Manipulationsgebühren im Sinne der Tarifpost 16 des Advocatentarifes, weiters die Kosten der an den Bürgen erfolgten Zustellung der Klage, die zehnpercentige Erhöhung der tarifmäßigen Gebühr nach § 9 des Advocatentarifes und die Stempelgebühren für das Versäumnisurtheil in Betracht kommen. Alle übrigen Kosten wird der Hauptschuldner in der im Vergleiche bestimmten Höhe zu tragen haben. Wird im Vergleiche vereinbart, daß die Kosten als gegenseitig aufgehoben gelten sollen, so steht es dem Klagenden Gläubiger wohl trotzdem frei, den Ersatz der den Bürgen betreffenden Kosten zu verlangen, nur muß letzteres auch thatsächlich bei der Verhandlung geschehen. In diesem Falle wird also trotz § 53, Abs. 1, C. P. O. das Gericht über die Kostenfrage zu entscheiden haben.

II. Zweifel können sich aber noch ergeben bei der Annahme, daß der Gläubiger die Vergleichsbegünstigungen ausschließlich nur dem Hauptschuldner persönlich zukommen lassen will und demgemäß in Ansehung des Bürgen den Klageantrag ausdrücklich conform mit dem im Schriftsatz gestellten Begehren aufrecht erhält.

1. In einem solchen Falle wird der Richter das Begehren hinsichtlich des die Vergleichssumme von 350 K übersteigenden Betrages abweisen müssen, denn § 1363, S. 1, a. b. G. B. bestimmt, daß die Verbindlichkeit des Bürgen verhältnismäßig mit der Verbindlichkeit des Hauptschuldners aufhört. Da nun die Forderung gegen den Hauptschuldner hinsichtlich des die Vergleichssumme übersteigenden Betrages von 50 K durch den im Vergleiche enthaltenen Erlaßvertrag aufgehoben ist, hört im selben Maße auch die Verbindlichkeit des Bürgen auf, und haftet der Bürge gemäß § 1390 a. b. G. B. nur mehr für den Theil der Forderung, welcher durch den Vergleich bestimmt worden ist.

Hiergegen ließe sich im Anschluße an die gemeinrechtliche Doctrin <sup>34)</sup>

<sup>34)</sup> L. 7 pr. D. 44, 1 bestimmt z. B.: *Exceptiones, quae personae coeuiusque cohaerent, non transeunt ad alios...* § 1 Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisurandi, quod metus causa factum est u. s. w. Dieses Schlagwort von den exceptiones personae cohaerentes wird im gemeinen Rechte meist ohne vielen Nachdenkens dann gebraucht, wenn man ausdrücken will, daß der Bürge eine Einrede nicht geltend machen kann, die dem Haupuschuldner zusteht. Dem physikalischen Gesetze der Trägheit folgend, wandern gewisse Schlagworte aus einem Buch ins andere; und wie eine Relique ehrfürchtig von einer Hand der anderen gereicht wird, so gehen gar manche von den Borderen überommene und mit dem Nimbus der Erprobtheit ausgestattete Sentenzen von Mund zu Mund, ohne daß es jemandem beifiele, tiefer darüber nachzudenken, oder daß es gar jemand wagte, an der Vollwertigkeit solcher Formeln zu zweifeln. So auch bei unserer Frage. Erst *W i n d s c h e i d* macht auch hier, wie sonst so oft, wenn seinem starksichtigen kritischen Auge auf der Heerstraße der traditionellen Pandektenliteratur etwas wunderliches auffällt, Halt und fragt: Ja was sind denn eigentlich exceptiones personae cohaerentes? (*W i n d s c h e i d* = *K i p p*, a. a. O. II. Bd., S. 1014, Ann. 7). Eine befriedigende Antwort bleibt jedoch auch er schuldig. Dieser eingegangen wurde auf diese Frage von *M i t t e i s* in *Thering's Jahrbüchern* f. d. Dogmatik 1889, 28. Bd., S. 141 ff., welchen die in Rede stehende Formel auch keineswegs befriedigt. *M i t t e i s* unterscheidet einerseits zwischen Einreden, welche auf einem subjektiven Dispositionssrecht beruhen, über dessen Ausübung der Haupuschuldner noch nicht entschieden hat, dessen Geltendmachung daher nicht in das Belieben einer von dem Haupuschuldner verschiedenen Person gestellt werden kann, und andererseits solchen Einreden, in deren Thatbestand es schon liegt, daß der Haupuschuldner nicht schulden will, wo die Obligation also objektiv eine mangelhafte ist. Die letzteren Einreden stehen nach *M i t t e i s* auch dem Bürgen zu. (Vergl. hierzu auch *S t r u b e*, *Einwider* stehen die Einreden des Haupuschuldners dem Bürgen zu?) *G e i b*, *Zur Dogmatik d. röm. Bürgschaftsrechtes*, führt S. 108 ff. aus, daß das Recht des Bürgen, sich der Exceptionen des Haupuschuldners zu bedienen, regelmäßig davon abhängig sei, ob dem Bürgen ein Regressrecht zustehe oder nicht. Das Nichtvorhandensein des *animus recipiendi* lasse darauf schließen, daß der Fideiussor sich auch für die exceptionsmäßige Haupuschuld habe verpflichten wollen. Auf dem Boden des französischen Rechtes verstehten *Z a c h a r i äs Cromé*, *Handbuch des franz. Civilrechtes*, II. Bd., S. 727, und *M a r c a d e - M o u r l o n*, *Franz. Civilrecht*, III. Bd., S. 3, unter den »exceptiones qui sont purement personnelles au débiteur« des Art. 2036 Code civil nur die in der Person des Schuldnerns beruhenden Einreden (z. B. Minderjährigkeit, Curat). In ähnlichem Sinne spricht offenbar *D e r n b u r g*, *Pandekten*, II. Bd., § 79, 1b, von „höchst persönlich Einreden“ und beruft sich dabei auf das *beneficium competentiae* der l. 7 pr. D. 44, 1, welch' letzteres Beispiel einer *exceptio p. c.* übrigens der einzige Fall ist, dessen auch unser G. B. Erwähnung thut und in Ansehung dessen auch unser G. B. im § 1354 ausdrücklich ausspricht, daß die bezügliche Einrede dem Bürgen nicht zusteht. (Anders nach preuß. Pr. R., nach welchem der Bürgen von der Einrede der „Verurtheilung auf das Er-schwingliche“ Gebrauch machen konnte. Preuß. L. R., I., 14, S. 281.) Es dürfte meines Erachtens wohl überhaupt von Fall zu Fall zu entscheiden sein, ob eine *exceptio* ausschließlich nur dem Haupuschuldner zusteht. Eine und dieselbe Einrede wird vielleicht einmal als personae cohaerens, ein andermal wieder als rei cohaerens aufzufassen sein. Doch bereitet die Frage, ob *exc. p. c.* oder nicht, in unserem Falle keine

scheinbar allerdings einwenden<sup>35)</sup>), daß es sich hier um eine rein persönliche Begünstigung des Haupeschuldners handle, welche nach dem ausdrücklich erklärten Willen des flagenden Gläubigers dem

Schwierigkeiten, da es mit Rücksicht auf den Klageantrag des Gläubigers keinem Zweifel unterliegt, daß die Vergleichsbegünstigungen nicht auch dem Bürgen zustatten kommen sollen, daß es sich somit hier tatsächlich unbedenklich um eine exceptio personae cohaerens handeln würde. Es schlägt aber speziell die Behandlung des pactum de non petendo in personam in unserem Fall ein, da in dem Vergleich offenbar ein theilweiser Erlaßvertrag gelegen ist. In Ansehung dieses pactum bestimmen die Quellen (l. 22, D. 2, 14; l. 5 pr. D. 34, 3) allerdings, daß sich der Bürge auf dasselbe nicht berufen könne. Allein da dem Bürgen das beneficium excussionis zusteht, so wirkt das pactum d. n. p. i. p. doch auch zu Gunsten des Bürgen.

Aehnlich kann nun wohl auch nach österr. Rechte argumentirt und gesagt werden: die Einmahnung des Haupeschuldners nach § 1355 verfolgt den Zweck, vom Haupeschuldner die Zahlung zu erlangen (S. N. 17). Setzt nun der Gläubiger eine Handlung, welche auf das gerade Gegenteil, nämlich auf ein Nichterlangen, auf ein Erlassen der Leistung gerichtet ist, so kann der Haupeschuldner in Ansehung des erlassenen Theiles nicht als gemahnt angesehen und daher mit Rücksicht auf § 1355 dieser Theil vom Bürgen auch nicht im Streitwege verlangt werden. Die älteren Rechte (z. B. das Preuß. L. R. I 16, § 448: „Dagegen kommt dem Bürgen gegen den Gläubiger eine Einwands des Vergleiches sowie alle übrigen Einwendungen des Haupeschuldners allein zu attackieren“ und auch noch das Sächs. b. G. B. § 1415, S. 2) entschieden ausdrücklich in unserem Sinne. Aber auch auf dem Boden der modernen Rechte wird sich nicht bezweifeln lassen können, daß sich die Schuld des Bürgen durch den Vergleich in derselben Weise mindert wie die Haupeschuld, dies selbst dann, wenn der Gläubiger einseitig Gegentheiliges bestimmte. (Vergl. z. B. § 767 d. b. G. B., Abs. 1, S. 1: „Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend“ und Abs. 1, S. 3, desselben Paragraphen: „Durch ein Rechtsgefecht, das der Haupeschuldner nach der Uebernahme der Bürgschaft vornimmt, wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert“, per argumentum a contrario also eventuell wohl vermindert. Aehnliche Bestimmungen sind im Art. 499, Abs. 1, Schweiz. Obl. R. und in den §§ 1226, Abs. 1, und 1229, Abs. 1, Ura. Entw. getroffen. Von persönlichen Einreden ist da nirgends die Rede. Meines Erachtens wird man höchstens in den Fällen, wo der Bürge sich ausdrücklich für den Fall verbürgt hat, daß dem Haupeschuldner eine solche persönliche Einrede zustehen und derselbe davon Gebrauch machen sollte, annehmen können, daß der Bürge diese Einrede nicht werde geltend machen können.

<sup>35)</sup> Kraenzl-Pfaff-Ehrenzweig steht u. A. auf dem gemeinrechlichen Standpunkt. Auch er spricht (II. Bd., S. 31) von den exceptiones personae cohaerentes, führt aber als Beispiel nur die Einrede aus dem beneficium competentiae an, welche das Gesetz selbst im § 1354 dem Bürgen abspricht. Was man unter den exceptiones p. c. eigentlich zu verstehen habe, bleibt fraglich. Aus der Behauptung S. 37, daß die Bürgschaft erlösche, soweit die Haupeschuldnerung durch Vergleich herabgesetzt wird, kann auch nicht entnommen werden, welcher Ansicht Kraenzl in dem uns vorliegenden Falle wäre, wo der Gläubiger jede Einwirkung des Vergleiches auf die Bürgschaftsobligation ausdrücklich ausschließt und die Begünstigungen nur dem Haupeschuldner ad personam zugewendet wissen will. Hier dürfte nach Kraenzl denn doch eine exc. p. c. als gegeben erachtet werden müssen, woraus zu folgern wäre, daß sich der Bürge in solchem

Bürgen nicht zu statthen kommen soll.<sup>36)</sup> Man könnte sich hiebei scheinbar auch darauf berufen, daß der im Vergleiche enthaltene theilweise Schulderlaß auch in Ansehung des Bürgen einen Vertrag und somit nicht nur die gegebenenfalls fehlende Zustimmung des Gläubigers, sondern auch jene des Bürgen vorausseze. Ferner läge es ziemlich nahe, auf die ausdrückliche Bestimmung des § 224 C. O. hinzuweisen, wo in Ansehung des Zwangsausgleiches ausdrücklich bestimmt ist, daß derselbe keinen Einfluß auf die Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen des Gemeinschuldners ausübt (ebenso § 193 der deutschen C. O.). Schließlich könnte auch aus § 13 C. P. O. das Bedenken geschöpft und gegen unsere Entscheidung vorgebracht werden, daß jeder der Streitgenossen — und als solche treten hier Hauptschuldner und Bürge auf (vergl. §§ 12 und 11 C. P. O.) — im Processe derart selbstständig sei, daß die Handlungen und Unterlassungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vortheile noch zum Nachtheile gereichen dürfen. Auf Grund dieser Erwägungen könnte man allenfalls zu dem Ergebnisse gelangen, daß der Vergleich als solcher auf die Bürgschaft nicht nur nicht erlöschend<sup>37)</sup>, sondern überhaupt in keiner, also auch nicht in positiver Weise einwirke, daß somit die Bürgschaft nach wie vor den gleichen Inhalt habe, unbekümmert um nachträgliche rechtsgeschäftliche Einschränkungen der Hauptschuld, insbesonders insofern der Gläubiger in dieselben ausdrücklich nur zu Gunsten des Hauptschuldners eingewilligt hat.

Diesen Erwägungen gegenüber ist aber vor Allem zu betonen, daß eine derartige Entscheidung dem accessorischen Wesen der Bürgschaft entschieden widerspricht. Der Gläubiger soll vom Bürgen nur in Ansehung jener Leistung befriedigt werden, die der Hauptschuldner zu prästire hat, und zwar in jenem Zeitpunkte zu prästire hat, in welchem die Leistung vollzogen wird<sup>38)</sup>, weil nur dieser Zeitpunkt für die Frage des Befriedigtheins überhaupt maßgebend ist. Der Bürge hat sich nur für die „Befriedigung“, d. h. für die Zufriedenstellung des Gläubigers durch den Hauptschuldner verbürgt (§§ 1344 und 1346). Nun hat aber der Gläubiger im Vergleiche selbst erklärt, daß er sich damit zufriedengebe, daß der Hauptschuldner eine geringere Summe zahle. Es hat daher logischerweise auch der Bürge nur diesen geringeren Betrag zu leisten. Auch ist es klar, daß der Bürge durch die Entlassung des Hauptschuldners aus der Haftung betreffs der Restschuld nicht nur aus

Falle auf die dem Hauptschuldner gewährten Beneficien nicht würde berufen können. Uebrigens scheint zwischen den Ausführungen S. 37 d. cit. W. und jenen S. 118, insoferne sie sich auf die Einwirkung des Vergleiches auf die Accessorien beziehen, ein Widerpruch zu bestehen.

<sup>36)</sup> Die Ansicht, daß das pactum de non petendo in personam nur dem Hauptschuldner eine Einrede gewähre, vertritt für das österreichische Recht auch Kraiñz-Paffrath-Chrenzweig II. Bd. S. 36.

<sup>37)</sup> Vergl. hierüber auch oben die Anm. 29 und 30.

<sup>38)</sup> Siehe hierzu auch Wachter, Pandekten II Bd. S. 222.

einem subsidiären ein primärer, sondern überhaupt Allein-  
Schuldner geworden ist, was nicht nur dem Begriffe der Bürg-  
schaft zu widersprechen (vergl. § 1346), sondern worin thatsächlich  
eine Erschwerung der jetzigen gegenüber der ursprünglichen Haftung  
gelegen zu sein scheint.<sup>39)</sup> Daran aber, daß der Hauptschuldner durch  
rechte geschäftliche Handlungen die Lage des Bürgen nicht  
zu erschweren vermag, wird selbst im österreichischen Rechte<sup>40)</sup> mit  
Rücksicht auf § 1353, S. 1 nicht gezweifelt. Der Gläubiger hat auf  
Kosten des Bürgen offenbar keine Gnaden auszutheilen. Denn der  
Bürge hat sich nur für den Fall verpflichtet, daß der Haupt-  
schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfülle. Läßt nun der Gläubiger  
selbst dem Hauptschuldner die Schuld theilweise nach, so besteht  
dieselbe, insoweit sie für den Hauptschuldner nicht mehr existirt,  
logischerweise auch in Ansehung des Bürgen nicht mehr.<sup>41)</sup> Auch ist  
nicht abzusehen, wieso es einerseits unstatthaft ist (und darüber  
herrscht Einigkeit, s. auch § 1351<sup>42)</sup>), daß sich der Bürge als  
solcher schon von vorneherein mit seinem eigenen Willen zu

<sup>39)</sup> Daher hat auch der O. G. S. in der Entscheidung Gl. II.  
Nr. 11.644 in dem Falle, daß der Kläger mit der Erstbeflagten einen Ver-  
gleich (?) abschließt, wodurch er diese ganz aus dem Streite entläßt, gegen  
die übrigen Mitbklagten aber Versäumnisurteil beantragt, mit Recht ent-  
schieden, daß es unzulässig sei, letzterem Antrage stattzugeben, weil hier eine  
wesentliche Änderung im Stande der Prozeßparteien eingetreten sei, welche  
den übrigen Streitgenossen hätte vorher mitgetheilt werden müssen; wir  
würden jetzt sagen, weil hier eine im Sinne des § 235, Abs. 1, C. P. O.  
unzulässige Klageänderung vorgenommen wurde, indem durch die Ent-  
lassung der Erstbeflagten die causa der übrigen Mitbklagten thatsächlich  
eine durior causa geworden ist.

<sup>40)</sup> Für das deutsche Recht ist dies aus § 767, Abs. 1, S. 3, D.  
b. G. B. per argumentum a contrario unschwer abzuleiten.

<sup>41)</sup> Man erwäge hiezu auch folgendes: Wenn die Schuld des Bürgen  
unverändert bliebe, trotzdem die Hauptschuld theilweise erlassen worden ist,  
dann würde man logischerweise dazu gelangen müssen, den Bürgen unbe-  
kümmt um den Vergleich auch dann haften zu lassen, wenn der Gläubiger  
dem Hauptschuldner vorbehaltlich der Weiterhaftung des Bürgen die Schuld  
bis auf wenige Heller, ja auch, wenn er sie ihm gänzlich erlassen würde.  
Wie wäre aber solches mit dem Begriff der Bürgschaft zu vereinen? Hieße  
dies nicht, gegen den Sinn des § 1364, S. 2, entscheiden? Der Gläubiger  
könnte mit dem Hauptschuldner hinter dem Rücken und zum Schaden des  
Bürgen für beide Theile günstige Vereinbarungen treffen (z. B. gütliche  
Zahlung einer sonst nur mühsam einbringlichen Theilschuld gegen Erläß  
des Restes), den Bürgen aber einseitig zum Allein schuldner machen, ihm  
so die Kosten, Lasten und Mühen der Einbringung vom Hauptschuldner  
aufzürzend. Alles das scheint mir mit dem subsidiären Charakter der Bürg-  
schaft nicht gut vereinbar zu sein.

<sup>42)</sup> Vergl. Krai n z = Pfa ff = Ehrenzweig II. Bd.  
S. 36 ff., Stubenrauch Erl. 1 zu § 1353, Hasenöhrl Obl. R.  
II. Bd. S. 271 f., Kirchstetter Comm. Erl. zu § 1352 u. s. w.

<sup>43)</sup> Es kann jedoch ein anderes Geschäft, z. B. Schenkung, Ent-  
schädigungsversprechen, Schulübernahme darin liegen; letzteres insbesonders  
dann, wenn die Schuld des Bürgen früher fällig sein soll, als die des  
Hauptschuldners, vorausgesetzt, daß der Wille der Parteien dahin geht, daß  
die Bürgschaft unter solchen Umständen aufrecht bleiben solle.

mehr verpflichte, als die Hauptschuld beträgt<sup>44)</sup>), während es anderseits zulässig wäre, ihn späterhin gegen, jedenfalls aber ohne seinen Willen für mehr in Anspruch zu nehmen, als der Hauptschuldner im maßgebenden Zeitpunkte tatsächlich schuldet. Die übelbeleumundete und im Allgemeinen<sup>45)</sup> gewiß nicht ohneweiters zu billigende Regel der 1. 98 pr. D. 45, 1: Ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quoniam potuissent consistere enthält in entsprechender Anwendung auf unsere Frage denn doch etwas Wahres.

Aber ganz abgesehen von diesen Erwägungen läßt sich doch die bekämpfte Meinung auch aus dem Gesetze in keiner Weise ableiten. § 1363, S. 1, bestimmt schlankweg, daß die Verbindlichkeit des Bürgen verhältnismäßig mit der Verbindlichkeit des Hauptschuldners aufhöre. Von Ausnahmen ist, abgesehen von der im § 1354 dem Bürgen aberkannten Einrede aus dem *beneficium competentiae*, nicht die Rede. Im Gegenheile aber wird man aus dem Gesetze manches herauslesen können, was gegen die Gegenmeinung spricht. Ein Argument dafür, daß der Gläubiger eine theilweise Entlassung des Hauptschuldners aus der Haftung zum Schaden des Bürgen nicht vornehmen könne, ließe sich beispielsweise schon aus § 1360 gewinnen. Wenn der Gläubiger sich zum Nachtheil des Bürgen des Pfandes, also eines bloß *accessoriischen Sicherungsmittels*, nicht begeben darf (wodurch an der Haftung des Hauptschuldners selbst nichts geändert wird), so wird man wohl auch annehmen dürfen, daß er den Hauptschuldner nicht überhaupt, wenn auch nur betreffs eines Theiles der Forderung, auf Kosten des Bürgen aus der Haftung werde entlassen können. Erwähnenswerth ist ferner auch § 1364, S. 2, welcher bestimmt, daß der Gläubiger dem Bürgen gegenüber insoweit verantwortlich ist, als dieser wegen Saumfertigkeit in der Eintreibung der Schuld zu Schaden kommt. Der Gläubiger hat also schon die Folgen bloßer Rücksicht und Langmuth in der Eintreibung der Schuld zu tragen.<sup>46)</sup> Um wie viel mehr wird dies offenbar in Ansehung eines Schulerlasses gesagt werden müssen. Und wenn man schon die gemeinrechtliche Lehre von den *exceptiones personae* cohaerentes heranziehen zu müssen glaubt, so ziehe man sie wenigstens in ihrer Gänze heran. Man wird dann doch wieder zu unserem Resultate gelangen. Das gemeine Recht schloß nämlich selbst in den Ausnahmefällen, wo es den Bürgen haften ließ, während der Hauptschuldner wegen einer ihm zustehenden *exc. p. c.* nicht in Anspruch genommen werden konnte, richtiger Ansicht nach die Haftung des Bürgen doch

<sup>44)</sup> So schon Gaius, Inst. III. 126.

<sup>45)</sup> Auf Ausnahmen hinsichtlich der Bürgschaft weist insbesonders Girtanner, Die Bürgschaft des gem. Rechtes S. 83 ff. hin.

<sup>46)</sup> § 1245 des Ung. Entw. bestimmt sogar, daß der Bürger frei wird, wenn die Forderung durch Verschulden des Gläubigers dem Hauptschuldner gegenüber uneinbringlich wird.

dann aus, wenn derselbe einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner hatte. Denn in solchem Falle hätte die Thatache, daß der Hauptschuldner dem Gläubiger nicht mehr haftet, keine reelle Bedeutung gehabt, da er doch dem Negreß nehmenden Bürgen hätte leisten müssen.<sup>47)</sup> Da nun aber der Bürge nach österr. Rechte gemäß § 1358 a. b. G. B. in die Rechte des Gläubigers i p s o i u r e eintritt, da ihm also kraft Gesetzes ohneweiters ein Rückgriffsrecht zusteht, so ergäbe sich daraus in Anwendung der gemeinrechtlichen Doktrin, daß die Haftung des Bürgen doch wieder ausgeschlossen sein müßte, dafern nicht — was nicht leicht vorkommen wird — ausdrücklich vereinbart wäre, daß dem Bürgen kein Negreßrecht gegenüber dem Hauptschuldner zustehen solle.

Was den oben herangezogenen Einwand anlangt, daß der im Vergleiche stehende Schulderlaß als Vertrag Uebereinstimmung der Willenserklärungen zwischen Gläubiger und Bürgen erfordere und daß im vorliegenden Falle keiner von beiden eine solche Erklärung abgegeben habe, so ist danider einfach zu sagen, daß hier keineswegs behauptet wird, der Bürge schließe mit dem Gläubiger einen Vergleich oder Erlaßvertrag ab. Behauptet wird vielmehr nur, daß der zwischen Hauptschuldner und Gläubiger abgeschlossene Vergleich beziehungsweise Erlaßvertrag seine Wirkungen auch in Ansehung des Bürgen äußere. Und dem steht die Vertragsnatur des Vergleiches oder Erlaßvertrages nicht entgegen. Wird sich doch der Bürge auf die durch den Hauptschuldner bewirkte theilweise Zahlung gewiß auch nach der herrschenden Ansicht mit Erfolg berufen können, obwohl doch auch das Zahlungsgeschäft einen Vertrag darstellt.

Mehr Bedenken scheint dagegen der Hinweis auf § 13 C. P. O. verursachen zu können. Doch wird man auch dieses Bedenken los, wenn man genauer untersucht, worum es sich bei dieser Bestimmung eigentlich handelt. „Handlungen oder Unterlassungen“ des einen Streitgenossen sollen dem anderen weder zum Vortheil noch zum Nachtheil gereichen. Welche Handlungen und Unterlassungen das Gesetz damit meint, ist, wenn man darüber überhaupt noch einen Zweifel hegen sollte, aus § 14, S. 2, C. P. O. ersichtlich, wo in Gegenüberstellung zu den facultativen Streitgenossen des § 13 C. P. O. in Ansehung der eine einheitliche Streitpartei bildenden nothwendigen Streitgenossen bestimmt wird, daß sich die Wirkung der „Proceßhandlungen“ der thätigen Streitgenossen im Falle einer Säumnis der übrigen auch auf letztere erstrecke. Proceßhandlungen sind es also auch, die dem facultativen Streitgenossen nicht zum Vortheile gereichen sollen.<sup>48)</sup>

<sup>47)</sup> Bergl. hiezu besonders Windisch-Kipp, Band., II. Bd. S. 1014, 1015.

<sup>48)</sup> Dies geht insbesonders auch aus den erläuternden Bemerkungen zur Neg. Vorl. §§ 11 bis 15 (s. Materialien, I. Bd., S. 201) hervor, wo nur von einer „unabhängigen processualen Stellung“, von „processualer Selbständigkeit der Streitgenossen“ u. s. w. ge-

Man könnte nun allerdings vielleicht wieder sagen, daß der gerichtliche Vergleich ja eine Prozeßhandlung sei, werde er doch durch die C. P. D. in den §§ 204 bis 206 geregelt. Dem ist jedoch unseres Erachtens nicht so.<sup>49)</sup> Der Vergleich ist nicht reine Prozeßhandlung, sondern ein aus dem materiellen Rechte herübergenommenes Prozeßbeendigungs- (Prozeßentscheidungs-) Surrogat.<sup>50)</sup> Insoferne also für die formelle Durchführung des Vergleichsabschlusses vor Gericht eine besondere Regelung erforderlich ist, wird dieselbe von der C. P. D. getroffen. In materiellrechtlicher Hinsicht wird jedoch an dem Wesen und den Wirkungen des Vergleiches (abgesehen von der auf die Autorität der intervenierenden Behörde zurückzuführenden Vollstreckbarkeit) nichts geändert. Die C. P. D. — sie will doch nur den Rechtsgang ordnen, Richtsteig sein, nicht materielles Recht schaffen — regelt daher nur die den gerichtlichen Vergleich auszeichnenden besonderen Formen. In Ansehung der materiellrechtlichen Wirkungen untersteht der Vergleich unbekümmert um den Ort und die besondere Art und Weise des Abschlusses ausschließlich den Vorsprochenen wird.

Auch nach Struikmann-Roch, Commentar zur deutschen C. P. D., Erl. 1 zu § 61, bleibt diejenige juristische Verbindung unter den Streitgenossen unberührt, welche bereits durch das unter ihnen bestehende materielle Rechtsverhältnis hervorgebracht ist. Soweit in derartigen Fällen nach hörgerlichem Rechte Handlungen des einen Streitgenossen das materielle Recht des anderen beeinflussen, sei dies bei der Frage der materiellen Begründung der Ansprüche zu beachten. Prozeßualisch bleiben die Streitgenossen selbstständig. Vergl. aber noch unten Anm. 51.

<sup>49)</sup> Auch Schauer, C. P. D. Erl. zu § 13, führt den Vergleich als Beispiel einer den übrigen Streitgenossen nicht zum Vortheile gereichenden Handlung nicht an. Er dürfte wohl auch der Ansicht sein, daß eine Regelung der Wirkungen des Vergleiches auf die Streitgenossen im Wege der Bestimmung des § 13 C. P. D. vom Gesetz nicht beabsichtigt worden sein konnte. Vgl. aber Skedl, Das öst. C. Pr. R. I. S. 200.

<sup>50)</sup> Endemann, Lehrb. d. d. bür. Rechtes, I. Bd., 4. Th. S. 1202: „Der gerichtliche Vergleich enthält einen materiellrechtlichen, unter den Voraussetzungen des b. G. B. stehenden Vertragsabschluß und stellt sich zugleich als ein den Rechtsstreit erledigendes prozeßuale Rechtsgeschäft dar.“ Daz der Prozeßvergleich, abgesehen von der ihm eigenen Vollstreckbarkeit, durchwegs identisch sei mit dem Vergleich des Civilrechtes, ist herrschende Ansicht, welche insbesondere auch von den Motiven zur deutschen C. P. D. (S. 418), von den Commentatoren dazu, vom Reichsgericht (Entsch. 20. Bd. S. 415 ff., 37. Bd. S. 416 ff., 19. Bd. S. 362), vom sächsischen Oberlandesgericht u. s. w. vertreten wird. Die gegenheilige Meinung, daß der prozeßrechtliche Vergleich „eine Prozeßhandlung sei, die mit dem Vergleichsvertrage des bürgerlichen Rechtes nichts als einen gemeinen habe und die „sich von ihm sowohl seinem Inhalte wie seinen Wirkungen nach“ unterscheide, daß er „prozeßrechtlicher Natur sei und seine Gültigkeit lediglich nach prozeßrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen“ sei, hat neuestens Paul in einer sehr anziehenden und eingehenden Monographie „Der Vergleich im Civilprozeßrecht“ im Sächs. Archiv f. bür. Recht und Prozeß Ergänz.-Bd. 1902, S. 1 bis 96, vertreten. De lege lata dürfte diesem Resultate wohl nicht zuzustimmen sein, betrifft des deutschen Rechtes schon mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte

schriften des bürgerlichen Rechtes.<sup>51)</sup> § 13 C. P. D. spricht daher weder für noch gegen eine der beiden in Neben stehenden Ansichten.

Was endlich das aus § 224 C. D. gezogene Gegenargument betrifft, so würde diese Bestimmung unseres Erachtens die hier vertretene Meinung eher unterstützen als ihr schädlich sein. Denn als lex specialis ist sie nur geeignet, die allgemeine Regel von der Einflussnahme des Vergleiches auf die Bürgschaft zu bestätigen, dies umso mehr, als im Begriffe des Zwangsausgleiches solche Momente liegen, die eine Ausdehnung auf den Bürgen allerdings als für den Gläubiger unbillig und unbegründet erscheinen ließen, und als somit hier thatsfächlich besondere Gründe zu einer besonderen Regelung gegeben sind.

Mit Rücksicht auf diese Ausführungen wird man unseres Erachtens zu dem Ergebnisse gelangen müssen, daß der Bürge selbst in dem Falle, daß der Gläubiger den ursprünglichen Klageantrag in der alten Höhe aufrecht erhält, nur zur Zahlung des restringirten Betrages von 350 K zu verurtheilen sei<sup>52)</sup>.

des § 779 d. b. G. B. Auch darf de lege lata wohl nicht übersehen werden, daß es, wenn die Vorschriften des Civilrechtes über die Wirkungen des Vergleiches nicht Anwendung finden dürfen, in mancher Beziehung an einer Regelung dieser Wirkungen mangeln würde. Thatsache ist es jedoch, daß die Praxis in manchen Fällen gerichtliche Vergleiche zuläßt, deren Inhalt sich mit dem Wesen der civilrechtlichen transactio nicht vereinen läßt. Man denke an die Fälle, wo der Kläger die Klage zurückzieht und in einem mit dem Beklagten geschlossenen Vergleich die Proceßkosten auf sich nimmt, oder wo der Beklagte den Anspruch in seiner Gänze anerkennt, nichtsdestoweniger mit dem Kläger einen Vergleich auf die Klageumme und die Proceßkosten schließt, allenfalls unter Erlangung einer Stundung oder der Bewilligung der Zahlung in Raten. (Vergl. Paul, a. a. D. S. 70 ff., die dort Citirten und Pollak, System d. ö. C. Pr. R. I. S. 396 u. 399).

<sup>51)</sup> Der dem § 13 unserer C. P. D. entsprechende § 61 der d. C. P. D. stellt den Satz von der Selbständigkeit der Streitgenossen mit der ausdrücklichen Einschränkung auf, daß dieselbe nur durchzugreifen habe, „soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes oder dieses Gesetzes sich ein anderes ergibt“. Dieser Zusatz wäre vielleicht auch dem besseren Verständnisse des § 13 unserer C. P. D. dienlich gewesen. Doch kann man auch bei der gegebenen Textirung an dem richtigen Sinne der Bestimmung nur bei oberflächlicher und rein äußerlicher Auslegung zweifeln.

<sup>52)</sup> Schon weiter oben (s. Anm. 29) haben wir darzulegen versucht, daß der Vergleich die Hauptobligation nicht novire und daher auch nicht ein Erlöschen der die Hauptobligation befestigenden Accessorien zur Folge habe. Hier gelangen wir zu dem weiteren Resultate, daß der Vergleich nicht nur nicht erlöschend auf die Accessorien einwirkt, sondern daß er dieselben sogar in positiver Weise zu beeinflussen vermag. Wo nichts Anderes vereinbart ist, werden neben den Bestimmungen des Vergleiches die in diesem nicht besonders geregelten und somit mit dem Inhalte des Vergleiches nicht in Widerspruch stehenden Festsetzungen des Urvertrages auch fernerhin maßgebend sein (§ 1390, S. 2). Ebenso bleiben aber auch die Accessorien in dem Maße und in Ansehung desjenigen Theiles, der durch den Vergleich aufrecht erhalten wird, bestehen. Alle vom ursprünglichen Vertrage abweichenden Bestimmungen des Vergleiches gelten aber in Ansehung des Bürgen nur insofern, als sie nicht schwerer sind als die ursprünglichen

2. Wie steht es aber bei solcher Sachlage mit der Paritionsfrist? Der Gläubiger beantragt Zahlung binnen vierzehn Tagen bei Execution, der Hauptschuldner schuldet zufolge des Vergleiches in monatlichen Raten von 20 K. Wie ist zu entscheiden?<sup>53)</sup> Unseres Erachtens dahin, daß dem Klagebegehrten auf Zahlung binnen vierzehn Tagen bei Execution nicht stattgegeben, sondern der Bürge nur zur Leistung in der dem Hauptschuldner bewilligten Weise ver-

Vertragsbestimmungen (§ 1353, §. 1). (Vergl. hiezu für das französische Recht Art. 2039, 2051, Sirey-Gilbert, *Les codes annotés 1892—1895*, Erl. zu Art. 2051: *La transaction faite avec le debiteur profit à la caution, mais elle ne peut lui être opposée.*) Praktisch gelangen die meisten Schriftsteller zum selben Resultat für den Fall, daß der Gläubiger entweder die Vergleichsbegünstigungen ausdrücklich auch dem Bürgen zuzuwenden erklärt oder daß dies mangels einer besonderen Vereinbarung stillschweigend anzunehmen ist. Unter der Annahme aber, daß der Gläubiger den Bürgen ausdrücklich von den Benefizien des Vergleiches ausschließt, welcher Fall in W. nirgends behandelt wird, muß die herrschende Lehre, welche das gen. Recht mit seinen exceptiones pers. coh. zu Hilfe ruft, zu dem (gegentheiligen) Ergebnisse gelangen, daß der Bürge aus diesen ausdrücklich nur dem Hauptschuldner ad personam gewährten Begünstigungen eine Einrede gegenüber dem Gläubiger nicht ableiten könne. Vergl. hiezu *Hasenöhrl a. a. D.* II. Bd., §. 321 ff., *Dernburg*, II. Bd., § 109, *Förster-Eccius*, *Breuß. Pr.-R.* II. Bd., §. 431, *Charriä-Crome*, *Handbuch des franz. Civ.-R.*, II. Bd. §. 736.

<sup>53)</sup> Das Preuß. L. R. I. 16, § 441, bestimmte ausdrücklich, daß, wenn die Zeit zur Erfüllung des Vertrages auf das Ansuchen eines Verpflichteten verlängert werde, dies auch allen anderen Mitverpflichteten zustatten komme (dies gilt aber nicht auch in Ansehung der „Nachsicht“, vergl. § 442 cit. Ges.). Für das französische Recht sind Art. 2039 und 1165 einschlägig. Der Bürge wird nicht liberirt, es gilt für ihn aber auch nicht die verlängerte Zahlungsfrist, sondern die ursprüngliche, und er kann selbst den Schuldner vor Ablauf der Vergleichsfrist auf Decharge klagen. Der ganze Vergleich geht also den Bürgen nichts an, insoferne darin die Zahlungsfrist verlängert wurde. (Vergl. *Brauer*, Erl. über den *Code Nap.*, VI. Bd., Nr. 235, *Marcadé-Mourlon*, *Franz. Civ.-R.* III. Bd., §. 23, *Charriä-Crome*, *Handb. d. franz. Civ.-R.* II. Bd., §. 736, *Guillouard*, *Traité du cautionnement* (1894) §. 252, *Sirey-Gilbert*, *Les codes annotés 1892—1895*, Erl. zu Art. 2039.) In den übrigen Gesetzbüchern mangelt es an ausdrücklichen diesbezüglichen Bestimmungen. Für das deutsche Recht ist § 767, Abs. 1, § 1 und 3 D. b. G. B. maßgebend, wonach für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Stand der Hauptschuld entscheidend ist, beziehungsweise wonach die Verpflichtung des Bürgen durch nachträgliche Rechtsgeschäfte des Hauptschuldners nicht erweitert, per argumentum a contrario also wohl erleichtert werden kann. Auf Grund des Schweiz. Obl.-R. wird man sich mit Art. 500, Abs. 1, helfen müssen, wonach der Bürge vor dem für die Bezahlung (der Hauptschuld) festgesetzten Termine" nicht" belangt werden kann. Nach § 1245, Abs. 2, Üng. Entw. soll die dem Hauptschuldner gewährte Stundung dem Gläubiger nur in dem Falle als Verhülden angerechnet werden (und daher nach Abs. 1 des selben Paragraphen *Freiung* des Bürgen herbeiführen) können, wenn der materielle Ruin des Hauptschuldners vorauszusehen war, oder wenn der Bürge sich vorweg gegen die Gewährung der Stundung verwarht hat. (So auch nach § 1466 Sächs. b. G. B.) Das Eingreifen dieser Bestimmung setzt also schuld-

urtheilt werden könne<sup>54)</sup>), wobei allerdings die im Sinne des Vergleiches zur Zeit der Rechtskraft des Urtheiles bereits fällig gewordenen Staten mit Rücksicht auf § 409, Abs. 1, S. 2, C. P. D. als binnen vierzehn Tagen zahlbar zu bezeichnen wären.

Die einzige gesetzliche Bestimmung, welche allenfalls herangezogen werden könnte, ist wieder jene des § 1390, wonach „Bürgen und Pfänder, welche zur Sicherheit des ganzen noch streitigen Rechtes gegeben worden sind, auch für den Theil haften, der durch den Vergleich bestimmt worden ist“. Hier ist allerdings augenscheinlich nur von einer quantitativen Einschränkung der Hauptschuld die Rede. Bei etwas freierer extensiver Auslegung des Paragraphen wird man aber mangels einer anderweitigen Bestimmung schon hierin eine Unterstützung unserer Ansicht immerhin erblicken können.

Weiters dürfte auch in Ansehung dieser Frage kaum zu bezweifeln sein, daß sich der Bürge als solcher schon ursprünglich in der Weise nicht hätte verpflichten können, daß seine Schuld in der Frist von vierzehn Tagen, jene des Hauptschuldners aber in monatlichen Theilzahlungen zur Zahlung fällig hätte werden sollen<sup>55)</sup>.

hafte Fristgewährung voraus. Wir haben diese Möglichkeit ganz aus dem Spiele gelassen. Es ist aber klar und schon oben (Anm. 30) im Vorübergehen gesagt worden, daß schuldhafte Stundung auch nach österreichischem Rechte andere Folgen nach sich zieht als schuldböse, von welch letzterer hier allein gehandelt wird. Freilich aber wird auch im Falle der culposen Fristgewährung der Bürge nach österreichischem Rechte nicht liberirt; allein es führt der dem Bürgen nach § 1364, S. 2, zustehende Schadenersatzanspruch doch zu praktisch im Wesentlichen gleichem Ergebnisse.

<sup>54)</sup> Auch H a s e n ö h r l, II. Bd., S. 276, ist der Ansicht, daß jede zwischen Gläubiger und Hauptschuldner vereinbarte Erleichterung der Schuld, so insbesondere die Erstreckung der Zahlungsfrist, ihre Wirkung auch zu Gunsten des Bürgen äußere. Freilich läßt sich daraus nicht schlechthin schließen, daß der Autor diese Ansicht auch für den Fall vertreten würde, daß der Gläubiger hinsichtlich der Wirkung auf den Bürgen ausdrücklich den gegentheiligen Willen manifestirt. (Vgl. oben N. 52.) Stubenrauch, in dessen neuester Auflage (s. Erl. 1 zu § 1354) dem Bürgen die Einrede der Stundung abgesprochen wird, da dieselbe eine exceptio personae cohaerens sei, macht in Erl. 2 zu § 1390 des allerdings etwas anders gearteten Falles Erwähnung, daß für die Rückzahlung einer unverzinslichen Schuld nachträglich eine längere Zahlungsfrist, jedoch gegen Verzinsung gewährt wird. Für diesen Fall wird behauptet, daß die Haftung des Bürgen in ihrem ursprünglichen Umfange aufrecht bleibe und somit nicht auf die Zinsen Ausdehnung finden dürfe. Darüber spricht sich jedoch Stubenrauch nicht aus, ob dem Bürgen anderseits die längere Zahlungsfrist doch zu Gute komme. Unseres Erachtens wird dem Bürgen in diesem Falle die nachträglich vereinbarte Verzinsung vielleicht doch aufgebürdet werden können, wenn er den Vortheil der längeren Zahlungsfrist in Anspruch nehmen will; doch ist die Entscheidung dieses Falles allerdings zweifelhaft. Abgesehen von diesen und ähnlich gearbeiteten Fällen hat aber die Erweiterung der Hauptobligation auf den Bürgen jedenfalls keinen Einfluß.

<sup>55)</sup> Es scheint von der Doctrin ziemlich allgemein anerkannt zu sein, daß, wenn sich der Bürge unter härteren Modalitäten verpflichtet, das Geschäft zwar nicht ungültig, aber doch insoferne nicht mehr Bürgschaft ist. (So beispielsweise K r a i n z = P f a f f = G r e n z w e i g, II. Bd.)

Dies folgt nicht nur aus dem Charakter und dem Zwecke der Bürgschaft als einer subsidiären Verbindlichkeit (vgl. wieder §§ 1344 und 1346), sondern es wäre eine derartige Verpflichtung auch mit anderweitigen gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere mit § 1355 geradezu unvereinbar. Der letzteren Gesetzesstelle zufolge muß der Hauptschuldner eingemahnt sein, damit der Bürge belangt werden könne. Der Hauptschuldner könnte aber doch offenbar nur jeweils zur Zahlung der Raten, keinesfalls aber bereits am Ausgange der vierzehntägigen Frist zur Zahlung der Gesamtschuld wirksam gemahnt werden. Daraus folgt, daß der Gläubiger einen derartigen Anspruch gegen den Bürgen gar nicht durchsetzen könnte<sup>56)</sup>. zieht man nun aber in Erwägung, daß aus dem erwähnten Grunde eine Bürgenverbindlichkeit in der angegebenen Weise von allem Anfang an nicht begründet werden kann, so wird der weitere Schluß nicht als zu gewagt erscheinen, daß auch eine nachträgliche, dieselbe Wirkung hervorrufende Veränderung der Hauptobligation nicht in der Weise vorgenommen werden können, daß sie nur in Ansehung des Hauptschuldners gelten und daher den Bürgen zu anderen, schwereren Zahlungsmodalitäten verpflichten würde, als für den Hauptschuldner gelten.

Mangels einer klaren einschlägigen Bestimmung wird es aber auch hier nicht ohne Werth sein, einen Blick auf das römische

S. 36, Ann. 14. Ebenso auch Arndts, Pandekten § 353, Bangeroow, Pandekten II. Bd., § 578. Vgl. auch Förster-Eccius a. a. D. § 353. Nach Windisch-eid-Kipp, S. 1020, Ann. 23, ist nicht Bürge, wer erklärt, er verfüge sich für eine in einem Jahre fällige Schuld in der Weise, daß er sie in einem Monate zahlen soll, sondern er übernimmt einfach die Leistung einer fremden Schuld. Einen ziemlich einsamen außerordentlich freien Standpunkt nimmt diesbezüglich scheinbar Dernburg, II. Bd., § 78, ein, nach welchem dem Bürgen auch härtere Bedingungen als dem Hauptschuldner auferlegt werden können. Freilich ist nicht ganz klar, ob dies in Ansehung des Bürgen als solchen, oder überhaupt ohne Rücksicht auf seine Bürgengesellschaft behauptet wird. Letzteres ist für die meisten Fälle selbstverständlich richtig, da sich die ehemals vertretene Ansicht, daß die Bürgschaft bei Übernahme erweiterter Verbindlichkeiten null und nichtig werde, nur aus dem strengen, starren Stricti-iuris-Charakter der fideiussio erklären und begründen ließ. Sollte jedoch gemeint sein, daß der Bürge die schwereren Bedingungen als Bürge auf sich nehmen könne, so wird man unseres Erachtens wohl zum mindesten genau zusehen müssen, um welche Erschwerungen es sich handelt. So allgemein, wie der Satz hingestellt ist, dürfte er dann wohl zu weit gehen.

<sup>56)</sup> Im gemeinen Rechte stünde der Geltendmachung des Rechtes des Gläubigers das *beneficium excussionis* entgegen, da der Gläubiger den Hauptschuldner vorausklagen und aussequiriren muß, um den Bürgen wirksam und, ohne eine Einrede befürchten zu müssen, belangen zu können. Denn der Hauptschuldner kann vor Fälligkeit *seine* Verbindlichkeit mit Erfolg nicht belangt werden. Das Gleiche gilt auch auf Grund der meisten anderen Gesetzbücher, so auf Grund des Art. 2022 Code civil, ferner nach I. 14, § 283 Preuß. L.-R., § 1461 Sächs. B. G. B., § 771 D. b. G. B., Art. 493 Schweiz. Obl. R., § 1237 Ung. Entw.

Recht<sup>57)</sup> zu werfen, aus welchem sich unseres Erachtens gleichfalls ein brauchbares, allgemein maßgebendes Argument für unsere Ansicht gewinnen lässt. Wir meinen die hier einschlägige Stelle des § 5, Inst. 3, 20: *Fideiussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is pro quo obligantur: nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis nec plus in accessione esse potest quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fideiussor in quinque recte obligatur: contra vero non potest obligari. Non solum autem in quantitate sed etiam in tempore minus aut plus intellegitur.* Der letzte Satz scheint uns von entscheidender Bedeutung zu sein. Er bahnt die ökonomische Erwägung an, warum das plus und minus quantitate dem minus und plus tempore gleichgestellt ist. Scheinbar zahlt der Bürge zwar nicht mehr, wenn er die ursprüngliche Klagesumme früher zahlen muss als der Hauptschuldner. Thatsächlich repräsentiert aber der effective Wert<sup>h</sup> seiner Leistung doch ein plus, da ihm die Zinsen des Capitales für die Zeit, innerhalb welcher dem Hauptschuldner creditirt ist, entgehen. Da nun nach den einleitenden Worten der citirten Quellenstelle ebenso wie auch zweifellos nach österr. Rechte das Mehrversprechen des Bürgen als solchen in Ansehung des plus nicht wirksam sein kann, so wäre der gleiche Schluss auch hinsichtlich der kürzeren Zahlungsfrist zu ziehen und schließlich auch noch weiter zu folgern, daß auch eine nachträgliche Aenderung, welche dahin geht, daß nun der Bürge früher leisten muss als der Hauptschuldner, nicht möglich sei. Es sind, da wir es bei verkürzter Zahlungsfrist mit einer Plusleistung zu thun haben, auch alle Argumente hier heranzuziehen, die wir (unter B II 1) für die Ansicht vorgebracht haben, daß ein nachträgliches Rechtsgeschäft des Hauptschuldners nicht eine Divergenz zwischen den beiden Verpflichtungen herbeizuführen im Stande sei, der zufolge der Bürge schwerer belastet wäre als der Hauptschuldner.

In Ansehung der Verzugszinsen und Prozeßkosten hat auch hier das unter B I Gesagte zu gelten.

<sup>57)</sup> Eingehend befaßt sich mit dieser Frage für das römische Recht Vinnius an dem Ann. 30 a. D. Wie wir schon a. a. D. gesehen haben, läßt er die Bürgenverbindlichkeit infolge der dem Hauptschuldner gewährten Fristerstreckung nicht erlöschen. In positiver Hinsicht aber geht seine Ansicht dahin: *Quod si (scil. fideiussor) nec solvere ipse velit, nec petere adhuc possit, ut a fideiussionis periculo eximatur, boni consulere debet, quod dilationis reo concessae beneficium sibi commune futurum sit, ut tardius ad solutionem urgeatur: nam dilatio reo data, danda est etiam fideiussori, qui proinde et ipse tanto plus habitus sit intermedii temporis et spatii ad solvendum.* Ähnlich, aber mit Einschränkungen auch Brauer Erl. über den Cod. Nap., VI. Bd., S. 235.

Fassen wir die unter B gegebenen Erörterungen kurz zusammen, so ergibt sich unter der Voraussetzung, daß der Kläger die erfolgte Mahnung des Hauptschuldners rechtzeitig behauptet, der Schluß, daß der zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner abgeschlossene Vergleich, gleichgültig ob der Gläubiger seinen Klageantrag betreffs des Bürgen dem Vergleichsinhalte entsprechend modifizirt (Ausführungen unter B I) oder ob er in Ansehung des Bürgen ausdrücklich auf dem ursprünglichen Klageantrag besteht (Ausführungen unter B II), auf die Bürgschaft insoferne Einfluß übt, als der Richter den Bürgen in beiden Fällen nur in die Zahlung nachstehender Leistungen zu verfallen hat: in die Zahlung des reftiringirten Klagebetrages von 350 K sammt Verzugszinsen von dem Tage an, an welchem der Bürg in Verzug gerathen ist, und sammt den vom Bürgen verursachten Proceßkosten, insofern dieselben nicht schon durch die im Vergleiche mit dem Hauptschuldner bestimmten und vom Hauptschuldner zu tragenden Kosten gedeckt sind. Für die im Sinne des Vergleiches bis zur Rechtskraft des Urtheiles bereits fällig gewordenen Raten und die Proceßkosten ist eine vierzehntägige Leistungsfrist festzusetzen, während die in der Zukunft fällig werdenden Raten der übrigen Schuld als monatlich im vorhinein bei Terminverlust und Execution zahlbar zu bezeichnen sind.



Soeben im Verlage der Buchhandlung **M. Breitenstein**, Wien,  
IX./3 Währingerstraße 5, erschienen und daselbst wie durch jede andere Buch-  
handlung zu beziehen:

# Die Rechtsprechung

des Verwaltungsgerechtshofes

auf dem Gebiete des Gesetzes vom 25. October 1896, R. G. Bl. Nr. 220  
betrifftend

## die directen Personalsteuern

seit Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes, das ist seit dem  
Jahre 1898 bis einschließlich 1901.

III. Theil des Commentars zum Gesetze vom 25. October 1896, R. G. Bl.  
Nr. 220, betreffend die directen Personalsteuern, von **Eduard Bugno** und  
**Dr. Emil Widmer**.

Herausgegeben von **Eduard Bugno**, Ministerial-Vicesecretär im  
f. f. Finanzministerium.

Preis 5 Kronen.

Wie schon aus dem Titel zu ersehen, ist dieses Werk für alle Kreise,  
welche sich mit dem neuen Steuergesetze zu befassen haben, also f. f. Steuer-  
behörden und Commissionen, Advocaten, Notare, Banken und andere Finanz-  
institute, Sparcassen, Eisenbahnen, Gemeinden, Genossenschaften &c., geradezu  
unentbehrlich.

## Commentar

zum Gesetze vom 25. October 1896, R. G. Bl. Nr. 220, betreffend die

## directen Personalsteuern.

Sammt einem Anhange, enthaltend die einschlägigen Gesetze, Verordnungen  
und Formularien.

Von **Eduard Bugno** und **Emil Widmer**.

I. und II. Theil à 5 Kronen.

Das erstgenannte Buch bildet, wie schon aus dem Titel ersichtlich, den  
III. Theil der hier angeführten zwei Theile.

Um den Bezug des ganzen Werkes, welches für alle, die sich  
mit dem neuen Steuergesetze zu befassen haben, ein unentbehrliches Hilfsbuch  
bildet, zu erleichtern, gewähren wir beim Bezug aller **drei Theile** eine  
besondere **Ermäßigung**, indem wir anstatt 15 K nur **10 K** für alle drei  
Theile zusammen berechnen.

## Der neue Civilprozeß.

Jurisdictionsnorm und Civilprozeßordnung  
— sammt Einführungsgesetzen. —

Für den praktischen Gebrauch erläutert von

**k. k. Universitäts-Professor Dr. Ernst Demelius.**

Complett Preis fl. 6.40 = K 12.80, eleg. Lwdbd. fl. 7.— = K 14.—  
eleg. Höfzbd. fl. 7.60 = K 15.20.

Dieses Buch ist der **erste** ergetische Commentar zu der neuen Civil-  
prozeßordnung, welcher, aus der Feder eines hervorragenden Theoretikers  
stammend, nicht allein für die Praxis, sondern auch für das Studium  
höchst wertvoll, geradezu unentbehrlich ist.

Insbesondere für die **Advocatenprüfung**, **Rigorosen** und  
**Staatsprüfungen**, wird daselbe infolge seiner knappen und doch er-  
schöpfenden Fassung ganz unüberschätzliche Dienste leisten. In dieser Richtung  
füllt Demelius' Werk eine bisher von den Candidaten schwer empfundene  
Lücke aus.

Im Verlage der Buchhandlung **M. Breitenstein**, Wien, IX./3 Währingerstraße 5,  
find ferner erschienen und daselbst sowie durch jede andre Buchhandlung zu beziehen:

Das

## Bagatellverfahren nach der neuen Civilproceßordnung.

Ein Handbuch für die Praxis

von **Dr. Emil Blumenfeld**, Advocat in Jaroslaw. Preis 1 K 50 h.

Ein für die Praxis werthvolles, fast unentbehrliches Handbuch.

## Der Effectenumsatz und die Börsengeschäfte

sowie deren Besteuerung nach dem Gesetz vom 9. März 1897  
mit besonderer Berücksichtigung der bezüglichen deutschen Gesetzgebung und Rechtsprechung  
systematisch dargestellt von **Dr. Albert Weishut**, Hof- u. Gerichtsadvocat in Wien.  
Zweite, umgearbeitete und vermehrte Auflage. Preis 8 K.

## Das Gewerbege richt.

Gesetz vom 27. November 1896, R. G. Bl. Nr. 218,

in historisch-dogmatischer und exegetischer Darstellung, sowie in Vergleichung mit dem  
deutschen Gewerbege richtsgesetze. Mit einem Anhange enthaltend die einschlägigen  
Gesetze und Verordnungen.

Bearbeitet von **Dr. Alfred Bloch**, k. k. Landesgerichtsrath. Preis 2 K 40 h.

Über den Gesetzentwurf betreffend ergänzende Vor-  
schriften über den Dienstvertrag für Krankenpflege, Er-  
ziehung und andere höhere häusliche und persönliche  
Dienstleistungen.

Von **J. u. Dr. Otto Reichmann**, Advocat in Brünn. Preis 1 K 20 h.

## Die Feststellungsklage nach der neuen Civilproceßordnung.

Eine kritische Studie von **Dr. Moriz Sternberg**. Preis 1 K.

## Die Sequestration nach österreich. Rechte.

Von **Dr. Ferdinand Reinhold**. Preis 1 K 80 h = 1 Mark 50 Pfennig.

## Acten u. Gutachten im Prozesse Nohring-Bloch.

Dieses Werk ist eine Fundgrube für alle auf das Gebiet des Talmuds bezughabenden  
Rechtsfragen. Preis 6 K = 5 Mark.

## Glossatorium zur Strafproceß-Ordnung

vom 23. Mai 1873 nebst darauf bezughabenden Gesetzen und Verordnungen von  
**Dr. Ernst Weisl**, Hof- und Gerichtsadvocat in Wien. Preis 2 K 40 h.

## Über das Namenswesen nach österr. Rechte.

Von **Karl Stern**. Preis 80 h = 75 Pfennig.

## Privatrecht und Prostitution.

Eine sozial-juristische Studie von **JUDR. Franz Wenzel Krassel**. Preis 80 h = 75 Pf.

## Das einstweilige Bauverbot.

Eine Studie aus dem Grenzgebiet des Privat- und Proceßrechtes von **Dr. Heinrich Inster**, Concipient der k. k. niederösterreichischen Finanzprocuratur. 1 K 20 h.

Im Verlage der Buchhandlung **M. Breitenstein**, Wien, IX./3 Währingerstraße 5,  
sind ferner erschienen und daselbst sowie durch jede andere Buchhandlung zu beziehen:

## **Einfluß der Goldwährung**

auf das

### **Einkommen der Bevölkerungsklassen und des Staates.**

Eine socialpolitische Studie von **Dr. M. Ettinger**. Preis 3 K 60 h = 3 M.

## **Die Staatsromane.**

Ein Beitrag zur Lehre vom Communismus und Socialismus.

Von **Dr. Friedrich Kleinwächter**

Regierungsrath und Professor der Staatswissenschaften an der Universität Czernowitz.

Preis 3 K 60 h = 3 Mark.

## **Quittungskosten und Quittungspflicht.**

Eine vergleichende Studie nach österreichischem Recht

unter Rücksichtnahme auf das preußische, französische, bairische, bayerische und sächsische  
Gesetz, sowie auf den Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches und auf die  
Judicatur. Von **JUDr. Ferdinand Reinhold**.

Preis 1 K 44 h = 1 Mark 20 Pfennig.

## **Einige principielle Bedenken**

gegen den neuen Strafgesetzentwurf für Österreich.

Von **Dr. Max Breitenstein**. Preis 1 K.

Diese Abhandlung, welche fast die einzige ist, die gegen den neuen Straf-  
gesetzentwurf s. B. principiell Stellung nahm, hat großes Aufsehen erregt  
und allgemeines Interesse gefunden.

## **Über den Gesetz-Entwurf**

betreffend

ergänzende Vorschriften über den Dienstvertrag  
für Krankenpflege, Unterricht, Erziehung und  
andere höhere und häusliche oder persönliche  
Dienstleistungen.

Ein Beitrag zur Reform des Dienstvertrages nach allgemeinem  
Civilrechte.

Von **J. U. Dr. Otto Reichmann**, mähr.-schles. Landesadvocaten in Brünn.

Preis 60 kr. = 1 K 20 h.