

I 70879

Fälligkeit, Klagbarkeit und Verzug bei der Bürgenschuld

von

Dr. Gregor Kref

k. k. Gerichtsadjunkt beim Obersten Gerichtshofe in Wien.

Separatabdruck

aus der Allgem. österreich. Gerichts-Zeitung, 56. Jahrg. 1905, Nr. 46, 47, 48.



Wien, 1905.

Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

I., Kohlmarkt 20.



DR. GOJMR KREK

N. (dev. 42.)

030045389

Über die Fragen, wann die Forderung gegen den Bürgen fällig und klagbar sei und wann den Bürgen die Folgen der mora treffen, wird in der Praxis nicht selten ohne viel Kopfzerbrechen hinweggegangen. Man setzt ab ovo Kongruenz der Behandlung des Bürgen und des Hauptschuldners voraus, obwohl hierfür im Gesetze feste Anhaltspunkte nicht zu gewinnen sind. Wir stehen also einem Problem gegenüber, welches, da die betreffenden Fragen tagtäglich der Judikatur unterbreitet werden, um so mehr einer Diskussion würdig erscheint, als die Praxis diesbezüglich selbst in den von den Parteien selbst umstrittenen Fällen die nötige Vorsicht und Klarheit vielfach vermissen läßt. *)

Die Literatur schweigt fast allenthalben. Die erwähnten Fragen werden wohl deshalb der Erörterung nicht unterzogen, weil man die Begriffe Fälligkeit, Klagbarkeit, Verzug, in betreff aller Obligationen gemeinsam im sogenannten allgemeinen Teil behandelt und sich daher — im allgemeinen mit Recht — der Aufgabe überhoben glaubt, auf Besprechung dieser Tatsachen bei den einzelnen Obligationen wieder zurückzukommen. Letzteres wäre nun aber gerade in Ansehung der Bürgschaft wünschenswert, weil es hinsichtlich dieses Vertrages keineswegs klar ist, ob betreffs seiner die für sonstige Verträge gemeinsam geltenden Bestimmungen oder eine andere in Anlehnung an das Hauptgeschäft zu findende Regelung durchzugreifen habe.¹⁾ Im folgenden wollen wir daher, ohne zu sehr in das Detail einzugehen, den im Titel angekündigten Fragen näher treten.

1. Wann ist die Verbindlichkeit des Bürgen fällig? Hier sei zunächst kurz darauf hingewiesen, daß diese Frage von einer anderen, kaum einen Zweifel verursachenden Frage auseinander zu

*) Vgl. Kref., Gerichtlicher Vergleich und Versäumnisurteil bei verbürgter Schuld, in den Nr. 48 bis 51 des Jahrg. 1903 der „Gerichtshalle“; in unverfälschter Gestalt erschienen bei M. Breitenstein, Wien 1903. Wie dort handeln wir auch hier nur von der subsidiären Bürgschaft (also nicht jener im Sinne des § 1357 a. b. G. B., hinsichtlich welcher Zweifel in der fraglichen Richtung kaum bestehen dürften).

¹⁾ Zur Frage, wann der Bürge in Verzug gerät, hat allerdings die Doktrin des gemeinen Rechts Stellung genommen, und es findet sich diesbezüglich auch bei Hasenöhrl, Obl. R. eine sich an das letztere Recht anschließende Entscheidung der Frage für das österreichische Recht, auf welche später noch zurückzukommen ist.

halten sein wird, von jener nämlich, wann der Bürge gültig leisten darf. Bei Obligationen, in Ansehung welcher die Zeit der Leistung nicht festgesetzt ist, darf der Bürge regelmäßig sofort leisten²⁾, insoweit es sich um sein Verhältnis zum Gläubiger handelt. Möglicherweise zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner bestehende interne Verabredungen kommen dem Gläubiger gegenüber nicht in Betracht.³⁾ Handelt es sich dagegen um eine zeitlich bestimmte Hauptobligation, so ist es Sache der Vertragsinterpretation, zu ergründen, zu wessen Gunsten der dies gesetzt ist; im Zweifel wird im Gegensaße zum gemeinen Rechte und den modernen Rechten⁴⁾ anzunehmen sein, daß der Bürge erst mit Eintritt des Zahlungstages zur gültigen Leistung befugt wird (§ 1413 a. b. G. B.).

Die Fälligkeitsfrage selbst anlangend, bei welcher es sich darum handelt, wann der Bürge leisten muß und der Gläubiger die Leistung fordern darf, muß man sich zunächst vor einem theoretischen Fehlschlusse hüten, zu dem die Stilisierung der §§ 1344 und 1346 a. b. G. B. verleiten könnte. In beiden Paragraphen wird der Bürgschaftsvertrag als ein Übereinkommen definiert, wodurch sich jemand „zur Befriedigung des Gläubigers auf den Fall verpflichtet, daß der erste Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfüllt“. Es ist also scheinbar von einem bedingten Versprechen die Rede. Da die Fälligkeit eines bedingten Anspruches unbefristeternmaßen erst mit der Erfüllung der Bedingung einsetzt⁵⁾, so läge es nahe, daraus zu schließen, daß auch der Anspruch gegen den Bürgen erst mit dem Momente fällig werde, wo die Bedingung eintritt, das ist mit der negativen Tatsache der Nichterfüllung durch den Hauptschuldner.⁶⁾ Es braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden, daß ein derartiges Raisonnement nicht haltbar wäre. Ebensowenig man den Anspruch aus der Verpfändung einen bedingten nennen kann, weil doch

²⁾ Ausnahmen sind denkbar, zum Beispiel im Falle des sogenannten *adjectus pro stipulatore*, in welchem sich der Gläubiger die Leistung „auf jederzeitiges Verlangen“ oder „auf Kündigung“ versprechen läßt. In einem solchen Falle wird der Bürge allerdings nicht vor der erforderlichen Erklärung des Gläubigers leisten dürfen, während es letzterem selbstverständlich freisteht, die Leistung jederzeit zu verlangen.

³⁾ Es lassen sich Fälle denken, in denen es dem Schuldner daran liegt, wenn irgend möglich selbst zu leisten und die Leistung des Bürgen zu vermeiden; so zum Beispiel im Falle einer Interzession gegen Bezahlung außergewöhnlich hoher Zinsen. Hier kann zwischen Schuldner und Bürgen ausgemacht sein, daß letzterer erst leisten soll, wenn ihn der Schuldner darum ersucht oder ähnliches. Eine derartige Vereinbarung wird jedoch den Bürgen in seinem Verhältnisse zum Gläubiger nicht hindern können, sogleich zu leisten.

⁴⁾ Vgl. zum Beispiel Windscheid-Kipp, *Pandekten*, II. Bd., S. 112 zu Note 7. Ebenso § 717 Sächs. B. G. B., Art. 94 Schweiz. Obl. R., § 271, Abs. 2 Deutsch. B. G. B. Anders wieder Preuß. L. R., I, 5, § 241 ff. und § 1115, Abs. 1 Entw. e. Ung. a. b. G. B.

⁵⁾ Vgl. auch I. 213, pr. D. 50, 16 und insbesondere I. 7, § 4, C. 7, 39; ferner u. a. Dernburg, *Pandekten*, I. Bd., § 146.

⁶⁾ Einen ähnlichen Standpunkt vertritt die I. 116, D. 45, 1.

das Recht auf Befriedigung aus dem Pfande erst entsteht, wenn der Schuldner nicht erfüllt (§ 447 a. b. G. B.), ebenso wenig darf in unserem Falle von einer eigentlichen Bedingung gesprochen werden.

Unseres Erachtens wird man in Unterscheidung zwischen denjenigen Fällen, in welchen ein bestimmter Zahlungstag vereinbart ist, und denjenigen, wo dies nicht zutrifft, folgendes sagen können:

a) Ist ein Zahlungstag festgesetzt, dann wird die Verbindlichkeit des Hauptschuldners gemäß § 903, S. 1 a. b. G. B. an diesem Tage fällig, der Gläubiger kann also an diesem Tage den Hauptschuldner in Anspruch nehmen, der Hauptschuldner muß leisten, doch kommt ihm gemäß § 903, S. 2 „der ganze bestimmte Tag zu statten“. In diesen Fällen wird man unter Berufung auf die Legaldefinitionen der §§ 1344 und 1346, denen zufolge die Nichterfüllung der Verbindlichkeit durch den Hauptschuldner allerdings gesetzliche Voraussetzung (nicht aber Bedingung im technischen Sinne) für die Zahlungspflicht des Bürgen ist, annehmen müssen, daß der Gläubiger vor Ablauf des bestimmten Tages vom Bürgen die Leistung nicht fordern dürfe⁷⁾ (weil es sich erst am Ausgange dieses Tages herausstellt, daß der Hauptschuldner nicht leistet), während anderseits der Bürge auch erst frühestens an dem dem Zahlungstage folgenden Tage zu leisten verpflichtet ist. Man sieht, daß der Moment, wo der Bürge mit Wirkung zahlen kann, mit jenem, wo er zahlen muß, in diesen Fällen nicht zusammenfällt, da der Bürge wohl zweifellos schon am Zahlungstage selbst dem Gläubiger die Zahlung anbieten kann, und letzterer dieselbe annehmen muß, während eine Verpflichtung des Bürgen zur Leistung doch erst an dem dem Zahlungstage nachfolgenden Tage eintritt. Daher beginnt auch zum Beispiel der Lauf der Verjährung in diesem Momente.

b) Wird die Hauptobligation ohne Bestimmung einer Erfüllungszeit abgeschlossen, so sind Hauptschuldner und Bürge gemäß § 904 a. b. G. B. verpflichtet, sogleich, das heißt auf jederzeitiges Verlangen des Gläubigers zu leisten, und der Gläubiger ist berechtigt, die Leistung sofort zu fordern.⁸⁾ Beide Verbindlichkeiten werden also sofort fällig und die Verjährung beginnt vom Vertragsabschlusse zu laufen. Freilich äußert diese Zahlungspflicht ihre Realität erst, wenn der Gläubiger wirklich gefordert hat, so daß vor dem Aufforderungstage vielleicht besser von einer bloßen Ver-

⁷⁾ Anderes hat in Ansehung des „Bürgen und Zahlers“ im Sinne des § 1357 zu gelten. Seine Verbindlichkeit wird als an dem dem Hauptschuldner oder an dem dem Bürgen besonders bestimmten Zahlungstag selbst fällig anzusehen sein.

⁸⁾ Diese Bestimmung erfährt im Sinne der Worte „ohne unnötigen Aufschub“ des § 904 und im Sinne des § 1418, S. 1 die Einschränkung, daß die sofortige Forderung der Leistung dann nicht Platz greifen kann, wenn dies der Zweck des Geschäftes oder die Natur der Sache ausschließt. Siehe auch Windscheid-Ripp, Pandekten, II. Bd., S. 111 zu Note 4.

pflichtung zur Leistungsbereitschaft als von einer Verpflichtung zur Leistung selbst gesprochen werden sollte. Eigentlich verpflichtet zur Leistungshandlung ist der Schuldner doch erst am Tage der Aufforderung des Gläubigers und der Bürge an dem diesem Tage nachfolgenden Tage.

In kurzer Zusammenfassung des Gesagten ergibt sich also folgendes: Die Verbindlichkeit des Bürgen ist bei zeitlich unbestimmten Obligationen sofort, bei zeitlich bestimmten aber an dem dem bestimmten Zahlungstage nachfolgenden Tage fällig. Selbstverständlich aber kommt es in den Fällen, wo der Bürgschaftsvertrag selbst unter einer eigenen, der Hauptobligation fremden Bedingung oder Befristung abgeschlossen ist, regelmäßig⁹⁾ zur Fälligkeit erst mit dem Eintritte des bedingenden Ereignisses beziehungsweise des Zeitpunktes, vorausgesetzt, daß Ereignis und Zeitpunkt nach dem dem Hauptschuldner bestimmten Zahlungstage eintreten. Anderenfalls greift ohnedies wieder die allgemeine Regel durch.¹⁰⁾

In den praktischen Konsequenzen kommt die von uns vertretene Ansicht einer weiteren möglichen Auffassung ungemein nahe, welche dahin ginge, daß hinsichtlich der Bürgschaftsverbindlichkeit als einer akzessorischen Obligation ein von der Hauptobligation unabhängiger Eintritt der Fälligkeit überhaupt nicht stattfinden könne, sondern daß der Anspruch gegen den Bürgen, der sich auf den gleichen Gegenstand bezieht wie der gegen den Hauptschuldner gerichtete, eben auch zugleich mit der Verbindlichkeit des Hauptschuldners ver falle. Der praktische Unterschied der beiden Auffassungen besteht nur darin, daß nach der letzterwähnten Meinung im Falle der zeitlich bestimmten Obligation die Schuld des Bürgen am selben Tag wie die Hauptschuld fällig wird, was sich in logischer Beziehung mit dem Wortlaute der §§ 1344 und 1346 und mit dem subsidiären Charakter der Bürgschaft

⁹⁾ Eine Ausnahme wäre zum Beispiel der Fall einer Obligation mit einer im Belieben des Gläubigers gelegenen Potestativbedingung. Hier beginnt der Lauf der Verjährung allerdings bereits mit dem Entstehen der Forderung. Vgl. Hasenöhrl, *Österr. Obl. R.*, II. Bd., S. 612.

¹⁰⁾ Die Fälligkeitsfrage dürfte auch auf Grund der modernen Gesetzbücher in dem im Texte vertretenen Sinne zu entscheiden sein, wenn in demselben auch nur von einem „Entstehen für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners“ (§ 765 Deutsch. B. G. B.; § 1449 Sächs. B. G. B.; Art. 489 Schweiz. Obl. R.; § 1225 Entw. e. Ung. a. b. G. B.) gesprochen wird und sich somit aus dem Wortlaute der betreffenden Gesetzesstellen nicht notwendig ergibt, daß die Bürgenschuld erst an dem dem bestimmten Zahlungstage nachfolgenden Tage fällig werde. Es folgt dies aber aus dem Wesen der Bürgschaft als einer subsidiären Verbindlichkeit. Der Gläubiger wird daher auch nach den zitierten Gesetzen den Bürgen solange um Zahlung nicht angehen können, als der Hauptschuldner seine Schuld noch vollkommen, also insbesondere auch rechtzeitig erfüllen kann. Dagegen dürfte es nicht richtig sein, aus der Einrede der Vorausklage abzuleiten, daß die Fälligkeit der Bürgenschuld erst mit der Feststellung der Erfolglosigkeit der Exekution eintrete. Denn der Bürge zahlt doch offenbar eine fällige Schuld, wenn er leistet, ohne die Einrede der Vorausklage geltend zu machen.

nicht gut vereinen läßt, während nach unserer Ansicht die Fälligkeit der Bürgenschuld erst am nächstfolgenden Tage eintritt.

Soweit wir sehen können, dürfte die von uns aufgestellte Ansicht etwa aus dem Gesetze sich ergebenden Widersprüchen aus dem Wege gehen und auch praktisch zu allgemein befriedigenden Ergebnissen führen.

2. Wann ist die Verbindlichkeit des Bürgen klagbar? Die Antwort auf diese Frage gibt § 1355. Die actio ist nata, wenn der Hauptschuldner trotz Mahnung nicht erfüllt hat, wobei aber nicht zu übersehen ist, daß dem Hauptschuldner noch der ganze Tag, an welchem gemahnt wurde, zu statuten kommt, und der Bürge noch den ganzen darauffolgenden Tag zur Erfüllung offen haben wird (denn § 904 C. 2 gilt wohl auch in Ansehung des Bürgen), so daß tatsächlich erst am zweiten Tage nach der Mahnung gegen den Bürgen wird geklagt werden können.

Von einem bestimmten Zahlungstage ist im §§ 1355 nicht die Rede. Allein aus den in unserem Aufsätze „Ger. Vergleich und Versäumnisurteil bei verbürgter Schuld“ S. 14 bis 19 erörterten Gründen neigen wir der Ansicht zu, daß die Klagbarkeit der Bürgenschuld mit der bloßen Nichteinhaltung eines der Hauptobligationen beigesetzten Leistungstermines seitens des Hauptschuldners noch nicht gegeben ist. Damit der Bürge belangt werden könne, wird also im fraglichen Falle der Hauptschuldner unbedingt und unter allen Umständen vorausgemahnt werden und es sich herausgestellt haben müssen, daß er trotz Mahnung nicht leiste.¹¹⁾

¹¹⁾ Diese Entscheidung dürfte auch deshalb entsprechend sein, weil unser a. b. G. B. ohnedies den unserem heutigen Rechtsgefühl gewiß zuzugenden Subsidiaritätscharakter der Bürgschaft wesentlich abgeschwächt hat, indem es das gemeinrechtliche beneficium ordinis nicht rezipiert hat. Es ist daher begründet, wenn man der modernen Rechtsanschauung in Zweifelsfällen sich zu nähern versucht. Bemerkt sei übrigens, daß in der Vorschrift der Einmahnung immerhin ein bei richtiger Anwendung gesunder Gedanke steckt, den sich das Schweiz. Obl. R. und der ungarische Entwurf im Gegensatz zum Deutsch. B. G. B. mit Recht herausgeholt haben. Die Einrede der Vorausklage bringt es mit sich, daß der Bürge allerdings erst dann, wenn „alle Stricke reißen“, mit Erfolg klagbar in Anspruch genommen werden kann. Es hat dieses beneficium jedoch nicht nur für den Gläubiger den Nachteil, daß viel Zeit damit verloren geht, sondern es rächt sich an dem Bürgen selbst. Denn der letztere hat mit Rücksicht auf die Bestimmung dieser Gesetzbücher, daß ihn die Folgen des Verzuges des Hauptschuldners und die Prozeß- und Exekutionskosten in Ansehung des gegen den Hauptschuldner geführten Rechtsstreites (m. E. allerdings mit Unrecht, vgl. Kref a. a. D., Anm. 33) ohne jede besondere Vereinbarung treffen (vgl. § 1456 Sächs. B. G. B.; § 767, Abs. 1 u. 2 Deutsch. B. G. B.; Art. 499, Abs. 1 u. 2 Schweiz. Obl. R.; §§ 1226, Abs. 1 und 1228 Ung. Entw.), ein unter Umständen sehr bedeutendes Plus zu leisten, das, insbesondere soweit es die Prozeßkosten betrifft, meist eine zur Rechtsverfolgung unnötigende Aufwendung darstellt. Hier helfen nun das Schweiz. Obl. R. und der ung. Entw., ersteres, indem es im Art. 499, Abs. 2 bestimmt, daß der Bürge für die Kosten der Ausklagung des Hauptschuldners nur insoweit einzustehen hat, „als ihm rechtzeitig Gelegenheit gegeben war, durch Befriedigung des Gläubigers dieselben zu vermeiden“, letzteres, indem im Sinne des § 1228 der Bürge für die Kosten des Prozesses und der Zwangs-

3. Besondere Schwierigkeiten bereitet die Beantwortung der dritten Frage: Wann gerät der Bürge in Verzug? Hier lassen sich u. E. von vornherein zwei Gesichtspunkte denken, von denen aus grundsätzlich eine Lösung der Frage zu versuchen ist.

Man kann von der Akzessoritätseigenschaft der Bürgschaftsobligation ausgehen, welche sich nicht nur aus dem Begriffe der Bürgschaft notwendigerweise ergibt, sondern welche auch im Gesetze an vielen Stellen in den Vordergrund tritt (vgl. §§ 1346, 1351, 1355, 1363 S. 1 a. b. G. B.). Diese Auffassung der Bürgschaft leitet, streng durchgeführt, zu dem Ergebnisse hin, daß der Bürge immer dann in Verzug käme, wenn der Hauptschuldner in mora versetzt wird oder, was praktisch ziemlich das gleiche ist, daß es für den Bürgen eine abgesonderte mora überhaupt nicht gäbe, daß der Bürge als solcher überhaupt nicht in Verzug geraten könnte.¹²⁾ Nach dieser grundsätzlichen Behandlung der Bürgschaft träte die mora des Bürgen, beziehungsweise die Haftung des Bürgen für die mora des Hauptschuldners in dem Momente ein, wo der Hauptschuldner, obwohl zur Zahlung verpflichtet, doch schuldbarerweise nicht leistet, das ist regelmäßig am Tage nach dem dem Hauptschuldner bestimmten Zahlungstermine beziehungsweise, wenn ein solcher nicht vereinbart ist, am Tage nach der Einnahmung des Hauptschuldners (§ 1334 a. b. G. B.).

Dieses Ergebnis ist nur die konsequente Folge des eben berührten prinzipiellen Standpunktes, von welchem aus man, wie wir unter 1. gesehen haben, auch zum Resultate kommt, daß in derselben Weise die Fälligkeit der Bürgenschuld gleichzeitig mit der der Hauptschuld eintrete. Wir haben schon an der zitierten Stelle kurz darauf hingewiesen, daß dieses Resultat in logischer Beziehung nicht ganz einwandfrei ist, und uns daher für eine andere Entscheidung der Fälligkeitsfrage ausgesprochen. Deshalb läßt sich auch die aus dem besprochenem Prinzipie sich ergebende Lösung der Verzugsfrage mit unserer unter 1. vertretenen Ansicht bezüglich der Fälligkeit nicht vereinen. Denn nach der streng durchgeführten Akzessoritätstheorie käme man zu dem Ergebnisse, daß der Bürge, wie oben erwähnt, bei zeitlich bestimmten Obligationen an dem Tage in Verzug käme,

vollstreckung gegen den Hauptschuldner nur dann zu haften hat, „wenn er, bevor jene Kosten erwachsen sind, davon verständigt war, daß der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt habe.“ Diese Bestimmungen sind nicht nur vom rechtlichen, sondern auch vom ökonomischen Standpunkt als zutreffend zu bezeichnen.

¹²⁾ Vgl. für das röm. Recht Pernice, *Parerga* in *Zeitschr. f. Rechtsgeschichte*, XIX. Bd., S. 180. Mit Rücksicht auf die daselbst Note 6 zitierten Belege scheint es dem genannten Schriftsteller unzweifelhaft zu sein, daß der Fideiussor ursprünglich aus eigener mora nicht haftete, daß er überhaupt nicht in Verzug kommen konnte. Grund: Er war nicht zur Erfüllung der Obligation persönlich verpflichtet, sondern hatte nur die Gewähr für die Erfüllung durch den Hauptschuldner übernommen.

der dem dem Hauptschuldner bestimmten Zahlungstage nachfolgt, während nach unserer unter 1. gegebenen Entscheidung die Bürgenschuld in diesem Zeitpunkte erst fällig wird, und der Bürge, da ihm doch der ganze Tag zur Erfüllung offen steht (§ 903, C. 2 a. b. G. B.), an diesem Tage offenbar noch nicht in Verzug geraten kann.

Wie man sieht, handelt es sich hier jedoch nur um die Differenz eines Tages und es wäre die in Rede stehende Ansicht trotz des dagegen sprechenden logischen Bedenkens noch nicht unbedingt zu verworfen, wenn sie im übrigen zu sachlich befriedigenden Ergebnissen führte. Letzteres kann man aber kaum behaupten, wenn man Nachstehendes erwägt.

Zunächst vermag die Ansicht offenbar in jenen Fällen, wo auf Seiten des Bürgen die Voraussetzungen zur mora vorhanden sind, während der Hauptschuldner überhaupt nicht in Verzug kommen kann oder, anders ausgedrückt, wo die Bürgschaft eben kein streng akzessorisches Geschäft mehr ist. Solche Fälle kennt das Gesetz. Ich verweise nur auf die unbestritten anerkannte Möglichkeit, daß jemand für die Erfüllung einer klaglosen Obligation¹³⁾ oder für eine von einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person eingegangene Verbindlichkeit¹⁴⁾ (§ 1352 a. b. G. B.) gutsteht. Auch ist es möglich, daß die Verbindlichkeit des Hauptschuldners erlischt, weil die Leistung durch Verschulden des Bürgen selbst unmöglich geworden ist, für welchen Fall schon das römische Recht¹⁵⁾ den strengen Akzessoritäts=

¹³⁾ Die Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages, welcher sich an eine klaglose Obligation anschließt, dürfte nicht mehr bezweifelt werden. (Vgl. I. 6, § 2, I. 7 I. 16, § 3, I. 60, D. 46, 1 und beispielsweise Geib, Zur Dogmatik des röm. Bürgschaftsrechtes, S. 90 ff.; Dernburg, Pandekten, II. Bd., S. 78; für das österr. Recht Hasenöhrl a. a. D., II. Bd., S. 269, auch R. 23; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, II. Bd., S. 36 u. 37. Gegenteiler Ansicht noch Stubenrauch, Komm., Erl. 1 zu § 1351; Zeißler, Komm., Erl. 4 zu § 1351; Rippel, Erl. 5 zu § 1351 im VIII. Bd.; Kirchstetter, Komm., Erl. zu § 1352.) Allgemein ist auch anerkannt, daß, wer nur naturaliter schuldet, nicht in Verzug kommen kann (vgl. zum Beispiel I. 88, D. 50, 17; Dernburg a. a. D., § 40, 1; Hasenöhrl, II. Bd., S. 328, auch R. 14).

¹⁴⁾ Einzelne neuere Gesetzbücher stehen in einem solchen Falle allerdings auf einem anderen, wohl auch richtigen Standpunkte, nämlich dem, daß der Bürge bei dieser Sachlage als Selbstschuldner haftet (so § 1234 Ung. Entw.), während wieder andere hierin doch noch eine wahre Bürgschaft erblicken. (So Schweiz. Obl. R., Art 492.) In letzterem Sinne auch noch Art. 2012 Code civil. Nach österr. Rechte bleibt eine für einen in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten sich verpflichtende Person jedenfalls Bürge (und zwar mitschuldnerischer Bürge), selbst dann, wenn ihr die Beschränkung des Schuldners in der Handlungsfähigkeit zur Zeit der Eingehung der Bürgschaft nicht bekannt war (§ 1352 a. b. G. B.).

¹⁵⁾ Vgl. zum Beispiel Vangerow, Pandekten, § 578, Anm. 2, I; Arndts, Pandekten, § 357; Windscheid-Ripp, Pandekten, II. Bd., S. 1017. Siehe auch Pernice, Parerga in der Zeitschr. f. Rechtsgeschichte, XIX. Bd., S. 179, auch R. 5. Nach Geib, Zur Dogmatik des röm. Bürgschaftsrechtes, S. 98 ff., liegt hier keine Ausnahme vom Akzessoritätsprinzip vor, da es sich in einem solchen Falle nur um einen relativen, gegenüber dem Hauptschuldner wirksamen Untergang der Hauptschuld handle. Ausdrücklich bestimmt die Fortdauer der Bürgschaftsobligation § 1233 Ung. Entw., ähnlich auch schon § 1464

standpunkt aufgeben und anerkennen mußte, daß die Verbindlichkeit des Bürgen trotz Erlöschens der Hauptobligation aufrecht bleibe.¹⁶⁾

In allen diesen und ähnlichen Fällen, wo der Hauptschuldner in Verzug nicht geraten kann, gibt die in Rede stehende Ansicht keinerlei Antwort auf die Frage, wann der Bürge in Verzug gerate, während doch offenbar die Möglichkeit vorhanden sein muß, ihn in solchen Fällen in mora zu setzen. Allein dieses Gegenargument könnte allenfalls an Beweiskraft einbüßen durch den Hinweis auf den Umstand, daß die erwähnten Fälle eben Ausnahmefälle, Fälle nicht akzessorischer und also uneigentlicher Bürgschaft seien, Fälle, in denen die Bürgschaft unter Preisgabe ihres Wesens ein selbständiger Vertrag geworden und daher auch unter die allgemeinen Vertragsgrundsätze zu stellen sei.

Ähnliches ließe sich schließlich auch sagen in Ansehung jener bedingten und betagten Bürgschaftsverträge¹⁷⁾, hinsichtlich welcher *condicio* beziehungsweise dies in die Zeit nach dem dem Hauptgeschäfte beigesezten Leistungsstermine oder nach dem Tage der Einmahnung des Hauptschuldners fallen und betreffs welcher die Akzessorietätstheorie gleichfalls vermag.

Viel stärker aber scheint uns die in Rede stehende Auffassung durch den Einwand erschüttert zu werden, daß man auf ihrer Grundlage selbst in jenen Fällen, welche die Regel bilden, zu u. G. unbefriedigenden Resultaten gelangt.

Hierbei fassen wir der Praxis offenbar entsprechend, als Regelfälle jene Fälle auf, in denen der Bürge die primäre Schuld ohne eventuell hinzutretende Nebenverbindlichkeiten auf sich nimmt¹⁸⁾, in denen

fäcsh. B. G. B. Für das österr. Recht ist derselben Ansicht Hasenöhrl, II. Bd., S. 277, R. 68. Nach deutschem Recht erlischt nach Ripp bei Windscheid, Pandekten, II. Bd., S. 1019 unter 6 (gleicher Ansicht auch Dittlen in der Zeitschr. f. d. b. R. u. franz. Zivilrecht, XXXI. Bd., S. 179) die Bürgschaft in solchem Falle und dem Gläubiger steht nur ein Schadenserzanspruch gemäß § 823, Abs. 1 Deutsch. B. G. B. zu. Der Schadenserz besteht aber in der Erfüllung der Hauptschuld oder in vollem Ersatz wegen Nichterfüllung.

¹⁶⁾ Der noch von Neratius und Julian vertretene Deliktstandpunkt (Erlöschen der Bürgenobligation und Haftung für Schadenserz) war von Papinian verlassen worden (vgl. Geib, zit. W., S. 98 ff.).

¹⁷⁾ Daß die Bürgschaft eine besondere, der Hauptobligation fremde Bedingung oder Zeitbestimmung aufnehmen kann, wird m. W. heute nicht mehr bestritten. Vgl. auch zum Beispiel schon I. 8, § 7, D. 46, 1.

¹⁸⁾ Dabei wird nicht übersehen, daß die im Leben gewöhnlich auftretende Form der Verbürgung überhaupt nicht die der subsidiären Bürgschaft im Sinne des § 1355, sondern jene der akzessorischen Korrealität nach Maßgabe des § 1357 ist. Die meisten Fälle sind also solche, bei denen der Bürge als „Bürge und Zahler“, als „Mitschuldner“, „Gesamtschuldner“, „zur gesamten Hand“ und dergleichen gutsteht. Von diesen Hauptfällen bilden die Fälle der subsidiären Verbürgung nach § 1355 praktisch (nicht auch nach dem Gesetze) die Ausnahmen, von welchen letzteren allein wir überhaupt hier handeln. Unter diesen Ausnahmen aber sind wieder die im Text erwähnten Fälle als Regelfälle anzusehen, nicht nur deshalb, weil sie im Leben die ungleich häufiger vorkommenden Fälle sind, sondern auch deshalb, weil sie es sind, die in erster Linie durch die Legal-

also der Bürge, wie das so im Leben meistens vorkommt, unter dem Drucke persönlicher Freundschaft und um sich doch anständig aus der Affaire zu ziehen, ungern und möglichst flüchtig etwa sagt: „Für die K. K. stehe ich Ihnen schon gut“ oder: „Wenn Ihnen der A. den Kauffchilling für das Pferd nicht rechtzeitig zahlt, so wenden Sie sich nur an mich“ oder: „Ich büрге Ihnen dafür, daß Sie das Darleihen zurückgezahlt bekommen“ usw. Hier und in den meisten Fällen wird die Anwendung der Interpretationsvorschriften der §§ 915 und besonders 1353 a. b. G. B. fast immer dazu führen, daß der Bürge nur zur Zahlung der blanken prinzipialen Schuld ohne alle Akzessorien wird verhalten werden können.¹⁹⁾

In diesen Regelfällen sowie insbesondere auch in dem Falle, wo der Bürge die Übernahme von Nebenverbindlichkeiten und also auch der Folgen des hauptschuldnerischen Verzuges ausdrücklich ausschließt, ist es klar, daß der Bürge diese Folgen auch nicht zu tragen hat. Man wird aber auch nicht sagen können, daß er trotzdem für die Verzugszinsen vom Tage der hauptschuldnerischen mora an hafte, weil er zugleich selbst in Verzug geraten und daher verpflichtet sei, seinen eigenen Verzug zu verantworten, denn das führte ja zu einem Ergebnisse, das der Bürge gerade eben ausgeschlossen wissen wollte. Mit andern Worten dem Bürgen könnte in solchen Fällen weder der Verzug des Hauptschuldners noch sein eigener Verzug schaden. Er könnte vielmehr in aller Ruhe in infinitum schuldig bleiben, ohne irgendwelche Folgen der nicht rechtzeitigen Leistung befürchten zu müssen. Selbst die Zustellung der Klage an den Bürgen vermöchte diesen nicht in Verzug zu setzen, da der Bürge nach obiger Theorie selbständig überhaupt nicht in Verzug

definitionen der §§ 1344 und 1346 getroffen werden. Nach denselben verpflichtet sich der Bürge für den Fall, daß der erste Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfülle. Der Hauptschuldner „verbindet“ sich aber nicht, die Folgen des Verzuges zu tragen und besonders die Verzugszinsen zu zahlen, diese Verpflichtung trifft ihn vielmehr zufolge gesetzlicher Vorschrift. Hat nun der Bürge den Gläubiger in Ansehung der „Verbindlichkeit“ des Hauptschuldners zu befriedigen, so hat er nur das zu leisten, wozu sich der Hauptschuldner „verbunden“ hat, mithin nicht die kraft gesetzlicher Vorschrift den Hauptschuldner treffenden Verzugszinsen. Im französischen Rechte soll dagegen im Falle der unbestimmten Bürgschaft angenommen werden, daß sich der Bürge „à tous les accessoires de la dette“ haftbar mache, für die Schuld mit allem Anhang (Art. 2016 Code civil). (Vgl. zum Beispiel Marcadé-Mourlon, Franz. Zivilrecht, III. Bd., S. 7.) Diese Auffassung muß schon mit Rücksicht auf § 1353, S. 1 a. b. G. B. als dem österr. Rechte fremd bezeugnet werden.

¹⁹⁾ In diesem Sinne auch Krainz-Pfaff-Ehrenzweig a. a. O., II. Bd., S. 38, der unter Berufung auf § 1353 gleichfalls die Ansicht vertritt, daß der Bürge für den Verzug des Hauptschuldners (und daher auch für die Verzugszinsen), für die gegen den Hauptschuldner aufgelaufenen Prozeßkosten und für die Konventionalstrafe nur hafte, wenn er diese Haftung ausdrücklich übernommen hat. So auch Winwarther, V. Bd., Erl. zu § 1353; Rippel, Erl. zu § 1353 im VIII. Bd.; Stubenrauch, Erl. 2 zu § 1353. Gegenteiliger Ansicht ist Kirchstetter, Komm., Erl. zu § 1353, 1354 und neuesten Koban, Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers, 1904, VIII, auch N. 2.

kommen kann. Dies ist zweifellos ein unleidliches Resultat, welches, da durch dasselbe Regelfälle zur Erledigung kommen, logischerweise auch nicht mehr im Wege der Statuierung einer Ausnahme von der Regel hemäntelt werden kann.

Bedenken muß es weiters erregen, daß nach der in Rede stehenden Auffassung der Bürge, was den Verzug anlangt, unter Umständen bedeutend ungünstiger gestellt ist, als der Hauptschuldner selbst, was im Sinne des Gesetzes gewiß nicht gelegen ist. So muß der Hauptschuldner bei Hauptverbindlichkeiten, die nicht auf einen bestimmten Leistungstag abgestellt sind, gemahnt werden, um in Verzug zu kommen (§ 1334). Dies wäre in betreff des Bürgen keinesfalls erforderlich: er käme vielmehr zugleich mit dem Hauptschuldner in Verzug, ohne gemahnt zu sein, und könnte, dafern man ihm nicht auch noch eine Erkundigungspflicht auferlegen will, die Folgen dieses Verzuges eventuell gar nicht abwenden, insbesondere also auch nicht zahlen, um wenigstens den Weiterlauf der Verzugszinsen hintanzuhalten, denn in diesen Fällen weiß ja der Bürge gar nicht, ob der Gläubiger die Zahlung bereits fordert, da ihm die Einmahnung des Hauptschuldners eventuell ganz unbekannt geblieben sein kann.

Ebenso unbefriedigend und unbillig ist es, wenn man, diese Anschauung zugrunde legend, mit Rücksicht auf § 17, Abs. 2 R. D. sagen muß, daß der Bürge (vorausgesetzt selbstverständlich, daß er überhaupt für Verzug haftet) bei Hauptschulden ohne bestimmte Verfallszeit bereits vom Tage der Anmeldung der Hauptforderung im Konkurse des Haupt- und zugleich Gemeinschuldners Verzugszinsen zahlen muß.

Ein Widerspruch mit dem Gesetze ergibt sich ferner bei Heranziehung der Bestimmung des § 1355. Der Hauptschuldner gerät nämlich bei bestimmtem Zahlungstage bereits an dem diesem Zahlungstage folgenden Tag in Verzug (§ 1334, S. 1). Das gleiche hätte auch für den Bürgen zu gelten, obwohl letzterer zufolge § 1355 noch gar nicht belangt werden könnte, weil der Hauptschuldner noch nicht gemahnt ist; es träte also der Verzug ein, obwohl die Bürgenschuld noch gar nicht klagbar ist.²⁰⁾

Eine weitere Verfolgung dieser Ansicht in alle möglichen praktischen Konsequenzen würde uns zu sehr auf Abwege führen. Die erwähnten Anwendungsfälle dürften allein schon geeignet sein, die Bedenklichkeit der Akzessorietätstheorie in ihrer Anwendung auf unsere Frage darzutun. Es mag nur noch kurz auf einen Einwand

²⁰⁾ Diesen Einwand kann man allerdings aus der Welt schaffen durch die Annahme, daß die Klagbarkeit der Bürgenschuld eventuell auch nur den Eintritt des bestimmten Zahlungstages voraussetze (vgl. § 1334). Wir glauben uns an anderer Stelle (Gerichtlicher Vergleich und Veräurteilung bei verbürgter Schuld, S. 14 ff.) mit Recht für die gegenteilige Ansicht entschlossen zu haben und müssen daher konsequent hier einen Widerspruch feststellen.

theoretischer Natur hingewiesen werden, mit dem man wird rechnen müssen und der meines Erachtens die Standfestigkeit der Anschauung gleichfalls erheblich zu erschüttern geeignet ist.

Richtiger Ansicht nach setzt nämlich der Verzug auch nach österreichischem Rechte regelmäßig ein Verschulden des Schuldners voraus.²¹⁾ Es ist nun klar, daß der Bürge nach der hier bestrittenen Meinung sehr oft in Verzug kommen oder was praktisch in aller Regel das gleiche ist, die Folgen des hauptschuldnerischen Verzuges zu tragen haben wird, ohne daß ihn selbst auch nur das geringste Versehen trafe, ja ohne, daß er überhaupt weiß, daß der Gläubiger die Leistung fordere. Man denke nur an jene häufigen Fälle, in denen der Hauptschuldner gemahnt werden muß, damit er in Verzug gerät. Der Bürge wird hier gleichzeitig mit dem Hauptschuldner moros, obwohl er gar nicht weiß und, will man ihm nicht auch noch eine Erkundigungspflicht auferlegen, auch nicht wissen muß, daß der Gläubiger die Leistung wünsche, und obwohl er selbst daher von jeglichem Verschulden frei ist.

Gerade diese Erwägung aber, daß in dem Verzuge gewissermaßen ein höchstpersönliches Element gelegen ist, führt zu dem Schlusse, daß man den Bürgen in diesem Punkte vom Hauptschuldner und dessen individuellem Verzuge emanzipieren muß, damit man zu befriedigenden Resultaten gelangt. Hierdurch wird an dem an sich über allem Zweifel erhabenen Affessorietätsgrundsatz keineswegs gerüttelt. Denn im Wesen jedes Grundsatzes ist es gelegen, daß er nur eine allgemeine Richtschnur geben, dabei aber Ausnahmen jedenfalls dort zulassen will und muß, wo besondere Gründe hierfür vorliegen. Letzteres ist nun in Ansehung unserer Frage zweifellos

²¹⁾ Diese Ansicht haben für das österr. Recht insbesondere vertreten Stubenrauch, Komm., Erl. 1 c zu § 1334; Unger, System, II. Bd., S. 545, Anm. 39 („Mora setzt nicht nur Verschulden voraus, sondern ist selbst Verschulden“), derselbe in Haimers österr. Vierteljahrschrift, XIV. Bd., S. 125 ff.; weiters Schey, Begriff und Wesen der Mora creditoris, S. 13, S. 16, N. 1, 2, S. 18; Hasenöhrl, Österr. Obl. R., II. Bd., S. 325 ff. Dagegen unter andern Rippel, Erläuterung 4 zu § 1334, VIII. Bd.; Kirchstätter, Komm., Erl. zu § 1334 und teilweise auch Zeiller, Komm. II, Erl. 3 und 4 zu § 1334. (Über die ziemlich reiche Literatur vgl. Unger, Stubenrauch und Hasenöhrl an den zitierten Stellen.) An der im Texte vertretenen Ansicht, welche heute als herrschend bezeichnet werden darf, scheint auch der Oberste Gerichtshof ziemlich konsequent festzuhalten (siehe die in der Schey'schen Ausgabe des a. b. G. B. bei § 1334 unter Z. 14 angeführten Entscheidungen). Mit Rücksicht auf den Umstand, daß die Verzugslehre in unserem Gesetze nur einen Bestandteil der Schadensersatzlehre bildet (vgl. auch § 1051 „Versehen“) und die Verpflichtung zum Schadenersatz nach § 1295 im allgemeinen Verschulden voraussetzt, dann aber wohl auch unter Bedachtnahme auf die kaum leugbare Tatsache, daß unser Gesetzbuch die gemeinrechtliche Morallehre in ihrer Gänge rezipiert hat (siehe Unger a. a. D., I. Bd., S. 84, N. 29; Schey a. a. D.), wird sich gegenüber der von den namhaftesten gemeinrechtlichen Schriftstellern verteidigten Ansicht, daß die mora Verschulden voraussetze, die gegenteilige Anschauung auch für das österr. Recht kaum aufrecht erhalten lassen.

der Fall. Der Grund, warum vom Prinzipie abgegangen werden muß, ist eben der, daß der Verzug infolge des ihm innewohnenden Verschuldensmomentes an die Person des betreffenden Schuldners zu enge geknüpft ist, als daß man ohne Rücksicht auf das eigene Verhalten des Bürgen demselben die Folgen außerhalb seiner Person liegender Ereignisse und Willensrichtungen, die für ihn die Bedeutung des Zufalls haben, ohne weiteres aufzotroyieren dürfte. Dazu kommt noch, daß man mit der Loslösung der Bürgschaft von der Hauptobligation eigentlich erst in das Hauptprinzip einlenkt. Denn man muß sich darüber klar sein, daß alle Akzessorietät eigentlich auch wieder nur eine Ausnahme von der im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochenen, weil selbstverständlichen Regel bildet, daß eben alle Verträge von vornherein selbständig und freibeweglich sind. Und als solchen Vertrag hat man daher auch die Bürgschaft in jenen Punkten aufzufassen, in denen das Gesetz nicht ausdrücklich Abweichendes bestimmt, oder in denen doch wenigstens ihrem besonderen Wesen zufolge nicht notwendigerweise anderes anzunehmen ist. Hier bestimmt weder das Gesetz etwas Abweichendes noch muß mit Rücksicht auf den Charakter der Bürgschaft Abnormales angenommen werden; es führt im Gegenteil die regelwidrige Behandlung zu unpassenden Ergebnissen.

Damit ist nun schon angedeutet, wo wir hinaus wollen: In Ansehung der Verzugsfrage hat nicht das Akzessorietätsprinzip, sondern das demselben noch übergeordnete Selbständigkeitsprinzip²²⁾ aller Verträge durchzugreifen, und dies ist der zweite, unseres Erachtens

²²⁾ Das Gesetz betont die teilweise Selbständigkeit des Inhaltes der Bürgschaftsobligation selbst an mehreren Stellen. So im § 1343, wo „die Verpflichtung eines Dritten für den Schuldner“ als „ein neues Recht“ bezeichnet wird; ferner im § 1350, nach welchem man auch „über erlaubte Handlungen und Unterlassungen in Beziehung auf den Vorteil oder Nachteil, welcher aus denselben für den Sichergestellten entstehen kann“, jedenfalls also für etwas anderes als wozu der Hauptschuldner verpflichtet ist, Bürgschaft leisten kann (was freilich eine nicht ganz korrekte Auffassung des Falles ist). Weiters bestimmt § 1353, §. 2, daß, wer sich für ein verzinsliches Kapital verbürgt, doch nur für jene rückständigen Zinsen haftet, welche der Gläubiger einzutreiben noch nicht berechtigt war. Nach § 1363, §. 2, ist der Bürge bei zeitlich begrenzter Bürgschaft nur bis zum bestimmten Zeitpunkt obligiert. § 1367 setzt für den Fall des Todes des Bürgen eine besondere Präklusivfrist für die Geltendmachung der Ansprüche aus der Bürgschaft fest. Ferner ergeben sich aus den §§ 1348 und 1352 Fälle, wo die Verbindlichkeit des Bürgen einen mehr oder weniger selbständigen Charakter hat. Endlich darf man nicht übersehen, daß selbst in dem Falle, wenn sich Hauptschuldner und Bürge mit denselben Worten zur selben Leistung verpflichten, im Zweifelsfalle die Interpretation des Bürgschaftsvertrages nach Maßgabe des § 915, §. 1, zu einem ganz anderen Resultate führen kann, als die Interpretation der Verbindlichkeit des Hauptschuldners nach § 915, §. 2. Denn wenn der Hauptschuldner sich im Falle einer zweiseitig verbindlichen Hauptobligation undeutlicher Ausdrücke bedient hat, so gereicht ihm das zum Nachteil, während in Ansehung des Bürgen im Gegenteil im Zweifel zu dessen Gunsten anzunehmen ist, daß er eher die geringere Verpflichtung habe auf sich nehmen wollen.

richtige Weg, auf welchem man zu einer theoretisch haltbaren und praktisch befriedigenden Lösung der Frage gelangen kann.

Nach dieser Auffassung gerät der Bürge regelmäßig (über die Ausnahme siehe weiter unten) wie jeder andere Schuldner in Verzug, wenn auf seiner Seite die Voraussetzungen der mora vorhanden sind, wenn also seine Verbindlichkeit fällig und klagbar ist, und er selbst nichtsdestoweniger schuldbarerweise nicht leistet. Regelmäßig wird also Verzug vorliegen, wenn der Bürge am zweiten Tage nach dem dem Hauptschuldner bestimmten Zahlungstage, beziehungsweise, wenn die Hauptobligation keine Zeitbestimmung enthält, am zweiten Tage nach der Einnahmung des Hauptschuldners nicht leistet, im letzteren Falle vorausgesetzt, daß der Gläubiger die Mahnung auch an den Bürgen selbst hat ergehen lassen, im ersteren Falle unter der Bedingung, daß der Hauptschuldner gemahnt ist. Die Mahnung des Hauptschuldners wird immer, das heißt selbst dann erforderlich sein, wenn das Hauptgeschäft auf einen bestimmten Zahlungstermin abgestellt ist. Denn wie wir gesehen haben, ist die Einnahmung des Hauptschuldners unbedingt und unter allen Umständen notwendig, um die Klagbarkeit des Anspruches gegen den Bürgen herbeizuführen (s. oben 2., bes. am Anfang), weshalb sie dann auch eine notwendige Bedingung des die Klagbarkeit des Anspruches voraussetzenden Eintritts des Verzuges bildet. Die Mahnung des Bürgen selbst wird jedoch zur Inverzugsetzung desselben nur dort verlangt werden müssen, wo dem Hauptgeschäfte oder der Bürgschaft selbst kein bestimmter Zahlungstag beigelegt ist, hauptsächlich also in Fällen, wo auch der Hauptschuldner ohnedies gemahnt werden muß. Dagegen darf die Regel dies interpellat pro homine allerdings auch hinsichtlich der zur Inverzugsetzung des Bürgen sonst erforderlichen Einnahmung in denjenigen Fällen Anwendung finden, wo der Hauptobligation ein dies beigelegt ist, da dieser dies regelmäßig wohl auch als der Bürgschaft beigelegt zu gelten haben wird.

Diese Auffassung führt zunächst in den oben erwähnten Fällen, in denen das Akzessorietätsprinzip versagt oder nicht gut erträgliche Konsequenzen mit sich bringt, zu entsprechenden Ergebnissen. So steht in jenen Fällen, wo der Hauptschuldner gar nicht in Verzug kommen kann oder wo der Bürgschaftsvertrag unter einer dem Leistungstermine oder Mahnungstage der Hauptschuld zeitlich nachfolgenden Bedingung oder Zeitbestimmung abgeschlossen wird, nichts entgegen, daß der Bürge selbständig nach allgemeiner Regel wie jeder andere Schuldner in Verzug gerät, das heißt im ersten Falle an dem dem ihm bestimmten Leistungstage folgenden Tage, beziehungsweise an dem der an ihn ergangenen Mahnung folgenden Tage, im zweiten Falle aber frühestens an dem dem Eintritte des Ereignisses oder der Zeitbestimmung folgenden Tage. Weiters wird mit

unserer Entscheidung die mißliche Konsequenz vermieden, daß der Bürge in jenen Fällen, wo der Hauptschuldner selbst gemahnt werden muß, um in Verzug zu geraten, ohne Mahnung in Verzug gerät, somit sichtlich im Verhältnis zu jedem gewöhnlichen Schuldner im Nachtheile ist; nach unserer Auffassung muß auch der Bürge in diesen Fällen zur Zahlung aufgefordert werden, damit Verzug vorliegt. Auch mit § 17, Abs. 2 R. D. setzt uns unsere Entscheidung der Verzugsfrage nicht in Widerspruch, da den Bürgen die Verpflichtung des Gemeinschuldners, beziehungsweise der Konkursmasse, Verzugszinsen vom Tage der Anmeldung der Forderung zu zahlen, in aller Regel nicht trifft. Denn sein Verzug beginnt bei der Sachlage des § 17, Abs. 2 R. D., bei welcher die Verfallszeit der Forderung als nicht bestimmt vorausgesetzt wird, frühestens am Tage nach der an den Bürgen selbst erfolgten Aufforderung zur Zahlung. Ebenso ergibt sich bei Anwendung unserer Regel kein Widerspruch zwischen den Bestimmungen der §§ 1334 und 1355 bei der Konstellation, daß für den Hauptschuldner ein bestimmter Leistungstag festgesetzt ist. Während nämlich nach der erstbehandelten Ansicht der Bürge zugleich mit dem Hauptschuldner, das ist an dem dem Zahlungstage nachfolgenden Tage und somit früher in Verzug gerieth, bevor seine Schuld nach § 1355 überhaupt klagbar geworden ist, kann nach unserer Ansicht von einer mora des Bürgen nicht früher gesprochen werden, bevor der Hauptschuldner gemahnt und damit die Voraussetzung des § 1355 für die Klagbarkeit des Anspruches gegeben ist.

Insbesondere aber finden die Regelfälle, in denen der Bürge lediglich die prinzipale Schuld ohne späteren Zuwachs übernimmt, nach unserer Auffassung eine befriedigende Erledigung. Denn trotzdem ihn die Folgen des Verzuges des Hauptschuldners nicht treffen können, wird er doch nicht ungestraft die Schuld unerfüllt lassen können, da er selbst in Verzug geraten kann und daher auch in diesen Fällen wenigstens die Folgen seiner eigenen mora wird tragen müssen.

In den im Sinne des Gesetzes und der Praxis offenbar die Ausnahme darstellenden Fällen aber, in denen der Bürge sich ausdrücklich in omnem causam verpflichtet²³⁾, scheint unsere Ansicht

²³⁾ Abgesehen von diesen Fällen könnte allenfalls — m. E. aber wohl auch nur de lege ferenda — die Zahlung von Verzugszinsen für den Bürgen vor Eintritt seines eigenen Verzuges nur in Ansehung jenes, regelmäßig wohl sehr kurzen Zeitraumes in Betracht kommen, innerhalb welchen es dem Gläubiger trotz Fälligkeit der Hauptschuld unmöglich war, den Bürgen in Anspruch zu nehmen, z. B. weil sich die Zustellung der Mahnung an den Hauptschuldner aus zufälligen Gründen verzögerte. Treten aber in einem solchen Falle die Voraussetzungen zur Inanspruchnahme des Bürgen ein, so hört der Zinsenlauf sofort auf, wenn der Gläubiger nunmehr die Leistung vom Bürgen nicht ohne Aufschub fordert. De lege lata werden übrigens die meisten hieher gehörigen exzeptionellen Fälle ohnedies durch die Ausnahmsbestimmung des § 1356 a. E. (unbekannter Aufenthalt des Hauptschuldners) gedeckt sein, so daß der Gläubiger

allerdings zu einem bedenklichen Resultate zu führen. Denn in diesen Fällen müßte der Bürge die Folgen des hauptschuldnerischen Verzuges tragen, weil er sie ausdrücklich oder stillschweigend, jedenfalls aber vertragsmäßig auf sich genommen hat; er käme eventuell aber auch selbst als Bürge in Verzug und hätte also auch die Folgen seines eigenen Verzuges zu tragen, das heißt insbesondere nicht nur die Verzugszinsen des Hauptschuldners vom Tage des hauptschuldnerischen Verzuges angefangen in Ansehung der nackten Hauptschuld, sondern auch die gesetzlichen Verzugszinsen von dem Tage seines eigenen Verzuges an, letztere in Ansehung der ganzen hauptschuldnerischen Verbindlichkeit, mithin auch von den hauptschuldnerischen Verzugszinsen zu zahlen. Es muß zugegeben werden, daß dieses Resultat, ganz abgesehen von der Gesetzwidrigkeit²⁴⁾, besonders dann, wenn man sich mehrere Pfandgläubiger denkt, zu einer ganz ungerechtfertigten Bereicherung des Gläubigers²⁵⁾ führen könnte. Allein in diesen Ausnahmefällen wird man leicht helfen können. Man wird in dem ausdrücklich oder stillschweigend abgegebenen Versprechen des Bürgen, die Verzugszinsen des Hauptschuldners zu zahlen, eine Verzichtleistung auf die gesetzlich gewährleistete Behandlung des Bürgen als gewöhnlichen Schuldners erblicken müssen. Weil der Bürge selbst erklärt hat, er verzichte auf das Recht, die Verzugsfolgen erst mit dem Eintritte seines eigenen Verzuges zu tragen und wolle für die Folgen des hauptschuldnerischen Verzuges haften, so geht dieser Parteiwille der dispositiven Vorschrift des Gesetzes vor. In diesen Fällen kommt der Bürge schon zugleich mit dem Hauptschuldner in Verzug, weil er dies eben selbst hat haben wollen und den bezüglichlichen Willen auch ausdrücklich oder stillschweigend erklärt hat. Gegen die Anforderung des Gläubigers aber, daß der Bürge die Verzugszinsen von den hauptschuldnerischen Verzugszinsen zahle, wird der Bürge eine *exceptio doli generalis* (im ursprünglichen Sinne des Wortes) haben, welche darauf fußt, daß in dieser Anforderung ein Mißbrauch des formellen Rechtes zur Erlangung eines Vorteils gelegen ist. Der praktische Unterschied von den Regelfällen wird also bei dieser Sachlage nur darin bestehen, daß der Bürge die Verzugszinsen schon vom Tage des hauptschuldnerischen Verzuges an statt vom Tage des Eintrittes seiner eigenen mora zu tragen hat.

doch auch in den meisten dieser Fälle den Bürgen sofort um Leistung wird angehen können, wodurch ein ungebührlicher Zinsenlauf doch wieder hintangehalten wird.

²⁴⁾ Denn gesetzliche Zinseszinsen laufen abgesehen von den handelsrechtlichen Saldozinsen nach Art. 291 S. G. B. nur in Ansehung bereits eingeklagter fälliger Zinsen gemäß § 3, lit. b, Ges. v. 14. Juni 1868, R. G. B. Nr. 62.

²⁵⁾ Denn die Verzugszinsen sollen doch nur ein im Vorhinein durch das Gesetz bestimmtes Äquivalent für das dem Gläubiger durch nicht rechtzeitige Leistung entgangene Interesse darstellen; den Gläubiger Nutzen aus dem Verzuge des Schuldners ziehen zu lassen, wäre absurd.

Abgesehen von diesen Ausnahmefällen ergeben sich im einzelnen folgende Möglichkeiten:

α) Weder die Hauptobligation noch die Bürgschaft enthält einen Zahlungstag.²⁶⁾ Dann gerät der Hauptschuldner am ersten Tage nach der an ihn erfolgten Einnahmung²⁷⁾ in Verzug. Die mora des Bürgen dagegen tritt frühestens am zweiten Tage nach der Mahnung des Hauptschuldners ein, vorausgesetzt, daß der Bürge selbst am selben Tage wie der Hauptschuldner zur Leistung aufgefordert worden ist. Anderenfalls immer erst am ersten Tage nach der Mahnung des Bürgen.

β) Nur die Hauptobligation enthält eine Zeitbestimmung, der Bürgschaft selbst ist kein besonderer dies beigelegt.²⁸⁾ Bei dieser Konstellation kommt der Hauptschuldner an dem dem Leistungstage nachfolgenden Tage in Verzug. Die mora des Bürgen tritt frühestens mit dem zweiten Tage nach dem Zahlungstage ein, jedoch vorausgesetzt, daß der Hauptschuldner zur Zahlung gemahnt wurde. Eine Mahnung des Bürgen ist in diesem Falle nicht erforderlich.

γ) Der Hauptschuldner verpflichtet sich pure, der Bürge unter einer Zeitbestimmung.²⁹⁾ Hier wird vorausgesetzt, daß diese Zeitbestimmung zeitlich der Mahnung des Hauptschuldners nachfolgt; denn sonst läge ja für den Hauptschuldner und daher auch für den Bürgen überhaupt noch keine Verpflichtung zur Leistung vor. Bei solcher Sachlage gerät der Hauptschuldner am Tage nach der an ihn ergangenen Mahnung in Verzug. Den Bürgen interpelliert hier sein dies, so daß er an dem diesem Tage folgenden Tage in Verzug kommt.

δ) Sowohl der Hauptobligation als der Bürgschaft ist ein bestimmter Leistungstag beigelegt³⁰⁾, und zwar beiden ein verschiedener,

²⁶⁾ In diesem Falle werden Hauptobligation und Bürgschaftsverbindlichkeit sofort fällig. (Vgl. oben im Texte unter 1 b.) Klagbar ist die Verbindlichkeit des Hauptschuldners ebenfalls sogleich. Die Klagbarkeit der Bürgenschuld setzt aber erst nach erfolgter Einnahmung des Hauptschuldners ein, und zwar, da der Hauptschuldner noch den ganzen Tag über leisten kann und dem Bürgen der darauffolgende Tag ganz zur Leistung offen stehen wird, erst an dem dem Einnahmungstage zweitfolgenden Tage.

²⁷⁾ Der Einnahmung steht allenthalben die Anmeldung der Forderung im Konkurse der einzumahnenden Person gleich (§ 17, Abs. 2 Konk. O.)

²⁸⁾ Bei dieser Sachlage wird die Hauptschuld am Zahlungstage fällig und am darauffolgenden Tage klagbar. Die Bürgschaftsobligation wird am Tage nach dem Zahlungstage fällig und frühestens an dem diesem Tage folgenden Tage klagbar, vorausgesetzt, daß der Hauptschuldner zur Zahlung gemahnt ist, was in diesem Falle frühestens an dem dem Zahlungstage folgenden Tage geschehen kann.

²⁹⁾ In diesem Falle wird die Hauptschuld sofort fällig und klagbar. Die Verbindlichkeit des Bürgen ist an dem der Bürgschaft selbst beigelegten Leistungstage fällig und an dem diesem Tage folgenden Tage klagbar.

³⁰⁾ Die Hauptschuld wird bei dieser Konstellation an dem für den Hauptschuldner bestimmten Leistungstage fällig und an dem diesem Tage folgenden Tage klagbar. Der Bürge ist frühestens an dem ihm selbst bestimmten Zeit-

da sonst das unter β Gesagte zutrifft. Auch hier wird außerdem aus dem unter γ angeführten Grunde vorausgesetzt, daß der dem Bürgen bestimmte Leistungstag einen später eintretenden Zeitpunkt darstellt als der dem Hauptschuldner bestimmte dies. In diesem Falle gerät der Hauptschuldner mit dem seinem Zahlungstage nachfolgenden Tage in Verzug; ebenso beginnt die mora des Bürgen an dem Tage, welcher dem dem Bürgen bestimmten Leistungstage nachfolgt, dies aber unter der Voraussetzung, daß der Hauptschuldner zur Zahlung gemahnt ist.

Soweit ich sehe, sind die Ergebnisse, zu denen man gelangt, durchaus annehmbar. Daß in den Fällen β und δ der Hauptschuldner gemahnt werden muß, obwohl ein bestimmter Leistungstag festgesetzt ist, darf nicht befremden. Es folgt dies aus dem verschiedenen Zweck, den die Mahnung nach § 1334 einerseits und jene des § 1355 andererseits verfolgt, auf welche Verschiedenheit wir in unserer mehrzitierten Abhandlung „Gerichtlicher Vergleich usw.“ S. 17, 18 hingewiesen haben. Während die Mahnung nach § 1334 den Schuldner zur Leistung veranlassen und ihn in Verzug setzen soll, bezweckt die Mahnung nach § 1355 die Feststellung des Umstandes, daß der Hauptschuldner nicht leisten wolle, damit der Anspruch gegen den Bürgen durchgesetzt werden kann. Dieser verschiedenen ratio zufolge ist die Mahnung nach § 1355 selbst dann erforderlich, wenn ein Zahlungstag festgesetzt ist, weil hiedurch allein die Nichtbereitschaft des Hauptschuldners zur Leistung noch nicht dargetan erscheint. Man dürfte also, wie wir glauben, an der Hand unserer Entscheidung mit dem Gesetze nicht in Konflikt kommen und mit ihr praktisch befriedigende Resultate erzielen.

Das längere Verweilen bei dieser letzten Frage erscheint durch den Hinweis auf den Umstand genügend gerechtfertigt, daß eine Entscheidung derselben, abgesehen von einer in der gegebenen Form kaum zutreffenden, einer eingehenderen Begründung entbehrenden Bemerkung bei *H a s e n ö h r l*³¹⁾ für

punkte zur Leistung verpflichtet; klagbar wird seine Verpflichtung an dem diesem Tage folgenden Tage, hier aber vorausgesetzt, daß der Hauptschuldner vorher zur Zahlung gemahnt worden ist.

³¹⁾ *H a s e n ö h r l* sagt in seinem *Obl. R.*, II. Bd., S. 276: „Der Bürge hat (also) für die Folgen des Verzuges zu haften, sowohl wenn der Hauptschuldner als auch wenn er selbst in Verzug gesetzt worden ist. Insbesondere trifft ihn in beiden Fällen die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen. Der Grund dieser Sätze liegt in dem Zwecke der Bürgschaft, durch welche der Gläubiger überhaupt gegen obligationswidrige Handlungen und Unterlassungen gesichert werden soll.“ An anderer Stelle (S. 273) wird gesagt, daß die Frage, ob sich die Haftung des Bürgen auch auf die „Nebenverpflichtungen“ des Hauptschuldners erstrecke, Sache der Auslegung des Bürgschaftsvertrages sei und daß meistens die Ausdehnung dieser Haftung nur dann angenommen werden könne, wenn der Bürge von dem Vorhandensein der Nebenverpflichtungen bei Übernahme der Bürgschaft Kenntnis hatte, oder wenn aus dem Bürgschaftsvertrage zu entnehmen sei, daß der Bürge sich überhaupt für alle Verbindlichkeiten

das österreichische Recht, soweit mir bekannt, nicht versucht worden,

des Hauptschuldners verbürgen habe wollen. Als Beispiele für „Nebenverpflichtungen“ sind in der Ann. 45 zwar nur die Konventionalstrafe und die Prozeßkosten angeführt. Unter diesen Begriff ließe sich aber auch allenfalls die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen subsummieren. Sollten diese unter den Nebenverpflichtungen auch gemeint sein, dann läge ein Dissens zwischen den zitierten Stellen vor. U. E. wäre aber dann der letzterwähnten S. 273 geäußerten Ansicht ohne weiteres zuzustimmen. Auch wir sind der Ansicht, daß, wenn der Bürgschaftsvertrag die Übernahme sämtlicher hauptschuldnerischen Verpflichtungen ausdrücklich in sich aufgenommen hat, der Bürge auch die Verzugszinsen vom Tage des Eintrittes der hauptschuldnerischen mora leisten muß. (In diesem Sinne auch Preuß. L. R. I, 14, § 269.)

Zur Begründung der erstzitierten Entscheidung beruft sich Hagenöhrl auf einige römische Quellenstellen (so die l. 24, § 1, D. 22, 2; l. 49 pr., l. 88, 91, § 4, D. 45, 1; l. 58, § 1, D. 46, 1, u. a.), welche jedoch, insofern sie hier in Betracht kommen, die Ansicht Hagenöhrls zu unterstützen u. E. nicht geeignet sind. So bestimmt beispielsweise die l. 91, § 4, D. 45, 1: *Accessionibus quoque suis, id est fideiussoribus, perpetuant obligationem, quia in totam causam sponponderunt*, die l. 5, C. 4, 54: *Nam si initio contractus non es pactus, si coeperis experiri, ex mora dumtaxat usuras tam ab ipso debitore quam ab eo, qui in omnem causam empti suam fidem adstrinxit, de iure postulabis*. Besonders lehrreich ist aber die Paulus-Stelle in l. 54 pr., D. 19, 2: *Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras: usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiantur, quam ex officio iudicis applicentur, tamen, cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: „in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide sua esse iubes?“ vel ita: „indemnem me praestabis?“* Die zitierten Stellen dürften der Mehrzahl nach nur beweisen, daß, wenn sich jemand in omnem causam oder in totam causam verpflichtet hat, er auch die Verzugszinsen zahlen muß, was auch unsere Ansicht ist. Besonders die letztzitierte Stelle, an der ausdrücklich das obligare und se applicare in omnem causam zur Bedingung gemacht wird, und diese Fälle der Schadloshbürgschaft gleichgestellt werden, weist darauf hin, daß hier in dem obligare i. o. c. ein stillschweigendes Versprechen der Leistung von Verzugszinsen erblickt wird. Daß der Bürge ohne weiteres in omnem causam hafte, dürfte schon nach römischem Rechte kaum behauptet werden können. (So auch Mabat, Lehre von der mora, § 57, Hagenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechtes, S. 268 ff. u. a. m.) Im übrigen soll auf diese schon für das gemeine Recht (nach französischem Rechte, Code civil, Art. 2016, hafte der Bürge im Falle des „cautionnement indéfini“ allerdings „à tous les accessoires de la dette“) freitige Frage (vgl. beispielsweise Windscheid-Kipp, Pandekten, II. Bd., S. 1021, Nr. 26, Arndts, Pandekten, § 354, Holzschuber, Theorie und Kasuistik des gem. Rechtes, III. Bd., S. 981 f. und die am letztgenannten Orte Verufenen) hier nicht näher eingegangen werden, weil wir gegen Hagenöhrl der Ansicht sind, daß die Dinge in Ansehung des österreichischen Rechtes mit Rücksicht auf § 1353, S. 1, wohl anders stehen als nach gemeinem Rechte: Während sich auf Grund des letzteren vielleicht noch darüber streiten läßt, ob das obligare in omnem causam nicht als das von vornherein Selbstverständliche der fideiussio anzusehen sei, kann von einer solchen Annahme, will man dem Gesetze nicht Gewalt antun, nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche nicht die Rede sein. Geht die Willenserklärung nicht ausdrücklich auf die omnis causa, so ist nach österreichischem Rechte eine derartige Verpflichtung und daher auch das Hafsten für mora nicht anzunehmen, wobei aber freilich nicht

und daß andererseits dieser Gegenstand praktisch doch keineswegs belanglos ist.³²⁾

übersehen werden darf, daß sich diese „ausdrückliche Erklärung“ nicht wortwörtlich auf die Verzugsfolgen zu beziehen braucht. „Ausdrücklich“ im Sinne des § 1353 wird vielmehr die Erklärung nicht nur dann sein, wenn sich der Bürge ausdrücklich zur Zahlung von Verzugszinsen verbindet, sondern auch schon dann, wenn er beispielsweise sich dahin erklärt, daß er für die ganze Schuld, wie der Hauptschuldner selbst, oder für die ganze Schuld samt allem Anhang, oder für die Schuld und alles, was sich daraus noch entwickeln mag u. dgl., gutstehen wolle.

Was aber die Begründung der Hagenöhrlichen Ansicht mit dem Zwecke des Gesetzes anlangt, so läßt sich damit schwer operieren. Denn daß es ratio legis sei, daß der Bürge von vornherein für alles hafte, daß der Gläubiger für alles, was der Schuldner schließlich leisten muß, im Bürgen seinen Zahler finden soll, ist u. E. erst zu beweisen. Das Gesetz (§ 1353, E. 1) spricht übrigens klar dagegen. Der Wille des Bürgen aber wird zweifellos in den wenigsten Fällen, wo letzterer nicht ausdrücklich alle Leistungen auf sich nimmt, erweislich dahin gehen, sich dem Schuldner gewissermaßen auf Gnade und Ungnade zu ergeben und für alles haften zu wollen, was immer aus der ursprünglichen Schuld ohne seinen Willen und seine Kenntnis sich entwickeln möge. Ist aber sein Wille wirklich darauf gerichtet, so wird er — dies lehrt uns das praktische Leben — in neunundneunzig unter hundert Fällen sich als Bürge und Zahler nach § 1357 verpflichten und dann ohnedies als Korrealschuldner für die mora des Hauptschuldners haften (§ 891 a. b. G. B., so auch Preuß. L. R., I, 14, §§ 270, 269). Unter allen Umständen führt aber die Hagenöhrliche Anschauung in der uneingeschränkten Form, wie sie hingestellt ist, zu dem u. E. nicht gut haltbaren Ergebnisse, daß der Bürge Verzugszinseszinsen zahlen muß.

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß die modernen Gesetzbücher und Entwürfe (§ 1456 Säch. B. G. B., § 767, E. 2 Deutsch. B. G. B., Art. 499, E. 1 Schweiz. Obl. R., § 1226, Abs. 2 Ung. Entw.) ausdrücklich bestimmen, der Bürge habe ohne weiteres für die gesetzlichen Folgen des Verzuges des Hauptschuldners zu haften. Uns scheint diese Bestimmung einerseits mit Rücksicht auf den Umstand, daß die zitierten Gesetze (allerdings nicht auch das säch. B. G. B. und der ung. Entwurf) zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages schriftliche Form verlangen (§ 766, E. 1 Deutsch. B. G. B., Art. 491 Schweiz. Obl. R.) und somit bei Aufnahme der Urkunde genügend Gelegenheit ist, eine derartige, regelmäßige nicht in der Intention der Parteien (anderer Ansicht Koban a. a. O.) gelegene Vereinbarung in das Schriftstück aufzunehmen, nicht erforderlich, andererseits nur geeignet, den ohnedies in raschem Niedergange begriffenen Personalkredit noch mehr zu schädigen.

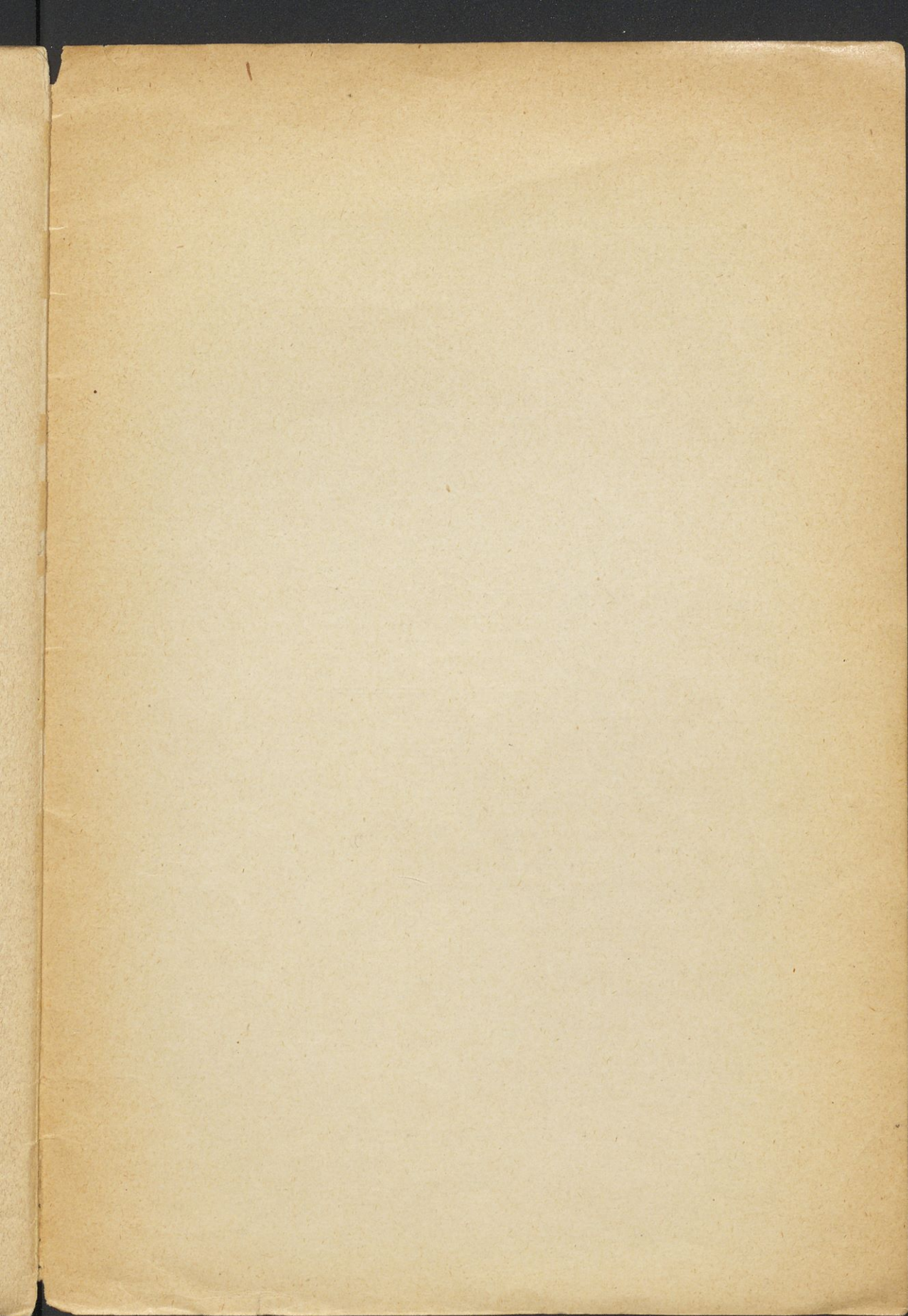
³²⁾ Am aller empfindlichsten macht sich eine unrichtige rechtliche Auffassung in dieser Beziehung bei Fällung von Veräumnisurteilen bemerkbar (näheres hierüber lehrt der Fall aus der Praxis, den unsere mehrfach zitierte Schrift zum Gegenstand hat).

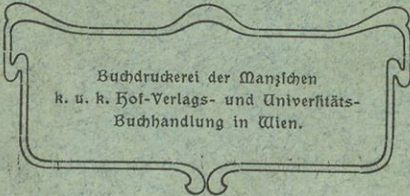
NARODNA IN UNIVERZITETNA
KNJIŽNICA



00000515448







Buchdruckerei der Manzischen
k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-
Buchhandlung in Wien.