

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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 42 (1923)

Artikel: Zum Regress des Bürgen

Autor: Tuhr, Andreas von

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896510>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 25.07.2025

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

Zum Regress des Bürgen.

Von Prof. ANDREAS von TUHR, Zürich.

I.

Das intrikateste Kapitel des Bürgschaftsrechts ist zweifellos der Regress, und zwar nicht nur im OR, sondern auch im gemeinen Recht und im BGB, sowie im Code civil. Und doch sollte man meinen, dass die Regressfrage, wenn man von Mitbürgen absieht, keine Schwierigkeit bieten könne. Denn Ziel und Zweck des Regresses ist sehr einfach: dem Bürgen soll, was er hat zahlen müssen, vom Schuldner vergütet werden. Die Schwierigkeiten entstehen daraus, dass dies Ziel in allen modernen Gesetzen auf zwei Wegen verfolgt werden kann, welche in der Hauptsache parallel verlaufen, aber in Einzelheiten von einander abweichen und sich in verwirrender Weise kreuzen.

Der eine Weg, den das OR, wie die übrigen Gesetze, als den normalen zu betrachten scheint, ist die sog. Surrogation: auf den Bürgen, sagt Art. 505, gehen in derselben Masse, als er den Gläubiger befriedigt hat, dessen Rechte über. In dieser vom Gesetz sanktionierten Konstruktion liegt ein unheilbarer logischer Widerspruch, aus welchem sich mit Notwendigkeit weitere Komplikationen ergeben. Denn wie soll, fragt der an das Gesetz herantretende Jurist, wie soll die Forderung des Gläubigers, welche nach Art. 114 durch Befriedigung erloschen ist, wie soll sie auf den Bürgen übergehen können? Diese Auffassung kommt in Kollision mit unseren grundlegenden Vorstellungen einerseits von der Erfüllung und andererseits von der Zession. Daher verzichtet ein gründlicher

Bearbeiter der Surrogationslehre, Dr. W. Vischer, auf eine logische Rechtfertigung dieses Gedankens und sagt mit verständiger Resignation¹⁾: „wir nehmen an, die Sache verhält sich so, und konstatieren ihre Zweckmässigkeit“. Das Nachrücken des Bürgen in die Forderung des Gläubigers ist eine Erfindung der römischen Juristen: sie machten es dem Gläubiger zur Pflicht, die Forderung bei ihrer Befriedigung an den zahlenden Bürgen abzutreten,²⁾ und suchten diese Konstruktion damit zu rechtfertigen, dass die Zahlung des Bürgen als Kaufpreis für die abgetretene Forderung betrachtet werden solle.³⁾ Diesen gewundenen Gedankengang haben aber die Römer, soviel ich sehe, nur dazu verwendet, um den in ihrem System fehlenden Regress unter Mitbürgen oder Solidarschuldnern herzustellen, nicht dagegen, um dem Bürgen gegen den Hauptschuldner zu helfen.⁴⁾

Dazu diene ihnen der andere Weg, der für den unbefangenen Betrachter der natürliche und selbstverständliche ist. Ich meine die Ansprüche aus dem zwischen Bürgen und Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnis, welche Art. 505 III dem Bürgen neben der Surrogation ausdrücklich vorbehält. Solche Ansprüche hat der Bürge in der Regel als Beauftragter des Schuldners nach Art. 402, oder als Geschäftsführer ohne Auftrag

1) Zeitschr. f. schweiz. R. N. F. 7 S. 8.

2) Beneficium cedendarum actionum, Windscheid § 481 Anm. 8. Aus der Abtretungspflicht ist im modernen Recht ein gesetzlicher Übergang der Forderung geworden.

3) Dass ein wirklicher Kauf nicht vorliegt, ergibt sich aus der Erwägung, dass niemand zum Verkauf seiner Forderung gezwungen werden kann, während der Gläubiger vom Bürgen Zahlung gegen Abtretung der Forderung annehmen muss.

4) Überall, wo die römischen Juristen vom Regress des Bürgen gegen den Schuldner sprechen, wird nur die *a. mandati* oder *neg. gestorum* erwähnt. Nur in einer Codexstelle, *c. 14 § 1 de fid. 8, 40*, wird die Abtretung der Forderung als Voraussetzung des Übergangs der Pfandrechte auf den Bürgen genannt, vergl. E. Levy, *Sponsio* 206.

nach Art. 422, oder endlich, was oft übersehen wird, aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62; denn wenn der Bürge zahlt, erwächst aus seinem Vermögen für den Schuldner eine Bereicherung durch Wegfall seiner Verpflichtung. Diese Ansprüche genügen vollkommen, um dem Bürgen den ihm gebührenden Regress zu verschaffen. Wenn die gemeinrechtliche Jurisprudenz und ihr folgend die moderne Gesetzgebung trotzdem den Surrogationsgedanken aufgriff und auf den Regress des Bürgen gegen den Schuldner anwandte, so hatte das nur einen praktischen Zweck: dem Bürgen zur Sicherung seines Regresses die dem Gläubiger haftenden Pfänder zu verschaffen.⁵⁾ Dies Resultat glaubte man am einfachsten dadurch zu erreichen, dass man die Forderung des Gläubigers mit ihren Nebenrechten auf den zahlenden Bürgen übergehen liess. Die dadurch entstehende Konkurrenz zweier Ansprüche zur Erreichung desselben Erfolges ist aber ein künstliches Gebilde und führt mit Notwendigkeit zu einer unübersichtlichen und verwirrenden Gestaltung der Rechtsverhältnisse. Denn die beiden Regressansprüche des Bürgen, aus Surrogation und aus dem inneren Verhältnis zum Schuldner, decken sich nicht vollständig. Einerseits kann es vorkommen, dass die Surrogation, da sie nichts anderes voraussetzt, als Befriedigung des Gläubigers, dem Bürgen einen Anspruch verschafft, während er in seinem Verhältnis zum Schuldner aus besonderem Grunde nicht oder nicht in vollem Mass regressberechtigt ist, z. B. weil er sich schenkungshalber oder in eigener Angelegenheit (*in rem suam*) verbürgt hat, oder weil er die Befriedigung des Gläubigers mit einer Aufwendung bewirkt hat, die geringer war als der Betrag der Forderung.⁶⁾ Die Surrogation darf aber (da sie nur

⁵⁾ Da es bei der Surrogation auf die Pfandrechte des Gläubigers ankommt, spricht Art. 505 I vom Übergang nicht der Forderung, sondern der Rechte des Gläubigers.

⁶⁾ Wenn der Bürge die Schuld im Betrag von 100 durch Hingabe von Sachen tilgt, welche weniger als 100 wert sind, so

den Übergang der Pfandrechte vermitteln soll) dem Bürgen nicht mehr verschaffen, als ihm nach seinem Verhältnis zum Schuldner gebührt⁷⁾; daher sind in Art. 505 II dem Schuldner die Einreden aus diesem Rechtsverhältnis vorbehalten.⁸⁾

Andererseits geht der Erstattungsanspruch des Bürgen aus Auftrag oder Geschäftsführung in einigen Punkten weiter, als die durch Surrogation erworbene Forderung: er umfasst nach Art. 402 und 422 gesetzliche Zinsen für alle Auslagen (also auch für die vom Bürgen gezahlten rückständigen Zinsen), während die Surrogation dem Bürgen nur die von ihm bezahlte Forderung und die vom Kapitalbetrag dieser Forderung laufenden Zinsen⁹⁾ verschafft.¹⁰⁾ Ferner kann der Erstattungsanspruch aus Auftrag oder Geschäftsführung auch die Kosten eines Prozesses enthalten, den der Bürge im Interesse des Schuldners geführt hat. Zu diesen Verschiedenheiten im Betrag der *actio cessa* und des Anspruchs aus dem inneren Verhältnis kommt möglicherweise hinzu eine

hat er als Auslagen im Sinn von Art. 402 nur den Wert dieser Sachen zu verlangen.

⁷⁾ So auch im franz. Recht, Planiol II. No. 511.

⁸⁾ Wenn der Bürge, statt die Forderung zu bezahlen, sie vom Gläubiger durch freiwillige Abtretung (in der Schriftform der Art. 165) erwirbt, geht sie nach Zessionsgrundsätzen im Nominalbetrag über, auch wenn der Bürge weniger für sie bezahlt hat. Bei den Römern galt diese Handlungsweise des Bürgen als Verstoss gegen die sein Mandatsverhältnis zum Schuldner beherrschende *bona fides*, fr. 59 § 1 mand. 17, 1. Dasselbe möchte ich für unser Recht annehmen und dem Bürgen nicht erlauben, mit der gekauften Forderung mehr zu verlangen, als er selbst gezahlt hat.

⁹⁾ Man könnte zweifeln, ob der laufende Zins auf den Bürgen übergeht, da er insofern den Gläubiger nicht befriedigt hat. Aber der laufende Zins ist ein Nebenrecht der durch Surrogation auf den Bürgen übergehenden Forderung und daher nach Art. 170 als mitübergegangen zu betrachten, vergl. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 33 S. 256.

¹⁰⁾ Bei dieser Berechnung darf aber der Bürge im Resultat nicht mehr erhalten, als sich für ihn aus Art. 402 ergibt.

verschiedene Verjährung beider Ansprüche, da der Erstattungsanspruch aus Auftrag oder Geschäftsführung frühestens mit der Zahlung des Bürgen zu verjähren beginnt.

Auch für die in Art. 506 II und 507 geregelten Tatbestände muss die Entscheidung verschieden ausfallen, je nachdem man die Surrogation oder den Regress aus dem inneren Verhältnis des Bürgen in Betracht zieht. Nach Art. 506 II soll der Bürge seinen Rückgriff verlieren, wenn er eine dem Schuldner zustehende Einrede unbenutzt lässt, ausser wenn er die Einrede ohne sein Verschulden nicht gekannt hat. Diese Vorschrift ist nur zu verstehen, wenn man an die *actio mandati* denkt, wie die Pandektenstelle,¹¹⁾ welche hier dem OR zugrundeliegt; der Regress des Bürgen hängt nach Art. 402 davon ab, dass er in richtiger Ausführung seiner Auftragspflichten zahlt. Dagegen ist die Surrogation jedenfalls ausgeschlossen, auch wenn den Bürgen kein Verschulden trifft; denn da der Anspruch des Gläubigers mit einer Einrede behaftet ist, müsste diese Einrede nach Art. 169 auch dem Bürgen entgegenstehen.

Auch Art. 507 stammt aus der *actio mandati*,¹²⁾ welche durch auftragswidriges Verhalten des Bürgen (unterlassene Anzeige der Zahlung) verloren geht. Dagegen verliert der Bürge die durch Surrogation auf ihn übergegangene Forderung nach Art. 167 schon dadurch, dass der Hauptschuldner in gutem Glauben an seinen früheren Gläubiger leistet; dieser Verlust würde auch dann eintreten, wenn die Anzeige von der Zahlung des Bürgen pflichtgemäss abgesendet wäre, aber den Schuldner nicht erreicht hätte. Art. 507 II bestimmt, dass die Forderung gegen den Gläubiger aus ungerechtfertigter Bereicherung vorbehalten bleibt. Das ist selbstverständlich, da der Gläubiger bereits Zahlung erhalten hat. Aber in Art. 507 II ist nicht gesagt, ob diese Rückforderung dem Haupt-

¹¹⁾ L. 29 pr. mand. D. 17, 1.

¹²⁾ L. 29 § 3 eod.

schuldner oder dem Bürgen zusteht.¹³⁾ Da der Schuldner eine durch Zahlung des Bürgen bereits getilgte Schuld nochmals zahlt, muss die Rückforderung ihm zustehen, er muss sie aber, wie die Pandektenstelle besagt, dem Bürgen abtreten, wenn er ihm infolge der unterlassenen Anzeige den Regress verweigert. Vom Standpunkt der Surrogation ergibt sich das entgegengesetzte Resultat: die Forderung des Gläubigers ist durch seine Befriedigung auf den Bürgen übergegangen; wenn der Gläubiger nochmalige Zahlung vom Schuldner entgegennimmt, verfügt er über eine ihm nicht mehr zustehende Forderung und bereichert sich auf Kosten des Bürgen; daher hat der Bürge einen Bereicherungsanspruch,¹⁴⁾ welchen er seinerseits dem Hauptschuldner abtreten muss, wenn er nach Art. 507 I gegen ihn Regress nehmen kann. In der Regel wird der Schuldner vorziehen, dem Bürgen gegen Abtretung der *condictio indebiti* den Regress zu verweigern. Aber ausnahmsweise kann es ihm vorteilhafter sein, die Auslagen des Bürgen zu ersetzen und die *cond. indebiti* zu behalten.¹⁵⁾ Man wird es ihm m. E. gestatten müssen, da die Surrogation im Sinn des Art. 505 III dem Bürgen keine bessere Stellung gegenüber dem Hauptschuldner verschaffen soll, als sich aus dem Mandatsverhältnis ergibt.

Auch in prozessualischer Beziehung kann die Surrogation Anlass zu Zweifeln geben. Wenn z. B. der Bürge seinen Regress nur aus Art. 505 begründet, ohne sein Rechtsverhältnis zum Schuldner zur Sprache zu bringen, und abgewiesen wird (z. B. weil die Tatsache der Befriedigung unbewiesen bleibt), so muss bei Annahme einer Konkurrenz von Ansprüchen ihm gestattet sein, eine zweite Klage zu erheben, in welcher er sich nur auf das

¹³⁾ Der dem Art. 507 zugrundeliegende Art. 2031 Code C. hat die Rückforderung ausdrücklich dem Bürgen zugeschrieben.

¹⁴⁾ Becker, Bem. 3 zu Art. 62.

¹⁵⁾ Z. B. wenn er die *condictio* gegen eine Forderung des inzwischen in Konkurs geratenen Gläubigers verrechnen will.

innere Verhältnis stützt. Auch dann, wenn der Beklagte sich einredeweise (Art. 505 III) auf dies Verhältnis berufen hat?

II.

Besondere Schwierigkeiten bietet die Surrogation für den Fall, dass der Bürge einen Teil der Hauptschuld zahlt. Nach Art. 505 erfolgt die Surrogation „in demselben Mass, als der Bürge den Gläubiger befriedigt“, d. h. der Bürge erwirbt den von ihm gezahlten Teil der Forderung, während die Restforderung dem Gläubiger verbleibt. Für beide Forderungen haftet das vom Schuldner bestellte Pfand. Das ist so zu denken, dass aus diesem Pfandrechte mit der Zerlegung der Forderung zwei Pfandrechte entstanden sind, von denen das eine dem Gläubiger für seine Restforderung verblieben, das andere dem Bürgen für die auf ihn übergegangene Forderung zugefallen ist. In welchem Range stehen beide Pfandrechte? Da sie durch Zerlegung eines Pfandrechtes entstanden sind, müsste man nach dem Prinzip der Priorität gleichen Rang annehmen. Aber nach einer alten Regel des Subrogationsrechtes (*nemo subrogat contra se*) hat Code civil art. 1252¹⁶⁾ und BGB § 774¹⁷⁾ dem Gläubiger für seine Restforderung den Vorzug vor dem Bürgen für seine durch Subrogation erworbene Forderung gegeben, während das ital. Gesetz Art. 1254 den subrogierten Bürgen dem Gläubiger im Pfandrecht gleichstellt. Im alten OR Art. 504 war diese Frage nicht entschieden und daher kontrovers. Der einzige Schriftsteller, der diese Frage im schweizerischen Recht eingehend untersucht hat,¹⁸⁾ befürwortete das französische Prinzip. Die Revision hat, ohne diese wertvolle Vorarbeit zu berücksichtigen, die Frage unbe-

¹⁶⁾ La subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie.

¹⁷⁾ Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden.

¹⁸⁾ Vischer, a. a. O. S. 41 fg.

antwortet gelassen. Im Kommentar von Oser ist sie nicht erwähnt, während Becker in Bem. 8 zu Art. 110 den Satz: *nemo subrogat contra se* als ohne weiteres geltend darstellt,¹⁹⁾ obgleich es m. E. durchaus nicht selbstverständlich ist. Für die Geltung dieses Satzes kann und muss man sich aber darauf berufen, dass das SchKG in Art. 217 für den analogen Fall, dass der Gläubiger im Konkurs des Schuldners mit einem Bürgen zusammentrifft, welcher eine Teilzahlung gemacht hat, dem Gläubiger eine über die deutsche Konkursordnung hinausgehende²⁰⁾ Begünstigung zuteil werden lässt: der Bürge wird, solange der Gläubiger nicht voll befriedigt ist, mit seiner Regressforderung im Konkurse des Schuldners nicht berücksichtigt. Was aber im Konkurse gilt, in welchem die Konkursmasse für die Restforderung des Gläubigers und die Regressforderung des Bürgen das gemeinsame Haftungsobjekt darstellt, muss m. E. auch dann gelten, wenn für beide Forderungen ein einzelner Gegenstand pfandmässig haftet.²¹⁾

III.

Bei totaler Befriedigung des Gläubigers gehen seine Rechte nach Art. 505 in vollem Masse auf den Bürgen über. Bei der Ausübung dieser Rechte kann der Bürge mit dem Gläubiger, den er befriedigt hat, in Kollision ge-

¹⁹⁾ Rossel, Nr. 231, erwähnt die Regel nicht und scheint sie abzulehnen.

²⁰⁾ Nach deutschem Konkursrecht (Jäger, Anm. 26 zu KO § 3) kann der Gläubiger, der vor dem Konkurs Teilzahlung erhalten hat, nur den Rest seiner Forderung anmelden.

²¹⁾ Die Zurücksetzung des Bürgen im Konkurs bezieht sich nicht bloss auf die *a. cessa*, sondern ebensogut auf die Ansprüche aus seinem inneren Verhältnis zum Schuldner. Denn Art. 217 SchKG spricht vom Rückgriffsrecht ohne den Grund dieses Rechtes zu bezeichnen. Dagegen kommt beim Pfand nur die *a. cessa* in Betracht, weil der Zugriff des Bürgen auf die dem Gläubiger bestellten Pfänder nur durch die Surrogation vermittelt wird.

raten, wenn der Gläubiger an derselben Sache, welche für die auf den Bürgen übergegangene Forderung haftet, ein weiteres gleichstehendes Pfandrecht für eine andere (nicht verbürgte) Forderung hat, oder wenn der Bürge im Konkurs des Hauptschuldners seine subrogierte Forderung anmeldet und dadurch wie die übrigen Konkursgläubiger, so auch den von ihm befriedigten Gläubiger bezüglich einer anderen ihm zustehenden Forderung schädigt. Im deutschen Recht ist es streitig,²²⁾ ob der Satz *nemo subrogat contra se* auf diesen Fall anzuwenden sei, d. h. ob der voll zahlende Bürge mit seinem Pfandrecht hinter das Pfandrecht des Gläubigers für dessen andere Forderung zurücktreten und im Konkurs des Hauptschuldners die auf die subrogierte Forderung entfallende Dividende an den Gläubiger abtreten müsse. Eine so weit gehende Bevorzugung des Gläubigers vor dem Bürgen ergibt sich m. E. nicht aus dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis;²³⁾ es kann aber vorkommen, dass der Gläubiger Wert darauf legt, im Bürgschaftsvertrag auszubedingen, dass der Bürge mit seinem Regress zurückstehen soll, bis der Gläubiger für alle seine Forderungen gegen den Hauptschuldner voll befriedigt ist. Gegen Verabredungen dieses Inhaltes richtet sich die bei der Revision in Art. 505 II neu aufgenommene und meines Wissens in keinem anderen Gesetz vorkommende Bestimmung: „auf diesen Übergang der Gläubigerrechte kann nicht zum voraus verzichtet werden.“ Ich glaube, dass diese, aus dem Zufall der Beratung hervorgegangene,²⁴⁾ Vorschrift sich *de lege ferenda* kaum rechtfertigen lässt. Warum soll es dem Bürgen nicht freistehen, eine zweite Forderung des Gläubigers, für die er sich nicht verbürgen will, wenigstens insofern sicherzustellen, als er dem Gläu-

²²⁾ Reichsg. 76 S. 198, 82 S. 135. Planck, Bem. 8, Oertmann, Bem. 6 zu § 268, Enneccerus § 246 Anm. 6, § 414 Anm. 6. Staudinger § 268, 4.

²³⁾ So auch Planiol II Nr. 518.

²⁴⁾ Prot. der Expert.komm. vom 20. Oktober 1908 S. 1.

biger verspricht, mit seinem Regress zu warten, bis diese zweite Forderung befriedigt ist? Diese Verabredung bedeutet doch für den Bürgen eine geringere Belastung, als wenn er, was ihm zweifellos freisteht, auch für diese Forderung Bürgschaft übernommen hätte. Und ferner: warum soll der Bürge bezüglich seiner Regressforderung diese Verabredung nicht treffen können, während jeder sonstige Gläubiger C, der mit dem Gläubiger X konkurriert, mit X verabreden kann, dass er im Konkurs des gemeinsamen Schuldners oder auch ausserhalb des Konkurses soweit zurückstehen will, als durch seine Forderung die Befriedigung des X beeinträchtigt würde? Allerdings verliert durch solche Verabredung der Gläubiger C nicht das Recht, seine Forderung im Konkurse anzumelden. Denn niemand kann sich durch Vertrag mit einem Dritten die Möglichkeit der Ausübung eines Rechtes nehmen.²⁵⁾ Aber C kann sich dem X gegenüber obligatorisch verpflichten, seine Forderung nicht anzumelden oder, was für X noch vorteilhafter wäre, die auf ihn entfallende Dividende dem X zur Befriedigung seiner Forderung zur Verfügung zu stellen.²⁶⁾ Denn der im SchKG Art. 220 ausgesprochene Satz, dass die Gläubiger der nämlichen Klasse das gleiche Recht haben, kann durch Vertrag unter Konkursgläubigern in seiner Wirkung beseitigt werden. Wollte man solche Verabredungen, die bei Sanierungsaktionen vorkommen und sich als nützlich erweisen können, verbieten, so wäre es richtig gewesen,

²⁵⁾ Vergl. meinen Allgem. Teil § 93 Note 9. Dieser Grundsatz ist im BGB § 137 ausgesprochen für die Verfügungsbefugnis (so auch bei Oser, Bem. III 3e zu Art. 20), gilt aber für jede Ausübung eines Rechtes und für die Vornahme jedes sonstigen Rechtsgeschäftes und kann im schweiz. Recht abgeleitet werden aus ZGB Art. 27 I.

²⁶⁾ Solche Verträge mit dem Bürgen fallen nicht unter den Wortlaut des Art. 505 II, müssen aber dem Sinne nach als unzulässig gelten, weil sonst der Gläubiger auf diesem Wege dasselbe oder noch mehr auf Kosten des Bürgen erreichen könnte, als durch Verzicht des Bürgen auf die Surrogation.

durch einen Zusatz zum Art. 220 des SchKG das Prinzip der *par condicio creditorum* zu einem zwingenden Rechtsatz zu erheben, statt für den einzelnen Fall des Bürgenregresses in Art. 505 II eine Sonderbestimmung zu treffen, welche unser schon genug kompliziertes Recht mit einer Singularität von zweifelhaftem Wert bereichert.

IV.

Die Surrogation ist ein gesetzlicher Forderungsübergang, welcher nach Analogie der Zession zu behandeln ist, soweit sich nicht aus dem Gesetz oder der Rechtslage Abweichendes ergibt.²⁷⁾ Das OR hat diesen Grundsatz nicht ausgesprochen,²⁸⁾ dagegen in Art. 508 dem Gläubiger bei der Surrogation entsprechende Pflichten auferlegt, wie dem Zedenten in Art. 170: er hat dem Bürgen die zur Geltendmachung seiner Rechte dienlichen Urkunden herauszugeben. Nach Art. 170 II ist der Zedent ferner verpflichtet zur Erteilung der nötigen Auskünfte. Soll man aus der Nichterwähnung dieser Aufschlüsse in Art. 508 folgern, dass der Gläubiger sie dem Bürgen nicht zu erteilen braucht? Man könnte zur Erklärung dieses Unterschiedes darauf hinweisen, dass es Sache des Bürgen sei, sich beim Abschluss der Bürgschaft die nötige Auskunft über die zu verbürgende Forderung geben zu lassen. Aber es können nachträglich zwischen Gläubiger und Hauptschuldner Umstände eintreten, welche zu erfahren der Bürge ein Interesse hat. Ich bin daher geneigt, hier eine der im OR oft vorkommenden und immer störenden Ungenauigkeiten der Fassung zu sehen und den Art. 508 ausdehnend im Sinne des Art. 170 auszulegen.

Die Surrogation verschafft dem Bürgen nach Art. 505 die Rechte des Gläubigers, d. h. die Forderung und, wie bei der Zession nach Art. 170, die mit ihr verbundenen

²⁷⁾ Becker, Bem. 3 zu Art. 166.

²⁸⁾ Vergl. BGB § 412.

Nebenrechte, insbesondere die Faustpfand- und Grundpfandrechte. Demgemäss bestimmt Art. 508 I, dass der Gläubiger die bei ihm hinterlegten Pfänder dem Bürgen herauszugeben hat. Dasselbe ist, trotzdem in Art. 170 eine entsprechende Bestimmung fehlt, auch bei der Zession anzunehmen. In beiden Fällen (Zession und Surrogation) hat die Herausgabe der Pfandsache keine konstitutive Bedeutung: das Pfandrecht ist bereits durch die Abtretung bzw. Surrogation übergegangen; die Herausgabe der Sache verschafft dem neuen Gläubiger nur noch den Pfandbesitz.

Bei Teilzahlung erwirbt der Bürge neben dem für den Rest der Forderung weiterbestehenden Pfandrecht des Gläubigers ein Pfandrecht für die auf ihn übergegangene Forderung. Kann er auch in diesem Fall Herausgabe der Pfänder verlangen? oder wenigstens Einräumung des Mitbesitzes durch Übergabe der Sache an einen Dritten? Wenn man dem Gläubiger für seine Restforderung einen Vorzug vor dem Bürgen einräumt,²⁹⁾ muss man dahin entscheiden, dass der Gläubiger die Pfandsache nicht herauszugeben braucht, solange er noch für einen Rest seiner Forderung pfandberechtigt ist.

Auch ein mit der Forderung verbundenes Grundpfandrecht geht ipso iure mit der Forderung auf den zahlenden Bürgen über.³⁰⁾ Daher ist es ungenau, wenn das Gesetz in Art. 508 II (in Wiederholung des Wortlauts von aOR Art. 507) dem Gläubiger zur Pflicht macht, „die für den Übergang des Pfandrechts erforderlichen Handlungen vorzunehmen“. Solche Handlungen sind nicht mehr erforderlich, da das Pfandrecht bereits übergegangen ist. Es kann sich nur noch darum handeln, den Übergang durch deklarative Eintragungen im Grundbuch zu bekunden.

²⁹⁾ Vergl. ob. II.

³⁰⁾ Wieland, Bem. 1 zu Art. 835 ZGB. Leemann, Art. 835 No. 12.

Das Recht auf Herausgabe der Pfandsache kann der Bürge in verschiedener Weise geltend machen:

1. Durch Einrede: der Bürge braucht nicht zu zahlen, wenn ihm der Gläubiger nicht die Pfandsache Zug um Zug anbietet. Dieser Satz ergibt sich nicht aus Art. 82; denn die Bürgschaft ist kein zweiseitiges (synallagmatischer) Vertrag, sondern enthält nur ein Leistungsversprechen des Bürgen.³¹⁾ Das Recht des Bürgen auf den Besitz der Pfandsache entsteht nicht aus dem Vertrag, sondern aus der Zahlung des Bürgen und beruht nicht auf Verabredung, sondern auf Vorschrift des Gesetzes. Aber die Surrogation ist aus dem römischen *beneficium cedendarum actionum* entstanden und kann als Verstärkung dieses Rechtsmittels dem Bürgen keine schlechtere Stellung gewähren; nach römischem Recht brauchte aber der Bürge nicht anders als gegen Herausgabe der Pfandsache zu zahlen.³²⁾

2. Das Recht des Bürgen auf Herausgabe der Pfandsache ist im OR eigenartig verstärkt durch Art. 510 II: der Bürge, welcher Zahlung anbietet, wird ohne weiteres frei, wenn der Gläubiger die Übertragung der Sicherheiten verweigert.³³⁾ Unter „Übertragung“ ist Herausgabe der Pfandsachen zu verstehen; denn das Pfandrecht kann, da es durch die Zahlung von selbst übergeht, vom Gläubiger nicht „verweigert“ werden.

3. Der Bürge kann, wenn er zahlt, ohne die Pfandsache sich geben zu lassen, nachträglich die Herausgabe verlangen.³⁴⁾ Dieser auf seinem Pfandrecht beruhende Anspruch (vergl. BGB § 1251) ist zwar weder im OR noch im BGB erwähnt, ergibt sich aber mit Notwendigkeit aus der dinglichen Natur des Pfandrechts.

³¹⁾ Oser, Bem. I 1 b zu Art. 492.

³²⁾ Vergl. ob. Anm. 2.

³³⁾ Vergl. SJZ S. 249.

³⁴⁾ Anders, wie es scheint, Oser, Bem. 1 zu Art. 508..

V.

Aus der Surrogation ergibt sich für den Gläubiger eine Nebenverpflichtung gegenüber dem Bürgen: er darf die Sicherheiten, welche bei Zahlung auf den Bürgen übergehen sollen, nicht aufgeben. Eine Verletzung dieser Vorschrift hat nach Code civil art. 2037³⁵⁾ und BGB § 776 zur Folge, dass der Bürge insoweit frei wird, als er aus den vom Gläubiger aufgegebenen Sicherheiten hätte Ersatz erlangen können. Dagegen bestimmt OR Art. 509 (in Übereinstimmung mit aOR Art. 508 und im Anschluss an das Zürch. Gesetzb. § 1802), dass der Gläubiger dem Bürgen „verantwortlich“ ist, wenn er zu dessen Nachteil Sicherheiten vermindert. Diese Verantwortlichkeit des Gläubigers wird in der Literatur³⁶⁾ als Schadensersatz aufgefasst, aus welchem für den Bürgen eine Einrede gegen den Anspruch des Gläubigers erwächst;³⁷⁾ nur Rossel Nr. 919 spricht im Gedankengang des französischen Rechts von einer „déchéance“ des Gläubigers. Der Unterschied beider Auffassungen tritt zutage, wenn zur Zeit des Vorgehens des Gläubigers gegen den Bürgen der Hauptschuldner zahlungsfähig ist oder wenigstens seine Zahlungsunfähigkeit noch nicht feststeht. Nach deutschem und französischem Recht wird der Gläubiger, soweit er die Sicherheiten vermindert hat, abgewiesen. Anders nach OR Art. 509; denn bei Solvenz des Schuldners ist dem Bürgen durch Wegfall der Sicherheiten kein Schaden erwachsen, daher auch keine Einrede gegen die Forderung des Gläubigers. Und bei zweifelhafter Solvenz des Schuldners wäre vorläufig noch kein Schaden für den Bürgen entstanden; er müsste daher zunächst an den

³⁵⁾ La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus par la faute du créancier s'opérer en faveur de la caution.

³⁶⁾ Hafner, Anm. 1 zu aOR Art. 508; Stooss, ZBernJurV 47 S. 535; Vischer a. a. O. 65.

³⁷⁾ Diese Einrede ist als Verrechnung des Ersatzanspruchs gegen die Forderung des Gläubigers zu denken.

Gläubiger zahlen und könnte ihn erst dann haftbar machen, wenn sich herausstellt, dass der Regress gegen den Hauptschuldner nicht durchführbar ist. Es ist aus der Literatur nicht ersichtlich, ob man sich dieser Konsequenz der auf Schadensersatz gegründeten Befreiung des Bürgen nach Art. 509 bewusst ist und ob man es nicht im kritischen Fall für richtiger halten würde, den Rechtsgedanken des Art. 509 in derselben Weise durchzuführen, wie es im französischen und im deutschen Recht geschieht.³⁸⁾

VI.

Eine genauere Betrachtung der Surrogation führt unvermeidlich zur Frage, ob dieses künstliche Gebilde auf legislativer Notwendigkeit beruht. Ich möchte diese Frage verneinen und andeuten, wie ein von der Routine sich befreiender Gesetzgeber dieses Stück des Bürgschaftsrechtes einfacher und klarer hätte ordnen können. Da es nur darauf ankommt, dem Bürgen für seinen aus dem inneren Verhältnis sich ergebenden Regress die dem Gläubiger haftenden Pfandrechte zu verschaffen, so hätte das Gesetz anordnen können, dass die Pfänder mit voller Befriedigung des Gläubigers auf den Regressanspruch des Bürgen übergehen sollen,³⁹⁾ natürlich nur so weit als die Pfänder in diesem Zeitpunkt noch dem Gläubiger haften (denn eine Erschwerung der Belastung darf durch die Zahlung des Bürgen für die Pfänder nicht eintreten). Allerdings ist der Übergang eines Pfandrechtes von der Forderung, für welche er bestellt war, auf eine andere Forderung eine starke Abweichung vom akzessorischen Prinzip. Aber diese im modernen Recht gelegentlich vor-

³⁸⁾ In dem vom Bg Praxis 11 Nr. 68 entschiedenen Fall scheint Insolvenz des Hauptschuldners vorzuliegen.

³⁹⁾ Diese Konstruktion habe ich für das Recht des BGB in meinem Allg. Teil I S. 280 vertreten und glaube jetzt noch, dass sie zwar nicht den Verfassern des BGB vorschwebte, wohl aber dem wirklichen Rechtszustand am besten angepasst ist.

kommende Anomalie⁴⁰⁾ ist in unserem Falle dadurch gerechtfertigt, dass die Schuld, für welche das Pfand bestellt ist, in wirtschaftlicher Beziehung dieselbe bleibt, obgleich an Stelle der Forderung des Gläubigers der Ersatzanspruch des Bürgen tritt, und es entspricht durchaus der Billigkeit, dass das Pfand nicht frei wird, bevor diese Schuld vom Schuldner bezahlt ist, sei es an den Gläubiger, sei es an den regressberechtigten Bürgen.

Der Vorzug dieser Konstruktion vor dem Surrogationsgedanken besteht darin, dass der Regress des Bürgen auf einheitlicher Grundlage aufgebaut ist; diese Grundlage ist nur im Verhältnis des Bürgen zum Schuldner (Auftrag, Geschäftsführung, ungerechtfertigte Bereicherung) zu suchen. Wenn man es für nötig hält, dem Bürgen die Substantiierung seines Regressanspruchs zu ersparen, so könnte man, entsprechend dem Art. 148, bestimmen, dass der Bürge, sofern sich nicht aus seinem Rechtsverhältnis zum Schuldner etwas anderes ergibt, vom Schuldner Erstattung dessen verlangen kann, was er an den Gläubiger geleistet hat.

VII.

An den Regress des Bürgen möchte ich noch eine Bemerkung knüpfen, welche auf einen Widerspruch oder vielleicht auf eine Lücke im Gesetz hinweisen soll: Nach Art. 505 erwirbt der zahlende Bürge die Pfandrechte des

⁴⁰⁾ BGB bestimmt in § 1164, dass wenn der Schuldner erfüllt und gegen den Eigentümer des mit Hypothek belasteten Grundstücks rückgriffsberechtigt ist (weil z. B. der Eigentümer das Grundstück unter Übernahme der Schuld gekauft hat), die Hypothek nunmehr dem Schuldner für seinen Regressanspruch haften soll. Ebenso das Zürch. Oberg in Hand. Entsch. 20 (1901) S. 268. Dasselbe wird für das Schweiz. Recht angenommen in Erläuterungen III S. 229, jedoch von Wieland, Bem. 2, und Leemann, Bem. 23 zu Art. 827 ZGB abgelehnt unter Berufung auf den Grundsatz, dass die Hypothek untrennbar mit der Forderung verbunden ist.

Gläubigers; ist das geschehen, so bleibt, bei Insolvenz des Hauptschuldners, die Schuld schliesslich am Pfand-eigentümer hängen; er trägt den Schaden und hat gegen niemanden Regress. Wie ist es aber, wenn der Gläubiger, bevor er sich an den Bürgen hält, auf die Pfänder greift, auf welche ihn nach Art. 495 der einfache Bürge verweisen kann, und der Pfandeigentümer zur Vermeidung der Pfandverwertung die Schuld zahlt? Für die Grundpfand-verschreibung bestimmt ZGB Art. 827 II, dass wenn der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn übergeht. Dasselbe ist in OR Art. 110 für das Mobiliar-pfand vorgeschrieben.⁴¹⁾ Mit der Forderung müssen aber nach Art. 170 auch die Nebenrechte übergehen,⁴²⁾ insbesondere der Anspruch gegen den Bürgen.⁴³⁾ Bei diesem Verlauf der Dinge würde also, immer Insolvenz des Schuldners vorausgesetzt, der Bürge den Schaden definitiv zu tragen haben. Dies Resultat ist wenig befriedigend und gewissermassen paradox. Denn von den beiden Menschen (Bürgen und Pfandeigentümer), welche für dieselbe fremde Schuld haften, würde der am besten fahren, welcher vom Gläubiger in erster Linie zur Haftung herangezogen wird. Und jeder von beiden würde bei klarer Erkenntnis der Rechtslage sich beeilen, dem anderen mit Befriedigung des Gläubigers zuvorzukommen. Für den einfachen Bürgen könnte die Rechtswohlthat des Art. 495 II sich als Danaergeschenk herausstellen; denn wenn er den Gläubiger auf das Pfand verweist, riskiert er, vom Pfand-

⁴¹⁾ ZGB Art. 827 spricht vom Übergang der Forderung, OR Art. 110 vom Übergang der Rechte des Gläubigers. Solcher Verschiedenheit der Wortfassung darf man aber im Sprachgebrauch der schweizerischen Gesetze keine entscheidende Bedeutung beilegen.

⁴²⁾ Dass Art. 170 grundsätzlich auch für den gesetzlichen Forderungsübergang gilt, scheint mir unbestritten zu sein.

⁴³⁾ So ausdrücklich Wieland, Bem. 3, Leemann, Bem. 19 zu Art. 827, Rossel & Mentha S. 237. Ebenso für Art. 110: Oser, Bem. 3, Becker, Bem. 7, Schneider & Fick, Bem. 1.

eigentümer im Wege des Regresses zur definitiven Zahlung der Schuld gezwungen zu werden. Diese Regelung ist denkbar und wäre für den Gläubiger ausserordentlich günstig, da der Wettstreit zwischen den ihm haftenden Personen automatisch zu einer schnellen Befriedigung seiner Forderung führen würde. Aber ich glaube, dass eine so scharfsinnige, ich möchte fast sagen, witzige Lösung des Problems nicht im Sinne des schweizerischen Rechtes liegt.

Aus entsprechenden Gesetzesbestimmungen ergibt sich dieselbe Schwierigkeit im französischen Recht,⁴⁴⁾ wo seit jeher⁴⁵⁾ über diese Frage gestritten wird,⁴⁶⁾ und im BGB⁴⁷⁾ in dessen Literatur seit 1903⁴⁸⁾ eine lebhaftete Kontroverse entstanden ist,⁴⁹⁾ gerade in den Jahren, in denen das OR revidiert wurde. Um so auffälliger ist es, dass man nicht daran gedacht hat, die Streitfrage zu entscheiden oder auch nur anzudeuten, welche der beiden haftenden Personen (den Bürgen oder den Pfandeigentümer) das Gesetz begünstigen will und welchen es als den definitiven Schadensträger betrachtet, oder ob etwa, wie in Deutschland mehrfach gelehrt wird, eine Teilung des Schadens zwischen Bürgen und Pfandeigentümer stattfinden soll.⁵⁰⁾

⁴⁴⁾ Code civil art. 2029. 1251.

⁴⁵⁾ Schon seit Pothier, Oblig. Nr. 557.

⁴⁶⁾ Demolombe 27, 595; Laurent 18 Nr. 126; Aubry & Rau § 321 Anm. 86; Huc 8 Nr. 77; Planiol II Nr. 2367/8.

⁴⁷⁾ § 774, 1143. 1225.

⁴⁸⁾ Strohal, Deutsche JurZ 1903 S. 373.

⁴⁹⁾ Vergl. Strohal, Jahrb. f. Dogm. 61 S. 59 fg.; Ennecerus § 414 I 3; Wolff, Sachenrecht § 140 Anm. 16. Staudinger, Bem. 2 zu § 1225.

⁵⁰⁾ Ebenso unvollkommen ist das Regressproblem gelöst für den Fall, dass für dieselbe Schuld mehrere Hypotheken oder mehrere Mobiliarpfänder bestellt sind, was bei grösseren Kreditgeschäften leicht vorkommen kann. Insbesondere ist ganz ungeklärt die Frage, ob zwischen einer Hypothek und einem für dieselbe Schuld haftenden Mobiliarpfand ein Regressverhältnis be-

In Ermangelung gesetzlicher Vorschriften hat der Richter nach der Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, Art. 1 ZGB. Diese Regel soll der Richter m. E. möglichst dem Sinn des ganzen Gesetzes anpassen. Im Sinn des schweizerischen Rechtes scheint es mir aber zu liegen, dass der Bürge besser behandelt wird als der Eigentümer der pfandbelasteten Sache. Ein Anhaltspunkt dafür findet sich in der Subsidiarität der einfachen Bürgschaft, Art. 495, welche, wie schon bemerkt, keinen praktischen Wert hätte, wenn der Pfandeigentümer auf den Bürgen zurückgreifen dürfte. Ein zweiter ebenso bedeutsamer Anhaltspunkt ist aus Art. 509 zu entnehmen: der Gläubiger darf Pfandrechte nicht aufgeben, soweit dadurch der Regress des Bürgen beeinträchtigt wird, während eine entsprechende Vorschrift im Pfandrecht fehlt; der Pfandeigentümer darf sich nicht darüber beschweren, dass der Gläubiger einen Bürgen entlässt. Die innere Begründung für die Besserstellung des Bürgen gegenüber dem Pfandeigentümer kann darin gefunden werden, dass der Bürge, der sein ganzes Vermögen aufs Spiel setzt, mehr Schonung verdient als der Verpfänder, dessen Haftung für die fremde Schuld auf die eine Sache beschränkt ist. Aus diesen Erwägungen scheint es mir richtig, anzunehmen, dass der in ZGB Art. 827 und OR Art. 110 angeordnete Übergang der Forderung auf den zahlenden Pfandeigentümer nur die Forderung gegen den Schuldner und nicht die Bürgschaftsforderung betrifft. Wenn das, wie ich glaube, die Meinung des Gesetzgebers war, so hätte er gut daran getan, sie deutlich auszusprechen. Denn es handelt sich um eine Frage, die schwerer zu beantworten und praktisch wichtiger ist als manche im Gesetz ausdrücklich geregelten Fälle. Aber offenbar lag diese Frage ausserhalb des Gesichtskreises des Gesetzgebers, der die Bürgschaft und die

steht oder ob die Schuldlast endgültig von dem Eigentümer zu tragen ist, dessen Sache der Gläubiger verwertet hat.

Verpfändung für fremde Schuld an ganz verschiedenen Stellen des Systems behandelte und ihre Zusammengehörigkeit im Oberbegriff der Interzession nicht genügend beachtete.

An diesem Beispiel zeigt sich, dass die Revision des OR trotz der hohen Entwicklung der Nachbarrechte ein Fortschritt über diese Gesetze hätte sein können, wie das alte OR von 1881 einen Fortschritt über die damaligen Gesetzgebungen hinaus bedeutete.

