

## Werk

**Titel:** Ist die Wohltat der Ordnung dem Bürgen zu versagen, der sich als Selbstschuldner ...

**Autor:** Gesterding

**Ort:** Heidelberg

**Jahr:** 1821

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613\\_1821\\_0004|log6](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1821_0004|log6)

## Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)  
SUB Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 1  
37073 Göttingen

✉ [info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

ten nicht aus, wenn gleich mit dessen Schaden jener Implorant sich nicht bereichern darf. Vergl. L. 3. Cod. *si tutor rel.* 2. 25. L. 8. D. *de in integrum rel.* 4. 1. L. 9. pr. L. 13. 14. 15. 29. et 39. §. 1. L. 47. pr. D. *de minoribus rel.* 4. 4. L. 1. §. 2. L. 5 §. 15. D. *de rebus eorum rel.* 27. 9. L. 32 §. 4. D. *de administratione rel.* 26. 7, mit *Faber*, de error. Pragm. Dec. 7. Em. 2. *Voetius*, in Com. in Pand. L. 4. Tit. 4. §. 35. *Struben*, in den recht. Bed. Thl. 1. Bed. 137. *Gensler*.

## II.

Ist die Wohlthat der Ordnung dem Bürgen zu versagen, der sich als Selbstschuldner verbürgt hat? —

Von demselben.

Es wäre wohl endlich einmal Zeit, eine Lehre aus der Rechtswissenschaft zu verbannen, wodurch diese schon zu lange verunstaltet worden, die aber, so seltsam sie auch ist, noch immer Anhänger findet, indem sie hin und wieder noch jetzt in den Schriften der Rechtsgelehrten, wie in den Gerichtshöfen, gehört wird, nämlich: daß ein Bürge sich der Wohlthat der Ordnung nicht bedienen könne, der sich als Selbstschuldner verbürgt hat <sup>1)</sup>. Das Beste, was für diese Mei-

1) Sie wird unter andern vertheidigt von *Fachineus* (controv. lib. 8. cap. 54.) *Gail* (lib. 2. Obs. 28. nr. 2. 3. 6) *Herling* (de fidejussor. c. 17. no. 50.). *Schmidt* (de fidejussore principaliter obligato pag. 32.) *Mevius* (P. 9. d. 156. n. 10.), welcher schreibt: Illa formula: Sich als einen Selbstschuldner verpflichten, ad excussionis beneficium excludendum usurpari solet. *Voet* (ad Dig. lib. 46. tit. 1. §. 16.) lehrt: — ratio non est, cur non fidejussoribus quoque suum ordinis beneficium ex tacita periret renunciatione; qualis praecipue haec videtur, si se pro debito obligaverit, tanquam principalem. Cum enim certi juris sit, principalem debitorem, qua talem nullo ordinis beneficio munitum esse, necesse est, vel enixam illam et specificam fidejussoris testationem, qua se tanquam principalem voluit obligatum, nullius plane momenti esse;

nung gesagt werden kann, hat unter den Schriftstellern, die ich darüber gelesen, nach meinem Ermessen Voet <sup>2)</sup> in aller Kürze vorgetragen. »Ein Bürge kann seinen Wohlthaten so gut stillschweigend als ausdrücklich entsagen. Eine stillschweigende Entsagung ist darin enthalten, wenn er sich als Selbstschuldner verbindlich macht. Denn, da dem Selbstschuldner die Wohlthat der Ordnung nicht zusteht, so kann sie auch einem Bürgen nicht zustehen, der sich wie ein Selbstschuldner verbindlich gemacht hat. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde jener Ausdruck müßig seyn, welches bekanntlich nicht zu vermuthen ist«. Also Voet.

Daß ein Bürge, gleich jedem andern, seinen Wohlthaten auch stillschweigend entsagen könne, wer möchte daran zweifeln wollen! Eine Entsagung dieser Art, und zwar eine wirkliche, würde darin enthalten seyn, wenn er so gleich, wie der Gläubiger es verlangen wird, zu zahlen

---

vel si alicujus efficaciae habeatur, fidejussori tali ordinis beneficium permitti non debere; ne verba, specificum quid denotantia, in conventione otiosa sint ac nihil operentur. S. auch Struben (rechtl. Bedenken, Theil 1. Bed. 40.). Für das Gegentheil streiten Anton Faber (cod. defn. forens. lib. 8. tit. 28. def. 31.) Lauterbach (de beneficio excussionis §. 22.) Strypf (de cautelis contractuum, sect. 2. cap. 6. §. 22.) Cocceji (jus contrrov. tit. de fidejussor. qu. 13.) Die Brüder Overbeck (Mediat. über verschiedene Rechtsmaterien, Bd. 4. N. 247.) Sie behaupten nämlich: ein Bürge, der sich als Selbstschuldner verbindlich gemacht, könne sich der Wohlthat der Ordnung nur dann nicht bedienen, wenn er auf bloße Vorzeigung des Instruments zu zahlen versprochen. (Dies stimmt überein mit Hering de fidejussor. cap. 27. part. 1. n. 106. Qui promisit se soluturum ad solum verbum creditoris, conveniri potest, non excusso principali.) Quistorp (rechtl. Bemerk. Thl. 1. S. 310.) Walsh (contrrov. jur. civ. ed. tertia p. 568.) und viele andere, die Walsh angeführt hat.

2) S. die vorige Note.

sich verbindlich gemacht 3). Aber, wenn bloß die Formel gebraucht ist: „der Bürge wolle als Selbstschuldner haften“, oder, wie es gewöhnlich heißt: „er mache sich als selbstschuldiger Bürge verbindlich“, so kann ich darin eine Verzichtleistung auf die Wohlthat der Ordnung durchaus nicht finden. Zuerst, was heißt es eigentlich, wenn ein Bürge sagt: er mache sich als Selbstschuldner verbindlich? Soll dies so viel heißen, er übernehme die Verbindlichkeit des Hauptschuldners, an der Stelle desselben, als seine eigne? Oder, er wolle auf eben die Art, wie der Schuldner (aeque principaliter), m. a. W. er wolle als *correus* neben ihm haften? Weder das Eine, noch das Andere, wird wirklich beabsichtigt. Der Bürge will den Schuldner von seiner Verbindlichkeit nicht frei machen, nicht sich (durch *Expromission*) an dessen Stelle setzen; nein, er will einer fremden Verbindlichkeit bloß beitreten; und zwar nicht als *correus*. Nicht Mitschuldner, sondern Bürge will er seyn. Wäre er *correus*, würde man ihm, wie andern *correis*, das *beneficium divisionis* zugestehen, und den Regreß gegen den Schuldner versagen müssen. Jenes wird ihm Niemand einräumen, dieses ihm Niemand absprechen wollen. Soll jene Formel soviel heißen: der Bürge mache sich als Hauptschuldner verbindlich? So wird diese Formel gewöhnlich verstanden. In diesem Verstand schließt die Formel einen Widerspruch in sich; denn Niemand kann ja die beiden Gegensätze Hauptschuldner und Bürge in sich vereinigen. Wird damit aber gemeint, die Verbindlichkeit des Bürgen soll von derjenigen des Hauptschuldners nicht verschieden seyn, so ist dies freilich der accessorischen Natur der Bürgschaft gemäß, indessen enthält jene Formel dann nichts, was sich nicht schon von selbst verstehen sollte. Doch ist diese Auslegung noch die beste von allen, wenigstens ist sie der vorigen vorzuziehen, da sie einen der Natur der Bürgschaft

3) S. die in der vorletzten Note angeführte Aeußerung Hering's.

angemessenen Sinn in sich schließt, während jene mit dem Wesen der Bürgschaft im Widerspruch steht. Verstehet man endlich jenen Satz so: „der Bürge wolle haften, als ob er der Hauptschuldner wäre, er wolle einem Hauptschuldner gleich behandelt werden“, und will man dadurch beweisen, daß er von der Wohlthat der Ordnung nicht Gebrauch machen könne, weil sie einem Hauptschuldner nicht zustehet, so liegt eines Theils zu solcher Auslegung in den Worten kein hinlänglicher Grund, und dann zweitens würde, glaube ich, dieser Sinn jener Formel zuviel und mehr beweisen, als dadurch bewiesen werden soll. Denn, es würde daraus folgen, daß der Bürge nicht bloß in dieser Hinsicht, sondern auch in jeder andern, einem Hauptschuldner gleich zu behandeln, und ihm also z. B. der Rückgang zu dem wirklichen Hauptschuldner, wenn er für ihn bezahlt hat, zu versagen sey. Ueberhaupt muß eine Entsagung von Rechten deutlich, nicht aber in eine dunkle Formel eingehüllt seyn, über deren Sinn selbst die Rechtsgelehrten wenigstens nicht einig sind. Die meisten Bürgen sind Nichtrechtsgelehrte, welchen die Wohlthat der Ordnung nicht einmal bekannt ist, da doch zu jeder Entsagung gehört, daß man die Rechte kenne, deren man sich begibt, und die, wenn sie selbige auch kennen sollten, doch gewiß nicht wissen, daß in jener Formel eine Verzichtleistung auf selbige enthalten sey. Selbst ein Rechtsgelehrter könnte sich füglich damit entschuldigen, er habe nicht dafür gehalten, daß jene Formel eine Verzichtleistung auf die Wohlthat der Ordnung in sich schließe, da dies wenigstens immer zweifelhaft ist, und sehr viele es läugnen. Auf solche Art sieht man sich freilich genöthigt, von der Alternative, die Voet aufstellt, das erste Glied zu erwählen, nämlich anzunehmen, daß jene Formel unnütz sey, weshalb sie besser gänzlich wegbleiben würde; und wenn dies freilich gegen eine bekannte Auslegungsregel zu verstößen scheint, wornach nicht anzunehmen, daß ein Ausdruck umsonst gebraucht sey, so kann man nur sagen, daß jene Re-