

III.

Von Auslegung der Bürgschaft.

§. 1.

Die Gemeinde des Dorfs D. war dem Pfarherrn Johann F. schuldig, und gerieth darüber mit demselben in einige Mißverständniß, und Strittigkeit, zu deren gültlicher Beylegung selbige am 14. Dec. 1722. dem Schöpffen Matheis R. Quirinen W. Pestern R. und Jacoben D. Vollmacht gabe, mit vorbenanntem Pfarherrn, wegen jener Schuldforderung, die derselbe laut eigenhändiger Unterschrift zu fordern hatte, zu handeln, und zu schliessen.

§. 2.

Kraft dieser Vollmacht haben demnach die Bevollmächtigten am 29. Jenner 1723. mit dem Pfarherrn, und dessen Schwester sich dahin verglichen, daß die Gemeinde, oder vielmehr sie Bevollmächtigte von wegen der zu 160. Rthlr. sich betragenden Forderung, so dann der zu 331. Rthlr. aufgeschwollenen Zinsen, wie auch der angewendeten Kosten zwey dritte Theile oder achtzig Rthlr. einmal für all, in zwey Terminen, als nemlich Andreae 1723. und Andreae 1724. als ihre eigene Schuld abführen, dafür ein jeder von ihnen in solidum, und wenn der Pfarherr, und dessen Schwester
zur

zur Zahlung anhalten will, haften, jedoch in Misbezahlungs Falle die Forderung ungekränket, völlig ergänzet, und hiemit aufs neue bekräftiget, mithin alle Strittigkeit, und Zweyspalt, wie sie auch Namen haben mögen, oder Könnnten, alsdann hiedurch aufgehoben seyn solle.

§. 3.

Dieweilen die vereinbarten Zahlungsfristen nicht beobachtet, sondern nach des Pfarrherrn Absterben allererst dessen Schwester die Halbschied der verglichenen Summe mit vierzig Rthlr. bezahlet worden; so hat diese letzte, und deren Sohn Matheis N., welcher von dem verlebten Pfarrherrn Johann F. zum Erben eingesetzt worden seyn solle, daher Anlaß genommen, die Erben des Schöpfen Matheisen N., und Jacoben D. am 22. May 1750. gerichtlich zu besprechen, und zu bitten, daß gleichwie die zweyte Zahlungsfrist unbezahlt geblieben, und folglich nach buchstablichen Inhalt des Vergleichs nunmehr die ganze, und völlige Summe derer 331. Rthlr. geforderet werden könnte, also die Erbgenamen des Matheisen N. und Jacoben D., als welcher Erblasser für die ganze Schuld sich in solidum verbunden, zu Zahlung derer 331. Rthlr. sammt den vom Jahre 1722 bis dahin verschuldeten Zinsen, jedoch abzüglich der darauf zahlten vierzig Rthlr. mögten angehalten werden.

§. 4.

Hiewider seynd von denen Beklagten zwar allerhand Einreden gemacht, inmittels aber am 27. August 1756. gesprochen worden, daß Beklagte zu Abführung des eingeklagten Residui Quanti transacti von vierzig Rthlr. unacum Interesse a Festo Andreae 1724., regressu, & actione ad integrale debitum contra Communitatem T. salvis, anzuweisen, die aufgegangenen Proceß-Kosten aber aus bewegenden Ursachen gegen einander aufzuheben seyen.

§. 5.

Die Beklagten haben dahero von der ausgesprochenen Urthel stehenden Fusses provociret, die eingelegte Berufung am 13. Sept. dahier eingeführet, am 16. Nov. pro arctioribus compulsorialibus, nec non prorogatione fatalium angerufen, den 15. Dec. die voriger Instanz Acten beygebracht, und am achten Merz 1757. die Justifications-Schrift übergeben, mithin die Nothfristen, und Feyerlichkeiten richtig beobachtet.

§. 6.

Als viel demnach die Sache selbst anlanget, so kan man die Widerrechlichkeit der vorigen Urthel mit Händen greifen, wan man nur erweget, daß der nunmehrige Appellac nicht auf den Vergleich gehandelt, noch die
in

in dessen Gefolg rückstehenden vierzig Rthlr. eingeklaget, sondern vielmehr von dem Vergleich in so weit ab- und zu der ersten Schuldforderung zurückgegangen, und seine Klage auf diese Forderung einzig, und allein gegründet habe. Nebst dem in voriger Instanz verhandelten erhellet solches ganz offenbar daraus, daß der Appellat wegen der ihm nicht zuerkannten ganzen Forderung, sondern desfalliger Abweisung zu der Gemeinde der von denen Appellanten ergriffenen Berufung so gar begipflichtet, und in der dahier übergebenen Exceptionsschrisfte ausdrücklich gebetten habe, die vorige Urthel abzuändern, und zu sprechen, daß die Appellanten nach Abzuge der zahlten vierzig Rthlr. die 331. Rthlr. sammt denen Zinsen von dem Tage des Vergleichs anzurechnen, ihm abzuführen schuldig seyen. Es hätte der voriger Instanz Richter daher in allen Beegen untersuchen, und entscheiden sollen, ob die Appellanten, als Erben dererjenigen, welche für die Schuld der Gemeinde sich verbürget, und selbige als selbst Schuldner übernommen, die eingeklagte Schuldforderung von 331. Rthlr. zu zahlen schuldig, oder aber, ob der Appellat mit seiner Klage zu der Gemeinde hinzuverweisen seye. Da er aber statt dessen die Appellanten zu Abführung des Vergleichs Rückstandes von vierzig Rthlr. sammt denen Zinsen verurtheilet, anbey die auf die Hauptschuld gerichtete Klage wider die Gemeinde vorbehalten; so ist die ausgesprochene Urthel nicht

nicht nur der angegebenen Klage, und den ganzen Acten zuwider, sondern gehet zugleich gegen alle Rechten, und die gesunde Vernunft schnur stracks an. Eines Theils seynd (wie oben bereits angeführet, und bis zu aller Bösle erwiesen) nicht die in Gefolg des Vergleichs annoch ruckstehenden vierzig Rthlr., sondern die erste, und Hauptschuld von 331. Rthlr. eingeklaget, mithin die eigentliche Streitfrage durch die Urthel nicht entschieden. Andern Theils mag auch keinesweeges zusammen stehen, daß die in Gefolg des Vergleichs ruckstehenden vierzig Rthlr. von denen Appellanten abgeführt werden, und zugleich dem Appellanten seine auf die ganze Schuldforderung gerichtete Klage offen bleiben solle. Entweder hat es bey dem Vergleiche sein Bewenden, oder aber der Appellat fug, von dem Vergleiche ab, und zu der ersten Schuldforderung wiederum zuruck zu gehen? Ist das erste; so kan dem Appellaten nach abgeführten vierzig Rthlr. eine fernere Klage unmöglich mehr zu statten kommen. Solte aber das letzte angenommen, und behauptet werden wollen; so mögen dem Appellaten die vierzig Rthlr. um so weniger zugesprochen werden, als er widrigen falls dieselben zweymal erhalten würde. Da nun aber der Unter-Richter die Hauptfrage: ob nemlich der Appellat von dem Vergleiche ab, und zu der ersten Schuldforderung wiederum zuruck zu gehen berechtiget seye? nicht entschieden, sondern selbige vielmehr aus-

gestellet,

gestellt, oder dem Appellaten vorbehalten; so spricht es von selbst, daß die Appellanten zu Ausführung derer vierzig Rthlr. so voreilig, als widerrechtlich verurtheilet worden seyen; zumalen die Frage: ob, und von weme die vierzig Rthlr. abgetragen werden müssen? von der Hauptfrage lediglich abhanget, und folglich nach deren Erörterung allererst, und gestalteten Sachen nach statt findet.

§. 7.

Um demnach die natürliche Ordnung einzufolgen, und die Haupt- oder Vorfrage vorzunehmen, kommet es dahier eigentlich nicht darauf an, ob der Appellat von dem Vergleich abgehen, und zu der vorigen Forderung wieder zuruckkehren können, sondern vorläufig ist vielmehr zu untersuchen, ob die desfallsige Klage auch wider die Appellanten gerichtet, und angehoben werden könne? Dessen Entscheidung hanget platter Dingen davon ab, ob derer Appellanten Vorfahren, und Erblasser gleichwie für die verglichenen achtzig Rthlr., also auch im Miszahlungsfalle für die ganze Schuld sich verbürget, oder als Selbstschuldner die ganze Schuld übernommen, und selbige abzuführen versprochen haben, falls die verglichenen achtzig Rthlr. in den beliebten Fristen nicht bezahlet würden. Solte die Beantwortung dieser Frage zum Vortheile derer Appellanten ausfallen, so würde daraus auch

E
weitere

weilers folgen, daß die angehobene Klage wider dieselben keine Statt finde. Falls dahingegen die Frage zum Vortheile des Appellanten beantwortet werden müste; so wäre alsdann ferner zu untersuchen, ob, und in wie weit derselbe von dem Vergleiche ablassen, und die vorige Forderung wiederum rege machen könnte.

§. 8.

Gleichwie der Appellat seine Klage nicht wider die Gemeinde, sondern die Appellanten, als Erben derer Gutsprehere eingeführet; also muß er selbige nothwendig auf den Vergleich gründen, und fölglich behaupten, daß derer Appellanten Erblässere nicht nur für die vergliehenen achtzig Rthlr., sondern auch in Miszahlungsfalle für die ganze Forderung gutgesprochen, und selbige, als ihre eigene Schuld übernommen haben. Hierzu scheint derselbe auch um so mehrern Fug zu haben, als eines Theils in dem Vergleiche zwischen der verglichenen, und der Hauptsumme, oder Forderung kein Unterschied gemachet, anbey in einem unterbrochenen Theile der Rede alles zusammen gefüget, und enthalten ist. Sodann haben andern Theils derer Appellanten Vorfahren sich als Selbstschuldner dargestellet, mithin dürfte man mit dem

LEYSER *ad* π. Vol. VII. Spec. 524. med. 6.

schließen:]

schliessen: Eum Fidejussorem, qui se stylo hodie usitato tanquam debitorem principalem, als Selbstschuldner, obligavit, in omnem causam fidejussisse. Da über dies in dem Vergleiche, und Verbürgung gewisse Zahlungsfristen vorbestimmt worden; so will dahier ferner eintreffen: Si forte Fidejussor post lapsum termini ad solutionem præfixi, pro solvendo fuerit requisitus, & interpellatus: *l. mora in prin. ff. de usuris.* Vel dies certa sit apposita in obligatione, quæ pro creditore interpellat. *l. magnam C. de contrab. stipulat. l. 2. C. de Fur. emphyt.* Caballin tract. de evictionibus §. 3. num. 18. Quia enim isto casu ex sua propria culpa, imo ex inita conventionem convenitur, tanquam interpellatus vel tacite per lapsum termini ad solvendum appositum, vel expresse per requisitionem creditoris, tenetur etiam ratione moræ ad illud plus, quod causatur ob moram in solvendo adhibitam.

HERING de Fidejussor. Cap. XXIV. num. 136.

§. 9.

Solchem jedoch ungeachtet muß ich meines wenigen Orts denen Appellanten das Wort reden; immassen nach allen Rechten die Bürgschaften nicht ausgedehnet, sondern möglichster massen eingeschränket werden müssen, wie dieses belobet

LEYSER cit. Spec. 524. med. 1.

mit folgendem belehret: *Strictam Fidejussionum interpretationem non tollo, quæ non ex obsoleta contractuum stricti juris indole, sed ex recta ratione, & analogia juris nostri provenit. Nempe lex 99. pr. de Verb. obligat.* quæ verba contractus in dubio contra stipulatorem, qui late ea concipere debuisset, explicari jubet, naturalis, summæque æquitatis est, atque ad omnia pacta, & contractus bonæ fidei, pertinet. Pertinet igitur, & ad fidejussiones, quamvis eas contractibus bonæ fidei accensere hodie velles. Creditor enim, ad quem omnis ex fidejussione utilitas redundat, quousque eam extendi cupiat, declarare aperte debet. Fidejussor vero, qui nullum ex fidejussione sua emolumentum sperat, id solum, quod creditor clare præ se tulit, promississe censetur, nihil ultra. Da nun in dem Vergleiche, und Bürgschaftsscheine nicht gemeldet wird, daß die Gutsprecher die Hauptschuld als Selbstschuldner übernommen, und dafür eben so, wie für die verglichenen achtzig Rthlr. haften sollen: sondern da es nur heisset, daß in Miszahlungsfälle die vorigen abgemachten Rechnungen völlig ergänzet, und aufs neue bekräftiget seyn sollen; so mag auch die geleistete Bürgschaft auf den Miszahlungsfall, und die Hauptforderung um so weniger ausgedehnet werden, je klärlicher der Vergleich besaget, daß derer Appellanten Vorfahren nicht den Miszahlungsfall, und die Hauptforderung, sondern

sondern nur die verglichenen achtzig Rthlr. als ihre eigene Schuld übernommen, und sich dafür verbürget haben.

§. 10.

Dieses behörend zu erweisen, muß ich mich zwar auf den schriftlichen Buchstaben des Vergleichs lediglich abbeziehen, daraus aber auch zu erwegen geben, daß die im Miszahlungsfalle statt haben sollende Ergänzung, und Befristigung der Haupt-Schuldforderung dem Vergleiche durch ein Einschiesel, oder Parenthesin einverleibet, und eingeschaltet seye. Welches da nach denen Regeln der Redekunst einen fremden Satz, oder besondern Theil der Rede ausmachet, so mag daraus keinesweegs behauptet, und gefolgeret werden, daß derer Appellanten Vorfahren die Strafe der Miszahlung übernommen, und auf solchen Fall für die Hauptschuldforderung sich verbürget haben. Vielmehr hätte des Appellaten Erblasser dieses deutlicher, und klarlicher ausdrücken sollen, wann er derer Appellanten Vorfahren zu der Strafe der Miszahlung ebenfalls zu verbinden, und anzustrengen gesinnet gewesen wäre, zumalen eines Theils derselbe (wie nicht widersprochen) den Vergleich selbst aufgesetzt, und entworfen, mithin ihme nicht allein als Aufsteller, sondern auch zugleich als Glaubiger seinen Sinn, und Meynung deutlicher zu erklären

obgelegen hat. Dahingegen aber seynd andern
 Theils derer Appellanten Vorfahren einfäl-
 tige Ackerleute gewesen, welche in Gefolg der
 ertheilten Vollmacht den Vergleich namens
 der Gemeind: geschlossen, und dabey vermut-
 lich nicht anders geglaubet haben, dann daß
 der Miszahlungsfall, oder die auf die Mis-
 zahlung gesetzte Strafe nicht sie, sondern ein-
 zig, und alleine die Gemeinde angienge. Ja
 solten dieselben auch als Dorfschöpfen unter
 die Zahl der Studierten, und mehr unterwie-
 senen Leute gerechnet werden können, oder
 wollen; so mögte selbigen desfalls jedoch nicht
 das allermindeste zu Last geleyet werden. Es
 Konnten dieselben nemlich nicht allein sich ge-
 nug seyn lassen, daß die auf die Miszahlung
 gesetzte Strafe durch ein Einschiesel, und bes-
 sondern Theil der Rede von der Uebernehmung
 der verglichenen achtzig Rthlr. abgesonderet,
 und also die Bürgschaft darauf nicht ausge-
 dehnet seye, sondern noch annebst, und zwar
 nicht unvernünftig schliessen: Wann in dem
 Miszahlungsfalle die vorige Forderung wie-
 derum völlig ergänzet, und aufs neue bekräf-
 tiget seyn solle; so muß alsdann der Vergleich
 nothwendig aufgehoben, und davon abgegan-
 gen werden. Wird nun aber der Vergleich
 ganz aufgehoben; so bedarf auch die Ver-
 glichene Summe derer achtzig Rthlr. nicht ab-
 geführt zu werden. Fölglich zerfallt zugleich
 die Bürgschaft, oder Uebernehmung derer
 achtzig Rthlr., und die Sache wird wiederum
 in

in den vorigen, und solchen Stand gestellet, als wann ein Vergleich nicht wäre beliebt, und geschlossen worden.

§. II.

Es könnte zwar ein solcher Schluß von jemanden darum für unbündig angesehen werden, weilten derer Appellanten Vorfahren selbst den Vergleich errichtet, und fögllich an dem ganzen Vergleiche, dem völligen Inhalt, und allen Bedingnüßen gebunden seynd. Allein meines Erachtens wird der abgefaste Schluß dadurch noch des mehrern bestättiget; anerwogen daraus satzsam zu ernehmen, daß derer Appellanten Vorfahren auf eine zweyfache Art müssen betrachtet werden. Erstlich seynd dieselben zu betrachten als Bevollmächtigte von der Gemeinde zu Vergleichsgeschäfte. In diesem Betracht geben dieselben keine Haupttheile ab, noch mag der Vergleich sie anders verbinden, als nur in so weit sie Mitglieder, und Bevollmächtigte, der Gemeinde seynd. Zum andern seynd sie auch zu betrachten als diejenigen, welche für die verglichene Summe sich verbürget, und selbige als ihre eigene Schuld übernommen haben. In solcher Gestalt seynd dieselben die Haupttheile, oder Contrahenten, und an dem Vergleiche gebunden, in so weit sich nemlich die geleistete Bürgschaft erstrecket. Woraus dann mit beiden Händen zu greifen, daß oberwehnte Vorfahren

fahren als Bevollmächtigte der Gemeinde an dem Vergleiche eigentlich keinen, hingegen als Bürgen nur in so weit sie Bürgschaft geleistet, Theil zu nehmen, und selbigen zu erfüllen haben. Da nun oben des breitem angewiesen worden, daß der Miszahlungsfall, und die darauf gesetzte Strafe durch einen besondern Satz, oder Theil der Rede dem Vergleiche einverleibet, und also nach aller gesunden Auslegung von der an einem andern Theile der Rede enthaltenen Bürgschaft, und Uebernehmung der verglichen Summe auf den Miszahlungsfall keine Folge gezogen werden möge; so machet sich der Schluß von selbst, daß der Appellanten Vorfahren, als Bürgen die auf den Miszahlungsfall gesetzte Strafe um so weniger zu tragen haben, je bekennter es ist, quod fidejussio propter unam causam facta, non trahatur in aliam.

HERING *de Fidejuss. Cap. XX. §. 26. num.*
30.

quod fidejussor ultro casum expressum non obligetur.

HERING *cit. Tract. Cap. XXIV. num. 41.*

quodque fidejussori jura faveant propensius, quam debitori principali, ut ait Elbert. Leonin. *in Concil. 92. num. 6. adeo, ut quando fidejussio est nimis gravis, & onerosa fidejubenti,*

jubenti, interpretanda veniat, ut potius inutilis sit, quam ut nimis gravet.

HERING *cit. Tract. Cap. XXVII. in Proam. num. 3. & 4.*

§. 12.

Hieraus ergibt sich alsdann weiters, daß gleichwie derer Appellanten Vorfahren den Miszahlungsfall als Bürgen nicht übernommen, noch dafür zu haften haben; also die diesferthalben dem Appellaten allenfalls zukommende Klage wider die Appellanten als Erben derer Bürgen nicht möge angehoben werden. Dahero jene Frage, ob, und in wie weit dem Appellaten solche Klage zu staten komme, dahier nicht zu erdrteren, sondern dasjenige, so desfalls vorgestellet, und anerinneret werden mag, der Gemeinde, als welche darüber einzig, und allein zu antworten hat, zu überlassen, sodann meinem unvorgreiflichen Erachten nach zu schliessen ist, daß durch Richter voriger Instanz übel geurtheilet, wohl davon appelliret, derowegen sothane Urthel dahin zu reformiren, daß die Appellanten von der angehobenen Klage loszusprechen, und der Appellat damit zu der Gemeinde des Dorfs N. hinüberweisen, gleichwohl die bey hiesiger Instanz aufgegangenen Kosten gegen einander aufzuheben seyen.