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: 4 (1885)

Artikel: Der Gegenstand der Cession nach schweizerischem Obligationenrecht : mit besonderer Berücksichtigung des heutigen gemeinen Rechtes

Autor: Attenhofer

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896736

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: 15.10.2025

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

Der Gegenstand der Cession

nach schweizerischem Obligationenrechte

mit besonderer Berücksichtigung des heutigen gemeinen Rechtes

---

Von

Dr. Attenhofer,

Obergerichtspräsident in Luzern.

Im Art. 183 des schweiz. O.-R. ist bezüglich des Gegenstandes der Cession 1. in möglichst allgemein gehaltener Fassung ausgesprochen, dass jede Forderung abgetreten werden kann, und sind 2. in einigen abstrakten Sätzen die Ausnahmen angedeutet, bei deren Vorhandensein eine Forderung nicht cessibel ist. Vogt sagt daher im Hinblick auf den alleg. Art. 183 mit Recht, dass er gewöhnliche abstrakte Lehrsätze aufstellt und es der Rechtswissenschaft überlässt, denselben Blut und Mark zu geben.

Vgl. „leichtfassliche Anleitung zum schweiz. O.-R." Bd. I. S. 120.

Wir haben uns zur Aufgabe gestellt, den Gegenstand der Cession einer nähern Untersuchung zu unterbreiten. Bei diesem Untersuch ist die Lösung folgender zwei Hauptfragen geboten:

I. Welche Forderungen können nach Art. 183 des schweiz. O.-R. Gegenstand der Abtretung sein?

II. In welchen Fällen greifen die angedeuteten Ausnahmen im Sinne des Art. 183 Platz?

ad. I. Gegenstand der Abtretung können sein:

A. nur Forderungen im eigentlichen Sinne des Wortes im Gegensatze zu den Verbindlichkeiten. Das obligatorische Verhältniss resp. das wechselseitige Verhältniss zwischen

Gläubiger und Schuldner kann nicht cedirt werden (Vergl. Mühlenbruch, Lehre der Cession, 3. Aufl. S. 245). Mit der Annahme des Grundsatzes jedoch, dass Jemand nur seine Rechte, nicht aber seine Verbindlichkeiten abtreten kann, ist freilich die Frage noch nicht gelöst, ob mit Verbindlichkeiten gemischte Rechte, oder, um uns im Sinne eines neuern Schriftstellers (Schlesinger, die rechtliche Unzulässigkeit der Beschlagnahme etc. S. 50 u. 51) auszudrücken, ob die aus gegenseitigen Verträgen entspringenden Forderungen, so lange ihr Gegenstand noch in Leistung und Gegenleistung besteht, mit sofortiger Wirkung abgetreten werden können. Diese Frage steht nun wieder in inniger Wechselbeziehung mit der weitern Frage, ob bei solchen gegenseitigen Verträgen nicht der aktive Theil, d. h. die gesammten Rechte, welche sich aus diesen gegenseitigen Verträgen für die Kontrahenten ergeben, cedirt werden können. Wie einfach nun die Lösung dieser letztern Frage — vorausgesetzt immerhin, dass die Individualität der Kontrahenten nicht als wesentlich erscheint, — bei denjenigen Obligationen ist, bei welchen für die berechtigte Partei gar keine Verbindlichkeit besteht, so ist dieselbe dagegen bei gegenseitigen Obligationen nicht ohne Schwierigkeit denkbar. Es gibt nun freilich gegenseitige Verträge, bei welchen diese Vermischung von Rechten und Verbindlichkeiten für die Annahme der angeführten Succession in die Rechte des einten oder andern Kontrahenten auf dem Wege der Cession zwar ein recht unbequemer, aber nicht ein unüberwindlicher Faktor ist.

1. Bei den gegenseitigen Verträgen, welche in die letztbezeichnete Kategorie fallen, müssen wir aber wieder auseinanderhalten diejenigen, bei welchen eine Nachfolge in der angegebenen Weise bezüglich der beiden Kontrahenten, und die Verträge, bei welchen dieselbe nnr in Hinsicht auf den einten Kontrahenten eintreten kann.

a. Zu den gegenseitigen Verträgen nun, bei welchen der Cessionar auch in die Rechte, die mit Verbindlichkeiten gemischt sind, resp. in die gesammten aus diesen Verträgen resultirenden Rechte der beiden Kontrahenten regelmässig

succediren kann, gehören nach unserm Erachten im Hinblick auf das schweiz. O.-R. der Kaufvertrag, der Tauschvertrag und der Darlehensvertrag.

α) Was den Kaufvertrag betrifft, so bilden zwar in der Wissenschaft, bezw. in der gemeinrechtlichen Theorie und in der gemeinrechtlichen Praxis die soeben aufgestellten Fragen auch in ihrer speziellen Anwendung auf den Kaufvertrag eine Controverse.

Anbelangend die Theorie, so ist in der angegebenen Richtung die Literatur gar nicht reichhaltig. Für die Anschauung, dass mit Verbindlichkeiten gemischte Rechte, also implicite auch, dass die gesammten Rechte aus dem Kaufvertrage vom Verkäufer oder Käufer nicht durch Cession übertragen werden können, sind anzuführen: Thibaut (System des Pandektenrechts 8. Auflage § 77), Wening-Ingenheim (Lehrbuch des Civilrechts Bd. 3 § 48), welche den Satz, dass mit Verbindlichkeiten gemischte Rechte nicht cessibel sind, in ganz absoluter Weise aussprechen. Für diese Ansicht werden auch noch, nach unserer Meinung aber freilich mit Unrecht, Vangerow und Mühlenbruch citirt. Bezüglich des Ersteren, so hat dieser Autor unsere Frage gar nicht gelöst; was Mühlenbruch betrifft, so hat dieser Schriftsteller dieselbe gerade im entgegengesetzten Sinne entschieden. Gegen die Anschauung von Thibaut und Wening-Ingenheim, also dafür, dass mit Verbindlichkeiten gemischte Rechte, bezw. die gesammten Rechte des Verkäufers oder Käufers cedirt werden können, sind ausser denjenigen Schriftstellern, welche — wie Schlesinger und Schmid — eine Cession sogar in die aktive Seite des Verpächters resp. Vermiethers und des Pächters bezw. Miethers vollständig zulassen, anzuführen, und zwar speziell in Hinsicht auf den Kaufvertrag, Sintenis, prakt. gemeines Civilrecht, 2. Bd. 3. Aufl. S. 808, und Mühlenbruch, Lehre der Cession, 3. Aufl. S. 310 und 322; Koch, Uebertragung der Forderungen S. 79. Wir vermissen aber bei allen diesen Schriftstellern, namentlich auch bei Mühlenbruch, der in seiner bekannten Monographie die Materie der Cession mit einer Einlässlichkeit behandelt, wie dies von keinem Schriftsteller vor und nach ihm

geschehen ist, die nähere Begründung unserer praktisch so bedeutenden Frage.

Was die gerichtliche Spruchpraxis anbelangt, so haben sich für erstere Ansicht, resp. diejenige von Thibaut, erklärt die Obergerichte der Kantone Aargau (in einem Entscheide vom 28. März 1865, in Schneider, Entscheidungen des aargauischen Obergerichts auf dem Gebiete des Civilrechts aus den Jahren 1854 bis 1871, S. 321 N°. 349), Luzern (in einem Entscheide vom Jahr 1881 in der amtlichen Sammlung grundsätzlicher Entscheide, Jahrgang 1881 S. 17 und 18, N°. 16); für die letztere Anschauung (von Mühlenbruch und Sintenis) haben sich ausgesprochen das O.-A.-Gericht von Lübeck in einem Entscheide vom 30. Juni 1830 — in Seufferts Archiv Bd. 11 N°. 225, — das O.-A.-Gericht in Wiesbaden in einem Erkenntnisse vom 15. April 1854 (S. Archiv Bd. 11, N°. 32), das O.-A.-Gericht von Celle in einem Entscheide vom 9. März 1857 (S. Archiv Bd. 13, N°. 89), das Ober-Hofgericht von Mannheim in einem Entscheide vom Jahr 1850 (S. Archiv Bd. 8, N°. 35), das O.-A.-Gericht von Berlin und zwar in der Form eines Plenarbeschlusses vom 16. Jänner 1846 (S. Arch. Bd. 1, N°. 28), das Oberhandelsgericht in Leipzig durch Entscheid vom Dez. 1873 (amtliche Sammlung Bd. 12, S. 75 N°. 22).

Nach unserer Ansicht erscheint, wie wir oben schon angedeutet, die Anschauung, dass aus einem Kaufgeschäfte selbst Rechte, die mit Verbindlichkeiten gemischt sind, cedirt beziehungsweise die gesammten Rechte des Käufers wie des Verkäufers durch Cession übertragen werden können, als die richtige. Bei Begründung dieser Anschauung müssen wir sowohl im Hinblick auf das schweiz. O.-R. als auch in Hinsicht auf das gemeine Recht, wie es sich aus den Quellen des römischen Rechtes entwickelte, vor allem konstatiren, dass unsere Frage eine Lösung weder durch eine bestimmte Gesetzesstelle noch auf dem Wege der Analogie finden kann. Die l. 1, Cod. 8, 42, auf welche Thibaut sich beruft, beweist zu Gunsten der Ansicht dieses Schriftstellers nichts. Denn der ganze Inhalt dieser Stelle, resp. des letzten Satzes der-

selben, besteht darin, dass Schuldforderungen — nomina — in der Regel ohne Einwilligung des Schuldners verkauft, resp. übertragen werden dürfen. Es ist dies eine Bestimmung, welche beinahe wörtlich in den Art. 183 des schweiz. O.-R. aufgenommen worden ist. Schon die allgemeine Fassung, in welcher der Gegenstand der Cession, die Forderung, in der betreffenden Stelle erscheint, gestattet nicht ohne Weiteres eine Auslegung im Sinne einer Einschränkung von Thibaut, nach welcher nur Forderungen, die nicht mit Verbindlichkeiten gemischt sind, cedirt werden können. Wenn nun aber durch Gesetz und Analogie unsere Frage nicht gelöst werden kann, so wird die Natur der Sache für diese Lösung massgebend sein.

Nach der Natur der Sache ist aber die Frage, ob die aus einem Kaufgeschäfte resultirenden Forderungen, so lange sie noch mit Verbindlichkeiten gemischt sind, durch die Cession übertragen werden können, von dem Umstande abhängig, dass dadurch die Stellung des debitor cessus in rechtlicher Hinsicht nicht eine Veränderung, namentlich nicht eine Verschlechterung erleidet. Wir betonen ausdrücklich im Gegensatz zur faktischen die rechtliche Stellung des Schuldners. Wollte man den Satz, dass die Stellung des Schuldners nicht verschlechtert werden könne, absolut, ohne auf einen Unterschied zwischen faktischer und rechtlicher Veränderung hinzuweisen, aufstellen, so wäre die natürliche Folge die, dass die Cession juristisch als unzulässig erklärt werden müsste. Die rechtliche Lage des Schuldners kann nun aber bei Zulässigkeit der Cession der Forderungen aus einem Kaufgeschäfte in der angegebenen Richtung verändert, resp. verschlechtert werden, wenn derselbe (debitor cessus) in der Stellung als Käufer oder Verkäufer mit seinen Ansprüchen und Einreden (im weitesten Sinne des Wortes), welche ihm aus betreffendem Kaufgeschäfte zustehen, entweder nur an seinen Kontrahenten — den Abtreter — oder dann einzig an den Cessionar gewiesen wäre.

Einer Einschränkung bezüglich der erstern Alternative, also einer Beschränkung in dem Sinne, dass der debitor

cessus mit den genannten Ansprüchen nur an seinen Kontrahenten gewiesen wäre, steht ein Rechtssatz entgegen, der im schweiz. O.-R. (Art. 189, Abs. 1) eine präzise und klare Fassung erhalten hat. Nach diesem Rechtssatze kann also der Schuldner Einreden, die der Forderung des Abtreters entgegenstehen, auch gegenüber dem Cessionar geltend machen, wenn sie schon zur Zeit, als er (der Schuldner) von der Abtretung Kenntniss erhielt, vorhanden waren. Eine Ausnahme von dieser Rechtsregel findet allerdings statt, wenn es bei der Leistung des Cedenten an den debitor cessus auf die Persönlichkeit des Erstern ankommt. Diese Voraussetzung trifft nun beim Kaufgeschäfte nicht zu. Denn alle diejenigen Ansprüche, welche den beiden Kontrahenten gegenseitig bei einem Kaufgeschäfte zustehen, sind derart, dass regelmässig für den Käufer wie für den Verkäufer absolut kein Interesse vorliegt, ob die Befriedigung desselben von dem Mitkontrahenten oder einem Dritten erfolge. Ist dies aber richtig, so folgt hieraus, dass sowohl für den Käufer als für den Verkäufer kein rechtliches Hinderniss besteht, die Ansprüche, statt direkte dem Mitkontrahenten, dem Cessionar desselben gegenüber zur Geltung zu bringen. Es kann daher, wenn z. B. der Cessionar des Verkäufers gegen den Käufer auf Haltung des Kaufvertrages klagt, der beklagte Käufer, gleichwie seinem Mitkontrahenten — dem Verkäufer — auch dem Cessionar desselben gegenüber mittelst der Einwendung des nicht erfüllten oder nicht gehörig erfüllten Vertrages entweder seine Leistung bis zur Erfüllung, resp. bis zur gehörigen Erfüllung, von Seite des Klägers zurückbehalten oder Aufhebung des Kaufgeschäftes bezw. Entschädigung vom Kläger fordern. (Vergl. auch Schneider u. Fick, Commentar zum schweiz. O.-R. Art. 189 N° 5.)

Was die Einschränkung im Sinne der zweiten Alternative betrifft, welche darin besteht, dass der debitor cessus bezüglich der Ansprachen, die er an den Cedenten, resp. an seinen Mitkontrahenten hat, sich nicht mehr an diesen, sondern einzig an den Cessionar zu halten habe, so lässt sich diese Einschränkung nur unter der Voraussetzung recht-

fertigen, dass der Kaufvertrag unter jene Rechtsgeschäfte gestellt werden könne, bei denen eine Trennung der Rechte von den Verbindlichkeiten rechtlich unzulässig erscheinen würde. Zu diesen Rechtsgeschäften, bei welchen die Möglichkeit der Trennung in angegebener Weise ausgeschlossen ist, gehört nun aber das Kaufgeschäft nicht. Denn es wird der Cedent, wenn derselbe — sei es als Käufer, sei es als Verkäufer — seine vertraglichen Rechte aus dem Kaufe auf den Cessionar überträgt, durchaus nicht in die Unmöglichkeit versetzt, die Leistung seinem Mitkontrahenten — dem debitor cessus — zu prästiren. Der oben erwähnte Plenarbeschluss des Obertribunals von Berlin vom Jahre 1846 bemerkt in dieser Hinsicht in seiner Motivirung sehr treffend: „Es kann von dem Käufer oder Verkäufer, der seine Rechte an einen Andern abtritt, und dem sich seinerseits der Cessionar verpflichtet, die vertragsmässigen Gegenleistungen zu berichtigen, auch gar nicht gesagt werden, er substituire einen Verpflichteten resp. Contrahenten, und es dringe hier ein Fremder in ein zwischen bestimmten Personen bestehendes Obligationsverhältniss ein. Denn nicht die Obligatio wird cedirt — was gar keinen Sinn haben würde — sondern das Recht, die Actio. Die vertragsmässige persönliche Verpflichtung bleibt bei dem ursprünglichen Contrahenten, und nur gegen ihn, wenn er das Recht cum onere abtritt, übernimmt der Cessionar die persönliche Verpflichtung, den Vertrag statt seiner zu erfüllen.“ Der Grund dieser Zulässigkeit der Trennung von Rechten und Verbindlichkeiten beim Kaufgeschäfte liegt nun aber nach unserer Meinung in dem Umstande, dass bei letzterm eine dauernde Beziehung zwischen den Obligationsinteressenten, also zwischen Käufer und Verkäufer, nicht geschaffen wird. Denn beim Kaufe löst sich alles in ein reines Forderungsrecht auf. (Vergl. auch Mühlenbruch, Lehre der Cession, 3. Aufl. S. 311.) Wenn daher der Verkäufer oder Käufer Aufhebung des Kaufvertrages oder Entschädigung verlangt, so ist die Annahme, dass sich Alles in ein reines Forderungsrecht auflöse, ohne Weiteres klar. Aber auch, wenn Einer der

Kaufkontrahenten auf Haltung des Kaufes klagt, so wird durch die Begründeterklärung dieses Klagebegehrens nicht eine dauernde Relation zwischen den Interessenten geschaffen, welche eine fortwährende Quelle von neuen Forderungen und Gegenforderungen erzeugt, denn dieses Begehren auf Haltung des Kaufes bezweckt nichts anderes als Herausgabe des Kaufobjektes, wenn es vom Käufer, und Bezahlung des Kaufpreises, wenn es vom Verkäufer gestellt wird. Mit der Uebergabe des Kaufobjektes von Seite des Verkäufers und mit der Bezahlung des Kaufpreises von Seite des Käufers ist aber das ganze Forderungsrecht erloschen.

Eine eigenthümliche Anschauung vertritt in dieser Hinsicht Schlesinger. Dieser Schriftsteller kommt zwar mit uns zu dem Resultate, dass beim Kaufgeschäfte Rechte, welche mit Verbindlichkeiten gemischt sind, oder um uns des Ausdruckes von Schlesinger selbst zu bedienen, — dass die aus einem gegenseitigen Vertrage entspringenden Forderungen, so lange ihr Gegenstand noch in der Leistung und Gegenleistung besteht, mit sofortiger Wirkung cedirt werden können; er weicht aber in der Begründung dieses Resultates wesentlich von uns ab. Schlesinger erklärt nämlich den debitor cessus für berechtigt, so lange ihm von Seite des Cessionars die Gegenleistung nicht angeboten ist, sich dieselbe mittelst Darlegung seiner Leistung von dem Cedenten zu verschaffen und sich dadurch zugleich von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Hieraus zieht dann Schlesinger die Schlussfolgerung, dass die Cession, bezw. selbst die Denunciation, den debitor cessus nicht an den Cessionar bindet, so lange nicht die Oblation von Seite des Letztern dazu kommt. (Vergl. Schlesinger rechtliche Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohnes und Erörterungen über die rechtliche Natur der gegenseitigen Obligation S. 59 u. ff.)

Als Vertheidiger des Rechtsaxioms, dass bei einem Kaufgeschäfte Rechte, die mit Verbindlichkeiten gemischt, cessibel seien, können wir dieser Schlussfolgerung nicht und zwar aus dem Grunde nicht beipflichten, weil dieselbe in dem praktischen Erfolge einem absoluten Verbote der Cession von Forderungen

aus gegenseitigen Obligationen gleichkommt. Goldschmidt bemerkt in dieser Hinsicht sehr richtig: „Selbstverständlich ist es Sache des Cessionars, die dem debitor cessus geschuldete Gegenleistung zu beschaffen oder beschaffen zu lassen, aber der debitor cessus hat durch die Cession kein Recht darauf erworben, dass ihm diese Gegenleistung in einem frühern als dem sonst vertragsmässigen oder gesetzlichen Zeitpunkte werde oder auch nur angeboten werde. Seine Lage wird durch den Eintritt eines neuen Gläubigers an sich nicht verschlechtert, da dieser nur Gegenleistung fordern kann; aber sicherlich soll sie dadurch doch auch nicht verbessert werden, daher es grundlos erscheint, die Wirksamkeit der Cession von einem Leisten oder auch nur Anerbieten abhängig zu machen, auf welches in diesem Zeitpunkt der debitor cessus noch keinerlei Anspruch hat. In ihrem praktischen Erfolge käme Schlesinger's Theorie einem Verbote der Cession oder Verpfändung von Forderungen aus gegenseitigen Obligationen gleich.“ (Zeitschrift des gesammten Handelsrechts, Bd. 13, S. 649.) Wir möchten diese allgemeinen Bemerkungen Goldschmidt's in ihrer speziellen Anwendung auf den Kaufvertrag noch dahin ergänzen, dass wir sagen, dass nach der Theorie Schlesinger's besonders bei dem so häufig vorkommenden Kreditkaufe, der Verkäufer in der Stellung als debitor cessus geradezu in eine bessere rechtliche Lage gelangen würde als diejenige ist, in welcher er sich vor der Cession dem ursprünglichen Gläubiger, dem Käufer, gegenüber befunden hat. Denn beim Kreditkaufe kann, wenn der Käufer mit der actio emti die Herausgabe des Kaufobjektes fordert, der Verkäufer nicht in Hinsicht darauf, dass der erstere den Kaufpreis noch nicht bezahlte, die Herausgabe des Kaufobjektes bis zur Bezahlung des Preises verzögern, sondern er muss dasselbe dem Käufer ohne Weiteres übergeben. Wenn nun aber für den Käufer dessen Cessionar die actio emti in der angegebenen Weise anstellt, so gelangt der Verkäufer als debitor cessus unter der Voraussetzung, dass im Sinne von Schlesinger die Wirksamkeit der Abtretung von einem Leisten und Anerbieten abhängig gemacht

werde, in die Stellung, dass er mit der exceptio non adimpleti contractus auch bei einem Kreditkaufe die eigene Leistung, resp. das Kaufobjekt, bis zur Bezahlung des Kaufpreises zurückbehalten kann.

Wir müssen aber noch des Weitern die Schlussfolgerung Schlesinger's aus dem Grunde als unrichtig bezeichnen, weil die Prämissen, auf welche dieselbe sich stützt, falsch sind. Wenn auch nach der Cession, resp. nach der Denunciation, der debitor cessus jederzeit seine Forderung an den Cedenten diesem persönlich gegenüber geltend machen kann, so bildet dagegen diese vollendete Cession resp. Denunciation immerhin ein rechtliches Hinderniss einerseits für den Cedenten, die abgetretene Forderung vom debitor cessus einzufordern, und anderseits für den Letztern, dieselbe dem Erstern zu berichtigen. Die von Schlesinger aufgestellte Theorie findet freilich einen Anhaltspunkt in jener gemeinrechtlichen Anschauung, nach welcher der Cessionar nicht als Singularsuccessor des Cedenten betreffend die cedirte Forderung, sondern als procurator in rem suam erscheint, oder — m. a. W. —, wonach der Cessionar nicht das Forderungsrecht selbst, sondern nur die Ausübung desselben erlangt. Denn diese Theorie führt naturnothwendig zu dem Resultate, dass auch selbst nach der Denunciation der Cedent noch als Gläubiger betrachtet werden muss. Ist dieses aber der Fall, so kann man dann nach unserer Ansicht mit dem konsequentesten Anhänger der Theorie, dass der Cessionar nur Ausüber des cedirten Forderungsrechtes sei, mit Muther, zu der Annahme kommen, dass der Schuldner auch nach der Denunciation seine Leistung an den Cedenten abtragen darf, so dass der Erstere nur aus einem dolus dem Cessionar gegenüber haftbar wird (Actio, Abwehr gegen Windscheid, § 61). Unser schweiz. O.-R. hat nun aber im Einklange mit der neuern partikulären Gesetzgebung und der neuern gemeinrechtlichen Praxis die Anschauung, dass das Forderungsrecht nur der Ausübung nach auf den Cessionar übergehe, nicht aufgenommen. Im geraden Gegensatze zu dieser Theorie spricht der Art. 190 des schweiz. O.-R. ausdrücklich nur vom Uebergange der

Forderung des Cedenten auf den Cessionar, ohne die Einschränkung beizufügen, dass diese Uebertragung sich nur der Ausübung nach vollziehe. Ist nun aber der Cessionar nach dem schweiz. O.-R. Singularsuccessor des Cedenten bezüglich der cedirten Forderung, so ergibt sich hieraus die natürliche rechtliche Folge, welche in Art. 187 des O.-R. Ausdruck gefunden hat, die Folge nämlich, dass die Forderung nach der Kenntnissgabe von der Cession an den debitor cessus vom letztern nicht mehr an den Cedenten, sondern nur mehr an den Cessionar bezahlt werden darf. Es muss demnach die Ansicht Schlesinger's vom Standpunkte derjenigen Anschauung, nach welcher der Cessionar als Singularsuccessor bezüglich der cedirten Forderung erscheint, als eine unrichtige bezeichnet werden. Da nun aber der Kaufvertrag zu jenen gegenseitigen Verträgen gehört, bei welchen eine Trennung der Rechte von den Verbindlichkeiten juristisch zulässig ist, so brauchen wir die Theorie Schlesinger's gar nicht, um den Satz zu rechtfertigen, dass der debitor cessus als Käufer oder Verkäufer seine Ansprüche an den Cedenten — seinen Mitkontrahenten — geltend machen kann. Eine praktische Konsequenz der Zulässigkeit der Trennung in der angegebenen Weise liegt nun darin, dass z. B. der debitor cessus als Käufer den Kaufpreis an den Cessionar des Verkäufers bezahlen und das Kaufobjekt von dem ursprünglichen Gläubiger, seinem Mitkontrahenten, erhalten kann. Es wird nun freilich in vielen Fällen, um bei dem gewählten Beispiele zu verbleiben, der debitor cessus als Käufer kein Interesse haben, sich bezüglich seiner Forderung auf Herausgabe des Kaufobjektes an den ursprünglichen Gläubiger, den Verkäufer zu halten. Sollte nun aber ein solches Interesse vorliegen, was der Fall sein würde, wenn der Cessionar des Verkäufers das Kaufobjekt nicht herausgeben kann oder will, und der Käufer einen Werth darauf setzt, dasselbe sofort nach Abschluss des Kaufes zu erhalten: so liegt nach dem Angeführten für den letztern kein rechtliches Hinderniss vor, sich mit der angegebenen Forderung direkte an den Cedenten zu wenden. Da nun

aber durch die Cession, welche der Verkäufer vornimmt, dessen Forderungen aus dem Kaufvertrage (Kaufpreis etc.) voll und ganz auf den Cessionar übergehen, so kann in dem Falle, wo der debitor cessus (Käufer) als Kläger und der Cedent (Verkäufer) als Beklagter erscheint, der Letztere freilich, selbst wenn das betreffende Kaufgeschäft sich als Baarkauf oder Pränumerationskauf qualifizirt, mit der Einrede des nichtbezahlten Kaufpreises an seine Person die Herausgabe des Kaufobjektes nicht verweigern. Die Verweigerung dieser Herausgabe von Seite des Cedenten darf vielmehr nur unter der Voraussetzung erfolgen, dass der Cedent geltend machen kann, es habe der debitor cessus den Kaufpreis dem Cessionar, gegen Empfang des Kaufobjektes, noch nicht anerboten, oder, wenn es ein Pränumerationskauf ist, denselben an den Cessionar zum Voraus noch nicht bezahlt.

Aus den bisherigen Erörterungen resultirt, dass ein rechtliches Hinderniss für den Eintritt auf dem Wege der Cession in die gesammten Rechte des Verkäufers oder des Käufers nicht besteht.

β) Bezüglich des Tauschvertrages sprechen die gleichen Gründe wie beim Kaufe für die Zulässigkeit der Cession in der angegebenen Weise, so dass wir hinsichtlich dieses Rechtsgeschäftes, um Wiederholungen zu vermeiden, einfach auf obige Ausführungen verweisen können.

γ) Was den Darlehensvertrag betrifft, so ist zur richtigen Lösung unserer Frage nothwendig, dass wir uns vorerst über das Wesen dieses Vertrages, wie er sich nach dem schweiz. O.-R. gestaltete, Klarheit verschaffen. Im schweiz. O.-R. erscheint nämlich der Darlehensvertrag nicht, wie im römischen Rechte, als ein Realvertrag, der erst durch die Hingabe des Darlehensobjektes zur Perfektion gelangt, und nicht als einseitiger Vertrag, welcher nur eine absolute Verpflichtung des Borgers und eine ausschliessliche Berechtigung des Darleihers begründet. Der Darlehensvertrag bildet vielmehr in dem schweiz. O.-R. nach dem Vor-

bilde des Dresdener Entwurfes einen zweiseitigen Consensualvertrag. Den Charakter eines gegenseitigen Vertrages gewährt dem Darlehen der Art. 329 des schweiz. O.-R., welcher ausdrücklich von einer gegenseitigen Verpflichtung spricht, die für den Darleiher in der Uebertragung des Eigenthums an fungibeln Sachen an den Borger, und für Letztern dagegen in der Rückerstattung von Sachen der nämlichen Gattung und Güte besteht. Die konsensuelle Natur kann für den Darlehensvertrag sowohl aus dem Art. 329 als auch aus dem Art. 331 des O.-R. abgeleitet werden. Im letztern Art. wird, wie Vogt zutreffend bemerkt, um ja die konsensuelle Natur des Darlehensvertrages hervorzuheben, ausdrücklich betont, dass bei einem einmal geschlossenen Vertrage der Borger einen durch die Klage zu verfolgenden Anspruch auf Aushändigung des Darlehens habe. (Leichtfassliche Anleitung zum schweiz. O.-R. S. 209.)

aa) Was nun in erster Linie die Rechte des Borgers auf Auszahlung des Darlehens betrifft, so steht der Nachfolge in dieselben auf dem Wege der Cession kein rechtliches Hinderniss entgegen. Denn wenn der Cessionar des Borgers als berechtigt erklärt wird, die Auszahlung des Darlehens vom Darleiher zu verlangen, so erleidet dadurch die rechtliche Stellung des Letztern als debitor cessus keine Veränderung beziehungsweise Verschlechterung. Es kann in diesem Fall nicht etwa gesagt werden, es werde ohne Einwilligung des Darleihers ein neuer Schuldner an die Stelle des alten substituirt. Diese letztere Supposition wäre allerdings gegeben, wenn der Darleiher mit der condictio ex mutuo auf Rückbezahlung des Darlehens sich nicht mehr an seinen ursprünglichen Mitkontrahenten, den Borger, halten könnte. Diese Voraussetzung trifft aber nicht zu. Es muss vielmehr angenommen werden, dass nach der Cession der Darleiher immer noch das Recht hat, von dem ursprünglichen Contrahenten, dem Borger, die Rückzahlung einzufordern. Diese Annahme lässt sich aus der konsensuellen Natur, welche das Darlehen nach dem schweiz. O.-R. erhalten hat, rechtfertigen. Denn ist einmal der konsensuelle Charakter des Darlehensvertrages festgestellt, so

folgt hieraus, dass die Verbindlichkeit des Borgers zur Rückerstattung des Darlehens nicht erst durch die Hingabe des Darlehensobjektes an den Borger, sondern schon aus dem zwischen den ursprünglichen Kontrahenten abgeschlossenen Vertrage selbst sich ergiebt. Wenn man daher bei dieser Sachlage die Verpflichtung zur Rückgabe des Darlehens vom Moment der Hingabe an datirt, so verwechselt man den thatsächlichen Anfang mit dem rechtlichen Beginn der Verpflichtung. Auch Eisele kommt in seinen kritischen Studien über die Realkontrakte mit besonderer Rücksicht auf das schweiz. O.-R. (in der Zeitschrift für schweiz. Recht 3. Bd. 1. Heft, S. 208) mit uns zu dem Resultate, dass nach dem schweiz. O.-R. die Cession der Forderung auf das Geben des Darlehens zulässig sei. Zur Begründung dieses Satzes sagt Eisele: „da die Aushändigung eines Darlehens nach schweiz. O.-R. nur als Bestandtheil eines Synallagma hingestellt wird, so könne es nicht zulässig erscheinen, die Forderung auf Rückgabe als cessibel zu erklären, die Aushingabe aber nicht.“ Diese Argumentation, deren Schlüssigkeit wir bestreiten möchten, weicht nun wesentlich von unserer Begründung ab. Nach unserer Ansicht findet die Zulässigkeit der Abtretung der Forderung auf das Geben eines Darlehens seinen Grund darin, dass diese Forderung nach schweiz. O.-R. nicht wie im römischen Rechte, der Ausfluss eines pactum de contrahendo ist. Wäre diese Forderung auf das Geben eines Darlehens ein Ausfluss des pactum de contrahendo, so müsste die Zulässigkeit der Cession derselben schon aus dem Grunde negirt werden, weil dieses pactum als ein vorbereitender Vertrag absolut untrennbar von den Personen ist, welche sich zur Eingehung eines solchen gegenseitig vereinbart haben. Wenn nun aber das Darleihen, und zwar als Hauptvertrag nach schweiz. O.-R. nicht bloss durch Hingabe des Darlehensobjektes, sondern schon durch den blossen Consens perfekt wird, so greift hier der soeben angeführte Rechtsgrund, welcher beim pactum de mutuo dando den Ausschluss der Cession rechtfertigt, nicht Platz. Der einzige Faktor, welcher die Cession der Forderung auf das Geben des Dar-

lehens ausschliessen könnte, kann daher, wenn man im Sinne des schweiz. O.-R. das Darlehen zum Consensualvertrag erhebt, nur darin liegen, dass die rechtliche Stellung des Darleihers durch die Cession verändert bezw. verschlechtert wird. Eine solche Veränderung, bezw. Verschlechterung, tritt aber, wie wir oben dargethan, durch die Cession nicht ein.

ββ) Was die Rechte des Darleihers betrifft, so gewährt demselben das schweiz. O.-R. einerseits eine Forderung auf Rückzahlung des Darlehens und anderseits einen Anspruch auf Annahme desselben. Hinsichtlich des Rechtes auf Rückzahlung des Darlehens, so bietet hier die Frage nach der Zulässigkeit der Cession dieser Forderung nicht die geringste Schwierigkeit dar.

Ebenso muss auch die Cession einer Forderung auf das Nehmen eines Darlehens in Hinsicht auf das schweiz. O.-R. unzweifelhaft gestattet werden. Denn wenn einmal eine Klage des Darleihers gegen den Borger auf Annahme des Darlehens rechtlich zulässig ist, wie dieses unzweifelhaft im Hinblick auf Art. 331 des schweiz. O.-R. der Fall, so liegt auch kein Grund vor, eine Cession dieses Anspruches als unzulässig zu erklären. Es wird nämlich die rechtliche Stellung des Borgers als debitor cessus dadurch in keiner Weise verändert resp. erschwert. Denn erstens wird es für denselben regelmässig absolut gleichgültig sein, ob er das Darlehen von seinem ursprünglichen Kontrahenten oder vom Cessionar desselben ausbezahlt erhalte, zweitens kann eine Erschwerung der rechtlichen Stellung für den Borger nicht aus dem Umstande hergeleitet werden, dass durch diese Cession der Cessionar des Darleihens berechtigt wird, diese Rückzahlung vom Borger zu fordern. Denn ist für die Rückzahlung des Darlehens ein bestimmter Termin oder eine Kündigungsfrist von den ursprünglichen Kontrahenten vereinbart worden, so ist auch an diesen Termin oder an diese Frist der Cessionar des Darleihens gebunden. Ist aber weder ein bestimmter Termin noch eine Kündigungsfrist unter den ursprünglichen Kontrahenten vereinbart worden, so findet die Bestimmung des § 336 des schweiz. O.-R., nach

welchem innert sechs Wochen von der ersten Aufforderung an das Darlehen zurückbezahlt werden muss, auch auf den Cessionar des Darleihers Anwendung.

b) Zu den gegenseitigen Verträgen, bei welchen die Vermischung von Rechten und Verbindlichkeiten die Cession wenigstens in die gesammten Vertragsrechte des einten Kontrahenten nicht ausschliesst, gehören nach unserm Erachten im Hinblick auf das schweiz. O.-R. *α*) der Werkvertrag und *β*) theilweise der Dienstvertrag.

α) Anbelangend den Werkvertrag, so muss in Hinsicht auf das schweiz. O.-R. in Uebereinstimmung mit der herrschenden neuern Doktrin des gemeinen Rechtes in der Regel angenommen werden, dass eine Succession in die gesammten Rechte des Bestellers auf dem Wege der Cession zulässig ist. Von den gemeinrechtlichen Civilisten sind freilich diejenigen (Thibaut und Wening-Ingenheim), welche den Satz, dass die mit Verbindlichkeiten gemischten Rechte nicht cessibel sind, in absoluter Weise hinstellen, als Gegner dieser Anschauung zu bezeichnen.

Dagegen haben sich speziell für die Zulässigkeit der Cession in die aktive Seite des Bestellers bei der locatio conductio operis unter Andern erklärt: Mühlenbruch, Lehre der Cession, 3. Auflage, S. 323; Koch, Lehre vom Uebergange der Forderungen etc., S. 79; Förster, Theorie des heutigen gem. preuss. Privatrechtes, I. Bd., S. 649.

Wir halten nun die Gründe, welche die letztgenannten zwei Schriftsteller für ihre Ansicht anführen, als durchschlagend. Mühlenbruch sagt diesfalls (loco cit. S. 323): „Die persönliche Rücksicht, welche der zur Leistung der Arbeit Verpflichtete auch hiebei (locatio conductio operis) vielleicht bisweilen auf den Besteller nimmt, ist jedenfalls eine so untergeordnete, wie sie auch bisweilen wohl der Verkäufer auf den Käufer zu nehmen pflegt, und ebensowenig zeigt sich hier eine solche Wechselwirkung von Rechten und Verbindlichkeiten, wie bei der loc. cond. rerum; es steht daher nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen einer Cession des

Rechts von Seiten des Bestellers nichts im Wege, der Entrepreneur behält aber sein Forderungsrecht gegen denselben. Und Koch (Seite 79) bemerkt: „Die locatio operis ist von andern Miethsverhältnissen ganz verschieden. Auf den Besteller wird von Seiten des Entrepreneurs oder Werkmeisters (redemtor operis) in der Regel keine andere persönliche Rücksicht genommen, als solches bei Eingehung eines jeden andern contractlichen Verhältnisses geschieht. Auf Seiten des Bestellers ist keine solche Wechselseitigkeit von Rechten und Verbindlichkeiten wie bei der locatio rerum. Der Cession seines Rechtes steht daher ebensowenig etwas entgegen, als der Cession der Actio emti."

Die Gründe, mit welchen die beiden genannten Schriftsteller die Zulässigkeit der Cession in die Rechte des Bestellers bei der loc. cond. operis rechtfertigen, sind auch im Hinblick auf das schweiz. O.-R. gegeben. Es kommt nämlich auch hier in erster Linie in der Regel auf die Individualität des Bestellers nichts an. Dies ergibt sich schon aus dem Umstande, dass nach § 371 des schweiz. O.-R. nur der Tod des Unternehmers eine Auflösung des Werkvertrages herbeiführt. Dem Tode des Bestellers hingegen wird in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte diese auflösende Wirkung nicht beigelegt. (Vergl. auch Schneider Commentar zu § 371, Anm. 2.) In zweiter Linie ist zu konstatiren, dass auch nach schweiz. O.-R. durch eine allfällige Cession der Rechte des Bestellers die rechtliche Lage des Unternehmers als debitor cessus nicht verändert resp. verschlechtert wird. Es steht demnach vom Standpunkte des schw. O.-R. aus nicht das geringste rechtliche Hinderniss der Annahme entgegen, dass der Unternehmer mit seinen Forderungen nach wie vor der Cession sich immer an seinen ursprünglichen Contrahenten bezw. den Besteller halten kann. Die Frage der Zulässigkeit der Cession in die gesammten Rechte des Bestellers wird freilich nicht häufig ein praktisches Interesse darbieten; immerhin kann aber der Fall eintreten, wo die Zulässigkeit dieser Cession einem praktischen Bedürfnisse entspricht. Man denke sich folgen-

den Fall: A will auf seinem Grundstück eine Baute erstellen und hat zu diesem Behufe mit Baumeister B einen Vertrag vereinbart, gemäss welchem derselbe die Erstellung der fraglichen Baute übernommen hat. Nachdem der Baumeister den Bauplan ausgefertigt hat, aber noch bevor der Bau wirklich in Angriff genommen ist, verkauft der Besteller A das fragliche Grundstück dem C. Der Letztere setzt nun aber einen besonderen Werth darauf, dass die zwischen dem Verkäufer A und dem Baumeister B projektirte Baute und zwar nach dem Plane des Letztern ausgeführt werde. In Folge dessen hat der Käufer C selbstverständlich ein Interesse, dass die betreffende Baute durch den Baumeister B erstellt werde. Nun aber weigert sich B dem Käufer C gegenüber, die Baute auszuführen. Wenn nun die Abtretung in die Rechte des Bestellers nicht zulässig wäre, so könnte der Käufer C, also derjenige, welcher noch allein ein Interesse an der Ausführung der betreffenden Baute hat, den Baumeister nicht zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten anhalten; denn unter dieser Voraussetzung würde einer allfälligen Klage Seitens des Käufers gegenüber mit Erfolg die Einwendung der fehlenden Legitimation zur Sache entgegengehalten werden können. Es hätte daher der Käufer bei dieser Verweigerung des Baumeisters keine andere Wahl, als durch das Organ des Verkäufers den Ersteren (Baumeister) zur Erfüllung des Vertrages anzuhalten. Wenn nun aber die Cession in die Rechte des Bestellers zulässig ist, so kann der Käufer C, ohne auf den angegebenen Umweg verwiesen zu werden, der für ihn, wie für den Verkäufer, mit Inkonvenienzen verbunden ist, direkt an den Unternehmer (Baumeister) sich halten, ohne dass dadurch der ursprüngliche Kontrahent, der Besteller, für die Forderungen, welche dem Baumeister aus dem fraglichen Werkvertrage zustehen, der Haftbarkeit entlassen würde.

β) Was die locatio conductio operarum betrifft, unter welche nach schweiz. O.-R. auch in Hinsicht auf Art. 348 der sog. Honorarvertrag rubrizirt werden muss, so wird, wenn auch nicht in allen, doch in einigen Fällen die Cession

in die gesammten Rechte des Arbeitgebers, welche demselben gegen den Arbeitsnehmer zustehen, nach schweiz. O.-R. als zulässig erklärt werden müssen. So steht in den Fällen, wo die Dienstleistung des Locators nur einen vorübergehenden Charakter hat, wo also nur von einem sog. abstrakten Dienstverhältnisse die Rede sein kann, vorausgesetzt freilich, dass dieser Dienstvertrag nicht ausdrücklich mit Rücksicht auf die Person des Conductor abgeschlossen wurde, der Abtretung in der angegebenen Weise kein rechtliches Hinderniss entgegen.

Wir haben bis dahin von den gegenseitigen Verträgen gesprochen, bei welchen die Vermischung der Rechte und Verbindlichkeiten die Annahme der Succession in die gesammten Vertragsrechte entweder der beiden oder des einen Kontrahenten auf dem Wege der Cession rechtlich nicht ausschliesst.

2. Was nun die einseitigen Verträge betrifft, so besteht das Kriterium der Cessionsfähigkeit der Rechte des berechtigten Kontrahenten einzig und allein darin, dass die Individualität dieses Berechtigten nicht wesentlich erscheint. Zu diesen einseitigen Verträgen, bei welchen die Individualität des berechtigten Kontrahenten wenigstens in der Regel nicht wesentlich erscheint, gehört nun nach schweiz. O.-R. der Hinterlegungsvertrag. Denn es wird regelmässig dem Depositar vollständig gleichgültig sein, ob er die betreffende bewegliche Sache für den A oder für den B aufbewahren oder ob er sie dem ersten oder dem zweiten zurückstellen soll.

B. Gegenstand der Abtretung können nach schweiz. O.-R. in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte auch die reinen Forderungen, resp. die Forderungen auf Zahlungsleistung, Schadensersatz, Herausgabe einer Sache sein, welche selbst aus Obligationsverhältnissen entspringen, bei welchen zwar ein Eintritt in die gesammte aktive Seite auf dem Wege der Cession juristisch unzulässig ist. (Vgl. Mühlenbruch, Lehre der Cession, 3. Aufl. S. 246.) So kann z. B.

der Cessionar bei der Societät, Miethe und Pacht, Mandatum, bei welchen Rechtsverhältnissen er nicht in die gesammten Rechte des Socius, des Bestandgebers oder Bestandnehmers, und des Auftraggebers, wie wir unten zeigen werden, eintritt, in die reinen Forderungen in der oben angegebenen Richtung succediren.

C. Gegenstand der Abtretung können nach schweiz. O.-R. sein Forderungen, welche einen privatrechtlichen Charakter haben, und zwar in der Regel ohne Rücksicht auf ihren Entstehungsgrund, bezw. ohne Rücksicht darauf, ob sie aus einem Vertrage, Quasivertrage, unerlaubter Handlung (Delikt), ungerechtfertigter Bereicherung, oder aus familien- und erbrechtlichen Verhältnissen, insofern diese nicht die Familienrechte oder Erbrechte berühren, sowie aus Grund öffentlichen Rechtes entstehen.

1. Was die Verträge betrifft, so kann nach Art. 17 des schweiz. O.-R. Gegenstand des Vertrages eine Forderung resp. eine Leistung sein, welche möglich und nicht widerrechtlich oder unsittlich ist. Das schweiz. O.-R. hat im Gegensatze zur herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin hier die Anschauung von Windscheid acceptirt, nach welcher ein Vermögensinteresse, bezw. ein Geldwerth für die Gültigkeit eines Vertrages nicht absolut nothwendig ist. (Vergl. Lehrbuch des Pandektenrechtes, 4. Aufl., Bd. 2 § 251 St. 3 u. 4 Anmerk. 3.)

Vom Standpunkte des heutigen Rechtes aus kann auch die Anschauung, welche in dieser Hinsicht das schweiz. O.-R. adoptirt hat, auf Richtigkeit Anspruch machen. Denn der Grundsatz, dass zur Begründung einer vertraglichen Forderung jedes andere Interesse, welches mit dem Geldwerthe nicht zusammenhängt, ausgeschlossen werde, liesse sich nur bei der Annahme rechtfertigen, dass entweder die Condemnation, wie dieses in dem röm. Civil-Prozesse der Fall, sich einzig nur auf Geld erstrecken oder die Exekutionsfrage bei Forderungen, die nicht auf Geldwerth gehen, nicht realisirt werden könnte. Nach dem heutigen gemeinen Rechte greift

aber keine dieser Alternativen Platz, indem hienach, wie Windscheid überzeugend ausführt, weder die Condemnation noch die Executionsfrage Schwierigkeiten bereitet; die Condemnation nicht, weil wir das Prinzip der Geldcondemnation nicht mehr haben, die Exekutionsfrage nicht, weil dem Richter auf Grund des I. R. T. A. und der Praxis die Befugniss, sein Urtheil durch Strafen zu erzwingen, nicht bestritten werden darf. (Vergl. Lehrbuch des Pandektenrechts 4. Aufl., II. Bd., S. 3, Anmerk. 3, woselbst auch die einschlägige Literatur angegeben ist, welcher noch Renaud, Lehrbuch des gem. Civilprozessrechtes 2. Auflage S. 513 beizufügen ist.) Auch die neuern schweiz. Civilgesetzgebungen kennen diese Privatstrafen in der Exekutionsinstanz (vide Art. 390 des bern. C.-R.-V., Art. 495 des aargauischen Entwurfes für den Civilprozess).

Wenn nun nach schweiz. O.-R. ein Anspruch, vorausgesetzt immerhin, dass demselben ein vernünftiges Interesse zu Grunde liege, welcher keinen Geldwerth hat, Gegenstand eines Vertrages sein kann, so lässt sich hieraus die Schlussfolgerung ziehen, dass auch die rechtliche Möglichkeit, solche Ansprüche zu cediren, gegeben ist. Es kann demnach nach schweiz. O.-R. nicht im Sinne Mühlenbruchs das vermögensrechtliche Interesse im engern Sinne, resp. das Geldinteresse, als ein absolutes Erforderniss für die Cession einer vertraglichen Forderung hingestellt werden. Wenn nun aber auch die rechtliche Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, dass solche Ansprüche, die keinen Geldwerth enthalten, cedirt werden können, so wird doch eine solche Cession in Wirklichkeit selten vorkommen. Der Grund für diese Erscheinung liegt offenbar in dem Umstande, dass alle Ansprüche, die keinen Geldwerth repräsentiren, meistens so geartet sind, dass sie nur ein Interesse für den ursprünglichen Gläubiger darbieten und in Folge dessen einen höchst persönlichen Charakter haben. Wenn z. B. A. von seinem Zimmernachbar B., der in Holzarbeiten thätig ist, sich einen Verpflichtungsakt ausstellen lässt, dass derselbe (B) in dessen Zimmer sein Handwerk nicht ausüben wolle, so kann A. in Hinsicht auf das

schweiz. O.-R. diesem Anspruche rechtliche Geltung verschaffen. Aus diesem Verpflichtungsakte lässt sich zwar kein Geldinteresse, aber immerhin in der Regel ein Interesse ableiten, wenn auch dasselbe nur darin bestehen soll, dass die Nerven des Berechtigten nicht unangenehm affizirt werden. Wenn man aber sich weiter fragt, ob A. diesen Anspruch auf gedachte Unterlassung, welchen er gegen B. erworben, an C. abtreten könne, so wird diese Frage unter der Voraussetzung erstens, dass diese Verpflichtung nicht wesentlich in Rücksicht auf die Persönlichkeit des Berechtigten eingegangen, und zweitens, dass der Cessionar irgend ein Interesse an der Forderung dieser Unterlassung habe, zu bejahen sein. Ein Interesse des Cessionars wird aber in Wirklichkeit regelmässig nur dann angenommen werden können, wenn der Cessionar C. an der Stelle des Cedenten A. Zimmernachbar des Verpflichteten B. wird.

2. Was die unerlaubten Handlungen (delicta) betrifft, so entstehen aus denselben nach schweiz. O.-R. folgende Forderungen:

a. Forderungen, die auf Ersatz eines Vermögensschadens gerichtet sind;

b. Forderungen, welche nicht auf Ersatz eines Vermögensschadens gehen, diese Forderungen haben ihre Quelle in §§ 54 und 55 des schweiz. O.-R. Es kann nämlich nach § 54 des O.-R. bei Körperverletzungen oder bei Tödtung eines Menschen der Richter unter Würdigung der besondern Umstände, namentlich in Fällen von Arglist oder grober Fahrlässigkeit, dem Verletzten oder den Angehörigen des Getödteten, auch abgesehen von dem Ersatz erweislichen Schadens, eine angemessene Geldsumme zusprechen. Es kann nach dem alleg. Art. somit auch für die vom Verletzten ausgestandenen physischen Leiden oder für körperliche Entstellungen, welche das Fortkommen des Beschädigten an und für sich nicht erschweren, eine angemessene Geldsumme zugesprochen werden. (Vergl. Schneiders Commentar S. 73 Art. 54 Anmerk. 4.) Nach Art. 55 kann unter der Vor-

aussetzung, dass Jemand durch andere unerlaubte Handlungen, also bei solchen unerlaubten Handlungen welche keine Körperverletzung oder Tödtung zur Folge haben, in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt wird, der Richter auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens auf eine angemessene Geldsumme erkennen. Es wird nach diesem Art. 55, wie die Botschaft des Bundesrathes S. 40 sich ausdrückt, eine angemessene Summe für sogen. moralische Leiden ausgesetzt. Die Forderungen, welche demnach in der angegebenen Richtung aus Art. 54 und 55 des O.-R. resultiren, können wir mit dem Namen „Schmerzengeld" bezeichnen.

ad a) Was die Frage betrifft, ob die Abtretung eine Forderung aus einem Delikte, welche auf Ersatz eines Vermögensschadens gerichtet ist, beschlägt, so bietet sich für die Lösung derselben nicht die geringste Schwierigkeit, indem dieselbe unzweifelhaft bejaht werden muss.

ad b) Schwieriger dagegen gestaltet sich die Sache, wenn man die Frage aufstellt, ob die Forderungen, welche aus §§ 54 und 55 cit. resultiren, bezw. Forderungen, die auf ein Schmerzengeld gehen, cessibel seien. Diese Frage ist nach unserer Ansicht davon abhängig, ob die Klagen, mit welchen man dieses Schmerzengeld einfordert, zu denjenigen gerechnet werden können, welche die Römer mit dem Namen der actiones vindictam spirantes bezeichneten, oder — m. a. W. — ob die juristische Natur dieses Schmerzengeldes eine Strafe für den Beschädiger oder ein Ersatz für die ausgestandenen Schmerzen des Verletzten ist. Sollte nun diese Frage dahin beantwortet werden, dass die rechtliche Natur des Schmerzengeldes eine Strafe für den Beschädiger sei, so kann freilich die Cessibilität unserer Forderung nicht angenommen werden. Albert Schmid (in seinen Grundlehren der Cession Bd. 2, S. 288 und 289) kommt zwar selbst unter der angeführten Voraussetzung zu dem Resultate, dass das Schmerzengeld abgetreten werden könne. Derselbe behauptet nämlich cit. loco, dass die sog. actiones vindictam spirantes zum Zwecke der Genugthuung auf eine Vermögensleistung gerichtet sind, welche ohne Veränderung ihres Wesens anstatt dem Cedenten

dem Cessionar zu eigenem Besten gereicht werden kann. Wir halten nun aber diese Argumentation nicht für stichhaltig; denn wenn das Schmerzengeld eine Genugthuung für eine dem Verletzten zugefügte Unbill ist, so folgt consequenterweise hieraus, dass die Genugthuung eben nur dem Verletzten geleistet werden kann. Bei der Annahme dagegen, dass die Schmerzengeldklage eine Ersatzklage für erlittene Schmerzen des Verletzten bilde, lässt sich die Schlussfolgerung rechtfertigen, dass diese Forderung cessibel sei. Denn selbst, wenn man mit Windscheid (Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Auflage, II. Bd., S. 716, Anmerk. 33) aus der Zweckbestimmung der Schmerzengeldforderung auf die Unübertragbarkeit derselben auf dem Wege der Universalsuccession schliessen wollte, so würde die Richtigkeit dieser Ansicht nicht die Annahme rechtfertigen, dass die Schmerzengeldforderung auch vermittelst Cession nicht übertragen werden könnte. Diese Annahme wäre nur unter der Supposition gegeben, wenn die Rechtsregel: quæ non sunt transmissibilia ad heredes, per cessionem non transeunt, oder umgekehrt: quod est transmissibile, id est cessibile, welche s. Z. bei den Glossatoren und nach ihnen noch lange Zeit bei den meisten Civilisten ihre Verfechter gefunden hat, als richtig sich erweisen sollte. Diese Theorie findet aber seit Mühlenbruch, der (in seiner Lehre der Cession, 3. Auflage, S. 255 u. ff.) die juristische Unhaltbarkeit derselben überzeugend nachgewiesen, unter den neuern Juristen keinen Vertheidiger mehr.

Es lässt sich auch in der That, wie schon Vangerow (Lehrbuch der Pandekten 6. Auflage, 3. Bd., S. 117) mit Recht hervorgehoben, bei der grossen Verschiedenheit der Grundbegriffe der Cession und der Transmission nicht einsehen, wie eine solche Parallele irgendwie gerechtfertigt werden könnte. Die Unrichtigkeit der Schlussfolgerung von der Nichtvererblichkeit auf die Nichtcessibilität oder umgekehrt von der Erblichkeit auf die Cessibilität einer Forderung zeigt sich in evidenter Weise nach unserer Ansicht gerade bezüglich der Schmerzengeldforderung. Denn der Rechtsgrund, welcher für die Unzulässigkeit der Vererblichkeit der

Schmerzengeldforderung angeführt wird, kann nicht Platz greifen, um die Nichtcessibilität derselben zu rechtfertigen. Da nämlich der Zweckbestimmung nach das Schmerzengeld nur demjenigen zukommen soll, der wirklich Schmerzen erlitten, so würde dieselbe allerdings nicht verwirklicht werden können, wenn der Erbe des Berechtigten dieses Schmerzengeld ebenfalls erheben könnte; wohl aber kann diese Verwirklichung erfolgen, wenn der Cessionar des Berechtigten diese Forderung geltend macht. Denn der gedachte Zweck lässt sich wie durch direkte, so auch durch indirekte Verwerthung der betreffenden Forderung, resp. durch Veräusserung auf dem Wege der entgeltlichen Cession realisiren. Ist aber einmal die Zweckbestimmung kein Hinderniss für die Cession der Schmerzengeldforderung, so ist — immerhin vorausgesetzt, dass dieselbe nicht den Charakter der Genugthuung, sondern vielmehr den einer Ersatzforderung hat, — kein Grund ersichtlich, der gegen die Zulässigkeit der Cession der Schmerzengeldforderung sprechen könnte. Die Hauptfrage ist demnach die, ob das Schmerzengeld als Ersatzforderung für den erlittenen Schmerz oder nur als Privatstrafe für den Verletzer aufzufassen sei. Nach gemeinem Rechte gehört nun diese Frage zu den bestrittenen. Für die Ansicht, welche dem Schmerzengelde den Charakter einer Privatstrafe beilegt, haben sich unter den neuern Civilisten Puchta (Pandekten § 288), Kuntze (bei Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Rechtes 3. Aufl., 3. Bd., S. 109), Windscheid (in der 3. Aufl. des Pandektenrechtes Bd. 2, § 455, S. 659 und 660, Anm. 30 und 31), und namentlich einlässlich Seiz (Untersuchung über die heutige Schmerzengeldklage S. 105 u. ff.) ausgesprochen. Für die Anschauung dagegen, welche in der Schmerzengeldforderung eine Ersatzklage erblickt, sind unter den neuern Civilisten anzuführen Koch (Recht der Forderungen nach gem. und preus. Recht, 3. Bd., S. 1153), Keller (Vorlesungen der Pandekten 2. Aufl., Bd. II., S. 129), Stintzing in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 2, S. 593), Windscheid (in der 4. Aufl. des Lehrbuches d. Pandektenrechtes Bd. 2, § 455, Anm. 30 und 31, in der dieser Autor

seine Anschauung, die er in frühern Ausgaben niedergelegt, revocirt, und ausdrücklich für die Ersatznatur der Schmerzengeldforderung sich erklärt), und namentlich einlässlich K. G. Wächter (die Busse bei Beleidigungen u. Körperverletzungen nach heutigem gemeinem Rechte, S. 73 u. ff.). Was die neuere gemeinrechtliche Gerichtspraxis betrifft, so haben das O.-A. Gericht in Oldenburg im J. 1845 (Seuff. Arch. Bd. 1, N°. 220), das O.-A.-G. von Rostock im J. 1871 (Seuff. Arch. Bd. 31, N°. 232) sich für die Ersatzforderung, das O.-A.-G. von Kassel im J. 1847 (Seuff. Arch. Bd. 8, N°. 138) und das O.-A.-G. von Celle i. J. 1856 (Seuff. Arch. Bd. 13, N°. 31 II.) sich für die Privatstrafe des Schmerzengeldes ausgesprochen.

Wir halten nun vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus die Ansicht für die richtige, welche der Schmerzengeldklage den Charakter einer Ersatzklage beilegt. Zur Begründung dieser Ansicht kann man sich allerdings nicht auf die röm. Rechtsquellen berufen, indem nach dem Wortlaute der l. 7. Dig. de his qui effud. 9. 3 ein Anspruch auf Schmerzengeld geradezu ausgeschlossen ist. Wenn daher für die gemeinrechtliche Geltung einer Rechtsnorm einzig und allein die röm. Rechtsquellen massgebend wären, so könnte ein Entscheid des O.-A. von Wiesbaden v. J. 1839 (vergl. S. Archiv Bd. 13, N°. 31), gemäss welchem diese Forderung nach gemeinem Rechte keine Existenz haben soll, auf Richtigkeit Anspruch machen. Nun ist aber bei Lösung dieser Frage das röm. Recht nicht der einzig Ausschlag gebende Faktor. Denn neben dem röm. und kan. Rechte ist auch das Gewohnheitsrecht ebenbürtige Rechtsquelle. Gerade nun durch das deutsche Gewohnheitsrecht hat das Schmerzengeld und zwar in der Form einer Ersatzforderung seine Sanktion erhalten. Es ist namentlich das Verdienst Wächters, nachgewiesen zu haben, dass nach dem Gewohnheitsrechte, wie es sich seit der 2. Hälfte des XVII. Jahrh. in Deutschland gebildet hat, das Schmerzengeld nicht den Charakter einer Privatstrafe, sondern denjenigen einer Ersatzforderung erhalten hat. (Vergl. die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach heutigem gem. Rechte S. 73 u. ff.) In der neuesten Zeit hat nun aller-

dings das Schmerzengeld in Deutschland durch das deutsche Reichsstrafgesetzbuch Art. 231 eine Modifikation in der Weise erlitten, dass auf Antrag Desjenigen, der eine Körperverletzung erlitten, durch den Strafrichter zu Gunsten des Antragstellers eine Busse bis zum Betrage von 2000 Thl. ausgesprochen werden kann, welche Busse die Geltendmachung einer weitern Entschädigungsforderung, also auch den Anspruch auf Schmerzengeld, ausschliesst. Ueber die rechtliche Natur dieser Busse nach deutschem Reichsstrafgesetzbuche, bezw. ob dieselbe eine Privatstrafe sei oder ob derselben der Charakter einer Ersatzforderung zukomme oder ob sie eine Mischung von Strafe und Entschädigung enthalte, ist vielfach gestritten worden, so dass die Literatur über diese Frage als eine reichhaltige bezeichnet werden kann. (Vergl. die einschlägige Literatur bei Wächter, S. 30 u. ff.) Es fällt nun nicht in den Bereich unserer Aufgabe, hier einen Beitrag zur Lösung dieser Controverse zu liefern. Wir glauben hier nur konstatiren zu müssen, dass die Anwendung des alleg. Art. 331 des deutschen R.-St.G.B. in der Regel nicht Platz greift, wenn der Verletzte den Civilrichter wegen Ersatzes angeht. (Vergl. Wächter, die Busse S. 70.) Ist dieses aber der Fall, so ist heute noch in Deutschland der Civilrichter bei Forderung des Schmerzengeldes regelmässig entweder an die partikulären Civilgesetzgebungen gebunden, wenn diese sachbezügliche Bestimmungen enthalten wie z. B. in Sachsen, wo Art. 1489 des B.-G.-B. das Schmerzengeld als reine Schadensersatzforderung auffasst, oder in Ermangelung einer ausdrücklichen Lösung durch diese partikulären civilrechtlichen Bestimmungen diesbezüglich auf die Grundsätze des gemeinen Rechtes hingewiesen. So hat in einem Falle das deutsche Reichsgericht, resp. der dritte Civilsenat desselben, den 17. Nov. 1882 in Anwendung dieser gemeinrechtlichen Grundsätze erklärt, das Schmerzengeld sei keine Privatstrafe, sondern ein civilrechtlicher Ersatzanspruch. In der betreffenden Motivirung heisst es wörtlich: „Als Geldäquivalent für die durch eine Körperverletzung erlittenen Schmerzen, in welcher Eigenschaft das sogen. Schmerzengeld gewohnheitsrechtlich sank-

tionirt worden ist, kann dasselbe nicht als eine Privatstrafe im technischen Sinne erklärt, sondern es muss als ein civilrechtlicher Ersatzanspruch wegen widerrechtlich erlittener Schmerzen aufgefasst werden.“ (Vergl. Entscheide des deutschen Reichsgerichts 7. Bd., S. 89, N°. 28.)

Es ist nun freilich in der Theorie in Hinsicht auf die absolute Verschiedenheit, die zwischen dem Gelde und den Schmerzen besteht, die rechtliche Unmöglichkeit der Annahme des Schmerzengeldes als Ersatzforderung betont worden. So sagt Windscheid in seiner 3. Auflage des Lehrbuches des Pandektenrechtes Bd. II. § 455 Note 31: es sei zu bedenken, dass Schmerzengeld und Geldleistungen unvergleichbare Grössen sind; das Schmerzengeld ist also eben nicht Ersatz, und wenn es nicht Ersatz ist, so muss es Strafe sein. Diese Argumentation von Windscheid hat nach unserer Meinung durch Wächter ihre Widerlegung gefunden. Wächter sagt nämlich: „Es ist allerdings richtig, dass Schmerzen und Geld spezifisch ganz verschiedene Dinge sind. Allein auf dem Rechtsgebiete muss häufig für an sich spezifisch verschiedene Grössen ein Gleichungspunkt gesucht und gegeben werden. Es ist dies nicht bloss der Fall bei dem Verhältnisse zwischen Verbrechen und Strafe, sondern mitunter auch auf dem privatrechtlichen Gebiete, wie z. B. bei der Ersatzklage wegen eines gebrochenen Verlöbnisses und bei der Bezahlung des sog. Kränzchens. Wie es nicht selten vorkommt, dass man unschätzbare Dienste mit Geld belohnt, oder dass man die einem Andern zugefügten Kränkungen mit Geschenken wieder gut zu machen sucht und man im letztern Falle nicht an Strafe, sondern bloss an Ausgleichung und Entschädigung denkt: so kann es wohl sein, dass auch ein Gesetz oder ein Gewohnheitsrecht das Schmerzengeld im Sinne eines blossen Ersatzes für die erlittenen Schmerzen auffasst.“ (Die Busse bei Beleidigungen — S. 74.) Windscheid hat nun übrigens, wie bereits bemerkt, nicht den geringsten Anstand genommen, in den späteren Auflagen seines Pandekten-Lehrbuches Bd. II., § 455, Anm. 31, die Richtigkeit jener von Wächter ausgesprochenen Ansicht an-

zuerkennen. Den Ausführungen des Letztern fügt Windscheid cit. loco noch Folgendes bei: „Auch das ist Entschädigung, wenn die dem Verletzten verursachte schmerzliche Empfindung durch Verursachung einer angenehmen Empfindung wieder aufgehoben wird. In diesem Sinne kann das Schmerzengeld als Entschädigung allerdings aufgefasst werden, wie die Gewohnheit, durch welche es eingeführt worden ist, es in der That als Entschädigung aufgefasst hat. Die Schmerzengeldklage ist eine utilis actio legis Aquiliae."

Was speziell das schweiz. Obligationenrecht betrifft, so ist nach dem Wortlaute der Art. 54 und 55 desselben dem Schmerzengelde die Natur einer Ersatzforderung zwar nicht ausdrücklich beigelegt. Dessenungeachtet kommt man nach unserm Erachten, wenn man den Wortlaut der betreffenden Artikel einer nähern Prüfung unterstellt, zu dem Resultate, dass das Schmerzengeld eine Ersatzforderung und keine Privatstrafe ist. Denn von der Zusprechung dieser Geldsumme für körperliche Leiden ist im Art. 54 des O.-R. nicht etwa neben der Ersatzforderung im Allgemeinen, sondern speziell im Gegensatze zu dem Vermögensschaden die Rede, wie sich dieses aus dem Passus „abgesehen von dem Ersatze des erweislichen Schadens" ergibt. Ebenso ist in Art. 55, nach welchem eine angemessene Geldsumme für moralische Leiden zuerkannt werden kann, der Ausdruck „Vermögensschaden" im Gegensatze zu diesem ideellen Schaden gebraucht. Es wäre nun die Hervorhebung der Schmerzengeld- im Gegensatze zur Ersatzforderung im schweiz. O.-R. für den Gesetzgeber, wenn derselbe wirklich dem erstern den Charakter einer Privatstrafe verleihen wollte, um so eher angezeigt gewesen, als die bisherigen kantonalen bürg. Gesetzgebungen das Schmerzengeld ausdrücklich als eine Ersatzforderung hinstellten. Ein Einwand gegen die Ersatznatur des Schmerzengeldes, resp. ein Argument dafür, dass dasselbe eine Privatstrafe für den Verletzer sei, könnte freilich auf den ersten Blick aus dem Umstande hergeleitet werden, dass nach schweiz. O.-R. bei Ausmittelung dieses Schmerzengeldes nicht allein die Art und Grösse des Schmerzes des Verletzten,

sondern auch die Art und Grösse der Schuld des Verletzers massgebend ist. Denn nach § 54 des schweiz. O.-R. wird der Richter unter Würdigung der besonderen Umstände, namentlich bei Arglist und grober Fahrlässigkeit, eine angemessene Geldsumme für körperliche Schmerzen oder Entstellungen aussprechen. Wenn nun aber neben dem objektiven Massstabe auch der subjektive und zwar in der Weise in Betracht fällt, dass Derjenige, der auf dolose oder grobe kulpose Weise die Körperverletzung beigebracht hat, einen grösseren Betrag als Schmerzengeld bezahlen muss, als Derjenige, welchem ein leichteres Verschulden zur Last fällt, so führt dies zur Annahme, dass das Schmerzengeld als Privatstrafe erscheint. Es entspricht nämlich der Idee der Privatstrafe, die nichts anderes ist, als eine Busse für ein an dem Verletzten begangenes Unrecht, vollständig, dass bei der Fixirung des Schmerzengeldes auch die Grade des Verschuldens in Berücksichtigung fallen. Wächter bemerkt in dieser Hinsicht zutreffend: „Das Schmerzengeld als Strafe gedacht, müsste sich nach ganz anderen Momenten bestimmen, als das als Ersatz aufgefasste. Das letztere würde sich lediglich nach Art und Grösse der Schmerzen des Verletzten bestimmen, nicht nach Art und Grösse der Schuld des Verletzers ; sein Betrag müsste bei gleichen Schmerzen der ganz gleiche sein, mag die Schuld des Verletzers eine grössere oder geringere gewesen, mag von ihm die Verletzung vorsätzlich oder bloss aus Fahrlässigkeit zugefügt worden sein.“ (Die Busse bei Beleidigungen S. 77.) Wenn daher das schweiz. O.-R. das Gewicht des subjektiven Momentes in der angegebenen Richtung auf die Schmerzengeldklage beschränken würde, so wäre vom Standpunkte der logischen Interpretation aus die Schlussfolgerung, welche nach dem genannten Gesetz das Schmerzengeld als eine Privatstrafe auffasst, vollständig gerechtfertigt. Nun ist aber diese Einschränkung nach schweiz. O.-R. nicht gegeben, indem nach Art. 51 eod. bei jeder Schadensersatzklage für die Grösse der Schadensersatzforderung die Grösse des Verschuldens ein massgebender Faktor ist. Mit dem Ausschlusse der angege-

benen Einschränkung fällt auch selbstverständlich der fragliche Einwand, der gegen die Ersatznatur des Schmerzengeldes bei Annahme dieser Einschränkung vom Standpunkte des schweiz. O.-R. erhoben werden könnte, als haltlos dahin. Fällt aber der angeführte Einwand dahin, so kann dem Schmerzengelde vom Standpunkte des schweiz. O.-R. aus der Charakter einer Ersatzforderung und in Folge dessen die Cessibilität desselben mit Erfolg nicht abgesprochen werden.

3) Was die familienrechtlichen Verhältnisse betrifft, so besteht, wenn auch die Familienrechte wegen ihres unveräusserlichen Charakters nicht abgetreten werden können, kein rechtliches Hinderniss für die Annahme der Cessibilität von Vermögensrechten, die aus solchen familienrechtlichen Verhältnissen resultiren. So hat das Obergericht des Kts. Zürich in einem Entscheid vom 18. Juni 1868, in welchem die Cession von auf vormundschaftlichen Verhältnissen beruhenden Vermögensrechten in Frage kam, ganz richtig gesagt: „Es ist nicht abzusehen, warum die Schadensersatzklage aus vormundschaftlicher Verwaltung streng persönlich sein sollte, da sie nicht auf persönliche Dienstleistungen, Alimente oder Genugthuung, sondern auf eine gewöhnliche vermögensrechtliche Leistung gerichtet ist, daher das Recht auf diese Klage einen übertragbaren Bestandtheil des Vermögens bildet, wie ein anderes Recht auf Schadensersatz.“ (Vergl. Gwalter Bd. 22.)

4) Betreffend die erbrechtlichen Verhältnisse, so ist allerdings das Erbrecht etwas Unveräusserliches, das in Folge dessen nicht cedirt werden kann. Dagegen kann die Erbschaft resp. die Erbsmasse veräussert werden. Bei dieser Veräusserung der Erbschaft kommt nun der Erbschaftskäufer dem Erbschaftsschuldner gegenüber in die Stellung eines Cessionars. (Vergl. Unger, System des österreich. Privatrechtes Bd. VI. S. 222. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 4. Aufl., III. Bd., § 621.)

D. Gegenstand der Abtretung können nach schw. O.-R. sein Forderungen ohne Rücksicht darauf, ob sie als einfache oder solidarische, oder ob sie als gewisse oder ungewisse erscheinen.

1. Wenn wir in der folgenden Darstellung die Frage der Zulässigkeit der Cession einer Forderung bei einer Solidarobligation einer näheren Prüfung unterwerfen, so müssen wir vor Allem betonen, dass hier der Ausdruck „Solidarobligation“ im Sinne der weiteren Bedeutung des Wortes zu nehmen ist, die nicht zu identifiziren ist mit der Correalobligation oder der Solidarobligation im engeren Sinne. Denn erstlich kennt das schweiz. O.-R. diesen Unterschied zwischen Correal- und Solidarobligation im engern Sinne nicht. Zweitens sehen wir nicht ein, wenn auch dieser Unterschied zwischen Correal- und Solidarobligation im schweiz. O.-R. enthalten wäre, wie bezüglich der Frage der Zulässigkeit der Cession ein Unterschied zwischen diesen beiden Arten der Solidarobligation bestehen könnte. Bei Prüfung der Frage der Zulässigkeit dieser Cession müssen aber auseinandergehalten werden die Fälle der aktiven von denjenigen der passiven Solidarobligation.

a. Bezüglich der aktiven Solidarobligation kann in Hinsicht auf das gemeine Recht wie im Hinblick auf das schweiz. O.-R. kein Zweifel walten, dass jeder Solidargläubiger seine Forderung wirksam cediren kann. Denn es ist gar kein Rechtsgrund erfindlich, warum die Cession der Forderung bei einer aktiven Solidarobligation prinzipiell als unzulässig erklärt werden soll. Wenn aber die Cession bei einer aktiven Solidarobligation zulässig ist, so fragt es sich dann weiter, ob durch eine solche Cession der Cessionar in die Gesammtforderung in der Weise eintrete, dass er Alleingläubiger werde, oder ob derselbe vielmehr dadurch nur an die Stelle des Cedenten als solidarischer Mitgläubiger neben dem andern ursprünglichen Solidargläubiger gelange. Diese Frage kann nach unserem Erachten wohl nur im Sinne der zweiten Alternative gelöst werden. Denn es ist, wie schon Fritz mit Recht hervorhebt, einleuchtend, dass keiner der Solidargläubiger — oder wie Fritz sie bezeichnet — Correalgläubiger auf diese Weise die Gesammtobligation gültig und wirksam cediren kann, vermöge des Satzes: nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet (Zeitschr. für Civilrecht und -Prozess Bd. 19 S. 164).

b. Was die Cession bei einer passiven Solidarobligation betrifft, so wird die Cession, die der gemeinsame Gläubiger vornimmt, in der Regel mit der Intention vorgenommen, dass der Cessionar sämmtlichen Solidarschuldnern gegenüber in die Fussstapfen der Forderung des Cedenten treten soll. Dass nun der Abtretung bei der angegebenen Intention kein rechtliches Hinderniss entgegensteht, ist allzu klar, als dass es noch einer weiteren Ausführung bedürfte. Schwieriger dagegen gestaltet sich die Sachlage, wenn die Absicht bei den Kontrahenten vorhanden ist, nur in der Richtung gegen einen der Solidarschuldner die Cession vorzunehmen. Hier wird es sich fragen, ob die übrigen Schuldner fortwährend als Schuldner resp. als Solidarschuldner des Cedenten betrachtet, und ob sie daher vom Cessionar nicht belangt werden können. Diese praktisch nicht unwichtige Frage hat in der Wissenschaft des gemeinen Rechtes eine sehr stiefmütterliche Behandlung erfahren. In's Bereich der einlässlichen Erörterung hat dieselbe, so viel uns bekannt, nur ein Schriftsteller (Fritz) gezogen. Dieser geht von der Anschauung aus, dass eine solche Cession der Forderung gegen einen oder einige Solidarschuldner mit der Wirkung, dass der andere bezw. die übrigen fortwährend als Solidarschuldner des Cedenten behandelt werden, rechtlich unzulässig sei.

Fritz beruft sich in erster Linie darauf, dass die rechtliche Unzulässigkeit einer solchen Cession sich aus den Quellen ergebe, wenn man die L. 82 § 5 Dig. de legat. I, 30 in Beziehung bringe mit c. 1 § 11 Cod. de cad. tollendis 6, 51. (Zeitschr. für Civilrecht und -Prozess Bd. 19 S. 65.) Wir halten nun diese Anschauung nicht für richtig und berufen uns zur Widerlegung derselben auf folgende Momente: Die alleg. L. 82 § 5 supponirt den Fall, wo der Testator zwei Correalschuldner hat, von denen er dasjenige, was der eine Schuldner, Cajus, ihm schuldet, dem Sempronius, und was der andere Schuldner, Lucius, ihm schuldet, dem Mevius legirt. Bei dieser Supposition gibt Julian den Entscheid dahin, dass der Erbe dem einten Legatar die Klage gegen Cajus und Lucius abtreten und

dem andern Legatar den Werth der Forderung bezahlen muss. Hieraus lässt sich die Annahme rechtfertigen, dass die ganze Gesammtobligation sowohl dem Sempronius als dem Mevius vermacht wurde. Dieser Umstand schliesst nun aber in Hinsicht auf die alleg. L. 82 § 5 die Annahme aus, dass jeder der beiden Legatare nur die Hälfte der legirten Correalobligation verlangen könne. Fritz hält nun aber dafür, dass diese Folgerung nicht ausgeschlossen sei, wenn man die alleg. L. 82 § 5 in Verbindung bringe mit der dem neuesten justinianischen Rechte angehörigen c. 1 § 11 C. de cad. tollendis 6, 51. Unser Autor geht von der Ansicht aus, dass nach der angeführten c. 1 § 11 ohne Rücksicht auf den alten Unterschied zwischen legata per vindicationem und per damnationem etc. die Regel gelte, dass der Gegenstand unter die mehreren Legatare zu theilen sei. Hieraus leitet Fritz nun für den julianischen Fall, also für die L. 82 § 5 de leg. I, 30 ab, dass jeder der beiden Legatare die Cession der Hälfte der legirten Correalforderung verlangen könne. Diese Schlussfolgerung kann aber nach unserer Ansicht nicht auf Richtigkeit Anspruch machen. Denn es muss als richtig anerkannt werden, dass nach älterem röm. Rechte nur bei dem sog. Damnationslegat, wenn dieselbe Sache mehreren disjunktiv vermacht wurde, der eine Legatar die Sache in natura, der andere Legatar aber den Werth derselben erhält. Ebenso richtig ist, dass in der justinianischen L. 1 § 11 Cod. 6, 51 das Damnationslegat ausdrücklich aufgehoben und dort als Regel aufgestellt wurde, dass bei allen Vermächtnissen, wenn das gleiche Objekt mehreren Legataren hinterlassen ist, eine Theilung nach Köpfen eintritt. Ja, es soll selbst nach dieser Stelle, wenn derselbe Gegenstand jedem der Legatare disjunktiv also besonders hinterlassen wurde, nach Köpfen getheilt werden. Von dieser Regel macht aber unsere Stelle resp. c. 1 § 11 ausdrücklich eine Ausnahme, wenn der Testator deutlich und klar bestimmt hat, dass einer der Legatare die Sache, der andere aber den Werth derselben erhalte. Es tritt daher dasjenige, was im ältern Rechte bei dem Damnationslegat als Regel galt, im neuesten justin. Recht

als Ausnahme dann ein, wenn es auf den bestimmt ausgesprochenen Willen des Testators zurückgeführt werden kann. (Vgl. auch Arndts, in Glücks Pandekten-Commentar Bd. 46 S. 504.) Nun muss aber in Hinsicht auf die L. 82 § 5 de leg. I, 30 angenommen werden, dass der Testator die Duplirung des Vermächtnisses hier unzweifelhaft gewollt hat, wie es im älteren römischen Rechte Regel war gemäss Averanius, auf welchen Fritz selbst S. 66 hinweist. Schon Averanius sagt: „Justinian, bezw. die Compilatoren Justinians, haben den fraglichen Ausspruch Julians in der cit. l. 82 § 5 desswegen unverändert angenommen, weil sie von der Anschauung ausgingen, es liege hier ein Fall vor, in welchem der Testator die Verdoppelung des Vermächtnisses unzweifelhaft gewollt habe.“ Auch einige neuere Schriftsteller, wie Arndts und Sintenis, kommen, — zwar ohne nähere Begründung — unter der Voraussetzung, dass der Testator eine Correalforderung habe und verschiedenen Personen das vermacht, was je einer der Schuldner schuldet, zu der Schlussfolgerung: dass auch nach neuestem justin. Rechte noch der Erbe dem einten Legatar die Klage, bezw. die Forderung, und dem andern Legatar den Werth des Gegenstandes zu leisten habe. (Vgl. Arndts Pandekten 6. Aufl. § 576; Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht 3. Aufl. Bd. III S. 738.)

Aus den bisherigen Erörterungen resultirt, dass die Anschauung von Fritz, nach welcher die Cession einer Forderung bei einer passiven Solidarobligation in der Richtung gegen den einen Solidarschuldner mit der Wirkung, dass der Andere fortwährend Schuldner des Cedenten bleibe, unzulässig sei, auf ein Quellenzeugniss nicht zurückgeführt werden kann.

Ebensowenig entspricht aber diese Anschauung von Fritz der Natur der Sache; denn wenn die Frage der Zulässigkeit der Cession in der angegebenen Richtung nach der Natur der Sache in Betracht gezogen wird, so gelangt man zu dem Resultate, dass dieselbe zu Gunsten der Zulässigkeit dieser Cession gelöst werden muss. Es ist zwar allerdings eine allgemeine Rechtsregel, dass der Cessionar die abge-

tretene Forderung mit allen Befugnissen, welche dem Cedenten zustanden, erwirbt. Aus dieser Regel kann nun aber keineswegs gefolgert werden, dass die Cession nicht unter gewissen Einschränkungen vor sich gehen könne. Kann aber eine Cession unter gewissen Einschränkungen stattfinden, so erhält der Cessionar immer nur jene Rechte, welche ihm durch die Abtretung eingeräumt werden, ohne dass es darauf ankommt, ob die nicht cedirten Befugnisse bei dem Cedenten zurückbleiben oder nicht. (Vgl. l. 23 dig. 18, 4, und Mühlenbruch, Lehre der Cession, 3. Aufl. S. 572.) So hat auch der oberste Gerichtshof in Bayern in einem Entscheide vom 13. Juli 1880 ausdrücklich ausgesprochen, dass die Cession einer passiven Correalobligation auch rechtlich wirksam sein könne nur in der Richtung gegen den einen correus debendi. Aus der daherigen Motivirung entnehmen wir folgenden Passus: „Es liegt in der Natur der Sache, dass die Cession unter gewissen Einschränkungen geschehen kann, in welchem Fall der Cessionar nur diejenigen Befugnisse erlangt, welche ihm durch die Cession eingeräumt sind, ohne dass dabei an sich etwas darauf ankommt, ob die nicht cedirten Befugnisse bei dem Cedenten zurückbleiben oder sofort erlöschen. . . . So wie daher ein quantitativer Theil des Anspruchs, kann auch von mehreren Klagerechten, welche dem Cedenten in Beziehung auf einen und denselben Anspruch zustehen, nur eines oder das andere cedirt werden, z. B. die Klage gegen den Hauptschuldner ohne das Klagerecht gegen den Bürgen, ebenso gegen den einen oder andern von mehreren solidarisch oder als eigentliche Correalschuldner Verpflichteten.“ (Seuff. Archiv Bd. 36 Nr. 24.)

Fritz hält nun aber dafür, dass eine Cession bei einer Correalobligation mit der Wirkung, dass sie nur in der Richtung gegen einen Correalschuldner zur Perfektion gelangt, während die übrigen Correalschuldner fortwährend als Schuldner des Cedenten behandelt werden, auch aus anderen Gründen sehr bedenklich sei. Diesen Bedenken gibt unser Autor Ausdruck in den Worten: „Der Erfolg einer solchen Cession wäre sehr ungewiss; sie würde zu

einer Art Spielerei zwischen dem Cedenten und dem Cessionar oder mehreren Cessionaren führen, in welcher derjenige den Sieg davon trüge, welcher dem Andern mit der Eintreibung zuvorzukommen weiss.“ (Vgl. Zeitschr. für Civilrecht und -Prozess, 19. Bd. S. 65.) Wir sind nun allerdings mit Fritz darin einig, dass der Erfolg einer solchen Cession ungewiss ist. Aus dieser Ungewissheit kann aber nach unserem Erachten nicht auf die Unzulässigkeit dieser Cession geschlossen werden. Denn würde die Gewissheit des Erfolges ein Kriterium für die Begründung eines Rechtsverhältnisses bilden so könnte ein solches, wo mehrere Rechte kollidiren und diese Kollision einzig durch Prävention ihre Lösung finden kann, gar nicht zur Existenz kommen. Nach dieser Argumentation von Fritz würde namentlich der Begriff der aktiven Solidarobligation seine dogmatische Brauchbarkeit vollständig verlieren. Durch die Zulassung der Cession in angegebener Weise wird aber nichts Anderes als ein Rechtsverhältniss begründet, bei welchem eine passive Solidarobligation mit einer aktiven verbunden ist. Von dieser gewöhnlichen aktiven wie passiven Solidarobligation unterscheidet sich aber unser Rechtsverhältniss nur dadurch, dass hier jeder Schuldner ausschliesslich nur einem Gläubiger, resp. der Schuldner A. dem Gläubiger C. und der Schuldner B. dem Gläubiger D. zugewiesen wird. Dieser Unterschied, der zwischen unserem Rechtsverhältnisse und der gewöhnlichen Solidarobligation besteht, bewirkt nun aber erstens nicht, dass der Cedent oder der Cessionar in eine schlimmere rechtliche Lage versetzt wird, als diejenige ist, in der jeder Solidargläubiger bei der gewöhnlichen aktiven Solidarobligation sich befindet. Denn nicht etwa nur die Nachtheile, sondern auch die Vortheile, die mit der Stellung eines Solidargläubigers bei der gewöhnlichen aktiven Solidarobligation verbunden sind, kommen auch den beiden Solidargläubigern bei unserm Rechtsverhältnisse zu Statten. Um speziell von den Vortheilen zu sprechen, muss nach schweiz. O.-R. in analoger Anwendung des Art. 168 eodem und in Uebereinstimmung mit der neueren gemeinrechtlichen Praxis angenommen werden, dass der be-

friedigte Solidargläubiger oder derjenige, welcher die Solidarforderung durch Erlass oder sonstwie geschmälert hat, seinem Mitgläubiger haftbar wird, bezw. das Empfangene mit ihm theilen muss. (Vgl. Schneiders Commentar S. 148 A. 4.) Der zufällige Umstand, dass bei unserem Rechtsverhältnisse der Cedent ausschliesslich an den einen, der Cessionar aber an den andern Schuldner gewiesen wird, vermag nun eine Abweichung vom ersten Falle bezüglich der vorliegenden Frage nicht zu begründen. Denn der Rechtsgrund, welcher für die ipso jure eintretende Haftbarkeit des befriedigten Solidargläubigers seinem Mitgläubiger gegenüber spricht, liegt in der Annahme, dass derjenige Solidargläubiger, welcher das Ganze erhält, dasselbe zum Theile im eigenen, zum Theil im fremden Namen empfängt. Diese Annahme ist aber durchaus nicht ausgeschlossen, wenn mit der aktiven Solidarobligation eine passive verbunden ist, wobei der eine Gläubiger von dem Solidarschuldner A, der andere Gläubiger von dem Solidarschuldner B seine Befriedigung suchen und verlangen kann.

Der Unterschied, welcher zwischen unserm Rechtsverhältnisse und der gewöhnlichen Solidarobligation besteht, hat zweitens, was wir besonders betonen möchten, auch nicht die Wirkung, dass die zwei oder mehrern Solidarschuldner in eine schlimmere rechtliche Stellung versetzt werden, als diejenige ist, in der sich jeder Solidarschuldner bei der gewöhnlichen passiven Solidarobligation befindet. Denn die Rechtswohlthat, welche der § 168 des O.-R. jedem Solidarschuldner einräumt, kann auch den Solidarschuldnern bei einem Rechtsverhältnisse, in welchem die aktive mit der passiven Solidarobligation verbunden ist, nicht vorenthalten werden. Wie nach § 168 1 des schweiz. O.-R. bei der gewöhnlichen passiven Solidarobligation in der Regel jeder Solidarschuldner, welcher dem Gläubiger das Ganze geleistet hat, von Rechts wegen, ohne dass ein Uebertragungsakt nothwendig wäre, sich mit der Regressklage von den übrigen Solidarschuldnern nach Verhältniss der auf diese fallenden Quoten schadlos halten kann, so muss die Regressklage in der angegebenen

Weise auch in unserm Rechtsverhältnisse dem Solidarschuldner, welcher dem Gläubiger das Ganze geleistet hat, zustehen. Denn diese Regressklage ist auf die juristische Fiktion zurückzuführen, dass der zahlende Solidarschuldner nicht bloss seine eigene, sondern auch die Schuld der Mitverpflichteten getilgt habe. (Vergl. auch Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem Civilr., 3. Auflage, Bd. 3, S. 168; Seuff., Archiv, Bd. VII N° 158.) Diese Fiktion muss aber auch Platz greifen, wenn das Solidarverhältniss so geartet ist, dass der Solidarschuldner A. an den Gläubiger C., der Solidarschuldner B. an den Gläubiger D. gewiesen ist.

Mit diesen Ausführungen glauben wir dargethan zu haben, dass, wenn die Absicht der Contrahenten bei der Cession einer Forderung aus einer passiven Solidarobligation dahin geht, in der Richtung nur gegen einen der beiden Solidarschuldner die Cession zu bewirken, dieses mit der Wirkung geschehen kann, dass der andere Schuldner fortwährend Solidarschuldner des Cedenten bleibt, so dass er vom Cessionar nicht belangt werden kann.

a) Bei Prüfung der Frage der Cession einer ungewissen Forderung müssen wir solche nach zwei Richtungen hin auseinanderhalten. Die Ungewissheit nach der ersten Richtung besteht darin, dass noch gar kein Grund für ein Rechtsverhältniss gelegt ist, aus welchem künftige Forderungen entstehen können. Die Ungewissheit nach der zweiten Richtung hin liegt darin, dass zwar eine gewisse rechtliche Gebundenheit, also ein Rechtsverhältniss vorhanden ist, aus welchem eine bestimmte Forderung entstehen kann, wobei es aber ungewiss ist, ob dieselbe wirklich zur Existenz gelangt (bedingte Forderung), oder wo die Existenz der Forderung zwar vorhanden, aber die Summe oder der Gegenstand derselben unbestimmt ist.

α. Betreffend die Frage der Zulässigkeit der Cession ungewisser Forderungen, resp. der zukünftiger Forderungen, bei welchen noch kein Grund gelegt ist, so war dieselbe (Frage) in frühern Zeiten eine sehr bestrittene. (Vergl. die einschlägige ältere Literatur bei Mühlenbruch, Lehre der

Cession, 3. Auflage S. 259 u. ff., und Koch, Uebergang des Forderungsrechtes nach den Grundsätzen des preuss. und gemeinen Rechtes, § 12.) In neuerer Zeit dagegen hat sich die überwiegende Zahl der Civilisten, welche unsere Frage berühren, für die Zulässigkeit dieser Cession ausgesprochen. Es haben diesen Standpunkt, ausser Mühlenbruch (Lehre der Cession, 3. Auflage S. 261), unter den neuern Civilisten noch vertreten: Schmid (Grundlehren der Cession, 2. Bd. S. 284), Windscheid (Lehrbuch des Pandektenrechtes, 4. Auflage, 2. Bd. S. 278), Vangerow (Lehrbuch der Pandekten, 6. Auflage, 3. Bd. S. 116), Koch (Uebergang des Forderungsrechtes nach den Grundsätzen des preuss. und gemeinen Rechtes, S. 52 u. ff.), Holzschuher (Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechtes, 3. Auflage, 3. Bd., herausgegeben von Kuntze, S. 150, 7, 7), Sintenis (das praktische gem. Civilrecht, 3. Auflage, 2. Bd. S. 809) und Scheurl (Nebenbestimmungen S. 154). Gegen die Zulässigkeit dieser Cession hat sich u. A. erklärt: Meyerfeld, Lehre der Schenkung, 2. Bd. S. 4, Anm. 10.

Was die gerichtliche Praxis betrifft, so ist ein Entscheid des deutschen Reichsgerichtes aus der neuesten Zeit — vom 20. März 1881 — zu erwähnen, welcher die erstere, resp. die herrschende Ansicht adoptirt hat. (Vergl. Seuff., Archiv. Bd. 38, N° 325.)

Nach unserm Erachten ist aber die herrschende Anschauung auch die richtige. Ein unmittelbares Quellenzeugniss für die Zulässigkeit der Cession einer künftig möglichen Forderung ist zwar nicht gegeben. Es wollen zwar einige Civilisten, wie Mühlenbruch und Schmid, ein solches unmittelbares Zeugniss in der l. 3 Cod. de. donat. 8, 54 erblicken, vergl. Mühlenbruch Lehre der Cession, 3. Auflage S. 261 u. ff.; und Schmid Grundlehren der Cession, Bd. II, S. 284. In der alleg. Stelle wird nun zwar gesagt, dass eine Hoffnung auf eine künftig zuständige Klage (spes futurae actionis) mit voller Einwilligung des Spenders übertragen werden könne. Dieser Ausdruck „sp. f. a.“ ist aber nach unserm Erachten nicht im Sinne einer bloss zukünftig

möglichen Forderung, für welche noch nicht einmal ein Grund gelegt ist, sondern im Sinne einer bedingten Forderung aufzufassen. Denn im Hinblick auf andere Stellen, wie § 4 der Institutionen d. V. O. 3, 16, und l. 73 § 1 Dig. 35, 2, kann kein Zweifel walten, dass unter „spes debitum iri“ oder „spes obligationis“ eine bedingte Forderung zu verstehen sei, wie dieses auch bezüglich der ersten Stelle von Mühlenbruch und Schmid, und bezüglich der zweiten von Schmid ausdrücklich anerkannt wird.

Mühlenbruch geht nun aber von der Anschauung aus, dass die eingeschränkte Bedeutung, welche der fragliche Ausdruck in § 4 der Instit. de V. O. 3, 16 erhalten, nicht wohl als die regelmässige oder gar als die einzige anzunehmen sei, Lehre der Cession 3. Aufl. S. 262. Dieser Ansicht Mühlenbruch's könnte aber nur dann beigepflichtet werden, wenn andere Quellenstellen existiren würden, in welchen den Ausdrücken spes futurae actionis oder spes debitum iri eine erweiterte Bedeutung in dem Sinne verliehen würde, dass darunter jede zukünftig mögliche Forderung, bei welcher nicht einmal der Grund für ihren Ursprung gelegt ist, verstanden wäre. Mühlenbruch und Schmid glauben nun zwar im Hinblick auf l. 11 Dig. 18, 4 eine Stelle gefunden zu haben, in welcher der erwähnte Ausdruck die angegebene erweiterte Bedeutung erhalten habe. Nach unserer Ansicht aber mit Unrecht. Die alleg. l. 11 sagt: dass ein Verkauf, der in der Weise abgeschlossen, — wenn eine Erbschaft vorhanden ist, so soll sie dir verkauft sein, — zulässig sei. Als Gegenstand dieses Verkaufes selbst wird in dieser Stelle die spes hereditatis bezeichnet. Hieraus lässt sich nun aber folgern: erstens, dass in dieser Stelle als Gegenstand des Verkaufes eine bedingte Forderung erscheint, dessen Erfüllung davon abhängig ist, dass in Wirklichkeit eine Erbschaft vorhanden sei, und zweitens, dass für diese bedingte Forderung der Ausdruck „spes hereditatis“ gebraucht wird. Auch Windscheid scheint uns für diese Auslegung angeführt werden zu können, indem dieser Autor ausdrücklich sagt, dass die l. 11 nicht von einer zukünftigen

Erbschaft handelt. (Lehrbuch des Pandektenrechtes, 4. Auflage, § 335 Anm. 12.) Ist diese unsere Auslegung aber richtig, so fällt auch die Basis, auf welche die Anschauung von Schmid sich stützt, m. a. W. die Annahme dahin, dass es sich in der alleg. l. 11 um eine zukünftige Erbschaft handle. Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich, dass die berührten Stellen weder ein direktes noch ein indirektes Quellenzeugniss für die Annahme enthalten, dass zukünftig bloss mögliche Forderungen, bei welchen ein Grund für ihren Ursprung nicht einmal gelegt ist, nicht cessibel seien.

Wir möchten nun aber weiter fragen, ob ein Quellenzeugniss für die Lösung unserer Frage nicht etwa im Hinblick auf die l. 9 Cod. quæ res pig. 8, 17 besteht, welche die Verpfändung des zukünftigen Vermögens und damit implicite auch die Verpfändung der zukünftig zu erwerbenden Forderung zulässt. Die Antwort muss aber auch in Hinsicht auf diese Stelle dahin lauten, dass ein unmittelbares Quellenzeugniss hieraus nicht abgeleitet werden kann. Als ein solches direktes Quellenzeugniss könnte die gedachte l. 9 nur angesehen werden, wenn man die Verpfändung einer Forderung geradezu als eine Cession im Sinne von Hellwig (Verpfändung der Forderung nach gemeinem Rechte etc. 1883) oder nach dem Vorbilde Mühlenbruchs (Cession S. 522) als eine bedingte oder mit Dernburg (Pfandrecht I. Bd., S. 463 u. ff.) als eine inhaltlich beschränkte Cession auffassen würde. Wir halten nun mit mehrern Schriftstellern, wie Schlesinger (Beschlagnahme der Forderungen etc. S. 19 u. ff.), Windscheid (4. Aufl., I. Bd. § 239 Anmerk. 10), Sohm (Lehre vom Subpignus S. 46 u. ff.), Bremer (das Pfandrecht etc. S. 702), dafür, dass auf die Verpfändung der Forderung der Begriff der Cession nicht anzuwenden ist. Wir verweisen zu diesem Behufe auf die kurze und durchschlagende Begründung, welche diesfalls Windscheid gibt, indem er sagt: „Die Cession ist darauf gerichtet, das Forderungsrecht von dem bisherigen Gläubiger abzulösen und auf einen neuen zu übertragen, während durch die Forderungsverpfändung in das Forderungsrecht ein anderer Berechtigter mit einer durch den Zweck

des Pfandrechts bestimmten Rechtsstellung aufgenommen wird. Wenn man die Forderungsverpfändung unter den Cessionsbegriff stellt, so macht man sich entweder unnöthige Schwierigkeiten, indem man die durch die Natur des Pfandverhältnisses ausgeschlossenen Consequenzen des Cessionsbegriffes erst wieder entfernen muss, oder man läuft Gefahr, gegen die Natur des Pfandverhältnisses solche Consequenzen zuzulassen." (Lehrbuch des Pandektenrechts IV. Aufl. cit. loc.)

Es muss demnach nach dieser letztern richtigen Ansicht angenommen werden, dass, gleichwie die Sachverpfändung neben der Eigenthumsübertragung, die Verpfändung der Forderung neben der Cession der Forderung zu stehen kommt. Wenn nun aber auch die Zulässigkeit der Verpfändung einer künftigen Forderung keinen unmittelbaren Beweis für die Zulässigkeit der Cession einer künftigen Forderung bildet, so können doch aus der Verwandtschaft, die zwischen den beiden Rechtsverhältnissen besteht, die Grundsätze, welche bei der Verpfändung einer zukünftigen Forderung Platz greifen, auch per analogiam auf die Cession einer solchen Forderung Anwendung finden. Es darf demnach aus der l. 9 Cod. 8, 17, wenn auch nicht ein unmittelbarer, wohl aber ein mittelbarer Beweis dafür hergeleitet werden, dass selbst Forderungen, bei welchen nicht einmal der Grund für ihre Entstehung vorhanden, abgetreten werden können.

Die Zulässigkeit dieser Cession kann übrigens sowohl vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus als auch mit Rücksicht auf das schweiz. O.-R. aus innern Gründen nicht angefochten werden. Man sagt zwar, eine blosse Hoffnung gehöre nicht zum Vermögen eines Individuums, in Folge dessen könne sie auch nicht cedirt werden. (Vergl. Meyerfeld, Lehre von der Schenkung, II. Bd. cit. loco.) Schon Mühlenbruch, der zwar mit der herrschenden Doktrin des gemeinen Rechts davon ausgeht, dass eine rechtlich nicht begründete Hoffnung nicht zu Jemandes Vermögen gezählt werden und dass nur Vermögensrechte abgetreten werden können, erklärt die Schlussfolgerung Meyerfelds als falsch, indem er ausführt: „aus den angeführten Sätzen folge nichts Weiteres, als dass

der Cessionar nur unter der Voraussetzung, wenn die Hoffnung zur Wirklichkeit wird, das Recht wirklich erwerben könne. Die Möglichkeit einer Veräusserung selbst ist ja aber keineswegs dadurch bedingt, dass ein Recht zum gegenwärtigen Vermögen des Veräussernden wirklich schon gehöre, sondern nur darauf kommt es an, ob ein gewisses Objekt überhaupt als Vermögensrecht angesehen werden könne oder nicht.“ — Vom Standpunkte derjenigen Theorie aus, welche das schweiz. O.-R. adoptirt, bietet die Widerlegung der Argumentation Meyerfelds noch weniger Schwierigkeiten dar, denn aus dem angeführten Grundsatze, welchen das schweiz. O.-R. aufgenommen, nach dem auch Forderungen, die kein Vermögensinteresse enthalten, Gegenstand des Vertrages sein können, ergibt sich als natürliche Konsequenz, dass auch solche Rechte, welche keine eigentlichen Vermögensrechte darstellen, abtretbar sind. Damit fällt aber auch die Prämisse, welche man aufstellt, um die Schlussfolgerung zu begründen, dass zukünftige Forderungen, d. h. Forderungen, für welche noch nicht einmal der Grund gelegt, nicht cessibel sind. Das Fazit aus den bisherigen Erörterungen wäre desshalb, dass auch nach schweiz. O.-R. die ungewissen Forderungen der angeführten Art abgetreten werden können.

β. Was die Cession der ungewissen Forderungen der zweiten Art, zu welchen wenigstens der Grund gelegt ist, aus der eine bestimmte Forderung entstehen kann, betrifft, so kann dieselbe, nachdem die Cessibilität der ungewissen Forderungen der ersten Art, wie wir gesehen, als zulässig erklärt werden muss, mit Erfolg nicht mehr angefochten werden. Denn die Zulässigkeit der Abtretung zukünftiger Forderungen, zu welchen noch nicht einmal der Grund gelegt, lässt unzweifelhaft a fortiori den Schluss für die Annahme der Abtretungsfähigkeit solcher ungewisser Forderungen rechtfertigen, für welche wenigstens ein gewisses Rechtsverhältniss gegeben ist, woraus eine bestimmte Forderung entstehen kann.

aa. Anbelangend nun speziell die bedingten Forderungen, so haben wir im Hinblick auf das gemeine Recht für die Zulässigkeit ihrer Cession ein direktes Quellenzeugniss in

der l. 3 Cod. de donat. 8, 54. Es ist übrigens, so viel uns bekannt, wenigstens im Hinblick auf die neuere Doktrin, die Abtretbarkeit bedingter Forderungen niemals angefochten worden.

bb. Ebenso unzweifelhaft ist die Cessibilität von Forderungen, bei denen bezüglich der Summe oder des Gegenstandes eine Ungewissheit resp. Unbestimmtheit besteht.

Ein unmittelbares Quellenzeugniss für die Zulassung der Cession, wenn das Quantum oder die Summe der Forderung ungewiss ist, besitzen wir in der l. 5 Dig. de her. vel. act. 18, 4, auf welche sich alle Civilisten mit Recht berufen, welche diese Frage berühren, wie Schmid (Grundlehren der Cession II. Bd., S. 284), Mühlenbruch (Lehre der Cession, 3. Aufl. S. 263) und Koch (Uebertragung der Forderungsrechte S. 57).

cc. Was endlich die Frage betrifft, ob eine Forderung, deren Gegenstand unbestimmt ist, bezw. ob sogen. alternative Forderungen cedirt werden können, so herrscht über diese Frage, wenn dem Schuldner dieses Wahlrecht zusteht, in der gemeinrechtlichen Doktrin kein Streit. Dagegen besteht gemeinrechtlich eine Controverse darüber, ob, wenn das Wahlrecht dem Gläubiger zukommt, die alternative Forderung dem Cessionar übertragen werden könne. Für die Zulässigkeit der Cession dieses Wahlrechtes haben sich unter den neuern Civilisten erklärt: Mühlenbruch (Lehre der Cession, 3. Aufl., S 264), Schmid (Grundlehren der Cession, Bd. 2, S. 101), Koch (Uebertragung der Forderungsrechte S. 57), Savigny (Oblig.-Recht, I. Bd., S. 397), Holzschuher (Theorie und Casuistik, 3. Bd., S. 27), Vangerow (Lehrbuch der Pandekten, 6. Aufl., Bd. 3, S. 21). Für die entgegengesetzte Ansicht, also für die Nichtzulassung erwähnter Cession, hat sich ausgesprochen Thibaut Sistem (I. Bd., S. 66) u. in Brauns Erörterungen S. 110. Am einlässlichsten und gründlichsten findet die erstere Ansicht ihre Vertretung bei Mühlenbruch. Die andern aufgezählten Anhänger der herrschenden Doktrin, die nach Mühlenbruch auftraten, eigneten sich auch in ihrer Vertheidigungsweise, ohne neue Gesichtspunkte zu Tage zu för-

dern, die Argumentation von Mühlenbruch an. Letzterer beruft sich mit Recht für seine Anschauung auf die l. 75 § 3 Dig. de legat. I, 30. Das thatsächliche Moment, welches dieser Stelle zu Grunde liegt, besteht darin, dass ein Testator einer Person das aus einer alternativen Forderung ihm zustehende Wahlrecht legirt. In diesem Falle lautet nun die Entscheidung Ulpians: es soll der Erbe gehalten sein, dem Legatar die Klage zu cediren, wobei der Letztere alsdann das Wahlrecht gerade so wie der Erblasser dem debitor cessus gegenüber geltend machen kann. Es beschlägt die alleg. Stelle nun allerdings einen Fall der sogen. gesetzlichen Cession und des legatum nominis. Nun ist aber im Hinblick auf diese Stelle kein Anhaltspunkt gegeben, welcher auf die Singularität für die gesetzliche Cession oder für das legatum nominis schliessen lässt. Denn wie schon Mühlenbruch mit Recht hervorhebt, wird der betreffende Entscheid Ulpians in der alleg. l. 75 nicht so vorgetragen, als ob gegen die Richtigkeit dieser Entscheidung noch Zweifel möglich wären, oder als ob dieser Fall wohl gar nur eine Ausnahme von einer andern Rechtsregel enthalte; vielmehr geht aus der ganzen Fassung dieser Stelle und aus ihrer Verbindung mit der folgenden deutlich hervor, dass es nicht einmal in Ulpians Absicht lag, den hier vorgetragenen Satz eigentlich zu begründen, sondern dass er daran nur einen Fall knüpfen wollte, in welchem der Legatar gar nicht auf Abtretung der Klage antragen könne. (Lehre der Cession, 3. Aufl. S. 265.) Der Vertheidiger der Ansicht, dass die Abtretung dieses Wahlrechtes des Gläubigers nicht zulässig sei (Thibaut), beruft sich für dieselbe auf die l. 76 u. l. 141 pr. Dig. de V. O. 45, 1. Es ergibt sich zwar allerdings auf den ersten Blick ein Widerspruch zwischen den zuletzt angeführten Stellen einerseits und der l. 75 § 3 de leg. I anderseits. Denn in der l. 76 und 141 pr. Dig. de V. O. 45, 1 wird von diesem Wahlrechte des Gläubigers als von einem rein persönlichen Rechte gesprochen. Doch findet dieser Widerspruch seine Lösung, wenn man folgende Momente in Betracht zieht: In den genannten Stellen ist nämlich nur von Haussöhnen und Sklaven

die Rede: ja in der l. 141 wird sogar ausdrücklich bestimmt, dass, wenn ein Sklave oder Haussohn sich bei einer alternativen Obligation das Wahlrecht bezüglich des Gegenstandes vorbehalten hat, dasselbe nicht vom pater familias oder vom dominus geltend gemacht werden kann. Diese letztere Bestimmung beruht auf dem bekannten Grundsatz des röm. Rechtes: ea, quae facti sunt non transeunt. Vergl. auch Vangerow, Lehrbuch der Pandecten, 6. Aufl. III. Bd. S. 21. Bei dieser Sachlage kann daher das Quellenzeugniss der l. 75 § 3, welches für die herrschende Anschauung spricht, durch die alleg. l. 76 u. 141 pr. nicht entkräftet werden.

Aber auch aus innern Gründen findet die Abtretung des Wahlrechtes des Gläubigers bei der alternativen Forderung seine Rechtfertigung. Denn erstens ist das Recht des Gläubigers, bezüglich der Leistung des Schuldners zwischen mehreren Objekten zu wählen, nicht so an die Person des Erstern gebunden, dass eine Uebertragung auf den Cessionar nicht vor sich gehen könnte. Mühlenbruch sagt in dieser Hinsicht zutreffend: „Ein Recht ist darum noch nicht an eine bestimmte Person geknüpft, weil es Jemanden in einem, über die gewöhnlichen Grenzen hinaus erweiterten Umfange zusteht. Ist es einmal in diesem Umfange rechtlich erworben, so muss man annehmen, dass auch in allen übrigen Hinsichten ebenso gut von demselben ein Gebrauch gemacht werden dürfe, wie von einem jeden andern Recht. Vollends lässt sich nicht einsehen, aus welchem Grunde gerade die Befugniss, zwischen mehrern Objekten zu wählen, so genau mit der Person verbunden sein sollte, dass ihre Uebertragung auf Andere nicht geschehen könnte, — wofern nicht etwa durch vertragsmässige Bestimmungen eine solche Beschränkung festgesetzt ist, was freilich allerdings eine Ausnahme begründen würde.“ (Lehre der Cession, 3. Aufl. S. 264.) Zweitens können wir noch den Ausführungen von Mühlenbruch ergänzend beifügen, dass durch die Abtretung des Wahlrechtes des Gläubigers die rechtliche Lage des debitor cessus keine Veränderung bezw. keine Verschlechterung erleidet. Es ist allerdings durch die Zulassung dieser Abtretung die

Möglichkeit gegeben, dass der Cessionar für den debitor cessus eine nachtheiligere Wahl, als der Cedent, trifft. Diese Möglichkeit berührt nun aber nicht sowohl die rechtliche als vielmehr die faktische Stellung des Schuldners. Nun liegt in der Zulassung der Cession im Allgemeinen für den debitor cessus immer die Gefahr vor, dass seine faktische Stellung verschlechtert werden kann. So kann z. B. der Schuldner durch die Abtretung einen rücksichtslosen Gläubiger, mit welchem er nie ein Schuldverhältniss eingegangen wäre, erhalten. Wollte man aber auf die Eventualität hin, dass die faktische Lage des debitor cessus eine Veränderung im Sinne der Verschlechterung erleide, die Cession selbst als unzulässig erklären, so müsste man konsequenter Weise das Institut der Cession aus dem Rechtsleben verweisen. (Vergl. auch Regelsberger, Archiv für civil. Praxis. Bd. 63, S. 194.)

E) Gegenstand der Cession können nach schweiz. O.-R. sein: Forderungen, ohne Unterschied, ob sie einen obligatorischen oder dinglichen Charakter haben. Eine Modifikation greift Platz, insoweit es sich um grundversicherte Forderungen (etc.) handelt, welche nach § 198 des O.-R. den Bestimmungen des kantonalen Rechtes unterworfen sind. Es hat zwar die Zulässigkeit der Cession dinglicher Ansprüche im schweiz. O.-R. nicht, wie dies z. B. im sächsischen B.-G.-B. (Art. 967) geschehen ist, eine ausdrückliche gesetzliche Sanktion erhalten. Dessenungeachtet muss im Hinblick auf das schweiz. O.-R. angenommen werden, dass diese Cession zulässig sei.

Hiefür haben wir erstens, wenn auch keinen direkten, doch immerhin einen indirekten Anhaltspunkt in Art. 183 des betreffenden Gesetzes. Denn dort wird die Forderung im Allgemeinen ohne alle und jede nähere Spezialisirung als Gegenstand der Cession bezeichnet. Nun erscheinen aber auch die Ansprüche aus dinglichen Rechten als Forderungsrechte. Denn jeder Anspruch, bezw. jedes Klagerecht erhält, insoweit es gegen eine bestimmte Person gerichtet ist, die Natur eines Forderungsrechtes. (Vergl. auch Seuffert, prakt. Pandektenrecht, 4. Aufl., 2. Bd., S. 160.) Wenn man aber auch weder einen direkten noch einen indirekten Anhaltspunkt im schweiz. O.-R.

finden würde, so wäre diese Lücke in Hinsicht auf die geltenden Prinzipien der Wissenschaft des gemeinen Rechtes auszufüllen.

Vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus kann nun nach unserer Ansicht über die Zulässigkeit der Cession dinglicher Ansprüche kein Zweifel walten. Alle neuern Civilisten, die sich mit dieser Frage, welche zwar, wie Ihering mit Recht hervorhebt, bei denselben nur eine stiefmütterliche Behandlung erfahren, befassen, haben sich für die Zulässigkeit dieser Abtretung erklärt. (Vergl. die einschlägige Literatur bei Windscheid, 4. Aufl., 2. Bd., § 337.)

Die Quellen, welche von der Cession dieser dinglichen Ansprüche, namentlich von der Abtretung der Eigenthumsklage sprechen, sind vollständig angegeben bei Jhering, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 1 S. 119 und Windscheid in der Actio S. 219 (und Pandektenrecht, 4. Aufl. Bd. 2, § 337, Anm.). Die Hauptstelle scheint uns aber die l. 9 Cod. 4, 39 zu sein, und zwar aus dem Grunde, weil sich dieselbe unseres Erachtens auf die freiwillige Cession bezieht, während alle übrigen Stellen Fälle der unfreiwilligen Cession enthalten. Denn als causa cessionis erscheint in unserer Stelle das Kaufgeschäft. Es wird hier nun im ersten Lemma als unbestrittener Rechtssatz hingestellt, dass die actio utilis nicht nur allein dem Käufer einer persönlichen, sondern auch demjenigen einer dinglichen Klage zusteht. Im zweiten Satze dieser Stelle wird gesagt, dass der Name actio allen sowohl persönlichen als dinglichen Klagen gemeinsam sei, wie dieses auch bei allen alten Rechtsgelehrten anerkannt, so dass kein Grund gegeben sei, welcher eine Unterscheidung unter diesen actiones utiles veranlassen könnte. Wenn nun gestützt auf die angeführte l. 9 die Cession eines dinglichen Anspruches als zulässig erklärt werden muss, so ist diese Cession immerhin an die Einschränkung gebunden, dass der Cessionar durch die Abtretung selbst nicht etwa das dingliche Recht, also das Eigenthumsrecht an der betreffenden Sache selbst, welches er erst mit dem erlangten Besitze erhält, wohl aber die dingliche Klage

bezw. die Eigenthumsklage erwirbt. Dass die Cession dinglicher Ansprüche an die soeben angeführte Einschränkung geknüpft ist, wird von den modernen Civilisten allgemein anerkannt, so z. B. von Mühlenbruch (3. Auflage S. 249), Windscheid (Lehrbuch des Pandektenrechts, 4. Auflage, 2. Bd. S. 283), Schmid (Grundlehren der Cession, Bd. II, S. 328 u. ff.), Becker (Jahrbuch für gemeines Recht, Bd. IV, S. 280), Jhering (Jahrbücher für Dogmatik, Bd. I, S. 119), Koch (Lehre vom Uebergange des Forderungsrechtes nach den Grundsätzen des preussischen und gemeinen Rechtes S. 40), Sintenis (das praktische gemeine Civilrecht, 3. Auflage, 2. Bd. S. 809, Anmerkung 26), Unger (System des österreichischen Privatrechtes, Bd. I, S. 521), Kohler (Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 17, S. 321 u. ff.). Einzig Zimmermann scheint diesfalls eine Ausnahme zu machen, indem dieser Schriftsteller bei der Abtretung eines dinglichen Anspruches dem Cessionar ein Eigenthumsrecht bezw. dominium utile verleihen will. (Zeitschrift für Civilrecht und -Prozess, neue Folge, Bd. 15, IV.) Ganz in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht der Theorie befindet sich hinsichtlich unserer Frage die neuere gemeinrechtliche Praxis. Die herrschende Ansicht der Theorie ist u. A. in einem Entscheide des O.-A.-G. Berlin vom Jahre 1868 (Seuffert, Bd. 22, S. 229) und in einem Entscheide des O.-A.-G. Dresden vom 14. Febr. 1873 (Seuffert, Bd. 30, N° 17), endlich durch einen Entscheid des deutschen Reichsgerichtes vom 15. Juni 1880 (Seuffert, Bd. 36, N° 25) acceptirt worden. Eine eingehende Begründung dieser praktisch sehr wichtigen Frage finden wir in keinem der citirten Urtheile der deutschen Gerichtshöfe. Die einlässlichsten, wenn auch nicht erschöpfenden Motive enthält das angeführte Urtheil des deutschen Reichsgerichts. Dieselben lauten dahin: „Unzweifelhaft erscheint, dass durch die erwiesene Cession die Rechte der F. als Cedentin an die jetzige Klägerin als Cessionarin sowie durch die Bekanntmachung dieser Cession (Eigenthumsklage) sich für die Klägerin kein Eigenthumserwerbsakt hat vollziehen können. Aber daraus

folgt doch eben nur, dass sie nicht als gutgläubige dritte Erwerberin und nicht kraft eigenen Eigenthumsrechts als Vindikantin klagend auftreten, sondern nur als Cessionarin die ihr übertragenen Rechte ihrer Cedentin geltend machen kann, sich also alle diejenigen Einreden muss gefallen lassen, welche einer Klage ihrer Cedentin entgegenstehen. Denn auch dingliche Ansprüche und namentlich auch Eigenthumsansprüche können den Gegenstand einer Cession bilden."

Die herrschende Ansicht, nach welcher durch die Cession der Eigenthumsklage der Cessionar den Eigenthumsanspruch ohne das Eigenthum erhält, muss in Hinsicht auf das gemeine Recht, wie es sich aus den römischen Rechtsquellen entwickelte, unzweifelhaft als die richtige bezeichnet werden. Mit Recht berufen sich daher die Vertheidiger dieser Ansicht auf die l. 47 Dig. de R. V. 6, 1 und l. 6 Dig. de donat. 39, 5. Man hat nun zwar geltend gemacht, dass diese herrschende Anschauung nicht der elegantia juris entspreche. So findet der neueste Schriftsteller unserer Materie, Kohler, „dass ein Eigenthumsanspruch ohne Eigenthum, ein Anspruch, welcher Konsequenz des Eigenthums ist, ohne die Prämisse, vom Standpunkte einer mit logischen Deduktionen hantirenden Formular-Jurisprudenz sehr unjuristisch sei. Dagegen lasse sich, wie unser Autor weiter fortfährt, diese herrschende Anschauung wohl vom Standpunkte der wahren Jurisprudenz aus, welche nicht den materiellen Zweck der Form, sondern, wo nöthig, die Form dem Zweck opfert, rechtfertigen. (Vergl. Jahrbücher für Dogmatik des heutigen röm. und deutschen Privatrechtes, Bd. XVII, S. 321.) Wir halten nun aber dafür, dass selbst vom Standpunkte der formalen Jurisprudenz aus der Annahme, dass durch die Cession der Eigenthumsklage der Cessionar den Eigenthumsanspruch ohne das Eigenthum erwirbt, nichts im Wege steht. Denn diese Trennung von Eigenthumsanspruch und wirklichem Eigenthum könnte nur dann vom formalen juristischen Standpunkte aus mit Erfolg negirt werden, wenn das dingliche Recht in den Ansprüchen, welche es schafft, vollständig aufgehen würde, was aber nicht der Fall ist. Windscheid sagt dies-

falls mit Recht: „der obligatorische Anspruch erschöpft das obligatorische Recht; ist er vom bisherigen Gläubiger auf den neuen Erwerber übergegangen, so ist in der That der Letztere Gläubiger geworden, und Jener hat aufgehört, es zu sein. Dagegen erschöpft der dingliche Anspruch das dingliche Recht nicht; er ist nur eine Seite desselben.“ Lehrbuch des Pandektenrechts 4. Auflage, § 337, A. 7.

Die Zulässigkeit der Cession dinglicher Klagen, namentlich der Eigenthumsklage, entspricht aber auch, was wir vorzugsweise betonen möchten, einem praktischen Bedürfnisse. Denn wenn der Eigenthümer die veräusserte Sache nicht mehr in seinem Besitze hat und dieselbe daher einem allfälligen Erwerber nicht aushändigen kann, so ist die Abtretung der Eigenthumsklage das einzig sichere Mittel, um dem Erwerber zu ermöglichen, das Eigenthum bezw. den Besitz der betreffenden Sache zu erlangen. Man könnte dieser Anschauung gegenüber den Einwand erheben, dass der gleiche Vortheil, welcher durch die Abtretung der Eigenthumsklage erreicht wird, schon gegeben sei durch einen Fall der Besitzesübertragung mittelst Stellvertretung, der im Art. 201 des schweiz. O.-R. in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte ausdrücklich anerkannt ist. Nach dem alleg. Art. des O.-R. kann nämlich in dem Falle, wo die veräusserte Sache sich in den Händen eines Dritten befindet, die Besitzes- resp. Eigenthumsübertragung auch dadurch erfolgen, dass der Dritte von dem Veräusserer beauftragt wird, die Sache fortan für den neuen Erwerber im Gewahrsam zu halten. Dieser Einwand wäre aber nur richtig, wenn dem Besitzesstellvertreter die passive Stellung des debitor cessus zugedacht würde, so dass ohne seine Einwilligung diese Uebertragung sich vollziehen könnte. In dieser passiven Stellung befindet sich aber der Besitzesstellvertreter nicht, denn es ist ein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz, dass der fragl. Uebergang an das Erforderniss gebunden ist, dass die Aenderung der Besitzesabsicht bei sämmtlichen Betheiligten, also auch beim Besitzesstellvertreter, sich vollziehen muss.

Ein weiterer Einwand, welcher diesfalls erhoben werden könnte, besteht darin, dass der Vortheil, welcher durch die Cession der Eigenthumsklage dem Rechtsleben erwächst, durch das Mandat ersetzt werden könnte, indem derjenige, welchen man zum Eigenthümer der veräusserten Sache machen will, ermächtigt wird, dieselbe für den ursprünglichen Eigenthümer von dem Besitzer zu beziehen. Dieser Einwand würde in der That nicht auf blossem Schein beruhen, wenn die rechtliche Stellung, welche Jhering dem Cedenten wie dem Cessionar der Eigenthumsklage nach der Abtretung bezw. nach der Kenntnissgabe derselben bis zur Stellung der Eigenthumsklage von Seite des Cessionars dem debitor cessus gegenüber anweist, juristisch haltbar wäre. Denn nach Jhering kann der cedirende Eigenthümer bis zur wirklichen Klageerhebung von Seite des Cessionars das Recht des Letztern jederzeit durch Anstellung der Klage oder durch Aufhebung des der Klage zu Grunde liegenden Rechtes, z. B. Verzicht, Entgegennahme der Zahlung, vereiteln (Jahrbücher für Dogmatik, Bd. I, S. 109 und 115.). Bei Aufnahme dieser Iheringschen Theorie ist nun die rechtliche Stellung des Cessionars bei der Cession der Eigenthumsklage wenigstens bis zur Anstellung derselben von Seite des Cessionars dem Dritten gegenüber von derjenigen des Mandatars wesentlich nicht verschieden. Denn nach dieser Theorie von Ihering kann bei der Cession der Eigenthumsklage, wenn auch nicht wie beim Mandate auf direkte, so doch auf indirekte Weise bis zu dem angeführten Momente der cedirende Eigenthümer die Rechte des Cessionars dem debitor cessus gegenüber vereiteln. Bei dieser Sachlage wird aber, wenn es dem Eigenthümer nicht möglich ist, die Sache dem Erwerber zu übergeben, die Cession der Eigenthumsklage nicht mehr ein nothwendiges praktisches Surrogat für die Besitzes- und Eigenthumsübertragung sein. Denn in diesem Falle kann das Mandat ebenso gut wie die Cession der Eigenthumsklage ein Nothbehelf für den angegebenen Zweck sein. Wir müssen aber die Anschauung von Ihering sowohl in Hinsicht auf das gemeine Recht als speziell im Hinblick auf das schweiz. O.-R. als eine unrichtige bezeichnen.

Was das gemeine Recht betrifft, so glaubt Ihering, seine Ansicht ergebe sich als eine natürliche Konsequenz des vom römischen Recht aufgenommenen Grundsatzes, dass der Cessionar nur das Recht des Cedenten ausübe; dieser Argumentation gegenüber sagen wir, dass der aufgestellte Grundsatz, wenigstens vom Standpunkte des neueren römischen Rechtes aus, nicht mehr als haltbar erklärt werden kann, so dass mit der Annahme der Haltlosigkeit derselben alle Konsequenzen, die sich daran knüpfen, dahinfallen müssen. Wir haben in unserer Abhandlung über die Bedeutung der Denunciation bei der Cession (vgl. Zeitschr. des Bern. Jurist.-V. Bd. 17, Heft 4, S. 556 u. ff.) in einlässlicher Darstellung dargethan, dass die Singularsuccession in die Forderungsrechte, welche die Annahme, dass der Cessionar nur das Klagerecht seines Cedenten ausübe, absolut ausschliesst, schon aus der römischen Cessionslehre bezw. aus der neuesten Entwicklung, welche dieselbe mit der Einführung der actio utilis und der Denunciation erfahren, abgeleitet werden kann. Um uns nicht in Wiederholungen des früher Gesagten zu ergehen, so begnügen wir uns hier einfach, auf dasselbe zu verweisen. Wir ergänzen hier diese unsere Darstellung nur noch dahin, dass Schneider in seiner sachlichen Kritik, welche er unserer Abhandlung widmete, anerkannt hat, dass wir bewiesen haben, dass nach römischem Rechte im Effekte eine Singularsuccession stattgefunden, indem alle Residuen der Forderung, die man im justin. Rechte beim Cedenten noch hat finden wollen, in Nichts sich auflösen. (Vgl. Zeitschr. für schweiz. Recht Bd. 24, neue Folge B. II, 1. Heft, S. 92.) Ist nun aber einmal erstellt, dass nach neuerem römischen Rechte die cedirte Forderung so auf den Cessionar übertragen wird, dass auch nicht das geringste Minimum von einer Berechtigung beim Cedenten zurückbleibt, so steht die Anschauung der herrschenden Doktrin, nach welcher der Cessionar nur der Ausüber des Forderungsrechtes des Cedenten ist, nicht mehr auf festen Füssen. Windscheid sagt diesfalls in seiner Actio des römischen Civilrechts (S. 173 u. ff.) sehr treffend: „Sagen: ein Recht könne zwar nicht übertragen werden, aber die Ausübung des Rechtes in

der Weise, dass der Uebertragende von dem Rechte zwar nichts mehr habe, der Empfänger aber Alles, ist ein Spiel mit Worten. Recht ist Willensherrschaft; ein Recht übertragen, heisst: eine Willensherrschaft, die man hat, von sich abthun und in dieselbe einen Andern einsetzen. Das soll in einem gegebenen Falle nicht möglich sein. Aber sich selbst Alles nehmen, was diese Willensherrschaft gewährt, sie für sich zu einem leeren Körper machen, und Alles, was sie gewährt, einem Andern verschaffen, die Seele derselben in die Macht eines Andern geben, das soll möglich sein. Die Herrschaft soll nicht weggegeben werden können, aber wohl das Herrschen, — darauf kommt es hinaus. Wo die Seele der Willensherrschaft ist, da ist auch die Willensherrschaft, wo das Herrschen ist, da ist auch die Herrschaft, und wo das Herrschen verloren ist, ist auch die Herrschaft verloren." Aber selbst wenn die Doktrin, dass der Cessionar nur die Ausübung des Forderungsrechtes des Cedenten erhält, vom Standpunkte des neueren römischen Rechtes aus als die richtige angesehen würde, so könnte aus der Richtigkeit dieser Doktrin an und für sich nicht geschlossen werden, dass die Beschränkung, welche sich im Sinne Iherings bei der Cession der Eigenthumsklage auch nach dem Momente der Denunciation bis zur Klageanstellung von Seite des Cessionars für den Letztern ergibt, eine begründete sei. Denn mag man die Controverse über die Bedeutung der Denunciation, von der der erste Satz der l. 3 Cod. 8, 42 spricht, in dem einten oder andern Sinne entscheiden, mag man in der Denunciation eine Aneignungshandlung oder bloss ein Sicherungsmittel zu Gunsten des Cessionars oder des debitor cessus erblicken, so steht immerhin so viel fest, dass in Hinsicht auf diese genannte Stelle nach der Denunciation die cedirte Forderung nicht mehr durch Zahlung an den Cedenten getilgt werden kann. Wenn nun auch in der alleg. l. 3 die Denunciation zunächst nur mit Rücksicht auf die persönlichen Klagen erwähnt wird, so steht einer analogen Ausdehnung des Inhaltes dieser Stelle auf dingliche Klagen nichts im Wege. Für die Annahme, dass eine analoge Ausdehnung in der angegebenen Weise

Platz greife, kann nach unserer Ansicht kein Zweifel walten, wenn man zu der alleg. l. 3 die l. 9 Dig. hered. vel act. vend. 4, 39 in Betracht zieht. In der letzteren Stelle wird ausdrücklich anerkannt, dass bezüglich der Cession kein Unterschied zwischen der dinglichen und persönlichen Klage besteht. (Vgl. auch Becker, Jahrb. für gemeines deutsches Recht, Bd. IV, S. 208.) Wenn man nun den Inhalt des ersten Satzes der l. 3 per analogiam auf die dinglichen Klagen zur Anwendung bringt, so ist dann die Folge die, dass an die Denunciation die gleichen rechtlichen Wirkungen bei dinglichen, wie bei persönlichen Klagen sich knüpfen. Mit a. W.: es wird der Besitzer bezw. der detentor der veräusserten Sache nach der Denunciation unter der Voraussetzung freilich, dass der Cedent wirklich Eigenthümer war, genöthigt, nicht an den Cedenten, sondern an den Cessionar den Besitz einzuräumen. (Vgl. auch Bähr, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. I, S. 444.)

Ihering glaubt nun, diese analoge Anwendung aus dem Grunde negiren zu müssen, weil bei Uebertragung des Eigenthums das Recht ein direktes Mittel durch die Tradition gewährt, so dass hier eine spezielle Sicherung durch die Denunciation, wie dieses bei der Cession der persönlichen Klage für den Cessionar erforderlich, nicht geboten sei. (Jahrbücher für Dogmatik, Bd. I, S. 114.) Wir halten nun diese Argumentation für die Sache, welche Ihering damit beweisen will, nicht für beweiskräftig. Denn wenn der Cessionar durch den Erwerb der Eigenthumsklage nicht schon das dingliche Recht, also das Eigenthumsrecht, erwirbt, welche Supposition auch Ihering als richtig anerkennt, so ist die Tradition kein Faktor, welcher zur Erwerbung der Eigenthumsklage nothwendig ist; in Folge dessen kann die Tradition bei der Cession der Vindikationsklage die Denunciation nicht ersetzen. Ist dieses aber richtig, so ist nicht nur bei der Cession eines Forderungsanspruches, sondern auch bei der Cession eines Eigenthumsanspruchs das Bedürfniss für Herbeiziehung der Denunciation im Interesse des Cessionars und debitor cessus geboten. Aber selbst für den Fall, dass die Cession der

Vindikation nur eine Form der Eigenthumsübertragung wäre, könnten wir der Anschauung Iherings nicht beipflichten. Denn wie Becker schon mit Recht darauf aufmerksam gemacht hat, könnte der Grund, dass es zur Uebertragung des Eigenthums ein sichereres Mittel — die Tradition — gebe, es also eines besonderen Schutzmittels für die Cession nicht bedürfe, doch nur unter der Voraussetzung in Betracht fallen, dass der Cedent die Möglichkeit hatte, das Eigenthum durch Tradition zu übertragen, bei welcher Voraussetzung jedoch die Cession kaum je zur Anwendung kommen dürfte. (Vgl. Jahrbücher für gemeines Recht, Bd. IV, S. 208.)

Aus der bisherigen Darstellung resultirt, dass selbst vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus, wie es sich aus den Quellen des röm. Rechtes entwickelte, die Anschauung von Ihering, dass bei der Cession der Eigenthumsklage der Cedent nach der Cession resp. nach der Denunciation das Recht des Cessionars auf indirekte Weise durch Anstellung der Eigenthumsklage gegen den Besitzer oder durch Verzicht oder Entgegennahme der betreffenden Sache für sich vereiteln kann, eine nicht begründete ist.

Sollte aber noch ein Zweifel über die Richtigkeit der betreffenden Anschauung von Ihering mit Bezugnahme auf das gemeine Recht obwalten, so müsste derselbe vom Standpunkte des schweizerischen O.-R. aus als gehoben betrachtet werden. Denn für die beiden Sätze, auf welche gestützt Ihering seine diesfalsige Anschauung gründet, fehlt in Hinblick auf das schweiz. O.-R. absolut jeder Anhaltspunkt. Den ersten Satz, dass der Cessionar nur Ausüber des Forderungsrechtes des Cedenten sei, betreffend, so hat das schweiz. O.-R., wie wir in unserer Abhandlung wiederholt ausgesprochen, anerkannt, dass der Cessionar voll und ganz in die Forderungsrechte des Cedenten succedirt. Was den zweiten Satz anbelangt, dass die Denunciation die Tradition ersetze, so kann gegen die Richtigkeit derselben ausser den schon oben angeführten Gründen in Hinsicht auf das schweiz. O.-R. noch ein spezieller Umstand hervorgehoben werden. Nach Art. 187 des schweiz. O.-R. hat nämlich die Denunciation unzweifelhaft nicht den Cha-

rakter eines Aneignungs-, sondern denjenigen eines blossen Sicherungsmittels. Nun ist aber die juristische Möglichkeit für die Annahme, dass die Denunciation die Tradition ersetzen könne, nur unter der Voraussetzung gegeben, dass die erstere den Charakter eines Aneignungsmittels erhalte. Denn nur dann bekommt die Denunciation etwas der Inbesitznahme resp. der Tradition Aehnliches. Hat aber die Denunciation einen ausschliesslichen Sicherheitszweck, wie dieses nach schweiz. O.-R. der Fall ist, so ist der Zweck der Tradition von demjenigen der Denunciation ein total verschiedener, so dass aus diesem Grunde schon die Denunciation die Tradition nicht vertreten kann.

Wir glauben, mit den bisherigen Erörterungen dargethan zu haben, dass die Cession der Eigenthumsklage einem wirklich praktischen Bedürfnisse entspricht. Es muss nach dem Gesagten im Gegensatze zu der Anschauung von Ihering angenommen werden, dass bei der Cession der Eigenthumsklage der Cessionar nach der Cession beziehungsweise nach der Kenntnissgabe derselben an den Detentor (debitor cessus) ein festes Recht dem Letztern gegenüber erhält, welches von Seite des Cedenten weder auf direkte noch auf indirekte Weise vereitelt werden kann. Ist dieses aber der Fall, so bildet die Cession der Eigenthumsklage, unter der Voraussetzung, dass die veräusserte Sache vom Eigenthümer nicht übergeben werden kann, die einzige sichere Vermittlung der Eigenthumsübertragung.

F) Gegenstand der Cession sind nach schweiz. O.-R. auch die Vorzugsrechte (beneficia legis, privilegia) und Nebenrechte, indem dieselben in der Regel mit der Hauptforderung, insoweit sie nicht ausschliesslich mit der Person des Cedenten verbunden sind, auf den Cessionar übergehen.

1) Was die Vorzugsrechte betrifft, so hat die Distinktion von privilegia personæ und privilegia causae nach schweiz. O.-R. nicht nur Bedeutung bezüglich der Universal-, sondern auch der Singularsuccession. Denn während die privilegia causae mit der Hauptforderung auf den Cessionar übergehen, ist dieser Uebergang der priv. personæ in Hinsicht auf den

Art. 190 des alleg. Gesetzes ausgeschlossen. Wenn nun aber auch die persönlichen Privilegien des Cedenten durch die Cession nicht übertragen werden können, so ist dieses nur unter der Modifikation zu verstehen, dass diese persönlichen Privilegien zur Zeit der Cession nicht eine Wirkung in der Weise auf die cedirte Hauptforderung bereits erworben haben, dass sie als eine mit der Hauptforderung verbundene Erweiterung erscheinen. Sollten diese Privilegien zur Zeit der Cession diese Wirkung auf die Hauptforderung haben, so erhält der Cessionar, wie es in der Wissenschaft allgemein anerkannt ist, die Forderung mit der ihr durch das Privilegium adhärirenden Erweiterung. (Vergl. Windscheid Actio S. 186 und Unger, System I. Bd., S. 584.) Wenn daher z. B. ein Handelsmann eine Forderung aus dem kaufmännischen Verkehre, für welche er nach schweiz. O.-R. 6% Zins fordern kann, einem Dritten, der nicht Handelsmann ist, cedirt, so erlangt dieser Dritte als Cessionar das Recht, die 6% Zins, die bis zum Momente der Cession erlaufen sind, einzufordern.

Eine Controverse dagegen besteht in der Wissenschaft darüber, ob bei den sogen. privilegia exigendi, also bei den Konkursprivilegien, der Unterschied zwischen den privil. personæ und priv. causæ massgebend sei für die Frage der Zulässigkeit des Ueberganges dieser Privilegien vermittelst Cession. Eine Ansicht, die sowohl bei den Theoretikern als bei den Praktikern seiner Zeit viel Anklang und namentlich bei Mühlenbruch (Lehre der Cession, 3. Aufl., S. 566) einen eifrigen Vertreter gefunden, geht nämlich dahin, dass auch pers. Konkursprivilegien unter der Voraussetzung, dass diese Cession im Interesse des Cedenten liege, auf den Cessionar übergehen können. Diese Ansicht ist jedoch vom schweiz. O.-R. nicht acceptirt worden. Denn dadurch, dass der Art. 190 des alleg. Gesetzes nur diejenigen Vorzüge, die ausschliesslich mit der Person des Cedenten verbunden sind, als nicht cessibel erklärt, ohne diesfalls einen Unterschied zu machen, ob die betreffenden Privilegien Konkursprivilegien seien oder nicht, können nur diejenigen Konkursprivilegien,

welche sich als priv. causæ charakterisiren, auf den Cessionar übertragen werden. Dass nur diejenigen Konkursprivilegien, die sich als priv. causæ qualifiziren, nach schweiz. O.-R. auf den Cessionar übergehen können, ergibt sich übrigens als eine natürliche Consequenz eines Fundamentalgrundsatzes, welchen das schweiz. O.-R. in der Cessionslehre aufgenommen hat. Denn nach schweiz. O.-R. erscheint der Cessionar nicht, wie nach der herrschenden Doktrin des gemeinen Rechtes, als Stellvertreter, procurator in rem suam des Cedenten, so dass er als solcher nur eine fremde Forderung, resp. diejenige des Cedenten, ausüben kann. Mit dieser herrschenden Doktrin des gemeinen Rechts wäre nun allerdings vereinbar, dass der Cessionar sämmtliche Privilegien ohne Ausnahme, also auch die rein persönlichen Privilegien des Cedenten ausüben könnte. Da aber nach schweiz. O.-R. — wie wir in unserer Abhandlung wiederholt ausgesprochen, der Cessionar als selbständiger Gläubiger, resp. als Singularsuccessor des Cedenten betrachtet werden muss, so ist die natürliche Folge hievon die, dass nur diejenigen Konkursprivilegien, welche als Privilegien des cedirten Forderungsrechtes erscheinen, also nicht auf der persönlichen Qualität des Cedenten beruhen, auf den Cessionar übergehen. Wenn nun aber der Unterschied zwischen priv. personæ und priv. causae vorzugsweise bei den Konkursprivilegien von durchgreifender Bedeutung in der Weise ist, dass nur die Letzteren auf den Cessionar übergehen können, so dürfte die weitere Frage am Platze sein, welche Konkursprivilegien sich als priv. causæ qualifiziren. Eine erschöpfende Beantwortung dieser Frage würde uns aber zu weit führen. Wir beschränken uns bei Beantwortung derselben nur darauf, dass wir sagen, dass die in allen uns bekannnten Konkursgesetzen privilegirten Forderungen für Dienstlohn, Begräbnisskosten und Krankheitskosten als priv. causæ anzusehen sind. Wenn auch bei diesen Forderungen ein gewisses Rechtsverhältniss aus besonderer Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des ersten Erwerbers des Rechtes, des Begründers des Rechtsverhältnisses, begünstigt wird, so muss dennoch angenommen werden, dass

die Konkursprivilegien bei diesen Forderungen privilegia causæ sind. (Vergl. auch Unger, System Bd. I, S. 586, Anm. 19.) Denn in Wirklichkeit werden bei diesen Forderungen nicht gewisse Personen als solche, z. B. der Dienstbote oder der Arzt, sondern das Rechtsverhältniss, in welches jene Berechtigten mit dem Verpflichteten gesetzt werden, begünstigt.

2. Was speziell die Nebenrechte betrifft, so möchten wir hier nur Zinse, Bürgschaften, Pfandrechte, in den Bereich unserer Erörterung ziehen.

a. Anbelangend die Zinse, so müssen wir vorerst konstatiren, dass nach schweiz. O.-R. nicht einzig und allein der laufende Zins, wie dieses bei Verpfändung der Forderung nach dem alleg. Rechte der Fall ist, sondern auch die rückständigen Zinse, wenn nicht Anderes ausbedungen wurde, auf den Cessionar übergehen. Denn im Abs. 2 des Art. 190 des O.-R. wird für den Fall der Cession der Hauptforderung die Rechtsvermuthung aufgestellt, dass auch die rückständigen Zinse auf den Cessionar übergehen. Es befindet sich hier das schweiz. O.-R. im Gegensatze zum gemeinen Rechte, nach welchem die Forderung rückständiger Zinse im Zweifel nicht mit der Hauptforderung auf den Cessionar übertragen wird. In zweiter Linie ist hier dann die Frage zu erörtern, ob die Zinse auch abgesondert von der Hauptforderung abgetreten werden können. Diese Frage muss bezüglich der Zinse, welche nicht Verzugszinse sind, unzweifelhaft bejaht werden. Durch die Aufstellung der obgenannten Rechtsvermuthung (præsumtio juris) werden zwar allerdings selbst die vertraglichen rückständigen Zinse nach schweiz. O.-R. zu der Hauptverbindlichkeit in eine abhängigere Stellung gebracht, als dies im gemeinen Rechte der Fall ist. Da aber eine blosse Rechtsvermuthung widerlegbar ist, resp. im Gegensatze zur præsumtio juris et de jure den Gegenbeweis immer noch zulässt, dass etwas anderes ausbedungen wurde, so dürfen auch die vertraglichen rückständigen Zinse nach schweiz. O.-R. nicht als untrennbare Bestandtheile der Hauptverbindlichkeit gleich den Verzugszinsen aufgefasst werden, in Folge dessen

dieselben separirt von der Hauptforderung abgetreten werden können.

b. Was die Bürgschaften betrifft, so gehen diese — wie nach gemeinem Rechte so auch nach schweiz. O.-R. — mit der Cession der Hauptforderung im Zweifel auf den Cessionar über. Es kann freilich zwischen dem Cedenten und dem Cessionar ausbedungen werden, dass der Letztere die zur Sicherheit der cedirten Forderung begründete Bürgschaftsforderung nicht erhalten soll. Aber ebenso kann auch umgekehrt von den Parteien verabredet werden, dass die Bürgschaftsforderung getrennt von der Hauptforderung auf den Cessionar übergehe. Die Frage nun aber, ob diese letztere Abtretung juristisch zulässig sei, ist in der Wissenschaft sehr controvers. Für die Ansicht, dass die Forderung gegen den Bürgen nicht ohne die Hauptforderung cedirt werden könne, haben sich, freilich ohne nähere Begründung, erklärt Mühlenbruch (Lehre der Cession, 3. Auflage, S. 332) und Unterholzner (Schuldverhältnisse Bd. I., S. 606). Für die gegentheilige Anschauung, resp. dafür, dass die Abtretung der Bürgschaftsforderung getrennt von der Hauptforderung erfolgen könne, haben sich ausgesprochen: Puchta im Rechtslexikon von Weiske, Bd. 2, S. 644, Sintenis, prakt. gem. Civilrecht, 3. Aufl., 2. Bd., S. 813, Kuntze in Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechtes, 3. Bd., S. 140 Anm., Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 6. Aufl., 3. Bd., S. 119 und 120, Unger, System Bd. I., S. 598. Am Einlässlichsten findet diese letztere Ansicht bei Vangerow ihre Begründung. Nachdem dieser Autor auseinandergesetzt, dass nach Pandektenrecht, also ehe das beneficium excussionis eingeführt war, unzweifelhaft die Bürgschaftsforderung ohne das prinzipale Recht, auf welches diese sich bezog, übertragen werden konnte, fährt er wörtlich fort: „Durch das justinianische beneficium excussionis hat sich aber hieran sicher nichts weiter geändert, als dass jetzt der Cessionar sich eben die exceptio ordinis gefallen lassen muss, wie der Cedent selbst, wenn dieser geklagt hätte, d. h. dass ihm überhaupt eine solche Cession der Regel nach nur dann

Vortheil bringt, wenn der prinzipale Schuldner insolvent oder abwesend ist."

Nach unserer Meinung ist die letztere Ansicht sowohl vom Standpunkte des gemeinen Rechts als auch von demjenigen des schweiz. O.-R. die richtige. Die Gründe, welche uns bestimmen, diese Ansicht als die richtige zu erklären, sind folgende: Bei der gewöhnlichen passiven Solidarobligation ist, wie wir oben in eingehender Darstellung dargethan, der Solidargläubiger berechtigt, eine Cession der Solidarforderung in der Richtung gegen den einten Solidarschuldner vorzunehmen, dass nur dieser Letztere vom Cessionar belangt werden kann. Ist dies aber der Fall, so besteht kein rechtliches Hinderniss für die Annahme, dass auch die Cession einer Bürgschaftsforderung ohne die Hauptforderung zulässig sei. Denn auch durch die einfache Bürgschaft wird ein solidarisches Verhältniss begründet. Nach der herrschenden Ansicht des gemeinen Rechtes wird nämlich bei der einfachen Bürgschaft der Bürge neben dem Hauptschuldner als Correalschuldner, dagegen beim constitutum debiti alieni der Constituent als Solidarschuldner (im engern Sinne des Wortes) hingestellt, vergl. die einschlägige Literatur bei Samhaber Correaloblig. S. 170. Wenn nun auch im schweiz. O.-R. der Unterschied zwischen Solidar- und Correalobligation nicht besteht, indem es nur den Begriff der Solidarobligation — im weitern Sinne des Wortes genommen — kennt, und diesen solidarischen Charakter nur bei einer Intercessionsart, bei der Bürg- und Zahlerschaft, ausdrücklich betont, so ist kein Grund erfindlich, um vom Standpunkte des schweiz. O.-R. aus bei der einfachen Bürgschaft den solidarischen Charakter negiren zu können. Denn das wesentliche Kriterium der passiven Solidarobligation, welches darin besteht, dass jeder der mehreren Solidarschuldner der Klage auf das Ganze unterworfen ist, greift auch bei der einfachen Bürgschaft, wie sie im schweiz. O.-R. ihre Regulirung gefunden, Platz.

Es unterscheidet sich allerdings nach gemeinem Rechte wie nach schweiz. O.-R. die einfache Bürgschaft von der

gewöhnlichen passiven Solidarobligation, welche keine Bürgschaft enthält, einerseits durch den streng accessorischen und anderseits durch den subsidiären Charakter. Nun vermag aber weder diese accessorische noch die subsidiäre Natur der einfachen Bürgschaft die Annahme zu begründen, dass eine Cession der Bürgschaftsforderung ohne die Hauptforderung juristisch unzulässig sei. Was den accessorischen Charakter der Bürgschaft betrifft, so wirkt derselbe einzig und allein in der Weise, dass dadurch eine Abhängigkeit der Verbindlichkeit des Bürgen von der Verpflichtung des Hauptschuldners begründet wird. Aus dem angegebenen Abhängigkeitsverhältnisse folgt nun zwar, dass, wenn die Obligation des Hauptschuldners in irgend einer Weise erlischt, damit auch die Verpflichtung des Bürgen aufhört. So erlischt die Bürgschaftsforderung z. B. nicht nur durch Tilgung der Hauptschuld mittelst Zahlung oder vermittelst der Zahlungssurrogate (durchgeführte Compensation etc.), sondern auch durch confusio, welche zwischen dem Gläubiger und Hauptschuldner eintritt, oder durch ein freisprechendes Urtheil, wodurch die Obligation des Hauptschuldners nicht mehr als bestehend anerkannt wird. Die angegebene Abhängigkeit der Bürgschaftsforderung von der Verbindlichkeit des Hauptschuldners lässt nun wohl die Folgerung zu, dass es juristisch unzulässig sei, die Bürgschaftsforderung durch Cession von der Hauptforderung in der Weise abzulösen, dass sie, die Bürgschaftsforderung, als ein accessorium für eine andere, dem Cessionar zustehende prinzipale Forderung erscheint. Nicht aber kann aus diesem angeführten Abhängigkeitsverhältnisse der Schluss auf die Unzulässigkeit der Abtretung der Bürgschaftsansprache ohne das prinzipale Recht gezogen werden. Wie nun einerseits die accessorische Natur der Bürgschaft kein rechtliches Hinderniss für die Zulässigkeit der separirten Cession der Bürgschaftsforderung in der angegebenen Weise bildet, so wird auch anderseits diese Cession durch den subsidiären Charakter der Bürgschaft nicht ausgeschlossen. Es wird zwar allerdings durch die Zulassung dieser abgesonderten Abtretung der Bürgschaftsforderung die

rechtliche Stellung des Cedenten dem ursprünglichen Schuldner wie diejenige des Cessionars dem Bürgen gegenüber eine sehr prekäre. Prekär wird die rechtliche Lage des ursprünglichen Gläubigers dem Hauptschuldner gegenüber in Hinsicht auf den Umstand, dass, wenn der Bürge den Cessionar bezahlt, selbst wenn diese Bezahlung in dem Momente erfolgt, wo der Forderung des Cessionars noch das benef. excussionis des Bürgen gegenüber steht, auch die Hauptforderung erlischt. Ebenso unsicher erweist sich aber auch die rechtliche Stellung des Cessionars dem Bürgen gegenüber, indem wie wir oben schon angeführt, der Umstand, dass wenn die Obligation des Hauptschuldners auf irgend eine Weise erlischt, auch die Erlöschung der Verbindlichkeit des Bürgen herbeiführt. Aus dieser unsichern Stellung, in welcher der ursprüngliche Gläubiger mit seiner Forderung dem Hauptschuldner und der Cessionar mit der Bürgschaftsforderung dem Bürgen gegenüber sich befindet, lässt sich aber nicht die Annahme rechtfertigen, dass die abgesonderte Abtretung der Bürgschaftsforderung juristisch unzulässig sei. Wohl wäre diese Annahme unter der Voraussetzung begründet, dass die rechtliche Lage des ursprünglichen Schuldners oder des Bürgen durch die fragliche Cession eine Veränderung im Sinne der Verschlechterung erleiden würde. Der Rechtsgrund für diese letztere Annahme, welcher in der passiven und willenlosen Rolle liegt, die dem Schuldner beim Cessionsgeschäfte zukömmt, greift nun aber bezüglich der Personen des Cedenten und des Cessionars nicht Platz. Denn der Cedent und der Cessionar schreiten, wie Musset zutreffend bemerkt, aus freien Stücken ihres Vortheiles oder der Bequemlichkeit wegen zu diesem Geschäfte. (Vergl. Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, 12. Bd., S. 372.) Wenn daher bei der Zulässigkeit der Cession der Bürgschaftsforderung in der angegebenen Weise einerseits der Cedent dem ursprünglichen Schuldner, anderseits der Cessionar dem Bürgen gegenüber in eine prekäre Stellung gelangt, so haben sich die betreffenden Personen dieses selbst zuzuschreiben.

Wir haben bis dahin nur von der einfachen Bürgschaft

gesprochen. Was nun aber bezüglich der Cession bei derselben gilt, findet, und zwar in verstärktem Masse, aus naheliegenden Gründen auch bei der Bürg- und Zahlerschaft Anwendung.

c) Betreffend endlich das Pfandrecht an Mobilien, welches sich dem Wesen nach als Realbürgschaft qualifizirt, so kommen auch hier bei der Frage der Cession die gleichen Grundsätze zur Anwendung wie bei der Personalbürgschaft.