**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:** 6 (1887)

**Artikel:** Der Gegenstand der Cession nach schweizerischem Obligationenrechte : mit besonderer Berücksichtigung des heutigen gemeinen Rechts [Fortsetzung]

**Autor:** Attenhofer, K.

**DOI:** https://doi.org/10.5169/seals-896656

**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:** 11.02.2026

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

# Der Gegenstand der Cession

## nach schweizerischem Obligationenrechte

mit besonderer Berücksichtigung des heutigen gemeinen Rechts.

(Fortsetzung des Aufsatzes in dieser Zeitschrift N. F. Band V.)

---

Von

Dr. K. Attenhofer,

Obergerichtspräsident in Luzern.

---

### III.

Gemäss Art. 183 O.-R. kann eine Forderung abgetreten werden, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder die besondere Natur des Rechtsverhältnisses eine Ausnahme begründen. Von einer eigentlichen Ausnahme kann aber nur in den beiden erstgenannten Fällen, welche wir in dieser Zeitschrift V., 263 f. behandelt haben, gesprochen werden. Im dritten (besondere Natur des Rechtsverhältnisses) kann man nur sagen, dass die Regel nicht anwendbar sei, weil die Voraussetzung hiefür nicht vorhanden ist (vgl. Gruchot, Beitr. XI, 528). Voraussetzung aber ist einmal, dass das abzutretende Recht nicht als ein höchst persönliches sich erweise, und sodann, dass durch die Abtretung die rechtliche Lage des Schuldners nicht verschlechtert werde. Fehlt bei einem Rechtsverhältnisse eine dieser Voraussetzungen, so ist die natürliche Folge Ausschluss der Cession. Aus diesem Grunde rechtfertigt sich gemäss O.-R. die Beschränkung der Cession bei Bestandvertrag, Werkvertrag, Dienstvertrag, Verlagsvertrag, Mandat und verwandten Rechtsverhältnissen, Gebrauchsleihe, Anspruch auf Alimente und verwandten Rechtsverhältnissen, Forderungen aus accessorischen Rechten, soweit durch deren Abtretung der Zusammenhang mit der Hauptforderung vollständig gelöst wird.

## Bestandvertrag

(Miethe und Pacht, locatio conductio rerum).

Genau aus einander zu halten sind die Rechte des Bestandgebers und des Bestandnehmers.

A. Die Frage betreffend Abtretung der Gesammtheit der dem Bestandgeber (Vermiether oder Verpächter) gegen den Bestandnehmer (Miether oder Pächter) zustehenden Rechte wird in der Regel nur dann von practischer Bedeutung sein, wenn das Bestandobject vom Bestandgeber veräussert oder ihm in Folge Concurses oder Arrestes entzogen wird. Das O.-R. giebt darüber keine directe Lösung, wohl aber einen Anhaltspunct in Art. 281 und 314, aus denen sich ergiebt, dass das schweiz. Recht, entgegen einigen Particularrechten, wie preuss. L.-R. und Code Nap., den gemeinrechtlichen Grundsatz „Kauf bricht Miethe" adoptirt hat. Es fragt sich somit zunächst, ob das gemeine Recht eine Cession der gesammten Rechte des locator unter den erwähnten factischen Voraussetzungen zulasse.

Die Wissenschaft des gemeinen Rechtes ist hierüber controvers; für Cession in angegebener Weise erklären sich u. A. Schmid, Grundlehren der Cession, II, 314; Schlesinger, rechtl. Unzulässigkeit der Beschlagnahme u. s. w. S. 51 f.; Windscheid, Pand. Aufl. 5, § 400 A. 7; Dernburg (Senior), Abhandl. S. 35; Mommsen, Erörterungen, I, 135, A. 73; Geller in Grünhuts Zeitsch. V, 385; Hermann, Miethvertrag, S. 113 Nr. 87; Bolley, verm. jur. Aufsätze I, Nr. 13; Cropp, in Heise und Cropp jurist. Abhdl. II, 295 ff. Gegner dieser Cession sind zunächst diejenigen Civilisten, welche die Cession der, einem Obligationsinteressenten aus einem zweiseitigen Vertrage zustehenden, Gesammtrechte überhaupt als unzulässig erklären, so Thibaut, Pandectenrecht, Aufl. 8 § 77, Vangerow, Lehrb. d. Pand. Aufl. 3, III, S. 466; Brinz, Pand. Aufl. 2, II, 1 S. 404 A. 11.[1]) Speciell die Cession

[1]) Irrthümlich ist in Bd. IV dieser Zeitsch. S. 187 behauptet, Vangerow habe die Cessibilität der Gesammtrechte des Verkäufers oder des Käufers nicht behandelt.

der Gesammtrechte des Bestandgebers negiren Mühlenbruch, Lehre der Cession, Aufl. 3, S. 313; Sintenis, gem. pract. Civilrecht, Aufl. 3, II, 676 Nr. 117; Holzschuher, Casuistik, III, S. 145; Koch, Uebertragung der Forderungsrechte nach preuss. u. gem. R. S. 76; Seuffert, pract. Pand.-R. Aufl. 4, II, S. 231 A. 4; Träger in d. Zeitsch. f. C.-R. u. P. N. F. XVIII, 73 A. 14, und Gruchot, Beiträge XI, S. 536. Eine nähere Begründung wird meist vermisst, am einlässlichsten erörtern die Frage Schmid, Cropp und Schlesinger einer- und Mühlenbruch anderseits.

Nach unserer Meinung ist die Annahme der Unzulässigkeit dieser Cession begründet, doch finden wir die Motivirung von Mühlenbruch weder in allen Theilen richtig noch erschöpfend.

1. Von Quellenaussprüchen verwerthet Mühlenbruch besonders l. 32 D. 19, 2 und l. 13 § 30 D. 19, 1. Nach jener l. 32 lag der Fall vor, dass Jemand, der ein Landgut auf mehrere Jahre verpachtet hatte, dieses Gut einem Dritten legirte und starb; Cassius bemerkte, der Pächter könne nicht zur Bewirthschaftung angehalten werden, weil für den Erben kein Interesse daran bestehe. Dass es sich hier, wie neuerlich (Scheurl, krit. Vierteljahrsschr. XVIII, 58) behauptet worden, um eine locatio conductio operis, nicht rerum, handeln könne, ist ausgeschlossen 1. dadurch, dass colonus Pächter bedeutet (vergl. etwa die Stellen l. 24 § 2, l. 25 § 1, l. 54 D. 19, 2), 2. durch die wirthschaftliche Unwahrscheinlichkeit einer solchen Uebernahme der Gutsbewirthschaftung für Rechnung des Eigenthümers gegen Zahlung einer festen Summe (Schlesinger S. 54) und 3. durch den in der Stelle gebrauchten Ausdruck in plures annos locaverat (Windscheid § 361 Nr. 3). Offenbar liegt eine locatio conductio rei vor. Weiter ist hervorzuheben, dass das Grundstück, nicht das Pachtrecht, den Gegenstand des Vermächtnisses bildet. Daraus folgt aber nicht, dass auch das Pachtrecht auf den Legatar übergehen könnte, wenn diese Uebertragung im Willen des Erblassers gelegen hätte, wie Mühlenbruch S. 315 richtig hervorgehoben hat. Anderseits erscheint es willkürlich, aus

dieser Thatsache mit Mühlenbruch auf die Unmöglichkeit einer Cession der Rechte des Verpächters zu schliessen. Die Frage bleibt eine offene, ob Jemand, der eine Klage aus Pachtvertrag hat, sie würde abtreten können, und die l. 32 cit. ist daher für unsere Frage nicht verwerthbar.

Dagegen beweist nach u. M. l. 13 § 30 D. 19, 1 die Unzulässigkeit der Cession der gesammten Rechte des Bestandgebers. Der Verkäufer eines Grundstückes, heisst es da, kann mit der Kaufklage eine dem Käufer überbundene Bedingung zu Gunsten des Miethers oder Pächters verfolgen, und wenn der Pächter einen Schaden verursacht, so kann der Käufer mit der Kaufklage den Verkäufer zwingen, gegen den Pächter auf Ersatz zu klagen und ihm das dadurch Erlangte zu erstatten. Daraus resultirt, dass der Käufer keine actio locati gegen den Pächter, sondern nur die actio emti gegen den Verkäufer hat; folglich ist auch durch das in der l. 13 cit. erwähnte Abkommen zwischen Verkäufer und Käufer kein Rechtsverhältniss zwischen letzterm und dem Pächter begründet worden, und mit solchen Abkommen half man sich wohl gerade, wie Mühlenbruch S. 316 richtig bemerkt, über den Mangel der Cession des Pachtcontractes hinweg. Wir haben daher in l. 13 cit. einen wenigstens mittelbaren Beweis für die Unzulässigkeit der Cession der Rechte des Bestandgebers.

Die Vertheidiger der Zulässigkeit berufen sich vorzugsweise auf l. 49 pr. D. 19, 1 und l. 13 D. 20, 4; Schlesinger (Beschlagnahme S. 51 f.) aus dem Grunde, weil in l. 49 der Verkäufer sich dem Käufer für den richtigen Eingang der Pachtgelder verbürge und in l. 13 der Uebergang des den Miethanspruch sichernden Pfandrechtes auf den Käufer angenommen sei. Hiegegen spricht m. E. Folgendes: nach l. 49 cit. besteht gar kein wirkliches Bestandverhältniss zwischen dem Verkäufer und einem Dritten; der Verkäufer hat bloss ein solches vorgeschützt, um einen höhern Kaufpreis zu erzielen; somit hat er keine actio locati und daher auch keine solche zu übertragen. Schlesinger sucht aber die Uebertragung des Klagerechtes dadurch zu begründen, dass er in den Schlussworten „si colonum et quinquennii pensiones in fidem suam recipiat“

eine Intercession, bezw. Bürgschaft des Verkäufers für den Pächter, findet. Wenn nun auch fides in den Quellen oft die Verpflichtung mittelst Bürgschaft bezeichnet (z. B. l. 75, l. 6 D. 45, 1; l. 60, § 1 D. 17, 1), so wird das Wort, und besonders der Ausdruck „in fidem suam recipere" ebenfalls für andere Verpflichtungen gebraucht. In l. 49 cit. muss die letztere Bedeutung Platz greifen, weil für Annahme einer Bürgschaft das Haupterforderniss jeder Intercession, die fremde Verbindlichkeit, fehlt, da eine Obligation zwischen Verkäufer und Pächter nicht besteht.

Die l. 13 D. 20, 4 behandelt den Fall, wo verabredet wird, dem Verkäufer eines Gebäudes solle der Miethzins des ersten Jahres, dem Käufer der für die folgenden gehören, und die vom Miether gegebenen Pfänder sollen für alle haften. Es wird somit allerdings ein theilweiser Uebergang des vom Miether bestellten Pfandrechtes auf den Käufer angenommen und das weist auf die Uebertragung einer principalen, durch das Pfandrecht gesicherten Forderung hin. Diese ist aber nicht der Miethanspruch überhaupt, sondern nur einzelne successiv fällige Miethzinsraten, pensio, d. h. Miethzins. Aus der Uebertragung von, auch noch nicht fälligen, Miethzinsen kann nicht gefolgert werden, dass der Käufer an Stelle des Verkäufers in das Bestandverhältniss eintrete. Gegen diese Folgerung scheint auch die Erwägung zu sprechen, dass zur Zeit des Paulus, von dem die l. 13 cit. herrührt, im R. R. der Delegationsbegriff noch vorherrschend und nur in 2 Fällen der entwickelte Cessionsbegriff ausnahmeweise durchgedrungen war, beim Erbschaftskaufe (l. 16 pr. D. 2, 14 und l. 5, C. 4, 39) und bei einer verpfändeten Forderung (l. 4, C. 8, 17, l. 18 pr. D. 13, 7). Demnach kann man sagen, dass die l. 13 cit. dem Delegationsstandpunkt angehöre, so dass folgerichtig eine Uebertragung hier nur anzunehmen sei, wenn der Miether seine Zustimmung hiezu ertheilt hat.

Unser Resultat ist, dass keine der von Schlesinger anführten Stellen, wohl aber die l. 13 § 30 D. cit., auf welche Mühlenbruch sich beruft, für die Unzulässigkeit der Cession der Pachtrechte in angegebener Richtung sprechen.

2. Auch ohne quellenmässige Lösung würden innere Gründe für unsere Ansicht sprechen, vorab der Umstand, dass durch Zulassung dieser Abtretung die rechtliche Lage des Bestandnehmers verändert, bezw. verschlechtert würde. Schon Mühlenbruch hat hervorgehoben, wie die Rechte und Verbindlichkeiten von locator und conductor so ineinander greifen, dass beide als völlig getrennt nicht zu denken sind, was bei vollkommener Cession doch der Fall sein müsste (Cession S. 311). Dazu kommt noch der specielle Gesichtspunct, dass die Lage des Bestandnehmers verschlechtert würde, weil die wesentlichen Pflichten des Bestandgebers mit seiner Verfügungsgewalt über das Bestandobject unzertrennlich verbunden sind und er dieselbe durch die Veräusserung verliert, also die Pflicht zu Gewährung des Gebrauchs, Besorgung der Reparaturen u. dgl. nicht mehr erfüllen kann. Bei Zulässigkeit einer Cession der Gesammtrechte des locator könnte also der conductor seine wichtigsten Rechte gegen den Cedenten, seinen ursprünglichen Contrahenten, nicht mehr zur Geltung bringen, und fände auch in einer ihm etwa gewährten Entschädigungsforderung keinen genügenden Ersatz.

3. Ein Hauptargument für unsere Ansicht endlich liegt darin, dass speziell nach schw. O.-R. der Bestandnehmer, wenn das Bestandobjekt veräussert wird, nicht gezwungen werden kann, das Bestandverhältniss mit dem neuen Erwerber fortzusetzen. Es folgt dieses aus nachstehenden Erwägungen.

Nach Art. 281 und 314 O.-R. kann der Miether und Pächter die Fortsetzung des Bestandvertrages vom neuen Erwerber des Bestandobjektes nur dann fordern, wenn der letztere sie übernommen hat. Hieraus folgt zunächst, dass der Erwerber in Ermangelung einer solchen Uebernahme nicht verpflichtet ist, das Bestandverhältniss fortzusetzen. Ist dieses aber der Fall, so tritt der Erwerber nicht ohne Weiteres schon durch den Erwerb des Bestandobjektes in das Bestandverhältniss ein und erwirbt in Folge dessen dadurch nicht die Rechte des Bestandgebers. Die rechtliche Konsequenz, welche sich hieraus für den Bestandnehmer ergibt, besteht darin, dass dieser nicht bloss verpflichtet, sondern auch berechtigt ist,

dem neuen Erwerber zu weichen. Hat nun dieses Recht des Bestandnehmers aber auch noch Geltung, wenn der Erwerber die Fortsetzung des Bestandverhältnisses mit dem Veräusserer vereinbart hat? Diese Frage ist ebenfalls u. E. zu bejahen unter der Voraussetzung, dass der Bestandnehmer seine Zustimmung hiezu nicht ertheilt hat, dagegen zu verneinen, wenn die Einwilligung hiezu vorliegt. Die angegebene Lösung findet ihre Begründung einzig und allein in den für Verträge zu Gunsten Dritter geltenden Gründsätzen.

Nach R. R. ist es Regel, dass Dritte aus einem Vertrage anderer Contrahenten kein Recht erwerben. Davon giebt es allerdings einige Ausnahmen, und es ist Streitfrage, ob zu denselben der Fall gehöre, mit dem wir uns hier beschäftigen. Die Entscheidung dieser Streitfrage ist u. E. von der Interpretation der l. 9 C. 4, 65 abhängig. Diese Stelle handelt nach der herrschenden und richtigen Ansicht nur von der Haftung des Käufers dem Bestandgeber gegenüber (Windscheid, Pand. Aufl. 5 S. 466 A. 7; Vangerow, Pand. Aufl. 6, III, § 608, Busch, Verträge zu Gunsten Dritter, im Arch. f. civ. Praxis, XLIII, 66 f.; Ziebarth, Realexecution S. 150). Sie sagt nämlich, wenn der Käufer mit dem Verkäufer vereinbart habe, dass der Pächter in der Pacht bleiben solle, so könne er durch eine actio bonae fidei gezwungen werden, diesem Uebereinkommen nachzuleben. Ob diese Klage dem Verkäufer oder dem Pächter zustehe, wird nicht gesagt, wir stehen aber nicht an, sie als die actio venditi zu erklären, die dem Verkäufer, nicht dem Pächter zusteht. Das durchschlagende Motiv giebt Busch, l. c. S. 67 an: man muss die Constitution aus dem ältern Rechte erklären und dann weist die obenangeführte l. 13 § 30 D. 19, 1 zweifellos auf die actio venditi.

Eines nähern Eintretens auf diese Stelle enthebt uns der Umstand, dass die Sätze des R. R. über die Verträge zu Gunsten Dritter dem heutigen Rechte nicht mehr entsprechen. Dieses hat die Ausnahmen des R. R. zur Regel erhoben und sowohl Doctrin (vgl. Windscheid, Pand. § 316 A. 12) als Gerichtspraxis und Gesetzgebung haben die Verträge zu Gunsten Dritter principiell anerkannt. So auch das schweiz.

O.-R. Art. 128. Darnach ist auch die Frage, ob die Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer über Fortsetzung des Bestandvertrages nach Art. 281 und 314 O.-R. einen obligatorischen Nexus zwischen Käufer und Bestandnehmer bewirke, nach den Grundsätzen über Verträge zu Gunsten Dritter zu beurtheilen. Und mag man das Verhältniss auf die Grundlage solcher Verträge im weitern Sinne stellen und den Verkäufer als Stellvertreter, bezw. negotiorum gestor des Miethers auffassen, oder auf die Basis solcher Verträge im engern Sinne, wo keine Stellvertretung angenommen wird, so ist das Resultat das gleiche, nämlich das, dass der Bestandnehmer nur dann gegen den Käufer berechtigt und verpflichtet ist, wenn er seine Zustimmung zu dieser Vereinbarung ertheilt hat gleichzeitig der nachträglich, expressis verbis oder durch concludente Handlungen, z. B. Klageanstellung gegen den Käufer.

*a.* Bei Annahme einer negotiorum gestio ergiebt sich das aus O.-R. Art. 46, wonach der Vertretene erst mit Genehmigung des Vertrages Gläubiger oder Schuldner wird. Der Promittent befindet sich bis zur Genehmigung in derselben Lage, in welcher bei einer aufschiebenden Bedingung der bedingt Belastete während des Schwebens der Bedingung ist. Somit ist vorher von einem festbegründeten Rechtsverhältnisse zwischen dem Vertretenen und dem Promittenten keine Rede (Scheurl, Lehre v. d. Nebenbestimmungen, II 133). Wird in unserm Falle der Verkäufer als negotiorum gestor des Bestandnehmers aufgefasst, so tritt also letzterer erst durch seine Zustimmungserklärung in das Rechtsverhältniss zum Käufer ein.

*b.* Ebenso gelangt man zu diesem Ergebnisse, wenn die genannte Vereinbarung zwischen dem Bestandgeber und dem neuen Erwerber des Bestandobjektes auf die Grundlage des Vertrages z. G. D. im eigentlichen oder engern Sinne gestellt wird. Wir glauben hier ausdrücklich betonen zu müssen, dass die heutige herrschende Doktrin im Gegensatze zur ältern Theorie, wie sie noch in den Pandektenlehrbüchern von Puchta (§ 256), Vangerow (Bd. III § 608), Keller (§ 231), Arndts

(§ 246) und Seuffert § 278 vertreten wird, nach der ein Vertrag z. G. D. in der Kategorie der Stellvertretung vollständig aufgeht, sehr scharf die Verträge z. G. D. im eigentlichen oder engern Sinne von den Verträgen z. G. D. unterscheidet, wo die Stellvertretung herbeigezogen wird. Der Unterschied beruht wesentlich darauf, dass Derjenige, welcher einen Vertrag z. G. D. im engern Sinne abschliesst, in eigenem Namen resp. Interesse handelt, während Derjenige, welcher als neg. gestor diesen Vertrag eingeht, in fremdem Namen thätig ist. (Vergl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes 5. Auflage, Bd. II § 316 Anm. 1; Busch, Archiv für civilist. Praxis Bd. 43 S. 8; Unger, Jahrbücher für Dogmatik Bd. X, S. 61 ff.; Bähr, Urtheile des Reichsgerichtes mit Besprechungen S. 81.) Diese Auffassung hat auch das schweiz. O.-R., denn es rubrizirt die Verträge z. G. D. weder unter den Vertragsabschluss durch Vertreter, noch unter die Geschäftsführung ohne Auftrag, und Art. 128 Abs. 2 bezeichnet als wesentliches Kriterium der Verträge z. G. D., dass derjenige, welcher eine Leistung an einen Dritten zu dessen Gunsten versprechen lässt, also der Promissar, in eigenem Namen handeln muss.

Wenn nun aber einmal feststeht, dass bei den Verträgen z. G. D. die Stellvertretung nicht in Betracht fällt, so findet auch die fragliche Vereinbarung zwischen dem Bestandgeber und dem neuen Erwerber des Bestandobjektes, wenn man sie auf die Grundlage des Vertrages z. G. D. im engern Sinne stellt, die allein richtige juristische Konstruktion. Denn der Bestandgeber, der die Bestandsache veräussert, geht diese Vereinbarung unter allen Umständen zu dem Zwecke ein, um seinerseits sich von jeglicher Verbindlichkeit, welche ihm aus dem Bestandvertrage dem Bestandnehmer gegenüber erwachsen ist, zu befreien (vgl. auch Bähr, Urtheile des R.-G. mit Besprechung S. 81). Ist dieses aber der Fall, so schliesst der Bestandgeber offenbar nicht im Interesse und Namen des Bestandnehmers, sondern in seinem Namen und Interesse diese Vereinbarung ab.

Wenn nun aber diese Vereinbarung zwischen dem Bestandgeber und dem neuen Erwerber auf die Verträge z. G. D.

im engern Sinne zurückgeführt werden kann, so ist die rechtliche Stellung des Bestandnehmers ganz dieselbe wie diejenige des Dritten, zu dessen Gunsten kontrahirt wird. Das schweiz. O.-R. hat nun, was wir besonders hervorheben möchten, bezüglich dieser rechtlichen Stellung des Dritten nicht die vielverbreitete Theorie aufgenommen, wonach bei den Verträgen zu Gunsten eines Dritten der letztere sofort ohne Rücksicht auf seine Zustimmung ein Recht erhält. Es hat dasselbe vielmehr im Art. 128 die Anschauung, wie sie von Beseler in seinem „System des deutschen Privatrechtes," 3. Auflage S. 411, und Busch l. cit. vertreten wird, adoptirt, nach welcher zur Forderungsberechtigung für den Dritten die Zustimmung desselben absolut erforderlich ist. Denn aus Abs. 2 des Art. 128 cit., in welchem gesagt wird, dass der Gläubiger den Schuldner nicht mehr entbinden könne, sobald der Dritte dem letztern erklärt habe, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen, folgt gemäss dem argumentum a contrario, dass vor dieser Erklärung die Gebundenheit der Paziscenten in das Belieben der Gläubiger resp. des Promissars, gestellt ist. Hieraus ergibt sich auf einleuchtende Weise, dass, bevor von Seite des Dritten die Zustimmung erfolgt ist, der Vertrag nur unter den ersten Kontrahenten besteht. Es wird nun allerdings durch die genannte Vereinbarung für den Bestandnehmer mit der Berechtigung zugleich auch eine Verpflichtung geschaffen. Demnach drängt sich die weitere Frage auf, ob trotz dieser Verpflichtung in der quest. Vereinbarung ein Vertrag z. G. D. im eigentlichen Sinne erblickt werden könne. Diese Frage könnte aber m. E. nur unter der Voraussetzung von Bedeutung sein, dass der Dritte ohne weiteres Zuthun aus dem Vertrage, der zwischen dem Verkäufer und dem neuen Erwerber geschlossen, sofort berechtigt würde. Es ist demnach Regelsberger, der die sog. Genehmigungs- oder Aneignungstheorie bei den Verträgen z. G. D. verwirft, ganz konsequent mit dieser seiner Anschauung zu dem Resultate gekommen, dass zu den Merkmalen des Vertrages z. G. D. gehört, dass durch das Geschäft nach Absicht der Vertragsparteien für den Dritten nur eine Berechtigung und weder

eine Verpflichtung noch ein Verlurst des Rechtes bewirkt werden soll. (Archiv für civil. Praxis Bd. 67 S. 22.) Vom Standpunkte der Genehmigungs- oder Aneignungstheorie aus, welche, wie wir so eben dargethan, durch das schweiz. O.-R. aufgenommen wurde, liegt für die Konstruirung der fraglichen Vereinbarung, aus welcher für den Bestandnehmer Rechte sowohl als Pflichten erwachsen, auf der Grundlage der Verträge z. G. D. kein rechtliches Hinderniss vor; denn nur bei Verwerfung der Aneignungs- oder Genehmigungstheorie tritt die von Regelsberger cit. loco betonte juristische Anomalie ein, wonach man vor die Nothwendigkeit gestellt ist, zwei Klassen Verträge zu Gunsten Dritter aufzustellen; die eine, bei welchen der Dritte ohne sein Zuthun erwirbt, und die andere, wo dieser Erfolg durch seine Zustimmung bedingt ist, so dass folgerichtig zwei verschiedene Erscheinungen unter den gleichen Begriff gezwängt werden.

Das Fazit der vorstehenden Ausführung ist: die fragliche Vereinbarung der Art. 281 und 314 des O.-R. kann unbedenklich als Vertrag z. G. D. konstruirt werden, obschon sie für den Bestandnehmer neben den Berechtigungen auch Verpflichtungen schafft; denn vor seiner Einwilligung berührt ihn der Vertrag noch nicht, durch seine Zustimmung aber nimmt er den Vertrag als Ganzes an: die Rechte sowohl als die damit korrespondirenden Verbindlichkeiten.

So ergiebt sich das Resultat, dass der Bestandnehmer durch die blosse Vereinbarung zwischen dem Bestandgeber und dem Erwerber nicht gezwungen wird, das Bestandverhältniss mit dem letzteren fortzusetzen, dass somit jene Vereinbarung nicht den Sinn einer einfachen Cession der gesammten Rechte des Bestandgebers an den Käufer des Bestandobjectes haben kann.

Das schliesst nun aber die Möglichkeit einer Cession einzelner Forderungen aus dem Bestandverhältnisse nicht aus, z. B. von Forderungen für Mieth- oder Pachtzinse, Entschädigungen u. s. w. Selbst zukünftige Bestandzinse können abgetreten werden, freilich unter der Beschränkung, dass sie in der Person des Cedenten existent werden, d. h. in der

Zeit erlaufen, da derselbe noch Eigenthümer des Bestandobjectes ist; nur auf so lange kann er darüber verfügen, und die Forderung des Cessionars steht daher unter der Suspensivbedingung, dass der Cedent bis zu Ablauf der Zeit, da die Zinse fällig werden, im Bestandvertrage bleibe.

Für den Concursfall des Bestandgebers gilt dasselbe in analoger Weise, indem mit dem Concursausbruche dem Bestandgeber die Verfügung über das Bestandobject entzogen wird. Das hat die Folge, dass die Abtretung von Bestandzinsen hinsichtlich des Zeitraumes nach dem Concursausbruche nicht gilt. Dies ist in einem Entscheide des luzern. Obergerichts vom 15. Juli 1885 ausgeführt (grundsätzl. Entscheide des O.-G. und der J.-C. des Cts. Luzern, 1885, Nr. 383): „Durch die Einstellung in der Verfügungs- und Nutzungsberechtigung zu Gunsten der Concursmasse ist es fortan die letztere, in deren Interesse und Vertretung den Miethern die Nutzung der Miethsache gewährt wird und welcher daher auch das Aequivalent hiefür zufallen muss. Hieraus folgt, dass die Miethzinse über den Tag der Aufrechnung hinaus der Concursmasse . . . gehören und eine vom Concursiten hierüber im Voraus getroffene cessionsweise Verfügung für jene nicht verbindlich ist.“

B. Ebenfalls zu verneinen ist die Abtretbarkeit der gesammten Rechte des Bestandnehmers.

1. Für die Miethe ergiebt sich dies nach schweiz. O.-R. aus folgenden Gründen:

Art. 285 Abs. 3 behandelt die Abtretung der Miethe als Untermiethe. Solche ist nach Art. 285 Abs. 1 auch ohne Einwilligung des Vermiethers zulässig, mit der (von l. 6, C. 4, 65 abweichenden) Modification, dass dadurch nicht eine für den ursprünglichen Vermiether nachtheilige Veränderung bewirkt werde. Durch die Untermiethe nun entsteht kein obligatorischer Nexus zwischen dem ursprünglichen Vermiether und dem Untermiether, wie die heutige Doctrin des gemeinen Rechtes dies allgemein anerkennt. Es wird nun allerdings in der l. 11 § 5 Dig. 13, 7 dem Hauptvermiether bei Wohnungsmiethen an dem Zugebrachten des Aftermiethers ein

Pfandrecht in der Weise eingeräumt, dass dasselbe (Zugebrachte) nur bis zur Höhe des Aftermiethzinses, also desjenigen Zinses, welchen der Aftermiether dem ersten Miether schuldet, haftbar ist. Dass nun dieses Recht des ursprünglichen Vermiethers nicht etwa als eine Folge der Succession derselben oder einer solchen des Untermiethers in die Rechte des ersten Miethers sich erweist, ergibt sich auf die klarste und unzweideutigste Weise aus dem Schlusssatze dieser Stelle. Hier wird nämlich das genannte Pfandrecht ausdrücklich auf die Fiktion eines stillschweigenden Vertrages zwischen dem Untermiether und Hauptvermiether gestellt (vergl. auch Mühlenbruch, Lehre der Cession, 3. Aufl., S. 321). Bei dieser Sachlage sollte man erwarten, dass über die Frage, ob der Miether seine gesammten Rechte cediren könne, keine Controverse bestehe. Und dennoch besteht gemeinrechtlich eine solche. Verneint wird diese Frage von Brinz (Pand. Aufl. 2, S. 404 A. 12), Mühlenbruch (Cession, Aufl. 3S. 312), Koch (Uebertragung der Forderungen, S. 94), Holzschuher (Casuistik Aufl. 3, III S. 145), Sintenis (pract. Civilr. Aufl. 3, II S. 808), bejaht dagegen von Windscheid (Pand. Aufl. 5, § 335 A. 13), Baron (Pand. Aufl. 5 S. 425), Schmid (Grundlehren II S. 314).

Die Thatsache, dass diese Controverse bei den gemeinrechtlichen Civilisten besteht, findet ihre Erklärung darin, dass nach gemeinem Rechte die Cession des Miethrechtes nicht gleich gestellt ist mit der Untermiethe. Wo aber, wie im schweiz. O.-R., diese Gleichstellung besteht, ist die Lösung der Streitfrage einzig und allein davon abhängig, ob der Untermiether die dem Untervermiether gegen den Hauptvermiether zustehende Klage erhalte. Dieses ist aber nicht der Fall. Wohl räumt der Art. 295 O.-R. dem Hauptvermiether ein Retentionsrecht auf die vom Untermiether eingebrachten Gegenstände ein, soweit diesem letztern gegenüber das Recht des Untervermiethers reicht. Dieses Retentionsrecht ist offenbar dem Pfandrechte, welches das gemeine Recht dem ersten Vermiether bezüglich der invecta und illata dem Untermiether gegenüber gewährt, nachgebildet. Ist dieses aber der Fall, so sprechen die gleichen Gründe, welche wir oben vom Standpunkte des

gemeinen Rechtes aus angeführt haben, auch nach schweiz. O.-R. gegen die Annahme einer Succession sowohl des Hauptvermiethers als vorzugsweise auch des Untermiethers in die Rechte des Untervermiethers. Das schweiz. O.-R. räumt nun aber dem ursprünglichen Vermiether dem Untermiether gegenüber noch weitere Befugnisse ein, welche das gemeine Recht nicht kennt. Nach Art. 285 O.-R. ist der ursprüngliche Vermiether berechtigt, direkte den Untermiether anzuhalten, dass dieser das Miethobjekt so gebrauche, wie es dem Untervermiether gestattet ist. Bei dieser Sachlage könnte man die Frage aufwerfen, ob aus der genannten Berechtigung des Hauptvermiethers nicht eine Verpflichtung desselben, dem Untermiether usum rei locatae zu gewähren, sich herleiten lasse. Die Bejahung dieser Frage würde zur weitern Annahme führen, dass der Untermiether mit der actio conducti von dem ursprünglichen Vermiether verlangen könnte, dass dieser ihm den Gebrauch des Miethobjektes einräume. Diese Berechtigung des Untermiethers aber würde ihre Begründung wieder darin finden, dass die Untermiethe auf der Fiktion einer Cession beruhe, bei welcher der Untervermiether als Cedent, der Untermiether als Cessionar und der ursprüngliche Vermiether als Cessus auftreten. Nach u. E. erscheint aber die Berechtigung des ursprünglichen Vermiethers, den Untermiether direkte anzuhalten, dass er das Miethobjekt nur so gebrauche, wie es dem Miether gestattet ist, nicht als eine Konsequenz der angegebenen Cession. Die Schlussfolgerung, welche man aus dem genannten Anspruche des Hauptvermiethers auf eine Berechtigung des Untermiethers, vom ursprünglichen Vermiether die Einräumung des Gebrauches des Miethobjectes zu verlangen, ziehen wollte, wäre offenbar keine zwingende. Denn es ist immerhin die Möglichkeit gegeben, die genannte Berechtigung des ursprünglichen Vermiethers auf der gleichen juristischen Grundlage, wie das Retentionsrecht desselben auf das Zugebrachte des Untermiethers, nämlich auf der Fiktion eines stillschweigenden Vertrages zwischen dem ursprünglichen Vermiether und dem Untermiether, zu konstruiren. Diese

Konstruktion erscheint uns als die einfachste und natürlichste, weil durchschlagende Gründe gegen die Annahme einer stillschweigenden Cession sprechen.

Gegen die Annahme einer stillschweigenden Cession, bei welcher der Untermiether als Cessionar und der ursprüngliche Vermiether als cessus erscheint, spricht entschieden schon der Umstand, dass der letztere in der Stellung als cessus gerade seine Hauptforderung, resp. die Miethzinsforderung, die er an seinem Kontrahenten — dem Untervermiether — hat, dem Untermiether gegenüber nicht zur Geltung bringen könnte. Ein Vorschlag, nach dem Vorgehen des Code civil (Art. 1753) festzusetzen, dass der Hauptvermiether auch den Untermiether auf Bezahlung wenigstens des von letzterm versprochenen Miethzinses belangen könne, wurde von den gesetzgebenden Räthen ausdrücklich abgelehnt (vergl. Schneider und Fick zu § 285 Nr. 4). Aber selbst wenn die genannte Bestimmung des C. c. im schweiz. O.-R. Aufnahme gefunden hätte, so könnte die Forderung für Miethzins nur unter der oben angeführten Einschränkung vom ursprünglichen Vermiether gegen den Untermiether geltend gemacht werden. Durch den Umstand aber, dass der Hauptvermiether die Miethzinsforderung entweder gar nicht oder dann nur theilweise, bezw. bis zum Betrage des Untermiethzinses, dem Untermiether gegenüber zur Geltung bringen kann, würde der Hauptvermiether — als debitor cessus gedacht — bezüglich seiner rechtlichen Stellung eine Veränderung resp. Verschlechterung erleiden. Diese würde darin bestehen, dass der Hauptvermiether usum rei locatae dem Untermiether zu prästiren hätte, das Aequivalent aber für diesen eingeräumten Gebrauch, den Miethzins, von dem Untermiether entweder gar nicht oder nur theilweise einfordern könnte. Dadurch würden aber die schützenden Bestimmungen werthlos, welche der Art. 189 dem debitor cessus einräumt: dass Einreden, welche der Forderung des Cedenten zur Zeit der Denuntiation entgegenstanden, vom Schuldner auch gegenüber dem Cessionar geltend gemacht werden können. Aber auch auf eine stillschweigende Cession der gesammten Rechte des Miethers resp. Untervermiethers, bei welcher der

Hauptvermiether als Cessionar, der Untermiether aber als Debitor cessus erscheinen würde, kann die genannte Berechtigung des erstern, den letztern zu gehörigem Gebrauche des Miethobjektes anzuhalten, nicht gestellt werden. Diese Konstruktion kann schon aus dem Grunde nicht Platz greifen, weil, wie oben bereits hervorgehoben wurde, das aus dem Miethvertrage für den Vermiether sich ergebende Hauptrecht: die Forderung auf Bezahlung des Miethzinses, dem ursprünglichen Vermiether gegen den Untermiether nach schweiz. O.-R. nicht zusteht.

Mit vorstehenden Ausführungen glauben wir dargethan zu haben, dass die Miethrechte, bezw. die gesammten Rechte, welche der Miether aus dem Miethvertrage gegen den Vermiether erwirbt, auf dem Wege der Cession nicht weiter übertragen werden können.

2. Bezüglich der Pacht hat die Frage der Abtretbarkeit derselben ihre Behandlung oben bei den gesetzlichen Veräusserungsverboten gefunden.

## **Werkvertrag** (locatio conductio operis).

Unter dem Werke, zu dessen Fertigstellung der Unternehmer im Werkvertrage sich verpflichtet (O.-R. Art. 350), ist zu verstehen ein Ganzes, das Resultat der Arbeit (nicht persönliche Dienstleistung), und zwar ein materielles Produkt (nicht jedes Arbeitsprodukt). Dienst-, Verlags- und Frachtvertrag fallen also hier ausser Betracht.

Bei dem Werkvertrage ist regelmässig nur die Cession der Rechte in ihrer Gesammtheit, welche der Unternehmer gegen den Besteller des Werkes hat, juristisch als unzulässig zu erklären, in dem Sinne, dass ersterer vor Vollendung des Werkes das Recht, gemäss O.-R. Art. 369 vom Besteller Haltung des Vertrages, event. Schadenersatz zu verlangen, durch Cession nicht auf einen andern übertragen kann. Evident schon darum, weil bei dem Werkvertrage die Individualität des Unternehmers für seine Verbindlichkeiten regelmässig wesentlich ist. Hiefür bedarf es nicht einmal der Verweisung

auf O.-R. Art. 371, wonach der Tod des Unternehmers regelmässig den Werkvertrag auflöst; ein direkterer Beweis liegt in Art. 351, welcher dem Unternehmer persönliche Ausführung des Werkes auferlegt, ausser in den Fällen, in denen es nach der Natur des Geschäftes auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers nicht ankommt. Darnach ist also die Leitung desselben eine persönliche, gleichviel ob er das Werk selbst ausführt bezw. durch seine Angestellten ausführen lässt, oder ob unter seiner Oberleitung die Ausführung durch dritte Personen erfolgt. Auch im letztern Falle erscheint der Unternehmer als persönlich handelnd, wie namentlich von den Schriftstellern des preussischen Landrechtes, das dem Art. 351 als Vorbild gedient hat, ausgeführt worden ist[1]). Ist somit die persönliche Leistung des Unternehmers bei der locatio conductio operis sehr wesentlich, so rechtfertigt sich die Annahme, dass das Recht des Unternehmers, vor Vollendung des Werkes vom Besteller Haltung des Vertrages, eventuell volle Schadloshaltung zu verlangen, mit seiner Verbindlichkeit, das Werk fertig zu stellen, untrennbar verbunden ist. Hieraus folgt aber, dass durch die Zulassung der Cession der gesammten Rechte des Unternehmers die rechtliche Lage des Bestellers verändert, bezw. verschlechtert würde. Diese Verschlechterung würde darin bestehen, dass der Besteller sich mit seinen Ansprüchen auf Fertigstellung des Werkes nicht mehr an seinen ursprünglichen Contrahenten, sondern lediglich an dessen Cessionar halten könnte.

---

[1]) Vgl. Koch, Lehre vom Uebergang der Forderungsrechte, S. 79: „das preussische Recht geht davon aus, dass bei dem Verdingungsvertrage immer stillschweigend vorausgesetzt werde, das Werk solle auch von dem gewählten Werkmeister oder Künstler selbst gemacht werden. Desshalb soll er in keinem Falle die Ausführung des Werkes einem Andern übertragen können, wodurch aber die Annahme fremder Hülfe nicht ausgeschlossen ist“. Dernburg, Lehrb. des Preuss Pr. R. II, 517 f.: „in beiden Fällen (d. h. bei Ausführung des Werkes durch den Unternehmer selbst mit seinen Gehülfen und bei Ausführung durch Dritte unter der obern Leitung des Werkmeisters) handelt es sich um persönliche Leistung, so dass der Werkmeister ohne Zustimmung des Bestellers dieselbe in der Regel nicht auf Andere übertragen darf.“

Ausnahmeweise gestattet nun eben der cit. Art. 351 Abs 2 O.-R. die Ueberlassung der Ausführung und Leitung des Werkes an einen Andern, da wo es nach der Natur des Geschäftes auf die persönliche Eigenschaft des Unternehmers nicht ankommt. Wann dieser Fall vorliege, ist quaestio facti; das juristische Merkmal ist das, dass die Ueberlieferung des Werkes als das Wesentliche, die Verarbeitung und die Herstellung desselben als etwas Untergeordnetes erscheint; in der Sprache der römischen Juristen: dass der Unternehmer nicht opus facere, sondern id se acturum ut fiat versprochen hat (Dankwardt, Jahrb. der Dogmatik des heut. R. R. XIII. 396). In solchem Falle, wo der Vertrag mehr den Charakter eines Kaufes als eines Werkvertrages hat, besteht kein rechtliches Hinderniss für die Abtretung des Rechtes, und es ist nicht zu billigen, wenn Mühlenbruch (Cession, Aufl. 3, S. 323) und Koch (Ueberg. d. Forderungsrechte S. 79) selbst dann, wo bei der Vertragseingehung die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers nicht in Anschlag gekommen sind, die Cession des Rechtes an den zweiten Unternehmer nicht zulassen wollen. Auf die Natur des Geschäftes will selbst unter dieser Voraussetzung, wo auf die persönlichen Eigenschaften keine Rücksicht genommen wurde, Mühlenbruch seine Meinung gründen. Aber wo solche Rücksichtnahme fehlt, wie das eben in Art. 351 Abs. 2 angenommen ist, liegt kein Hinderniss einer Trennung der Rechte des ursprünglichen Unternehmers von den Verbindlichkeiten desselben vor. Denn wenn seine persönliche Leistung für den Besteller nicht wesentlich ist, so könnte der Ausschluss der angegebenen Trennung nur noch in der rechtlichen Thatsache ihre Begründung finden, dass der Werkvertrag einen dauernden Zustand zwischen den Kontrahenten schaffe; aber der zwischen den Kontrahenten begründete Zustand ist in der Regel kein dauernder, und es fallen somit auch alle rechtlichen Konsequenzen hieraus für die Frage der Cedirbarkeit dahin.

Das aus O.-R. sich ergebende Resultat ist somit, dass beim Werkvertrage ein Eintritt in die gesammten Rechte des Unternehmers vermittelst Cession vor Vollendung des Werkes

unzulässig ist, dass aber ausnahmeweise in denjenigen Fällen, wo es auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers nach der Natur des Geschäftes nicht ankommt, die genannte Cession stattfinden kann.

## Dienstvertrag.

Durch den Dienstvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Leistung persönlicher Dienste und der Arbeitgeber zur Entrichtung einer Vergütung (O.-R. Art. 338 Abs. 1). Unter diese Dienste fallen nicht nur die aus Dienstboten-, Gesellen- und Lehrlingsverhältniss resultirenden, sondern auch die der Handlungscommis, Taglöhner u. s. w., und selbst die sogen. freien Dienste (Art. 348), welche besondere Fachkenntniss, Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung voraussetzen, soweit nicht Mandat vorliegt.

A. Die Zulässigkeit einer Uebertragung der gesammten Rechte des Arbeitnehmers auf eine andere Person ohne Einwilligung des Arbeitgebers muss in allen Fällen verneint werden, sowohl bei dem sogen. abstrakten als bei dem sogen. konkreten Dienstverhältnisse.

1. Beim erstern Verhältnisse, wo nur eine vorübergehende Dienstleistung, „ein vorübergehendes, in seiner Einzelheit vergütetes Thun des seine Arbeitskraft momentan vermiethenden Mannes“ (Vogt, leichtfassl. Anleitung S. 218) vorliegt, spricht gegen die Statthaftigkeit der Cession, dass die Individualität des Arbeitnehmers ein sehr wesentlicher Faktor des Vertrages ist, sogar in höherem Masse als beim Werkvertrage, wie ja auch der Wortlaut des Art. 338 persönliche Dienste als wesentliches Merkmal des Vertrages angiebt, und in natürlicher juristischer Konsequenz hievon Art. 339 Leistung der Dienste in eigener Person fordert und Art. 347 den Tod des Arbeitnehmers in allen Fällen als Erlöschungsgrund des Vertrags hinstellt, ohne der Möglichkeit zu erwähnen, dass aus der Natur des Geschäftes auf die persönlichen Eigenschaften des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen sei. Zwar fügt Art. 339 die Einschränkung bei: sofern sich

nicht aus den Umständen etwas Anderes ergiebt. Das kann aber u. E. nur sagen, es könne Dienstverträge geben, bei denen die Dienstleistung ganz oder theilweise durch Gehülfen oder andere Personen ausgeführt werden dürfe, also durch Personen, die blos als Werkzeuge, nicht als Rechtsnachfolger des Arbeitnehmers erscheinen, womit die Individualität der Leistung des ursprünglichen Arbeitnehmers nicht in Frage gestellt ist. Sobald jedoch die Thätigkeit der dritten Person sich in völliger Unabhängigkeit von jeder Leitung und Ueberwachung des ursprünglichen Arbeitnehmers bewegen würde, erscheint die Möglichkeit der Cession ausgeschlossen durch Vergleichung des Art. 339 mit Art. 338 O.-R., wonach nur persönliche Dienste Gegenstand des Vertrages sind, und beide Artikel finden hierin ihre Vereinigung, dass die persönliche Dienstleistung durch Beizug einer andern Person zu ihrer Verrichtung wohl beschränkt, nicht aber — ohne Einwilligung des Arbeitgebers — vollständig aufgehoben werden kann. Auch hier gilt das schon bei dem Werkvertrag Gesagte, dass durch Zulassung der Cession die rechtliche Lage des Arbeitgebers, der die Individualität des Arbeitnehmers als wesentlich im Auge gehabt hat, verschlechtert würde.

2. Bei sog. konkretem, also auf die Dauer berechnetem Dienstverhältnisse (z. B. der Dienstboten, Gesellen, Handlungsgehülfen) ist eben die Thatsache des unter den Kontrahenten geschaffenen dauernden Zustandes ein weiterer Faktor für Verstärkung der durch eine Cession herbeigeführten Verschlechterung der rechtlichen Lage des Arbeitgebers als Debitor cessus. Die durch den Vertrag begründeten dauernden rechtlichen Beziehungen unter den Kontrahenten bilden eine fortwährende Quelle gegenseitiger Forderungen und sind nicht leicht als von einander trennbar zu denken, zumal da nicht, wo noch familienrechtliche Verhältnisse eingreifen, wie beim Dienstboten- und hie und da bei Gesellenverhältniss.

Es muss somit in allen Fällen des Dienstvertrages eine Cession der gesammten Rechte des Arbeitnehmers juristisch als unzulässig erklärt werden.

B. Die Rechte des Arbeitgebers aus dem Dienstvertrage können, wie schon früher (diese Zeitschrift N. F. IV. S. 202 f.) erwähnt, nur im Fall eines abstrakten, nicht eines konkreten Dienstverhältnisses abgetreten werden.

## Verlagsvertrag.

A. Bezüglich der Abtretbarkeit des dem Urheber eines literarischen oder künstlerischen Werkes durch den Verlagsvertrag erwachsenen Rechtes ist zu unterscheiden, ob das Werk schon vollendet sei oder nicht. Unzulässig ist die Cession nur, wo ein fertiges Werk im Manuscript noch nicht vorliegt. Denn dann ist für die Leistung die Person des ursprünglichen Kontrahenten durchaus wesentlich, noch in viel höherem Maas als bei dem Werkvertrage, weil hier nur eine materielle, dort beim Verlagsvertrage eine geistige Arbeitsproduktion in Frage steht. Daher bestimmt O.-R. Art. 389, dass in der Regel der Verlagsvertrag durch Tod des Urhebers vor Vollendung des Werkes erlösche. Und daraus folgt mittelbar, wie bei dem Werkvertrage, die Unabtretbarkeit der Rechte des Urhebers.

B. Für die Frage der Abtretbarkeit des Verlagsrechtes des Verlegers giebt das O.-R. keinen Anhaltspunkt, in der Wissenschaft ist sie kontrovers. Einige Schriftsteller schliessen die Cession nur aus, wenn die Herausgabe des Werkes vom Verleger noch nicht erfolgt ist, so O. Wächter (Verlagsrecht S. 365), Gerber (Zeitschrift für Dogmatik des D. u. R. Pr. R. III, S. 392), Bluntschli (D. Pr. R., Aufl. 3, S. 478), Beseler (D. Pr. R., Aufl. 3, S. 949), Stobbe (D. Pr. R. III, 289), Kohler (Jahrbuch für Dogmatik, XVIII). Es findet sich bei ihnen hervorgehoben die Untrennbarkeit der Rechte des Verlegers von dessen Verbindlichkeiten. Andere Schriftsteller erklären die Cession des Verlagsrechtes ohne die obige Begrenzung durchweg für zulässig, so Klostermann (geistiges Eigenth. I, 335 f.; Urheberrecht S. 148; Abh. über Verlagsrecht in Endemanns Hdb. des d. Handels- und Wechselr., III, S. 416 u. f., 734), Gambastide (Traité des contrefaçons, p. 138), Eisenlohr (d. lit.

und art. Eigenth. und das Verlagsr. S. 80). Klostermann begründet in seiner neuesten Abhandlung diese Ansicht damit, dass der Verleger sich durch Uebertragung des Verlagsrechtes nicht einen andern Schuldner substituiren, sondern nur einen Andern für sich erfüllen lasse, während er selbst dem Autor für die übernommenen Leistungen als ursprünglicher Schuldner haftbar bleibe.

Wir halten die erstere (herrschende) Ansicht für die richtige. Wohl geben wir zu, dass es für die Verpflichtung des Verlegers weniger auf den physischen Inhaber des Verlagsgeschäftes als auf dieses selbst ankomme, und dass, wie Kohler cit. loco mit Recht ausführt, die Hauptsache das Fortbestehen des Verlagsgeschäftes sei, mit welchem der Autor den Vertrag geschlossen hat, weil auch bei Aenderung des Eigenthümers doch die Geschäftsmaximen, das Personal, die Beziehungen des Geschäftes und der Ruf desselben sich nicht mit einem Schlage ändern. Aber davon ist noch ein weiter Schritt zu der Annahme, dass es für den Autor juristisch gleichgültig sei, ob die Verlagspflicht von der Verlagshandlung, mit der er kontrahirt hat, oder von einer andern ihm fremden erfüllt werde. Das Renommée und die geschäftlichen Beziehungen einer Verlagshandlung, der Umstand, dass dieselbe in dem betreffenden Litteraturzweig eine besonders hervorragende Thätigkeit aufweist, und dgl., ist für den Autor ein wesentlicher Faktor gewesen. Daher ist für ihn der Erfüllungseffekt nicht der gleiche, wenn die Leistung Seitens seines ausgewählten Verlegers oder Seitens eines Dritten erfolgt. Und daraus ergiebt sich (gegen Klostermann) der Schluss, dass das Resultat der Thätigkeit dieses Dritten nicht mehr Erfüllung ist (Kohler l. c. S.). Dieser unserer Ansicht steht auch nach O.-R. Nichts entgegen. Aus der Thatsache, dass dieselbe den Tod des Verlegers nicht als Erlöschungsgrund des Verlagsvertrages aufführt, folgt höchstens das von uns Zugegebene, dass der Rechtsnachfolger im Verlagsgeschäfte am Vertrage festzuhalten berechtigt ist, nicht aber die Freiheit völliger Cession.

Da beim Verlagsvertrage somit die Individualität des

Verlagsgeschäftes für den Autor massgebend ist, so würde des letztern rechtliche Lage durch Zulassung der Cession des Verlagsrechtes verschlechtert; er wäre mit seinen Ansprüchen einzig an den neuen Verleger gewiesen, und einen Ersatz könnte auch nicht die subsidiäre Haftbarkeit des ursprünglichen Verlegers bieten, weil nach der richtigen Bemerkung Wächters (l. c. S. 366) dem Verleger jeweilen im Vertrauen auf seine Persönlichkeit ein gewisser Spielraum für Behandlung und Ausführung des Geschäftes gewährt werden muss.

## Mandat und verwandte Rechtsverhältnisse.

Nach Art. 392 O.-R. entsteht durch Annahme eines Auftrages die Verpflichtung des Beauftragten zur Besorgung des Geschäftes nach dem Willen des Auftraggebers; eine Verpflichtung des letztern zu Leistung einer Vergütung besteht nur, wenn sie bedungen oder üblich ist. Somit zählt das O.-R. das Mandat nicht zu den wesentlich zweiseitigen Verträgen, denn nur Rechte des Auftraggebers, nicht solche des Beauftragten, gehören zum Wesen des Vertrages.

A. Wir fragen zunächst, ob die Rechte des Auftraggebers in ihrer Gesammtheit abtretbar sind, so dass ein Cessionar des Mandanten gegen den Mandatar auf Vollzug des Mandates klagen kann.

1. Es könnte eingewendet werden, die Frage sei praktisch bedeutungslos, weil der Beauftragte nach Art. 402 das Recht jederzeitiger Kündigung habe, somit durch Kündigung an den Cessionar eine ihm missbeliebige Cession illusorisch machen könne. Dem gegenüber ist hervorzuheben, dass es für den Mandatar gar nicht immer gleichgültig ist, ob die Cession infolge Kündigung des Mandates von seiner Seite aufgehoben wird, oder schon von Rechtswegen ausgeschlossen ist. Denn im ersten Falle riskirt der Mandatar, wegen unzeitiger Kündigung dem Cessionar für allfälligen Schaden aufkommen zu müssen (Art. 402 O.-R.), während der Mandatar zu jeder beliebigen Zeit sich dem Cessionar gegenüber seines Auftrages ohne Schadenersatzpflicht entschlagen kann, wenn die Cession

rechtlich ausgeschlossen ist. Die practische Wichtigkeit unserer Frage steht sonach ausser Zweifel.

2. Wir werfen zunächst einen Blick auf das gemeine Recht, mit welchem das O.-R. die Hauptgesichtspunkte theilt. Nach der herrschenden Ansicht der gemeinrechtlichen Doctrin ist die Cession der gesammten Rechte des Auftraggebers nicht zulässig. Vgl. bes. Puchta (Pand. Aufl. 8, § 285); Vangerow (Lehrb. der Pand., Aufl. 6, III. S. 117); Sintenis (das gem. Civilrecht, Aufl. 3, II, S. 808); Holzschuher (Casuistik, Aufl. 3, III, 139, Anmerk., herausg. von Kuntze); Mühlenbruch (Cession, Aufl. 3, S. 307 f.); Förster (Theorie und Praxis des heut. preuss. R., I, 648). Einzig Albert Schmid (Grundlehren der Cession, II, 324), soweit wir sehen, hat sich für die Zulässigkeit der Cession in angegebener Richtung ausgesprochen. Die gemeinrechtliche Praxis hat, so viel wir sie kennen, ohne weitere Begründung die herrschende Ansicht acceptirt (O. A. G. Lübeck 10. Okt. 1863 in Seufferts Archiv, XVII, Nr. 92; O. A. G. Darmstadt 2. Nov. 1866, das. XX, Nr. 220).

Den Grund dieser u. E. zweifellos richtigen Ansicht finden einige Civilisten (so Puchta, Sintenis) in der dauernden Relation, welche zwischen Mandant und Mandatar besteht, aber das genügt nicht. Um die Unstatthaftigkeit der Cession zu begründen, müssten diese dauernden Beziehungen zwischen den Kontrahenten der Art sein, dass die Rechte und Verbindlichkeiten beider untrennbar in einander greifen und somit durch die Cession die rechtliche Lage des Mandatars als Debitor cessus verändert bezw. verschlechtert würde. Das ist aber nicht der Fall. Erstlich kommen in der Regel beim Mandate nur Rechte des Auftraggebers, nicht Verpflichtungen desselben in Frage. Allfällige ausnahmeweise Rechte des Mandatars, also Verpflichtungen des Mandanten, können regelmässig vor Beendigung des Mandates nicht zur Geltung gebracht werden, seien es allfällige Honoraransprüche, seien es Ansprüche gemäss Art. 400 O.-R. Demnach ist beim Mandate von einer dauernden Relation zwischen Auftraggeber und Beauftragtem, wobei Rechte und Verbindlichkeiten

so in einander greifen, dass sie nicht getrennt denkbar sind, nicht die Rede.

Andere Civilisten erblicken den Grund in der höchst persönlichen Beziehung der Parteien; insbesondere Mühlenbruch weist darauf hin, dass die einseitigen Forderungen des Mandanten nach der Natur des Geschäftes eng mit der Person verbunden sind, nicht einmal auf den Erben übergehen, und das persönliche Vertrauen zu der Fähigkeit und Treue des Mandatars als wesentliches Motiv des Contraktes anzusehen ist, daher auch aus einer Substitution des Mandatars nicht die obligatio mandati zwischen dem ersten Mandanten und dem substituirten Mandatar entsteht.

Dazu ist nun freilich zu bemerken, dass wenn auch nach gemeinem Rechte wie nach O.-R. Art. 403 das Mandat durch den Tod des Mandanten und den des Mandatars erlischt, daraus nicht, wie Mühlenbruch andeutet, die Unstatthaftigkeit der Cession der Rechte des Auftraggebers ohne Weiteres folgt. Die alte Rechtsregel: quae non sunt transmissibilia ad heredes, per cessionem non transeunt, ist mit Recht neuerdings und gerade von Mühlenbruch S 225 selbst (s. diese Zeitschr. N. F. IV. 208) verworfen. Nicht aus der Thatsache an sich, dass das Mandat durch den Tod des Auftraggebers erlischt, folgt die Unzulässigkeit der Cession, sondern aus der ratio legis dieser Thatsache ist auf die Unzulässigkeit zu schliessen. Die ratio legis ist aber nicht das persönliche Vertrauen zu der Fähigkeit und Treue des Mandatars (damit würde nur das Erlöschen des Mandats durch Tod des Mandatars begründet), sondern der Charakter des Mandates als eines Vertrauensvertrages auch in dem Sinne, dass der Beauftragte speziell in Rücksicht auf die Persönlichkeit des Mandanten den Auftrag angenommen hat. Ist das Mandat ein unentgeltliches, so liegt der rein persönliche Charakter in dieser Richtung klar vor, denn es verdankt dann seine Entstehung nur der Dienstfertigkeit oder der Freundschaft des Mandatars gegen den Mandanten (vgl. l. 1, § 4 D. 17, 1). Aber auch bei Entgeltlichkeit bleibt dieser persönliche Charakter erhalten, weil auch dann unter der Voraussetzung, dass der Beauf-

tragte für den Auftraggeber Behörden oder dritten Personen gegenüber handeln soll, die Person des Auftraggebers für den Beauftragten offenbar nicht gleichgültig sein kann.

Mühlenbruch deutet endlich an, dass die Theorie, welche sich für die Nichtcessibilität der gesammten Rechte des Mandanten gegenüber dem Mandatar erklärt, erschüttert werde, wenn bei Uebertragung der Geschäftsbesorgung an einen Substituten eine obligatio mandati zwischen dem ursprünglichen Auftraggeber und dem Substituten begründet wird. Dies ist unter der Voraussetzung richtig, dass die actio mandati directa, welche dem ursprünglichen Mandanten gegen den Substituten gegeben wird, auf eine cessio necessaria begründet werden müsste. Aber diese Voraussetzung ist in Hinblick auf das O.-R. nicht gegeben. Nach Art. 397 O.-R. erwirbt zwar der Auftraggeber gegen den vom Mandatar bestellten Substituten die gleiche Klage, welche der Mandatar gegen den Substituten hat. Entgegen der Zurückführung dieser Bestimmung auf eine nothwendige Cession (bei Schneider und Fick, Aufl. 2 zu Art. 397, Hafner, S. 116 zu Art. 397) halten wir dafür, dass sie auf anderer Grundlage zu konstruiren sei. Die Annahme einer cessio necessaria setzt nämlich voraus, dass der Mandant die Rechte des Mandatars gegen den Substituten durch Singularsuccession erhält. Eine solche aus Art. 397, Abs. 3 abzuleiten, erscheint nun allerdings auf den ersten Blick möglich, aber nicht zwingend. Der fragliche Artikel kann auch darin seine Erklärung finden, dass durch die Substitution ein Mandatsverhältniss einerseits zwischen dem ursprünglichen Auftraggeber und dem Substituten, andrerseits — und zwar in Concurrenz damit — auch zwischen dem ursprünglichen Mandatar und dem Substituten begründet wird. Damit ist die Annahme einer Singularsuccession unvereinbar, weil die Mandatsklage des ursprünglichen Mandanten gegen den Substituten bezüglich ihrer Entstehung völlig unabhängig ist von der Mandatsklage, die der Mandatar gegen den gleichen Beklagten erhält. Dies ergiebt sich daraus, dass die erstere Klage (des ursprünglichen Mandanten) sich auf ein Vertrags-

verhältniss gründet, die zweite (des Mandatars) unmittelbar auf das Gesetz.

a) Dass die Mandatsklage des ursprünglichen Auftraggebers gegen den Substituten ex contractu erworben wird, könnte nur bezweifelt werden, wenn sie sogar unter der Voraussetzung gegeben würde, dass der Beauftragte den Substituten in eigenem Namen bestellt hätte. Denn bei dieser Annahme wäre die gesetzliche Cession das einzig sichere Mittel, um dem Mandanten die Mandatsklage gegen den Substituten zu verschaffen. Eine derartige Annahme ist aber ausgeschlossen. Es muss allerdings zugegeben werden, dass nach Art. 399 die Rechte, welche der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen gegen den Dritten, mit dem er contrahiert, erwirbt, sofort auf den Auftraggeber übergehen, wenn der letztere allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnisse nachgekommen ist. Damit ist das Prinzip der indirecten oder unvollkommenen Stellvertretung, wenn die thatsächlichen Voraussetzungen des Art. 399 zutreffen, ausdrücklich anerkannt. Die in unserm Fall entscheidende Frage aber, ob Art. 399 auch analog auf das Rechtsverhältniss der Substitution anwendbar sei, ist entschieden zu verneinen.

Für diese Verneinung spricht vorab die ratio legis des Art. 399. Der Inhalt desselben kann nämlich nicht auf eine höhere Rechtsregel, ein juristisches Princip, zurückgeführt werden, dessen consequente Durchführung einen, per analogiam zur Anwendung zu bringenden Rechtssatz erzeugt, wie auch das deutsche Reichsgericht durch Entsch. v. 15. März 1880 (Seuffert, Archiv, XXXVI, Nr. 23) diesen Satz als unvereinbar mit allen strengen Rechtsprincipien erklärt hat, und neuere Schriftsteller das Institut der mittelbaren oder unvollkommenen Stellvertretung, auf welchem jener Satz beruht, als contradictio in adjecto bezeichnen (Unger, System, II, 135, A. 22). Sonach verdankt Art. 399 seine Entstehung einzig einem legislativen Momente, ratio legis im engern Sinne, welche auf Rücksichten für praktische Bedürfnisse und Verkehrsinteressen zurückzuführen ist. Der Auftraggeber

kann nämlich ein erhebliches Interesse daran haben, dass der Mandatar bei Abschluss des Geschäftes mit dem Dritten seinen Namen nicht nenne und den Vertrag in eigenem Namen abschliesse, das ist besonders dann der Fall, wenn das Geschäft bei Nennung des Auftraggebers grössern Schwierigkeiten unterläge (vgl. Vogt, leichtfassl. Anleitung S. 236), oder der Mandant aus persönlichen Gründen nicht genannt sein will, z. B. wegen Geldverlegenheiten genöthigt ist, Kostbarkeiten zu verkaufen, seinen Credit aber durch Bekanntgeben seines Namens nicht gefährden will. Diese Rücksichten können aber bei dem Rechtsverhältnisse der Substitution nicht in Betracht fallen, denn wir können uns keinen Fall denken, wo es im Interesse des ursprünglichen Mandanten, bezw. des Verkehrs überhaupt läge, dass der Mandatar den Substituten in eigenem Namen bestelle. Demgemäss fehlt für die analoge Ausdehnung der Bestimmung von Art. 399 auf das Rechtsverhältniss der Substitution die gleiche ratio legis, also das Haupterforderniss.

Ein weiterer Grund gegen diese analoge Ausdehnung liegt darin: das Mandat ist ein Vertrauensverhältniss auch in der Richtung, dass es vom Beauftragten speziell in Rücksicht auf die Person des Auftraggebers eingegangen wird. Dieses Vertrauensverhältniss wird nun aber in keiner Weise alterirt, wenn der Mandatar in eignem Namen das Geschäft für den Mandanten abschliesst. Anders bei der Substitution: hier erscheint der Substitut, der das Geschäft für den ursprünglichen Mandanten besorgt, als der eigentliche Mandatar. Wenn daher für den Fall, dass der erste Mandatar in eigenem Namen den Substituten bestellt, ein juristischer Nexus zwischen dem ursprünglichen Mandanten und dem Substituten in der Weise entstünde, dass der erstere gegen den letztern ohne Weiteres die actio mandati directa anstellen könnte, so würde das genannte Vertrauensverhältniss vollständig ausser Acht gesetzt und damit ein Fundamentalsatz in der Mandatslehre auf eclatante Weise gebrochen, ohne dass dies durch ein juristisches oder ein gesetzgeberisches Motiv gerechtfertigt erschiene.

Da somit die analoge Ausdehnung des Art. 399 auf das Rechtsverhältniss der Substitution unzulässig ist, so folgt zunächst daraus, dass ein obligatorischer Nexus zwischen dem Mandanten und dem Substituten nur da entsteht, wo der Mandatar den letzteren nicht auf seinen eigenen, sondern auf des Mandanten Namen bestellt hat. Und ist dies richtig, so findet die laut Art. 397, Abs. 3 dem ursprünglichen Mandanten gegen den Substituten eingeräumte Klage die einfachste und natürlichste Construktion auf Grundlage der directen Stellvertretung, und auf dieser Basis ist nun folgende Alternative gegeben: entweder ist der Beauftragte vom Auftraggeber ermächtigt, einen Substituten zu bestellen, oder solche Ermächtigung liegt nicht vor. Im erstern Fall erwirbt sofort in dem Momente, wo sich der Substitut dem Mandatar gegenüber zur Besorgung des Auftrages für den Mandanten verpflichtete, der letztere alle Rechte aus dem Mandatsverhältnisse, somit auch das Klagerecht auf Vollzug des Auftrages dem Substituten gegenüber. Im letztern Falle dagegen erlangt der ursprüngliche Mandant aus jener Verpflichtung des Substituten die Klage gegen ihn erst nach erfolgter Ratihabition, und zwar die Mandatsklage, denn die gemeinrechtliche Streitfrage, ob eine ohne Ermächtigung des Auftraggebers gepflogene Geschäftsführung durch die Ratihabition in ein Mandat übergehe oder nicht, ist durch O.-R. Art. 474 ausdrücklich bejaht.

b) Anderseits gründet sich die durch Art. 397, Abs. 3 dem Mandatar gegen den Substituten eingeräumte Mandatsklage nicht auf ein vertragliches Verhältniss, sondern unmittelbar auf das Gesetz. Denn aus der Construktion dieser Klage auf der Grundlage der directen Stellvertretung folgt, dass eine allfällige Mandatsklage, die dem Mandatar in Concurrenz mit dem Mandanten gegen den Substituten gegeben wird, unmöglich ex contractu kann abgeleitet werden. Bei dieser Sachlage lässt sich aber die Entstehung der Klage des Beauftragten gegen den Substituten nicht anders erklären, als durch unmittelbare Herleitung aus dem Gesetze. Dafür spricht schon der Umstand, dass der Mandatar für die dem

Substituten aufgetragene Geschäftsbesorgung dem ursprünglichen Auftraggeber gegenüber einzustehen hat, und zwar nach Art. 397, Abs. 1 und 2 unbedingt oder nur für culpa in eligendo, je nachdem er zur Uebertragung der Geschäftsbesorgung unbefugt oder befugt war. Diese Bestimmung ist nicht eine Spezialität des schweizerischen O.-R., sondern dem gemeinen Rechte entnommen (vgl. z. B. Windscheid, Pand. Aufl. 5, § 410, A. 5 und 6). Die Quellen, bes. l. 8, § 3 D. 17, 1 bezeichnen gerade die Haftbarkeit des Mandatars für den Substituten dem Auftraggeber gegenüber als den Grund, welcher dem Mandatar die Mandatsklage gegen den Substituten verleiht, und erkennen damit ausdrücklich an, dass die Klage des Mandatars gegen den Substituten unmittelbar auf einer gesetzlichen Basis beruht.

Hat sich somit ergeben, dass die nach Art. 397, Abs. 3 O.-R. dem Mandanten und dem Mandatar gegen den Substituten zustehenden Klagen einen verschiedenen Entstehungsgrund haben, die des Mandanten ex contractu vermittelst Stellvertretung, die des Mandatars dagegen unmittelbar ex lege, so rechtfertigt sich aus dieser Unabhängigkeit der Klagen in angegebener Richtung der Schluss, dass die Mandatsklage des ursprünglichen Mandanten gegen den Substituten nicht auf eine cessio necessaria zurückgeführt werden kann, und damit fällt auch die einzige Stütze dahin, welche für die Zulassung der Cession der gesammten Rechte des Mandanten, die er aus dem Vertrage mit dem Mandatar gegen diesen erworben hat, angeführt werden kann.

Ist aber auch der Anspruch des Auftraggebers, gegen den Mandatar auf Vollzug des Mandates zu klagen, nicht durch Cession übertragbar, so sind es doch die einzelnen vermögensrechtlichen Forderungen, die dem erstern gegen den letztern zustehen, soweit sie einen selbständigen Charakter haben, und nicht blos ein Bestandtheil des Hauptanspruchs sind (wie z. B. das Recht des Mandanten, vom Beauftragten Rechnungsstellung zu verlangen).

B. Ebenfalls zu verneinen ist die Zulässigkeit des Eintrittes in das Rechtsverhältniss des Beauftragten, d. h. in

dessen gesammte Rechte auf dem Wege der Cession. In der Regel kommen ja nur Verbindlichkeiten, nicht Rechte des Mandatars in Betracht und so fehlt schon an sich ein Haupterforderniss der Cession, ein cedirbarer Gegenstand, indem Verbindlichkeiten im eigentlichen Sinne nicht cedirt werden können. Aber selbst wenn für den Mandatar, und zwar vor Beendigung des Mandates, Rechte — wie Anspruch auf Vergütung, Forderung aus Vorschüssen — gegen den Mandanten bestehen sollten, so könnte ein Cessionar nur in diese einzelnen Rechte, nicht aber in das Rechtsverhältniss des Mandatars in der Weise eintreten, dass er an Stelle des letztern auf Haltung des Vertrages gegen den Mandanten klagen könnte. Auch einer solchen Cession des Rechtsverhältnisses im Ganzen stehen rein persönliche Gründe entgegen: nach Art. 403 O.-R. wie nach gemeinem Rechte bildet regelmässig auch der Tod des Auftraggebers einen Erlöschungsgrund des Mandates; der Rechtsgrund dieses Satzes liegt im persönlichen Vertrauen, welches der Auftraggeber in die Fähigkeit und Treue des Beauftragten setzt (Mühlenbruch, Cession, Aufl. 3, S. 218). Auf diesen Rechtsgrund ist auch die Unzulässigkeit der Cession der Rechte des Beauftragten im angegebenen Umfange zurückzuführen, denn es ist für unsere Frage gleichgültig, ob an die Stelle des ursprünglichen Beauftragten durch Universalsuccession der Erbe oder durch Cession ein Dritter trete: in beiden Fällen würde das Vertrauen zur Fähigkeit und Treue des Beauftragten, welches den Auftraggeber zu dem Mandate bewogen hatte, ausser Acht gesetzt. Der Umstand, dass der Mandant die Ansprüche des Mandatars gegen den von diesem bestellten Substituten unmittelbar geltend machen darf, lässt ebenfalls keinen Schluss auf die Cessibilität der Rechte des Mandatars zu, schon darum nicht, weil ein obligatorischer Nexus zwischen Auftraggeber und Substituten — wie oben gezeigt — ohne des Erstern Einwilligung nicht bestehen kann.

Dagegen ist schon bemerkt worden, dass die einzelnen Forderungen, welche der Mandatar gegen den Mandanten hat, cedirbar sind. Es gilt dies von den genannten Forder-

ungen und von den in Art. 400 aufgezählten Ansprüchen mit der einzigen Ausnahme, dass der Anspruch auf Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten, die für den Mandatar bei Ausführung des Mandates entstanden sind, nicht cedirt werden kann, da diese Verbindlichkeiten eben mit dem genannten Anspruch untrennbar verbunden sind.

---

Was für das Mandat, gilt auch für die Rechtsgeschäfte, für welche nach O.-R. die Vorschriften des Mandates Platz greifen, namentlich Commissionsvertrag und Mäklergeschäft.

---

## Gebrauchsleihe.

Sowohl aus dem Wesen des Leihevertrages, wie er durch Art. 321 O.-R. definirt wird, als aus Art. 322, Abs. 2, wonach der Entlehner den Gebrauch nicht einem Andern überlassen kann, folgt der höchst persönliche Charakter des Anspruches des Entlehners und damit dessen Nichtübertragbarkeit (vgl. Hafner, O.-R. S. 52 zu Art. 183, Ziffer 4).

---

## Anspruch auf Alimente und andere verwandte Rechtsverhältnisse.

A. Die Forderung auf Alimentation kann auf Vertrag, letztwilliger Verordnung, Delict oder direct auf Gesetz beruhen; für die Frage der Abtretbarkeit ist das gleichgültig, denn in allen Fällen ist der Alimentationsanspruch als solcher nicht übertragbar. Dieser allgemein anerkannte Satz ist darin begründet, dass die Rücksichten auf die persönlichen Verhältnisse und Bedürfnisse des Gläubigers hier als sehr wesentlich erscheinen (vgl. Windscheid, Pand. § 335).

Streitig ist dagegen, ob der Alimentationsgläubiger die einzelnen Forderungen, welche auf bestimmte Leistungen gehen und daher zum Zwecke der Alimentation dienen sollen, einem Andern abtreten dürfe. Die eine Ansicht will die Cession zulassen, wenn die Leistung dadurch nicht eine andere

wird, was unter Umständen geschehen könne, wenn die schuldige Reichung in Wohnung, Kleidung oder Nahrung bestehe, nicht aber, wenn bestimmte periodisch wiederkehrende Geldleistungen in Frage kommen; so Schmid (Grundlehren d. Cession, II, S. 287), Puchta (Rechtslexicon, II, S. 642), Windscheid (Pand. § 335), Seuffert (pract. Pand. R., Aufl. 4, II, § 299 A. 7), Entsch. des O. T. Stuttgart, 7. Jan. 1873, O. A. G. München, 16. Dez. 1874, Deutsch. Reichsgericht, 11. April 1881 (Seuffert, Archiv XXVIII, Nr. 23, XXXI, Nr. 45, XXXVII, Nr. 18). Die andere Ansicht unterscheidet, ob ein oneroses Rechtsgeschäft vorliege oder ob die betreffende Leistung ihren Grund unmittelbar in dem Gesetze oder in der Liberalität des Gebers (Schenkung) habe: im erstern Falle wird die Uebertragbarkeit der Forderung auf dem Wege der Cession als zulässig erklärt, im zweiten nicht; so Mühlenbruch (Cession, Aufl. 3, S. 330), Holzschuher (Theorie und Casuistik, Aufl. 3, III, S. 139), auch Sintenis (d. pract. gem. Civilr., Aufl. 3, II, S. 811, A. 31), der aber die Abtretbarkeit der fixirten Alimentenbetreffnisse, welche auf Schenkung oder Gesetz beruhen, nur bei Nichtvorhandensein von Dürftigkeit des zu Alimentirenden annimmt.

Wir halten die erstere Ansicht für die richtige; sie ist in dem cit. Entscheide des Reichsgerichtes folgendermassen begründet: „Daraus, dass die betr. Alimentenleistung darauf berechnet ist, den nothdürftigen Lebensunterhalt der Bezugsberechtigten zu befriedigen, lässt sich ihre Unübertragbarkeit nicht ableiten, denn abgesehen davon, inwieweit hier der Zweck, welcher mit der Leistung erreicht werden soll, zum Inhalte der Leistung selbst gehört, so muss jedenfalls angenommen werden, dass im Allgemeinen der gedachte Zweck auch durch Veräusserung und Verwerthung von gewissen Pensionsbezügen sich verwirklichen lässt.“

Zur Ergänzung dieser Begründung kann die Kritik und Widerlegung der gegentheiligen Ansicht dienen. Mühlenbruch beruft sich für die Unübertragbarkeit der unmittelbar im Gesetz oder in einer Schenkung begründeten Alimentationsbezüge namentlich auf l. 10 D. 4, 5 und l. 10 D. 7, 8, ferner auf l. 8 pr.

und § 2, D. 2, 15, wonach ein solches, aus Mitleid zugestandenes Recht weniger streng juristisch angesehen werde, darum Alimente nicht durch capitis deminutio verloren gehen sollten (l. 10, D. 4, 5) und Jemand, dem aus Mitleid eine Wohnung überlassen war, diese wenigstens nicht schenkungsweise einem Andern einräumen konnte (l. 10, D. 7, 8), ja sogar das Recht des Alimentars, über die ihm ausgesetzten Alimente sich zu vergleichen, aus gleichem Grunde äusserst beschränkt war (l. 8, D. 2, 15). — Aus der ersten Stelle, die also besagt, dass das Legat von periodischen Leistungen durch den Tod des Legatars, nicht aber durch capitis deminutio untergehe, weil es mehr auf eine Thatsache als auf ein Recht zurückzuführen sei, kann für unsere Frage nichts gefolgert werden. Seuffert l. c. leitet daraus mit Recht nur die Unübertragbarkeit von Forderungen auf Alimente ab, bei denen die persönlichen Bedürfnisse über das Quantum entscheiden sollen, und in ähnlicher Weise spricht sich das angef. Erkenntniss des O. A. G. München über diese Stelle aus. In l. 10, D. 7, 8 sodann ist allerdings gesagt, dass wenn Jemand eine habitatio erwirbt, er sie nicht schenkungsweise auf einen Andern übertragen könne. Das kann aber nicht ohne Weiteres analog auf fixirte Alimentationsbetreffnisse angewendet werden. Denn bei Habitatio kann es dem Eigenthümer der Wohnung nicht gleichgültig sein, ob der Berechtigte, zu dem er vielleicht in einem persönlichen Pietätsverhältnisse steht, oder ein beliebiger Dritter das Wohnungsrecht ausübe (Elvers, Servitutenlehre, S. 635), während es bei Alimenten für den Verpflichteten gleichgültig ist, an wen er die Leistungen mache. Somit ist auch diese Stelle für unsere Frage unverwerthbar. — Endlich die l. 8, D. 2, 15 enthält den Satz, dass ein Vergleich über Alimente zu seiner Rechtsgültigkeit der Zuziehung des Prätors bedürfe, falls die Alimente durch letztwillige Verordnung vorgeschrieben seien, nicht aber bei anderm Entstehungsgrunde. Mühlenbruch hat das dahin verstanden, dass bloss bei Schenkungen oder onerosen Rechtsgeschäften die Intervention des Prätors erforderlich sei; aber es handelt sich nicht um diesen Gegensatz, sondern um den von Alimenten, die auf den Todesfall

hinterlassen, und solchen, die durch Rechtsgeschäft unter Lebenden entstanden sind. Es darf also aus der angef. Stelle, wenn man überhaupt aus ihr für die Frage der Abtretbarkeit etwas ableiten will und darf, nur gefolgert werden, dass der Anspruch auf die fixirten Alimentationsbetreffnisse nicht abtretbar ist, falls sein Entstehungsgrund in einem Rechtsgeschäfte von Todeswegen liegt. Ein Rescript von Gordian in l. 8, C. 2, 4 schreibt nun allerdings in allgemeiner Weise vor, dass man über künftige Alimente ohne prätorische Genehmigung sich nicht rechtsgültig vergleichen könne, und das d. Reichsgericht hat 1884 (Entsch. IV 209) daraus abstrahirt, dass nach gem. Rechte bei Vergleichen über alle, wenigstens alle gesetzlichen zukünftigen Alimente, eine gerichtliche Genehmigung erforderlich sei. Dies erscheint uns aus folgenden Erwägungen unbegründet: die l. 8, D. 2, 15 enthält eine singuläre Bestimmung, welche nicht ausdehnend interpretirt werden darf. Wollte man davon ausgehen, dass die Bestimmung der l. 8 cit. durch das Rescript Gordians gesetzlich habe erweitert werden sollen, so würde man eben wegen der Singularität der Pandectenstelle zu dieser Annahme nur unter der Voraussetzung gelangen, dass diese Absicht des Gesetzgebers sich aus der Verordnung Gordians klar ergebe, was offenbar nicht der Fall ist. Sonach hat durch l. 8 C. das Pandectenrecht nicht eine Erweiterung gefunden, sondern sie ist aus letzterm zu erklären (vgl. auch Entsch. des O. A. G. Celle, 30. Juni 1875 in Seufferts Archiv XXXIV Nr. 207).

Aber selbst angenommen, dass gerichtliche Genehmigung bei Vergleichen über alle Alimente erforderlich sei, so könnte daraus für die Frage der Abtretbarkeit der Alimentationsbetreffnisse nur dann etwas gefolgert werden, wenn durch die l. 8 Dig. 2, 15 bei Vergleichen über Alimente nicht bloss eine gerichtliche Genehmigung, sondern die Unzulässigkeit des Vergleichs selbst statuiert würde. Denn nur unter dieser Voraussetzung wäre wenigstens die Basis für eine analoge Anwendung der l. 8 D. 2, 15 im Sinne Mühlenbruchs geschaffen, so dass dann die Frage gestellt werden könnte, ob auf die

gleiche ratio legis, welche den Ausschluss des Vergleiches über Alimentationsbeträge begründet, auch eine allfällige Annahme der Nichtübertragbarkeit dieser Ansprüche zurückgeführt werden könne.

Es versucht aber Mühlenbruch seine Ansicht des Weitern durch folgende Erwägung zu begründen: wenn durch das Gesetz oder die Liberalität Einzelner für Jemandes Unterhalt gesorgt ist, so ist eine Wohlthat für diesen damit bezweckt, und diese Absicht würde in den meisten Fällen vereitelt, wenn Alimente der Art, also das Recht auf Wohlthaten, Gegenstand des Handels sein könnten, wogegen sich schon das Gefühl eines jeden gegen die Gesetze des Anstandes nicht gleichgültigen Menschen auflehnen wird. Diese Argumentation hat unter der Voraussetzung eine Berechtigung, dass in Wirklichkeit die Zulassung der Cession von gesetzlichen oder geschenkten Alimentationsbeiträgen entweder eine Vereitelung der wohlthätigen Absicht oder einen Verstoss gegen die gute Sitte (contra bonos mores) enthalten würde. Von einer Vereitelung der wohlthätigen Absicht wäre nur zu reden, wenn in Folge Cession dem Berechtigten die Leistung gar nicht oder wenigstens nicht ohne grosse Einbusse zu gut kommen würde. Aber diese Voraussetzung trifft nicht zu, denn die Leistung geniesst der Berechtigte auch dadurch, dass er das Forderungsrecht durch Abtretung für seinen Zweck verwerthet (Windscheid, Pand. § 335 A. 6). In diesem Falle thut es der wohlthätigen Gesinnung des Alimentationsverpflichteten keinen Eintrag, ob er die Alimentationsraten dem ursprünglichen Berechtigten persönlich oder an dessen Stelle einem Cessionar zukommen lasse. Vollends kommt aber noch Folgendes in Betracht: In der Regel wird der Berechtigte, wenn er weiss, dass der Verpflichtete seinen Verbindlichkeiten zur Verfallzeit pünktlich nachkommt, von der Cession Umgang nehmen. Dagegen bei Säumniss des Schuldners ist für den Alimentationsgläubiger die Verwerthung der Forderung durch Cession gerade das einzig sichere Mittel, um rechtzeitig sein Alimentationsbetreffniss zu erhalten, und diese rechtzeitige Leistung hat für ihn, wenn er in Folge

Gesetzes oder Schenkung Gläubiger geworden ist, einen unendlich grossen Werth. Denn regelmässig ist ein solcher dürftig oder leidend, die Leistung soll seine nothwendigen Lebensbedürfnisse befriedigen. Wollte man ihm das Recht der Cession der Alimentationsbezüge versagen, so wäre damit das wirksamste Correctiv gegen die grossen Verlegenheiten, die ihm aus der Säumniss des Schuldners entstehen, entzogen.

Aber auch ein Verstoss gegen die guten Sitten kann in der Abtretung der Forderung auf bestimmte periodisch wiederkehrende Alimentationsbetreffnisse nicht erblickt werden. Keines der Kriterien, welche ein Rechtsgeschäft als gegen die guten Sitten gerichtet bezeichnen, greift hier Platz. Etwas Unerlaubtes wird durch solche Cession nicht unternommen noch gefördert, denn sie enthält keine rechtswidrige oder unsittliche Handlung, was auch Mühlenbruch nicht behauptet, und sie bildet ebensowenig an und für sich ein Rechtsgeschäft, durch welches die Freiheit der Person des Cedenten beeinträchtigt würde.

Mühlenbruch legt aber das Gewicht darauf, dass es dem Anstandsgefühle widerstrebe, solche Forderungen, welche einem wohlthätigen Zwecke dienen, zum Gegenstande des Handels zu machen. Aber derartige zarte Rücksichten auf Anstandsgefühl können im Rechtsleben nicht den Ausschlag geben. Denn würde das Recht solche Rücksichten begünstigen, so wäre die Vertragstreue und Verkehrssicherheit bedeutend gefährdet, ohne dass doch für die Hebung der Sittlichkeit Etwas gewonnen würde. Daher hat die neuere Gerichtspraxis Deutschlands und der Schweiz keine Bedenken getragen, im Interesse der Vertragstreue selbst solche Rechtsgeschäfte, welche für die meisten anständigen Leute etwas Anstössiges haben, wie z. B. die gewerbsmässige Ehevermittlung, als rechtsgültige zu betrachten (O. T. Stuttgart, 29. Mai 1858, O. A. G. Lübeck, 19. Dez. 1859, in Seuffert, Archiv, XIII, Nr. 14, XIV, Nr. 124; O. G. resp. Recurskammer Zürich, 3. Juni 1884 in der Revue der Gerichtspraxis, II, Nr. 87, O.-G. Luzern, 13. Mai 1885, in grundsätzl. Entsch. III, Nr. 371).

B. Zu den Rechten, welche den Alimentenforderungen in unserer Frage ganz oder nahezu gleichgestellt werden können, gehören der Anspruch auf Leibrenten und die persönlichen Servituten, weil auch bei diesen das Recht als solches in den persönlichen Bedürfnissen oder den individuellen Interessen des Berechtigten begründet ist. Somit können auch die Ansprüche des Rentengläubigers und des Servitutberechtigten als solche auf dem Wege der Cession nicht übertragen werden.

1. Das Leibrentengeschäft, so wie es durch O.-R. Art. 517 normirt ist, hat in der Regel einen onerosen Character, indem die Verpflichtung von Seiten des Rentenschuldners gegen eine vom Rentengläubiger entweder auf einmal oder in Terminen zu entrichtende Einlage übernommen wird (vgl. Schneider u. Fick, Commentar, Aufl. 2, zu Art. 517, Anm. 1). Für die Annahme nun, dass nicht der Leibrentenanspruch als solcher, wohl aber die Forderung auf einzelne periodisch wiederkehrende Leistungen cedirt werden könne, ist noch ein spezieller Grund im Art. 520 gegeben, wonach der Leibrentengläubiger Mangels gegentheiliger Vereinbarung die Ausübung seiner Rechte abtreten kann. Da nun das O.-R. ausdrücklich nur von der Abtretung der Ausübung der Rechte des Rentengläubigers spricht, so kann daraus gefolgert werden, dass das Gesetz den Anspruch des Leibrentengläubigers als solchen für nicht abtretbar hält. Anderseits ist damit auch ein Anhaltspunkt für die Annahme der Abtretbarkeit der Forderung des Rentengläubigers auf die einzelnen periodisch wiederkehrenden Leistungen gegeben.

2. Bei den persönlichen Servituten (deren Regelung übrigens dem kantonalen Rechte vorbehalten ist), ist zu unterscheiden zwischen Niessbrauch einer- und Gebrauchsrecht (usus) und habitatio anderseits.

a. Der Niessbrauch als solcher ist, wie alle Personalservituten, unveräusserlich, daher auch durch Cession nicht übertragbar. Dagegen ist die Ausübung des Niessbrauchs veräusserlich. Daraus ist weiter zu schliessen, dass auch die Cession der Ausübung des Niessbrauchs als juristisch zulässig

anzusehen ist. Es ist dies zwar schon aus dem Grunde angefochten worden, weil dem Uebertragungsacte nur eine rechtliche Wirkung zwischen den Contrahenten, nicht aber gegenüber Dritten beigelegt werden könne. Dieser Einwand ist gründlich widerlegt durch einen Entscheid des D. Reichsger. vom 6. April 1880, wo es heisst: „Wer einem Andern die Ausübung seines Niesbrauchs einräumt, gestattet ihm, dass er dieses Recht in seinem ganzen Umfange zum eigenen Vortheil ausübe. Der Cessionar des Usufructuars kann nicht nur die betr. Nutzungen ziehen, sondern er darf auch der Rechtsmittel sich bedienen, welche zum Schutze der abgetretenen Berechtigung gegeben sind. Darin liegt, dass der Cessionar eines Niessbrauchs das ihm cedirte Recht sowohl seinem Cedenten als auch dritten Personen gegenüber zur Geltung bringen kann. Diese Consequenz ist in der rechtlichen Natur der Verhältnisse begründet und von den Rechtsquellen unzweideutig anerkannt“ (Seuffert, Archiv, XXXV, Nr. 183).

b. Die Ausübung des Rechtes des Usuars kann in keinem Falle einem Andern überlassen werden, diejenige des Rechtes des Habitators nur in dem Falle, wo ein Entgelt geleistet worden. Damit ist auch die Frage über Abtretbarkeit der Ausübung genannter Servitutenrechte entschieden.

---

## Forderungen aus accessorischen Rechten,

soweit durch die Abtretung derselben der Zusammenhang mit der Hauptforderung vollständig gelöst wird.

Diesen Punkt, namentlich die juristisch nicht uninteressante Frage über die Abtretbarkeit der Forderung aus Conventionalstrafe, gedenken wir in einem eigenen Aufsatze zu erörtern.

---