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: 9 (1890)

Artikel: Die rechtliche Stellung des Cedenten zum Cessionar bei der Cession nach schweiz. Obligationenrecht : mit besonderer Berücksichtigung des heutigen gemeinen Rechts [Schluss]

Autor: Attenhofer, K.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896703

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: 22.08.2025

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

Die rechtliche Stellung des Cedenten zum Cessionar bei der Cession nach schweiz. Obligationenrecht

mit besonderer Berücksichtigung des heutigen gemeinen Rechts.

(Schluss des Aufsatzes in Bd. VIII.)

Von Dr. K. Attenhofer,
Obergerichtspräsident in Luzern.

II. Rechtsverhältnisse des Cedenten zum Cessionar in Folge der schriftlichen Beurkundung.

Nach schweiz. O. R. wird durch die schriftliche Beurkundung, welche zwischen dem Cedenten und dem Cessionar vorgenommen wird, die cedirte Forderung von dem erstern auf den letztern übertragen. Dieser Satz hat freilich nur Geltung bei der Cession, welche auf der Thatsache der Willenserklärung des bisherigen Gläubigers beruht. Wo dagegen durch eine gesetzliche Bestimmung oder durch eine richterliche Verfügung der Uebergang vom bisherigen Gläubiger auf den neuen Gläubiger bestimmt wird, bedarf es dieser schriftlichen Beurkundung nicht. Denn nach Art. 185 O. R. ist zu diesem Uebergange keine besondere Form, ja nicht einmal eine Willenserklärung des bisherigen Gläubigers nothwendig. Daher braucht in den Fällen des Art. 185 der Erwerber vom bisherigen Gläubiger diese Uebertragung nicht erst zu verlangen. Der Uebergang vollzieht sich vielmehr sofort ohne weitern Akt in dem Zeitpunkte, wo die Voraussetzungen für den betreffenden gesetzlichen Fall eingetreten sind oder das gerichtliche Urtheil die Rechtskraft beschritten hat. Hieraus folgt, dass O. R. für die sogenannte gesetzliche Cession jene ältere gemeinrechtliche Theorie aufgenommen hat, die von Savigny (O. R. I. 243) und Puchta (Pand. § 281)

vertreten und in einigen neueren Codificationen und Entwürfen, z. B. sächs. b. G. B. § 955 und Dresdner Entw. Art. 339, adoptiert ist. Damit ist aber anerkannt, dass bei der sog. cessio legis nach schweiz. O. R. nur von einem Uebergang, nicht aber von einer Uebertragung der Forderung die Rede sein kann. Gerade aber die Uebertragung bildet ein wesentliches Kriterium des Cessionsbegriffes im juristisch-technischen Sinne. Wo keine Uebertragung ist, ist auch keine Cession vorhanden. Das Merkmal des Uebertragens ist vom Cessionsbegriff ebenso unzertrennlich wie von der Tradition, vgl. auch Regelsberger, Archiv für civ. Praxis, Bd. 63 p. 158. Diese letztere Argumentation trifft nicht nur bei der sog. gesetzlichen Cession, sondern auch in dem Falle zu, wo der Uebergang der Forderung auf einer gerichtlichen Verfügung beruht.

Wenn wir nun im Folgenden die gegenseitigen Rechte und Pflichten des Cedenten und des Cessionars, welche aus der Uebertragung der Forderung sich ergeben, in Betracht ziehen, so können füglich gemäss dem eben Gesagten die Fälle der sog. gesetzlichen Cession und derjenigen, welche auf einer gerichtlichen Verfügung beruht, ausser Berücksichtigung fallen.

Erster Abschnitt.

Rechte des Cessionars und Verpflichtungen des Cedenten.

I. Gewährleistungspflicht des Cedenten.

Aus der Gewährleistungspflicht des Cedenten entspringt für den Cessionar die Gewährleistungsklage. Bei derselben ist auseinanderzuhalten, ob die abgetretene Forderung mangels Bestandes derselben oder wegen Unzahlbarkeit des Schuldners vom Cessionar nicht eingebracht werden kann. Dieser Gegensatz zwischen Bestand (veritas) und Güte (bonitas) der Forderung hat bezüglich der Haftbarkeit des Cedenten nicht die absolute Bedeutung, welche ihm von der ältern Theorie verliehen werden wollte. Diese Theorie, wo-

nach der Cedent regelmässig für den Bestand (ohne Rücksicht auf die causa cessionis), nicht aber für die Güte der cedirten Forderung einzustehen hat, findet ihre Basis in der Anschauung, dass der Cedent dem Cessionar einzig und allein aus dem Grunde haftbar wird, weil er cedirt hat. Die Unhaltbarkeit der daherigen Anschauung hat Schliemann in seiner Schrift „Haftung des Cedenten" überzeugend dargethan, indem er nachgewiesen, dass die Haftbarkeit desselben für den Bestand der Forderung nicht aus dem Cessionsakte als solchem, sondern aus dem der Cession zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte abgeleitet werden muss. Es wird im Laufe der Darstellung wiederholt Gelegenheit geboten werden, diese Theorie von Schliemann zu verwerthen.

A. Haftbarkeit des Cessionars mangels Bestandes der Forderung.

Wenn das leitende Prinzip für die Frage der Haftbarkeit des Cedenten bezüglich des Bestandes der cedirten Forderung den Cessionsgrund (causa cessionis) bildet, so ist damit die Grundlage für den Unterschied geschaffen, der gemacht wird zwischen der Cession, die einen entgeltlichen, und derjenigen, die einen unentgeltlichen Charakter hat.

§ 1. Haftbarkeit des Cedenten mangels Bestandes der Forderung bei der entgeltlichen Cession.

Bei der entgeltlichen Cession (Kauf, Tausch, Hingabe an Zahlungsstatt) haftet der Cedent regelmässig für den Bestand der Forderung zur Zeit der Abtretung. Die gesetzliche Haftpflicht des Cedenten in der angegebenen Weise ergiebt sich aus dem klaren Wortlaute des Art. 192 A. 1 O. R. Letzteres weicht diesfalls vom gemeinen Rechte nicht ab. Nach röm. Recht ist zwar von dieser Haftbarkeit pro veritate des Cedenten nur ausdrücklich beim Forderungskaufe (l. 4 und 5 D. 18, 4, l. 74 § 3 D. 21, 2) die Rede. Was aber in den angeführten Stellen vom Forderungskaufe gesagt wird, gilt auch von jedem andern onerosen Abtretungsgeschäfte, vgl. Schliemann Haftung des Cedenten, S. 70.

Hiebei treten nun eine Reihe praktisch wichtiger Fragen auf:

1. Was gehört zum Bestande der Forderung, wofür der Cedent bei der entgeltlichen Cession regelmässig einstehen muss?

2. In welchem Umfange ist diese Haftbarkeit des Cedenten begründet?

3. In welchem Zeitpunkte erwächst die Gewährleistungsklage für den Cessionar aus der genannten Haftbarkeit des Cedenten?

4. In welchen Fällen fällt diese Haftbarkeit des Cedenten weg?

ad. 1. Zum Bestande der cedirten Forderung, wofür der Cedent nach Art. 192 A. 1 O. R. regelmässig haften muss, gehört:

a. Die abgetretene Forderung soll an und für sich begründet, der Cedent also wirklich Forderungsberechtigter und der debitor cessus Schuldner geworden sein. Diesfalls ist es vollständig gleichgültig, ob die Forderung überhaupt nicht, oder ob sie nur nicht in dem Vermögen des Cedenten besteht; ebenso ob sie in der Person des Cedenten nie zur Existenz gelangte oder ob sie einmal existirte und nachher erloschen ist. Wesentlich ist nur, dass sie im Momente der Abtretung und zwar im Vermögen des Cedenten nicht existirte.

b. Die abgetretene Forderung soll nicht durch Einreden, welche aus der Person des Cedenten entnommen sind, vom Schuldner entkräftet werden können. Denn es versteht sich eigentlich von selbst, dass es bezüglich der Haftbarkeit des Abtreters vollständig indifferent ist, ob die cedirte Forderung ipso jure erloschen ist oder durch Einreden des Schuldners entkräftet wird. Diese Gleichstellung des letztern mit dem erstern Falle ist zum Ueberflusse noch in einer Reihe von römischen Quellenstellen, wie in l. 55 D. 50, 16, l. 112 D. 50, 17, namentlich aber in l. 4 und 5 D. 18, 4 ausgesprochen.

Hiebei entsteht nun die Frage, ob eine Haftbarkeit des

Cedenten auch wegen einer der cedirten Forderung entgegenstehenden materiell dilatorischen Einrede begründet sei oder nicht. Gemeinrechtlich bildet diese Frage eine Controverse. Während einige Civilisten [1]) behaupten, dass der Cedent auch wegen dieser dilatorischen Einreden dem Cessionar hafte, beschränken andere [2]) die Haftbarkeit ausdrücklich nur auf die peremptorischen Einreden. Eine nähere Begründung haben jedoch nur zwei der angeführten Autoren, Schliemann und Mühlenbruch, jener für die erstere und dieser für die letztere Ansicht versucht.

Unsere Ansicht ist, dass weder die eine, noch die andere Anschauung in der Allgemeinheit, in der sie geltend gemacht wird, auf Richtigkeit Anspruch machen kann.

Prüfen wir vorerst die Anschauung, welche die dilatorischen Einreden bezüglich der Haftbarkeit des Cedenten in allen Fällen den peremptorischen gleichstellt, so spricht allerdings Paulus in l. 5 D. 18, 4 ganz allgemein („eum quidem sine exceptione quoque") von Einreden, ohne zu unterscheiden, ob dieselben einen dilatorischen oder peremptorischen Charakter haben. Nun kann übrigens, wie selbst Schliemann S. 71 zugesteht, der Ausdruck „exceptio" füglich auch gebraucht werden, wenn nur die Hauptklasse der Exceptionen (die peremptorischen) gemeint sind, wie auch derselbe Paulus, der in l. 5 D. 18, 4 für die Haftbarkeit des Cedenten die Fälle gleichstellt, in denen die Forderung ipso jure untergegangen ist oder per exceptiones unwirksam wurde, in der l. 55 D. 50, 16 die exceptiones perpetuae dem Falle gleichstellt, wo die Forderung ipso jure erloschen ist. Das Hauptargument, auf das Schliemann seine Ansicht gründet, ist, dass die dilatorischen Einreden ebensogut wie die peremptorischen als ein Mangel der Forderung anzusehen sind, in Folge dessen der Cessionar um den Genuss der cedirten Forderung kömmt.

---

[1]) Dernburg, Pand. II 140. Schliemann, Haftung des Cedenten, 2. Aufl. S. 72. Schmid, Grundlehren der Cession, II 139.

[2]) Mühlenbruch, Lehre der Cession, 2. Aufl. S. 627. Sintenis, das gem. prakt. Civilrecht, 3. Aufl. II 821. Koch, Lehre des Uebergangs der Forderungsrechte nach gem. u. preuss. Recht, S. 207.

Es ist nun freilich einzuräumen, dass die cedirte Forderung mit einem rechtlichen Mangel behaftet ist, wenn gegen die Realisirung derselben eine materielle dilatorische Einrede erhoben werden kann. Ebenso richtig ist, dass in Folge dieses rechtlichen Mangels der Genuss an der cedirten Forderung dem Cessionar, wenn auch nicht definitiv entzogen, so doch immerhin hinausgeschoben wird. Da nun aber für die Begründetheit der Gewährleistungsklage des Cessionars einzig und allein der Bestand resp. Nichtbestand der cedirten Forderung massgebend ist, so verhält sich dieser zu dem Genuss resp. Nichtgenuss derselben wie die Ursache zu der Wirkung. Nun darf keine Wirkung grösser sein als die Ursache. Diesem logischen Axiom widerstreitet aber geradezu die Behauptung, nach welcher der Entzug des Genusses der cedirten Forderung, gleichviel ob durch denselben der Bestand der Forderung zur Zeit der Abtretung berührt wird oder nicht, die Haftbarkeit des Cedenten vom Gesichtspunkte der Gewährleistung rechtfertigt.

Es giebt nun in der That materiell verzögerliche Einreden, in Folge deren der Genuss der cedirten Forderung für den Cessionar hinausgeschoben wird, ohne dass dadurch der Bestand der Forderung zur Zeit der Abtretung im geringsten alterirt wird. Von einer Forderung, welche am 1. April 1889 cedirt wird, von welcher sich nachher aber herausstellt, dass sie erst am 1. Januar 1890 fällig wird, kann nicht gesagt werden, dass sie am 1. April 1889 nicht existirte. Durch die begründete Einrede des spätern Verfalltages von Seiten des debitor cessus wird daher wohl die Geltendmachung der Forderung, nicht aber die Forderung selbst suspendirt, so dass in Folge dessen angenommen werden muss, dass sie am Tage der Abtretung bestanden hat. Hieraus rechtfertigt sich aber der Schluss, dass der Cedent in der Regel für die Fälligkeit der cedirten Forderung im Momente der Abtretung nicht einstehen muss. Es hat nun freilich der Cedent für dieselbe dem Cessionar gegenüber in manchen Fällen zu haften. Diese Fälle lassen sich jedoch alle wieder auf einen ganz besondern Verpflichtungsgrund des Cedenten zurückführen

und sind daher in Wirklichkeit als keine wahren Ausnahmen von der von uns aufgestellten Regel aufzufassen. Diese besondern Verpflichtungsgründe liegen, abgesehen von dem Falle, da die Forderung vom Cedenten als eine sofort fällige abgetreten wurde, vor:

α. Beim dolus des Cedenten, welcher namentlich dann vorhanden ist, wenn derselbe wider besseres Wissen dem Cessionar den betagten Charakter der Forderung verheimlichte. Hier kann in Hinsicht auf Art. 24 O. R. der Cessionar mit der actio doli gegenüber dem Cedenten Aufhebung des Cessionsvertrages und Ersatz des Schadens, soweit ein solcher vorliegt, verlangen. Dem dolus ist diesfalls, wenigstens bezüglich der Frage der prinzipiellen Haftbarkeit des Cedenten, die culpa desselben gleichzustellen, wovon wir unten noch eine nähere Erörterung geben wollen.

β. Bei einem wesentlichen Irrthum, welcher in der Person des Cessionars eintritt. Von einem solchen Irrthum des Cessionars, insoweit er den Fälligkeitstermin der cedirten Forderung berührt, kann nur unter der Voraussetzung die Rede sein, dass der Fälligkeitstermin eine wesentliche Modalität des Cessionsgeschäftes bildet. Diese Voraussetzung greift Platz, wenn die Fälligkeit der Forderung im Momente der Abtretung für den Cessionar so wesentlich ist, dass, falls er von einem spätern Verfallstag Kenntniss gehabt hätte, er sich die Forderung nicht hätte abtreten lassen. Hier wird in Hinblick auf Art. 18 O. R. der Cessionar regelmässig gegen den Cedenten ebenfalls auf Aufhebung des Cessionsvertrages und unter Umständen auf Rückerstattung der geleisteten Cessionsvaluta klagen können.

Das Fazit der bisherigen Ausführungen ist, dass wenn keine der genannten besondern Verpflichtungsgründe vorliegen, die Regel Platz greift, wonach der Cedent für die Fälligkeit der Forderung im Momente der Abtretung nicht haftet.

Wenn wir auch in den vorstehenden Erörterungen der Ansicht Schliemanns, welche wegen allen der cedirten Forderung entgegenstehenden materiell dilatorischen Einreden den Cedenten vom Gesichtspunkte der Gewährleistung haften lässt,

entgegengetreten sind, so können wir auf der andern Seite ebensowenig der Anschauung von Mühlenbruch beipflichten, wonach allgemein wegen eines der cedirten Forderung entgegenstehenden zeitlichen Hindernisses der Cedent nicht gewährleistungspflichtig wird. Mühlenbruch stützt seine Anschauung auf die Supposition, dass durch dilatorische Einreden der Bestand der Forderung — veritas nominis — niemals alterirt wird. Die Unrichtigkeit dieser Argumentation ergibt sich aus folgender Erwägung.

Der debitor cessus beruft sich gegenüber dem Cessionar mit Erfolg darauf, dass die abgetretene Forderung an eine aufschiebende Bedingung geknüpft und diese Bedingung zur Zeit der Abtretung noch nicht eingetreten ist. In diesem Falle hat die genannte Einrede zweifellos einen dilatorischen Charakter, und dennoch berührt diese Einrede den Bestand der Forderung zur Zeit der Abtretung in eminenter Weise. Denn pendente conditione ist bei einer Suspensivbedingung die betreffende Forderung noch nicht zur Existenz gekommen. Der bedingt Verpflichtete ist nicht Schuldner und der bedingt Berechtigte nicht Gläubiger geworden, weil eben die bedingte Forderung in Wirklichkeit keine Forderung ist. Diese Anschauung, welche sich aus der rechtlichen Natur der Suspensivbedingung ergiebt, erhält in Hinblick auf das schweiz. O. R. noch ihre besondere Bestärkung. Denn in Abweichung von der herrschenden Lehre des gemeinen Rechtes hat es die von Windscheid vertretene Theorie (Lehrb. d. Pand. 6 Aufl. I § 91 S. 284), nach der die erfüllte Suspensivbedingung keine rückwirkende Kraft erhält, aufgenommen. Nach Art. 171 O. R. ist für den Beginn der rechtlichen Wirkung der Forderung nach Erfüllung der Suspensivbedingung nicht der Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäftes, sondern derjenige der Erfüllung der Bedingung massgebend.

Somit ergiebt sich: die Frage der Haftbarkeit des Cedenten wegen einer der cedirten Forderung entgegenstehenden materiell dilatorischen Einrede ist weder absolut zu bejahen, noch absolut zu verneinen. Die Beantwortung dieser Frage hängt vielmehr regelmässig davon ab, ob durch die betref-

fende dilatorische Einrede der Bestand der Forderung zur Zeit der Abtretung berührt wird oder nicht. Alterirt wird wohl der angegebene Bestand bei der begründeten Einrede des Schwebens der Suspensivbedingung, nicht aber bei der gerechtfertigten Einrede der Nichtfälligkeit der Forderung zur Zeit der Abtretung.

c. Auch die zugleich mit der Hauptforderung versprochenen Nebenrechte müssen im Momente der Abtretung begründet sein. Wir betonen ausdrücklich, dass diese accessorischen Rechte hier in den meisten Fällen nur in Betracht kommen, falls das Bestehen derselben vom Cedenten zugesichert wurde. Hat daher der Cedent die Forderung abgetreten und dabei die Nebenrechte in die Cession nicht eingeschlossen, so ist derselbe regelmässig nicht haftbar, wenn die Nebenrechte rechtlich ungültig sind oder, was bei dem Pfandrechte der Fall sein kann, die verpfändete Sache einem andern gehört. Selbstverständlich setzt die Nichtverantwortlichkeit des Cedenten voraus, dass ihm kein dolus zur Last gelegt werden kann, durch welchen der Cessionar in Irrthum geführt wurde. Dieser Anschauung pflichten auch die gemeinrechtlichen Civilisten, wie Mühlenbruch Lehre der Cession 2. Aufl. S. 626, Weber Beiträge zur Lehre von den Klagen, S, 38, und Dernburg, Pfandrecht I 562, welche sich mit vorwürfiger Frage beschäftigen, bei, ebenso die gemeinrechtliche Praxis, vergl. Entscheid des O. A. Ger. v. Stuttgart vom 27. September 1872, Seuffert, Archiv, Bd. 28 Nr. 24. Hier wie dort aber vermissen wir eine nähere Begründung. Diese liegt nach unserer Ansicht in folgender Erwägung. Nach gem. Recht sowohl (vgl. Windscheid, Pandekten 6. Aufl. II. S. 283) wie nach schweiz. O. R. Art. 196 gehen allerdings alle Nebenrechte mit Ausnahme derjenigen, welche ausschliesslich an die Person des Cedenten geknüpft sind, also Pfandrechte, Bürgschaften, Zinsansprüche, ohne dass es einer besonderen Zusicherung für dieselben Seitens des Cedenten bedarf, mit der Hauptforderung auf den Cessionar über. Wenn aber jemand nun seine Forderung, ohne dass Pfandrecht, Bürgschaften etc., welche für dieselbe errichtet worden sind,

in die Cession eingeschlossen werden, cedirt, so vollzieht sich durch den betreffenden Uebergang dieser Nebenrechte auf den Cessionar wohl eine Succession, nicht aber eine Uebertragung resp. keine Cession im juristisch technischen Sinne. Hieraus folgt, dass der Uebergang dieser Nebenrechte auf einer sog. gesetzlichen Cession beruht. Es hat diesfalls mit vollem Rechte Hafner (Commentar S. 53 zu Art. 185 O. R. Anm. 1) die Bestimmung des Art. 190 als einen Fall der gesetzlichen Cession angeführt. Bei derselben haftet aber der Cedent regelmässig weder gemeinrechtlich (Schliemann, Haftung des Cedenten, S. 86) noch vom Standpunkte des Art. 195 O. R. für den Bestand der Forderung. Entgegen der eben entwickelten Anschauung hat die Appellationskammer des Obergerichts von Zürich in einem Entscheide vom 1. Nov. 1887 erklärt, dass die Nachwährschaftspflicht des Cedenten bei einer Forderung sich auf die mit derselben verbundenen Nebenrechte erstrecke und zwar ohne Rücksicht darauf, ob dieselben vom Cedenten zugesichert worden sind oder nicht (Revue VI, Nr. 48). Aus der daherigen Motivirung entnehmen wir folgendes:

„Es braucht der Satz, dass der Cedent einer Forderung auch für den Bestand der damit verbundenen und nach Art. 190 O. R. ipso jure mit ihr übergehenden Nebenrechte im Zeitpunkte der Abtretung einzustehen hat, nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden, weil es sich einfach als nothwendige Konsequenz des allgemein und auch im O. R. anerkannten Grundsatzes darstellt, dass wie alle Nebensachen dem Schicksale der Hauptsache folgen, so auch die accessorischen Rechte das Schicksal des prinzipalen Rechtes theilen, denn daraus folgt gewiss, dass die Haftpflicht für den Bestand des letztern auch zugleich die Haftpflicht für den Bestand der erstern in sich schliesst, soweit dieselben bei der Abtretung als bestehend angesehen worden sind.“

Diese Argumentation würde sich nach unserer Meinung nur dann als schlüssig erweisen, wenn der Satz, das accessorium folgt dem Schicksale des principalen Rechtes, einen absoluten Charakter in der Weise beanspruchen könnte, dass bei dem erstern jede, selbst eine relative selbständige Existenz ausgeschlossen wäre. Diese Voraussetzung greift nun aber nicht Platz. Es giebt zwar allerdings Nebenrechte, die wie z. B.

Verzugszinsen, durch die juristische Natur des Hauptrechtes vollständig beherrscht und bestimmt werden. Diese Nebenrechte im engern Sinne, welche Unger System I, 602 zutreffend als accessorische Bestandtheile der Hauptrechte bezeichnet, bilden aber nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Denn in der Regel gestalten sich die Nebenrechte so, dass, wenn sie auch materiell immer Accessorien des Hauptrechtes bleiben, sie doch abgesondert vom Hauptrechte mit besonderen Klagen verfolgt werden können [1]). In diese Kategorie gehören namentlich auch das Pfandrecht, welches bei dem angeführten gerichtlichen Entscheide in Frage kommt, Bürgschaften, Zinsansprüche, letztere soweit sie nicht Verzugszinsen betreffen, u. s. w. Wenn nun aber in der Regel die Nebenrechte mit besondern von dem Hauptrechte getrennten Klagen geltend gemacht werden können, so folgt hieraus mit Naturnothwendigkeit, dass regelmässig der Satz, Nebenrechte theilen das Schicksal des Hauptrechtes, nicht jenen absoluten Charakter hat, wie er durch den fraglichen Gerichtsentscheid für dieselben beansprucht wird. Ist dieses aber der Fall, so ist die Schlussfolgerung, welche der Entscheid der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes dahin zieht, dass die Haftpflicht für den Bestand des Hauptrechtes auch diejenige für den Bestand der Pfandrechte ohne weiteres enthalte, keine zwingende. Bei dieser Sachlage steht vielmehr der von uns aufgestellten Behauptung, wonach der Cedent in der Regel für die mit dem Hauptrechte verbundenen Nebenrechte nur haftet, wenn das Bestehen der letztern zugesichert wurde, kein juristisches Hinderniss entgegen.

d. Die Frage, ob zum Bestand der Forderung gehört, dass dieselbe klagbar sein müsse, ist im Hinblick auf das schw. O. R. ohne jede praktische Bedeutung. Der Grund hiefür ist, weil das O. R. einen Fall der naturalis obligatio, welcher alle Rechtswirkungen einer obligatio mit Ausnahme des Klagerechtes zukommen, nicht kennt. Haberstich I 76 nimmt nach unserm Erachten mit Unrecht an, dass nach

---

[1]) Vgl. Wächter, Württemb. Privatrecht II 340. Unger, System I 602.

O. R. verjährte oder blos auf sittlicher Pflicht beruhende Forderungen sowie solche aus Spiel und Wette unter den Gesichtspunkt der naturalis obligatio zu bringen sind.

a. Was vorerst speciell die verjährten Forderungen betrifft, so ist allerdings richtig, dass in Hinblick auf Art. 72 Abs. 2 schw. O. R. das auf genannte Forderung Bezahlte mit der condictio indebiti nicht mehr zurückgefordert werden kann, selbst wenn der Schuldner die Leistung in Unkenntniss der Verjährung macht. Aus diesem Umstande kann aber ein zwingender Schluss nicht gezogen werden, dass bei einer verjährten Ansprache eine naturalis obligatio zurückbleibt. Mit Recht bemerkt schon Wächter: allen naturales obligationes ist gemein, dass der Schuldner das Gezahlte nicht mehr zurückfordern kann; allein nicht alle in Beziehung auf Klagerecht beschränkten Obligationen, bei welchen dieses stattfindet, sind Naturalobligationen (vgl. Württemb. Privatrecht II 481 Anm. 6). Wenn wir nun aber hier die Annahme einer nat. oblig. negiren, so fragt es sich dann, was für Motive für den Ausschluss dieser Rückforderung sprechen. Die Beantwortung dieser Frage scheint uns nicht schwierig zu sein. Ein derartiges Motiv können wir immerhin darin finden, dass der Gesetzgeber durch diesen Ausschluss jenem moralischen Gefühle Rechnung tragen will, welches auch in der verjährten Schuld eine Schuld, wenn auch nicht eine solche im juristisch technischen Sinne erblickt, zu deren Erfüllung jeder redlich denkende Mann verpflichtet ist. Es hat auch die herrschende moderne Doktrin, wie sie namentlich von Windscheid (Pandekten 6. Aufl. I § 112 S. 361) vertreten ist, keinen Anstand genommen, zu erklären, dass die verjährte Forderung keine naturalis obligatio ist. Mit der herrschenden modernen Anschauung der Doktrin stimmt zudem die neuere gemeinrechtliche Praxis, namentlich wie dieselbe durch das deutsche Reichsgericht zum Ausdrucke gekommen ist, überein. (Vgl. Entsch. des R. Ger. v. 11. Juni 1880, Seuffert Archiv XXXVI, Nr. 1.)

Die Begründung, welche diessfalls für die herrschende Anschauung des heutigen gemeinen Rechtes versucht wird,

ist kurz und bündig in dem angeführten Entscheide des deutschen Reichsgerichtes dahin gegeben:

„Da die Aussprüche der Quellen weder für noch gegen die Annahme einer naturalis obligatio bei der verjährten Forderung einen genügenden Beweis bilden, so muss man auf das Wesen der Sache zurückgehen. Diese Auffassung führt aber dahin, dass in Betreff der Obligation das Klagerecht und der Anspruch für identisch und folglich die Klageverjährung als Verjährung des Anspruches anzusehen ist.“

Wenn nun aber auch ein Zweifel über die Richtigkeit der Ansicht vom gemeinrechtlichen Standpunkte aus walten sollte, so müsste derselbe im Hinblicke auf das schweizerische Obligationenrecht vollständig beseitigt werden, denn nach O. R. erscheint in dem dritten Titel, welcher von dem Erlöschen der Obligationen handelt, unter den Erlöschungsgründen neben der Erfüllung, compensatio etc. auch in Art. 146 u. ff. die Verjährung.

β. Ebensowenig kann aus dem Umstande, dass die Rückforderung einer Zahlung, wenn dieselbe in Erfüllung einer sittlichen Pflicht geleistet wird, nach Art. 72, Abs. 2 O. R. gesetzlich unzulässig ist, auf die Annahme einer naturalis obligatio geschlossen werden. Das gleiche Motiv, welches bei der verjährten Forderung für den Ausschluss der Rückforderung spricht, rechtfertigt dieselbe auch hier.

γ. Was das Spiel und die Wette betrifft, so kann nach Art. 514 O. R. die freiwillige Zahlung, welche der Verlierende dem Gewinnenden geleistet hat, ersterer unter der Voraussetzung zurückfordern, dass die planmässige Ausführung des Spieles oder der Wette durch Zufall oder durch den Empfänger vereitelt worden ist oder dass sich dieser einer Unredlichkeit schuldig gemacht hat. Hieraus folgt, dass, wenn die genannten Voraussetzungen nicht gegeben sind, eine Rückforderung dieser Zahlung ausgeschlossen ist. Dieser Ausschluss der Rückforderung rechtfertigt aber auch hier keineswegs die Annahme einer naturalis obligatio. Denn nach dem Wortlaute des Art. 512 entsteht durch Spiel keine Obligation. Somit existirt kein Recht des Gewinnenden gegen den Verlierenden auf eine Leistung. Wenn aber vor der Leistung der sog. Spiel- oder Wettschuld gar keine Obligation, resp.

kein auf irgend eine Weise geltend zu machendes Recht vorhanden ist, so kann folgerichtig auch von einer eigentlichen naturalis obligatio nicht die Rede sein. (Vergl. auch Wächter, württemb. Privatrecht II, 490.)

Aus diesen Erörterungen ergiebt sich, dass in den von Haberstich angeführten Fällen entweder eine Obligation nie bestanden oder eine einmal bestandene nachher vollständig erloschen ist. Damit ist aber für die Annahme einer Naturalobligation jede Grundlage entzogen.

Ad 2. In welchem Umfange die Haftbarkeit des Cedenten dem Cessionar gegenüber für den Bestand der abgetretenen Forderung bei der entgeltlichen Cession in der Regel begründet erscheint, ist eine weitere Frage, die in den Bereich unserer Untersuchung fällt. Diese Frage bildet nach gemeinem Rechte bekanntlich eine Streitfrage. Nach der einen Theorie, welche namentlich in Schliemanns Haftung des Cedenten, S. 64 und 67, und Schmid, Grundlehren der Cession II 139, ihre Vertretung findet, wird unterschieden, ob einerseits die cedirte Forderung gar nicht zur Existenz gelangte oder ipso jure, z. B. durch Zahlung erloschen ist, und anderseits, ob dieselbe per exceptiones entkräftet wurde. Je nach dem einen oder andern Falle tritt eine verschiedene Haftbarkeit ein. Im ersten Falle wird die Haftbarkeit des Cedenten in der Weise bestimmt, dass der Cessionar nur berechtigt ist, die Cessions-Valuta und diejenigen Auslagen, welche zur Realisirung der abgetretenen Forderung verwendet wurden, zurückzufordern. Im zweiten Falle dagegen haftet der Cedent bis auf den Betrag der cedirten Forderung. Diese Theorie spiegelt sich, wenn auch ziemlich vereinzelt, in der gemeinrechtlichen Praxis wieder. Vgl. Entscheid des O. Tr. v. Berlin in einer hessischen Sache vom 4. Juli 1874 in Seuffert's Archiv XXIX, Nr. 231.

Nach der zweiten, herrschenden Theorie, welche unter den Neuern von E. A. Seuffert prakt. Pandektenrecht, vierte Auflage, II 171, Anm. 5, Windscheid in der Heidelberger krit. jur. Zeitschrift, II 106, Römer, Leistung an Zahlungsstatt, S. 101, Ihering, Jahrb. d. Dogmatik, IV 69, ver-

theidigt wird, haftet der Cedent, gleichviel, ob die Forderung gar nicht zur Existenz gelangte, bezw. ipso jure nachher erloschen ist oder durch Einreden entkräftet wurde, für das volle Erfüllungsinteresse. Diese Theorie ist auch in der gemeinrechtlichen Praxis die herrschende geworden. Vergl. Seuffert's Archiv, Urth. d. O. A. G. v. Celle v. 2. Okt. 1851, V, Nr. 122. O. A. G. v. Rostock v. 10. Okt. 1864, XXII, Nr. 35. E. d. deutschen Reichsger. v. 10. Okt. 1882, VI. Bd. in Blum's Sammlung, Nr. 109, S. 489.

Das schweiz. O. R. hat nun keine von diesen gemeinrechtlichen Theorien aufgenommen. Es enthält vielmehr nach dem Vorbilde des preuss. L. R. I 11, § 423 und 425 und des österreichischen G. B. Art. 1397, im Art. 194 die Bestimmung, dass der Cedent regelmässig nur für den empfangenen Gegenwerth nebst Zinsen und überdiess für die Kosten der Abtretung und des erfolglosen Vorgehens gegen den Schuldner haftet. Wir halten nun in der That dafür, der schweiz. Gesetzgeber habe mit dieser Bestimmung das Richtige getroffen.

Erstens ist das schweiz. O. R. durch die genannte Bestimmung den Ansprüchen des heutigen Rechtslebens gerechter geworden, als wenn es eine der genannten gemeinrechtlichen Theorien acceptirt hätte. Von diesem Standpunkte aus stellt O. Bähr dem Art. 298 des deutschen Entw. e. b. G. B., welcher bezüglich des Umfangs der Haftbarkeit des Cedenten für den Bestand der Forderung bei der entgeltlichen Cession die herrschende Anschauung des gemeinen Rechtes angenommen hat, den Art. 194 des schweiz. O. R. mit nachstehender zutreffender Bemerkung gegenüber:

„Es widerstreitet durchaus dem Gerechtigkeitsgefühl, wenn ein solcher Erwerber, der mit der Forderung nicht durchlangt, den Abtretenden für den vollen Betrag der Forderung in Anspruch nehmen darf. Wer eine Forderung für einen geringen Preis kauft und gleichwohl für deren vollen Bestand den Verkäufer haftbar machen will, mag sich diess ausdrücklich vorbehalten. Der entsprechende Art. 194 des schweiz. O. R. ist daher eine durchaus gesunde Vorschrift. Die gegentheilige Bestimmung des Entwurfes würde nur dem Wucher zu Gute kommen.“ (Krit. Vierteljahrsschrift, XXX, 363.)

Dazu kommt aber zweitens, dass die Bestimmung des

Art. 194 die juristische Konsequenz keineswegs verletzt, denn sie lässt sich auch ganz gut vom streng juristischen Standpunkte aus begründen und zwar gestützt auf folgende Erwägung. Wenn jemand eine nicht existirende Forderung oder eine solche, welche per exceptionem mit Erfolg entkräftet werden kann, cedirt, so wird damit etwas entweder gar nicht oder doch wenigstens unvollständig Existirendes veräussert.[1]) Hieraus lässt sich aber weiter folgern, dass damit etwas rechtlich Unmögliches zum Gegenstande der Cession gemacht wird. Demgemäss kann in Hinsicht auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der auch in Art. 145 O. R. Ausdruck gefunden, der Cedent, wenn ihm kein Verschulden zur Last gelegt wird, nicht etwa auf das Erfüllungsinteresse, sondern nur auf die Rückgabe der empfangenen Cessionsvaluta nebst Zins und Kosten vom Cessionar belangt werden.

Hier entstehen noch zwei praktisch wichtige Fragen.

a. Es kann vorkommen, dass die abgetretene Forderung nur zum Theil unrichtig ist. Wie verhält es sich nun in diesem Falle mit der Rückforderung der Cessionsvaluta nach schweiz. O. R.? Bei Beantwortung dieser Frage haben wir vorerst zu konstatiren, dass zwei Auffassungen möglich sind. Nach der einen darf der Cessionar, wenn die abgetretene Forderung sich zum Theil als unrichtig herausstellt, einen diesem Theile entsprechenden Betrag des bezahlten Cessionspreises zurückfordern. Bei dieser Auffassung ist konsequenter Weise selbst dann, wenn der Nominalbetrag des bestehenden Theiles der Forderung den Betrag der Cessionsvaluta erreicht oder übersteigt, eine Rückforderung nicht ausgeschlossen. Nach der andern kann der Cessionar unter der angeführten thatsächlichen Voraussetzung nicht eine dem unrichtigen Theile entsprechende Quote des bezahlten Cessionspreises zurückfordern, sondern diese Rückforderung bestimmt sich einzig und allein danach, ob der bestehende Theil der abgetretenen Forderung die Cessionsvaluta deckt resp. übersteigt oder nicht.

---

[1]) Vergl. Dernburg, Preuss. Privatrecht, II. 180, Nr. 4.

A hat eine Forderung von Fr. 100 auf B um den Betrag von Fr. 50 an C abgetreten, wobei sich nachträglich erweist, dass die Forderung nur im Betrage von Fr. 50 existirte. Hier kann nach der letztern Auffassung der Cessionar vom Cedenten keine Restitution verlangen. Sollte nun aber, um bei unserm Beispiele zu verbleiben, sich ergeben, dass in Wirklichkeit nur eine Forderung von Fr. 40 existirt, so darf nach der gleichen Auffassung der Cessionar vom Cedenten noch den Betrag von Fr. 10 zurückfordern.

Nach unserer Ansicht ist die letztere Auffassung als die richtige zu bezeichnen. Es ist zwar allerdings die erstere in einem Entscheide des deutschen Reichsoberhandelsgerichtes vom 14. Oktober 1873 in einer preussischen Prozesssache in Hinsicht auf Preuss. L. R. I 11, § 425, welchem der Art. 194 O. R. wesentlich nachgebildet ist, ausdrücklich sanktionirt worden. Vgl. Entsch. des d. O. H. Ger. XI 194. Die Basis für die Motivirung dieses Entscheides bildet der Satz: „Der § 425 cit. regele nach seiner deutlichen Auffassung nur den Fall, wenn die cedirte Forderung vollständig sich als unrichtig oder rechtsungültig erweise.“ Bei näherer Untersuchung ergiebt sich aber die Unrichtigkeit dieses Satzes und damit der darauf gebauten Anschauung des betr. Entscheides, indem der cit. § 425 des Preuss. L. R. wie Art. 194 O. R. auch auf den Fall, wo die cedirte Forderung nur zum Theil nicht besteht, sich beziehen; denn in den beiden genannten Artikeln wird der Umfang der gesetzlichen Ersatzpflicht des Cedenten für den Bestand der Forderung bei der entgeltlichen Cession dahin bestimmt, dass nur der empfangene Gegenwerth nebst Zins und Kosten und zwar nicht mehr und nicht weniger dem Cessionar restituirt werden muss. Da nun aber der Bestand der Forderung durch die erwiesene Unrichtigkeit derselben, gleichviel ob sie eine vollständige oder theilweise sei, alterirt wird, so ist kein Grund ersichtlich, welcher die Annahme rechtfertigen könnte, dass die genannten Artikel nur den erstern Fall regeln sollten. Unter diesen Umständen muss vielmehr auch für den Fall, wo die abgetretene Forderung nur zum Theil als unrichtig sich heraus-

stellt, gefolgert werden, dass der Cedent dem Cessionar gegenüber ganz auf gleiche Weise haftbar wird, wie wenn er nur eine der Cessionsvaluta gleichkommende Forderung cedirt hätte.

b. Eine weitere Frage, die wir zu prüfen haben, ist die, ob die gesetzliche Haftbarkeit des Cedenten für den Bestand der Forderung bei der entgeltlichen Cession, wie sie in Art. 194 O. R. festgesetzt wird, erhöht werden könne. Diese Frage ist unter den sub. 1. *α* und *β* angeführten Voraussetzungen zu bejahen.

α. Eine solche Erhöhung ist zulässig, wenn sie sich auf eine Vereinbarung zwischen den Parteien stützt. Ein juristisches Hinderniss steht einer solchen Vereinbarung offenbar nicht entgegen, denn es existirt nach O. R. keine Bestimmung, wonach die Vorschrift des Art. 194 im Sinne der Erhöhung in angegebener Richtung unzulässig sein soll. Die Unzulässigkeit der betreffenden Abänderung wäre nur denkbar, wenn der Art. 194 den Charakter eines Prohibitivgesetzes hätte. Eine solche Annahme ist aber schon aus dem Grunde ausgeschlossen, weil dem Wortlaut des Artikels gemäss nur von einer Gewährleistung, also von einem Ersatze des Cedenten die Rede ist, welcher mit der dem Cessionar gegen den Cedenten zustehenden Gewährleistungsklage zu erheben ist. Wenn nun aber eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Cedenten und dem Cessionar in dem Sinne getroffen wurde, dass die Verpflichtung des erstern im Falle der Nichtexistenz der Forderung die gesetzliche Haftbarkeit übersteigen soll, so liegt ein Rechtsgeschäft vor, bei welchem es sich nicht um eine Interesseleistung oder Schadenersatz, sondern um Erfüllung einer vertraglichen Vereinbarung handelt. Die Folge hievon ist, dass die betreffende Klage des Cessionars sich hier nicht als eine eigentliche Gewährleistungsklage, sondern als eine actio ex stipulatu darstellt. Es hat nun allerdings s. Z. eine ziemlich konstante Praxis des ehemaligen preuss. Obertribunals z. B. in e. Erkenntniss vom 22. Juni 1859 (Strithorst Archiv 62 S. 71) und in Erk. vom 11. Februar 1846 (Gruchot Beiträge XI S. 911)

die dem Art. 194 O. R. ähnliche Vorschrift des § 425 I 11 des pr. L. R.[1]) als ein Prohibitivgesetz erklärt. Für den gedachten Charakter berufen sich die Motive des Entscheides vom 11. Febr. 1846 namentlich auf die Worte: „Diese Verbindlichkeit ist . . . . . niemals auszudehnen.“ Dagegen ist zu bemerken, dass diese Anschauung des preuss. Obertribunals durch einen Entscheid des deutschen Reichsgerichts vom 10. März 1881 (Entscheid. IV Nr. 75) ausdrücklich als unrichtig verworfen wurde. Auch hat sie schon vor diesem Entscheide bei hervorragenden preussischen Juristen starken Widerspruch gefunden. Vgl. Gruchot, Beiträge XI 915 und die dort angeführte Literatur und Dernburg, preuss. Privatrecht, II 180. Letzterer Autor sagt: „Ein Verbotsgesetz wird man nicht annehmen, da das Gesetz seiner Bestimmung diesen Charakter nicht unzweideutig beilegt.“ Das gilt in viel höherem Masse vom schweiz. O. R., denn ein Vergleich zwischen dem Art. 194 O. R. und § 425 Pr. L. R. führt zu dem Resultate, dass der erstere den absolut gefassten Ausdruck des letztern „niemals auszudehnen“ nicht aufgenommen hat.

β. Eine Erweiterung der Haftpflicht des Cedenten für den Bestand der Forderung über den empfangenen Cessionspreis hinaus tritt noch ein im Falle des dolus und der culpa desselben.

aa. Der erstere Fall, wo der Cedent den Cessionar auf dolose Weise zur Eingehung des Cessionsgeschäftes verleitet hat, ist gegeben, wenn der erstere die ihm wohlbekannte Nichtexistenz der cedirten Forderung absichtlich verheimlicht hat, l. 12 D. 18, 4. Ebenso ist, wie dies das preuss. L. R. I, 11 § 421 ausdrücklich ausspricht, als dolus zu bezeichnen, wenn der Cedent eine offenbar nicht existirende oder wenigstens ihm dem Cedenten nicht zustehende Forderung wider bes-

---

[1]) § 425: „Diese Verbindlichkeit ist jedoch auf diejenige Summe, um welche die cedirte Forderung dasjenige, was der Cessionarius dafür gegeben hat, übersteigt, und die also der letztere bei dem Geschäfte zu gewinnen gedachte, niemals auszudehnen.“

seres Wissen als eine blos zweifelhafte bezeichnet hat; vgl. Koch, Uebergang der Forderungen, S. 204. Anbelangend den Umfang der Haftbarkeit des Cedenten für den Bestand der cedirten Forderung in unserm Falle, so hat das schw. O. R. nicht, wie dies ausdrücklich in Art. 425 preuss. L. R. geschehen ist, bestimmt, dass dem Cessionar das volle Interesse zu vergüten sei. Bei dieser Sachlage sind daher nach schw. O. R. die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechtes massgebend. Der Art. 116 A. 3 O. R. bestimmt diesfalls, dass in Vertragsverhältnissen bei schwerem Verschulden dem richterlichen Ermessen vorbehalten bleibt, ob der Ersatzpflichtige ausser dem direkten Schaden, d. h. dem Schaden, welcher sich aus der Nichterfüllung der Obligation allein ergiebt, noch weitern Schaden zu ersetzen hat. Demgemäss hat der dolos handelnde Cedent dem Cessionar nicht nur das unmittelbare Interesse, welches dieser an der Cession hatte, und welches immerhin im Ersatze des Nominalbetrages der cedirten Forderung besteht, sondern unter Umständen selbst, insoweit es dem richterlichen Ermessen entspricht, das volle Erfüllungsinteresse zu vergüten.

bb. Der Fall der culpa ist hauptsächlich gegeben, wenn der Cedent in unentschuldbarem faktischen Irrthum bezüglich der Richtigkeit der cedirten Forderung sich befunden hat, also bei gehörigem Besinnen wissen musste, dass die Forderung nicht existirt, z. B. durch Zahlung erloschen ist, oder dass sie nicht ihm, sondern einer andern Person gehörte. Es ist dies ein Hauptfall der sog. culpa in contrahendo, welche in Art. 23 O. R. ihre gesetzgeberische Anerkennung gefunden hat. Wenn daher durch diese culpa des Cedenten dem Cessionar der wahre Sachverhalt über die Richtigkeit der Forderung verheimlicht wurde, so dass in Folge dessen der Cessionar zum Abschlusse des Cessionsgeschäftes über eine in Wirklichkeit nicht existirende Forderung bewogen wurde, so hat der letztere freilich unter der Voraussetzung, dass ihn selbst keine Schuld trifft, eine Ersatzforderung gegen den erstern. Diese Ersatzforderung wird nach Art. 116 O. R. bei leichtem Verschulden auf den unmittelbaren Schaden, in unserm Falle

auf den Betrag der cedirten Forderung sich beschränken. Bei grober Fahrlässigkeit dagegen wird dieselbe wie beim dolus sich unter Umständen auch auf den weitern Schaden ausdehnen. Immerhin bleibt beim Umfange des Schadenersatzes das richterliche Ermessen massgebend, welches eine Schranke im Gesetze (Art. 116) nur darin findet, dass jedenfalls beim Verschulden des Cedenten, mag dieses ein schweres oder leichtes sein, wenigstens der unmittelbare Schaden, also derjenige, welcher sich auf den Nominalbetrag der cedirten Forderung bezieht, ersetzt werden muss.

Ad 3. Bei der Frage, in welchem Zeitpunkte die Gewährleistungsklage der Cessionars gegen den Cedenten aus der Haftbarkeit des letztern für den Bestand der Forderung erwächst, ist zu untersuchen, ob der erstere den letztern schon belangen kann, sobald er Kenntniss erhalten, dass die Forderung einen Mangel hat, welche den Bestand derselben berührt, oder ob er zuerst diesen Mangel in Folge Prozessführung gegen den debitor cessus durch ein gerichtliches Urtheil feststellen lassen muss. Die Beantwortung dieser Frage ist davon abhängig, ob die Vorschriften über Eviktionsleistung, die in Art. 235—242 O. R. regulirt sind, entsprechende Anwendung auf die Cession finden. Nach denselben kann der Verkäufer zur Eviktion angehalten werden auf Grund eines den Käufer zur Herausgabe an einen Dritten verurtheilenden Erkenntnisses, und ohne solches Urtheil, wenn er den ihm vom Käufer angebotenen Process nicht hat führen wollen und der Käufer in Folge davon das Recht des Dritten anerkannt oder einen Schiedsspruch angerufen hat (Art. 240).

Dagegen sagt O. R. im Gegensatz zum sächs. G. B. § 371, zum Dresdner Entw. Art. 326 und zum Entw. d. b. G. B. für das Deutsche Reich Art. 298 nichts darüber, ob diese Grundsätze auch auf die entgeltliche Cession anzuwenden seien, und lässt somit der Frage Raum, ob eine analoge Anwendung stattzufinden habe. Vogt (leichtfassl. Anleit. S. 179) bejaht die Frage in ziemlich absoluter Weise, ohne nähere Begründung; ja die von ihm selbst angeführte Thatsache, dass diese Grundsätze im speciellen Theile beim Kaufvertrag

und nicht wie in den meisten Gesetzgebungen im allgemeinen Theile enthalten seien, würde eher für Verneinung der Frage sprechen, und in diesem Sinn hat auch in neuerer Zeit die gemeinrechtliche Praxis entschieden (vgl. zwei Entscheide des O. A. G. Celle von 1876 und Entscheid des O. A. G. Lübeck von 1863, in Seufferts Archiv XXXII Nr. 184, XXXIII Nr. 218 und XIV Nr. 204). Zur Begründung dieser Verneinung wird gesagt, „dass zwischen dem Cedenten und dem Cessionar wohl gestritten und beurtheilt werden kann, ob der Cedent vom debitor cessus etwas zu fordern habe oder nicht, da ein Streit dieser Art in häufigen Anwendungen vorkommt und mit rechtskräftiger Wirkung zwischen den genannten Prozesspartheien auszutragen ist;“ diese Argumentation kann nur insofern auf Richtigkeit Anspruch machen, als die Existenz der Forderung und was dem gleichzustellen ist, die Erlöschung derselben ipso jure, z. B. durch Zahlung, streitig ist. Anders verhält es sich aber in dem Falle, wo die Frage in Betracht fällt, ob die cedirte Forderung per exceptionem entkräftbar sei. Im letztern Falle sprechen durchschlagende Gründe dafür, dass die genannte Vorschrift der Eviktion auf die entgeltliche Cession übertragen werden kann; denn nur hier kann einigermassen die Eviktion mit der Gewährleistung bei der Cession verglichen werden. Diese Ansicht wird auch von Schliemann vertheidigt S. 68, der zutreffend bemerkt, „dass die Fälle, in denen die Forderung per exceptiones entkräftet wird, mit denjenigen, in denen dem Käufer der Kaufgegenstand evinzirt wird, das Gemeinsame haben, dass durch ein entgegenstehendes selbständiges Recht eines Dritten dem Erwerber der Genuss entzogen wird, welchen er aus dem betreffenden entgeltlichen Rechtsgeschäft erlangen wollte.“ Demnach bildet in beiden Fällen das selbständige Recht des Dritten, welchem dasjenige des Erwerbers weichen soll, den Rechtsgrund für das Postulat, dass dieses Recht in einem gegen den dritten durchzuführenden Prozess festzustellen ist. Bei der Cession speziell bildet das Vorhandensein dieses selbständigen Rechtes, welches dem debitor cessus gegenüber der Forderung des

Cessionars zusteht, das Substrat für eine Einrede im engern Sinne. Das entscheidende Kriterium dieser Einrede ist, dass eine an und für sich ipso jure gültige Forderung in Folge eines besondern Umstandes vom debitor cessus als unwirksam angefochten werden kann. Hieraus folgt nun zunächst, dass die Frage, ob die cedirte Forderung in Folge einer ihr entgegenstehenden Einrede im engern Sinne als unwirksam dahinfallen soll, davon abhängig ist, dass der debitor cessus diese Einrede wirklich geltend macht. Demgemäss würde dem klagenden Cessionar, der in Erfahrung gebracht hat, dass dem debitor cessus eine Einrede zustehe, vom Cedenten mit Erfolg eingewendet werden können, es sei immerhin denkbar, dass der debitor cessus diese Einrede nicht vorschütze. Aber selbst dann, wenn der Cessionar sich auf eine ausdrückliche Erklärung des Schuldners berufen könnte, wonach der letztere aus dem Grunde die Zahlung verweigert, weil ihm die betreffende Einrede zustehe, würde dieses nicht zur Begründung des Regresses gegen den Cedenten hinreichen. Denn der Cessionar hat bei Anstellung der Gewährleistungsklage im Hinblick auf Art. 192 A. 1 O. R. darzuthun, dass die cedirte Forderung im Zeitpunkte der Abtretung nicht bestanden hat. Zu diesem Nachweise ist aber, wenn der Bestand der cedirten Forderung durch exceptiones von Seiten des debitor cessus in Frage gestellt wird, nothwendig: erstens dass die cedirte Forderung vom Cessionar gegen den Schuldner eingeklagt, und zweitens dass im betreffenden Prozesse die Unwirksamkeit der Forderung in Folge der vom debitor cessus erhobenen Einrede gerichtlich konstatirt wird.

Dieses gerichtliche Aberkennen der cedirten Forderung in dem Prozesse des Cessionars gegen den debitor cessus bildet die regelmässige Basis der Gewährleistungsklage des Cessionars gegen den Cedenten in unserm Falle. Nur ausnahmsweise kann der Cessionar, ohne dass er den Prozess mit dem debitor cessus durchführen muss, in analoger Anwendung des Art. 240, nach erfolgter freiwilliger oder schiedsgerichtlicher Anerkennung des Rechtes des letztern schon die

Gewährleistungsklage anstellen. Dieses kann aber nur geschehen unter der Voraussetzung, dass der Cessionar dem Cedenten rechtzeitig anzeigt, er beabsichtige eine Anerkennung des betr. Rechtes herbeizuführen, wenn der Letztere den Prozess nicht selbst gegen den debitor cessus aufnehme, und dass diese Anzeige ohne Erfolg geblieben ist.

Aus den bisherigen Ausführungen resultirt, dass die Vorschrift bei der Eviktionsleistung, wonach das Recht des dritten im Prozesse mit demselben festgestellt werden muss, nach schw. O. R. analog auf die entgeltliche Cession angewendet werden kann, wenn die cedirte Forderung per exceptiones entkräftbar ist. In den Fällen dagegen, wo die cedirte Forderung nicht existirt oder ipso jure ungültig wird, sind keine Gründe für die Annahme gegeben, dass bevor die Gewährleistungsklage des Cessionars gegen den Cedenten angestellt wird, in einem Prozesse gegen den debitor cessus die Nichtexistenz der Forderung oder die Erlöschung ipso jure derselben konstatirt werden muss.

Die Richtigkeit dieser letztern Anschauung ergiebt sich schon aus dem Umstande, dass bei der Frage, ob die cedirte Forderung existirt oder ipso jure erloschen ist, kein selbständiges Recht des debitor cessus, durch welches das des Cessionars entkräftet wird, in Betracht fällt. Denn hier handelt es sich nicht um einen Anspruch, der an und für sich gültig ist und vorderhand vollständig zu Recht besteht, sondern um einen solchen, der nie oder wenigstens nicht mehr im Momente der Abtretung bestand, da er schon vorher ipso jure untergegangen war. Bei dieser Sachlage fehlt aber der Rechtsgrund, um die Grundsätze der Eviktionsleistung per analogiam auf diesen Fall anzuwenden. Es wird zwar selbst hier häufig für den Cessionar zur Sicherung des Beweises der Nichtexistenz der Forderung vortheilhaft sein, vorerst den Prozess mit dem debitor cessus durchzuführen, aber eine absolute Nothwendigkeit für diese Durchführung besteht aus den oben angeführten Gründen nicht.

Ad 4. Ausnahmsweise fällt die Haftbarkeit des Cedenten für den Bestand der Forderung weg:

a. Bei einer Vereinbarung zwischen dem Cedenten und Cessionar, wodurch die Gewährspflicht des erstern abgelehnt wird (l. 4 D. 18, 4, debitorem esse praestare nisi aliud convenit). Diese Vereinbarung hat die Natur eines Verzichtes, welcher aber, um vollständig gegenüber dem Cessionar wirksam zu sein, ohne dolus des Cedenten stattgefunden haben muss. Ein solcher dolus läge nun vor, wenn der Cedent die Haftbarkeit für eine allfällige Nichtexistenz der Forderung ablehnte, obschon er gewusst hat, dass die Forderung nicht existirt, aber die blosse Möglichkeit dieser Thatsache dem Cessionar gegenüber erwähnt hat. In diesem Falle wäre nämlich die Vereinbarung als ein pactum ne dolus praestetur ungültig. [1])

b. Bei vorhandener Kenntniss des Cessionars von dem Mangel der cedirten Forderung. Hier greift unzweifelhaft die Annahme Platz, dass der Cessionar auf die Gewährleistung wegen mangelnden Bestandes der Forderung stillschweigend verzichtet hat. [2]) Der Kenntniss des Cessionars ist die verschuldete Unkenntniss desselben gleichzustellen. Eine solche ist bezüglich des Mangels des Rechtsbestandes der cedirten Forderung immer anzunehmen, wenn dieselbe auf eine Gesetzesunkenntniss des Cessionars zurückzuführen ist, weil sich Niemand mit Unkenntniss des Gesetzes entschuldigen kann.[3]) Nach dem Wortlaute des § 512 O. R. sind z. B. Forderungen aus Spiel- und Wettverträgen rechtlich unverbindlich. Wenn nun eine solche Forderung entgeltlich abgetreten wird, kann regelmässig eine Gewährleistungsklage des Cessionars gegen den Cedenten nicht gestellt werden.

c. Wenn die Forderung vom Cedenten an den Cessionar als eine rechtlich zweifelhafte abgetreten wurde. In diesem Falle hat, wie es gemeinrechtlich unbestritten feststeht (vgl. l. 11 und l. 13 D. 18, 4), der Cessionar die Forderung als

---

[1]) Vgl. Schliemann, Haftung des Cedenten 2. Ausgabe S. 98, Sintenis, gem. prakt. Civilrecht. 3. Aufl. II. S. 822.

[2]) Dies liegt in der Natur der Sache. Vgl. auch Schliemann, S. 99. Sintenis a. a. O.

[3]) Vgl. auch Gruchot, Beiträge. XI 905.

eine rechtlich zweifelhafte erworben, so dass, wenn sich später der Nichtbestand derselben herausstellt, der Cedent hiefür nicht verantwortlich gemacht werden kann.

Die ältere Gerichtspraxis vom Anfange dieses Jahrhunderts nimmt freilich an, die Gewährleistung werde hier nicht ausgeschlossen. Mit Recht bemerkt Dernburg, Preuss. Privatrecht, II, 178, Anm. 7, dagegen: „es existire kein Grund, dem Cessionar, wenn er auf die Gefahr hin kaufte, dass die Forderung nicht durchzuführen sei, einen Gewährschaftsanspruch zu geben.“ Auf Gefahr des Cessionars erfolgt nmeantlich auch dann die Abtretung, wenn der Cedent seine gesammten ausstehenden Forderungen verkauft. Denn hier geht, wenn auch nicht immer, doch häufig die Absicht der Parteien dahin, dass der Cedent nur verpflichtet sein solle, seine Forderungen mit den Mängeln zu cediren, die sie haben mögen. Vgl. auch Schliemann a. a. O., S. 106.

§ 2. *Haftbarkeit des Cedenten Mangels Bestandes der Forderung bei der unentgeltlichen Cession.*

Bei der unentgeltlichen Cession (Schenkung, Vermächtnisse) ist regelmässig eine gesetzliche Haftbarkeit des Cedenten für den Bestand der Forderung nicht begründet. Dieser Satz ergiebt sich aus dem Wortlaut des Art. 192 A. 3 O. R. und stellt sich als eine natürliche Folge der Vorschrift des Art. 194 dar, welcher den Umfang der Haftbarkeit des Cedenten bei der entgeltlichen Cession für den Bestand der Forderung in der Weise bestimmt, dass nur der vom Cedenten erhaltene Gegenwerth nebst den erlaufenen Kosten etc. zurückgefordert werden könne. Da nun bei unentgeltlicher Cession eben ein Gegenwerth nicht geleistet ist, so kann auch von Ersatz eines solchen keine Rede sein. Vgl. auch für das gemeine Recht l. 18, § 3 D. 39, 5 und l. 75, § 1 und 2 D. de legat. I.

Ausnahmsweise haftet der Cedent aber auch bei der unentgeltlichen Abtretung für den Bestand der Forderung und zwar:

a. Wenn er diese Haftung zugesichert hat. Dann liegt eigentlich ein zweites eventuelles Schenkungsversprechen vor. Treffend bemerkt diesfalls Gruchot, Beiträge XI 919:

„Der Cedent hat damit ausgesprochen, dass er dem Cessionar nicht bloss ein vorausgesetztermassen ihm, dem Schenker, wirklich zustehendes Forderungsrecht, sondern für den Fall, dass dasselbe nicht bestehe, den Werth eines solchen zugewendet wissen wolle. Dieses Gewährleistungsversprechen verliert bei dieser Auffassung nicht nur die Natur einer blossen, dem ursprünglichen Schenkungsvertrage beigefügten Nebenabrede, sondern stellt sich als ein besonderer Liberalitätsakt dar, der im Falle der Unwirksamkeit der zunächst beabsichtigten Forderungsschenkung selbständig an deren Stelle tritt."

b. Beim dolus des Cedenten. Dieser ist gegeben, wenn dem Cessionar wissentlich eine nicht bestehende oder entkräftbare Forderung schenkungsweise abgetreten wird. L. 18, § 3 D. 39, 5.

Da im Hinblicke auf Art. 10 O. R. das kantonale Recht bei der Schenkung massgebend ist, so gelten diese Sätze sub a und b, welche auf das gemeine Recht zurückzuführen sind, nur, insoweit die kantonalen Rechte diesfalls keine andern Bestimmungen enthalten.

B. Haftbarkeit des Cedenten für die Güte der Forderung.

Nach Art. 192, A. 2 O. R. haftet der Cedent für die Güte der Forderung, oder was dem gleich ist, für die Zahlungsfähigkeit des debitor cessus regelmässig nur dann, wenn er sich dazu verpflichtet hat. In vollständiger Uebereinstimmung mit dem gem. Rechte (l. 4 D. 18, 4) ist daher eine gesetzliche Haftbarkeit für die Güte der Forderung nicht begründet. Es liesse sich allerdings fragen, ob diese Nichthaftbarkeit des Cedenten für die Solvenz des Schuldners vom Standpunkte der Zweckmässigkeit aus nicht angefochten werden könne. Man könnte vielleicht sagen, dass die Bestimmung des österr. G. B. Art. 1397, und des Preuss. L.-R. I 11, § 430, wonach bei der entgeltlichen Cession auch für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners von Gesetzeswegen eine Haftbarkeit eintritt, insofern richtiger wäre, als sie dem

muthmasslichen Willen der Kontrahenten den entsprechenden gesetzlichen Ausdruck verleiht.[1]) Sei dem aber wie ihm wolle, durch das schweiz. O. R. ist nun einmal festgestellt, dass der Cedent für die Güte der Forderung dem Cessionar gegenüber nur haftet, wenn er sich hiezu besonders verpflichtet hat. Demgemäss ist eine solche Haftung des Cedenten anzunehmen:

1. Bei vertraglicher Uebernahme dieser Haftung.

2. Bei doloser Täuschung des Cessionars über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, und

3. Bei der Abtretung zahlungshalber.

Ad 1. Bei der vertraglichen Uebernahme der Haftbarkeit Seitens des Cedenten drängen sich wieder eine Reihe von Fragen auf:

a. Welcher Zeitpunkt ist, wenn derselbe nicht ausdrücklich zwischen den Kontrahenten fixirt wird, für die vom Cedenten für die Güte der Forderung übernommene Haftung massgebend?

Diese Frage hat nach O. R. ihre Lösung nicht gefunden, wohl aber ist dieselbe durch das gemeine Recht, welches diesfalls ergänzend eintritt, gelöst worden. Schon Glück sagt (Pandektenkommentar Bd. 16 S. 453):

„Die vertragliche Verbindlichkeit des Cedenten, für die Güte der Forderung einzustehen, ist nach der Natur der Sache nur von der Zeit zu verstehen, wo die Cession geschehen oder die Zahlung fällig ist. Dass der Schuldner immer in guten Vermögensverhältnissen verbleiben werde, konnte der Cedent unmöglich und wollte er vernünftiger Weise nicht versprechen."

Die neuere Doktrin und gemeinrechtliche Praxis hat wenigstens im Zweifelsfalle, wenn also nicht ausdrücklich oder stillschweigend etwas anderes vereinbart wurde, diese Ansicht angenommen;[2]) ebenso die neuere Gesetzgebung.[3]) Sie

---

[1]) S. Unger, krit. Besprech. d. rev. Entw. d. sächs. b. G. B. S. 84.

[2]) Schliemann, Haftung des Cedenten, S. 73. Sintenis, gem. prakt. Civilrecht, 3. Aufl. II 821. Entsch. d. deutsch. Reichsger. v. 23. Febr. 1882 in Blums Annalen V S. 286 Nr. 72.

[3]) Preuss. L. R. I 11 § 431. Code civ. art. 1693. Dresdener Entw. § 326. Entw. e. b. G. f. d. deutsche Reich, § 299.

entspricht vollständig auch der juristischen Konsequenz; denn wenn der Cedent bei der Cession für die Güte der Forderung Garantie leistet, so liegt hierin zugleich die Zusage, dass dieselbe im Momente der Abtretung, und wenn die Fälligkeit der Forderung hinausgeschoben wird, im Zeitpunkte der Fälligkeit sicher bezw. einbringlich sein wird. Demgemäss liegt in dem spätern Eintritte der Unsicherheit der cedirten Forderung ein Zufall, welchen der Cessionar zu vertreten hat. Denn nach einer allgemein anerkannten gemeinrechtlichen Rechtsregel, welche auch in Art. 204 O. R. Aufnahme gefunden, trägt von dem Zeitpunkte an, wo eine Verpflichtung Seitens des Schuldners, z. B. des Verkäufers, zu Leistung einer Sache entsteht, der Gläubiger die Gefahr für den zufälligen Untergang und die Verschlechterung derselben. Diese Rechtsregel kann nun auch analoge Anwendung auf die Veräusserung einer Forderung finden und zwar dann, wenn nach dem Zeitpunkte der Abtretung bezw. Fälligkeit der cedirten Forderung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners eintritt. Mit Recht sagt Schliemann, „dass diese später eintretende Insolvenz des Schuldners als eine Deterioration der Forderung zu betrachten sei.“ S. 74. Bei analoger Anwendung dieser Regel auf unsern Fall hat der Cedent für die Fortdauer der Zahlungsfähigkeit des debitor cessus nach der Cession resp. nach der Fälligkeit der cedirten Forderung nicht einzustehen.

Kommt es nun auf Grund der vom Cedenten übernommenen Garantie zur Regressklage des Cessionars gegen ihn, so gehört zum Fundament dieser Klage auch die Thatsache, dass zur Zeit der Uebertragung resp. Fälligkeit der Forderung die Insolvenz des debitor cessus schon vorhanden war, und somit trifft die Beweislast dafür den Cessionar als Regresskläger. [1]) Dieser Beweis wird häufig dadurch überflüssig, dass aus dem Ausfall der Forderung ohne Weiteres auf deren Uneinbringlichkeit zur Zeit der Cession oder der Fälligkeit zurückgeschlossen werden kann. Ein solcher Rückschluss kann aber unzulässig werden, wenn der Cessionar nicht sofort nach

---

[1]) Koch, Uebergang der Forderungen nach gem. u. preuss. R. S. 216.

der Fälligkeit die Betreibung ohne Unterbrechung durchgeführt oder die Forderung nicht frühzeitig genug gekündigt hat. In solchen Fällen hat der Cessionar den Nachweis zu leisten, dass der Verlust nicht durch Unterlassung bezw. Verzögerung dieser Schritte herbeigeführt worden ist. Etwas Weiteres kann aber aus solcher Unterlassung oder Verzögerung nicht abgeleitet werden, namentlich nicht von vorneherein der Verlust der Regressklage für den Cessionar. Diese weitgehende Wirkung dürfte nur dann in Frage kommen, wenn das Gesetz wie z. B. Preuss. L. R. I 11 § 434 und 435 die Vornahme der genannten rechtlichen Schritte dem Cessionar geradezu befiehlt und an deren Unterlassung den Verlust der Regressklage knüpft. Das schw. O. R. enthält nun aber diesfalls mit dem gem. Recht keine derartige Bestimmung. Auch aus der rechtlichen Natur des Garantieversprechens kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass die Betreibung oder die Kündigung der cedirten Forderung von Seiten des Cessionars gegen den Schuldner in der angeführten Weise vor sich zu gehen habe. Zu diesem oder wenigstens einem ähnlichen Vorgehen, für welches nach Art. 503 O. R. bei der Bürgschaft der Gläubiger dem Schuldner gegenüber verpflichtet ist, wäre der Cessionar nur obligirt unter der Voraussetzung, dass das Garantieversprechen des Cedenten als eine Bürgschaft oder als eine Intercession überhaupt aufgefasst werden könnte, was aber, wie unten zu zeigen, nicht zutrifft. Wenn daher einige gemeinrechtliche Civilisten (z. B. Dernburg Lehrb. der Pand. II 140) den Satz aufstellen, dass die Säumniss in der Betreibung und Aufkündigung der cedirten Forderung von Seiten des Cessionars gegen den Schuldner die Erlöschung der Regressklage zur Folge habe, so ist dies nur unter der Einschränkung zu verstehen, dass diese Säumniss selbst die Ursache ist, warum der Cessionar vom debitor cessus nichts erhalten kann.

Hat der Cedent die Garantie, für die cedirte Forderung einzustehen, auf eine Anzahl von Jahren oder Monaten übernommen, so muss allerdings die Auslegung Platz greifen, dass er für die Einbringlichkeit der Forderung einstehen

wolle, wenn der Cessionar dieselbe vor Ablauf des besagten Endtermines vom debitor cessus einfordere und im Fall der Bestreitung gerichtlich gegen denselben einklage. Diese in der gemeinrechtlichen Praxis gegebene Auslegung [1]) ist aus den Gründen, welche namentlich das O. A. G. München anführt, für die richtige zu halten; es sagt diesfalls:

„Wenn der Cedent die Haftung dafür, dass der Cessionar vom debitor cessus befriedigt werde, übernimmt und für diese Haftung ein gewisser Endtermin stipulirt wird, so kann sich diese Zeitbestimmung nur auf die Schritte beziehen, welche der Cessionar, um zu seiner Befriedigung durch den debitor cessus zu gelangen, unternimmt, und zwar nur in der Art, dass der Cessionar vor dem Ablaufe des Haftungstermines das Seinige gethan habe, um zu seinem Rechte zu gelangen, also den Schuldner wegen der Zahlung interpellirt und im Falle die Interpellation fruchtlos blieb, die Hülfe der Gerichte angegangen habe. Diese Deutung bringt auch die Natur der Sache mit sich; denn es wird in der Regel nicht in der Macht des Cessionars liegen, den Rechtsstreit gegen den nicht zahlenden debitor cessus (durch welchen Rechtsstreit allein in den meisten Fällen die Uneinbringlichkeit festzustellen ist) so schnell zu Ende zu bringen, dass auch noch vor Ende des Haftungstermines die Regressklage gegen den Cedenten eingebracht werden kann."

b. In welchem Umfange der Cedent bei vertragsweiser Uebernahme der Haftbarkeit für die Güte der Forderung haftet, ist im schw. O. R. nicht entschieden, muss also aus den gebrauchten Ausdrücken und den Umständen entnommen werden. Der Code civil art. 1694 lässt den Cedenten in solchem Falle bis zur Höhe des Cessionspreises haften.

c. Das Klagrecht des Cessionars aus der vertraglichen Uebernahme der Haftbarkeit für die Güte der Forderung Seitens des Cedenten ist, da regelmässig die erfolglose Execution gegen den Schuldner das Klagfundament bildet, in der Regel mit dem Zeitpunkte erwachsen (actio nata), in welchem diese Erfolglosigkeit constatirt ist.

d. Ob der erste Cedent für die von ihm übernommene Garantie einem spätern Cessionar gegenüber haftet, hängt davon ab, ob diese Garantie als eine Bürgschaft aufgefasst

---

[1]) Vgl. Entsch. d. O. A. G. Lübeck v. 14. Febr. 1824 und des O. A. G. München v. 4. Jan. 1870 in Seufferts Archiv, V Nr. 149 u. XXIV Nr. 198.

werden kann oder nicht. Bei Bejahung dieser Frage ist die natürliche Folge, dass der erste Cedent auch dem Nachmann seines Cessionars haftbar wird; bei Verneinung kann davon nicht die Rede sein. Das schweiz. O. R. bestimmt darüber nichts, auch sonst schweigen neuere Gesetzgebungen und der Entw. d. b. G.-B. f. d. deutsche Reich darüber, und die Motive zu letzterm sagen ausdrücklich, im Gesetze lasse sich darüber nichts bestimmen, es handle sich diesfalls um Ermittlung des Parteiwillens. Lothar Seuffert (Beitr. z. Erläuterung des Entw., Heft 11, S. 34) wendet sich entschieden gegen diese Ansicht und sagt:

„Ueber die ausnahmsweise eintretende Haftung des Cedenten für die bonitas nominis sagt der Entwurf nur, dass sie sich im Zweifel bloss auf die Zeit der Uebertragung bezieht, nicht aber, wie sich die Haftung gestaltet, ob sie als Gewährleistungspflicht oder als Bürgschaft zu behandeln ist. Das soll nach den Motiven (II, 127) aus dem Parteiwillen zu ermitteln sein. Jeder Praktiker wird bestätigen, dass der Versuch, dies aus dem Parteiwillen zu ermitteln, zumeist fehlschlagen wird. Es empfiehlt sich daher, in das Gesetz eine natürlich nur dispositive Vorschrift über Behandlung der Haftung für die Güte der Forderung aufzunehmen, und zwar ist es angemessen, im Zweifel die Behandlung als Bürgschaft vorzuschreiben."

Mit Seuffert sind wir darin einverstanden, dass das Gesetz eine Vorschrift hierüber, wenn auch nur in dispositiver Weise, zu ertheilen habe, weil nur auf diesem Wege Schwankungen in der Gerichtspraxis verhindert werden können. Dagegen theilen wir seine Ansicht nicht, dass das Gesetz das Rechtsverhältniss im Zweifelsfalle als Bürgschaft normiren sollte. Hiefür sprechen weder praktische Gründe noch die juristische Consequenz. Was diese letztere betrifft, so sehen wir in der gemeinrechtlichen Litteratur diese Controverse entweder gar nicht oder nur andeutungsweise besprochen, dagegen hat sich die gemeinrechtliche Praxis wiederholt und mitunter eingehend damit beschäftigt. Für den Charakter der Bürgschaft haben sich ein Entsch. des O. A. G. Stuttgart v. 5. Juni 1849 und ein Entsch. des O. A. G. Wiesbaden v. 9. März 1853[1]), gegen denselben das O. A. G. Kiel

[1]) Seuffert, Archiv IV Nr. 26, XIII Nr. 20.

5. März 1855, O. A. G. Wiesbaden 1866, O. A. G. München 13. April 1870, O. A. G. Stuttgart März 1871, Obertrib. Berlin 6. März 1871 und O. A. G. Rostock 21. Juni 1878 [1]) ausgesprochen.

Von den erstern begründet nur das Stuttgarter Urtheil von 1849 die Auffassung der Verpflichtung als einer Bürgschaft näher und zwar damit, „dass das vom Cedenten durch seine Haftpflichterklärung dem Cessionar eingeräumte Recht wesentlich zu der Forderung gehöre, da es um ihretwillen und zu ihrer Sicherheit begründet worden sei.“ Wird dieser Satz als richtig anerkannt, so muss mit dem genannten Gerichtshof nothwendig dahin geschlossen werden, dass, falls die Forderung weiter cedirt wird, der zweite Cessionar von selbst Kraft Gesetzes auch das Klagerecht aus dem Garantieversprechen dem ursprünglichen Cedenten gegenüber erwirbt. Die Richtigkeit des Satzes, welcher die Prämisse der genannten Schlussfolgerung bildet, ist davon abhängig, ob die Haftung des Cedenten aus dem Cessionsgeschäfte als solchem, oder aus der causa cessionis, welche demselben zu Grunde liegt, entspringt. Nur in ersterm Falle ergiebt sich mit logischer Concludenz, dass bei einer weiteren Cession der spätere Cessionar das Klagerecht gegen den ursprünglichen Cedenten aus dem Garantieversprechen des letztern erhält. Die Theorie, welche dieser Lösung zu Grunde liegt, war auch wirklich zu der Zeit, als der betr. Entscheid des O. A. G. in Stuttgart (1849) erlassen wurde, gemeinrechtlich die allgemein herrschende. Seitdem aber Schliemann (Haftung des Cedenten, S. 16 f.) ihre Unhaltbarkeit dargethan, kann sie als ein wissenschaftlich überwundener Standpunkt betrachtet werden. Schliemann sagt diesfalls:

„Der Cedent kann als solcher, d. h. weil er cedirt hat, nie zu irgend einer Haftung angehalten werden. Wie kann nun aber der Cessionar den Cedenten aus dem Grund belangen, weil ihm dieser eine Forderung cedirt hat? Man frage nur, welche Klage hier dem Cessionar zustehen solle. Man

---

[1]) Das. XIII Nr. 21. XX Nr. 124. XXV Nr. 104. XXVI Nr. 124. XXVIII Nr. 218. XXXIV Nr. 30.

könnte meinen, die contraria mandati actio. In Wahrheit aber hat der Cessionar so wenig diese contraria mandati actio, als dem Cedenten die directa gegen den Cessionar weder auf Ausklagung des debitor cessus noch auf Herausgabe des Empfangenen zusteht. Es bleibt nichts anderes übrig, als eine Klage aus der Obligation, deren Erfüllung durch die Cession bezweckt war, anzunehmen. Damit ist aber ausgesprochen, dass der Cedent dem Cessionar nicht aus dem Grund, weil er cedirt hat, zu einer bestimmten Haftung verbunden sein kann, wohl aber aus demselben Grunde, aus welchem er die Cession vorgenommen hat."

Wenn nun aber nach dieser Doktrin die vom Cedenten übernommene Verpflichtung, für die Güte der Forderung einzustehen, einzig und allein auf das zwischen den Kontrahenten abgeschlossene Rechtsgeschäft, also auf die causa cessionis sich stützt, so ist die Schlussfolgerung gegeben, dass die aus dem betreffenden Rechtsgeschäfte entspringenden Regressrechte nicht Sicherungen oder Nebenrechte der cedirten Forderung sind, sondern selbständige Befugnisse, welche dem Cessionar und nur diesem wegen Verletzung seines eigenen Rechtes gegen den ihm verpflichteten Autor zustehen.[1]) Somit kann das Garantieversprechen des Cedenten nicht als Bürgschaft aufgefasst werden, obschon es eine äussere Aehnlichkeit mit derselben insofern hat, als der Cedent wie der Bürge nur bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zur Zahlung verpflichtet wird. Aber ein innerer, sehr wesentlicher Unterschied besteht dennoch zwischen beiden: bei dem Garantieversprechen des Cedenten nämlich entstehen für den Cessionar selbständige Rechte, während bei der Bürgschaft oder bei der Intercession überhaupt die Absicht der Kontrahenten lediglich auf Sicherung einer Ansprache geht, deren accessorium sie also bilden soll. Im erstern Falle übernimmt der Cedent die Haftbarkeit für seine eigene Forderung, bei der Bürgschaft haftet der Bürge für eine fremde Forderung.[2])

---

[1]) Vgl. auch den oben cit. Entsch. des Obertrib. Berlin v. 1871, Seuffert XXVIII Nr. 218.

[2]) Vgl. Urth. d. Oberger. Luzern v. 28. Dec. 1888 in der Zeitsch. d. Bern. Jur. Ver. XXV, und in den grundsätzl. Entsch. des Luzern. Oberger. III Nr. 664.

Ad 2. Eine arglistige Täuschung des Cessionars durch den Cedenten bezüglich der Zahlungsfähigkeit des debitor cessus ist namentlich dann anzunehmen, wenn der Cedent, obschon er die Insolvenz des Schuldners gekannt, dieselbe dem Cessionar absichtlich verschwiegen hat. In diesem Falle ist die Haftbarkeit für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zur Zeit der Abtretung zweifellos begründet. [1]) Es könnte hier nur noch die Frage aufgeworfen werden, ob zum dolus, für den der Cedent einzustehen hat, auch das Verschweigen über Muthmassungen und Besorgnisse des Cedenten betreffend die Solvenz des debitor cessus gehört. Eine Lösung dieser Frage haben wir bei den modernen Civilisten einzig bei Thöl und zwar im Sinne der Bejahung gefunden. Die Richtigkeit dieser Anschauung vermögen wir nicht anzuerkennen. Denn daraus, dass der Cedent den Verlust der cedirten Forderung befürchtet, folgt noch keineswegs, dass derselbe die Ueberzeugung hatte, die Forderung sei wirklich verloren. Diese Ueberzeugung, wenn ihr Vorhandensein erwiesen ist, bildet allein ein sicheres Kriterium für die Entscheidung der Frage, ob der Cedent Wissenschaft von der bestehenden Insolvenz des Schuldners hatte. Denn da, wo solche Ueberzeugung fehlt und der Cedent nur in Muthmassungen und Befürchtungen sich bewegt, ist eine eigentliche Wissenschaft absolut ausgeschlossen. Wir sind daher mit dem Entscheide des O. A. G. Stuttgart v. 1850 (Seuffert, Archiv IV Nr. 27), welcher die Ansicht von Thöl verwirft, einverstanden, wenn er in den Motiven sagt, „dass der Cedent keine Verpflichtung hat, die Besorgnisse, die er bezüglich der Solvenz des Schuldners hegt, dem Cessionar mitzutheilen.“

Ad 3. Bei der Abtretung zahlungshalber im Sinne des § 193 des schw. O. R., wo der Gläubiger seine Forderung zum Zwecke der Zahlung abgetreten hat ohne Bestimmung des Betrages, zu welchem sie angerechnet werden soll, kann die abgetretene Forderung nicht wie bei der Hingabe an Zah-

---

[1]) L. 74 § 3 D. 21, 2. Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl. S. 107. Seuffert, prakt. Pandektenr. 4. Aufl. II 172.

lungsstatt an die Stelle der Schuld des Cedenten gesetzt werden, sondern mit der Abtretung soll die Schuld desselben bezahlt werden. Die rechtliche Natur der Abtretung zahlungshalber führt demgemäss folgerichtig dahin, dass der Cedent auch für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners haftet. Vgl. Schneider u. Fick, Commentar zu Art. 193 a. 1.

II. Weitere Verpflichtungen des Cedenten.

A. Der Cedent hat dem Cessionar gegenüber einzustehen für jede Verschlechterung der abgetretenen Forderung, welche in dem Zeitpunkte zwischen der Uebertragung der Forderung und der Kenntnissgabe von dieser Uebertragung an den debitor cessus durch Verhandlung des Cedenten mit dem letztern bewirkt wird. [1])

1. Der Cedent ist hauptsächlich verpflichtet, dasjenige, was er in genannten Zeitpunkten vom Schuldner erhoben, dem Cessionar herauszugeben. Dieser Satz, welcher in Hinsicht auf l. 23 § 1 D. 18, 4 gemeinrechtlich zur allgemeinen Anerkennung gelangt ist, [2]) ist namentlich eine Folge des Rechtsaxioms, dass mit der Uebertragung der Forderung der Cedent das Gläubigerrecht auf die cedirte Forderung verliert und an die Stelle desselben der Cessionar als Gläubiger tritt. Wenn daher nach dem benannten Zeitpunkte der Abtreter vom Schuldner die Forderung einzieht, so ist das Bezogene ungerechtfertigter Weise ohne allen und jeden Rechtsgrund und zwar auf Kosten des Cessionars in sein Vermögen gekommen. Damit sind aber die Voraussetzungen gegeben, welche den Cessionar berechtigen, vom Cedenten das Bezogene mit der condictio sine causa herauszuverlangen. Mit dieser condictio sine causa wird in vielen Fällen die Klage aus dem dolus (actio doli) konkurriren. Die letztere Klage wird auch der Cessionar gegen den Cedenten wählen, wenn der Schaden,

---

[1]) Vgl. Hafner, Commentar S. 55 zu Art. 192 Anm. 3. Dernburg, Preuss. Privatrecht, II 177.

[2]) Vgl. Bähr, Jahrb. f. Dogmatik, I 493.

der aus dem Vertragsbruche des letztern erwachsen ist, den Betrag des Bezogenen übersteigt.

2. Aehnlich verhält es sich auch, wenn der Cedent in dem Zeitpunkte zwischen der Uebertragung der Forderung und der Kenntnissgabe der Uebertragung an den debitor cessus, die Forderung weiter cedirt und der zweite Cessionar vom letztern den abgetretenen Betrag erhoben hat. Unter diesen Umständen kann zwar allerdings der erste Cessionar bezw. derjenige, welcher zuerst die schriftliche Cessionsurkunde erhalten hat, mit der condictio ob causam datorum den zweiten Cessionar auf Rückerstattung belangen.[1]) Dieses Recht des ersten Cessionars schliesst nun aber, wenn er gegen den zweiten Cessionar nicht vorgehen will oder wegen dessen Insolvenz mit praktischem Erfolge nicht vorgehen kann, eine allfällige Ersatzklage (actio doli) gegen den vertragsbrüchigen Cedenten keineswegs aus.

B. Der Cedent kann auch von dem Cessionar, selbst wenn dieser die Cessionsurkunde in Händen hat, auf Anerkennung der Cession belangt werden. Die betreffende Klage ist eine Präjudicialklage, welche die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, also in unserm Falle die Feststellung des zwischen dem Cedenten und dem Cessionar abgeschlossenen Cessionsverhältnisses bezweckt. Früher war allerdings im gemeinen Rechte streitig, ob eine Feststellungsklage noch ausser den sog. Statusfällen zulässig sei. Doch ist diese Beschränkung auf die Statusklagen in der gemeinrechtlichen Wissenschaft und Praxis schon verworfen[2]) worden, bevor die deutsche Civilprocessordnung § 231 sanktionirt hat, dass auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses... Klage erhoben werden kann, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältniss

---

[1]) Näheres darüber gehört nicht hieher, weil es die rechtliche Stellung des Cedenten zum Cessionar nicht berührt, ist aber in unserm Aufsatz „Ueber die Bedeutung der Denunziation bei der Cession" (Zeitschr. d. Bern. Jur. Ver. XVIII 193 ff.) enthalten.

[2]) Vgl. Windscheid, Pandekten, 4. Aufl. I 111 Anm. 8, wo auch die ziemlich reichhaltige Literatur angegeben ist.

alsbald festgestellt werde. Auch die Praxis des schweiz. Bundesgerichtes hat unter dieser Voraussetzung die Feststellungsklage zulässig erklärt.[1]) Ob nun ein solches rechtliches Interesse vorliege, welches nur durch richterliche Feststellung des Rechtsverhältnisses befriedigt werden kann, ist reine Thatfrage. Bei der Cession wird der Cessionar ein Interesse an der Feststellung des Rechtsbestandes der Cession haben, wenn ihm ohne dieselbe die Erhebung der cedirten Forderung beim debitor cessus verunmöglicht wird. Dieser Feststellungsklage bedarf unser Rechtsleben namentlich in Hinblick auf den Art. 188 O. R., wonach der debitor cessus unter der Voraussetzung, dass ein Streit zwischen dem Cedenten und Cessionar darüber besteht, wem die Forderung gehört, berechtigt ist, die Zahlung zu verweigern und den Betrag der Forderung gerichtlich zu deponiren. Denn diese gerichtliche Deposition kann ja nur bezwecken, dass dadurch der debitor cessus der Klage derjenigen, mit Bezug auf deren streitige Rechte er hinterlegt hat, enthoben werden soll. Bei dieser Zweckbestimmung bleibt nur die Annahme übrig, dass den beiden Konkurrenten der Rechtsweg unter einander zu eröffnen ist.[2])

Es wird nun vielfach behauptet, dass schon bei Vorhandensein mehrerer Forderungsprätendenten auf die gleiche Forderung ohne weiteres die Feststellungsklage begründet ist. Die Behauptung in dieser Allgemeinheit ist aber entschieden nicht zu billigen. Denn die gerichtliche Feststellung der Cession ist nicht immer ein absolut nothwendiger Faktor für den Cessionar, um mit Erfolg gegen den debitor cessus vorzugehen. Nehmen wir an, dass der debitor cessus, statt den vom Cessionar geforderten Betrag zu deponiren, die Forderung dem letztern gegenüber anerkannt und Zahlung versprochen hat. Hier ist offenbar kein Bedürfniss für den Cessionar vorhanden, die Gültigkeit der Abtretung in einem Prozesse gegen den Cedenten feststellen zu lassen, weil er

---

[1]) Vgl. a. S. d. b.-g. E. VII 198. IX 104. XIV 369.

[2]) Vgl. auch Bähr, Jahrb. f. jur. Dogmatik, I 483.

ohne Hinderniss die Forderung vom debitor cessus einklagen kann; es wäre vielmehr die Erhebung der Feststellungsklage in solchem Falle als ein nutzloses, luxurioses Vorgehen zu bezeichnen.[1])

Zweiter Abschnitt.

Rechte des Cedenten und Verpflichtungen des Cessionars.

A. Der Hauptanspruch, welchen der Cedent gegen den Cessionar nach Uebertragung der Forderung bezw. nach Ausstellung der schriftlichen Urkunde erwirbt, ist das Recht, vom Cessionar das ausbedungene Entgelt zu fordern. Dieses Entgelt kann wie in Baarschaft, so auch in einer andern körperlichen Sache oder in Dienstleistungen oder in der Abtretung einer Forderung bestehen. Ob es der Cessionar zurückbehalten darf, falls die cedirte Forderung vom debitor cessus bestritten wird, entscheidet das schweiz. O. R. weder direkt noch durch eine Bestimmung, welche per analogiam verwerthbar wäre. Das gemeine Recht, auf das wir somit angewiesen sind, giebt auch keine ausdrückliche Vorschrift, enthält aber in l. 18, § 1 D. 18, 6 ein Analogon: wenn vor Bezahlung des Kaufpreises (heisst es dort) über das Eigenthum an der verkauften Sache Streit entsteht, so wird der Käufer nur dann zur Zahlung des Kaufpreises genöthigt, wenn ihm genügende Bürgschaft für die Gewährleistung gestellt wird. In gleicher Stellung wie hier der Käufer befindet sich nun aber der Cessionar, wenn die cedirte Forderung vom debitor cessus bestritten ist, denn klarer Weise spricht dieselbe ratio legis, welche den Käufer vor der Gefahr schützt, dass er den Kaufpreis für eine vielleicht nicht in sein Eigenthum gelangende Sache zahlen muss, auch für den Schutz des Cessionars gegen einen Schaden, der ihm aus der Entrichtung des Entgelts für eine werthlose Forderung er-

---

[1]) Vgl. Erk. d. O. A. G. Jena v. 23. Juli 1875, Seuffert, Archiv XXXI Nr. 304.

wüchse. So hat denn auch gestützt auf Art. 1653 des badischen Landrechtes, welcher nach Vorgang vom Code civil Art. 1653 die obige Bestimmung des R. R. ausdrücklich aufgenommen hat, das Oberhofgericht in Mannheim in einem Entsch. v. 1833 keinen Anstand genommen, zu erklären, dass auch der Cessionar den Cessionspreis zurückbehalten darf, wenn ihm die cedirte Forderung vom Schuldner bestritten wird (Seuffert Archiv I Nr. 50).

B. Ein weiterer Anspruch, den der Cedent gegen den Cessionar unter gewissen Voraussetzungen erheben kann, ist der auf gerichtliche Feststellung des Nichtbestandes der Cession. Denn die Feststellungsklage kann nicht allein auf das Bestehen, sondern auch auf das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses gerichtet werden. [1]) Denn auch die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses wird durch ein rechtliches Interesse des Klägers, das auf keine andere Weise befriedigt werden kann, hervorgerufen. So hat der Cedent, der die Perfektion oder Rechtsgiltigkeit der Cession anficht, regelmässig ein Interesse daran, dass der debitor cessus nicht an den Cessionar, sondern an ihn, den Cedenten, bezahle. Diese Bezahlung kann aber der Cedent vom debitor cessus, wenn der letztere dieselbe nicht freiwillig leistet und den betreffenden Betrag deponirt, nur dann verlangen, wenn im Rechtsstreite zwischen den beiden Kontrahenten der Nichtbestand der Cession festgestellt wurde. In der gerichtlichen Feststellung des Nichtbestehens der Cession gewinnt daher unter der genannten Supposition der Cedent die einzig sichere Grundlage, um mit Erfolg gegen den Schuldner vorzugehen.

Bei dieser negativen Feststellungsklage mag noch die Frage der Beweispflicht mit einigen Worten in Betracht gezogen werden. Vorerst ist als zweifellos hervorzuheben, dass derjenige, welcher die Feststellungsklage stellt, gleichviel, ob dieselbe einen positiven oder negativen Charakter habe, auch zu erstellen hat, dass für ihn ein Interesse an der

---

[1]) Vgl. Bähr, Besprechungen von Urtheilen des deutschen Reichsgerichts, S. 150. Deutsche C. P. O. § 231.

Feststellung bestehe, welches ohne dieselbe nicht befriedigt werden kann. Demgemäss ist für den Beweis des Interesses bei der Feststellungsklage einzig und allein die Parteirolle massgebend. Dagegen ist für die Beweislast in der Hauptsache nicht die Parteirolle, sondern nur das materielle Sachverhältniss ausschlaggebend. Auch bei der negativen Feststellungsklage, also in casu, wo die Klage des Cedenten auf Feststellung des Nichtbestehens der Cession geht, ist zu unterscheiden, ob vom Präjudizialkläger Thatsachen verneint werden, die einen speziellen gesetzlichen Entstehungsgrund der Cession bilden, oder ob er sich auf Einredethatsachen stützt. Im ersten Falle liegt es dem beklagtischen Cessionar ob, die rechtserzeugenden Thatsachen, d. h. die Thatsachen, welche den speziellen Entstehungsgrund der Cession bilden, zu beweisen. Im zweiten Falle dagegen hat der Kläger die Einredethatsachen, also im Wesentlichen die rechtshindernden und die rechtsvernichtenden Thatsachen, zu beweisen. [1])

Die folgenden zwei Beispiele werden die Sache klarer stellen.

A erhebt gegen B eine negative Feststellungsklage, wodurch eine vom letztern behauptete Cession einer Forderung von Fr. 1000 auf C gerichtlich als nichtbestehend erklärt werden soll. Wenn nun bei diesem Präjudizialstreite der klägerische Cedent behauptet, dass nicht, wie der beklagtische Cessionar sagt, eine Forderung auf C, sondern eine solche auf X Gegenstand der Cession sei, so liegt in der daherigen Behauptung des Cedenten die Negation einer juristischen Thatsache, welche ein spezifisches Erforderniss für die Entstehung der in Frage liegenden streitigen Cession der Forderung auf C bildet. Diese Annahme findet ihre Begründung in dem Umstande, dass zu den spezifischen Erfordernissen des rechtlichen Verhältnisses der Cession eine Forderung

---

[1]) Mit dieser Anschauung stimmen überein beinahe alle Civilisten, welche sich mit der Frage eingehender beschäftigen, namentlich Dernburg, Preuss. Privatrecht, 3. Aufl. I 278. Weismann, Feststellungsklage S. 164; und die Praxis des Reichsgerichts, Entsch. v. 13. April 1883 in Seuffert Archiv, XXXVIII Nr. 297.

gehört, welche dem Cedenten einem Dritten gegenüber zusteht. Die unabweisbare Folge hievon ist, dass derjenige, welcher die Existenz der streitigen Cession der Forderung auf C behauptet, den Beweis hiefür zu übernehmen hat. Demnach hat also in unserem Falle der beklagtische Cessionar darzuthun, dass ihm die Forderung auf C von A abgetreten resp. übertragen worden sei.

Die negative Feststellungsklage des Cedenten A gegen den Cessionar B auf Nichtbestehen der Cession kann vom erstern auch damit begründet werden, dass das Cessionsgeschäft als rechtsungültig sich erweise, weil es von ihm, dem Cedenten, im Zustande der Handlungsunfähigkeit abgeschlossen worden sei. Wird dies vom beklagtischen Cessionar bestritten, so hat nicht der letztere zu beweisen, dass der klägerische Cedent bei dem Abschlusse des Cessionsgeschäftes handlungsfähig gewesen, sondern den Beweis der Handlungsunfähigkeit des Cedenten im genannten Momente hat dieser selbst zu übernehmen. Die Fixirung der Beweislast im angegebenen Sinne rechtfertigt sich im Hinblick auf den Umstand, dass durch den Einwand des Cedenten, dass er handlungsunfähig sei, nicht Thatsachen, welche einen spezifischen Entstehungsgrund der Cession bilden, in Frage gestellt werden, sondern die Entstehung des Cessionsverhältnisses aus einem Grunde vereitelt werden soll, der regelmässig bei jedem Rechtsgeschäfte eine hindernde Wirkung ausübt. Daher wird durch die Behauptung der Handlungsunfähigkeit des Cedenten das Vorhandensein eines allgemeinen Erfordernisses, das zur Perfektion jedes Rechtsgeschäftes regelmässig nothwendig ist, und nicht ein spezielles Erforderniss des Cessionsgeschäftes angefochten. Demgemäss ist das Vorhandensein des allgemeinen Erfordernisses als Regel und der Mangel eines solchen als Ausnahme zu betrachten, in Folge dessen derjenige, welcher sich auf die Ausnahme beruft, also in unserem Falle der klägerische Cedent dieselbe zu beweisen hat. Die Ansicht, nach welcher die Frage der Beweislast auf den Gegensatz der Regel und Ausnahme gestellt wird, hat ausser bei Bethmann-Hollweg, Versuche S. 350 ff. auch

bei einer Reihe von modernen Schriftstellern, die überhaupt unserer Frage spezielle Aufmerksamkeit schenken, wie Reinhold, Lehre vom Klagegrund S. 37, Römer, Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 17 f., Unger, System d. österr. Privatrechtes, II § 123 Anm. 23 ihre Vertheidiger gefunden.

Berichtigung.

Auf S. 286 ist in der Ueberschrift A zu setzen: Haftbarkeit des Cedenten.

Anzeige

betr. die Preisaufgabe des schweiz. Juristenvereins.

Der Präsident des schweizerischen Juristenvereins bringt anmit denjenigen Juristen, welche Abhandlungen über die für 1890 aufgestellte Preisfrage (Pressfreiheit nach Bundesrecht etc.) einzureichen gedenken, zur Kenntniss, dass die Arbeiten deren Umfang sechs Druckbogen übersteigen, vom Wettbewerbe nicht unbedingt ausgeschlossen sind. Es ist indes höchst wünschbar, dass diese Grenze nicht überschritten werde und die Generalversammlung wird hierauf Rücksicht nehmen, bevor sie den Druck der preisgekrönten Arbeiten auf Vereinskosten beschliessen würde.