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: 25 (1906)

Artikel: Indossament und Cession bei der Verpfändung von Ordrepapieren

Autor: Wieland, Alfred

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896573

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: 07.01.2026

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

Indossament und Cession bei der Verpfändung von Ordrepapieren.

Von Dr. Alfred Wieland in Basel.

Einleitung.

Die meisten Namenaktien weisen auf ihrer Rückseite ein Formular für Uebertragungen auf. Seine Fassung lautet etwa: Uebertragung, Cession, übertragen an, bon pour cession, Cedent, Cessionar etc. Beim Verkauf der Aktie wird in der Praxis fast immer dieses Formular benützt. Ebenso vollzieht sich auch ihre Verpfändung in der Regel durch einfache Ausfüllung dieses Formulares mit dem Namen der Kontrahenten, oder doch mit demjenigen des Verpfänders, sei es mit, sei es ohne Ausstellung eines besonderen Pfandvertrages.

Dem Bundesgerichte lag im Jahre 1894 folgender Fall zur Entscheidung vor.[1])

Der Schuldner hatte dem Gläubiger eine Anzahl Namenaktien zu Pfand übergeben. Auf der Rückseite war die Formel „bon pour cession" mit dem Namen des Rechtsvorgängers des Verpfänders unterzeichnet. Dagegen fehlte auf der Aktie sowohl die Unterschrift des letzteren, als auch diejenige des Gläubigers. Wohl aber bestand daneben ein schriftlicher Pfandvertrag.

Das Bundesgericht hat dem Pfandrechte des Gläubigers, und zwar aus folgenden Gründen die Anerkennung versagt.

Die Namenaktie ist ein Ordrepapier. Ordrepapiere können laut Art. 214 O. R. nur durch Uebergabe des indossierten Papieres verpfändet werden. Ein Blankoindossament würde

---

[1]) Bundesg. E. Bd 20 S. 914 fg.

zwar genügen, aber eine Blancocession ist kein Blankoindossament. Zwischen dem Indossament und der Cession besteht nämlich trotz aller Verwandtschaft der wesentliche Unterschied, dass das Indossament zwar Eigentum übertragen kann, nicht aber muss, die Cession dagegen notwendigerweise die Uebertragung zu Eigentum bedingt. Jedenfalls ist also ein Indossament zu Pfandzwecken mit der Bezeichnung „Cession" unvereinbar.

Das Obergericht von Zürich hat neulich folgender analoge Fall beschäftigt.[2])

Der Schuldner hatte dem Gläubiger eine Anzahl Namenaktien als Pfand übergeben, welche auf den Namen seiner Schwiegermutter lauteten. Der mit „Uebertragung" überschriebene Vermerk „Cediert an," auf der Rückseite der Aktie, war von der Schwiegermutter des Schuldners unterzeichnet. Die Unterschrift des letztern dagegen, sowie diejenige des Gläubigers fehlte auch hier auf der Aktie. Daneben existierte wiederum ein schriftlicher Pfandvertrag.

Auch das Zürcher Obergericht hat dem Gläubiger das Pfandrecht an den Aktien abgesprochen, und zwar im wesentlichen aus den schon vom Bundesgerichte angeführten Gründen. Nur der Unterschied scheint zwischen den beiden Urteilen zu bestehen, dass im Gegensatze zum Bundesgericht das Zürcher Gericht die Möglichkeit anerkennt, dass an sich ein Indossament auch mit der Bezeichnung „Cession" verträglich ist. Dagegen wird auch in seinem Urteile daran festgehalten, dass Cession Uebertragung zu Eigentum bedeutet und daher keinesfalls ein Indossament zum Zwecke der Verpfändung darstellen kann.

Beiden Urteilen liegt somit folgende Auffassung zu Grunde.

Die Parteiintention ging auf Verpfändung der Aktien. Ein gültiges Pfandrecht ist aber nicht zustande gekommen, weil ein wesentliches Formerfordernis fehlt, nämlich ein Indossament.

Dem Urteile des Zürcher Gerichtes muss ausserdem folgender Gedankengang zugeschrieben werden:

---

[2]) Bl. für Zürcher Rechtspr. von 1905, Nr. 139.

Andererseits wurde der Gläubiger aber auch nicht Eigentümer der Aktien, obschon formell das Eigentum auf ihn übertragen wurde, denn darauf war die Parteiintention nicht gerichtet.

Dieser Gedanke gelangt zwar im Urteil nicht zum Ausdrucke, muss aber zweifellos als Meinung des Gerichtes ergänzt werden. Denn da in diesem Falle im Gegensatze zum bundesgerichtlichen der papiermässige Eigentümer die Aktie an den Gläubiger blanko cediert hatte, lag formell eine Uebertragung zu Eigentum vor.[3]) Wenn das Gericht gleichwohl an der Frage nach der Bedeutung dieser Eigentumsübertragung stillschweigend vorbeiging, so kann der Grund nur darin liegen, dass ihm der Parteiintention wegen ein Eigentumserwerb des Gläubigers von vornherein als ausgeschlossen erschien.

Diese Urteile, namentlich dasjenige des Zürcher Gerichtes, welches in der Presse verbreitet wurde, haben in den beteiligten Kreisen eine grosse Bestürzung hervorgerufen. So wurde unter anderm geltend gemacht, dass diese Praxis die Lombardierung von Namenaktien überhaupt unmöglich mache.

Dem Anscheine nach liegt allerdings ein einfacher Ausweg darin, dass die Parteien die Worte „Cession“ etc. durchstreichen und durch die Bezeichnung „Indossament“ oder einen gleichwertigen Ausdruck ersetzen. Wer aber die Abneigung der kaufmännischen Kreise gegen derartige „Havarien“ von Wertpapieren kennt,[4]) wird in der Tat damit rechnen müssen, dass vielfach eher auf eine Verpfändung von Namenaktien verzichtet, als dass zu einem solchen Hilfsmittel gegriffen wird.

Die Frage nach der Richtigkeit dieser Urteile, die wohl, wenigstens für die Schweiz, die herrschende Meinung darstellen, ist also für die beteiligten Kreise von grosser praktischer Bedeutung. Sie bietet aber ausserdem ein erhebliches

---

[3]) Dass die Blancocession genügt, ist heute wohl herrschende Meinung. Vergl. Dernburg, d. bürg. Recht des D. Reichs und Preussens, Bd 2, S. 345 fg.

[4]) Vergl. z. B. Neue Zürcher Zeitung vom 4. Okt. 1905, Nr. 275, 1. Abendblatt..

theoretisches Interesse, weil für ihre Beantwortung der Unterschied zwischen Indossament und Cession bei Ordrepapieren von praktischer Bedeutung wird, was sonst nur selten der Fall ist.

---

1. Die Verpfändung des Ordrepapieres durch Indossament.

Art. 214 O. R. lautet: „Zur Verpfändung von Wechseln und andern Ordrepapieren ist die Uebergabe des indossierten Papiers an den Faustpfandgläubiger erforderlich.“ Somit ist den citierten Urteilen darin ohne weiteres beizustimmen, dass nach O. R. das Indossament für die Verpfändung von Ordrepapieren zweifellos obligatorisch und nicht nur fakultativ ist.

De lege ferenda ist dieser Standpunkt des O. R. freilich anfechtbar. Hinsichtlich der Uebertragung von Namenaktien bestimmt nämlich Art. 637 nur, dass diese durch Indossament geschehen kann. Wenn aber bei der Uebertragung im Allgemeinen das Indossament nicht obligatorisch ist, so wäre zu erwarten, dass es auch bei der Verpfändung, welche doch nur einen Spezialfall der Uebertragung darstellt, gleichfalls nur fakultativ sein sollte. Gleichwohl ist aber der Wortlaut von Art. 214 so bestimmt, dass kein Zweifel an seinem Sinne möglich ist.

Der Einwand der Parteien in einem der zitierten Fälle, dass auch zur Verpfändung von Namenaktien diejenige Form genügen müsse, welche für die Verpfändung einfacher, d. h. nicht in Wertpapieren verkörperter Forderungen vorgesehen ist, also schriftliche Beurkundung, Anzeige an den Schuldner und Uebergabe des Titels, ist übrigens noch aus einem andern Grunde unhaltbar. Die Aktie stellt ja kein Forderungsrecht, sondern ein Mitgliedschaftsrecht dar, so dass für ihre Verpfändung keinesfalls auf die Formalitäten verwiesen werden kann, welche für die Verpfändung von einfachen Forderungen vorgeschrieben sind. Dass es zur Verpfändung der Namenaktie nach O. R. des Indossamentes bedarf, unterliegt also keinem Zweifel.

Somit steht und fällt die Frage, ob der Gläubiger in den erwähnten Fällen ein gültiges Pfandrecht besass, in der Tat, wie beide Gerichte übereinstimmend annehmen, mit der Anerkennung oder Nichtanerkennung der Bezeichnung Cession als Indossament. Im Hinblicke auf die angeführte Meinungsverschiedenheit, welche in anderer Beziehung zwischen den beiden Urteilen zu bestehen scheint, wird unsere Untersuchung freilich folgende zwei Fragen auseinander zu halten haben:

1. Kann unter der Bezeichnung „Cession" überhaupt kein Indossament verstanden werden, wie das Bundesgericht anzunehmen scheint?

2. Oder ist mit dieser Benennung nur das Indossament zum Zwecke der Verpfändung unverträglich, was der Ansicht des Zürcher Gerichtes entsprechen dürfte?

A. Cession und Indossament im Allgemeinen.

Hinsichtlich der Form des Indossamentes im Allgemeinen gelten laut O. R. Art. 844 für alle Ordrepapiere die einschlägigen Bestimmungen des Wechselrechtes, also die Art. 729, 730, 731 O. R. Demnach muss das Indossament auf dem Titel selbst stehen. Auf der Rückseite genügt auch die einfache Unterschrift des Veräusserers, das sogenannte Blancoindossament, und zur Weiterbegebung eines blanco indossierten Titels ist die Ausfüllung des Indossamentes nicht erforderlich. Andere Formvorschriften kennt das O. R. nicht.

Demnach hätte sowohl in dem vom Bundesgerichte, als auch in dem vom Zürcher Obergerichte behandelten Fall ein gültiges Indossament vorgelegen, wenn nur die vorhandene Unterschrift, aber ohne den Zusatz „bon pour cession," resp. „zediert an" vorgelegen hätte. Im bundesgerichtlichen Falle hatte es sich um die Weiterbegebung einer blanco indossierten Aktie durch den Blancoindossatar ohne Ausfüllung des Blancoindossamentes gehandelt, im Falle des Zürcher Obergerichtes um das Blancoindossament des papiermässig legitimierten Eigentümers der Aktie. In beiden Fällen ist also ausschliesslich der Beisatz „bon pour cession" resp. „zediert an" die

Ursache, warum der vorhandenen Unterschrift die Bedeutung eines rechtsgültigen Indossamentes abgesprochen wurde, welche ihr ohne Zusatz zweifellos zuerkannt worden wäre. Demnach muss zunächst die Frage entstehen, wie denn bei Namenaktien ein Indossament im Allgemeinen, noch ganz abgesehen von demjenigen zu Pfandzwecken, in Worte gefasst werden muss, wenn die Parteien sich nicht mit dem einfachen Blancoindossament begnügen wollen.

Nun stammt der Name des Indossamentes zwar daher, dass es in der Regel auf der Rückseite des Ordrepapieres angebracht wird. Darin liegt aber lediglich eine Aeusserlichkeit, welche mit seiner materiell-rechtlichen Bedeutung nichts zu tun hat. Letztere liegt vielmehr darin, dass das Indossament die Ordre oder doch eine Form für die Ordre darstellt, von welcher die Ordrepapiere ihren Namen ableiten. „Ordrepapiere sind Wertpapiere, die eine bestimmte Person oder jede andere Person, an die zu erfüllen jene anordnen wird, als berechtigt bezeichnen.“[5]) Also stellt das Indossament die Anordnung, Ordre dar, welche dem Schuldner den neuen Gläubiger bezeichnet.

Wo das Indossament am bekanntesten ist, beim Wechsel, lautet es etwa folgendermassen: „für mich an die Ordre von,“ „für mich an,“ oder auch nur „an,“ ferner: „zahlen Sie an,“ „dem Herrn N. N.,“ „der Ordre der Herren N. N.“ etc.[6])

Zu ergänzen sind da überall Worte wie: „zahlen Sie,“ „leisten Sie,“ „erfüllen Sie,“ oder gleichwertige Ausdrücke, welche eine Anweisung oder eine Ermächtigung an den Schuldner enthalten, an die mit Namen genannte Person zu leisten.

Dabei handelt es sich aber nur um eine Anweisung, resp. Ermächtigung formeller Art. Denn materiell bezweckt das Indossament sowohl beim Wechsel als auch bei allen andern an Ordre gestellten Forderungspapieren vornehmlich die Uebertragung der Rechte aus dem Ordrepapier auf den Indossatar.

---

[5]) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd 2, S. 142.

[6]) Grünhut, Wechselrecht, Bd 2, S. 94, Anm. 5.

Diese Einkleidung der Uebertragungserklärung in eine Anweisung an den Schuldner erklärt sich aus rein äusserlichen Gründen. Da nämlich der Text der Forderungspapiere an Ordre in der Regel die Form einer Anweisung aufweist, so liegt auch bei ihrer Uebertragung die Bezugnahme auf diesen Text, d. h. die Erteilung einer weiteren Anweisung an den Schuldner nahe. Grundsätzlich muss aber auch bei Forderungspapieren an Ordre jede auf Rechtsübertragung gerichtete Erklärung als Indossament genügen, sofern sie auf dem Papiere selbst steht. Andere Formvorschriften kennt ja das Gesetz nicht. Die sogenannte Transportfunktion des Indossamentes, d. h. seine Bedeutung als Mittel zur Rechtsübertragung, ist aber die primäre, zu welcher nur sekundär andere, wie z. B. die Garantiefunktion beim Wechsel noch hinzukommen.[7]) Die Ausbildung weiterer Formalitäten durch die Praxis wäre umso weniger gerechtfertigt, als beispielsweise Grünhut[8]) zutreffend bemerkt, dass, je mehr Formvorschriften für das Indossament aufgestellt werden, desto leichter eine Unregelmässigkeit in seiner Abfassung einen gutgläubigen Erwerber um seine Rechte bringen kann. Namentlich muss für das Indossament des O. R. von allem Formalismus abgesehen werden, weil hier schon das Blancoindossament, d. h. die einfache Unterschrift des Indossanten auf der Rückseite des Papiers, als Indossament genügt.

Ist aber schon für die an Ordre gestellten Forderungspapiere die übliche, auf eine Anweisung an den Schuldner gerichtete Ausdrucksweise nur Formsache, von materieller Bedeutung dagegen ausschliesslich die auf Rechtsübertragung gerichtete Erklärung irgend welcher Art, so muss dieser Gesichtspunkt erst recht beim Indossamente der Mitgliedschaftspapiere an Ordre beachtet werden, zu denen auch die Namenaktie gehört.

Bei diesen Papieren hatte ja von jeher, und hat in der Hauptsache heute noch, das Indossament lediglich die Bedeutung einer

---

[7]) Gierke, a. a. O. S. 150.

[8]) a. a. O. S. 194, Anm. 1.

vereinfachten Uebertragungsform.[9]) Im Gegensatze zu den Forderungspapieren ist bei den Mitgliedschaftspapieren die Möglichkeit ihrer Indossierung erst vor relativ kurzer Zeit anerkannt worden. Da diese Art Papiere in gleicher Weise wie etwa der Wechsel für den Verkehr bestimmt sind, so erschien im Laufe der Zeit eine Vereinfachung der Uebertragungsformen auch bei ihnen erwünscht. Und darum dehnte zuerst die Praxis, dann auch die Gesetzgebung, den Gebrauch des von den Forderungspapieren her bekannten Indossamentes auch auf diese Gruppe von Papieren aus.[10])

Hier blieb aber die Rolle des Indossamentes noch lange Zeit auf die Vereinfachung der Uebertragungsform beschränkt, als ihm bei Forderungspapieren an Ordre schon längst die Bedeutung zukam, die Rechte aus dem Papiere scripturmässig zu übertragen. So z. B. galt noch im alten D. H. G. B. für Namenaktien, trotzdem sie bereits indossabel waren, der Satz, dass niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat. Auch der gutgläubige Erwerb durch Indossament schützte also nicht gegen die Vindication von Seite des Eigentümers der Aktie. Demnach hatte damals noch das Indossament lediglich die Bedeutung einer vereinfachten Uebertragungsform.

Im O. R. und auch im neuen D. H. G B. hat freilich das Indossament auch bei Namenaktien die weitere Rechtswirkung, dass es den gutgläubigen Indossatar gegen die Vindikation des Eigentümers schützt. Hier bedingt also das Indossament nicht nur eine Vereinfachung, sondern auch eine materiellrechtliche Verbesserung des Rechtserwerbs gegenüber den Uebertragungsformen des gemeinen Rechtes. Gleichwohl kommt aber auch hier der Transportfunktion des Indossamentes die Hauptbedeutung zu, so dass der für Forderungspapiere vorhin aufgestellte Satz auch für die Mitgliedschaftspapiere gelten muss, dass nämlich in jeder auf Uebertragung gerichteten Erklärung ein Indossament zu erblicken ist.

---

[9]) Brunner in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Bd 2, S. 191.

[10]) Behrend, Die unvollkommenen Ordrepapiere, insbesondere die indossable Namenaktie, S. 12.

Formvorschriften bestehen auch hier nicht. Dazu kommt, dass naturgemäss die bei Forderungspapieren übliche Form der Anweisung oder Ermächtigung an den Schuldner bei den Mitgliedschaftspapieren schon aus praktischen Gründen keinen Sinn hat. Ob z. B. die Aktiengesellschaft dem Aktionär oder der letztere der erstern etwas schuldet, ist ganz ungewiss.[11]) Darum wird sich auch niemand bei der Uebertragung einer Aktie der Form einer Anweisung oder Ermächtigung an die Aktiengesellschaft bedienen. Vielmehr wird formell und materiell die Erklärung stets auf einfache Rechtsübertragung gerichtet sein.

Von dieser Bedeutung des Indossamentes ist also auszugehen, wenn die Frage entsteht, ob die Bezeichnung „Cession" bei Namenaktien mit einem Indossament verträglich ist oder nicht.

Nun kann das Wort „Cession" bei der Abtretung von Aktien allerdings nur in übertragenem Sinne verwendet werden. In juristischem Sinne zedieren kann man nur Forderungen, nicht Mitgliedschaftsrechte. Die Cession überträgt bei Forderungen die Gläubigerschaft, bei Aktien das Eigentum oder doch die Legitimation als Eigentümer. Immerhin ist aber auch bei Aktien von Alters her die Bezeichnung „Cession" für ihre Uebertragung üblich, und zwar nicht nur in der Verkehrs-, sondern auch in der Rechtssprache.[12]) Aus dieser Tatsache folgt nun, nicht allein, dass mit Cession sehr wohl ein Indossament bezeichnet werden kann, sondern auch, dass bei Aktien diese Ausdrucksweise sogar die denkbar beste ist, um ein Indossament darzustellen. Das Indossament bezweckt die Uebertragung der Rechte aus der Aktie. Diese Uebertragung nennt

---

[11]) Die Form der Namenaktie ist in der Praxis namentlich da beliebt, wo das Aktienkapital noch nicht voll einbezahlt ist, und zwar nur so lange, als die volle Einzahlung nicht erfolgt ist, denn nachher findet häufig die Umwandlung in Inhaberaktien statt. Der Verkauf von Namenaktien bedingt also in der Regel auch die Uebernahme einer Schuld gegenüber der Aktiengesellschaft.

[12]) Brunner a. a. O. S. 189, Jakobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Rechte des Deutschen Reiches, S. 353.

man jedenfalls da, wo sie nicht durch Indossament geschieht, Cession. Warum soll also Cession nicht auch die Rechtsübertragung durch Indossament bezeichnen? Formvorschriften bestehen ja nicht, auch nicht etwa in dem Sinne, dass die Uebertragung durch Indossament sich von derjenigen ohne Indossament irgendwie in der Ausdrucksform unterscheiden soll. Dieses Bedürfnis ist im Verkehr offenbar nie entstanden und darum auch in keinem Gesetze beachtet worden. Genügt aber jede auf Rechtsübertragung gerichtete Erklärung als Indossament, sofern sie nur auf dem Papiere selbst steht, und ist andererseits nirgends bestimmt, dass die Rechtsübertragung ohne Indossament wirksam nur ausserhalb des Titels erklärt werden kann, so ist nicht nur möglich, sondern sogar notwendig, dass eine und dieselbe Erklärung an sich sowohl den Rechtsübergang mit, als auch denjenigen ohne Indossament darstellen kann.[13]) Demgemäss ist kein Grund ersichtlich, warum ein Indossament nicht auch mit „Cession" bezeichnet werden darf.

Dieser Einsicht hat sich denn auch das Zürcher Obergericht im Gegensatze zum Bundesgerichte nicht verschliessen können. Dagegen halten beide Gerichte übereinstimmend daran fest, dass „Cession" keinesfalls ein Indossament zu Pfandzwecken darstellen kann. Und zwar soll, wie oben betont, der Grund darin liegen, dass Cession Uebertragung zu Eigentum, das Indossament zu Pfandzwecken aber nur ein Pfandrecht bedingt. Demnach handelt es sich nunmehr um die weitere Frage, ob die Bezeichnung „Cession" wenigstens mit einem Indossamente zu Pfandzwecken unvereinbar ist.

B. Cession und Indossament zum Zwecke der Verpfändung.

1. Schon vom Standpunkte der Cessionslehre aus ist aber das von der herrschenden Meinung für durchschlagend erachtete Argument anfechtbar. Die neuere Doktrin weist ja einstimmig darauf hin, dass gerade wie bei der Uebereignung körperlicher Sachen, so auch bei der Cession von Forderungen

---

[13]) Nach Dernburg, a. a. O. S. 378, liegt z. B. in einem ungültigen Indossamente stets eine Cession.

zwischen dem Akte und dem Rechtsgrunde der Uebertragung scharf zu unterscheiden ist. Damit hängt beispielsweise die in der Praxis wohlbekannte Tatsache zusammen, dass die Cession fast ebenso oft zur Erteilung einer Inkassovollmacht, als zur Uebertragung der Forderung auf einen neuen Gläubiger verwendet wird. In jenem Falle überträgt aber die Cession, gerade wie das Vollgiro des Wechsels zu Inkassozwecken, ausschliesslich die Vollmacht, die Forderung im eigenen Namen einzutreiben, keineswegs aber das Forderungsrecht selbst. — Demnach ist das Argument der herrschenden Meinung, dass die Cession einer Aktie stets Eigentum überträgt, schon darum unzutreffend, weil im Gebiete des Forderungsrechts, dem der juristische Begriff der Cession entnommen ist, die Cession den Gläubigerwechsel zwar vermitteln kann, nicht aber notwendigerweise bedingt. Tatsächlich verschafft vielmehr die Cession dem Cessionar gerade wie das Indossament dem Indossatar, an sich nur die Legitimation als Gläubiger nach Aussen, nicht aber stets auch das Recht des Gläubigers selbst. Und zwar gilt dieser Grundsatz nicht etwa nur intern, zwischen Cedent und Cessionar, sondern auch im Verhältnisse zum Schuldner, dem ja durch die Inkassocession keinerlei Einreden gegen den Cedenten abgeschnitten werden. Schon vom Standpunkte der Cessionslehre aus ist also das Argument der herrschenden Meinung verfehlt.

2. Doch ist dieser Gesichtspunkt hier nur von nebensächlicher Bedeutung. Viel wichtiger ist der Nachweis, dass die herrschende Meinung auch dann unhaltbar wäre, wenn die Parteien im konkreten Falle in ganz unzweideutiger Weise einen auf Eigentumsübergang gerichteten Ausdruck gewählt hätten, wie etwa: „das Eigentum vorstehender Aktie geht über an N. N.“ oder dergl. Der Hauptirrtum der herrschenden Meinung liegt nämlich keineswegs nur in einer unrichtigen Interpretation des Wortes „Cession“, sondern in einer Verkennung der juristischen Bedeutung des Indossamentes beim Ordrepapiere.

Schon oben wurde ja betont, dass sich die Bedeutung des Indossamentes auch bei den Namenaktien des O. R. nicht

darauf beschränkt, eine von mehreren gleichwertigen Uebertragungsformen darzustellen. Seine juristische Natur ergibt sich vielmehr erst aus dem Gegensatze, in dem es zu den übrigen Uebertragungsformen steht.

Jedes in einem Ordrepapier verbriefte Recht kann ja auf zweierlei Art und Weise übertragen werden. Einmal in derjenigen Form, in welcher es übertragen werden müsste, wenn das Ordrepapier nicht existieren würde. Im Wechselrechte nennt man sie die civilrechtliche Form; andere bezeichnen sie als die Form des bürgerlichen Rechts,[14]) am einfachsten ist vielleicht die Bezeichnung als gemeinrechtliche Uebertragungsform. Ausserdem kann aber jedes in einem Ordrepapier verbriefte Recht auch durch einfache Ordre übertragen werden. Diesem Rechtsübergang durch Ordre dient, wenn vielleicht auch nicht ausschliesslich,[15]) so doch vornehmlich[16]) das Indossament. Die juristische Bedeutung des Indossamentes liegt also darin, dass es im Gegensatze zu den Uebertragungsformen des gemeinen Rechtes diejenige besonders einfache, oder auch in anderer Hinsicht gesetzlich privilegierte Uebertragungsform darstellt, welche zu ermöglichen beabsichtigt ist, wenn über ein bestimmtes Recht ein Ordrepapier ausgestellt wird.

Welcher Art der Rechtsübergang durch Ordre, also z. B. durch Indossament ist, ob konstitutiver oder translativer oder vermischter Art, ist nun allerdings sehr bestritten.[17]) Doch kommen alle diese Kontroversen hier nicht in Betracht. Für unsern Zweck genügt die Feststellung der Tatsache, dass das Indossament diejenige gesetzlich privilegierte Uebertragungsform darstellt, welche nur bei den Ordrepapieren, im Gegensatz zu allen andern Rechten, für den Rechtsübergang zulässig ist.

Daraus ergibt sich der Schluss, dass, wenn im konkreten Falle die Frage entsteht, ob eine auf Uebertragung eines

---

[14]) So Gierke a. a. O. S. 147.

[15]) So nach Jakobi, a. a. O. S. 248, Anm. 2.

[16]) So z. B. nach Grünhut, a. a. O. S. 84 fg.

[17]) Vergl. z. B. die verschiedenen Ansichten von Brunner, a. a. O. S. 168 fg.; Dernburg a. a. O. S. 376; Hellwig, Rechtskraft d. Urt., S. 289 fg.

Ordrepapieres gerichtete Erklärung ein Indossament darstellt oder nicht, die Antwort in erster Linie davon abhängen muss, ob die Absicht der Parteien auf gemeinrechtliche oder papiermässige, auf gewöhnliche oder privilegierte Rechtsübertragung durch Ordre gerichtet ist.

Dabei ist aber folgende Eigenschaft des Indossamentes nicht ausser Acht zu lassen.

Während sonst im Obligationenrechte den verschiedenen Arten der Rechtsübertragung auch verschiedene Uebertragungsformen entsprechen, d. h. bei einfachen Forderungen die Verpfändung beispielsweise anderer Formalitäten bedarf, als die Cession etc., so ist die Form der Uebertragung der Rechte aus Ordrepapieren durch Ordre eine und dieselbe, gleichgültig welche spezielle Art der Rechtsübertragung beabsichtigt ist.[18]) Beispielsweise unterscheidet sich das Pfandindossament äusserlich in nichts von jedem andern Indossament. Wie die Rechtswirkung dieser einheitlichen Uebertragungsform durch Ordre zu bestimmen ist, bildet freilich den Gegenstand einer alten Kontroverse.

Die einen sehen z. B. im Indossamente die Uebertragung aller im Ordrepapiere verbrieften Rechte schlechthin. Der Indossatar erwirbt stets das Eigentum an, und die Gläubigerschaft aus dem Papier, gleichgültig ob ihm alle Rechte daraus oder nur ein Teil davon übertragen werden sollen, letzteres z. B. beim Indossamente zu Pfandzwecken oder beim Vollgiro zum Inkasso. In den zwei letzten Fällen, da der Parteiwille nicht auf Uebertragung der vollen Gläubigerschaft gerichtet ist, soll sein Eigentumsrecht allerdings nur ein fiduciarisches sein, d. h. Eigentum nach aussen, Pfandrecht, resp. Auftrag nach innen.

Andere unterscheiden zwischen Gläubigerschaft und Legitimation. Darnach überträgt das Indossament zwar überall die Legitimation, nicht aber immer das volle Recht des Gläubigers. Ob der Indossatar das Letztere erwirbt oder nur

---

[18]) Mit alleiniger Ausnahme des Prokuraindossaments, das aber hier nicht in Betracht kommt.

ein beschränkteres Recht, hängt vielmehr von der Parteiintention ab, welche intern ihre volle Bedeutung behält, und nur extern, d. h. Dritten gegenüber, wenigstens in der Regel, nicht zur Wirkung gelangt.

Welche von diesen beiden Auffassungen, neben denen noch manche andere besteht,[19]) die richtige ist, kommt hier indessen nicht in Betracht. Jedenfalls ist die Form für die Uebertragung der Rechte aus dem Ordrepapier durch Ordre überall dieselbe, also macht auch das Indossament grundsätzlich keinen Unterschied zwischen den einzelnen Arten der Uebertragung.

Die Bedeutung des Indossamentes bei der Uebertragung des Ordrepapieres findet also eine Analogie in derjenigen der Besitzübergabe im Sachenrechte. Damit eine körperliche Sache Jemandem wirksam zu Eigentum, Pfand etc. übergeben werden kann, ist überall die Uebertragung des Besitzes erforderlich, gerade wie beim Ordrepapier für die Rechtsübertragung durch Ordre durchweg das Indossament obligatorisch ist.[20]) So wenig aber die Besitzesübergabe äusserlich erkennen lässt, welches Recht auf den Besitzer übertragen werden soll, so wenig berücksichtigt das Indossament das dem Indossatar zugedachte Recht.

Demnach verkennt die herrschende Meinung die juristische Bedeutung des Indossamentes, wenn sie eine auf Eigentumsübertragung gerichtete Erklärung mit einem Indossamente zu Pfandzwecken für unvereinbar erklärt.

Es ist ja gerade eine Eigentümlichkeit des Indossamentes, dass es diesen Gegensatz grundsätzlich nicht beachtet. Darum schliesst z. B. die auf Eigentumsübergang gerichtete Erklärung ein Indossament nicht aus, sondern stellt umgekehrt gerade eine typische Ausdrucksform für das Indossament dar. Die Entstehung eines Pfandrechts andererseits verlangt ebenso wenig ein spezielles Pfandindossament, sondern nur ein In-

---

[19]) Werthauer, in Grünhuts Zeitschrift, Bd 13, S. 586 fg.

[20]) Oder eine andere Form der Rechtsübertragung durch Ordre. Praktisch kommt nur das Indossament vor; bei der Verpfändung ist es nach O. R. auch die alleinige rechtlich zulässige Form.

dossament im Allgemeinen; also genügt auch ein auf Eigentumsübergang hinweisendes Indossament zur Verpfändung eines Ordrepapieres.

Das Resultat ist also folgendes: Ist im konkreten Falle ungewiss, ob ein Indossament vorliegt oder nicht, so hängt der Entscheid ausschliesslich von der Frage ab, ob gemeinrechtliche oder papiermässige Rechtsübertragung beabsichtigt ist. Im erstern Falle liegt ein Indossament nicht vor, dagegen im letztern.

Liegt ein Indossament nicht vor, dann allerdings, aber auch nur dann wird für die Rechtsgültigkeit der Uebertragung die weitere Frage von Bedeutung, welchen Zweck die Parteien im Auge hatten. Entspricht nämlich die gewählte Form der Parteiintention nicht, ist beispielsweise die Form der Verpfändung gewählt, obschon Abtretung beabsichtigt war, so ist ein Rechtsgeschäft nicht zu Stande gekommen. Liegt dagegen ein Indossament vor, so kommt jene weitere Frage nicht mehr in Betracht, weil das Indossament zwischen den einzelnen Arten der Rechtsübertragung keinen Unterschied macht.

Die entgegengesetzte Auffassung der herrschenden Meinung ist also ebenso unrichtig, wie wenn dem Pfandbesitzer Besitz abgesprochen würde, weil ihm der Pfandschuldner Eigentum übertragen wollte. Wie für den Besitz die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache genügt, gleichgültig welches Recht dem Besitzer zugedacht ist, so reicht auch für das Indossament die Erklärung hin, die Rechte aus dem Ordrepapiere durch Ordre übertragen zu wollen. Dagegen kommt für das Indossament nicht in Betracht, ob das dem Indossatar zugedachte Recht angegeben wird oder nicht, und wenn es angegeben wird, ob es in richtiger oder unrichtiger Weise geschieht.[21]) Demnach ist die Bezeichnung „Cession“ auch mit einem Pfandindossamente sehr wohl vereinbar.

---

[21]) Dabei wird allerdings von der Auffassung ausgegangen, dass im Sinne der Parteien auch ein ausdrücklicher Hinweis auf Eigentumsübergang nur als Indossament allgemeiner Art aufzufassen sei, in Uebereinstimmung mit der rechtlichen Bedeutung des Indossamentes und auch mit der Verkehrssprache, die ja vielfach die Begriffe „übertragen“ und „zu Eigentum über-

C. Indossament und gemeinrechtliche Uebertragungsform.

In den beiden Fällen des Bundesgerichtes und des Obergerichtes von Zürich war also hinsichtlich der Gültigkeit des Pfandrechtes schon die Fragestellung eine unrichtige. Nicht darauf kam es an, ob die Bezeichnung „Cession" bei Aktien Uebertragung zu Eigentum bedingt oder nicht, sondern ausschliesslich darauf, ob darunter die gemeinrechtliche oder die papiermässige Rechtsübertragung durch Ordre zu verstehen ist. Im ersten Falle war ein Pfandrecht nicht zu Stande gekommen, weil das O. R. für die Verpfändung von Ordrepapieren nur die Form der Rechtsübertragung durch Ordre gestattet. Im

---

tragen" einander gleichstellt. Selbst wenn man aber dem Hinweise auf Eigentum einen speziellen Wert beimessen will, also einen den Zweck des Indossamentes präzisierenden Zusatz, analog der Bedeutung, welche man heute dem ausdrücklich nur auf Verpfändung lautenden Indossamente beilegt (so z. B. Jakobi, a. a. O. S. 56, entgegen Laband in der Ztschr. f. H. R. Bd 9, S. 245, aber auch entgegen Dernburg und Biermann, Commentar zum Sachenrechte), so bleibt praktisch, wenn auch nicht theoretisch das Resultat dasselbe. Dann wird der Indossatar zwar nicht Pfandgläubiger, sondern Eigentümer, aber allerdings nur fiduziarischer Eigentümer des Ordrepapiers (im Sinne von Anm. 29, auf S. 376 unten). Nach Aussen zwar kann er dann über das Papier frei wie ein Eigentümer verfügen, was für den Pfandgläubiger auch beim Ordrepapier zum mindesten bestritten ist. Nach innen bleibt er aber auch in diesem Falle, gemäss den Grundsätzen des fiduziarischen Eigentums (vergl. unten S. 375 fg.), an das interne Rechtsverhältnis mit dem Indossanten gebunden. Praktisch ist also das Resultat dasselbe. Im einen wie im andern Falle ist das Recht des Gläubigers ein dingliches, entweder Pfandrecht oder (fiduziarisches) Eigentum, während ihm die herrschende Meinung beides absprechen will. Gierke a. a. O. S. 151 führt beispielsweise aus, dass an sich das Vollindossament dem Pfandgläubiger ein Pfandrecht mit der Stellung eines Treuhänders verschaffe. Wenn dagegen speziell Uebergang von Eigentum beabsichtigt sei, so erhalte er fiduziarisches Eigentum. Theoretisch ist dieser Unterschied zweifellos möglich. Praktisch wird er aber kaum vorkommen, weil die Ausdrucksweise der Parteien, auch wenn sie ausdrücklich auf Uebertragung zu Eigentum hinweist, sich in der Regel gerade daraus erklären wird, dass ihrer Auffassung nach Indossament und Uebertragung zu Eigentum synonyme Begriffe darstellen, also das Wort Eigentum nur zu Hilfe genommen ist, um ein Indossament zum Ausdrucke zu bringen. Jedenfalls ändert aber auch die entgegengesetzte Interpretation der Parteiintention an unserm Resultate nichts.

zweiten Falle lag dagegen ein Indossament, und darum auch ein gültiges Pfandrecht vor.

Die Antwort auf die entscheidende Frage nun, welche Art Rechtsübertragung, ob diejenige mit, oder diejenige ohne Ordre unter der Bezeichnung „Cession“ zu verstehen ist, ist allerdings nicht ganz einfach.

Einerseits nämlich verwendet die Rechtssprache den Ausdruck „Cession“ gerne zur Bezeichnung der gemeinrechtlichen Rechtsübertragung gerade um den Gegensatz zu derjenigen durch Ordre zu betonen.[22]) Man sagt z. B., dass der Wechsel sowohl cediert als auch indossiert werden kann. Dabei wird unter „Cession“ die gemeinrechtliche Uebertragung verstanden, welche man beim Wechsel speziell als civilrechtliche zu bezeichnen pflegt, und unter Indossament die Uebertragung durch Ordre. Ebenso wird auch speziell bei Namenaktien, wie schon oben betont, der Ausdruck „Cession“ in der Rechtssprache vorzugsweise für die gemeinrechtliche Uebertragungsform gebraucht. Im Sinne der Rechtssprache würde also der von den Parteien verwendete Ausdruck „Cession“ auf die gemeinrechtliche Uebertragungsform hinweisen, so dass in der Tat ein Pfandrecht nicht zu Stande gekommen wäre, da dieses der Uebertragung der Rechte durch Ordre bedarf.

Andererseits ist aber nicht zu übersehen, dass der Verkehrssprache derartige subtile Unterschiede der Rechtssprache vielfach unbekannt sind. So kommt es bekanntlich häufig vor, dass die Worte verpfänden und deponieren als gleichwertig verwendet werden, obschon sie rechtlich ganz verschiedene Bedeutung haben. Noch viel eher ist aber anzunehmen, dass den Parteien die spezifisch juristische Bedeutung des Wortes „Cession“ bei der Uebertragung von Ordrepapieren nicht bewusst ist. In dieser Bezeichnung kommt zwar deutlich die Absicht auf Rechtsübertragung zum Ausdrucke. Ob aber Rechtsübertragung durch oder ohne Indossament gemeint ist, lässt sich dem Worte „Cession“ allein sicherlich nicht entnehmen.

---

[22]) Vergl. z. B. Brunner a. a. O. S. 173.

Die Entscheidung muss also anderswo liegen und da ist in erster Linie an die verschiedenen praktischen Konsequenzen zu erinnern, welche die Uebertragung mit von derjenigen ohne Indossament unterscheiden. Denn da ja nach dem Gesetze ein äusserlicher Unterschied zwischen den beiden Uebertragungsarten nicht besteht, das Wort „Cession" z. B. sowohl die eine als auch die andere bezeichnen kann, so muss die Entscheidung ausschliesslich von der mutmasslichen Parteiintention abhängen. Und diese wird in erster Linie durch die Verschiedenheit der praktischen Rechtsfolgen bestimmt sein.

Nun ist diese Differenz der praktischen Konsequenzen aber eine verschiedene, je nach der juristischen Natur der einzelnen Ordrepapiere.

Auch das O. R. kennt ja verschiedene Arten von Ordrepapieren, wenigstens zwei: vollkommene und unvollkommene. Zu den erstern gehört z. B. der Wechsel, zu den letztern die Namenaktie. Bei beiden ist die Rechtswirkung des Indossamentes eine verschiedene. Aber auch bei den unvollkommenen Ordrepapieren kann die Bedeutung des Indossamentes wiederum verschiedener Art sein. So hat das Indossament beispielsweise eine andere Rechtswirkung bei den Namenaktien des O. R. als bei denjenigen des alten Deutschen H. G. B. Es liegt also der Gedanke nahe, dass diese Verschiedenheit des Indossamentes hinsichtlich seiner Rechtswirkungen auch bei der Frage nach seinem Vorhandensein beachtet werden muss.

Bei den Namenaktien des alten D. H. G. B. beispielsweise hat das Indossament lediglich die Bedeutung einer Vereinfachung der Uebertragungsform. Statt dass der Aktiengesellschaft ein schriftlicher Vertrag oder ein anderer umständlicher Beweis für die Rechtsübertragung vorgelegt werden muss, genügt der einfache Uebertragungsvermerk auf der Aktie. Eine andere Bedeutung kommt dem Indossamente nicht zu.[23]) Darum

[23]) Von der Notwendigkeit der Prüfung der Legitimation des Aktionärs ist die Aktiengesellschaft nicht nur beim Erwerb durch Indossament, sondern auch bei demjenigen durch Cession entbunden (O. R. Art 637), so dass dem Indossamente in dieser Hinsicht bei Aktien keine privilegierte Stellung zukommt.

wird man bei den Namenaktien des alten D. H. G. B. ohne Weiteres geneigt sein, in jeder Uebertragungserklärung auf dem Titel selbst ein Indossament zu erblicken. Schon die Tatsache, dass der Vermerk auf dem Titel selbst steht, weist zur Genüge auf die Absicht der Indossierung hin, weil diese sich nur dadurch von der Rechtsübertragung ohne Ordre unterscheidet, dass sie auf dem Titel selbst vorgemerkt werden muss. Diese Auffassung ist offenbar auch diejenige des Gesetzes, welches ja schon in der Blankounterschrift des Veräusserers auf der Rückseite der Aktie ein vollgültiges Indossament erblickt.

Ganz anders liegen die Verhältnisse dagegen bei den vollkommenen Wertpapieren, z. B. beim Wechsel. Hier ist die Frage, ob Rechtsübertragung mit oder ohne Indossament vorliegt, von einschneidender Bedeutung und zwar sowohl für den Veräusserer als auch für den Erwerber.

Für den Veräusserer hängt es von der Antwort auf diese Frage ab, ob er Bürge ist oder nicht. Hat er indossiert, so ist er Bürge, andernfalls dagegen nicht. Noch ungleich wichtiger ist der Unterschied aber für den Erwerber.

Liegt ein Indossament nicht vor, so hat der Erwerber nur die Rechte seines Veräusserers erworben; also keine, wenn dieser etwa handlungsunfähig ist, oder nur beschränkte, wenn dem Schuldner Einreden gegen den Veräusserer zustehen. Liegt dagegen ein Indossament vor, so hat er alle Rechte aus dem Papiere erworben, auch wenn sie seinem Veräusserer nicht zustanden, und zwar so, wie sie im Papiere verbrieft sind, also unbekümmert um allfällige Einreden des Schuldners gegen den Veräusserer. Kurz, beim vollkommenen Ordrepapiere, wenigstens beim Wechsel, entscheidet die Frage des Indossamentes darüber, ob der Veräusserer Bürge ist oder nicht, und ob der Erwerber die Rechte aus dem Papier skripturrechtlich oder nur nach Massgabe der für ihn unkontrollierbaren Rechtsstellung seines Veräusserers erworben hat.

Hier ist also sehr wohl denkbar, dass die Parteien Gewicht auf die Art der Rechtsübertragung legen, der Veräusserer z. B. die Uebertragung durch Ordre absichtlich unterlässt, um sich

der Garantiepflicht zu erwehren.[24]) Und doch dürfte auch beim Wechsel der auf dem Papiere befindlichen Formel „zediert an“ kaum jemals die Bedeutung eines Indossamentes abzusprechen sein. Denn da das Gesetz schon die Blankounterschrift, wenigstens auf der Rückseite des Papieres, als Indossament anerkennt, wird grundsätzlich jede Uebertragungserklärung auf dem Papiere selbst als Uebertragung durch ordre aufgefasst werden müssen. Wollen die Parteien diese Vermutung ausschliessen, so ist es an ihnen, dies in deutlicher Weise zu tun.[25])

Die Namenaktie des O. R. nun steht hinsichtlich der Bedeutung des Indossamentes in der Mitte zwischen den vollkommenen Ordrepapieren und den unvollkommenen einfachster Art, wie z. B. den Namenaktien des alten D. H. G. B.

Mit den letztern stimmt sie darin überein, dass trotz des Indossamentes die Rechte nicht skripturrechtlich wie bei den vollkommenen Ordrepapieren, sondern nur in dem Umfange auf den Erwerber übergehen, wie sie dem Schuldner gegenüber tatsächlich begründet sind. Jedenfalls unterliegt das Recht des Erwerbers beispielsweise denjenigen Modifikationen, welche sich aus den Statuten ergeben, auch wenn diese im Aktientitel nicht reproduziert sind.[26]) Mit den vollkommenen

---

[24]) Obschon dies naturgemäss auch beim Indossament durch die Klausel „ohne obligo“ etc. geschehen kann. Für den Erwerber ist übrigens das Interesse naturgemäss stets das entgegengesetzte.

[25]) Daraus folgt noch nicht, wie Brunner a. a. O. S. 189 und Jakobi a. a. O. S. 247 annehmen, dass bei jeder Uebertragungserklärung ausserhalb des Papieres die Vermutung die gegenteilige ist.

[26]) Die Frage, ob die Aktiengesellschaft dem Aktienerwerber auch Einreden aus der Person seines Vormannes entgegenhalten kann, welche nicht in den Statuten begründet sind, ist allerdings sehr bestritten. Für den Ausschluss solcher Einreden werden verschiedene Gründe geltend gemacht. Früher wurde namentlich behauptet, dass die Anmeldung zum Aktienbuche und die Eintragung des Aktionärs einen Vertrag zwischen Aktiengesellschaft und Aktienerwerber darstelle, welcher ein Zurückgreifen auf Einreden aus der Person des Vormannes ausschliesse. (Ring, Kommentar zum A. R., S. 128; ähnlich auch Behrend a. a. O. S. 57.) Neuerdings wird namentlich betont, dass in der Veräusserung von Aktien keine Cession, sondern eine Rechtsabtretung in weiterem Sinne liege. Daraus folge, dass die Aktien-

Ordrepapieren andererseits hat die Namenaktie des O. R. im Gegensatze zu derjenigen des alten D. H. G. B. jedenfalls soviel gemeinsam, dass das Indossament den gutgläubigen Erwerber gegen die Vindikation des Eigentümers schützt. Damit hängen noch andere Unterschiede zusammen, die aber nur sekundärer Art sind.[27])

Bei den Namenaktien des O. R. hat also die Rechtsübertragung durch Ordre im Vergleiche mit der gemeinrechtlichen die doppelte Bedeutung, einmal, dass sie die Form der Uebertragung vereinfacht, und andererseits, dass sie den Rechts-

---

gesellschaft dem neuen Aktionär Forderungen gegen seinen Rechtsvorgänger auch dann nicht entgegenhalten könne, wenn jener auf Grund seines Mitgliedschaftsrechtes Forderungen geltend mache, welche ihrer Gleichartigkeit wegen eine Kompensation sonst zulassen würden (Behrend, Lehrbuch des Handelsrechtes, S. 805; Staub, Kommentar zum D. H. G. B., zu Art. 220). Jakobi (a. a. O. S. 355) führt die Ursache auf das Verkehrsbedürfnis zurück. Für den Ausschluss der Einreden ist z. B. auch Curti, Schweiz. Handelsrecht S. 153 ohne Angabe von speziellen Gründen. Die gegenteilige Ansicht wird namentlich damit begründet, dass für die unvollkommenen Ordrepapiere eine Bestimmung im Gesetze fehle, welche einen Ausschluss der Einreden bedinge, und doch könne nur das positive Recht diese Rechtswirkung schaffen (so Gierke a. a. O. S. 145; Cosak, Handelsrecht, S. 635; vergl. auch Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften, Bd 2, S. 98 fg.). Für das O. R. ist jedenfalls die letztgenannte Ansicht die richtige. Art. 844 dehnt nur „in Betreff der Form des Indossamentes, der Legitimation des Inhabers, der Amortisation, sowie in Betreff der Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe des Wechsels," die für den Wechsel geltenden Bestimmungen auf alle andern indossabeln Papiere aus. Darunter fällt aber Art. 811 nicht, welcher die Einreden aus dem Wechsel beschränkt. Für das O. R. ist also das Resultat wohl folgendes:

Entweder sind die Einreden aus der Person des Vormannes dem Erwerber gegenüber nicht ausgeschlossen. Oder aber der Ausschluss folgt aus der juristischen Bedeutung der Aktienveräusserung als einer Rechtsabtretung im weitern Sinne nach Ansicht von Behrend etc. Dann trifft er aber nicht nur für die Uebertragung mit, sondern auch für diejenige ohne Indossament zu, so dass die ganze Frage für uns ohne Interesse ist. Uebrigens unterscheidet sich die Namenaktie vom vollkommenen Ordrepapier unter allen Umständen darin, dass mindestens die aus den Statuten begründeten Einreden dem Erwerber gegenüber zulässig sind, auch wenn sie nicht im Titel stehen.

[27]) Z. B. die Amortisation O. R. Art. 844.

erwerb des gutgläubigen Erwerbers auch materiell verbessert. Irgend eine Haftung des Veräusserers bedingt aber das Indossament nicht, so dass ein spezielles Interesse der Parteien an der gemeinrechtlichen Uebertragungsform im Gegensatze zum Indossamente kaum denkbar ist.

Demnach wird auch für die Namenaktien des O. R. der für diejenigen des alten D. H. G. B. aufgestellte Satz gelten müssen, dass im Zweifel jede Uebertragungserklärung auf dem Titel selbst als Indossament aufzufassen ist.

Speziell bei der Verpfändung von Ordrepapieren ist überdies wohl zu beachten, dass diese nach O. R. sich nur durch Indossament, aber nicht durch Rechtsübertragung ohne Ordre vollziehen kann. Gerade bei der Verpfändung wird also jede Uebertragungserklärung wenn immer möglich als Indossament aufzufassen sein. Andernfalls könnte ja ein Pfandrecht gar nicht entstehen, und doch ist im Zweifel die Ausdrucksweise der Parteien zu Gunsten des von ihnen beabsichtigten Rechtsgeschäftes zu interpretieren.

Aus diesem Grunde in Verbindung mit dem, was oben hinsichtlich der Bedeutung des Wortes „Cession" im Sinne der Verkehrs- und Rechtssprache ausgeführt wurde, wird ohne Weiteres die Behauptung gerechtfertigt sein, dass sowohl im bundesgerichtlichen Falle, als auch in demjenigen des Zürcher Obergerichtes die Bezeichnung „Cession" anstandslos als Indossament aufgefasst werden darf. Demnach war in beiden Fällen ein gültiges Pfandrecht zu Stande gekommen und der Anspruch des Pfandgläubigers zu Unrecht abgewiesen worden.

II. Die Verpfändung des Ordrepapieres ohne Indossament.

1. Zwar nicht für die hier vertretene Auffassung, wohl aber für diejenige der herrschenden Meinung ist die Frage von grosser praktischer Bedeutung, ob nicht auch ohne Indossament trotz dem entgegenstehenden Wortlaut von O. R. Art. 214 ein Ordrepapier wirksam verpfändet werden kann.

Nach der herrschenden Meinung ist ja das Wort Cession und jede andere Ausdrucksweise, welche auf Uebertragung zu Eigentum hinweist, mit einem Pfandindossamente unvereinbar. Ueberall also, und in der Praxis sind diese Fälle gar nicht selten,[28]) wo ein solcher Ausdruck verwendet wird und gleichzeitig aus den begleitenden Umständen die Absicht der Parteien auf Verpfändung erhellt, muss die Frage entstehen, ob nicht auch ohne Indossament eine Verpfändung von Ordrepapieren möglich ist, resp. wie denn der Parteiwille in einem solchen Falle aufgefasst werden muss.

Diejenige Erklärung, an welche man vielleicht zunächst denken möchte, dass es sich einfach um einen Formfehler bei der Redaktion der Giroklausel handle, welcher aber nach dem Gesetze die Nichtigkeit des beabsichtigten Pfandgeschäftes bedinge, ist ja auch nach der Auffassung der herrschenden Meinung von vornherein ausgeschlossen. Für das Indossament, sofern es nur auf dem Titel selbst steht, stellt das Gesetz keinerlei Formvorschriften auf. Die Frage, ob ein Indossament vorliegt oder nicht, hängt also nicht von dem Wortlaute des Uebertragungsvermerkes ab, sondern ausschliesslich von der Absicht, welche ihm im konkreten Falle zu Grunde liegt. Ging die Parteiintention auf Rechtsübertragung durch Ordre, so liegt ein Indossament vor, andernfalls dagegen nicht. Auf den Wortlaut der Erklärung kommt es aber keinesfalls an, und zwar so wenig beim Indossamente im allgemeinen, als auch speziell beim Pfandindossamente. Wenn also der Hinweis auf Eigentumsübertragung aus dem Grunde mit einem Pfandindossamente unvereinbar sein soll, weil der Zweck der Uebergabe zu Eigentum mit einer Verpfändung unverträglich ist, so muss dieser Zweck von den Parteien wirklich beabsichtigt sein. Wäre er dagegen nur unbewusst, z. B. aus Versehen, im Uebertragungsvermerke zum Ausdruck gelangt, so dass ihm die Parteiabsicht, Eigentum zu übertragen, nicht zugeschrieben werden müsste, sondern nur die Bedeutung einer

---

[28]) Speziell die gedruckte Uebertragungsklausel auf der Rückseite der Namenaktie weist häufig auf Uebergabe zu Eigentum hin.

ungeschickten Redaktion, so würde auch im Sinne der herrschenden Meinung ein gültiges Pfandindossament gleichwohl zu Stande gekommen sein, da dieses nur die Absicht, nicht aber die bestimmte Erklärung der Verpfändung verlangt.

Entweder ist also der Hinweis der Parteierklärung auf Uebergabe zu Eigentum nicht buchstäblich auszulegen, und dann liegt ein Pfandindossament, wenn schon von etwas unpräziser Formulierung, auch im Sinne der herrschenden Meinung vor. Oder aber, die Erklärung ist in der Tat wörtlich aufzufassen, und dann muss die Absicht der Parteien dahin ausgelegt werden, dass sie bewusster Weise Eigentum übertragen und nicht etwa nur ein Pfandrecht bestellen wollten. Demnach liegt in einem solchen Falle, in welchem die Parteiintention auf Verpfändung eines Ordrepapieres ohne Pfandindossament gerichtet erscheint, der herrschenden Meinung zufolge ein Rechtsgeschäft vor, welches zwar materiell nur ein Deckungsgeschäft bezweckt, formell aber gleichwohl, und zwar bewusst, das Deckungsobjekt dem Gläubiger zu Eigentum überträgt. Unter den Parteien selbst bedarf es freilich des Eigentumswechsels nicht einmal, wohl aber soll dem Gläubiger jedenfalls Dritten gegenüber die Rechtsstellung eines Eigentümers, und nicht nur diejenige eines Pfandgläubigers verschafft werden.[29]) Es handelt sich somit um einen Fall der in der Praxis wohl-

[29]) Die Frage, ob das Eigentumsrecht auf den Fiduciar übergeht oder beim Fiducianten verbleibt, wird, wenigstens für das Civilrecht, erst im Konkurse des Fiduciars von praktischer Bedeutung. Ausserhalb des Konkurses steht ja fest, dass nur der Fiduciar Dritten gegenüber als Eigentümer handeln kann, dem Fiducianten gegenüber der Fiduciar sich aber nicht auf Eigentum, sondern nur auf seine vertraglichen Rechte berufen darf. Im Konkurse des Fiduciars hängt dagegen von der Eigentumsfrage das Vindikationsrecht des Fiducianten ab. Wer Uebergang des Eigentums auf den Fiduciar annimmt, muss ein Vindikationsrecht des Fiducianten bestreiten. Wer dagegen vom Fortbestande des Eigentums des Fiducianten ausgeht, muss dem Fiducianten ein Vindikationsrecht gewähren. Auch die Vertreter der letzteren Meinung pflegen sich aber dahin auszudrücken, dass der Fiduciar das Eigentumsrecht nach Aussen erhalte, so dass der Einfachheit halber diese Bezeichnung auch hier beibehalten werden soll. Richtig ist sie dann freilich nicht, vielmehr erhält dieser Auffassung zufolge der Fiduciar kein Eigentum, sondern nur die Rechtsstellung des Eigentümers Dritten gegenüber.

bekannten sog. Sicherungsübereignung, d. h. Uebertragung von fiduciarischem Eigentum auf den Gläubiger zu Pfandzwecken.[30]) Damit wäre also ein Weg gefunden, welcher das Indossament vermeidet, und dennoch, zwar nicht im theoretischen, aber doch im praktischen Resultate der Verpfändung eines Ordrepapieres gleichkommt.

2. Auffallender Weise scheint freilich gerade die herrschende Meinung an dieser Konsequenz ihrer eigenen Auffassung achtlos vorbeizugehen. So hat wenigstens das Zürcher Obergericht im cit. Falle dem Gläubiger nicht nur Pfandrecht, sondern indirekt wenigstens, auch Eigentum abgesprochen, und zwar, wie schon oben ausgeführt wurde, offenbar aus folgenden Gründen.

Das Pfandrecht des Gläubigers, das materiell beabsichtigt war, ist aus formellen Gründen, nämlich in Ermangelung eines Indossamentes, nicht zu Stande gekommen. Andererseits ist der Gläubiger aber auch nicht Eigentümer der Aktie geworden, obschon formell Eigentum übertragen wurde, weil die Parteiintention materiell nicht so weit reichte. So richtig der erste, so unrichtig ist aber der zweite Teil des Entscheides, auch wenn davon ausgegangen wird, dass das Wort „Cession“ mit einem Pfandindossamente unverträglich ist.

Das wäre ohne Weiteres klar, wenn kein schriftlicher Pfandvertrag vorliegen würde, sondern nur der mit „Cession“ bezeichnete Uebertragungsvermerk auf der Aktie selbst. Um einer an sich klaren Parteierklärung ihre Rechtswirkung absprechen zu können, bedarf es doch des genauen Beweises, dass trotz der Erklärung die Absicht der Parteien eine andere ist. Nun ist aber bereits betont worden, dass keinesfalls etwa nur eine unpräzise Ausdrucksweise angenommen werden darf, die zwar ein Pfandrecht bezeichnen will, aus Versehen aber von Eigentumsübertragung spricht. Vielmehr weist die Erklärung gerade im Sinne der herrschenden Meinung absichtlich und bewusst auf Eigentumsübergabe, wenigstens fiduciarischer

---

[30]) Und zwar gleichgültig, ob Eigentumsübertragung mit oder ohne Indossament anzunehmen ist (vergl. oben S. 367, Anm. 21).

Art hin, weil sonst auch sie ein Pfandindossament nicht bestreiten könnte. Somit bliebe nur ein Ausweg übrig, welcher gestatten würde, der Parteierklärung die Wirkung des Eigentumsüberganges abzusprechen, nämlich die Annahme einer Simulation. Die Parteien müssten unter sich darüber einig gewesen sein, dass Eigentum auch fiduciarischer Art nicht übergehen soll, und dass die entgegengesetzte Formulierung ihrer Absicht nur auf Schein beruht, etwa um Dritte über das Bestehen eines Pfandrechtes zu täuschen oder in anderer Hinsicht irre zu führen. Dann allerdings wäre auch fiduciarisches Eigentum nicht übertragen worden, weil das simulierte Rechtsgeschäft nichtig ist.

Davon könnte aber in einem solchen Falle nicht die Rede sein. Die Täuschungsabsicht, welche die Simulation in der einen oder andern Richtung voraussetzt,[31]) fehlt von vorneherein. Der wirtschaftliche Zweck ferner, den die Parteien im Auge hatten, nämlich derjenige eines Deckungsgeschäftes, liegt klar zu Tage und ist auch auf geradem Wege erreicht worden. Der Schuldner verlangte Kredit und bot eine Namenaktie als Deckung an. Der Gläubiger war bereit, den verlangten Kredit gegen die offerierte Deckung zu gewähren. Und nun kam ein Rechtsgeschäft zu Stande, das darin bestand, dass ein Deckungsgeschäft nach Analogie eines Pfandvertrages vereinbart wurde,[32]) gleichwohl aber bewusst und absichtlich, in Abweichung von einem Pfandgeschäfte, der Gläubiger die Rechtsstellung eines Eigentümers an der Namenaktie erhielt. Allerdings hätten die Parteien dasselbe Resultat in der Form einer Verpfändung erreichen können. Warum jener und nicht dieser Weg gewählt wurde, entzieht sich nachträglich der Beurteilung.[33]) Jedenfalls stellt aber die Sicherungsübereignung

---

[31]) Goltz, Das fiduciarische Rechtsgeschäft, S. 66.

[32]) Nach Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien, S. 85 „entsteht ein dem Pfandrechte ähnliches Rechtsverhältnis; nicht aber das Pfandrecht selbst.“

[33]) Nach der hier vertretenen Auffassung liegt der Grund allerdings nur in der unrichtigen Auffassung des Pfandindossamentes durch die herrschende Meinung. Dass aber letztere nicht etwa nur einen Irrtum hinsichtlich der

eine der Verpfändung wirtschaftlich und rechtlich coordinierte Art des Deckungsgeschäftes dar, die keinesfalls nur als verstecktes Pfandgeschäft bezeichnet werden kann.[34])

Liegen dagegen die tatsächlichen Verhältnisse so, wie z. B. im Falle des Zürcher Obergerichts, wo das Deckungsgeschäft in einem speziellen Vertrage ausdrücklich als Verpfändung bezeichnet war, dann allerdings kann an sich fraglich sein, auch ohne dass Simulation angenommen werden muss, ob wirklich Sicherungsübereignung oder nur ein Pfandrecht beabsichtigt ist. Jedenfalls ist aber auch in einem solchen Falle kein Grund ersichtlich, warum bei der Antwort nur auf den Wortlaut des Vertrages, nicht aber ebensogut auf denjenigen des Uebertragungsvermerks auf der Aktie selbst abgestellt werden darf. Die Erklärung, dass die Parteien nur aus Irrtum die Aktie zu fiduciarischem Eigentum, statt zu Pfand übertrugen, hat nicht mehr Berechtigung als die entgegengesetzte, welche das Versehen in der Redaktion des schriftlichen Vertrages erblicken will, indem dort zu Unrecht von Verpfändung, statt von Sicherungsübereignung gesprochen werde. Im Gegenteil, die letztere Erklärung liegt darum näher, weil der praktische Unterschied zwischen Sicherungsübereignung und Pfandrecht nur in der Stellung des Gläubigers nach aussen, nicht aber im internen Verhältnisse des Gläubigers zum Schuldner zum Ausdrucke gelangt. Dem Schuldner gegenüber darf ja in beiden Fällen der Gläubiger erst dann über das Deckungsobjekt verfügen, wenn seine Forderung nicht rechtzeitig gedeckt worden ist. Darum wird auch im Sinne der Parteien der Entscheid, ob Sicherungsübereignung oder Pfand vorliegt, namentlich von der Frage abhängig zu machen sein, welche Rechtsstellung dem Gläubiger nach aussen eingeräumt wurde. Das interne Rechtsverhältnis zwischen den Parteien dagegen wird sich nicht zum entscheidenden Kriterium eignen, weil es in beiden Fällen ohnehin

---

Form des Indossamentes annehmen kann, ist bereits oben nachgewiesen. Vergl. dazu Goltz a. a. O. S. 20.

[34]) So wenigstens nach der Praxis des Bundesgerichtes.

in annähernd gleicher Weise geregelt sein wird. Auch bei diesem Anlasse ist ausserdem daran zu erinnern, dass häufig alle Arten von Deckungsgeschäften in der Verkehrssprache einfach als Pfandgeschäfte bezeichnet werden.

Jedenfalls ist aber die herrschende Meinung genötigt, auch in einem solchen Falle, da ein schriftlicher Pfandvertrag vorliegt, das fragliche Deckungsgeschäft als Sicherungsübereignung und nicht als Verpfändung aufzufassen. Bei der Frage nach dem Vorhandensein eines Pfandindossamentes stützt sich ja ihre Auffassung ausschliesslich darauf, dass der Hinweis der Parteien auf Eigentumsübertragung buchstäblich auszulegen sei. Dann ist es aber inkonsequent, bei der andern, ganz ähnlich liegenden Frage, ob ein Pfandgeschäft oder Sicherungsübereignung vorliegt, das Hauptgewicht wieder im entgegengesetzten Sinne nur auf die Absicht der Verpfändung zu verlegen, und die Form der Eigentumsübertragung völlig zu ignorieren. Entweder ist diese Form nur nebensächlicher Art, und dann muss ein Pfandindossament angenommen werden, so nach der hier vertretenen Auffassung. Oder aber, sie ist von den Parteien absichtlich gewählt, so nach der Ansicht der herrschenden Meinung, und dann liegt notwendigerweise ein Fall der Sicherungsübereignung vor. Dagegen ist eine dritte Auffassung, wie sie z. B. das Obergericht von Zürich vertritt, wonach der Hinweis auf Eigentumsübergang zwar ein Pfandindossament ausschliesst, andererseits aber auch keine Sicherungsübereignung, sondern nur eine verunglückte Verpfändung darstellt, jedenfalls unhaltbar, da die Absicht der Parteien auf ein Deckungsgeschäft ausser Zweifel steht, die Uebertragung zu Eigentum damit aber nicht unverträglich ist.

Somit wird der Schluss gerechtfertigt sein, dass überall da, wo ein Ordrepapier nicht indossiert, sondern zu Eigentum übertragen wird,[35]) obschon die Parteiintention nur auf ein Deckungsgeschäft gerichtet ist, auch im Sinne der herrschenden Meinung ein vollgültiges Rechtsgeschäft vorliegen muss, nämlich

---

[35]) Dieser Gegensatz ist nach der hier vertretenen Auffassung allerdings höchstens im Sinne von Anm. 21 auf S. 367 oben möglich.

Sicherungsübereignung, d. h. Uebertragung von fiduciarischem Eigentum auf den Gläubiger zu Pfandzwecken.

Demnach hat das Obergericht von Zürich[36]) den Anspruch des Gläubigers auch dann zu Unrecht abgewiesen, wenn ihm die Annahme eines Indossamentes und damit eines gültigen Pfandrechtes von vorneherein ausgeschlossen erschien. Gleichwohl wäre das Recht des Gläubigers an den Aktien als dingliches Recht, nämlich als fiduciarisches Eigentum zu Pfandzwecken zu schützen gewesen. Der fiduciarische Eigentümer zu Pfandzwecken ist aber gerade wie der Pfandgläubiger nur verpflichtet, einen allfälligen Mehrerlös des Deckungsobjektes über den Betrag seines Guthabens hinaus an die Masse des Schuldners abzugeben.

3. Freilich bedarf die auffallende Tatsache, dass in dem citierten Falle das Gericht dieses Resultat trotz seiner Einfachheit nicht einmal als möglich in Erwägung gezogen hat, zu seiner Rechtfertigung noch einer besonderen Erklärung. Und da ist namentlich auf zwei Umstände hinzuweisen.

Einmal darauf, dass die Sicherungsübereignung in der Praxis vornehmlich zur Umgehung unbequemer Gesetze verwendet wird. Daraus erklärt es sich wohl, dass sie von der Rechtsprechung ganz allgemein nur mit Misstrauen behandelt und in der Regel nur da anerkannt wird, wo sie haarscharf nachzuweisen ist. In der Praxis ist sie ja namentlich in folgendem Falle bekannt.

Der Schuldner, welcher Kredit sucht, vermag als einzige Deckung sein Geschäftsinventar aufzubringen. Da er aber den Besitz desselben nicht entbehren kann und doch das Pfandrecht den dauernden Besitz des Gläubigers verlangt, ist den Parteien mit der Form der Verpfändung nicht gedient. Darum ziehen sie diejenige der Sicherungsübereignung vor, d. h. der Schuldner überträgt dem Gläubiger sein Inventar zu Eigentum und bleibt als Mieter gleichwohl im Besitze.

Das Bundesgericht hat bekanntlich diese Art Geschäfte im Prinzipe in konstanter Praxis geschützt, und auch mit

[36]) Nicht aber das Bundesgericht a. a. O., weil dort keine richtige Cession vorlag.

vollem Rechte, sofern ihre Gültigkeit nur durch Berufung auf Simulation angefochten wurde.

Allerdings sehen die Parteien nur darum von der Verpfändung ab, weil diese im Gegensatze zur Sicherungsübereignung den dauernden Besitz des Gläubigers verlangt. Gleichwohl, oder vielmehr eben aus diesem Grunde, ist aber tatsächlich und nicht nur zum Scheine Uebertragung zu Eigentum, freilich nur fiduciarischer Art beabsichtigt, so dass die Berufung auf Simulation versagen muss.[37])

Damit ist allerdings noch keineswegs gesagt, dass nunmehr diese, ihrer Verschleierungstendenz wegen anrüchigen Geschäfte unanfechtbar sind. Nach einem allgemeinen Rechtssatze ist ja ein Rechtsgeschäft nicht nur dann nichtig, wenn es direkt, sondern auch dann, wenn es indirekt eine Gesetzesverletzung bezweckt. Nicht der Begriff der „Simulation", wohl aber derjenige des „agere in fraudem legis" muss also herbeigezogen werden,[38]) wenn die Frage zu untersuchen ist, ob das durch wirtschaftliche Gründe bedingte Verbot der Mobiliarhypothek einfach dadurch wirksam umgangen werden kann, dass die Verpfändung durch die nur formell verschiedene, materiell aber gleichwertige Sicherungsübereignung ersetzt wird. Die entscheidende Frage hängt somit davon ab, ob im Sinne des Gesetzes jenes Verbot sich nur speziell auf die Form der Verpfändung, oder aber allgemein auf jede Art von Deckungsgeschäft in Mobilien bezieht. Wird diese Frage bejaht, was nicht nur de lege ferenda, sondern auch de lege lata durchaus möglich ist,[39]) dann fällt ohne Weiteres auch die Sicherungsübereignung unter jenes Verbot, sofern der Besitz beim

---

[37]) So z. B. richtig das B. G. in seinem Entscheid Bd 19, S. 348.

[38]) So schon Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, S. 51 fg.; Regelsberger, Arch. f. civ. Praxis, Bd 63, S. 167 fg., wo die Bezeichnung „Fiduciarisches Rechtsgeschäft" zuerst vorgeschlagen wurde. Ebenso: Pandekten, Bd 1, S. 518.

[39]) So z. B. von Leist a. a. O. S. 88 fg.; Hellwig, Arch. f. civ. Praxis, Bd 64, S. 381; und neuerdings: Caspari, Sicherungsübereignung und Sicherungscession, S. 28.

Schuldner verbleibt. Wird diese Frage dagegen verneint,[40]) so liegt die Ursache des Missstandes nicht in der Zulässigkeit der Sicherungsübereignung an sich, sondern ausschliesslich in dem formalistischen Standpunkte des Gesetzes. Jedenfalls ist aber da, wo die Absicht einer Verschleierung nicht in Frage kommen kann, wie etwa in unserm Falle, da der Gläubiger dauernden Besitz erlangt hat, und ein Pfandrecht nur in Folge des auf Eigentumsübergang gerichteten Uebertragungsvermerkes nicht entstanden ist, keinerlei Anlass vorhanden, der Sicherungsübereignung ihrer juristischen Natur gemäss, die Anerkennung einer selbständigen Form des Kreditgeschäftes neben derjenigen der Verpfändung zu versagen.[41])

Die andere Hauptursache aber, welche neben der eben genannten, die Rechtsprechung zu ihrer reservierten Haltung gegenüber der Sicherungsübereignung bestimmt, dürfte wohl in einer ungenügenden Klarheit über ihre praktischen Folgen, wie überhaupt über diejenigen der fiduciarischen Rechtsübertragung im allgemeinen, zu suchen sein.[42]) Gerade der Entscheid des Zürcher Gerichtes, das nicht einmal die Möglichkeit einer Sicherungsübereignung in Erwägung zieht, lässt auf eine Ansicht schliessen, die ja auch sonst noch etwa in der Praxis zu finden ist, dass nämlich fiduciarisches Eigentum zu Pfandzwecken einerseits und Pfandrecht andererseits auch hinsichtlich ihrer praktischen Folgen ebenso verschieden seien, wie die Begriffe Eigentum und Pfand. Von dieser Auffassung aus ist naturgemäss auch Eigentumsübertragung fiduciarischer Art ausgeschlossen, wo der Parteiwille nur auf ein Deckungsgeschäft gerichtet ist. Tatsächlich sind aber die praktischen Konsequenzen jener beiden Kreditgeschäfte ausserordentlich wenig verschieden.

---

[40]) So ausdrücklich vom Bundesgerichte, in Bd 19, S. 348, und ebenso für den Eigentumsvorbehalt in Bd 20, S. 540. — Dagegen wird ein Fall der Simulation konstruiert z. B. in Bd 30, S. 557.

[41]) Literatur bei Gierke a. a. O. S. 996.

[42]) Gegen die Anerkennung des fiduciarischen Rechtsgeschäftes im Allgemeinen sind auch heute noch z. B. Wilnutzky, Jur. Wochenschrift von 1901, S. 710, und Schöninger, in Arch. f. civ. Praxis, Bd 96, S. 163 fg.

Fiduciarisches Eigentum zu Pfandzwecken ist ja nichts anderes als Eigentum des Gläubigers gegenüber Dritten und Pfandrecht gegenüber dem Schuldner.[43])

Im Verhältnisse zu Dritten hat der Fiduciar allerdings mehr Rechte als der Pfandgläubiger, nämlich diejenigen des Eigentümers. Dem Schuldner gegenüber hat er aber genau dieselben Rechte und Pflichten wie ein Pfandgläubiger.[44]) Nur formell, nicht aber materiell überträgt also der Schuldner durch Sicherungsübereignung mehr Rechte auf den Gläubiger als durch Verpfändung. Gegen eine widerrechtliche Verfügung des Gläubigers über das Pfand ist der Schuldner im einen Falle so wenig geschützt als im andern, da schon der Besitz dem Gläubiger hier wie dort die Möglichkeit des Missbrauches in gleicher Weise gestattet. Die Berechtigung des Gläubigers zur Verfügung über das Pfand beurteilt sich aber in beiden Fällen ausschliesslich nach den Normen des Pfandrechtes. Auch der fiduciarische Eigentümer zu Pfandzwecken darf beispielsweise das Pfand erst dann liquidieren, wenn es das Gesetz dem Pfandgläubiger gestattet. Für den Schuldner liegt somit der praktische Unterschied zwischen Verpfändung und Sicherungsübereignung mehr auf straf- als auf civilrechtlichem Gebiete. Wenn nämlich der Pfandgläubiger das Pfand widerrechtlich verwertet, so liegt eine Unterschlagung vor, nicht dagegen bei derselben Handlung von Seite des fiduciarischen Eigentümers zu Pfandzwecken.[45]) Und

---

[43]) So z. B. nach Dernburg a. a. O. S. 502; Crome, System des bürg. Rechts, Bd 1, S. 234; auch Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerl. Recht, in Jherings Jahrb., Bd 43. S. 3; vergl. aber oben S. 376, Anm. 29.

[44]) Wenigstens wo ein schriftlicher Vertrag besteht, der ausdrücklich als Pfandvertrag bezeichnet ist. Sonst kommt es auf die Parteiintention im einzelnen Falle an. Jedenfalls gilt das Verbot der lex commissoria unbedingt, Leist a. a. O. S. 80 fg.; Caspari a. a. O. S. 28. — Das Recht zur Veräusserung des Pfandes direkt durch den Gläubiger kann gemeint sein, Caspari a. a. O., ist aber auch beim Pfandrechte möglich. Für die Rechte des Gläubigers bei der Cession zu Pfandzwecken vergl. z. B. Reichsg. Entscheidungen, Bd 24, S. 47.

[45]) So z. B. nach Goltz a. a. O. S. 29.

auch dieser Unterschied dürfte mehr auf eine veraltete Auffassung der civilrechtlichen Natur der fiduciarischen Rechtsübertragung durch die Strafrechtspraxis,[46]) als auf einen innerlich berechtigten Unterschied zurückzuführen sein. Namentlich hat aber ein Resultat, zu dem die moderne Lehre geführt hat, die Sicherungsübereignung für die Praxis zu einer der Verpfändung völlig gleichwertigen Form des Kreditgeschäftes erhoben, nämlich die Anerkennung eines Vindikationsrechtes des Fiducianten auch gegenüber der Masse des Fiduciars. So hat z. B. das Deutsche Reichsgericht dem Fiducianten auch gegenüber der Masse des im Grundbuche eingetragenen Fiduciars ein solches Vindikationsrecht vorbehaltlos eingeräumt[47]) und damit die Lehre zum Abschlusse gebracht, dass die fiduciarische Rechtsübertragung nur das Verhältniss zu Dritten, nicht aber dasjenige unter den Parteien berührt.[48]) Demgemäss kann auch die Masse des Fiduciars dem Fiducianten gegenüber nicht mehr Rechte geltend machen, als der Fiduciar selbst. Die Masse des Fiduciars ist ja keine Drittperson, welcher gegenüber der Fiduciar sich als Eigentümer zu gerieren vom Fiducianten berechtigt war, sondern dem Fiducianten gegenüber mit dem Fiduciar identisch.[49])

Sind aber die praktischen Konsequenzen der Sicherungsübereignung keine andern als die eben geschilderten, dann kann unser Resultat sicherlich nicht mehr überraschen, wonach die Cession einer Namenaktie, auch wenn sie kein Indossament darstellt und darum zur wirksamen Verpfändung nicht genügt, dennoch als Sicherungsübereignung fiduciarisches Eigentum zu Pfandzwecken auf den Gläubiger übertragen kann und damit

---

[46]) Vergl. z. B. Dernburg a. a. O. S. 503, Anm. 344 und oben S. 376, Anm. 29.

[47]) Entsch. des R. G., Bd 45, S. 80.

[48]) So heute die herrschende Meinung. Literatur bei Jäger, Deutsche Konkursordnung, S. 364 fg. Dagegen namentlich Goltz a. a. O. S. 85 fg. und die dort S. 86 angeführte Literatur, besonders Lang, im Arch. f. civ. Praxis, Bd 83, S. 336 fg. Vergl. auch B. E. Bd 31, II S. 110.

[49]) Andere Erklärungsversuche bei Jäger a. a. O., für die fiduciarische Cession vergl. ferner Schollmeyer, B. G. B., S. 398, Anm. 4.

zu einem der Verpfändung praktisch gleichwertigen Resultate zu führen vermag. Im Gegenteil, da auch nach Ansicht der herrschenden Meinung die Absicht auf ein Deckungsgeschäft ausser Zweifel steht, und nur der spezielle Hinweis auf Uebertragung zu Eigentum ein Pfandindossament ausschliessen soll, so wäre es unverständlich, wenn dieses an sich unbedeutende Moment, das mit der Absicht auf ein Deckungsgeschäft absolut nicht unverträglich ist, die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäftes bedingen müsste.

Ob also die Cession theoretisch als Pfandindossament aufgefasst werden kann oder nicht, jedenfalls bedarf es bei der Verpfändung von Namenaktien weder einer Aenderung der Usancen der Handelskreise, noch einer Verbesserung des Gesetzes, sondern nur einer richtigen Auslegung des Gesetzes durch die Praxis, damit die allerdings erheblichen Gefahren beseitigt werden, welche zur Zeit die herrschende Meinung für die beteiligten Kreise bedingt.