

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

Autor(en): **Attenhofer**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **5 (1886)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896756>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Der Gegenstand der Cession

nach schweizerischem Obligationenrechte

mit besonderer Berücksichtigung des heutigen gemeinen Rechts.

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

Von

Dr. ATTENHOFER,

Obergerichtspräsident in Lucern.

II.

Die zweite Frage, die wir in unserer Abhandlung zu beantworten haben, lautet: In welchen Fällen greifen nach schweiz. O.-R. die Ausnahmen Platz, bei deren Eintritt die Forderungsrechte nicht cedirt werden können?

Diese Frage lässt sich an der Hand des Art. 183 des O.-R. im Allgemeinen dahin beantworten, dass diese Ausnahmen

- a. auf das Gesetz,
 - b. auf eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner,
 - c. auf die besondere Natur des Rechtsverhältnisses
- zurückzuführen sind.

A. Gesetz.

Durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen ist in Hinsicht auf das schweiz. O.-R. nicht cessibel

1. eine mit Arrest belegte Forderung, und zwar von dem Zeitpunkte an, wo der Gläubiger derselben von der Arrest-

nahme Kenntniss erhalten hat (Art. 196). Es ist dieses gesetzliche Cessionsverbot eine natürliche praktische Folge der gerichtlichen Beschlagnahme, welche der Arrest enthält. Denn ohne dieses gesetzliche Cessionsverbot würde die gerichtliche Beschlagnahme für Denjenigen, zu dessen Gunsten sie bewirkt wurde, völlig illusorisch werden.

2. Als nicht abtretbar erscheinen nach schweiz. O.-R. in Folge eines ausdrücklichen gesetzlichen Verbotes die gesammten Rechte, welche aus der einfachen Gesellschaft für den Gesellschafter gegen seine Mitgesellschafter resultiren. § 542 sagt: „Ein Gesellschafter kann ohne die Einwilligung der übrigen Gesellschafter keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen. . . . Wenn ein Gesellschafter einseitig einen Dritten an seinem Antheile betheiltigt oder seinen Antheil an denselben abtritt, so wird dieser Dritte dadurch nicht zum Gesellschafter der Uebrigen. Insbesondere geht auf ihn nicht das im vorhergehenden Artikel erwähnte Recht über.“ Das Recht des Gesellschafters, welches im vorhergehenden Artikel, bezw. im Art. 541, ausdrücklich erwähnt ist und daher nicht übertragen werden kann, besteht darin, sich persönlich von dem Gange der Gesellschaftsangelegenheiten zu unterrichten, von den Geschäftsbüchern und Papieren der Gesellschaft Einsicht zu nehmen und für sich auf Grundlage derselben eine Uebersicht über den Bestand des gemeinschaftlichen Vermögens anzufertigen. Dagegen kann der Gesellschafter wohl einem Dritten die Rechte auf seinen Gewinnantheil¹⁾ oder allfällige Entschädigungsforderungen, die ihm gegen die übrigen Gesellschafter erwachsen, abtreten. Denn durch die Abtretung dieses Gewinnantheiles und der allfälligen Entschädigungsforderung wird das gegenseitige Vertrauen zwischen den Socii, welches unzweifelhaft den Rechtsgrund für dieses gesetzliche Cessionsverbot bildet, wie es bei der Societät Platz greift, nicht alterirt. Was von der einfachen Gesellschaft hier, gilt auch für die Collectiv- und Commanditgesellschaft. Denn das

¹⁾ Vgl. auch Schneider und Fick, Commentar, S. 381, zu Art. 542, Anm. 2.

gesetzliche Cessionsverbot, wie es durch den Art. 542 für die einfache Gesellschaft ausgesprochen ist, findet in Hinsicht auf Art. 555 Abs. 2 auf die Collectivgesellschaft und im Hinblick auf Art. 594 Abs. 2 auf die Commanditgesellschaft Anwendung, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht etwas Anderes bestimmt hat.¹⁾

3. Nicht abtretbar ist nach schweiz. Bundesrecht, resp. nach Art. 7 des Bundesgesetzes betr. Haftpflicht aus dem Fabrikbetriebe vom 25. Juni 1881 die Entschädigungsforderung des entschädigungsberechtigten Fabrikangestellten, bezw. der Angehörigen desselben, bei Körperverletzungen und Tödtungen, gegen den entschädigungsverpflichteten Fabrikherrn. Der Grund für dieses Cessionsverbot liegt nach dem Berichte der betreffenden nationalrätlichen Commission darin, dass man den verunglückten Arbeiter im Genusse der ihm gebührenden Entschädigung schützen will. Der betreffende Bericht sagt wörtlich: „Würde dem Arbeiter gestattet sein, über den Entschädigungsanspruch wie über andere Guthaben zu verfügen, so läge die Gefahr nahe, dass er durch Verpfändung oder Cession der noch nicht liquiden Forderung zu kurz kommen möchte. Im Kampfe mit der Noth geht leicht die freie Selbstbestimmung unter, und wenn das Verpfändungs- und Cessionsverbot auch ein wenig nach Bevormundung riecht, so wird das der Ehre des verunglückten Arbeiters keinen Eintrag thun.“²⁾ Wir halten nun diesen Grund, welcher für das betreffende Cessionsverbot hier aufgeführt ist, als nicht durchschlagend. Denn abgesehen davon, dass dadurch der Arbeiter in eine rechtliche Stellung versetzt wird, die mit Recht als die eines freien Bürgers unwürdige bezeichnet werden kann, so sind die Nachtheile, die aus diesem Cessionsverbote für den Arbeiter resultiren, derart, dass sie die angeblichen Vortheile, welche man aus demselben ableitet, weit überwiegen. Diese Nachtheile lassen sich dahin zusammenfassen: Die Entschädigungsforderung, welche

¹⁾ Vgl. auch Hafner, Commentar, II, 160, zu Art. 542, Anm. 4.

²⁾ Vgl. Bundesblatt der schweiz. Eidgenossenschaft, Jahrgang 1881, III. Bd., S. 343.

dem Fabrikarbeiter aus einem Unfalle gegen den Fabrikherrn zusteht, ist gewöhnlich, wie die Erfahrung lehrt, mit weitschichtigen Processen verbunden. Bis der Process alle Instanzen durchlaufen, können zwei und mehr Jahre vergehen. Diese weitschichtigen Prozesse haben nun erstlich zur Folge, dass der verunglückte Arbeiter oder dessen Angehörige Jahre lang warten müssen, bis ihnen die Entschädigungssumme ausgehändigt wird. Dazu fällt noch in Betracht, dass der Arbeiter oder dessen Angehörige gerade nach dem Unfalle aus nahe liegenden Gründen des Geldes sehr bedürftig sind. Ein einigermaßen wirksames Correctivmittel gegen diese beklagenswerthe Situation, in welcher der Arbeiter nach dem Unfalle sich befindet, liegt nun gerade darin, dass demselben die Abtretung seiner Entschädigungsforderung gestattet wird. Denn damit wird ihm wenigstens ermöglicht, die nothwendigen Geldmittel sich zu verschaffen. Ja, wenn — wie dies vielfach vorkommt — die Haftpflicht des Fabrikherrn von vorneherein ausser Zweifel gestellt ist, so dass nur die Grösse der Entschädigung auf dem Processweg auszutragen ist, wird die Cession sogar ein sicheres Mittel für den Arbeiter zu sofortiger Verwerthung seiner Entschädigungsforderung sein.

Die Führung des Processes selbst ist aber zweitens in der Regel für den Arbeiter nicht ohne grosses Risiko denkbar. Man hat nun in der neuesten Zeit diese Processführung für den Arbeiter dadurch zu erleichtern gesucht, dass Gewerkschaften unter der Voraussetzung, dass der Arbeiter ihnen dafür die Entschädigungsforderung gegen den entschädigungspflichtigen Fabrikherrn cedire, für jenes Risiko einstanden.¹⁾ Wenn nun aber die Cession der Entschädigungsforderung der Arbeiter aus einem Unfalle gegen deren Fabrikherrn als unzulässig erklärt wird, so wird dieses wohlthätige Eingreifen der Gewerkschaften sehr erschwert, wenn nicht vollständig vereitelt.

Aus den bisherigen Erörterungen gelangen wir daher zu dem Resultate, dass die Bestimmung des § 7 des Gesetzes betr.

¹⁾ Vgl. auch Verhandlungen über die Haftpflicht im schweiz. Nationalrathe, Neue Zürcher Zeitung, 1885, Nr. 85, I. Blatt.

Haftpflicht aus dem Fabrikbetriebe, wonach die Cession der Entschädigungsforderung der Arbeiter aus einem Unfälle gegen den Fabrikherrn als unzulässig erklärt wird, eine eclatante Verletzung eines practischen Bedürfnisses enthält.

4. Endlich wird im Hinblick auf das schweiz. O.-R. in Folge eines gesetzlichen Cessionsverbotes auch die Pacht, resp. die gesammten Rechte, die aus dem Pachtverhältnisse für den Pächter gegenüber dem Verpächter resultiren, als nicht abtretbar erklärt.¹⁾ Wir sind nun ebenfalls der Ansicht, dass die gesammten aus der Pacht für den Pächter sich ergebenden Rechte nicht cedirt werden können. Der Grund dieser Nichtcessibilität lässt sich aber nach unserm Erachten nicht auf ein ausdrückliches gesetzliches Cessionsverbot zurückführen. Denn Art. 306 sagt nur: „Der Pächter darf den Pachtgegenstand ohne Zustimmung des Verpächters nicht weiter verpachten.“ Durch diesen Passus ist nun aber ein ausdrückliches gesetzliches Cessionsverbot nicht fixirt, wohl aber dem Pachtverhältnisse ein rechtlicher Character gegeben worden, aus welchem auf die Unübertragbarkeit der gesammten Rechte, welche für den Pächter aus dem Pachtverhältnisse dem Verpächter gegenüber resultiren, auf dem Wege der Cession geschlossen werden kann. Ob nun aber die Nichtcessibilität der Rechte des Pächters in der angegebenen Weise aus einem ausdrücklichen gesetzlichen Cessionsverbote oder aus der rechtlichen Natur des Pachtverhältnisses abgeleitet werden kann, ist ohne alle und jede praktische Bedeutung. Denn bei Annahme der einen wie der andern Anschauung greifen die gleichen rechtlichen Wirkungen, welche darin bestehen, dass die Cession eine ungültige ist, Platz.

Wenn wir bezüglich dieser sogen. gesetzlichen Cessionsverbote noch einen Blick auf das gemeine Recht werfen, so gelangen wir zu dem Resultate, dass keines von den gesetzlichen Cessionsverboten, wie sie durch das gemeine Recht fixirt werden, im schweiz. O.-R. Aufnahme gefunden hat. Denn

¹⁾ Vogt, leichtfassliche Anleitung, S. 120. Hafner, I, 52 zu Art. 183, Nr. 2.

weder das Verbot der Abtretung der Forderung gegen den Bevormundeten an den Vormund, noch dasjenige, welches sich auf Forderungen bezieht, über welche ein Rechtsstreit waltet (litigiöse Forderungen), ist durch das schweiz. O.-R. acceptirt worden.

*B. Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner
(pactum de non cedendo).*

1) Die Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner, die Forderung nicht zu cediren (pactum de non cedendo), kann nun sowohl in absoluter Weise, nach der jede Abtretung an einen Dritten ausgeschlossen, als auch auf relative Weise, nach welcher diese Vereinbarung nur auf die Cession an bestimmte Personen, z. B. an Geschäftsagenten, sich beschränkt, getroffen werden. In beiden Fällen kommen wir in Hinsicht auf das schweiz. O.-R., unter der Voraussetzung freilich, dass diese Vereinbarung bei Konstituierung der Forderung fixirt werde, zum gleichen Resultate, nämlich zu dem Resultate, dass die Cession der Forderung, welche entgegen dieser Vereinbarung vor sich geht, als ungültig zu betrachten ist. Eine natürliche Folge der Ungültigkeit der Cession ist, dass der debitor cessus, wenn er vom angeblichen Cessionar belangt wird, mit Erfolg die Leistung verweigern kann.

2) Eine andere Frage ist aber die, ob nach schweiz. O.-R. ein Cessionsausschluss, der erst nach Constituirung der Forderung zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbart wird, die eben angeführte Wirkung habe.

Vom Standpunkte der grammatikalischen Interpretation aus gelangt man allerdings zu dem Resultate, dass diese Vereinbarung, welche zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner eingegangen, die gleiche rechtliche Wirkung habe, ob sie schon bei Constituirung der Forderung oder erst nachträglich fixirt worden sei. Denn der Art. 183 des schweiz. O.-R. spricht ganz allgemein von einer Vereinbarung, welche die Cession ausschliesst, ohne zu unterscheiden, ob dieselbe schon bei Begründung der betreffenden Forderung selbst oder erst nachträglich stattgefunden habe. Wo nun aber das Gesetz nicht

unterscheidet, soll auch der Richter nicht unterscheiden, lautet eine allgemeine Interpretationsregel. Diese Interpretationsregel hat jedoch nicht einen absoluten Character. Wollte man dieser Regel einen absoluten Character verleihen, so könnte bei einem grammatikalisch unzweifelhaften Wortsinn die logische Interpretation nie mehr zur Anwendung kommen. Dies würde aber consequenterweise zu der weitem Annahme führen, dass sowohl die einschränkende als die erweiternde Auslegung absolut ausgeschlossen wäre. Die Anschauung nun, nach welcher die logische Interpretation nie über den Wortsinn des Gesetzes hinausreichen dürfe, war früher zwar eine sehr verbreitete und zählte die bewährtesten Juristen, wie Schönmann, Hufeland, Wening, zu ihren Anhängern. Heute aber kann diese Ansicht als antiquirt bezeichnet werden. Denn seit Savigny ist wohl allgemein anerkannt, dass der logischen Interpretation auch dann, wenn die Ausdrucksweise klar und bestimmt ist, der Vorzug gebühre.¹⁾ Der an und für sich bestimmte und klare Ausdruck eines Gesetzes bedarf nun aber u. A. der Berichtigung, wenn angenommen werden kann, dass der Gesetzgeber mehr gesagt habe, als er in Wirklichkeit sagen wollte. Windscheid sagt daher: „Die Auslegung hat auch die Aufgabe, hinter dem Sinne, welchen der Gesetzgeber hat ausdrücken wollen, dessen eigentlichen Gedanken hervorzuziehen. Es kann nämlich vorkommen, und es kommt häufig vor, dass der Gesetzgeber sich diesen Gedanken selbst nicht vollständig klar gemacht hat, dass er bei einer Erscheinungsform des Gedankens stehen geblieben ist, welche dessen wahren Gehalt nicht vollständig entspricht. Es ist die höchste und edelste Aufgabe der Auslegung, in einem solchen Falle dem Gesetzgeber zu Hülfe zu kommen und dessen ausgedrücktem Willen gegenüber seinen eigentlichen zur Geltung zu bringen. Indem sie das thut, überschreitet sie nicht ihre Befugnisse, sie spricht nur aus, was derselbe selbst ausgesprochen haben würde, wenn er auf die

¹⁾ Vergl. die einschlägige Literatur bei Unger, System, Bd. I, S. 85, Anm. 35.

Punkte, welche er sich nicht zum Bewusstsein gebracht hat, aufmerksam geworden wäre.“¹⁾ Nach unserer Ansicht hat nun der Gesetzgeber, wenn er in Art. 183 des schweiz. O.-R. ganz allgemein von einer Vereinbarung spricht, welche die Cession ausschliesst, ohne dass er unterscheidet, ob diese Vereinbarung bei oder nach Constituirung der Forderung fixirt wurde, über die Wirkungen und Consequenzen, welche sich an die Verwischung dieses Unterschiedes knüpfen, nicht volle Klarheit verschafft. Diese unsere Anschauung gründet sich auf folgende Erwägungen: Die Quelle, aus welcher der Inhalt des Art. 183 cit. geschöpft ist, ist offenbar das gemeine Recht, wie es sich aus den römischen Rechtsquellen entwickelte. Mit Recht bemerkt daher Vogt (leichtfassliche Anleitung, S. 120), der alleg. § 183 stelle gewöhnliche Lehrsätze auf und überlasse es der Rechtswissenschaft, ihm Mark, Blut und Leben zu geben. Für die specielle Bestimmung des Art. 183, nach welcher durch eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner die Cession unwirksam wird, bildet das gemeine Recht sogar eine unmittelbare Quelle. Denn weder in der ältern noch in der neuern particulären Gesetzgebung findet sich eine Normirung des *pactum de non cedendo*. In der Wissenschaft des gemeinen Rechtes bildet nun freilich die Frage, welche — beinebens bemerkt — keine reichhaltige Literatur aufzuweisen hat, ob das *p. d. n. c.* eine Wirkung auf die Cession als solche ausübe, eine Controverse. Diese Frage wird von Lothar Seuffert (Archiv für civilist. Praxis, Bd. 51, Nr. 6) und Schmid (Grundlehren der Cession, Bd. 2, S. 394 u. ff.) und zwar von erstem in absoluter Weise, von letztem nur in der Regel verneint. Die fragliche Theorie lag auch schon, und zwar in der Weise, wie sie von L. Seuffert ausgesprochen, der ältern gemeinrechtlichen Praxis zu Grunde, wie es aus einem Urtheile des O. A. G. von Lübeck vom 29. Nov. 1834 sich ergibt, vgl. Seufferts Archiv Bd. V, Nr. 11. Dagegen wird die Frage, ob das *pactum de non cedendo* eine Wirkung auf die Cession ausübe, von Sintenis (Das prakt.

¹⁾ Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl., I, § 22.

gemeine Civilrecht, 3. Auflage, Bd. II, S. 810, Anm. 31) und Windscheid (Lehrbuch des Pandektenrechtes, 5. Auflage, Bd. 2, § 335, Anm. 5) bejaht. Wir betonen hier ausdrücklich, dass Sintenis und Windscheid, also diejenigen Civilisten, welche behaupten, dass eine vertragsmässige Uebereinkunft zwischen Gläubiger und Schuldner die Cession hindere, diese Wirkung an die Voraussetzung knüpfen, dass der Gläubiger schon bei der Begründung der Forderung dem Willen des Schuldners, dass nicht abgetreten werden dürfe, vertraglich sich unterworfen habe. So bemerkt Sintenis — citato loco — der, so viel uns bekannt, zuerst unter den gemeinrechtlichen Civilisten den Satz ausdrücklich ausgesprochen hat, dass der zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbarte Cessionsausschluss die dennoch erfolgte Abtretung zu einer unwirksamen mache: „Es fragt sich einfach, ob die Constituirung einer Obligation in der Weise möglich ist, dass dieselbe auf den Gläubiger beschränkt werde?“ Auch Windscheid räumt, wie wir unten noch darthun werden, nur unter der genannten Einschränkung der Vereinbarung, dass eine Forderung nicht cedirt werden dürfe, eine Wirkung auf die Cession ein. Diese Anschauung ist auch mit ausdrücklicher Berufung auf Windscheid in einem Urtheile des deutschen Reichsgerichts vom 8. April 1885 ausgesprochen worden.¹⁾ Es liegt auch in der That kein Grund vor, welcher eine Abweichung von der letztern Anschauung rechtfertigen könnte. Es sprechen vielmehr im Gegentheil durchschlagende Gründe für jene Anschauung.

a. Wenn ohne Einschränkung angenommen wird, dass eine Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner die Cession hindere, so widerspricht der aufgestellte Satz in dieser allgemeinen Fassung offenbar einem Grundprincipe der Cessionslehre, nach welchem die Abtretung wider den Willen des debitor cessus vollzogen werden darf, und zwar ohne dass dieser Widerspruch eine befriedigende rationelle Lösung finden kann. Albert Schmid (Grundlehren der Cession, II, 394) hält sogar dafür, dass der angeführte Kardinalsatz

¹⁾ Vgl. Seufferts Archiv, Bd. 40, Nr. 192.

eine unberechtigte Verletzung erleide, wenn bei dem p. d. n. c., welches zwischen Gläubiger und Schuldner bei Begründung der Forderung fixirt wurde, dem Cessionar ein wirksames Klagerecht dem Schuldner gegenüber verweigert werde. Wäre diese letztere Anschauung richtig, so würde freilich die Theorie, die von Lothar Seuffert im Archiv für civilist. Praxis — Bd. 51 n^o 6 — vertreten wird, nach welcher der Schuldner dem Cessionar gegenüber sich niemals mit Erfolg auf das pactum de non cedendo berufen kann, wenigstens vom gemeinrechtlichen Standpunkte aus auf Richtigkeit Anspruch machen können. Dieser Anschauung können wir nun freilich nicht beipflichten. Denn wenn eine Forderung bei ihrer Begründung ausschliesslich an einen bestimmten Gläubiger geknüpft wird, so wird ihr von vorneherein der Charakter der Unübertragbarkeit verliehen. Die natürliche Folge hievon ist aber, dass dieselbe nicht willkürlich auch einem Andern cedirt werden kann. Bei dieser Sachlage liegt daher der Grund der Nichtabtretbarkeit in dem Umstande, dass etwas Veräusserliches, bezw. Uebertragbares gar nicht existirt, so dass also der Inhalt der Forderung nur für den ursprünglichen Gläubiger bestehen kann.¹⁾ Dieser Grund kann nun bei einem pactum de non cedendo, welches nach Konstituierung eines Forderungsrechtes zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner vereinbart wurde, dagegen nicht Platz greifen. Denn die Forderung, bei welcher der Cessionsausschluss nicht schon bei ihrer Begründung vereinbart wurde, gelangt regelmässig als eine veräusserliche zur Existenz. Ist dieses aber der Fall, so vermag eine bloss nachträgliche Vereinbarung der Kontrahenten, dass die betreffende Forderung nicht cedirt werden dürfe, die letztere nicht ohne Weiteres in der Weise zu alteriren, dass derselben der Charakter der Unveräusserlichkeit verliehen würde.

Es ist nun allerdings möglich, dass durch eine nachträgliche Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner, dass

¹⁾ Vgl. auch Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht, 3. Auflage, II, 810 u. 811, Anm. 31.

die Forderung nicht abgetreten werden dürfe, die ursprüngliche Forderung, welche ohne die genannte Modalität eingegangen wurde, mittelst Novation aufgehoben wird, so dass die neue Forderung mit dem p. d. n. c. an die Stelle der ursprünglichen zu stehen kommt. Da nun aber nach Art. 148 des schweiz. O.-R. in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte die Novation nicht vermuthet wird, sondern der Wille, sie zu bewirken (*animus novandi*), sich klar und unzweifelhaft ergeben muss, so folgt hieraus, dass, wenn es an einer unverkennbaren Aeusserung des *animus novandi* fehlt, die alte Obligation durch die neue nicht aufgehoben wird. Wenn daher in einem neuen Vertrage zwischen Gläubiger und Schuldner bezüglich einer bereits bestehenden Forderung eine Vereinbarung dahin getroffen wird, dass die betreffende Forderung nicht abgetreten werden dürfe, so liegt in dieser Vereinbarung an und für sich weder eine unzweideutige Erklärung, die alte Obligation aufzuheben, noch eine konkludente Thatsache vor, aus welcher auf die genannte Absicht geschlossen werden könnte. Sollte nun aber auch durch die genannte neue Vereinbarung die ursprüngliche Forderung aufgehoben und an ihre Stelle eine neue gesetzt werden, also eine Novation sich vollziehen, so kann selbst bei dieser Sachlage nicht von einer wahren Ausnahme von der eben aufgestellten Regel die Rede sein. Denn in diesem Falle würde das p. d. n. c. zugleich mit der durch die Novation geschaffenen neuen Forderung entstehen. Die Folge hievon wäre aber, dass dasselbe (p. d. n. c.) nicht als eine Vereinbarung, die erst nach Begründung der einzig noch in Betracht fallenden Forderung entstanden, aufgefasst werden könnte. Es müsste vielmehr bei dieser Supposition angenommen werden, dass es sich um eine Vereinbarung handelt, welche bei Konstituierung der betreffenden Forderung paktirt wurde.

Wenn nun aber ein p. d. n. c., welches nach Errichtung der Forderung vereinbart wird, wirklich vorliegt, so können auf dasselbe nach unserm Erachten die Grundsätze des *pactum de non alienando* bei körperlichen Sachen per analogiam angewendet werden. Es ist nämlich ein in der Theorie des ge-

meinen Rechtes sowohl als auch in den modernen Codifikationen und der neuern Rechtsprechung zu allgemeiner Anerkennung gelangter Grundsatz, dass das vertragsmässige Veräusserungsverbot bei körperlichen Sachen die Veräusserung, welche ungeachtet dieses Verbotes geschieht, nicht ungültig macht. Nach unserer Ansicht nimmt Lothar Seuffert mit Recht an, dass die ratio legis der eben angegebenen Bestimmung auf Rücksichten des Verkehrslebens zurückzuführen ist. Dieser Autor sagt nämlich (Archiv für civil. Praxis, Bd. 51, S. 107 f.): „Es widerstreitet dem allgemeinen Interesse, dass der Privatwille zu einer Sache in ein solches Verhältniss trete, vermöge dessen dieser Sache die Verkehrsfähigkeit entzogen würde, obgleich die Sache nach wie vor existirt. Darum, also gewissermassen aus Rücksichten des öffentlichen Rechtes, ist diesem Pactum die Wirkung versagt, aber gerade nur soweit, als das öffentliche Interesse es verlangt. Daher bleibt die obligatorische Verbindlichkeit der Paciscenten bestehen, aber die Weiterveräusserung selbst ist nicht behindert durch das Pactum.“ Die gleiche ratio legis greift nun aber nach unserer Meinung, und zwar in verstärktem Masse, bei Forderungen Platz, welchen das p. d. n. c. nachträglich beigefügt worden ist. Unsere Ansicht differirt hier wesentlich von derjenigen L. Seufferts, der die fragliche Bestimmung, welche bezüglich des p. d. n. alienando bei körperlichen Sachen gilt, als Analogie herbeiziehen will auf Forderungen, ohne Rücksicht darauf, ob das p. d. n. c. bei Begründung derselben oder nachträglich konstituiert worden ist. Wir können nun diese Ansicht von Seuffert aus folgenden Gründen nicht als richtig anerkennen:

aa. Erstens wird wenigstens in der Regel ein Nachtheil bezüglich des Verkehrslebens aus einem p. d. n. c. nur erwachsen, wenn, wie wir unten zeigen werden, ein nachträglich vereinbarter Cessionsausschluss die Unzulässigkeit der Cession bewirkt.

bb. Zweitens kann in Wirklichkeit von einem Veräusserungsverbot bei einer Vereinbarung, dass der Schuldner nur verpflichtet sei, einem bestimmten Gläubiger zu leisten, unter

der Voraussetzung, dass diese Vereinbarung bei Begründung der Forderung getroffen worden, gar nicht die Rede sein.

Auch Windscheid (Pandekten, 5. Aufl., II, § 335, Anm. 5) ist der Ansicht, dass es nicht zutreffend sei, in dem genannten Falle von einem Veräußerungsverbot zu sprechen. Wir pflichten Windscheid vollständig bei, wenn er zur Begründung seiner Ansicht sagt: „Es wird nicht zuerst die Forderung als eine an und für sich veräußerliche geschaffen und dann eine neue Bestimmung getroffen, welche ihr diese Eigenschaft nehmen soll, sondern es wird von vornherein der Macht des Gläubigers die Grenze gesetzt, dass nur er von dem Schuldner Leistung soll fordern dürfen.“ Kann nun aber eine bei Begründung der Forderung fixirte Vereinbarung, dass dieselbe (Forderung) nicht cedirt werden dürfe, nicht als ein eigentliches Veräußerungsverbot aufgefasst werden, so ist selbstverständlich eine analoge Anwendung der genannten Bestimmung, welche sich an das vertragliche Veräußerungsverbot bei körperlichen Sachen knüpft, auf Forderungsrechte ausgeschlossen. Dagegen liegt in dem nachträglich vereinbarten p. d. n. c. ein wirkliches vertragliches Veräußerungsverbot. Denn hier fehlen offenbar die Prämissen, welche nach der Argumentation von Windscheid die Annahme eines Veräußerungsverbotes ausschliessen, vollständig. In diesem Falle kommt vielmehr die Forderung als eine veräußerliche zur Existenz, in Folge dessen der Macht des Gläubigers nicht von vorneherein die Schranke gesetzt wird, dass nur er allein vom Schuldner die Leistung fordern dürfe.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt es sich, dass juristisch nicht das geringste Hinderniss vorhanden ist, um die genannte Bestimmung, welche beim p. d. n. alienando von körperlichen Sachen gilt, auch per analogiam auf ein nachträglich vereinbartes p. d. n. c. zur Anwendung zu bringen. Ist dieses aber der Fall, so kann, wenn die Abtretung einer Forderung entgegen der nachträglichen Vereinbarung stattgefunden, aus diesem Umstande höchstens eine Obligation unter den Kontrahenten, resp. eine Entschädigungsforderung des Schuldners an den Cedenten abgeleitet werden. Wollte

man weiter gehen und sagen, dass ein solcher nachträglich vereinbarter Cessionsausschluss die Wirkung habe, dass der Cessionar mit Erfolg den Schuldner nicht belangen könne, so würde diese Annahme offenbar eine Verletzung des Kardinalsatzes enthalten, dass die Cession einer Forderung wider den Willen des Schuldners sich vollziehen kann, welche Verletzung nur ausnahmsweise, wie wir unten zeigen werden, eine juristische Begründung finden kann. Wenn daher einmal feststeht, dass in der Cessionslehre als Fundamentalsatz gilt, dass die Cession wider den Willen des Schuldners sich vollziehen könne, und dieser Grundsatz in der Regel eine unberechtigte Verletzung erleidet, wenn das p. d. n. c., das nach Konstituierung der Forderung zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbart wurde, auf die Cession die angegebene Wirkung äussern soll, so ist die Schlussfolgerung eine gegebene. Es kann dieselbe keine andere sein als die, dass durch eine solche nachträgliche Vereinbarung regelmässig der Cessionar nicht gehindert ist, die cedirte Forderung am Schuldner geltend zu machen.

b) Zu dem ganz gleichen Resultate gelangen wir aber auch, wenn wir einzig und allein vom Standpunkte der *æquitas*, namentlich in Berücksichtigung des modernen Verkehrs, an die Prüfung der Sache hintreten. Wir wissen zwar wohl, dass diese *æquitas* ein Faktor ist, welcher mehr vom Gesetzgeber, als vom Richter bei Auslegung des Gesetzes berücksichtigt werden muss, dessenungeachtet kann dieser Faktor auch vom Richter bei Auslegung eines Gesetzes nicht ganz ausser Acht gesetzt werden. Ist dieses aber der Fall, so sagen wir: dass, wenn die Cession einer Forderung, welche entgegen der zwischen Gläubiger und Schuldner nachträglich getroffenen Vereinbarung stattgefunden, als ungültig erklärt wird, dieses auf evidenté Weise gegen die Anforderungen des modernen Verkehrs verstossen würde. Es müsste diese Beeinträchtigung des Forderungsverkehrs im Hinblick auf das schweiz. O.-R. um so auffallender erscheinen, als durch dasselbe die unverkennbare Tendenz sich hinzieht, den modernen Verkehr selbst auf Kosten von Rechtsanschauungen, die bis-

her in der Wissenschaft als unfehlbare juristische Dogmen hingestellt wurden, zu begünstigen. Die Beeinträchtigung des Forderungsverkehrs, welche sich an die angeführte absolute Wirkung des Cessionsausschlusses knüpft, liegt nun darin, dass dadurch ein berechtigtes Misstrauen gegen die Uebernahme von Forderungen erzeugt wird.¹⁾ Dieses Misstrauen findet aber seine Begründung in dem Umstande, dass der Gläubiger eine Forderung, bei welcher erst nach Entstehung derselben ein p. d. n. c. mit dem Schuldner abgeschlossen wurde, mit Leichtigkeit cediren kann, ohne dass der Cessionar von der Beschränkung der Cession durch das Cessionsverbot Kenntniss erlangt. Denn in der Regel ist diese nachträgliche Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner, mag dieselbe mündlich oder schriftlich getroffen worden sein, für den Dritten nicht erkennbar. A hat dem B einen Schuldtitel unterm 1. Jänner 1884 für ein empfangenes Darlehen ausgestellt. Später resp. den 1. Jänner 1885 wird nun auf die Initiative des Schuldners hin zwischen den Kontrahenten eine neue Vereinbarung dahin abgeschlossen, dass die betreffende Forderung nicht abgetreten werden darf, ohne dass jedoch diese nachträgliche Vereinbarung dem ursprünglichen Schuldtitel beigesezt wird. Bei obwaltender Sachlage kann nun ein gewissenloser Gläubiger den ursprünglichen Schuldtitel einem Dritten abtreten, ohne dass der Letztere eine Ahnung hat, dass durch diese Abtretung der Cedent einen Vertragsbruch gegen den Schuldner begeht. Diese Täuschung des Cessionars ist allerdings ausgeschlossen, wenn, um beim gewählten Beispiele zu verbleiben, die fragliche Vereinbarung, dass die Forderung nicht cedirt werden dürfe, dem Schuldtitel nachgetragen wird. In diesem letztern Falle erscheint dann aber in Wirklichkeit die genannte Vereinbarung nicht mehr als eine nachträgliche; denn dadurch, dass dem Schuldtitel, welcher am 1. Jänner 1884 ohne alle Modalität ausgestellt wurde, am 1. Jänner 1885 das p. d. n. c. beigefügt wurde, hat sich unzweifelhaft eine

¹⁾ Vgl. auch Lothar Seuffert, Archiv für civil. Praxis, LI, 106.

Novation vollzogen, so dass an die Stelle der alten Forderung, bezw. des ursprünglichen Schuldtitels, welcher ohne jegliche Modalität ausgestellt, eine neue Forderung, also ein Schuldtitel, welcher durch das p. d. n. c. beschränkt wird, getreten ist. Ist dieses aber richtig, so fällt die Entstehung des p. d. n. c. mit der Konstituierung der durch die Novation geschaffenen neuen Forderung zusammen, so dass in Folge dessen, wie wir oben schon hervorgehoben, angenommen werden muss, dass der Cessionsausschluss bei Errichtung der einzig noch in Betracht fallenden Forderung paktirt wurde. Es kann nun allerdings auch vorkommen, dass selbst eine Forderung, bei deren Begründung die Nichtcessibilität vereinbart wurde, abgetreten werden kann, ohne dass diese Vereinbarung für den Cessionar erkennbar ist. Diese Möglichkeit ist im Hinblick auf das schweiz. O.-R. selbst bei Forderungen gegeben, welche in einer Schuldurkunde, die nicht gerade den Charakter eines Ordre- oder Inhaberpapiers erhalten, zum Ausdruck gelangen. Denn das schweiz. O.-R. hat die Theorie acceptirt, nach welcher neben einem schriftlichen Verträge, insofern die Form der Schriftlichkeit gesetzlich nicht vorgeschrieben, eine bloss mündliche Neben-Verabredung immer noch zu Recht bestehen kann.¹⁾ Wenn nun aber der Bestand einer solchen mündlichen Verabredung neben einem schriftlichen Verträge in das Bereich der Möglichkeit fällt, so wird diese Nebenbestimmung, welche bei Begründung einer Obligation, deren schriftliche Form die Parteien freiwillig gewählt, vereinbart wurde, in Wirklichkeit höchst selten auf das mündliche Uebereinkommen sich beschränken. Es liegt vielmehr auf der Hand, dass in einem solchen Falle der Schuldner verlangen wird, dass diese Beschränkung, welche mit der Entstehung der Hauptforderung zusammenfällt, auch mit in den schriftlichen Akt aufgenommen werde. Das Fazit der bisherigen Ausführung besteht daher darin, dass gerade bei beurkundeten Forderungen, also bei denjenigen Forderungen, welche aus naheliegenden Gründen im

¹⁾ Vgl. Schneider & Fick, Commentar, zu § 11, Anm. 1.

praktischen Leben am häufigsten den Gegenstand der Cession bilden, das *pactum de non cedendo* für den Cessionar regelmässig nur dann nicht erkennbar wird, wenn diese Vereinbarung nachträglich paktirt wurde. Der Nachtheil, welcher durch diese Täuschung für die rechtliche Stellung des Cessionars entsteht, wenn man an den vereinbarten Cessionsausschluss in der angegebenen Richtung die Ungültigkeit der Cession knüpft, wird nun nicht etwa paralysirt durch einen allfälligen Nachtheil, der bei Annahme des entgegengesetzten Princip für den *debitor cessus* erwächst. Denn durch die Annahme, dass dem Cessionar auch entgegen dem Cessionsausschlusse, welcher nach Begründung der Forderung zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbart wurde, ein wirksames Klagerecht dem *debitor cessus* gegenüber gegeben wird, erleidet die rechtliche Stellung des Letztern, insoweit diese bezüglich der cedirten Forderung in Betracht fällt, keine Veränderung, bezw. keine Verschlechterung. Wenn man bei dieser Supposition von einer Veränderung bezw. Verschlechterung der Stellung des *debitor cessus* sprechen wollte, so würde dieselbe mehr auf die faktische als auf die rechtliche Stellung sich beziehen. Denn der Entstehungsgrund dieses *pactum de non cedendo* wird regelmässig auf die Alternative zurückzuführen sein, dass der Schuldner entweder befürchtet, durch eine allfällige Abtretung in seinem Kredite geschädigt zu werden, oder aber die Besorgniss hegt, dass er in dem Cessionar einen Gläubiger bekomme, der bei Eintreibung der Forderung weniger Nachsicht und Schonung als der ursprüngliche Gläubiger hat. Diese beiden Fälle berühren nun wohl die faktische, nicht aber die rechtliche Lage des *debitor cessus*; aus dem Umstande aber, dass die Stellung des *debitor cessus* eine Verschlechterung in thatsächlicher Beziehung erleidet, kann kein Grund für die Nichtcessibilität der Forderung abgeleitet werden. Wollte man aus diesem Umstande die Cessibilität der Forderung negiren, so wäre die natürliche Folge die, dass für das Institut der Cession in unserm Rechtsleben kein Raum mehr wäre.

Wir haben bis dahin gezeigt, dass, wenn ein nachträg-

lich zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbarter Cessionsausschluss die Cession zu einer wirkungslosen machen würde, dieses regelmässig einerseits eine unberechtigte Verletzung eines Fundamentalgrundsatzes der Cessionslehre enthielte, andererseits gegen die Anforderungen des modernen Verkehrslebens sich verstiesse.

c) Nach unserm Erachten könnte aber der Schuldner gleichwohl mit Erfolg dem Cessionar gegenüber auf diesen nachträglich vereinbarten Cessionsausschluss sich berufen, wenn derselbe einen Grund zur *exceptio doli* bilden würde. Es ist nun allerdings richtig, dass wenn der Gläubiger entgegen diesem nachträglich vereinbarten Cessionsausschlusse die Abtretung vorgenommen, er sich eines Vertragsbruches, resp. einer dolosen Handlungsweise schuldig macht.

aa. Es wird sich daher in erster Linie fragen, ob mit diesem *dolus* des Cedenten eine *exceptio doli* für den Schuldner dem klagenden Cessionar gegenüber erwächst, welcher von diesem *pactum de non cedendo* keine Kenntniss erhalten, also im guten Glauben die betr. Forderung erworben hatte. Es ist dies wieder eine Frage, die trotz ihrer praktischen Bedeutung in der Wissenschaft des gemeinen Rechts eine sehr stiefmütterliche Behandlung erfahren hat. In das Bereich der Erörterung hat die betreffende Frage, wie sie von uns gestellt ist, nur ein Schriftsteller — Albert Schmid — gezogen. Derselbe unterscheidet, ob die Cession auf einen lukrativen oder onerosen Titel gestellt ist. Im ersten Fall wird die *exceptio doli* nur unter der oben angeführten faktischen Voraussetzung dem Debitor *cessus* dem klagenden Cessionar gegenüber gegeben, im letztern Falle dieselben aber als unzulässig verworfen. Schmid begründet nun diese Ansicht folgendermassen: „Das *p. d. n. c.* äussert bei der Uebertragung von Forderungseigenthum keine andern Wirkungen, als bei der Uebertragung von Sacheigenthum, beschränkt vielmehr dort wie hier den Berechtigten auf persönliche Ansprüche gegen den verpflichteten Veräusserer und unterwirft demgemäss den Cessionar nur aus seiner eigenen Person einer *exceptio doli*, sofern er entweder bei lukrativem Titel den *dolus* des Vorgängers zu vertreten ablehnt, oder

bei onerosem Titel an des Vorgängers dolus Theil genommen hat.“ Wir halten nun diese Ansicht von Schmid im Allgemeinen für richtig, wenn dieselbe auch vom Standpunkte dieses Autors aus, nach dem der Cessionar als blosser Ausüber einer fremden Forderung und nicht als Singularsuccessor des Cedenten aufgefasst wird, nicht wohl begründet werden kann. Denn die Frage, ob wenigstens bei der entgeltlichen Cession die exceptio doli des debitor cessus in der angegebenen Weise gegenüber dem Cessionar wirksam geltend gemacht werden kann oder nicht, ist nach unserer Ansicht geradezu davon abhängig, ob der Cessionar Stellvertreter (*procurator in rem suam*) des Cedenten oder Singularsuccessor des letztern wird. Nur bei der Annahme der erstern, nicht aber bei Annahme der zweiten Alternative kann diese exceptio doli für den debitor cessus gewonnen werden. Hiefür besteht eine quellenmässige Grundlage in l. 4 D. de dol. exc. 44, 4. Windscheid (Die actio des röm. Civilrechts, S. 185, Anm. 12, Nr. 2) glaubt zwar, dass diese Stelle sich ausschliesslich nur auf dingliche Ansprachen beziehen könne. Wir halten nun aber dafür, dass, wenn einmal festgestellt ist, dass der Cessionar Singularsuccessor des Cedenten bezüglich der cedirten Forderung wird, die Bestimmung der l. 4, § 27—31, D. 44, 4 auch unter einer Einschränkung, freilich auf die wir später zu sprechen kommen, auf Forderungen unbedenklich Anwendung finden kann. Es ist zwar allerdings in der betreffenden Stelle nur von dinglichen, resp. von Eigenthumsverhältnissen die Rede, bei welchen die exceptio doli aus dem dolus des Auktors regelmässig, d. h. wenn kein lukrativer Erwerbsgrund vorliegt oder der neue Eigenthümer sich nicht auf die *accessio possessionis* seines Rechtsvorgängers beruft, dem Successor nicht entgegengehalten werden kann. Die *ratio juris* der Regel, welche die angeführte Stelle enthält, besteht nun aber darin, dass derjenige, welcher das Eigenthum an einer Sache selbst auf dem Wege des derivativen Erwerbs erlangt, seinen Anspruch aus eigenem Rechte und nicht aus dem Rechte seines Auktors geltend macht.¹⁾ Die

¹⁾ Vgl. auch Franke, Archiv für civilist. Praxis XVI, 429.

erste Ausnahme von der aufgestellten Regel, welche eintritt, wenn der Eigenthümer resp. Vindikant die Sache titulo lucrativo erhält, findet einen positiven Anhaltspunkt in dem Rechtsätze „causa lucrativa pro dolo est“, welcher ausdrücklich in der alleg. l. 4 aufgenommen ist. Die zweite Ausnahme, welche gegeben ist unter der Voraussetzung, dass der neue Eigenthümer oder Vindikant sich auf die accessio possessionis seines Auktors stützt, erhält ihre juristische Rechtfertigung darin, dass in diesem Falle der Vindikant seinen Anspruch auf den Besitz seines Auktors gründet (Vergl. auch Franke cit. loco). Die gleiche ratio juris, welche für die aufgestellte Regel spricht, greift nach unserer Ansicht auch Platz bei Forderungen, wenn der Uebergang derselben in der Form der Singularsuccession anerkannt wird. Denn wenn auch ein durchgreifender Gegensatz zwischen der Stellung des Cessionars, der als Singularsuccessor des Cedenten bezüglich der cedirten Forderung erscheint, und dem neuen Eigenthümer einer Sache besteht, welcher Gegensatz auf die Verschiedenheit zwischen dem obligatorischen und dinglichen Rechte hinausläuft, so ist doch die Stellung des erstern eine dem neuen Eigenthümer einer Sache sehr ähnliche zu nennen. Die Sprache des Volkes, welche nicht nur von einem Eigenthum an Sachen, sondern auch vom Eigenthum an Forderungen redet, scheint in diesem Punkte das Richtige getroffen zu haben. Die letztere Bezeichnung (Eigenthum an Forderungen) ist übrigens, wie Bähr (Jahrb. für Dogmatik, I, 401) dargethan, nicht einmal unrömisch. Mit Recht hat der genannte Autor darauf aufmerksam gemacht, dass „selbst die Römer den procurator als dominus litis, d. h. als Eigenthümer der Processobligation bezeichneten und dass wir mindestens ebensogut berechtigt seien, von einem Eigenthum an Forderungen zu reden, wie bereits die Römer von einem Pfandrechte an einer solchen (Forderung) redeten.“ Dieses Eigenthumsrecht des Cessionars an der cedirten Forderung, welches sich als eine natürliche Consequenz der Singularsuccession ergibt, führt nun aber folgerichtig zu der weitern Annahme, dass der Cessionar, wenn er klagend gegen den Schuldner auftritt, diese Klage, wie der neue Eigen-

thümer einer Sache seine *vindicatio*, nicht aus dem Rechte seines Auktors, sondern durchaus aus seinem eigenen Rechte erwirbt. Bei dieser Sachlage spricht aber für die Annahme, dass die *exceptio doli* aus dem *dolus* des Cedenten dem Cessionar nicht entgegengehalten werden kann, die gleiche *ratio juris*, welche die Bestimmung der l. 4, § 27 ss. D. 44, 4 rechtfertigt, nach der bei dinglichen Rechtsverhältnissen die *exceptio doli* aus dem *dolus* des Auktors dem Rechtsnachfolger gegenüber regelmässig nicht mehr Platz greift. Ist dieses aber der Fall, so ist die Voraussetzung gegeben, um die Bestimmung der allegirten l. 4 auch *per analogiam* auf obligatorische Ansprüche zur Anwendung zu bringen. In der jüngsten Zeit wurde zwar in einem Entscheide des O. A. G. von Celle (vom 3. Okt. 1883) ausdrücklich betont, dass der analogen Anwendung der l. 4 *cit.* auf cedirte Forderungen nach den Ausführungen von Franke im Archiv für civilist. Praxis XVI, Nr. 20, erhebliche Bedenken entgegenstehen.¹⁾ Wir halten nun ebenfalls diese Ausdehnung für bedenklich, wenn man wie Franke von der Voraussetzung ausgeht, dass der Cessionar Stellvertreter (*procurator in rem suam*) des Cedenten ist. Wenn man dagegen annimmt, dass der Cessionar als *Singularsuccessor* des Cedenten angesehen werden kann, so führt gerade die Argumentation von Franke dahin, diese Ausdehnung zu befürworten. Franke sagt nämlich S. 434 *cit.*: „Der Cessionar klagt einzig und allein aus dem Rechte des Cedenten, also muss ihm stets eine *doli exceptio* aus der Handlung des Cedenten opponirt werden können.“ Hieraus folgt nun aber gemäss dem *Argumentum a contrario*, dass wenn der Cessionar wie der neue Eigenthümer einer Sache aus eigenem Rechte klagen kann, die *exceptio doli* des *debitor cessus* aus Handlungen des Cedenten dem Cessionar nicht entgegengehalten werden kann.

Wir haben oben gesagt, dass die Bestimmung der alleg. l. 4, §§ 27 bis und mit 31, in Folge deren bei einer entgeltlichen Cession die *exceptio doli* aus dem *dolus* des Cedenten

¹⁾ Vgl. Seuffert, Archiv XLIX Nr. 96.

dem Cessionar vom Schuldner nicht entgegengehalten werden kann, auf cedirte Forderungen unter einer Einschränkung Anwendung findet. Diese Einschränkung besteht darin, dass im concreten Falle durch die Nichteinräumung der *exceptio doli* an den Schuldner aus dem Dolus des Abtreters gegenüber dem Cessionar, die rechtliche Stellung des Erstern (Schuldner) in Folge der Cession nicht erschwert werde. A. hat dem B. einen Schuldtitel ausgestellt, von welchem der Schuldner A. nachträglich behauptet, er sei zur Ausstellung dieses Titels durch betrügerische Handlungen des B. verleitet worden. In diesem Falle nun kann kein Zweifel walten, dass bei einer allfälligen Cession dieses Schuldtitels der Schuldner dem klagenden Cessionar gegenüber die *exceptio doli* aus dem Dolus des Cedenten opponiren kann. Denn würde man dem Schuldner diese Einrede nicht einräumen, so wäre die natürliche Folge die, dass die rechtliche Lage des Schuldners durch die Abtretung eine Veränderung bzw. eine Verschlechterung erleiden würde. Wenn dagegen bei einer Forderung der Gläubiger B dem Schuldner A gegenüber sich nachträglich verpflichtet, dieselbe nicht weiter zu cediren, so kann nicht gesagt werden, dass wenn die Abtretung dennoch entgegen dieser Vereinbarung als zulässig erklärt wird, bzw. der Schuldner dem Cessionar gegenüber die *exceptio doli* nicht erhält, die rechtliche Lage des Schuldners verschlechtert wird. Die Gründe für diese Behauptung haben wir schon oben angegeben, und wird, um Wiederholungen zu vermeiden, hierorts auf dieselben verwiesen. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich daher, dass die Frage, ob nach gemeinem Rechte ein ohne Kenntniss der Cession zwischen Gläubiger und Schuldner nachträglich vereinbarter Cessionsausschluss mit der vom Debitor cessus erhobenen *exceptio doli* die Ungültigkeit der dagegen verstossenden Abtretung regelmässig herbeiführen könne, davon abhängig ist, ob der Cessionar als Stellvertreter oder als Singularsuccessor des Cedenten erscheint. Im gemeinen Rechte bildet nun diese präjudizielle Frage eine Controverse. Wir halten dafür, wie in der Abhandlung über die Bedeutung der Denuntiation in einlässlicher Darstellung von

uns dargethan worden ist, diejenige Anschauung selbst vom gemeinrechtlichen Standpunkte aus als die richtige, welche sich zu Gunsten der Singularsuccession erklärt. Nach schweiz. O.-R. hat diese Streitfrage, wie wir im ersten Theile dieser Abhandlung ebenfalls auseinandergesetzt, unzweifelhaft im Sinne der Annahme der Singularsuccession eine Lösung erhalten. Wenn aber nach schweiz. O.-R. der Cessionar Singularsuccessor des Cedenten wird, so ist nach schweiz. O.-R. die Prämisse geschaffen, welche die Schlussfolgerung rechtfertigt, dass mit der *exceptio doli* die Abtretung, wenn diese sich entgegen einer zwischen Gläubiger und Schuldner nachträglich abgeschlossenen Vereinbarung vollzieht, von welcher der Cessionar keine Kenntniss hat, — nicht angegriffen werden kann. Diese Schlussfolgerung wird, wie im gemeinen Rechte, auch nach schweiz. O.-R. nicht in Frage gestellt durch den Satz, dass die rechtliche Lage des Schuldners nicht verändert bzw. nicht verschlechtert werden könne. Denn diese rechtliche Lage des Schuldners erleidet in Wirklichkeit auch nach schweiz. O.-R. keine Veränderung im Sinne der Verschlechterung. Wir fügen hier den Gründen, welche wir schon früher für die eben aufgestellte Behauptung angegeben, noch ergänzend bei, dass derselben die Bestimmung des § 189 des O.-R., nach welchem die der Forderung des Abtreters entgegengestandenen Einreden des Schuldners auch gegen den Erwerber geltend gemacht werden können, wenn sie zur Zeit der Denuntiation vorhanden waren, nicht entgegen steht. Denn unser Fall kann gar nicht unter den Art. 189 des O.-R. subsumirt werden, da es sich nicht um Einreden handelt, welche gegenüber dem Abtreter zuständen, wenn dieser klagend auftreten würde.

Wenn wir nun aber weiter fragen, ob auch nach schweiz. O.-R. der Unterschied des gemeinen Rechtes zwischen der entgeltlichen und unentgeltlichen Cession bezüglich der Frage der Zulässigkeit der *exceptio doli* des Schuldners aus dem Dolus des Cedenten dem Cessionar gegenüber unter der angeführten faktischen Voraussetzung besteht, so ist diese Frage im verneinenden Sinne zu entscheiden. Denn es ist kein Grund

erfindlich, warum dieser Unterschied im Hinblick auf das schweiz. O.-R. aufrecht erhalten werden soll. Der alleg. l. 4 resp. den §§ 29 und 31 derselben, wonach bei dinglichen Rechtsverhältnissen die Einrede des Dolus des Auktors dem Rechtsnachfolger gegenüber bei einem lukrativen Titel unter allen Umständen zusteht, lässt sich als Analogie nach schweiz. O.-R. nicht auf cedirte Forderungen heranziehen. Denn die genannte röm. Stelle, wo die bona fides des neuen Eigenthümers geschützt wird, hat ausdrücklich den Satz: *causa lucrativa pro dolo est aufgenommen*. In unserm O.-R. dagegen hat der eben angeführte Rechtssatz, welcher gemeinrechtlich die Basis dieser analogen Anwendung bildet, absolut keinen Anhaltspunkt. In all' den zahlreichen Fällen, in welchen nach schweiz. O.-R. dem gutgläubigen Dritten ein rechtlicher Schutz gewährt wird, wird dieser Schutz der bona fides nicht davon abhängig gemacht, ob das betreffende Rechtsgeschäft für den Erwerber einen entgeltlichen oder unentgeltlichen Charakter hat. Es liegt auch in der That in Ermangelung einer ausdrücklichen oder analogen gesetzlichen Bestimmung kein Grund vor, wesshalb dieser Schutz dem gutgläubigen Dritten, wenn er zufällig sein Recht auf einen lukrativen Titel stützt, vorenthalten werden soll.

bb. In zweiter Linie wird es sich fragen, ob der Schuldner mit Erfolg die *exceptio doli* dem klagenden Cessionar entgegensetzen könne, wenn der letztere von dem zwischen Abtreter und Schuldner vereinbarten Ausschlusse der Cession Kenntniss hatte. Lothar Seuffert glaubt, dass kein Unterschied bestehe, ob der Cessionar das Cessionsverbot kannte oder nicht. Auch in dem Falle, wo er dessen Bestehen kennt, bemerkt Seuffert, ist er berechtigt, das *pactum* zu ignoriren, weil dasselbe die Cession zu hemmen doch nicht im Stande ist. Aus diesem Grunde kann daher nach diesem Autor aus der Kenntniss des Cessionars nicht etwa eine *doli exceptio* gewonnen werden.¹⁾ Wir sind nun mit Seuffert zwar auch der Meinung, wie wir oben schon dargethan, dass ein *pactum*

¹⁾ Archiv für civil. Praxis, LI, 108, 109.

de non cedendo, mit der Modifikation freilich, dass dasselbe nach Konstituierung der betreffenden Forderung vereinbart wurde, die Cession nicht hemmen kann. Hieraus folgt aber keineswegs, dass der Cessionar auch in dem Falle, wo er das pactum de non cedendo kennt, berechtigt ist, dasselbe zu ignoriren. Denn wenn der Cessionar in voller Kenntniss dieses pactum die vom Cedenten abgetretene Forderung gegenüber dem debitor cessus einklagt, so hat derselbe offenbar die Ueberzeugung, dass mit dieser Klage dem Schuldner ein Unrecht zugefügt werde. Ist dieses aber der Fall, so handelt der Cessionar offenbar gegen die bona fides.¹⁾ Bei dieser Sachlage ist aber naturgemäss die exceptio doli für den beklagten Schuldner begründet. Hänel bezeichnet daher mit Recht die exceptio doli als ein Universalschutzmittel gegen alle Ungerechtigkeiten, welche auf Kosten des guten Glaubens durch eine weitgetriebene strenge und einseitige Konsequenz in Anwendung gewisser allgemeiner Rechtssätze geschehen können.²⁾ Regelsberger stellt sich in seinen Beiträgen zur Lehre von der Cession die Frage: Soll der Cessionar unter der Arglist seines Cedenten leiden? und beantwortet diese Frage dahin: „Gewiss dann, wenn er im Zeitpunkt der Cession von der rechtswidrigen Absicht des Cedenten unterrichtet war — — — —; es ist seine eigene Arglist, welche ihm schadet.“³⁾

Wenn man aber noch im Zweifel sein wollte, ob gemeinrechtlich bei der genannten Supposition eine exceptio doli für den debitor cessus gegenüber der Klage des Cessionars erwachsen würde, so müsste jeglicher Zweifel vom Standpunkte des schweiz. O.-R. aus beseitigt werden. Denn es ist geradezu der weitgehende Schutz der bona fides eine Eigenthümlichkeit des schweiz. O.-R. Eine natürliche Folge dieses Schutzes der bona fides ist unter Anderm aber die, dass das schweiz. O.-R. im Gegensatz zur herrschenden Anschauung des gemeinen Rechtes die Theorie adoptirt hat, nach

¹⁾ Vgl. auch l. 2, § 5 D. de doli mali exc., 44, 4.

²⁾ Archiv für civil. Praxis, XII, 420.

³⁾ Archiv für civil. Praxis LXIII, 179.

welcher der Schuldner, der, bevor ihm vom Cedenten oder Cessionar die Abtretung angezeigt wird, im guten Glauben die Forderung bezahlt, gültig befreit wird. In diesem guten Glauben befindet sich aber der Schuldner im Hinblick auf das schweiz. O.-R., wenn er in der Ueberzeugung, dass dem Erwerber kein Abtretungsschein gegeben wurde, den Cedenten bezahlt.¹⁾ Hieraus folgt aber, wenn der Schuldner vor dieser Denuntiation des Cedenten oder Cessionars zuverlässige Kenntniss davon hatte, dass der Cessionar die Abtretungsurkunde besitze, und er dennoch an den Cedenten bezahlt, er im bösen Glauben sich befindet und in Folge dessen nicht liberirt wird. Wenn daher der Cessionar die cedirte Forderung gegenüber dem debitor cessus einklagt und der Letztere die Einrede der Zahlung an den ursprünglichen Gläubiger erhebt, so kann diese Einrede nach schweiz. O.-R. unter der Voraussetzung, dass der debitor cessus genaue Kenntniss von der Cession resp. von dem Umstande hat, dass dem Cessionar eine Abtretungsurkunde ausgestellt wurde, vermittelst der replicatio doli des Cessionars entkräftet werden. Diese replicatio doli findet aber ihre juristische Begründung darin, dass die Bezahlung des debitor cessus an den Cedenten unter der angeführten Voraussetzung nach schweiz. O.-R. auf eine mala fides des debitor cessus zurückzuführen ist. Ist dieses aber der Fall, so muss die mala fides umgekehrt auch auf Seite des Cessionars unzweifelhaft angenommen werden, wenn derselbe bei vollständiger Kenntniss der Vereinbarung zwischen Cedent und Schuldner, dass die betr. Forderung nicht abgetreten werden darf, dieselbe dennoch dem Schuldner gegenüber geltend macht. Wollte man nun aber die actio bzw. replicatio doli des Cessionars nur bei Vorhandensein der mala fides auf Seite des debitor cessus gewähren, dagegen die exceptio doli, wenn diese mala fides beim Cessionar zutrifft, für den debitor cessus nicht begründet halten, so würde für den Cessionar eine ungerechtfertigte Begünstigung geschaffen. Es müsste diese Begünstigung um so auffallender erscheinen, weil der Cessionar im Gegensatz zu der unmündigen und willenslosen

¹⁾ Vgl. Schneider u. Fick, Commentar, zu Art. 187, Anm. 2.

Situation des debitor cessus, in welche derselbe durch Zulassung der Cession gebracht wird, an und für sich schon vortheilhafter gestellt ist. Unter diesen Umständen kann es gewiss nicht im Willen des Gesetzgebers gelegen sein, die durch die Natur der Cession schon herbeigeführte prekäre Stellung des debitor cessus noch dadurch zu verschlechtern, dass demselben ein Rechtsmittel verweigert wird, das dem Cessionar unter den gleichen thatsächlichen Voraussetzungen zusteht.

Die Frage, ob der Schuldner mit Erfolg die *exceptio doli* dem klagenden Cessionar entgegen setzen kann, wenn der letztere von dem *pactum de non cedendo*, welches nachträglich zwischen Cedent und Schuldner vereinbart wurde, Kenntniss hatte, ist daher nach den vorstehenden Erörterungen in Hinsicht auf das schweiz. O.-R. im bejahenden Sinne zu entscheiden. Aus den bisherigen Ausführungen resultirt, dass ein bloss nachträglich vereinbarter Cessionsausschluss dem Schuldner einen Grund zu einer Einrede dem Cessionar gegenüber nur gewähren kann, wenn die Voraussetzungen der *exceptio doli* gegeben sind.

Als kurz zusammen gefasstes Resultat der bisherigen Untersuchung über das *pactum de non cedendo* ergibt sich im Hinblick auf das schweiz. O.-R. folgendes. Wird die betreffende Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner bei Constituirung der Forderung getroffen, so ist die Cession, welche entgegen dieser Uebereinkunft sich vollzogen, ungültig, so dass der Schuldner mit Erfolg dem Cessionar die Leistung verweigern kann. Wenn dagegen die genannte Vereinbarung erst nach Begründung der Forderung fixirt worden ist, so kann dieselbe regelmässig nicht bewirken, dass eine allfällige Cession der betreffenden Forderung als ungültig sich erweist. Von dieser Regel gibt es, abgesehen von dem Falle, wo eine übrigens keine wahre Ausnahme enthaltende Novation sich vollzieht, Ausnahmen unter der Voraussetzung, dass die *exceptio doli* dem debitor cessus zusteht. Diese *exceptio doli* wird aber dem Schuldner nur in einem Falle gegeben, nämlich wenn der Cessionar Kenntniss von diesem *p. d. n. c.* hat.
