



Die
Beschränkung der Cession in Kurland
durch die const. 22 und 23 Cod. mandati
vel contra (A. 35)

von



Victor Wilpert,
Candidaten der Rechte.



ESTICA

A 2182

Die
Beschränkung der Cession in Kurland
durch die const. 22 und 23 Cod. mandati
vel contra (A. 55).

Eine zur Erlangung
der Würde eines Magisters der Rechte
verfaßte
und mit
Genehmigung Einer Hochverordneten Juristen-Facultät
der Kaiserlichen Universität Dorpat
zur
öffentlichen Bertheidigung bestimmte Abhandlung
von
Victor Ewald Wilpert,
Candidaten der Rechte
aus Kurland.

Dorpat 1854.

Gedruckt bei Heinrich Laakmann.

Auf Verfügung Einer Hochverordneten Juristen-Facultät der Kais. Universität zu Dorpat wird der Druck dieser Abhandlung nebst Thesen unter der Bedingung gestattet, daß sogleich nach Beendigung desselben die gesetzliche Anzahl von Exemplaren der Censurbehörde in Dorpat eingereicht werde.

Dorpat, den 21. Novbr. 1854.

(Nr. 169.)

Prof. Dr. Tobien,
Decan der Juristen-Facultät.

Est.

3504

Einleitung.

§ 1.

Die Frage nach der Beschränkung der Cession in Kurland durch die const. 22 und 23 Cod. mand. vel contra (4. 35) involvirt ein doppeltes Moment. Einmal nämlich kann es ungewiß sein, ob dieses Gesetz dort überhaupt Anwendung findet; dann aber auch, wenn jene erste Frage bejaht worden, in welchem Umfange und in welcher Art und Weise es in Bezug auf die einschlägigen Fragen anzuwenden ist.

Daß nun die constitutiones 22 und 23 Cod. mand. vel contra (4. 35), als integrierende Theile des Justinianischen Corpus juris civilis, mit diesem in toto recipirten Gesetzbuche ¹⁾ auch zugleich in Kurland Geltung und Gesetzeskraft erlangt haben, ist eine ausgemachte und nicht weiter zu bezweifelnde Sache. Es könnte sich daher, wenn die Gültigkeit dieser Gesetzesbestimmung für Kurland in Zweifel gezogen

1) cf. v. Bunge, das kurl. Privatrecht. Dorpat 1851. § 11.

würde, im Grunde nur darum handeln, ob nicht etwa durch später erlassene, einheimische Verordnungen, oder durch vieljährige Gewohnheit — wie dieses in Livland der Fall ist — jene römisch-rechtlichen Vorschriften als aufgehoben zu betrachten seien. Dieses muß aber durchaus in Abrede gestellt werden, da weder in den provinciellen, noch durch die Reichsgesetzgebung für Kurland emanirten Rechtsquellen sich irgend welche, jenen angezogenen Constitutionen widersprechende oder derogirende Verordnungen vorfinden, auch kein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht vorhanden ist. So ergiebt sich nun also, daß diese Gesetze, beim Nichtvorhandensein anderer, einheimischer Bestimmungen, dem Principe nach in Kurland Anwendung finden müssen ²⁾, und in praxi, wie einzelne zur Verhandlung gekommene Fälle darthun, auch wirklich angewandt werden ³⁾.

§ 2.

Zunächst ist nun der Inhalt der beiden Verordnungen näher ins Auge zu fassen. Die const. 22 Cod. mand. vel contra (4. 35) rührt von dem Kaiser Anastasius Decorus ⁴⁾ her. Dieses Gesetz hat zunächst einen allgemeinen, verordnenden Theil, an den sich weiter die Ausnahmefälle reihen, in

2) cf. Hellfeld, jurisp. forens. Jenae 1801. § 1025: „Ceterum ratio legis (Anastasianae) hodie omnino adhuc locum „habet, ideoque et ejus usus, nisi jura provincialia in contrarium monstrari possint, negari nequit.“

3) cf. v. Bunge: das Kurl. Privatrecht. Dorpat 1851. § 52.

4) cf. v. Bülow und Hagemann, practische Erörterungen. Hannover 1798/1801. Band IV, Nr. 40.

denen das Anastasische Gesetz keine Anwendung leiden sollte. In diesem allgemeinen, verordnenden Theile heißt es nun, daß der Kaiser in Erfahrung gebracht, wie gewisse Leute, welche sich auf Kosten Anderer zu bereichern trachten, darauf ausgehen, sich Cessionen der Klagerrechte Anderer zu erwerben, und auf diese Weise die Parteien belästigen. Um diesem Beginnen Einhalt zu thun, besteht der Kaiser Anastas, daß, wenn Jemand in Zukunft gegen Geldzahlung eine solche Cession an sich bringt, demselben nur bis auf den Betrag des von ihm gezahlten Geldes und der Zinsen davon die Klagerrechte auszuüben gestattet sein solle. Bei schenkungsweise geschehenen Cessionen aber solle dieses Gesetz nicht Platz greifen, sondern das frühere Recht bestehen.

Diese höchst gerechte Verordnung, wie der Kaiser Justinian in der darauf folgenden const. 23 Cod. eodem sie bezeichnet, wurde von denjenigen, welche sich mit Processen abgeben, dadurch umgangen, daß sie einen Theil der Forderung unter dem Namen des Kaufs auf einen andern Gläubiger übertragen, den andern Theil aber ihm durch eine scheinbare Schenkung abtraten. Um nun die Anastasische Verordnung in ihrer Kraft aufrecht zu erhalten, bestimmte Justinian, daß Niemandem gestattet sein solle, einen Theil seiner Forderung gegen Empfang von Geld und mittelst Verkaufs der Klagerrechte abzutreten, und einen Theil scheinbar unter dem Namen der Schenkung zu übertragen, sondern wenn er wolle, möge er die ganze Forderung rein verschenken, und die Klagen durch Schenkung übertragen, nicht aber heimlich und mittelst versteckter Ränke Geld annehmen, während er vor den Augen zum Scheine einen Kauf ab-

schließt. Diesem Verbote der Umgehung fügt dann Justinian noch die Androhung rechtlicher Nachtheile hinzu.

§ 3.

So viel ist schon bei flüchtiger Durchsicht dieser beiden Gesetze — was den Inhalt betrifft — deutlich zu ersehen, daß es sich um Beschränkung der Cession von Forderungen gegen Geld handelt. Welchergestalt diese Beschränkungen sind, und in welchem Falle sie eintreten, wie auch, was für Folgen daran geknüpft sind, — das Alles soll in dem weitern Verlaufe dieser Abhandlung, selbst bei Erörterung der Einzelheiten dieser Gesetze, des Nähern auseinandergesetzt werden. Vorläufig sind indessen noch zwei wichtige Fragen in der Einleitung zu erledigen, die den Charakter dieser Verordnungen im Allgemeinen betreffen. Welche Absicht nämlich verband der Gesetzgeber mit diesen Gesetzen, und in welchem Verhältnisse stehen die beiden Verordnungen zu einander? Bleiben wir zunächst bei der zweiten, als der zuerst zu erledigenden Frage stehen.

Die Verordnung des Kaisers Anastasius Decorus, welche, der Zeit nach, das frühere Gesetz ist, hatte ganz allgemein verboten, im Falle eines Ankaufs von Forderungen mehr einzuklagen, als man selbst für die Forderung gegeben; im Falle der Schenkung dagegen sollte die ganze Forderung geltend gemacht werden können. Diese allgemeine Fassung des Gesetzes erwies sich in der Folge als unzureichend, indem man dasselbe durch theilweisen Kauf und theilweise Schenkung, wie oben gesagt worden, zu umgehen mußte. Justinian, dem dieses Schicaniren eines, seiner Meinung nach, so vortrefflichen Gesetzes (*justissima*

constitutio, tam humanitatis, quam benevolentiae plena) durchaus unstatthaft erschien, hielt es für unumgänglich nothwendig, eine derartige Umgehung der *lex Anastasiana*, — ein Fall, der dem Kaiser Anastasius offenbar nicht vorgeschwebt, — durch Hinzufügung genauerer, diesbezüglicher Bestimmungen und Androhung rechtlicher Nachtheile unmöglich zu machen, während er im Allgemeinen das Anastasische Gesetz unverändert fortbestehen ließ (*generaliter Anastasiana constitutioni subvenientes*).

§ 4.

Hieraus ist nun ersichtlich, da die Justinianische Verordnung nur einen ergänzenden Nachtrag ⁵⁾ der Anastasischen Vorschrift bildet, daß beiden Gesetzen eine gemeinsame Absicht der Gesetzgeber zum Grunde liegt, und daß die *const. 23 Cod. mand. vel contra* nur noch außerdem einen speciellen Zweck hat ⁶⁾.

Wir haben es hier zunächst mit der Ausmittelung jener gemeinsamen Absicht zu thun. In den Eingangsworten der *lex Anastasiana* ist nun die Veranlassung zu dieser Verordnung angegeben, namentlich in den Worten:

Per diversas interpellationes ad nos factas com-

5) cf. v. Wangerow, Lehrbuch der Pandecten. Marburg u. Leipzig 1849. § 576; — und Brachtenhöst, civilistisches Archiv, XXIII, S. 204.

6) cf. Donelli, com. de jure civ. Norimbergae 18^o/31. Band IX, S. 453: „Eam (i. e. Anastasii) constitutionem nominatim comprobavit Justinianus, et plenius est interpretatus, id cavens, ne fraus ei fieret; adque hoc addidit quod in primis dignum est notatu: ut in reliquam quantitatem etc.“

perimus, quosdam alienis rebus fortunisque in-
hiantes, cessiones aliis competentium actionum
in semet exponi properare, *hocque modo diver-*
sas personas litigatorum vexationibus afficere, etc.

Es hatte sich also erwiesen, daß eigennützig und gewinnsüchtige Leute darauf Bedacht genommen hatten, Forderungen für einen geringern Preis an sich zu bringen und sie alsdann gegen die Schuldner gerichtlich zu verfolgen. Hierbei mochte die Habsucht dieser Leute sie zu mancherlei Chicanen verleitet haben, wodurch die Schuldner nicht wenig bedroht waren. Um also jeden derartigen Versuch zu vereiteln und das Uebel in der Wurzel anzugreifen, wurde die Möglichkeit jedes Vortheils durch Verbot des Handels mit Forderungen ausgeschlossen, und so den Bemühungen und Antrieben des Eigennuzes ein Ende gemacht, indem mit der Unmöglichkeit des Gewinnes auch der Reiz zu derartigen Unternehmungen schwinden mußte. Dies ist die eigentliche Absicht des Gesetzgebers 7).

Mag nun immerhin zugegeben werden, daß dieses Gesetz unter den Verhältnissen, in denen es gegeben wurde, von wohlthätigen Folgen gewesen: heutzutage aber kann es nur als eine drückende Beschränkung des freien Verkehrs betrachtet, und deren Abschaffung, wie dieses bereits hier und da geschehen 8), als eine wünschenswerthe Befreiung

7) cf. Buchta, Weiste's Rechtslexicon. Leipz. 1835/48. S. 648; v. Wangerow, Lehrbuch der Pandecten. Marburg u. Leipzig 1849. § 576, Anmerk. 1.

8) cf. Ernst Gottfried Schmidt's theoretisch-practischer Commentar zu Johann Ludwig Schmidt's practischem Lehrbuche von gerichtlichen Klagen und Einreden. Leipzig 1800/3.

des Handels und Wandels von beengenden Fesseln begrüßt werden. Zwar ist auch das Gegentheil behauptet worden: daß nämlich der nachtheiligen Folgen wegen, das Verbot des Handels mit Forderungen nur wünschenswerth erscheinen könne⁹⁾. Da indessen diese nachtheiligen Folgen von den Vertheidigern dieser Ansicht nicht namhaft gemacht werden, und der Verfasser keine Gelegenheit gehabt hat, selbst solche Erfahrungen zu machen, so sieht er vorläufig sich veranlaßt, bei seiner Ansicht zu verharren und der Vermuthung Raum zu geben, daß die dem Forderungshandel schuldgegebenen Nachtheile wol nicht diesen, qua solchen, sondern nur die Nebenumstände und anderweitigen möglichen Verhältnisse treffen.

Ob aber dieses Gesetz auch wirklich seine Absicht zu erreichen im Stande ist, das ist freilich eine Frage, die nach der täglichen Erfahrung fast verneint werden muß, indem Cedent und Cessionar im Einverständnisse mit einander es nur zu gut zu umgehen wissen. Gegen derartige Umgehungen indessen vermögen selbst die wohlthätigsten Gesetze nicht geschützt zu werden, geschweige denn eine Verordnung, die sich lange überlebt und nur zu sehr mit den heutigen Interessen des Verkehrs im Widerspruche steht.

9) cf. Buchta, l. c. S. 649.

I. Abschnitt.

§ 1.

Nachdem in der Einleitung im Allgemeinen die Anwendbarkeit der beiden Gesetze in Kurland festgestellt, auch deren äußeres und inneres Verhältniß zu einander, und die in denselben dargelegte gesetzgeberische Absicht bereits berührt worden, hat man sich nun den Einzelheiten der Gesetzesbestimmungen zuzuwenden, um solche in ihrem Wesen und Folgen näher ins Auge zu fassen.

Ein Rückblick auf die eigentliche Veranlassung und Absicht des Gesetzes wird uns zunächst die Fälle, in denen es Anwendung leidet, bestimmen helfen.

Es soll also zunächst durch das Anastasische Gesetz dem Eigennuß und der Gewinnsucht der Forderungskäufer, und damit zugleich dem Forderungshandel selbst Einhalt gethan werden; und kann solches nicht besser erzielt werden, als indem man die Möglichkeit eines Gewinnes gesetzlich ausschließt. Dieses geschieht nun dadurch, daß dem Forderungskäufer resp. Cessionar verboten wird, mehr einzuklagen und gerichtlich zu verfolgen, als er selbst für die cedirte Forderung dem Verkäufer resp. Cedenten gezahlt hat. Jetzt liegt es gar nicht in seinem Interesse, die Ges-

sion der Forderungen herbeizuführen, weil jede Uebervortheilung des Cedenten nunmehr ohne alle Wirkung ist, da ihm nur erlaubt worden, den *debitor cessus* in soweit in Anspruch zu nehmen, als er seinerseits durch Geldzahlung (*datis pecuniis*) den Cedenten befriedigt hat. Demnach wird dieses Gesetz überall; dort Anwendung finden, wo weniger gezahlt worden ist, als die Forderung werth war, nicht aber, wo man etwa aus Gefälligkeit Jedem gegen eine Obligation den vollen Betrag derselben baar ausgezahlt.

§ 2.

Gehen wir weiter, und fassen zunächst die Fälle ins Auge, die in dem Gesetze selbst ausgenommen sind, so sehen wir, daß, wenn selbst weniger als der volle Werth der Forderung beim Ankaufe derselben ausbezahlt worden, dennoch dem Käufer unter bestimmten Voraussetzungen die Einklagung und gerichtliche Verfolgung der ganzen Forderung gestattet wird. So zunächst in dem Falle, wenn Miterben oder Collegatarien, oder Fideicommissarien zum Behufe ihrer Auseinandersetzung sich gemeinschaftliche Forderungen cediren —

— — — *exceptis scilicet cessionibus, quas inter coheredes, pro actionibus hereditariis fieri contingit; — — — nec non his quas inter legatarios seu fideicommissarios, quibus debita vel actiones relictæ sunt, pro his fieri necesse sit; —*

Die Ausdehnung dieser Ausnahme auf Communions-Interessenten überhaupt, wie dieses geschehen ist ¹⁰⁾, dürfte, wenn

10) Holzschuher, Theorie und Casuistik II, 2. S. 145.

auch gewagt, dennoch nicht ganz unbegründet erscheinen, indem offenbar der Grund der Begünstigung der Miterben und Collegatarien auch hier vorhanden ist.

§ 3.

Eine zweite Ausnahme wird von dem Gesetzgeber auch in dem Falle statuiert, wenn Jemand seinem Gläubiger an Zahlungsstatt¹¹⁾ eine Forderung cedirt —

— exceptis — — — his, (cessionibus) quascunque — creditor — — — pro debito — — — accepit;

Bei dieser Gelegenheit ist die Frage aufgeworfen worden¹²⁾, wie es etwa mit dieser Ausnahme in dem Falle zu halten sei, wenn die Contrahirung und Abtragung der Schuld gleichzeitig vor sich gingen, so daß der Schuldner, indem er von seinem Gläubiger ein Darlehn empfängt, auch sofort durch Cession einer Forderung von größerem Werthe ihn befriedigt.

Nach dem Wortlaute des Gesetzes dürfte dieses Verfahren fast zulässig scheinen, ist es aber durchaus nicht, wenn man bedenkt, daß auf diese Weise das Gesetz umgangen und ganz unwirksam gemacht werden kann; denn genauer betrachtet, ist hier die Cession nichts anderes, als ein Verkauf der Schuldforderung mit völliger Uebertragung derselben zu Eigenthum an den Cessionar. Sobald in-

11) cf. Mackeldey, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts. Gießen 1831. § 548, a.

12) Pfeiffer's practische Ausführungen. Hannover 18²³/oo. Nr. VI, S. 42.

dessen die Cession der Schuldforderung nur zur Sicherung der künftigen Rückzahlung des Darlehns erfolgt ist, dann kann das Anastasische Gesetz offenbar keine Anwendung finden, weil hier nur eine Verpfändung vorliegt, während die durch das Darlehn begründete Schuldverbindlichkeit fort dauert.

§ 4.

Bei Cessionen, welche sich auf Sicherung des Besitzstandes beziehen, soll ebenfalls nach den Worten des Gesetzes eine Ausnahme stattfinden:

exceptis — — his (cessionibus) quascunque is, qui res aliquas possidet, pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit.

Dieser Fall tritt am häufigsten im Concourse bei Ausübung des *jus offerendi* ein, wenn ein nachstehender Pfandgläubiger sich die Forderung eines vorhergehenden Pfandgläubigers für eine geringere Summe hat abtreten lassen, oder auch sonst, wenn der Besitzer einer verpfändeten Sache sich mit dem Pfandgläubiger in der Art abfindet, daß er sich von diesem gegen eine geringere Summe Geldes dessen Forderung abtreten läßt. In allen diesen Fällen soll der Cessionar immer den ganzen vollen Betrag der Schuldforderung einzulagen berechtigt sein, wenn er selbst auch nur um geringern Preis das Recht an sich gebracht¹³⁾.

13) cf. Hofackeri Princip. jur. civ. Tubingae 17⁸⁸/98. § 1954. -- — „*minori pretio cessum accepit.*“

§ 5.

Zum Schluß heißt es noch in der const. 22 Cod. mand. (4. 35):

Si autem *per donationem* cessio facta est: sciant omnes huiusmodi legi locum non esse: sed antiqua jura esse servanda.

Hiernach ist also die Schenkung einer Forderung nicht unter das Anastasische Gesetz zu subsumiren, was nur als eine nähere Bestimmung jener allgemeinen Regel über die Beschränkung der Cession anzusehen ist. Denn wenn es dort heißt, daß nur in dem Falle, wenn eine Forderung gegen Geld cedirt wird, die Einklagung bis zur gezahlten Summe erfolgen könne, so dürfte darin wol schon *implicite* der Satz liegen, daß wo Forderungen nicht gegen baares Geld umgesetzt werden, das Gesetz auch keine Anwendung findet.

Daß hier nur von reinen Schenkungen, d. h. von Schenkungen der ganzen Forderung die Rede sein kann ¹⁴⁾, geht aus dem ganzen Zusammenhange dieser Stelle hervor. Obzuerachtet dessen hatten die practischen Rabulisten des alten Rom's hier einen Ausweg zu finden gewußt, um die Bestimmungen dieser Vorschrift zu umgehen. Man erklärte nämlich den Fall einer theilweisen Schenkung und theilweisen Verkaufs einer Forderung für eine reine remunerative Schenkung, und betrachtete den gezahlten Kauf-

14) cf. Hofackeri Princip. jur. civ. § 1954: „si pretium nullum intercedat v. c. si nomen donatione sit in alterum translatum.“

preis als bloßes Gegengeschenk. Dadurch gelang es, das Gesetz vollständig außer Kraft zu setzen, indem man jeden Fall, wo ein geringerer Preis für die Forderung gezahlt war, für einen solchen theilweisen Kauf und theilweise Schenkung ansah und alsdann, auf die Worte des Gesetzes »per donationem cessio facta est« hindeutend, weiter folgerte, daß, da das Gesetz von Schenkungen im Allgemeinen rede, darunter auch jene theilweisen Schenkungen zu verstehen seien. Diesem Unfuge zu begegnen, ist nun der eigentliche Zweck der const. 23 Cod. mand. (4. 35):

— — nulli licere partem quidem debiti cedere pecuniis acceptis et *venditione* actionum habita, partem autem *donationis titulo* videri transferre.

§ 6.

Da indessen hierbei Cedent und Cessionar nur zu leicht im Einverständniß mit einander handeln, und so auch diese Additional-Bestimmung umgehen könnten, so ward in der const. 23 Cod. mand. (4. 35) auch hierauf Bedacht genommen. Zunächst faßte man den Fall ins Auge, da Jemand bei theilweisem Verkauf und theilweiser Verschenkung einer Forderung die Personen des Cessionars und Donatars auseinander zu halten bemüht sein sollte, so daß er dem A. für einen entsprechenden Preis einen Theil der Forderung überläßt, dem B. dagegen unentgeltlich den Rest derselben zuzuwenden vorgiebt. Auch wenn Jemand sich stellte, als mache er eine Schenkung der ganzen Forderung, während er heimlich Geld entgegengenommen, — sollte ihm nicht gestattet sein, mehr einzufordern als erweislich gegeben worden ist.

Dies mochten die häufigsten Formen der Umgehung des Gesetzes sein, — keinesweges aber die einzigen, und es dürfte fast fraglich erscheinen, ob in dieser beispielsweise Aufführung jener Fälle nicht überhaupt jede Umgehung dieses Gesetzes als verboten hingestellt werden sollte.

§ 7.

Hiermit wären die in dem Gesetze selbst ausdrücklich hervorgehobenen Ausnahmefälle, so weit es thunlich, in der Kürze berührt worden. Es fragt sich aber, ob damit auch wirklich die ganze Sphäre seiner Nichtanwendbarkeit genau bezeichnet ist, und ob nicht etwa durch Analogie und Berücksichtigung der vielfach veränderten Staats- und Rechtsverhältnisse heutzutage noch weitere Ausnahmen von der Anastasischen Vorschrift zulässig erscheinen sollten. — Im Allgemeinen muß diese Frage durchaus bejaht werden.

So ist es wohl außer allem Zweifel, daß bei dem Tausche von Forderungen gegen Forderungen das Anastasische Gesetz keine Anwendung finden kann, obwol dieser Fall nicht gleich der Schenkung, besonders von dem Gesetzgeber, aufgezählt worden. Denn, wenn in dem Gesetze ausdrücklich gesagt worden, daß überhaupt die erwähnte Beschränkung nur bei der Cession gegen bares Geld (*datis pecuniis*), d. h. bei dem Forderungskaufe, zur Anwendung kommen solle, so versteht es sich wol von selbst, daß, so oft ein bloßer Tausch von Schuldforderungen vorliegt, nothwendig *per argumentum a contrario* die Unanwendbarkeit dieses Gesetzes gefolgert

werden muß¹⁵⁾. — Für die Praxis ist diese Frage von dem höchsten Interesse, weil der Tauschhandel mit Forderungen nur zu oft vorkommt. Zur Veranschaulichung mag folgendes Beispiel dienen. Es erwirbt Jemand durch Cession von einem Andern eine bereits rechtskräftig locirte Forderung gegen die Concurssmasse des A. im Betrage von 500 Rbl. S.=M., und giebt dafür eine Stieglitz'sche Inscriptio au porteur zu 500 R. S.=M. Stünde nun diese Inscriptio gegenwärtig unter pari, würde aber in der Folge durch glückliche Umstände im Werthe steigen, so müßte der Gemeinschuldner demunerachtet, dem Liquidanten mehr als der Coursverth der Inscriptio zur Zeit der geschehenen Cession betragen hatte, bezahlen, weil Staatspapiere au porteur als Waare zu betrachten sind, und hier daher nur ein einfacher Tauschhandel mit Forderungen stattgefunden hat.

§ 8.

Wie es sich mit der Nichtanwendbarkeit der Anastasischen Vorschrift bei der Cession einer Gesamtheit von Forderungen verhalte, ist zum mindesten eine sehr strittige Frage. Die Sache läßt sich daher nicht so in der Kürze abthun, sondern erheischt eine gründlichere Erörterung.

Zunächst ist der Unterschied zwischen der Cession einer Gesamtheit von Forderungen und einer *universitas juris*,

15) cf. Hellfeld, *jurispr. forens.* § 1025: „*Lex Anastasiana ad emptiones nominum solum pertinet et ad cessiones ex titulo emtionis haud factas extendi nequit.*“

wie etwa einer Erbschaft, wohl ins Auge zu fassen, indem es keinem Zweifel unterliegt, daß bei der Cession der letztern, wegen der großen Mannigfaltigkeit der darin enthaltenen Gegenstände, Rechte und Verpflichtungen, der Kaufpreis für eine einzelne Forderung sich nicht genau bestimmen lasse. — Lassen wir nun diesen Fall eines Erbschaftskaufs, als nicht hergehörig, bei Seite, und wenden uns der Cession einer *universitas nominum* zu, so erwächst uns hier eine weitere Distinction, — je nachdem der für die Gesamtheit der Forderungen gezahlte Kaufpreis geringer, als jede einzelne Forderung für sich betrachtet ist, oder den Werth jeder einzelnen Forderung übersteigt, und nur dem Gesamtbetrage derselben nicht entspricht. Im erstern Falle muß die *lex Anastasiana* unbedingt angewandt werden, weil es hier auf der Hand liegt, daß ein zu geringer Preis, selbst im Verhältniß zur einzelnen Forderung, bezahlt worden. Im Falle der Kaufpreis aber den Betrag der einzelnen Forderung übersteigt, kann die Frage aufgeworfen werden, ob nicht der Cessionar diese einzelne Forderung bei der Offerte des Gesamtpreises nach ihrem vollen Betrage angeschlagen, hingegen die übrigen Forderungen für wenig oder gar nichts geachtet habe. Denn wenn es nicht zu ermitteln, welche Forderung liquidirt worden und welche unbezahlt geblieben, so sollte man meinen, könne auch von der Anastasischen Verordnung und deren Geltung in concreto nicht die Rede sein¹⁶⁾. Dies ist auch in der That der Fall, namentlich wenn die vom Cessionar gekauften und geltend gemachten Forderungen dem

16) cf. Seuffert, *Civilistisches Archiv*. Bd. XI, S. 377.

selben aus verschiedenen Gründen und gegen verschiedene Personen zustehen¹⁷⁾; denn dann wird es höchst schwierig, wenn nicht gar unmöglich sein, auszumitteln, wie viel für eine oder die andere der mehreren zusammen erkaufte Forderungen gegeben worden. Man kann sich dieses durch ein Beispiel vergegenwärtigen. Es hat Jemand einem Andern drei Forderungen, für den Betrag von 150 Rub. S. = M. cedirt, und zwar: die Forderung

von 100 R. S. auf A. gestellt,

" 200 " " B. "

" 300 " " C. "

Es fragt sich nun, für welche dieser Forderungen jene 150 R. S. gezahlt sind, oder wie viel auf jede der angekauften Forderungen speciell zu berechnen ist. Dies läßt sich aber durchaus nicht ermitteln. — Zwar ist ein Ausweg versucht worden¹⁸⁾, indem man gesagt hat, daß A. zuerst angegriffen, sich mit der *exceptio legis Anastasiana* gar nicht schützen könne; B. hinterher angegriffen, aber allerdings so, daß er nur 50 noch zu zahlen brauchte, ebenso C., wenn er anstatt des B. und A. angegriffen wird. — Wenn dagegen der Gläubiger von A. bereits 100 und von B. oder C. 50 erhalten, so könne er nichts weiter fordern. B. oder C. zuerst belangt, sollten sich mit der Einrede des Anastasischen Gesetzes schützen können und nur 150 zu zahlen brauchen, und dann der andere von ihnen und A. ganz frei

17) cf. Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungen. Greifswalde 1836. S. 545.

18) cf. Sintenis, das practische gen. Civiltrecht. Leipzig 1844/9. § 128, Anm. 53. Thl. II.

ausgehen. Man sieht, wie unzureichend dieser Erklärungsversuch ist, indem man immer wieder auf eine *sententia claudicans* stößt, und wird daher wol auf die Unanwendbarkeit der *lex Anastasiana* in diesem Falle zurückkommen müssen.

§ 9.

Der Grund der Unanwendbarkeit des Anastasischen Gesetzes bei der Cession einer Gesamtheit von Forderungen liegt also, wie wir gesehen, in der Unmöglichkeit, den speciell für die eine oder andere der mehreren Forderungen gezahlten Preis auszumitteln. Mögen wir nun aufmerken, ob nicht ein ähnlicher Grund auch der Anwendbarkeit dieser Vorschrift bei zweifelhaften und unsichern Forderungen entgegensteht. Denn daß dieses Gesetz bei ganz sichern und unzweifelhaften Forderungen seine Anwendung finden müsse, ist als eine heutzutage ausgemachte Sache zu betrachten. Zwar haben ältere Rechtslehrer¹⁹⁾ die entgegengesetzte Ansicht aufzustellen versucht, indessen nur mit geringem Erfolge. Sie gehen nämlich von den einleitenden Worten der *const. 22 Cod. mand. (4. 35)*:

quum certum sit pro *indubitatis* obligationibus
eos magis, quibus antea suppetebant, jura sua
vindicare, quam ad alios ea transferre velle —

aus, und behaupten, daß hierin eine klare Hindeutung auf die Ausschließung der unzweifelhaften Forderungen von dem Anastasischen Gesetze enthalten sei, ohne in Erwägung zu ziehen, daß diese Worte nicht *verba dispositiva* sind, son-

19) cf. Glück, Erläuterung der Pandecten XVI, S. 464.

dern nur allgemeine Erfahrungen, als historische Veranlassung und Rechtfertigung des Gesetzes, hinstellen. Vollends aber erscheint diese Ansicht als völlig unbegründet und unhaltbar, wenn man des Nähern auf den Geist des Gesetzes eingeht. Der Kaiser verordnet ganz allgemein:

ut ne quis *alienum* subeat *debitum*, cessione in eum facta, et ne amplius a debitore consequatur his, quae praestitit cessionis auctori, —

und geht dabei von der Voraussetzung aus, daß der ursprüngliche Gläubiger *indubitatae obligationes* lieber selbst würde eingeklagt, als um einen geringern Preis auf einen Andern übertragen haben. Was heißt das nun anders, als: dieses Gesetz soll ganz allgemeine Geltung haben, obwohl die zeitherige Erfahrung sich auch fernerhin bestätigen wird, daß nämlich ganz unzweifelhafte Forderungen nur selten weiter cedirt und daher auch nur selten diesem Gesetze unterliegen werden, — keinesweges aber als durch das Gesetz selbst ausgeschlossen betrachtet werden sollen.

§ 10.

Dabei ist man indessen nicht stehen geblieben, sondern sogar zu der Behauptung fortgegangen, als habe dieses Gesetz lediglich und allein auf unzweifelhafte, nicht aber zugleich auf zweifelhafte und unsichere Forderungen Bezug, so daß bei der Cession der letztern jede Beschränkung wegfallen müsse. Auf diesem Standpunkte steht nun die Kurländische Praxis, — wie das Classifications-Urtheil des Oberhofgerichts in der v. Nolde-Kalleten'schen Concursache vom 25. October 1834 beweist, woselbst es wörtlich heißt:

„— — — Unrechtfertig aber sind a) die Einrede
 „des Anastasianischen Gesetzes, da, — möge nun
 „überhaupt die *lex Anastasiana* auf Cessionen von
 „Forderungen, wie die gegenwärtige, Anwendung
 „haben oder nicht, was füglich dahingestellt sein
 „kann, — diese *Lex* auf strittige, ganz un=
 „sichere Forderungen nach der Praxis nicht an=
 „wendbar ist.“

Es läßt sich zwar nicht leugnen, daß nach dem Wort=
 laut des Gesetzes, welches nur ganz allgemein von der
 Cession einer Schuldforderung spricht, ohne zwischen zwei=
 felhaften und unzweifelhaften Forderungen weiter zu unter=
 scheiden, — die Anwendbarkeit desselben auch auf die er=
 stern behauptet werden kann. Dieses ist auch in der That
 von vielen, namentlich neuern Rechtslehrern behauptet
 worden ²⁰⁾, welche noch insbesondere den Umstand dafür
 geltend zu machen suchen, daß das Gesetz durch Nichtan=
 wendung desselben auf unsichere Forderungen ganz seine
 Kraft und Geltung einbüßen und als völlig umgangen be=
 trachtet werden müsse; während es doch ein unumstößlicher
 Grundsatz der rechtswissenschaftlichen Auslegung sei, jedes
 Gesetz und Institut so zu interpretiren, daß es möglichst wirk=
 sam sei und in seinem ganzen Umfange aufrecht erhalten
 werde. — Es bliebe nun wirklich nichts anderes übrig, als
 dieser Argumentation und dem Gewicht der angeführten
 Gründe nachzugeben und sich für die Anwendung des Ge=

20) cf. v. Bulow und Hagemann, practische Erörterungen,
 Bb. IV, Nr. 40; — Mühlenbruch l. c. S. 548; — Fuchta l.
 c. S. 651.

gesetz auch bei zweifelhaften Forderungen zu erklären, wenn nicht in der Praxis sich doch noch ein anderer Gesichtspunkt für die Beurtheilung dieser Frage geltend machte. Es handelt sich nämlich zunächst darum: kann überhaupt bei unsichern und zweifelhaften Forderungen von Zahlung eines geringern Kaufpreises, als der Werth derselben beträgt, — welches doch die nothwendige Voraussetzung der Anwendung dieses Gesetzes ist, — füglich die Rede sein? Man hat diesen Zweifel zu beseitigen und die Frage zu bejahen versucht²¹⁾, indem man den Kaufpreis bloß nach der Größe und dem Betrage der in dem Schuldscheine versprochenen Geldsumme zu berechnen vorschlug. — Dagegen aber ließe sich, zur Vertheidigung der Praxis, wol mit Recht der Einwand erheben, daß *re vera* im täglichen Handel und Wandel eine unsichere oder ungewisse Forderung nicht so viel werth sei, als ihr Nominalwerth besage, und man daher auch nicht annehmen kann, daß sie, wenn weniger dafür gezahlt worden, für einen geringern Preis erkaufte sei. Daß aber das Gesetz durch diese Einschränkung seiner Anwendbarkeit, — wie von der andern Seite behauptet worden, — gänzlich außer Kraft trete, läßt sich leicht durch Hinweis auf die, wenn auch im Ganzen selten vorkommenden Fälle einer Cession unzweifelhafter Forderungen widerlegen. Man möchte daher im Ganzen gesonnen sein, sich gegen die Anwendbarkeit der *lex Anastasiana* auf zweifelhafte Forderungen zu erklären, wobei die ältern Rechtslehrer als Gewährsmänner uns zur Seite stehen²²⁾.

21) cf. Glück, Erläuterung der Pandecten, Thl. XVI, § 1024.

22) cf. Lauterbach, colleg. pand. Tubingae 1784. Lib. 18, Tit. 4, § 65. „*Si quis debitum immaturum, hoc est, in futu-*

§ 11.

So wäre nun diese Streitfrage als durch ihre einzelnen Stadien durchgeführt zu betrachten. Ausgehend von der Bestreitung der Anwendbarkeit der *lex Anastasiana* auf unzweifelhafte Forderungen, gelangten wir zu dem Ergebnis des Gegentheils, — von da weiter zu der äußersten Folgerung dieses Standpunkts, zu der Behauptung nämlich, daß diese Vorschrift nur auf unzweifelhafte Forderungen angewandt werden könne, zweifelhafte dagegen ausgeschlossen bleiben müßten. — Ein Punkt ist noch, bevor weiter gegangen wird, aufzuhellen: die Bewandniß nämlich, welche es mit der Sicherheit oder Unsicherheit, Zweifelhaftigkeit oder Unzweifelhaftigkeit einer Forderung hat. Die Unsicherheit oder Zweifelhaftigkeit der Forderung muß in den besondern factischen Umständen des Schuldverhältnisses selbst begründet sein, wie z. B. bei theilweiser Insolvenz des *debitor cessus*. Es darf aber durchaus nicht als hinreichend betrachtet werden, daß die Forderung erst eingeklagt und gerichtlich verfolgt werden muß, und also dem ungewissen Ausgange eines Rechtsstreites überhaupt anheimfällt; denn gerade unter dem Gesichtspunkte der gerichtlichen Verfolgung verbietet das Gesetz die Cessionen²³⁾.

§ 12.

Noch in einem andern, hiervon wohl zu unterschei-

rum et certos terminos solvendum, praesenti emat pecunia quamvis pretio summa debita minori; — und Hofackeri, Princ. jur. civilis § 1954.

23) cf. Hofacker, *Princ. jur. Civ.* § 1954: „*nil interest, utrum nomen sit certum an incertum et controversum.*“

denden Sinne kam von ungewissen Forderungen, welche gleichfalls von dem Anastasischen Gesetze auszuschließen sind, die Rede sein. Dies ist zunächst auf die Cession solcher Forderungen zu beziehen, welche von Anfang an auf eine *alea*, auf einen ungewissen, gewagten Gegenstand, gehen, und zwar aus demselben, oben angeführten Grunde: weil nämlich ein solcher Gegenstand einer sichern Vergleichung mit dem ausbedungenen Kaufpreise nicht fähig ist. So ließe sich etwa bei der Cession eines Lotterieloses, — da Gewinn und Verlust möglich ist, — in keiner Weise der Werth desselben nach dem Einsatze bestimmen, sondern muß durchaus als unbestimmt und unbestimmbar angesehen werden ²⁴⁾.

§ 13.

Gleichwie bisher die eigenthümliche Beschaffenheit der cedirten Forderungen das bestimmende Moment für die Anwendbarkeit oder Ausschließung des Anastasischen Gesetzes gebildet, so ist es auch hinsichtlich der jetzt zu behandelnden Forderungen aus Wechseln und Staats-Schuldscheinen der Fall ²⁵⁾. Dem Römischen Rechte sind diese Obligationen wol nicht bekannt gewesen, wenigstens gewiß nicht die *au porteur* lautenden Staatspapiere und die *à l'ordre* gestellten Wechsel. In jenen ist nämlich überall kein Gläubiger genannt, sondern sie enthalten bloß eine Verpflichtung gegen eine *persona incerta*, den dereinstigen

24) Puchta, I. c. S. 651.

25) cf. Göschel, Vorlesungen über das gemeine Civil-Recht. Bch. III, S. 38.

Inhaber des Papiers, — was den Hauptgrundsätzen des Römischen Obligationenrechts widerstreitet, und den Römischen Juristen durchaus unzulässig erschienen wäre; — diese dagegen benennen zwar den ursprünglichen Gläubiger oder Remittenten, lassen aber eventuell, durch den Zusatz „an die Ordre“ die Unbestimmtheit des künftigen Gläubigers oder Präsentanten zu, und wären aus diesem Grunde wol auch nach strengem Römischen Recht ebenfalls für unerlaubt zu betrachten²⁶⁾. Schon aus diesem Gesichtspunkte, weil der Verkehr mit derartigen Papieren, und überhaupt die Existenz derselben, dem alten Rom unbekannt gewesen, römisch-rechtliche Principien daher auch nicht hierauf angewandt werden können, müßte auch folgerweise die Zulässigkeit der Anwendung speciell des Anastasischen Gesetzes entschieden geleugnet werden.

§ 14.

Indessen nicht allein aus obigen, sondern auch noch aus andern, wesentlichern Gründen muß die Anwendbarkeit der Anastasischen Cessionsbeschränkung auf derartige Schuldverschreibungen bestritten werden. Es liegt nämlich in der Natur dieser Obligationen und ist ihre eigentliche Bestimmung, als Gegenstand des Handels und Verkehrs, d. h. als Waare zu dienen. Wer daher Papiere au porteur kauft, dem ist es in der Regel nicht um die Acquisition des durch sie beurkundeten Darlehns zu thun, sondern seine Absicht geht gewöhnlich darauf, gerade die

26) cf. Bender, über den Verkehr mit Staats-Papieren. Heidelberg 1825; — Mühlenbruch l. c. S. 457.

Papiere zu haben, um diese als Waare gegen baares Geld zu verkaufen, oder auf entfernten Plätzen damit Forderungen zu decken. Auch beweisen die Courszettel bedeutender Handelsplätze und der stets wechselnde Marktpreis dieser Obligationen, der oft über, oft unter den Nominalwerth derselben hinausgeht, — wie sehr sie ihrer Qualität nach von gewöhnlichen, auf einen bestimmten Gläubiger lautenden Schuldscheinen sich unterscheiden²⁷⁾. So wird namentlich im Falle der Cession einer Privatobligation²⁸⁾ im Betrage von 100 Rbl. S. M. — der Cessionar, wenn er selbst auch 100 Rbl. S. M. gezahlt haben sollte, nie mehr

27) cf. Pfeiffer, pract. Erläuterungen, Bb. I, S. 44, § III.

28) Die auf den Inhaber lautenden Privat-Obligationen, wie sie in Deutschland unter dem Namen „Partialen“ vorzukommen pflegen, sind in Kurland nicht nur unbekannt, sondern wol auch unzulässig. Die Emission dieser Papiere erfolgt ohne besondere Autorisation von Seiten der Staatsregierung. Die Leichtigkeit der Uebertragung und Zinsenerhebung, da sie mit Coupons versehen sind, die Sicherheit bei tüchtiger Hypothek sind der Grund, daß sie zu Capitalanlagen wie Staatspapiere au porteur gesucht werden, daher sich auch die merkwürdige Erscheinung erklärt, daß in der Beilage zum öffentlichen Börsen-Cours-Blatte in Frankfurt die Course von Papieren dieser Art sich ebenfalls notirt finden. Die Creirung dieser Papiere geht in der Weise vor sich, daß bei größern Darlehn, welche Gutsbesitzer oder Fabrikunternehmer u. von einem Banquier aufnehmen, der Darlehensempfänger den Darleiher in der auf dessen Namen ausgestellten Hauptschuldverschreibung ermächtigt für den ganzen Capitalbetrag Partial-Obligationen au porteur zu bestimmten Beträgen, mit Nummer, Littera, Coupon und Talon versehen, auszufertigen und zu emittiren, deren Inhaber alsdann pro rata die Rechte und Sicherheit der Gesamtsforderung erlangen.

als den Nominalwerth der Forderung, d. h. 100 Rbl. S.=M. zu fordern berechtigt sein; wenn er dagegen Staatsobligationen im Werthe von 100 Rbl. S.=M. für den geringern Preis von 95 Rbl. S.=M. an sich brächte, so wäre ihm dennoch nicht die Berechtigung abzusprechen, sie für einen weit höhern Preis als 100 Rbl. S.=M. abzusetzen.

§ 15.

Vermöge dieser ihrer Beschaffenheit und Natur ist nun jede Beschränkung der Cession einer Staatsobligation *au porteur* durch die *lex Anastasiana* völlig undenkbar und widersinnig. Ein Gleiches muß auch in Bezug auf die Wechsel *à l'ordre* in der kaufmännischen Welt gesagt werden, indem auch diese gleich jeder andern Waare, und sogar vorzugsweise, Gegenstand der Börsen-Speculation sind²⁹⁾. — Um sie für den Verkehr geeignet zu machen, bedient man sich des *Indossaments in blanco*, wodurch sie hinsichtlich der Leichtigkeit der Uebertragung und Circulation — den Papieren *au porteur* völlig gleichgestellt werden. Da nun aber dieses wechsellrechtliche *Ciriren* nicht dem civilrechtlichen *Cediren* gleichsteht, indem der *Indossant* — ungleich dem *Cedenten* — nicht nur für die Verität, sondern auch für die Bonität der Forderung einzustehen hat, — so könnte schon aus diesem Grunde die *lex Anastasiana*, weil sie sich bloß auf Cessionen im engern Sinne bezieht, für ausgeschlossen betrachtet werden, wenn nicht, wie erwähnt, die besondere Natur und Bestimmung dieses, in der *Han-*

29) cf. Einert, das Wechselrecht nach dem Bedürfniß des Wechselgeschäfts im 19. Jahrhundert. Leipzig 1836.

delswelt als Geld und Waare fortwährend circulirenden Papiers die Anwendbarkeit jener Vorschrift ohnehin unterlagte.

§ 16.

Man hat die Frage aufgeworfen, ob diese Ausnahme auch von der Cession der sogenannten Engagements-Briefe gelte, — wobei indessen zuerst die Vorfrage zu erledigen war, ob dieselben überhaupt cedirt werden könnten. Von der einen Seite her wird behauptet, daß dergleichen engagements beiderseitige Verpflichtungen erzeugten, und daß, da beide Contrahenten zugleich als berechtigt und verpflichtet erscheinen, derartige Urkunden oder Briefe nicht einseitig cedirt werden könnten, weil man wol einem Verpflichteten einen neuen Berechtigten, keinem Berechtigten aber einen neuen Verpflichteten unterschieben dürfe; ebensowenig als ein creditor schuldig sei, einen neuen debtor sich aufdringen zu lassen. Damit hat es allerdings seine Richtigkeit, und es läßt sich gegen diese Behauptungen kein Einwand erheben. Nichtsdestoweniger sehen wir aber die ganze große Börsenwelt ohne Unterlaß gegen diese Grundsätze handeln, indem gerade auf diesem Wege eine große Erleichterung und Bequemlichkeit in dem Verkehr mit Staatspapieren ermöglicht wird. Es ist daher auch von der andern Seite ³⁰⁾ gesagt worden, daß die Bedeutung und der Credit der Staatspapiere gegenwärtig zum großen Theile auf der Möglichkeit und Zulässigkeit des Handels mit denselben beruhe, und hierauf bei ihrer Creirung wesentlich Rücksicht

30) cf. Buchta l. c. S. 649.

genommen werde. Wenn die Cession der Engagements-Briefe, — was einen sehr wichtigen Nebenzweig des Staatspapier-Handels ausmacht, — nicht gestattet sein sollte, so thäte man damit der Speculation und dem Verkehr zu großen Abbruch. Daher sei es denn durchaus erforderlich, bei Beurtheilung dieser Frage von den römisch-rechtlichen Principien abzusehen, und lediglich das mercantile Interesse und die Gestaltung der politischen und Handels-Verhältnisse zum bestimmenden Momente hierbei zu machen. So lange demnach noch **engagements** gestattet werden, muß auch der Handel mit Engagements-Briefen ohne jede Beschränkung durch die *lex Anastasiana* zugelassen werden.

§ 17.

Bisher, wie wir gesehen, war es zumieist entweder die eigenthümliche Qualität der Forderungen selbst, oder die factische Unmöglichkeit der Anwendung des Gesetzes, was dasselbe ausschloß; jetzt aber folgen noch zwei Fälle, in denen andere Gründe vorhanden sind. Wenn nämlich der *debitor cessus* in die Cession gewilligt hat, so soll die *lex Anastasiana* unanwendbar sein. Dafür ist, außer einzelnen Rechtslehrern³¹⁾, auch namentlich die Kurländische Praxis, — wie das Urtheil des Oberhofgerichts in Appellationsfachen des Curators des v. Drachensfels'schen Nachlasses wider Davidoff vom 20. März 1834 darthut, wo der betreffende *passus* so lautet: „ — — — bekanntlich (ist) die so genannte *exceptio legis Anastas.* eigent-

31) cf. Müller, *Promptuarium*, *Lex Anast.* § 4 in fine: „Regulariter consensus debitoris purgat vitia cessionis.“

„sich keine Einrede, sondern eine negative Litiscontestation,
 „der Cessionar gründet seinen Anspruch an den debitor
 „cessus darauf, daß er den ganzen Schuldbetrag bezahlt
 „habe; seine desfallige Behauptung bildet den Grund sei-
 „ner Klage, den er, im Falle der Beflagte solches in Ab-
 „rede stellt, rechtlicher Gebühr nach zu beweisen hat. Dieser
 „Verpflichtung ist er aber entledigt, oder mit andern Wor-
 „ten die *exceptio legis Anastasiana* fällt weg, wenn der
 „debitor cessus in die Cession gewilligt, sie anerkannt
 „und genehmigt hat.“

In der That ist auch diese Argumentation ganz im Geiste des Gesetzes, dessen vorzugsweiser Zweck namentlich die Beschützung des Schuldners gegen etwanige Chicanen des Forderungskäufers ist; daher dessen Consens mit Recht als Aufhebungsgrund der Anwendung desselben angesehen werden kann.

§ 18.

Bisher ist nur von dem freiwilligen Forderungshandel³²⁾ unter Privatpersonen die Rede gewesen; es fragt sich nun, ob auch bei öffentlichen Verkäufen, welche von der obrigkeitlichen Gewalt ausgehen, die *lex Anastasiana* berücksichtigt werden darf. Man hat gesagt³³⁾, das Gesetz

32) cf. Donelli, com. de jure civ. IX, §. 453: „Quod
 „tamen dixi de venditione actionum, id constitutio Anastasiana
 „ad voluntarias tantum venditiones pertinere voluit; necessarias
 „exceptit, ubi quis cogente jure — — cogitur, actionem, quem
 „habet, alteri vendere.“

33) cf. Mühlenthal l. c. §. 544.

rede nur von einem Privathandel mit Schuldforderungen, folglich leide es auf einen *sub hasta* geschenehen Verkauf keine Anwendung. — Diese Behauptung dürfte nicht haltbar erscheinen; denn die in der *const. 22 Cod. mand. vel contra* (4. 35) gebrauchten Ausdrücke »*cessio*« und »*venditio nominum*«, welche den allgemeinen Begriff »Forderungshandel« bezeichnen, können unmöglich speciell nur auf Privatverkäufe bezogen werden. Nichtsdestoweniger muß man sich doch für die Unanwendbarkeit der *lex Anastasiana* bei Verkäufen *sub hasta* erklären, weil durch diese Beschränkung jeder Reiz zur Pluslicitation wegfiel, und die öffentliche Versteigerung ganz ihrem Zwecke widerspräche. Auch ist nicht zu übersehen, daß es schon in dem Wesen der Subhastationen, eben weil sie von der obrigkeitlichen Gewalt ausgehen, liegt, nicht einem rechtlichen Hinderniß unterworfen zu sein und auch als frei von jeder Beschränkung erachtet zu werden.

II. Abschnitt.

§ 1.

Durch die vorausgehenden Erörterungen wären die Grenzen der Anwendbarkeit des Anastasischen Gesetzes bestimmt, und es bleibt demnächst nur noch übrig, eine Reihe von Fragen, welche auf die Art und Weise der Anwendung desselben Bezug nehmen, abzuhandeln. Zu diesen Fragen gehört nun zunächst die, wie die Beweislast in Betreff dieses Gesetzes zu bestimmen sei, oder genauer: wer von Beiden — ob der Cessionar oder debitor cessus — den Beweis der vollen Zahlung zu führen hat. In Kurland ist dieser Punkt durch vorhandene Präjudicate des Oberhofgerichts dahin entschieden, daß dem Cessionar der Beweis der Zahlung des vollen Werthes der eingeklagten Forderung aufzuerlegen sei. So namentlich heißt es in dem oberhofgerichtlichen Urtheile vom 20. März 1834 in Appellationsfachen des Curators des v. Drachensfels'schen Nachlasses wider Dawidoff — unter Anderem: „ — — — Dieses *petitum* „rechtfertigt sich nun zuvörderst in Bezug auf die erste Beschwerte, daß die Hirsch-Davidoff'sche Forderung, welche „gegenwärtig *per modum cessionis* an den E. B. gediehen, „anerkannt worden. Abgesehen nämlich selbst von denjeni-

„gen Gründen, welche appellatischerseits zur Widerlegung
 „derselben angeführt worden: daß der v. Drachensfels im
 „Verhältniß zu dem anfänglichen Cessionar Davidoff gar=
 „nicht mehr als *debitor cessus*, sondern als *directer Schuld=
 „ner ex transactione et novatione* betrachtet werden müsse,
 „so ist bekanntlich die sogenannte *exceptio legis Anastasia=
 „nae* eigentlich keine Einrede, sondern eine negative *Litis=
 „contestati on*. Der Cessionar gründet seinen Anspruch
 „an den *debitor cessus* darauf, daß er den ganzen Schuld=
 „betrag bezahlt habe; seine deßfallßige Behauptung bildet
 „den Grund seiner Klage, den er, im Falle der Beklagte
 „solches in Abrede stellt, rechtlicher Gebühr nach zu be=
 „weisen hat“³⁴⁾.

§ 2.

Suchen wir nun diese Praxis von dem Standpunkte
 der Wissenschaft aus zu beleuchten und deren Haltbarkeit
 oder Unhaltbarkeit kritisch zu bepröfen, so bemerken wir,
 daß bedeutende Autoritäten sich für die gegentheilige Ansicht
 erklärt haben und dem *debitor cessus* den Beweis der *ex=
 ceptio legis Anastasianae* aufzulegen gesonnen sind. Der
debitor cessus nämlich³⁵⁾, welcher die äußerlich vorkom=
 mende Schenkung als eine gesetzwidrige Simulation be=
 trachtet wissen will, und sich dagegen des Einwandes be=

34) cf. Locationsurtheil des Oberhofgerichts in der v. Mahden=
 Medsen'schen Concurßsache vom 23. October 1834.

35) cf. Weber, Von der Beweisführung, Halle 1832, § 29
 S. 190; — Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civil-Recht. Göt=
 tingen 18^{38,40}. Bch. III, S. 40.

dient, daß im Grunde ein Kauf, und zwar ein solcher, wodurch Jemand die Forderung für eine geringere Summe an sich zu bringen gesucht habe, verborgen sei, — müsse allerdings auch — so meint man — die Beweise dieser Behauptungen beibringen, zumal schon die geschehene Cession die Ansprüche des Cessionars darthue. Zwar ist diese Argumentation an sich durchaus folgerichtig, beruht aber entschieden auf falschen Prämissen. Denn das Anastasische Gesetz verordnet ausdrücklich, daß eine, nicht schenkungsweise, sondern kaufweise abgetretene Forderung nicht weiter als auf die dafür bezahlte Summe eingeklagt werden könne, oder, was dasselbe bedeutet: die Abtretung der Forderung giebt dem Cessionar noch kein Recht, den vollen Betrag der abgetretenen Forderung einzuklagen, sondern die Abtretung muß entweder schenkungsweise geschehen sein, oder der Cessionar muß den vollen Betrag der Forderung an den Cedenten bezahlt haben. Behauptet alsdann der ausgeklagte debitor cessus, daß keines von beiden geschehen sei, so liegt in dieser Behauptung lediglich eine Ableugnung des Klagegrundes, nicht aber der Einwand, daß ein schon begründetes Klagerrecht nach dessen Entstehung wieder aufgehoben oder beschränkt worden³⁶⁾. Wäre letzteres der Fall, dann läge allerdings eine wahre exceptio legis Anastasianae vor, deren Beweis dem Beklagten zukäme.

§ 3.

Auch von einer andern Seite her³⁷⁾ und zwar aus

36) cf. Borst, Ueber die Beweislast, § 47. Bamberg u. Leipz. 1816.

37) cf. Burcharth, civilist. Archiv, Band XVIII, S. 207.

andern Gründen hat man ebenfalls dem debitor cessus den Beweis aufzubürden versucht. Man hat dabei angeführt, daß es nicht nur zum Theil unbillig, sondern sogar unausführbar sei, dem Cessionar außer dem Beweise der Forderung an sich und der Cession derselben, auch noch den des Ankaufs derselben zum vollen Werthe aufzulegen, und zwar aus dem Grunde, weil der Cessionar durch seine Beweislast, zumal wenn er den vollen Werth für die Forderung bezahlt hat, sehr leicht in Schaden gerathen könne, da der von ihm geforderte Beweis wirklich in die Zahl der probationes diabolicae gehört. Verstößt oder verfehlt er diesen Beweis des Ankaufs der Forderung zum vollen Werthe, so müsse angenommen werden, daß er gar nichts für die Forderung bezahlt habe, und daß deren Cession eine reine Schenkung sei, wodurch man in neue Verlegenheit gerathe, weil bei unentgeltlich cedirten Forderungen die lex Anastasiana gar nicht Statt finde. Ganz anders dagegen verhalte es sich mit dem debitor cessus, dieser erleide durch das Verfehlen des Beweises noch keinen unbilligen Nachtheil, indem er ja schuldig sei, was er nun bezahlen solle. Auch müsse ihm in Betreff der Cession selbst und des etwa später zum Theil erlassenen Kaufgeldes einen vollkommen juristischen Beweis herzustellen weit leichter werden, als dem Cessionar, indem er als Beklagter die Edition der erforderlichen Beweisdocumente wie z. B. der Cessionsurkunde oder der Quittungen des Cedenten verlangen könne. Aber nicht allein unbillig, sondern auch gegen alle Regeln über die Beweislast, sei es den debitor cessus von der Vorschützung der exceptio legis Anastasiana zu entbinden, weil darin implicate die Erklärung liege, daß bei Cessio-

naren die Vermuthung für den *dolus* streite und ihr Erwerb so lange für eine Betrügerei gelte, bis sie erwiesen hätten, daß sie wirklich ehrlich zu Werke gegangen seien. Auch sei es doch sonst überall der Fall, daß derjenige dem der Beweis eines Rechtes obliegt, nicht darzuthun hat, das wirkliche Vorhandensein dieses Rechtes, sondern nur das Dasein solcher Thatfachen, welche den Gesetzen zufolge regelmäßig die Wirkung haben, das behauptete Recht zu erzeugen. Dabei sei es aber sehr wohl möglich, daß im concreten Falle, das darauf gebaute Recht gar nicht existirt, weil Umstände vorhanden sein können, welche die ordentliche Wirkung des Geschäfts hindern, wie z. B. Zwang, Betrug, Irrthum, Mangel des ernstlichen Willens. Diese Umstände könnten nur mittelst Einreden zur Sprache gebracht werden und müßten alsdann von dem Beklagten oder in Anspruch Genommenen stringent erwiesen werden. Diese allgemein anerkannten Regeln auf die vorliegende Frage angewandt, müsse man behaupten, daß der Cessionar dabei nur die Entstehung der cedirten Forderung, wenn diese geleugnet wird und die erfolgte Cession selbst, durch Vorlegung des Cessionsinstruments zu beweisen habe, keineswegs aber, daß die Cession gegen Auszahlung des vollen Betrages der Forderung erfolgt sei, weil nicht zu vermuthen sei, daß die Cession an Mängeln leide, so wenig als Betrug, Zwang u. s. w. vorauszusetzen seien. Abgesehen aber von allen diesen wichtigen Gründen, müßte der *debitor cessus* auch schon um deswillen den Beweis übernehmen, weil die *lex Anastasiana* für ihn ein *beneficium juris* sei, worauf niemand Anspruch machen dürfe, ohne zuvor nachgewiesen zu haben, daß für ihn die Bedingungen desselben begründet sind.

§ 4.

Obgleich, wie sich nicht leugnen läßt, die Begründung und Durchführung dieser Ansicht an sich überaus klar und einleuchtend zu sein scheint, so hat sie doch ihren gründlichen Widerleger³⁸⁾ gefunden. Diesem gebührt das Verdienst zuerst darauf aufmerksam gemacht zu haben, daß man bei dieser an sich folgerichtigen Argumentation von falschen Prämissen ausgegangen sei. Der versäumte oder versehlte Beweis des Cessionars in Betreff des Ankaufs der Forderung für den vollen Werth derselben kann nämlich keineswegs zu der Annahme einer schenkweise geschehenen Cession berechtigen, weil nach den Regeln des Processus die einfache Folge der Beweisfälligkeit stets der Verlust des Processus ist, ohne daß es dazu irgend der Vermittelung einer Fiction bedürfte. — Wenn ferner dem Cessionar der Beweis auferlegt wird, so kann darin nicht, wie behauptet worden, eine richterliche, sondern höchstens eine gesetzgeberische *praesumptio doli* gesehen werden, weil nicht der Richter in dem concreten Falle eine Betrügerei oder Chicanerie vermuthet, sondern der Gesetzgeber von dem Gedanken ausgegangen ist, daß das Aufkaufen von Forderungen zu geringern Preisen in der Regel aus niedriger Gewinnsucht hervorgeht. Was dagegen die Behauptung betrifft, daß die Klage des Cessionars gegen den *debitor cessus* schon durch das bloße *Factum* der Cession hinreichend begründet und der Ankauf der Forderungen um einen geringern Preis, als von dem *debitor cessus* gefor-

38) cf. v. Wangerow, Lehrbuch der Pandecten, § 576 S. 131, Bd. III.

dert worden, nur eine das Klagerecht theilweise hindernde resp. aufhebende Thatsache sei, so muß dagegen erwidert werden, daß allerdings vor Erlaß der *est. 22 und 23 Cod. mand. vel contra* die Sache sich so verhalten habe, nach Promulgation derselben aber sei der Umstand, daß der Kläger so viel an den Cedenten gegeben habe, als er von dem *debitor cessus* einfordert, ein die Klage begründendes Factum und wenn der Beklagte dies in Abrede stellt, so erscheint dies als eine wahre *litis contestatio negativa*. Darin stimmen nun die Vertreter beider Ansichten überein, daß der Kläger nur die rechterzeugenden, nicht aber auch das Nichtvorhandensein der rechthindernden oder aufhebenden Thatsachen zu beweisen habe, gehen indes darin auseinander, daß sie den Ankauf der Forderung um einen geringern Preis bald hierher bald dorthin zählen. Ebenso unrichtig ist die Anschauungsweise, daß die *lex Anastasiana* ein *beneficium juris* für den Schuldner begründe und daß, weil durch die Anwendung derselben ein Theil der Forderung aufgehoben werde, die Berufung auf dieses Gesetz im Grunde nur eine *exceptio solutionis* sei. Man muß vielmehr sagen, daß die *lex Anastasiana* wesentlich nur eine neue Voraussetzung für das Klagerecht des Cessionars begründen soll, und daß, wenn auch der *debitor cessus* davon einen Vortheil hat und ein Theil der cedirten Forderung erlischt, dies nur *secundäre* Folgen wären, und auf die Beweislast des Beklagten kein Einfluß haben können.

§ 5.

Eine dritte vermittelnde Ansicht³⁹⁾, die in der wif-

39) cf. Bruckenhöft, *civillst. Archiv*, Bd. 23 S. 207.

senfchaftlichen Welt isolirt dasteht, kann nicht unberührt gelassen werden. Derselben zufolge soll die Beweislast verschieden sein, je nachdem der *debitor cessus* sich auf die Anastasische *const. 22*, oder auf die Justinianische *const. 23 Cod. mand. vel contra (4. 35)* berufen hat. Durch jenes Verfahren bestreite er nämlich die Legitimation des Cessionars; durch diesen Schritt dagegen behaupte er die Tilgung der Forderung. Daher habe dort der Cessionar, hier dagegen der *debitor cessus* den Beweis zu übernehmen. So neu und originell auch diese Ansicht sein mag, so erscheint sie doch nicht genugsam durch den Wortlaut des Gesetzes gerechtfertigt; wenigstens hat der Vertreter derselben uns die nähere Begründung dieser Theorie aus dem Gesetze selbst vorenthalten.

§ 6.

Wir kehren daher nach Widerlegung der Behauptung, daß der *debitor cessus* im Falle der Berufung auf die *lex Anastasiana* die Beweislast zu tragen habe, — zu der durch Theorie und Praxis geheiligten gegentheiligen Ansicht zurück, die dem Cessionar den Beweis auflegt⁴¹⁾. Klagt demnach der Cessionar die ganze Forderung, oder einen Theil derselben ein, so kann der *debitor cessus* negative *litem contestiren*, indem er, sich auf die *lex Anastasiana* berufend, den Klagegrund des Cessionars ableugnet. Alsdann muß der Cessionar den Grund seiner Klage

41) cf. Hofackeri *pr. jur. civ. T. III § 1955* — — —
emtori autem probandum relinquitur, quantum pretii nomine dederit.

darthun, d. h. erweisen, daß er die geforderte Summe entweder dem Cedenten ausbezahlt, oder von ihm geschenkt erhalten. Je nachdem dieser Beweis ausfällt — soll er nun erhalten, *quod datum esse comprobetur*. — Diese Worte des Gesetzes können billigerweise nur auf den Cessionar bezogen werden; denn er weiß in der Regel am besten, was zwischen ihm und seinem Cedenten verabredet ist und wieviel er dem Letztern bezahlt, während der Schuldner nichts von diesem Verhältnisse derselben in Erfahrung bringt⁴²⁾.

§ 7.

Eine von den wenigsten Rechtslehrern berührte, in der Praxis dagegen beständig vorkommende Frage ist die: ob das in der Cessionsurkunde enthaltene Bekenntniß des Cedenten, die Valuta erhalten zu haben, zum Beweise für den Cessionar genüge? — Diejenigen, welche die Cessionsurkunde für kein genügendes Beweismittel halten⁴³⁾, scheinen von der Vermuthung einer Collusion zwischen Cedenten und Cessionar auszugehen. Die Kurländische Praxis hat sich gegen diese Ansicht erklärt — wie das Locationsurtheil des Oberhofgerichts in der v. Rahden-Medsen'schen Concurssache vom 23. October 1834 beweist, — wo es heißt: „ — — — „da Liquidantin behauptet, daß diese Obligation mit einem „Theile ihres Illaten-Vermögens eingelöst und ihr cedirt

42) cf. v. Bülow und Hagemann pract. Erörterungen, Bb. IV, Nr. 40.

43) cf. Thibaut, System des Pandekten-Rechts. Jena 1805. § 80; — Schwegge, das römische Privatrecht. Göttingen 1828/33. § 402.

„worden, so hat Provocant nicht nur den Beweis dessen, „daß selbige ihrem Ehegatten Vermögen inferirt, sondern „auch den Beweis der Verwendung solthauen Ver- „mögens zu der qu. Einlösung gefordert, — — — „Anlangend den vom Provocanten verlangten Beweis der „Verwendung solchen Vermögens zur Einlösung der qu. „Obligation, so erachtet die Liquidantin sich, und das Ober- „hofgericht sie desselben für enthoben, da derselbe einestheils „schon durch die rechtsförmliche Cession zur Ge- „nüge hergestellt wird.“

In der That ist diese Praxis weit rationeller als die obige Theorie. Denn Illegalitäten und also auch Collu- sionen zur Umgehung des Gesetzes dürfen nicht vermuthet werden, und es genügt daher, wenn die Cessionsurkunde, außer dem Forderungsklauf überhaupt, auch noch den Kauf- schilling ausdrücklich bescheinigt ⁴⁴⁾. Das Cessionsdocument dem debitor cessus gegenüber nicht als vollständiges Be- weismittel gelten zu lassen, hieße geradezu den allgemeinen Rechtsgrundsatz ⁴⁵⁾, wornach die, von zwei Personen über ein ihrer freien Disposition unterworfenen Vermögensobject getroffene urkundliche Verfügung jedem Dritten gegenüber beweisen soll, umstoßen.

Anderere Beweismittel dagegen stehen dem Cessionar wohl nicht leicht zu Gebote, denn so unbedingt es auch zu- gegeben werden mag, daß der Cedent in Cessionsfachen ge- gen den Cessionar zum Zeugniß zuzulassen ist, ebenso gewiß

44) cf. Holzschuher, Theorie und Casuistik, Thl. II, 2. S. 154.

45) cf. Lehser, Sp. 275, Med. 4. Quum de re inter alios acta lis sit, etiam instrumenta inter alios confecta admitti oportet.

ist es auch, daß er nicht für denselben zugelassen werden kann, da er mit dem Cessionar juristisch eine Person ausmacht und als ersahspflichtig Zeuge in eigener Sache sein würde⁴⁰). Nicht anders verhält es sich mit der Zuschreibung des Eides an den *debitor cessus*, indem der Cessionar sich auch dieses Beweismittels nicht bedienen darf. Denn in der That wäre es gegen die im Fr. 11 D. de actione rer. amot. (25. 2) ausgesprochene Grundregel des Processes: *iniquum est, de alieno facto alium iurare*, — wenn dem *debitor cessus* der Eid zugeschoben werden könnte. Mit Ausnahme der Fälle, wo der Schuldner ausdrücklich zum Cessionsacte zugezogen wurde, wird er auch keine unmittelbare Wissenschaft von dem zwischen Cessionar und Cedenten abgeschlossenen Verträge haben können. Ihm bliebe also nur übrig, beim Mangel eigenen Wissens den Eid dem Cessionar zurückzuschieben.

§ 8.

Das *thema probandi* bildet entweder die erfolgte Schenkung der Cession oder die Hingabe einer Kauffumme für die cedirte Obligation und deren Betrag. Hierin stimmen Wissenschaft und Praxis durchaus überein, und darauf bezieht sich auch folgender *passus* in dem Locationsurtheile des Oberhofgerichts in der v. Rahden-Medfen'schen Concursache vom 23. October 1834: „ — — — Da „Liquidantin behauptet, daß diese Obligation mit einem

40) cf. Fr. 10 D. de test. (22. 5). *Nullus idoneus testis in re sua intelligitur.*

„Theile ihres Illaten = Vermögens eingelöst und ihr
 „cedirt worden, so hat Provocant nicht nur den Beweis
 „dessen, daß selbige ihrem Ehegatten Vermögen inferirt,
 „sondern auch den Beweis der Verwendung sothanen
 „Vermögens zu der qu. Einlösung gefordert.“

§ 9.

So viel in Bezug auf Beweislast und Beweissthema.
 Jetzt fragt es sich aber, wenn die lex Anastasiana mit
 Erfolg von dem debitor cessus vorgeschützt worden; was
 geschieht alsdann mit dem Cessionar, und wem insbesondere
 fällt der über den Kaufpreis geforderte Mehrbetrag zu? —
 Zunächst muß hierauf erwidert werden, daß der Cessionar
 mit seiner Mehrforderung abzuweisen sei, —
 wie dies auch in der Praxis geschieht, namentlich in dem
 Locationsurtheil des Oberhofgerichts in der v. Budberg-Bal-
 tensee'schen Concurssache vom 4. März 1833, wo es heißt:
 „die Louise verwitwete Pflug hat für diese Obligation und
 „Pfandverschreibung 3333 $\frac{1}{3}$ Rbl. S. liquidirt, weil der
 „Gemeinschuldner in einer auf die Schuldverschreibung am
 „14. Juni 1820 gesetzten und am nämlichen Tage ge-
 „richtlich besicherten Erklärung sich verpflichtet hat, die
 „ganze Summe von 2500 Rthlr. Alb. zu dem Course von
 „133 $\frac{1}{3}$ Kop. S. zu bezahlen. Der Provocant hat die
 „Curs-Differenz von 73 $\frac{1}{3}$ Rub. S. nicht nach dem Datum
 „der Corroboration der Schuldverschreibung, sondern nach
 „dem Datum der gerichtlichen Besicherung der vom Gemein-
 „schuldner darauf gesetzten Erklärung locirt wissen wollen;
 „andere Liquidanten haben, weil es in der Cession vom
 „24. Juni 1820, durch welche diese Obligation und Pfand-

„verschreibung an den weiland Arrendator Diedrich Pflug
„gediehen, ausdrücklich heißt:

„„der Arrendator zu Dubena, Diedrich von Pflug,
„„mir auch den vollen Betrag dieser Obligation mit
„„2500 Rthlr. Alb., nämlich 1500 neuen und 1000
„„alten Thalern ausgezahlt hat,““

„die Anwendung der Vorschrift der *lex Anastasiana* ver=
„langt. — Wenn nun von dem Rechtsbeistande der Louise
„verwitweten Pflug durchaus garnichts zur Begegnung die=
„ses Einwandes beigebracht worden, und die *lex Anasta=
„siana* (l. 22 et 23 Cod. mand. vel contra (4. 35) aus=
„drücklich verordnet, daß der Cessionar, welcher eine For=
„derung gekauft, vom Schuldner nicht mehr soll fordern
„können als er dem Cedenten wirklich gezahlt, so wird die
„Liquidantin Louise Pflug auf den Grund dessen mit
„ihrer Mehrforderung von 73 $\frac{1}{3}$ Rub. S. = M. gänzt=
„lich abgewiesen.“

Hierüber sind auch eigentlich nie wissenschaftliche Zwei=
fel aufgestoßen, weil die const. 23 Cod. mand. vel contra
(4. 35) es ganz deutlich dem Cessionar in den Worten *ne=
qui ei qui cessit actiones, neque ei, qui eas suscipere*
*curavit, aliquam contra debitorem vel res ad eum per=
tinentes esse utrique eorum actionem*, — abspricht.

§ 10.

Anders dagegen verhält es sich mit der zweiten Frage,
wem der Mehrbetrag eigentlich zu Gute kommt: ob dem
cedens, oder dem cessus. — Dieser Punkt ist sehr strittig.
Dem unbefangenen Sinne eines vorurtheilsfreien Inter=

preten dieses Gesetzes müssen die Worte der const. 23 Cod. mand. vel contra (4. 35):

» — — — hujus modi machinationem penitus
 »amputamus, ut *nihil amplius accipiat*, quam
 »ipse vero contractu re ipsa persolvit, sed omne,
 »quod *superfluum* est et per figuratam donatio-
 »nem translatum, *inutile esse ex utraque parte*
 »censemus, et neque ei, qui cessit actiones, ne-
 »que ei, qui eas suscipere curavit *aliquid lucri*
 »vel fieri vel remanere¹, vel aliquam contra de-
 »bitorem vel res ad eum pertinentes esse utrique
 »eorum actionem,« —

ganz offenbar die gänzliche Befreiung des Schuldners von jedem fernern Ansprüche besagen, so daß also der Ueberschuß weder von dem Cessionar, noch auch von dem Cedenten weiter geltend gemacht werden darf. Von einer andern Seite her⁴⁶⁾ ist indessen eine andere Ansicht aufgestellt worden: Wenn der Cessionar den ihm gebührenden, wirklich ausgezahlten Betrag des Kaufpreises nebst Zinsen vom debitor cessus eingefordert, so bleibe Letzterer doch noch für den Rest dem Cedenten verhaftet. Der Cedent kann also dann noch immer den ihm vom Cessionar nicht gezahlten Betrag vom debitor cessus einfordern, und nur im Falle einer wirklichen oder simulirten Verschenkung des ihm vom Cessionar nicht gezahlten Theiles der Forderung soll er diesen nicht einklagen dürfen. Und zwar sei diese Bestimmung durchaus nicht unbillig, indem der Cedent auf

46) cf. Brackenhöft, Archiv für civilistische Praxis, Band XXIII, S. 200.

diese Weise das behält, was er hatte, und nur im Falle der Verschenkung seinen Anspruch an den Ueberschuß wirklich aufgabe.

§ 11.

In neuester Zeit ist diese Ansicht noch weiter vertreten worden⁴⁷⁾, und zwar mit scheinbar nicht unhaltbaren Gründen. Aus den Worten der const. 22 Cod. eodem :

» — — — si quis datis pecuniis hujus modi
 »subierit cessionem, usque ad ipsam tantum-
 »modo solutarum pecuniarum quantitatem et usu-
 »rarum eius actiones exercere permittatur« —

gehe nämlich ganz deutlich hervor, daß die Klagen und Ansprüche des Cedenten nur insoweit, als gezahlt worden, auf den Cessionar übergehen, in Betreff des Restes aber dem Cedenten verbleiben. Der Einwand, daß der Cedent sein ganzes Recht auf den Cessionar habe übertragen wollen, — also dasselbe freiwillig aufgegeben, — sei durchaus nicht zu berücksichtigen, indem dasselbe auch demjenigen, welcher einem litis redemptor Lohn verspricht, vorgehalten werden könnte, — und doch brauche dieser den freiwillig versprochenen Lohn nicht zu zahlen. So verhalte es sich nach der Anastasischen Vorschrift. Justinian habe hieran Nichts geändert, sondern spreche in der const. 23 Cod. eodem nur von einem Falle, welcher unverkennbar rein singulärer Natur sei: Bei theilweiser und simulirter Schenkung nämlich handle der Cedent im Einverständnisse mit dem Cessionar, und mache sich dadurch zu dessen Mit-

47) cf. Herrmann, civilistisches Archiv, Bd. XXXI, S. 73.

schuldigen, wofür er mit der Einbuße des Restes der Forderung bestraft werde.

§ 12.

Es läßt sich nicht leugnen, daß diese Ansicht sehr Vieles für sich hat. Denn weder ist in der const. 22 Cod. eodem ausdrücklich gesagt, daß der Cedent sein Recht verlieren solle, noch auch spricht die const. 23 cit., dem Wortlaute nach, von einem andern Falle, als dem einer theilweisen oder simulirten Schenkung⁴⁸⁾. Nichtsdestoweniger aber muß dieser Ansicht entschieden entgegen getreten werden — als dem Geiste und Sinne der beiden Gesetze und der Natur der Sache zuwider. Wo ist es sonst wohl zulässig, daß ein durch Cession auf einen Andern übertragenes Recht hinterher von dem Cedenten selbst noch geltend gemacht werden kann? — Wird nicht in solch einem Fall der Schuldner mit Fug und Recht dem Cedenten die Einrede der geschenehenen Cession entgegenhalten? — Zu dem Versprechen eines verbotenen Lohnes an den redemptor litis ist durchaus keine Analogie zu finden. — Vollends aber ist es unbegreiflich, wie man gerade bei einem Gesetze, das lediglich das Beste des Schuldners im Auge hat, an die nochmalige Einflagung einer bereits cedirten Forderung durch den Cedenten denken könne. Dieses wäre ganz unfehlbar der beste Weg, das Gesetz völlig unwirksam zu machen; denn sobald der Cedent von dem Schuldner wirklich den Rest ausgezahlt erhielte, könnte er auch sogleich von dem Cessionar aus der Cessionsurkunde auf den Be-

48) cf. v. Wangerow, Lehrbuch der Pand. § 576, Anm. 1.

trag des Empfangenen in Anspruch genommen werden. Damit hätte nun der ganze Forderungshandel für ihn einen neuen Reiz erhalten, indem er auf diese Weise doch zu seinem Zwecke gelangte, um einen geringen Preis werthvollere Forderungen zu erwerben. Einen Unterschied aber zwischen den beiden in der const. 22 und 23 Cod. eodem angeführten Fällen zu statuiren, ist wol nicht thunlich; denn der in der const. 22 angeführte Kauf einer Forderung um einen geringern Preis, als deren vollen Werth, involviret offenbar, gleich dem in der const. 23 Cod. eodem erwähnten Falle, eine theilweise Schenkung und einen theilweisen Verkauf der Forderung, und steht daher in rechtlicher Beziehung jenem Falle gleich. Auch läßt sich nicht einmal behaupten, daß der Cedent im Falle des reinen Verkaufes der Forderung seinerseits in bona fide sei, während er dagegen bei der theilweisen Schenkung in mala fide versire ⁴⁹⁾.

§ 13.

Als Resultat hat sich also ergeben, daß bei Anwendung der lex Anastasiana beide Theile — sowol der Cedent als der Cessionar — jeden Anspruch auf den Ueberfluß verlieren, und dieser dem Schuldner zu Gute kommt ⁵⁰⁾ — cf. const. 23 Cod. eodem:

49) cf. v. Wangerow, Lehrbuch der Pand. § 576, Anm. 1.

50) cf. Hellfeld, jurispr. forens. § 1024: „emptor tamen „nominis a debitore plus, quam pecuniae cedenti solutae quantitatem una cum usuris exigere nequit, reliquum debiti quantum „lucro debitoris relinquere tenetur.“

» — — — sed omne quod superfluum est, —
 » — — inutile esse ex utraque parte censemus,
 »neque ei, qui eas suscipere curavit, aliquid lucri
 »vel fieri vel remanere vel aliquam contra debi-
 »torem — — — actionem.«

Ob indessen nicht für diesen Mehrbetrag der debitor cessus dem Cedenten naturaliter obligirt bleibt, so daß diese natürliche Verbindlichkeit dem Cedenten zur Retention oder Compensation tauglich wäre, ist annoch näher in Erwägung zu ziehen. — Man hat in früherer Zeit die Behauptung aufgestellt, daß die natürliche Verbindlichkeit mit allen ihr nicht ausdrücklich genommenen Wirkungen fortdauern müsse, weil die Gesetze nichts weiter, als den Verlust der Klage androhen ⁵¹⁾. Diese Ansicht ist indessen heutzutage als widerlegt und veraltet anzusehen, indem die Worte der const. 23 Cod. eodem: »neque aliquid lucri remanere« dahin gedeutet werden, daß dem Cedenten gar kein Vortheil, mithin auch kein Anspruch aus einer *naturalis obligatio* verbleiben solle, sondern daß die ganze *hyperocha* zum Vortheile des Schuldners vernichtet werden soll, weil der Cedent sein ganzes Recht aufgegeben ⁵²⁾.

§ 14.

Da die Cession ein Mittel der Forderungsübertragung ist, und Forderungen auf diese Weise aus einer Hand in

51) cf. Weber, von der natürlichen Verbindlichkeit. Schwertin 1805. § 94, S. 403.

52) cf. Glück, Erläuterung der Pandecten XVI, S. 470 — und v. Bangerow l. c.

die andere gelangen können, so mag es auch nicht selten vorkommen, daß etwa der zweite Cessionar, oder ein späterer, den vollen Werth der vom ersten Cessionar um einen geringern Preis erworbenen Forderung gegeben, oder wenigstens mehr als der erste Cessionar dafür bezahlt hat. Es ist daher die Frage von practischem Interesse: ob die *lex Anastasiana* auch von Einfluß ist auf den Cessionar des Cessionars, und ob namentlich, wenn der zweite Cessionar mehr als der erste bezahlt hat, dem *debitor cessus* das Recht zusteht, dem zweiten so viel abzurechnen, als der erste unter dem Nominalwerthe gegeben hat? Denn nur in diesem Falle kann die Sache zweifelhaft sein, nicht aber, wenn der zweite Cessionar noch weniger als der erste für die Forderung gegeben hat, weil ihm hier die sogenannte *exceptio legis Anastasiana* aus seiner eignen Person entgegengesetzt werden kann; die Streitfrage aber eigentlich dahin geht, ob der Schuldner auch aus der Person des ersten Cessionars die Einrede erheben kann? — Dem Wortlaute der beiden *const. 22 und 23 Cod. mand. (4. 35)* zufolge, soll der Cessionar so viel einfordern können, als er selbst gegeben hat, was, auf den Fall angewandt, da der zweite Cessionar mehr als der erste gezahlt hat, dem zweiten Cessionar eine Mehrforderung zusichern würde. Diesen Fall aber haben die allegirten Constitutionen offenbar nicht vor Augen gehabt, woher auch jene Bestimmung nicht hier anwendbar ist. Vielmehr muß an den bekannten Rechtsatz: „daß Niemand mehr Recht als er selbst hat, auf einen Andern übertragen kann,“ erinnert und hiernach die weitere Cession beurtheilt, dem zweiten Cessionar aber gegen den ersten der Regreß offen

gelassen werden ⁵³⁾. — Der debitor cessus wird also unter allen Umständen, weil zu seinen Gunsten die Forderung verringert worden, immer nur das zu berichtigen haben, was der ursprüngliche Cessionar für die Obligation bezahlt hat, während der etwa beeinträchtigte zweite Cessionar wegen des Mehrgezahlten sich an dem ersten Cessionar schadlos halten kann.

53) cf. Puchta, Weiske's Rechtslexicon. S. 663.

Thesen.

1. Die Angabe der causa debendi in einem Schuldscheine ist nicht erforderlich zur Erhebung einer Klage aus demselben.
 2. Der geführte Beweis der Armuth befreit nicht von dem Armen-Eide.
 3. Dies interpellat pro homine.
 4. Der Contradictor im Concursproceffe darf nur von dem Gemeinschuldner, nicht aber von den Concursgläubigern gewählt werden.
 5. Die Compensations-Einrede setzt Liquidität der Gegenforderung voraus.
 6. Kauf hebt nicht Miethe auf.
-