

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 518

Isolierte Zession bei Gesamtschulden

Möglichkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen
der Abtretung einer Forderung gegen nur einen
Gesamtschuldner

Von

Jan Liesenfeld



Duncker & Humblot · Berlin

JAN LIESENFELD

Isolierte Zession bei Gesamtschulden

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 518

Isolierte Zession bei Gesamtschulden

Möglichkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen
der Abtretung einer Forderung gegen nur einen
Gesamtschuldner

Von

Jan Liesenfeld



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – in Hamburg
hat diese Arbeit im Jahr 2020 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpau
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-18053-0 (Print)
ISBN 978-3-428-58053-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Diese rechtsdogmatische Abhandlung ist im Rahmen meiner Promotion an der Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft, in Hamburg entstanden. Dort wurde sie im Dezember 2018 als Dissertation eingereicht. Literatur und Rechtsprechung konnten bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt werden, haben sich inhaltlich bis heute aber soweit ersichtlich auch nicht wesentlich fortentwickelt. Abgeschlossen wurde meine Promotion mit mündlicher Prüfung am 23. September 2020.

Auf das Thema der vorliegenden Arbeit bin ich aufmerksam geworden, als ich wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Kanzlei Gleiss Lutz war. Seinerzeit hatte ich zu beurteilen, ob sich der Erwerber der Forderung gegen einen insolventen Gesamtschuldner auch an einen anderen, solventen Gesamtschuldner halten kann. Die Recherche dazu kam einem Stich ins Wespennest gleich: Es ergaben sich viele dogmatische Fragen und wenige klare Antworten. Für ein Doktorthema erwies sich das als Glücksgriff. Denn eine Frage aus dem allgemeinen Schuldrecht, die klärungsbedürftig und auch noch praktisch relevant ist, findet man heute nicht mehr alle Tage.

Über die Entstehungszeit meiner Dissertation von Anfang 2015 bis Ende 2018 haben mich viele Menschen begleitet und unterstützt. Einigen möchte ich an dieser Stelle besonderen Dank aussprechen:

An erster Stelle danke ich meinem Doktorvater und Erstgutachter Professor Dr. Florian Faust, LL.M. Mit seiner hervorragenden Lehre hat er in mir bereits zu Studienbeginn das Interesse an schuldrechtlicher Dogmatik geweckt, in dem meine Doktorarbeit wurzelt. Professor Faust hat meine Promotion mit großem persönlichem und fachlichem Engagement betreut. Durch seine scharfsinnigen Anmerkungen und jederzeitige Diskussionsbereitschaft hat er mich immer wieder herausgefordert und zum Gelingen meiner Arbeit beigetragen. Als Zweitgutachter hat sich schon früh Professor Dr. Karsten Thorn, LL.M. erboten. Ich freue mich über sein wissenschaftliches Interesse und die gründliche Erstattung seines Gutachtens.

Von großem Wert ist ein angenehmes Arbeitsumfeld. Ein solches habe ich an der Bucerius Law School vorgefunden, wo ich promotionsbegleitend zunächst am Lehrstuhl von Professor Faust tätig war und später am hochschuleigenen Zentrum für rechtliche Methodenlehre und Didaktik. Dort bot sich nicht nur die spannende Gelegenheit, eng an der juristischen Lehre mitzuwirken, sondern auch Nährboden und Freiraum für Forschung. Ich bedanke mich bei meinen netten Kolleginnen und

Kollegen sowie befreundeten Kommilitoninnen und Kommilitonen für wissenschaftlichen Diskurs und das nötige Maß an Zerstreuung.

Praktische Forschungsimpulse hat meine Zeit bei der Kanzlei Freshfields gesetzt, wo ich zwischenzeitlich neben der Promotion als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig war.

Die Studienstiftung des deutschen Volkes hat die vorliegende Arbeit mit einem großartigen Promotionsstipendium gefördert. Ich bin dankbar für die damit verbundenen Seminare, Netzwerke und Freunde. Dank gebührt in diesem Zusammenhang Professor Dr. Dirk Looschelders und Professorin Dr. Claudia Schubert, die mir mit ihren vertrauensvollen Gutachten den Weg in die Studienstiftung bereitet haben. Verbunden bin ich außerdem der Ius Vivum Studienstiftung, die den Druck dieses Buches finanziell gefördert hat.

Mehr als ich sagen kann, verdanke ich Dr. Matthias Schulz. Er hat mich in den Wechselfällen der Promotion enger begleitet als jeder andere. Ohne seine klugen Anmerkungen, seine Geduld und seine moralische Unterstützung wäre dieses Buch nicht das geworden, was es heute ist. Man mag sagen, er ist kausal für den Erfolg in seiner konkreten Gestalt geworden.

Ganz persönlicher Dank gilt meiner Familie, die mich auf dem langen juristischen Bildungspfad unermüdlich begleitet hat. Meine Eltern, Gabriele Laba und Winfried Liesenfeld, haben meine Ausbildung ermöglicht und damit die Grundlage für persönliche und berufliche Entwicklung geschaffen. Danke für dieses großartige Geschenk und den darüber hinausgehenden Rückhalt im Leben.

„Last, but not least“ bedanke ich mich bei meinen besten Freunden. Laura Borgel und Christoph Schoppe haben diese Arbeit durch fachliche Diskussionen und konstruktive Anregungen bereichert. Meine Freundinnen Andrea Rünz, Kristina Ihrlich und Meike Schmorleiz haben mir mit empathischem Zuspruch zur Seite gestanden und mit mir viele erheiternde Momente geteilt. Die Unterstützung durch grandiose Freundschaften reicht weit über meine Promotion hinaus. Ihnen widme ich dieses Buch.

Berlin, den 20. Juli 2020

Jan Liesenfeld

Inhaltsübersicht

Einführung	19
§ 1 Gesamtschuldforderungen als siamesische Zwillinge des Rechts	19
§ 2 Erkenntnisinteresse	22
§ 3 Gang der Darstellung	27
<i>1. Kapitel</i>	
Strukturelle Ausgangsbedingungen einer isolierten Zession	29
§ 1 Meinungsstand	29
§ 2 Struktur der Gesamtschuld	32
§ 3 Mindestgehalt einer Forderungsübertragung	49
§ 4 Ausschluss einer isolierten Zession nach § 399 BGB	61
§ 5 Zwischenergebnis	81
<i>2. Kapitel</i>	
Rechtsfolgen einer isolierten Zession	82
§ 1 Vorbehalt einer Gesamtabwägung	82
§ 2 Problemaufriss: Spaltung der Rechtszuständigkeit	83
§ 3 Resultierende Rechtsverhältnisse zwischen Schuldern und Gläubigern	90
§ 4 Leistung in der gespaltenen Gesamtschuld	110
§ 5 Regress zwischen Zendent und Zessionar	122
§ 6 Zwischenergebnis	136
<i>3. Kapitel</i>	
Zumutbarkeit der Rechtsfolgen einer isolierten Zession	137
§ 1 Gesamtwirkungen des Gesamtschuldrrechts	138
§ 2 Regress zwischen den Gesamtschuldern nach der Trennung gesamtschuldnerischer Forderungen	154

§ 3 Zwischenergebnis	159
----------------------------	-----

4. Kapitel

Zustimmung als Wirksamkeitserfordernis einer isolierten Zession	160
--	-----

§ 1 Meinungsstand	160
§ 2 Berechtigung eines Zustimmungserfordernisses	165
§ 3 Dogmatische Einbettung des Zustimmungserfordernisses	202
§ 4 Zwischenergebnis	225

5. Kapitel

Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Zession	226
---	-----

§ 1 Meinungsstand	227
§ 2 Grundlagen zur Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Zession	244
§ 3 Umfang des Forderungsübergangs bei konkreten Varianten eines Abtretungsvertrags	280
§ 4 Anfechtung	317
§ 5 Zwischenergebnis	327

Schlussbetrachtungen	329
-----------------------------------	-----

§ 1 Gesamtschau: Ergebnisse zur isolierten Zession bei Gesamtschulden	329
§ 2 Ausblick: Ideen zur isolierten Legalzession bei Gesamtschulden	332

Literaturverzeichnis	347
-----------------------------------	-----

Sachwortverzeichnis	359
----------------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Einführung	19
§ 1 Gesamtschuldforderungen als siamesische Zwillinge des Rechts	19
I. Problemstellung	19
II. Fallbeispiele	20
§ 2 Erkenntnisinteresse	22
I. Wissenschaftliche und praktische Relevanz	22
II. Thesen	24
III. Forschungsgegenstand	24
1. Nomenklatur	24
2. Thematische Eingrenzung	26
3. Zur cessio legis	27
§ 3 Gang der Darstellung	27

1. Kapitel

Strukturelle Ausgangsbedingungen einer isolierten Zession	29
§ 1 Meinungsstand	29
§ 2 Struktur der Gesamtschuld	32
I. Historischer Hintergrund: von Korreal- und Solidarobligationen	32
II. Aktualität des Problems einer Einheit oder Mehrheit der Obligation	34
1. Mehrheitsprinzip der Gesamtschuld – eine heute unangefochtene These	35
2. Die Einzelübertragung als vergessener Problemfall	36
III. Argumente zur Bekräftigung der Mehrheitstheorie	40
1. Keine Rückschlüsse aus dem Sprachgebrauch des BGB zur Gesamtschuld	40
2. Grundsatz der Einzelwirkung	42
3. Vergleich zur Gesamtgläubigerschaft	43
4. Systematik der bestärkenden Legalzession	45
5. Hinweise in den Gesetzgebungsmaterialien	48
IV. Fazit	49

§ 3 Mindestgehalt einer Forderungsübertragung	49
I. Grenze der zwingenden Wirkung der Abtretung?	50
1. Erste Prämisse: keine Vertragsfreiheit im Rahmen der Abtretung	51
a) Meinungsstand und Vorüberlegungen	51
b) Stellungnahme	54
aa) Analyse der Gesetzeshistorie zur Vertragsfreiheit bei der Abtretung ..	54
bb) Übertragbarkeit sachenrechtlicher Grundsätze zur Vertragsfreiheit ..	58
2. Zweite Prämisse: isolierte Zession als unzulässig abgeschwächte Abtretung	60
II. Fazit	61
§ 4 Ausschluss einer isolierten Zession nach § 399 BGB	61
I. Vertragliches Abtretungsverbot	61
II. Gesetzliches Abtretungsverbot wegen Inhaltsänderung	62
1. Grundlagen	63
a) Normkonkretisierung des § 399 Var. 1 BGB anhand von Fallgruppen	63
aa) Schrifttum	64
(1) Höchstpersönliche Ansprüche	64
(2) Unabtretbarkeit mit Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnis- ses	64
(3) Rechtlich unselbständige Rechte	66
bb) Rechtsprechung	66
b) Gesetzeshistorischer Hintergrund und Tragweite der Fallgruppen	67
2. Gesamtschuldforderungen als unselbständige Ansprüche?	68
a) §§ 401 I und 399 Var. 1 BGB – vom herrschenden Symmetriedogma	68
b) Das Argument vom Erfordernis der Gläubigeridentität	71
c) Mitlaufge- und Trennungsverbot – Argumente für ein Schnittmengenprinzip	72
aa) Grundsatz der Eigenständigkeit von Nebenrechten	72
bb) Bedeutung strenger inhaltlicher Akzessorietät allein	74
cc) Bedeutung des Sicherungszwecks akzessorischer Rechte	75
dd) Schlussfolgerung: zwingende Gläubigeridentität nur bei streng akzes- sorischen, reinen Sicherungsrechten	77
d) Implikation für Gesamtschuldforderungen: kein Erfordernis der Gläubiger- identität	79
3. Verbot der Einzelübertragung mit Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnis- ses	80
4. Fazit	80
§ 5 Zwischenergebnis	81

<i>2. Kapitel</i>	
Rechtsfolgen einer isolierten Zession	82
§ 1 Vorbehalt einer Gesamtabwägung	82
§ 2 Problemaufriss: Spaltung der Rechtszuständigkeit	83
I. Schicksal der nicht übergegangenen Forderung	83
1. Meinungsstand	83
a) Rechtsprechung	83
b) Schrifttum	85
2. Stellungnahme	86
II. Wegfall einer Voraussetzung der Gesamtschuld	89
§ 3 Resultierende Rechtsverhältnisse zwischen Schuldern und Gläubigern	90
I. Meinungsstand	91
1. Konsens: Fortbestehen der Tilgungsgemeinschaft	91
2. Kontroverse: dogmatische Anknüpfung der fortbestehenden Tilgungsgemeinschaft	91
a) Begründung über die Regeln zur Gesamtschuld	92
b) Begründung über die Grundsätze der Gesamtgläubigerschaft	93
3. Positionierung des Bundesgerichtshofs	94
II. Stellungnahme	97
1. Gesamtschuld trotz Trennung der Schuldner	97
a) Sukzessionsrechtliches Identitätsprinzip	97
b) Sukzessionsschutz für den Schuldner	99
c) Nemo-plus-iuris-Grundsatz am Beispiel der Forderungsabtretung eines Gesamtgläubigers	102
d) Fazit	104
2. Keine Gesamtgläubigerschaft zwischen Zedent und Zessionär	104
a) Erläuterung der Idee einer Gesamtgläubigerschaft zwischen Zedent und Zessionär	104
b) Keine Gesamtgläubigerschaft im Sinne des Gesetzeswortlauts	106
c) Beschränkte Vergleichbarkeit mit einer Gesamtgläubigerschaft	108
d) Fazit	110
§ 4 Leistung in der gespaltenen Gesamtschuld	110
I. Empfangsberechtigung, Modalität und Rechtsfolge der Leistung	110
1. Meinungsstand	110
2. Stellungnahme	111
II. Einziehungsverbot zulasten des Zedenten	113
1. Dogmatische Herleitung des Einziehungsverbots	113
2. Anwendungsfälle eines Einziehungsverbots	116

III. Einforderungsverzicht zulasten des Zedenten	117
IV. Treuwidrigkeit einer Geltendmachung der Forderung des Zedenten?	119
V. Fazit	122
 § 5 Regress zwischen Zedent und Zessionar	122
I. Meinungsstand	122
II. Stellungnahme	124
1. Vertraglicher Ausgleich	124
a) Schadensersatz wegen Nichtleistung	124
b) Schadensersatz wegen Schlechtleistung aufgrund eines Rechtsmangels ..	125
c) Einfacher Schadensersatz wegen Verletzung eines Einziehungsverbots ..	128
2. Gesetzlicher Ausgleich	128
a) Rückgriff wie unter Gesamtgläubigern	128
b) Pflichtverletzungen im Kontext des gesamtgläubigerähnlichen Ausgleichs ..	130
c) Bereicherungsrechtlicher Ausgleich	131
d) Deliktischer Schadensersatz	134
III. Fazit	135
 § 6 Zwischenergebnis	136
 <i>3. Kapitel</i>	
 Zumutbarkeit der Rechtsfolgen einer isolierten Zession	137
 § 1 Gesamtwirkungen des Gesamtschuldrechts	138
I. Gesamtwirkung der Erfüllung und ihrer Surrogate	138
1. Zwingendes Fortbestehen der Tilgungsgemeinschaft	139
2. Probleme infolge des Fortbestehens der Tilgungsgemeinschaft	140
a) Gefahr einer Mehrfachbefriedigung des Zedenten	140
b) Schutzbedürftigkeit des Zessionars	143
aa) Keine strukturelle Missbrauchsgefahr nach der Motivlage des Zedenten ..	143
bb) Schutz des Zessionars mittels Einziehungsverbots und Regressansprü- chen	146
cc) Möglichkeit einer Risikoprognose seitens des Zessionars	147
dd) Vergleich mit ähnlich riskanten Rechtsgeschäften	147
ee) Schlussfolgerung: keine Unwirksamkeit der isolierten Zession zum Schutz des Zessionars	149
3. Fazit	149
II. Gesamtwirkung des Erlasses	150
III. Gesamtwirkung des Gläubigerverzugs	153
IV. Sonstige Gesamtwirkungen	154

V. Fazit	154
§ 2 Regress zwischen den Gesamtschuldnern nach der Trennung gesamtschuldnerischer Forderungen	154

§ 3 Zwischenergebnis	159
----------------------------	-----

4. Kapitel

Zustimmung als Wirksamkeitserfordernis einer isolierten Zession 160

§ 1 Meinungsstand	160
I. Literatur	160
II. Rechtsprechung	161
III. Offene Folgefragen: personale Reichweite und dogmatische Verwurzelung eines Zustimmungserfordernisses	163
IV. Fazit	164
§ 2 Berechtigung eines Zustimmungserfordernisses	165
I. Argumentation mit den Nachteilen einer Gesamtgläubigerschaft	165
1. Ausgangsüberlegung: rechtsgeschäftliche Begründung von Gesamtgläubigerschaft an einer bestehenden Einzelforderung	165
2. Transfer: Auswirkungen des neuen Gläubigers bei einer gesamtschuldspaltenden Forderungsübertragung	167
3. Missverständnis über die Entstehung einer „Gesamtgläubigerschaft“	169
4. Prozessualer Effekt einer Gläubigerverdopplung	172
II. Stellungnahme: Argumente für und wider ein Zustimmungserfordernis	174
1. Interesse an einer klaren Forderungszuordnung	174
2. Interessen der Zessionsparteien	175
a) Beeinträchtigung der Abtretungsfreiheit des Zedenten	175
b) Erwerbsinteresse des Zessionars und dessen Schutz durch Sekundärrechte	177
3. Interesse der Gesamtschuldner an einem Zustimmungserfordernis	178
a) Risiko unberechtigter Inanspruchnahme	179
aa) Art des Risikos – Präzisierung des Vergleichs mit der Gesamtgläubigerschaft	179
(1) Unterschied: Inanspruchnahme vor der Leistung	179
(2) Gemeinsamkeit: Inanspruchnahme nach der Leistung	180
bb) Ausmaß des Risikos – nicht nur allgemeines Lebensrisiko	182
cc) Rechtliche Schutzmöglichkeiten	183
(1) Aufklärungspflichten	183
(2) Einziehungsverbot und pactum de non petendo	186
(3) Zivilprozessualer Schutz – insbesondere Streitverkündung	187

(4) Regressansprüche	192
dd) Fazit	194
b) Beweisführung in einer fremden Rechtssphäre	194
c) Fazit	196
4. Vergleich zu Teilabtretung und Einziehungsermächtigung	196
5. Gesamtbewertung: Zustimmung der Gesamtschuldner erforderlich	199
III. Personale Reichweite des Zustimmungserfordernisses	201
 § 3 Dogmatische Einbettung des Zustimmungserfordernisses	202
I. Rechtsgrundlage des Abtretungsausschlusses	202
1. Kein Abtretungsausschluss nach § 399 Var. 2 BGB oder § 242 BGB	202
2. Unabtretbarkeit nach § 399 Var. 1 BGB aus Gründen des Schuldnerschutzes	205
II. Überwindung des Abtretungsausschlusses durch schuldnerseitige Zustimmung	208
1. Disponibilität von § 399 Var. 1 BGB durch schuldnerseitige Zustimmung	208
2. Rechtliche Qualifizierung der Zustimmung	211
a) Vergleichsszenario: Heilung eines Verstoßes gegen § 399 Var. 2 BGB	212
aa) Meinungsstand: Vertrags- versus Genehmigungslösung	212
bb) Stellungnahme	215
b) Transfer auf die Heilung eines Verstoßes gegen § 399 Var. 1 BGB	219
aa) Zustimmungslösung	219
bb) Analogie zu § 185 BGB und Anwendung der §§ 182–184 BGB	222
 § 4 Zwischenergebnis	225
 <i>5. Kapitel</i>	
 Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Zession	226
 § 1 Meinungsstand	227
I. Unmittelbare Forderungsübertragung durch Abtretung	228
1. Schrifttum	228
2. Rechtsprechung	231
a) Beschluss des OLG Hamm von 1997: Gesamtabtretung in Unkenntnis der Gesamtschuld	231
b) Urteil des OLG Nürnberg von 2002: Einzelabtretung in Kenntnis der Gesamtschuld	233
c) Urteil des OLG Frankfurt a.M. von 2012: Einzelabtretung in Kenntnis der Gesamtschuld	234
d) Urteil des OLG Köln von 2016: Gesamtabtretung in Kenntnis der Gesamtschuld	235
e) Fazit	237

II. Mittelbare Forderungsübertragung analog § 401 I BGB	238
1. Bedeutung und Analogiefähigkeit von § 401 BGB	238
2. Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte?	240
a) Schrifttum	240
b) Rechtsprechung	242
§ 2 Grundlagen zur Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Zession	244
I. Gesetzeshistorische Einführung	245
II. Dogmatische Weichenstellung für eine Gesamt- oder Einzelabtretung	247
1. Relevanz des Abtretungsvertrags	247
2. Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte nach § 401 I BGB?	249
a) Unselbständigkeitssdogma	249
b) Akzessorietätsdogma	250
c) Verstärkungsdogma	254
aa) Rechtsverstärkung als entscheidendes Kriterium	254
bb) Begriff der Rechtsverstärkung	255
cc) Gesamtschuld als Sicherungsrecht – Vergleich mit der Bürgschaft	256
(1) Gesamtschulden mit Sicherungszweck	256
(2) Gesamtschulden ohne besonderen Sicherungszweck	257
dd) Interessenausgleich mittels § 401 I BGB	260
(1) Interesse des Zessionars	260
(2) Interesse des Zedenten	263
(3) Interessen der Gesamtschuldner	266
d) Fazit	266
3. Eine Frage der Gesamt- und Einzelwirkung?	267
a) Bedeutung einer Gesamtwirkung aufgrund des Schuldverhältnisses	267
b) Keine Gesamtwirkung der Abtretung kraft Abtretungsvertrags	269
c) Gesamtwirkung der Abtretung kraft Vereinbarung	270
d) Geringe Bedeutung der Gesamtwirkung einer Abtretung	272
4. Fazit	272
III. Verhältnis zwischen Abtretungsvertrag und § 401 I BGB	273
1. Rechtspraktische Bedeutung der Analogie zu § 401 I BGB	273
2. Lückenfüllung im Zessionsvertrag mittels § 401 I BGB	275
§ 3 Umfang des Forderungsübergangs bei konkreten Varianten eines Abtretungsvertrags	280
I. Gezielte Abtretung aller Gesamtschuldforderungen	281
1. Vertragsauslegung	282
2. Vertragsergänzung	282
II. Gezielte Abtretung nur einer Gesamtschuldforderung	283
1. Vertragsauslegung	283

2. Vertragsergänzung	285
a) Grundsatz: § 401 I BGB abbedungen	285
b) Ausnahme: gemeinschaftlicher Motivirrtum	286
III. Abtretung einer Gesamtschuldforderung ohne Erwähnung der anderen	294
1. Vertragsauslegung	294
a) Erläuternde Auslegung	294
b) Natürliche Auslegung	296
2. Vertragsergänzung	298
a) Lückenfeststellung	298
aa) Beidseitige Kenntnis der Gesamtschuld	298
bb) Kenntnis der zusätzlichen Forderung, nicht aber der Gesamtschuld ..	301
cc) Einseitige Kenntnis der Gesamtschuld	302
dd) Beidseitige Unkenntnis der nicht erwähnten Gesamtschuldforderung	303
b) Lückenfüllung	303
aa) Grundsatz: analoge Anwendung von § 401 I BGB	304
bb) Ausnahme: Abbedingung von § 401 I BGB in ergänzender Vertrags- auslegung	305
c) Anpassung des Äquivalenzverhältnisses bei entgeltlichem Kausalgeschäft? ..	307
aa) Lösung auf Verfügungsebene: Teilungslösung	308
bb) Lösung auf Verpflichtungsebene: Entgeltanpassung	311
cc) Fazit	316
3. Zwischenergebnis	317
§ 4 Anfechtung	317
I. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung	318
II. Anfechtung wegen Inhaltsirrtums	318
III. Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums	319
1. Voraussetzungen des Anfechtungsrechts	320
2. Anfechtung nach § 119 II BGB auch bezüglich des Verfügungsgeschäfts? ..	324
3. Rechtsfolge der Anfechtung	326
IV. Fazit	327
§ 5 Zwischenergebnis	327
Schlussbetrachtungen	329
§ 1 Gesamtschau: Ergebnisse zur isolierten Zession bei Gesamtschulden	329
§ 2 Ausblick: Ideen zur isolierten Legalzession bei Gesamtschulden	332
I. Einführung	332
II. Meinungsstand	333

III. Implikationen der Forschungsergebnisse für die isolierte Legalzession	336
1. Gemeinsamkeit: strukturelle Ausgangsbedingungen	336
a) Struktur der Gesamtschuld	336
b) Mindestgehalt einer Forderungsübertragung	336
c) Kein Erfordernis der Gläubigeridentität	337
d) Fazit	339
2. Unterschied: Rechtsfolgen und daraus folgende Grenzen	339
a) Legalzessionen nach erfolgter Dritteistung	339
aa) Erlöschen der nicht legalisierten Forderung	340
bb) Kein Schutzbedürfnis gegenüber Belastungen infolge einer gespaltenen Forderungszuständigkeit	341
b) Legalzessionen vor erfolgter Dritteistung	343
c) Fazit	344
3. Unterschied: Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Forderungs- übertragung	344
IV. Schlusswort zur isolierten Legalzession	345
Literaturverzeichnis	347
Sachwortverzeichnis	359

Einführung

§ 1 Gesamtschuldforderungen als siamesische Zwillinge des Rechts

„Die Erledigung der Frage (...), welche Wirkungen sich ergeben, wenn die Abtretung sich nur auf die Rechte gegen einen Mitschuldner beziehen sollte oder sogar die Rechte gegen die übrigen Mitschuldner ausdrücklich von der Abtretung ausgeschlossen würden, bleibt zweckmäßig der Wissenschaft und Praxis vorbehalten.“

So äußerte sich der Gesetzgeber in den Motiven zum Entwurf des BGB.¹ Auch 130 Jahre später ist das Zusammentreffen von Gesamtschuld und Abtretung nicht befriedigend geklärt, soweit es um die Übertragung einzelner Gesamtschuldforderungen geht.

I. Problemstellung

Im Fall einer Gesamtschuld im Sinne von § 421 BGB schulden mehrere Personen eine Leistung in der Weise, dass jeder die Leistung zu bewirken verpflichtet ist, der Gläubiger diese aber nur einmal fordern darf. Der Gläubiger kann von einem beliebigen Gesamtschuldner Erfüllung verlangen. Leistet dieser, werden er und auch die anderen nach § 422 I BGB von der Leistungspflicht frei. Sodann findet gegebenenfalls ein Ausgleich im Innenverhältnis der Gesamtschuldner nach § 426 I und II BGB statt. Wie grundsätzlich jeder Anspruch kann auch ein Gesamtschuldfanspruch auf einen anderen Gläubiger übergehen, insbesondere im Wege der Abtretung gemäß § 398 BGB. In der Praxis gibt es dazu unzählige Beispiele, etwa die Abtretung eines Anspruchs als Zahlungsäquivalent oder im Rahmen eines echten Factorings.²

Trotz der hohen Alltagsrelevanz solcher Zessionen ist nicht hinlänglich erforscht, wie sich diese vollziehen, wenn sich die betreffende Schuld gegen mehrere Personen zugleich richtet, die als Gesamtschuldner haften. Unproblematisch ist allein der Fall, dass der Abtretungsvertrag ausdrücklich die Übertragung sämtlicher Gesamtschuldforderungen vorsieht. Dann tritt nach § 398 S. 2 BGB der neue Gläubiger in Bezug auf alle diese Forderungen an die Stelle des bisherigen Gläubigers, ohne dass Zweifelsfragen auftreten. Soweit es aber um die Übertragung einer einzelnen Ge-

¹ Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 124 f.

² Näher zur wirtschaftlichen Bedeutung der Zession *J. Lieder, Sukzession* (2015), S. 117 ff.

samtschuldforderung geht, sind gesamtschuldnerische Forderungen wie siamesische Zwillinge des Rechts: Ihre Trennung erscheint folgenreich, riskant, vielleicht sogar unvertretbar. Kann man gesamtschuldnerische Forderungen zumindest im Grundsatz isoliert abtreten oder sind solche Forderungen untrennbar miteinander verbunden? Allein diese Ausgangsfrage röhrt an zivilrechtlichen Grundlagen: Wie ist die Gesamtschuld strukturiert? Welche Wirkungen hat die Abtretung? Die derzeit ganz herrschende Meinung steht solchen Fragen unkritisch gegenüber. Wie selbstverständlich hält sie den Einzelübergang einer gesamtschuldnerischen Forderung für möglich. Folgt man dem, bleibt immer noch problematisch, unter welchen Voraussetzungen es überhaupt zu einem Einzelübergang kommt. Bei der Abtretung nehmen Rechtsprechung und Literatur pauschal einen Parteiwillen gegen eine isolierte Zession an. Wo dies nicht möglich ist, streitet man darüber, ob die Abtretung einer einzelnen Gesamtschuldforderung nur wirksam ist, wenn alle Gesamtschuldner zustimmen. Selbst wenn eine isolierte Zession wirksam zustande kommt, bestehen Unklarheiten über ihre Rechtsfolgen. Besonders das Rechtsverhältnis der getrennten Schuldner sowie ein etwaiger Regress zwischen Zedent und Zessionar sind wenig geklärt.

II. Fallbeispiele

Fall 1: Der Arbeitnehmer V hat eine Sache des Kunden K beschädigt. V und sein Arbeitgeber G haften K nach §§ 823 I, 831 I, 840 I BGB als Gesamtschuldner auf Schadensersatz. K tritt den Anspruch gegen V an das Inkassounternehmen I ab, nimmt den Anspruch gegen G aber explizit von der Abtretung aus, weil er G als guten Geschäftspartner schonen möchte. Nachdem V an I gezahlt hat, kühlte die Geschäftsbeziehung zwischen K und G ab. Daher verlangt K von G nun doch Zahlung. Wie ist zu begründen, dass G nicht auch noch leisten muss?³

Fall 2: Die Stiftungen A und B lassen zusammen einen Kindergarten bauen und schulden dafür dem Unternehmer U gesamtschuldnerisch Werklohn. Zwar wurde anfangs vereinbart, dass U seine Werklohnforderungen nicht abtreten kann (§ 399 Var. 2 BGB). Als U aber in Finanzierungsnot gerät, drängt er darauf, diese Forderungen verkaufen zu dürfen. B möchte das Abtretungsverbot nicht aufheben, A hingegen stimmt dem zu. Daraufhin verkauft und überträgt U seine Werklohnforderung gegen A an die Bank Z. B meint, ohne ihre Zustimmung sei diese Übertragung unwirksam. Sie schulde daher weiterhin U den Werklohn. Hat B Recht?⁴

³ Zur Antwort s. unter „Gesamtschuld trotz Trennung der Schuldner“ ab S. 97, „Leistung in der gespaltenen Gesamtschuld“ ab S. 110 und „Zwingendes Fortbestehen der Tilgungsgemeinschaft“ ab S. 139.

⁴ Zur Antwort s. unter „Stellungnahme: Argumente für und wider ein Zustimmungserfordernis“ ab S. 174.

Fall 3: G hat eine Geldforderung gegen die Gesamtschuldner A und B. Zu Finanzierungszwecken möchte G die Forderungen an die Factoring-Bank Z verkaufen. Da A insolvent ist, vereinbaren und vollziehen G und Z lediglich die Übertragung der Forderung gegen B. Noch bevor B an Z geleistet hat, möchte S, die Schwester des A, für die Schuld ihres Bruders aufkommen und zahlt an G. Sofern damit auch die Forderung des G gegen A erloschen ist, (wie) kann Z von G Regress nehmen?⁵

Fall 4: Arzt A schuldet Patientin P wegen einer verpfuschten Operation Schmerzensgeld. P sieht sich aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage, die Forderung gegen A selbst einzutreiben. Sie bittet ihre Ehefrau F darum, dies zu übernehmen, und tritt dazu die Forderung gegen A an F ab. Das Vorgehen gegen A gestaltet sich aufwendig, weil A seine Schuld nicht einsieht. Jedoch stellt sich heraus, dass auch der Oberarzt O an der missglückten Operation mitgewirkt hat, der neben A als Gesamtschuldner haftet und sofort bereit wäre, Schmerzensgeld zu zahlen. Das war P und F bei der Abtretung nicht bewusst. Hat F dennoch auch die Forderung gegen O erworben, sodass dieser an sie zahlen muss?⁶

Diese Alltagsfälle zeigen beispielhaft, welche Probleme entstehen, wenn es um die Zession gesamtschuldnerischer Ansprüche geht. Ist es möglich, dass ein einzelner Anspruch gegen einen Gesamtschuldner abgetreten wird, der andere hingegen bei dem ursprünglichen Anspruchsinhaber verbleibt? Lässt man eine derartige isolierte Zession zu, so haben die ursprünglichen Gesamtschuldner in der Folge unterschiedliche Gläubiger, sind also nach § 421 S. 1 BGB gerade keine Gesamtschuldner mehr. Prima facie kann damit die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner nicht mehr zugleich für den anderen wirken, weil § 422 I 1 BGB – wie auch alle anderen Normen zur Gesamtschuld – nicht mehr unmittelbar anwendbar ist. In Fall 1 könnte demnach K seine Forderung gegen G auch nach Zahlung von V an I noch geltend machen, sodass derselbe Schaden letztlich zweimal ersetzt würde. Das ist offensichtlich nicht hinnehmbar. Schon an dieser Stelle wird deutlich, dass die Separatzession von Gesamtschuldforderungen problematische Folgen haben kann. Ist ein solcher Eingriff in die Gesamtschuld daher zumindest im Fall der Abtretung nur bei Zustimmung aller Gesamtschuldner zulässig, wie es etwa Stiftung B in Fall 2 behauptet? Wenn der Zedent nach einer isolierten Zession die Leistung erhält, kann der Zessionar von ihm Regress nehmen, wie es zum Beispiel in Fall 3 gewünscht ist? Schließlich stellt sich die Frage, wann der Parteiwille überhaupt dahingehend auszulegen ist, dass nur einzelne Forderungen aus einer Gesamtschuld abgetreten werden sollen. Wollen die Parteien zum Beispiel bei einer Abtretung ohne Kenntnis eines zusätzlichen Gesamtschuldners wie in Fall 4 stets sämtliche Gesamtschuldforderungen übertragen? Ergibt sich ein Gesamtübergang womöglich sogar aus dem Gesetz, nämlich analog § 401 I BGB?

⁵ Zur Antwort s. unter „Regress zwischen Zedent und Zessionar“ ab S. 122.

⁶ Zur Antwort s. unter „Abtretung einer Gesamtschuldforderung ohne Erwähnung der anderen“ ab S. 294.

§ 2 Erkenntnisinteresse

I. Wissenschaftliche und praktische Relevanz

Probleme der isolierten Zession stehen in schuldrechtlichen Debatten eher im Schatten. Infolge einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2017 ist die Thematik wieder stärker in das Bewusstsein der juristischen Öffentlichkeit gerückt. Der Bundesgerichtshof hat in Bezug auf die grundsätzliche Zulässigkeit und die Rechtsfolgen einer isolierten Zession erste Lösungsansätze geliefert.⁷ Viele Fragen wurden jedoch nicht höchstrichterlich geklärt. Antworten dazu lassen sich allenfalls in vereinzelten Entscheidungen einiger Oberlandesgerichte finden. Diese bleiben jedoch in wichtigen Punkten widersprüchlich⁸ oder unklar⁹. Sie bedürfen darum allein wegen des Verkehrsinteresses an Rechtsklarheit einer Analyse und Stellungnahme.

Auch in wissenschaftlicher Hinsicht besteht Ergänzungsbedarf, was die Forschung über die isolierte Zession betrifft. Diesbezügliche Ausführungen nehmen in den meisten Kommentaren zum BGB oder sonstigen Beiträgen nur wenige Zeilen ein. Längere Stellungnahmen gibt es kaum, obschon das Thema solche herausfordert. Nicht umsonst hat sich Treuner¹⁰ in einer ausführlichen Monografie speziell mit der Abtretung einer Forderung gegen einen Gesamtschuldner befasst. Dabei handelt es sich jedoch um die einzige monographische Abhandlung zu diesem Thema seit der Geltung des BGB. Sie datiert von 1908 und ist damit über 100 Jahre alt. Seitdem hat es grundlegende Entwicklungen in der Rechtsdogmatik und mehrere thematisch wichtige Gerichtsentscheidungen gegeben, die Treuner nicht rezipieren konnte. Seine Arbeit ist damit in weiten Teilen überholt. Ausführlicher hat sich erst Derleder¹¹ im Jahr 1998 mit Zession und Gesamtschuld befasst. Dabei war er indes auf den Umfang eines Festschriftbeitrags beschränkt und konnte deshalb viele Aspekte nicht näher beleuchten. Darüber hinaus lassen die Ausführungen Treuners und Derleders Raum für inhaltliche Kritik. Dasselbe gilt für andere, kürzere Beiträge. In mehreren Punkten sind wissenschaftliche Stellungnahmen zu der isolierten Zession zwar nicht im Ergebnis zu monieren, durchaus aber im Hinblick darauf, wie unkritisch sie zu ihren Ergebnissen gelangen. Prägend sind apodiktische Äußerungen und das Ausklammern von Zweifelsfragen. Oft wird vernachlässigt, dass die Thematik schuldrechtliche Grundfragen berührt, ohne deren Beantwortung man sich keine fundierte Meinung über Möglichkeit, Grenzen und Rechtsfolgen einer isolierten Zession bilden kann. Diese Grundfragen betreffen zum Beispiel die Struktur der Gesamt-

⁷ BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 27 ff.

⁸ Besonders im Hinblick auf die Frage, ob eine isolierte Zession nur wirksam ist, wenn die Gesamtschuldner zustimmen. Dazu unter „Zustimmung als Wirksamkeitserfordernis einer isolierten Zession“ ab S. 160.

⁹ Zum Beispiel in Bezug auf die Auslegung des Abtretungsvertrags.

¹⁰ G. Treuner, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908).

¹¹ P. Derleder, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 ff.

schuld, das Wesen des Forderungsübergangs, den Umgang mit Akzessorietät und Nebenrechten, Grenzen der erläuternden und ergänzenden Vertragsauslegung oder die Bewandtnis des Übertragungsausschlusses gemäß § 399 Var. 1 BGB. Die bisherige Forschung zu diesen Einzelfragen muss für die Erklärung der isolierten Zession zusammengeführt und überprüft werden. Dabei ergeben sich Lücken und Inkonsistenzen, die es zu aufzulösen gilt. Hinzu kommt eine Reihe offener Kontroversen, insbesondere über die Frage, ob die Gesamtschuldner einer Einzelabtretung zustimmen müssen. Auch insoweit bedarf es einer Klärung.

Unklarheiten in der Handhabung einer isolierten Zession kann man auch darauf zurückführen, dass das Gesetz zu den meisten damit verbundenen Problemen keine konkrete Lösung bereithält. Während es im Recht der Gesamtgläubigerschaft mit § 429 III 2 BGB zumindest eine rudimentäre Regelung über die Abtretung der Forderung eines einzelnen Gesamtgäubigers gibt, fehlt eine vergleichbare Regelung im Recht der Gesamtschuld völlig. Antworten auf daraus erwachsende Rechtsfragen wollte der Gesetzgeber ausdrücklich der Wissenschaft und Praxis überlassen.¹² Ob oder wie und mit welchen Folgen man eine gesamtschuldnerische Forderung separat abtreten kann, ist aber noch immer nicht hinreichend geklärt. Der explizite Lösungsauftrag des Gesetzgebers an Wissenschaft und Praxis drängt dazu, dieses Erkenntnisvakuum aufzufüllen. Zudem gehören Zession (§§ 398 ff. BGB) und Gesamtschuld (§§ 421 ff. BGB) zum allgemeinen Teil des Schuldrechts und sind deshalb auf alle Schuldverhältnisse anwendbar. Sie sind daher von besonderem Erkenntnisinteresse für die Wissenschaft und zugleich von erheblicher Bedeutung für den praktischen Rechtsverkehr. Schulden treten häufig als Gesamtschulden auf. Es gibt zahlreiche Vorschriften, die ausdrücklich eine gesamtschuldnerische Haftung anordnen, zum Beispiel § 431 BGB bei der Schuld einer unteilbaren Leistung, § 840 I BGB im Deliktsrecht und im Familienrecht die §§ 1357 I 2 sowie 1664 II BGB.¹³ Ferner sind viele Konstellationen denkbar, in denen eine Gesamtschuld vertraglich begründet wird, insbesondere nach der Zweifelsregel des § 427 BGB.

Auch bei der Frage der *isolierten* Abtretung eines gesamtschuldnerischen Anspruchs handelt es sich keineswegs um ein akademisches Glasperlenspiel. Es sind vielfältige Motive denkbar, derentwegen ein Gläubiger nur die Forderung gegen einen bestimmten Gesamtschuldner abtreten möchte, gegen einen anderen hingegen nicht.¹⁴ Nicht ohne Grund hatten sich bereits mehrere Gerichte¹⁵ mit dem Thema der Einzelabtretung zu befassen. Beispielsweise stellte sich für das Oberlandesgericht

¹² S. Zitat aus den Motiven zum Entwurf des BGB bei Fn. 1 auf S. 19. Teilweise a. A. J. Schürnbrand, Schuldbeitritt (2003), S. 130: Die Motivstelle zeige auf, dass eine isolierte Abtretung aus Sicht des Gesetzgebers zulässig sei, sofern die Parteien sie wollten. Dieser Schluss ist indes nicht richtig. Dazu näher in Fn. 73 unter „Gesetzeshistorische Einführung“ ab S. 245.

¹³ Weitere Beispiele bei C. Grüneberg, in: Palandt (2018), § 421 Rn. 2.

¹⁴ So auch P. Derleder, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (156 f.) mit mehreren praktischen Beispielen.

¹⁵ Dazu unter „Meinungsstand“ ab S. 29.

Hamm¹⁶ das Problem einer isolierten Zession, als ein Abtretungsverbot mit einem Gesamtschuldner aufgehoben wurde, mit dem übrigen aber bestehen blieb, und die Gesamtschuldforderungen sodann abgetreten wurden (dazu schon Fall 2). Auch die anderen eingangs vorgestellten Alltagsbeispiele illustrieren die Praxisrelevanz der hier präsentierten Problemstellung. Mit meiner Dissertation möchte ich daher versuchen, neue Antworten auf alte Fragen zu finden.

II. Thesen

Die Forschungsfrage meiner Doktorarbeit betrifft das allgemeine Schuldrecht und lautet grundlegend: Wie ist die Zession eines gesamtschuldnerischen Anspruchs zu behandeln? Dazu stelle ich folgende Thesen auf, die in dieser Arbeit geprüft und belegt werden sollen.

1. Die Gesamtschuld ist eine Zusammenfassung einzelner Forderungen.
2. Die isolierte Zession gesamtschuldnerischer Forderungen schwächt die Wirkung einer Abtretung weder unzulässig ab noch verstößt sie gegen das Verbot einer Trennung unselbständiger Rechte.
3. Die isolierte Zession lässt den Gesamtschuldverbund unberührt.
4. Die Rechtsfolgen einer isolierten Zession sind für Zedent und Zessionar belastend, aber zumutbar.
5. Eine Gesamtläubigerschaft entsteht durch isolierte Zession nicht.
6. Eine isolierte Zession ist nur wirksam, wenn alle Gesamtschuldner zustimmen.
7. Ob Zedent und Zessionar einzelne oder alle Forderungen aus einer Gesamtschuld übertragen wollen, hängt im Zweifel davon ab, ob sie von der Gesamtschuld wissen.
8. Forderungen aus einer Gesamtschuld sind unabhängig von einem besonderen Sicherungszweck Nebenrechte im Sinne von § 401 I BGB.

III. Forschungsgegenstand

1. Nomenklatur

Gegenstand dieser Arbeit ist die Abtretung der Forderung gegen einen oder mehrere Gesamtschuldner, während die Forderung gegen den oder die übrigen Gesamtschuldner bei der Abtretung ausgeklammert bleibt. Es geht also um Abtretungen, bei der nicht alle gesamtschuldnerischen Forderungen den Gläubiger

¹⁶ OLG Hamm, Urteil v. 21.03.1983, WM 1984, S. 1404 ff.

wechseln.¹⁷ Eine solche Abtretung wird isolierte Zession, Separat- oder separate Zession, Singularzession oder Einzelabtretung genannt. Abtretung oder Zession stehen als Synonyme für die rechtsgeschäftliche Übertragung einer Forderung gemäß § 398 BGB. Die gesetzliche Übertragung einer Forderung im Sinne von § 412 BGB wird hier als cessio legis oder Legalzession bezeichnet. Sofern dabei nicht alle gesamtschuldnerischen Forderungen den Gläubiger wechseln, kann man von einer isolierten cessio legis oder isolierten Legalzession sprechen. Die Abtretung und Legalzession (zusammenfassend: Übertragung) einer Forderung, bewirken einen Übergang der Forderung von dem alten Gläubiger (Zendent) auf den neuen Gläubiger (Zessionar).¹⁸

In dieser Arbeit werden die Begriffe der Forderung und des Anspruchs ohne inhaltlichen Unterschied verwandt. Streng genommen ist zwar ein „Anspruch“, welcher in § 194 I BGB legaldefiniert ist, der umfassendere Begriff. Er meint jedes Recht, von einem anderen irgendein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Enger rekurriert § 241 I BGB nur auf das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen in Form einer Leistung zu fordern. Das Forderungsrecht – oder schlicht: die Forderung – bezeichnet somit allein einen schuldrechtlichen Anspruch. Heute verwendet man die Begriffe Forderung und Anspruch aber oft als Synonyme.¹⁹ Betont man die Sicht des Gläubigers, kann man eher von einer Forderung statt von einem Anspruch sprechen; aus der Sicht des Schuldners von einer Schuld^{20,21} Forderung, Anspruch oder Schuld beziehen sich auf ein einzelnes Recht, welches einem Schuldverhältnis als Gesamtheit aller rechtlichen Beziehungen entspringt.²²

Diese Arbeit beschäftigt sich mit der Gesamtschuld im Sinne von § 421 S. 1 BGB. Welche Voraussetzungen die Gesamtschuld hat, wird nicht untersucht. Insofern liegt hier das derzeit herrschende Verständnis zugrunde, demzufolge über die Merkmale nach § 421 S. 1 BGB hinaus insbesondere die Gleichstufigkeit der Verpflichtungen ein Erfordernis der Gesamtschuld ist.²³ Diese Arbeit behandelt nur solche „echten“ Gesamtschulden.²⁴

¹⁷ Der Einfachheit halber geht diese Arbeit meist von der Existenz zweier Gesamtschuldner aus. Sofern abweichende Formulierungen verwendet werden, ist das inhaltlich in aller Regel nicht relevant.

¹⁸ Vgl. zur Terminologie Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 119 sowie *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 10 f.

¹⁹ *G. Bachmann*, in: MüKo-BGB (2016), § 241 Rn. 6. Krit. hierzu mit ausführlicher Untersuchung der beiden Begriffe *J. F. Hoffmann*, Zession (2012), S. 119 ff.

²⁰ Zum Begriff der Schuld in Abgrenzung zur Haftung *D. Olzen*, in: Staudinger (2015), Einl. zum Schuldrecht Rn. 239 ff.

²¹ *F. Peters/F. Jacoby*, in: Staudinger (2014), § 194 Rn. 14, der darauf hinweist, dass die Terminologie schon innerhalb des Gesetzes nicht einheitlich ist.

²² *J. Schmidt-Räntsch*, in: Erman (2017), § 194 Rn. 3.

²³ Aus der st. Rspr. etwa BGH, Urteil v. 28.11.2006, NJW 2007, S. 1208 Rn. 17 f. Aus der h. L. zum Beispiel *M. Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 1.08.2018), § 421 Rn. 8. Weitere Nachweise bei *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 421 Rn. 27 f., der ab Rn. 20

2. Thematische Eingrenzung

Diese Monografie befasst sich in erster Linie mit der Abtretung der Forderung gegen einen Gesamtschuldner, insbesondere nicht mit deren Verpfändung und Pfändung. Außerdem blendet sie Gesamtschuldner mit abstrakter Wertpapierrechtlicher Verpflichtung aus.²⁵ Untersucht werden lediglich Forderungsübertragungen an Dritte, nicht an einzelne Gesamtschuldner selbst. Rechtliche Gründe für eine Unwirksamkeit der isolierten Zession werden nur aufgezeigt, soweit sie mit der Tat- sache verbunden sein können, dass nur eine Gesamtschuldforderung den Gläubiger wechselt.²⁶ Schulden Gesamtschuldner eine unteilbare Leistung, stellen sich einige andere Fragen, wenn nur die Forderung gegen einen Gesamtschuldner den Gläubiger wechselt.²⁷ In Abgrenzung zu Fällen des § 431 BGB werden hier lediglich Konstellationen beleuchtet, in denen die Gesamtschuldner eine teilbare Leistung schulden.²⁸ Die meisten Beispiele stammen dementsprechend aus dem Bereich der Geldschulden. Ferner werden in der Arbeit im Grundsatz nur materiellrechtliche Fragen der isolierten Zession untersucht, während die prozessrechtliche Dimension bis auf wenige Ausnahmen ausgeklammert bleibt. Fragen rund um vorvertragliche Pflichten nach § 311 II BGB bleiben in dieser Monografie ausgeblendet. Das betrifft insbesondere die Haftung auf Schadensersatz gemäß §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB. Ausführungen über die wirtschaftliche Bewertung von Forderungen erheben keinen Anspruch auf finanzmathematische Tiefe. Zusätzliche thematische Ausschlüsse finden sich im weiteren Verlauf der Arbeit an den relevanten Stellen.

einen lehrreichen Überblick über den Streitstand bezüglich engerer (ungeschriebener) Zusatzkriterien für eine Gesamtschuld gibt.

²⁴ Vgl. *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 421 Rn. 21, der erklärt: Sofern nur die gesetzlichen Mindestvoraussetzungen des § 421 S. 1 BGB, nicht aber die weiteren (ungeschriebenen) Merkmale der Gesamtschuld vorliegen, wird auch von einer „unechten“ Gesamtschuld gesprochen. Zur Abgrenzung zwischen echten und unechten Gesamtschulden *W. Schmidt*, Gesamtschuld (1973), S. 87 ff.; *H. Jürgens*, Teilschuld, Gesamtschuld, Kumulation (1988), S. 41 ff.; *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 421 Rn. 60 ff. S. ferner zu der Diskussion, ob die frühere Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligation in der Gestalt fortzuführen ist, dass Gesamtschulden in echte und unechte zu unterteilen sind: *G. Dilcher*, JZ 1967, S. 110 ff.

²⁵ Dazu *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (174 ff.).

²⁶ Selbstverständlich kommen darüber hinaus allgemeine Gründe für eine Unwirksamkeit der Abtretung in Betracht wie etwa nach § 105 BGB.

²⁷ Zum Beispiel ist das rechtliche Verhältnis von Zedent und Zessionar unterschiedlich zu beurteilen: Gibt es infolge einer Einzelabtretung zwei Gläubiger (Zedent und Zessionar), die berechtigt sind, eine unteilbare Leistung zu fordern, können diese Gläubiger nur Gesamtgläubiger oder Mitgliedgläubiger sein. Das ergibt sich aus § 432 I 1 BGB. Sind Zedent und Zessionar hingegen Gläubiger einer teilbaren Leistung, kann ihr Verhältnis auch anders als das von Gesamtgläubigern oder Mitgliedgläubigern ausgestaltet sein. Aus dem jeweiligen Verhältnis von Zedent und Zessionar infolge einer isolierten Zession können sich unterschiedliche Rückschlüsse auf deren Zulässigkeit ergeben.

²⁸ Zur isolierten Zession bei unteilbarer Leistung *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 62 ff., 175 ff.

3. Zur cessio legis

Die cessio legis einer einzelnen Gesamtschuldforderung steht nicht im Fokus dieser Arbeit. In den Schlussbetrachtungen soll aber ein Ausblick darauf gegeben werden, wie man die isolierte Legalzession zu behandeln hat.²⁹ Einige Antworten darauf kann man aus den Ergebnissen zu einer isolierten Zession ableiten. Weitergehende Fragen sollen angesichts notwendiger Fokussierung offenbleiben.

§ 3 Gang der Darstellung

Man mag erwarten, dass diese Monografie zunächst die Möglichkeit, dann die Voraussetzungen und zum Schluss die Rechtsfolgen einer isolierten Zession behandelt. Ein derartiger Aufbau ließe sich allerdings nicht stringent durchhalten. Das ist einer Besonderheit des Forschungsthemas geschuldet: Möglichkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Einzelabtretung hängen in wesentlichen Punkten voneinander ab. Um diesen Bezügen gerecht zu werden, bedarf es einiger Verweise innerhalb der Abhandlung. Vor allem aber muss die Untersuchung teilweise von dem zuvor skizzierten, „klassischen“ Aufbau abweichen. Darum möchte ich zunächst den Gang der Darstellung schildern.

Der Hauptteil dieser Abhandlung ist in fünf Kapitel gegliedert. Im ersten Kapitel geht es um die *strukturelle* Möglichkeit einer Einzelabtretung. Dabei werden im Wesentlichen drei Aspekte beleuchtet: Erstens die Struktur einer Gesamtschuld, zweitens der Mindestgehalt einer Forderungsübertragung und drittens ein etwaiges Trennungsverbot für gesamtschuldnerische Forderungen nach § 399 Var. 1 BGB. Selbst wenn danach die Gesamtschuld durch eine isolierte Zession theoretisch aufgespalten werden kann, erhebt sich die Anschlussfrage, ob die Rechtsfolgen dieser Aufspaltung tragbar sind. Diese Frage kann man aber erst beantworten, wenn die Rechtsfolgen einer isolierten Zession geklärt sind. Folglich widmet sich das zweite Kapitel dieser Abhandlung zunächst den *Rechtsfolgen* einer Einzelabtretung. Ausgehend davon wird untersucht, ob jene Folgen hinnehmbar sind. Diese Untersuchung ist auf die Kapitel drei und vier aufgeteilt: Im dritten Kapitel geht es um die Frage, ob die isolierte Zession ihren Rechtsfolgen nach *grundsätzlich* tragbar ist, und zwar einerseits im Hinblick auf systematische Wertungen aus dem Recht der Gesamtschuld und andererseits in Ansehung der Schutzbedürftigkeit der Parteien des Abtretungsvertrags, insbesondere des Zessionars. Im darauffolgenden Kapitel vier geht es darum, welche Belastungen eine Einzelabtretung für die Gesamtschuldner mit sich bringt und wie diese zu bewerten sind. Sofern sich beachtliche Belastungen für die Gesamtschuldner ergeben, stehen diese einer isolierten Zession aber nicht per se entgegen, sondern knüpfen deren Wirksamkeit im *Einzelfall* lediglich an eine Zustimmung der Schuldner. Wegen dieser Besonderheit werden die Folgewirkungen

²⁹ S. unter „Ausblick: Ideen zur isolierten Legalzession bei Gesamtschulden“ ab S. 332.

einer Einzelabtretung für die Schuldner nicht auch in Kapitel drei, sondern in einem gesonderten Kapitel vier behandelt. Das fünfte Kapitel widmet sich der Frage, wann es überhaupt zu einer isolierten Zession kommt. Es gilt darin *abzugrenzen*, wann nur einzelne und wann sämtliche Gesamtschuldforderungen den Gläubiger wechseln.

Sodann werden Schlussbetrachtungen zu dieser Abhandlung präsentiert. Rückblickend werden zunächst die wesentlichen Ergebnisse der Kapitel eins bis fünf zusammengefasst. Ausblickend auf mögliche Anschlussuntersuchungen werden sodann die Implikationen meiner Forschungsergebnisse für die isolierte *cessio legis* skizziert.

1. Kapitel

Strukturelle Ausgangsbedingungen einer isolierten Zession

In diesem Kapitel soll zunächst ein Überblick über den Meinungsstand dahingehend vermittelt werden, ob die Abtretung einer einzelnen Gesamtschuldforderung prinzipiell zulässig ist. Daran schließen sich eigene Überlegungen darüber an, ob eine isolierte Zession im Grundsatz möglich ist. Es geht dabei um die Frage, ob eine isolierte Zession mit der Struktur einer Gesamtschuld und dem Wesen der Abtretung vereinbar ist. Die Rechtsfolgen einer isolierten Zession und deren Implikationen bleiben zunächst außer Betracht.

§ 1 Meinungsstand

Ob gesamtschuldnerische Forderungen durch eine isolierte Zession trennbar sind, ist eine alte Frage. Bereits Mitte des 19. Jahrhunderts unter Geltung des gemeinen und preußischen Rechts ist sie in den Kreis der rechtlichen Erörterungen gerückt.¹ Das Reichsgericht nahm dazu den Standpunkt ein, dass ein Gläubiger seine Forderung gegen einen der Gesamtschuldner abtreten, die gegen einen anderen aber behalten könne.² Als am 1. Januar 1900 das BGB einheitlich im Deutschen Reich in Kraft trat, wurde die Diskussion um die Trennbarkeit gesamtschuldnerischer Forderungen auf neue rechtliche Grundlagen gestellt.³ Auch unter Geltung des BGB hat das Reichsgericht Anfang des 20. Jahrhunderts entschieden, dass es möglich sei, gesamtschuldnerische Forderungen durch eine Einzelabtretung zu trennen.⁴

Lange darauf gab es dazu keine gerichtlichen Entscheidungen mehr. Erst in der jüngeren Vergangenheit haben einige Gerichte in der Sache erneut Stellung bezogen. Darunter haben sieben Gerichte angenommen, dass man eine Gesamtschuldforde-

¹ S. zum damaligen Meinungsstand in der Literatur ausführlich *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 1 ff.

² RG, Urteil v. 19.06.1893, RGZ 32, S. 314 ff. unter Geltung des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten (ALR).

³ Zur historischen Entwicklung des Meinungsstand seitdem *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (158 ff.), s. auch Nachweise in den folgenden Fußnoten.

⁴ RG, Urteil v. 22.05.1905, JW 1905, S. 428; RG, Entscheidung v. 16.03.1908, Das Recht 1908, S. 261. In der ersten Entscheidung hat das RG die Möglichkeit einer Einzelabtretung nur impliziert, in der zweiten aber explizit bejaht.

rung im Grundsatz gesondert abtreten kann.⁵ Jedoch haben nur zwei dieser Gerichte die Zulässigkeit einer Einzelabtretung überhaupt angesprochen, wenn auch beiläufig und ohne Begründung.⁶ Die anderen Gerichte haben sie schlicht unterstellt. Das einzige Gericht, welches sich argumentativ mit der Möglichkeit einer isolierten Zession auseinandergesetzt hat, hat anders entschieden: Es hat die Abtretung einer einzelnen Gesamtschuldforderung für unwirksam erklärt.⁷

Eine höchstrichterliche Entscheidung der Rechtsfrage blieb lange Zeit aus. Der Bundesgerichtshof hat zunächst lediglich entschieden, dass auch bei der Abtretung des Anspruchs gegen einen Gesamtschuldner der Übergang der Forderung gegen die anderen Mitschuldner entsprechend § 401 BGB jedenfalls dann anzunehmen sei, wenn sich diese nur zur Sicherung der abgetretenen Forderung mitverpflichtet haben.⁸ Damit hat der Bundesgerichtshof die Möglichkeit einer Einzelabtretung anscheinend vorausgesetzt.⁹ Erst Ende 2017 hat er sich explizit dazu geäußert, ob die gesonderte Abtretung einer Gesamtschuldforderung möglich ist.¹⁰ In dem betref-

⁵ Darunter hat das OLG Hamm zweimal in dieser Weise befunden, sodass es insgesamt acht bejahende Entscheidungen gibt: OLG Hamm, Urteil v. 21.03.1983, WM 1984, S. 1404 (1405 f.); OLG Hamm, Beschluss v. 22.09.1997, NJW-RR 1998, S. 486; OLG Schleswig, Urteil v. 14.05.1998, VuR 1998, S. 339; OLG Nürnberg, Urteil v. 18.04.2002, NZG 2002, S. 874 (876); OLG Karlsruhe, Urteil v. 24.03.2004, BeckRS 2004, 150297 Rn. 6 a. E; AG Ludwigslust, Urteil v. 24.06.2009, NJW-RR 2010, S. 367 (368); OLG Frankfurt, Urteil v. 17.01.2012, BeckRS 2013, 22734; OLG Köln, Urteil v. 24.06.2016, BeckRS 2016, 117629 Rn. 15.

⁶ S. OLG Hamm, Beschluss v. 22.09.1997, NJW-RR 1998, S. 486: „Die Abtretung einer Forderung gegen nur einen Gesamtschuldner wird zwar grundsätzlich für möglich erachtet.“ Noch knapper das OLG Köln, Urteil v. 24.06.2016, BeckRS 2016, 117629 Rn. 15: „Die – mögliche – Abtretung der Forderung gegen nur einen Gesamtschuldner ...“.

⁷ KG Berlin, Urteil v. 20.04.1998, KG Report 1998, S. 205 (206).

⁸ BGH, Urteil v. 24.11.1971, NJW 1972, S. 437 (439).

⁹ Vgl. auch BGH, Urteil v. 18.05.1998, NJW 1998, S. 2904, wonach durch die Zustellung eines Pfändungsbeschlusses an einen Gesamtschuldner nur die gegen diesen bestehende Forderung gepfändet werde. S. ferner BGH, Urteil v. 13.05.1955, BGHZ 17, S. 214 (222), wonach die gesetzliche Regelung des § 426 BGB nicht dadurch umgangen werden könne, dass der zahlende Gesamtschuldner sich vom Gläubiger dessen gesamte Forderung gegen andere Gesamtschuldner abtreten lasse. Der BGH sprach dabei die Abtretung eines Schadensersatzanspruchs durch den Gläubiger an nur einen der Gesamtschuldner an, ohne Bedenken an der Zulässigkeit einer solchen Separatzession zu äußern. In dem Fall hatte vor dieser Abtretung jedoch der Versicherer des nicht von der Abtretung erfassten Gesamtschuldners den Gläubiger befriedigt. Deshalb war die Forderung des Gläubigers gegen den versicherten Gesamtschuldner ohnehin durch Erfüllung erloschen. Schon aus diesem Grund muss man bezweifeln, ob die Abtretung in diesem Fall eine Einzelabtretung i. S. d. hier interessierenden Fragestellung darstellt, d. h. eine Abtretung einer Gesamtschuldforderung unter *Zurückbehaltung* einer anderen. Schließlich kann der Gläubiger bei der Abtretung gesamtschuldnerischer Forderungen eine solche, die bereits erloschen ist, nicht „zurückbehalten“. Die Abtretung der Forderung an einen Gesamtschuldner wurde ferner thematisiert in BGH, Urteil v. 04.07.1963, NJW 1963, S. 2067 und in der Lit. bei R. Leonhard, Das Recht 1911, S. 241 (245 f.); S. Meier, Gesamtschulden (2010), S. 885 Fn. 216.

¹⁰ BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 28. Eine Fallbeschreibung zu der Entscheidung findet sich unter „Positionierung des Bundesgerichtshofs“, ab S. 94.

fenden Fall ging es um eine isolierte *cessio legis* gemäß § 116 I SGB X. Diese hielt der Bundesgerichtshof für rechtlich möglich. Aus § 425 BGB ergebe sich, dass gesamtschuldnerische Forderungen unterschiedliche Schicksale haben könnten. *Obiter dictum* führte der Bundesgerichtshof dazu als Beispiel an, dass der Gläubiger nur die Forderung gegen einen Gesamtschuldner abtritt. Damit hat der Bundesgerichtshof erstmals klar bekundet, dass er eine isolierte Abtretung zumindest im Grundsatz¹¹ für zulässig hält. Nähtere Erwägungen zu dieser Frage sucht man in der Entscheidung indes vergebens.

Ähnlich stellt sich die Lage im juristischen Schrifttum dar. Die ganz herrschende Lehre spricht sich dafür aus, dass ein Gläubiger die Forderung gegen nur einen Gesamtschuldner abtreten kann.¹² Nur vereinzelt, aber zu Recht wurde festgestellt, dass diese Annahme unreflektiert ist.¹³ Es fällt auf, dass die meisten Autoren die Zulässigkeit einer Einzelabtretung nur behaupten oder schlicht unterstellen. Obwohl es insofern durchaus verneinende Literaturstimmen mit beachtlichen Kritik-

¹¹ Ob eine isolierte Zession aber im konkreten Fall nur wirksam ist, wenn die Gesamtschuldner zustimmen, hat der BGH zwar als Frage angesprochen, jedoch nicht beantwortet. Zu dieser Problematik unter „Zustimmung als Wirksamkeitserfordernis einer isolierten Zession“, ab S. 160.

¹² *J. Kohler*, Schuldrecht (1906), S. 161; *P. Oertmann*, Schuldverhältnisse (1906), S. 308; *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 62; *H. Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), S. 461; *A. v. Tuhr*, AT BürgerlR I (1910), S. 234; *H. Reichel*, Das Recht 1911, S. 328 (329); *F. Hock*, Wirkungen der Gesamtschuld (1914), S. 85 f.; *H. Siber*, in: *Planck* (1914), § 398 Erl. 4.a) (555); *F. Leonhard*, Schuldrecht AT (1929), S. 724 f.; *O. Fischer* / *W. Henle*, BGB (1932), § 425 Anm. 1; *G. Weigelin*, Schuldbeitritt (1941), S. 86; *L. Ennecerus* / *H. Lehmann*, Schuldverhältnisse (1958), S. 369; *H. Ehmann*, Gesamtschuld (1972), S. 33 f.; *R. Weber*, in: *RGRK* (1976), § 398 Rn. 49; *ders.*, in: *RGRK* (1978), § 421 Rn. 45; *W. Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern (1984), S. 248; *B. Windscheid* / *T. Kipp*, Pandektenrecht (1984), S. 224; *M. Wolf* / *W. Niedenführ*, JA 1985, S. 369 (372); *C. Bode*, WuB 1998, I C 1. – 3.98, S. 971 (972); *P. Derleder*, in: *FS Heinrichs* (1998), S. 155 (165); *K. W. Nörr* / *R. Scheyhing* / *W. Pöggeler*, Sukzessionen (1999), S. 62; *S. Madaus*, Schuldbeitritt (2001), S. 56; *J. Schünbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 135; *D. Reinicke* / *K. Tiedtke*, Kreditsicherung (2006), S. 19; *H. Ehmann*, in: *Erman* (2008), § 421 Rn. 79; *M. Gebauer*, in: *Soergel* (2010), § 421 Rn. 50, § 425 Rn. 25; *M. Schmidt-Kessel*, in: *Staudinger-EckpfeilerZivilR* (2014), Gläubiger und Schuldner: Mehrheit und Wechsel, Rn. 10; *P. Bydlinski*, in: *MüKo-BGB* (2016), § 421 Rn. 78, § 425 Rn. 31; *B. Kreße*, in: *NK-BGB* (2016), § 398 Rn. 16; *G. Roth* / *E.-M. Kieninger*, in: *MüKo-BGB* (2016), § 398 Rn. 61; *L. Böttcher*, in: *Erman* (2017), § 421 Rn. 28, § 425 Rn. 16; *D. Looschelders*, in: *Staudinger* (2017), § 425 Rn. 97; *H.-F. Müller*, in: *PWW* (2017), § 425 Rn. 10; *W. Rosch*, in: *jurisPK-BGB* (2017), § 398 Rn. 45; *H. Rüßmann*, in: *jurisPK-BGB* (2017), § 425 Rn. 19; *C. Grüneberg*, in: *Palandt* (2018), § 425 Rn. 9; *B. Kreße*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 425 Rn. 72; *J. Lieder*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 37; *S. Madaus*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.06.2018), § 765 Rn. 460; *M. Gehrlein*, in: *BeckOK-BGB* (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 425 Rn. 10; *M. Rohe*, in: *BeckOK-BGB* (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 398 Rn. 43; *R. Schulze*, in: *HK-BGB* (2019), § 425 Rn. 3.

¹³ Vgl. *H. Ehmann*, Gesamtschuld (1972), S. 33 in Fn. 53: „etwas unkritisch“ (was noch gelinde ausgedrückt ist).

ansätzen gibt,¹⁴ sucht man innerhalb der herrschenden Literaturansicht meist vergeblich nach Begründungen oder gar Problematisierungen ihrer These von der Zulässigkeit einer Einzelabtretung. Das gilt besonders für Stellungnahmen aus der jüngeren Zeit.

Im Ergebnis mag die herrschende Ansicht richtigliegen, wenn sie gesamtschuldnerische Forderungen für trennbar hält. Es besteht allerdings ein Theoriedefizit im Hinblick darauf, wie die Trennbarkeit von Gesamtschuldforderungen zu begründen ist. Wie sogleich aufgezeigt wird, ergeben sich dabei Zweifelsfragen, die gemeinhin übergangen werden und deshalb näherer Untersuchung bedürfen. Zunächst soll der Blick darauf gerichtet werden, ob bereits die gesetzliche Konzeption der Gesamtschuld verhindert, dass ein Gläubiger seine Forderung gegen nur einen Gesamtschuldner übertragen kann.

§ 2 Struktur der Gesamtschuld

Was zusammengehört, kann man nicht trennen. Nach diesem Motto könnte man annehmen, die Struktur einer Gesamtschuld mache ihre Teilung – gewissermaßen eine forderungsspaltere Zession¹⁵ – unmöglich.¹⁶ Wie aber ist diese Struktur tatsächlich beschaffen?

I. Historischer Hintergrund: von Korreal- und Solidarobligationen

Was eine Gesamtschuld eigentlich ist, war bereits im gemeinen Recht umstritten.¹⁷ Die Mehrheit der deutschen Rechtsgeliehrten des 19. Jahrhunderts folgte einer

¹⁴ *R. Schott*, Cession von Correalobligationen (1897), S. 93; *R. Leonhard*, Das Recht 1911, S. 241 (246); *O. v. Gierke*, Deutsches Privatrecht (1917), S. 262; *J. Esser/E. Schmidt*, Schuldrecht (2000), S. 344. Möglicherweise auch *R. Stürner*, in: *Jauernig* (2018), § 398 Rn. 8. Zumindest zweifelnd *K. Larenz*, Schuldrecht AT (1987), S. 641.

¹⁵ *R. Leonhard*, Das Recht 1911, S. 241 (243).

¹⁶ In diese Richtung *O. v. Gierke*, Deutsches Privatrecht (1917), S. 262 Fn. 81.

¹⁷ Darüber soll hier nur ein Überblick vermittelt werden, eine ausführliche historische Untersuchung ist nicht intendiert. Zu den folgenden Ausführungen in Haupttext und Fußnoten vgl. Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 154; *F. Eisele*, AcP 77 (1891), S. 374 ff.; *B. Matthiaß*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes (1914), S. 725; *F. Leonhard*, Schuldrecht AT (1929), S. 725; *L. Enneccerus/H. Lehmann*, Schuldverhältnisse (1958), S. 360; *G. Dilcher*, JZ 1967, S. 110; *H. Lumm*, Ausgleich unter Gesamtschuldern (1968), S. 14 ff.; *E. W. Börnsen*, Strukturen der Gesamtschuld (1969c), S. 37 ff.; *H. Ehmann*, Gesamtschuld (1972), S. 31 ff.; *W. Schmidt*, Gesamtschuld (1973), S. 17 f.; *W. Schubert*, BGB-Vorentwürfe und Begründungen, Schuldverhältnisse AT (1980), S. 55 f.; *B. Windscheid/T. Kipp*, Pandektenrecht (1984), S. 197 ff.; *F. Wernecke*, Gesamtschuld (1990), S. 13; *H. Kaduk*, in: *Staudinger* (1994), Einl. zu §§ 420 ff. Rn. 28 ff.; *S. Meier*, in: *HKK* (2007), §§ 420–432/I Rn. 4 ff.; *A. Steiner*, Solidarobligationen (2009), S. 1 ff.; *S. Meier*, Gesamtschulden (2010), S. 53 ff.; *D. Looschelders*, in:

Doktrin, welche im Wesentlichen die Pandektisten Keller¹⁸ und Ribbentrop¹⁹ begründet hatten. Danach unterteilte man Gesamtschuldverhältnisse (sogenannte Solidarobligationen im weiteren Sinne) in Anlehnung an das römische Recht in zwei Erscheinungsformen: *Korreal-* und *Solidarobligationen* (im engeren Sinne).²⁰ Bei der Korrealobligation wirkten sich grundsätzlich²¹ alle Umstände, die den einen Korrealschuldner betrafen, zugleich unmittelbar auf die anderen aus.²² Bei der Solidarobligation kam diese Wirkung nur der Erfüllung und ihr gleichstehenden Umständen²³ zu, während rechtliche Veränderungen ansonsten nur auf den von ihnen betroffenen Schuldner einwirkten. Demnach sah der überwiegende Teil der Rechtslehre die Korrealobligation als eine einzige Forderung an, die dem Gläubiger gegen alle Schuldner zugleich zusteht (*Einheitstheorie*). Bei der Solidarobligation hingegen nahm man²⁴ mehrere Forderungen an, die lediglich durch einen identischen Leistungsgegenstand verbunden waren, sodass der Gläubiger gegen jeden einzelnen Schuldner weiterhin eine eigene Forderung hatte (*Mehrheitstheorie*).²⁵

Zugunsten dieser Differenzierung hat man insbesondere ins Feld geführt, dass sie eine Erklärung dafür liefert, warum nach den römisch-rechtlichen Überlieferungen

Staudinger (2017), Vorbem. §§ 420–432 Rn. 8. Besonders ausführlich *H. Winter*, Konzeption der §§ 420 ff. BGB (1985), S. 29 ff. Zur Entwicklung der Doktrin am Ende der Geltungszeit des gemeinen Rechts s. *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 16 f. Allgemein zur Wurzel der Gesamtobligation im römischen Recht *J. D. Harke*, in: Drittbe teiligung (2010), S. 1 ff.

¹⁸ *F. L. Keller*, *Litis Contestation und Urteil* (1827).

¹⁹ *G. J. Ribbentrop*, *Correal-Obligationen* (1831), der seine Lehre auf der vorbezeichneten von Keller aufbaute.

²⁰ Auch „Korrealität“ und „Solidarität“ oder „Korrealverhältnis“ und „Solidarverhältnis“ genannt. Bei den Korrealobligationen handelte es sich primär um durch Vertrag oder Testament begründete Gesamtschulden, während Solidarobligationen als gesetzlich begründete Gesamtschulden (bspw. die deliktische Haftung von Mittätern) aufgefasst wurden.

²¹ Mit Ausnahme bestimmter nur in der jeweiligen Person wirkender Umstände wie etwa der subjektiven Unmöglichkeit.

²² Vgl. zum Begriff der Korrealobligation *B. Prediger*, *Regelungen über die Gesamtschuld* (1988), S. 80: „Korreal heißt wörtlich: Gleichzeitig in der Realität befindlich und – demgemäß – gleichzeitig wieder aus der Realität verschwindend.“

²³ Gemeint sind Erfüllungssurrogate wie Leistung an Erfüllungs statt, Hinterlegung oder Aufrechnung.

²⁴ Und zwar übereinstimmend – zumindest unter denjenigen im Schrifttum, die der herrschenden Einteilung in Korreal- und Solidarobligationen folgten. S. *G. Treuner*, *Abtretung gegen einen Gesamtschuldner* (1908), S. 1.

²⁵ Genau genommen gelten diese Ausführungen nur für das „passive“ Gesamtschuldverhältnis im Sinne des gemeinen Rechts. Ein „Gesamtschuldverhältnis“ war gemäß der damaligen Nomenklatur ein Oberbegriff für solidarisch verbundene Personenmehrheiten auf Schuldner- und auf Gläubigerseite. Er umfasste also nicht nur die Gesamtschuld i. S. v. § 421 BGB, sondern auch die Gesamtgläubigerschaft i. S. v. § 428 BGB. Man sprach dementsprechend bei der Gesamtschuld im heutigen Sinne von einer „passiven“ Korreal- oder Solidarobligation (je nach konkreter Erscheinungsform) und bei der Gesamtgläubigerschaft von einer „aktiven“ Korrealobligation (eine entsprechende Solidarobligation wurde bestritten).

in einigen Fällen der Gesamtschuld bereits die Klageerhebung²⁶ gegenüber einem der Gesamtschuldner die übrigen von ihrer Schuld frei werden ließ²⁷ (so bei der Korrealobligation), während diese Wirkung in anderen Fällen erst mit der tatsächlichen Befriedigung des Gläubigers einsetzte (so bei der Solidarobligation).²⁸ Ob die herrschende Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligationen jedoch tatsächlich begrifflich und inhaltlich gerechtfertigt war, insbesondere ob sie sich überhaupt aus den römischen Quellen ergab, wurde durchaus bestritten. Im Laufe der Zeit entwickelte sich hierzu ein schlechterdings unüberschaubares Schrifttum.²⁹

In jedem Fall hatten die unterschiedlichen Strukturvorstellungen von einer Gesamtschuld entscheidende Auswirkungen auf die Frage, ob gesamtschuldnerische Forderungen durch eine isolierte Zession getrennt werden können.³⁰ Gemeinhin wurde argumentiert: Begreift man die Gesamtschuld als *eine* Forderung, die sich gegen mehrere Schuldner richtet, gibt es gar keine Forderung gegen nur einen Gesamtschuldner, die gesondert den Gläubiger wechseln könnte.³¹ Nur bei der Erscheinung einer Gesamtschuld als gebündelte Mehrheit von Einzelforderungen war eine Einzelabtretung denkbar.

II. Aktualität des Problems einer Einheit oder Mehrheit der Obligation

Anders als im römischen und gemeinen Recht kennt die Gesamtschuld im Sinne des BGB keine weitere Unterteilung wie seinerzeit in Korreal- und Solidarobligation. Stattdessen gibt es im heutigen deutschen Zivilrecht nur *eine* Art von Gesamtschuld, nämlich die im Sinne der §§ 421 ff. BGB.³² Dasselbe gilt beispielsweise auch für den

²⁶ Genauer gesagt ging diese Befreiungswirkung von der „Streitbefestigung“ oder „Litigation“ aus, welche man aber mit der heutigen Klageerhebung zumindest vergleichen kann.

²⁷ Dieser Effekt wird als „Klagekonsumtion“ bezeichnet.

²⁸ Aus den in Fn. 17 genannten Quellen dazu insb. S. Meier, Gesamtschulden (2010), S. 44, 53 ff.

²⁹ Vgl. H. Kaduk, in: Staudinger (1994), Einl. zu §§ 420 ff. Rn. 28 m. w. N.

³⁰ Es wurden also römisch-rechtliche Vorstellungen bezüglich der Struktur einer Gesamtschuld fruchtbare gemacht, um aus diesen abstrakten Regelungsideen zu deduzieren, ob man eine einzelne Gesamtschuldforderung abtreten kann. Es gibt freilich auch Digestenstellen, die sich konkret mit der Abtretung einer Forderung gegen nur einen Gesamtschuldner befassen. Die Interpretation dieser Stellen ist jedoch gemäß verschiedenen Deutungsversuchen unergiebig und wird daher hier auch nicht versucht. Aus den betreffenden Digestenstellen ergebe sich nichts für und auch nichts gegen die Zulässigkeit einer isolierten Zession. So etwa R. Leonhard, Das Recht 1911, S. 241 (241 f.); P. Derleder, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (159); vgl. ferner G. Treuner, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 2 ff.

³¹ S. Darstellung bei G. Treuner, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 1 ff., der selbst allerdings die Unvereinbarkeit der Einzelabtretung mit der Einheitstheorie als Widerspruch zum römischen Recht begreift.

³² So der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers, s. W. Schubert, BGB-Vorentwürfe und Begründungen, Schuldverhältnisse AT (1882), S. 66; Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 156. Dem

Code Civil und viele andere seinerzeit neuere Kodifikationen.³³ Überhaupt taucht der Begriff der Korrealschuld in der aktuellen Rechtssprache nicht mehr auf, während man Bezeichnungen wie Solidarschuld³⁴ nunmehr gemeinhin gleichbedeutend mit Gesamtschuld im Sinne des heute geltenden Rechts gebraucht, also nicht in der Bedeutung der früheren Solidarobligation im engeren Sinne.³⁵

1. Mehrheitsprinzip der Gesamtschuld – eine heute unangefochtene These

Ob die Gesamtschuld des BGB aus mehreren Einzelforderungen besteht oder eine einheitliche Forderung ist, lässt sich aufgrund der Kodifikation einer einheitlichen Gesamtschuld noch nicht sagen.³⁶ Gleichwohl stellen Rechtsprechung³⁷ und Literatur³⁸ einmütig und ziemlich apodiktisch fest, dass die Gesamtschuld des BGB als

folgt die heute ganz h. M., s. aus der Rspr. schon RG, Urteil v. 29.05.1905, RGZ 61, S. 56 (61); aus der Lit. dazu instruktiv *W. Rütten*, Mehrheit von Gläubigern (1989), S. 152 m. w. N. Davon zu unterscheiden ist die Öffnung der Gesamtschuld für Vereinbarungen über Gesamt- und Einzelwirkung nach § 425 I BGB („soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt“), vgl. *H. Kaduk*, in: Staudinger (1994), Einl. zu §§ 420 ff. Rn. 31.

³³ *S. L. Enneccerus/H. Lehmann*, Schuldverhältnisse (1958), S. 360; *E. W. Börnsen*, Strukturen der Gesamtschuld (1969a), S. 41 ff.; *S. Meier*, Gesamtschulden (2010), S. 70, 541, 555. Ausführlich zu den Konstruktionen einer Gesamtschuld in den damals geltenden Nachbar-Rechtsordnungen *W. Schubert*, BGB-Vorentwürfe und Begründungen, Schuldverhältnisse AT (1980), S. 56 ff. Daraus ergibt sich (s. S. 64 f.), dass alle seinerzeit neuen Gesetzgebungen und Entwürfe (mit alleiniger Ausnahme des Zürcher privatrechtlichen Gesetzbuches) das Gesamtschuldverhältnis einheitlich gestaltet haben. Diesem Vorbild sollte das BGB folgen.

³⁴ S. etwa die Bezeichnung bei *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 421 Rn. 1.

³⁵ Zu alledem s. *H. Kaduk*, in: Staudinger (1994), Einl. zu §§ 420 ff. Rn. 30.

³⁶ Jedenfalls wurde die Gesamtschuld weder als eine subjektiv-alternative Obligation („Wahlschuld“) noch als eine einheitliche Schuld mit mehreren Haftungssubjekten (Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung) konzipiert. Zu beiden Aspekten treffend *L. Enneccerus/H. Lehmann*, Schuldverhältnisse (1958), S. 360 f. Fn. 1 sowie *S. Meier*, Gesamtschulden (2010), S. 59 f. Gegen die Einordnung der Gesamtschuld als eine Art Wahlschuld ausdrücklich: Protokolle BGB, Bd. 1 (1897), S. 435; ferner *S. Meier*, Gesamtschulden (2010), S. 59, 72 f. Gegen die Einordnung als eine Schuld mit mehreren Haftungssubjekten auch *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 421 Rn. 6.

³⁷ RG, Urteil v. 07.02.1903, RGZ 53, S. 403 (404); RG, Entscheidung v. 13.05.1931, HRR 1931, Nr. 1653; BGH, Urteil v. 22.06.1989, BGHZ 108, S. 98 (100); BGH, Urteil v. 28.04.2010, NJW 2010, S. 1965 (1966). Vgl. auch BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 28.

³⁸ *S. P. Oermann*, Schuldverhältnisse (1906), S. 303; *O. v. Gierke*, Deutsches Privatrecht (1917), S. 258 ff.; *L. Enneccerus/H. Lehmann*, Schuldverhältnisse (1958), S. 360; *R. Weber*, in: RGRK (1978), § 421 Rn. 43; *K. Larenz*, Schuldrecht AT (1987), S. 638; *W. Rütten*, Mehrheit von Gläubigern (1989), S. 153; *K. W. Nörr/R. Scheyhing/W. Pöggeler*, Sukzessionen (1999), S. 62; *J. Schürnbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 133; *M. Gebauer*, in: Soergel (2010), § 421 Rn. 6; *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 425 Rn. 2; *B. Völzmann-Stickelbrock*, in: NK-BGB (2016), § 425 Rn. 1; *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 425 Rn. 1; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), Vorbem. §§ 420–432 Rn. 71, § 421 Rn. 4 f., § 425 Rn. 1; *H. Rüßmann*, in: jurisPK-BGB (2017), § 421 Rn. 6; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 425 Rn. 1; *R. Stürner*, in: Jauernig (2018), § 425 Rn. 1; *M. Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 425 Rn. 1; *R. Schulze*, in: HK-BGB (2019), § 425 Rn. 1. Formuliert hingegen als „ein“ oder

ein Verbund von Einzelforderungen zu verstehen sei. Diese seien zwar zu einer Tilgungsgemeinschaft verknüpft (vgl. § 422 I BGB), jedoch im Grundsatz selbstständig und somit einer unterschiedlichen Entwicklung fähig. Für das BGB hat sich demnach die *Mehrheitstheorie* durchgesetzt. Begründungen für dieses Strukturmodell bleiben jedoch meist formelhaft oder fehlen völlig. Die Lehre zur Gesamtschuld hat sich mit dem Streit um die Einheit oder Mehrheit der Schuldverhältnisse offenbar nicht lange befasst, weil fast alle Fragen, deren Beantwortung man im gemeinen Recht – jedenfalls für die Korrealobligation – aus der Entscheidung für die eine oder andere Theorie herleiten musste, im BGB positiv geregelt sind.³⁹ So geben die §§ 422–425 BGB detailliert an, ob eine Rechtstatsache nur in dem einzelnen Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und betroffenem Gesamtschuldner wirkt (Einzelwirkung) oder generelle Wirkung (Gesamtwirkung) entfaltet. Damit ist die Kontroverse um die Forderungseinheit oder -mehrheit in einer Gesamtschuld in den Hintergrund gerückt.⁴⁰

2. Die Einzelübertragung als vergessener Problemfall

Hat sich die Frage der Einheit oder Mehrheit einer Gesamtobligation infolge der pragmatischen Lösung gesetzlich angeordneter Einzel- und Gesamtwirkungen tatsächlich erledigt? Für das Problem der isolierten Zession muss man darauf mit einem klaren Nein antworten. Zwar ist die Abtretung keine in den §§ 422–424 BGB genannte Rechtstatsache⁴¹ und eine dort nicht bezeichnete Tatsache wirkt gemäß § 425 I BGB nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintritt.⁴² Dennoch kann man daraus nicht ohne Weiteres schlussfolgern, dass ein Gläubiger tatsächlich eine einzelne gesamtschuldnerische Forderung übertragen kann.⁴³

„der“ Anspruch des Gläubigers gegen mehrere Schuldner: *H.-F. Müller*, in: *PWW* (2017), § 421 Rn. 2; *M. Gehrlein*, in: *BeckOK-BGB* (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 421 Rn. 2. S. auch *S. Meier*, *Gesamtschulden* (2010), S. 73. Anders nur *R. Schott*, *Cession von Correalobligationen* (1897), S. 92, der meint, es gebe im BGB sowohl Gesamtschulden nach dem Vorbild der Solidarobligation als auch solche nach dem Vorbild der Korrealobligation.

³⁹ *S. W. Rütten*, *Mehrheit von Gläubigern* (1989), S. 155.

⁴⁰ Dezipiert *H. Lumm*, *Ausgleich unter Gesamtschuldnern* (1968), S. 17: Die Unterscheidung sei für das heutige Recht nicht mehr von Bedeutung.

⁴¹ Tatsachen im Sinne von § 425 I BGB umfassen nicht nur dem Beweis zugängliche Umstände, sondern auch rechtliche Umstände, soweit diese eine Schuld beeinflussen können. S. nur *B. Kreße*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 425 Rn. 2. Ausführlich zu Tatsachen im Sinne von § 425 BGB *B. Preidiger*, *Regelungen über die Gesamtschuld* (1988), S. 15 ff.

⁴² Nach allgemeiner Ansicht enthält § 425 I BGB eine Auslegungsregel dahingehend, dass Tatsachen, die nicht den §§ 422–424 BGB unterfallen, Einzelwirkung haben. Im Zweifel liegt Einzelwirkung vor. Dazu statt aller *B. Kreße*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 425 Rn. 2.

⁴³ A. A. wohl *BGH*, Urteil v. 17.10.2017, *BGHZ* 216, 149 Rn. 28 sowie *H. Reichel*, *Schuldmitübernahme* (1909), S. 456; *B. Windscheid/T. Kipp*, *Pandektenrecht* (1984), S. 224; *H. Kaduk*, in: *Staudinger* (1994), § 425 Rn. 42; *B. Kreße*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 425 Rn. 72. S. auch Fn. 70 in diesem Kap.

Begründungsbedürftig ist bereits, ob die Abtretung tatsächlich eine Rechtstatsache im Sinne des § 425 I BGB ist, nur weil die §§ 422–424 BGB diese nicht nennen. Denn soweit die §§ 422–425 BGB eine Einzel- oder Gesamtwirkung an gesetzlich konkret benannten Rechtstatsachen festmachen, sind das ausschließlich solche, die allein zwischen Gläubiger und Gesamtschuldner eintreten. Ein Paradebeispiel dafür ist die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner gegenüber dem Gläubiger.⁴⁴ Die Abtretung ist aber eine Tatsache, die ihren Ursprung in einem Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und einem Dritten, nämlich dem Zessionär, hat. Gesetzesystematisch könnte dieser Unterschied dafür sprechen, die Abtretung als einen rechtlichen Vorgang zu begreifen, der von vorneherein außerhalb der Kategorien von Einzel- und Gesamtwirkung steht, und darum überhaupt nicht unter § 425 I BGB fällt. Es entspricht jedoch dem Zweck von § 425 I BGB, dass diese Norm auch die Abtretung erfasst. Denn der in § 425 I BGB festgelegte Grundsatz einer Einzelwirkung dient in erster Linie dem Schutz des einzelnen Gesamtschuldners: Er soll sich im Prinzip nicht um das Verhalten und die Umstände der übrigen Gesamtschuldner kümmern müssen.⁴⁵ Auch die Abtretung kann ein Umstand sein, der nur bei einem der Gesamtschuldner eintritt. Es ist mithin sachgerecht, sie unter § 425 I BGB zu fassen.⁴⁶

Daraus folgt aber nicht zwingend, dass die Abtretung im Grundsatz Einzelwirkung hat. Für bestimmte Rechtstatsachen kommt von vornherein keine Einzelwirkung in Betracht, da sie die Schuldverhältnisse aller Gesamtschuldner naturgemäß gleichermaßen betreffen und deshalb auch für und gegen alle Gesamtschuldner wirken müssen.⁴⁷ Diese Konsequenz ist als eine ungeschriebene „notwendige Gesamtwirkung“ weitgehend anerkannt.⁴⁸ Sie könnte durchaus auch für die Übertragung einer Gesamtschuldforderung gelten. Schließlich setzt deren Einzelwirkung voraus, dass man gesamtschuldnerische Forderungen strukturell auf verschiedene

⁴⁴ Sogar die Erfüllung durch einen Dritten nach § 267 I BGB wirkt so, als hätte der begünstigte Gesamtschuldner selbst den Gläubiger befriedigt.

⁴⁵ Statt vieler *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 425 Rn. 2.

⁴⁶ Zu der problematischen Folge, dass Gläubiger und Gesamtschuldner dann nach § 425 I BGB für die Abtretung Gesamtwirkung verabreden können, noch unter „Gesamtwirkung der Abtretung kraft Vereinbarung“, ab S. 270.

⁴⁷ Wie die Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 167 nahe legen, gingen bereits die Verfasser des BGB davon aus, dass bestimmte Einzel- und Gesamtwirkungen (selbstverständlich) aus der Anwendung allgemeiner Bestimmungen des Schuldrechts folgen.

⁴⁸ S. nur *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 425 Rn. 2; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 5; *H. Rüßmann*, in: jurisPK-BGB (2017), § 425 Rn. 6, die als ein Paradebeispiel den Ausschluss der Leistungspflicht bei objektiver Unmöglichkeit anführen. Sei eine Leistung objektiv unmöglich, könne sie von keinem der Gesamtschuldner erbracht werden. Die objektive Unmöglichkeit der Leistung wirke sich mithin notwendig auf die Schuldverhältnisse aller Gesamtschuldner aus. A. A. zu diesem Beispiel mit guten Argumenten *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 425 Rn. 3, dem zufolge Unmöglichkeit nicht wie im Fall der Gesamtwirkung von einer Forderung auf die andere wirkt, sondern jede Forderung für sich genommen von der Unmöglichkeit betroffen ist. Ein anderes Bsp. für eine notwendige Gesamtwirkung findet sich in § 351 BGB.

Gläubiger aufspalten kann. Darum kommt es hier ausnahmsweise zum Schwur um die Struktur einer Gesamtschuld. Denn wie schon im gemeinen Recht für die Korrealobligation festgestellt wurde, ist der Übergang einer gesamtschuldnerischen Einzelforderung in der Tat logisch ausgeschlossen, wenn es in einer Gesamtschuld gar keine Einzelforderungen, sondern nur eine Gesamtforderung gibt.⁴⁹ Eine isolierte Zession wäre dann unwirksam. Das hat auch der Gesetzgeber erkannt. Unter anderem aus diesem Grund hat er es im Recht der Gesamtgläubigerschaft für erforderlich gehalten, in § 429 III 2 BGB ausdrücklich zu normieren, dass ein einzelner Gesamtgläubiger seine Forderung gegen einen Schuldner übertragen kann.⁵⁰ Eine ähnliche Strukturfrage diskutiert man bei der isolierten Abtretung eines materiell einheitlichen Anspruchs, der auf mehrere Anspruchsgrundlagen gestützt werden kann.⁵¹ Trotzdem greift die jüngere Literatur kaum⁵² mehr auf, dass die Struktur einer Gesamtschuld die Weichen dafür stellt, ob man eine einzelne Gesamtschuldforderung abtreten kann. Diese Einsicht ist nahezu in Vergessenheit geraten. Das könnte daran liegen, dass die derzeit ganz herrschende Meinung wie selbstverständlich von der Mehrheitstheorie ausgeht. Selbstverständlich ist diese Auffassung aber mitnichten. Zumindest muss man sie näher begründen.⁵³

⁴⁹ S. E. Hruza, Korrealobligation und Verwandtes (1895), S. 5; R. Schott, Cession von Correalobligationen (1897), S. 93; H. Reichel, Schuldmitübernahme (1909), S. 459 f.; G. Weigelin, Schuldbeitritt (1941), S. 87; W. Rütten, Mehrheit von Gläubigern (1989), S. 153. A. A. G. Treuner, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 8 f., vgl. Fn. 31 in diesem Kap.

⁵⁰ Vgl. Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 161 zu § 429 III 2 BGB: „Bei dem Mangel der Aufstellung eines die Bestimmungen über die Gesamtschuldverhältnisse beherrschenden Prinzips erscheint jedoch die Aufnahme in das Gesetzbuch nicht überflüssig.“ Gemeint war damit das fehlende ausdrückliche Bekenntnis des BGB zu dem Prinzip einer Forderungsmehrheit in Gesamtschuld und Gesamtgläubigerschaft. Ein längeres Zitat der vorbezeichneten Motivstelle samt Erläuterung findet sich in dieser Arbeit unter „Nemo-plus-iuris-Grundsatz am Beispiel der Forderungsabtretung eines Gesamtgläubigers“, ab S. 102. Mit § 429 III 2 BGB wollte der Gesetzgeber verhindern, dass man die Abtretung der Forderung eines einzelnen Gesamtgläubigers für unzulässig hält, weil es nur eine einheitliche Gesamtgläubigerforderung gebe. Damit könnte er gezeigt haben, dass er zumindest in der Gesamtgläubigerschaft von einer Forderungsmehrheit ausgeht. Alternativ könnte er nur sicherzustellen bemüht gewesen sein, dass ein Gesamtgläubiger seine Forderung unabhängig von der Frage nach einer Forderungseinheit oder -mehrheit abtreten kann. Das kann hier dahinstehen. An dieser Stelle ist nur relevant, dass der Gesetzgeber die Relevanz der Struktur einer Solidarforderung für die Möglichkeit einer Einzelabtretung erkannt hat.

⁵¹ Dazu Fn. 36 im 4. Kap. und der dazu gehörige Haupttext.

⁵² Implizit möglicherweise M. Gebauer, in: Soergel (2010), § 421 Rn. 50, der für die isolierte Abtretbarkeit gesamtschuldnerischer Forderungen mit dem Argument eintritt, dass solche Forderungen zwar zur gesamten Schuld zusammengeschlossen, für sich genommen aber weiterhin selbstständig seien. Ähnlich J. Schürnbrand, Schuldbeitritt (2003), S. 133; D. Looschelders, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 97.

⁵³ Vgl. E. Hruza, Korrealobligation und Verwandtes (1895), S. 4 f.; H. Ehmann, Gesamtschuld (1972), S. 33; W. Rütten, Mehrheit von Gläubigern (1989), S. 153. Überraschend demgegenüber P. Derleder, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (163), der trotz Hinweis auf die

Das ergibt sich aus einer Untersuchung der Gesetzgebungsgeschichte. Der Redaktor des BGB-Vorlageentwurfs von 1878 für das allgemeine Schuldrecht, Franz Philipp von Kübel, wollte den Gesetzesvorschriften über Gesamtschuldverhältnisse das Mehrheitsprinzip zugrunde legen. Er wünschte sich hierzu ein ausdrückliches, die Einheitstheorie zurückweisendes Bekenntnis in den Motiven zum Entwurf des BGB. Die Kommission für den ersten BGB-Entwurf wollte sich in den Motiven jedoch nicht für oder gegen die Einheits- oder Mehrheitstheorie aussprechen. Aus ihrer Sicht empfahl es sich stattdessen, die einzelnen Bestimmungen des BGB zu Einzel- und Gesamtwirkungen in der Gesamtschuld unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit zu gestalten. Diesem Beschluss entsprechend musste es in den Motiven vermieden werden, sich über die prinzipielle rechtliche Konstruktion eines Gesamtschuldverhältnisses zu äußern. Es sollte Sache der Rechtswissenschaft sein, diese „aus den getroffenen Bestimmungen zu erkennen“.⁵⁴ Dementsprechend heißt es in den Motiven zum Entwurf des BGB:

„Indem der Entwurf die Vorschriften über Gesamtschuldverhältnisse auf einheitliche Grundlage, ohne die Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligationen aufstellt, vermeidet [...] er gleichwohl, prinzipiell sich für ein bestimmtes Prinzip, das sog. Einheits- oder das Mehrheitsprinzip, auszusprechen. Bei den einzelnen Bestimmungen [der §§ 422 – 425 BGB] war vielmehr die Rücksicht auf die Sachgemäßheit, auf den Zweck des Instituts und die Bedürfnisse des Verkehrs, entscheidend.“⁵⁵

Anders als bisweilen zu lesen ist,⁵⁶ kann man also aus der Aufgabe der Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligation gerade nicht folgern, der Gesetzgeber habe den Streit zwischen der Einheits- und Mehrheitstheorie gelöst.⁵⁷ Vielmehr hat er die Festlegung auf eine der beiden Theorien bewusst abgelehnt.⁵⁸ Verständlich ist zwar der Wunsch, die Kontroverse um die Einheit oder Mehrheit der gesamtschuldnerischen Obligation „[solle] nicht neu belebt werden“, war sie doch eine „der unergiebigsten Streitfragen des gemeinen Rechts, die teilweise sogar die ganze Methode dieser großen Epoche der Jurisprudenz in Mißkredit brachte“.⁵⁹

nachstehenden Gesetzesmaterialien und die Begründungsarmut der h. L. ebendieser ohne Argumentation folgt.

⁵⁴ W. Schubert, BGB-Vorentwürfe und Begründungen, Schuldverhältnisse AT (1980), S. 66 Fn. 1. Für allgemeine Hinweise zu diesem Vorlageentwurf von Kübels und seiner Entwicklung s. S. Meier, in: HKK (2007), §§ 420 – 432/I Rn. 7.

⁵⁵ Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 156.

⁵⁶ Etwa bei F. Leonhard, Schuldrecht AT (1929), S. 725, demzufolge der Gesetzgeber die einheitliche Gesamtschuld des BGB gemäß der Solidarschuld des gemeinen Rechts ausgestaltet und sich mithin auf die Mehrheitstheorie festgelegt hat.

⁵⁷ So auch H. Ehmann, Gesamtschuld (1972), S. 33.

⁵⁸ S. Meier, Gesamtschulden (2010), S. 71; D. Looschelders, in: Staudinger (2017), Vorbem. §§ 420 – 432 Rn. 8. Vgl. auch die zwischen Einheits- und Mehrheitsprinzip unentschiedene Formulierung des Gesetzgebers in Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 159.

⁵⁹ H. Ehmann, Gesamtschuld (1972), 34, 31 f. S. auch S. Meier, Gesamtschulden (2010), S. 64.

Gleichwohl verlangt der Auftrag des Gesetzgebers eine rechtswissenschaftliche Klärung.

III. Argumente zur Bekräftigung der Mehrheitstheorie

In der heutigen Kommentarliteratur begründet nur Gebauer⁶⁰ näher, warum die Gesamtschuld aus einer Mehrheit im Grundsatz selbständiger Einzelforderungen bestehen soll. Das lasse sich insbesondere bei der Entstehung einer Gesamtschuld erkennen. So müssten etwa die Entstehungsvoraussetzungen für jedes einzelne Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Gesamtschuldner gesondert nachgewiesen werden. Zudem sei es nicht erforderlich, dass die gesamtschuldnerisch zusammengefassten Schuldverhältnisse gleichzeitig entstehen: Eine Gesamtschuld könne nachträglich entstehen, was beispielsweise in § 769 BGB deutlich werde oder auch bei einem Schuldbeitritt der Fall sei. Die Selbständigkeit der Forderungen in einer Gesamtschuld zeige sich überdies daran, dass diese nicht auf ein und demselben Rechtsgrund beruhen müssen. Beispielsweise könne der eine Gesamtschuldner kraft Gesetzes verpflichtet sein, der andere hingegen kraft Vertrags. Als weiteres Indiz für die Richtigkeit der Mehrheitstheorie führt Gebauer an, dass die Eigenständigkeit gesamtschuldnerischer Forderungen im Hinblick auf die Einzelwirkung von Einreden und den meisten Beendigungsgründen zu Tage trete. Dies verdeutliche insbesondere § 425 II BGB.⁶¹

Das deutet durchaus in eine erkenntnisträchtige Richtung. Aber warum genau folgt aus der Einzelwirkung auch die Vereinzelung von Forderungen in einer Gesamtschuld? Welche Erkenntnisse lassen sich hierzu aus sonstigen Gesetzesvorschriften gewinnen? Möglicherweise kann man die rechtliche Konstruktion eines Gesamtschuldverhältnisses, wie in den Gesetzesmaterialien angedeutet,⁶² tatsächlich aus den Bestimmungen des BGB erkennen.

1. Keine Rückschlüsse aus dem Sprachgebrauch des BGB zur Gesamtschuld

Fraglich ist zunächst, ob man schon aus den gesetzlichen Bezeichnungen für die Gesamtschuld auf deren Struktur schließen kann. Bloß weil „die Gesamtschuld“ im Singular steht, kann man jedenfalls nicht folgern, dass der Gläubiger hierbei nur eine einzelne Forderung hat, die sich gegen mehrere Schuldner zugleich richtet. Schließlich kommt der Begriff einer „Gesamtschuld“ in dem Text des BGB nicht vor,

⁶⁰ M. Gebauer, in: Soergel (2010), § 421 Rn. 6.

⁶¹ In diese Richtung zudem knapp R. Weber, in: RGRK (1978), § 421 Rn. 43.

⁶² Vgl. Fn. 54 in diesem Kap. und den dazu gehörigen Haupttext.

sondern entstammt allein der Rechtsprechung und Wissenschaft.⁶³ Die §§ 421 ff. BGB sprechen lediglich von dem „Gesamtschuldner“. Sie lassen somit in ihrer Formulierung offen, ob eine Gesamtschuld aus einer Forderungseinheit oder -mehrheit besteht.

Ein Bekenntnis zu einem der beiden Prinzipien kann man auch dem Wortlaut von § 423 BGB nicht ohne Weiteres entlocken. Danach wirkt ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlass auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragschließenden „das ganze Schuldverhältnis“ aufheben wollten. „Das ganze Schuldverhältnis“ bezieht sich zwar auf die Gesamtheit der gesamtschuldnerischen Forderungen. Daraus kann man aber nicht entnehmen, dass diese Gesamtheit selbst ein einheitliches Schuldverhältnis in dem Sinne darstellt, dass die Gesamtschuld eine einheitliche Forderung ist.⁶⁴ Ein abweichendes Verständnis ist unschwer möglich. So hat sich in der Literatur die Auffassung entwickelt, die Gesamtschuld sei ein „Schuldverhältnis höherer Ordnung“, in dem mehrere „Schuldverhältnisse niederer Ordnung“ zusammenfasst sind.⁶⁵ Mit diesem Verständnis lässt sich die Gesamtschuld sprachlich von einer einzelnen Forderungsbeziehung abgrenzen. Was eine Gesamtschuld inhaltlich ist, bleibt damit allerdings offen.⁶⁶ Wenn das Gesetz den gesamtschuldnerischen Verbund in § 423 BGB als „das ganze Schuldverhältnis“ bezeichnet, ist dieser Sprachgebrauch schlicht unscharf.⁶⁷ Zwingende Schlüsse auf die Struktur einer Gesamtschuld lassen sich daraus nicht ableiten.

Unergiebig ist überdies ein Rekurs auf das „Schuldverhältnis“ in § 425 I BGB. Damit ist nicht das Gesamtschuldverhältnis gemeint, sondern das der jeweiligen Forderung zugrunde liegende Kausalverhältnis, in dem eine Gesamtwirkung ver einbart wurde.⁶⁸ Das ergibt sich insbesondere aus Hinweisen in den Gesetzesmaterialien.⁶⁹

⁶³ *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 421 Rn. 4. Freilich sprachen die Verfasser des BGB auch von „Gesamtschuld“ und „Gesamtschuldverhältnis“, s. etwa Protokolle BGB, Bd. 1 (1897), S. 442.

⁶⁴ Vgl. *F. Leonhard*, Schuldrecht AT (1929), S. 726.

⁶⁵ In diesem Sinne *K. Larenz*, Schuldrecht AT (1987), S. 638; *M. Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 421 Rn. 2. Ähnlich (Gesamtschuld als „Schuldverhältnis im weiteren Sinne“, Einzelforderung als „Schuldverhältnis im engeren Sinne“) *H. Ehmann*, Gesamtschuld (1972), S. 34; *H. Kaduk*, in: Staudinger (1994), Einl. zu §§ 420 ff. Rn. 36. Dagegen *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), Vorbem. §§ 420–432 Rn. 71.

⁶⁶ Dieses Verständnis „beschreibt die Frage, um die es geht, eher als sie zu beantworten, nämlich, ob die „Summe“ mehrerer Schuldverhältnisse selbst als Schuldverhältnis im gleichen Sinne anzusehen ist wie bei Einzelbeziehungen“, so zu Recht *W. Rütten*, Mehrheit von Gläubigern (1989), S. 153 f. m. w. N.

⁶⁷ *W. Rütten*, Mehrheit von Gläubigern (1989), S. 153 f. m. w. N. Richtigerweise ist § 423 BGB schlicht zu lesen als: „(…), wenn die Vertragschließenden dies wollten.“ Näher dazu *C. Danwerth*, NJW 2017, S. 2869 (2870 f.).

⁶⁸ Deutlich *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 9; *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 425 Rn. 2, 81. Wohl ebenso *F. Hock*, Wirkungen der Gesamtschuld

Das BGB legt sich nach alledem nicht explizit darauf fest, ob die Gesamtschuld lediglich eine Zusammenfassung mehrerer Einzelforderungen darstellt oder eine einheitliche Forderung ist.

2. Grundsatz der Einzelwirkung

Sofern in anderen Literaturbeiträgen überhaupt Argumente für die Mehrheit von Forderungen in einer Gesamtschuld vorgebracht werden, beschränkt man sich zu meist auf den in § 425 I BGB niedergelegten *Grundsatz der Einzelwirkung*. Dieser erlaube die Schlussfolgerung, dass gesamtschuldnerische Forderungen im Grundsatz selbstständig seien.⁷⁰ Das ist richtig. Entscheidend ist jedoch genauer gesagt, dass neben der Gesamtwirkung *überhaupt* eine Einzelwirkung kodifiziert wurde. Denn hätte der Gläubiger nur eine einheitliche Forderung gegen alle Gesamtschuldner, könnte eine Rechtstatsache per se nicht allein gegenüber einem einzelnen Gesamtschuldner wirken. Die Anerkennung einer Einzelwirkung setzt strukturell voraus, dass zwischen dem Gläubiger und dem betroffenen Gesamtschuldner ein eigenständiges Schuldverhältnis besteht.⁷¹ Das erklärt auch, warum man im gemeinen Recht bei der Solidarobligation einhellig von einer Mehrheit an Gesamtschuldforderungen ausging: Die Solidarobligation kannte ebenfalls eine Einzel-

(1914), S. 56 ff.; *W. Ernst*, in: MüKo-BGB (2016), Einl. Buch 2 (Schuldverhältnisse) Rn. 10. Unklar *D. Olzen*, in: Staudinger (2015), § 241 Rn. 36, der das „Schuldverhältnis“ in § 425 I BGB als Beispiel für die Zusammenfassung mehrerer Forderungen nennt und damit möglicherweise die Gesamtschuld meint. Allgemeiner zur Gesamtwirkung kraft „Schuldverhältnis“ *H. Kaduk*, in: Staudinger (1994), § 425 Rn. 53 ff.; *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 425 Rn. 2 f.; *M. Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 425 Rn. 11. Näheres dazu noch unter „Bedeutung einer Gesamtwirkung aufgrund des Schuldverhältnisses“, ab S. 267.

⁶⁹ Vgl. Protokolle BGB, Bd. 1 (1897), S. 438, wonach eine abweichende Beurteilung von Einzel- und Gesamtwirkung, nicht allein von dem Rechtsgeschäft abhänge, auf dem das „Gesamtschuldverhältnis“ beruhe, sondern auch von späteren Inhaltsänderungen von eben-diesem.

⁷⁰ Vgl. etwa *J. Schürnbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 133; *M. Gebauer*, in: Soergel (2010), § 425 Rn. 1; *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 425 Rn. 1; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 425 Rn. 1. Ähnlich *B. Prediger*, Regelungen über die Gesamtschuld (1988), S. 77.

⁷¹ Freilich wird bisweilen angenommen, dass bestimmte Rechtstatsachen per se nur für und gegen den Schuldner wirken, in dessen Person sie eintreten. Das nimmt etwa *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 36 für das Verschulden an: Die Regelung einer Einzelwirkung des Verschuldens in § 425 II BGB wiederhole nur den ohnehin geltenden Grundsatz, dass für ein Verschulden regelmäßig nur derjenige einzustehen hat, dem es anzulasten ist. Erkennt man solche Tatsachen mit „notwendiger“ Einzelwirkung an, kann man aus *deren* Einzelwirkung nicht (zwingend) auf ein einzelnes Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Gesamtschuldner schließen. Das würde aber an dem im Haupttext dargelegten Befund nichts ändern, denn allein die Regelung einer einzelnen Einzelwirkung, die nicht notwendig, sondern nur mit der Annahme eines einzelnen Schuldverhältnisses zwischen Gläubiger und Gesamtschuldner begründbar ist, belegt die Forderungsmehrheit in der Gesamtschuld.

wirkung.⁷² Ohne „dem Kind einen Namen zu geben“, hat sich der Gesetzgeber des BGB mithin schon deshalb für ein Mehrheitsprinzip entschieden, weil er eine Einzelwirkung kodifiziert hat.

Dieser Befund ist durchaus damit vereinbar, dass für die Gesamtschuld im BGB nicht nur eine Einzelwirkung, sondern auch eine Gesamtwirkung geregelt ist. Zwar wäre es möglich, eine Gesamtwirkung so zu erklären, dass der Gläubiger eine einheitliche Forderung gegen alle Gesamtschuldner hat.⁷³ Allerdings passt dieses Erklärungsmodell nicht dazu, dass der Gesetzgeber eben *auch* eine Einzelwirkung kodifiziert hat. Diese setzt denklogisch mehrere Einzelforderungen voraus. Es ist erkennbar fernliegend, dass sich der Charakter einer Gesamtschuld je nach eintretender Rechtstatsache zwischen einer einheitlichen Forderung und mehreren Einzelforderungen wandeln sollte. Stattdessen ist zu folgern: Die Gesamtwirkung ändert nichts an der Mehrheit gesamtschuldnerischer Forderungen, sondern ist bloß deren Bindeglied. Ihre Wirkung lässt sich ohne Weiteres auch bei einer Mehrheit an Forderungen in einer Gesamtschuld erklären: Die Gesamtwirkung ist eine gesetzlich angeordnete Rechtsfolgenerstreckung in Bezug auf einen Tatbestand, der eigentlich nur für einzelne Gesamtschuldner erfüllt ist.⁷⁴

3. Vergleich zur Gesamtgläubigerschaft

Ferner streitet ein Vergleich zu § 429 III 2 BGB für die Mehrheitstheorie. Diese Norm statuiert, dass die Rechte der übrigen Gläubiger unberührt bleiben, wenn ein Gesamtgläubiger seine Forderung auf einen anderen überträgt. Logische Voraussetzung dafür ist, dass die Abtretung der Forderung durch einen Gesamtgläubiger zulässig ist. Dies ist strukturell nur möglich, wenn jeder Gesamtgläubiger eine im Grundsatz eigenständige Forderung gegen den Schuldner hat. Deswegen ist § 429 III 2 BGB ein entscheidender Indikator dafür, dass bei der Gesamtgäubigerschaft die Mehrheitstheorie gilt.⁷⁵ Auch Rechtsprechung und Literatur gehen einhellig davon aus, dass der Gesamtgäubigerschaft einzelne Forderungen zwischen

⁷² Überhaupt ist die Gesamtschuld des BGB de facto weitgehend der Solidarobligation aus dem gemeinen Recht nachgebildet, auch wenn der Gesetzgeber diese Einteilung an für sich nicht treffen wollte. So auch *F. Leonhard*, Schuldrecht AT (1929), S. 725; *H. Winter*, Konzeption der §§ 420 ff. BGB (1985), S. 172 ff.; *S. Meier*, Gesamtschulden (2010), S. 542. Vgl. auch *W. Schubert*, BGB-Vorentwürfe und Begründungen, Schuldverhältnisse AT (1882), S. 66.

⁷³ Vgl. die vorab genannte Einheitstheorie für die Korrealobligation im gemeinen Recht. Für das Beispiel der Erfüllung s. etwa *W. Rütten*, Mehrheit von Gläubigern (1989), S. 155 Fn. 43.

⁷⁴ *S. B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 425 Rn. 3.

⁷⁵ *W. Rütten*, Mehrheit von Gläubigern (1989), S. 154 f. S. auch Fn. 89 im 2. Kap. und das dort in Bezug genommene Zitat aus den Motiven zum BGB. A. A. *R. Schott*, Cession von Correalobligationen (1897), S. 80.

dem Schuldner und dem jeweiligen Gläubiger zugrunde liegen.⁷⁶ Dieses Strukturverständnis lässt sich auf die Gesamtschuld übertragen. Zwar fehlt eine mit § 429 III 2 BGB vergleichbare Regelung für die Abtretung der Forderung gegen einen Gesamtschuldner. Allerdings ist für die strukturelle Zulässigkeit einer isolierten Zession bei Gesamtschulden aus § 429 III 2 BGB vielmehr eine Analogie denn ein Gegenschluss abzuleiten.⁷⁷ Denn obschon sich die Interessenlage bei einer Gesamtschuld von der einer Gesamtgläubigerschaft unterscheidet, ist die *Struktur* der Gesamtgläubigerschaft *de lege lata* wie ein Spiegelbild der Gesamtschuld ausgestaltet.⁷⁸ Gesetzesystematisch zeigt sich das schon anhand der symmetrischen Formulierung von § 421 S. 1 BGB und § 428 S. 1 BGB. Außerdem erklärt § 429 III 1 BGB zentrale Regeln zur Gesamtschuld für entsprechend auf die Gesamtgläubigerschaft anwendbar. Dieser Verweis wäre unsinnig, wenn sich die Strukturen von Gesamtschuld und Gesamtgläubigerschaft wesentlich unterscheiden würden.⁷⁹ Überdies wurden beide Rechtsfiguren schon im gemeinen Recht als Gegenstücke verstanden. Darum bezeichnete man die heutige Gesamtgläubigerschaft damals als „aktives“ Gesamtschuldverhältnis und die heutige Gesamtschuld als „passives“ Gesamtschuldverhältnis. Die Verfasser des BGB dachten in denselben Begriffen.⁸⁰ Deshalb liegt es nahe, dass sie auch die zugrunde liegenden Strukturparallele teilen.⁸¹ Das gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass Gesamtschuld und Gesamt-

⁷⁶ S. nur BGH, Urteil v. 04.03.1959, NJW 1959, S. 984 (985); *B. Völzmann-Stickelbrock*, in: NK-BGB (2016), § 428 Rn. 2; *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 428 Rn. 1; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 428 Rn. 3 ff.; *R. Schulze*, in: HK-BGB (2019), § 428 Rn. 4.

⁷⁷ A.A. R. Schott, *Cession von Correalobligationen* (1897), S. 94 und *H. Reichel*, *Schuldmitübernahme* (1909), S. 456, der sich i. E. aber dennoch mit der Mehrheitstheorie für eine Trennbarkeit gesamtschuldnerischer Forderungen ausspricht (dort S. 460 f.).

⁷⁸ Für diese Spiegelbildlichkeit die h. M., etwa *R. Weber*, in: RGRK (1978), § 428 Rn. 3; *M. Gebauer*, in: Soergel (2010), § 428 Rn. 1; *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 428 Rn. 1; *H.-F. Müller*, in: PWW (2017), § 428 Rn. 1; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 428 Rn. 1; *M. Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 428 Rn. 1; *R. Schulze*, in: HK-BGB (2019), § 428 Rn. 1. Etwas vorsichtiger *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 428 Rn. 1 f. A.A. J. D. Harke, in: *Drittbe teiligung* (2010), S. 1 (1 f.). Ebenso wohl *S. Meier*, AcP 205 (2005), S. 858 (862), die aber historisch eingestehen: „Auch der BGB-Gesetzgeber nahm sie [d.h. die Gesamtgläubigerschaft] auf, ohne ihren Anwendungsbereich näher zu erörtern. Dass man sich über die Funktion der Gesamtgläubigerschaft so wenig Gedanken mache, lag in erster Linie an der tradierten und bis heute zu findenden Vorstellung einer Spiegelbildlichkeit der Formen von Schuldner- und Gläubigermehrheiten. Danach war die Gesamtgläubigerschaft das Gegenstück zur Gesamtschuld.“ Man kann die spiegelbildliche Ausgestaltung der Strukturen von Gesamtschuld und Gesamtgläubigerschaft lediglich *de lege ferenda* kritisieren. So *H. Lumm*, *Ausgleich unter Gesamtschuldern* (1968), S. 19 f.

⁷⁹ Vgl. *R. Weber*, in: RGRK (1978), § 428 Rn. 3.

⁸⁰ Vgl. Motive BGB, Bd. 2 (1888), 157, 164. Deutlich auch Protokolle BGB, Bd. 1 (1897), S. 433, wonach man den Ausdruck „Gesamtschuldverhältnis“ in § 321 I des ersten BGB-Entwurfs als eine Zusammenfassung für die aktive und passive Gesamtschuld nur deshalb letztlich nicht ins Gesetz aufnahm, weil man ihn bloß für „entbehrlich“ hielt – nicht hingegen für einen sachlich unpassenden Oberbegriff.

⁸¹ Vgl. zur besonderen Relevanz der historischen Auslegung für das Verständnis der Gesamtschuld *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), Vorbem. §§ 420–432 Rn. 9.

gläubigerschaft in den §§ 320 bis 341 des ersten BGB-Entwurfs einheitlich kodifiziert waren und erst im zweiten Entwurf ohne wesentliche Inhaltsänderungen getrennt normiert wurden.⁸²

4. Systematik der bestärkenden Legalzession

Ein weiteres Argument zugunsten der Mehrheitstheorie könnte aus der den gesamtschuldnerischen Binnenregress „bestärkenden Legalzession“⁸³ gemäß § 426 II 1 BGB folgen.⁸⁴ Die Norm bestimmt: „Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über.“⁸⁵ Dass die Forderung im Singular steht, könnte für die Einheitstheorie sprechen. Dieser Wortlaut kann aber auch bloß einer ungenauen Formulierung geschuldet sein. Entscheidend ist meines Erachtens, mit welcher Theorie sich der Vorgang einer bestärkenden Legalzession besser erklären lässt. Daraüber soll im Folgenden nachgedacht werden.

Die *cessio legis* gemäß § 426 II 1 BGB wird ausgelöst, wenn ein ausgleichsbe rechtigter Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt. Im Grundsatz erlischt eine Forderung⁸⁶ durch Erfüllung nach § 362 I BGB, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Für Erfüllungssurrogate⁸⁷ wie die Aufrechnung oder Hinterlegung gilt dasselbe. Nach diesem Prinzip muss die Forderung gegen den leistenden Gesamtschuldner erlöschen. Gemäß § 422 I BGB wirkt zwar die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner auch für die übrigen Schuldner. Für den Forderungsübergang nach § 426 II 1 BGB muss es aber noch eine Forderung geben, die übergehen kann.⁸⁸

Dieses Paradoxon lässt sich auf Basis des Mehrheitsprinzips leicht erklären: Die Forderung gegen den leistenden Gesamtschuldner erlischt wie „üblich“ durch Erfüllung, während die davon unabhängigen Forderungen gegen die anderen Ge-

⁸² S. Protokolle BGB, Bd. 1 (1897), S. 434. Dazu erläuternd S. Meier, AcP 205 (2005), S. 858 (863).

⁸³ Vgl. zu dem Begriff statt vieler P. Bydlinski, in: MüKo-BGB (2016), § 426 Rn. 1; L. Böttcher, in: Erman (2017), § 426 Rn. 46; D. Looschelders, in: Staudinger (2017), § 426 Rn. 135.

⁸⁴ Dazu H. Winter, Konzeption der §§ 420 ff. BGB (1985), S. 117 ff.

⁸⁵ Zur historischen Entwicklung des internen Regresses der Gesamtschuldner, insbesondere des Legalzessionsregresses S. Meier, in: Drittbe teiligung (2010), S. 35 (52 ff.). Danach war im römischen Recht ein Regress mit dem Gesamtschuldverhältnis als solchem noch nicht verbunden.

⁸⁶ Unter „Schuldverhältnis“ im Sinne dieser Norm ist die einzelne Forderung zu verstehen, s. R. Fetzer, in: MüKo-BGB (2016), § 362 Rn. 1.

⁸⁷ Vgl. § 422 I 2 BGB.

⁸⁸ Vgl. H. Ehmann, Gesamtschuld (1972), S. 42, der von einem „widersprüchlichen Verhältnis“ spricht.

samtschuldner bestehen bleiben und kraft Legalzession auf den infolge seiner Leistung intern ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner übergehen. Obwohl die Forderungen gegen die übrigen Gesamtschuldner wegen der Gesamtwirkung des § 422 I 1 BGB ebenfalls von der Erfüllung umfasst werden, erlöschen sie nicht. Insofern bewirkt die Erfüllung ausnahmsweise nur das Freiwerden der übrigen Gesamtschuldner von ihrer Leistungspflicht *gegenüber dem Gläubiger*. Das ergibt sich aus § 426 II 1 BGB als abweichende Sonderregelung zu §§ 362 I, 422 I 1 BGB: Die betreffenden Forderungen bleiben bestehen und gehen per Legalzession auf den leistenden Gesamtschuldner über.⁸⁹ Die typische Formulierung, „der“ Anspruch des Gläubigers (also im Singular wie bei der Einheitstheorie) gehe per *cessio legis* über⁹⁰, ist im Sinne der Mehrheitstheorie lediglich ungenau.

Unter der Ägide des Einheitsprinzips kann man die bestärkende Legalzession demgegenüber nur schwer erklären. Dieses Prinzip geht von einer einheitlichen Gesamtschuldforderung aus. Jene müsste gemäß § 362 I BGB eigentlich erlöschen, wenn ein Gesamtschuldner leistet. Dann bliebe aber keine Forderung übrig, die gemäß § 426 II 1 BGB übergehen könnte. Um das zu vermeiden, müsste man der Leistung eines Gesamtschuldners eine andere Rechtsfolge beimessen, als sie in § 362 I BGB angeordnet ist: Die Leistung eines Gesamtschuldners dürfte nicht zum Erlöschen der Gesamtschuldforderung führen, sondern nur zu einem Freiwerden gegenüber dem Gläubiger. Genauer gesagt müssten sowohl der leistende Gesamtschuldner als auch seine Mitschuldner von der Leistungspflicht gegenüber dem Gläubiger frei werden. Von der wörtlichen Rechtsfolge des § 362 I BGB bliebe dann gar nichts mehr übrig. Mit der Mehrheitstheorie hingegen ist eine Abweichung von § 362 I BGB nur für die nicht leistenden Gesamtschuldner notwendig: Allein ihre Forderungen erlöschen nicht, sondern wechseln nach § 426 II 1 BGB nur den Inhaber. Für den leistenden Gesamtschuldner hingegen kann es auf Basis der Mehrheitstheorie bei derforderungslöschenden Wirkung der Erfüllung bleiben. In dieser Hinsicht nötigt die Mehrheitstheorie zu weniger Abweichungen von der Rechtsfolge des § 362 I BGB als die Einheitstheorie.

Umgekehrt müsste die Leistung eines Gesamtschuldners gemäß der Einheitstheorie eine zusätzliche Rechtsfolge haben, die an keiner Stelle im Gesetz verankert und nicht leicht vorstellbar ist: Es müsste sich die „subjektive Beteiligung“ des leistenden Gesamtschuldners an der einheitlichen Gesamtschuldforderung lösen.

⁸⁹ Dieser Übergang erfolgt aber nur im Ausmaß der Ausgleichsberechtigung des leistenden Gesamtschuldners nach § 426 I 1 BGB. Zu alledem *R. Weber*, in: RGRK (1978), § 422 Rn. 2; *ders.*, in: RGRK (1978), § 426 Rn. 61; *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 426 Rn. 38; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 422 Rn. 3. Gibt es mehrere Ausgleichsschuldner, werden die übergegangenen Forderungen in der Hand des Zessionars zu Teilforderungen, vgl. *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 426 Rn. 137 m. w. N.

⁹⁰ Statt vieler aus der Lit. so *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 426 Rn. 38. S. auch BGH, Beschluss v. 18.11.2015, NJW 2016, S. 1020 (1021), wonach „der“ Anspruch des Gläubigers gemäß § 422 I 1 BGB diesem gegenüber erfüllt werde und außerdem entweder ganz oder teilweise erlösche oder gemäß § 426 II BGB auf den Schuldner übergehe.

Andernfalls würde er wegen § 426 II 1 BGB zum Gläubiger einer Forderung werden, an der er zugleich als Schuldner beteiligt ist. Eine derartige (Teil-)Konfusion würde grundsätzlich⁹¹ zum (teilweisen) Erlöschen der Forderung führen.⁹² Diese Konsequenz muss man vermeiden, da der Regresszweck des § 426 II 1 BGB sonst mehr nicht erreicht werden kann.⁹³ Konstruktiv kann das nur durch einen Kunstgriff⁹⁴ gelingen: Weil man mit der Einheitstheorie nicht vertreten kann, die Forderung des leistenden Gesamtschuldners bleibe bei der *cessio legis* des § 426 II 1 BGB ausgeklammert, muss man stattdessen die Erklärung bemühen, dass sich lediglich seine „subjektive Beteiligung“ an der Gesamtschuldforderung löst. Somit ist die vermeintlich einheitliche Gesamtschuldforderung aber letztlich doch teilbar – zwar nicht in Bezug auf die Forderung selbst, aber im Hinblick auf eine subjektive Beteiligung daran. Das erscheint inkonsequent. Weiterhin ist fraglich, ob man sich damit noch im Bereich der Rechtsfortbildung bewegt oder freie Rechtsschöpfung betreibt. Zumindest muss man eine Rechtsfolge annehmen, die dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu entnehmen ist.

Noch schwerer kann man auf Basis der Einheitstheorie die bestärkende Legalzession erklären, wenn für eine Gesamtschuldforderung eine streng akzessorische Sicherheit bestellt wurde. Gesetzt sei zum Beispiel der Fall, dass ein Dritter für einen einzelnen Gesamtschuldner eine Hypothek bestellt. Mit der Einheitstheorie ist schon fraglich, wie man diese Sicherheit überhaupt für einen einzelnen Schuldner bestellen kann.⁹⁵ Schließlich ist diesem keine eigenständige Forderung zugeordnet. Vielmehr ist er Schuldner einer einheitlichen Gesamtschuldforderung. Ist der besicherte Gesamtschuldner intern ausgleichsberechtigt und leistet an den Gläubiger, stellt sich die Frage, was mit der Hypothek passiert. Gemäß § 426 II 1 BGB würde der leistende Gesamtschuldner die einheitliche Gesamtforderung wie zuvor geschildert kraft Gesetzes erwerben. An genau dieser Forderung haftet allerdings auch die Hypothek, welche für den leistenden Schuldner bestellt wurde. Denn die Hypothek kann nur der einheitlichen Gesamtschuldforderung zugeordnet sein. Nach § 1153 I (und §§ 401 I, 412) BGB müsste die Hypothek deshalb zusammen mit der nach § 426 II 1 BGB legalzedierten Forderung auf den ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner übergehen. Damit würde er jedoch Inhaber eines Sicherungsrechts werden, das für ihn als

⁹¹ Es sei denn, man macht aus Wertungsgründen eine Ausnahme von dieser Rechtsfolge und lässt die Forderung bestehen, soweit Regress genommen werden kann.

⁹² Zur Konfusion allg. *D. Olzen*, in: Staudinger (2016), Einl. zu §§ 362 ff. Rn. 25 ff.

⁹³ Auf Basis der Mehrheitstheorie ergibt sich dieses Konfusionsproblem nicht. Generell bereitet eine Konfusion bei der Mehrheitstheorie keine Probleme. Die Konfusion hat zur Folge, dass die Forderung gegen den betreffenden Gesamtschuldner erlischt. Die Forderungen gegen die anderen Gesamtschuldner bleiben bestehen (vgl. § 425 II BGB). Dazu nur *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 422 Rn. 7; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 65 f.

⁹⁴ Vgl. *H. Winter*, Konzeption der §§ 420 ff. BGB (1985), S. 122: „abschreckende[s] Beispiel juristischer Konstruktionskunst“.

⁹⁵ Nach dem Bestimmtheitsgebot muss insbesondere der Schuldner der zu sichernden Forderung hinreichend bestimmt sein. Dazu nur *J. Lieder*, in: MüKo-BGB (2017), § 1113 Rn. 43.

Schuldner bestellt wurde. Dies erscheint unpassend. Das zeigt sich anhand eines Vergleichs mit der Rechtslage, in welcher der Leistende der Schuldner einer unverbundenen Einzelforderung ist: Erfüllt er diese Forderung, erlischt sie nach § 362 I BGB und die Hypothek wandelt sich in der Regel gemäß §§ 1163 I 2, 1117 I 1 BGB in eine Eigentümergrundschuld um. Leistet ein Gesamtschuldner, kann es auf Basis der Einheitstheorie nicht zu dieser Rechtsfolge kommen, weil sie nach § 1163 I 2 BGB an das Erlöschen der gesicherten Forderung gekoppelt ist. Wie gesehen, erlischt eine einheitliche Gesamtschuldforderung aber nicht, wenn ein ausgleichsberechtigter Schuldner leistet. Stattdessen bleibt sie erhalten, damit sie im Rahmen der bestärkenden Legalzession übergehen kann. Will man trotzdem die Rechtsfolge von § 1163 I 2 BGB herbeiführen, ist man zu einer Korrektur im Wege der Rechtsfortbildung gezwungen. Auf Grundlage der Mehrheitstheorie ist das nicht so, weil dabei die eigenständige Forderung des leistenden Gesamtschuldners nach § 362 I BGB erlischt. Das entspricht dem Regelungskonzept von § 1163 I 2 BGB.

Nach alledem muss man sich dem Einheitsprinzip deutlich weiter von gesetzlich festgeschriebenen Regeln entfernen als mit der Mehrheitstheorie, wenn man die regressbestärkende Legalzession des § 426 II 1 BGB erklären möchte. Je nach Rechtsverständnis gerät man dabei in Konflikt mit der Annahme, der Gesetzgeber habe das BGB möglichst konsistent konzipieren wollen. Zumindest kann man die Mehrheitstheorie mit mehr Rechtsklarheit umsetzen als die Einheitstheorie. Allein das macht die Mehrheitstheorie vorzugswürdig.⁹⁶

5. Hinweise in den Gesetzgebungsmaterialien

Wenngleich die Verfasser des BGB sich nicht offen für ein bestimmtes Strukturmodell der Gesamtschuld aussprechen wollten, so haben sie doch in den Gesetzgebungsmaterialien zum BGB ihre Auffassung zu erkennen gegeben. Besonders der Kodifikation einer Einzelwirkung in der Gesamtschuld scheint die Vorstellung einer Mehrheit gesamtschuldnerischer Einzelforderungen zugrunde gelegen zu haben. In den Protokollen heißt es zur Vorgängernorm des § 425 I BGB dementsprechend, es erscheine „zweckmäßig, den selbständigen und unabhängigen Charakter der Einzelverpflichtungen der zu einem Gesamtschuldverhältnisse verbundenen Schuldner durch Aufstellung eines allgemeinen Prinzips zu verdeutlichen und demgemäß zu bestimmen, daß andere als die in den [§§ 422–424 des heutigen BGB] bezeichneten Thatsachen nur für und gegen den Gesamtschuldner wirken, in dessen Person sie eingetreten seien.“ Jenes gesetzgeberische Strukturverständnis der Gesamtschuld wird auch an einer anderen Stelle in den Protokollen deutlich, wonach sich „die Zulässigkeit eines verschiedenen Inhalts und die Selbständigkeit der Befreiung und Verpflichtung des Einzelnen auch ohne gesetzliche Vorschrift nicht

⁹⁶ I. E. ebenfalls für eine bessere Erklärbarkeit der bestärkenden Legalzession mittels der Mehrheitstheorie *H. Ehmann*, Gesamtschuld (1972), S. 34 f., der seine Ansicht allerdings nicht näher begründet. Ebenso *H. Winter*, Konzeption der §§ 420 ff. BGB (1985), S. 133 f.

mit Grund in Zweifel ziehen lasse“.⁹⁷ Die Enthaltsamkeit des Gesetzgebers hinsichtlich einer Entscheidung über die Konstruktion der Gesamtschuld ist nach alledem ein Lippenbekenntnis geblieben.

IV. Fazit

Das Gesamtschuldverhältnis besteht nicht im Sinne der Einheitstheorie aus nur einer Forderung des Gläubigers gegen eine Mehrheit von Gesamtschuldern. Es ist streng genommen nicht einmal ein eigenständiges Schuldverhältnis. Tatsächlich stellt es nur eine Zusammenfassung der eigentlichen Schuldverhältnisse (im engeren Sinne⁹⁸) dar, nämlich der einzelnen Forderungen gegen die Gesamtschuldner im Sinne der Mehrheitstheorie. Diese Forderungen sind im Grundsatz selbstständig. Nur in Bezug auf die einzelnen Umstände gemäß §§ 422–424 BGB haben sie dasselbe Schicksal, weil sie auf die Befriedigung desselben Gläubigerinteresses gerichtet sind.⁹⁹

Mithin kann die heutige Vorstellung von der Mehrheit an Forderungen innerhalb einer Gesamtschuld argumentativ bekräftigt und letztlich bestätigt werden. Die Struktur einer Gesamtschuld steht der Übertragung einzelner Gesamtschuldforderungen nicht entgegen.

§ 3 Mindestgehalt einer Forderungsübertragung

Wenig Beachtung hat die Frage gefunden, ob die Übertragung einer gesamtschuldnerischen Einzelforderung mit dem gesetzlichen Prinzip eines Forderungsübergangs im Einklang steht. So könnte der Übergang einer einzelnen Forderung zwar mit der Struktur einer Gesamtschuld vereinbar sein, jedoch nicht mit der Art

⁹⁷ Protokolle BGB, Bd. 1 (1897), S. 433. Damit wurde begründet, dass § 322 des ersten BGB-Entwurfs wegen Redundanz gestrichen werden sollte. Die Norm lautete (mit Klammereinschüben durch den Verfasser): „[Abs. 1:] Der eine Gesammtgläubiger oder der andere Gesamtschuldner kann schlechthin, der andere unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung oder jeder unter einer anderen Bedingung oder Zeitbestimmung verpflichtet sein. [Abs. 2:] Die Berechtigung des einen Gesammtgläubigers und die Verpflichtung des einen Gesamtschuldners wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Berechtigung der übrigen Gesammtgläubiger oder die Verpflichtung der übrigen Gesamtschuldner nicht zur Entstehung gelangt ist.“

⁹⁸ Zum Schuldverhältnis im engeren und weiteren Sinne instruktiv *W. Ernst*, in: MüKoBGB (2016), Einl. Buch 2 (Schuldverhältnisse) Rn. 10. Krit. *D. Olzen*, in: Staudinger (2015), § 241 Rn. 40 ff. m. w. N.

⁹⁹ Die Gesamtschuldner teilen als Tilgungsgemeinschaft die Verpflichtung zu einer Leistung, vgl. § 421 S. 1 BGB. Zur Identität des Leistungsinteresses als Grund der Zusammenfassung von Forderungen in einer Gesamtschuld statt aller *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 421 Rn. 4.

und Weise einer Forderungsübertragung, die das Gesetz vorsieht. Dabei geht es (an dieser Stelle noch) nicht um den Verstoß einer Einzelübertragung gesamtschuldnerischer Forderungen gegen § 399 BGB. Stattdessen geht es um deren grundsätzliche Vereinbarkeit mit § 398 BGB.

I. Grenze der zwingenden Wirkung der Abtretung?

Fraglich ist, ob die rechtsgeschäftliche Übertragung nur einer von mehreren Gesamtschuldforderungen deswegen ausgeschlossen ist, weil damit die Wirkung einer Abtretung unzulässig beschränkt wird. Mit dieser Frage hat sich insbesondere das Kammergericht in Berlin befasst. Es ging dabei um eine typische Fallkonstellation einer isolierten Abtretung, deren Möglichkeit das Kammergericht als einziges Oberlandesgericht letztlich verneint hat.

KG Berlin¹⁰⁰: *G und dessen Bruder A hatten dem W gemeinsam ein abstraktes Schuldversprechen über die Zahlung von 15.000 Euro gegeben. Sie waren insofern Gesamtschuldner. W vereinbarte sodann mit K, dass er seinen Anspruch aus § 780 BGB „gegen G“ an die K abtrete. Der Anspruch gegen A wurde im Abtretungsvertrag bewusst nicht erwähnt, sollte also bei W verbleiben.*

Das Kammergericht erklärte diese isolierte Abtretung einer gesamtschuldnerischen Forderung aus gesetzesystematischen Gründen für unwirksam. Das Wesen der Abtretung bestehe nämlich im *vollständigen* Übergang des Rechts vom Zedenten auf den Zessionar. Daran lasse sich durch Parteivereinbarung nichts ändern, da die Abtretung als dinglicher Vertrag abschließend im BGB geregelt und der Vertragsfreiheit entzogen sei.¹⁰¹ Ähnlich argumentierte bereits Leonhard: Eine schuldspaltende Zession sei einerseits im Gesetz nicht geregelt und könne andererseits nicht im Wege der Vertragsfreiheit begründet werden. Mangels rechtlicher Anerkennung sei sie darum nichtig.¹⁰²

Diese Position fußt also auf zwei Annahmen. Erstens gelte im Rahmen der Abtretung keine Vertragsfreiheit, sodass die gesetzlich festgelegte Wirkung einer Ab-

¹⁰⁰ KG Berlin, Urteil v. 20.04.1998, KG Report 1998, S. 205 (206), leicht modifiziert dargestellt.

¹⁰¹ Für zulässig erachtete das KG Berlin hingegen die vertragliche Begründung einer Gesamtgläubigerschaft an einer bestehenden Forderung, vorausgesetzt die Gesamtschuldner werden vertraglich einbezogen. Laut dem Gericht führt dies zu einem ähnlichen Ergebnis wie eine Einzelabtretung, weil jene Zedent und Zessionar ebenfalls zu „einer Art“ Gesamtgläubiger mache.

¹⁰² R. Leonhard, Das Recht 1911, S. 241 (244 f.), nach dem eine unzweifelhaft gewünschte Einzelabtretung allenfalls in eine Gesamtabtretung umgedeutet werden könne, bei welcher der Zessionar dem Zedenten eine Einziehungsvollmacht für diejenige Forderung erteilt, die eigentlich bei dem Zedenten verbleiben sollte. Dagegen H. Reichel, Das Recht 1911, S. 328 (328 f.); H. Lumm, Ausgleich unter Gesamtschuldner (1968), S. 10.

tretung für deren Wirksamkeit zwingend sei. Zweitens widerspreche die Abtretung einer gesamtschuldnerischen Einzelforderung der gesetzlich festgelegten Wirkung einer Abtretung, weil der neue Gläubiger nicht vollständig an die Stelle des bisherigen Gläubigers trete. Beide Prämissen müssen überprüft werden.

1. Erste Prämisse: keine Vertragsfreiheit im Rahmen der Abtretung

a) Meinungsstand und Vorüberlegungen

Das Kammergericht charakterisierte den Abtretungsvertrag als einen dinglichen Vertrag. Ebenso äußerten sich der Bundesgerichtshof und mehrere Autoren des juristischen Schrifttums.¹⁰³ Andere halten die Bezeichnung des Abtretungsvertrags als dinglichen Vertrag für verfehlt.¹⁰⁴ Es handelt es sich dabei aus meiner Sicht um eine rein terminologische Frage, auf die es keine zwingende Antwort gibt. In den Motiven zum Entwurf des BGB ist zwar die Rede vom „dinglichen“ Abtretungsvertrag, doch scheinen die Verfasser damit nur ausdrücken zu wollen, dass der Abtretungsvertrag abstrakt von dem zugrunde liegenden Kausalgeschäft ist.¹⁰⁵ Fest steht: Dingliche Verträge beziehen sich auf dingliche Rechte als Unterart der absoluten Rechte,¹⁰⁶ während die Forderung ein relatives Recht ist,¹⁰⁷ weil sie allein zwischen Gläubiger und Schuldner wirkt¹⁰⁸. Anders als bei dinglichen Rechten an Sachen ist zur Übertragung einer Forderung daher zum Beispiel kein Publizitätsakt wie die Besitzerlangung oder die Eintragung im Grundbuch nötig.¹⁰⁹ Gemeinsam sind sich Forderungen und dingliche Rechte aber darin, dass sie verkehrsfähig sind. Die Forderung existiert nicht nur in einer bestimmten Leistungsbeziehung, sondern ist als Vermögensbestandteil zugleich ein verfügbarer Gegenstand des Rechtsverkehrs.¹¹⁰ Die

¹⁰³ BGH, Urteil v. 05.03.1975, BGHZ 64, S. 67 (69). Für entsprechende Beiträge in der Lit. vgl. Fn. 124 und 125 in diesem Kap.

¹⁰⁴ So P. Heck, Grundriss des Schuldrechts (1929), S. 200; L. Enneccerus/H. Lehmann, Schuldverhältnisse (1958), S. 310 Fn. 5. S. aber K. W. Nörr/R. Scheyhing/W. Pöggeler, Sukzessionen (1999), S. 9 f., denen zufolge man sich an der Ausdrucksweise des dinglichen Vertrags nicht zu stoßen brauche, wenn man sich vergegenwärtige, dass das Wort „dinglich“ auf der Übersetzung des gemeinrechtlichen „res“ beruhe, was wiederum nicht nur körperliche Sache, sondern auch Gegenstand bedeute.

¹⁰⁵ Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 120: „Die Abtretung ist (...) ein Veräußerungsvertrag, sog. dinglicher Vertrag, und deshalb ein abstraktes, von seiner causa in Ansehung seiner Wirksamkeit unabhängiges Rechtsgeschäft.“

¹⁰⁶ Instruktiv dazu H. H. Seiler, in: Staudinger (2012), Einl. zum Sachenrecht 18, 27.

¹⁰⁷ So die ganz h. M., s. nur A. Nefzger, Vertragliche Abtretungsverbote (2013), S. 72 f.; J. Busche, in: Staudinger (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 8.

¹⁰⁸ Nur der Verpflichtete soll leisten und – anders herum gewendet – der Gläubiger hat nur gegen den Verpflichteten einen Anspruch auf Leistung.

¹⁰⁹ S. H. H. Seiler, in: Staudinger (2012), Einl. zum Sachenrecht Rn. 56; R. Schulze, in: HK-BGB (2019), § 398 Rn. 2.

¹¹⁰ J. Busche, in: Staudinger (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 14, der die systematische Einordnung der Forderungsabtretung in das Schuldrecht darum für nicht vollauf überzeugend

Abtretung übernimmt für Forderungen funktional die Rolle der §§ 873, 925 und 929 ff. BGB und hat zumindest insofern sachenrechtlichen Charakter.¹¹¹ Die Forderung ist also insoweit „verdinglicht“, als sie übertragen werden kann.¹¹² Genau wie bei dinglichen Rechten ist dieser Übertragungsakt rechtlich als *Verfügung* zu qualifizieren; zumindest darüber besteht Einigkeit.¹¹³ Verfügungen sind Rechtsgeschäfte, die unmittelbar auf ein bestehendes Recht einwirken, indem sie es inhaltlich verändern, belasten, aufheben oder übertragen.¹¹⁴ So führt die Abtretung gemäß § 398 S. 2 BGB unmittelbar zu einer Übertragung des Forderungsrechts auf einen neuen Gläubiger. Die Verfasser des BGB bezeichneten die Abtretung deshalb als „Veräußerungsvertrag“,¹¹⁵ was in der Sache nichts anderes ist als eine Verfügung in Form der Übertragung des Forderungsrechts.¹¹⁶

Fraglich ist, ob die Rechtsfolgen der Abtretung gesetzlich zwingend sind, wie das Kammergericht und Leonhard argumentierten. Nach fast einhelliger Ansicht in Rechtsprechung¹¹⁷ und Literatur¹¹⁸ trifft das zu: Die Parteien könnten die Wirkung

hält. Denkbar sei es, die Abtretung stattdessen einem Recht der dinglichen Vermögenszuordnung unterzuordnen und als Teil eines erweiterten Sachenrechts zu behandeln. Für die Zuordnung der Forderungsabtretung zum Schuldrecht spreche indes die Auswirkung der Abtretung auf die Leistungsbeziehung zwischen Alt- und Neugläubiger einerseits und Schuldner andererseits. Dazu auch *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 2.

¹¹¹ In diese Richtung *M. Rohe*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 398 Rn. 27.

¹¹² *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 2. Für den Begriff der „Verobjektivierung“ oder „Mobilisierung“ einer Forderung statt ihrer „Verdinglichung“ – in der Sache aber wohl übereinstimmend *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 7.1 f. m. w. N.

¹¹³ Statt aller *J. Petersen*, Jura 2014, S. 278; *J. Busche*, in: Staudinger (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 12 ff., § 398 Rn. 1.

¹¹⁴ S. nur RG, Urteil v. 07.07.1917, RGZ 90, S. 395 (399); *M. Haedicke*, JuS 2001, S. 966 (967); *J. Busche*, in: Staudinger (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 12. Vgl. die „sachenrechtlichen Geschäfte“ der „Begründung, Belastung, Übertragung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes“ nach Motive BGB, Bd. 3 (1888), S. 7.

¹¹⁵ Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 120.

¹¹⁶ Vgl. *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 2 Fn. 1.

¹¹⁷ RG, Urteil v. 20.01.1918, RGZ 92, S. 105 (108); RG, Urteil v. 04.06.1920, RGZ 99, S. 142 (143); BGH, Urteil v. 17.12.1959, BeckRS 1959, 31201464; BGH, Urteil v. 05.03.1975, BGHZ 64, S. 67 (69).

¹¹⁸ Vgl. etwa *L. Enneccerus/H. Lehmann*, Schuldverhältnisse (1958), S. 310; *H. Kaduk*, in: Staudinger (1994), § 398 Rn. 86 f.; *K. W. Nörr/R. Scheyhing/W. Pöggeler*, Sukzessionen (1999), S. 9 f. Fn. 8, ferner S. 15 ff.; *J. Kreikenbohm/C. Niederstetter*, NZM 2010, S. 848 (850); *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 19 f.; *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 398 Rn. 11; *H. P. Westermann*, in: Erman (2017), § 398 Rn. 5; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 398 Rn. 4; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 64 f.; *M. Rohe*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 398 Rn. 59. A. A. zumindest für eine Abtretung, die den Zessionar nur zum Gesamtgläubiger neben dem Zedenten macht *W. Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern (1984), S. 246 f.: Der BGH, Urteil v. 05.03.1975, BGHZ 64, S. 67 (69), habe Unrecht mit der Auffassung, die Typen von Inhaberschaftsteilungen auf mehrere Gläubiger seien im BGB beschränkt und abgeschlossen, insb.

der Abtretung nicht willkürlich in ihrem Inhalt verändern. Eine „abgeschwächte“ Abtretung sei unzulässig. Notwendige Folge der Abtretung als vollständige Übertragung der Gläubigerstellung sei, dass der Zessionar die Forderung im eigenen Namen durchsetzen könne.¹¹⁹ So wird zwar eine Abtretung anerkannt, bei welcher dem alten Gläubiger das Recht belassen bleibt, die abgetretene Forderung einzuziehen („stille Zession“). Indessen dürfe dem neuen Gläubiger keinesfalls die Befugnis entzogen werden, sein Recht gegenüber dem Schuldner geltend zu machen.¹²⁰ Eine solche Bindung sei zwar schuldrechtlich möglich¹²¹, nach herrschender Ansicht aber eben nicht auf der Ebene des Verfügungsgeschäfts.

Insofern gibt es breite Übereinstimmung, aber wenige Begründungen. Es ist zu lesen, der Wortlaut von § 398 S. 2 BGB verlange als Abtretungswirkung eine Auswechslung der Gläubigerstellung und auch der Normzweck bestehe im vollständigen Übergang der Rechtsstellung des ausscheidenden auf den eintretenden Vertragspartner.¹²² Das allein überzeugt aber noch nicht. Denn gegen die privatautonome Veränderung einer Normwirkung kann man mit Wortlaut und Normzweck nur insoweit argumentieren, als daraus eine zwingende Natur der Rechtsvorschrift abzuleiten ist. Sonst könnte man beispielsweise aus der Instandhaltungspflicht des Vermieters nach § 535 I 2 Var. 2 BGB auch folgern, die Parteien eines Mietvertrages könnten niemals eine Abwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter vereinbaren. Tiefgreifender erscheint die Begründung, die zwingende Natur der gesetzlichen Abtretungswirkung sei auf die Eigenschaft der Abtretung als Verfügung¹²³ oder – oft zu Unrecht gleichgesetzt¹²⁴ – als dinglicher Vertrag¹²⁵ zurückzuführen.

weil sonst konsequenterweise auch rechtliche Konstruktionen wie die Einziehungsermächtigung oder das Oder-Konto als systemfremde Erfindungen verworfen werden müssten und das BGB selbst konkurrierende Einziehungsmacht beim Pfandrecht und Nießbrauch an Forderungen durchaus anerkenne. Weitere Nachweise bei *J. F. Hoffmann*, Zession (2012), S. 83 f.

¹¹⁹ Konkretisierend insb. *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 64: Unzulässig sei die Abtretung, wenn dem Zessionar die Gläubigerrechte bedingungslos und dauerhaft entzogen werden oder wenn sie nur in der Insolvenz des Zedenten oder im Fall von gegen den Zedenten gerichteten Vollstreckungsmaßnahmen zum Tragen kommen sollen. Zudem scheide eine Abtretung aus, wenn dem Zedenten das Recht verbleiben soll, im eigenen Namen nach Belieben zu Sicherungszwecken über die Forderung zu verfügen, sie zu verpfänden oder abzutreten.

¹²⁰ BGH, Urteil v. 17.12.1959, BeckRS 1959, 31201464. Weitere Beispiele bei *K. Schreiber*, in: Soergel (2010), § 398 Rn. 13.

¹²¹ Vgl. § 137 S. 2 BGB im Hinblick auf die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht.

¹²² *J. Kreikenbohm/C. Niederstetter*, NZM 2010, S. 848 (850), die Wortlaut und Normzweck hier tautologisch beschreiben.

¹²³ *R. Weber*, in: RGRK (1976), § 398 Rn. 12; *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (164); *H.-F. Müller*, in: PW (2017), § 398 Rn. 9; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 63; *R. Stürner*, in: Jauernig (2018), § 398 Rn. 2.

¹²⁴ *R. Weber*, in: RGRK (1976), § 398 Rn. 12; *K. Schreiber*, in: Soergel (2010), § 398 Rn. 12; *W. Rosch*, in: jurisPK-BGB (2017), § 398 Rn. 31.

Hier gelte der Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht (oder nur eingeschränkt¹²⁶). Aber warum ist das so? Nähere Erkenntnisse könnten einerseits aus den Erwägungen des Gesetzgebers zur Vertragsfreiheit bei der Abtretung folgen. Andererseits könnte man sie aus einer Untersuchung der Privatautonomie bei dinglichen Verträgen ableiten, sofern die dabei geltenden Prinzipien auf die Abtretung übertragbar sind.

b) Stellungnahme

aa) Analyse der Gesetzesgeschichte zur Vertragsfreiheit bei der Abtretung

Ob für die Abtretung einer Forderung die Vertragsfreiheit eingeschränkt sein soll, ist aus der Gesetzesgeschichte nicht auf den ersten Blick ersichtlich. Anhaltspunkte lassen sich aus gesetzgeberischen Erläuterungen darüber ableiten, ob eine Forderung durch Rechtsgeschäft unabtretbar gestellt werden kann (vertragliches Abtretungsverbot, vgl. § 399 Var. 2 BGB). Nach § 295 II des ersten BGB-Entwurfs konnte die Übertragbarkeit einer Forderung mit Wirkung gegen Dritte *nicht* durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden. Dazu heißt es in den Motiven zu diesem Entwurf des BGB:¹²⁷

„Der Entwurf erkennt das Prinzip der rechtsgeschäftlichen Aktionsfreiheit nur auf dem Gebiete des Obligationenrechtes an. Die Privatautonomie vermag hiernach ein im Gesetze nicht besonders anerkanntes dingliches oder gegen Dritte wirksames Recht nicht zu schaffen, also auch die Veräußerung mit solcher Wirkung nur in gesetzlich bestimmten Fällen auszuschließen (vgl. § 107 Abs. 2¹²⁸). Auf diesem Grundsatz beruht die Vorschrift des § 295 Abs. 2. Allerdings lassen sich für die Bejahung der in der Doktrin bestrittenen Frage, ob die Uebertragbarkeit einer Forderung mit Wirkung gegen Dritte durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden könne, theoretische Gründe geltend machen, insbesondere in der Richtung, daß das obligatorische Rechtsverhältniß nur zwischen Gläubiger und Schuldner bestehen und von deren Rechtswillen in allen Beziehungen abhänge, wonach es zulässig sein müßte, durch Rechtsgeschäft nicht übertragbare Forderungen zu begründen oder auch nachträglich die Uebertragbarkeit auszuschließen. Allein die von den römisch-rechtlichen Anschauungen abweichende Entwicklung der Uebertragbarkeit der Forderungen“

¹²⁵ RG, Urteil v. 04.06.1920, RGZ 99, S. 142 (143); BGH, Urteil v. 05.03.1975, BGHZ 64, S. 67 (69); K. Schreiber, in: Soergel (2010), § 398 Rn. 13.

¹²⁶ Die Vertragsfreiheit ist reduziert auf eine Sukzessionsfreiheit, also die Fähigkeit gesetzlich fest umrissene (!) Vermögenspositionen nach Belieben zu veräußern und zu erwerben. Vgl. J. Lieder, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 3.1.

¹²⁷ Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 122 f.

¹²⁸ Die Norm besagte: „Als gesetzliches Veräußerungsverbot gilt auch die in einem Rechtsgeschäft sich gründende, nach gesetzlicher Vorschrift gegen Dritte wirksame Verfügbungsbeschränkung.“ Das knüpfte an den voranstehenden Absatz an, gemäß dem bestimmte Verfügungen (relativ und heilbar) unwirksam waren, wenn sie insbesondere gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot verstießen, was im Wesentlichen dem heutigen § 135 BGB entspricht. Von § 107 II des ersten BGB-Entwurfs ist der aktuelle § 137 S. 1 BGB übrig geblieben, wonach die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden kann.

gen steht mit diesen Gründen in grundsätzlichem Widerspruch und, auch abgesehen von der Berechtigung der Anschauung, daß eine nach den allgemeinen Grundsätzen übertragbare Forderung nach der modernen Auffassung über die Verkehrsfähigkeit der Forderungen und die Sondernachfolge in dieselben gleichsam versachenrechtlich erscheine und daher hinsichtlich der Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Dispositionsbeschränkung ähnlich wie eine Sache zu beurtheilen sei, nötigen Rücksichten praktischer Natur in Ansehung der Forderungen zur Festhaltung des erwähnten Grundsatzes der dinglichen Unwirksamkeit rechtsgeschäftlicher Beschränkung der Veräußerlichkeit (Uebertragbarkeit). Eine solche Wirksamkeit würde zur Folge haben, daß die Forderung auch im Wege der Exekution nicht übertragbar wäre. Somit würde dieselbe den Schuldern in vielen Fällen den Weg eröffnen, in einfacher Weise ihr Vermögen den Angriffen der Gläubiger ganz zu entziehen. Nichts wäre bedenklicher, als den Schuldern das Bestreben, den Schuldern ihr Vermögen vor den Angriffen der Gläubiger zu sichern, zu erleichtern. Von der *actio Pauliana* wäre gegen die gedachte Gefahr kein genügender Schutz zu erwarten. Auch würde sich der Ausweg, die Uebertragung im Wege der Exekution für zulässig zu erklären, nicht empfehlen. Auch in der Praxis, mindestens der größeren Gebiete, scheint bisher die Ansicht überwogen zu haben, eine rechtsgeschäftliche Beschränkung der Veräußerlichkeit einer Forderung wirke nur obligatorisch.“

Folgende Analyse dieser Textstelle liegt nahe: Die Gesetzesverfasser wollten eine Forderung insoweit wie ein dingliches Recht behandeln, als ihr Wesen ohne gesetzliche Zulassung nicht privatautonom verändert werden kann, zum Beispiel durch Vereinbarung eines Abtretungsverbots. Auf diesem Grundsatz einer *eingeschränkten* Privatautonomie „beruht“ der gesetzliche Ausschluss eines rechtsgeschäftlichen Abtretungsverbots. Er hat insofern klarstellenden Charakter. Zwar wurde als möglich aufgezeigt, rechtsgeschäftliche Abreden in diesem Bereich gesetzlich zuzulassen. Normiert hat man eine solche Zulassung aber nicht. Im Folgenden werden für dieses Regelungskonzept zunächst theoretische Argumente diskutiert. Ein Contra-Argument sei, dass die Forderung nur zwischen Gläubiger und Schuldner wirke und somit auch allein deren Willen zu unterwerfen sei. Dagegen stünden als Pro-Argumente sowohl Traditionen des römischen Rechts¹²⁹ als auch eine Verdinglichung der Forderung infolge ihrer Verkehrsfähigkeit. Darüber hinaus wird ein praktischer Grund für die gesetzliche „Festhaltung des erwähnten Grundsatzes der dinglichen Unwirksamkeit rechtsgeschäftlicher Beschränkungen der Veräußerlichkeit“ einer Forderung angeführt. So würde die Zulässigkeit eines rechtsgeschäftlichen Abtretungsverbots, weil dieses auch den Zugriff in der Zwangsvollstreckung verhindere, dem Schuldner einen zu einfachen Weg eröffnen, um seinen Gläubigern Vermögenswerte zu entziehen.¹³⁰ Abschließend steht das Autoritätsargument, in der Rechtspraxis herrsche ohnehin die Ansicht vor, eine rechtsgeschäftliche Beschränkung der Abtretbarkeit wirke rein schuldrechtlich.

¹²⁹ Im römischen Recht war eine Forderung per se unveräußerlich. Der Zession praktisch nahezu gleich kam aber die Möglichkeit, das selbständige Recht zu übertragen, eine Forderung auszuüben. Dazu *L. Enneccerus/H. Lehmann*, Schuldverhältnisse (1958), S. 308; *B. Windscheid/T. Kipp*, Pandektenrecht (1984), S. 361 ff.; *W. Rosch*, in: *jurisPK-BGB* (2017), § 398 Rn. 2.

¹³⁰ *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: *MüKo-BGB* (2016), § 399 Rn. 4.

Die theoretischen Argumente beziehen sich erkennbar auf die Übertragung des Grundsatzes der Einschränkung von Privatautonomie für Verfügungen aus dem Recht der Sachen in das Recht der Forderungen. Das praktische Argument dürfte hingegen eher der Frage zuzuordnen sein, ob das Gesetz ausnahmsweise eine Öffnung für die Privatautonomie zulässt, soweit die Übertragbarkeit einer Forderung betroffen ist. Dasselbe gilt wohl für das Autoritätsargument. Schließlich beziehen sich die theoretischen Argumente im Wesentlichen allgemein auf Vergleichbarkeit von Forderungen mit dinglichen Rechten (insbesondere in Bezug auf die Wirkung *inter partes versus erga omnes* sowie die Verkehrsfähigkeit), während die anderen Gründe auf die rechtsgeschäftliche Vereinbarung eines Abtretungsverbots im Besonderen rekurrieren.

Im zweiten BGB-Entwurf wurde eine überraschende Nachfolgeregelung zu § 295 II des ersten Entwurfs festgeschrieben: § 343 Var. 2 des zweiten Entwurfs schloss ein rechtsgeschäftliches Abtretungsverbot nicht mehr aus, sondern erklärte es schlechterdings für zulässig. Die betreffende Norm war gleich formuliert wie der heutige § 399 Var. 2 BGB. Die Begründung dafür lautete gemäß den Protokollen:¹³¹

„Der in Abs. 2 [von § 295 des ersten BGB-Entwurfs] ausgesprochene Satz gehe zu weit. Es sei keineswegs ein Gebot des Verkehrsinteresses, in Abweichung von der in den Gebieten des gem. und des preuß. Rechtes herrschenden Auffassung ein gegen Dritte wirksames *pactum de non cedendo* [d.h. ein vertragliches Abtretungsverbot] gänzlich auszuschließen. Die geschichtliche Entwicklung habe dazu geführt, daß regelmäßig auf die Person des Gläubigers entscheidendes Gewicht nicht gelegt werde. Aber was regelmäßig nicht geschehe, sei darum noch nicht unzulässig. Die Obligation sei dazu bestimmt, den besonderen Bedürfnissen der Einzelnen in ihrem Verkehr unter einander zu dienen, und der Schuldner habe in manchen Fällen ein berechtigtes Interesse, auch bei einer Leistung, die an sich an einen anderen Gläubiger bewirkt werden könne, sich nur gegenüber dem bestimmten Gläubiger verbindlich zu machen, so daß im Sinne des geschlossenen Vertrags die versprochene Leistung durch den Eintritt eines Zessionars eine unstatthaft Aenderung erleiden würde. In dieser Beziehung komme z. B. in Betracht, daß in den Statuten vieler Versicherungsgesellschaften die Abtretung der dem Versicherten zustehenden Forderungen verboten werde, daß die Retour-, Rundreise- und Abonnementskarten der Eisenbahnen, auch die Rechte aus Depotscheinen der Reichsbank nicht übertragbar seien. Das Bedenken der Mot. II S. 123, daß man den Schuldern nicht einen Weg eröffnen dürfe, auf die einfachste Weise ihr Vermögen dem Zugriffe der Gläubiger zu entziehen, werde beseitigt, wenn man bei nicht übertragbaren Forderungen die Pfändung zur Einziehung und die Ueberweisung zur Einziehung zulasse, falls der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterliege (vergl. den Antrag 1b zu § 296¹³²).“

¹³¹ Protokolle BGB, Bd. 1 (1897), S. 384. Klammereinschübe durch den Verfasser.

¹³² Der Antrag ging dahin, nachstehend zu dem damaligen § 749a ZPO die Sätze aufzunehmen: „Eine nicht übertragbare Forderung ist der Pfändung nicht unterworfen. Eine nach dem § 295 des BGB [erster Entwurf] nicht übertragbare Forderung kann jedoch insoweit ge pfändet und zur Einziehung überwiesen werden, als der Gegenstand der Leistung der Pfändung unterliegt.“ Die Kommission beschloss, den Antrag anzunehmen. Dazu Protokolle BGB, Bd. 1 (1897), S. 384 f., Klammereinschub durch den Verfasser.

Das Verkehrsinteresse wähnte die Kommission also durch ein vertragliches Abtretungsverbot nicht gefährdet; dieser Gedanke stellt eine Ergänzung zu den Motiven dar. Die Bedenken der Motive hinsichtlich des Gläubigerzugriffs meinte die Kommission durch eine (dem heutigen § 851 II ZPO entsprechende) vollstreckungsrechtliche Regelung¹³³ entkräften zu können, der zufolge ein vertraglicher Ausschluss der Übertragbarkeit einer Forderung nicht zwangsläufig zugleich deren Unpfändbarkeit zur Folge hat.¹³⁴ Zudem stellen die Protokolle – anders als die Motive – die Ansicht als herrschend dar, dass ein rechtsgeschäftliches Abtretungsverbot Wirkung gegen Dritte habe.

Wie aber wirkte sich dieser Paradigmenwechsel darauf aus, wie der Gesetzgeber über die Geltung der Vertragsfreiheit für die Abtretung dachte? Hat er nun mit der Aufgabe der gesetzlichen Untersagung eines vertraglichen Abtretungsverbots auch die Ansicht aufgegeben, die Vertragsfreiheit sei für die Abtretung eingeschränkt?

Aus meiner Sicht ist das nicht der Fall. In den einleitenden Worten der Motive¹³⁵ wurde der Grundsatz dargestellt, dass ein im Gesetz nicht anerkanntes dingliches Recht auch nicht privatautonom geschaffen werden kann. Folglich kann man dingliche Rechte auch nur dann mit Drittewirkung durch Rechtsgeschäft unveräußerlich machen, wenn das gesetzlich besonders zugelassen ist. Die Untersagung eines vertraglichen Abtretungsverbots mit Drittewirkung sollte eine – deklaratorische – Ausprägung dieses Grundsatzes sein. Eine – konstitutive – gesetzliche Zulassung eines vertraglichen Abtretungsverbots sollte es nicht geben. Die nachfolgenden Argumente kann man wie gesehen einerseits dem Grundsatz einer Einschränkung von Privatautonomie für die Abtretung zuordnen und andererseits der Frage nach einer gesetzlich normierten Ausnahme von diesem Grundsatz für vertragliche Abtretungsverbote. Die Sorge der Motive um den Zugriff der Gläubiger ist Letzterem zuzuordnen. Stritt das Argument nach den Motiven noch gegen die Normierung dieser Ausnahme, wurde es in den Protokollen verworfen. Dasselbe gilt für die herrschende Auffassung über die Wirkung eines vertraglichen Abtretungsverbots erga omnes versus inter partes. Darum – und weil auch keine Gefahr für Verkehrsinteressen erblickt wurde – hat man nunmehr die betreffende Ausnahme normiert. Die theoretischen Argumente für den Grundsatz einer Einschränkung von Privatautonomie im Rahmen der Abtretung wurden damit nicht angetastet. Darum bleibt dieser Grundsatz gültig. Insbesondere gilt er unabhängig davon, dass seine Ausprägung in § 295 II des ersten BGB-Entwurfs nicht mehr kodifiziert ist, da die entsprechende Normierung wie dargestellt nur eine Klarstellung war.

¹³³ S. Fn. 132 in diesem Kap.

¹³⁴ *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 399 Rn. 5.

¹³⁵ Nochmals Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 122: „Die Privatautonomie vermag hiernach ein im Gesetze nicht besonders anerkanntes dingliches oder gegen Dritte wirksames Recht nicht zu schaffen, also auch die Veräußerung mit solcher Wirkung nur in gesetzlich bestimmten Fällen auszuschließen.“

Selbst wenn man alle Argumente, gleich ob theoretisch, praktisch oder autoritätsbezogen, nur darauf bezieht, ob der Grundsatz der eingeschränkten Privatautonomie im Sachenrecht auf das Recht der Abtretung zu übertragen ist, ergibt sich kein anderes Ergebnis. Schließlich sind mit den Erwägungen zum zweiten BGB-Entwurf nur das praktische Argument des Gläubigerschutzes und das Autoritätsargument zur Wirkung eines *pactum de non cedendo* entfallen. Die theoretischen Argumente wurden nicht angezweifelt und sprechen nach wie vor für die Einschränkung der Privatautonomie im Rahmen der Abtretung. § 343 Var. 2 des zweiten BGB-Entwurfs und seine heute gültige Nachfolgeregelung in § 399 Var. 2 BGB sind nach alledem als eine Ausnahme zu diesem Grundsatz zu verstehen.

bb) Übertragbarkeit sachenrechtlicher Grundsätze zur Vertragsfreiheit

Ferner könnten sachenrechtliche Prinzipien dafür sprechen, eine Vertragsfreiheit für die Abtretung nur eingeschränkt anzuerkennen.¹³⁶ So sind dingliche Rechte nach Art und Inhalt abschließend durch Gesetz und Gewohnheitsrecht normiert. Es gibt nur die in den Rechtsquellen ausgeformten Sachenrechte, was auch als *Numerus clausus* der Sachenrechte bezeichnet wird. Wollen Teilnehmer des Rechtsverkehrs mit dinglichen Rechten operieren, müssen sie sich der im Sachenrecht zugelassenen Typen bedienen. Dafür hat sich der Begriff des Typenzwangs etabliert. Zwar werden *Numerus clausus* und Typenzwang im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt. Dennoch liegen diese Prinzipien den maßgeblichen Vorschriften zugrunde (etwa in § 1018 BGB mit der Formulierung „kann“ im Sinne von „kann nur“).¹³⁷ Für den Gesetzgeber waren sie selbstverständlich; demgemäß heißt es in den Motiven zum Entwurf des BGB:

„Das Sachenrecht muß, um seine Selbständigkeit zu wahren, die Erwerbung der dinglichen Rechte nach Gesichtspunkten ordnen, die auf seinem Gebiete liegen. Es hat die Thatsachen, an welche die Erwerbung zu knüpfen ist, nicht minder als den Inhalt der einzelnen Rechte nach deren Wesen und Zwecke zu bestimmen. Den Beteiligten kann es daher nicht freistehen, jedem beliebigen Rechte, welches sich auf eine Sache bezieht, den Karakter des dinglichen zu verleihen. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, welcher das Obligationenrecht beherrscht, hat für das Sachenrecht keine Geltung. Hier gilt der umgekehrte Grundsatz: Die Beteiligten können nur solche Rechte begründen, deren Begründung das Gesetz zuläßt. Die Zahl der dinglichen Rechte ist daher nothwendig eine geschlossene.“

Die hier erwähnte Selbständigkeit des Sachenrechts gegenüber dem Schuldrecht ist kein Selbstzweck. Vielmehr dienen *Numerus clausus* und Typenzwang im Sachenrecht dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach Sicherheit, Klarheit und Ver-

¹³⁶ Lehrreich dazu und ausführlicher als hier intendiert *J. F. Hoffmann*, Zession (2012), S. 85 ff.

¹³⁷ So die im Wesentlichen übereinstimmende Meinung, s. nur *J. F. Baur/R. Stürner*, Sachenrecht (2009), S. 3; *H. H. Seiler*, in: *Staudinger* (2012), Einl. zum Sachenrecht Rn. 38 ff. m. w. N.

einfachung.¹³⁸ Wird ein Recht zum Gegenstand des Verkehrs gemacht, sollen für dieses Recht feste Regeln gelten, damit alle Verkehrsteilnehmer wissen, womit sie es zu tun haben.

Dieses Bedürfnis ist in Bezug auf Forderungen gleichermaßen gegeben.¹³⁹ Denn Forderungen können wie vorab erläutert von ihrer relativen Verhaftung an einem bestimmten Gläubiger losgelöst und – gewissermaßen „verobjektiviert“ wie ein dingliches Recht – übertragen werden. Sie können so mit allen möglichen Teilnehmern des Rechtsverkehrs in Berührung kommen. Es liegt darum nahe, sie im Rahmen solcher Verfügungen nach sachenrechtlichen Grundsätzen zu behandeln. Zwar entfaltet die Forderung Rechtswirkungen nur in ihrem Verhältnis zum Schuldner (Relativität des Forderungsrechts) und unterscheidet sich darin von den gegenüber jedermann wirkenden Sachenrechten (Absolutheit dinglicher Rechte). Allerdings kann durch die Übertragung einer Forderung potenziell jedes Rechtssubjekt ihr neuer Inhaber werden. Darum ist trotz der relativen Rechtswirkung einer Forderung eine gegenüber jedem Rechtssubjekt fixe Konturierung derselben sinnvoll.

Zudem ist die Forderung ihrem Inhaber ausschließlich und in diesem Sinne absolut zugeordnet. Dieses „Prinzip der absoluten Forderungszuordnung“ beschreibt besonders Lieder treffend.¹⁴⁰ Danach kann beispielsweise jeder beliebige Vollstreckungsgläubiger in der Zwangsvollstreckung Befriedigung an einer Forderung des Schuldners suchen, weil sie mit Wirkung gegenüber jedermann als Teil von dessen Vermögen gilt. Auch insofern liegt es im Interesse des Rechtsverkehrs, dass die Ausformung des Vermögensbestandteils „Forderung“ allgemeingültig und unveränderlich ist.

Das Abtretungsrecht trägt nach alledem durchaus sachenrechtliche Züge. Was Forderungen und Sachenrechte voneinander unterscheidet, ist vor allem der unmittelbare Sachbezug dinglicher Rechte (sachenrechtliches Unmittelbarkeitsprinzip). Forderungen können nur mittelbar auf Sachen gerichtet sein, indem sie zu einer Verfügung über diesbezügliche Rechte verpflichten.¹⁴¹ Die Verfügung über dingliche und obligatorische Rechte als solche erfolgt hingegen strukturell sehr ähnlich.¹⁴² Insofern sollte der sachenrechtliche Grundsatz einer eingeschränkten Privatautonomie vom dinglichen Recht auf die Forderung übertragen werden: Man kann das Wesen einer Forderung nicht privatautonom durch Verfügung verändern. Etwas

¹³⁸ H. H. Seiler, in: Staudinger (2012), Einl. zum Sachenrecht Rn. 38.

¹³⁹ A. A. J. F. Hoffmann, Zession (2012), S. 89 ff., aus dessen Sicht sich ein Numerus clausus bei Forderungsrechten nicht mit Verkehrsschutz begründen lässt, wohl aber mit Schuldnerschutz.

¹⁴⁰ Statt vieler J. Lieder, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 10, 10.1 m. w. N.

¹⁴¹ In Betracht kommt auch eine Verpflichtung, in Bezug auf eine bestimmte Sache Realakte vorzunehmen, zum Beispiel eine Sache herauszugeben.

¹⁴² Vgl. J. Lieder, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 10.2 ff.

anderes gilt nur in den gesetzlich zugelassenen Fällen, insbesondere nach § 399 Var. 2 BGB für die Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner, eine bestehende Forderung solle unabtretbar werden.¹⁴³ Eine unzulässige Wesensveränderung kann auch nicht im Rahmen der Übertragung einer Forderung erfolgen. Verfügungen über Forderungen können insgesamt nur mit der Wirkung geschehen, die das Gesetz vorsieht.

2. Zweite Prämisse: isolierte Zession als unzulässig abgeschwächte Abtretung

Man kann festhalten: Die Privatautonomie lässt sich nicht für die Zulässigkeit der Einzelabtretung ins Feld führen, da dieser Grundsatz nicht für Verfügungsgeschäfte wie die Zession gilt.¹⁴⁴ Aber streitet umgekehrt die zwingende Wirkung der Abtretung gegen die Möglichkeit einer Separatzession? Das kommt auf den Inhalt der Abtretung an. Richtig liegen das Kammergericht¹⁴⁵ und Leonhard¹⁴⁶, wenn sie darauf hinweisen, dass das Wesen der Abtretung im vollständigen Übergang des Rechts vom Zedenten auf den Zessionär besteht. Ließe man nämlich eine qualitativ nur teilweise Übertragung des Forderungsrechts zu, würde das auf die privatautonome Schaffung einer eigenständigen Art von Forderung hinauslaufen, was dem vorab hergeleitetenforderungsrechtlichen Typenzwang widerspräche. Bei der Abtretung einer Forderung aus einem Gesamtschuldverbund liegt ein „vollständiger Übergang des Forderungsrechts“ aber auch dann vor, wenn nur eine einzelne Gesamtschuldforderung abgetreten wird.¹⁴⁷ Denn die Untersuchung der Struktur einer Gesamtschuld hat die Eigenständigkeit der in ihr zusammengefassten Forderungen aufgezeigt.¹⁴⁸ Der Gläubiger kann von jedem Gesamtschuldner gesondert die ganze Leistung verlangen. Jede dieser Einzelbeziehungen erfüllt vollständig die Merkmale einer Forderung und kann darum mit vollständiger Abtretungswirkung gesondert auf einen neuen Gläubiger übertragen werden. Dabei wird kein qualitativer Teil der Forderung zurückgehalten, weil die Verbindung der Einzelforderungen in der Gesamtschuld nicht forderungsrechtlicher, sondern gesamtschuldnerischer Natur ist. Nur über die Rechtstatsachen mit Gesamtwirkung nach den §§ 422–425 BGB ist das Schicksal

¹⁴³ Ein rechtsgeschäftliches Abtretungsverbot nach § 399 Var. 2 BGB untersagt eine Abtretung nicht nur schuldrechtlich, sondern macht die Forderung an sich unabtretbar.

¹⁴⁴ *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (164).

¹⁴⁵ KG Berlin, Urteil v. 20.04.1998, KG Report 1998, S. 205 (206), leicht modifiziert dargestellt.

¹⁴⁶ *R. Leonhard*, Das Recht 1911, S. 241 (244).

¹⁴⁷ So auch *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 19. Sonst finden sich hierzu keine Äußerungen.

¹⁴⁸ Ein qualitativ vollständiger Übergang i.S. des Übergangs „der“ ganzen Gesamtschuldforderung kommt schon strukturell nicht in Betracht, da eine Gesamtschuld aus mehreren rechtlich selbständigen Forderungen besteht.

der einzelnen Forderungen miteinander verbunden.¹⁴⁹ Wenn eine Abtretung einzelne Forderungen absondert, mag das den klassischen Verbund einer Gesamtschuld aufbrechen, hat aber nichts mit der zwingenden Wirkung einer Abtretung zu tun.

II. Fazit

Man kann zusammenfassen: Tritt ein Gläubiger eine einzelne Gesamtschuldforderung ab, verstößt das nicht gegen die gesetzlich zwingende Wirkung einer Forderungsübertragung. Die Natur des § 398 BGB hindert eine isolierte Zession nicht.

§ 4 Ausschluss einer isolierten Zession nach § 399 BGB

Nachdem nun festgestellt wurde, dass die isolierte Zession weder mit dem Wesen der Gesamtschuld noch mit dem des Forderungsübergangs an sich kollidiert, bleibt noch ein möglicher Konflikt mit § 399 BGB zu erwägen. Nach dieser Verbotsnorm kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann (Var. 1) oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist (Var. 2).

I. Vertragliches Abtretungsverbot

Zunächst ist an ein vertragliches Abtretungsverbot nach § 399 Var. 2 BGB zu denken.¹⁵⁰ Ein solches *pactum de non cedendo* verpflichtet den Gläubiger nicht nur, eine Abtretung zu unterlassen, sondern sie nimmt der Forderung selbst die ihr wesensmäßig zugeordnete Abtretbarkeit.¹⁵¹ Das vertragliche Abtretungsverbot hat also

¹⁴⁹ Ein vollständiger Übergang i. S. des Übergangs aller Einzelforderungen kommt strukturell zwar in Betracht, wird aber vom Recht der Abtretung nicht gefordert, da die Verbindung der Einzelforderungen, wie dargelegt, nur mittels gesamtschuldnerischer Gesamtwirkungen besteht.

¹⁵⁰ Ausführlich zu § 399 Var. 2 BGB *J. Lieder*, Sukzession (2015), S. 181 ff.

¹⁵¹ Nach einer Ansicht liegt darin eine Durchbrechung des in § 137 S. 1 BGB normierten Grundsatzes, nach dem die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Nach h. M. hingegen bezieht sich ein rechtsgeschäftliches Abtretungsverbot nicht auf die Verfügungsbefugnis über eine Forderung, sondern auf die Forderung selbst: Durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner wird der Forderung ihre grundsätzlich bestehende Eigenschaft der Übertragbarkeit genommen. Dies kann schon bei Begründung der Forderung (durch Inhaltsbestimmung) oder auch nachträglich (durch Inhaltsänderung im Wege eines Schuldabänderungsvertrags nach § 311 I BGB) erfolgen. Ein schon seinem Inhalt nach unveräußerliches Recht kann unabhängig von der

unmittelbar rechtsgestaltende („dingliche“), nämlich rechtsbeschränkende Wirkung.¹⁵² Eine abredewidrige Abtretung ist unwirksam.¹⁵³

Das vertragliche Abtretungsverbot wirkt im Grundsatz nach § 425 I BGB nur gegenüber demjenigen Gesamtschuldner, mit dem der Gläubiger ein Abtretungsverbot vereinbart. Vereinbart der Gläubiger also mit einem einzelnen Gesamtschuldner, dass alle Forderungen aus der Gesamtschuld nicht abgetreten werden können, wirkt das Abtretungsverbot gleichwohl nur für die Forderung gegen diesen Gesamtschuldner; andere Gesamtschuldforderungen bleiben abtretbar.¹⁵⁴ Der Gläubiger kann aber auch – die Möglichkeit einer isolierten Zession einstweilen vorausgesetzt – mit einem der Gesamtschuldner vereinbaren, dass dessen Forderung nicht ohne die übrigen Gesamtschuldforderungen übertragen werden kann. Weil die Abtretbarkeit an diese Voraussetzung gekoppelt wird, liegt ein beschränkter Abtretungsausschluss vor. Ein solcher ist zulässig.¹⁵⁵ Ob der Gläubiger hingegen mit einem Gesamtschuldner wirksam vereinbaren, dass der Abtretungsausschluss ausnahmsweise auch für die anderen Gesamtschuldner gelten soll, ist zweifelhaft.¹⁵⁶

II. Gesetzliches Abtretungsverbot wegen Inhaltsänderung

Problematisch ist, ob die Übertragung einer einzelnen Gesamtschuldforderung wegen Verstoßes gegen § 399 Var. 1 BGB unwirksam¹⁵⁷ ist, weil die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann. Damit ist nicht die Änderung des Leistungsinhalts gemeint, die sich

Verfügungsbefugnis des Rechtsinhabers – und damit von § 137 S. 1 BGB – nicht übertragen werden. Zu alledem s. nur *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 52 m. w. N.

¹⁵² Statt aller *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 51 f.

¹⁵³ Die h. M. nimmt absolute Unwirksamkeit an; dazu und zum Streitstand s. *C. Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen (1998), S. 291 ff.; *A. Nefzger*, Vertragliche Abtretungsverbote (2013), S. 226 ff.; *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 65. Zu den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers über die absolute Wirkung rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote *P. Bülow*, NJW 1993, S. 901 f.

¹⁵⁴ *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 77.

¹⁵⁵ Dazu allgemein statt aller *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 53 m. w. N.

¹⁵⁶ Geht man von einem Vertrag zugunsten Dritter i. S. d. § 328 I BGB aus, ließe sich eine Zulässigkeit eventuell noch begründen, indem man ein Abtretungsverbot zugunsten Dritter mit einem pactum de non petendo zugunsten Dritter anstellt. Näher zum pactum de non petendo unter „Einforderungsverzicht zulasten des Zedenten“, ab S. 117. Zur Erklärung könnte man außerdem auf die Vereinbarung einer besonderen Gesamtwirkung des Abtretungsverbots abstellen (vgl. unter „Eine Frage der Gesamt- und Einzelwirkung?“, ab S. 267). Nicht zulässig sind jedenfalls prinzipiell Verfügungen zugunsten Dritter (s. Fn. 18 im 2. Kap. sowie den dazu gehörigen Haupttext). Da ein Abtretungsverbot nach § 399 Var. 2 BGB „dingliche“ Wirkung hat, kann es durchaus als eine unzulässige Verfügung zugunsten Dritter angesehen werden. Diese Randfrage kann hier dahinstehen.

¹⁵⁷ Folge ist hier unstr. die absolute Unwirksamkeit, s. nur *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 399 Rn. 49.

allein daraus ergibt, dass die Leistung infolge der Forderungsübertragung an einen anderen Gläubiger zu erbringen ist. Schließlich folgt dieser Umstand zwingend aus jeder Übertragung einer Forderung. § 399 Var. 1 BGB bezieht sich nur auf darüber hinausgehende Veränderungen, die eintreten, wenn der Schuldner seine Leistung an einen anderen Gläubiger erbringt.¹⁵⁸

1. Grundlagen

Die zweite Variante von § 399 BGB, das vertragliche Abtretungsverbot, war bereits vielfach Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchungen. Demgegenüber finden sich zu der ersten Normvariante, dem gesetzlichen Abtretungsverbot wegen Inhaltsänderung der Forderung, deutlich weniger Ausführungen. Deshalb sollen hierzu zunächst einige Grundlagen dargelegt werden.¹⁵⁹

a) Normkonkretisierung des § 399 Var. 1 BGB anhand von Fallgruppen

Wann die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann, lässt sich kaum trennscharf definieren. Man darf den Wortlaut einer „Inhaltsänderung“ der Leistung nicht zu eng verstehen. Es gilt ein spezieller zessionsrechtlicher Leistungsbegriff. Dabei richtet sich die Identität einer Leistung nicht nur nach dem Leistungsverhalten des Schuldners, sondern insbesondere auch nach dem Leistungserfolg eingedenk des Zwecks der Leistung.¹⁶⁰ Dieses weite Verständnis lässt sich mit dem wesentlichen Zweck von § 399 Var. 1 BGB erklären: dem Schutz des Schuldners.¹⁶¹ So soll § 399 Var. 1 BGB dem Schuldner einen Ausgleich dafür bieten, dass er grundsätzlich keinen Einfluss darauf nehmen kann, ob die gegen ihn gerichtete Forderung übertragen wird oder nicht. Wenn für den Schuldner aus dem Gläubigerwechsel unzumutbare Nachteile folgen, muss der Wechsel gemäß § 399 Var. 1 BGB unterbleiben. Dieser Schutz ist trotz der Möglichkeit des § 399 Var. 2 BGB notwendig, weil nur ein verhandlungsstarker Schuldner sich mittels eines rechtsgeschäftlichen Abtretungsverbots selbst vor einem Gläubigerwechsel schützen kann.

Um den diffusen Tatbestand des § 399 Var. 1 BGB leichter handhaben zu können, beurteilt man ihn gemeinhin anhand von Fallgruppen.

¹⁵⁸ Vgl. B. Windscheid/T. Kipp, Pandektenrecht (1984), S. 387 f. in Fn. 4.

¹⁵⁹ Instruktiv im Übrigen J. Lieder, Sukzession (2015), S. 203 ff.

¹⁶⁰ Lehrreich dazu E. Wagner, Vertragliche Abtretungsverbote (1994), S. 428 ff. Sogar Folgen einer Leistung sind einzubeziehen, wenn es um die Frage einer Inhaltsänderung geht. Dazu unter „Unabtretbarkeit nach § 399 Var. 1 BGB aus Gründen des Schuldnerschutzes“, ab S. 205.

¹⁶¹ Betont sei nochmals: Das ist nur der wesentliche Normzweck. Tatsächlich muss man den Zweck von § 399 Var. 1 BGB noch differenzierter betrachten. Ausführlich dazu unter „Disponibilität von § 399 Var. 1 BGB durch schuldnerseitige Zustimmung“, ab S. 208 – auch mit Nachweisen zum Meinungsstand bezüglich des Zwecks von § 399 Var. 1 BGB.

aa) Schrifttum

Je nach Literaturquelle werden die Fallgruppen des § 399 Var. 1 BGB teils unterschiedlich bezeichnet und zugeschnitten.¹⁶² Grundlegende Meinungsverschiedenheiten inhaltlicher Natur dürfen damit nicht verbunden sein.¹⁶³ Diese Arbeit benennt und begreift die Fallgruppen des § 399 Var. 1 BGB wie folgt.¹⁶⁴

(1) Höchstpersönliche Ansprüche

Anerkannt ist erstens die Fallgruppe der personengebundenen Ansprüche. Gemeint sind höchstpersönliche Ansprüche im engeren Sinne, also im Sinne einer inhaltlichen Bindung der Leistungspflicht an die Person des Gläubigers. Hier führt ein Wechsel der Person des Gläubigers notwendig zu einer Inhaltsänderung der Forderung,¹⁶⁵ weil die Leistung sich bei Erbringung an einen anderen Gläubiger in natürlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht¹⁶⁶ verändert. Ein Beispiel für die erste Variante ist der Anspruch auf eine ärztliche Operation, bei der ein Wechsel der zu operierenden Person den Leistungsinhalt verändern würde, weil die Operation spezifisch auf die Anatomie des jeweiligen Patienten abzustimmen ist.¹⁶⁷ Als ein weiteres Beispiel führen einige Autoren¹⁶⁸ den Anspruch des Arbeitnehmers auf Urlaub an. Das ergibt spätestens dann Sinn, wenn man den Inhalt der Leistung unter Berücksichtigung des Leistungszwecks bestimmt. Denn der Zweck einer individuellen Erholung lässt sich offensichtlich nicht erreichen, wenn eine andere Person Urlaub nehmen darf.

(2) Unabtretbarkeit mit Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnisses

Bei der zweiten Fallgruppe, der Unabtretbarkeit mit Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnisses, ändert eine Übertragung zwar nicht zwingend den Inhalt¹⁶⁹ der

¹⁶² Diesen Befund teilt auch *E. Wagner*, Vertragliche Abtretungsverbote (1994), S. 429 Fn. 88. Für eine formal andere Einteilung, aber offenbar ohne abweichende Ergebnisse z. B. *B. Kreße*, in: NK-BGB (2016), § 399 Rn. 2: i) unselbständige, ii) personengebundene und iii) zweckgebundene Ansprüche. Dasselbe gilt etwa für die Einteilung von *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 399 Rn. 4 ff.: i) Änderung des Leistungsinhalts, ii) höchstpersönliche Ansprüche und iii) Nebenrechte.

¹⁶³ Vgl. *B. Kreße*, in: NK-BGB (2016), § 399 Rn. 2, nach dem sich ein Streit über die Zuordnung zu einer Fallgruppe schon angesichts der einheitlichen Rechtsfolge nicht lohnt.

¹⁶⁴ Für die hier gewählte Benennung der Fallgruppen vgl. etwa *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 399 Rn. 7 f.; *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 4; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 29.

¹⁶⁵ *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 22.

¹⁶⁶ Instruktiv dazu *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 30 f.

¹⁶⁷ Beispiel angelehnt an *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 7.

¹⁶⁸ S. nur *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 31.

¹⁶⁹ Näher dazu noch unter „Unabtretbarkeit nach § 399 Var. 1 BGB aus Gründen des Schuldnerschutzes“, ab S. 205.

Leistung.¹⁷⁰ Trotzdem ist es dabei nach der Art des Schuldverhältnisses für den Schuldner nicht gleichgültig, an wen er zu leisten hat. Es handelt sich um höchstpersönliche Ansprüche in dem weiteren Sinne, dass der Schuldner ein schutzwürdiges Interesse hat, eine bestimmte Person als Gläubiger beizubehalten.¹⁷¹ Grund dafür kann eine besondere personale Bindung an den Gläubiger sein, zum Beispiel eine Vertrauensbeziehung.¹⁷² Diese Ratio liegt zahlreichen speziellen Abtretbarkeitsregelungen zugrunde, etwa § 613 S. 2 BGB für den Dienstvertrag, § 664 II BGB für den Auftrag, § 1092 BGB für beschränkte persönliche Dienstbarkeit und § 717 BGB für Gesellschafterrechte. Ein Beispiel bildet ferner die Unabtretbarkeit des Anspruchs auf Unterhalt in Natur, wenn man annimmt, dass der Inhalt dieser Unterhalteleistung unabhängig von der Person ist, der Unterhalt gewährt wird.¹⁷³ Darüber hinaus kann ein Gläubigerwechsel für den Schuldner unzumutbar sein, wenn er sonstige schutzwürdige Interessen für sich reklamieren kann oder wenn eine Forderungsübertragung bei dem Zedenten als unzulässige Rechtsausübung zu qualifizieren wäre.¹⁷⁴ Die Übergänge zu der ersten Fallgruppe sind fließend.¹⁷⁵

¹⁷⁰ So die herrschende Ansicht: *R. Weber*, in: RGRK (1976), § 399 Rn. 19; *K. W. Nörr*/ *R. Scheyhing*/W. Pöggeler, *Sukzessionen* (1999), S. 23; *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 22. I. E. ebenso z. B. *H. P. Westermann*, in: Erman (2017), § 399 Rn. 7, wenn er meint, eine Teilabtretung könne wegen Inhaltsänderung unzulässig sein. Wohl auch *G. Roth*/E.-M. *Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 399 Rn. 8 („Auswechseln des Gläubigers zwar rechtlich durchaus vorstellbar“) sowie *C. Grineberg*, in: Palandt (2018), § 399 Rn. 4 (Unabtretbarkeit kraft Leistungsinhalts umfasse drei Fallgruppen, von denen [nur] bei einer darauf abgestellt wird, dass sich der Inhalt der Leistung verändert). Vgl. ferner *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 54 f. Für eine weite Auslegung von § 399 Var. 1 BGB spricht der Normzweck, welcher darauf gerichtet ist, dass sich die Vertragsparteien darauf verlassen können, nicht im Nachhinein aufgrund einer Forderungszession zu einer überobligatorischen Leistung verpflichtet zu werden; so treffend *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 2.1. Offenbar enger hingegen *G. Baumgärtel*, AcP 156 (1956), S. 265 (271); *D. Valdini*, ZGS 2010, S. 442 (443).

¹⁷¹ Zu dem und dem Folgenden *G. Roth*/E.-M. *Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 399 Rn. 24 f.

¹⁷² Vgl. BGH, Urteil v. 30.10.2009, NJW 2010, S. 1074 (1076): „Eine Inhaltsänderung ist unter anderem dann gegeben, wenn der Gebrauch einer Sache einem anderen als dem ursprünglich Berechtigten überlassen werden soll; denn die Person des Benutzers ist wesentlich für das Vertrauen, das der Überlassende hinsichtlich der pfleglichen Behandlung der Sache hat“. *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 8, 13 ordnet eine Unabtretbarkeit aufgrund einer Vertrauentscheidung – abweichend zur hiesigen Auffassung – bei der Wahl des Gläubigers in die Fallgruppe der höchstpersönlichen Ansprüche ein.

¹⁷³ Beispiel nach *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 26. Für eine Einordnung in die Fallgruppe der höchstpersönlichen Forderungen i. e. S. hingegen etwa BGH, Urteil v. 04.12.2009, NJW-RR 2010, S. 1235 Rn. 14. Unter Berücksichtigung des Zwecks der Unterhaltsgewährung ist das gut vertretbar.

¹⁷⁴ A. A. *G. Baumgärtel*, AcP 156 (1956), S. 265 (271).

¹⁷⁵ *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 22. Das zeigt sich z. B. daran, dass die erste und zweite Fallgruppe zwar übereinstimmend anerkannt, aber konkrete Fallbeispiele größtenteils genau unterschiedlich in die beiden Gruppen eingeordnet werden bei *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 30 ff. einerseits und *G. Roth*/E.-M. *Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 399 Rn. 9 ff. andererseits. Die Abgrenzung der Fallgruppen kann

(3) Rechtlich unselbständige Rechte

Drittens ist ein Ausschluss der Übertragbarkeit bei *unselbständigen Ansprüchen* und anderen Rechten wie etwa Gestaltungsrechten anerkannt. Solche Ansprüche können nicht aus dem rechtlichen Zusammenhang herausgelöst werden, in dem sie stehen. Nicht isoliert übertragbar ist danach zum Beispiel der Anspruch auf Eigentumsherausgabe aus § 985 BGB als dinglicher Hilfsanspruch zur rechtlichen Durchsetzung eines absolut geschützten Rechts.¹⁷⁶

bb) Rechtsprechung

Der Bundesgerichtshof dürfte inhaltlich dasselbe Verständnis von § 399 Var. 1 BGB haben wie die Literatur. Er definiert den Übertragungsausschluss wegen Inhaltsänderung einer Forderung wie folgt:¹⁷⁷ Erstens liege der Ausschlussgrund vor, wenn der Gläubigerwechsel rechtlich nicht vorstellbar sei, weil unselbständige akzessorische Ansprüche in Rede stehen oder weil die Leistung auf höchstpersönlichen Ansprüchen des Berechtigten beruhe, die nur er selbst erheben könne (etwa Pflege im Rahmen von Altenteilsleistungen). Zweitens wenn ein Gläubigerwechsel zwar rechtlich vorstellbar, das Interesse des Schuldners an der Beibehaltung einer bestimmten Person als Gläubiger aber besonders schutzwürdig sei.¹⁷⁸ Drittens wenn ohne Veränderung des Leistungsinhalts die dem Gläubiger gebührende Leistung mit seiner Person derart verknüpft sei, dass die Leistung an einen anderen Gläubiger als eine andere Leistung erscheinen würde (zum Beispiel Opferentschädigung wegen Verstoßes gegen die EMRK¹⁷⁹). Das dürfte der Fall sein, wenn die Leistung ihren Zweck nur erreichen kann, wenn sie an einen bestimmten Gläubiger erbracht wird.¹⁸⁰

entscheidend sein, wenn es darum geht, ob der Schuldner sich des Schutzes durch § 399 Var. 1 BGB mittels einer Zustimmung begeben kann. Dazu unter „Disponibilität von § 399 Var. 1 BGB durch schuldnerseitige Zustimmung“, ab S. 208.

¹⁷⁶ Statt vieler *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 43.

¹⁷⁷ St. Rspr., s. nur BGH, Urteil v. 04.12.2009, NJW-RR 2010, S. 1235 (1236); BGH, Urteil v. 24.03.2011, NJW, S. 2296 (2298); BGH, Urteil v. 31.07.2013, S. 3647 (3648) jeweils m. w. N.

¹⁷⁸ BGH, Urteil v. 24.10.1985, BGHZ 96, S. 146 (149). Unter diese Fallgruppe fasst der BGH insbesondere die beiden Fälle, dass der Schuldner bei einem Gläubigerwechsel inhaltlich etwas anderes als ursprünglich geschuldet zu leisten hat sowie dass „die Leistungshandlung als solche im Hinblick auf den Empfänger einen besonderen Charakter annimmt, obwohl die geforderte Handlung des Schuldners sich nicht verändert“. Letzteres könnte freilich auch unter die dritte Fallgruppe des BGH gefasst werden.

¹⁷⁹ Diese Entscheidung scheint im Widerspruch dazu zu stehen, dass Schmerzensgeldansprüche nach allgemeiner Ansicht pfändbar (und isoliert abtretbar) sind. Begründet wird die Unterscheidung in BGH, Urteil v. 24.03.2011, NJW, S. 2296 Rn. 42 ff. wie folgt: Die Zuerkennung einer Opferentschädigung liege im billigen Ermessen des Gerichtshofs und ziele auf eine gerechte Entschädigung, die einen Ausgleich im Hinblick auf die immateriellen Schäden wegen der erlittenen Menschenrechtsverletzung bewirken solle. Die Entschädigung sollte unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit ausdrücklich dem Schuldner zugutekommen. Andernfalls hätte der Gerichtshof diesen Anspruch nicht zugebilligt. Näher dazu *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 399 Rn. 10.

b) Gesetzeshistorischer Hintergrund und Tragweite der Fallgruppen

Unangesprochen bleibt meist, woher die anerkannten Fallgruppen des § 399 Var. 1 BGB röhren und ob sie abschließend sind. Der Gesetzgeber hatte den heutigen § 399 Var. 1 BGB im ersten BGB-Entwurf als damaligen § 295 I wie folgt gefasst:

„Eine Forderung, welche von einer nicht übertragbaren Eigenschaft des Gläubigers abhängt, oder bei welcher die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht möglich ist, oder deren Inhalt durch die Leistung an einen anderen Gläubiger verändert werden würde, ist nicht übertragbar.“

In den Motiven heißt es dazu: „Die Bestimmung dürfte alle in Betracht kommenden Fälle betreffen.“ Der Gesetzgeber zeigte sich damit zuversichtlich, mit der Normierung alle Fälle abzudecken, in denen die Übertragbarkeit einer Forderung ausgeschlossen ist. Einschränkend hat er jedoch bekundet, dass die Aufzählung der Fälle nur abschließend sein „dürfte“. Damit hat der Gesetzgeber Raum für weitere Anwendungsfälle gelassen. Einen abschließenden Abtretungsausschluss wollte er nicht normieren.

Mit dem zweiten BGB-Entwurf (dort § 434 Var. 1) wurde der gesetzliche Abtretungsausschluss dahingehend umformuliert, dass eine Forderung nicht abgetreten werden kann, „wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann“. Diese Fassung entspricht dem heutigen § 399 Var. 1 BGB. Aus Sicht der Gesetzesverfasser sollte diese Neuformulierung bloß eine sprachliche Verdeutlichung und Straffung, nicht aber eine inhaltliche Änderung der Norm bewirken.¹⁸¹ Die „Inhaltsänderung“ einer Leistung im Fall einer Forderungsübertragung ist demnach als ein Oberbegriff zu verstehen, welcher die Bindung der Forderung an eine nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubigers sowie die Unmöglichkeit einer (inhaltsgleichen) Leistungserbringung an einen anderen Gläubiger umfasst. Dies dürfte im Hinblick auf den Inhalt (wenn auch nicht hinsichtlich der Wortwahl) den heute anerkannten Fallgruppen der höchstpersönlichen Ansprüche im engeren und weiteren Sinne entsprechen. Die Fallgruppe der unselbständigen Ansprüche wird in den Gesetzesmaterialien zwar nicht konkret in den Erläuterungen zu § 399 Var. 1 BGB angesprochen, dafür aber in den einleitenden Ausführungen zu § 399 BGB allgemein aufgegriffen.¹⁸² Zumindest implizit erkennt der Gesetzgeber dabei den Ausschluss der Übertragbarkeit von „Nebenforderungen“ in Ausnahmefällen an.¹⁸³ Ein entsprechender Abtretungsausschluss lässt sich nur unter die erste Variante des § 399 BGB fassen.

Es lässt sich mithin festhalten, dass die drei eingangs dargestellten Fallgruppen des Abtretungsausschlusses wegen Inhaltsänderung der Forderung der Gesetzes-

¹⁸⁰ Vgl. zur Zweckverfehlung BGH, Urteil v. 17.03.2016, NJW 2016, S. 1451 (1452).

¹⁸¹ Vgl. Protokolle BGB, Bd. 1 (1897), S. 384. S. statt aller G. Roth/E.-M. Kieninger, in: MüKo-BGB (2016), § 399 Rn. 6.

¹⁸² Gemeint ist § 399 BGB in seiner damaligen Fassung als § 295 des ersten BGB-Entwurfs.

¹⁸³ Vgl. Fn. 213 und den dazu gehörigen Haupttext in diesem Kap.

historie entspringen. Sie sind aber nicht abschließend.¹⁸⁴ Außerdem sind die historisch überkommenen Fallgruppen unscharf konturiert. Ob eine bestimmte Art von Forderung hierunter zu subsumieren ist, muss daher ohnehin aufgrund einer Wertung im Einzelfall entschieden werden. So soll es im Folgenden im Hinblick auf gesamtschuldnerische Forderungen geschehen, die gesondert übertragen werden.

2. Gesamtschuldforderungen als unselbständige Ansprüche?

Die Separatübertragung einer gesamtschuldnerischen Forderung könnte der Fallgruppe unterfallen, in der Forderungen wegen rechtlicher Unselbständigkeit nicht isoliert abtretbar sind. Ein Anspruch kann wegen rechtlicher Unselbständigkeit nicht selbständig übertragen werden, wenn die Leistung an einen anderen als den Gläubiger der Hauptforderung nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann.¹⁸⁵ Unselbständige Ansprüche sind also nicht isoliert übertragbar, weil sie dadurch zu *selbständigen* Ansprüchen avancieren würden, obwohl sie dazu ihrem Inhalt nach nicht gedacht sind.¹⁸⁶ Wann ein Anspruch nach seinem Inhalt als unselbständig anzusehen ist, ist eine Wertungsfrage, die man durch Auslegung des jeweiligen Regelungskonzepts beantworten muss, in das der Anspruch eingebettet ist.¹⁸⁷ Letztlich ist der gesetzgeberische Wille entscheidend dafür, ob bestimmte Forderungen zwingend in der Hand desselben Gläubigers bleiben müssen oder nicht. Wo dieser Wille nicht klar zu Tage tritt, kann man zum Beispiel im Rahmen teleologischer Folgeerwägungen berücksichtigen, ob die Trennung zweier Ansprüche zu (wirtschaftlich) unsinnigen Ergebnissen führt, vor denen die Beteiligten zu schützen sind. Zwingend dürften solche Schutzerwägungen aber nur selten sein. Soweit es den Gegenstand dieser Arbeit betrifft, wird dies nachfolgend entfaltet.

a) §§ 401 I und 399 Var. I BGB – vom herrschenden Symmetriedogma

Weitgehende Einigkeit besteht dahingehend, dass zumindest bestimmte Nebenrechte im Sinne von § 401 I BGB in die Gruppe der rechtlich unselbständigen Ansprüche fallen und deswegen nicht selbständig abtretbar sind. Nach ganz herrschender Ansicht kann der Gläubiger zum Beispiel einen Bürgschaftsanspruch nicht

¹⁸⁴ Ähnlich *K. W. Nörr/R. Scheyhing/W. Pöggeler*, *Sukzessionen* (1999), S. 20, wonach solche Einteilungen weder der Deduktion zugänglich seien noch Vollständigkeit erreichen könnten.

¹⁸⁵ Vgl. *H. Reichel*, *Schuldmitübernahme* (1909), S. 458.

¹⁸⁶ Vgl. für die isolierte Übertragung eines Sicherungsrechts *E. Becker-Eberhard*, *Sicherungsrechte* (1993), S. 503.

¹⁸⁷ Vgl. *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: *MüKo-BGB* (2016), § 399 Rn. 18, nach denen eine Abgrenzung in allgemeiner Form nicht eindeutig gezogen, sondern nur von Fall zu Fall festgelegt werden könnte, wobei der vernünftige Sinn bzw. das schutzwürdige Interesse an einer Abtretbarkeit das maßgebliche Wertungskriterium abgeben dürfe.

ohne die Hauptforderung abtreten.¹⁸⁸ Ob alle Nebenrechte oder nur bestimmte nicht gesondert abtretbar sind, wird unterschiedlich beurteilt. In einem bunten Bild an Meinungen werden beispielsweise als unabtretbar eingestuft: Nebenrechte allgemein¹⁸⁹, akzessorische Sicherungsrechte¹⁹⁰, akzessorische Rechte¹⁹¹ und unselbständige Nebenrechte¹⁹², akzessorische Nebenrechte¹⁹³ oder (strenge) akzessorische Ansprüche¹⁹⁴. Ob sich hinter diesen verschiedenen Begriffen stets ein inhaltlich abweichendes Verständnis verbirgt, darf bezweifelt werden. So resümieren zahlreiche Autoren übereinstimmend, dass Nebenrechte, die nach oder analog § 401 I BGB automatisch zusammen mit einem anderen Recht übergehen, zugleich solche sind, die nach § 399 Var. 1 BGB nicht selbstständig abgetreten werden können.¹⁹⁵ Das Mitlaufgebot des § 401 I BGB ist nach der herrschenden Lehre also das *Spiegelbild* zu dem Trennungsverbot des § 399 Var. 1 BGB.

Nur wenige Autoren setzen sich davon ab, indem sie die Parallele von Mitlaufgebot und Trennungsverbot lediglich als einen Grundsatz beschreiben, der in Ausnahmefällen durchbrochen werden könne. So gebe es Rechte, die zwar

¹⁸⁸ Nicht immer mit dogmatischer Anknüpfung (an § 399 Var. 1 BGB) etwa BGH, Urteil v. 20.06.1985, BGHZ 95, S. 88 (93); BGH, Urteil v. 19.09.1991, BGHZ 115, S. 177 (183). Aus der Lit. statt vieler *N. Horn*, in: Staudinger (2012), § 765 Rn. 248; *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 39; *M. Habersack*, in: MüKo-BGB (2017), § 765 Rn. 52; *S. Madaus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 765 Rn. 143 ff. Nur ausnahmsweise könne eine Bürgschaftsforderung gesondert abgetreten werden, insb. wenn die Hauptschuld aus Gründen untergehe oder ermäßigt werde, die auf Vermögensverfall des Hauptschuldners zurückzuführen seien. S. dazu BGH, Urteil v. 25.11.1981, BGHZ 82, S. 323 (328 f.) sowie *M. Habersack*, in: MüKo-BGB (2017), § 765 Rn. 52 Fn. 233. A. A. (Bürgschaftsforderung stets isoliert abtretbar) *P. Bydlinski*, ZIP 1989, S. 953 (957).

¹⁸⁹ *H. P. Westermann*, in: Erman (2017), § 399 Rn. 10.

¹⁹⁰ *U. Theobald*, Gesamthaftungsverhältnisse (1994), S. 31; *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 399 Rn. 19.

¹⁹¹ *W. Fikentscher/A. Heinemann*, Schuldrecht (2017), Rn. 727.

¹⁹² *M. Rohe*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 399 Rn. 9.

¹⁹³ *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 399 Rn. 7; *R. Schulze*, in: HK-BGB (2019), § 399 Rn. 4.

¹⁹⁴ *K. Schreiber*, in: Soergel (2010), § 399 Rn. 3; *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 38; *W. Rosch*, in: jurisPK-BGB (2017), § 399 Rn. 18: akzessorische Ansprüche und (unselbständige) Nebenrechte. Ähnlich *E. Wagner*, Vertragliche Abtretungsverbote (1994), S. 64.

¹⁹⁵ *J. Schürnbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 132; *B. Kreße*, in: NK-BGB (2016), § 399 Rn. 2; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 399 Rn. 7; *R. Schulze*, in: HK-BGB (2019), § 399 Rn. 4. Wohl ebenso *M. Rohe*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 398 Rn. 43, § 399 Rn. 9. Vermutlich auch *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 38; *W. Rosch*, in: jurisPK-BGB (2017), § 398 Rn. 18; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 40.1, § 401 Rn. 2, 3.3, die den Grad der Akzessorietät eines Nebenrechts als entscheidend ausmachen, dabei aber unklar lassen, ob er entscheidend dafür sein soll, ob das Nebenrecht *insgesamt* unter § 401 I BGB analog und § 399 Var. 1 BGB fällt, oder vielmehr dafür, ob es zwar von § 401 I BGB analog (schon bei weniger Akzessorietät anwendbar), *nicht* aber von § 399 Var. 1 BGB (erst bei mehr Akzessorietät anwendbar) erfasst wird. Unklar *K. Schreiber*, in: Soergel (2010), § 401 Rn. 1, nach dem zumindest Pfandrechte und Bürgschaft nicht isoliert abtretbar sind, ohne dass dies explizit auf § 399 BGB gestützt würde.

selbständig abtretbar seien, also nicht unter § 399 Var. 1 BGB fielen, aber dennoch dem Hauptrecht analog § 401 I BGB nachfolgten, wenn dieses übertragen werde (beispielsweise Zinsansprüche).¹⁹⁶ Ähnlich hat sich der Bundesgerichtshof positioniert.¹⁹⁷ Überdies wird vertreten, dass jene Nebenrechte, die in § 401 I BGB explizit genannt sind, nicht isoliert übertragbar seien, wohingegen solche Nebenrechte, auf die § 401 I BGB analog anwendbar sei, selbständig den Gläubiger wechseln könnten.¹⁹⁸ Begründungen zu den jeweiligen Ansichten gibt es in der Regel keine.

Die Debatte ist hier insofern von Belang, als auch eine Gesamtschuldforderung im Verhältnis zu der anderen ein Nebenrecht gemäß § 401 I BGB sein könnte. Für Gesamtschulden mit Sicherungszweck entspricht das sogar der herrschenden Meinung.¹⁹⁹ Sofern (bestimmte) gesamtschuldnerische Forderungen Nebenrechte wären, würde das nach der überwiegenden Literaturansicht dazu führen, dass sie wegen § 399 Var. 1 BGB nicht gesondert übertragen werden können.²⁰⁰ Dieser Befund stellt einen Bruch dazu dar, dass fast alle eine isolierte Übertragung gesamtschuldnerischer Forderungen ohne Ausnahmen zulassen.²⁰¹ Weite Teile der herrschenden Meinung verstricken sich hier in einen Widerspruch.²⁰²

Ob respektive welche Gesamtschuldforderungen tatsächlich Nebenrechte gemäß § 401 I BGB sind, wird im fünften Kapitel dieser Arbeit untersucht, wo es um die

¹⁹⁶ Indirekt *H. P. Westermann*, in: Erman (2017), § 399 Rn. 10 gegenüber § 401 Rn. 1. Ausdrücklich *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 401 Rn. 1. Vgl. auch *D. Reinicke/K. Tiedtke*, Kreditsicherung (2006), S. 19.

¹⁹⁷ BGH, Urteil v. 23.03.2010, BGHZ 185, S. 74 Rn. 15: Rechte im Sinne des § 401 BGB (ob in direkter oder analoger Anwendung) könnten nicht selbständig abgetreten werden, sondern gingen *grundsätzlich* mit dem Hauptanspruch auf den neuen Gläubiger über. Vgl. aber auch BGH, Urteil v. 19.09.2017, NJW 2017, S. 3525 Rn. 15: „Dementsprechend geht der Anspruch aus § 87c II HGB mit der Abtretung des Provisionsanspruchs entsprechend § 401 BGB auf den Abtretungsempfänger über. Damit sind die Ansprüche aus § 87c II HGB nicht selbstständig pfändbar.“

¹⁹⁸ *W. Rosch*, in: jurisPK-BGB (2017), § 401 Rn. 3; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 401 Rn. 1. Damit setzen sich die Autoren in Widerspruch zu ihren Kommentierungen von § 399 BGB (s. Fn. 195 in diesem Kap.). Dort nämlich bezeichnen sie auch Nebenrechte als unabtretbar, die in § 401 I BGB nicht genannt sind (z. B. den Anspruch auf Rechnungslegung) und scheinen ihr Postulat einer Spiegelbildlichkeit der Anwendungsbereich der §§ 399 Var. 1 und 401 I BGB unabhängig von einer direkten oder analogen Anwendbarkeit aufzustellen.

¹⁹⁹ Dazu Fn. 48 f., 64 f. im 5. Kap.

²⁰⁰ So in der Tat *G. Weigelin*, Schuldbeitritt (1941), S. 92 f. für gesamtschuldnerische Forderungen aus einem sichernden Schuldbeitritt.

²⁰¹ S. Fn. 12 in diesem Kap.

²⁰² Vgl. *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (172); *J. Schürenbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 136. Freilich kann man nicht mit Sicherheit klären, ob die Befürworter eines identischen Anwendungsbereichs von § 399 Var. 1 BGB und § 401 I BGB hiermit lediglich eine Grundregel formulieren wollten und Ausnahmen durchaus anerkennen. Formuliert haben sie das jedenfalls nicht.

Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Zession geht.²⁰³ An dieser Stelle kann die Einordnung offenbleiben, weil es ohnehin keinen Gleichlauf zwischen § 401 I BGB und § 399 Var. 1 BGB gibt, wie sogleich aufgezeigt wird. Daher muss nachstehend allein entschieden werden, ob gesamtschuldnerische Forderungen § 399 Var. 1 BGB unterfallen, ob sie nun Nebenrechte zueinander sind oder nicht.

b) Das Argument vom Erfordernis der Gläubigeridentität

Die herrschende Ansicht von der Symmetrie zwischen Mitlaufgebot und Trennungsverbot beruht offenbar auf einer Vorstellung der zwingenden Zusammengehörigkeit bestimmter Forderungen in der Hand ein und desselben Gläubigers. In Literatur²⁰⁴ und Rechtsprechung²⁰⁵ hat man eine derartige Zusammengehörigkeit (im Recht der akzessorischen Sicherheiten) unter dem Schlagwort „Erfordernis der Gläubigeridentität“ thematisiert.²⁰⁶ Danach habe der Gesetzgeber bestimmte Forderungen als so eng zusammengehörig konzipiert, dass sie zwingend in der Hand desselben Gläubigers liegen müssten.

Einen konkreten Begründungsansatz für das Erfordernis der Gläubigeridentität und seine Bedeutung für den allgemeinen Zusammenhang der §§ 399 Var. 1 und 401 I BGB bringt Schürnbrand vor.²⁰⁷ So seien akzessorische Sicherungsrechte des BGB in ihrer Zuständigkeit an das Hauptrecht gebunden. Dieses Erfordernis der Gläubigeridentität werde zwar nicht zwingend durch die Akzessorietät vorgegeben. Schließlich sei eine dauernde Abhängigkeit des Nebenrechts vom Hauptrecht auch bei der Zuordnung zu verschiedenen Gläubigern konstruktiv denkbar. Gleichwohl habe sich der Gesetzgeber dazu entschieden, ein Auseinanderfallen von Haupt- und Nebenrecht auch hinsichtlich der Zuständigkeit zu verhindern. Das werde deutlich anhand von § 1153 II

²⁰³ Dazu darstellend unter „Mittelbare Forderungsübertragung analog § 401 I BGB“, ab S. 238 sowie mit Stellungnahme für die Analogie zu § 401 I BGB unter „Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte nach § 401 I BGB?“, ab S. 249.

²⁰⁴ Dazu allgemein etwa *E. Becker-Eberhard*, Sicherungsrechte (1993), S. 329; *M. Habersack*, JZ 1997, S. 857 (862, 864 Fn. 87). Als Begründungsthese für die Untrennbarkeit von Bürgschafts- und Hauptforderung z. B. *M. Habersack*, in: MüKo-BGB (2017), § 765 Rn. 52 f.

²⁰⁵ Auch der BGH beschreibt die Untrennbarkeit von Bürgschafts- und Hauptforderung mit einem „Erfordernis der Gläubigeridentität“, s. BGH, Urteil v. 19.09.1991, BGHZ 115, S. 177 (183). Die Begründung für dieses Erfordernis: Zwischen Hauptschuld und Bürgschaftsforderung bestehe eine strenge Akzessorietät. Diese sei gemäß § 767 I BGB einerseits eine Bestandsakzessorietät. Andererseits bestehe sie in einer einheitlichen Rechtszuständigkeit auf Gläubigerseite (Zuständigkeitsakzessorietät). Denn nach § 765 I BGB verpflichte sich der Bürge durch den Bürgschaftsvertrag gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für dessen Verbindlichkeit einzustehen. Überdies gehe gemäß § 774 I I BGB die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen über, soweit dieser den Gläubiger befriedigt. Das Gesetz gehe mithin davon aus, dass der Gläubiger des Hauptschuldners und der Gläubiger des Bürgen sowohl bei Begründung der Bürgschaft als auch bei der Leistung des Bürgen ein und dieselbe Person seien.

²⁰⁶ Auch „Identitätsgebot“, Dogma der „Zuständigkeitsakzessorietät“ o. Ä. genannt.

²⁰⁷ *J. Schürnbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 132.

BGB („Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden.“) sowie § 1250 II BGB („Wird bei der Übertragung der Forderung der Übergang des Pfandrechts ausgeschlossen, so erlischt das Pfandrecht“). Das impliziert, Hypothek und Pfandrecht können nicht selbstständig ohne die gesicherte Forderung existieren. Für die Bürgschaft gelte trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung nichts anderes. Genannt sind diese drei akzessorischen Sicherungsrechte in § 401 I BGB. Schürnbrand führt aus, jene Norm diene insbesondere dazu, das Erfordernis der Gläubigeridentität zu bewahren, indem sie die betreffenden Nebenrechte und das Hauptrecht durch das Mitlaufgebot verbunden hält. Der Mitübergang kraft Gesetzes erfülle somit eine wesentliche Ordnungsfunktion. Das gelte auch für nicht ausdrücklich in § 401 I BGB genannte Rechte. Mit Schürnbrand gilt also das Erfordernis der Gläubigeridentität für *alle* Nebenrechte im Sinne von § 401 I BGB. Das erklärt, warum er auch § 399 Var. 1 BGB auf all diese Nebenrechte anwenden möchte. Sie alle müssten mit dem Hauptrecht durch ein und denselben Gläubiger verbunden bleiben: Bei der Übertragung des Hauptrechts ohne das Nebenrecht mithilfe von § 401 I BGB und bei der Übertragung des Nebenrechts ohne das Hauptrecht mithilfe von § 399 Var. 1 BGB. Das gesetzliche Verbot einer Abtretung wegen Änderung des Forderungsinhalts wird also fruchtbar gemacht, um das vermeintliche Erfordernis der Gläubigeridentität durchzusetzen. In dieser Funktion soll § 399 Var. 1 BGB das „Spiegelbild“ zu § 401 I BGB sein.

c) *Mitlaufge- und Trennungsverbot – Argumente für ein Schnittmengenprinzip*

Schürnbrands Ansatz ist zu pauschal. Nur weil der Gesetzgeber für bestimmte Nebenrechte, nämlich für die Hypothek und das Pfandrecht, ein Verbot der Trennung von der Hauptforderung kodifiziert hat,²⁰⁸ kann man nicht ohne Weiteres ableiten, dass dieses Trennungsverbot für alle Nebenrechte gilt. Zuerst müsste man sich der Frage stellen: Warum hat der Gesetzgeber das Trennungsverbot nicht auch für sonstige Nebenrechte wie etwa die Vormerkung oder den Zinsanspruch formuliert? Sofern er ein bewusstes, konsistentes Regelungskonzept verfolgt hat, könnte man mindestens ebenso gut den Gegenschluss ziehen, dass andere Nebenrechte als Hypothek und Pfandrecht von der Hauptforderung getrennt werden können.²⁰⁹

aa) Grundsatz der Eigenständigkeit von Nebenrechten

Aufschluss darüber, ob andere Nebenrechte als Hypothek und Pfandrecht von der Hauptforderung getrennt werden können, geben die Gesetzesmaterialien zum BGB. In den Motiven heißt es: „Uebrigens enthält [§ 401 I BGB] für den Fall der Abtretung

²⁰⁸ Vgl. auch § 6 I WEG, wonach der Miteigentumsanteil des Wohnungseigentümers am Gemeinschaftseigentum und das Sondereigentum eine zwingende Rechtseinheit bilden, nämlich das sogen. Wohnungs- oder Teileigentum. Dieses prinzipielle Trennungsverbot betrifft freilich nicht Forderungen, sondern Sachenrechte.

²⁰⁹ In diese Richtung E. Becker-Eberhard, Sicherungsrechte (1993), S. 502.

keine lex absoluta; vielmehr kann im Einzelfalle, soweit dies nach dem Gesetze möglich ist [anders etwa nach dem heutigen § 1153 II BGB], der Uebergang der Nebenrechte ausgeschlossen werden (...).²¹⁰ Demgemäß ist § 401 I BGB nach dem Willen des Gesetzgebers – und nach allgemeiner Ansicht in Rechtsprechung und Literatur²¹¹ – abdingbar. Dieser gesetzgeberische Wille würde hintertrieben, wenn man alle Nebenrechte unter den Abtretungsausschluss des § 399 Var. 1 BGB fasste. Das zeigt sich an dem Fall, dass Zedent und Zessionar nur ein Hauptrecht übertragen wollen: Sie könnten zwar vertraglich ausschließen, dass ein Nebenrecht analog § 401 I BGB mitübergeht. Dann wäre aber wegen des Trennungsverbots nach § 399 Var. 1 BGB die Übertragung des Hauptrechts gleich mitausgeschlossen. § 399 Var. 1 BGB gilt für unselbständige Rechte zwingend.²¹² Dass § 401 I BGB abdingbar ist, brächte Zedent und Zessionar also nichts. Schon deshalb können nicht alle Nebenrechte, die von § 401 I BGB erfasst werden, unter § 399 Var. 1 BGB fallen.

Außerdem haben die Gesetzesverfasser zu dem heutigen § 399 BGB ausdrücklich angemerkt, dass Nebenforderungen „prinzipiell auch ohne die Hauptforderung übertragen werden“ können.²¹³ Weiter heißt es, ausdrückliche Bestimmungen (wie die heutigen §§ 1153 II, 1250 II BGB für Hypothek und Pfandrecht) erschienen für die Abtretbarkeit des Anspruchs auf Konventionalstrafe oder der Bürgschaftsforderung nicht geboten. Nach Ansicht des Gesetzgebers sind Nebenrechte also im Grundsatz isoliert übertragbar. Folglich unterliegen andere Nebenrechte als Hypothek und Pfandrecht nur *im Ausnahmefall* einem gesetzlichen Abtretungsausschluss nach § 399 Var. 1 BGB.

Dieses Verständnis spiegelt sich in der allgemeinen Systematik der Forderungsübertragung wider. So kann eine Forderung gemäß § 398 BGB im Grundsatz übertragen werden, sofern die Übertragung nicht (ausnahmsweise) ausgeschlossen

²¹⁰ Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 124. Diese Motivstelle lädt zu dem Gegenschluss ein, dass § 401 BGB für den Fall der *cessio legis* nicht abbedungen werden kann. Mangels einer ausdrücklichen Äußerung hierzu bleibt ungewiss, ob die Verfasser des BGB das Mitlaufgebot für den gesetzlichen Forderungsübergang tatsächlich als zwingendes Recht verstanden. Sinnvoll ist ein solches Verständnis nicht, wenn man § 401 BGB als ein Mittel zur Umsetzung des typischen Parteiwillens hin zum Miterwerb von Nebenrechten einer Forderung begreift. Dieser typische Parteiwillen hängt nicht davon ab, aus welchem Grund – rechtsgeschäftlich oder gesetzlich – die Hauptforderung erworben wird. Es ist nicht einzusehen, warum die Parteien durch eine Abbedingung von § 401 BGB im Fall der Abtretung ihren „untypischen“ Parteiwillen dahingehend, ein Nebenrecht ausnahmsweise nicht erwerben zu wollen, verwirklichen können sollen, im Fall der *cessio legis* aber nicht. Für eine Abdingbarkeit von § 401 BGB auch beim gesetzlichen Forderungsübergang spricht schließlich, dass dabei § 401 BGB gemäß § 412 BGB entsprechend anzuwenden ist, d. h. mangels entgegenstehender Sonderwertungen der *cessio legis* so wie bei der Abtretung.

²¹¹ S. nur BGH, Urteil v. 19.09.1991, BGHZ 115, S. 177 (181); *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 401 Rn. 7 m. w. N.

²¹² Zumindest gilt diese Indisponibilität für die Fallgruppe der unselbständigen Ansprüche, vgl. *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 399 Rn. 50. Näher dazu noch Fn. 220 ff. im 4. Kap. sowie der betreffende Haupttext.

²¹³ Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 121.

ist – zum Beispiel nach § 399 BGB. Es gibt also ein gesetzliches Regel-Ausnahmeverhältnis zugunsten der Abtretbarkeit einer Forderung.²¹⁴ Dieses betont der Gesetzgeber nochmals in den Gesetzmätralien.²¹⁵ Demnach sehen sich Ausnahmen zur Abtretbarkeit einer Forderung einer besonderen Begründungslast ausgesetzt. Das gilt im Bereich der Abtretung umso mehr wegen der hier geltenden Sukzessionsfreiheit als Ausschnitt²¹⁶ der Privatautonomie. Jene ist verfassungsrechtlich geschützt und liegt im Interesse der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs. Um dementsprechend eine möglichst ungestörte Übertragung von Forderungen zu gewährleisten, muss man bei der Auslegung von Abtretungsbeschränkungen im Zweifel für die Abtretbarkeit entscheiden.²¹⁷

Sofern man den §§ 1153 II, 1250 II BGB eine allgemeine Wertung entnehmen möchte, ist nur der Schluss zulässig, dass *ähnliche* Nebenrechte wie Hypothek und Pfandrecht nicht von der Hauptforderung getrennt werden können. Diese Ähnlichkeit besteht allein bei solchen Nebenrechten, die erstens eine vergleichbar strenge inhaltliche Akzessorietät zu der Hauptforderung aufweisen und zweitens ausschließlich der Schuldssicherung dienen. Das erklärt sich wie folgt.

bb) Bedeutung strenger inhaltlicher Akzessorietät allein

Bereits aus der Eigenschaft einer strengen inhaltlichen Akzessorietät²¹⁸ könnte man folgern, dass die betreffenden Rechte zwingend in der Hand desselben Gläubigers wie die Hauptforderung sein müssen. Das lässt sich mit teleologischen Folgeerwägungen hinsichtlich einer hypothetischen Vereinzelung von inhaltlich streng akzessorischen Rechten begründen. Angesichts der Strenge ihrer inhaltlichen Akzessorietät hängen solche Nebenrechte in Bestand, Umfang und Durchsetzbarkeit nahezu vollständig von dem Hauptrecht ab. So liegt es zum Beispiel bei der Bürgschaft, wie das gesetzliche Leitbild der §§ 767 f. BGB veranschaulicht. Eine derart strenge Abhängigkeit eines Nebenrechts ließe sich, wie bereits eingewandt wurde²¹⁹, zwar auch bei seiner Abspaltung von dem Hauptrecht rechtskonstruktiv aufrechterhalten. Beispielsweise ist nicht ersichtlich, warum die Bürgenschuld entgegen § 767 I 1 BGB nicht mehr in Bestand und Umfang von der Hauptverbindlichkeit abhängen sollte, nur weil sie – die Zulässigkeit unterstellt – isoliert abgetreten wurde. Freilich bereitet eine auf unterschiedliche Gläubiger verteilte Rechtszuständigkeit bei

²¹⁴ Statt vieler *J. Busche*, in: Staudinger (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 43 ff. Krit. hingegen *C. Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen (1998), S. 245: Maßgeblich für die Abtretbarkeit sei die in § 399 BGB enthaltene, am mutmaßlichen Parteiwillen orientierte Differenzierung.

²¹⁵ Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 121.

²¹⁶ Vgl. Fn. 126 in diesem Kap.

²¹⁷ Instruktiv zu alledem *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 3.1 ff.

²¹⁸ Näher zum Prinzip der Akzessorietät unter „Akzessorietätsdogma“, ab S. 250.

²¹⁹ Vgl. *P. Bydlinski*, ZIP 1989, S. 953 ff.; *E. Becker-Eberhard*, Sicherungsrechte (1993), S. 331 f.; *J. Schürnbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 132.

inhaltlich streng akzessorischen Nebenrechten praktische Probleme. Die isolierte Inhaberschaft eines solchen Nebenrechts wäre wirtschaftlich entwertet,²²⁰ weil sie nicht mit einer nennenswerten Herrschaftsmacht über das Nebenrecht einhergeht. Schließlich würden sich wesentliche Rechtsveränderungen des Hauptrechts automatisch auf das Nebenrecht auswirken, ohne dass dessen Inhaber daran rechtlich irgendetwas ändern könnte. Mehr noch: Er kann solche Auswirkungen auf sein Nebenrecht nicht einmal erkennen, da er wenige Möglichkeiten hat, sich über Entwicklungen in Bestand, Umfang oder Durchsetzbarkeit des Hauptrechts zu informieren, liegt dieses doch in der Hand eines fremden Gläubigers. Somit ergibt sich aus der isolierten Inhaberschaft eines inhaltlich streng akzessorischen Nebenrechts erhebliche Rechtsunsicherheit.²²¹ Diese Folgen einer Vereinzelung sind grundsätzlich zu vermeiden. Sie sind dem Inhaber eines Nebenrechts wohl aber zuzumuten, wenn er sie selbst rechtsgeschäftlich – durch schuldspaltende Zession – herbeigeführt hat.²²²

cc) Bedeutung des Sicherungszwecks akzessorischer Rechte

Akzessorische Rechte könnten ferner deshalb unselbstständig sein, weil sie zu Sicherungszwecken ausschließlich an den Gläubiger der Hauptforderung gebunden sind. In diese Richtung argumentierte bereits Reichel. Zum Beispiel gehöre es zum Inhalt der Bürgenverpflichtung, dass der Bürge gerade gegenüber dem Gläubiger der Hauptforderung für die Erfüllung der Hauptschuld einstehe. Der Einstand gegenüber einem Dritten, der nicht Gläubiger der Hauptschuld sei, stelle mithin eine wesentliche Veränderung des Inhalts der Bürgenverpflichtung dar.²²³ Für diese Sichtweise scheint der Wortlaut jener Normen zu sprechen, in denen akzessorische Sicherungsrechte gesetzlich festgeschrieben sind. So verpflichtet sich der Bürge nach § 765 I BGB gerade „gegenüber dem Gläubiger eines Dritten“, ebenso wie der Eigentümer einer Mobilie gemäß § 1205 I 1 BGB seine Sache zur Bestellung eines Pfandrechts „dem Gläubiger“ übergibt oder wie der Eigentümer einer Immobilie eine Hypothek nach § 1113 I BGB in der Weise bestellt, dass „an denjenigen“, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer „ihm zustehenden Forderung“ aus dem Grundstück zu zahlen ist.

²²⁰ *W. Rosch*, in: *jurisPK-BGB* (2017), § 399 Rn. 18 erklärt damit ohne nähere Begründung seine pauschale (s. Fn. 195 in diesem Kap.) Ansicht, dass kraft Gesetzes mit der abgetretenen Forderung auf den neuen Gläubiger übergehende Nebenrechte nicht selbstständig abgetreten werden dürfen.

²²¹ Unter ähnlicher Rechtsunsicherheit muss auch der Schuldner eines isoliert übertragenen, inhaltlich streng akzessorischen Nebenrechts leiden. Er kann in vielen Fällen nicht wissen, ob er noch zu leisten hat oder ob seine Leistungspflicht durch eine Einwendung oder Einrede gegen die Hauptforderung ausgeschlossen ist. Das wird an späterer Stelle aufgegriffen, wenn es darum geht, ob die Gesamtschuldner einer isolierten Zession zustimmen müssen. Vgl. insb. unter „Prozessueller Effekt einer Gläubigerverdopplung“ ab S. 172 sowie Fn. 168 f. im 4. Kap.

²²² Vgl. dazu unter „Schutzbedürfnis des Zessionars“ ab S. 143.

²²³ *H. Reichel*, *Schuldmitübernahme* (1909), S. 459 für die Bürgschaft.

Nur weil sich der Sicherungsgeber nach diesen Formulierungen speziell gegenüber dem Gläubiger der Hauptschuld verpflichtet, kann man aber noch nicht ableiten, dass sich das Sicherungsrecht im Fall einer gesonderten Übertragung entgegen § 399 Var. 1 BGB in seinem Inhalt verändert. Denn eine Änderung der Person des Forderungsinhabers kann für sich genommen kein Übertragungshindernis sein, da es die typische Konsequenz jeder Forderungsübertragung ist.²²⁴ Man braucht ein zusätzliches Argument, um erklären zu können, dass akzessorische Rechte wegen ihres Sicherungszwecks nicht selbstständig übertragbar sind. Letztlich folgt dieses schlicht aus dem Willen des Gesetzgebers. Er hat für einige Nebenrechte die typusprägende Wertung getroffen, dass sie ausschließlich als Sicherungsrechte existieren können. Sie haben keinen Selbstzweck, sondern existieren ausschließlich, um ein anderes Recht zu sichern. Darum würde sich entgegen § 399 Var. 1 BGB der Inhalt eines akzessorischen Sicherungsrechts ändern, wenn es isoliert auf einen anderen Gläubiger übertragen und damit selbstständig würde.

Dieser ausschließliche Sicherungszweck akzessorischer Nebenrechte wird bereits anhand ihrer normativen Definition deutlich. Das folgt für das Pfandrecht aus § 1204 I BGB („zur Sicherung einer Forderung“) und für die Hypothek aus § 1113 I BGB („zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung“). Eine Bürgschaft wird nach § 765 I BGB „für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten“ übernommen. Die Vormerkung wird gemäß § 883 I 1 BGB „zur Sicherung des Anspruchs“ bestellt. Solche Rechte sind gemäß ihrem normativen Gepräge nicht dazu konzipiert, isoliert umlaufähig zu sein, beispielsweise als Handelsgüter. Die Grundschuld als Gegenbeispiel ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers „ein selbständiges Recht“²²⁵. Sie kann zwar sicherungshalber bestellt werden (s. § 1192 Ia BGB), muss es aber gemäß ihrer Grunddefinition in § 1191 BGB nicht. Sie kann genauso gut als isolierte Fremdgrundschuld oder als Eigentümergrundschuld nach § 1196 I BGB begründet werden. Bei einer Sicherungsgrundschuld macht der Sicherungszweck also nicht das gesetzliche Wesen der Grundschuld aus, sondern nur das Motiv ihrer Bestellung. Wird ein Recht für einen Gläubiger hingegen kraft gesetzlicher Definition allein zur Sicherung von dessen Hauptforderung bestellt, wäre die Zuständigkeit eines anderen Gläubigers für dieses Sicherungsrecht ein Systembruch.

Die gesetzgeberische Vorstellung von der Unselbstständigkeit inhaltlich streng akzessorischer, reiner Sicherungsrechte kommt auch in den Gesetzgebungsmaterialien zum Ausdruck. Das zeigt sich etwa anhand der Motive zu § 1153 II BGB. Danach lautet die Erklärung dafür, dass die Hypothek zwingend mit der Forderung übergehen müsse, im Wesentlichen: „Denn da die Hypothek *lediglich zur Sicherung der Forderung dient*, so kann sie nur dem jeweiligen Gläubiger zustehen; für einen früheren Gläubiger würde sie ein inhaltsloses und folglich nutzloses Recht sein.“ Das

²²⁴ C. v. Rintelen, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten (1996), S. 103 Fn. 131.

²²⁵ S. Motive BGB, Bd. 3 (1888), S. 779, wonach die Grundschuld im Gegensatz zu der nur um der Sicherung eines anderen Rechts willen bestehenden Hypothek „ihren Zweck lediglich in sich selbst“ hat.

Verbot einer isolierten Übertragung der Hypothek wurde als eine „Folgerung aus der akzessorischen Natur der Hypothek“ verstanden. Diese akzessorische Natur hat der Gesetzgeber wiederum insbesondere mit dem Sicherungszweck der Hypothek erklärt.²²⁶ Die gesetzgeberische Begründung für den heutigen § 1250 II BGB lautet ähnlich: „Die Zusammengehörigkeit²²⁷ der Forderung und des Pfandrechts muß aber dann in der negativen Richtung sich bethätigen, daß das Pfandrecht erlischt, weil es ohne die Forderung nicht existieren kann.“²²⁸ Die Gesetzverfasser haben die Existenzberechtigung von Hypothek und Pfandrecht somit allein in dem Zweck der Sicherung einer Hauptforderung gesehen. Ihnen erschien es daher als selbstverständlich, dass diese Sicherungsrechte erlöschen müssen, wenn sie von der Hauptforderung getrennt werden.²²⁹ Es war aus ihrer Sicht zwingend, dass sie jederzeit in der Hand desselben Gläubigers sind.²³⁰

dd) Schlussfolgerung: zwingende Gläubigeridentität nur bei streng akzessorischen, reinen Sicherungsrechten

Strenge Akzessorietät allein vermag die Unselbständigkeit eines Nebenrechts ansatzweise zu erklären, zwingend ergibt sich dessen Unselbständigkeit aber aus der zusätzlichen Eigenschaft des ausschließlichen Sicherungszwecks. Somit kann man ein Erfordernis der Gläubigeridentität bei anderen Nebenrechten als Hypothek und Pfandrecht nur annehmen, wenn sie ausschließliche Sicherungsrechte mit strenger inhaltlicher Akzessorietät sind. Das dürfte²³¹ für die Bürgschaft, die Schiffshypothek²³², die Vormerkung²³³ und wohl auch für den Anspruch eines Bauunternehmers nach § 650e BGB²³⁴ sowie des Inhabers einer Schiffswerft nach § 647a S. 1 BGB²³⁵

²²⁶ Motive BGB, Bd. 3 (1888), S. 706 f. Kursive Hervorhebung durch den Verfasser.

²²⁷ Dass damit die durch den Sicherungszweck bedingte Zusammengehörigkeit gemeint ist, liegt nahe. Die akzessorische Zusammengehörigkeit von Haupt- und Sicherungsrecht erscheint bloß als eine rechtstechnische Umsetzung des Sicherungszwecks.

²²⁸ Motive BGB, Bd. 3 (1888), S. 838 f.

²²⁹ Vgl. zur Vormerkung die Protokolle BGB, Bd. 3 (1899), S. 751: Dass die Forderung ohne die Vormerkung übertragen werden könnte und dass die Vormerkung dann als gegenstandslos geworden erlösche sei selbstverständlich.

²³⁰ Vgl. E. Becker-Eberhard, Sicherungsrechte (1993), S. 332: „Vorstellung von akzessorischen Sicherungsrecht als einem zu unselbständigem Leben unfähigen Anhängsel der Forderung“ (Anhängsel-Lehre).

²³¹ Eine ausführliche Untersuchung liegt außerhalb des Gegenstands dieser Arbeit.

²³² Die Schiffshypothek ist normiert in § 8 SchiffRG. Gegen ihre isolierte Abtretbarkeit etwa H. C. Schwenker, in: Erman (2017), § 648 Rn. 15. Für ein Erfordernis der Gläubigeridentität auch OLG Schleswig v. 02.06.2015, BeckRS 2015, 18013 in Rn. 32.

²³³ Nach wohl einhelliger Ansicht ist die Vormerkung nicht ohne den gesicherten Anspruch abtretbar, s. nur BGH, Urteil v. 17.06.1994, NJW 1994, S. 2947; J. Busche, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 39.

²³⁴ Eine Sonderstellung nimmt der Anspruch eines Bauunternehmers nach § 650e BGB auf Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück ein. Dieser Anspruch dient zwar

gelten. Solche Nebenrechte weisen den stärksten Grad an Akzessorietät auf, den man als Zuständigkeitsakzessorietät bezeichnen kann: Für sie muss derselbe Gläubiger rechtlich zuständig sein wie für die Hauptforderung. Sie gehen nach oder analog § 401 I BGB bei Übertragung des Hauptrechts zusammen mit diesem auf einen neuen Gläubiger über. Wird § 401 I BGB, der abdingbar ist,²³⁶ vertraglich ausgeschlossen, verhindert § 399 Var. 1 BGB, der für unselbständige Rechte zwingend gilt,²³⁷ die Übertragung des Hauptrechts ohne ein derartiges Nebenrecht.²³⁸ Haupt- und Nebenrecht bleiben somit in der Hand desselben, ursprünglichen Gläubigers. Geht es um die isolierte Übertragung eines Nebenrechts der beschriebenen Art, ist § 401 I BGB für die Hauptforderung nicht anwendbar und kann daher Haupt- und Nebenrecht nicht zusammenhalten. Hier greift allein das Verbot des § 399 Var. 1 BGB ein und schließt die isolierte Übertragung des Nebenrechts aus.²³⁹ Auch auf diese Weise verbleiben Haupt- und Nebenrecht in der Inhaberschaft desselben, ursprünglichen Gläubigers.

§ 401 I BGB und § 399 Var. 1 BGB überschneiden sich in Bezug auf akzessorische Nebenrechte mithin nur insoweit, als Nebenrechte betroffen sind, die zwingend in der Hand desselben Gläubigers wie die Hauptforderung sein müssen. Akzessorische Nebenrechte, für die das Erfordernis der Gläubigeridentität nicht gilt, können hingegen zwar von dem abdingbaren § 401 I BGB erfasst werden, sie unterfallen aber nicht dem zwingenden § 399 Var. 1 BGB. § 401 I BGB teilt also mit § 399 Var. 1 BGB die Ordnungsfunktion, das Erfordernis der Gläubigeridentität zu wahren. Er hat aber auch eine darüber hinausgehende Funktion: eine Transaktionserleichterung im typisierten Parteiinteresse. Rechte, die zwar nicht zwingend

ausschließlich der Sicherung der Werklohnforderung, ist zu dieser aber nicht streng akzessorisch; Letzteres trifft erst auf die zu bestellende Hypothek zu. Trotzdem ist die isolierte Übertragbarkeit des Anspruchs aus § 650e BGB nicht sinnvoll, da er auf Einräumung einer Hypothek gerichtet ist, die in derselben Hand liegen muss wie die damit gesicherte Werklohnforderung. Erwirbt ein Zessionar also nur den Anspruch aus § 650e BGB, wäre er auf die Bestellung eines Sicherungsrechts zugunsten einer anderen Person gerichtet, nämlich des Gläubigers der Werklohnforderung. Das spricht dafür, bereits für den Anspruch aus § 650e BGB das Erfordernis einer Gläubigeridentität bezüglich des Anspruchs auf Werklohnforderung anzunehmen. Für die Unzulässigkeit einer isolierten Abtretung des Anspruchs aus § 650e BGB auch *G. Molt*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.07.2018), § 650e Rn. 62.

²³⁵ Die Ausführungen aus der vorherigen Fn. gelten entsprechend. Gegen eine isolierte Abtretbarkeit auch hier *G. Molt*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.07.2018), § 647a Rn. 14.

²³⁶ S. Fn. 210 f. und den dazu gehörigen Haupttext in diesem Kap.

²³⁷ Zumindest gilt diese Indisponibilität für die Fallgruppe der unselbständigen Ansprüche, vgl. *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 399 Rn. 50. Näher dazu noch Fn. 220 ff. sowie der betreffende Haupttext im 4. Kap.

²³⁸ Anders für den Fall, dass die Hauptforderung ohne die Bürgschaft übertragen werden soll BGH, Urteil v. 19.09.1991, BGHZ 115, S. 177 (183 f.): Die Hauptforderung gehe wirksam über, während die Bürgschaft erlösche. Worauf deren Erlöschen dogmatisch zu stützen sei, wird nicht ganz klar. Vermutlich stellt der BGH auf eine Analogie zu § 1250 II BGB ab.

²³⁹ Ohne (ausdrückliche) dogmatische Anbindung an § 399 Var. 1 BGB, aber i. E. ebenso für isolierte Abtretung der Bürgschaftsforderung BGH, Urteil v. 19.09.1991, BGHZ 115, S. 177 (183).

zusammengehalten werden müssen, für die das aber sinnvoll ist²⁴⁰, gehen automatisch zusammen über, sofern die Parteien keinen entgegenstehenden Willen äußern.²⁴¹

*d) Implikation für Gesamtschuldforderungen:
kein Erfordernis der Gläubigeridentität*

Eine gesamtschuldnerische Forderung ist im Verhältnis zu einer anderen wegen des Grundsatzes der Einzelwirkung gemäß § 425 I BGB kein inhaltlich streng akzessorisches Recht. Außerdem existiert die Gesamtschuld nicht allein zu Zwecken der Schuldsicherung. Zwar hat der Gläubiger bei einer Gesamtschuld stets einen Vorteil größerer Sicherheit, weil er auf mehrere Schuldner zugreifen kann. Dieser Sicherungseffekt der Gesamtschuld ist aber nicht ihr eigentlicher Geltungsgrund. Ein Schuldner haftet gesetzlich nicht allein deshalb gesamtschuldnerisch neben einem anderen, um dessen Schuld abzusichern. Der Sinn einer Gesamtschuld dürfte primär darin liegen, mehrere Schuldner zu einer Tilgungsgemeinschaft zu verbinden, weil sie auf dasselbe Leistungsinteresse haften, das folglich auch nur einmal befriedigt werden soll. Jedenfalls ist die Gesamtschuld gesetzlich nicht als reines Sicherungsmittel entworfen wie etwa die Hypothek.²⁴² Die Gesamtschuld kann zwar (ähnlich wie die Grundschuld) als reine Sicherungsgesamtschuld²⁴³ auftreten, muss es aber nicht. Einen ausschließlichen Sicherungszweck kann der Gesamtschuld nicht ihre gesetzliche Konzeption verleihen, sondern nur eine Parteivereinbarung. Eine derartige Vereinbarung hat auf die Interpretation von § 399 Var. 1 BGB aber keine Auswirkungen.

Da Gesamtschuldforderungen keine streng akzessorischen Rechte mit ausschließlichem Sicherungszweck sind, gilt für sie das Erfordernis der Gläubigeridentität nicht. Ihrer isolierten Übertragung steht das zwingende Verbot der Einzelübertragung von unselbständigen Rechten nach § 399 Var. 1 BGB nicht entge-

²⁴⁰ Näher zur Rolle des § 401 I BGB unter „Mittelbare Forderungsübertragung analog § 401 I BGB“, ab S. 238 sowie unter „Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte nach § 401 I BGB?“, ab S. 249.

²⁴¹ Dazu ausführlich unter „Verhältnis zwischen Abtretungsvertrag und § 401 I BGB“, ab S. 273 sowie unter „Umfang des Forderungsübergangs bei konkreten Varianten eines Abtretungsvertrags“, ab S. 280.

²⁴² Eine Sonderrolle nimmt der Direktanspruch gegen einen Versicherer nach § 115 I 1 VVG ein. Der Versicherer und der ersetzungspflichtige Versicherungsnehmer haften nach § 115 I 4 VVG als Gesamtschuldner. Der BGH nimmt zumindest in bestimmten Konstellationen an, ein Direktanspruch gegen den Pflichtversicherer sei ein akzessorisches Recht, das nicht von der Hauptforderung gegen den Schädiger getrennt werden könne (ohne auf § 399 Var. 1 BGB abzustellen). So insb. BGH, Urteil v. 28.11.2000, BGHZ 146, S. 108 ff. Dazu *D. Klimke*, in: *Prölss/Martin (2018)*, § 115 Rn. 7 ff. S. auch unter „Positionierung des Bundesgerichtshofs“, ab S. 94. Ob die Auffassung des BGH richtig ist, soll hier offenbleiben. Die versicherungsrechtlichen Besonderheiten des Gesamtschuldverhältnisses nach § 115 I 4 VVG rechtfertigen, es in der vorliegenden Arbeit nicht zu beleuchten.

²⁴³ Hierzu instruktiv *K. Bartels*, JZ 2000, S. 608 ff.

gen.²⁴⁴ Ob eine Gesamtschuldforderung im Verhältnis zu einer anderen ein Nebenrecht ist, für das der abdingbare § 401 I BGB gilt, ist eine andere Frage, die man hier nicht beantworten muss.²⁴⁵

3. Verbot der Einzelübertragung mit Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnisses

Möglicherweise steht § 399 Var. 1 BGB in der Gestalt einer anderen Fallgruppe der isolierten Zession entgegen: Eine solche Zession könnte mit Rücksicht auf die Natur des Rechtsverhältnisses der Gesamtschuld zum Schutz des Schuldners ausgeschlossen sein. Sollte das der Fall sein, macht der entsprechende Übertragungsausschluss eine Einzelübertragung aber nicht per se unmöglich. Stattdessen kann der Ausschlussgrund im Einzelfall durch eine Zustimmung vonseiten der Gesamtschuldner überwunden werden. Außerdem knüpft ein Übertragungsausschluss nach § 399 Var. 1 BGB mit Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnisses an Belastungen des Schuldners an, die sich erst als *Folgewirkung* einer Zession ergeben. Somit ist eine Abtretung in dieser Fallgruppe anders als in derjenigen der unselbstständigen Rechte nicht von *vorneherein* wegen der Struktur einer Gesamtschuld ausgeschlossen. In diesem Teil der Arbeit geht es aber allein um strukturelle Ausgangsbedingungen einer isolierten Zession. Daher wird an späterer Stelle²⁴⁶ gesondert untersucht, ob und mit welchen Folgen eine Einzelabtretung gemäß § 399 Var. 1 BGB mit Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnisses ausgeschlossen sein kann. Dabei geht es um die Frage, ob die Zustimmung der Gesamtschuldner ein Wirksamkeitserfordernis der isolierten Zession ist. Darüber diskutieren auch Literatur und Rechtsprechung losgelöst von der grundsätzlichen Zulässigkeit einer isolierten Zession.

4. Fazit

Man kann festhalten, dass § 399 Var. 1 BGB eine isolierte Zession zumindest nicht deshalb ausschließt, weil eine gesamtschuldnerische Forderung nicht selbstständig ohne die andere bestehen könnte. Eine derartige Forderung muss nach der Konzeption einer Gesamtschuld nicht zwingend in derselben Hand sein wie die

²⁴⁴ So i. E. auch *H. Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), S. 459, der apodiktisch mit einer (relativen) Selbstständigkeit gesamtschuldnerischer Forderungen argumentiert. I. E. ebenso *H. Ehmann*, in: Erman (2008), § 421 Rn. 79, demzufolge eine Einzelabtretung sowohl bei gleichgründigen als auch bei Schutzzweck- und bei Sicherungsgesamtschulden möglich ist. Vgl. ferner *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (170 ff.); *B. Rimmelspacher*, WuB IF 1 c. 1.00 (2000), S. 533 (534); *D. Reinicke/K. Tiedtke*, Kreditsicherung (2006), S. 19; *S. Madaus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 765 Rn. 460.

²⁴⁵ Richtigerweise ist diese Frage uneingeschränkt zu bejahen. Dazu unter „Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte nach § 401 I BGB?“, ab S. 249.

²⁴⁶ Unter „Zustimmung als Wirksamkeitserfordernis einer isolierten Zession“, ab S. 160.

Schwesterforderung. Ein Erfordernis der Gläubigeridentität gibt es dabei nicht. Das gilt auch bei reinen Sicherungsgesamtschulden.

§ 5 Zwischenergebnis

Den strukturellen Ausgangsbedingungen nach ist es möglich, dass ein Gläubiger die Forderung gegen einen Gesamtschuldner abtritt, die gegen einen anderen hingegen behält. Weder die Struktur der Gesamtschuld noch das Wesen der Forderungsübertragung verhindern, dass nur einzelne Gesamtschuldforderungen auf einen neuen Gläubiger übergehen.

2. Kapitel

Rechtsfolgen einer isolierten Zession

§ 1 Vorbehalt einer Gesamtabwägung

Dass eine isolierte Zession strukturell möglich ist, schließt nicht aus, sie aus einem anderen Grund als unwirksam zu behandeln: Sie könnte aufgrund ihrer Rechtsfolgen unzulässig sein, weil diese Folgen unvereinbar mit dem Gesetz sind. Das soll im Folgenden beleuchtet werden. Der Übersichtlichkeit halber gliedert sich diese Untersuchung in drei Kapitel:

In diesem zweiten Kapitel werden die einzelnen Folgen einer isolierten Übertragung vorbehaltlich einer späteren Gesamtabwägung analysiert. Zunächst geht es um die Frage, ob die bei dem Zedenten verbleibende Gesamtschuldforderung infolge der Trennung von ihrer Schwesteforderung erlischt. Im Ergebnis bleiben die Gesamtschuldforderungen – aufgeteilt auf verschiedene Gläubiger – bestehen. Es wird sodann analysiert, welche Rechtsverhältnisse aus dieser gespaltenen Rechtszuständigkeit resultieren, und zwar einerseits zwischen den Schuldern (Fortbestehen einer Gesamtschuld?) und andererseits zwischen den Gläubigern (Entstehen einer Gesamtgläubigerschaft?). Darauf aufbauend werden die Rechtsfolgen einer Leistung nach einer isolierten Abtretung untersucht. Ferner werden Regressansprüche behandelt, die infolge einer solchen Leistung zwischen Zedent und Zessionar entstehen können.

Erst wenn all diese Folgen einer isolierten Zession vollständig untersucht wurden, kann man im Rahmen einer Gesamtabwägung feststellen, ob sie mit dem Gesetz vereinbar sind. Um diese Bewertung geht es im dritten Kapitel. Dort soll in einer Gesamtschau untersucht werden, inwieweit die Rechtsfolgen einerseits im Hinblick auf systematische Wertungen aus dem Recht der *Gesamtschuld* und andererseits in Ansehung der Schutzbedürftigkeit der Parteien des Abtretungsvertrags, insbesondere des *Zessionars*, hinnehmbar sind. Dabei kann sich ergeben, dass die Rechtsfolgen einer Einzelabtretung insgesamt, nur in modifizierter Form oder überhaupt nicht tragbar sind. Deshalb sind die Ausführungen des zweiten Kapitels als vorläufig zu betrachten.

Im vierten Kapitel wird sodann untersucht, unter welchen Bedingungen die Rechtsfolgen der isolierten Zession für die *Gesamtschuldner* tragbar ist. Dabei geht es um die Frage, ob die Gesamtschuldner zustimmen müssen, damit die Übertragung einer einzelnen Gesamtschuldforderung wirksam ist.

§ 2 Problemaufriss: Spaltung der Rechtszuständigkeit

Wird eine gesamtschuldnerische Forderung isoliert abgetreten, tritt nur in Bezug auf diese Forderung der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers. Diejenigen gesamtschuldnerischen Forderungen, die nicht übertragen wurden, verbleiben dagegen – zunächst – bei dem Zedenten.¹ Diese erste Erkenntnis lässt sich unschwer aus § 398 S. 2 BGB ableiten. Darüber hinaus ergeben sich allerdings zahlreiche Zweifelsfragen.

I. Schicksal der nicht übergegangenen Forderung

Zunächst muss geklärt werden, ob die bei dem Zedenten verbleibende Gesamtschuldforderung von der Separatübertragung unberührt bleibt oder wegen dieser sogleich erlischt. Von jener Weichenstellung hängt maßgeblich ab, welche weiteren Rechtsfolgen aus der separaten Abtretung resultieren und wie diese zu beurteilen sind.

1. Meinungsstand

a) Rechtsprechung

Das Reichsgericht hat sich zu Beginn des 20. Jahrhunderts mit der Frage befasst, ob eine nicht abgetretene Gesamtschuldforderung automatisch erlischt.² Es führte aus, dass BGB enthalte keine ausdrückliche Bestimmung, nach der gesamtschuldnerische Forderungen, die im Zuge einer Separatabtretung nicht auf den Zessionar übergehen, von selbst erlöschen. Diese Folge ergebe sich auch nicht notwendig aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Zwar würde es in zahlreichen Fällen dem Willen des Zedenten und Zessionars zuwiderlaufen, dass eine Gesamtschuldforderung bei dem Zedenten fortexistiere. So müsse es als ausgeschlossen gelten, dass der Zedent berechtigt bleiben solle, die ihm verbliebene Forderung einzuziehen, wenn der Zessionar den Anspruch gegen einen Gesamtschuldner gegen ein Entgelt erworben habe. Leiste nämlich der Schuldner des Zedenten an diesen, so werde auch der Schuldner des Zessionars von seiner Leistungspflicht befreit. Somit würde es dem Zessionar unmöglich, seinen erworbenen Anspruch geltend zu machen.

¹ P. Oermann, Schuldverhältnisse (1906), S. 308; D. Looschelders, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 97; J. Lieder, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 37; M. Gehrlein, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 425 Rn. 10.

² RG, Urteil v. 22.05.1905, JW 1905, S. 428. Vgl. die Zusammenfassung bei P. Derleider, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (158). S. auch die krit. Urteilsanm. von H. Neumann, JDR 1906, S. 153 f., Anm. 2 zu § 425.

Bei Abtretung einer Forderung, für die ein Pfandrecht bestellt wurde, erlösche nach §§ 1250, 1273 BGB dieses Pfandrecht, wenn dessen Übergang ausgeschlossen wurde. Eines Vertrags zwischen dem Pfandschuldner und dem abtretenden Gläubiger bedürfe es für dieses Erlöschen nicht. Das Gleiche dürfte für andere, nicht mit abgetretene Nebenrechte gelten, die selbständig nicht bestehen können. Fraglich sei, ob auch Forderungen aus einer Gesamtschuld, die der Zedent nicht abtrete, erlöschen müssten, wenn nach dem Willen des Zedenten und des Zessionars der Zedent nicht berechtigt sein solle, die ihm verbliebene Forderung geltend zu machen.

Ein solches Erlöschen, so das Reichsgericht, sei jedenfalls keine Folge davon, dass der Zessionar dem Zedenten einen Kaufpreis für die Abtretung zahle. Eine Kaufpreiszahlung tilge nicht die bei dem Zedenten verbliebene Forderung. Denn diese Zahlung werde nicht in Vertretung oder für Rechnung derjenigen Personen geleistet, die Schuldner des Zedenten waren. Stattdessen zahle der Zessionar den Kaufpreis, um seine Schuld aus dem Kaufvertrag über die Forderung zu erfüllen. Allenfalls in wirtschaftlicher Hinsicht erhalte der Zedent mit der Kaufpreiszahlung das, was er ursprünglich von den Gesamtschuldern verlangen konnte. Das könne aber nur als Argument für die Annahme verwertet werden, dass nach dem übereinstimmenden Willen von Zedent und Zessionar der erstere nicht mehr berechtigt sein solle, Ansprüche gegen den ihm verbliebenen Schuldner zu erheben.

Das Reichsgericht hat demnach abgelehnt, dass eine nicht abgetretene Gesamtschuldforderung kraft Gesetzes erlischt, weil weder ausdrückliche Gesetzesbestimmungen noch allgemeine Rechtsgrundsätze diese Rechtsfolge vorsehen. Das Reichsgericht hat aber postuliert, dass es regelmäßig dem Willen von Zedent und Zessionar widerspreche, wenn der Zedent die ihm verbliebene Forderung einziehen könne. Wie sich dieser Wille rechtlich auswirkt, hat das Gericht nur in einer Hinsicht klar beantwortet: In jedem Fall könne der Zedent kraft einer vertraglichen – wohl auch konkludenten – Abrede mit dem Zessionar verpflichtet sein, eine Einziehung der ihm verbliebenen Forderung zu unterlassen. Das soll insbesondere der Fall sein, wenn der Zessionar seine Gesamtschuldforderung gegen ein Entgelt erworben hat. Nicht abschließend beantwortet hat das Reichsgericht, ob der beschriebene regelmäßige Wille von Zedent und Zessionar auch die stärkere Rechtsfolge mit sich bringen kann, dass die von dem Zedenten nicht abgetretene Forderung erlischt.³

In jüngerer Zeit hat sich erst das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht wieder mit der Frage beschäftigt, ob eine nicht abgetretene Gesamtschuldforderung automatisch erlischt.

³ So aber das Verständnis von *O. Warneyer*, Erl. BGB (1942), II. 4. § 401 (S. 289), wobei auf eine falsche Fundstelle für das kommentierte RG-Urteil verwiesen wird.

*OLG Schleswig*⁴: *B und seine Ehefrau E nehmen gemeinsam ein Gelddarlehen bei der Kreditgeberin G auf. B und E schulden die Rückzahlung der Darlehensvaluta als Gesamtschuldner. Im Jahr 1990 tritt G ihre Forderung gegen E auf Darlehensrückzahlung aus § 488 I 2 BGB an K ab, behält jedoch zunächst die inhaltsgleiche Forderung gegen B. Erst im Folgejahr 1991 tritt G auch ihre Forderung gegen B an K ab. K verlangt nun die Rückzahlung der Darlehensvaluta von B.*

Das Oberlandesgericht Schleswig musste entscheiden, ob K nach § 398 BGB Inhaber der Forderung gegen B geworden ist. Es führte zunächst aus, dem stehe jedenfalls nicht die Argumentation des Bundesgerichtshofs zu der vertraglichen Begründung von Gesamtgläubigerschaft entgegen.⁵ Das dort in den Vordergrund gestellte Argument, eines (unzulässigen) Vertrags zu Lasten Dritter bei Begründung einer Gesamtgläubigerschaft ohne Zustimmung des Schuldners treffe in casu nicht zu, da B infolge der isolierten Abtretung der Forderung von G gegen E (an K) keinem zweiten Gläubiger ausgesetzt worden sei. Das Oberlandesgericht Schleswig stellte sich aber die Frage, ob die nach dieser isolierten Abtretung bei K verbliebene Forderung gegen B erloschen sei. Das Reichsgericht habe lediglich erwogen, ob in Fällen wie dem vorliegenden die nicht abgetretene Forderung erlöschen sollte, damit der Zessionar gegen ihre Einziehung durch den Zedenten (§ 422 BGB) geschützt sei. Diese Erwägung habe sich aber in Rechtsprechung und Literatur nicht durchgesetzt. Das Oberlandesgericht halte sie auch in dem zu entscheidenden Fall nicht für überzeugend.⁶ Nach der Abtretung der Forderung gegen E im Jahr 1990 habe die Forderung gegen B also weiterhin bestanden und konnte 1991 ebenfalls wirksam an K abgetreten werden.

b) Schrifttum

Innerhalb des juristischen Schrifttums scheinen nur Stöber und Seelbach anzunehmen, dass ein nicht abgetretener Gesamtschuldanspruch erlöschen kann, wenn nach dem Willen des Zedenten und des Zessionars der erstere nicht berechtigt sein soll, die nicht mit abgetretene Forderung geltend zu machen.⁷ Loosholders hingegen

⁴ OLG Schleswig, Urteil v. 14.05.1998, VuR 1998, S. 339. Leicht modifiziert dargestellt.

⁵ Dazu unter „Argumentation mit den Nachteilen einer Gesamtgäubigerschaft“ ab S. 165.

⁶ Ob K für den Forderungserwerb ein Entgelt zu entrichten hatte, ist dem Urteil nicht zu entnehmen.

⁷ K. Stöber, Forderungspfändung (2002), S. 26 in Fn. 4, ohne zu erklären, warum der Anspruch nur erlöschen „kann“ und wann er tatsächlich erlischt. D. Seelbach, Bedeutung des § 401 BGB (1964), S. 66 meint, eine nicht abgetretene Gesamtschuldforderung stehe dem Zedenten zu, wenn der Abtretungsvertrag nicht dahin auszulegen sei, dass die Schuld des Mitverpflichteten erlösche. In den meisten Fällen sei aber ein Erlöschenwillie anzunehmen. Gerade bei entgeltlicher Abtretung werde die Vertragsauslegung regelmäßig ergeben, dass der Zedent nicht berechtigt sein solle, die Forderung von einem nicht von der Abtretung betroffenen Gesamtschuldner einzuziehen. Denn dadurch würde auch der Schuldner des Zessionars von seiner Schuld befreit.

schließt sich dem Oberlandesgericht Schleswig an, wenn auch ohne Begründung. Er lehnt also ab, dass eine nicht abgetretene Gesamtschuldforderung erlischt.⁸ In dieselbe Richtung äußerten sich bereits Neumann, Treuner und Reichel.⁹ Es steht zu vermuten, dass Autoren aus der jüngeren Literatur diese Ansicht im Ergebnis teilen, wenn sie vertreten, eine nicht abgetretene gesamtschuldnerische Forderung „verbleibe“ bei dem Zedenten.¹⁰ Dass sie dort nicht sogleich erlischt, bleibt klarstellungs- und begründungsbedürftig.

2. Stellungnahme

Zahlt der Zessionar für den Erwerb einer gesamtschuldnerischen Forderung ein Entgelt an den Zedenten, führt das nach den zustimmungswürdigen Ausführungen des Reichsgerichts nicht zur Erfüllung der Forderung, die bei dem Zedenten verblieben ist. Mit der Zahlung eines Entgelts erfüllt der Zessionar nur seine eigene Schuld aus dem jeweiligen Kausalverhältnis mit dem Zedenten, insbesondere aus einem Forderungskaufvertrag (§§ 453 I, 433 II BGB). Der Zedent kann bei Erhalt des Entgelts nach objektiviertem Empfängerhorizont in der Regel nicht annehmen, dass der Zessionar gemäß § 267 I 1 BGB¹¹ zugunsten des Schuldners leisten will, der bei dem Zedenten verblieben ist.

Auch erlischt eine nicht abgetretene Gesamtschuldforderung nicht als ein „unselbständiges Nebenrecht“. Das BGB kennt eine solche Rechtsfolge gemäß §§ 1250 II, 1273 BGB nur beim Pfandrecht.¹² Werden sonstige unselbständige Nebenrechte isoliert übertragen, gilt mangels einschlägiger Sonderbestimmungen § 399 Var. 1 BGB: Die Übertragung ist insgesamt unwirksam.¹³ Wie bereits ausgeführt wurde,¹⁴ stellt eine gesamtschuldnerische Forderung aber kein unselbständiges Nebenrecht dar.

Schließlich kann auch ein etwaiger Wille von Zedent und Zessionar allein nicht dazu führen, dass eine bei dem Zedenten verbliebene Gesamtschuldforderung erlischt. Denn der Gläubiger kann nicht einseitig auf eine Forderung verzichten. Möchte ein Gläubiger auf seine Forderung verzichten, steht ihm dazu nach § 397 BGB nur ein Erlass oder ein negatives Schuldanerkenntnis zur Verfügung. In beiden

⁸ *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 97.

⁹ Zunächst *H. Neumann*, JDR 1906, S. 153 f., Anm. 2 zu § 425, dann *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 13 f. und auf diesen verweisend *H. Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), S. 460.

¹⁰ Statt vieler *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 37.

¹¹ Vgl. hierzu nur *A. Kafka*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.11.2018), § 267 Rn. 15 ff.

¹² Vgl. *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 14. Gegen eine analoge Anwendung der §§ 1250, 1273 BGB bei einer isolierten Zession schon *H. Neumann*, JDR 1906, S. 153 f., Anm. 2 zu § 425.

¹³ *A. A. D. Seelbach*, Bedeutung des § 401 BGB (1964), S. 7, nach dem nicht übertragene Nebenrechte erlöschen, weil sie nicht ohne die Hauptforderung bestehen können.

¹⁴ Dazu schon unter „Gesamtschuldforderungen als unselbständige Ansprüche?“ ab S. 68.

Fällen handelt es sich um einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner.¹⁵ Es bedarf also zwingend einer Mitwirkung des Schuldners, wenn der Gläubiger eine Forderung privatautonom zum Erlöschen bringen will.¹⁶ Eine entsprechende Willensübereinkunft zwischen Zedent und Zessionar genügt nicht. Etwas anderes ließe sich nur dann annehmen, wenn Zedent und Zessionar einen Erlass¹⁷ zugunsten Dritter vereinbaren könnten, nämlich zugunsten des Gesamtschuldners der nicht zedierten Forderung. Der Erlass ist eine Verfügung. Ob Verfügungen zugunsten Dritter möglich sind, ist lebhaft umstritten. § 328 I BGB erlaubt in unmittelbarer Anwendung nur schuldrechtliche Verträge zugunsten Dritter. In Betracht kommt eine analoge Anwendung auf Verfügungen zugunsten Dritter. Die herrschende Ansicht lehnt eine entsprechende Analogie ab.¹⁸ Der Bundesgerichtshof hat sie auch konkret für einen Erlass zugunsten Dritter abgelehnt¹⁹ und steht damit im Einklang mit der überwiegenden Literaturansicht²⁰. Dem ist zuzustimmen. Das lässt sich – kurz gefasst – wie folgt begründen: Eine Erlaubnisnorm im Sinne von § 328 I BGB für Verfügungen zugunsten Dritter wie den Erlass²¹ fehlt. Diese Unvollständigkeit des Gesetzes ist aber nicht planwidrig. Zwar kennt das Gesetz besondere Regelungen, nach denen durch die Einigung zweier Personen zugunsten eines Dritten über ein Recht verfügt werden kann. Das betrifft einerseits die befreiende Schuldübernahme ohne Mitwirkung des bisherigen Schuldners gemäß §§ 414 f. BGB und andererseits den Erlass mit Wirkung gegenüber den an ihm nicht beteiligten Gesamtschuldner nach § 423 BGB. Diese Erlaubnisnormen sind als Ausnahmeverordnungen aber nicht verallgemeinerungsfähig. Stattdessen halten sie zu dem Gegenschluss an, dass

¹⁵ Ähnlich schon *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 14.

¹⁶ Das wird zwar kritisiert, entspricht aber der zutreffenden, fast einhelligen Ansicht, die sich insbesondere auf den erklärten Willen des Gesetzgebers stützen kann. S. dazu nur BGH, Urteil v. 04.12.2015, DNotZ 2016, S. 265 (268); *M. Schlüter*, in: MüKo-BGB (2016), § 397 Rn. 1; *V. Rieble*, in: Staudinger (2017), § 397 Rn. 1 ff.

¹⁷ Das nachfolgend zum Erlass Gesagte gilt entsprechend für das verfügende negative Schuldnererkenntnis, vgl. § 397 II BGB.

¹⁸ So der BGH in st. Rspr. seit BGH, Urteil v. 29.01.1964, BGHZ 41, S. 95 (96): „Denn dingliche Verträge zugunsten Dritter erkennt die Rechtsprechung für das geltende Recht nicht an“. Aus der Lit. Verfügungen zugunsten Dritter allg. ablehnend etwa *C. Janoschek*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 328 Rn. 4. Eine starke Gegenströmung in der Lit. möchte eine analoge Anwendung der §§ 328 ff. BGB je nach konkretem Verfügungsgeschäft bejahen oder verneinen; so etwa *S. Klumpp*, in: Staudinger (2015), Vorbem. zu §§ 328 ff. Rn. 36.

¹⁹ BGH, Urteil v. 21.06.1994, NJW 1994, S. 2483 (2484) Gegen einen „Verzicht“ zugunsten Dritter auch BGH, Urteil v. 26.10.2009, NJW 2010, S. 64 Rn. 16; BGH, Versäumnisurteil v. 08.05.2015, NJW 2015, S. 2873 Rn. 10.

²⁰ Gegen einen Erlass zugunsten Dritter aus der Lit. statt vieler *S. Klumpp*, in: Staudinger (2015), Vorbem. zu §§ 328 ff. Rn. 50 f.; *G. Ring*, in: NK-BGB (2016), § 397 Rn. 30; *V. Rieble*, in: Staudinger (2017), § 397 Rn. 32; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), Einf. v. § 328 Rn. 8; *C. Paffenholz*, in: BeckOK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 397 Rn. 24 f.; *J. Dennhardt*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 397 Rn. 2. Anders, also einen Erlass zugunsten Dritter zulassend etwa *P. Gottwald*, in: MüKo-BGB (2016), § 328 Rn. 271; *G. Mäsch*, in: BeckOK-BGB (Stand: 01.10.2018), § 328 Rn. 65.

²¹ Von der Sonderform des Erlasses i. S. v. § 423 BGB abgesehen.

sonstige Verfügungen zugunsten Dritter unzulässig sind.²² Das gilt besonders für den Erlass zugunsten Dritter. Denn der Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, den Erlass nur unter Mitwirkung des Schuldners zuzulassen, und deshalb in § 397 BGB ausdrücklich ein Vertragsprinzip kodifiziert.²³ Ein Erlass zugunsten Dritter würde den Willen des Gesetzgebers unterwandern und ist daher unstatthaft.²⁴ Für einen Erlass zugunsten Dritter besteht außerdem kein praktisches Bedürfnis. Sein wirtschaftliches Ergebnis kann der Gläubiger mit einem Dritten im Wege des obligatorischen *pactum de non petendo*²⁵ zugunsten des Schuldners herbeiführen.²⁶ Ein Erlass zugunsten Dritter scheidet somit grundsätzlich aus. Er ist nur im Rahmen von § 423 BGB zulässig. Diese Erlaubnisnorm erfasst aber nicht den Fall, dass der Gläubiger zugunsten eines Gesamtschuldners einen Erlass mit einer Person vereinbart, die selbst kein Gesamtschuldner ist.²⁷ Aufgrund ihrer besonderen Verbindung zu einer Tilgungsgemeinschaft können nur Gesamtschuldner mit Wirkung füreinander einen Erlass mit dem Gläubiger vereinbaren.²⁸ Nach alledem können Zedent und Zessionar keinen Erlassvertrag zugunsten des Schuldners der nicht zedierten Forderung schließen. Wann nach §§ 133, 157 BGB überhaupt ein Erlasswille anzunehmen wäre, kann dahinstehen.²⁹

Infolge einer Separatzession verbleibt mithin eine nicht abgetretene Gesamtschuldforderung bei dem Zedenten und erlischt nicht. Zedent und Zessionar können lediglich ein rechtsgeschäftliches Verbot verabreden, welches dem Zedenten un-

²² Ähnlich statt vieler *B. Schinkels*, in: *jurisPK-BGB* (2017), § 328 Rn. 42.

²³ S. dazu Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 116. Ausführlich zum Vertragsprinzip beim Erlass mit weiteren Verweisen auf die Gesetzgebungsgeschichte *V. Rieble*, in: *Staudinger* (2017), § 397 Rn. 1 ff.

²⁴ *C. Paffenholz*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.06.2018), § 397 Rn. 24.

²⁵ Näher zum *pactum de non petendo* unter „Einforderungsverzicht zulasten des Zedenten“ ab S. 117.

²⁶ So etwa *C. Grüneberg*, in: *Palant* (2018), Einf. v. § 328 Rn. 8. S. zu einer weiteren Alternative etwa *N. Preuß*, in: *NK-BGB* (2016), § 328 Rn. 4: „Möglich ist auch, dass der Versprechende sich gegenüber dem Versprechensempfänger verpflichtet, den Schuldner des Versprechensempfängers von einer Verpflichtung freizustellen. Die Rechtswirkungen einer dinglichen Einigung zugunsten des Dritten können durch den Einsatz eines Vertreters ohne Vertretungsmacht herbeigeführt werden.“

²⁷ So auch *C. Paffenholz*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.06.2018), § 397 Rn. 27. Anders in einem versicherungsrechtlichen Sonderfall *LG München*, Urteil v. 14.06.1978, *VersR* 1983, S. 27.

²⁸ Wenn ein Gesamtschuldner hinnehmen muss, dass seine Schuld gemäß § 422 I BGB erlischt, wenn ein Mitschuldner (unabhängig von den Voraussetzungen des § 267 BGB) leistet, so muss er auch akzeptieren, dass ein Mitschuldner einen Erlass mit Gesamtwirkung vereinbart. Diese Logik lässt sich auf einen Erlassvertrag zwischen dem Gläubiger und einem Nicht-Gesamtschuldner nicht übertragen.

²⁹ Hier wäre in jedem Fall eine restriktive Auslegung geboten, vgl. *M. Schlüter*, in: *MüKo-BGB* (2016), § 397 Rn. 3. Der Zedent würde die nicht zedierte Gesamtschuldforderung nach §§ 133, 157 BGB nur erlassen wollen, wenn er klar unter keinen Umständen mehr ein Interesse daran hat, diese Forderung zu verwerten.

tersagt, die bei ihm verbliebene Forderung einzuziehen.³⁰ Als Steigerung dazu kann sich der Zedent gegenüber dem Zessionar verpflichten, die nicht zedierte Forderung zu erlassen.³¹

II. Wegfall einer Voraussetzung der Gesamtschuld

War vor der isolierten Abtretung einer Gesamtschuldforderung allein der Zedent Gläubiger aller gesamtschuldnerischen Forderungen, ist die Rechtszuständigkeit für diese Forderungen nach der isolierten Übertragung zwischen Zedent und Zessionar aufgespalten: Der Zessionar ist neuer Inhaber der abgetretenen Forderung, der Zedent ist weiterhin Inhaber der nicht zedierten Forderung. Mithin kann der Zedent nur noch die ihm verbliebenen Gesamtschuldforderungen geltend machen. Der Zessionar kann nur den Gesamtschuldner in Anspruch nehmen, dessen Forderung an ihn übertragen worden ist.³²

Die gespaltene Rechtszuständigkeit wirft mit Blick auf § 421 S. 1 BGB ein Problem auf. Diese Norm stellt als eine (Mindest-)Voraussetzung³³ der Gesamtschuld auf, dass jeder Schuldner *denselben* Gläubiger hat.³⁴ Eine Gesamtschuld liegt

³⁰ Dazu unter „Einziehungsverbot zulasten des Zedenten“ ab S. 113.

³¹ Eine solche Willensübereinkunft ist restriktiv anzunehmen. Sie setzt voraus, dass der Zedent im Zuge der isolierten Abtretung deutlich zu erkennen gibt, dass er die bei ihm verbliebene Forderung endgültig nicht mehr selbst verwerten möchte. Der Zessionar wird den Zedenten in aller Regel nur zu einem Erlass mit Einzelwirkung oder beschränkter Gesamtwirkung verpflichten wollen, da er bei einem Erlass mit Gesamtwirkung seine eigene Forderung verlieren würde. Dazu noch unter „Gesamtwirkung des Erlasses“ ab S. 150.

³² S. H. Reichel, Schuldmitübernahme (1909), S. 462; B. Windscheid/T. Kipp, Pandektenrecht (1984), S. 224; D. Looschelders, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 99; H.-F. Müller, in: PWW (2017), § 425 Rn. 10; H. Rißmann, in: jurisPK-BGB (2017), § 425 Rn. 19.

³³ Nach inzwischen wohl einhelliger Ansicht stellt die Legaldefinition der Gesamtschuld in § 421 S. 1 BGB einen allgemeinen Tatbestand für die Begründung eines Gesamtschuldbähltnisses dar, welcher neben die Entstehungsgründe einer Gesamtschuld aufgrund der Natur des Leistungsgegenstandes (§ 431 BGB), kraft Rechtsgeschäfts (§ 427 BGB) oder aufgrund einer gesetzlichen Anordnung (etwa in § 840 BGB) tritt. S. dazu nur BGH, Urteil v. 28.11.2006, NJW 2007, S. 1208 (1209 f.); D. Looschelders, in: Staudinger (2017), § 421 Rn. 8 m.w.N. Uneinigkeit besteht allerdings in der (hier nicht interessierenden) Frage, ob § 421 S. 1 BGB die Voraussetzungen der Gesamtschuld abschließend umschreibt oder ob es darüber hinaus ungeschriebene Zusatzvoraussetzungen gibt. Die h. M. geht davon aus, dass § 421 S. 1 BGB nur die Mindestvoraussetzungen für eine Gesamtschuld regelt. Dazu ausführlich D. Looschelders, in: Staudinger (2017), § 421 Rn. 20 ff.

³⁴ Viele Beiträge zu den Voraussetzungen einer Gesamtschuld lassen sich so verstehen, dass der Entstehungstatbestand des § 421 S. 1 BGB nur eingreift, wenn kein sonstiger (speziellerer) Entstehungsgrund für eine Gesamtschuld vorliegt. Kann man die Mindestanforderungen des § 421 S. 1 BGB an eine Gesamtschuld daher nur anlegen, wenn die Gesamtschuld auch auf diesem allgemeinen Tatbestand beruht? Das ist zumindest für das hier in Rede stehende Erfordernis, dass mehrere Schuldner *denselben* Gläubiger haben, zu verneinen. Denn dieses Erfordernis ist strukturell prägend für eine Gesamtschuld, die eben als eine Mehrheit von Schuldern, nicht von Gläubigern konzipiert ist.

nicht vor, wenn ein Schuldner gegenüber einem Gläubiger verpflichtet ist, der andere gegenüber einem anderen.³⁵ Gemäß der gesetzlichen Definition liegt demzufolge nach der isolierten Übertragung einer Gesamtschuldforderung keine Gesamtschuld mehr vor. Diese Konsequenz bekundet unter rechtswissenschaftlichen Autoren und Gerichten soweit ersichtlich niemand.³⁶ Sie ergibt sich aber deutlich aus dem Gesetz. Insbesondere dürfte daher die Leistung eines Schuldners an seinen Gläubiger nicht mehr zugleich gemäß § 422 I BGB befreiend für den anderen Schuldner wirken. Nach einer solchen Leistung könnte daher der Gläubiger des anderen Schuldners von diesem theoretisch weiterhin Leistung verlangen. Infolge der Einzelübertragung käme es damit zu einer Vervielfältigung der Leistungspflichten: Je zusätzlichem Gläubiger wäre die ursprünglich nur einmal zu erbringende Leistung (§ 421 S. 1 BGB) ein weiteres Mal zu erbringen. Die Stellung der Gesamtschuldner würde sich damit im Vergleich zu der Situation vor einer Einzelübertragung verschlechtern. Verbessern würde sich umgekehrt die Position des Gläubigers, der von seinem Schuldner Leistung verlangen könnte, obwohl einer der anderen Schuldner bereits an dessen Gläubiger geleistet hat. Dieses Ergebnis erscheint korrekturbedürftig. Im Folgenden soll über Lösungsmöglichkeiten nachgedacht werden.

§ 3 Resultierende Rechtsverhältnisse zwischen Schuldner und Gläubigern

Um zu verhindern, dass die Regeln zur Gesamtschuld infolge einer Separatübertragung zulasten der Schuldner und zugunsten der Gläubiger entfallen, sind unterschiedliche Lösungen denkbar. Eine einschneidende Lösung besteht darin, die isolierte Übertragung gesamtschuldnerischer Forderungen per se als unwirksam zu behandeln. Darauf kann man verzichten, wenn sich begründen lässt, dass die Schuldner trotz ihrer Trennung solidarisch verpflichtet sind. Das könnte man einerseits damit erklären, dass die Regeln der Gesamtschuld auch nach der Aufspaltung gesamtschuldnerischer Forderungen auf verschiedene Gläubiger gelten. Dann wären die Schuldner weiterhin durch das Rechtsverhältnis einer Gesamtschuld verbunden. Andererseits könnte man annehmen, dass Zedent und Zessionar zu Gesamtgläubigern werden. Beides soll im Folgenden untersucht werden.

³⁵ *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 421 Rn. 4; *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 421 Rn. 7; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 421 Rn. 13; *H. Rüßmann*, in: jurisPK-BGB (2017), § 421 Rn. 6; *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 421 Rn. 9; *M. Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 421 Rn. 2; *R. Schulze*, in: HK-BGB (2019), § 421 Rn. 2. Vgl. BGH, Urteil v. 11.11.1993, NJW 1994, S. 443.

³⁶ Beispielhaft dafür stehen die vergleichsweise ausführlichen Ausführungen zu den Rechtsfolgen einer Separatzession von *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (177 ff.).

I. Meinungsstand

1. Konsens: Fortbestehen der Tilgungsgemeinschaft

Niemand vertritt, dass die isolierte Zession die solidarische Verpflichtung der Schuldner auflöst.³⁷ Rechtsprechung und Literatur treten für eine andere Lösung ein: Die *Tilgungsgemeinschaft* der Gesamtschuldner, wie sie in § 422 I BGB vor einer Aufspaltung der Gesamtschuldforderungen angeordnet war, bleibe auch danach erhalten. Wenngleich die ursprünglichen Gesamtschuldner nunmehr verschiedene Gläubiger haben, erlösche dennoch durch die Leistung eines Schuldners nicht nur seine Forderung, sondern auch die übrigen Schuldner würden von der Leistungspflicht gegenüber dem Gläubiger frei.³⁸ Die Erfüllung behält nach allgemeiner Ansicht also Gesamtwirkung.³⁹ Weder der Zedent noch der Zessionär kann danach noch gegen einen der Gesamtschuldner vorgehen.

2. Kontroverse: dogmatische Anknüpfung der fortbestehenden Tilgungsgemeinschaft

Worauf normativ zu stützen ist, dass die Schuldner in einer Tilgungsgemeinschaft verbunden bleiben, bleibt in einigen Stellungnahmen dunkel. Sofern es nähere Ausführungen dazu gibt, worauf die Gesamtwirkung der Erfüllung bei getrennten Gesamtschuldforderungen dogmatisch beruht, zeichnen sich zwei Meinungslager ab.

³⁷ Sofern eine isolierte Übertragung gesamtschuldnerischer Forderungen für unzulässig gehalten wird, stützt man sich auf andere Gründe.

³⁸ Vgl. aus der Rspr. RG, Urteil v. 22.05.1905, JW 1905, S. 428; RG, Entscheidung v. 16.03.1908, Das Recht 1908, S. 261 Nr. 1519; OLG Hamm, Urteil v. 21.03.1983, WM 1984, S. 1404 (1406) sowie zur isolierten *cessio legis* BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 30. Aus der Lit. P. Oertmann, Schuldverhältnisse (1906), S. 308; H. Reichel, Schuldmitübernahme (1909), S. 462; G. Weigelin, Schuldbeitritt (1941), S. 87; L. Enneccerus/H. Lehmann, Schuldverhältnisse (1958), S. 369; R. Weber, in: RGRK (1978), § 421 Rn. 45; K. Larenz, Schuldrecht AT (1987), S. 641; P. Bydlinski, ZIP 1989, S. 953 (958); P. Derleder, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (177); D. Reinicke/K. Tiedtke, Kreditsicherung (2006), S. 19; M. Gebauer, in: Soergel (2010), § 425 Rn. 25; P. Bydlinski, in: MüKo-BGB (2016), § 421 Rn. 78; G. Roth/E.-M. Kieninger, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 61; D. Looschelders, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 99; H.-F. Müller, in: PWW (2017), § 425 Rn. 10; H. Rüßmann, in: jurisPK-BGB (2017), § 425 Rn. 19; B. Kreße, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 425 Rn. 72; J. Lieder, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 37; S. Madaus, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 765 Rn. 460. Für den Fortbestand einer Tilgungsgemeinschaft hilfsweise (falls man eine Separat-zession überhaupt für zulässig hält) auch O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht (1917), S. 262 in Fn. 81.

³⁹ Soweit das nicht ohnehin ausgedrückt wird, ist damit wohl nicht nur die Erfüllung im engeren Sinne gemeint, sondern auch ihre Surrogate, vgl. § 422 I BGB.

a) Begründung über die Regeln zur Gesamtschuld

Einerseits stützt man sich auf das Recht der *Gesamtschuld*, um die weitere Geltung der Gesamtwirkung einer Erfüllung dogmatisch zu begründen. Man nimmt an, das Gesamtschuldrecht gelte trotz Wegfalls der Voraussetzungen des § 421 S. 1 BGB fort. So führen manche Autoren den Fortbestand der Tilgungsgemeinschaft unter den Schuldern explizit auf § 422 I BGB zurück.⁴⁰ Ob die gesamten oder nur einzelne Normen der §§ 421–426 BGB auch nach einer Trennung der ursprünglich zur Gesamtschuld verbundenen Forderungen noch auf diese anwendbar sein sollen, lässt sich vielen Stellungnahmen nicht zweifelsfrei entnehmen. Nur einige Autoren und Gerichte äußern ausdrücklich, dass die ursprünglich zu einer Gesamtschuld verbundenen Forderungen nach ihrer Aufspaltung auf verschiedene Gläubiger nicht die Eigenschaft verlieren, in einem Gesamtschuldverhältnis zu stehen.⁴¹ Dies lässt sich pointiert als ein „Gesamtschuldverhältnis mit getrennter Gläubigerschaft“ beschreiben.⁴² Warum das Recht der Gesamtschuld auch nach einer Aufteilung der Gläubigerstellung gelten soll, begründen die betreffenden Autoren und Gerichte kaum. Mancherorts heißt es lediglich, eine Separatübertragung dürfe nicht zulasten der Gesamtschuldner gehen.⁴³

⁴⁰ Unmittelbar nach § 422 BGB offenbar: *P. Oermann*, Schuldverhältnisse (1906), S. 308; *R. Weber*, in: RGRK (1978), § 421 Rn. 45; *K. Larenz*, Schuldrecht AT (1987), S. 641; *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 61; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 99; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 37. Vgl. auch *K. Stöber*, Forderungspfändung (2002), S. 26, nach dem mit der Zustellung eines Pfändungsbeschlusses an einen Gesamtschuldner nur die gegen diesen gerichtete Forderung gepfändet, jedoch bei Leistung durch einen der Gesamtschuldner alle nach § 422 BGB befreit werden. Wohl auch *L. Enneccerus/H. Lehmann*, Schuldverhältnisse (1958), S. 369. Nicht ganz klar *H. Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), S. 462, der die Gesamtwirkung einer Erfüllung mit §§ 422, 429 III BGB begründet; er stellt des Weiteren aber klar, dass aus seiner Sicht eine echte Gesamtschuldnerschaft bestehen bleibt, und zwischen Zendent und Zessionar nur eine Art Gesamtgläubigerschaft entsteht.

⁴¹ So oder lediglich mit anderen Worten OLG Hamm, Urteil v. 21.03.1983, WM 1984, S. 1404 (1406); OLG Hamm, Beschluss v. 22.09.1997, NJW-RR 1998, S. 486 sowie *M. Wolf/W. Niedenführ*, JA 1985, S. 369 (372); *S. Madaus*, Schuldbeitritt (2001), S. 56 f.; *J. Schürnbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 134; *M. Gebauer*, in: Soergel (2010), § 421 Rn. 50; *L. Böttcher*, in: Ermann (2017), § 421 Rn. 28; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 99; *S. Madaus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 765 Rn. 460. Im Grundsatz auch *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (177 ff.). Gesamtschuld i.S.v. § 421 BGB: *H. Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), S. 462. Gesamtschuld mit all ihren Bestimmungen nach §§ 421–427 BGB: *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 150 (s. auch S. 145 f.). Manche Autoren geben je nach Lesart implizit zu erkennen, dass aus ihrer Sicht nach einer isolierten Abtretung weiterhin eine Gesamtschuld besteht, indem sie die Schuldner auch in dieser Situation als „Gesamtschuldner“ bezeichnen; so etwa *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 425 Rn. 73; *M. Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 425 Rn. 10.

⁴² *B. Windscheid/T. Kipp*, Pandektenrecht (1984), S. 224. S. auch *J. Kohler*, Schuldrecht (1906), S. 161: „gemischte Gesamtschuld“.

⁴³ *S. R. Weber*, in: RGRK (1978), § 421 Rn. 45, der daraus die Fortgeltung von § 422 BGB ableitet. Ähnlich *D. Reinicke/K. Tiedtke*, Kreditsicherung (2006), S. 19; *P. Bydlinski*, in: MüKo-

b) Begründung über die Grundsätze der Gesamtgläubigerschaft

Andererseits verbinden einige Autoren und Gerichte die Gesamtwirkung der Erfüllung trotz Verschiedenheit der Gläubiger offenbar mit einer (Art) Gesamtgläubigerschaft zwischen Zedent und Zessionar. Manche beschreiben das Rechtsverhältnis nach einer isolierten Zession ausschließlich mit den Regeln der Gesamtgläubigerschaft.⁴⁴ Andere nehmen eine Kombination von Gesamtschuld und Gesamtgläubigerschaft an.⁴⁵ Die Meinungen scheiden sich darüber hinaus vor allem an der Frage, ob zwischen Zedent und Zessionar eine *echte* Gesamtgläubigerschaft entsteht oder ob deren Rechtsverhältnis lediglich mit dem einer Gesamtgläubigerschaft vergleichbar ist. Eine Gesamtgläubigerschaft im engen Sinne von § 428 S. 1 BGB wird in knapp der Hälfte der Beiträge vertreten.⁴⁶ Anderorts spricht man stattdessen nur von einer „Art“⁴⁷, einer „modifizierten“⁴⁸ oder „beschränkten“⁴⁹ Gesamtgläubigerschaft zwischen Zedent und Zessionar oder von einem „ähnlichen“⁵⁰ Rechtsverhältnis. Was unter einer „Art“ Gesamtgläubigerschaft zu verstehen

BGB (2016), § 421 Rn. 78, die aber schlicht feststellen, dass eine Einzelübertragung die Schuldner nicht benachteilige, ohne dass ganz klar wird, ob dies Grund oder Folge des Fortbestehens ihrer Tilgungsgemeinschaft sein soll. Deutlicher hingegen *M. Gebauer*, in: Soergel (2010), § 421 Rn. 50, der das Ausbleiben einer Rechtsbeeinträchtigung der Schuldner erkennbar darauf zurückführt, dass diese auch nach einer Separatübertragung gesamtschuldnerisch verbunden bleiben.

⁴⁴ Etwa *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 425 Rn. 9.

⁴⁵ Aus der Rspr. insb. OLG Hamm, Beschluss v. 22.09.1997, NJW-RR 1998, S. 486. Aus der Lit. deutlich *H. Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), S. 462; *M. Wolf/W. Niedenführ*, JA 1985, S. 369 (372). Das BGB kennt eine Kombination von Gesamtschuld und Gesamtgläubigerschaft: Eine solche entsteht, wenn Gegenstand eines Vermächtnisses eine gegen mehrere Gesamtschuldner gerichtete Forderung ist und die Regelung des § 2151 III BGB eingreift.

⁴⁶ So wohl *W. Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern (1984), S. 248; *M. Wolf/W. Niedenführ*, JA 1985, S. 369 (372); *H. Kaduk*, in: Staudinger (1994), § 425 Rn. 42; *M. Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 425 Rn. 10. Eine Gesamtgäubigerschaft vertritt auch das OLG Hamm, Urteil v. 21.03.1983, WM 1984, S. 1404 (1406). Für die Entstehung einer Gesamtgäubigerschaft hilfsweise (falls man eine Separatzession überhaupt für zulässig hält) auch *O. v. Gierke*, Deutsches Privatrecht (1917), S. 262 in Fn. 81 sowie das KG Berlin, Urteil v. 20.04.1998, KG Report 1998, S. 205 (206). Für eine Gesamtgäubigerschaft ohne Ausführungen zum Fortbestehen der Tilgungsgemeinschaft zwischen den Schuldern *B. Rimmelspacher*, WuB I F 1 c. 1.00 (2000), S. 533 (534).

⁴⁷ *H. Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), S. 462; *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 425 Rn. 16, andererseits ohne die Einschränkung auf eine „Art“ Gesamtgäubigerschaft *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 421 Rn. 28.

⁴⁸ OLG Hamm, Beschluss v. 22.09.1997, NJW-RR 1998, S. 486. Über einen Verweis auf diese Entscheidung indirekt auch *R. Schulze*, in: HK-BGB (2019), § 425 Rn. 3.

⁴⁹ *M. Gebauer*, in: Soergel (2010), § 425 Rn. 25, ohne die Einschränkung der „beschränkten“ Gesamtgäubigerschaft aber *ders.*, in: Soergel (2010), § 421 Rn. 50. Ferner *B. Kreße*, in: BeckOK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 425 Rn. 72.

⁵⁰ OLG Nürnberg, Urteil v. 18.04.2002, NZG 2002, S. 874 (876); AG Ludwigslust, Urteil v. 24.06.2009, NJW-RR 2010, S. 367 (368); OLG Köln, Urteil v. 24.06.2016, BeckRS 2016, 117629 Rn. 15. Ferner *G. Weigelin*, Schuldbeitritt (1941), S. 87; *C. Grüneberg*, in: Palandt

sein mag, erläutert insbesondere Gebauer. Der Zedent könne dabei zwar allein von den Gesamtschuldnern, die ihm gegenüber Schuldner geblieben sind, die Leistung verlangen, und der Zessionar nur von dem Gesamtschuldner, gegen den die abgetretene Forderung besteht. Aber durch die Leistung eines Gesamtschuldners an Zedent oder Zessionar erlösche das gesamte Schuldverhältnis.⁵¹

Hinter der Annahme einer (Art) Gesamtgläubigerschaft zwischen Zedent und Zessionar scheint also der Gedanke zu stehen, dass Gesamtgläubiger gemäß § 428 S. 1 BGB lediglich berechtigt sind, eine Leistung in der Weise zu fordern, dass jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner aber die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet ist. Wie bei der Gesamtschuld gibt es also nur eine einmalige Leistungspflicht. Die Erfüllung und ihre Surrogate haben nach §§ 429 III 1, 422 I BGB Gesamtwirkung. Damit lässt sich für die rechtliche Situation nach einer Separatübertragung gesamtschuldnerischer Ansprüche erklären, warum keiner der Gläubiger – weder Zedent noch Zessionar – ein weiteres Mal Leistung verlangen kann, sobald ein Schuldner geleistet hat.

Während offenbar niemand (explizit) bestreitet, dass nach einer isolierten Zession weiterhin Regeln zur Gesamtschuld anwendbar sind, wenden sich einige Autoren ausdrücklich gegen das Postulat einer Gesamtgläubigerschaft zwischen Zedent und Zessionar. Einige bestreiten lediglich, dass Zedent und Zessionar echte Gesamtgläubiger gemäß § 428 S. 1 BGB werden.⁵² Andere erteilen sogar einer „Art“ Gesamtgläubigerschaft eine Absage.⁵³

3. Positionierung des Bundesgerichtshofs

Ende 2017 hat sich der Bundesgerichtshof dazu positioniert, welche Rechtsfolgen die isolierte Übertragung gesamtschuldnerischer Forderungen hat. In dem Urteil ging es zwar um die isolierte Übertragung gesamtschuldnerischer Forderungen kraft Gesetzes statt kraft Rechtsgeschäfts. Allerdings sind die Ausführungen des Bun-

(2018), § 425 Rn. 9. Über einen Verweis auf die zu Beginn dieser Fn. zitierte Entscheidung des OLG Nürnberg indirekt auch *W. Rosch*, in: *jurisPK-BGB* (2017), § 398 Rn. 45.

⁵¹ *M. Gebauer*, in: *Soergel* (2010), § 425 Rn. 25. Ähnlich z.B. *H. Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), S. 462; *G. Weigelin*, Schuldbeitritt (1941), S. 87; *B. Kreße*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 425 Rn. 72.

⁵² *F. Leonhard*, Schuldrecht AT (1929), S. 725; *L. Enneccerus/H. Lehmann*, Schuldverhältnisse (1958), S. 369; *H. Ehmann*, Gesamtschuld (1972), S. 33 f. Fn. 53; *P. Derleder*, in: *FS Heinrichs* (1998), S. 155 (167); *S. Madaus*, Schuldbeitritt (2001), S. 57; *B. Kreße*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 425 Rn. 72 f.; *S. Madaus*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.06.2018), § 765 Rn. 460 Wohl auch OLG Schleswig, Urteil v. 14.05.1998, VuR 1998, S. 339 und *P. Bydlinski*, ZIP 1989, S. 953 (958); *C. Bode*, WuB 1998, I C 1. – 3.98, S. 971 (972) sowie *K. Bartels*, JZ 2000, S. 608 (611) dort in Fn. 35.

⁵³ *D. Looschelders*, in: *Staudinger* (2017), § 425 Rn. 100; *J. Lieder*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 37. Wohl auch *J. Schürnbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 134, der sich zumindest eindeutig gegen eine echte Gesamtgläubigerschaft ausspricht.

desgerichtshofs zu den Rechtfolgen einer gesetzlichen Spaltung der Gesamtschuld weitgehend auch für die isolierte Zession gültig.

BGH⁵⁴: *K war als Beifahrerin mit ihrem Ehemann A auf einem Motorrad unterwegs, welches bei Versicherer B haftpflichtversichert war. Fahrer F erfasste das Motorrad mit seinem Pkw, welcher bei S haftpflichtversichert war. Durch den Unfall wurde K so schwer verletzt, dass sie dauerhaft erwerbsunfähig wurde. Sie erhielt deshalb von T, dem Träger der gesetzlichen Rentenversicherung, eine Rente wegen Erwerbsminderung. K verlangte außerdem von B Ersatz ihres Verdienstausfallschadens. Darauf hatte der Bundesgerichtshof zu befinden.*

Der Bundesgerichtshof führte aus, K habe gegen A als alleinigen Halter des Motorrads einen Anspruch auf Ersatz ihres unfallbedingten Verdienstausfalls aus §§ 7 I, 11 S. 1 StVG, und zwar auch insoweit, als sie von T aufgrund des Schadensereignisses kongruente Sozialleistungen beanspruchen könne. Gemäß §§ 115 I 1 Nr. 1 VVG, 1 PflVersG könne K diesen Schadensersatzanspruch direkt gegen B als Haftpflichtversicherer des A geltend machen. Der Versicherer und der ersatzpflichtige Versicherungsnehmer hafteten gemäß § 115 I 4 VVG als Gesamtschuldner. Ferner stellte der Bundesgerichtshof fest, K habe aufgrund des Unfalls auch Ansprüche auf Schadensersatz gegen F aus § 823 I BGB und gegen dessen Versicherer S aus § 823 I BGB in Verbindung mit §§ 115 I 1 Nr. 1 VVG, 1 PflVersG. Beide hafteten K neben A und B als Gesamtschuldner. Im Innenverhältnis der Gesamtschuldner⁵⁵ sei F (und somit auch S) für den Unfallschaden voll einstandspflichtig. Zwischen T als Sozialversicherungsträger und den Schädigern (samt ihrer Versicherer) bestehe kein Gesamtschuldverhältnis, da es insoweit an der Gleichstufigkeit der Verpflichtungen fehle.⁵⁶

⁵⁴ BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 ff. mit Anm. von C. Armbriester, NJW 2018, S. 1218 ff.; J. Hager, JA 2018, S. 226 ff.; H. Lemcke, r+s 2018, S. 50 f.; W. Martin, NZV 2018, S. 140 f. Weiteres dazu unter „Treuwidrigkeit einer Geltendmachung der Forderung des Zeudenten?“ ab S. 119. S. zur Entscheidung des Berufungsgerichts: OLG Köln, Urteil v. 01.09.2016, VersR 2017, S. 969 ff.

⁵⁵ Vgl. W.-T. Schneider, in: MüKo-VVG (2017), § 115 Rn. 24: „Dagegen nehmen andere Haftpflichtige außerhalb des Versicherungsverhältnisses an der durch § 115 Abs. 1 Satz 4 VVG angeordneten Gesamtschuld grundsätzlich nicht teil. Zwar mögen sie dem Geschädigten neben dem versicherten Schädiger aufgrund eines weiteren Gesamtschuldverhältnisses (vgl. § 840 BGB) ihrerseits zum Ersatz des gesamten Schadens verpflichtet sein. Der Versicherer eines einzelnen Schädigers wird jedoch mangels Gleichstufigkeit der Verpflichtungen in dieses weitere Gesamtschuldverhältnis mit einem nicht versicherten Mitschädiger regelmäßig nicht einbezogen. Daher kommt auch der Direktanspruch gegen den Versicherer einem weiteren, nicht mitversicherten Schädiger nicht zugute. Sind mehrere Schädiger jeweils bei unterschiedlichen Versicherern versichert, so besteht zwischen diesen Versicherern ein zum Innenausgleich führendes Gesamtschuldverhältnis. Der Umfang der Verpflichtung der Versicherer bestimmt sich in diesem Fall entsprechend den Haftungsbeiträgen ihrer Versicherungsnehmer.“

⁵⁶ A. A. J. Hager, JA 2018, S. 226 (228).

Ks Anspruch gegen F und S sei eine juristische Sekunde nach seiner Entstehung durch das schadensstiftende Ereignis gemäß § 116 I SGB X per cessio legis auf T übergegangen, soweit T kongruente Sozialleistungen zu erbringen habe. Der Anspruch gegen A sei hingegen wegen des Familienprivilegs in § 116 VI 1 SGB X nicht gemäß § 116 I SGB X auf T übergegangen. Ebenso sei ein gesetzlicher Übergang des Direktanspruchs der K gegen B ausgeschlossen. Einem getrennten, von dem Haftpflichtanspruch losgelösten Übergang des Direktanspruchs stehe dessen Rechtsnatur als akzessorisches Recht entgegen, welches allein der Sicherung der Forderung des Geschädigten diene.⁵⁷

Mithin seien die Forderungen gegen die beiden Schädiger – und damit auch die akzessorischen Direktansprüche gegen deren Versicherer – unterschiedliche Wege gegangen. Dies sei rechtlich möglich, wie sich aus § 425 BGB ergebe.⁵⁸ Infolge der isolierten cessio legis seien zwischen den verschiedenen Beteiligten Schuldverhältnisse entstanden, auf die einzelne Regelungen der Gesamtschuldnerschaft und der Gesamtgläubigerschaft entsprechend anwendbar seien.⁵⁹

Da im Wege der Legalzession des § 116 I SGB X die Forderung des Geschädigten gegen den Fremdschädiger grundsätzlich unverändert, das heißt genauso, wie sie dem Geschädigten zustand, auf den Sozialversicherungsträger übergehe, blieben auch die Besonderheiten – Privilegierungen und Belastungen – aus dem Schuldverhältnis, aus dem die Forderung stamme, bei ihrem Übergang bewahrt (vgl. §§ 412, 404 BGB).⁶⁰ Auch wenn die Forderung gegen den Fremdschädiger auf den Sozialversicherungsträger übergehe, behalte sie deshalb eine gesamtschuldähnliche Verbundenheit mit der Forderung des Geschädigten gegen den angehörigen Schädiger.

⁵⁷ Dazu schon BGH, Urteil v. 28.11.2000, BGHZ 146, S. 108 ff.

⁵⁸ So könnten gesamtschuldnerisch verbundene Forderungen unterschiedliche Schicksale haben, etwa dadurch, dass der Gläubiger nur die Forderung gegen einen Gesamtschuldner abtrete. Der Bundesgerichtshof wies darauf hin, dass umstritten sei, ob die rechtsgeschäftliche Übertragung einer Forderung gegen nur einen Gesamtschuldner ohne Zustimmung der übrigen (!) Gesamtschuldner zulässig sei. Eine eigene Position bezog der Bundesgerichtshof zu dieser Frage nicht. Das war in dem Fall auch nicht relevant. Schließlich ging es darin um den gesetzlichen Übergang einzelner Gesamtschuldforderungen. Dabei hielt der Bundesgerichtshof eine Zustimmung der Gesamtschuldner nicht für erforderlich: Der Übergang einer Forderung gegen einen Schädiger gemäß § 116 I SGB X vollziehe sich kraft Gesetzes und ohne weitere Voraussetzungen, auch dann, wenn es einen weiteren Schädiger gäbe, dem gegenüber der Forderungsübergang gemäß § 116 VI SGB X ausgeschlossen sei.

⁵⁹ A. A. J. Hager, JA 2018, S. 226 (228) mit der Begründung, dies lasse sich schwer in die bekannte Dogmatik einfügen. Einzelne Elemente von Gesamtschuld und Gesamtgläubigerschaft stünden relativ unvermittelt nebeneinander. Eine überzeugende Deduktion sei kaum zu erkennen.

⁶⁰ Dies gelte ungeachtet des Umstands, dass die Forderung in der Hand des Sozialversicherungsträgers nunmehr eine andere Funktion erfülle, nämlich die des Ausgleichs für die von ihm erbrachten Sozialleistungen.

Die Folge sei, dass Schuldverhältnisse auf zwei Seiten entstünden, an denen personenverschiedene Gläubiger und Schuldner (einerseits Geschädigter und angehöriger Schädiger; andererseits Sozialversicherungsträger und Fremdschädiger) beteiligt seien, die aber – soweit die gesamtschuldähnliche Verbundenheit reiche – Merkmale der Gesamtschuldnerschaft und der Gesamtgläubigerschaft aufwiesen. Der Bundesgerichtshof spricht von einem gesamtschuldähnlichen Verhältnis auf der einen und von einem gesamtgläubigerähnlichen Verhältnis auf der anderen Seite: Jeder Gläubiger könne grundsätzlich die ganze Leistung fordern (vgl. § 428 S. 1 BGB), wobei sich allerdings jeder nur an „seinen“ Schuldner wenden dürfe; jeder Schuldner müsse grundsätzlich die ganze Leistung bewirken (vgl. § 421 S. 1 BGB), wobei er nur noch an „seinen“ Gläubiger leisten dürfe. Die Leistung könne aber insgesamt nur einmal gefordert werden (vgl. §§ 421 S. 1, 422 I S. 1 BGB), sie müsse insgesamt nur einmal bewirkt werden (vgl. § 428 S. 1 BGB). In den Innenverhältnissen sei sodann ein Ausgleich zwischen den Schuldern (angehöriger Schädiger und Fremdschädiger) beziehungsweise zwischen den Versicherern entsprechend § 426 BGB oder § 17 I StVG und zwischen den Gläubigern (Geschädigter und Sozialversicherungsträger) entsprechend § 430 BGB möglich.

II. Stellungnahme

Nachdem nun das Meinungsbild davon skizziert wurde, welche Rechtsverhältnisse zwischen den Schuldern und Gläubigern aus einer isolierten Zession resultieren, schließen sich eigene Überlegungen dazu an. Insbesondere soll überprüft werden, ob die Schuldner in der Tat trotz einer isolierten Zession in einer Tilgungsgemeinschaft verbunden bleiben. Für sie könnten die Regeln der Gesamtschuld fortgelten. Ferner ist zu eruieren, ob zwischen Zedent und Zessionar eine Gesamtgläubigerschaft entsteht.

1. Gesamtschuld trotz Trennung der Schuldner

Zunächst soll der Frage nachgegangen werden, ob die Regeln der §§ 422–426 BGB in Ansehung der Gesamtschuld prinzipiell fortgelten, wenn die ursprünglich in der Hand eines Gläubigers zusammengefassten Gesamtschuldforderungen infolge einer isolierten Zession getrennt werden.

a) *Sukzessionsrechtliches Identitätsprinzip*

Gemäß § 398 S. 2 BGB ändert sich bei der Übertragung einer Forderung nur der Forderungsinhaber. Eigenschaften der Forderung selbst ändern sich nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht.⁶¹ Zum Beispiel ändert sich grundsätzlich nichts an der

⁶¹ Heute rechnet man die Forderungszuständigkeit tendenziell nicht mehr zu den identi-

Abhängigkeit der übertragenen Forderung von dem Bestand des ihr zugrundeliegenden Schuldverhältnisses.⁶² Die Abtretung einer Forderung berührt deren wesentlichen Inhalt also nicht.⁶³ Bereits in den Gesetzesmaterialien tritt diese Idee zutage. So äußerten die Verfasser des BGB im Kontext der Verjährung: „Eine durch Rechtsnachfolge in den Anspruch herbeigeführte Aenderung in der Person des Berechtigten oder Verpflichteten berührt das Wesen des Anspruchs nicht.“⁶⁴ Das lässt sich mit dem Begriff des *sukzessionsrechtlichen Identitätsprinzips* beschreiben.⁶⁵ Es erspart den Vertragsparteien kosten- und zeitintensive Verhandlungen über die grundsätzliche Ausgestaltung der übertragenen Vermögensposition und fördert damit die Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs.⁶⁶ Normativ hat das sukzessionsrechtliche Identitätsprinzip vor allem in § 399 Var. 1 BGB Niederschlag gefunden. Nach dieser Vorschrift kann eine Forderung nicht auf einen neuen Gläubiger übergehen, wenn sich dadurch ihr Leistungsinhalt ändert. Daraus kann man ableiten, dass eine Abtretung den Inhalt einer Forderung im Grundsatz unberührt lässt. Andernfalls müsste gemäß § 399 Var. 1 BGB jede Abtretung unwirksam sein, was erkennbar absurd wäre. Daraus kann man schlussfolgern, dass eine Abtretung den Inhalt einer Forderung nicht verändert, es sei denn, die Inhaltsänderung ist eine notwendige Folge⁶⁷ der Forderungsübertragung. Dann greift § 399 Var. 1 BGB ein und ordnet die Unwirksamkeit der betreffenden Zession an.

Für die isolierte Zession ist es keine notwendige Folge, dass die Forderungen ihre Eigenschaft verlieren, in einem Gesamtschuldverhältnis zu stehen. Unzweifelhaft zählt die Zugehörigkeit einer Forderung zu einem Gesamtschuldverbund zu ihren inhaltlich prägenden Eigenschaften. So ordnen die §§ 422–426 BGB spezielle Regeln für eine gesamtschuldnerisch gebundene Forderung an.⁶⁸ Würde eine Ge-

tätsprägenden Eigenschaften einer Forderung. Das überzeugt, denn andernfalls müsste jede Sukzession an § 399 Var. 1 BGB scheitern. Ausführlich zu alledem *J. Lieder*, Sukzession (2015), S. 568 ff. S. auch *J. Busche*, in: *Staudinger* (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 4.

⁶² *H. P. Westermann*, in: *Erman* (2017), § 398 Rn. 28.

⁶³ S. nur BGH, Versäumnisurteil v. 11.03.2004, NJW-RR 2004, S. 1130 (1131): Der Inhalt einer Forderung werde durch den Gläubigerwechsel allein nicht verändert. Gemäß § 398 S. 2 BGB trete lediglich der neue Gläubiger an die Stelle des alten. Für die ganz h. L. vgl. etwa *K. W. Nörr/R. Scheyhing/W. Pöggeler*, Sukzessionen (1999), S. 36 ff.; *K. v. Koppenfels-Spies*, Cessio legis (2006), S. 159 ff.; *J. Lieder*, Sukzession (2015), S. 571; *J. Busche*, in: *Staudinger* (2017), § 398 Rn. 27; *W. Rosch*, in: *jurisPK-BGB* (2017), § 398 Rn. 47; *M. Rohe*, in: *BeckOK-BGB* (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 398 Rn. 60 mit Beispielen und m. w. N.

⁶⁴ Motive BGB, Bd. 1 (1888), S. 340.

⁶⁵ Instruktiv *J. Lieder*, Sukzession (2015), S. 567 ff.; *J. Lieder*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 176. Ähnlich bereits *G. Baumgärtel*, AcP 156 (1956), S. 265 (273): „statische Ordnung“.

⁶⁶ *J. Lieder*, Sukzession (2015), S. 571.

⁶⁷ Vgl. dazu die Bsp. unter „Normkonkretisierung des § 399 Var. 1 BGB anhand von Fallgruppen“ ab S. 63.

⁶⁸ Insbesondere sind im Recht der Gesamtschuld besondere Leistungswirkungen festgeschrieben, etwa die Befreiung der übrigen Schuldner nach § 422 I BGB und die Möglichkeit des leistenden Schuldners, Ausgleich nach § 426 BGB zu nehmen. Derartige Leistungswirkungen

samtschuldforderung diese Regelbindung infolge einer isolierten Übertragung verlieren, würde der Zessionar entgegen § 398 S. 2 BGB nicht mehr an die Stelle des Zedenten treten, sondern nähme eine *andere* Rechtsposition ein.⁶⁹ Schließlich hatte der Zedent bloß die Stellung des Inhabers einer gesamtschuldnerisch gebundenen Forderung inne, nicht die einer insofern „freien“ Forderung. Allein diese Überlegungen rechtfertigen es, die §§ 422–426 BGB im Wege der Analogie nach der isolierten Zession weiter anzuwenden, und damit insbesondere über § 422 I BGB die Tilgungsgemeinschaft der Schuldner aufrecht zu erhalten. Dass in dieser Konstellation keine Gesamtschuld mehr im Sinne von § 421 S. 1 BGB vorliegt, steht lediglich einer unmittelbaren Anwendung der Gesamtschuldregeln entgegen.

Der Bundesgerichtshof hat sich für den Fall einer isolierten Legalzession wie gesehen⁷⁰ ähnlich positioniert. Dabei gehe die Forderung grundsätzlich unverändert über. Allerdings will der Bundesgerichtshof auf das Rechtsverhältnis der getrennten Schuldner nur „einzelne Regelungen der Gesamtschuldnerschaft entsprechend“ anwenden,⁷¹ namentlich die §§ 422 I 1, 426 BGB.⁷² Die übrigen Bestimmungen zur Gesamtschuldnerschaft sollen offenbar nicht gelten. Diese Haltung ist – besonders weil sie nicht begründet wird – nicht nachvollziehbar. Das gesetzlich verankerte Identitätsprinzip bei einer Forderungssukzession lässt sich nur konsequent verwirklichen, wenn im Grundsatz alle Gesamtschuldregeln der §§ 422–426 BGB auch nach der isolierten Zession gelten. Ausnahmen sind denkbar, aber begründungsbedürftig.⁷³

b) Sukzessionsschutz für den Schuldner

Ein weiteres Argument für die Fortgeltung der §§ 422–426 BGB ergibt sich aus Überlegungen zum Sukzessionsschutz. Sukzessionsschutz genießen Personen, die an einem Nachfolgegeschäft wie der Abtretung nicht selbst als Vertragspartei beteiligt sind und daher vor den Wirkungen dieses Geschäfts auch nicht durch das Einigungsprinzip geschützt werden. Infolge der Rechtsnachfolge werden sie mit einem neuen Rechtssubjekt konfrontiert, das sie sich selbst nicht als Vertragspartei ausgesucht haben. Zum Ausgleich für diesen Eingriff in ihre Kontrahentenwahlfreiheit werden ihre Interessen durch rechtliche Vorschriften und Grundsätze vor den

zählen zum Inhalt der Leistung im Sinne von § 399 Var. 1 BGB. Denn nach dieser Norm richtet sich die Identität einer Leistung mit der h. M. sowohl nach dem Leistungsverhalten des Schuldners als auch nach dem Leistungserfolg. Eingehend dazu statt vieler E. Wagner, Vertragliche Abtretungsverbote (1994), S. 428 ff. m. w. N.

⁶⁹ Vgl. dazu Fn. 91 f. und den dazu gehörigen Haupttext in diesem Kap.

⁷⁰ S. unter „Positionierung des Bundesgerichtshofs“ ab S. 94.

⁷¹ BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 27.

⁷² BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 23.

⁷³ Dazu unter „Zumutbarkeit der Rechtsfolgen einer isolierten Zession“ ab S. 137.

Nachteilen der Sukzession geschützt.⁷⁴ So bewirkt der Sukzessionsschutz für den Schuldner, dass dessen rechtliche Stellung gegenüber dem neuen Inhaber der Forderung weitgehend bestehen bleibt. Diese Kontinuität kann man als eine Ausformung des sukzessionsrechtlichen Identitätsprinzips verstehen.⁷⁵ Man kann die Kontinuität des Sukzessionsschutzes mit Petersen⁷⁶ sogar als eine Ausnahme von dem Prinzip der Relativität der Schuldverhältnisse verstehen.⁷⁷ Grundsätzlich wirkt ein Schuldverhältnis mit seinen Rechten und Pflichten nämlich nur zwischen den Beteiligten. Der Erwerber eines Rechts ist selbst nicht an dem Schuldverhältnis beteiligt, aus dem dieses Recht stammt. Rechte des Schuldners gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger dürfen darum gegenüber einem neuen Gläubiger an und für sich nicht gelten. Aufgrund des Sukzessionsschutzes für den Schuldner muss der Erwerber trotzdem in die spezifische Rechtsstellung eintreten, die von seinem Rechtsvorgänger begründet wurde.

Dieses Prinzip lässt sich anhand der Abtretung nachvollziehen.⁷⁸ Nach § 398 S. 1 BGB erfordert die Abtretung einer bestehenden Forderung lediglich einen entsprechenden Vertrag zwischen dem verfügbungsbefugten Altgläubiger und dem Neugläubiger. Gemäß § 398 S. 2 BGB tritt bereits mit dem Abschluss des Vertrags der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers. Eine Mitwirkung des Schuldners ist grundsätzlich nicht erforderlich.⁷⁹ Das ist eine Besonderheit der Abtretung.⁸⁰ Es ist nicht selbstverständlich, dass ein obligatorisches Recht übergeht, ohne dass die Gegenpartei des Schuldverhältnisses mitwirkt.⁸¹ Eine privative Schuldübernahme nach §§ 414 f. BGB zum Beispiel kann der Schuldner nicht wirksam mit einem Dritten vereinbaren, ohne dass der Gläubiger zustimmt. Dass die Abtretung auch ohne Einverständnis des Schuldners zu einem Gläubigerwechsel führt, kann für den Schuldner im Einzelfall durchaus eine Zumutung sein. Das BGB

⁷⁴ Lehrreich *J. Lieder*, Sukzession (2015), S. 618, der u. a. darauf hinweist, dass schutzbedürftige Drittbeeteiligte einer Sukzession außer dem Schuldner eines obligatorischen Rechts auch noch weitere Personen sein können.

⁷⁵ In diese Richtung *J. Busche*, in: Staudinger (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 2. Hier wird Sukzessionsschutz der Übersichtlichkeit halber als ein eigenständiger Aspekt der Rechtsnachfolge behandelt. Ähnlich *J. Lieder*, Sukzession (2015), S. 567.

⁷⁶ Zu alledem *J. Petersen*, Jura 2012, S. 279.

⁷⁷ Zwingend ist dieser Gedanke freilich nicht. Man kann den Sukzessionsschutz auch gerade auf dem Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse aufbauen, und zwar in seiner Ausformung, dass es keine Verträge zulasten Dritter geben darf.

⁷⁸ Ausführlich dazu *J. Lieder*, Sukzession (2015), S. 632 ff.

⁷⁹ Dazu etwa *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 39.

⁸⁰ Dazu mit näherer Begründung *J. Lieder*, Sukzession (2015), S. 113 ff.

⁸¹ Bei vertraglichen Schuldverhältnissen ergeben sich allein aus der negativen Vertragsfreiheit des Schuldners Bedenken. Dazu statt aller *J. Busche*, in: Staudinger (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 2; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 5. Zwar führt die Abtretung nicht zum Übergang des Vertragsverhältnisses. Indem der Zessionär aber die Forderung aus einem spezifischen Vertragsverhältnis erwirbt, wird er gleichwohl an diesem Schuldverhältnis beteiligt, obwohl sich der Schuldner den Zessionär nicht als Gläubiger ausgesucht hat.

gleicht diese einseitige Verfügungsgewalt über die Forderung bei der Abtretung durch Sukzessionsschutz mittels der §§ 404, 406 ff. BGB aus.⁸² Diese Normen dienen dazu, den Schuldner vor den Nachteilen eines Gläubigerwechsels zu schützen, indem sie seine rechtlichen Verteidigungsmöglichkeiten gegenüber dem neuen Gläubiger aufrechterhalten. Zum Beispiel kann der Schuldner Einwendungen gemäß § 404 BGB auch gegenüber dem Zessionar geltend machen. Wenn der Schuldner schon nichts an der Abtretung ändern kann, darf er gegenüber dem neuen Gläubiger zumindest nicht schlechter stehen als gegenüber dem alten.⁸³ Andernfalls wäre die Abtretung ein Vertrag zulasten Dritter.

Nichts anderes gilt, wenn ein Gläubiger nur eine von mehreren gesamtschuldnerischen Forderungen abtritt. Auch diese Abtretung darf nicht zum Nachteil der Schuldner gereichen. Genau das würde aber geschehen, wenn die Einzelabtretung die gesamtschuldnerische Verbindung der Forderungen auflöste. Denn die Gesamtwirkungen der §§ 422–425 BGB sowie der Regress nach § 426 BGB haben in weiten Teilen Vorteile für die Gesamtschuldner.⁸⁴ Insofern gebietet das Prinzip des Sukzessionsschutzes, die Wirkungen der Gesamtschuldner nach ihrer Aufspaltung durch eine isolierte Abtretung zu konservieren. So lassen sich insbesondere die Stellungnahmen begründen, denen zufolge ein Schuldner, der geleistet hat, weiterhin nach § 426 BGB Ausgleich nehmen kann.⁸⁵

Soweit mit den §§ 422 ff. BGB für die Schuldner Nachteile verbunden sind,⁸⁶ müssen aber auch diese nach der isolierten Zession bestehen bleiben. Ebenso wenig wie eine Schlechterstellung kann man eine Besserstellung des Schuldners infolge einer Sukzession rechtfertigen. Dieses Verbesserungsverbot ergibt sich allerdings nicht aus dem Prinzip des Sukzessionsschutzes. Der Schuldner ist vor Verbesserungen seiner Rechtsstellung offensichtlich nicht zu schützen. Zedent respektive Zessionar als die von einer solchen Verbesserung Benachteiligten bedürfen davor auch keines Schutzes, da sie an der Abtretung mitwirken müssen. Seine Rechtfertigung erfährt das beschriebene Verbesserungsverbot aber durch das sukzessionsrechtliche Identitäts-

⁸² S. nur *J. Busche*, in: Staudinger (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 2; *J. Lieder*, in: Beck-OGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 5.

⁸³ Zu allem *J. Petersen*, Jura 2012, S. 279. Dazu, dass sich die rechtliche Stellung des Schuldners durch die Abtretung nicht verändern darf, statt vieler auch *W. Rosch*, in: jurisPK-BGB (2017), § 398 Rn. 47. Vgl. ferner *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 398 Rn. 79.

⁸⁴ So wird zum Beispiel bei der Erfüllung durch einen Gesamtschuldner nach § 422 I 1 BGB auch der andere Gesamtschuldner dem Gläubiger gegenüber von seiner Leistungspflicht frei, obwohl dieser andere Schuldner selbst gar nicht geleistet hat. Der leistende Gesamtschuldner wiederum profitiert in der Folge von dem gesamtschuldnerischen Regress nach § 426 BGB, sofern er dazu berechtigt ist.

⁸⁵ *H. Rüßmann*, in: jurisPK-BGB (2017), § 425 Rn. 19. So wohl auch *P. Bydlinski*, ZIP 1989, S. 953 (958 f.).

⁸⁶ Ein Nachteil kann sich etwa für den Gesamtschuldner ergeben, der nach § 426 BGB zum internen Ausgleich verpflichtet ist. Auch können Nachteile aus einer vereinbarten Gesamtwirkung für solche Rechtstatsachen folgen, etwa wenn das Verschulden eines Schuldners auch für einen anderen Rechtswirkungen entfalten soll.

prinzip. Demzufolge bleibt die übertragene Rechtsposition so, wie sie ist. Sie wird durch die Sukzession in keiner Hinsicht besser, aber auch nicht schlechter für die beteiligten Personen.⁸⁷ Insofern steht dem Sukzessionsschutz mit seinem Verschlechterungsverbot ein Verbesserungsverbot gegenüber. Beide Verbote lassen sich (auch) als Facetten des sukzessionsrechtlichen Identitätsprinzips begreifen.

c) Nemo-plus-iuris-Grundsatz am Beispiel der Forderungsabtretung eines Gesamtgläubigers

Nach § 429 III 2 BGB bleiben die Rechte der übrigen Gläubiger unberührt, wenn ein Gesamtgläubiger seine Forderung auf einen anderen überträgt. Die Verfasser des BGB erläuterten hierzu:

Ein Gesamtgläubiger „kann aber, wie jeder andere Gläubiger, auf den neuen Gläubiger nur diejenigen Rechte übertragen, welche ihm selbst zustehen, und es ergibt sich daraus von selbst, daß durch die Uebertragung der Forderung seitens eines Gesammtgläubigers die Rechte der übrigen Gläubiger nicht berührt werden. (...) Von diesem Standpunkte aus würde es einer betreffenden Bestimmung im Gesetzbuche kaum bedürfen. Bei dem Mangel der Aufstellung eines die Bestimmungen über die Gesamtschuldverhältnisse beherrschenden Prinzips [gemeint: Einheits- oder Mehrheitsprinzip] erscheint jedoch die Aufnahme in das Gesetzbuch nicht überflüssig. Durch die Aufnahme der Bestimmung wird überdies der Argumentation entgegengetreten, durch die Abtretung der Forderung würden, weil in ihr eine Verfügung über die Substanz des Rechtes und eine Aneignung des Werthes derselben liege, die übrigen Gläubiger in gleicher Weise ausgeschlossen, wie durch die Beitreibung der Leistung.“⁸⁸

§ 429 III 2 BGB stellt demnach für die Übertragung der Forderung durch einen Gesamtgläubiger drei Aspekte klar. Erstens ist eine solche isolierte Übertragung jedenfalls für einen Gesamtgläubiger möglich. Insbesondere scheitert sie nicht an der Struktur eines Solidarverhältnisses, mag dieses nun nach dem Einheits- oder dem Mehrheitsprinzip beschaffen sein.⁸⁹ Zweitens hat die Übertragung der Forderung eines einzelnen Gesamtgläubigers nicht zur Folge, dass der Schuldner gegenüber den übrigen Gesamtgläubigern von seiner Leistungspflicht frei wird. Insofern grenzt der Gesetzgeber die Wirkung der „Veräußerung“ einer Gesamtgläubigerforderung von der Wirkung einer Erfüllung dieser Forderung ab. Eine Erfüllung hätte nämlich nach §§ 429 III 1, 422 I BGB Gesamtwirkung. Drittens – und das ist an dieser Stelle

⁸⁷ Ausführlich zu alledem *J. Lieder*, Sukzession (2015), S. 641 f.

⁸⁸ Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 161.

⁸⁹ Der Gesetzgeber gibt zu erkennen, dass man die Übertragung einer Einzelforderung aus einem Solidarverhältnis für unzulässig halten kann, je nachdem ob man für dessen Struktur die Theorie von der Forderungseinheit oder -mehrheit annimmt. Wie gezeigt wurde, scheidet eine Einzelübertragung bei der Annahme einer einheitlichen Gesamtschuld- oder Gesamtgläubigerforderung aus. Indem der Gesetzgeber für die Gesamtgläubigerschaft die Zulässigkeit einer Einzelübertragung festgeschrieben hat, hat er sich implizit für die Theorie von der Forderungsmehrheit in einer Gesamtgläubigerschaft ausgesprochen. S. unter „Vergleich zur Gesamtgläubigerschaft“ ab S. 43.

entscheidend – führt die Übertragung eines Gesamtgläubigers nicht dazu, dass diese Forderung die Eigenschaft verliert, in einem Gesamtgläubigerverhältnis zu stehen.⁹⁰ Wie der Gesetzgeber angemerkt hat, kann nämlich per se ein „Gläubiger nur diejenigen Rechte übertragen, welche ihm selbst zustehen“. Ein Gesamtgläubiger kann also nur eine Forderung übertragen, die durch eine Gesamtgläubigerschaft mit den Forderungen der übrigen Gläubiger verbunden ist. Eine Forderung ohne diese Verbindung kann er nicht übertragen. Dieser Umstand spiegelt sich im Wortlaut des § 429 III 2 BGB wider, gemäß welchem die Rechte der übrigen Gläubiger „unberührt“ bleiben. Wenn diese Gläubigerrechte durch eine Einzelübertragung nicht verändert werden, verlieren sie insbesondere nicht ihre Eigenschaft, durch eine Gesamtgläubigerschaft verbunden zu sein.

Muss man die dargestellte Wertung auf die Einzelübertragung einer gesamtschuldnerischen Forderung übertragen? Formal unterscheidet sich diese in einem Aspekt von der Abtretung der Forderung durch einen Gesamtgläubiger: Tritt ein Gesamtgläubiger seine Forderung ab, sind nach wie vor *mehrere* berechtigt, eine Leistung im Sinne des § 428 S. 1 BGB von einem Schuldner zu fordern. Die Strukturmerkmale einer Gesamtgläubigerschaft bleiben also erhalten. Das ist bei der Abtretung der Forderung gegen einen einzelnen Gesamtschuldner anders. Da diese nämlich zu einer Vervielfältigung der Gläubiger führt, gibt es nicht mehr nur *einen* Gläubiger, wie es § 421 S. 1 BGB voraussetzt. Dieser formale Unterschied kann aber nicht ins Gewicht fallen. Das Argument des Gesetzgebers, ein Gläubiger könne nicht mehr übertragen, als er hat, verlangt auch das Fortbestehen einer Gesamtschuld nach einer isolierten Zession. Andernfalls würde der Zedent statt einer gesamtschuldnerischen Forderung eine Einzelforderung an den Zessionar übertragen. Bei jeder Sukzession ist das erworbene Recht jedoch abhängig von dem Recht des Urhebers. Abgesehen vom Sonderfall des redlichen Erwerbs kann der Veräußerer nicht mehr Rechte übertragen, als er selbst innehalt.⁹¹ Dieser Gedanke war bereits im römischen Recht unter der Parömie *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* bekannt und ist noch immer gültig.⁹² Er ist ein Gebot der Denklogik und liegt dem BGB zugrunde. So hat der Gesetzgeber allgemein zur Übertragung einer Forderung betont: „Nach dem richtig verstandenen Prinzip der Sondernachfolge kann die Forderung auf den neuen Gläubiger nur so, [insbesondere] mit denjenigen Mängeln behaftet, übergehen, wie sie dem bisherigen Gläubiger zustand (...).“⁹³ Diese Erwägung, die auch der Abtretung der Forderung eines Gesamtgläubigers zugrunde liegt, betrifft gleichsam die Abtretung der Forderung gegen einen einzelnen Gesamtschuldner: Die isolierte Zession lässt die Gesamtschuld unberührt.

⁹⁰ Vgl. etwa *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 429 Rn. 72: Der Zessionar erwerbe die Forderung im „Gesamtverband“.

⁹¹ Statt vieler *J. Lieder*, Sukzession (2015), S. 570.

⁹² Vgl. *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 177.

⁹³ Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 128.

d) Fazit

Die Aufteilung gesamtschuldnerischer Forderungen auf verschiedene Gläubiger ändert nichts daran, dass diese Forderungen zu einer Gesamtschuld zusammenge schlossen sind. Das folgt aus dem sukzessionsrechtlichen Identitätsprinzip sowie dem damit verbundenen Prinzip des Sukzessionsschutzes und gesetzgeberischen Erw ägungen zur identitätswahren Abtretung im Recht der Gesamtgläubigerschaft. Grundsätzlich gelten nach einer isolierten Zession alle Regeln zur Gesamtschuld in analoger Anwendung fort. Wie zu Beginn dieses Kapitels aufgezeigt wurde, kann ein endg ültiges Ergebnis aber erst nach einer Analyse s ämtlicher Folgen der isolierten Zession im Wege einer Gesamtabw ägung gefunden werden.⁹⁴

2. Keine Gesamtgläubigerschaft zwischen Zedent und Zessionar

Des Weiteren ist zu erörtern, ob das Rechtsverhältnis zwischen Zedent und Zessionar nach der isolierten Zession im Sinne einer Gesamtgläubigerschaft nach § 428 S. 1 BGB ausgestaltet ist.

a) Erläuterung der Idee einer Gesamtgläubigerschaft zwischen Zedent und Zessionar

Dass Zedent und Zessionar nach einer Einzelabtretung Gesamtgläubiger werden, hat innerhalb der Rechtsprechung erstmals das Oberlandesgericht Hamm in einer Entscheidung angenommen. Anhand dieses grundlegenden Urteils lässt sich ver anschaulichen, was mit der Annahme einer Gesamtgläubigerschaft gemeint ist.

OLG Hamm⁹⁵: *Die Stiftungen A, B und C beauftragten den Bauunternehmer V mit dem Bau eines Altersheims. Sie schuldeten V gesamtschuldnerisch Werklohn. Es wurde vereinbart, dass V diese Werklohnforderungen nicht abtreten darf. Als V in Finanzierungsnot geriet, drängte er indes auf die Aufhebung dieses Verbots, um die Werklohnforderung gegen ein Entgelt abtreten zu dürfen. A stimmte dieser Aufhebung zu, B und C hingegen nicht. Sodann verkaufte und zedierte V seine Forderung auf Werklohn gegen A an die Bank R. Danach meldete sich die Gläubigerin G mit einer offenen Geldforderung gegen V. Zur Befriedigung dieser Forderung ließ G die Werklohnforderungen des V pfänden und an sich überweisen. A beglich die Werklohn schuld gegenüber R. Sodann klagte G gegen die Stiftungen A, B und C auf Zahlung des Werklohns aus abgeleiteten Recht.*

Das Oberlandesgericht Hamm entschied, dass G keinen Anspruch gegen die Stiftungen A, B und C auf gesamtschuldnerische Zahlung von Werklohn habe. G habe bei V nur dessen Werklohnforderungen gegen B und C pfänden und an sich

⁹⁴ Dazu unter „Zumutbarkeit der Rechtsfolgen einer isolierten Zession“ ab S. 137.

⁹⁵ OLG Hamm, Urteil v. 21.03.1983, WM 1984, S. 1404 (1406). Leicht modifiziert dar gestellt.

überweisen lassen können. Die Werklohnforderung gegen A habe V zuvor bereits wirksam an R abgetreten. Die Abtretung habe nur im Verhältnis zu der Stiftung A gewirkt, weil nur diese der gemäß § 399 Var. 2 BGB verbotswidrigen Abtretung zugestimmt hat.⁹⁶ Infolgedessen sei eine Gesamtgläubigerschaft gemäß § 428 BGB zwischen V und R entstanden. Nach § 428 BGB stehe es im Belieben des Schuldners, an welchen der Gesamtgläubiger er leiste. A habe die Werklohnshuld gegenüber R als einem der beiden Gesamtgläubiger beglichen. Durch diese Leistung seien auch die Stiftungen B und C von ihrer Werklohnshuld gegenüber G als Pfändungsgläubigerin frei geworden. Ob die Zahlung von allen Stiftungen zusammen oder lediglich von Stiftung A geleistet wurde, spielt keine Rolle. An der Stellung aller Stiftungen als Gesamtschuldner ändere nämlich die allein von Stiftung A erklärte Zustimmung zu der Abtretung nichts. Diese habe nur für das Gläubigerrecht Bedeutung. Seien die Stiftungen aber Gesamtschuldner geblieben, könne jeder von ihnen gemäß § 421 BGB die Werklohnforderung mit gleichzeitiger Wirkung auch für die übrigen Gesamtschuldner im Verhältnis zu dem Gläubiger respektive zu den Gesamtgläubigern tilgen.

Das Oberlandesgericht Hamm hat demnach angenommen, dass Zedent und Zessionar infolge der isolierten Abtretung einer Gesamtschuldforderung zu Gesamtgläubigern werden. Ob sich die Gesamtgläubigerschaft nur auf die übertragene Forderung beziehen soll oder zusätzlich auf die nicht zedierten Forderungen, kann man dem Urteil nicht mit Gewissheit entnehmen. Beide Deutungen erscheinen möglich. Soll sich die Gesamtgläubigerschaft auf alle Forderungen erstrecken, kann man damit begründen, dass trotz der Mehrheit an Gläubigern infolge einer isolierten Zession weiterhin eine einmalige Leistungspflicht der Schuldner besteht. Schließlich sind Gesamtgläubiger gemäß § 428 S. 1 BGB lediglich berechtigt, eine Leistung in der Weise zu fordern, dass jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner aber die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet ist.⁹⁷ Die Erfüllung und ihre Surrogate haben nach §§ 429 III 1, 422 I BGB Gesamtwirkung. Nach einer Separatübertragung gesamtschuldnerischer Ansprüche kann daher keiner der Gläubiger – weder Zedent noch Zessionar – ein weiteres Mal Leistung verlangen, sobald ein Schuldner geleistet hat.⁹⁸ Das Oberlandesgericht Hamm hat die Gesamtwirkung der Erfüllung durch Schuldner A aber nicht auf das Recht der Gesamtgläubigerschaft gestützt. Stattdessen führte es aus, trotz der isolierten Abtretung seien die Stiftungen Gesamtschuldner geblieben. Daher könne jeder von ihnen gemäß § 421 BGB die

⁹⁶ Insbesondere sei diese Abtretung nicht entsprechend § 139 BGB richtig, weil die Werklohnforderungen gegen die Stiftungen B und C gemäß § 399 Var. 2 BGB mangels deren Zustimmung nicht mitübertragen werden könnten. Bereits die entsprechende Anwendung von § 139 BGB sei insofern fraglich. Zumindest hätten die Zessionsparteien auch nur die Forderung gegen die Stiftung A übertragen, wenn ihnen die beschränkte Übertragbarkeit der übrigen Forderungen bewusst gewesen wäre.

⁹⁷ Zu dieser einmaligen Leistungspflicht s. nur *D. Looschelders*, in: *Staudinger* (2017), § 428 Rn. 1.

⁹⁸ Vgl. hierzu Fn. 51 und den dazu gehörigen Haupttext in diesem Kap.

Werklohnforderung mit gleichzeitiger Wirkung auch für die übrigen Gesamtschuldner im Verhältnis zu dem Gläubiger respektive zu den Gesamtgläubigern tilgen. Das Gericht stellte für die Gesamtwirkung der Erfüllung also auf das Recht der Gesamtschuld ab. Dieses soll offenbar nach einer Trennung gesamtschuldnerischer Forderungen weiterhin bestimmend sein für das Rechtsverhältnis der Schuldner.

Möglicherweise hat das Oberlandesgericht Hamm die Gesamtgläubigerschaft zwischen Zedent und Zessionar somit tatsächlich nur auf die zedierte Einzelforderung bezogen. Dazu passt die Ausführung des Gerichts, infolge der isolierten Abtretung sei eine Gesamtgläubigerschaft gemäß § 428 BGB zwischen V und R entstanden. Nach § 428 BGB stehe es im Belieben des Schuldners, an welchen der Gesamtgläubiger er leiste. A habe die Werklohnshuld gegenüber R als einem der beiden Gesamtgläubiger beglichen. Das Oberlandesgericht Hamm geht somit wohl davon aus, der Schuldner der zedierten Forderung könne sich aussuchen, ob er an den Zedenten oder den Zessionar leistet.

Welche Gedanken für das Gericht letztlich tragend waren, kann an dieser Stelle dahinstehen. Jedenfalls hat die Analyse des Urteils gezeigt, dass man eine Gesamtgläubigerschaft zwischen Zedent und Zessionar im Wesentlichen aus zwei Gründen annehmen kann. Einerseits nämlich, um zu erklären, warum bei einer Leistung an einen der Gläubiger auch der andere Gläubiger befriedigt wird. Und andererseits, um zu begründen, dass der Schuldner der zedierten Forderung nach Belieben entweder an den Zedenten oder den Zessionar leisten kann. Beide Rechtsfolgen ergeben sich aus dem Recht der Gesamtgläubigerschaft. Doch ist es tatsächlich richtig, eine Gesamtgläubigerschaft zwischen Zedent und Zessionar anzunehmen?

b) Keine Gesamtgläubigerschaft im Sinne des Gesetzeswortlauts

Ob eine isolierte Abtretung Zedent und Zessionar zu Gesamtgläubigern macht, richtet sich nach § 428 S. 1 BGB. Entgegen Derleder⁹⁹ und Madaus¹⁰⁰ kann man eine Gesamtgläubigerschaft nicht deshalb ablehnen, weil den Gesamtschuldner nach einer Einzelabtretung die freie Wahl darüber fehle, an welchen der Gläubiger sie befreidend leisten. Zwar dürfen die Schuldner im Fall einer Gesamtgläubigerschaft nach § 428 S. 1 Hs. 2 BGB frei wählen, an welchen der Gläubiger sie leisten. Dies gehört nach dem deutlichen Wortlaut von § 428 S. 1 BGB mit seiner Wenn-Dann-Struktur jedoch zu den Rechtsfolgen einer Gesamtgläubigerschaft, nicht zu deren Voraussetzungen.¹⁰¹ Ob den Gesamtschuldner nach einer Separatabtretung tat-

⁹⁹ P. Derleder, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (167), der auf der Folgeseite allerdings wegen § 267 BGB doch wieder von einem bestehenden Wahlrecht spricht.

¹⁰⁰ S. Madaus, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 765 Rn. 460.

¹⁰¹ So dezidiert B. Völzmann-Stickelbrock, in: NK-BGB (2016), § 428 Rn. 5; L. Böttcher, in: Erman (2017), § 428 Rn. 1; D. Looschelders, in: Staudinger (2017), § 428 Rn. 7; H. Rüßmann, in: jurisPK-BGB (2017), § 428 Rn. 4; erkennbar auch bei BGH, Urteil v. 01.07.1969, NJW 1969, S. 1901 (1902); BGH, Urteil v. 11.07.1979, NJW 1979, S. 2038 (2039); R. Schulze,

sächlich die Wahl darüber fehlt, ob sie befreidend an Zedent oder Zessionar leisten, ist im Übrigen zweifelhaft. Dieser Frage wird später nachgegangen.¹⁰²

Die Voraussetzungen einer Gesamtgläubigerschaft sind in § 428 S. 1 Hs. 1 BGB geregelt. Nach dieser Legaldefinition liegt eine Gesamtgläubigerschaft vor, wenn jeder einzelne von mehreren Gläubigern eine Leistung ganz fordern kann und der Schuldner bei Leistung an einen Gläubiger auch gegenüber allen anderen frei wird.¹⁰³ Diese Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit Zedent und Zessionar nach der isolierten Abtretung einer Gesamtschuldforderung Gesamtgläubiger sind. Das ist jedoch fragwürdig. Zwar ist die Leistung weiterhin nur einmal zu erbringen. Denn wie zuvor dargestellt gelten die Regeln der Gesamtschuld im Grundsatz nach einer Trennung der gesamtschuldnerischen Forderungen fort, sodass die Tilgungsgemeinschaft der Schuldner erhalten bleibt.¹⁰⁴ Somit wäre ein Merkmal der Gesamtgläubigerschaft erfüllt.¹⁰⁵

Allerdings ist jedenfalls eine weitere Voraussetzung einer Gesamtgläubigerschaft zwischen Zedent und Zessionar nicht gegeben, nämlich dass mehrere Gläubiger auf ein und denselben Schuldner zugreifen können. Die Einzelabtretung bewirkt keine Aufspaltung einer Forderung auf *verschiedene* Gläubiger.¹⁰⁶ Schließlich verliert der Zedent gemäß § 398 S. 2 BGB infolge der Abtretung seine Inhaberschaft der abgetretenen Forderung. Darum wird der Gesamtschuldner der abgetretenen Forderung keinem zusätzlichen Gläubiger ausgesetzt.¹⁰⁷ Tatsächlich wird dieser Gesamtschuldner nur einem *anderen* Gläubiger ausgesetzt, nämlich dem Zessionar anstelle des Zedenten. Der Gesamtschuldner, dessen Forderung nicht abgetreten wurde, hat ebenfalls bloß einen Gläubiger, nämlich den Zedenten. Deswegen können Zedent und Zessionar jeweils nur unterschiedliche Schuldner in Anspruch nehmen.¹⁰⁸ Mithin führt die isolierte Abtretung *nicht* zu einer Gesamtgläubigerschaft zwischen Zedent und Zessionar, weil sich der einzelne Gesamtschuldner entgegen § 428 S. 1 BGB keiner Mehrheit von Gläubigern ausgesetzt sieht.

in: HK-BGB (2019), § 428 Rn. 2. Unklar bei *M. Gebauer*, in: Soergel (2010), § 428 Rn. 1; *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 428 Rn. 1 ggü. 3; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 428 Rn. 1; *M. Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 428 Rn. 1.

¹⁰² Dazu unter „Empfangsberechtigung, Modalität und Rechtsfolge der Leistung“ S. 110.

¹⁰³ Statt aller *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 428 Rn. 7.

¹⁰⁴ Dazu bereits unter „Gesamtschuld trotz Trennung der Schuldner“ ab S. 97.

¹⁰⁵ So auch *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (167); *S. Madaus*, Schuldbeitritt (2001), S. 57.

¹⁰⁶ Eine solche Abtretung unter teilweiser Beibehaltung des Gläubigerrechts wäre nach h. M. überhaupt nicht möglich. S. dazu die Nachweise in Fn. 117 f. im 1. Kap. sowie die Bestätigung dieser These in dem darauffolgenden Haupttext.

¹⁰⁷ *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 100.

¹⁰⁸ *J. Schürnbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 134.

c) Beschränkte Vergleichbarkeit mit einer Gesamtgläubigerschaft

Einzelne Stimmen der juristischen Rechtsprechung Literatur haben erkannt, dass die Abtretung der Forderung gegen nur einen Gesamtschuldner nicht zu einer echten Gesamtgläubigerschaft führt.¹⁰⁹ Offenbar infolge dieser Erkenntnis erklären Einige das Rechtsverhältnis von Zedent und Zessionar bloß als *vergleichbar* mit einer Gesamtgäubigerschaft. Das wird mit vagen Terminen wie etwa einer „Art“ oder „modifizierten“ Gesamtgäubigerschaft beschrieben. Damit soll ausgedrückt werden, dass Zedent und Zessionar nur von ihrem jeweils eigenen Schuldner Leistung verlangen können, aber eine Leistung dennoch alle Schuldner gegenüber den Gläubigern befreit.¹¹⁰ In diese Richtung hat sich auch der Bundesgerichtshof für den Fall einer isolierten *cessio legis* geäußert.¹¹¹ Das daraus folgende Rechtsverhältnis weise auch „Merkmale“ der Gesamtgäubigerschaft auf. Jeder Gläubiger könne grundsätzlich die ganze Leistung fordern (vgl. § 428 S. 1 BGB), wobei sich allerdings jeder nur an „seinen“ Schuldner wenden dürfe. Die Leistung müsse insgesamt nur einmal bewirkt werden (vgl. § 428 S. 1 BGB). Der Bundesgerichtshof bezeichnet das Rechtsverhältnis zwischen Zedent und Zessionar daher als gesamtgäubigerähnlich.¹¹²

Die Gesamtwirkung der Erfüllung und ihrer Surrogate aus Sicht der Gläubiger als „gesamtgäubigerähnlich“ zu beschreiben, ist allerdings genauso überflüssig, wie sie mit dem Etikett einer „Art“ oder „modifizierten“ Gesamtgäubigerschaft zu versehen. Schließlich ergibt sich bereits aus den analog fortgeltenden Regeln der Gesamtschuld, dass die Schuldner insgesamt nur einmal leisten müssen, obwohl ihnen verschiedene Gläubiger gegenüberstehen (vgl. §§ 421 S. 1, 422 I BGB).¹¹³ Die einmalige Leistungspflicht der Schuldner sollte man daher nicht mittels eines Vergleichs zur Gesamtgäubigerschaft erklären. Das schafft mehr Verwirrung denn Klarheit. Lediglich um zu eruieren, ob die Gesamtschuldner einer isolierten Abtretung zustimmen müssen, kann sich ein Vergleich mit der Begründung einer Ge-

¹⁰⁹ Ein Beispiel ist das OLG Schleswig, Urteil v. 14.05.1998, VuR 1998, S. 339 mit zustimmender Anm. *C. Bode*, WuB 1998, I C 1. – 3.98, S. 971 ff. Das Gericht entschied, ein Gesamtschuldner, dessen Forderung einzeln abgetreten werde, werde gerade keinem zweiten Gläubiger ausgesetzt. Dahinter steht die zutreffende Erwägung, dass dieser Gesamtschuldner keinen zusätzlichen, sondern nur einen anderen Gläubiger erhält, nämlich den Zessionar anstelle des Zedenten. Der Zedent nämlich verliert die Inhaberschaft der abgetretenen Forderung. Somit lehnte das OLG Schleswig im Ergebnis ab, dass die gesonderte Abtretung einer Gesamtschuldforderung Zedent und Zessionar zu Gesamtgäubigern dieser Forderung macht. Aus der Lit. s. *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (167); *J. Schünbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 134; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 100.

¹¹⁰ S. Nachweise in Fn. 47 ff. in diesem Kap.

¹¹¹ S. unter „Positionierung des Bundesgerichtshofs“ ab S. 94.

¹¹² BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 31.

¹¹³ Dazu unter „Gesamtschuld trotz Trennung der Schuldner“ ab S. 97. Der Rückgriff auf §§ 429 III 1, 422 I BGB ist damit unnötig, um die Gesamtwirkung der Erfüllung und ihrer Surrogate zu erklären.

samtgläubigerschaft anbieten. Diesem Aspekt widmet sich ein späteres Kapitel der vorliegenden Arbeit.¹¹⁴

Nachdem geklärt ist, dass die Regeln der Gesamtgläubigerschaft auf die Konstellation nach einer isolierten Abtretung nicht direkt anwendbar sind, kann man lediglich über ihre analoge Anwendung nachdenken.¹¹⁵ Der Bundesgerichtshof hat sich für den Fall einer isolierten *cessio legis* dafür ausgesprochen, einzelne Regelungen der Gesamtgläubigerschaft analog anzuwenden.¹¹⁶ Welche Regeln das im Einzelnen sein sollen, wird in der Entscheidung nicht vollständig klar. In jedem Fall soll aber § 430 BGB analog zwischen Legalzedent und Legalzessionar anwendbar sein.¹¹⁷

Ein Analogieschluss zu den Regeln der Gesamtgläubigerschaft überzeugt allerdings nur sehr eingeschränkt. In Bezug auf die meisten dieser Vorschriften fehlt die Voraussetzung einer Regelungslücke: Weil die Regeln zur Gesamtschuld ohnehin im Grundsatz analog anwendbar sind, besteht kein Bedürfnis¹¹⁸ nach ihrer Anwendung über die Verweisung in § 429 III 1 BGB.¹¹⁹ Im Recht der Gesamtschuld gibt es allerdings keine Regelung über den Binnenregress mehrerer Gläubiger, wie ihn § 430 BGB im Recht der Gesamtgläubigerschaft vorsieht. Insoweit gibt es eine Regelungslücke in den Vorschriften zur Gesamtschuld, was die Konstellation einer „Gesamtschuld in getrennter Gläubigerschaft“ betrifft. Diese Lücke ist durch eine Analogie zu § 430 BGB zu schließen, weil dieser Norm eine vergleichbare Interessenlage zugrunde liegt: Zedent und Zessionar haben im Fall der Leistung nach einer isolierten Zession ein Bedürfnis nach internem Regress, wie es auch Gesamtgläubiger haben. Das wird noch ausführlicher im Zusammenhang mit anderen

¹¹⁴ Dazu unter „Berechtigung eines Zustimmungserfordernisses“ ab S. 165.

¹¹⁵ Vgl. *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (167).

¹¹⁶ S. abermals unter „Positionierung des Bundesgerichtshofs“ ab S. 94.

¹¹⁷ BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 30.

¹¹⁸ Somit erscheint die Unvollständigkeit des Gesetzes im Hinblick auf eine „Gesamtschuld in getrennter Gläubigerschaft“ nicht planwidrig. Diese Unvollständigkeit lässt sich im Grundsatz durch die analoge Anwendung der Regeln zur Gesamtschuld sachgerecht auffüllen.

¹¹⁹ Vgl. *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 429 Rn. 1 f., demzufolge § 429 BGB für die Gesamtgläubigerschaft das Gegenstück zu den §§ 422–425 BGB ist und ebenso wie diese die Frage behandelt, welche Tatsachen Einzel- und welche Gesamtwirkung haben. Vom Prinzip her spiegelt § 429 BGB für die Gesamtgläubigerschaft diejenigen Normen, die die Wirkung von Veränderungen im Falle der Gesamtschuld regelten. *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 429 Rn. 1 bemerkt zwar zutreffend, trotz der Verweisung auf die Regelungen für die Gesamtschuld sei wegen der unterschiedlichen durch Gesamtschuld und Gesamtgläubigerschaft berührten Interessen eine entsprechende umgekehrte, d. h. spiegelbildliche Anwendung nicht immer möglich. Allerdings reicht die Spiegelbildlichkeit so weit, dass verbleibende Unterschiede zwischen Gesamtgläubigerschaft und -schuld für die hier interessierende Frage vernachlässigbar sind.

Wegen thematisiert, auf denen Zedent und Zessionar voneinander Ausgleich verlangen können, wenn ein Gesamtschuldner leistet.¹²⁰

d) Fazit

Eine isolierte Zession macht Zedent und Zession nicht zu Gesamtgläubigern im Sinne von § 428 S. 1 BGB. Beide mit Gesamtgläubigern zu vergleichen, kann zu dem Fehlschluss führen, die Gesamtwirkung einer Erfüllung und ihrer Surrogate ergebe sich aus dem Recht der Gesamtgläubigerschaft. Tatsächlich folgt sie aber aus den fortgeltenden Regeln der Gesamtschuld. Des Weiteren sind die Normen der Gesamtgläubigerschaft im Grundsatz auch nicht analog auf Zedent und Zessionar anzuwenden. Eine Ausnahme ergibt sich für § 430 BGB.

§ 4 Leistung in der gespaltenen Gesamtschuld

Auf Basis der voranstehenden Überlegungen soll nun geklärt werden, wie sich Leistungshandlungen zwischen den Gesamtschuldner und den Gläubigern nach einer isolierten Zession auswirken. Außerdem wird untersucht, ob den Gläubigern Grenzen für die Inanspruchnahme ihrer Schuldner gesetzt sind. Insbesondere könnte die Einziehung ihrer Forderung schuldrechtlich untersagt oder sogar als treuwidrig ausgeschlossen sein.

I. Empfangsberechtigung, Modalität und Rechtsfolge der Leistung

1. Meinungsstand

Zwar sind sich Rechtsprechung und Literatur darüber einig, dass eine isolierte Zession die Tilgungsgemeinschaft der Schuldner unberührt lässt.¹²¹ Nicht ganz einheitlich sind die Ausführungen aber in der Frage, bei der Leistung welchen Schuldners an welchen Gläubiger die Erfüllung Gesamtwirkung hat. Zum Beispiel heißt es einerseits, das Schuldverhältnis „erlösche“, wenn einer der Gesamtschuldner – unabhängig davon, ob gerade die Forderung gegen ihn abgetreten worden sei – an den Zedenten *oder* Zessionar leiste.¹²² Andererseits ist etwa zu lesen, eine solche Gesamtwirkung trete ein, wenn ein Gesamtschuldner an den *für ihn zuständigen*

¹²⁰ Zu Fragen des Rückgriffs ausführlich unter „Regress zwischen Zedent und Zessionar“ ab S. 122.

¹²¹ Dazu unter „Konsens: Fortbestehen der Tilgungsgemeinschaft“, S. 91.

¹²² *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 99. Ähnlich *M. Gebauer*, in: Soergel (2010), § 421 Rn. 50.

Gläubiger leiste.¹²³ Auch eine differenzierende Lösung ist zu finden.¹²⁴ Manche Autoren legen sich insofern überhaupt nicht fest.¹²⁵

2. Stellungnahme

Jeder Gläubiger kann nur von demjenigen Gesamtschuldner Leistung verlangen, gegen den er eine Forderung hat. Umgekehrt kann ein Gesamtschuldner prinzipiell nur an denjenigen Gläubiger leisten, dem er verpflichtet ist. Der Schuldner der nicht zedierten Forderung kann also nur an den Zedenten leisten, da der Zessionar nur Gläubiger der übergegangenen Forderung wird. Der Schuldner der zedierten Forderung kann an für sich nur an den Zessionar leisten. Unter Leistung sind die Erfüllung und ihre Surrogate wie die Leistung an Erfüllungs statt oder die Hinterlegung zu verstehen (vgl. § 422 I BGB). Zu diesen Surrogaten zählt die Aufrechnung. Aufrechnen kann ein Schuldner nur gegenüber seinem Gläubiger und auch nur mit einer eigenen Forderung. Er kann analog § 422 II BGB nicht mit einer Forderung des anderen Schuldners gegenüber seinem eigenen Gläubiger aufrechnen. Ebenso wenig kann er mit einer eigenen Forderung gegenüber dem anderen Gläubiger aufrechnen. In beiden Fällen fehlt es an der Gegenseitigkeit im Sinne von § 387 BGB.¹²⁶

Leistet ein Schuldner in einer als zulässig beschriebenen Weise an seinen Gläubiger, wird er von seiner Leistungspflicht gegenüber diesem Gläubiger frei. Analog § 422 I BGB befreit diese Leistung auch den anderen Gesamtschuldner gegenüber dessen Gläubiger. Schließlich bleibt die Tilgungsgemeinschaft der Gesamtschuldner nach einer isolierten Abtretung erhalten.

Wie bereits angedeutet entspricht es lediglich dem *Grundsatz*, dass ein Gesamtschuldner mit der Wirkung des § 422 I BGB nur an denjenigen Gläubiger leisten

¹²³ *H. Rüßmann*, in: jurisPK-BGB (2017), § 425 Rn. 19. S. auch *H. Kaduk*, in: Staudinger (1994), § 425 Rn. 46, nach dem auch die Forderung des Zessionars erlischt, wenn ein von der Abtretung nicht betroffener Gesamtschuldner an den Zedenten leistet.

¹²⁴ Vgl. *H. Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), S. 462 f.: Die Leistung einer der Schuldner an seinen Gläubiger komme auch dem anderen Schuldner zugute (§§ 422, 429 III BGB). Grundsätzlich dürfe jeder Mitschuldner nur an seinen Gläubiger leisten. Leiste aber der cessus [gemeint ist der Schuldner der abgetretenen Forderung] an den Zedenten, komme diese Leistung nicht nur ihm selbst gegenüber dem Zedenten zugute [sic, gemeint dürfte stattdessen der Zessionar sein], sondern auch dem non cessus [gemeint ist der Schuldner der nicht abgetretenen Forderung] gegenüber dem Zessionar [sic, hier dürfte stattdessen der Zedent gemeint sein], wenn entweder in der Person des Leistenden der Tatbestand des § 407 BGB erfüllt sei oder wenn der Leistende als Intervent von seines Mitschuldners nach § 267 BGB die Leistung bewirke. Entsprechendes gelte, wenn umgekehrt der debtor non cessus an den Zessionar leisten sollte. Auch hier sei die Wirksamkeit der Leistung nicht auf den Fall des § 409 BGB beschränkt. S. in dieser Arbeit dazu noch Fn. 132 in diesem Kap. a. E.

¹²⁵ Etwa *H.-F. Müller*, in: PWW (2017), § 425 Rn. 10: „bei Erfüllung durch einen Gesamtschuldner erlischt die Forderung beim Zedenten und Zessionar.“

¹²⁶ *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (177 f.). S. auch *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 99.

kann, der für ihn zuständig ist. Ausnahmsweise kann sich aus allgemeinen Regeln des Schuldrechts ergeben, dass eine Tilgungswirkung unabhängig davon eintritt, ob ein Schuldner an den Zedenten oder Zessionar leistet. Das kann sich insbesondere aus den §§ 404 ff. BGB ergeben. Zum Beispiel kann der Schuldner des Zessionars unter Umständen nach § 407 I BGB (oder § 354a I 2 HGB) auch befreidend an den Zedenten leisten. Eine befreidende Leistung an den (vermeintlichen) Zessionar kommt nach § 409 I BGB in Betracht. Diese Normen machen den „falschen“ Gläubiger nicht zum wahren Gläubiger des leistenden Schuldners.¹²⁷ Sie behandeln ihn im Interesse des Schuldners lediglich so, als ob er für die Leistung empfangszuständig wäre.¹²⁸

Des Weiteren kann ein Schuldner unter den Voraussetzungen von § 267 BGB im Wege der Dritteistung an den Gläubiger des anderen Gesamtschuldners leisten¹²⁹ und damit eine Befreiungswirkung analog § 422 I BGB herbeiführen.¹³⁰ Insofern kann ein Gesamtschuldner nach einer isolierten Abtretung frei wählen, ob er an den Zedenten oder den Zessionar leistet.¹³¹ Das übersehen einige Autoren¹³² sowie der Bundesgerichtshof¹³³.

¹²⁷ Vgl. *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 407 Rn. 1; *W. Rosch*, in: jurisPK-BGB (2017), § 407 Rn. 22; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 407 Rn. 5.1 f.; *K. Schmidt*, in: MüKo-HGB (2018), § 354a Rn. 19.

¹²⁸ Empfangszuständig ist derjenige, der die Verfügungsbefugnis über eine Forderung hat, unter Umständen also auch eine andere Person als der Gläubiger selbst (vgl. § 362 II BGB). Dazu statt aller *D. Looschelders*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 362 Rn. 99. Leistet der Schuldner an einen nicht empfangszuständigen Dritten, so wird er nur von seiner Verbindlichkeit frei, wenn bestimmte Normen sein Interesse an einer Empfangszuständigkeit des betreffenden Dritten ausnahmsweise schützen. Ein Beispiel dafür ist § 407 BGB, welcher den guten Glauben des Schuldners an die Empfangszuständigkeit des Altgläubigers schützt. Allgemein dazu wiederum stellvertretend *ders.*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 362 Rn. 120.

¹²⁹ Das setzt eine Tilgungsbestimmung des leistenden Schuldners voraus, nach der er auf die Schuld des anderen Schuldners leistet, s. nur *A. Kafka*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.11.2018), § 267 Rn. 15 ff. Hieran wird es zumindest bei Leistungen des Schuldners der zedierten Forderung an den Zedenten oft fehlen.

¹³⁰ Vgl. *M. Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 422 Rn. 5.

¹³¹ Die Dritteistung ist aus der Sicht des befriedigten Gläubigers nicht als eine Leistung zugunsten aller Gesamtschuldner zu beurteilen, sondern als eine Leistung zugunsten desjenigen Gesamtschuldners, gegen den der befriedigte Gläubiger eine Forderung hat. Zahlt hingegen ein Dritter für einen bestimmten Gesamtschuldner, wirkt dies wie eine Leistung des begünstigten Schuldners, welche die Mitschuldner zwar gegenüber dem Gläubiger befreit, sie aber Regressansprüchen aussetzt. Dazu näher *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 422 Rn. 16.

¹³² *S. Madaus*, Schuldbeitritt (2001), S. 57; *J. Schürnbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 134. Wie hier aber *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (168). Ähnlich *H. Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), S. 462 f., der allerdings die Beziehungen der Schuldner und Gläubiger unzutreffend vermischt (dazu Fn. 124 in diesem Kap.). Reichel führt demgegenüber zutreffend aus, der volle Tatbestand des § 267 BGB müsse nicht erfüllt sein, weil der Gläubiger auch eine inkorrekte Leistung als eine Leistung an Erfüllungs statt gelten lassen könne (§§ 362, 364 BGB). Auch handle der dem Zedenten schuldende Schuldner nicht treulos, wenn er gemäß § 267 BGB für seinen dem Zessionar schuldenden Mitschuldner an den Zessionar

II. Einziehungsverbot zulasten des Zedenten

Möglicherweise darf der Zedent die ihm verbliebene Gesamtschuldforderung nicht einziehen, damit der Zessionar geschützt wird.¹³⁴ Dafür trat das Reichsgericht seinerzeit ein.¹³⁵ Einige Autoren des juristischen Schrifttums vertreten denselben Standpunkt.¹³⁶ Woran das Einziehungsverbot normativ geknüpft sein soll, führen die meisten nicht aus. Es sei aber regelmäßig anzunehmen.

1. Dogmatische Herleitung des Einziehungsverbots

Man könnte das Einziehungsverbot an § 430 BGB knüpfen, der wie bereits angedeutet¹³⁷ analog auf das Verhältnis von Zedent und Zessionar anwendbar ist. Aus § 430 BGB könnten sich schon Pflichten ergeben, bevor an einen der Gläubiger geleistet wird. Für den identisch formulierten § 426 I 1 BGB entspricht das der bestrittenen¹³⁸, aber herrschenden¹³⁹ Meinung. Danach existiert unter den Gesamtschuldner vor der Leistung an den Gläubiger ein Mitwirkungs- und Befreiungsanspruch: Zwischen den Gesamtschuldnern bestehe die wechselseitige Verpflichtung, an der Befriedigung des Gläubigers mitzuwirken. Die Gesamtschuldner sollten so handeln, dass es nicht erst zu einem Rückgriff komme. Jeder Gesamtschuldner müsse sich so verhalten, dass keiner mehr als seinen Anteil zu leisten habe. Parallel dazu könnte man bei § 430 BGB eine dem Innenausgleich vorgelagerte Pflicht jedes der Gläubiger annehmen, den Schuldner nur insoweit in Anspruch zu nehmen, als er das Erhaltene im Verhältnis zum anderen Gläubiger behalten darf. Somit würde sich kraft Gesetzes ein (anteiliges) Einziehungsverbot ergeben. Dazu hat sich bisher

leistet. Ebenso wenig handle der Zessionar treulos, wenn er diese Leistung annimmt. Denn der Zedent habe durch die Sonderabtretung die Möglichkeit eines solchen Vorgehens selbst geschaffen. Er ernte also nur, was er selbst gesät hat. Eine Drittleistung scheitere also nicht an § 242 BGB.

¹³³ BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 30, wonach jeder Schuldner „nur noch“ an seinen Gläubiger leisten dürfe.

¹³⁴ Eine Verpflichtung des Zedenten, die ihm verbliebene Forderung zu erlassen, kann man nur in Ausnahmefällen annehmen. Dazu bereits Fn. 31 in diesem Kap.

¹³⁵ RG, Urteil v. 22.05.1905, JW 1905, S. 428: Es müsse als ausgeschlossen gelten, dass der Zedent berechtigt bleiben soll, die ihm verbliebene Forderung einzuziehen, wenn der Zessionar den Anspruch gegen einen Gesamtschuldner gegen ein Entgelt erworben hat. S. oben ab S. 83.

¹³⁶ *H. Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), S. 461; *D. Reinicke*, NJW 1966, S. 2141 (2143); *R. Weber*, in: RGRK (1976), § 398 Rn. 49; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 99; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 37.

¹³⁷ S. unter „Beschränkte Vergleichbarkeit mit einer Gesamtbläubigerschaft“ ab S. 108. Ausführlich dazu noch unter „Rückgriff wie unter Gesamtbläubigern“ ab S. 128.

¹³⁸ So etwa *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 426 Rn. 7 ff.

¹³⁹ S. nur BGH, Urteil v. 15.05.1986, NJW 1986, S. 3131 (3132) sowie *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 426 Rn. 92.

offenbar niemand geäußert. Abgelehnt hat man in der Literatur¹⁴⁰ aber, dass § 430 BGB die Gesamtgläubiger verpflichtet, gegen den Schuldner vorzugehen, um so den Ausgleich im Innenverhältnis zu ermöglichen¹⁴¹. Gegen ein (anteiliges) Einziehungsverbot kraft § 430 BGB spricht, dass man damit Wertungen aus dem Innenverhältnis der Gläubiger auf deren Außenverhältnis zum Schuldner übertragen würde, obwohl das Gesetz diese Verhältnisse trennt: Nach § 428 S. 1 BGB kann jeder Gläubiger die *ganze* Leistung fordern,¹⁴² eine endgültige Verteilung der Leistung findet nach § 430 BGB erst nachgelagert statt. Nähme man ein (anteiliges) Einziehungsverbot an, dürfte ein Gesamtgläubiger hingegen nicht mehr die *ganze* Leistung verlangen. Zwar würde dieses Verbot lediglich gegenüber dem anderen Gesamtgläubiger bestehen und rechtstechnisch nichts daran ändern, dass der Schuldner gegenüber jedem Gesamtgläubiger zur vollen Leistung verpflichtet ist. Im Ergebnis würde das aber kaum einen Unterschied machen, wenn sich ein Gesamtgläubiger gegenüber dem anderen rechtstreu verhalten und sein Einziehungsverbot aus § 430 BGB beachten würde.¹⁴³ Dann bliebe von dem Prinzip der vollen Forderungsberechtigung jedes Gläubigers gemäß § 428 BGB wenig übrig. Mit ähnlicher Argumentation wenden sich Teile der Literatur gegen den herrschenden Mitwirkungs- und Befreiungsanspruch bei § 426 I 1 BGB.¹⁴⁴ Darüber hinaus gibt es ein Argument gegen ein Einziehungsverbot kraft § 430 BGB, das spezifisch aus dem Recht der Gesamtgläubigerschaft folgt. Das Verbot lässt sich nicht auf alle Fälle des § 430 BGB anwenden. Es passt nicht, wenn vor der Leistung an einen Gesamtgläubiger nicht klar ist, wie die Berechtigung im Innenverhältnis ausgestaltet ist. So liegt es in Fällen des § 2151 III 1, 3 BGB.¹⁴⁵ Mithin kann man aus § 430 BGB in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich der Gesamtgläubigerschaft ein (anteiliges) Einziehungsverbot nicht konsistent herleiten. Ein solches ist daher zu verwerfen. Im Interesse der einheitlichen Rechtsanwendung sollte das auch bei einer analogen Anwendung von § 430 BGB gelten, wie sie in dieser Arbeit für das Verhältnis von Zedent und Zessionar vertreten wird.

¹⁴⁰ *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 430 Rn. 6; *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 430 Rn. 5. Insoweit bestehe keine Parallele zum Mitwirkungsanspruch unter Gesamtschuldnern vor Gläubigerbefriedigung. Um einen derartigen Mitwirkungsanspruch geht es hier aber nicht.

¹⁴¹ Daran könnte ein Gesamtgläubiger ein Interesse haben, wenn er (anders als der andere Gesamtgläubiger) nicht selbst gegen den Schuldner vorgehen kann, z. B. weil eine Einrede entgegensteht.

¹⁴² Vgl. *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 428 Rn. 5.

¹⁴³ Das gilt umso mehr, wenn man annimmt, dass mit einem Einziehungsverbot regelmäßig zugleich ein Einforderungsverzicht einhergeht. Dazu sogleich unter „Einforderungsverzicht zulasten des Zedenten“ ab S. 117.

¹⁴⁴ S. Fn. 138 in diesem Kap.

¹⁴⁵ Dabei sieht § 2151 III 3 BGB eine Ausnahme von der Ausgleichspflicht gemäß § 430 BGB vor: Im Zweifel gilt das Recht des ersten Zugriffs. Mit *N. Hölscher*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 15.3.2018), § 2151 Rn. 35: „Wer das Vermächtnis erhält, darf es behalten.“

Vergleichsweise zwanglos kann man ein Einziehungsverbot zulasten des Zedenten auf alternative Weise begründen. In jedem Fall gilt ein solches Einziehungsverbot dann, wenn Zedent und Zessionar sich ausdrücklich darauf einigen. Das ist gemäß § 311 I BGB unproblematisch möglich. Dann ist der Zedent kraft Rechtsgeschäfts gegenüber dem Zessionar dazu verpflichtet, seine Forderung nicht einzuziehen.¹⁴⁶ Fehlt es an einer ausdrücklichen Verbotsabrede, kann der Zedent trotzdem einem Einziehungsverbot unterliegen. Aus dem Kausalgeschäft, welches der Abtretung zugrunde liegt, erwachsen Pflichten gemäß § 241 II BGB zur Rücksichtnahme auf die Belange des Vertragspartners. Danach muss der Zedent alles unterlassen, was die Rechte des Zessionars beeinträchtigen könnte. Zu diesen Unterlassungspflichten gehört in aller Regel die Verpflichtung, die Forderung des Zessionars nicht im eigenen Namen einzuziehen.¹⁴⁷ In Fortführung dieses Gedankens kann der Zedent nach einer isolierten Zession nicht nur verpflichtet sein, die Einziehung der zedierten Gesamtschuldforderung zu unterlassen, sondern auch dazu, die Einziehung der in seiner *eigenen* Inhaberschaft verbliebenen Forderung zu unterlassen.¹⁴⁸ Diese Verpflichtung könnte man auch¹⁴⁹ auf eine Vereinbarung im Sinne von § 311 I BGB stützen, die sich nach §§ 133, 157 BGB in ergänzender Vertragsauslegung ergibt.¹⁵⁰ Im Ergebnis macht das keinen Unterschied.¹⁵¹

¹⁴⁶ Diese Vereinbarung ergänzt den schuldrechtlichen Vertrag, welcher die Abtretungsverpflichtung begründet.

¹⁴⁷ Aus der Rspr. RG, Urteil v. 26.09.1925, RGZ 111, S. 298 (302 f.); BGH, Versäumnisurteil v. 29.11.1963, BeckRS 1963, 31189670. Statt aller aus der Lit. *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 25; *J. Busche*, in: Staudinger (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 23; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 88 je m. w. N. Lediglich die dogmatische Verortung der abtretungsbezogenen Schutzpflichten ist umstritten: Teils stützt man sich auf § 242 BGB, teils aus §§ 402 f. BGB und teils – das ist vorzugswürdig – auf § 241 II BGB. Dazu ein Überblick bei *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 88.1.

¹⁴⁸ Diese Art von Einziehungsverbot würde anders als ein Einziehungsverbot kraft § 430 BGB den Gläubiger nicht nur verpflichten, den Schuldner nur insoweit in Anspruch zu nehmen, als er das Erhaltene im Innenverhältnis zu dem anderen Gläubiger behalten darf. Stattdessen dürfte der Gläubiger den Schuldner überhaupt nicht in Anspruch nehmen.

¹⁴⁹ Ob Rücksichtnahmepflichten gemäß § 241 II BGB gesetzlicher oder vertraglicher Art sind, ist bis heute nicht geklärt und kann im Rahmen dieser Arbeit nicht beantwortet werden. Zu der Problematik etwa *D. Olzen*, in: Staudinger (2015), § 241 Rn. 392 ff.

¹⁵⁰ In beiden Fällen ergänzt die Pflicht das schuldrechtliche Kausalverhältnis zwischen Zedent und Zessionar. Genau wie die in den §§ 402 f. BGB speziell ausgeformten zessionsrechtlichen Schutzpflichten wurzelt das Einziehungsverbot in dem schuldrechtlichen Rechtsgrundgeschäft, welches von der Abtretung als Verfügungsgeschäft zu unterscheiden ist. Für §§ 402 f. BGB ist diese systematische Anknüpfung freilich umstritten: Die Gegenauffassung leitet die normierten Hilfsansprüche aus dem Zessionsgeschäft ab. Damit verwischt sie aber den Unterschied zwischen Verfügung- und Verpflichtungsgeschäft und ist folglich nicht überzeugend. Dazu *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 402 Rn. 3 m. w. N.

¹⁵¹ Eine genaue Einordnung kann hier offenbleiben.

2. Anwendungsfälle eines Einziehungsverbots

Praktisch wichtiger als die genaue dogmatische Einordnung eines Einziehungsverbots ohne ausdrückliche Vereinbarung ist die Frage, wann es vorliegt. Fraglich ist, ob tatsächlich in der *Regel* ein „stillschweigendes“ Einziehungsverbot besteht. Dafür spricht die Schutzbedürftigkeit des Zessionars. Leistet nämlich ein Gesamtschuldner an den Zedenten, verliert der Zessionar analog § 422 I BGB seine Forderung. Im Ergebnis wirkt sich das nahezu genauso¹⁵² aus, als hätte der Zedent die für ihn fremde Forderung des Zessionars im eigenen Namen eingezogen. Beide Vorgänge widerstreben gleichermaßen dem Interesse des Zessionars.

Die Interessenlage des Zedenten hingegen ist von Fall zu Fall unterschiedlich. Wenn beispielsweise die Abtretung der Forderung gegen den beim Zedenten verbleibenden Schuldner „nur“ an § 399 Var. 2 BGB gescheitert ist, wird sich der Zedent an einem Einziehungsverbot nicht stören. Dann nämlich wollte sich der Zedent jener Forderung entledigen und konnte es bloß (im Wege der Abtretung) nicht. Ein Einziehungsverbot zu seinen Lasten wäre wirtschaftlich kein wesentlich anderes Ergebnis als das von ihm gewollte. Anders dürfte es liegen, wenn die Zessionsparteien überhaupt nichts von der Gesamtschuld wussten. Kommt es in diesen Fällen zu einer isolierten Zession (zum Beispiel abermals wegen § 399 Var. 2 BGB), hat der Zedent nicht den Willen zum Ausdruck gebracht, von einer eigenen Verwertung der zurückbehaltenen Forderung abzusehen. Dann kann man zumeist kein Einziehungsverbot annehmen. Haben Zedent und Zessionar bewusst eine gesamtschuldnerische Forderung von der Abtretung ausgenommen, kommt es auf die Motive dafür an: Wollte der Zedent den beibehaltenen Gesamtschuldner generell vor einer Inanspruchnahme schonen, wird er mit einem Einziehungsverbot einverstanden sein. Allerdings kann der Zedent in einzelnen Fällen durchaus noch ein Interesse daran haben, auf den ihm verbliebenen Gesamtschuldner zuzugreifen. Das kann zum Beispiel¹⁵³ der Fall sein, wenn dieser Gesamtschuldner im Moment der Abtretung unbelangbar war und darum als „uninteressant“ ausgeklammert wurde, später aber ein Zugriff auf ihn möglich wird. Letztlich muss man also im Einzelfall über ein Einziehungsverbot entscheiden. Keineswegs sollte man es als selbstverständlich annehmen.

¹⁵² Es kommt nicht einmal auf § 407 BGB an.

¹⁵³ Vgl. ferner *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 127: „A hat gegen B einen Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung und tritt, da B Zahlungsschwach ist, für ein geringes Entgelt diese Forderung an C ab. Daraufhin stellt sich heraus, daß der vermögende D den B angestiftet hat. Soll A dann nicht berechtigt sein, seine ihm verbliebene Forderung gegen D einzuziehen, auch wenn er dadurch die abgetretene Forderung zur Mittilgung bringt? Wie stellt sich die Sache [dar], wenn D etwa vor Mittilgung seiner Schuld wieder zahlungsfähig wird? Oder beide Forderungen waren verschieden aufschiebend bedingt, bei der zurückgehaltenen Forderung tritt die Bedingung früher ein? Oder die nicht abgetretene Forderung war bereits fällig oder rechtshängig, die andere nicht? Soll dann der bisherige Gläubiger trotz Fälligkeit, trotz Erlangung eines Vollstreckungstitels warten, bis die andere Forderung fällig ist?“

Die herrschend vertretene¹⁵⁴ Regel eines (stillschweigenden) Einziehungsverbots lässt sich allenfalls unter der Bedingung aufrechterhalten, dass der Zedent kein klar erkennbares Interesse hat, das gegen ein Einziehungsverbot spricht. Im Zweifel kann man dann für ein solches Verbot entscheiden. Der Zessionar ist daran schließlich fast immer interessiert.

III. Einforderungsverzicht zulasten des Zedenten

Als Einforderungsverzicht oder *pactum de non petendo* bezeichnet man eine schuldrechtliche Vereinbarung, wonach der Gläubiger seine Forderung gegen den Schuldner endgültig oder für bestimmte Zeit nicht geltend machen darf.¹⁵⁵ Anders als bei einem Einziehungsverbot erwirbt bei einem *pactum de non petendo* der *Schuldner* Verteidigungsrechte: Er erhält einen Anspruch gegen den Gläubiger auf Unterlassung der Inanspruchnahme.¹⁵⁶ Zugleich erlangt der Schuldner eine Einrede gegen den Anspruch des Gläubigers.¹⁵⁷ Ein *pactum de non petendo* kann auf zwei Wegen geschlossen werden. Einerseits kann sich der Gläubiger darauf mit dem Schuldner einigen.¹⁵⁸ Andererseits kann der Gläubiger mit einer anderen Person gemäß § 328 I BGB einen entsprechenden Vertrag zugunsten Dritter, also zugunsten

¹⁵⁴ S. Fn. 135 f. in diesem Kap.

¹⁵⁵ Anerkannt in st. Rspr., s. nur RG, Urteil v. 27.01.1930, RGZ 127, S. 126 (128 f.); RG, Urteil v. 05.06.1935, RGZ 148, S. 257 (263); BGH, Urteil v. 30.11.1955, BeckRS 1955, 31199023; BGH, Urteil v. 21.06.1994, NJW 1994, S. 2483 (2484). Man kann zwei Arten eines *pactum de non petendo* unterscheiden, die durch Auslegung abzugrenzen sind. Handelt es sich um ein Stillhalteabkommen, also um eine Vereinbarung, die die prozessuale Geltendmachung zeitweilig ausschließt, ist eine dennoch erhobene Klage als zurzeit unzulässig abzuweisen. Betrifft das *pactum* hingegen die materielle Rechtslage, soll dem Schuldner also die Einrede der Nichtfälligkeit erlaubt sein, ist eine Klage zwar zulässig, aber als zurzeit unbegründet abzuweisen. Die Forderung bleibt fällig, bis die Einrede geltend gemacht wird. Zu alledem *W. Krüger*, in: MüKo-BGB (2016), § 271 Rn. 18 m. w. N. Zu bemerken ist aber, dass die Begriffe „Einforderungsverzicht“, „*pactum de non petendo*“ und „Stillhalteabkommen“ bisweilen auch synonymisch verwendet werden.

¹⁵⁶ *M. Schlüter*, in: MüKo-BGB (2016), § 397 Rn. 9. Krit. *P. Gottwald*, in: MüKo-BGB (2016), § 328 Rn. 22: Es gehe nicht darum, dem Dritten einen selbständigen Unterlassungsanspruch zuzuwenden. Es handle sich vielmehr um einen konstruktiven Ausweg, im Ergebnis zu einem von der Rspr. nicht anerkannten Erlass oder Verzicht zugunsten Dritter zu gelangen, wenn die Verpflichtung zeitlich unbegrenzt sei. Ein derartiger „Unterlassungsanspruch“ sei nicht selbständig einklagbar.

¹⁵⁷ *V. Rieble*, in: Staudinger (2017), § 397 Rn. 28; *J. Dennhardt*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 397 Rn. 2.

¹⁵⁸ Das dürfte aber nur selten anzunehmen sein, weil eine Vereinbarung dieses Inhalts zumeist als eine Stundung auszulegen ist, wenn der Gläubiger sie mit dem Schuldner verabredet. Vgl. *H. Grothe*, in: MüKo-BGB (2018), § 205 Rn. 5; *W. Henrich*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 205 Rn. 3.

des Schuldners schließen.¹⁵⁹ Letzteres kommt im Fall einer isolierten Zession in Betracht: Der Zedent kann mit dem Zessionar verabreden, dass der Schuldner des Zedenten eine Einrede gegen seine Inanspruchnahme erwirbt. Damit wird dem Zedenten die Einziehung seiner Forderung effektiver erschwert als bei einem bloßen Einziehungsverbot. Schließlich kann der Gläubiger trotz eines Einziehungsverbots von seinem Schuldner Leistung verlangen; der Schuldner ist zu einer Leistung verpflichtet. Ein *pactum de non petendo* schützt den Zessionar mithin besser davor, seine erworbene Forderung deshalb analog § 422 I BGB zu verlieren, weil der Zedent die ihm verbliebene Gesamtschuldforderung einzieht. Umgekehrt beschneidet ein *pactum de non petendo* die Rechtsstellung des Zedenten in höherem Maße.

Ob die Parteien ein *pactum de non petendo* vereinbart haben, ist wegen dieser widerstreitenden Interessen auf den ersten Blick nicht leicht zu ermitteln. Insbesondere ist es von einem bloßen Einziehungsverbot abzugrenzen. Hierzu bedarf es der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB. Wenig Spielraum für Interpretation bleibt bei ausdrücklichen Abreden. Ein *pactum de non petendo* kann aber auch stillschweigend vereinbart werden.¹⁶⁰ Meines Erachtens sollte man von einer *Regel des Gleichlaufs* ausgehen: Ist dem Zedenten die Einziehung der ihm verbliebenen Forderung im Verhältnis zu dem Zessionar verboten, unterliegt er zugleich einem *pactum de non petendo*; andernfalls nicht.¹⁶¹ Zwar mag der Zedent einen zusätzlichen Einforderrungsverzicht wenig reizvoll finden, da dieser für ihn invasiver als ein bloßes Einziehungsverbot ist. Insbesondere kommt ein unbefristetes *pactum de non petendo* im wirtschaftlichen Ergebnis einem Erlass nahe.¹⁶² Allerdings lässt sich schwerlich rechtfertigen, warum dem Zedenten die Einziehung seiner Forderung möglich bleiben soll, wenn sie ihm verboten ist. Ein schutzwürdiges Interesse daran ist nicht zu erkennen, zumal ein zwischen Zedent und Zessionar vereinbarter Einforderrungsverzicht gemäß § 328 II BGB in der Regel so auszulegen ist, dass er ohne Zustimmung des Schuldners wieder aufgehoben werden kann.¹⁶³

¹⁵⁹ R. Weber, in: RGRK (1976), § 397 Rn. 6; C. Paffenholz, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 397 Rn. 19.

¹⁶⁰ BGH, Urteil v. 15.07.2010, NJW-RR 2011, S. 208 Rn. 15.

¹⁶¹ Es sei denn, etwas anderes ist ausdrücklich vereinbart.

¹⁶² Vgl. C. Paffenholz, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 397 Rn. 20; J. Dennhardt, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 397 Rn. 2.

¹⁶³ Zwingend ist die Annahme eines Gleichlaufs von Einziehungsverbot und Einforderrungsverzicht zugegebenermaßen nicht. Da man dem Zedenten nicht unterstellen kann, dass er sich über ein Einziehungsverbot hinwegsetzt, dürfte Letzteres regelmäßig ausreichen, um ihn von einer Einziehung seiner Forderung abzuhalten. Selbst wenn der Zedent ein Einziehungsverbot ignoriert, erwachsen dem Zessionar daraus regelmäßig Ansprüche auf Schadensersatz gemäß § 280 I BGB. Somit könnte man die Annahme eines *pactum de non petendo* auch auf Ausnahmefälle begrenzen, in denen der Zedent im Zuge der isolierten Abtretung besonders deutlich zu erkennen gibt, dass er die bei ihm verbliebene Forderung bis auf Weiteres nicht mehr selbst verwerten möchte.

IV. Treuwidrigkeit einer Geltendmachung der Forderung des Zedenten?

Möglicherweise kann der Zedent nicht nur aufgrund eines Einziehungsverbots oder eines pactum de non petendo daran gehindert sein, seine Forderung geltend zu machen. In Betracht kommt zudem, dass ihm gemäß § 242 BGB verwehrt ist, seine Forderung einzuziehen. Anlass zu dieser Überlegung gibt die Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2017¹⁶⁴, in der er Stellung zu den Rechtsfolgen einer isolierten Legalzession nach § 116 I, VI SGB X genommen hat.¹⁶⁵ Die Konstellation des Falls mag man sich auf Basis der vorherigen Darstellung¹⁶⁶ in Erinnerung rufen. Der Bundesgerichtshof hat dabei entschieden, dass die Forderungen der K gegen F und S per cessio legis auf T übergegangen, die Forderungen gegen A und B hingegen bei K verblieben sind.

Sodann führte der Bundesgerichtshof aus: Verbleibe die Schadensersatzforderung gegen den Familienangehörigen und der Direktanspruch gegen dessen Versicherer bei dem Geschädigten, so stehe es diesem frei, ob er seinen Anspruch geltend mache. Tue er dies, finde eine Vorteilsausgleichung im Hinblick darauf, dass der Geschädigte zugleich kongruente Leistungen von dem Sozialversicherungsträger erhalte, nicht statt (arg. e § 843 IV BGB). Das könne zur Folge haben, dass der Geschädigte kongruente Leistungen sowohl von dem Sozialversicherungsträger als auch von dem angehörigen Schädiger oder dessen Versicherer erhalte, er insoweit also doppelt entschädigt werde. Das lasse sich auch nicht dadurch verhindern, dass man in Anlehnung an § 86 III VVG auch bei § 116 VI SGB X bezüglich der Forderung gegen den Angehörigen nicht die Legalzession auf den Versicherer ausschließe, sondern nur den Regress durch den Versicherer. Eine derartige Auslegung oder Analogie würde die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschreiten, weil der Gesetzgeber das Familienprivileg im Privatversicherungsrechts bewusst anders gestaltet habe als das im Sozialversicherungsrecht.

Demnach habe die Durchsetzung des Anspruchs auf Ersatz des kongruenten Verdienstausfallschadens durch K gegenüber dem angehörigen Schädiger A zur Folge, dass K den Schaden – zunächst – doppelt ersetzt erhalte und zugleich den Regressanspruch von T gegen den letztlich vollumfänglich verantwortlichen Fremdschädiger F zum Erlöschen bringe. Die Doppelkompensation der K gehe damit unmittelbar zulasten des Sozialversicherungsträgers und der Versichertengemeinschaft. Das erfordere entsprechend § 430 BGB einen Ausgleich zwischen den beiden Gläubigern K und T dahingehend, dass K die durch den doppelten Ersatz entstehende Bereicherung an T herausgeben müsse.

¹⁶⁴ BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 ff.

¹⁶⁵ Erstmals erwähnte wohl *H. Neumann*, JDR 1906, S. 153 f., Anm. 2 zu § 425, dass der Zedent in besonderen Fällen wegen des Einwands der Arglist nach § 242 BGB daran gehindert sein könnte, seine Forderung gegen die ihm verbliebenen Gesamtschuldner geltend zu machen. Nähere Erwägungen dazu stellte er indes nicht an.

¹⁶⁶ Unter „Positionierung des Bundesgerichtshofs“ ab S. 94.

Somit mache K einen Anspruch (gegen B¹⁶⁷) geltend, der ihr zwar formal zustehe, der ihr aber eine nur vorübergehende Bereicherung verschaffe, die sie ohnehin wieder herauszugeben hätte, während sie gleichzeitig die in § 116 I SGB X verankerten Interessen des Sozialversicherungsträgers und der Versichertengemeinschaft verletze. Das stelle eine unzulässige Rechtsausübung dar. Es sei treuwidrig, wenn K durch die Geltendmachung ihres Anspruchs gegen B den Regressanspruch von T gegen den letztlich vollumfänglich haftenden Fremdschädiger F und dessen Haftpflichtversicherer S zum Erlöschen bringe. Gemäß § 242 BGB beschränke sich Ks Anspruch gegen B auf das, was K bei Erhalt der Leistung analog § 430 BGB im Verhältnis zu T behalten dürfe. Im konkreten Fall sei Ks Anspruch nach Treu und Glauben auf null reduziert.¹⁶⁸

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs mag für den konkreten Fall richtig sein.¹⁶⁹ Das kann an dieser Stelle dahinstehen, weil die isolierte *cessio legis* nicht im Fokus der vorliegenden Arbeit steht. Zu erwägen ist aber, ob die Lösung des Bundesgerichtshofs im Fall einer Einzelabtretung überzeugt. Das steht zu bezweifeln. Die Einforderungsbegrenzung nach § 242 BGB ist der besonderen, in den Regelungen des § 116 I, XI SGB X begründeten Fallgestaltung geschuldet. Diesen Ausnahmeharakter seines Urteils hat der Bundesgerichtshof selbst ausdrücklich hervorgehoben.¹⁷⁰ Entscheidungsleitend war, dass es nicht Sinn und Zweck von § 116 XI SGB X ist, dem Geschädigten auch nur vorübergehend eine Bereicherung zu verschaffen, die zulasten der Gemeinschaft der Sozialversicherten geht. Diese

¹⁶⁷ In dem Fall des BGH klagte K nur gegen den Versicherer B, daher wird hier auch nur über Ks Anspruch gegen B gesprochen. Die Ausführungen sind inhaltlich aber auf Ks Anspruch gegen den Ehemann A übertragbar. Sie lassen sich daher lesen als: „Ks Anspruch gegen A oder B“.

¹⁶⁸ Damit könnte der BGH meinen, dass Ks Anspruch insoweit erlischt. Alternativ könnte gemeint sein, dass K ihren Anspruch bis zu dieser (vollen) Höhe nicht geltend machen darf. Hier wird Letzteres angenommen. Dafür spricht insb. die Textpassage in BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 22: „Die Geltendmachung des (...) Anspruchs stellt sich insoweit als treuwidrig dar“. S. auch unter Rn. 42 des Urteils, wonach der „Ausübung“ des Rechts nach § 242 BGB Grenzen gesetzt sind.

¹⁶⁹ Fragwürdig erscheint die Vereinbarkeit mit BGH, Urteil v. 28.11.2000, BGHZ 146, S. 108 ff. Darin ging es ebenfalls um den Übergang von Schadensersatzansprüchen auf einen Sozialversicherungsträger gemäß § 116 I SGB X. Diese *cessio legis* war nach § 116 VI SGB X ausgeschlossen. Es gab in dem Fall nur einen Schädiger, nämlich die Mutter der Geschädigten. Der BGH entschied, auf den bei der Geschädigten verbleibenden Anspruch seien kongruente Leistungen aus der sozialen Pflegeversicherung nicht anzurechnen. Somit ermöglicht § 116 VI SGB X eine Doppelkompensation, wenn es nur einen angehörigen Schädiger gibt. Existiert hingegen außerdem ein Fremdschädiger, soll nach der neuen BGH-Entscheidung aus 2017 eine Doppelkompensation an § 242 BGB scheitern. Damit steht der Geschädigte schlechter, wenn er außer von einem Angehörigen zudem noch von einem Fremden geschädigt wurde. Eine Erklärung für dieses merkwürdige Ergebnis ist der BGH schuldig geblieben. Nicht ausreichend ist jedenfalls der Hinweis in BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 23. Krit. auch H. Lemcke, r+s 2018, S. 50.

¹⁷⁰ BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 42: „All dies rechtfertigt es ausnahmsweise, den Anspruch des Geschädigten gemäß § 242 BGB (...) zu reduzieren“.

Ratio ist auf die Einzelabtretung nicht übertragbar. Wenn der Zedent die gesamtschuldnerische Leistung erhält, wird er selbst bei einer entgeltlichen Abtretung nicht doppelt kompensiert. Schließlich sind das Entgelt und die gesamtschuldnerische Leistung aufgrund völlig verschiedener Verpflichtungen zu leisten: Erstes aufgrund des schuldrechtlichen Vertrags mit dem Zessionar und Zweitens aufgrund der jeweiligen Verpflichtung des Gesamtschuldners.¹⁷¹ Erlischt wegen einer Leistung an den Zedenten analog § 422 I BGB die Forderung des Zessionars, geht dies außerdem nicht zulasten einer weitgehend unbeteiligten Gemeinschaft wie jener der Sozialversicherten. Nur der Zessionar ist davon nachteilig betroffen. Das erscheint insbesondere deshalb hinnehmbar, weil er sich selbst auf die isolierte Zession eingelassen hat.¹⁷² Sie ist ein Rechtsgeschäft und damit anders als eine Legalzession vom Willen des Zessionars abhängig. Aus demselben Grund ist es dem Zessionar zulässig, eine Leistung der Gesamtschuldner an den Zedenten analog § 430 BGB herauszuverlangen. Zwar trägt der Zessionar damit das Risiko der Insolvenz des Zedenten. Allerdings hat er sich diesen auch als Vertragspartner ausgesucht und musste darum einen eventuellen Rückgriff infolge von Leistungsstörungen einkalkulieren. Außerdem ist für den Zessionar im Vergleich zum Legalzessionar das Risiko geringer, dass der Zedent überhaupt die Leistung der Gesamtschuldner erhält. Schließlich wird einem „Wettlauf der Gläubiger“ auf die gesamtschuldnerische Leistung bei der Einzelabtretung dadurch vorgebeugt, dass sich der Zedent in der Regel zumindest stillschweigend dazu verpflichtet, die ihm verbliebene Gesamtschuldforderung nicht einzuziehen.¹⁷³ Dies kann man bei einer isolierten Legalzession nicht annehmen, weil sie nicht infolge eines rechtsgeschäftlichen Kontakts zwischen dem alten und neuen Gläubiger stattfindet, sondern kraft Gesetzes eintritt. Noch wirksamer als mit einem Einziehungsverbot kann man den Zedenten mit einem pactum de non petendo davon abhalten, seine Forderung einzuziehen.¹⁷⁴ Das schützt den Zessionar ebenso gut wie ein Einziehungsverbot zulasten des Zedenten gemäß § 242 BGB.¹⁷⁵ Ein entsprechender Rückgriff auf Treu und Glauben ist demgemäß für die Einzelabtretung nicht erforderlich. Er ist auch nicht ratsam, weil die Anwendung von § 242 BGB wegen dessen Konturlosigkeit leicht zulasten der Rechtsklarheit gehen kann. Darum ist die Treuwidrigkeitslösung des Bundesgerichtshofs für die isolierte cessio legis nicht auf die Einzelabtretung zu übertragen. Selbstverständlich schließt das nicht aus, in besonderen Fällen § 242 BGB aus anderen Gründen anzuwenden, um den Zedenten eine Einziehung seiner Forderung zu untersagen.

¹⁷¹ Näheres dazu unter „Gefahr einer Mehrfachbefriedigung des Zedenten“ ab S. 140.

¹⁷² Dazu noch ausführlicher unter „Schutzbedürftigkeit des Zessionars“ ab S. 143.

¹⁷³ Dazu schon unter „Einziehungsverbot zulasten des Zedenten“ ab S. 113.

¹⁷⁴ Dazu unter „Einforderungsverzicht zulasten des Zedenten“ ab S. 117.

¹⁷⁵ Zwar kann bei einem Einforderungsverzicht der Schuldner noch immer freiwillig an den Zedenten leisten. Das ist aber auch bei einem Einziehungsverbot nach § 242 BGB der Fall.

V. Fazit

Jeder Gläubiger kann im Grundsatz nur von demjenigen Gesamtschuldner Leistung verlangen, gegen den er eine Forderung hat. Umgekehrt kann ein Gesamtschuldner prinzipiell nur an denjenigen Gläubiger leisten, dem er verpflichtet ist. Ausnahmen können sich aus § 267 BGB und aus Schutznormen wie § 407 I BGB ergeben. Die Leistung eines Schuldners befreit analog § 422 I BGB auch seine Mitschuldner. Daher kann es dem Zedenten zum Schutz des Zessionars vor einem Forderungsverlust schuldrechtlich untersagt sein, die Forderung gegen seinen Schuldner geltend zu machen. Falls das so ist, schließen Zedent und Zessionar in der Regel zugleich ein *pactum de non petendo* zugunsten des Schuldners ab, der bei dem Zedenten verblieben ist. Nach § 242 BGB ist es dem Zedenten prinzipiell nicht verboten, seine Forderung gegen diesen Schuldner einzuziehen.

§ 5 Regress zwischen Zedent und Zessionar

Leistet einer der Gesamtschuldner an einen Gläubiger, erlischt analog § 422 I BGB das Gesamtschuldverhältnis gegenüber allen Gläubigern. Sofern der Zedent die Leistung erhalten hat, stellt sich die Frage nach Regressansprüchen des Zessionars. In manchen Konstellationen kann aber auch der Zedent daran interessiert sein, Rückgriff bei dem Zessionar zu nehmen, wenn dieser die Leistung empfängt. Entsprechend werden nachfolgend mögliche Anspruchsgrundlagen für einen Regress sowohl seitens des Zessionars als auch des Zedenten untersucht. Ein Schwerpunkt liegt freilich auf dem Regress des Zessionars.

Eine andere Frage ist, wie sich der Ausgleich zwischen Zessionar und Zedent gestaltet, wenn eine isolierte Zession überhaupt nicht wirksam zustande kommt, weil es dafür an einer erforderlichen Zustimmung der Schuldner fehlt. Dem wird an späterer Stelle nachgegangen.¹⁷⁶ Hier geht es zunächst um mögliche Rechtsfolgen, konkret den Regress, nach einer *wirksamen* Einzelabtretung.

I. Meinungsstand

Ob und wie Zedent und Zessionar voneinander Ausgleich verlangen können, wenn nach einer isolierten Zession einer der Gesamtschuldner leistet, ist wenig geklärt. Soweit sich in der Literatur zu dieser Frage überhaupt Ausführungen finden, bleiben diese recht allgemein und betreffen lediglich den Regress des Zessionars. Zum Beispiel erklärt Looschelders nur, der Zessionar, der regelmäßig für die Abtretung ein Entgelt leisten müsse, werde durch die Fortgeltung von § 422 BGB nicht

¹⁷⁶ Dazu unter „Erwerbsinteresse des Zessionars und dessen Schutz durch Sekundärrechte“, S. 177.

rechtlos gestellt. Ziehe der Zedent die ihm verbleibende Forderung absprachewidrig ein, stünden dem Zessionar „Regressansprüche“ zu.¹⁷⁷ Doch welche Regressansprüche sind das? Derleder spricht von einem etwaigen „Rückgriff aus dem Kausalverhältnis mit dem Zedenten“.¹⁷⁸ Ausführlicher hat sich allein Ehmann mit diesem Thema befasst.¹⁷⁹ Aus seiner Sicht treten „schwierige Probleme“ auf, wenn nach Abtretung einer Einzelforderung der Schuldner einer nicht abgetretenen Forderung seine Forderung erfüllt, womit auch der Schuldner der abgetretenen Forderung nach § 422 BGB gegenüber seinem Gläubiger frei werde. Wären Zedent und Zessionar hinsichtlich der allein abgetretenen Forderung (wegen § 407 BGB [sic¹⁸⁰]) als Gesamtgläubiger anzusehen,¹⁸¹ so hätte der Zessionar einen Regressanspruch gegen den Zedenten (unmittelbar¹⁸²) aus § 430 BGB. Daneben habe der Zessionar eventuell Ansprüche gemäß §§ 435, 437 Nr. 3 BGB wegen Rechtsmangels aus dem der Abtretung zugrunde liegenden Kausalgeschäft. Diese setzten aber ein Verschulden voraus, welches nicht immer vorzuliegen brauche¹⁸³. § 816 II BGB sei wohl¹⁸⁴ nicht anwendbar, wohl aber § 430 BGB analog, sofern durch die Zahlung auf die nicht abgetretene Forderung die abgetretene Gesamtschuldforderung gemäß § 422 BGB erlosche. Weil Ehmann die Regressmöglichkeiten des Zessionars offenbar für unbefriedigend hielt, hatte er in einer früheren Schrift sogar vertreten, man solle das Problem einer gespaltenen Gesamtschuld besser von vorneherein vermeiden. Dazu solle man den Abtretungsvertrag stets so auslegen, dass sämtliche Gesamtschuldforderungen übertragen werden, sofern nicht eine Forderung ausdrücklich von der Abtretung ausgenommen werde.¹⁸⁵

Unlängst hat der Bundesgerichtshof für den Fall einer isolierten *cessio legis* Stellung dazu bezogen, wie Legalzedent und -zessionar voneinander Regress nehmen können, wenn einer von beiden die gesamtschuldnerische Leistung empfängt.¹⁸⁶ Dabei wurde ein Regress analog § 430 BGB angenommen.¹⁸⁷ Zu einem Regress auf vertraglicher Grundlage hat sich der Bundesgerichtshof nicht erklären müssen, weil

¹⁷⁷ *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 99. So auch *J. Schürnbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 133.

¹⁷⁸ *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (164).

¹⁷⁹ *H. Ehmann*, in: Erman (2008), § 421 Rn. 79.

¹⁸⁰ Wie § 407 BGB zur Gesamtgläubigerschaft führen soll, ist m. E. fragwürdig.

¹⁸¹ In *H. Ehmann*, Gesamtschuld (1972), S. 33 f. Rn. 53 lehnte *Ehmann* eine Gesamtgläubigerschaft zwischen Zedent und Zessionar noch klar ab.

¹⁸² Anm. des Verf., um klarzustellen, dass *Ehmann* in seinen Ausführungen zwischen direkter und analoger (dazu sogleich im Haupttext) Anwendung von § 430 BGB unterscheidet.

¹⁸³ Diese Konkretisierung findet sich bei *H. Ehmann*, Gesamtschuld (1972), S. 33 f. Rn. 53.

¹⁸⁴ In *H. Ehmann*, Gesamtschuld (1972), S. 33 f. Rn. 53 hieß es noch, § 816 II BGB sei sicher nicht anwendbar.

¹⁸⁵ *H. Ehmann*, Gesamtschuld (1972), S. 33 f. Rn. 53 a. E.

¹⁸⁶ Vgl. unter „Positionierung des Bundesgerichtshofs“ ab S. 94.

¹⁸⁷ BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 30, 33.

sein Urteil keinen vertraglichen, sondern einen gesetzlichen Forderungsübergang betraf.

II. Stellungnahme

1. Vertraglicher Ausgleich

Die Abtretung erfolgt regelmäßig im Rahmen eines schuldrechtlichen Grundgeschäfts. Wie auch bei der späteren Untersuchung in Bezug auf „Umfang des Forderungsübergangs bei konkreten Varianten eines Abtretungsvertrags“¹⁸⁸ sollen als mögliche Grundgeschäfte hier nur der Kaufvertrag (§§ 453, 433 BGB) sowie die Schenkung (§ 516 BGB) in den Blick genommen werden.

a) Schadensersatz wegen Nichtleistung

Gemäß §§ 433 I 1, 453 I BGB muss der Verkäufer dem Käufer die Forderung verschaffen. Den Schenker trifft eine solche Verschaffungspflicht nur bei einem gemäß § 518 I 1 BGB formbedürftigen Schenkungsversprechen. Eine Handschenkung im Sinne von § 516 I BGB bildet hingegen nur den Rechtsgrund für eine bereits erfolgte oder gleichzeitig bewirkte Leistung.¹⁸⁹ Sofern die Verschaffung einer Forderung geschuldet ist, wird diese Pflicht erfüllt, wenn der Zedent dem Zessionar eine gesamtschuldnerische Einzelforderung abtritt. Verliert der Zessionar diese Forderung nachträglich analog § 422 I BGB mit Wirkung ex nunc, liegt darin keine Nichterfüllung der Verschaffungspflicht. Deshalb kann man darauf keinen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 I, III, 283 BGB¹⁹⁰ stützen.

Ausscheiden muss ferner ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 I, III, 281 BGB wegen Nichtleistung in Bezug auf die nicht zedierte Forderung.¹⁹¹ Grundsätzlich kann sich der Zessionar nicht darauf stützen, dass der Zedent seine Verschaffungspflicht deshalb nicht erfüllt hat, weil er eine einzelne Gesamtschuldforderung für sich behalten hat. Das liegt daran, dass Einzelübertragung und Pflicht zur Einzelübertragung meist zusammenfallen. Wenn Zedent und Zessionar nur eine gesamtschuldnerische Forderung abtreten wollten, bestand zur Übertragung der zusätzlichen Gesamtschuldforderung auch keine Pflicht. Freilich ist

¹⁸⁸ S. 280 ff.

¹⁸⁹ S. nur *M. Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 516 Rn. 2.

¹⁹⁰ In Verbindung mit §§ 433 I 1, 453 I BGB für den Forderungskauf oder in Verbindung mit dem Schenkungsversprechen (vgl. § 518 I 1 BGB) für die Forderungsschenkung.

¹⁹¹ Nachdem der Zedent die ihm verbliebene Gesamtschuldforderung infolge einer Leistung der Gesamtschuldner verloren hat (vgl. § 422 I BGB), kann er diese Gesamtschuldforderung nicht mehr nachträglich an den Zessionar abtreten. In Bezug auf diese Forderung kommt dann nur ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 I, III, 283 BGB in Frage.

das schuldrechtliche Geschäft von der Abtretung als Vollzugsgeschäft zu trennen. Typischerweise wollen die Parteien aber genau diejenigen Gegenstände übertragen, zu deren Übertragung sie sich verpflichtet haben, und – zumindest bei der Abtretung – auch umgekehrt. Das wird an späterer Stelle näher erläutert.¹⁹² Hier ist vorerst festzuhalten, dass der Parteiwille in Bezug auf die zu übertragenden Forderungen auf der Ebene des Abtretungsvertrags in aller Regel identisch ist mit dem Parteiwillen auf der Ebene des schuldrechtlichen Geschäfts. Daraus folgt: Hat der Zessionar nur eine Gesamtschuldforderung erworben, war auch nur eine Gesamtschuldforderung geschuldet. Dann kann der Zessionar aus der unterbliebenen Zession einer weiteren Gesamtschuldforderung keine Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung ableiten.

Eine Ausnahme ergibt sich, wenn die Parteien die Übertragung sämtlicher Gesamtschuldforderungen verabredet haben, einzelne indes wegen § 399 Var. 2 BGB nicht übergehen können. Ihre Übertragung scheidet dann wegen rechtlicher Unmöglichkeit aus, sofern die betreffenden Schuldner sich weigern, die rechtsgeschäftlichen Abtretungsausschlüsse aufzuheben. Unmöglichkeit ist aber erst anzunehmen, wenn der jeweilige Schuldner seine erforderliche Zustimmung zur Verbotsaufhebung endgültig verweigert oder mit dieser nicht mehr zu rechnen ist.¹⁹³ Je nachdem, zu welchem Zeitpunkt dies der Fall ist, kann der Zessionar gegen den Zedenten einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 311a II BGB¹⁹⁴ oder nach §§ 280 I, III, 283 BGB¹⁹⁵ jeweils im Umfang des § 251 I Var. 1 BGB haben. Auf der Ebene des Vertretenemüssens hat man zu berücksichtigen, dass der Zedent seine Zessionspflicht mangels Zustimmung nicht erfüllen konnte. Im Zweifel wird ihn das aber nicht entlasten.¹⁹⁶ Solange kein Gesamtschuldner seine Zustimmung endgültig verweigert hat, kann der Zessionar unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung von dem Zedenten verlangen.

b) Schadensersatz wegen Schlechtleistung aufgrund eines Rechtsmangels

Ähnliche Gedanken wie im vorherigen Abschnitt gelten für mängelgewährleistungsrechtlichen Schadensersatz. In Betracht kommt als Anspruchsgrundlage §§ 280 I, III, 281, 437 Nr. 3, 453 I, 435 S. 1 BGB im Fall des Forderungskaufs und

¹⁹² Dazu auf S. 280.

¹⁹³ Vgl. nur BGH, Urteil v. 28.01.1997, NJW-RR 1997, S. 686 (688) und aus der Lit. W. Ernst, in: MüKo-BGB (2016), § 275 Rn. 43, 53; C. Herresthal, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.08.2018), § 311a Rn. 72; S. Lorenz, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 275 Rn. 30.

¹⁹⁴ Hier kommt alternativ ein Ersatz der Aufwendungen des Zessionars in dem in § 284 BGB bestimmten Umfang in Frage.

¹⁹⁵ Jeweils in Verbindung mit §§ 433 I 1, 453 I BGB für den Forderungskauf oder in Verbindung mit dem Schenkungsversprechen (vgl. § 518 I 1 BGB) für die Forderungsschenkung.

¹⁹⁶ Vgl. W. Ernst, in: MüKo-BGB (2016), § 275 Rn. 63.

§§ 523, 435 S. 1 BGB¹⁹⁷ im Fall der Forderungsschenkung. Voraussetzung ist jeweils ein Rechtsmangel der zedierten Forderung. Hier kann man einen solchen Mangel nur darauf stützen, dass die zedierte Gesamtschuldforderung ohne ihre „Schwesterforderung“ erworben wurde.¹⁹⁸ Dadurch kann der Zessionar die isoliert erworbene Forderung jederzeit analog § 422 I BGB verlieren, und zwar wenn der Schuldner des Zedenten leistet. Der Bestand des erworbenen Rechts hängt somit von Rechts-handlungen eines Dritten ab. Nach § 435 S. 1 BGB ist die Forderung nur frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte diesbezüglich keine oder lediglich die im Vertrag übernommenen Rechte gegen den Erwerber geltend machen können. Zwar kann der Schuldner des Zedenten nicht im engen Wortsinn ein Recht gegen den Zessionar geltend machen. Daher könnte man erwägen, anstelle eines Rechtsmangels einen Sachmangel anzunehmen. Eine Einordnung als Rechtsmangel¹⁹⁹ dürfte dennoch richtig sein.²⁰⁰ Weil der Schuldner des Zedenten die isoliert erworbene Forderung dem Zessionar jederzeit entziehen kann, hat der Zessionar die Forderung nicht in der Weise frei von Rechten Dritter erworben, dass er sie nach Belieben nutzen kann.²⁰¹ Er kann sie vielmehr nur so lange nutzen, bis der Schuldner des Zedenten leistet.²⁰² Ob jener Schuldner dem Zessionar die Forderung auf diese Weise entziehen kann oder ob der Zessionar sie etwa aufgrund eines Pfandrechts eines Dritten verliert (§§ 1273, 1279 BGB), welches unstreitig einen Rechtsmangel begründen würde, kann keinen

¹⁹⁷ § 523 BGB ist lex specialis zum allgemeinen Leistungsstörungsrecht, s. etwa *J. Koch*, in: MüKo-BGB (2016), § 523 Rn. 1. Ob ein Rechtsmangel des Schenkungsgegenstandes besteht, richtet sich nach § 435 BGB; dazu nur *T. J. Chiusi*, in: Staudinger (2013), § 523 Rn. 4. Innerhalb von § 523 BGB ist zu differenzieren zwischen der Schenkung aus eigenem Vermögen (Absatz 1) und der Schenkung eines noch zu beschaffenden Gegenstandes (Absatz 2). Details dazu insb. bei *J. D. Harke*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.08.2018), § 523 Rn. 8 ff. Zu den umstrittenen Verweisungen ins Kaufrecht durch § 523 II 2 BGB etwa *J. Koch*, in: MüKo-BGB (2016), § 523 Rn. 5 ff.

¹⁹⁸ Vgl. *H. P. Westermann*, in: MüKo-BGB (2016), § 453 Rn. 11: „Bezüglich solcher Nebenrechte, die gewöhnlich nach § 401 BGB mitübergehen, ist bei Nichtexistenz in erster Linie (teilweise) Nichterfüllung zu prüfen, doch kommt je nach der Bedeutung des Nebenrechts für das verkaufte Hauptrecht auch Rechtsmängelhaftung in Betracht.“

¹⁹⁹ So auch *H. Ehmann*, in: Erman (2008), § 421 Rn. 79.

²⁰⁰ Diese Einordnung steht unter dem Vorbehalt, dass die Abgrenzung von Rechts- und Sachmängeln beim Rechtskauf bis heute höchst kontrovers ist. Manche Autoren vertreten sogar, dass beim Rechtskauf nur die Rechts-, nicht aber die Sachmängelhaftung Anwendung finde. Derlei Grundsatzfragen sollen hier nicht geklärt werden. Mit Überblick zum Streitstand etwa *R. Wilhelmi*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.10.2018), § 453 Rn. 41 ff. Im Ergebnis wirkt sich die Unterscheidung zwischen Sach- und Rechtsmangel ohnehin selten aus. Unterschiede bestehen bezüglich der Vermutungsregel des § 477 BGB, die nur für Sachmängel gilt.

²⁰¹ Vgl. das Verständnis eines Rechtsmangels nach BGH, Urteil v. 18.01.2017, NJW 2017, S. 1666 Rn. 16.

²⁰² Vgl. *R. Wilhelmi*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.10.2018), § 453 Rn. 54 f., nach dem zum Beispiel ein Rechtsmangel vorliegt, wenn das verschaffte Recht durch Anfechtung des Grundvertrags oder Rücktritt vom Grundvertrag vernichtet werden könne. Für einen weitergehenden Begriff des Rechtsmangels z. B. *H. P. Westermann*, in: MüKo-BGB (2016), § 453 Rn. 11: Auch das Fehlen des gewöhnlichen Inhalts des verkauften Rechts und rechtliche Schwierigkeiten bei seiner Geltendmachung seien umfasst.

Unterschied machen. Das zeigt sich besonders, wenn der Schuldner des Zedenten infolge seiner Leistung die Forderung des Zessionars nach § 426 II BGB erwirbt.²⁰³ Dann kann der Schuldner des Zedenten nicht nur ein Recht, sondern eine gesetzliche Norm (§ 426 II BGB) gegen den Zessionar „geltend machen“ und ihm aufgrund dessen die erworbene Forderung wegnehmen.

Trotzdem ergibt sich zumeist kein Rechtsmangel der isoliert erworbenen Forderung. Schließlich sieht § 435 BGB vor, dass der Erwerber eines Rechts ein „Recht gegen ihn“²⁰⁴ in dem schuldrechtlichen Vertrag übernehmen kann.²⁰⁵ So können Rechte Dritter von dem Erwerber aufgrund der vertraglichen Abrede zu dulden sein und begründen dann keinen Rechtsmangel.²⁰⁶ In diesem Sinne übernimmt der Zedent das Risiko, dass die von ihm erworbene Gesamtschuldforderung von Rechtshandlungen des Schuldners des Zedenten beeinträchtigt wird. Schließlich ist diese Möglichkeit einer Beeinträchtigung eine notwendige Folge aus der vereinbarten Modalität des Rechtserwerbs, nämlich der isolierten Abtretung. Somit haben die Parteien die entsprechende Möglichkeit eines Rechtsverlusts objektiv betrachtet in Kauf genommen. Die Abhängigkeit der zu übertragenden Forderung von dem Schicksal einer mit ihr gesamtschuldnerisch verbundenen Forderung gehört damit nach §§ 133, 157 BGB zu ihren vertraglich vereinbarten Eigenschaften.²⁰⁷ Folglich gilt: Haben sich Veräußerer und Erwerber auf eine isolierte Forderungsübertragung geeinigt, kann man daraus keinen Mangel der isoliert erworbenen Forderung ableiten.²⁰⁸ Demnach erwirbt der Zessionar auch keinen mängelgewährleistungrechtlichen Anspruch gegen den Zedenten, wenn dessen Schuldner an ihn leistet.

Abermals ergibt sich eine Ausnahme, wenn zwar die Übertragung aller Gesamtschuldforderungen verabredet war, einzelne Forderungen aber gemäß § 399 Var. 2 BGB nicht den Gläubiger wechseln können. In diesem Sonderfall ist die durch den Zessionar erworbene Gesamtschuldforderung aufgrund der isolierten Zession mit einem Rechtsmangel behaftet. Dann kann der Zessionar einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen Unmöglichkeit der mangelfreien Leistung haben. Mögliche Anspruchsgrundlagen sind § 311a II oder §§ 280 I, III, 283 in

²⁰³ Dazu unter „Regress zwischen den Gesamtschuldner nach der Trennung gesamtschuldnerischer Forderungen“ ab S. 154.

²⁰⁴ Vgl. *F. Faust*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 435 Rn. 21, der zu Recht darauf hinweist, dass diese Formulierung des Gesetzes missglückt sei. Denn der Käufer übernehme nicht das Recht, sondern die Schuld oder deren Erfüllung oder die Dul dung der vom Recht ausgehenden Beeinträchtigung. Gemeint sei letztlich nur, dass § 435 BGB dispositiv ist. Für grds. Abdingbarkeit auch *H. P. Westermann*, in: MüKo-BGB (2016), § 435 Rn. 3.

²⁰⁵ Vgl. *R. Wilhelm*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.10.2018), § 453 Rn. 54, nach dem Rechte, die Dritte in Bezug auf das verkauft Recht gegen den Käufer geltend machen können, keinen Rechtsmangel darstellen, wenn diese Rechte im Kaufvertrag übernommen wurden.

²⁰⁶ S. nur *H. P. Westermann*, in: MüKo-BGB (2016), § 435 Rn. 5.

²⁰⁷ Eine ausdrückliche Vereinbarung ist insofern nicht erforderlich, s. *F. Faust*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 435 Rn. 21.

²⁰⁸ Insofern ist auch § 442 I BGB zu bedenken.

Verbindung mit §§ 437 Nr. 3, 453 I, 435 S. 1 BGB im Fall des Forderungskaufs²⁰⁹ und §§ 523, 435 S. 1 BGB im Fall der Forderungsschenkung; der Anspruchsumfang richtet sich nach § 251 I Var. 1 BGB. Ob die isoliert erworbene Forderung zudem mangelhaft ist, weil eine Teilleistung vorliegt, kann dahinstehen.²¹⁰

c) Einfacher Schadensersatz wegen Verletzung eines Einziehungsverbots

In Betracht kommt ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 I BGB, wenn der Zedent eine Vertragspflicht verletzt, nach der er die nicht zedierte Forderung nicht einziehen darf. Ein solches Verbot können Zedent und Zessionar schuldrechtlich vereinbaren. Es kann auch ohne eine ausdrückliche Verabredung bestehen.²¹¹ Untersteht der Zedent einem Einziehungsverbot und verletzt es, kann der Zessionar von ihm nach § 249 I BGB verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Zedent die Einziehung der Forderung unterlassen hätte. In diesem Fall hätte der Zessionar noch die Forderung gegen seinen Gesamtschuldner inne. Nun liegt es aber nicht in der Rechtsmacht des Zedenten, die erloschene Forderung des Zessionars gegen seinen Schuldner wieder entstehen zu lassen. Deshalb muss der Zedent den Zessionar nach § 251 I Var. 1 BGB für den Verlust der Forderung in Geld entschädigen.²¹²

2. Gesetzlicher Ausgleich

Leistet ein Schuldner in einer Gesamtschuld mit getrennter Gläubigerschaft an den einen Gläubiger, kann der andere Gläubiger oft auf gesetzlicher Grundlage intern Ausgleich verlangen.

a) Rückgriff wie unter Gesamtgläubigern

§ 430 BGB stellt eine eigenständige Anspruchsgrundlage für einen intern ausgleichsberechtigten Gesamtgläubiger dar.²¹³ Weil der Schuldner mehrere Gläubiger

²⁰⁹ Vgl. dazu *F. Faust*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 437 Rn. 122 ff., der insbesondere mit Recht bemerkt, dass eine analoge Anwendung von § 122 BGB nicht in Frage kommt, falls der Verkäufer weder eine verschuldensunabhängige Haftung übernommen hat noch das Leistungshindernis bei Vertragsschluss kennt oder kennen muss.

²¹⁰ Dazu für das Kaufrecht *F. Faust*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 434 Rn. 114 ff.

²¹¹ Dazu bereits unter „Einziehungsverbot zulasten des Zedenten“ ab S. 113.

²¹² Vgl. statt vieler *H. Oetker*, in: MüKo-BGB (2016), § 251 Rn. 14: Auszugeichen ist nach § 251 I BGB die Vermögensminderung des Geschädigten (Wertinteresse), die sich nach dem ggf. nach § 287 ZPO zu schätzenden Verkehrswert bemisst. Zu der Kompensation zählt auch ein entgangener Gewinn.

²¹³ Der daraus entspringe gesetzliche Ausgleichsanspruch kann in unterschiedlicher Weise mit einem etwaigen Ausgleichsanspruch aus dem Innenverhältnis der Gesamtgläubiger konkurrieren. Zu allem s. nur *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 430 Rn. 1 f. m. w. N. Dort

hat, er aber nur einmal leisten muss, ist ein Ausgleichsanspruch der Gesamtgläubiger notwendig, um unter den Gläubigern Verteilungsgerechtigkeit herzustellen.²¹⁴ Es liegt nahe, § 430 BGB analog für den Regress zwischen den Gläubigern in einer aufgespaltenen Gesamtschuld anzuwenden. Im Recht der Gesamtschuld gibt es keine Regelung über den *Binnenregress* mehrerer Gläubiger, wie ihn § 430 BGB im Recht der Gesamtgläubigerschaft vorsieht. Schließlich ist die Gesamtschuld auf die Existenz von nur einem Gläubiger zugeschnitten. Eine isolierte Zession führt aber zu dem Sonderfall einer Gesamtschuld mit getrennter Gläubigerschaft. Dabei haben Zedent und Zessionar ein Bedürfnis nach internem Ausgleich. Oft ist es nämlich dem Zufall überlassen, ob der Zedent oder der Zessionar die Leistung erhält. Trotzdem erlischt die Forderung des Zedenten oder des Zessionars infolge einer Leistung an den jeweils anderen Gläubiger analog § 422 I BGB. Wem die Leistung im Innenverhältnis der Zessionsparteien gebührt, spielt dabei keine Rolle. Daraus ergibt sich das Bedürfnis einer gerechten Umverteilung der Leistung unter den Gläubigern. § 430 BGB dient dazu, eine ähnliche Interessenlage zur Geltung zu bringen. Die Vorschrift soll verhindern, dass mit der nach § 428 S. 1 BGB zulässigen willkürlichen Auswahl des Leistungsempfängers durch den Schuldner zugleich eine Entscheidung über den endgültigen Verbleib der Leistung bei einem der konkurrierenden Gesamtgläubiger getroffen wird.²¹⁵ Zu Regresszwecken ist darum § 430 BGB analog auf das Verhältnis von Zedent und Zessionar nach einer isolierten Zession anzuwenden.²¹⁶

Analog § 430 BGB steht Zedent und Zessionar ein gleich hoher Anteil an der gesamtschuldnerischen Leistung zu, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Ein anderes kann sich nach allgemeiner Ansicht aus Gesetz oder Vertrag ergeben.²¹⁷ Der hier untersuchte Innenregress wird infolge einer isolierten Zession erforderlich, also als Folge eines Rechtsgeschäfts. Daher dürften gesetzliche Regelungen kaum jemals den Ausgleichsmaßstab im Rahmen von § 430 BGB ausformen.²¹⁸ Entscheidend sind stattdessen zumeist vertragliche Vereinbarungen. Idealiter verabreden Zedent und Zessionar ihre internen Quoten ausdrücklich. Da dies aber selten sein wird, bedarf es regelmäßig einer (ergänzenden) Auslegung der Vereinbarung, aufgrund derer die isolierte Zession vollzogen wurde.²¹⁹ Dabei kommt es auf die Wertungen des Kau-

findet sich überdies die Erläuterung, dass eine dem § 426 II 1 BGB vergleichbare Regelung in § 430 BGB fehlt, da mit der Erbringung der ganzen Leistung durch den Schuldner an einen der Gesamtgläubiger zugleich auch die Forderungen aller anderen Gesamtgläubiger gegen den Schuldner erlöschen und deshalb keine *cessio legis* erfolgen kann.

²¹⁴ B. Kreße, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 430 Rn. 1.

²¹⁵ Statt aller D. Looschelders, in: Staudinger (2017), § 430 Rn. 1.

²¹⁶ Ebenso für die Konstellation infolge der isolierten *cessio legis* einer gesamtschuldnerischen Forderung BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 33.

²¹⁷ S. nur B. Kreße, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 430 Rn. 15.

²¹⁸ Vgl. nur P. Bydlinski, in: MüKo-BGB (2016), § 430 Rn. 2, demzufolge bei vertraglich begründeter Gesamtgläubigerschaft primär die Abrede über die interne Aufteilung entscheidet.

²¹⁹ Vgl. etwa B. Kreße, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 430 Rn. 16. Demgegenüber spricht P. Bydlinski, in: MüKo-BGB (2016), § 430 Rn. 2 von „konkludenten“ Abreden.

salverhältnisses an. Die Ausgestaltung des internen Ausgleichs hängt davon ab, *bei wem* nach Umständen und Zweck²²⁰ des schuldrechtlichen Vertrags zwischen Zedent und Zessionar die gesamtschuldnerische Leistung *in welcher Höhe* verbleiben soll. Wenn Zedent und Zessionar zum Beispiel eigentlich alle gesamtschuldnerischen Forderungen übertragen wollten, einzelne aber aufgrund eines Abtretungsverbots nach § 399 Var. 2 BGB nicht übergehen konnten, sollte der Zessionar vollen Ausgleich für eine Leistung an den Zedenten bekommen. Anders liegt es etwa bei einer Inkassozession²²¹, bei der ein Gesamtschuldner ausgeklammert wird, weil er vor einer Inanspruchnahme verschont bleiben soll. Zahlt dieser bei dem Zedenten verbliebene Gesamtschuldner freiwillig an den Zedenten, würde ein Regress des Zessionars in aller Regel den wirtschaftlichen Interessen der Parteien widersprechen und muss darum ausscheiden. Umgekehrt kann dann der Zedent bei einer Leistung an den Zessionar von diesem Regress nehmen. Über Bestehen und Höhe eines Rückgriffsanspruchs muss man also von Fall zu Fall je nach Interessenlage der Parteien entscheiden. Nur wenn daraus kein klares Ergebnis folgt, ist analog § 430 BGB im Zweifel nach Kopfteilen auszugleichen.²²²

Falls es neben dem Anspruch aus § 430 BGB noch weitere Ausgleichsansprüche zwischen Zedent und Zessionar gibt, stehen die Ansprüche grundsätzlich in Ideal-konkurrenz zueinander. Ist der zusätzliche Anspruch vertraglicher Art, kann er den gesetzlichen Ausgleichsanspruch auch verdrängen oder inhaltlich modifizieren. Das ist eine Frage der Auslegung des schuldrechtlichen Vertrags. Insoweit sind die vertraglichen Vereinbarungen „eine andere Bestimmung“ im Sinne von § 430 BGB.²²³

b) Pflichtverletzungen im Kontext des gesamtgläubigerähnlichen Ausgleichs

Aus der Ausgleichspflicht eines Gesamtgläubigers gemäß § 430 BGB können weitere Verpflichtungen resultieren. Darauf weist Looschelders hin.²²⁴ Im Innen-verhältnis sei der Gesamtgläubiger aus § 430 BGB nicht nur zum Ausgleich gegenüber den weiteren Gesamtgläubigern verpflichtet, wenn er vom Schuldner die Leistung erhalten habe. Zugleich habe er auch Auskunft über die Leistungserbrin-

²²⁰ Vgl. *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 430 Rn. 23, für den aber Umstände und Zweck des Rechtsverhältnisses der Gesamtgläubiger eine eigenständige Quelle besonderer Verteilungsquoten *neben* Vertrag und Gesetz sind. Im Ergebnis dürfte daraus kaum jemals ein Unterschied folgen.

²²¹ Dazu etwa *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 265: „Die Vereinbarung einer Inkassozession zielt darauf ab, den (Inkasso-)Zessionar im eigenen Namen, nicht etwa nur als Stellvertreter des Zedenten, mit der Einziehung der Forderung zu trauen. Aufgrund des der Inkassozession zugrunde liegenden – fiduziarenischen – Kausalverhältnisses wird der Zessionar allerdings für fremde Rechnung tätig, nämlich zugunsten des Zedenten.“

²²² Vgl. *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 430 Rn. 14 f.

²²³ Vgl. *W. Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern (1984), S. 262; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 430 Rn. 2.

²²⁴ *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 430 Rn. 42 ff.

gung durch den Schuldner zu erteilen.²²⁵ Verletze ein Gesamtgläubiger seine Pflichten gegenüber dem anderen, haftet er für den daraus entstandenen Schaden. Insbesondere kommt eine Haftung des Gesamtgläubigers auf Schadensersatz neben der Leistung gemäß § 280 I BGB in Betracht. Die Pflichtverletzung könnte etwa in bewusst unrichtigen oder irreführenden Angaben über die Leistungserbringung durch den Schuldner liegen, die zum Schadenseintritt bei den weiteren Gesamtgläubigern geführt haben, weil diese auf die Richtigkeit der Angaben vertraut haben. Ein getäuschter Gesamtgläubiger könnte etwa dadurch einen Schaden erleiden, dass er in Unkenntnis der Leistungserbringung durch den Schuldner kostenpflichtig die gerichtliche Durchsetzung seines erloschenen Anspruchs betreibe.

Diese zutreffenden Ausführungen sind übertragbar auf das Verhältnis von Zedent und Zessionar nach einer isolierten Zession. Schließlich gilt hier ebenfalls die Ausgleichspflicht des § 430 BGB – bloß in analoger Anwendung.

c) Bereicherungsrechtlicher Ausgleich

In Betracht kommt ein Ausgleich nach § 816 II BGB. Die Norm ist ein Spezialfall der Nichtleistungskondiktion gemäß § 812 I 1 Var. 2 BGB²²⁶ und insoweit vorrangig²²⁷. Sie betrifft den Fall, dass ein Schuldner an einen Nichtberechtigten leistet und diese Leistung gegenüber dem wahren Gläubiger aufgrund einer schuldnerschützenden Vorschrift (wie § 407 I BGB) wirksam ist. Der Gläubiger büßt in der Folge seinen Anspruch ein und der Schuldner wird von seiner Verbindlichkeit befreit.²²⁸ Eine entfernte Parallel kann man im Fall der Leistung nach einer isolierten Zession erkennen. Auch hier verliert der Gläubiger, der nicht befriedigt wurde, infolge der Leistung sein Forderungsrecht. Allerdings ist das keine Folge einer schuldnerschützenden Vorschrift, sondern der analogen Fortgeltung von § 422 I BGB. Zudem liegt § 816 II BGB das Verständnis zugrunde, dass der Nichtberechtigte eine Leistung erhalten hat, die ihm nicht zusteht. Er ist auf Kosten des wahren Gläubigers bereichert, weil er in dessen Recht eingegriffen hat, die Forderung einzuziehen.²²⁹ Dieses Verständnis ist auf die hier untersuchte Konstellation nicht übertragbar. Der Gläubiger, der die gesamtschuldnerische Leistung erhält, ist kein „Nichtberechtigter“, weil er selbst Inhaber einer gesamtschuldnerischen Forderung ist.²³⁰ Man könnte zwar argumentieren, dieser Gläubiger sei in Bezug auf die analog § 422 I BGB entfallende Forderung des anderen Gläubigers ein Nichtberechtigter. Auf diese

²²⁵ Das lässt sich normativ an § 241 II BGB anknüpfen.

²²⁶ M. Schwab, in: MüKo-BGB (2017), § 816 Rn. 74.

²²⁷ C. Wendehorst, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 816 Rn. 25.

²²⁸ M. Schwab, in: MüKo-BGB (2017), § 816 Rn. 73.

²²⁹ M. Schwab, in: MüKo-BGB (2017), § 816 Rn. 73.

²³⁰ Vgl. C. Wendehorst, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 816 Rn. 28: „Nichtberechtigter ist ein Leistungsempfänger, der weder Inhaber der zugrundeliegenden Forderung noch auf Grund Rechtsgeschäfts oder Gesetzes zur Einziehung der Forderung befugt ist.“

Forderung wird aber nicht geleistet. Entscheidend ist bei § 816 II BGB, ob der Leistende genau die Forderung tilgen wollte, an welcher der Leistungsempfänger nicht berechtigt war.²³¹ Leistet beispielsweise der Schuldner der nicht zedierten Forderung an den Zedenten, leistet er auf die Forderung des Zedenten, nicht auf die Forderung des Zessionars. Genauso liegt es, wenn der Schuldner der zedierten Forderung im Wege der Drittleistung nach § 267 BGB an den Zedenten leistet.²³² Lediglich als Nebenfolge der Leistung verliert der Zessionar in diesen Fällen analog § 422 I BGB auch seine eigene Forderung. Die Konsequenz eines anderen Verständnisses wäre, dass auch ein Gesamtgläubiger, dessen Forderung nach §§ 429 III 1, 422 I BGB mitgetilgt wird, gemäß § 816 II BGB Regress bei dem befriedigten Gesamtgläubiger nehmen könnte. Das erscheint schon aufgrund der Normierung von § 430 BGB überflüssig und wird soweit ersichtlich auch nicht vertreten.

Sonach können im Grundsatz weder Zedent noch Zessionar nach § 816 II BGB beieinander Regress nehmen, wenn der jeweils andere die gesamtschuldnerische Leistung empfangen hat. Etwas anderes gilt nur, wenn der Schuldner des Zessionars gemäß § 407 I BGB mit befreiender Wirkung an den Zedenten leistet oder wenn der Schuldner des Zedenten nach § 409 I BGB befreiend an den Zessionar leistet. In dieser Hinsicht unterscheidet sich die isolierte Zession einer gesamtschuldnerischen Forderung nicht von der einer unverbundenen Einzelforderung.

Ist § 816 II BGB nicht einschlägig, sperrt die Norm auch nicht den Rückgriff auf die Nichtleistungskondiktion nach § 812 I 1 Var. 2 BGB. Somit könnte sich aus § 812 I 1 Var. 2 BGB ein Ausgleichsanspruch ergeben, wenn nach einer isolierten Zession an Zedent oder Zessionar geleistet wird. Der Gläubiger, welcher die Leistung empfangen hat, ist um den empfangenen Gegenstand bereichert. Das ist auf eine Leistung des Schuldners zurückzuführen. Somit gibt es eine vorrangige Leistungsbeziehung, der gegenüber einer Nichtleistungskondiktion des „leer ausgegangenen“ Gläubigers grundsätzlich subsidiär ist²³³. Schließlich sollen nichtige Verträge – aufgrund der Privatautonomie sowie der Relativität der Schuldverhältnisse – vorrangig innerhalb der Leistungsbeziehung rückabgewickelt werden, damit Insolvenzrisiken und Einwendungen sowie Einreden zwischen den Personen zur Geltung kommen, die einander als Vertragspartner ausgesucht haben. Das Subsidiaritätsprinzip kann freilich aus Wertungsgründen durchbrochen werden.²³⁴ In diesem Sinne könnte man argumentieren, eine Direktkondiktion nach § 812 I 1 Var. 2 BGB widerstrebe zumindest nicht dem Prinzip der Privatautonomie, weil sich Zedent und

²³¹ *M. Schwab*, in: MüKo-BGB (2017), § 816 Rn. 82.

²³² Denn eine Drittleistung hat im Grundsatz dieselben Folgen wie eine Leistung durch den Schuldner selbst. S. nur *A. Kafka*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.11.2018), § 267 Rn. 31.

²³³ Zum herrschenden Subsidiaritätsprinzip s. nur BGH, Urteil v. 31.10.1963, BGHZ 40, S. 272 (278) sowie aus der Lit. V. *Wiese*, in: HK-BGB (2019), § 812 Rn. 12. Krit. C. *Thomale* / A. S. *Zimmermann*, AcP 217 (2017), S. 246 ff.

²³⁴ S. nur BGH, Urteil v. 19.09.2014, NJW 2015, S. 229 Rn. 22 sowie *M. Schwab*, in: MüKo-BGB (2017), § 812 Rn. 65 f.

Zessionar gegenseitig als Vertragspartner ausgesucht haben. Damit lässt sich aber nicht rechtfertigen, dass der in Anspruch genommene Gläubiger Einwendungen und Einreden verlöre, die er gegenüber dem leistenden Schuldner hätte geltend machen können (sofern dieser das Geleistete zurückverlangt hätte). Jener Verlust an Verteidigungsmöglichkeiten lässt sich allenfalls im Einzelfall rechtfertigen²³⁵. Doch selbst dann bestehen Zweifel an einem Anspruch aus § 812 I 1 Var. 1 BGB. Es lässt sich schwer begründen, warum der eine Gläubiger „auf Kosten“ des anderen bereichert sein soll. Dazu müsste der geleistete Gegenstand dem Bereicherungsgläubiger „zugewiesen“ sein.²³⁶ Allerdings hatten sowohl Zendent als auch Zessionar bis zur gesamtwirkenden Erfüllung ein Forderungsrecht gegenüber ihrem Schuldner. Höchstens wenn der Empfänger die Leistung im Verhältnis zu dem anderen Gläubiger nicht einziehen durfte, könnte man argumentieren, dass ihm die Leistung angesichts schuldrechtlicher Wertungen nicht zugewiesen war. Ob (rein) schuldrechtliche Einschränkungen der Befugnisse eines Rechtsinhabers für den Zuweisungsgehalt eines Rechts maßgeblich sind, bedürfte allerdings näherer Untersuchung. Außerdem ist fraglich, ob Forderungen überhaupt einen Zuweisungsgehalt haben können.²³⁷ Mit der ständigen Rechtsprechung ist das zu verneinen.²³⁸ Eine eingehende Untersuchung dieser Problemstellung bleibt einer bereicherungsrechtlichen Arbeit vorbehalten. Hier wird davon ausgegangen, dass aus § 812 I 1 Var. 1 BGB kein Ausgleichsanspruch für einen Gläubiger in einer getrennten Gesamtschuld folgt. Für die parallele Situation bei der Gesamtgläubigerschaft wird ein bereicherungsrechtlicher Ausgleich, soweit ersichtlich, genauso wenig vertreten. Angesichts

²³⁵ Insb. könnte man darauf abstellen, ob der Leistungsempfänger nach gesetzlichen Wertungen der Vertrauenschaftung (vgl. insb. §§ 932 ff. BGB) des Schutzes vor einer Direktkondition bedarf. Weiß z. B. der Gläubiger in einer getrennten Gesamtschuld, dass er gegenüber dem anderen Gläubiger verpflichtet ist, die eigene Forderung nicht einzuziehen, so ist er keines Schutzes vor einer Direktkondition würdig, wenn sein Schuldner an ihn leistet (arg. e § 932 II BGB). Umgekehrt lässt sich vertreten, dass der leer ausgegangene Gläubiger nicht des Schutzes durch eine Direktkondition würdig ist, wenn er sich freiwillig auf eine isolierte Zession eingelassen hat (arg. e § 935 BGB).

²³⁶ Zur herrschenden Zuweisungstheorie etwa *M. Schwab*, in: MüKo-BGB (2017), § 812 Rn. 277 ff.; *C. Wendehorst*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 812 Rn. 123. In erster Linie komme es dabei auf die ausschließliche kommerzielle Verwertungsmöglichkeit an, also darauf, ob der Anspruchsteller die Möglichkeit hatte, die Position einem sonst ausgeschlossenen Dritten gegen Entgelt zur Verwertung zu überlassen.

²³⁷ Bejahend etwa *M. Schwab*, in: MüKo-BGB (2017), § 812 Rn. 285; *C. Wendehorst*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 812 Rn. 129 m. w. N. zum Meinungsstand.

²³⁸ S. etwa BGH, Urteil v. 10.01.2013, NJW 2013, S. 781 Rn. 24: Bloß schuldrechtlich begründete Ansprüche besäßen keinen bereicherungsrechtlich relevanten Zuweisungsgehalt. Sie gäben dem Anspruchsinhaber im Verhältnis zu Dritten keine alleinige Verwertungsbefugnis. Die Nicht- oder Schlechterfüllung eines schuldvertraglich begründeten Anspruchs könne Rechtsfolgen nach dem Recht der Leistungsstörungen nach sich ziehen; sie stelle aber – auch im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander – keinen Eingriff in eine Rechtsposition des Anspruchsinhabers mit Zuweisungsgehalt dar.

der Regelung des § 430 BGB, die in der hier interessierenden Konstellation analog anwendbar ist²³⁹, besteht dazu auch kaum ein Bedürfnis.²⁴⁰

d) Deliktischer Schadensersatz

Ausführungen zum Deliktsrecht können in dieser Arbeit nur angerissen werden, um nicht den Rahmen der Untersuchung zu sprengen. Allein juristische Auseinandersetzungen darüber, ob eine Forderung oder zumindest die Forderungszuständigkeit als sonstiges Recht gemäß § 823 I BGB anzuerkennen ist, könnten ein ganzes Bibliotheksregal füllen.²⁴¹ Betrachtete man die Forderung oder die Forderungszuständigkeit als ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 I BGB, könnte die Einziehung der eigenen Gesamtschuldforderung durch einen der Gläubiger in bestimmten Fällen einen rechtswidrigen Eingriff in ein deliktisch geschütztes Recht des anderen Gläubigers darstellen und somit eine Haftung auf Schadensersatz auslösen. Für die Zwecke dieser Abhandlung muss es genügen, die herrschende Ansicht zugrunde zu legen, der zufolge weder die Forderung noch die Forderungszuständigkeit ein sonstiges Recht nach § 823 I BGB ist²⁴². Nach diesem Verständnis können die Gläubiger in einer gespaltenen Gesamtschuld nicht aufgrund der Einziehung ihrer Forderung nach § 823 I BGB haften.

In raren Fällen ist § 826 BGB einschlägig, wenn nach einer isolierten Zession ein Leistungsverlangen des einen Gläubigers aufgrund der Folgewirkung des § 422 I BGB analog den Leistungsanspruch des anderen Gläubigers vereitelt. Es gelten die allgemeinen Grundsätze zu § 826 BGB. Insgesamt ist eine enge Auslegung von § 826 BGB angezeigt, um die vertragliche Zuweisung der Risiken einer isolierten Zession nicht durch das Deliktsrecht zu überspielen. Schließlich ist ein Verlust von vertraglich erworbenen Vermögenswerten in erster Linie durch die Vertragshaftung auszugleichen.²⁴³ Darum sollte man für eine Haftung nach § 826 BGB zumindest verlangen, dass der Zedent mit seiner Leistungsaufforderung gegen ein Einziehungsverbot verstößt, auf das er sich *ausdrücklich* mit dem Zessionar geeinigt hat²⁴⁴.

²³⁹ Dazu soeben unter „Rückgriff wie unter Gesamtgläubigern“, S. 128.

²⁴⁰ Man könnte § 430 BGB sogar als *lex specialis* zur Nichtleistungskondiktion ansehen.

²⁴¹ Ein Überblick zum Meinungsstand findet sich etwa bei *J. Hager*, in: *Staudinger* (2017), § 823 Rn. B 160 ff.

²⁴² Aus der Rspr. etwa RG, Urteil v. 29.02.1904, RGZ 57, S. 353 (355 ff.); BGH, Urteil v. 09.12.1958, BGHZ 29, S. 65 (73 f.) und aus der Lit. z. B. *H. P. Westermann*, in: *Erman* (2017), § 823 Rn. 36; *C. Förster*, in: *BeckOK-BGB* (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 823 Rn. 174 f. m. w. N. Ob diese h. M. (hier) zutreffend ist, wird aus dem Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Abhandlung ausgenommen.

²⁴³ Vgl. *G. Wagner*, in: *MüKo-BGB* (2017), § 826 Rn. 16.

²⁴⁴ Der umgekehrte Fall ist selbstverständlich auch denkbar, dürfte aber selten sein. Wenn überhaupt ein Einziehungsverbot besteht, gilt es zumeist für den Zedenten statt für den Zessionar.

Sofern ein Schadensersatzanspruch begründet ist, richtet sich seine Höhe nach § 251 I Var. 1 BGB.²⁴⁵

Ferner kommt in Ausnahmefällen ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 II BGB in Verbindung mit § 266 I StGB in Betracht. Zedent und Zessionar haben im Außenverhältnis die rechtliche Macht, die Forderung des jeweils anderen Gläubigers analog §§ 422 f. BGB zum Erlöschen zu bringen. Im Innenverhältnis kann ihnen das gegenüber dem Partner des Abtretungsvertrags aber verboten sein. Typischerweise unterliegt der Zedent einem solchen Verbot. Ein Verstoß, der zu einem Vermögensnachteil des Verbotschützten führt, kann unter Umständen eine Strafbarkeit wegen Untreue gemäß § 266 I StGB begründen.²⁴⁶

III. Fazit

Leistet ein Gesamtschuldner an den Zedenten oder Zessionar, verliert analog § 422 I BGB auch der jeweils andere Gläubiger seine Gesamtschuldforderung. Ein interner Ausgleichsanspruch besteht nicht in jedem Fall. Ein vertraglicher Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung steht dem Zessionar nur zu, wenn zwar eine Gesamtabtretung geschuldet war, aufgrund individueller Abtretungsverbote nach § 399 Var. 2 BGB aber eine isolierte Zession erfolgt ist. Ein Regress ist nach § 280 I BGB möglich, wenn ein Gläubiger nur deshalb die gesamtschuldnerische Leistung erhalten hat, weil er sie trotz eines schuldrechtlichen Einziehungsverbots geltend gemacht hat. Weiterhin kommt ein Ausgleich analog § 430 BGB in Betracht. Danach kann der „leer ausgegangene“ Gläubiger im Zweifel die Hälfte der Leistung von dem befriedigten Gläubiger zurückverlangen. Vorrangig vor dieser Zweifelsregel ist allerdings eine Umverteilung der Leistung nach den Wertungen des schuldrechtlichen Geschäfts der Zessionsparteien. Zweck und Umstände des Kausalgeschäfts entscheiden darüber, in welcher Höhe die Leistung bei welcher Partei letztlich verbleiben soll. Schließlich kommt ein Ausgleich in Form von deliktischem Schadensersatz nach § 826 BGB sowie §§ 823 II BGB, 266 I StGB in Frage, der indes nur selten gegeben sein wird.

²⁴⁵ Vgl. Fn. 212 sowie den dazu gehörigen Haupttext in diesem Kap.

²⁴⁶ Vgl. zur Gesamtgläubigerschaft *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 430 Rn. 45. In Betracht kommt der Missbrauchstatbestand der Untreue. Voraussetzung ist insbesondere, dass der Täter eine Vermögensbetreuungspflicht hat; dazu *U. Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (2017), § 266 Rn. 19, 31 ff. Außerdem muss er rechtsgeschäftlich, nicht nur tatsächlich auf die Rechte des Opfers einwirken; dazu *ders.*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (2017), § 266 Rn. 87. Ob die Wirkung der §§ 422 f. BGB kraft Rechtsgeschäfts eintritt, ist teilweise zweifelhaft. Nähere Untersuchungen strafrechtlicher Art liegen aber nicht im Erkenntnisinteresse dieser Abhandlung.

§ 6 Zwischenergebnis

Eine isolierte Zession lässt den gesamtschuldnerischen Verbund im Grundsatz unberührt. Sie macht Zedent und Zessionar nicht zu Gesamtgläubigern, ermöglicht ihnen aber einen gesamtgläubigerähnlichen Binnenregress. Darüber hinaus kann es weitere Grundlagen für einen internen Ausgleich geben. Jener ist erforderlich, weil der eine Gläubiger von den Schuldern keine Leistung mehr verlangen kann, sobald der andere Gläubiger befriedigt wurde. Zum Schutz des Zessionars kann der Zedent im Einzelfall einem schuldrechtlichen Einziehungsverbot unterliegen. Wie schon zu Beginn des zweiten Kapitels angemerkt wurde, stehen diese Ergebnisse allerdings unter dem Vorbehalt einer Gesamtabwägung, der sich das nun folgende dritte Kapitel widmet.

3. Kapitel

Zumutbarkeit der Rechtsfolgen einer isolierten Zession

Nachdem nun die vorläufigen Rechtsfolgen der isolierten Abtretung aufgezeigt wurden, gilt es, wie bereits angekündigt¹, in einer Gesamtschau zu bewerten, inwieweit diese Rechtsfolgen hinnehmbar sind. Nach den bisherigen Untersuchungen gelten nach einer isolierten Zession prinzipiell sämtliche Gesamtschuldregeln im Wege der Analogie fort.² Im Hinblick auf bestimmte Vorschriften kann sich das allerdings als nicht sachgerecht erweisen. Als Lösung kommt zunächst in Betracht, die betreffenden Normen nach einer isolierten Zession nicht mehr anzuwenden. Solche Ausnahmen von einer Regelfortgeltung sind im Rahmen der Gesetzesauslegung zulässig.³ Man sollte sie aber zurückhaltend annehmen, um das sukzessi-

¹ S. insb. unter „Vorbehalt einer Gesamtabwägung“, S. 82.

² Das folgt in erster Linie aus dem sukzessionsrechtlichen Identitätsprinzip. Unterstützend lassen sich damit verbundene Argumente heranziehen, namentlich das Prinzip des Sukzessionschutzes und gesetzgeberische Erwägungen zur identitätswahrenden Abtretung im Recht der Gesamtgläubigerschaft. Dazu unter „Gesamtschuld trotz Trennung der Schuldner“ ab S. 97.

³ Das Gesetz misst dem Prinzip der identitätswahrenden Sukzession an keiner Stelle eine absolute Geltung bei. Es existiert nicht einmal eine Gesetzesbestimmung, die vorsieht, dass jede Sukzession identitätswährend verläuft. Stattdessen ist das Identitätsprinzip ein Substrat von Gesetzesauslegung nach historischen, teleologischen und systematischen Gesichtspunkten. Somit ist es gleichzeitig durch die Möglichkeiten der Auslegung begrenzt. Soweit eine identitätswahrende Sukzession zum Beispiel in bestimmten Konstellationen wirtschaftlich unsinnige Ergebnisse nach sich zieht, sprechen teleologische Folgeüberlegungen in diesen Fällen gegen die Geltung des Identitätsprinzips. Ferner liegen dem Gesetz auch andere Prinzipien zugrunde, beispielsweise das Verbot eines Vertrags zulasten Dritter, welches sich insbesondere aus teleologischen Schutzerwägungen ableiten lässt. Wenn solche Prinzipien kollidieren, muss zwangsläufig eines zurücktreten, damit das andere gelten kann. Mangels einer gesetzlichen Vorrangregel kann es durchaus das sukzessionsrechtliche Identitätsprinzip sein, welches zurücktreten muss. Genauso muss man eine identitätswahrende Sukzession ausschließen, wenn sie zu einem Bruch mit der gesetzlichen Regelungssystematik führt. Demnach sollte man die Tragweite des sukzessionsrechtlichen Identitätsprinzips nicht überschätzen. Es stellt lediglich einen Grundsatz dar. Dieser erfährt Durchbrechungen, wenn eine identitätswahrende Sukzession zu systemwidrigen Ergebnissen führt. Ein Beispiel dafür lässt sich anhand von § 404 BGB aufzeigen. So muss die darin angeordnete Einwendungsfortgeltung ausfallen, wenn der Zedent eine Forderung wegen seines eigenen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens nicht durchsetzen kann, dem Zessionär diese Umstände aber nicht entgegen gehalten werden können, weil sie in dessen Person nicht vorliegen. Vgl. dazu *J. Lieder*, Sukzession (2015), S. 640; *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 404 Rn. 10; *J. Busche*, in: *Staudinger* (2017), § 404 Rn. 3.

onsrechtliche Identitätsprinzip nicht auszuhöhlen. Als Alternative kann lediglich übrig bleiben, die isolierte Zession insgesamt als ungültig zu behandeln.⁴

Um prüfen zu können, ob die Anwendung der Gesamtschuldregeln nach einer Aufspaltung der Forderungen auf verschiedene Gläubiger weiterhin sinnvoll ist, muss man zunächst die *Gesamtwirkungen* einer Gesamtschuld in den Blick nehmen. Das Verhältnis eines Gesamtschuldners zu seinem Gläubiger unterscheidet sich von dem Verhältnis eines „gewöhnlichen“ Schuldners zu dessen Gläubiger nur dadurch, dass in einer Gesamtschuld bestimmte Rechtstatsachen Gesamtwirkung haben. Diese Tatsachen wirken sich also auch auf die Schuldverhältnisse des Gläubigers zu weiteren Schuldern aus, die Teil des Gesamtschuldverbunds sind. Man muss darum die Frage, ob die Einzelübertragung einer gesamtschuldnerischen Forderung die Gesamtschuld unberührt lässt, zunächst darauf zuspitzen, ob auch nach einer Aufspaltung der Gläubigerstellung die Gesamtwirkung der §§ 422 ff. BGB sachgerecht ist.⁵ Des Weiteren muss beleuchtet werden, ob der *Binnenregress* des ausgleichsberechtigten Schuldners gemäß § 426 BGB nach einer isolierten Zession weiterhin sachgerecht ist.

§ 1 Gesamtwirkungen des Gesamtschuldrechts

I. Gesamtwirkung der Erfüllung und ihrer Surrogate

Wie gesehen, besteht ein breiter Konsens darüber, die Gesamtwirkung der Erfüllung und ihrer Surrogate nach § 422 I BGB auch nach einer Trennung der Gesamtschuldforderungen anzuwenden.⁶ Auf Basis der insgesamt *vorläufigen* Untersuchungen des vorherigen Kapitels konnte das bestätigt werden. Nun geht es darum, dieses Ergebnis unter Einbeziehung weiterer Aspekte im Rahmen einer Gesamtabwägung zu überprüfen. Wie sich zeigen wird, kommen dabei noch einige Zweifelsfragen auf, die besonders in jüngerer Vergangenheit zu wenig Beachtung gefunden haben. Zunächst wird knapp aufgezeigt, dass die gesamtschuldnerische Tilgungsgemeinschaft nach einer isolierten Zession in der Tat zwingend erhalten bleiben muss. Im Anschluss stellt sich die Frage, ob die Folgen davon rechtlich tragbar sind. Insbesondere wenn das zwingende Fortbestehen der Tilgungsgemeinschaft berechtigte Interessen der Beteiligten – vor allem des Zessionars – verkürzen sollte, muss eine isolierte Zession von vorneherein unterbleiben und darum als unwirksam behandelt werden.

⁴ Als normativer Ausgangspunkt kommt dafür insbesondere § 242 BGB in Betracht.

⁵ S. P. Derleder, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (177).

⁶ S. Fn. 38 im 2. Kap.

1. Zwingendes Fortbestehen der Tilgungsgemeinschaft

Sind Forderungen auf ein identisches Leistungsinteresse gerichtet, kann nach allgemeiner Ansicht daran auch ihre Trennung nichts ändern. Das zeigt sich exemplarisch anhand des Meinungsbilds bezüglich der isolierten Abtretung einer Forderung, die in Anspruchskonkurrenz steht.⁷ Die konkurrierenden Forderungen sind auf den gleichen (wirtschaftlichen) Erfolg gerichtet und müssen von dem Schuldner nur einmal erfüllt werden.⁸ Die herrschende Ansicht erlaubt zwar, die Abtretung auf eine bestimmte Anspruchsgrundlage zu beschränken. Allerdings sollen Zedent und Zessionar dann Gesamtgläubiger werden. So wird sichergestellt, dass der Schuldner die Leistung trotz der nach Anspruchsgrundlagen beschränkten Abtretung nur einmal erbringen muss (§ 428 S. 1 BGB).⁹ Eine Vervielfältigung des Forderungsrechts hält man auch in dieser Konstellation für undenkbar.

Gesamtschuldnerisch verbundene Forderungen sind ebenfalls auf ein einheitliches Leistungsinteresse gerichtet. Das ergibt sich schon aus § 421 S. 1 BGB, wonach eine Gesamtschuld dadurch gekennzeichnet ist, dass mehrere Schuldner einem Gläubiger *eine Leistung schulden*. Es käme darum wirtschaftlich einer wundersamen Forderungsvermehrung gleich, wenn allein aufgrund der zessionsbedingten Trennung gesamtschuldnerischer Forderungen zweimal geleistet werden müsste: einmal von dem Schuldner des Zedenten und einmal von dem Schuldner des Zessionars.¹⁰ Dieses befremdliche Ergebnis könnte man allenfalls darauf stützen, dass die Einheit des Leistungsinteresses an die Einheit der Gläubigerstellung in einer Gesamtschuld gekoppelt ist. § 421 S. 1 BGB geht nämlich davon aus, dass mehrere Schuldner ein und denselben Gläubiger haben. Sobald ein Schuldner an den Gläubiger geleistet hat, ist dessen Leistungsinteresse befriedigt. So kann man erklären, dass der Gläubiger im Anschluss nicht erneut dieselbe Leistung verlangen kann, bloß von einem anderen Gesamtschuldner. Nach einer Separatzession gibt es aber nicht einen, sondern zwei Gläubiger. Erhält nur einer von beiden die Leistung, erscheint es nicht zwingend, damit auch das Leistungsinteresse des anderen als befriedigt anzusehen.

Deshalb gegen den Fortbestand der Tilgungsgemeinschaft zu argumentieren, wäre dennoch verfehlt. Die Gläubiger bedürfen keines Schutzes davor, dass die Erfüllung und ihre Surrogate nach einer isolierten Zession weiterhin Gesamtwirkung zeitigen. Für den Gläubiger, der selbst keine Leistung erhalten hat, ist es zumutbar, dass seine Forderung gleichwohl mitgetilgt wird. Diese Folge war in der Abtretung einer einzelnen Gesamtschuldforderung angelegt und darum in aller Regel vorher-

⁷ Näher zur isolierten Abtretung bei Anspruchskonkurrenz mit Nachweisen zum Meinungsstand unter „Transfer: Auswirkungen des neuen Gläubigers bei einer gesamtschuldspaltenden Forderungsübertragung“ am Ende des Abschnitts, der auf S. 167 beginnt.

⁸ Vgl. BGH, Urteil v. 09.12.1998, BGHZ 140, S. 175 (179).

⁹ Vgl. P. Arens, AcP 170 (1970), S. 392 (407).

¹⁰ In diese Richtung argumentiert S. Madaus, Schuldbeitritt (2001), S. 56 f. Ähnlich K. Larenz, Schuldrecht AT (1987), S. 641; G. Roth/E.-M. Kieninger, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 61.

sehbar.¹¹ Wer sich privatautonom für eine solche Einzelabtretung entscheidet, muss damit verbundene Folgen in Kauf nehmen. Das gilt umso mehr, weil der Gläubiger, dessen Forderung mitgetilgt wird, meist durch Regressansprüche geschützt ist.¹²

Für den Fortbestand der Tilgungsgemeinschaft spricht zudem, dass die Gesamtschuldner insoweit schutzbedürftig sind. Würde eine Einzelabtretung aus gesamtschuldnerischen Forderungen unverbundene Einzelforderungen machen, müssten die Schuldner auf den Vorteil einer gesamtwirkenden Erfüllung verzichten. Zudem würde der interne Regress des leistenden Schuldners nach § 426 BGB entfallen, weil diese Norm eine Konsequenz der Leistungseinheit in der Gesamtschuld ist.¹³

Aus diesen Gründen muss die Tilgungsgemeinschaft zwischen den Gesamtschuldnern erhalten bleiben. Beide Gläubiger – Zedent und Zessionar – dürfen die Leistung insgesamt nur einmal fordern.

2. Probleme infolge des Fortbestehens der Tilgungsgemeinschaft

Wechselt nur eine Gesamtschuldforderung den Gläubiger, besteht die Tilgungsgemeinschaft zwischen den Schuldern zwingend fort. Sollten sich daraus untragbare Folgeprobleme ergeben, muss eine isolierte Abtretung insgesamt ausscheiden. Derartige Probleme könnten daraus erwachsen, dass der Zedent nach Abtretung einer gesamtschuldnerischen Forderung weiterhin auf die ihm verbliebene Forderung zugreifen kann. Darüber soll nachfolgend reflektiert werden.

a) Gefahr einer Mehrfachbefriedigung des Zedenten

Ein gesetzesystematisches Argument gegen die isolierte Abtretbarkeit einer Gesamtschuldforderung bringen Esser/Schmidt vor.¹⁴ Nach § 421 S. 1 BGB darf der Gläubiger in einer Gesamtschuld die Leistung nur einmal fordern. Entgegen diesem Grundsatz könnte es bei einer Einzelabtretung aber zu einer *Mehrfachbefriedigung* kommen. Schließlich erhalte der Gläubiger für eine Abtretung üblicherweise ein

¹¹ Vgl. hierzu „Umfang des Forderungsübergangs bei konkreten Varianten eines Abtretungsvertrags“ ab S. 280.

¹² Zum Regress unter „Regress zwischen Zedent und Zessionar“ ab S. 122.

¹³ Liegen nur noch unverbundene Einzelforderungen vor, gibt es keine Leistungseinheit mehr. Die Benachteiligung der Gesamtschuldner könnte man allenfalls dadurch rechtfertigen, dass sie einer isolierten Zession zustimmen müssen, damit diese wirksam ist. Ein Zustimmungserfordernis kann sich ergeben, wenn die Zession andernfalls gemäß § 399 Var. 1 BGB unwirksam wäre. Dazu unter „Dogmatische Einbettung des Zustimmungserfordernisses“ ab S. 202. Aber jedenfalls folgt aus einem Zustimmungserfordernis kein Argument gegen den Fortbestand der Tilgungsgemeinschaft. Da sie also gemäß dem Grundsatz einer identitätswahrenden Sukzession erhalten bleibt, kann die Frage eines Zustimmungserfordernisses hier dahinstehen.

¹⁴ J. Esser/E. Schmidt, Schuldrecht (2000), S. 344.

Entgelt und könne die bei ihm verbliebenen Forderungen dennoch weiterhin einzehnen und sich so daran befriedigen. Er könne bei einer Mehrzahl von Gesamtschuldforderungen sogar jede einzelne gegen Bezahlung an einen anderen Gläubiger abtreten. Um diese gesamtschuldwidrige Mehrfachbefriedigung zu vermeiden, könne die Abtretung einer gesamtschuldnerischen Forderung nur mit der Maßgabe geschehen, dass die weiteren Forderungen analog § 401 I BGB automatisch mitübergehen.¹⁵

Diese Ansicht fordert Kritik heraus. Zunächst kann man Esser/Schmidt entgegenhalten, dass eine analoge Anwendung von § 401 I BGB nicht zu ihrer Formulierung passt, eine gesamtschuldnerische Forderung sei „nicht isoliert zu [denken]“.¹⁶ Schließlich kann eine weitere Gesamtschuldforderung nur dann analog § 401 I BGB mitzediert werden, wenn im Ausgangspunkt bloß eine einzelne Gesamtschuldforderung abgetreten wird. Strukturell müssten Esser/Schmidt eine isolierte Abtretung somit für möglich erachten. Letztlich plädieren Esser/Schmidt aufgrund gesamtschuldwidriger *Folgewirkungen* dafür, dass die Übertragung einer einzelnen Gesamtschuldforderung ausgeschlossen ist und stattdessen sämtliche Forderungen auf den Zessionar übergehen müssen. Um dieses Ziel zu erreichen, ist eine analoge Anwendung von § 401 I BGB aber nicht passend.¹⁷ Denn § 401 I BGB ist kein zwingendes Recht.¹⁸ Die Norm wäre zum Beispiel bei einer ausdrücklich verabredeten Einzelabtretung (konkludent) abbedungen. Der von Esser/Schmidt vorgeschlagene Mechanismus, um eine isolierte Abtretung zu verhindern, ist somit in vielen Fällen wirkungslos. Außerdem ist zweifelhaft, ob überhaupt die Voraussetzungen einer Analogie vorliegen. § 401 I BGB verfolgt das Ziel, mit einer Forderung akzessorisch verbundene, zur Verstärkung derselben dienende Nebenrechte mit der betreffenden Forderung zusammen zu halten.¹⁹ Auf derart verbundene, aber nicht im Gesetz genannte Nebenrechte ist § 401 I BGB analog anwendbar.²⁰ Demnach müsste eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf die Übertragung gesamtschuldnerischer Einzelforderungen auch mit deren entsprechender Verbundenheit begründet werden. Esser/Schmidt stützen sich indes zur Begründung auf einen ganz anderen

¹⁵ Bei Unkenntnis weiterer Gesamtschuldner billigen sie dem Zedenten aber ggf. ein Anfechtungsrecht (jedenfalls bzgl. des der Abtretung zugrunde liegenden Kausalgeschäfts) nach § 119 II BGB zu, *J. Esser/E. Schmidt*, Schuldrecht (2000), S. 345.

¹⁶ *J. Esser/E. Schmidt*, Schuldrecht (2000), S. 344.

¹⁷ Krit. zu dem „Automatismus des § 401“ BGB auch *H. Ehmann*, Gesamtschuld (1972), S. 33 f. Rn. 53 a. E. *Ehmann* sieht zwar ebenfalls ein Bedürfnis, eine Spaltung der Gesamtschuld weitgehend zu vermeiden (wenngleich aus anderen Gründen). Dazu schlägt er aber eine Lösung auf Ebene der Auslegung des Abtretungsvertrags vor. S. dazu Fn. 185 und den dazu gehörigen Haupttext im 2. Kap.

¹⁸ Dazu schon Fn. 210 f. sowie der dazu gehörige Haupttext im 1. Kap.

¹⁹ S. nur *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: *MüKo-BGB* (2016), § 401 Rn. 1.

²⁰ S. nur BGH, Urteil v. 23.03.2010, BGHZ 185, S. 74 Rn. 15; BGH, Beschluss v. 09.02.2012, NJW-RR 2012, S. 434 Rn. 14; *J. Busche*, in: *Staudinger* (2017), § 401 Rn. 28. Entsprechend die Gesetzeshistorie, s. *Protokolle BGB*, Bd. 1 (1897), S. 386.

Gesichtspunkt, nämlich die Gefahr, dass sich der Zedent andernfalls mehrfach befriedigt.²¹ Diese Interessenlage ist mit der des § 401 I BGB nicht vergleichbar.

Darüber hinaus muss man die Grundannahme von Esser/Schmidt bezweifeln: die Gesamtschuldwidrigkeit einer Mehrfachbefriedigung. Wenn die beiden Autoren gegen eine isolierte Abtretung ins Feld führen, dass sie eine systemwidrige Mehrfachbefriedigung des Zedenten ermögliche, stützen sie sich offenbar auf das Regelungsprinzip der einheitlichen Leistung in einer Gesamtschuld. Dahinter steht der Gedanke, dass die Ausklammerung einzelner Gesamtschuldforderungen aus einer Abtretung dem Wesen der Gesamtschuld widerspricht: Gesamtschuldnerische Forderungen seien „wegen § 421 S. 1 BGB („nur einmal“) eben nicht isoliert zu [denken]“.²² Esser/Schmidt führen aus, eine isolierte Abtretung führe zur Möglichkeit einer gesamtschuldwidrigen Mehrfachbefriedigung des Zedenten, weil die Abtretung auch im Schuldgeschäft entsprechend vergolten werde. Damit ist wohl gemeint, dass der Abtretung meist ein Forderungskauf zugrunde liegt, woraus der Verkäufer und Zedent einen Kaufpreis erhält und zusätzlich noch die ihm verbliebene Gesamtschuldforderung einziehen kann. Wenn sich dieser Fall realisiert, erhält der Verkäufer und Zedent aber allenfalls wirtschaftlich, keineswegs hingegen rechtlich die gesamtschuldnerisch geschuldete Leistung mehr als „nur einmal“. Schließlich ist die Kaufpreiszahlung keine zusätzliche Leistung aus dem Gesamtschuldverhältnis. Sie beruht auf einem anderen Rechtsgrund als die Gesamtschuldforderungen, nämlich auf dem Kaufvertrag, und wird nicht einmal von einem der Gesamtschuldner, sondern von einem außenstehenden Käufer geleistet. Kaufpreiszahlung und Leistung eines Gesamtschuldners sind daher strikt zu unterscheiden und können ohne Widerspruch zu § 421 S. 1 BGB kumuliert werden. Dass die Leistung aus der Gesamtschuld „nur einmal“ erbracht wird, ist auch nach einer isolierten Zession gewährleistet. Denn die Leistung des einen Gesamtschuldners befreit analog § 422 I BGB weiterhin zugleich den anderen Schuldner. Eine wirtschaftliche Mehrfachbefriedigung des Zedenten muss außerdem keineswegs endgültig sein. Wird der Zedent von seinem Gesamtschuldner befriedigt, wenngleich er bereits einen Kaufpreis für die zedierte Gesamtschuldforderung erhalten hat, kann der Zessionar regelmäßig bei dem Zedenten Regress nehmen.²³ Damit wird im Ergebnis eine Leistungsverteilung gewährleistet, die den Interessen der Parteien einer Abtretung gerecht wird.

Gesetzesystematische Gründe einer einheitlichen Leistung in der Gesamtschuld lassen sich demnach gegen eine isolierte Zession nicht vorbringen.

²¹ Um einen Einzelübergang gesamtschuldnerischer Forderungen zu verhindern, erscheinen andere Wege stimmiger. Man könnte eine dezidiert isolierte Abtretung etwa durch eine teleologische Reduktion von § 398 BGB oder mittels § 242 BGB – gesetzlich zwingend – verhindern. Solchen Alternativen soll hier aber nicht vertieft nachgegangen werden.

²² J. Esser/E. Schmidt, Schuldrecht (2000), S. 344. Änderung der Formulierung in der eckigen Klammer durch den Verfasser – der Zusatz in runden Klammern entspricht dem Original.

²³ Dazu unter „Regress zwischen Zedent und Zessionar“ ab S. 122.

b) Schutzbedürftigkeit des Zessionars

Die Gefahr einer Mehrfachbefriedigung lässt sich des Weiteren als ein teleologisches Argument gegen eine isolierte Zession rezipieren. Dabei geht es um die Schutzbedürftigkeit des Zessionars vor den Risiken einer Einzelabtretung. Schürnbrand²⁴ führte hierzu aus, der Zessionar müsse, sofern er überhaupt von einer weiteren Gesamtschuldforderung wisse, auf das Versprechen des Zedenten vertrauen, dass dieser die ihm verbliebene Forderung nicht einzieht und damit seinen Anspruch gemäß § 422 I 1 BGB zum Erlöschen bringt. Da gesamtschuldnerische Forderungen auch nach ihrer Trennung noch zur einheitlichen Schuldtilgung verbunden sind,²⁵ ist die Feststellung Schürnbrands korrekt: Wegen der analogen Anwendbarkeit von § 422 I BGB kann der Zedent die von dem Zessionar – eventuell entgeltlich – erworbene Rechtsstellung nach Belieben vereiteln. Schließlich bleibt der Schuldner des Zedenten diesem verpflichtet und muss dessen Leistungsaufforderungen daher Folge leisten.

Diese Gefährdung des Zessionars kann man nicht abstreiten. Im Schrifttum wird sie meist allzu leichtfertig abgetan oder von vornherein ausgeblendet.²⁶ Ihr gebührt mehr Beachtung. Insbesondere gefährdet den Zessionar nicht nur ein missbräuchliches Verhalten des Zedenten. Ihm droht außerdem ein Verlust der erworbenen Forderung, indem ein Gesamtschuldner freiwillig an den Zedenten leistet. Möglicherweise gefährdet eine isolierte Zession die Rechtsstellung des Zessionars so sehr, dass man sie zu seinem Schutz als unwirksam behandeln muss.²⁷ Diese Frage bedarf näherer Untersuchung. Wie schwer die Gefahr für den Zessionar wiegt, hängt erstens davon ab, wie wahrscheinlich es in tatsächlicher Hinsicht ist, dass sie sich realisiert. Diese Wahrscheinlichkeit ist umso höher, je wahrscheinlicher es ist, dass der Zedent seine Rechtsstellung infolge einer isolierten Abtretung missbraucht. Zweitens hängt die Bewertung der Gefahrenlage für den Zessionar davon ab, in wie weit man ihn vor dem Eintritt und den Realisierungsfolgen der Gefahr eines Rechtsverlusts rechtlich schützen kann, ohne eine isolierte Zession als unwirksam zu behandeln. Drittens muss man in Rechnung stellen, inwieweit sich der Zessionar bewusst auf die Risiken einer isolierten Zession einlässt und somit seine Schutzbedürftigkeit mindert. Dem soll im Folgenden nachgegangen werden.

aa) Keine strukturelle Missbrauchsgefahr nach der Motivlage des Zedenten

Schon auf tatsächlicher Ebene ist zweifelhaft, ob eine isolierte Zession eine signifikant große Gefahr birgt, dass der Zedent seine daraus resultierende Rechtsstellung missbraucht. Theoretisch kann er zwar den Rechtserwerb des Zessionars

²⁴ J. Schürnbrand, Schuldbeitritt (2003), S. 133.

²⁵ Dazu grundlegend unter „Gesamtschuld trotz Trennung der Schuldner“ ab S. 97 sowie begründend unter „Zwingendes Fortbestehen der Tilgungsgemeinschaft“ ab S. 139.

²⁶ Vgl. die Nachweise in Fn. 12 im 1. Kap.

²⁷ Das könnte insbesondere aus § 242 BGB folgen.

vereiteln, indem er die ihm verbliebene Forderung einzieht oder diese weiterveräußert und ein anderer Zessionär die Forderung einzieht. Allerdings kann man nicht unterstellen, dass derlei unredliche Motive für den Zedenten einer gesamtschuldnerischen Einzelforderung typisch sind. Eine Einzelabtretung zeugt nicht per se von einer betrügerischen Absicht des Zedenten. Wirtschaftliche oder persönliche Gründe können ihn dazu veranlassen, die Forderung gegen einen bestimmten Gesamtschuldner von einer Abtretung auszunehmen, um diesen vor einer Inanspruchnahme zu schützen, dessen Schuld aber zugleich zu erhalten, bis die weitere Schuld erfüllt ist.²⁸

Beispiel²⁹:

Ein Kind erleidet auf einem schlecht abgesicherten Spielplatz eine schwere Verletzung. Es hat einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Betreiber des Spielplatzes aus § 823 I BGB, weil dieser eine Verkehrssicherungspflicht verletzt hat. Außerdem hat es gemäß § 1664 I BGB³⁰ einen inhaltsgleichen Anspruch gegen den sorgeberechtigten Vater, der das Kind grob unaufmerksam betreut hat. Die Schuldner haften als Gesamtschuldner. Zur Finanzierung eines Erholungssurlaubs für das Kind nimmt die Mutter im eigenen Namen ein Gelddarlehen auf, wobei sie den Anspruch gegen den Spielplatzbetreiber im Namen des Kindes als Sicherheit an den Darlehensgeber abtritt. Den Anspruch gegen den Vater tritt sie nicht ab.

Dieses Beispiel zeigt, dass eine persönliche Bindung des Zedenten gegenüber einem Gesamtschuldner den Zedenten dazu veranlassen kann, nur seine Forderung gegen einen anderen Gesamtschuldner an einen neuen Gläubiger abzutreten. Eine solche Schonungsabsicht dürfte ein typisches Motiv für eine Einzelabtretung sein. Sie ist auch vor einem wirtschaftlichen Hintergrund leicht vorstellbar, etwa wenn es um die Bewahrung eines wichtigen Geschäftspartners vor der Inanspruchnahme durch einen neuen Gläubiger geht. Ferner kann es ohne jedwede betrügerische

²⁸ *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (164); zustimmend *J. Schürnbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 133.

²⁹ Dieses Beispiel (hier minimal modifiziert) ist nur eines unter mehreren anschaulichen Fallbeispielen nach *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (156 f.), der in Fn. 9 hierzu instruktiv anmerkt: „Nimmt die Mutter den Kredit im eigenen Namen auf, so bedarf es dafür keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung wie bei einem Kredit des Kindes nach § 1822 Nr. 8 BGB. Die Sicherungsübertragung des Anspruchs des Kindes in dessen Namen fällt ebenfalls nicht unter den Katalog der §§ 1821 und 1822 BGB. Die Mutter ist auch nicht gem. § 1629 Abs. 2 Satz 1 i. V. mit § 1795 BGB gehindert, über den Anspruch des Kindes als gesetzliche Vertreterin zu verfügen, selbst wenn der ersatzverpflichtete andere Elternteil ihr Ehegatte ist. Denn die Abtretung des Anspruchs gegen den anderen Schädiger betrifft den Ehegatten nicht. – Die rechtsgeschäftliche Abtretung kann allerdings nur zum Zug kommen, soweit nicht eine gesetzliche Abtretung an einen Träger der Sozialversicherung eingreift. Im Textbeispiel geht es jedoch nicht um eine durch die Sozialversicherung abgedeckte Leistung.“ Zu ergänzen ist, dass die Mutter zur Abtretung des Anspruchs ihres Kindes abweichend vom Grundsatz des § 1629 I 2 Hs. 1 BGB Alleinvertretungsmacht gehabt haben müsste.

³⁰ Die Norm stellt nach h. M. eine Anspruchsgrundlage dar. Dazu und zu eventuell konkurrierenden Anspruchsgrundlagen *P. Becker*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 15.10.2018), § 1664 Rn. 2 ff. Eine Haftungsmilderung auf die eigenübliche Sorgfalt führt nach § 277 BGB bei grober Fahrlässigkeit – wie hier – nicht zu einer Befreiung von der Haftung.

Absicht zu einer isolierten Forderungsabtretung kommen, wenn in Bezug auf andere Gesamtschuldforderungen Abtretungsverbote vereinbart wurden.³¹ Zur Veranschaulichung mag man sich an die Fallbeispiele in der Einleitung zu dieser Arbeit erinnern.³² In jedem Fall ist bereits nach wenigen Überlegungen unschwer zu erkennen, dass es nachvollziehbare und anerkennenswerte Gründe geben kann, bewusst nur eine von mehreren Forderungen aus einer Gesamtschuld abzutreten. Es lässt sich darum nicht nur die typische Missbräuchlichkeit einer Einzelabtretung verwerfen, sondern umgekehrt sogar ein Verkehrsbedürfnis nach ihrer Zulässigkeit anerkennen.³³

Nicht zu vernachlässigen sind im Übrigen die Fälle, in denen der Grund für eine isolierte Abtretung einer gesamtschuldnerischen Forderung darin liegt, dass dem Zedenten die Existenz weiterer Gesamtschuldner nicht bewusst ist. Vor allem bei gesetzlichen Schuldverhältnissen kann das leicht vorkommen, da sich der Gläubiger seine Schuldner dabei nicht bewusst aussucht. Man denke allein an den Fall, dass für eine Eigentumsverletzung mehrere Schädiger deliktsrechtlich verantwortlich sind, sich aber nur einer der Schädiger ermitteln lässt. Erfolgt eine Einzelabtretung nur aufgrund der Unkenntnis weiterer Gesamtschuldner, kann von missbräuchlichem Vorenthalten weiterer Gesamtschuldforderungen durch den Zedenten jedenfalls keine Rede sein. Zu trennen ist hiervon freilich die Frage, ob wegen Unkenntnis nicht abgetretene, zusätzliche Gesamtschuldforderungen infolge (ergänzender) Auslegung des Abtretungsvertrags oder analog § 401 I BGB letztlich doch mit auf den Zessionar übergehen.³⁴

Nicht zuletzt³⁵ sprechen praktische Erfahrungen dagegen, dass ein Zedent seine Rechtsstellung infolge einer isolierten Abtretung typischerweise missbraucht. So hat kein gerichtlicher Fall, in dem es um eine isolierte Abtretung ging,³⁶ einen strategischen Missbrauch aufgedeckt.³⁷ Alles in allem wohnt einer isolierten Zession keine

³¹ Vgl. OLG Hamm, Urteil v. 21.03.1983, WM 1984, S. 1404 ff.

³² S. „Fallbeispiele“, S. 20.

³³ A. A. R. Leonhard, *Das Recht* 1911, S. 241 (244): Schon mangels Verkehrsbedürfnis verdiene eine Einzelabtretung gesamtschuldnerischer Forderungen nicht, von der Rechtsordnung anerkannt zu werden. Zweifelhaft bleibt an dieser Ansicht aber nicht zuletzt, warum ein Rechtsgeschäft überhaupt allein deshalb unwirksam sein kann, weil dafür ein Verkehrsbedürfnis fehlt.

³⁴ Dazu unter „Beidseitige Unkenntnis der nicht erwähnten Gesamtschuldforderung“ ab S. 303: In der Regel wechseln in diesem Fall sämtliche Gesamtschuldforderungen den Gläubiger. Ausnahmen sind denkbar. Zum Beispiel kann die Übertragung einzelner Forderungen an § 399 Var. 2 BGB scheitern.

³⁵ Der Einfluss, den der Zedent auf die Gesamtschuldforderung des Zessionars hat, unterscheidet sich überdies nicht wesentlich von einigen anderen Rechtsgeschäften, die offensichtlich niemand als strukturell missbräuchlich einstuft. Man denke etwa an einen Kauf gegen Vorkasse. Dazu sogleich unter „Vergleich mit ähnlich risikanten Rechtsgeschäften“ ab S. 147.

³⁶ Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 4 ff. im 1. Kap.

³⁷ So schon P. Derleder, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (165). Zustimmend J. Schürnbrand, *Schuldbeitritt* (2003), S. 134.

signifikante Missbrauchsgefahr inne. Es ist nicht typisch, dass der Zedent eine solche Zession nur anstrebt, damit er den Rechtserwerb des Zessionars im Nachhinein vereiteln und daraus eigene Vorteile schlagen kann. Dies mindert die Wahrscheinlichkeit, dass der Zessionar wegen einer Leistung an den Zedenten analog § 422 I BGB einen Rechtsverlust erleidet. Ausschließen kann man freilich nicht, dass der Zedent in einzelnen Fällen zulasten des Zessionars auf eine Einziehung seiner Gesamtschuldforderung hinwirkt. Außerdem muss man bedenken, dass ein Gesamtschuldner jederzeit freiwillig an den Zedenten leisten und somit einen Rechtsverlust des Zessionars herbeiführen kann. Diese Restgefahr bleibt bestehen. Selbst wenn sie sich realisiert, steht der Zessionar rechtlich aber nicht schutzlos. Das soll im Folgenden aufgezeigt werden.

bb) Schutz des Zessionars mittels Einziehungsverbots und Regressansprüchen

Der Zessionar kann bis zu einem gewissen Grad mit rechtlichen Mitteln gegen die Gefahren einer isolierten Zession geschützt werden. Wie bereits ausgeführt, kann es dem Zedenten verboten sein, die bei ihm verbliebene Forderung einzuziehen.³⁸ Das schützt den Zessionar präventiv davor, dass der Zedent die Forderung gegen seinen Gesamtschuldner geltend macht und infolgedessen die Wirkung des § 422 I BGB herbeiführt. Zugegebenermaßen lässt ein Einziehungsverbot dem Zessionar aber einen unvollkommenen Schutz vor dem Verlust seiner Forderung angedeihen. Das Verbot besteht nicht in jedem Fall. Wenn es vorliegt, wirkt es rein schuldrechtlich. Der Zedent kann dem Verbot also zuwider handeln. Anders liegt es nur, wenn der Zedent zusätzlich durch ein *pactum de non petendo* gebunden ist. Dann hat sein Schuldner eine Einrede gegen die Inanspruchnahme. Nichtsdestotrotz können die Gesamtschuldner von sich aus an den Zedenten leisten. Das kann der Zedent unter Umständen nicht verhindern. Der Zessionar verliert dann trotzdem seine Forderung. Tritt dieser Fall ein, steht dem Zessionar aber ein nachträglicher Schutz zu Gebote. Schließlich erwirbt der Zessionar in der Regel Regressansprüche³⁹ gegen den Zedenten,⁴⁰ insbesondere analog § 430 BGB. Das bürdet dem Zessionar zwar das Risiko der Insolvenz des Zedenten auf. Allerdings hat sich der Zessionar den Zedenten als Vertragspartner ausgesucht, sodass dies nicht unbillig erscheint. Das gilt besonders dann, wenn der Zessionar mit einem etwaigen Regress bei dem Zedenten konkret rechnen musste, weil er schon im Moment der Abtretung Anhaltspunkte für die Gefahr von Leistungsstörungen hatte. Darüber soll sogleich nachgedacht werden.

³⁸ S. unter „Einziehungsverbot zulasten des Zedenten“, S. 113.

³⁹ Hierzu unter „Regress zwischen Zedent und Zessionar“ ab S. 122.

⁴⁰ Vgl. *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (164); *J. Schürnbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 133; *H. Ehmann*, in: Erman (2008), § 421 Rn. 79; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 99.

cc) Möglichkeit einer Risikoprognose seitens des Zessionars

Der Zessionar ist nur vermindert schutzbedürftig, wenn er mit der Gefahr eines Rechtsverlusts rechnen musste. Diese Gefahr tritt als notwendige Folge einer isolierten Zession auf. Daher hat der Zessionar hinreichend Anlass, sich über die Gefahr zu informieren, wenn er weiß, dass er nicht alle, sondern nur eine einzelne Gesamtschuldforderung erwirbt. Auf Basis dieser Information kann sich der Zessionar entscheiden, ob er sich auf die Einzelabtretung einlassen möchte. Tut er das, bedarf er vor Folgerisiken eines geringeren Schutzes. Denn jene Risiken können für denjenigen nicht allzu schwer wiegen, der sich sehenden Auges darauf einlässt. Informiert sich der Zessionar nicht über die Folgen einer isolierten Abtretung, kann für die Bewertung seiner Schutzbedürftigkeit nichts anderes gelten. Schließlich hat es der Zessionar selbst in der Hand, sich zu informieren. Unterlässt er Erkundigungen, fallen die Folgen in seinen Verantwortungsbereich. Wie später noch ausführlich dargelegt wird, kommt es regelmäßig⁴¹ allenfalls dann zu einer isolierten Zession, wenn Zendent und Zessionar *bewusst* nur eine von mehreren Gesamtschuldforderungen abtreten. Kennt der Zessionar die Gesamtschuld, bedarf er typischerweise eines geringeren Schutzes vor den Folgen einer isolierten Zession, als wenn die Gesamtschuld unbekannt ist. An dieser Stelle wird deutlich, dass der Zessionar auch dadurch vor den Risiken einer Einzelabtretung geschützt werden kann, dass man eine solche nur unter restriktiven Voraussetzungen – insbesondere bei Kenntnis der Gesamtschuld – annimmt.⁴² Kommt es ausnahmsweise zu einer Einzelabtretung, obwohl sich die Gesamtschuld der Kenntnis des Zessionars entzieht,⁴³ ist dieser durch stärkere Regressansprüche gegenüber dem Zedenten geschützt: Er kann von dem Zedenten in der Regel Ersatz aller Schäden verlangen, die infolge der isolierten Zession entstehen.⁴⁴

dd) Vergleich mit ähnlich riskanten Rechtsgeschäften

Für eine verringerte Schutzbedürftigkeit des Zessionars könnte des Weiteren sprechen, dass sein Risiko eines Rechtsverlusts im Vergleich zu anderen gemeinhin anerkannten Rechtsgeschäften nicht signifikant erhöht ist. In diese Richtung argu-

⁴¹ Eine Ausnahme ergibt sich, wenn alle Gesamtschuldforderungen abgetreten werden sollen, einzelne aber wegen eines Abtretungsverbots nach § 399 Var. 2 BGB, von dem der Zessionar keine Kenntnis hat, unübertragbar sind. Diese Konstellation fällt hier als Sonderfall nicht ins Gewicht.

⁴² Vgl. zu alledem unter „Umfang des Forderungsübergangs bei konkreten Varianten eines Abtretungsvertrags“ ab S. 280 (insb. ab S. 298).

⁴³ Das ist der Fall, wenn die Abtretung nur in Bezug auf eine bestimmte Gesamtschuldforderung unwirksam ist, beispielsweise weil der Schuldner dieser Forderung mit dem Gläubiger ein Abtretungsverbot nach § 399 Var. 2 BGB vereinbart hat.

⁴⁴ Dazu unter „Vertraglicher Ausgleich“ ab S. 124 für den Fall, dass die isolierte Zession nicht mangels Zustimmung der Gesamtschuldner scheitert, und für den gegenteiligen Fall unter „Erwerbsinteresse des Zessionars und dessen Schutz durch Sekundärrechte“ ab S. 177.

mentiert Derleder:⁴⁵ Das Risiko des Zessionars, seine erworbene Gesamtschuldforderung durch das Tun des Zedenten vor ihrer Einziehung zu verlieren, sei typisch für ökonomische Vorleistungen einer Partei. Die vorleistende Partei habe stets damit zu rechnen, ihre erbrachte Gegenleistung im Fall einer Leistungsstörung wieder zurückholen zu müssen. Zudem trage der Zessionar ohnehin das Bestands- und Beitreibungsrisiko für die erworbene Forderung. Er ist also auch unabhängig von § 422 I BGB analog der Gefahr ausgesetzt, seine Forderung nicht realisieren zu können.

Dem kann man sich nur bedingt anschließen. So ist dem letzten Argument entgegenzuhalten, dass der Zessionar bei einer Einzelabtretung durchaus ein besonderes Risiko in Bezug auf die Forderung auf sich nimmt: Er läuft Gefahr, dass ihm seine erworbene Forderung durch die Wirkung von § 422 I BGB nachträglich wieder entzogen wird. Dieses Risiko lässt sich nicht dadurch relativieren, dass auch der Bestand oder die Einbringlichkeit der Forderung gefährdet sein können. Die Gefahr für den Fortbestand der erworbenen Forderung ist ein *zusätzliches* Risiko für den Zessionar. Deshalb ist sein Risiko, die Forderung nicht realisieren zu können, über den Regelfall hinaus erhöht.

Zustimmung verdient allerdings der Vergleich des Risikos einer isolierten Zession mit dem Risiko einer Vorleistung. Beispielsweise ist ein Kauf unter Vorkasse ähnlich riskant für den Erwerber: In tatsächlicher Hinsicht könnte der Verkäufer dabei ohne weiteres den Kaufpreis behalten, die Kaufsache aber nicht an den Käufer übergeben und übereignen. Er könnte sie sogar ein zweites Mal verkaufen und dabei einen zusätzlichen Kaufpreis einnehmen.⁴⁶ Im Vergleich zu diesem Szenario steht der Zessionar einer einzelnen Gesamtschuldforderung sogar besser, weil er die Forderung tatsächlich erwirbt. Der Zedent kann diesen Erwerb lediglich im Nachhinein mittels der Wirkung von § 422 I BGB analog vereiteln, indem er die Leistung von seinem eigenen Gesamtschuldner einzieht. Hält man dieses Risiko für unerträglich, müsste man jede ökonomische Vorleistung, bei der eine Person im Zuge eines entgeltlichen Geschäfts einen wirtschaftlichen Wert ohne Sicherung des Gegenwertes aus der Hand gibt, rechtlich unterbinden.⁴⁷ Diese Konsequenz erscheint überzogen.

Schürnbrand hat ferner das Risiko einer isolierten Zession mit bestimmten Risiken im Recht der Kreditsicherheiten verglichen: Es sei durchaus geläufig, dass Gläubigerstellung und Inhaberschaft am Sicherungsrecht auseinanderfallen.⁴⁸ Dieser

⁴⁵ P. Derleder, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (164 f.).

⁴⁶ In vergleichbarer Weise lastet auf dem Zessionar bei einer Einzelabtretung das Risiko, seine erworbene Gesamtschuldforderung noch vor ihrer Realisierung zu verlieren – auch wenn er für die Forderung bereits ein Entgelt entrichtet hat.

⁴⁷ P. Derleder, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (165).

⁴⁸ J. Schürnbrand, Schuldbeitritt (2003), S. 133 f. Was Schürnbrand mit dem Vergleich meint, wird nicht ganz deutlich. Er führt aus, es sei beim Vorhandensein mehrerer Gläubiger üblich, die Sicherheiten weder aufzuteilen noch gemeinschaftlich zu bestellen, sondern einen der Gläubiger oder einen außenstehenden Dritten mit der treuhänderischen Verwaltung zu betrauen, zum Beispiel im Rahmen von Poolverträgen. In der Praxis stünden als Sicherheiten

Vergleich ist allerdings nur passend, wenn Haupt- und Sicherungsrecht überhaupt getrennt werden können⁴⁹ und eine Leistung auf das Sicherungsrecht dazu führt, dass der Gläubiger des Hauptrechts sein Recht nicht mehr geltend machen kann.⁵⁰ Dann muss sich der Gläubiger der Hauptforderung mit dem Risiko abfinden, dass er das Hauptrecht verliert, wenn der Inhaber des Sicherungsrechts von dem Sicherungsgeber eine Leistung erhält. Lässt man unter diesen Voraussetzungen eine Trennung von Haupt- und Sicherungsrecht zu, kann man schwerlich anders entscheiden, wenn es um die Trennung gesamtschuldnerischer Forderungen geht. Das gilt zumindest, soweit der Gläubiger das Risiko, bei einer Leistung an den anderen Gläubiger seine eigene Forderung zu verlieren, in beiden Fällen bewusst eingeht.

ee) Schlussfolgerung: keine Unwirksamkeit der isolierten Zession zum Schutz des Zessionars

Eine Einzelabtretung bürdet dem Zessionar die Gefahr auf, seine erworbene Forderung im Fall einer Leistung an den Zedenten analog § 422 I BGB zu verlieren. Diese Gefahr wird sich in vielen Fällen aber nur dann realisieren, wenn ein Gesamtschuldner freiwillig an den Zedenten zahlt. Dass der Zedent seine Rechtsstellung missbraucht und von dem eigenen Schuldner zulasten des Zessionars Leistung verlangt, kann man nicht als typischen Fall annehmen. Das gilt umso mehr, als der Zedent zum Schutz des Zessionars einem Einziehungsverbot unterliegen kann.⁵¹ Verliert der Zessionar trotzdem analog § 422 I BGB seine Gesamtschuldforderung, ist er in der Regel durch Regressansprüche gegen den Zedenten geschützt. Bestehen solche Ansprüche im Einzelfall nicht oder sind sie uneinbringlich, erscheint das für den Zessionar zumutbar. Denn das Risiko einer isolierten Zession ist für ihn typischerweise absehbar. Aus diesen Gründen verlangt der Schutz des Zessionars nicht, einer Einzelabtretung aus teleologischen Gründen die Wirksamkeit zu versagen.

3. Fazit

Sonach lässt sich zusammenfassen, dass die Erfüllung und ihre Surrogate zwingend Gesamtwirkung behalten, wenn lediglich ein einzelner Gesamtschuld-

die Sicherungsübereignung und Sicherungszession im Mittelpunkt. Das gleiche Bedürfnis könnte jedoch auch hinsichtlich einer Sicherungsgesamtschuld bestehen.

⁴⁹ Das wird für einige Sicherungsrechte verneint, von der h.M. beispielsweise für die Bürgschaft. Näher dazu ab „§§ 401 I und 399 Var. 1 BGB – vom herrschenden Symmetriedogma“, S. 68. Eine Sicherungsgrundschuld zum Beispiel kann nach h.M. durch eine isolierte Zession von der Hauptforderung getrennt werden; s. nur *J. Lieder*, in: MüKo-BGB (2017), § 1191 Rn. 113 m. w. N.

⁵⁰ Wenn auch der Schuldner der Hauptforderung und der Sicherungsgeber personenverschieden sind, ergeben sich besondere Probleme. Vgl. hierzu unter „Regress zwischen den Gesamtschuldner nach der Trennung gesamtschuldnerischer Forderungen“ ab S. 154.

⁵¹ S. unter „Einziehungsverbot zulasten des Zedenten“ ab S. 113.

anspruch den Gläubiger wechselt. Daraus ergeben sich keine untragbaren Folgen, die einer isolierten Zession insgesamt entgegenstehen.

II. Gesamtwirkung des Erlasses

Derleder hält es für unangemessen, wenn ein Erlassvertrag zwischen dem Zedenten und den bei ihm verbliebenen Gesamtschuldner die Gesamtwirkung hätte, die § 423 BGB bei Gläubigereinheit und einem entsprechenden Vertragswillen vorsieht. Andernfalls würde der Zessionar die von ihm erworbene Gesamtschuldforderung in der Folge ohne seinen Willen verlieren. Damit würde der Erlassvertrag als ein Vertrag zulasten Dritter die Rechtsstellung des Zessionars beeinträchtigen. Um dies zu verhindern, dürfe § 423 BGB nach einer isolierten Zession nicht mehr angewendet werden, wenn der Zedent mit seinem Schuldner einen Erlass vereinbart.⁵² Konsequent wäre es, diesen Gedanken auf eine Erlassabrede zwischen dem Zessionar und seinem Schuldner zu übertragen. Im Übrigen müsste man folgerichtig nicht nur eine Gesamtwirkung des Erlasses ablehnen, sondern auch eine Gesamtwirkung anderer Verzichtstatbestände wie des negativen Schuldanerkenntnisses, der Novation, des Aufhebungsvertrags oder des verfügenden Vergleichs.⁵³

Richtigerweise können aber Verzichtstatbestände zwischen einem Gläubiger und seinem Schuldner nach einer isolierten Abtretung weiterhin Gesamtwirkung entfalten. Schließlich muss der eine Gläubiger auch hinnehmen, dass seine eigene Forderung analog § 422 I BGB infolge einer Leistung an den anderen Gläubiger erlischt. Ob die eigene Forderung nun wegen eines Verzichts seitens des anderen Gläubigers oder wegen einer Leistung an ihn erlischt, kann keinen Unterschied rechtfertigen. Reine Förmel wäre der Versuch einer Rechtfertigung damit, dass Verzichtstatbestände im Unterschied⁵⁴ zu einer Leistung einen Vertrag erfordern. Zwar sind Vereinbarungen zulasten Dritter grundsätzlich unzulässig,⁵⁵ weil es eine

⁵² So zu Recht *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (178).

⁵³ Vgl. zu diesen Verzichtstatbeständen *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 423 Rn. 9.

⁵⁴ Die Rechtsnatur der Erfüllung ist umstritten; dazu instruktiv *G. K. Beckhaus*, Erfüllung (2013), S. 5 ff. Jedenfalls die allgemeine Vertragstheorie, der zufolge Erfüllung eine vertragliche Vereinbarung über die Tilgung der Verbindlichkeit durch die Leistung erfordert, wird heute aber nicht mehr vertreten; s. etwa *D. Looschelders*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 362 Rn. 40.

⁵⁵ Das ist allgemeiner Konsens. Ein ausführlicher Überblick über den Meinungsstand in Rspr. und Lit. findet sich bei *S. Klumpp*, in: Staudinger (2015), Vorbem. zu §§ 328 ff. Rn. 53. Aus der Lit. etwa *P. Gottwald*, in: MüKo-BGB (2016), § 328 Rn. 258; *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 423 Rn. 12. *B. Ulrici*, ZfA 2016, S. 377 (394) zeigt, dass von einem echten Verbot des Vertrages zulasten Dritter bei genauer Betrachtung keine Rede sein kann, weil eine entsprechende Verbotsnorm nicht existiert. Die dogmatische Grundlage liegt mit Ulrici vielmehr in einer immanenten Beschränkung der Rechtsfolgenbewirkung durch ein Rechtsgeschäft: Die Vertragsparteien können außerhalb der Regeln über die Stellvertretung und jenseits des Sonderfalls einer Verpflichtungsermächtigung (z. B. in § 1357 BGB) Rechtsfolgen

Maxime der Privatautonomie ist, dass jeder seine privaten Rechtsverhältnisse selbstbestimmt gestalten kann. Sofern man den in Rede stehenden Erlass überhaupt als einen Vertrag zulasten Dritter ansieht⁵⁶, muss er jedoch ausnahmsweise zulässig sein. Denn aus der Perspektive des Gläubigers, der seine Forderung verliert, macht es keinerlei Unterschied, ob der Auslöser dafür eine Leistung an einen anderen Gläubiger ist oder ein Vertrag dieses anderen Gläubigers.⁵⁷ Auf beides kann der belastete Gläubiger keinen Einfluss nehmen. Zudem waren beide Erlöschengründe bereits angelegt, als der Zessionar seine Forderung erworben hat, weil diese Forderung nun einmal in einem Gesamtschuldverhältnis stand. Der Zessionar muss daher mit einem Erlöschen seiner Forderung aufgrund der Gesamtwirkungen der §§ 422 ff. BGB rechnen.⁵⁸ Tritt dieser Fall ein, steht er im Übrigen keineswegs schutzlos da. Schließlich kann der Zessionar in aller Regel Regress bei dem Zedenten nehmen. Schließt der Zedent zum Beispiel einen gesamtwirkenden Erlassvertrag mit seinem Schuldner, so verstößt er regelmäßig gegen die aus § 241 II BGB fließende Nebenpflicht, alles zu unterlassen, was eine Verwirklichung des Anspruchs seitens des Zessionars vereiteln könnte. Infolgedessen schuldet der Zedent dem Zessionar Schadensersatz gemäß § 280 I BGB. Umgekehrt kann ausnahmsweise dasselbe zugunsten des Zedenten gelten, sofern er nach seiner schuldrechtlichen Vereinbarung mit dem Zessionar berechtigt geblieben ist, die nicht zedierte Forderung geltend zu machen.⁵⁹

Außerdem muss man bei der Gesamtwirkung eines Erlasses das Innenverhältnis der Gläubiger in einer gespaltenen Gesamtschuld von deren Außenverhältnis zu den Schuldern unterscheiden: Zwar hat ein Gläubiger analog § 423 BGB die Möglichkeit, mit seinem Schuldner im Außenverhältnis einen Erlass mit Gesamtwirkung zu vereinbaren. Allerdings verleiht das dem Gläubiger nicht die Befugnis, über den dem anderen Gläubiger im Innenverhältnis zustehenden Anteil an der gesamtschuldnerischen Leistung zu verfügen.⁶⁰ Deswegen erwirbt dieser andere Gläubiger infolge eines Gesamterlasses einen Ausgleichsanspruch analog § 430 BGB gegen

im Grundsatz nur für sich, nicht aber für und gegen Unbeteiligte bewirken. Es geht bei dem „Verbot“ eines Vertrags zulasten Dritter also um ein „Nicht-Können“ statt ein „Nicht-Dürfen“.

⁵⁶ Hier wird kein Anspruch gegen einen Dritten ohne seine Mitwirkung begründet, sodass kein Vertrag zulasten Dritter i. e. S. vorliegt. Es kommt aber zu einer unmittelbaren Verkürzung der Rechtsposition des auftretenden Gläubigers ohne dessen Zutun. Derartige Belastung kann man als Verträge zulasten Dritter i. w. S. bezeichnen. Dazu *G. Mäsch*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.10.2018), § 328 Rn. 124.

⁵⁷ Dasselbe gilt aus der Sicht des Schuldners des Zessionars.

⁵⁸ Außerdem ist der Zessionar nicht völlig unbeteiligt an einem Gesamterlass zu seinen Lasten. Er hat einen Zurechnungsgrund für diese Belastung gesetzt hat, indem er sich (i. d. R. sogar bewusst) auf die isolierte Zession mit all ihren Folgen eingelassen hat. Vgl. *G. Mäsch*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.10.2018), § 328 Rn. 124.1.

⁵⁹ Vgl. zu alledem unter „Einziehungsverbot zulasten des Zedenten“ ab S. 113 und „Regress zwischen Zedent und Zessionar“ ab S. 122.

⁶⁰ Es sei denn, der andere Gläubiger hat dem Erlass zugestimmt. Vgl. zur Gesamtgläubigerschaft *D. Looschelders*, in: *Staudinger* (2017), § 430 Rn. 20.

den erlassenden Gläubiger.⁶¹ Zwar ist dieser Ausgleichsanspruch im Fall des Erlasses weniger sicher als im Fall der Leistung, weil dem erlassenden Gläubiger kein Vermögenwert zufließt.⁶² Endgültig nicht zu realisieren ist der Ausgleichsanspruch⁶³ aber nur, wenn der erlassende Gläubiger insolvent ist. Das Risiko der Insolvenz seines Vertragspartners hat der andere Gläubiger indes auf sich genommen, als er sich privatautonom für die isolierte Zession entschieden hat.

Auch ein Vergleich zum Recht der Gesamtgläubigerschaft spricht dafür, einen Erlass mit Gesamtwirkung bei einer Gesamtschuldschuld mit getrennter Gläubigerschaft zuzulassen. Schließlich kann gemäß §§ 429 III 1, 423 BGB auch ein Gesamtgläubiger mit dem Schuldner einen Gesamterlass vereinbaren. Zwar halten viele Stimmen diesen klaren Gesetzeswortlaut für ein Redaktionsversehen und wollen einen Gesamterlass einschränkend nur dann zulassen, wenn der erlassende Gläubiger dazu eine besondere Verfügungsbefugnis hat.⁶⁴ Diese Kritik kann aber nicht durchdringen.⁶⁵ Die Gesetzesverfasser haben die Möglichkeit eines Gesamterlasses bewusst vorgesehen.⁶⁶ Bedenken eines Vertrags zulasten des unbeteiligten

⁶¹ Vgl. zur Gesamtgläubigerschaft *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 430 Rn. 7: Die dem Gesamtgläubiger kraft Gesetzes nach §§ 429 III 1, 423 BGB eingeräumte Möglichkeit, mit dem Schuldner einen Erlassvertrag mit Wirkung gegen alle Gesamtgläubiger zu schließen, verleihe diesem nicht die Rechtsmacht, über die den anderen Gläubigern nach § 430 BGB zustehende interne Quote zu verfügen. Darum führe der Gesamterlass zur Entstehung des Ausgleichsanspruchs nach § 430 BGB gegen den erlassenden Gläubiger.

⁶² Vgl. Fn. 67 in diesem Kap.

⁶³ Dieser kann nur auf Geld gerichtet sein, wenn ein Erlass Grund für den Ausgleich ist.

⁶⁴ Gegen die Zulässigkeit eines Gesamterlasses (ohne eine entsprechende Verfügungsbefugnis des erlassenden Gesamtgläubigers) BGH, Urteil v. 04.03.1986, NJW 1986, S. 1861 (1862). Wohl auch BGH, Urteil v. 05.05.2009, NJW-RR 2009, S. 1534 Rn. 23. Aus der Lit. etwa *M. Gebauer*, in: Soergel (2010), § 429 Rn. 4; *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 429 Rn. 5; *B. Völzmann-Stickelbrock*, in: NK-BGB (2016), § 429 (5); *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 429 Rn. 19; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 429 Rn. 1; *R. Stürner*, in: Jauernig (2018), Anm. §§ 428–430 Rn. 1; *M. Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 429 Rn. 2; *R. Schulze*, in: HK-BGB (2019), § 429 Rn. 2.

⁶⁵ Dementsprechend für die Zulässigkeit eines Gesamterlasses (anfangs noch) BGH, Urteil v. 11.07.1963, BGHZ 40, S. 108 (112 f.); OLG Bremen, Beschluss v. 11.08.1986, OLGZ 1987, S. 29 (30); OLG Hamburg, Urteil v. 18.10.2002, BeckRS 2003, 01028; FG Köln, Urteil v. 27.10.2005, BeckRS 2005, 26020755. Aus der Lit. mit weiteren Argumenten insb. *A. Wacke*, AcP 170 (1970), S. 42 (73); *W. Rüttens*, Mehrheit von Gläubigern (1989), S. 196 f.; *J. Gernhuber*, Erfüllung (1994), S. 389; *S. Meier*, AcP 205 (2005), S. 858 (866 f.); *M. Schmidt-Kessel*, in: Staudinger-EckpfeilerZivilR (2014), Gläubiger und Schuldner: Mehrheit und Wechsel, Rn. 88; *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 429 Rn. 5; *H. Rüßmann*, in: jurisPK-BGB (2017), § 429 Rn. 12; *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 429 Rn. 14 f.

⁶⁶ Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 165: „Neben der aus der Wirkung einer [Leistung an Erfüllungs statt] sich ergebenden Konsequenz sprechen jedoch überwiegend praktische Rücksichten dafür, dem Gesamtgläubiger zu gestatten, die Forderung mit objektiver Wirkung zu erlassen, da eine gegentheilige Bestimmung mit Leichtigkeit sowohl auf dem Wege der Leistung und Zurückleistung, als durch das Verstecken des Erlasses in der Form einer Quittung umgangen werden könnte.“ Auch die zweite BGB-Kommission hielt einen Gesamterlass offenbar für möglich; vgl. Protokolle BGB, Bd. 1 (1897), S. 444, wonach ein von einem der

Gesamtgläubigers haben für sie offensichtlich keine durchschlagende Rolle gespielt. Auch der unbeteiligte Gesamtgläubiger ist hinreichend durch einen Regress geschützt, welcher für ihn aus § 430 BGB folgt.⁶⁷

III. Gesamtwirkung des Gläubigerverzugs

Was ferner die Gesamtwirkung des Gläubigerverzugs nach § 424 BGB betrifft, kann man ebenso wenig Einwände gegen eine Fortgeltung erheben. Weil der Gläubigerverzug im Sinne von §§ 293 ff. BGB zu den gesamtwirkenden Tatsachen zählt, ist seine Wirkung im Außenverhältnis der Erfüllung angeglichen. Das ist folgerichtig, da auch die Annahme der Leistung durch den Gläubiger für alle Gesamtschuldner als Erfüllung gewirkt hätte. Folglich sollen alle Schuldner davon profitieren, wenn der Gläubiger die von einem Gesamtschuldner ordnungsgemäß angebotene Leistung nicht annimmt oder anderweitig in Annahmeverzug kommt und somit eine gesamtwirkende Erfüllung verhindert.⁶⁸ Auch der Gesetzgeber hat die Gesamtwirkung des Gläubigerverzugs als eine Konsequenz der Tilgungsgemeinschaft unter den Gesamtschuldner betrachtet.⁶⁹ Deren Tilgungsgemeinschaft bleibt nach einer Separatzession bestehen. Darum muss der Verzug eines Gläubigers weiterhin gegenüber allen Gesamtschuldner wirken. Das zeigt sich besonders anhand von § 429 I BGB. Danach wirkt der Verzug eines Gesamtgläubigers auch gegen die übrigen Gläubiger. Diese Wertung ist auf die Konstellation nach einer Einzelabtretung übertragbar. Denn die Gläubiger in einer gespaltenen Gesamtschuld stehen zueinander in einem ähnlichen Rechtsverhältnis wie Gesamtgläubiger⁷⁰, da ein Schuldner in beiden Fällen mit gesamtbefreend an einen der Gläubiger leisten kann⁷¹. Folglich ist die Gesamtwirkung des Gläubigerverzugs nach einer isolierten Zession sachgerecht.⁷² § 424 BGB gilt analog.

Gläubiger geschlossener Erlassvertrag auf die Rechte der übrigen Gesamtgläubiger Einfluss äußern könne.

⁶⁷ Das bemerkt insb. *H. Rüfmann*, in: jurisPK-BGB (2017), § 429 Rn. 12. Treffend führt er aus, dieser Ausgleichsanspruch richte sich gegen den Gesamtgläubiger, der den Erlassvertrag mit dem Schuldner vereinbart habe. Die Situation des unbeteiligten Gesamtgläubigers habe sich allenfalls insofern verschlechtert, als bei einem vermögenslosen Gesamtgläubiger im Falle des Erlassvertrages nicht einmal die Leistung des Schuldners als Zugriffsobjekt zur Verfügung stehe.

⁶⁸ *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 424 Rn. 1.

⁶⁹ Protokolle BGB, Bd. 1 (1897), S. 436.

⁷⁰ Vgl. *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 429 Rn. 2, der die Gesamtwirkung des Gläubigerverzugs bei der Gesamtgläubigerschaft damit begründet, dass der Schuldner sich durch Leistung an einen beliebigen Gesamtgläubiger von seiner Schuld befreien könne. Dann brauche er auch nur einem der Gesamtgläubiger seine Leistung schuldgerecht anzubieten.

⁷¹ Unter „Empfangsberechtigung, Modalität und Rechtsfolge der Leistung“ ab S. 110. wurde aufgezeigt, dass der Schuldner des Zedenten durchaus auch befreend an den Zessionär leisten kann und umgekehrt. Das ist jedenfalls unter den Voraussetzungen von § 267 BGB möglich.

IV. Sonstige Gesamtwirkungen

Auch können rechtliche Tatsachen, die nicht in den §§ 422–424 BGB bezeichnet sind, Gesamtwirkung entfalten. Hierzu nennt Derleder zwei treffende Beispiele. So bleibe ein Vermieter, der seinen künftigen Anspruch auf Mietzahlung gegen einen der Mieter abgetreten hat, weiterhin zur Kündigung des Mietverhältnisses mit Gesamtwirkung gegenüber den Miethalten berechtigt, müsse das Kündigungsrecht ihnen gegenüber aber gemeinsam ausüben. Auch bei sonstigen Dauerschuldverhältnissen wie zum Beispiel einem Darlehen sei eine einheitliche Kündigung erforderlich. Daran ändere eine isolierte Abtretung nichts.⁷³

V. Fazit

Trotz der Aufspaltung gesamtschuldnerischer Forderungen auf unterschiedliche Gläubiger treten weiterhin alle Gesamtwirkungen ein, die auch in dem ursprünglichen Gesamtschuldverhältnis eintreten würden.

§ 2 Regress zwischen den Gesamtschuldnern nach der Trennung gesamtschuldnerischer Forderungen

Es bleibt zu klären, ob der gesamtschuldnerische Regress gemäß § 426 BGB nach einer isolierten Abtretung erhalten bleibt. Dazu muss man den Zweck dieser Norm in den Blick nehmen. Weil nach § 421 S. 1 BGB jeder Gesamtschuldner nach außen die volle Leistung schuldet, der Gläubiger sie aber nur einmal fordern darf, ist ein Innenausgleich der Gesamtschuldner nach erfolgter Zahlung erforderlich. Andernfalls würde der Gesamtschuldner, der von dem Gläubiger nach freiem Belieben in Anspruch genommen wird, für die Schuld endgültig und in voller Höhe haften. Damit unterläge es dem Zufall, welcher Schuldner letztlich die Last der Verbindlichkeit tragen muss. Das ist nicht interessen gerecht. Als Korrektiv zu dem willkürlichen Zugriff des Gläubigers sieht § 426 BGB daher einen internen Ausgleich unter den Gesamtschuldnern vor.⁷⁴ Dieser Ausgleich dient dem Zweck, die Last der Schuld sachgerecht unter den Gesamtschuldnern aufzuteilen.⁷⁵

Nach der isolierten Abtretung einer gesamtschuldnerischen Forderung kann sich der jeweilige Gläubiger zwar nicht mehr frei aussuchen, welchen der Schuldner er in Anspruch nimmt, sondern die Leistung lediglich von seinem eigenen Schuldner verlangen. Trotzdem ist der Zugriff aus Sicht der Schuldner weiterhin willkürlich, da

⁷² Ebenso *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (178).

⁷³ *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (178) m. w. N.

⁷⁴ *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 426 Rn. 1.

⁷⁵ *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 426 Rn. 1.

es vom Zufall abhängt, welcher der Gläubiger *zuerst* Leistung von seinem Schuldner verlangt. Leistet dieser Schuldner, werden wegen Fortbestehens der Tilgungsgemeinschaft sämtliche Schuldner nach außen von ihrer Leistungspflicht frei. Somit bleibt das Bedürfnis bestehen, den willkürlichen Gläubigerzugriff auf einen der Schuldner mittels eines Ausgleichs nach § 426 BGB zu korrigieren. Die Anwendung dieser Norm ist folglich nach einer isolierten Zession weiterhin sinnvoll. Was den Ausgleich nach § 426 I 1 BGB betrifft, ergeben sich auch keine rechtstechnischen Zweifel an einer Anwendung.⁷⁶

Anders ist das in Bezug auf den Regress mit Hilfe der Legalzession nach § 426 II 1 BGB. Diese sogenannte bestärkende Legalzession⁷⁷ wirft weitgehend unbeleuchtete Probleme auf, sofern gesamtschuldnerische Forderungen vor der Leistung eines intern ausgleichsberechtigten Gesamtschuldners getrennt wurden.

Fallbeispiel: *A ist Gläubiger von S 1 und S 2. Nach außen haften beide als Gesamtschuldner, intern ist S 1 aber allein verpflichtet. A tritt nur die Forderung gegen S 2 an B ab. Sodann leistet S 2 an B und möchte bei S 1 Regress nehmen.*

Das Gesamtschuldverhältnis bleibt nach einer Aufteilung der Gesamtschuldforderungen auf verschiedene Gläubiger bestehen.⁷⁸ Somit könnte S 2 an und für sich bei S 1 gemäß § 426 I 1 und II 1 BGB Regress nehmen. Schwierigkeiten ergeben sich jedoch für den Ausgleich im Wege der bestärkenden Legalzession. Sie setzt voraus, dass der ausgleichberechtigte Gesamtschuldner „den“ Gläubiger befriedigt, und ordnet als Rechtsfolge an, dass die Forderung „des“ Gläubigers gegen die übrigen daraufhin auf den leistenden Gesamtschuldner übergeht. Der Wortlaut setzt somit voraus, dass der Gläubiger, welcher die Leistung empfangen hat, identisch ist mit dem Gläubiger, der Forderungen gegen die übrigen Gesamtschuldner hat.⁷⁹ Somit würde die Forderung von A gegen S 1 trotz Leistung von S 2 an B nicht auf S 2 übergehen. Das ergibt bei einem derartigen Wortlautverständnis durchaus Sinn. Denn Gläubiger B hat die Forderung gegen S 1 eben nicht inne, darum kann sie auch nicht *qua cessio legis* von ihm auf S 2 übergehen.

Würde die Trennung gesamtschuldnerischer Forderungen aber tatsächlich die Ausschaltung der bestärkenden Legalzession zur Folge haben, würde sich daraus ein gewichtiges Argument gegen ihre Zulässigkeit ergeben. Ein gesamtschuldnerischer Innenausgleich im Wege der Legalzession nach § 426 II 1 BGB entspricht nun einmal dem Gesetz gewordenen Willen der Verfasser des BGB. Auch im Recht der

⁷⁶ So auch *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (178), demzufolge er „die notwendige Folgerung der gesamtschuldnerischen Verbindung ist.“ *H. Rüßmann*, in: jurisPK-BGB (2017), § 425 Rn. 19 vertritt ohne eine Differenzierung nach Absätzen, für das Ausgleichsverhältnis unter den Gesamtschuldnern gelte weiterhin § 426 BGB. Vermutlich ebenso *P. Bydlinski*, ZIP 1989, S. 953 (958 f.).

⁷⁷ S. dazu nur *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 426 Rn. 135.

⁷⁸ Dazu unter „Gesamtschuld trotz Trennung der Schuldner“ ab S. 97.

⁷⁹ Das erkennt auch *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (178 f.).

Bürgschaft begründet man die herrschend vertretene Untrennbarkeit von Haupt- und Bürgschaftsforderung⁸⁰ mitunter damit, dass die cessio legis des § 774 I 1 BGB im Fall einer Trennung nicht mehr funktionieren könne.⁸¹ Namentlich der Bundesgerichtshof begründet die einheitliche Rechtszuständigkeit des Gläubigers für die Haupt- und Bürgschaftsforderung insbesondere mit § 774 I 1 BGB. Danach gehe die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen über, soweit dieser den Gläubiger befriedigt. Das Gesetz gehe mithin davon aus, dass der Gläubiger des Hauptschuldners und der Gläubiger des Bürgen sowohl bei Begründung der Bürgschaft als auch bei der Leistung des Bürgen ein und dieselbe Person seien.⁸²

Wendete man die regressbestärkende Legalzession nicht mehr an, ginge dies zudem zugunsten des ausgleichberechtigten Gesamtschuldners. Er würde den Vorteil des Legalzessionsregresses infolge einer Spaltung der Gesamtschuldforderungen verlieren. Es stellt sich darum die Frage, ob § 426 II 1 BGB so ausgelegt werden kann, dass die bestärkende Legalzession auch stattfindet, wenn gesamtschuldnerische Forderungen in der Hand unterschiedlicher Gläubiger sind.

Ein ähnliches Problem stellt sich im Recht der Hypothek, wenn sowohl Forderungs- und Hypothekengläubiger als auch Forderungs- und Hypothekenschuldner auseinanderfallen. So liegt es zum Beispiel, wenn ein Gläubiger G eine Forderung gegen Schuldner S hat, zu deren Sicherung Eigentümer E eine Hypothek an seinem Grundstück bestellt hat, und es sodann zu einer zweifachen, teilweise unwirksamen Zession kommt:⁸³ G tritt seine Forderung – mitsamt Hypothek, § 1153 I BGB – an den Zessionar Z 1 ab, wobei die Abtretung allerdings aus irgendeinem Grund unwirksam ist, etwa gemäß §§ 104 Nr. 2, 105 BGB wegen zwischenzeitlich eingetretener Geschäftsunfähigkeit des G. Forderung und Hypothek bleiben daher zunächst in der Inhaberschaft des G. Z 1, der jedoch formal durch Grundbucheintrag oder entsprechend § 1155 BGB als Berechtigter legitimiert wurde, tritt nun seinerseits die Forderung und Hypothek formwirksam (§ 1154 BGB) an den gutgläubigen Zessionar Z 2 ab. Weil eine Forderung grundsätzlich nicht vom Nichtberechtigten erworben werden kann, bleibt G zwar Inhaber der Forderung. Nach der (umstrittenen⁸⁴) Trennungstheorie wird Z 2 aber anstelle von G neuer Inhaber der Hypothek

⁸⁰ Hierzu schon Fn. 188 im 1. Kap.

⁸¹ Vgl. den Überblick bei *C. v. Rintelen*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten (1996), S. 103 f. Fn. 131 a.E. Anders wohl nur *P. Bydlinski*, ZIP 1989, S. 953 (959).

⁸² BGH, Urteil v. 19.09.1991, BGHZ 115, S. 177 (183).

⁸³ Vgl. *J. Petersen/C. Rothenfusser*, WM 2000, S. 657 (658).

⁸⁴ Für die im Vordringen befindliche Trennungstheorie z. B. *J. Lieder*, in: MüKo-BGB (2017), § 1153 Rn. 16 ff. m. w. N. Die wohl (noch) herrschende Gegenansicht plädiert dafür, dass der Erwerber der Hypothek ausnahmsweise auch gutgläubig die persönliche Forderung erwirbt; für diese Einheits- oder Mitreißtheorie etwa *M. Rohe*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.02018), § 1138 Rn. 3 m. w. N. Hintergrund des Streits ist die Frage, wie man eine doppelte Inanspruchnahme des Forderungsschuldners vermeiden kann; dazu etwa *I. Karper*, JuS 1989, S. 33 ff.; *U. Büdenbender*, JuS 1996, S. 665 (673 f.).

gemäß §§ 1138 Var. 1, 892 I BGB. In dieser Konstellation hat also G einen Anspruch gegen S (gemäß der persönlichen Forderung) und Z 2 hat einen Anspruch gegen E (gemäß § 1147 BGB aus der Hypothek). Befriedigt nun E seinen Gläubiger Z 2, stellt sich – ähnlich wie zu § 426 II 1 BGB geschildert – die Frage, ob infolgedessen die Forderung des G gegen S kraft Legalzession gemäß § 1143 I 1 BGB auf E übergeht.

In der Literatur zum Recht der Hypothek wird diese Frage selten aufgeworfen⁸⁵ und noch seltener beantwortet. Sofern es Antworten gibt, fallen diese einhellig, aber ohne Begründung zugunsten einer Legalzession nach § 1143 I 1 BGB aus.⁸⁶ Dass der Gläubiger der persönlichen Forderung diese infolgedessen verliert, wird also nicht als unzumutbare Belastung aufgefasst. Man kann zur Begründung anführen, dass dieser Gläubiger in der Regel ohnehin eine wirtschaftlich wertlose Forderung hat,⁸⁷ weil deren Geltendmachung meist gemäß §§ 273 I, 1144, 1167 Var. 2 BGB dauerhaft ausgeschlossen ist.⁸⁸

⁸⁵ Etwa von *J. Petersen/C. Rothenfußer*, WM 2000, S. 657 (659) in Fn. 20.

⁸⁶ *A. Kiehnle*, Erwerb kraft öffentlichen Glaubens (2004), S. 519 Fn. 798, S. 521 Fn. 804; *J. Lieder*, JuS 2010, S. 901 (906 f.); *C. Thomale*, JuS 2010, S. 857 (860), in Fn. 23, wo jedoch – vermutlich aufgrund eines Redaktionsversehens – die Rede von einer cessio legis nach § 1142 (statt 1143) BGB ist. Ebenso für die cessio legis nach § 774 I 1 BGB im Fall der Zahlung des Bürgen nach (hypothetischer) isolierter Abtretung der Bürgschaftsforderung *P. Bydlinski*, ZIP 1989, S. 953 (959); s. indes Fn. 82 in diesem Kap. Dazu passt ferner die h. M. zum Schicksal der Forderung bei Leistung an einen Scheinhypothekar, vgl. nur *D. Reinicke/K. Tiedtke*, Kreditsicherung (2006), S. 376 Rn. 1097; *K.-H. Gursky*, in: *Staudinger* (2013), § 893 Rn. 16 f.; *K. Vieweg/A. Werner*, Sachenrecht (2015), S. 545.

⁸⁷ Vgl. für einen ähnlichen Fall *I. Karper*, JuS 1989, S. 33 (35). Krit. *A. Kiehnle*, Erwerb kraft öffentlichen Glaubens (2004), S. 516.

⁸⁸ Für diese Einrede im dargestellten Vier-Personen-Verhältnis *C. Thomale*, JuS 2010, S. 857 (860), insb. in Fn. 24. Weitere Stellungnahmen zu diesem Sonderfall sind nicht ersichtlich. Zur Erläuterung: § 1167 Var. 2 BGB verlangt ein rechtliches Interesse des Forderungsschuldners an der Berichtigung des Grundbuchs. Dazu muss das Grundbuch infolge der Befriedigung des Forderungsgläubigers überhaupt unrichtig werden. Grundsätzlich ist das der Fall, denn eine Leistung des Forderungsschuldners verändert nach §§ 1163 I 2 (i. V. m. 1177 I) oder 1164 I 1 BGB materiellrechtlich die Inhaberschaft oder den Bestand der Hypothek, ohne dass dies im Grundbuch abgebildet wird. Eine Herausgabe der zur Grundbuchberichtigung erforderlichen Urkunden ist dem Forderungsgläubiger in aller Regel nicht möglich, weil diese typischerweise in der Hand des Hypothekars sind und dieser kein Interesse an einer Herausgabe hat. Die §§ 1163, 1164 BGB sollen aber nicht angewendet werden, wenn Forderungs- und Hypothekengläubiger auseinander fallen (*G. Jahr/G. Kropf*, JuS 1963, S. 356 (358); *J. Petersen/C. Rothenfußer*, WM 2000, S. 657 (659); *A. Kiehnle*, Erwerb kraft öffentlichen Glaubens (2004), S. 506 f. Das entspricht wohl der allgemeinen Ansicht, wird meist aber nicht ausdrücklich formuliert.). Sonst würde sich das dabei diskutierte Problem einer doppelten Inanspruchnahme des Forderungsschuldners (s. Fn. 84 in diesem Kap.) auch nicht stellen. Diese Unanwendbarkeit wurde aber i. d. R. nur für Drei-Personen-Verhältnisse thematisiert. Fallen auch Forderungs- und Hypothekenschuldner auseinander (Vier-Personen-Verhältnis), könnte man es bei der Anwendung der §§ 1163 f. BGB belassen (so ohne Begründung *J. Lieder*, JuS 2010, S. 901 (906)). Dann könnte der Forderungsschuldner über § 1167 Var. 2 BGB eine Einrede gegen seine Inanspruchnahme herleiten. Darauf ist er zu seinem Schutz auch angewiesen, da ihm andere Einreden nicht zustehen: § 1161 BGB gilt nur, wenn der Eigentümer auch der persönliche Schuldner ist, und § 1144 BGB gilt unmittelbar nur zugunsten des Hy-

Diese Wertung ist auf die vergleichbare Konstellation einer Trennung von gesamtschuldnerischen Forderungen übertragbar. Auch dort ist die Forderung, die dem Gläubiger (wie A) gemäß § 426 II 1 BGB verloren geht, für ihn nichts mehr wert. Der Grund hierfür zeigt sich bei einer hypothetischen *Nichtanwendung* von § 426 II 1 BGB: Würde der vorbezeichnete Gläubiger seine Forderung nicht kraft Legalzession verlieren, so würde sie ihm dennoch verlustig gehen. Dies würde bloß auf einem anderen Grund beruhen, nämlich dem Erlöschen der Forderung durch Erfüllung gemäß §§ 362 I, 422 I BGB. Denn nur bei *Anwendung* von § 426 II 1 BGB als lex specialis zu §§ 362 I, 422 I BGB kann man begründen, dass die Leistung eines Gesamtschuldners trotz Gesamtwirkung der Erfüllung die übrigen Gesamtschuldforderungen nicht erlöschen lässt. Wenn der Gläubiger (A), der nicht die gesamtschuldnerische Leistung erhält, aber so oder so seine Forderung verlieren würde, ist man nicht gehalten, zum Schutz dieses Gläubigers § 426 II 1 BGB entgegen dem gesetzlichen Regelungsgrundsatz unangewendet zu lassen. Dieser Gläubiger (A) ist hinreichend dadurch geschützt, dass ihm grundsätzlich Ersatzansprüche gegen den anderen Gläubiger (B) zustehen, der in den Genuss der gesamtschuldnerischen Leistung gekommen ist.⁸⁹

Demnach bestehen keine Bedenken dagegen, dass ein Gläubiger seine Forderung gegen einen Gesamtschuldner nach § 426 II 1 BGB verliert, obschon er keine Leistung erhalten hat. Im Gegenteil sprechen aus der Perspektive des Gesamtschuldners gewichtige Gründe dafür, dass ihm der Legalzessionsregress nach einer Separatzession weiterhin zu Gebote steht. Er hat für den Gesamtschuldner gegenüber dem Regress nach § 426 I 1 BGB bedeutende Vorteile. So kann der nach § 426 II 1 BGB übergegangene Anspruch für den Ausgleichsberechtigten Vorteile einer (stärkeren) Verzinsung, der günstigeren örtlichen, sachlichen oder funktionalen Gerichtszuständigkeit, einer Schiedsklausel (§ 1029 ZPO), einer besseren Währung oder einer rechtskräftigen Entscheidung (§ 325 ZPO) bieten.⁹⁰ Der größte Vorteil liegt aber darin, dass der ausgleichberechtigte Gesamtschuldner zusammen mit dem Gläubigeranspruch auch Sicherheiten erwirbt, die für diesen bestellt wurden. Schließlich geht der Anspruch gemäß §§ 412, 401 BGB samt etwaigen Nebenrechten über.⁹¹ In Anbetracht dieser Vorteile, kann man es gegenüber dem ausgleichsbe-

pothekenschuldners (vgl. A. *Kiehnle*, Erwerb kraft öffentlichen Glaubens (2004), S. 511 f.). Konsequenter ist es aber, die §§ 1163 f. BGB auch im Vier-Personen-Verhältnis nicht anzuwenden und dafür dem Forderungsschuldner den Schutz des § 1167 Var. 2 BGB nicht nur bei einem rechtlichen Interesse „an der Berichtigung des Grundbuchs“, sondern in tel. Reduktion schlicht bei jedem rechtlichen Interesse zu ermöglichen. Ein solches besteht, wenn ihm eine doppelte Inanspruchnahme droht, weil ihn der Eigentümer bei Leistung an den Hypothekar in Regress nehmen kann. I. E. ebenso, nur mit gänzlich anderer Begründung der Einrede des Forderungsschuldners *ders.*, Erwerb kraft öffentlichen Glaubens (2004), S. 520 (mit 512).

⁸⁹ Dieser Regress kann sich je nach Interessenlage der Parteien einer Abtretung unterschiedlich gestalten. Zu alledem unter „Regress zwischen Zendent und Zessionar“ ab S. 122.

⁹⁰ P. *Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 426 Rn. 39.

⁹¹ P. *Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 426 Rn. 45 f. Nach h. M. gehen streng akzessorische Sicherheiten ex lege auf den leistenden Gesamtschuldner über, während andere Si-

rechtigten Gesamtschuldner nicht rechtfertigen, § 426 II 1 BGB nach einer isolierten Abtretung nicht mehr anzuwenden. Sein Regress kann nicht einfach der Disposition des abtretenden Gläubigers unterliegen.⁹²

Die bestärkende Legalzession ist daher auch nach einer Trennung gesamtschuldnerischer Forderungen anzuwenden.⁹³ In dieser Konstellation ist sie – wie alle Gesamtschuldnormen – ohnehin im Wege der Analogie anzuwenden,⁹⁴ sodass ein Konflikt mit dem Wortlaut der Vorschrift an Schärfe verliert.⁹⁵ Eine gesamtschuldwidrige Folgewirkung wegen „Ausschaltung“ von § 426 II 1 BGB ergibt sich jedenfalls nicht.

§ 3 Zwischenergebnis

Es bleibt bei dem Grundsatz der identitätswahrenden Sukzession: Auch nach einer isolierten Zession sind sämtliche Regeln der Gesamtschuld anwendbar, zwar nicht unmittelbar, aber analog. Es gibt keine Ausnahmen von diesem Grundsatz der Regelfortgeltung. Infolgedessen werden weder Belange der Zessionsparteien unzumutbar beeinträchtigt noch treten untragbare Widersprüche zu grundlegenden Wertungen der Gesamtschuldregeln auf. Es gibt keinen Grund, eine identitätswahrende Einzelabtretung wegen ihrer Rechtsfolgen als unwirksam zu behandeln. Die Rechtsfolgen einer Einzelabtretung, wie sie im zweiten Kapitel dieser Abhandlung geschildert wurden, sind tragbar. Nach der Gesamtabwägung dieses dritten Kapitels können sie endgültig bestätigt werden.

cherheiten wie eine Grundschuld oder Sicherungseigentum gesondert übertragen werden müssen (hierauf habe der leistende Gesamtschuldner aus dem Rechtsgedanken des § 401 BGB einen Anspruch); s. dazu nur *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 426 Rn. 84 m. w. N.

⁹² *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (179).

⁹³ I.E. so auch *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (179). Vermutlich ebenso *H. Ehmann*, in: Erman (2008), § 421 Rn. 79, der beiläufig davon spricht, die abgetretene Gesamtschuldforderung könne nach einer Erfüllung durch den Schuldner der nicht abgetretenen Forderung nach § 422 BGB erlöschen oder aber mit Rückwirkung auf den zahlenden und im Innenverhältnis ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner übergehen. Mit diesem Übergang dürfte ein Übergang nach § 426 II 1 BGB gemeint sein.

⁹⁴ Dazu S. 89.

⁹⁵ A. A. in rechtstechnischer Hinsicht *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (179), der von einer extensiven Auslegung von § 426 II 1 BGB spricht.

4. Kapitel

Zustimmung als Wirksamkeitserfordernis einer isolierten Zession

Es wurde gezeigt, dass die isolierte Übertragung einer Gesamtschuldforderung sowohl strukturell als auch ihren Rechtsfolgen nach zulässig ist. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob daran besondere Wirksamkeitsanforderungen zu stellen sind.

§ 1 Meinungsstand

Zwar ist man sich derzeit trotz mangelnden Problembewusstseins weitgehend einig darüber, dass ein Gläubiger seine Forderung gegen einen Gesamtschuldner prinzipiell isoliert abtreten kann. Beträchtlicher Streit entzündet sich allerdings an der Frage, ob eine solche Abtretung nur wirksam ist, wenn die Schuldner zustimmen.

I. Literatur

Nach allgemeiner Ansicht muss der Schuldner im Grundsatz in keiner Weise mitwirken, wenn ein Gläubiger seine Forderung abtritt.¹ Ein Zustimmungserfordernis wäre ein Fremdkörper im Recht der Abtretung. Die isolierte Abtretung einer gesamtschuldnerischen Forderung behandeln indes viele als einen Sonderfall. Grundlegend ist Heinrichs im Jahr 1985 dafür eingetreten, dass die Abtretung einer einzelnen Gesamtschuldforderung nur wirksam ist, wenn die Gesamtschuldner ihr zustimmen.² Dem pflichten inzwischen zahlreiche Autoren des juristischen Schrifttums bei.³ Das größere und meist ausführlicher begründete Meinungslager innerhalb der Literatur spricht sich jedoch gegen ein Zustimmungserfordernis aus.⁴

¹ Statt aller *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 39.

² *H. Heinrichs*, in: Palandt (1985), § 425 Anm. 2 h) – offenbar in Reaktion auf BGH, Urteil v. 05.03.1975, BGHZ 64, S. 67 ff. (s. Fn. 27 in diesem Kap.). Dagegen sodann zunächst *P. Bydlinski*, ZIP 1989, S. 953 (958), dort in Fn. 51.

³ *H. Kaduk*, in: Staudinger (1994), § 425 Rn. 42; *M. Gebauer*, in: Soergel (2010), § 425 Rn. 25; *K.-H. Gursky*, in: Staudinger (2014), Vorbem. §§ 182–185 Rn. 35; *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 425 Rn. 16; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 425 Rn. 9; *T. Regenfus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.10.2018), § 182 Rn. 32; *M. Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (47. Ed.,

II. Rechtsprechung

Innerhalb der Rechtsprechung treten die Ansichten teilweise weniger klar zu Tage als in der Literatur.⁵ Der Bundesgerichtshof hat zuletzt bloß darauf hingewiesen, dass umstritten ist, ob die rechtsgeschäftliche Übertragung einer Forderung gegen nur einen Gesamtschuldner ohne Zustimmung der übrigen Gesamtschuldner unwirksam ist. Er selbst hat die Frage offengelassen.⁶ Gerichte der unteren Instanzen nehmen mehrheitlich an, dass die Gesamtschuldner einer isolierten Forderungsübertragung zustimmen müssen. Eindeutig für ein Zustimmungserfordernis haben sich das Amtsgericht Ludwigslust⁷ sowie die Oberlandesgerichte Köln⁸, Karlsruhe⁹, Nürnberg¹⁰ und Hamm¹¹ in je einer Entscheidung ausgesprochen. In einer früheren Entscheidung plädierte das Oberlandesgericht Hamm hingegen zumindest gegen das Bedürfnis einer Zustimmung durch den Gesamtschuldner, dessen Forderung beim Zedenten verbleibt.¹² Ob es eine Zustimmung des Schuldners der übergehenden Forderung für notwendig hielt, kann man aufgrund der konkreten Fallkonstellation nicht erkennen.¹³

Stand: 01.08.2018), § 425 Rn. 10; *R. Schulze*, in: HK-BGB (2019), § 425 Rn. 3. Im Grundsatz auch *W. Rosch*, in: jurisPK-BGB (2017), § 398 Rn. 45: „Sofern jedoch eine Gesamtschuld besteht, die nicht auf einer sichernden Schuldmitübernahme beruht, und der Gläubiger nur den Anspruch gegen einen Gesamtschuldner abtritt, erfordert die Wirksamkeit der Abtretung die Zustimmung aller Gesamtschuldner.“

⁴ *P. Bydlinski*, ZIP 1989, S. 953 (958); *C. Bode*, WuB 1998, I C 1. – 3.98, S. 971 (972); *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (168); *S. Madaus*, Schuldbeitritt (2001), S. 57; *J. Schürnbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 135; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 100; *H.-F. Müller*, in: PWW (2017), § 425 Rn. 10; *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 425 Rn. 73; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 37; *S. Madaus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 765 Rn. 460. Vermutlich auch *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 14; *K. Bartels*, JZ 2000, S. 608 (611) in Fn. 35 sowie *M. Rohe*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 398 Rn. 43. Zumindest zweifelnd *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 61.

⁵ Das gilt nur, sofern die Gerichte die isolierte Übertragung einer einzelnen Gesamtschuldforderung überhaupt für zulässig halten. Schon dies ablehnend freilich nur KG Berlin, Urteil v. 20.04.1998, KG Report 1998, S. 205 (206).

⁶ BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 28. In dem Urteil ging es um eine isolierte *cessio legis*. Diese vollziehe sich ohne weitere Voraussetzungen (also ohne Zustimmung der Gesamtschuldner) kraft Gesetzes, so der BGH.

⁷ AG Ludwigslust, Urteil v. 24.06.2009, NJW-RR 2010, S. 367 (368).

⁸ OLG Köln, Urteil v. 24.06.2016, BeckRS 2016, 117629 Rn. 15.

⁹ OLG Karlsruhe, Urteil v. 24.03.2004, BeckRS 2004, 150297 Rn. 6 a.E.

¹⁰ OLG Nürnberg, Urteil v. 18.04.2002, NZG 2002, S. 874 (876).

¹¹ OLG Hamm, Beschluss v. 22.09.1997, NJW-RR 1998, S. 486.

¹² OLG Hamm, Urteil v. 21.03.1983, WM 1984, S. 1404 (1406).

¹³ Das lag daran, dass der Schuldner der übergehenden Forderung im konkreten Fall ohnehin der Abtretung zustimmen musste, weil sie durch ein vertragliches Abtretungsverbot „blockiert“ war. Dieses Verbot wurde mit der Zustimmung des genannten Schuldners aufgehoben, sodass eine Abtretung überhaupt erst möglich wurde. Ob der Schuldner nur der Aufhebung des Abtretungsverbots oder zugleich einer Trennung der gesamtschuldnerischen For-

Tendenziell gegen ein Zustimmungserfordernis haben sich die Oberlandesgerichte Schleswig¹⁴ und Frankfurt am Main¹⁵ ausgesprochen. Wie weit deren ablehnende Haltung reicht, ist allerdings unklar. Zwar führen Autoren aus dem juristischen Schrifttum diese Gerichte ohne Vorbehalte als Gegner eines Zustimmungserfordernisses bei der isolierten Abtretung einer Gesamtschuldforderung an.¹⁶ Jedoch greifen sie damit zu kurz. Das soll anhand einer der beiden genannten¹⁷, sehr ähnlich gelagerten Fallgestaltungen aufgezeigt werden.

OLG Frankfurt¹⁸: Arzt A setzte der Patientin P ein künstliches Hüftgelenk ein. P begab sich daraufhin zu einer Anschlussbehandlung bei Therapeut T. Zu dieser Behandlung brachte P einen von A ausgestellten Arztdienst mit. T legte der P einen Stützstrumpf an und brach ihr dabei den linken Oberschenkel. Der Bruch war auf den schwachen Gesundheitszustand der P zurückzuführen, der pflichtwidrig weder in dem Arztdienst des A angemerkt noch von T bemerkt worden war. A und T schuldeten P darum als Gesamtschuldner Schadensersatz. P trat ihren Anspruch gegen T an ihren Ehemann E ab. In der Abtretungsvereinbarung war nur dieser Anspruch bezeichnet. Sodann verlangte P von A Schadensersatz.

Das Oberlandesgericht Frankfurt a.M. prüfte, ob P trotz der Abtretung ihres Anspruchs auf Schadensersatz gegen T noch gegenüber A aktiv legitimiert war. Dies bejahte das Gericht. Die isolierte Abtretung der Forderung gegen T stehe dem nicht entgegen. Einer Zustimmung des A habe es nicht bedurft. Hätte es ihrer bedurft, so hätte das die Forderungsübertragung an den Ehemann der P betroffen, nicht aber ihre Aktivlegitimation gegenüber den in Anspruch genommenen A. Ein Zustimmungsbedürfnis lasse sich nicht auf ein Urteil des Bundesgerichtshofs zurückführen, worin dieser für die vertragliche Begründung von Gesamtgläubigerschaft an einer gewöhnlichen Einzelforderung die Zustimmung des Schuldners verlangt habe, weil sonst ein unzulässiger Vertrag zulasten Dritter (des Schuldners) vorliege. Denn im vorliegenden Fall sei A aufgrund der Abtretung des Anspruchs von P gegen T gerade

derungen zustimmen musste, tritt nicht klar zu Tage. Vermutlich sollte die Zustimmung nur zur Aufhebung des Abtretungsverbots erforderlich sein. S. Fallbeschreibung zu Fn. 95 im 2. Kap. Das verkennt etwa *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 100, wenn er die vorbezeichnete Entscheidung des OLG Hamm vorbehaltlos als einen Teil derjenigen Stimmen aufführt, die eine Einzelabtretung gesamtschuldnerischer Forderung nur bei einer schuldnerseitigen Zustimmung für wirksam halten.

¹⁴ OLG Schleswig, Urteil v. 14.05.1998, VuR 1998, S. 339. S. dazu bereits S. 85 f.

¹⁵ OLG Frankfurt, Urteil v. 17.01.2012, BeckRS 2013, 22734.

¹⁶ So hinsichtlich des OLG Schleswig etwa *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 61 Fn. 212; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 100; *H.-F. Müller*, in: PWW (2017), § 425 Rn. 10; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 425 Rn. 9; *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 425 Rn. 73 Fn. 211, 213; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 38 Fn. 149.

¹⁷ S. Fn. 14 f. in diesem Kap. Eine Fallbeschreibung der anderen Entscheidung, also der des OLG Schleswig, findet sich auf S. 85 f.

¹⁸ OLG Frankfurt, Urteil v. 17.01.2012, BeckRS 2013, 22734. Zur Vereinfachung modifiziert dargestellt.

nicht der Gefahr einer Inanspruchnahme durch einen weiteren Gläubiger ausgesetzt worden.¹⁹

Die Oberlandesgerichte Frankfurt a. M. und Schleswig hatten also über den *nicht* zedierten Gesamtschuldanspruch zu befinden. Gerade weil dieser nicht zediert wurde, war eigentlich selbstverständlich, dass der ursprüngliche Gläubiger weiterhin Inhaber dieses Anspruchs war. Darum hätten die Gerichte gar nicht darüber nachsinnen müssen, ob die isolierte Zession nun wirksam war oder ob sie mangels einer erforderlichen Zustimmung der Gesamtschuldner als nichtig anzusehen war. Selbst wenn die Zession unwirksam gewesen wäre, hätte das nur dazu geführt, dass auch der abzutretende Gesamtschuldanspruch bei dem ursprünglichen Gläubiger verblieben wäre. Insofern sind die Ausführungen beider Gerichte zu einem Zustimmungserfordernis im Fall einer isolierten Abtretung *obiter dicta*. Sie sind nichtsdestotrotz interessant, um die Position der Gerichte zu der aufgeworfenen Streitfrage zu erfahren. Insofern haben sich die Oberlandesgerichte Frankfurt a. M. und Schleswig tendenziell gegen ein Zustimmungserfordernis ausgesprochen. Dabei haben sie aber nur auf die rechtliche Situation desjenigen Schuldners abgestellt, dessen Forderung *nicht* abgetreten werden sollte. Dieser „ausgeklammerte“ Schuldner werde durch die Einzelabtretung in keinem Fall einem weiteren Gläubiger (dem Zessionar) ausgesetzt.²⁰ Deshalb liege insofern kein unzulässiger Vertrag zulasten Dritter vor (der ein Zustimmungserfordernis rechtfertigen könnte). Ob hingegen in Bezug auf den Schuldner der zedierten Forderung ein Zustimmungserfordernis gerechtfertigt ist, haben die Oberlandesgerichte Frankfurt a. M. und Schleswig nicht ausgeführt.

III. Offene Folgefragen: personale Reichweite und dogmatische Verwurzelung eines Zustimmungserfordernisses

Sofern man eine Zustimmung zur isolierten Zession für erforderlich hält, ergeben sich offene Folgefragen. Die Befürworter eines Zustimmungserfordernisses geben keine einheitliche Antwort darauf, welcher der Gesamtschuldner die Zustimmung erteilen muss.²¹ der Gesamtschuldner der nicht zedierten Forderung,²² derjenige der

¹⁹ Das OLG Frankfurt a. M. hat sein Urteil ausdrücklich in Beziehung zu sachverwandten Gerichtsentscheidungen gesetzt. So wie es selbst habe auch das Oberlandesgericht Schleswig in einem vergleichbaren Fall (s. Fn. 14 in diesem Kap.) entschieden. Ein Zustimmungserfordernis könne nicht aus einem Beschluss des Oberlandesgerichts Hamm (s. Fn. 11 in diesem Kap.) abgeleitet werden. Danach solle eine Separatübertragung einer gesamtschuldnerischen Forderung nur mit Zustimmung der weiteren Gesamtschuldner wirksam sein. Warum es dieser Zustimmung bedürfe, erkläre der genannte Beschluss nicht (was zutrifft).

²⁰ Diese Passage impliziert den Standpunkt, dass Zedent und Zessionar zumindest keine (echten) Gesamtgläubiger der nicht zedierten Forderung werden.

²¹ Vgl. P. Derleder, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (163).

²² OLG Hamm, Beschluss v. 22.09.1997, NJW-RR 1998, S. 486: Wenn nur die Verbindlichkeit eines Gesamtschuldners Gegenstand der Forderungsübertragung sei, so sei diese Übertragung nur mit Zustimmung der „weiteren“ Gesamtschuldner wirksam. Vgl. auch den

übergehenden Forderung²³ oder gar sämtliche²⁴ Gesamtschuldner. Da die personale Reichweite des Zustimmungserfordernisses an keiner Stelle begründet wird, können die unterschiedlichen Formulierungen auch unbedacht gewählt worden sein.²⁵ Womöglich hängt die Zuordnung mit der jeweiligen Meinung darüber zusammen, ob Zedent und Zessionar Gesamtgläubiger der nicht zedierten, der übergehenden Forderung oder von beiden Forderungen werden. Hierzu gibt es ebenfalls keine klaren Stellungnahmen.²⁶ Darüber hinaus ist ungeklärt, worin das Zustimmungserfordernis rechtsdogmatisch verwurzelt sein soll. Anschlussfragen wie die nach einer Wirkung ex tunc oder ex nunc sind folglich nicht beantwortet.

IV. Fazit

Die Frage nach der Zustimmungsbedürftigkeit einer Einzelübertragung gesamtschuldnerischer Forderungen gehört zu den am wenigsten beleuchteten Fragen im Rahmen des Themas dieser Arbeit. Besondere Rechtsunsicherheit röhrt daher, dass es hierzu bislang keine höchstrichterliche Entscheidung gibt und die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte nicht einheitlich ist.

Leitsatz: Zustimmung der „anderen“ Gesamtschuldner. Ähnlich OLG Nürnberg, Urteil v. 18.04.2002, NZG 2002, S. 874 (876): Eine Separatübertragung setze die Zustimmung „des oder der weiteren Schuldner voraus“ (anders aber der 1. Leitsatz desselben Urteils, wonach die Wirksamkeit der Abtretung einer einzelnen Gesamtschuldforderung die Zustimmung „aller“ Gesamtschuldner erfordere). Für eine Zustimmung seitens der „weiteren Schuldner“ auch AG Ludwigslust, Urteil v. 24.06.2009, NJW-RR 2010, S. 367 (368). S. auch BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 28, worin offen gelassen wird, ob die Zustimmung der „übrigen“ Gesamtschuldner erforderlich ist. Aus der Lit. ferner *H. Kaduk*, in: Staudinger (1994), § 425 Rn. 42: Zustimmung der „weiteren Schuldner“ sei erforderlich. In dieselbe Richtung *M. Gebauer*, in: Soergel (2010), § 425 Rn. 25; *K.-H. Gursky*, in: Staudinger (2014), Vorbem. §§ 182–185 Rn. 35; *T. Regenfus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.10.2018), § 182 Rn. 32; *M. Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 425 Rn. 10. Dagegen OLG Hamm, Urteil v. 21.03.1983, WM 1984, S. 1404 (1406): Jedenfalls die Gesamtschuldner der nicht übergehenden Forderungen müssten der Abtretung nicht zustimmen. Ob eine Zustimmung des Gesamtschuldners der übergehenden Forderung verlangt wird, blieb aufgrund der Fallkonstellation ungeklärt (dazu schon Fn. 13 in diesem Kap.).

²³ So OLG Köln, Urteil v. 24.06.2016, BeckRS 2016, 117629 Rn. 15. Ferner *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 425 Rn. 16; *R. Schulze*, in: HK-BGB (2019), § 425 Rn. 3. Wohl auch *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 425 Rn. 9.

²⁴ OLG Nürnberg, Urteil v. 18.04.2002, NZG 2002, S. 874 (1. Leitsatz) und *W. Rosch*, in: jurisPK-BGB (2017), § 398 Rn. 45.

²⁵ Ähnlich *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (163).

²⁶ Vgl. zu dieser Frage die Analyse des Urteils des OLG Hamm auf S. 105.

§ 2 Berechtigung eines Zustimmungserfordernisses

Sofern die Verfechter eines Zustimmungserfordernisses ihre Position begründen, argumentieren sie, die Gesamtschuldner benötigten Schutz vor den nachteiligen Rechtsfolgen einer Aufspaltung ihrer Forderungen auf verschiedene Gläubiger. Folge einer Einzelabtretung sei nämlich eine Art *Gläubigerverdopplung*, die für die Gesamtschuldner nicht zumutbar sei. Ob das zutrifft, wird im Folgenden erörtert.

I. Argumentation mit den Nachteilen einer Gesamtgläubigerschaft

Die Vertreter eines Zustimmungserfordernisses vergleichen die Nachteile einer Trennung gesamtschuldnerischer Forderungen mit den Nachteilen der nachträglichen rechtsgeschäftlichen Begründung einer Gesamtgläubigerschaft an einer Forderung. Letztere hat der Bundesgerichtshof als einen Vertrag zulasten Dritter (des Schuldners) eingestuft, der ohne eine Zustimmung des Schuldners unwirksam sei. Da diese Entscheidung der argumentative Nährboden für die These von der Zustimmungsbedürftigkeit einer Trennung gesamtschuldnerischer Forderungen ist, soll sie zunächst näher betrachtet werden.

1. Ausgangsüberlegung: rechtsgeschäftliche Begründung von Gesamtgläubigerschaft an einer bestehenden Einzelforderung

In einer Leitentscheidung aus dem Jahr 1975 hat der Bundesgerichts Stellung zu der Frage genommen, ob der Gläubiger einer bereits bestehenden Forderung mit einem Dritten rechtsgeschäftlich vereinbaren kann, dass beide fortan Gesamtgläubiger an der Forderung sind.

BGH²⁷: *B schloss mit K 1 einen Vertrag, wonach B regelmäßig keramische Rohstoffe zu liefern hatte und K 1 ein Alleinverkaufsrecht für diese Rohstoffe in Italien erwarb. Das operative Geschäft der K 1 führte ihre Schwestergesellschaft K 2. So wickelte K 2 mit B die Lieferungen der Rohstoffe ab und setzte diese in Italien ab. Eines Tages kündigte B den Vertrag mit K 1 fristlos. K 1 erlangte gegen B einen Anspruch auf Ersatz der aus der Kündigung entstandenen Schäden. Sie übertrug diesen Anspruch auf Schadensersatz an K 2 mit der Maßgabe, dass K 1 und K 2 daran Gesamtgläubiger gemäß § 428 BGB werden sollten. Wegen ihrer engen wirtschaftlichen Verbindung war es K 1 und K 2 gleichgültig, an wen B befreidend leistete. Sodann klagten K 1 und K 2 als Gesamtgläubigerinnen gegen B auf Schadensersatz.*

²⁷ BGH, Urteil v. 05.03.1975, BGHZ 64, S. 67 ff., zwecks Übersichtlichkeit modifiziert dargestellt. Bestätigt durch BGH, Urteil v. 30.10.1990, NJW 1991, S. 420; BGH, Urteil v. 20.06.1996, NJW 1996, S. 2859 (2860); BGH, Urteil v. 09.12.1998, NJW 1999, S. 715 (716); BGH, Urteil v. 07.06.2005, S. 2779 (2781).

Der Bundesgerichtshof hatte unter anderem zu entscheiden, ob K 2 tatsächlich Inhaberin eines Schadensersatzanspruchs gegen B geworden war, den sie in Gesamtgläubigerschaft mit K 1 innehatte. Dies verneinte er. Erstens sei dies nicht durch Abtretung nach § 398 BGB geschehen. Denn das Wesen der Abtretung bestehe im vollständigen Übergang des Rechts vom Zedenten auf den Zessionar. Daher konnten K 1 und K 2 auf diesem Wege nicht den mit ihrer Vereinbarung erstrebten Erfolg erreichen, dass K 1 Inhaberin der Forderung blieb und K 2 sie gleichzeitig uneingeschränkt erwarb.²⁸ Zweitens, so der Bundesgerichtshof, konnte eine Gesamtgläubigerschaft an der Schadensersatzforderung auch nicht durch einen Vertrag eigener Art gemäß § 311 I BGB begründet werden. Zwar könne eine Gesamtgläubigerschaft nicht nur durch Gesetz, sondern auch durch Vertrag begründet werden. Auch sei dies von K 1 und K 2 wegen ihrer engen Geschäftsverbindung erwünscht gewesen. Allerdings könne eine Gesamtgläubigerschaft durch Vertrag nur unter Einbeziehung des Schuldners begründet werden. Bestünden bereits schuldrechtliche Beziehungen, aufgrund deren der Gläubiger vom Schuldner eine bestimmte Leistung zu fordern berechtigt sei, so könne mit *Zustimmung* des Schuldners auch nachträglich vereinbart werden, dass neben dem schon vorhandenen Gläubiger ein weiterer ebenfalls berechtigt sein solle, diese Leistung zu fordern. Die Forderung des hinzutretenden weiteren Gläubigers entstehe aufgrund dieser Vereinbarung gemäß §§ 311 I, 428 BGB. Im vorliegenden Fall sei jedoch die Frage, ob durch Rechtsgeschäft zwischen einem Gläubiger (K 1) und einem Dritten (K 2) ohne Mitwirkung des Schuldners (B) oder sogar gegen seinen Willen vereinbart werden könne, dass auch der Dritte aus eigenem Recht befugt sein solle, die Leistung zu fordern. Das müsse verneint werden, weil es sich bei diesem Rechtsgeschäft um einen Vertrag zu Lasten des Schuldners handele.

Ob sich die Belastung des Schuldners aus einer Beeinträchtigung seiner materiellrechtlichen Stellung ergebe, könne dahinstehen. Die Vereinbarung, wie sie K 1 und K 2 getroffen hätten, sei jedenfalls mit Rücksicht auf Nachteile, die sich bei der *gerichtlichen Geltendmachung* der Forderung für den Schuldner sowohl als Kläger²⁹ wie auch als Beklagten im Prozess ergeben könnten, ein Vertrag zu seinen Lasten. Sei der Schuldner der Überzeugung, nichts zu schulden, wäre er zwei Klagen ausgesetzt. Zwar bliebe ihm nach § 428 BGB die Möglichkeit, sich durch Leistung an einen beliebigen der beiden Gläubiger von der Schuld zu befreien. Er müsste aber, statt wie sonst in einem Prozess, in zweien obsiegen. Würde er unterliegen, müsste er auch zweimal die Kosten tragen. Das Obsiegen gegenüber einem der beiden Gläubiger würde ihn vor der Inanspruchnahme durch den anderen nicht schützen. Nun zeige aber die Vorschrift des § 407 II BGB für das Recht der Abtretung, dass der Gesetzgeber den Schuldner gerade auch vor prozessualen Nachteilen habe schützen wollen. Für den Fall des Rechtshängigwerdens der Forderung nach erfolgter Ab-

²⁸ S. bereits Fn. 117 und 125 sowie den dazu gehörigen Haupttext im 1. Kap.

²⁹ Damit könnte der BGH die Konstellation einer negativen Feststellungsklage gemeint haben.

tretung sei deshalb die Rechtskrafterstreckung auf den neuen Gläubiger in Erweiterung des § 325 ZPO bestimmt worden.³⁰

Zwar könnte kraft Gesetzes nachträglich eine Gesamtgläubigerschaft an einer Forderung entstehen,³¹ was dem Schuldner dieselben prozessualen Erschwernisse zumute. Das nötige indessen nicht dazu, dem Schuldner Gleiches für den Bereich einer vertraglich begründeten Gesamtgläubigerschaft zuzumuten. Das Gesetz biete mit der Abtretung und die Rechtspraxis mit der Einzugsermächtigung ausreichende Möglichkeiten, wirtschaftlich im Ergebnis Ähnliches zu erreichen wie das, was im vorliegenden Falle mit der Begründung der Gesamtgläubigerschaft gewollt gewesen sei.³²

Somit verlangt der Bundesgerichtshof, dass der Schuldner zustimmt, damit der Gläubiger einer Forderung bezüglich dieser mit einem Dritten wirksam eine Gesamtgläubigerschaft vereinbaren kann. Nahezu das gesamte juristische Schrifttum befürwortet diese Ansicht.³³

2. Transfer: Auswirkungen des neuen Gläubigers bei einer gesamtschuldspaltenden Forderungsübertragung

Die Vertreter eines Zustimmungserfordernisses³⁴ begründen ihre Position mit einem Vergleich zwischen der Vereinbarung einer Gesamtgläubigerschaft mit der isolierten Abtretung einer gesamtschuldnerischen Forderung. Dahinter steht der

³⁰ Die Argumentation orientiert sich offenbar an *P. Arens*, AcP 170 (1970), S. 392 (407 f.).

³¹ So nach § 117 S. 1 SGB X. Dazu *H. Rißmann*, in: *jurisPK-BGB* (2017), § 428 Rn. 3. S. überdies *W. Selb*, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern* (1984), S. 249 f.

³² Die Umdeutung der Vereinbarung zwischen K 1 und K 2 in eine Einziehungsermächtigung lehnte der BGH ab, weil beide erklärtermaßen keine solche Ermächtigung, sondern die volle Gläubigerstellung von K 2 neben K 1 wollten, und weil K 1 zudem dieselbe Forderung wie K 2 (in Gesamtgläubigerschaft) vor Gericht geltend machte.

³³ Für die h.L. etwa *W. Kogel*, NJW 1975, S. 2063; *R. Weber*, in: *RGRK* (1978), § 428 Rn. 8; *P. Derleder*, in: *FS Heinrichs* (1998), S. 155 (168); *M. Gebauer*, in: *Soergel* (2010), § 428 Rn. 5; *K.-H. Gursky*, in: *Staudinger* (2014), Vorbem. §§ 182–185 Rn. 35; *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: *MüKo-BGB* (2016), § 398 Rn. 59; *B. Völzmann-Stickelbrock*, in: *NK-BGB* (2016), § 428 Rn. 11; *L. Böttcher*, in: *Erman* (2017), § 428 Rn. 16; *J. Busche*, in: *Staudinger* (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 189; *D. Looschelders*, in: *Staudinger* (2017), § 428 Rn. 45 ff.; *H.-F. Müller*, in: *PWW* (2017), § 428 Rn. 2; *C. Grüneberg*, in: *Palandt* (2018), § 428 Rn. 3; *B. Kreße*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 428 Rn. 21 f.; *J. Lieder*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 40; *M. Gehrlein*, in: *BeckOK-BGB* (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 428 Rn. 2. A. A. wohl allein *W. Selb*, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern* (1984), S. 246 ff.; *P. Bydlinski*, in: *MüKo-BGB* (2016), § 428 Rn. 7. Abweichend in Bezug auf die Abtretung einer Forderung eines Alleingläubigers auf mehrere Neugläubiger als Gesamtgläubiger auch *J. Kreikenbohm/C. Niederstetter*, *NZM* 2010, S. 848 (851). *G. Weigelin*, *Schuldbbeitritt* (1941), S. 87 meint ohne Begründung, ein (Gesamt-)Schuldner müsse es sich unzweifelhaft gefallen lassen, dass anstelle eines Gläubigers nachträglich eine Gesamtgläubigerschaft tritt.

³⁴ S. Fn. 2 sowie 7 ff. in diesem Kap.

Gedanke, dass die Gesamtschuldner infolge einer Einzelabtretung ähnlichen Nachteilen ausgesetzt würden wie der Schuldner, an dessen Forderung rechtsgeschäftlich eine Gesamtgläubigerschaft begründet werden soll. In beiden Fällen sehe sich der einzelne Schuldner nicht mehr bloß einem, sondern mehreren Gläubigern ausgesetzt. Man leitet also von der belastenden Rechtsfolge einer Einzelabtretung deren Voraussetzung ab: Weil die Gesamtschuldner ähnlich beeinträchtigt werden wie bei der nachträglichen Begründung einer Gesamtgläubigerschaft, müssen sie der Abtretung zustimmen.

Einen vergleichbaren Transfer hat man bei einem ähnlich gelagerten Thema bemüht: der isolierten Abtretung einer Forderung, die in Konkurrenz zu einer oder mehreren inhaltsgleichen Forderungen des Zedenten steht. Die herrschende Ansicht bezeichnet diese Konkurrenz als Anspruchskonkurrenz. Danach bestehen die einzelnen Ansprüche auch bei identischem Ziel zumindest im Grundsatz selbstständig nebeneinander.³⁵ Nach diesem Verständnis der Anspruchskonkurrenz können konkurrierende Forderungen auch isoliert abgetreten werden.³⁶ Die Abtretung kann also auf eine Anspruchsgrundlage beschränkt werden. Nach dem Bundesgerichtshof soll sie dann allerdings der Zustimmung des Schuldners bedürfen.³⁷ Denn infolge der Abtretung würden Zedent und Zessionar Gesamtgläubiger an den Forderungen.³⁸ Das belaste den Schuldner mit der Gefahr, wegen desselben Sachverhalts von ver-

³⁵ St. Rspr., s. etwa BGH, Urteil v. 17.03.1987, BGHZ 100, S. 190 (201). Aus der Lit. etwa *H. Baumann*, AcP 187 (1987), S. 511 (538 ff.); *B. Gsell*, NJW 2004, S. 1913 (1915); *C. Thomale*, JuS 2013, S. 296 (297); *G. Bachmann*, in: MüKo-BGB (2016), § 241 Rn. 40; *J. Schmidt-Räntsche*, in: Erman (2017), § 194 Rn. 9; *H. Sprau*, in: Palandt (2018), Einf. v. § 823 Rn. 8. Weitere Nachweise zur h. M. etwa bei *H.-P. Mansell/M. Stürner*, in: NK-BGB (2016), § 195 Rn. 70. Weitgehend erkennt man an, dass derart konkurrierende Ansprüche nicht völlig unabhängig nebeneinander stehen, sondern sich partiell beeinflussen; dazu etwa *F. Peters/F. Jacoby*, in: Staudinger (2014), § 194 Rn. 33. Die h. M. der „Anspruchskonkurrenz“ wird im Übrigen bestritten. Eine starke Gegenansicht bildet die Lehre von der „Anspruchsnormenkonkurrenz“, welche von einem einzigen, aber mehrfach begründeten Anspruch ausgeht und im Wesentlichen begründet wurde durch *A. Georgiades*, Anspruchskonkurrenz (1968), S. 167 ff. Vgl. dazu die Darstellung der Meinungen von *F. Peters/F. Jacoby*, in: Staudinger (2014), § 194 Rn. 32 m. w. N. Manche Autoren wollen die eine oder die andere der beiden Meinungen offenbar differenzierend anwenden, so etwa *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 398 Rn. 52; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 145 ff.

³⁶ Schließlich sind die einzelnen Ansprüche nach der Lehre einer Anspruchskonkurrenz strukturell selbstständig. Geht man hingegen mit der Lehre von der Anspruchsnormenkonkurrenz von einem einheitlichen materiellen, lediglich mehrfach begründeten Anspruch aus, ist die isolierte Abtretung eines Anspruchs ohnehin unzulässig (s. nur *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 88; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 428 Rn. 53; *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 428 Rn. 23). Insofern ergibt sich eine Parallele zu dem Strukturverständnis einer Gesamtschuld: Mit der Einheitstheorie gibt es nur eine Forderung, sodass eine isolierte Abtretung ausscheiden muss, während es nach der Mehrheitstheorie mehrere eigenständige Forderungen gibt, die man somit auch isoliert abtreten kann. Dazu schon unter „Die Einzelübertragung als vergessener Problemfall“ ab S. 36.

³⁷ BGH, Urteil v. 09.12.1998, BGHZ 140, S. 175 (179).

³⁸ Hierzu schon *B. Rimmelspacher*, Materiellrechtlicher Anspruch (1970), S. 73.

schiedenen Gläubigern verklagt zu werden.³⁹ Gesamtgläubigerschaft an derselben Forderung könne ohne Mitwirkung des Schuldners vertraglich nicht begründet werden, so der Bundesgerichtshof. Die meisten Autoren halten eine isolierte Abtretung bei Anspruchskonkurrenz ebenfalls nur für wirksam, wenn der Schuldner zustimmt.⁴⁰ Ob das richtig ist oder nicht, kann hier dahinstehen. In jedem Fall verläuft die Argumentation für ein Zustimmungserfordernis bei der isolierten Abtretung einer Forderung in Anspruchskonkurrenz einerseits und einer Forderung aus einer Gesamtschuld andererseits in Teilen parallel.⁴¹

3. Missverständnis über die Entstehung einer „Gesamtgläubigerschaft“

Der Streit um das Zustimmungserfordernis bei einer Einzelabtretung dreht sich primär um die Frage, ob nun zwischen Zedent und Zessionar eine (modifizierte) Gesamtgläubigerschaft entsteht oder nicht. Wer das bejaht⁴², bejaht in der Regel auch ein Zustimmungserfordernis, und umgekehrt. Oft reden die Diskutanten bei dieser Frage jedoch aneinander vorbei. Die Gegner⁴³ eines Zustimmungserfordernisses argumentieren meist knapp, zwischen Zedent und Zessionar entstehe keine Gesamtgläubigerschaft im Sinne von § 428 S. 1 BGB, sodass die Gesamtschuldner vor damit einhergehenden Nachteilen auch nicht durch ein Zustimmungserfordernis zu schützen seien.⁴⁴ Beispielhaft dafür sind die Ausführungen des Oberlandesgerichts

³⁹ *P. Arens*, AcP 170 (1970), S. 392 (412) erkennt die Belastungen des Schuldners ebenfalls an, schlägt anstelle der Zustimmung aber als Lösung vor, dass die Abtretung stets alle konkurrierenden Ansprüche erfasst.

⁴⁰ Aus der Lit. etwa *K. Schreiber*, in: *Soergel* (2010), § 398 Rn. 6; *K.-H. Gursky*, in: *Staudinger* (2014), Vorbem. §§ 182–185 Rn. 35; *D. Looschelders*, in: *Staudinger* (2017), § 428 Rn. 52; *H.-F. Müller*, in: *PWW* (2017), § 398 Rn. 12; *W. Rosch*, in: *jurisPK-BGB* (2017), § 398 Rn. 14; *H. P. Westermann*, in: *Erman* (2017), § 398 Rn. 10; *C. Grüneberg*, in: *Palandt* (2018), § 398 Rn. 10; *T. Regenfus*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.10.2018), § 182 Rn. 31; *R. Schulze*, in: *HK-BGB* (2019), § 398 Rn. 5. Bei „echter“ Anspruchskonkurrenz auch *J. Busche*, in: *Staudinger* (2017), § 398 Rn. 52; *J. Lieder*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 147. Vgl. auch *B. Kreße*, in: *NK-BGB* (2016), § 398 Rn. 16; *R. Stürner*, in: *Jauernig* (2018), § 398 Rn. 8, die indes offenbar davon ausgehen, die Begründung einer Gesamtgläubigerschaft erfolge hier nicht im Wege der Abtretung, sondern sei ein Rechtsgeschäft eigener Art, welches der Zustimmung des Schuldners bedarf. A. A. (keine Mitwirkung des Schuldners nötig) *P. Bydlinski*, in: *MüKo-BGB* (2016), § 428 Rn. 7. Nach der Lehre der Anspruchsnormenkonkurrenz, die von einem einheitlichen Anspruch ausgeht, kommt eine auf eine Anspruchsgeschäftsgrundlage beschränkte Abtretung von vorneherein nicht in Betracht (s. Fn. 35 f. in diesem Kap.). Dafür etwa *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: *MüKo-BGB* (2016), § 398 Rn. 88; *B. Kreße*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 428 Rn. 23.

⁴¹ Aufgegriffen hat man diese Parallelle bisher aber nicht, wenn darüber diskutiert wurde, ob die Gesamtschuldner einer Einzelabtretung zustimmen müssen.

⁴² S. Fn. 2 sowie 7 ff. in diesem Kap.

⁴³ S. Fn. 4 in diesem Kap.

⁴⁴ Dementsprechend finden sich fast alle Gegner eines Zustimmungserfordernisses aus Fn. 4 in diesem Kap. zugleich unter denjenigen wieder, die eine Gesamtgläubigerschaft oder ein vergleichbares Rechtsverhältnis zwischen Zedent und Zessionar ablehnen. Eine diesbezüglich

Schleswig.⁴⁵ Es grenzte das Urteil des Bundesgerichtshofs zur Vereinbarung einer Gesamtgläubigerschaft explizit von der Situation bei einer isolierten Abtretung gesamtschuldnerischer Forderungen ab: Ein Gesamtschuldner, dessen Forderung einzeln abgetreten werde, werde gerade keinem zweiten Gläubiger ausgesetzt. Somit lehnte das Oberlandesgericht Schleswig im Ergebnis ab, dass die gesonderte Abtretung einer Gesamtschuldforderung Zedent und Zessionar zu Gesamtgläubigern dieser Forderung macht. Dahinter steht der Gedanke, dass die Nachteile einer nachträglichen Gesamtgläubigerschaft für den Gesamtschuldner der abgetretenen Forderung ohnehin nicht entstehen. Deshalb muss dieser Schuldner der Abtretung auch nicht zustimmen. Führt man diese Argumentation konsequent fort,⁴⁶ muss ebenso wenig derjenige Gesamtschuldner einer Einzelabtretung zustimmen, dessen Forderung bei dem Zedenten verbleibt. Schließlich ist auch er Schuldner ausschließlich eines Gläubigers, nämlich des Zedenten.

In der Tat werden Zedent und Zessionar infolge der Abtretung einer einzelnen Gesamtschuldforderung nicht zu Gesamtgläubigern im Sinne von § 428 S. 1 Hs. 1 BGB. Das wurde vorab aufgezeigt.⁴⁷ Allerdings begründen auch nur wenige Verfechter eines Zustimmungserfordernisses ihre Position damit, dass Zedent und Zessionar zu Gesamtgläubigern im eigentlichen Sinne werden. Dieses Meinungslager zieht den Vergleich zu der vom Bundesgerichtshof⁴⁸ beurteilten Vereinbarung von Gesamtgläubigerschaft an einer Einzelforderung in einem engen Sinne: Genau wie diese Vereinbarung von Gesamtgläubigerschaft begründe die isolierte Abtretung einer Gesamtschuldforderung nachträglich eine *echte* Gesamtgläubigerschaft (zwischen Zedent und Zessionar).⁴⁹ Diese Ansicht ist aber in der Minderheit. Die meisten Verfechter eines Zustimmungserfordernisses haben offensichtlich längst erkannt, dass Zedent und Zessionar keine echten Gesamtgläubiger werden. Dieses

ausdrückliche Ablehnung äußern die Vertreter aus Fn. 52 f. im 2. Kap. Eine implizite Ablehnung durch entsprechende Verweise auf andere Quellen (namentlich das OLG Schleswig, Fn. 14 in diesem Kap.) steht zu vermuten bei *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 61; *H.-F. Müller*, in: PW (2017), § 425 Rn. 10; *M. Rohe*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 398 Rn. 43. Ablehnend gegenüber einem Zustimmungserfordernis trotz Annahme einer (beschränkten) Gesamtgläubigerschaft nur *B. Kreße*, in: BeckOKG-BGB (Stand: 01.09.2018), § 425 Rn. 73. Die Gerichte, die ein Zustimmungserfordernis tendenziell abgelehnt haben (s. Fn. 14 f. in diesem Kap.), haben sich wiederum ebenfalls gegen eine Gesamtgläubigerschaft (zumindest im Hinblick auf die nicht zedierte Forderung) ausgesprochen. Unklar bleibt insofern nur der Standpunkt des OLG Hamm (s. Fn. 12 f. in diesem Kap.).

⁴⁵ OLG Schleswig, Urteil v. 14.05.1998, VuR 1998, S. 339 mit zustimmender Anm. *C. Bode*, WuB 1998, I C 1. – 3.98, S. 971 ff.

⁴⁶ Das OLG Schleswig äußerte sich zu diesem Aspekt nicht mehr.

⁴⁷ Dazu unter S. 106 ff.

⁴⁸ S. Fn. 58 in diesem Kap.

⁴⁹ So lediglich *H. Kaduk*, in: Staudinger (1994), § 425 Rn. 42; *M. Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 425 Rn. 10. Eine Gesamtgläubigerschaft vertritt auch das OLG Hamm, Urteil v. 21.03.1983, WM 1984, S. 1404 (1406), allerdings bleibt unklar, ob dieses Gericht ein Zustimmungserfordernis aufstellt (dazu Fn. 13 in diesem Kap. a.E.).

„reformierte“ Meinungslager⁵⁰ zieht den Vergleich zu der Vereinbarung von Gesamtgläubigerschaft an einer einzelnen Forderung in einem weiten Sinne: Es erblickt zwischen Zedent und Zessionar lediglich ein Rechtsverhältnis, das einer Gesamtgläubigerschaft *ähnlich* ist. Jene Ähnlichkeit soll offenbar in Bezug auf die Nachteile für die Schuldnerseite bestehen. Daher könnte ein solches Rechtsverhältnis ebenso wie eine nachträglich vereinbarte Gesamtgläubigerschaft an einer Einzelforderung nur entstehen, wenn die Gesamtschuldner zustimmten.

Diese modifizierte Argumentation vollziehen die Gegner eines Zustimmungserfordernisses in der Regel nicht nach.⁵¹ Darum geht die Diskussion eines Zustimmungserfordernisses wegen der Belastungen „einer Gesamtgläubigerschaft“ allzu oft an der Sache vorbei. Das mag daran liegen, dass nahezu alle Vertreter eines Zustimmungserfordernisses ihre Ansicht nicht näher erklären. Schon den Ausgangspunkt, die Annahme einer „Art“ Gesamtgläubigerschaft, erläutern nur Wenige. Wie bereits ausgeführt,⁵² soll dieser Begriff offenbar beschreiben, dass der Zedent nach einer Einzelabtretung zwar allein von denjenigen Gesamtschuldner, die ihm gegenüber Schuldner geblieben sind, die Leistung verlangen kann und der Zessionar nur von dem Gesamtschuldner, gegen den die abgetretene Forderung besteht. Ähnlich wie bei einer Gesamtgläubigerschaft erlösche aber durch die Leistung eines Gesamtschuldners an Zedent oder Zessionar das gesamte Schuldverhältnis. Warum die Gesamtschuldner deshalb nun einer isolierten Abtretung zustimmen müssen, wird an nahezu keiner Stelle näher begründet.⁵³ Hierzu verweist⁵⁴ man letztlich bloß auf das Urteil des Bundesgerichtshofs⁵⁵, laut dem der Schuldner einer Einzelforderung zustimmen muss, wenn sein Gläubiger nachträglich mit einer dritten Person eine Gesamtgläubigerschaft vereinbart. Was mit dem Konzept der Zustimmungsbedürftigkeit wegen einer „Art“ Gesamtgläubigerschaft gemeint ist, bedarf sonach näherer Betrachtung.

⁵⁰ Dazu bereits Fn. 47 ff. sowie der betreffende Haupttext im 2. Kap.

⁵¹ Allenfalls finden sich Ansätze wie bei *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 100: „Die Einzelabtretung führt auch nicht dazu, dass zwischen Zedent und Zessionar eine ‚beschränkte Gesamtgläubigerschaft‘ entsteht (...). Damit soll wohl ausgedrückt werden, dass der Zessionar nicht Gläubiger der Forderungen gegen die übrigen Gesamtschuldner wird und der Zedent nicht mehr Gläubiger der abgetretenen Forderung ist. Das aber hat mit Gesamtgläubigerschaft i. S. v. § 428 BGB nichts zu tun“. Was mit einer beschränkten Gesamtgläubigerschaft stattdessen gemeint ist, wird dabei freilich nicht erfasst.

⁵² Vgl. die Ausführungen zu Fn. 51 im 2. Kap.

⁵³ Eine Ausnahme bildet ein Urteil des OLG Nürnberg (Fn. 56 in diesem Kap.). Dazu sogleich.

⁵⁴ Teilweise sogar nur mittelbar durch Verweis auf entspr. Sekundärquellen. So etwa OLG Hamm, Beschluss v. 22.09.1997, NJW-RR 1998, S. 486; *M. Gebauer*, in: Soergel (2010), § 425 Rn. 25; *W. Rosch*, in: *jurisPK-BGB* (2017), § 398 Rn. 45; *R. Schulze*, in: *HK-BGB* (2019), § 425 Rn. 3.

⁵⁵ S. Fn. 58 in diesem Kap.

4. Prozessualer Effekt einer Gläubigerverdopplung

Warum eine Einzelabtretung nur bei Zustimmung seitens der Gesamtschuldner wirksam sein soll, obwohl sie Zedent und Zessionar nicht zu echten Gesamtgläubigern macht, hat allein das Oberlandesgericht Nürnberg begründet.

OLG Nürnberg⁵⁶: Die O-AG hat die Anwalts-GbR der Anwälte L und M damit beauftragt, sie in einem Rechtsstreit zu vertreten. L und M erhoben Klage bei einem unzuständigen Gericht. Damit verletzten sie Pflichten aus dem Anwaltsvertrag und machten sich gegenüber der O-AG schadensersatzpflichtig. Die O-AG trat ihren Anspruch auf Schadensersatz – allerdings ausdrücklich nur den gegen L – an K ab, welcher ihn einklagen sollte. K verlangte sodann vor Gericht Zahlung von L.

Der Anwaltsvertrag nach §§ 611, 627 I, 675 I BGB kam zwischen der O-AG und der Anwalts-GbR zustande. Die Sozien L und M hafteten für den vertraglichen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Gesellschaft analog § 128 S. 1 HGB persönlich als Gesamtschuldner.⁵⁷ Die isolierte Abtretung der Forderung gegen L hielt das Oberlandesgericht Nürnberg mangels Zustimmung der Gesamtschuldner für unwirksam. Eine Einzelabtretung setze die Zustimmung sämtlicher Gesamtschuldner voraus. Folge einer isolierten Zession sei nämlich eine Art Gesamtgläubigerschaft zwischen Zedent und Zessionar an den gesamtschuldnerischen Forderungen. Gesamtgläubigerschaft an einer bestehenden Forderung könne rechtsgeschäftlich nur mit Zustimmung des Schuldners begründet werden. Zur Erklärung führte das Oberlandesgericht Nürnberg das soeben besprochene Urteil des Bundesgerichtshofs⁵⁸ an, dem zufolge eine Gesamtgläubigerschaft nicht ohne Mitwirkung des Schuldners vertraglich vereinbart werden kann. Laut dem Bundesgerichtshof handele es sich andernfalls um einen Vertrag zulasten Dritter, weil sich das Prozessrisiko des Schuldners wegen der Vervielfachung von Gläubigern unzumutbar erhöhe. Nach dem Oberlandesgericht Nürnberg ergeben sich für die Gesamtschuldner nach einer isolierten Forderungsabtretung ähnliche Nachteile. Das zeige sich beispielsweise, wenn der Gesamtschuldner der zedierten Forderung mit einem Anspruch gegen den Zessionar aufrechne. Auch der andere Gesamtschuldner könne sich dann auf die Erfüllungswirkung der Aufrechnung gemäß § 422 S. 2 BGB berufen. Besteire der Zedent die Wirksamkeit der Aufrechnung, müsse der von dem Zedenten in Anspruch genommene andere Gesamtschuldner darlegen und beweisen, dass dem Zessionar ein Anspruch gegen den Mitschuldner zustand, der durch Aufrechnung erloschen sei. Mithin müsse der von dem Zedenten in Anspruch genommene Gesamtschuldner seine Rechtsverteidigung zusätzlich auf die Rechts-

⁵⁶ OLG Nürnberg, Urteil v. 18.04.2002, NZG 2002, S. 874 (876). Zur Vereinfachung modifiziert dargestellt.

⁵⁷ Ausführlich zur Haftung in einer Rechtsanwaltskanzlei BGH, Urteil v. 10.05.2012, BGHZ 193, S. 193 ff.

⁵⁸ BGH, Urteil v. 05.03.1975, BGHZ 64, S. 67 (70). Ausführlich dazu unter „Argumentation mit den Nachteilen einer Gesamtgläubigerschaft“ ab S. 165.

sphäre des Zessionars erstrecken, obwohl dieser in seinen Augen ein außenstehender Dritter sei. Das komme einer nachträglichen Gläubigerverdopplung gleich. Die Abtretung bedürfe deshalb „auch“ der Zustimmung des Schuldners der nicht zedierten Forderung. Das Oberlandesgericht Nürnberg impliziert,⁵⁹ dass sich umgekehrt dieselben Erschwernisse für den Schuldner der übergehenden Forderung ergeben und jener deswegen ebenfalls einer Einzelabtretung zustimmen muss. Überdies erschwere die Abtretung der Forderung gegen nur einen Gesamtschuldner die Abwicklung im Innenverhältnis zwischen den Gesamtschuldner. Das werde beispielweise erkennbar, wenn die Gläubiger unterschiedlich vorgingen, etwa indem der eine Gläubiger Klage erhebe, der andere hingegen einen Vergleich schließe.

Auf diese Weise hat das Oberlandesgericht Nürnberg also erklärt, warum Gesamtschuldner einer Einzelabtretung aus seiner Sicht im Grundsatz⁶⁰ zustimmen müssen. Das Gericht hat zur Begründung nicht darauf verwiesen, dass eine isolierte Zession zu einer echten Gläubigerverdopplung führe. Stattdessen hat es auf Folgebelastungen abgestellt, die sich ähnlich auswirken wie eine Gläubigerverdopplung. Man kann insofern von einem *Effekt* der Gläubigerverdopplung sprechen. Dieser Effekt ist *prozessualer* Natur. Er ist zwar nicht in der Hinsicht prozessual, dass jeder Gesamtschuldner nunmehr von einem zusätzlichen Gläubiger auf Leistung verklagt werden kann. Das gilt nur, wenn eine einzelne Forderung kraft Rechtsgeschäfts zu einer Gesamtforderung mehrerer Gläubiger werden soll. Auf diesen Unterschied haben einige Kritiker des Zustimmungserfordernisses bei einer isolierten Zession hingewiesen.⁶¹ Sie übersehen aber, dass es darum überhaupt nicht geht. Ein prozessualer Effekt der Gläubigerverdopplung ergibt sich nämlich vielmehr in der Hinsicht, dass die Gesamtschuldner aufgrund der Trennung ihrer Forderungen ihre Rechtsverteidigung auf die Rechtssphäre eines zusätzlichen Gläubigers erstrecken müssen. Für den Schuldner des Zedenten ist dieser zusätzliche

⁵⁹ Vgl. das Wort „auch“ im Satz zuvor oder die Aussage, dass *die* Gesamtschuldner keine Nachteile hinzunehmen brauchen, die ihnen erst aus der Separatabtretung erwachsen, und somit alle Gesamtschuldner dieser Abtretung zustimmen müssen.

⁶⁰ Das Erfordernis einer Zustimmung zu einer Einzelabtretung durch alle Gesamtschuldner beschränkte das OLG Nürnberg auf Gesamtschulden, die nicht sicherungshalber begründet wurden. Wenn sich hingegen zur Sicherung der abgetretenen Forderung weitere Schuldner mitverpflichtet haben, gingen deren Forderungen unabhängig von einer Zustimmung entsprechend § 401 I BGB mit auf den Zessionar über. Richtig an dieser Einschränkung der Zustimmungsbedürftigkeit ist, dass jedenfalls bei einem Übergang sämtlicher Gesamtschuldforderungen eine Zustimmung der Gesamtschuldner nicht erforderlich sein kann. Schließlich ist dann eine etwaige Gesamtbläubigerschaft zwischen Zedent und Zessionar mit all ihren postulierten Nachteilen für die Gesamtschuldner von vorneherein ausgeschlossen. Schlicht unterstellt hat das OLG Nürnberg aber, dass eine sicherungshalber begründete Gesamtschuldforderung überhaupt analog § 401 I BGB zusammen mit der abgetretenen Forderung übergeht. Dazu insb. unter „Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte nach § 401 I BGB“ ab S. 249. Die Aussage, im Fall der Sicherungsgesamtschuld bedürfe eine Einzelabtretung keiner Zustimmung, ist somit zumindest unglücklich formuliert.

⁶¹ Vgl. nur *B. Krefe*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 425 Rn. 73; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 38.

Gläubiger der Zessionar, und für den Schuldner des Zessionars ist es der Zedent. Wird ein Gesamtschuldner von seinem Gläubiger verklagt, muss er sich rechtlich unter Umständen so verteidigen, als würde er noch einen zweiten Prozess mit dem zusätzlichen Gläubiger führen. Das ist immer dann der Fall, wenn im Verhältnis zwischen dem Mitschuldner und dessen Gläubiger bereits eine Rechtstatsache eingetreten ist, die eine Gesamtwirkung zugunsten des später in Anspruch genommenen Gesamtschuldners gezeigt hat. Das betrifft besonders die Befreiungswirkung analog § 422 BGB.

II. Stellungnahme: Argumente für und wider ein Zustimmungserfordernis

Wenngleich eine isolierte Zession die Gesamtschuldner bei ihrer Rechtsverteidigung mit dem Effekt einer Gläubigerverdopplung belastet, kann man daraus nicht ohne Weiteres ableiten, dass ein derartiges Rechtsgeschäft ohne Zustimmung der Gesamtschuldner unwirksam sein muss. Diese Rechtsfolge ist nur angemessen, wenn die Belastung der Gesamtschuldner unzumutbar ist.⁶² Das lässt sich nur im Wege einer umfassenden Interessenabwägung feststellen. Dabei geht es nicht nur um die Interessen der Gesamtschuldner, sondern auch um die der Zessionsparteien sowie von deren Gläubigern.

1. Interesse an einer klaren Forderungszuordnung

Ist eine isolierte Zession nur wirksam, wenn die Gesamtschuldner zustimmen, kann Rechtsunsicherheit über die Gültigkeit der Abtretung entstehen. Nicht immer ist klar, ob ein Erklärungsverhalten tatsächlich als Zustimmung auszulegen ist. Selbst wenn unzweifelhaft eine Zustimmung vorliegt, kann diese unwirksam sein, beispielsweise aufgrund einer Anfechtung.⁶³ Somit kann in einzelnen Fällen schwer zu erkennen sein, ob eine isolierte Zession tatsächlich zur Übertragung der betreffenden Forderung an den Zessionar geführt hat oder ob diese Forderung bei dem Zedenten verblieben ist.

Zedent und Zessionar haben mit der Abtretung einen Anlass, diese Frage so gut wie möglich zu klären. Verbleibende Rechtsunsicherheit ist ihnen zumutbar, weil sie die unklare Rechtslage aufgrund ihrer Abtretungsvereinbarung selbstbestimmt herbeigeführt haben. Für die Gesamtschuldner wiederum wird es nur selten ungewiss sein, ob eine Einzelabtretung mangels Zustimmung unwirksam ist. Schließlich sind es die Schuldner, die eine Zustimmung erklären müssten, und deshalb am besten darüber Bescheid wissen, ob eine wirksame Zustimmung vorliegt oder nicht. Selbst

⁶² Vgl. zu § 242 BGB etwa *C. Schubert*, in: MüKo-BGB (2016), § 242 Rn. 50.

⁶³ Vgl. zu Voraussetzungen, Inhalt und Willensmängeln einer Zustimmungserklärung etwa *T. Regenfus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.10.2018), § 182 Rn. 78 ff.

wenn darüber Zweifel bestehen, stehen die Gesamtschuldner nicht anders als jeder andere Schuldner, der keine Klarheit darüber hat, ob die gegen ihn gerichtete Forderung wirksam abgetreten wurde. In diesen Fällen bieten die §§ 404 ff. BGB Schutz. Falls der Zedent oder der Zessionar nach einer potenziell unwirksamen Abtretung auf Leistung klagt, kann sich der Schuldner vor einer zusätzlichen Inanspruchnahme durch den jeweils anderen schützen, indem er gegen diesen die negative Feststellungsklage auf Schuldfreiheit mangels Forderungsinhaberschaft erhebt⁶⁴. Außerdem kann der Schuldner den Forderungsbetrag bei einem undurchsichtigen Abtretungsvorgang schuldbefreiend nach §§ 372 S. 2, 378, 362 BGB hinterlegen, wobei er sich im Prozess zugleich auf § 75 ZPO berufen kann. Zedent und Zessionar können daraufhin in einem Präpendentenstreit klären, wer der wahre Gläubiger ist.

Das größere Problem dürfte die Ungewissheit über die Wirksamkeit einer Abtretung denjenigen Personen bereiten, die an den betroffenen Schuldverhältnissen nicht beteiligt sind und insofern kaum Erkenntnismöglichkeiten haben. Im allgemeinen Rechtsverkehr besteht das Interesse, eine Forderung klar einem Inhaber zuordnen zu können. Dabei geht es in erster Linie um das Transparenzinteresse der Gläubiger von Zedent und Zessionar. Aus Sicht der Gläubiger ist die potenziell zedierte Forderung nämlich Gegenstand der Vermögenshaftung.⁶⁵ Allerdings hängt die Rechtsordnung eine transparente Zuordnung von Forderungen nicht sonderlich hoch. Publizität ist im Hinblick auf Forderungen weitausdürftiger ausgestaltet als bei Sachenrechten wie dem Grundeigentum, dessen Inhaber im Grundbuch publik zu machen ist. Nicht umsonst gehen Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse im Hinblick auf Forderungen in der Praxis bisweilen ins Leere.

Unabhängig davon ist Klarheit im Rechtsverkehr kein absoluter Wert. Jedes besondere Wirksamkeitserfordernis, das Betroffene eines Rechtsgeschäfts schützen soll, birgt zwangsläufig die Gefahr erhöhter Rechtsuntersicherheit. Der Schutz nachteilig betroffener Personen muss aber trotzdem möglich sein. Das Gebot der Rechtsklarheit verlangt lediglich, nicht allzu leichtfertig zusätzliche Anforderungen an die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts zu stellen, um Betroffene zu schützen.

2. Interessen der Zessionsparteien

a) Beeinträchtigung der Abtretungsfreiheit des Zedenten

Gegen ein Zustimmungserfordernis könnten die Interessen der Parteien des Abtretungsvertrags sprechen. Ist deren Wille auf eine isolierte Zession gerichtet, wollen sie auch, dass jene wirksam ist. Der Zedent ist als Rechtsinhaber daran in-

⁶⁴ Zweckmäßig ist dazu die isolierte Drittwiderrklage, die hier ausnahmsweise zulässig ist. Für solche Widerklagen gegen den Zedenten vgl. BGH, Urteil v. 13.06.2008, NJW 2008 Rn. 34; Urteil v. 11.10.2018, BeckRS 2018, 40425 Rn. 18 ff.

⁶⁵ Vgl. G. Baumgärtel, AcP 156 (1956), S. 265 (276).

teressiert, frei über seine Gesamtschuldforderungen verfügen zu können. Ein Zustimmungserfordernis beeinträchtigt sein Verfügungssinteresse aber nur geringfügig. Schließlich bezieht es sich nur auf den Sonderfall einer isolierten Zession. Es schränkt den Zedenten nicht in seiner Macht ein, alle gesamtschuldnerischen Forderungen zu übertragen. Somit bleiben die Gesamtschuldforderungen in hohem Maße verkehrsfähig. Zwar besteht ein Vorteil der Gesamtschuld aus Sicht des Gläubigers gerade darin, dass er beliebig auf einen der Schuldner zugreifen kann (vgl. § 421 BGB). Auch eine isolierte Zession kann man als eine Form des beliebigen Schuldnerzugriffs verstehen. Allerdings findet die Willkür des Gläubigers eine Grenze, wenn der Schuldner durch seine Inanspruchnahme besonders belastet wird.⁶⁶

Zudem macht ein Zustimmungserfordernis eine isolierte Zession keineswegs unmöglich, sondern verlangt lediglich die Mitwirkung der Gesamtschuldner. Um diese kann sich der Zedent bemühen. Das setzt in tatsächlicher Hinsicht voraus, dass der Zedent bewusst nur eine einzelne Gesamtschuldforderung abtritt und damit einen Anlass hat, eine Zustimmung der Schuldner einzuholen. Eine Einzelabtretung kommt aber fast⁶⁷ nur in Betracht, wenn sich die Parteien explizit auf den ausschließlichen Übergang einer Einzelforderung geeinigt haben oder wenn ihnen zumindest die Existenz einer weiteren Gesamtschuldforderung bekannt war.⁶⁸ Regelmäßig ist dem Zedenten also *bewusst*, dass er eine isolierte Zession anstrebt. Dann kann er sicherstellen, dass sie nicht mangels schuldnerseitiger Zustimmung unwirksam ist, indem er die Schuldner um eine Zustimmung ersucht. Gerade wenn eine Einzelabtretung erfolgt, um bestimmte Gesamtschuldner vor einer Inanspruchnahme zu verschonen, dürften zumindest die begünstigten Schuldner der Abtretung bereitwillig zustimmen.⁶⁹ Womöglich kann der Zedent die Gesamtschuldner auch mit dem Angebot eines Entgelts zu einer Zustimmung bewegen, falls es ihm das wert ist.

⁶⁶ Vgl. etwa *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 421 Rn. 56, der darauf hinweist, dass der Gläubiger in seiner Wahlfreiheit durch das Schikaneverbot nach § 226 BGB, die Grenzen des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB sowie der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB eingeschränkt ist.

⁶⁷ Denkbar ist auch, dass sich Zedent und Zessionar dezidiert auf die Abtretung aller Gesamtschuldforderungen einigen, die Zession allerdings nur im Hinblick auf einzelne Forderungen wirksam und im Übrigen unwirksam ist (z. B. nach § 399 Var. 2 BGB). Dann kommt es zu einer isolierten Zession entgegen dem Parteiwillen. Wenn es wegen § 399 Var. 2 BGB zu einer isolierten Zession kommt, hatte der Zedent aber auch einen Anlass, die Zustimmung der Gesamtschuldner einzuholen. Wenn er nämlich einen individuellen Abtretungsausschluss vereinbart hat, muss der Zedent wissen, dass eine Gesamtabtretung nicht möglich ist und nur eine isolierte Zession in Frage kommt. Dass andere Unwirksamkeitsgründe nur die Zession einzelner Gesamtschuldforderungen betreffen, dürfte selten sein, da eine gezielte Gesamtabtretung in einem einheitlichen Willensakt gründet. Diese seltenen Sonderfälle erscheinen vernachlässigbar.

⁶⁸ Dazu ausführlich unter „Umfang des Forderungsübergangs bei konkreten Varianten eines Abtretungsvertrags“ ab S. 280.

⁶⁹ Zwar werden die anderen Gesamtschuldner in diesen Fällen meist gerade nicht zustimmen wollen. Der Zedent muss aber dann auch „nur“ diese anderen Schuldner zu einer Zustimmung bewegen.

Das Entgelt kann er sich mit dem Zessionar teilen, wenn dieser einverstanden ist. Der Zedent kann die isolierte Zession davon abhängig machen.

Selbst wenn sich der Zedent in einzelnen Fällen erfolglos um eine Zustimmung der Gesamtschuldner bemüht, erscheint das hinnehmbar, wenn die Schuldner schutzwürdig sind. Dass ein bestimmtes Interesse zurückstehen muss, ist einer Interessenabwägung immanent. In diesem Sinne muss nach herrschender Ansicht auch im Fall der isolierten Zession bei Anspruchskonkurrenz das Interesse des Zedenten hinter das Schutzbedürfnis des Schuldners zurücktreten.⁷⁰

Vor allem weil sich der Zedent typischerweise bewusst auf die Risiken einer isolierten Zession einlässt⁷¹, wiegt sein Verfügungsinteresse nicht sonderlich schwer.⁷² Wenn er die genannten Risiken nicht auf sich nehmen möchte, kann er von der (isolierten) Zession absehen oder deren Risiken vertraglich mit dem Zessionar regeln. Zum Beispiel können die Parteien die Wirksamkeit des Kausalgeschäfts mittels einer Bedingung davon abhängig machen, dass die Gesamtschuldner der isolierten Zession zustimmen. Entscheidet sich der Zedent ohne solche Kautelen für die isolierte Zession, ist ein Zustimmungserfordernis für ihn keine beträchtliche Zumutung.

b) Erwerbsinteresse des Zessionars und dessen Schutz durch Sekundärrechte

Für das Interesse des Zessionars, eine isolierte Zession ohne Zustimmung der Schuldner vollziehen zu können, gelten die vorherigen Ausführungen zu dem Interesse des Zedenten weitgehend entsprechend. Zu bedenken ist ferner, dass der Zessionar nicht schutzlos steht, wenn die Abtretung an einer fehlenden Zustimmung scheitert. In diesem Fall stehen ihm Regressansprüche gegen den Zedenten zu. Nimmt man erneut an, dass die Zession aufgrund eines Kauf- oder Schenkungsvertrags erfolgen soll, gilt Folgendes: Gemäß §§ 433 I 1, 453 I BGB muss der Verkäufer dem Käufer die Forderung verschaffen. Den Schenker trifft eine solche Verschaffungspflicht nur bei einem gemäß § 518 I 1 BGB formbedürftigen Schenkungsversprechen, nicht hingegen bei einer Handschenkung im Sinne von § 516 I BGB.⁷³ Sofern die Verschaffung einer einzelnen Forderung geschuldet ist, wird diese

⁷⁰ Vgl. Fn. 37 und 40 in diesem Kap.

⁷¹ Vgl. zu diesem Gedanken unter „Möglichkeit einer Risikoprognose seitens des Zessionars“ ab S. 147.

⁷² Es verlangt allenfalls, das Schutzbedürfnis der Gesamtschuldner restriktiv zu verstehen.

⁷³ Eine Handschenkung bildet nur den Rechtsgrund für eine bereits erfolgte oder gleichzeitig bewirkte Leistung; s. nur *M. Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 516 Rn. 2. Entspricht der Schenkungsvertrag nicht der Form des § 518 I BGB, stellt sich die Frage, ob dieser Formmangel auch durch die unwirksame Abtretung als eine „Bewirkung“ der geschuldeten Leistung i. S. v. § 518 II BGB geheilt wird. Das kommt darauf an, ob es für den Schenkungsvollzug genügt, wenn der Schenker alle seinerseits erforderlichen Leistungs-handlungen freiwillig vorgenommen hat (dann Heilung) oder ob auch der Leistungserfolg

Pflicht nur erfüllt, wenn der Zedent dem Zessionar die Forderung wirksam abtritt. Tut er das nicht, verletzt der Zedent seine vertragliche Verschaffungspflicht. Für die Pflichtverletzung ist unerheblich, ob es dem Zedenten ohne die Zustimmung der Gesamtschuldner rechtlich unmöglich war, seine Abtretungsverpflichtung zu erfüllen.⁷⁴ Unmöglichkeit zeitigt insbesondere Rechtsfolgen gemäß §§ 275 I, 326 I BGB. Sie ist erst anzunehmen, wenn mindestens ein Gesamtschuldner seine Zustimmung verweigert oder mit dieser nicht mehr zu rechnen ist.⁷⁵ Je nachdem zu welchem Zeitpunkt das eintritt, kann der Zessionar gegen den Zedenten einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 311a II BGB⁷⁶ oder nach §§ 280 I, III, 283 BGB⁷⁷ haben. Auf der Ebene des Vertretenmüssens hat man zu berücksichtigen, dass der Zedent seine Zessionspflicht mangels Zustimmung nicht erfüllen konnte. Im Zweifel wird ihn das aber nicht entlasten.⁷⁸ Solange kein Gesamtschuldner seine Zustimmung endgültig verweigert hat, kann der Zessionar unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung von dem Zedenten verlangen. Ferner kann der Zessionar von dem schuldrechtlichen Vertrag mit dem Zedenten gemäß § 326 V BGB oder § 323 I BGB mit den Folgen der §§ 346 ff. BGB zurücktreten. Mithin ist der Zessionar hinreichend durch Sekundärrechte gegenüber dem Zedenten geschützt, wenn die isolierte Zession mangels Zustimmung der Gesamtschuldner unwirksam ist. Deshalb erscheint es zumutbar, wenn sein Erwerbsinteresse mit einem Zustimmungserfordernis belastet wird.

3. Interesse der Gesamtschuldner an einem Zustimmungserfordernis

Inwiefern ein Gesamtschuldner infolge einer isolierten Zession schlechter steht, soll genauer untersucht werden. Dabei wird erstens das Risiko einer unberechtigten Inanspruchnahme in den Blick genommen. Zweitens wird überprüft, inwieweit sich ein Gesamtschuldner mit Umständen aus einer fremden Rechtssphäre verteidigen muss, wenn sich das Risiko eines unberechtigten Zugriffs realisiert. Im Hinblick auf

bereits eingetreten sein muss (dann keine Heilung). Diese Frage ist str., wobei die h. M. Ersteres vertritt. Dazu *J. Koch*, in: MüKo-BGB (2016), § 518 Rn. 9 f., 22.

⁷⁴ Vgl. *W. Ernst*, in: MüKo-BGB (2016), § 283 Rn. 4.

⁷⁵ Vgl. nur BGH, Urteil v. 28.01.1997, NJW-RR 1997, S. 686 (688) und aus der Lit. *W. Ernst*, in: MüKo-BGB (2016), § 275 Rn. 43, 53; *C. Herresthal*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.08.2018), § 311a Rn. 72; *S. Lorenz*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 275 Rn. 30.

⁷⁶ Hier kommt alternativ ein Ersatz der Aufwendungen des Zessionars in dem in § 284 BGB bestimmten Umfang in Frage.

⁷⁷ Jeweils in Verbindung mit §§ 433 I 1, 453 I BGB für den Forderungskauf oder in Verbindung mit dem Schenkungsversprechen (vgl. § 518 I 1 BGB) für die Forderungsschenkung.

⁷⁸ Wenn für den Zedenten erkennbar war, dass eine isolierte Zession im Raum steht, ist es in der Regel fahrlässig, wenn er sich darauf einlässt, ohne vorab die Zustimmung der Gesamtschuldner sicherzustellen. Man wird auch zu erwägen haben, ob der Zedent dann das Risiko übernommen hat, dass die erforderliche Zustimmung verweigert wird. Dann haftet der Zedent insofern verschuldensunabhängig.

beide Aspekte muss man insbesondere beleuchten, ob sich die Lage der Schuldner in einer gespaltenen Gesamtschuld gegenüber einer normalen Gesamtschuld verschlechtert. Außerdem ist genauer zu vergleichen, wie sich die Rechtslage der Schuldner durch eine isolierte Zession einerseits und die nachträgliche Vereinbarung einer Gesamtgläubigerschaft andererseits verschlechtert.⁷⁹ Davon ausgehend lässt sich bewerten, wie gewichtig die Belastung der Gesamtschuldner durch eine isolierte Zession ist.

a) Risiko unberechtigter Inanspruchnahme

aa) Art des Risikos – Präzisierung des Vergleichs mit der Gesamtgläubigerschaft

Soll rechtsgeschäftlich an einer einzelnen Forderung eine Gesamtgläubigerschaft begründet werden, ergibt sich das herrschend angenommene Zustimmungsbedürfnis des Schuldners daraus, dass er nunmehr mit zwei Gläubigern konfrontiert ist, die jeweils die gesamte Leistung verlangen können. Daraus folgt für den Schuldner nämlich die Gefahr, dass er mehrfach auf dieselbe Leistung in Anspruch genommen wird. In gewisser Hinsicht ist der Schuldner in einer Gesamtschuld mit getrennter Gläubigerschaft einem ähnlichen Risiko ausgesetzt.

(1) Unterschied: Inanspruchnahme vor der Leistung

Bei der Gesamtgläubigerschaft ist der Schuldner deshalb besonders gefährdet, mehrfach auf dieselbe Leistung in Anspruch genommen zu werden, weil im Ausgangspunkt beide Gläubiger ein Forderungsrecht haben. Die Gesamtgläubiger können ihn unabhängig voneinander mit Klagen und Vollstreckungsmaßnahmen überziehen.⁸⁰ Verklagen sie den Schuldner gleichzeitig, muss das Gericht materiellrechtlich davon ausgehen, dass jedem Gläubiger ein Forderungsrecht zusteht. Sofern der Schuldner sich nicht durch Leistung an einen der Gläubiger befreit, wird er – in getrennten Prozessen – dazu verurteilt, an beide Gläubiger voll zu leisten. Das Prozess- und Kostenrisiko des Schuldners ist bei einer Gesamtgläubigerschaft im Vergleich zur Einzelgläubigerschaft vervielfacht.

Das ist bei einer Gesamtschuld mit getrennter Gläubigerschaft anders. Hier sehen sich die Gesamtschuldner unterschiedlichen Gläubigern gegenüber. Die Gläubiger können daher von Anfang an⁸¹ jeweils nur unterschiedliche Gesamtschuldner in

⁷⁹ Schließlich ist Letztere nach ganz herrschender Ansicht zustimmungsbedürftig. Die Wertung kann für die isolierte Zession schwerlich anders ausfallen, wenn dieses Rechtsgeschäft den Schuldner ähnlich belastet wie die nachträgliche Vereinbarung einer Gesamtgläubigerschaft.

⁸⁰ S. nur *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 59; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 40. Zu den prozessualen Implikationen *S. Meier*, AcP 205 (2005), S. 858 (870 f.).

⁸¹ Also sobald die isolierte Zession erfolgt ist und dadurch eine Gesamtschuld mit getrennter Gläubigerschaft entsteht.

Anspruch nehmen. Somit argumentieren manche Autoren, dass kein Gesamtschuldner befürchten müsse, doppelt in Anspruch genommen zu werden.⁸² Das muss man präzisieren: Ein besonderes⁸³ Risiko einer mehrfachen Inanspruchnahme mit mehrfachem Prozess- und Kostenrisiko besteht insoweit nicht, als es um eine im Ausgangspunkt⁸⁴ *berechtigte* Inanspruchnahme von *Zendent und Zessionar* geht. Beide Gläubiger können, auch bevor einer der Schuldner geleistet hat, nicht gleichzeitig auf einen Schuldner zugreifen und dabei beide forderungsberechtigt sein. Mit Verweis auf diesen Unterschied eine trennungsbedingte Belastung der Gesamtschuldner gänzlich von der Hand zu weisen, greift allerdings zu kurz, wie sogleich aufgezeigt wird.

(2) Gemeinsamkeit: Inanspruchnahme nach der Leistung

Der Schuldner von Gesamtläubigern kann sich von der Gefahr, mehrfach auf dieselbe Leistung in Anspruch genommen zu werden, rechtlich befreien, indem er an einen beliebigen Gesamtläubiger leistet. Allerdings hat der Gesamtläubiger, der weder im Außenverhältnis noch im Innenverhältnis nach § 430 BGB befriedigt wurde, weiterhin Anlass, gegen den Schuldner vorzugehen. Das gilt zumindest, wenn der nicht befriedigte Gesamtläubiger nicht weiß oder bestreitet, dass der Schuldner bereits an den anderen Gläubiger geleistet hat. Dann läuft der Schuldner konkret Gefahr, mehrfach in Anspruch genommen zu werden – auch gerichtlich.⁸⁵

Die Belastung des Schuldners durch eine Gesamtläubigerschaft ändert sich, sobald ein Gläubiger befriedigt wurde. Ging es vorher um die Gefahr einer doppelten „berechtigten“ Inanspruchnahme⁸⁶, steht nunmehr die Gefahr einer unberechtigten Inanspruchnahme im Raum. Um ein Zustimmungserfordernis für die nachträgliche Vereinbarung von Gesamtläubigerschaft zu begründen, stellt die herrschende Meinung auch auf die Gefahr einer unberechtigten Inanspruchnahme ab.⁸⁷ Diese Gefahr droht aber ebenso den Gesamtschuldner, deren Forderungen auf verschiedene Gläubiger aufgespalten werden. Hat ein Gesamtschuldner bereits geleistet, ist

⁸² So etwa *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 38; *S. Madaus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 765 Rn. 460.

⁸³ Gemeint ist ein Risiko, mehrfach in Anspruch genommen zu werden, das über das allgemeine Lebensrisiko hinausgeht.

⁸⁴ Das heißt, bevor ein Schuldner leistet.

⁸⁵ *S. B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 428 Rn. 4.

⁸⁶ Gemeint ist eine freilich Inanspruchnahme auf dieselbe Leistung. Obschon jeder Gesamtläubiger ein eigenes Forderungsrecht hat, muss der Schuldner nur einmal leisten. Sobald der Schuldner geleistet hat, ist jede weitere Inanspruchnahme auf diese Leistung unberechtigt.

⁸⁷ S. unter „Ausgangsüberlegung: rechtsgeschäftliche Begründung von Gesamtläubigerschaft an einer bestehenden Einzelforderung“ ab S. 165: Zwar bleibe dem Schuldner nach § 428 BGB die Möglichkeit, sich durch Leistung an einen beliebigen der beiden Gläubiger von der Schuld zu befreien. Er müsste aber [danach!], statt wie sonst in einem Prozess, in zweien obsiegen. Würde er unterliegen, müsste er auch zweimal die Kosten tragen. Das Obsiegen gegenüber einem der beiden Gläubiger würde ihn vor der Inanspruchnahme durch den anderen nicht schützen.

der andere analog § 422 BGB ebenfalls von der Leistungspflicht gegenüber seinem Gläubiger frei geworden.⁸⁸ Dieser Gläubiger wird den mitbefreiten Gesamtschuldner dennoch in Anspruch nehmen wollen, wenn er weder im Außenverhältnis noch im Innenverhältnis (etwa analog § 430 BGB) befriedigt wurde. Dann muss sich der zu Unrecht in Anspruch genommene Schuldner damit verteidigen, dass er analog § 422 BGB bereits von seiner Schuld befreit ist. Kann er das nicht, wird er trotz seiner Befreiung leisten. Bei einer gerichtlichen Verurteilung muss er das sogar. Zusätzlich hat er die Prozesskosten zu tragen. Somit ist die Art der Schuldnergefährdung bei einer Gesamtbläubigerschaft einerseits und bei einer Gesamtschuld mit getrennten Gläubigern andererseits dann vergleichbar, wenn ein Gläubiger den Schuldner in Anspruch nimmt, *nachdem* mit gesamtbefreiender Wirkung an den anderen Gläubiger geleistet wurde. In beiden Fällen ist eine unberechtigte Inanspruchnahme wahrscheinlich, weil zunächst ein Forderungsrecht bestand, dann aber durch Leistung an einen anderen Gläubiger wegfiel.

Leistet ein eigentlich bereits befreiter Gesamtschuldner an seinen Gläubiger, kann er außerdem noch dem Regress eines Mitschuldners ausgesetzt sein⁸⁹. Dazu kommt es, wenn der Mitschuldner, der schon geleistet hatte, intern ausgleichsberechtigt ist. Sein Anspruch auf Binnenregress⁹⁰ kann sich analog § 426 I 1 und II 1 BGB sowie aus einem zwischen den Gesamtschuldner bestehenden Rechtsverhältnis (etwa einem Auftrag oder Gesellschaftsvertrag) ergeben. In dieser Hinsicht ergibt sich dann tatsächlich sogar eine Gefahr, doppelt zu leisten: zwar nicht an verschiedene Gläubiger, aber an einen Gläubiger und den ausgleichsberechtigten Mitschuldner. Insbesondere kann der Schuldner zugleich vonseiten seines (vermeintlichen) Gläubigers und seines Mitschuldners verklagt werden. Dann trägt er ein doppeltes Prozess- und Kostenrisiko.

In dem letzten Szenario wird die Gefahr, welche eine isolierte Zession und die Vereinbarung von Gesamtbläubigerschaft an einer Einzelforderung gemeinsam haben, besonders deutlich. Wertungsmäßig kann es aber keinen Unterschied machen, ob ein Schuldner „nur“ durch seinen Gläubiger unberechtigt in Anspruch genommen wird (einfach unberechtigte Inanspruchnahme) oder zugleich noch durch seinen Mitschuldner berechtigt in Binnenregress genommen wird (doppelte Inanspruchnahme). Denn das Problem der unberechtigten Inanspruchnahme mit ihrem zusätzlichen Prozess- und Kostenrisiko wohnt beiden Szenarien inne.

⁸⁸ Ähnlich wie der Schuldner zweier Gesamtbläubiger bei Leistung an den einen Gläubiger nach §§ 429 III 1, 422 BGB auch gegenüber dem anderen Gläubiger frei wird.

⁸⁹ Das kann er selbstverständlich auch sein, wenn er nicht leistet. Dann steht allerdings auch nicht das Problem einer doppelten Leistung im Raum, um das es hier geht.

⁹⁰ Wie L. Böttcher, in: Erman (2017), § 421 Rn. 31 mit Recht feststellt, umfasst ein Binnenregress aber nicht die Kosten, die der ausgleichsberechtigte Gesamtschuldner in einem etwaigen Prozess mit dem Gläubiger auf sich gezogen hat. Insoweit ergibt sich also kein mehrfaches Kostenrisiko des zu Unrecht verklagten Gesamtschuldners. Ein solches Risiko kann sich aber daraus ergeben, dass der ausgleichsberechtigte Gesamtschuldner auf Ausgleich klagt.

bb) Ausmaß des Risikos – nicht nur allgemeines Lebensrisiko

Fraglich ist, ob die Schuldner in einer gespaltenen Gesamtschuld in ähnlich hohem Maße Gefahr laufen, unberechtigt in Anspruch genommen zu werden, wie der Schuldner mehrerer Gesamtgläubiger. Man könnte einwenden, eine unberechtigte Inanspruchnahme, sei auf Grundlage eines falschen Urteils oder außerprozessual, gehöre zum allgemeinen Lebensrisiko. Jedoch ist das Risiko, unberechtigt in Anspruch genommen zu werden, für den Gesamtschuldner nach einer isolierten Abtretung besonders hoch. Insbesondere ist es höher als für einen gewöhnlichen Gesamtschuldner. Hat der Gläubiger in einer ungeteilten Gesamtschuld nämlich einmal seine Leistung erhalten, ist sein Leistungsinteresse befriedigt. Daher wird er in der Regel kein weiteres Mal Leistung verlangen, sei es von dem einen oder dem anderen Gesamtschuldner.⁹¹ Also ist die Gefahr einer unberechtigten Inanspruchnahme aus tatsächlichen Gründen gering. Sie beschränkt sich auf zwei Fälle. Erstens kann ein Gläubiger den Erhalt der Leistung nicht bemerken, zum Beispiel weil er seinen Kontoauszug nicht einsieht, und daher versehentlich einen der Schuldner unberechtigt in Anspruch nehmen. Zweitens kann ein Gläubiger einen Gesamtschuldner bewusst zu Unrecht in Anspruch nehmen, sich also gezielt rechtsfeindlich verhalten. Diese Konstellationen bilden allerdings die Ausnahme.⁹²

Das ist bei einer gespaltenen Gesamtschuld völlig anders. Hier hat der Gläubiger des einen Schuldners subjektiv auch dann noch ein Leistungsinteresse, wenn der andere Schuldner bereits an seinen Gläubiger geleistet hat.⁹³ Daher ist es durchaus wahrscheinlich, dass er seinen eigenen Schuldner in Anspruch nehmen möchte, obgleich dieser schon analog § 422 BGB frei geworden ist. Insbesondere kann die erfolgte Leistung dem nicht befriedigten Gläubiger unbekannt sein. So dürfte es sogar typischerweise sein. Warum sollte der eine Gläubiger wissen, dass der andere Gläubiger eine Leistung erhalten hat? Das erscheint nur bei einer besonders engen Verbindung der Gläubiger realistisch. Was bei einer normalen Gesamtschuld eine Ausnahme darstellt, wird bei einer getrennten Gesamtschuld daher die *Regel* sein, nämlich dass ein Gläubiger seinen Schuldner in Unkenntnis der bereits erfolgten Leistung zu Unrecht in Anspruch nimmt. Der Schuldner wird sich dagegen nicht einmal verteidigen, wenn auch er nichts von seiner Leistungsbefreiung analog § 422 BGB weiß.⁹⁴ Ein solches Wissensdefizit des Schuldners ist zwar nicht wahr-

⁹¹ Dasselbe gilt für den Gläubiger einer unverbundenen Einzelforderung.

⁹² Es ist von dem Grundsatz auszugehen, dass sich ein Gläubiger sorgfaltsgemäß und rechtmäßig verhält, dass er also nach der verkehrserforderlichen Sorgfalt überprüft, ob er eine Leistung empfangen hat, und dass er nicht wider besseres Wissen einen Schuldner zu Unrecht in Anspruch nimmt. Vgl. zum deliktsrechtlichen Vertrauensgrundsatz *G. Wagner*, in: MüKo-BGB (2017), § 823 Rn. 426 ff.

⁹³ Das gilt zumindest dann, wenn der befriedigte Gläubiger die empfangene Leistung intern (noch) nicht ausgeglichen hat, z. B. analog § 430 BGB.

⁹⁴ Selbstverständlich kann es auch bei einer normalen Gesamtschuld vorkommen, dass ein Gesamtschuldner in Unkenntnis seiner Befreiung von sich aus leistet. Eine durch diese Unkenntnis bedingte Leistung *infolge einer Inanspruchnahme* durch den Gläubiger wird bei einer

scheinlicher als bei einer normalen Gesamtschuld. Es wird aber häufiger auftreten als bei einer Gesamtläubigerschaft. Da es bei der Gesamtläubigerschaft nur einen Schuldner gibt, leistet dieser grundsätzlich selbst⁹⁵ an einen der Gläubiger und weiß darum, dass er dem anderen Gläubiger gemäß §§ 429 III 1, 422 BGB nichts mehr schuldet. Die nach einer isolierten Zession bestehende Personenmehrheit sowohl auf Schuldner als auch auf Gläubigerseite bringt also ein hohes Risiko mit sich, dass in Unkenntnis einer Leistungsbefreiung zu viel geleistet wird.

cc) Rechtliche Schutzmöglichkeiten

Möglicherweise lässt sich das hohe Risiko der Gesamtschuldner, unberechtigt in Anspruch genommen zu werden, mit rechtlichen Mitteln hinreichend eindämmen.

(1) Aufklärungspflichten

Aufklärungspflichten könnten das faktisch hohe Risiko einer unberechtigten Inanspruchnahme abmildern.⁹⁶ So könnte ein Gesamtschuldner, der an seinen Gläubiger leistet, verpflichtet sein, seinen Mitschuldner darüber zu informieren. Eine solche Anzeigepflicht kann man aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis herleiten, das gemäß § 426 BGB zwischen den Gesamtschuldnern besteht. Dieses Schuldverhältnis verpflichtet die Schuldner zur gegenseitigen Interessenwahrung gemäß § 241 II BGB. Dazu gehört die Pflicht des leistenden Gesamtschuldners, seinen Mitschuldner über die erfolgte Leistung zu informieren, um diesen vor einer schädigenden Doppelzahlung zu bewahren.⁹⁷ Nichts anderes kann in einer gespaltenen Gesamtschuld gelten, zumal § 426 BGB in dieser Konstellation analog anwendbar ist⁹⁸.

Fraglich ist, ob nach einer isolierten Zession auch der Gläubiger Bescheid geben muss, wenn an ihn geleistet wurde. Eine solche Anzeigepflicht könnte zunächst gegenüber dem anderen Gläubiger bestehen. Mit diesem ist der befriedigte Gläubiger schuldrechtlich über das der Zession zugrunde liegende Kausalgeschäft verbunden.

ungeteilten Gesamtschuld aber seltener sein. Denn wie soeben erklärt weiß der Gläubiger dabei in der Regel, dass ein Mitschuldner bereits geleistet hat, und wird darum nicht mehr auf einen weiteren Gesamtschuldner zugreifen.

⁹⁵ Als Ausnahme kommt eine Drittleistung nach § 267 BGB in Betracht.

⁹⁶ Allgemein zu Aufklärungspflichten etwa *G. Bachmann*, in: MüKo-BGB (2016), § 241 Rn. 110 ff.

⁹⁷ *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 426 Rn. 13; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 426 Rn. 101. Für eine Informationspflicht (aber als gesamtschuldnerische Mitwirkungspflicht) auch *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 426 Rn. 73. A. A. B. *Prediger*, Regelungen über die Gesamtschuld (1988), S. 154 f.: Es bestehe keine Anzeigepflicht, sondern bestenfalls eine Auskunftspflicht zwischen den Gesamtschuldnern. Gebe ein Gesamtschuldner nicht oder unrichtig Auskunft, mache er sich nach § 826 BGB schadensersatzpflichtig.

⁹⁸ Dazu schon unter „Regress zwischen den Gesamtschuldnern nach der Trennung gesamtschuldnerischer Forderungen“ ab S. 154.

Letzteres könnte den befriedigten Gläubiger nach § 241 II BGB dazu verpflichten, den anderen Gläubiger über den Erhalt der Leistung zu informieren.⁹⁹ Dazu müsste eine entsprechende Information aus Rücksicht gegenüber dem nicht befriedigten Gläubiger geboten sein.¹⁰⁰ Dies ließe sich mit dem Argument bejahen, dass der nicht befriedigte Gläubiger andernfalls zu Unrecht von seinem Gesamtschuldner Leistung verlangen und sich dadurch diesem gegenüber haftbar machen könnte (etwa nach §§ 280, 241 II BGB oder § 812 I 1 Var. 1 BGB¹⁰¹) oder die Kosten eines etwaigen verlorenen Prozesses zu tragen hätte (§ 91 ZPO). Auch Gesamtgläubiger müssen einander Auskunft über die Leistungserbringung durch den Schuldner erteilen, um zu vermeiden, dass der nicht befriedigte Gesamtgäubiger in Unkenntnis der schon erbrachten Leistung seinen erloschenen Anspruch durchzusetzen sucht und dadurch ein Haftungs- und Kostenrisiko auf sich zieht.¹⁰²

Durch eine Aufklärung des nicht befriedigten Gläubigers würde dessen Schuldner freilich nur davor geschützt, dass sein Gläubiger ihn aus Versehen zu Unrecht in Anspruch nimmt. Er wird nicht davor geschützt, dass sein Gläubiger auf ihn zugreift, obschon dieser Gläubiger über die Leistung an den anderen Gläubiger aufgeklärt wurde.¹⁰³ Wirksamer wird der Schuldner des nicht befriedigten Gläubigers geschützt, wenn der befriedigte Gläubiger diesem Schuldner den Erhalt der Leistung mitteilen muss. Eine solche Anzeigepflicht nach § 241 II BGB gegenüber dem Schuldner des anderen Gläubigers zu konstruieren, kann jedoch schwierig sein. Im Verhältnis des Zedenten zu dem Schuldner des Zessionars könnte man dazu noch auf eine nachwirkende Treuepflicht abstellen.¹⁰⁴ Problematischer ist das Verhältnis des Zessionars

⁹⁹ Weniger hilfreich ist die Auskunftspflicht aus § 402 Var. 1 BGB. Sie verpflichtet zwar auch zur Auskunft über Tatsachen, die erst nach der Abtretung eingetreten sind, inklusive einer anschließenden Leistung (eines Gesamtschuldners); s. nur *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 402 Rn. 10. Die Pflicht trifft aber nur den Zedenten (nicht auch den Zessionar) und ist lediglich auf Auskunft gerichtet (nicht auf eine proaktive Mitteilung; vgl. *J. Lieder*, in: Beck-OGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 402 Rn. 11).

¹⁰⁰ Vgl. zum Schutzzweck der Aufklärungspflicht näher *G. Bachmann*, in: MüKo-BGB (2016), § 241 Rn. 117.

¹⁰¹ Dazu sogleich unter „Regressansprüche“ ab S. 192.

¹⁰² Vgl. OLG Dresden, Beschluss v. 27.03.2012, NJW-RR 2012, S. 1006 (1007): Wegen § 430 BGB bestehe eine nach Treu und Glauben aus der Gesamtgäubigerschaft herrührende wechselseitige Auskunftspflicht. Aus der Lit. für einen Anspruch auf Auskunft *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 430 Rn. 42, 44 sowie *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 430 Rn. 3a, nach dem der Anspruch aus § 430 BGB folgt. Den ausgleichspflichtigen Gesamtgäubiger treffe eine Auskunftspflicht gegenüber dem ausgleichsberechtigten Gesamtgäubiger zumindest dann, wenn Kenntnis des Berechtigten von der Leistung des Schuldners nicht angenommen werden könnte.

¹⁰³ Das wäre zwar unberechtigt. Einen tatsächlichen Anreiz dazu hat der Gläubiger, der bislang „leer ausgegangen“ ist, aber trotzdem, weil sein Leistungsinteresse bisher nicht befriedigt wurde. Das ist bei einer normalen Gesamtschuld anders, da es dabei nur einen Gläubiger gibt.

¹⁰⁴ Vgl. *B. Prediger*, Regelungen über die Gesamtschuld (1988), S. 154, nach dem der Schuldner in einer normalen Gesamtschuld den Gläubiger nach etwaigen Leistungen der Mitschuldner fragen kann. Der Gläubiger sei auskunftspflichtig.

zu dem Schuldner des Zedenten, da zwischen beiden kein Schuldverhältnis (mit Leistungspflichten) besteht¹⁰⁵: Ein Recht, die gesamtschuldnerische Leistung zu fordern, hat der Zessionar allein gegenüber seinem eigenen Schuldner, und vertraglich ist er nur mit dem Zedenten über das der Zession zugrunde liegende Kaufgeschäft verbunden. Der Zessionar könnte allenfalls gemäß § 311 II oder III BGB oder nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter verpflichtet sein, den ihm fremden Schuldner über den Erhalt der Leistung im Rahmen einer Pflicht nach § 241 II BGB aufzuklären. Das erscheint allerdings zweifelhaft.¹⁰⁶

Letztlich kann diese Frage dahinstehen. Selbst wenn in einer gespaltenen Gesamtschuld sowohl der leistende Schuldner als auch der befriedigte Gläubiger verpflichtet sind, den anderen Gesamtschuldner über die Leistung aufzuklären, wird Letzterer dadurch unvollkommen geschützt. Faktisch scheidet eine Aufklärung in vielen Fällen aus. Denkbar ist zum Beispiel, dass die Aufklärungspflichtigen überhaupt nichts von der Gesamtschuld wissen oder die Mitschuldner nicht (rechtzeitig) informieren können.¹⁰⁷ Vor allem mindert eine Aufklärungspflicht die prozessualen Gefahren für einen Gesamtschuldner nicht hinreichend. Selbst wenn der Schuldner von seiner Leistungsbefreiung weiß, muss er die befreidenden Umstände im Prozess noch darlegen und zur Überzeugung des Richters beweisen. Gelingt ihm das nicht, kann er zur Leistung verurteilt werden, obwohl er eigentlich nicht mehr leisten muss. Nun könnte man einwenden, die Gefahr eines solchen Fehlurteils bestehe gleichermaßen bei einer normalen Gesamtschuld. Rechtlich ist das richtig. Aber faktisch ist diese Gefahr in einer Gesamtschuld mit getrennter Gläubigerschaft deutlich erhöht. Dabei hat der eine Gläubiger wie gesehen subjektiv auch dann noch ein Leistungsinteresse, wenn der andere Gläubiger befriedigt wurde. Der bisher leer ausgegangene Gläubiger kann selbst dann noch auf seinen Schuldner

¹⁰⁵ Vgl. *D. Olzen*, in: Staudinger (2015), § 241 Rn. 399, der darlegt, unproblematisch lasse sich der Ursprung von Rücksichtspflichten nur bei einem bestehenden und wirksamen Schuldverhältnis bestimmen. Dieses könne gesetzlicher (z. B. § 812 BGB) oder vertraglicher Natur (z. B. § 433 BGB) sein.

¹⁰⁶ § 311 II BGB passt für das Verhältnis zwischen dem Zessionar und dem Schuldner des Zedenten nicht, weil zwischen beiden i. d. R. kein Kontakt geschäftlicher Art besteht. § 311 III BGB in Verbindung mit den Grundsätzen zur Eigenhaftung Dritter liegt fern, da der Zessionar kaum jemals schon an der Begründung der Verpflichtung des ihm fremden Schuldners ein wirtschaftliches Eigeninteresse hatte oder dabei besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat. Am ehesten dürfte in Betracht kommen, dass der schuldrechtliche Vertrag zwischen Zedent und Zessionar Schutzwirkung zugunsten Dritter entfaltet, also zugunsten des Schuldners der nicht zedierte Forderung. Insbesondere dürfte der Schuldner des Zedenten durch Vermittlung oder mit Willen des Zedenten als des primären Gläubigers mindestens in gleicher Weise den Gefahren einer Aufklärungspflichtverletzung durch den Zessionar ausgesetzt sein wie der Zedent selbst („Leistungsnähe“). Vgl. allg. zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und seinen Voraussetzungen *P. Gottwald*, in: MüKo-BGB (2016), § 328 Rn. 164 ff.

¹⁰⁷ Dann kann ein Anspruch auf Schadensersatz entstehen, der allerdings verschuldensabhängig ist. Dazu sogleich unter „Regressansprüche“ ab S. 192.

zugreifen wollen, wenn er von dem anderen Gläubiger über dessen Befriedigung aufgeklärt wurde. So könnte der bislang unbefriedigte Gläubiger die Richtigkeit der Aufklärung anzweifeln, da er selbst kaum jemals beurteilen kann, ob der andere Gläubiger in der Tat die gesamtschuldnerische Leistung erhalten hat. Selbst wenn der unbefriedigte Gläubiger die Aufklärung für richtig hält, wird er daraus nicht unbedingt den juristisch korrekten Schluss ziehen, dass sein eigenes Forderungsrecht erloschen ist.¹⁰⁸ Hat hingegen in einer normalen Gesamtschuld ein Schuldner an den Gläubiger geleistet, wird der Gläubiger in der Regel nicht mehr auf einen weiteren Gesamtschuldner zugreifen wollen.¹⁰⁹

Im Übrigen zeigt ein Vergleich mit der Gesamtgläubigerschaft, dass die Belastung des Schuldners selbst bei Aufklärung über eine erfolgte Leistung erheblich ist. Gesamtgläubiger sind verpflichtet, einander darüber aufzuklären, dass der Schuldner geleistet hat.¹¹⁰ Ihr Schuldner ist sich typischerweise ohnehin über eine erfolgte Leistung im Klaren, weil er die Leistung in der Regel selbst und bewusst erbringt. Trotzdem hält die herrschende Ansicht die nachträgliche Vereinbarung einer Gesamtgläubigerschaft für zustimmungsbedürftig.¹¹¹

(2) *Einziehungsverbot und pactum de non petendo*

Möglicherweise schützt ein Einziehungsverbot zulasten eines Gläubigers (meist des Zedenten) die getrennten Gesamtschuldner davor, unberechtigt in Anspruch genommen zu werden.¹¹² In der Tat kann ein Gläubiger aus dem der Abtretung zugrunde liegenden Kausalgeschäft verpflichtet sein, dem anderen Gläubiger die Einziehung der zedierten Forderung zu gewährleisten und daher die ihm zustehende Gesamtschuldforderung nicht geltend zu machen.¹¹³ Zwar wirkt ein Einziehungsverbot zwischen den Gläubigern rein schuldrechtlich.¹¹⁴ Allerdings geht mit einem Einziehungsverbot in der Regel ein *pactum de non petendo* einher, wonach der Gesamtschuldner des Verbotsadressaten eine Einrede gegen seine Inanspruchnahme erwirbt.¹¹⁵ Das verringert die Möglichkeit eines „Doppelzugriffs“ auf die Gesamtschuldner. Trotzdem bleibt das Risiko einer unberechtigten Inanspruchnahme signifikant. Denn Einziehungsverbot und Einforderungsverzicht bestehen keineswegs in jedem Fall. Selbst wenn sie bestehen, kann der Schuldner, zum Beispiel in Un-

¹⁰⁸ Ein Laie kann zu der Annahme verleitet sein, bis er selbst die Leistung erhalten kann, könnte er diese auch von seinem Schuldner verlangen.

¹⁰⁹ Vgl. Fn. 92 in diesem Kap. und den dazu gehörigen Haupttext.

¹¹⁰ S. Fn. 102 in diesem Kap.

¹¹¹ Vgl. abermals oben unter „Ausgangsüberlegung: rechtsgeschäftliche Begründung von Gesamtgläubigerschaft an einer bestehenden Einzelforderung“ ab S. 165.

¹¹² In diese Richtung *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 38.

¹¹³ Dazu schon unter „Einziehungsverbot zulasten des Zedenten“, S. 113.

¹¹⁴ Der verbotsbelastete Gläubiger kann sich daher im Verhältnis zu dem anderen Gläubiger ohne Weiteres über das Verbot hinwegsetzen und gleichwohl Leistung von seinem Schuldner verlangen.

¹¹⁵ Dazu unter „Einforderungsverzicht zulasten des Zedenten“, S. 117.

kenntnis des Einziehungsverbots oder gar der Abtretung, freiwillig an den verbotssbelasteten Gläubiger leisten. Außerdem existiert ein Einziehungsverbot zum Schutz des anderen Gläubigers nur so lange, wie der Schutz nötig ist. Das Schutzbedürfnis entfällt, sobald der andere Gläubiger die Leistung erhält. Ab dann wäre ein Einziehungsverbot auch deshalb nicht mehr erklärbar, weil es wegen der Befreiungswirkung analog § 422 BGB gar keine Forderung mehr gibt, die der bislang verbotssbelastete Gläubiger einziehen könnte. Aus demselben Grund entfällt die Basis für ein etwaiges *pactum de non petendo*: Der Schuldner kann daraus keine Einrede gegen die Inanspruchnahme aus einer Forderung herleiten, die es gar nicht mehr gibt.¹¹⁶ Nur wenn der Zedent nichts vom Erlöschen seiner Forderung weiß und sich deshalb weiterhin an das vermeintliche Verbot ihrer Geltendmachung hält, können Einziehungsverbot und *pactum de non petendo* noch faktischen Schutz vor einer unberechtigten Inanspruchnahme vermitteln. Weiß der bislang verbotssbelastete Gläubiger von der Leistung an den anderen Gläubiger, hängt es von seinen rechtlichen Schlussfolgerungen ab, ob er gleichwohl noch auf seinen Schuldner zugreift. Aus diesen Gründen vermögen Einziehungsverbot und *pactum de non petendo* die Gefahr einer unberechtigten Inanspruchnahme nicht gänzlich zu verhüten.

(3) Zivilprozessualer Schutz – insbesondere Streitverkündung

Wie bereits angemerkt, hat die Gefahr einer unberechtigten Inanspruchnahme auch eine prozessuale Dimension: Verklagt ein Gläubiger seinen eigentlich bereits befreiten Schuldner auf Leistung, muss dieser Schuldner darlegen und unter Umständen beweisen, dass er analog § 422 BGB von seiner Leistungspflicht frei geworden ist, um nicht zur Leistung verurteilt zu werden. Dieselbe Beweislast trägt der Schuldner, wenn er einer unberechtigten Inanspruchnahme mittels einer negativen Feststellungsklage gemäß § 256 I Var. 2 ZPO zuvorkommen will.¹¹⁷ Die Beweisführung fällt dem Schuldner schwer, da die befreienenden Umstände in dem für ihn fremden Rechtsverhältnis zwischen seinem Mitschuldner und dessen Gläubiger eingetreten sind. Um diese Umstände zu beweisen, wird der Schuldner seinen Mitschuldner und dessen Gläubiger nach §§ 373 ff. ZPO als Zeugen benennen, wenn er von deren Existenz weiß.¹¹⁸ Ergibt sich (im Rahmen der Zeugenvernehmung), dass

¹¹⁶ Außerdem ist ein zwischen Zedent und Zessionar vereinbarter Einforderungsverzicht gemäß § 328 II BGB in der Regel so auszulegen, dass er ohne Zustimmung des Schuldners wieder aufgehoben werden kann. Wenn das Einziehungsverbot entfällt, liegt es nahe, dass Zedent und Zessionar stillschweigend auch das *pactum de non petendo* aufheben (oder dieser Zusammenhang von vornehmerein vereinbart war), weil das *pactum de non petendo* auf dem Einziehungsverbot aufbaut (vgl. unter „Einforderungsverzicht zulasten des Zedenten“ ab S. 117).

¹¹⁷ Voraussetzung dafür ist insbesondere, dass sich der vermeintliche Gläubiger seines Forderungsrechts berühmt. Vgl. dazu BGH, Urteil v. 30.04.2015, NJW 2016, S. 66 Rn. 15.

¹¹⁸ Der beweispflichtige Schuldner muss nicht nur seinen Mitschuldner (in der Eigenschaft als Gesamtschuldner) respektive dessen Gläubiger kennen. Außerdem muss er Anhaltspunkte für die gesamtbefreende Leistung haben, um darüber Beweis erheben zu dürfen. Ein auf Ausforschung zielender Beweisermittlungsantrag, der auf der willkürlichen Behauptung be-

Urkunden existieren, die eine Leistung des Mitschuldners beweisen, etwa eine Quittung, wird der verklagte Gesamtschuldner einen entsprechenden Urkundenbeweis antreten. Der Mitschuldner oder dessen Gläubiger müssen relevante Urkunden nach Maßgabe der §§ 428 ff. ZPO vorlegen.

Eine isolierte Dritt widerklage gegen den Gläubiger des Mitschuldners auf Feststellung bereits erfolgter Erfüllung wurde von Rechtsprechung und Literatur bisher nicht thematisiert und ist insofern praktisch nicht anerkannt. In jedem Fall hat sie keinen Mehrwert für den Schuldner, der sich gegen eine zusätzliche Inanspruchnahme durch den eigenen, noch nicht befriedigten Gläubiger verteidigen will. Rügt dieser Schuldner seine unberechtigte Inanspruchnahme unter Verweis auf bereits erfolgte Erfüllung, muss das Gericht diesen gesamtwirkenden Umstand ohnehin inzident prüfen. Ist der fremde Gläubiger dabei keine Partei des Rechtsstreits, kann er wenigstens als Zeuge vernommen werden. Der Sinn einer isolierten Dritt widerklage liegt nicht darin, sich gegen die Inanspruchnahme des Klägers zu wehren, sondern in der Verhütung einer möglichen weiteren Inanspruchnahme durch den Dritt widerbeklagten. Allenfalls zu diesem Zweck käme eine Dritt widerklage gegen den schuldnerfremden Gläubiger in Frage.¹¹⁹ Hier geht es aber um die Verteidigung gegen eine unberechtigte Inanspruchnahme durch den noch nicht befriedigten, schuldnerreigenen Gläubiger.

Hilfreich kann für den zu Unrecht verklagten Gesamtschuldner die Streitverkündung sein. Denn sie kann nicht nur die Beweisführung in der fremden Rechtssphäre des Mitschuldners erleichtern, sondern auch eine doppelte gerichtliche Inanspruchnahme¹²⁰ verhindern. Darum wird die Streitverkündung im Folgenden näher beleuchtet.

Der zu Unrecht gerichtlich in Anspruch genommene Gesamtschuldner hat gemäß § 72 IZPO ein Recht auf Streitverkündung, wenn er für den Fall des ihm ungünstigen Ausgangs des anhängigen Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder

freier Umstände „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ gründete, ist unzulässig. Vgl. dazu etwa BGH, Beschluss v. 16.04.2015, NJW-RR 2015, S. 829 Rn. 13. Dieses (theoretische) Problem stellt sich hingegen nicht bei der Streitverkündung, da diese nach § 72 ZPO andere Voraussetzungen hat (dazu sogleich im Haupttext).

¹¹⁹ Ausnahmsweise zulässig ist eine isolierte Dritt widerklage auf Feststellung, dass die andere Zessionspartei infolge der Abtretung keinen Anspruch gegen den Schuldner (mehr) geltend machen kann. Es geht dabei um die Frage, ob überhaupt ein Forderungsübergang stattgefunden hat oder nicht (etwa mangels abtretbarer Ansprüche und wegen Unwirksamkeit der Zession). Dazu bereits Fn. 64 in diesem Kap. Es ist zweifelhaft, ob darüber hinaus eine isolierte Dritt widerklage gegen den schuldnerfremden Gläubiger auf Feststellung einer Schuldbefreiung i. S. d. § 422 BGB zulässig ist. Es lässt sich wohl nur rechtfertigen, den fremden Gläubiger durch Dritt widerklage in den Rechtsstreit hineinzuziehen, wenn von ihm eine weitere Inanspruchnahme droht. Das liegt insofern fern, als er schon von „seinem“ Gesamtschuldner befriedigt wurde und nur diesen für seinen Schuldner halten wird. Die isolierte Dritt widerklage ist eine Ausnahme und sollte darum m. E. im Zweifel nicht zugelassen werden.

¹²⁰ Gemeint ist eine Inanspruchnahme sowohl durch den vermeintlichen Gläubiger als auch einen ausgleichsberechtigten Mitschuldner. Vgl. dazu S. 181.

Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt. Als Dritter kommt der Mitschuldner in Betracht, der bereits an seinen eigenen Gläubiger¹²¹ geleistet hat. Ausgleichsansprüche unter Gesamtschuldnern sind Ansprüche auf Schadloshaltung im Sinne von § 72 I ZPO.¹²² Ein Grund zur Streitverkündung liegt in jedem Fall vor, wenn der verklagte Schuldner im gesamtschuldnerischen Innenverhältnis zumindest teilweise ausgleichsberechtigt ist, insbesondere nach § 426 I und II BGB. Unterliegt der zu Unrecht in Anspruch genommene Schuldner in dem Rechtsstreit mit dem Gläubiger, kann er in der Folge einen intern ausgleichspflichtigen Mitschuldner gerichtlich in Regress nehmen. Zwar besteht materiellrechtlich kein Ausgleichsanspruch, weil der Mitschuldner als Erster gesamtbefreit geleistet hat.¹²³ Allerdings wird der Mitschuldner als Streitverkündungsempfänger gemäß §§ 74 III, 68 ZPO in einem Folgeprozess im Verhältnis zu dem Streitverkünder mit der Behauptung nicht gehört, dass der Vorprozess, wie er dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei. Im Folgeprozess tritt also zugunsten des Gesamtschuldners, der den Streit verkündet hat, eine Bindung an den Vorprozess ein (Interventionswirkung). Demnach muss in einem Folgeprozess über gesamtschuldnerischen Binnenregress angenommen werden, dass der eigentlich zu Unrecht belangte Gesamtschuldner *berechtigt* in Anspruch genommen wurde. Somit gilt er als derjenige Schuldner, der gesamtbefreit geleistet hat und darum Binnenregress bei seinem ausgleichspflichtigen Mitschuldner nehmen kann. Das möchte dieser Mitschuldner tunlichst vermeiden. Schließlich hat er die gesamtschuldnerisch geschuldete Leistung schon erbracht und würde daher doppelt belangt, soweit er zusätzlich internen Ausgleich leisten müsste. Soweit er an für sich

¹²¹ Dieser Gläubiger kann nicht Streitverkündungsempfänger sein. In Bezug auf ihn kommen keine Ansprüche im Sinne von § 72 I ZPO in Frage.

¹²² Aus der Lit. etwa *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 421 Rn. 31; *S. Weth*, in: Musielak/Voit (2018), § 72 Rn. 6. Aus der Rspr. BGH, Urteil v. 07.05.2015, NJW-RR 2015, S. 1058 Rn. 25. In dem Urteil wird erklärt: „Die Streitverkündung ist ein in erster Linie den Interessen des Streitverkünders dienender prozessualer Behelf, der dazu bestimmt ist, verschiedene Beurteilungen derselben Tatbestands zu vermeiden, d. h. den Streitverkünder durch die Bindungswirkung gem. §§ 74, 68 ZPO vor dem Risiko zu bewahren, dass er wegen der materiellrechtlichen Verknüpfung der im Vor- und Folgeprozess geltend gemachten bzw. geltend zu machenden Ansprüche mehrere Prozesse führen muss, dabei aber Gefahr läuft, alle zu verlieren, obwohl er zumindest einen gewinnen müsste. (...) Ein Beklagter, der einen Gesamtschuldnerausgleichsanspruch gegen einen Dritten erheben zu können glaubt, ist dem vorstehenden genannten Risiko ausgesetzt, vor dem die mit der Streitverkündung verbundene Bindungswirkung gem. §§ 74, 68 ZPO bewahren soll.“

¹²³ Zwar kann kein Ausgleichsanspruch gegen den Mitschuldner entstehen, weil dieser bereits gesamtbefreit an seinen Gläubiger geleistet hat (vgl. Fn. 137 in diesem Kap.). § 72 ZPO verlangt aber nicht, dass der Anspruch, den der Streitverkünder gegenüber dem Dritten (hier: dem Mitschuldner) zu haben glaubt, wirklich besteht. Es kommt nicht auf die objektive Rechtslage an, sondern darauf, dass im Zeitpunkt der Streitverkündung aus der nicht von vornherein als unberechtigt zu wertenden Sicht der Partei ein solcher Anspruch als möglich erscheint; statt aller *H.-J. Schultes*, in: MüKo-ZPO (2016), § 72 Rn. 7; *S. Weth*, in: Musielak/Voit (2018), § 72 Rn. 5; *W.-D. Dressler*, in: BeckOK-ZPO (30. Ed., Stand: 15.09.2018), § 72 Rn. 8.

selbst ausgleichsberechtigt ist, könnte er nicht mehr auf Ausgleich klagen.¹²⁴ Das schützt den Gesamtschuldner, der zu Unrecht von seinem vermeintlichen Gläubiger verklagt wird, vor einer doppelten Leistung.¹²⁵ Es beschneidet aber den Ausgleichsanspruch des Gesamtschuldners, der tatsächlich zuerst gesamtbefreidend geleistet hat. Dieser Gesamtschuldner hat nach alledem ein Interesse daran, auf die Streitverkündung mit einem Beitritt zum Vorprozess zu reagieren. Er wird dem Streit nach § 74 I ZPO als Nebenintervent aufseiten des zu Unrecht verklagten Gesamtschuldners beitreten, um diesem durch bessere Sachverhaltsaufklärung zum Prozesserfolg zu verhelfen.¹²⁶ Wenn das gelingt, muss der Mitschuldner, der zuerst gesamtbefreidend geleistet hat, keinen Folgeprozess befürchten, in dem ihm zu Unrecht eine Ausgleichsleistung aufgebürdet oder versagt wird.¹²⁷

Ein Problem ergibt sich, wenn der Streitverkünder darüber aufgeklärt ist¹²⁸, dass sein Mitschuldner bereits gesamtbefreidend geleistet hat. Dann kann er entgegen § 72 I ZPO nicht glauben, dass er bei einem ungünstigen Ausgang seines Prozesses einen Mitschuldner in Regress nehmen kann, obschon dieser Mitschuldner im Innerverhältnis einstandspflichtig war¹²⁹. Denn diese Einstandspflicht hat der Mitschuldner erfüllt, als er die volle Leistung an seinen Gläubiger erbracht hat.¹³⁰ Hier liegt aber zumindest eine analoge Anwendung von § 72 I ZPO nahe, weil der Schutzzweck einer Streitverkündung gleichermaßen eingreift: Die Partei des Vor-

¹²⁴ Ein Ausgleichsanspruch würde voraussetzen, dass er den Gläubiger gesamtbefreidend befriedigt hat. Das scheidet aus, wenn wegen der Interventionswirkung des Vorprozesses angenommen wird, dass ein anderer Schuldner mit der Wirkung von § 422 BGB geleistet hat.

¹²⁵ Wegen einer doppelten Inanspruchnahme durch den vermeintlichen Gläubiger sowie einen ausgleichsberechtigten Mitschuldner. Vgl. dazu S. 181.

¹²⁶ Der Nebenintervent ist nach § 67 ZPO berechtigt, Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen und Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen. Er kann insbesondere selbst Beweise einbringen. Da der Nebenintervent als Dritter am Prozess beteiligt ist, kann er weiterhin Zeuge sein. Dabei hat er über seine zivilprozessuale Wahrheitspflicht hinaus auch einen tatsächlichen Anreiz, wahrheitsgemäß auszusagen, um so eine für ihn nachteilige Interventionswirkung abzuwenden.

¹²⁷ Vgl. zur Nebenintervention nur *W.-D. Dressler*, in: BeckOK-ZPO (30. Ed., Stand: 15.09.2018), § 66 Rn. 1: „Sie soll [dem intervenierenden Dritten] die Möglichkeit verschaffen, seine eigenen rechtlichen Interessen zu wahren, wenn diese durch den Ausgang des Verfahrens negativ beeinflusst werden können. Damit wird ihm von vornherein, noch bevor er selbst gerichtlich in Anspruch genommen wird, rechtliches Gehör gewährt; er kann durch Unterstützung einer der Parteien verhindern, selbst rechtliche Nachteile zu erleiden, die ihm drohen könnten, falls diese Partei in ihrem Rechtsstreit unterliegt.“

¹²⁸ Etwa infolge der Erfüllung einer Aufklärungspflicht wie dargestellt unter „Aufklärungspflichten“ ab S. 183.

¹²⁹ War der Mitschuldner intern nur teilweise verpflichtet, stellt sich das Problem mit geringerer Schärfe. Dann nämlich hat dieser Mitschuldner, der zuerst geleistet hat, einen Anspruch auf Binnenregress, soweit er nach außen mehr geleistet hat, als er intern musste. Der zu Unrecht verklagte Gesamtschuldner kann somit den Streit im Hinblick auf einen Regressanspruch verkünden, der ihm droht. Dazu sogleich im Haupttext.

¹³⁰ Vgl. Fn. 137 in diesem Kap.

prozesses soll nicht in eine Lage geraten, in der sie beide Prozesse verlieren kann, obwohl sie einen gewinnen müsste.¹³¹

Des Weiteren ist eine Streitverkündung zulässig, wenn allein der Mitschuldner, der zuerst geleistet hat, im Innenverhältnis ausgleichsberechtigt ist. Nach § 72 I ZPO besteht auch dann ein Grund zur Streitverkündung, wenn der verklagte Schuldner besorgen kann, in der Folge seines Prozesses einem Regressanspruch *ausgesetzt* zu sein. Hat ein ausgleichsberechtigter Schuldner gesamtbefreiend geleistet, erwirbt er einen Anspruch auf Ausgleich gegen einen anderen Gesamtschuldner. Dieser Anspruch besteht materiellrechtlich unabhängig davon, ob der ausgleichspflichtige Gesamtschuldner in einem (späteren) Prozess mit seinem vermeintlichen Gläubiger verliert oder gewinnt. § 72 ZPO ist nicht nur anwendbar, wenn der zu Unrecht verklagte Gesamtschuldner den Ausgleichsanspruch des Mitschuldners ausschließlich im Fall eines ungünstigen Ausgangs des Vorprozesses zu besorgen hat. Darüber hinaus ist eine Streitverkündung zulässig, wenn ein Regressanspruch auch dann droht, wenn der Schuldner im Vorprozess obsiegt.¹³² Schließlich reicht es für die Zulässigkeit der Streitverkündung aus, dass die Partei des Vorprozesses in eine Lage geraten kann, in der sie beide Prozesse verliert, obwohl sie einen gewinnen müsste.¹³³ Genau dieser Gefahr wäre ein zu Unrecht verklagter Gesamtschuldner ausgesetzt, lehnte man eine Streitverkündung gegenüber einem voll ausgleichsberechtigten Mitschuldner ab.¹³⁴

Eine Streitverkündung hilft einem Gesamtschuldner indes nicht immer, sich prozessual gegen eine unberechtigte Inanspruchnahme zu verteidigen. Die Inter-

¹³¹ Vgl. zu diesem Schutzzweck BGH, Urteil v. 15.05.1997, VersR 1997, S. 1363 (1365).

¹³² Nicht erfasst ist ein Regressanspruch, der allein dann droht, wenn der Vorprozess günstig ausgeht. Das mag zwar von der Warte des Gerichts im Vorprozess der Fall sein. Wenn es nämlich davon überzeugt ist, dass ein anderer Gesamtschuldner bereits voll geleistet hat, wird es erstens von einer Mitbefreiung des verklagten Gesamtschuldners analog § 422 BGB ausgehen und daher zu dessen Gunsten entscheiden, und zweitens müsste es einen gegen ihn gerichteten Regressanspruch des ausgleichsberechtigten Mitschuldners annehmen. Maßgeblich ist nach § 72 I ZPO aber die Sicht des Schuldners im Vorprozess. Für ihn droht der Regressanspruch unabhängig von dem Ausgang des Vorprozesses, weil die darin getroffene Entscheidung die materielle Rechtslage nicht verändert. Das entspricht der herrschenden prozessrechtlichen Theorie der materiellen Rechtskraft. Vgl. zum Wesen der materiellen Rechtskraft näher I. Saenger, in: HK-ZPO (2017), § 322 Rn. 8 ff. m. w. N.

¹³³ Deswegen dürfe § 72 I ZPO nicht so verstanden werden, dass eine Partei dem Dritten den Streit verkünden kann, wenn sie nur für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits dessen Anspruch besorgt. Dazu BGH, Urteil v. 15.05.1997, VersR 1997, S. 1363 (1365) sowie C. Althammer, in: Zöller (2018), § 72 Rn. 4; S. Weth, in: Musielak/Voit (2018), § 72 Rn. 4.

¹³⁴ Der zu Unrecht verklagte Schuldner könnte den Prozess verlieren, mithin an seinen „Gläubiger“ leisten müssen, und sodann von dem ausgleichsberechtigten Mitschuldner gerichtlich in Anspruch genommen werden. Gäbe es in diesem Folgeprozess keine Interventionswirkung, könnte das Gericht abweichend zum Vorprozess anerkennen, dass der ausgleichsberechtigte Gesamtschuldner zuerst geleistet hat und daher Rückgriff bei seinem Mitschuldner nehmen kann. Dieser Mitschuldner müsste somit aufgrund widersprüchlicher Urteile doppelt leisten. Genau das soll die Streitverkündung verhindern.

ventionswirkung findet ihre Grenzen in § 68 Hs. 2 ZPO. Danach kann sich der andere Schuldner in einem folgenden Regressprozess gegen die Interventionswirkung mit dem Einwand verteidigen, der vorherige Rechtsstreit sei von der Hauptpartei mangelhaft geführt worden. Insbesondere kann sich die mangelhafte Prozessführung schon unabänderbar verwirklicht haben, bevor der Nebenintervent dem Rechtsstreit beigetreten ist.

Eine weitere Unzulänglichkeit der Streitverkündigung kann sich aus der zeitlichen Reihenfolge einer gerichtlichen Inanspruchnahme durch den vermeintlichen Gläubiger einerseits und einen ausgleichsberechtigten Mitschuldner andererseits ergeben. Wird ein mitbefreiter Gesamtschuldner von seinem ausgleichspflichtigen Mitschuldner auf Binnenregress verklagt und gleichzeitig gerichtlich von seinem vermeintlichen Gläubiger belangt, kann die Streitverkündung im Prozess mit dem Gläubiger zu spät kommen. Allenfalls könnte die Verbindung beider Prozesse (§ 147 ZPO) oder die Aussetzung eines Prozesses wegen Voreilflichkeit (§ 148 ZPO) helfen. Andere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn der ausgleichsberechtigte Mitschuldner bereits erfolgreich auf Binnenregress geklagt hat, bevor der andere Schuldner zu Unrecht von seinem vermeintlichen Gläubiger gerichtlich belangt wird. Dann könnte die Rechtskraft des ersten Prozesses über Binnenregress einem zweiten Prozess darüber unabhängig von einer etwaigen Interventionswirkung entgegenstehen.¹³⁵

Außerdem kann einem Mitschuldner kein Streit verkündet werden, wenn der Mitschuldner in seiner Eigenschaft als Gesamtschuldner oder überhaupt nicht bekannt ist. Das ist zwar auch bei einer ungeteilten Gesamtschuld der Fall. Allerdings ist dabei das Bedürfnis einer Streitverkündung zum Schutz gegen eine unberechtigte Inanspruchnahme geringer, weil Letztere weniger wahrscheinlich ist¹³⁶.

(4) Regressansprüche

Wenn ein Gesamtschuldner trotz aller Kautelen zu Unrecht in Anspruch genommen wurde, können ihn nur noch Rückgriffsansprüche schützen. Ein Rückgriff bei dem Mitschuldner analog § 426 BGB scheidet indes aus.¹³⁷ In Betracht kommt

¹³⁵ Derlei zivilprozessuale Sonderfragen sollen in dieser primär materiellrechtlichen Abhandlung nicht weiter untersucht werden.

¹³⁶ Dazu unter „Ausmaß des Risikos – nicht nur allgemeines Lebensrisiko“ ab S. 182.

¹³⁷ Die Norm setzt voraus, dass ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt. Das wird am Wortlaut von § 426 II 1 BGB deutlich; bei § 426 I 1 BGB kann nichts anderes gelten. Ein Gläubiger wird nicht befriedigt, wenn er keine Forderung mehr innehalt. Vgl. *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 426 Rn. 13, nach dem ein Gesamtschuldner nicht wegen Doppelzahlung Regress bei seinem Mitschuldner nehmen könne, weil der andere Gesamtschuldner seinen Betrag schon an den Gläubiger geleistet habe. § 426 II 1 BGB scheitert zudem daran, dass der Gläubiger des unberechtigt leistenden Schuldners keine Forderung mehr hat, die qua *cessio legis* übergehen könnte. Diese Forderung ist wegen der bereits erfolgten Leistung des Mitschuldners entweder analog § 426 II 1 BGB auf diesen übergegangen oder analog §§ 422, 362 I BGB erloschen.

ein Anspruch gegen den vermeintlichen Gläubiger auf Rückgewähr des zu Unrecht Geleisteten nach § 812 I 1 Var. 1 BGB. Dieser Anspruch wird aber oft scheitern.¹³⁸ Nur einzelnen Fällen kann der Schuldner gegen den Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz wegen unberechtigter Inanspruchnahme haben.¹³⁹ Nach deutlich überwiegender Ansicht liegt im Grundsatz zumindest in der fahrlässigen Erhebung einer Klage oder in der sonstigen Inanspruchnahme eines staatlichen, gesetzlich geregelten Rechtspflegeverfahrens zur Durchsetzung vermeintlicher Rechte weder eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB noch eine Schutzpflichtverletzung mit der Folge von Schadensersatz nach §§ 280 I, 241 II BGB.¹⁴⁰ Anders verhält es sich nach wohl herrschender Meinung¹⁴¹ mit der außerprozessualen Geltendmachung vermeintlicher Rechte; hier soll eine Haftung nach den gerade genannten Normen möglich sein. Freilich wird ein Anspruch auf Schadensersatz nicht selten am Verschulden des vermeintlichen Gläubigers scheitern.

¹³⁸ Die Kondiktion kann aus vielen Gründen scheitern. Man denke dabei nur an Einwendungen wie § 814 Var. 1 BGB und § 818 III BGB oder an eine Insolvenz des Gläubigers. Außerdem wird der Gläubiger typischerweise die Rückzahlung verweigern, wenn der Schuldner bei seiner Inanspruchnahme den Gläubiger nicht davon überzeugen konnte, dass er analog § 422 BGB bereits von seiner Schuld befreit ist. Dann muss der Schuldner gegen den Gläubiger vor Gericht ziehen und dort versuchen, die Voraussetzungen von § 422 BGB darzulegen und zu beweisen. Es ist nicht sicher, dass ihm dies gelingt. Wurde er zuvor gerichtlich zur Leistung an seinen Gläubiger verurteilt, ist dem Schuldner ein gerichtlicher Rückgriff wegen der Rechtskraft des vorherigen Urteils ohnehin versperrt; vgl. BGH, Urteil v. 07.07.1993, BGHZ 123, S. 137 (139).

¹³⁹ Die Frage nach Schadensersatz wegen unberechtigter Rechtsberühmung ist im Einzelnen überaus str. und kann hier nicht vertieft werden. Näher dazu etwa *D. Kaiser*, in: FS Canaris (2007), S. 531 ff.; *C. Thole*, AcP 209 (2009), S. 499 ff.; *B. Seidl*, Anspruchsberühmung (2014). Vgl. auch zu unberechtigter Schutzrechtsverwarnung *G. Wagner*, in: MüKo-BGB (2017), § 823 Rn. 328 ff.

¹⁴⁰ Aus der Rspr. etwa BGH, Urteil v. 23.01.2008, NJW 2008, S. 1147 Rn. 8. Aus der Lit. statt vieler *W. Ernst*, in: MüKo-BGB (2016), § 280 Rn. 96; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 280 Rn. 27; *H. Sutschet*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 241 Rn. 54. Es gibt dann nur die kostenrechtliche Haftung (gemäß §§ 91 ff. ZPO). Andernfalls würde der freie Zugang zu staatlichen Rechtspflegeverfahren, an dem auch ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise eingeschränkt. Wie *R. Schwarze*, in: Staudinger (2014), § 280 Rn. D 26 klarstellt, solle aber bei Vorsatz (mind. billigende Inkaufnahme der fehlenden Berechtigung) eine Haftung möglich sein. Anders etwa *D. Kaiser*, NJW 2008, S. 1709 (1710 f.).

¹⁴¹ Etwa BGH, Urteil v. 23.01.2008, NJW 2008, S. 1147 Rn. 9 ff. für ein unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen nach § 439 I BGB sowie BGH, Urteil v. 16.01.2009, BGHZ 179, S. 238 Rn. 14 ff. jeweils m. w. N. Aus der Lit. *R. Schwarze*, in: Staudinger (2014), § 280 Rn. C 52; *D. Olzen*, in: Staudinger (2015), § 241 Rn. 524; *H. P. Westermann*, in: Erman (2017), § 241 Rn. 16; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 280 Rn. 27. Letzterer meint, der Unterschied zwischen gerichtlicher und außergerichtlicher Geltendmachung könne darin gesehen werden, dass bei einer ungerechtfertigten Klage zumindest die erstattungsfähigen gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten dem Unterlegenen auferlegt würden, während es für den Käufer erkennbar sei, dass ein unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen für den Verkäufer erheblichen Kostenaufwand verursachen könne, den er nur ersetzt bekomme, wenn ihm ein Anspruch wegen einer vertraglichen Pflichtverletzung zugebilligt werde. Nachweise zu abweichenden Ansichten finden sich bei BGH, Urteil v. 16.01.2009, BGHZ 179, S. 238 Rn. 13.

Nach alledem helfen dem Schuldner, der zu Unrecht an seinen vermeintlichen Gläubiger geleistet hat, weder Ansprüche auf Schadensersatz noch ein Kondiktionsanspruch sonderlich viel. Obschon diese Ansprüche auch einem doppelt in Anspruch genommenen Schuldner zweier Gesamtgläubiger zustehen können, geht die herrschende Ansicht davon aus, die Vereinbarung von Gesamtgläubigerschaft an einer bislang unverbundenen Forderung bedürfe der Zustimmung des Schuldners¹⁴².

Hat ein Gesamtschuldner infolge einer schuldhaften Anzeigepflichtverletzung mehr als geschuldet an den Gläubiger geleistet und kann er das Geleistete nicht wiedererlangen, kann dieser Schuldner gemäß §§ 280 I, 241 II BGB Schadensersatz von demjenigen verlangen, der die Anzeige pflichtwidrig unterlassen hat.¹⁴³ In Betracht kommt auch Schadensersatz nach § 826 BGB.¹⁴⁴ Beide Ansprüche scheiden aber in einigen Fällen mangels Verschulden aus. Nicht immer können die Aufklärungspflichtigen die mitbefreiten Gesamtschuldner (rechtzeitig) über die Leistung informieren. Zum Beispiel können die dazu notwendigen Kontaktdaten fehlen. Oftmals dürfte schon das Bestehen einer Gesamtschuld verschuldet sein, etwa weil weitere Schuldner nicht bekannt sind oder deren gesamtschuldnerische Haftung verkannt wird. Das muss keineswegs auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhen.

dd) Fazit

Ähnlich wie der Schuldner von Gesamtgläubigern ist ein Gesamtschuldner nach einer isolierten Zession gefährdet, unberechtigt in Anspruch genommen zu werden. Die Gefahr ist größer als bei einer normalen Gesamtschuld und lässt sich mit rechtlichen Mitteln nur teilweise abmildern. Aufklärungspflichten und (im Prozess) die Streitverkündung helfen vor allem dann nicht weiter, wenn die Existenz weiterer Gesamtschuldner unbekannt ist. Einziehungsverbot und Einforderungsverzicht bestehen nicht in jedem Fall und schützen den Gesamtschuldner nicht davor, in Unkenntnis der fehlenden Leistungspflicht freiwillig an seinen vermeintlichen Gläubiger zu leisten.

b) Beweisführung in einer fremden Rechtssphäre

Kommt es zu einer unberechtigten Inanspruchnahme, kann sich der Gesamtschuldner bei getrennter Gläubigerschaft schwerer verteidigen als in einer gewöhnlichen Gesamtschuld. Schließlich muss er seine rechtliche Verteidigung auf die Sphäre seines Mitschuldners und dessen Gläubigers erstrecken. Beweismittel aus dieser fremden Sphäre werden ihm nicht ohne Weiteres zugänglich sein.

¹⁴² Dazu bereits unter „Ausgangsüberlegung: rechtsgeschäftliche Begründung von Gesamtgläubigerschaft an einer bestehenden Einzelforderung“ ab S. 165.

¹⁴³ Ebenso *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 426 Rn. 13; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 426 Rn. 101.

¹⁴⁴ Vgl. *B. Prediger*, Regelungen über die Gesamtschuld (1988), S. 154 f.

Das BGB schützt das Bedürfnis, infolge einer Abtretung Beweis mit Mitteln aus einer fremden Rechtssphäre zu führen. Das wird anhand der §§ 402 f. BGB erkennbar. Diese Vorschriften enthalten Hilfsansprüche, die den Zessionar in die Lage versetzen sollen, von dem Zedenten die zur Geltendmachung der Forderung notwendigen Auskünfte und die in dessen Besitz befindlichen Beweisurkunden zu erlangen.¹⁴⁵ So kann sich der Zessionar die Mittel, welche zum Beweis seines Forderungsrechts erforderlich sind, aus der Rechtssphäre des Zedenten beschaffen. Ähnliche Normen, mit deren Hilfe der Schuldner in einer getrennten Gesamtschuld Beweismittel für das Erlöschen seiner Leistungspflicht aus einer anderen Rechtsphäre erlangen könnte, gibt es aber nicht. Insofern besteht ein Ungleichgewicht, das man schwerlich rechtfertigen kann. Allenfalls könnte man aus § 241 II BGB (gegebenenfalls in Verbindung mit § 311 II BGB)¹⁴⁶ eine Verpflichtung des anderen Schuldners und eventuell¹⁴⁷ sogar des jeweils fremden Gläubigers ableiten, dem Gesamtschuldner die für seine Beweisführung nötigen Auskünfte und Urkunden zu geben.

Unabhängig davon erwächst dem Gesamtschuldner eine besondere Belastung, weil er sich rechtlich sowohl mit Einwänden aus dem Verhältnis zu seinem eigenen Gläubiger als auch zu dem Gläubiger seines Mitschuldners verteidigen muss. Diese Doppelbelastung hat sich der Gesamtschuldner nicht ausgesucht, da er an der isolierten Abtretung an für sich nicht beteiligt ist. Das ist in Bezug auf den Zessionar völlig anders. Die Abtretung und das daraus erwachsende Bedürfnis, Beweismittel aus der Sphäre des Zedenten zu erhalten, beruhen auf seinem eigenen Willen. Im Übrigen muss der Zessionar seine Beweisführung auch nicht auf mehrere Rechtsverhältnisse zugleich erstrecken: Um zu beweisen, dass er Forderungsinhaber ist, bedarf er lediglich der betreffenden Urkunden des Zedenten.

Freilich ist bei einer normalen Gesamtschuld in gewissem Maße ebenfalls eine Beweisführung in einer fremden Rechtssphäre notwendig, um zu zeigen, dass bereits gesamtbefreit geleistet wurde. Schließlich muss dazu Beweis über die Leistungsbewirkung vonseiten des Mitschuldners erbracht werden. Allerdings werden Leistungshandlungen in einer ungeteilten Gesamtschuld gegenüber ein und demselben Gläubiger vorgenommen, der sich im Prozess gemäß § 138 IV ZPO nicht mit Nichtwissen verteidigen kann. Bei einer gespaltenen Gesamtschuld hingegen leistet der Mitschuldner an seinen eigenen Gläubiger, der für die anderen Gesamtschuldner ein außenstehender Dritter ist. Es kann durchaus vorkommen, dass Beweismittel für den Leistungserfolg auch oder sogar nur bei diesem fremden Gläubiger vorhanden sind. Dadurch ergibt sich ein größeres Bedürfnis, Beweis mit Mitteln aus einer fremden Rechtssphäre zu führen, als bei einer normalen Gesamtschuld. Darin dürfte

¹⁴⁵ S. nur *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 402 Rn. 1 sowie Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 128.

¹⁴⁶ Vgl. *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 402 Rn. 2.

¹⁴⁷ Pflichten nach § 241 II BGB können zwischen einem Gesamtschuldner und dem jeweils fremden Gläubiger schwer zu begründen sein. Vgl. unter „Aufklärungspflichten“ ab S. 183, insb. bei Fn. 105.

der prozessuale Effekt einer Gläubigerverdopplung bestehen, den das Oberlandesgericht Nürnberg als Grund für die Zustimmungsbedürftigkeit einer isolierten Zession anführt¹⁴⁸.

Im Vergleich zur Gesamtgläubigerschaft ist die Beweislage des Schuldners in einer getrennten Gesamtschuld schlechter. Eine Leistung an einen der Gesamtgläubiger kann der Schuldner typischerweise leicht darlegen und beweisen, weil er in aller Regel selbst und bewusst geleistet hat. In einer gespaltenen Gesamtschuld hingegen muss der eine Schuldner die Leistung eines anderen Schuldners darlegen und beweisen, welcher er sich nicht einmal bewusst sein muss.

c) Fazit

Eine isolierte Zession setzt die Gesamtschuldner einem signifikant höheren Risiko aus, unberechtigt in Anspruch genommen zu werden. Dieses Risiko lässt sich mit rechtlichen Mitteln nur bedingt abmildern. Wenn ein Schuldner unberechtigt in Anspruch genommen wird, muss er seine Rechtsverteidigung auf eine fremde Sphäre erstrecken.

4. Vergleich zu Teilabtretung und Einziehungsermächtigung

Wie beeinträchtigend eine isolierte Zession für die Gesamtschuldner ist, kann man sich schließlich durch einen Vergleich mit der Schuldnerbelastung infolge einer Teilabtretung und einer Einziehungsermächtigung vergegenwärtigen.

Nach Rechtsprechung¹⁴⁹ und herrschender Literaturansicht¹⁵⁰ ist eine Teilabtretung¹⁵¹ zulässig, soweit die Forderung teilbar ist und der Schuldner nicht unzumutbar beschwert wird. Teile der Literatur kritisieren dies: Es sei ein Wertungswiderspruch, dass man dem Schuldner die Nachteile der Teilabtretung ohne Kompensation zumutet, die rechtsgeschäftliche Begründung einer Gesamtgläubigerschaft aber nur unter Mitwirkung des Schuldners zulasse. De lege ferenda sei daher die Einführung

¹⁴⁸ S. unter „Prozessualer Effekt einer Gläubigerverdopplung“ ab S. 172.

¹⁴⁹ BGH, Urteil v. 20.12.1956, BGHZ 23, S. 53 (55 f.); BGH, Urteil v. 12.10.1999, NJW 2000, S. 276 (278). Ferner OLG Düsseldorf, Urteil v. 17.03.1981, BeckRS 1981, 02110, dort Rn. 9. Vgl. auch RG, Urteil v. 25.01.1935, RGZ 146, S. 398 (402), worin es freilich nicht um eine Abtretung, sondern eine Einziehungsermächtigung ging.

¹⁵⁰ G. Lüke, JuS 1995, S. 90 (92); K. Schreiber, in: Soergel (2010), § 398 Rn. 6; B. Kreße, in: NK-BGB (2016), § 398 Rn. 15; J. Busche, in: Staudinger (2017), § 398 Rn. 46; H.-F. Müller, in: PWW (2017), § 398 Rn. 12; W. Rosch, in: jurisPK-BGB (2017), § 398 Rn. 14; H. P. Westermann, in: Erman (2017), § 398 Rn. 10; C. Grüneberg, in: Palandt (2018), § 398 Rn. 10; R. Stürner, in: Jauernig (2018), § 398 Rn. 8. Ohne ausdrückliche Einschränkung auf zumutbare Teilabtretungen offenbar P. Derleder, AcP 169 (1969), S. 97; R. Schulze, in: HK-BGB (2019), § 398 Rn. 5. Krit. zu Teilabtretungen D. Valdini, ZGS 2010, S. 442 (447), der aber meint, § 270 III BGB analog könne für den Schuldner „einstweilen“ einen Ausweg bieten.

¹⁵¹ Dazu auch Fn. 181 ff. in diesem Kap.

einer Kompensation zu erwägen.¹⁵² Eine Minderheit geht in ihrer Kritik noch einen Schritt weiter. Sie verlangt stets die Zustimmung des Schuldners zu einer Teilabtretung. Ohne Schuldnerbeteiligung erkennt sie nur die Übertragung der ungeteilten Forderung auf mehrere Gläubiger in gemeinschaftlicher Rechtsinhaberschaft analog § 432 BGB an.¹⁵³

Wer schon das herrschende Verständnis von der Zulässigkeit einer Teilabtretung moniert, muss erst recht Bedenken gegen eine isolierte Abtretung ohne Mitwirkung der Gesamtschuldner hegen. Die Teilabtretung führt lediglich zu einer quantitativen Vermehrung der Gläubiger. Keiner der Gläubiger ist dabei im Hinblick auf die ganze Forderung berechtigt. Vielmehr beschränkt sich der Anspruch jedes Gläubigers auf seinen Anteil an der zuvor ungeteilten Forderung. Dadurch droht dem Schuldner keine Gefahr, doppelt auf dieselbe Leistung in Anspruch genommen zu werden.¹⁵⁴ Bei der isolierten Zession ist aber genau das der Fall. Sie ist demnach für den Schuldner deutlich riskanter als eine bloße Teilabtretung.

Ähnliches gilt für die Einziehungsermächtigung. Weil sie im BGB nicht normiert wurde, ist ihre dogmatische Verortung umstritten.¹⁵⁵ Die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung ist nach anfänglichen Kontroversen nunmehr seitens der Rechtsprechung¹⁵⁶ und herrschenden Lehre¹⁵⁷ anerkannt. Das begründet man zu-

¹⁵² *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 65. Wie die Kompensation genau aussehen soll, wird nicht klar beschrieben. Offenbar soll sie sich an dem auf rechtsvergleichender Grundlage erarbeiteten Draft Common Frame of Reference (DFCR) orientieren. In Book III, Chapter 5, Art. III. –5:107 (3) DFCR heißt es: „Where a right is assigned in part the assignor is liable to the debtor for any increased costs which the debtor thereby incurs.“

¹⁵³ *W. Kogel*, NJW 1975, S. 2063 f.

¹⁵⁴ Das wäre nur der Fall, wenn ein Gläubiger den Schuldner über den Teilbetrag seiner Forderung hinaus und insoweit unberechtigt in Anspruch nimmt. Dazu dürfte es aber kaum jemals kommen, weil ein Gläubiger die betragsmäßige Grenze seiner Forderung typischerweise kennt. Insofern ist das Risiko einer unberechtigten Inanspruchnahme nicht höher als für den Schuldner einer unverbündeten Einzelforderung. Außerdem muss der Schuldner nach einer Teilabtretung seine Rechtsverteidigung nicht auf ein fremdes Schuldverhältnis erstrecken. Vgl. zu beiden Aspekten die Ausführungen ab S. 178.

¹⁵⁵ Wenn der Einziehungsermächtigte eine fremde Forderung im eigenen Namen geltend machen kann, erinnert das an eine Verfügungsermächtigung gemäß § 185 I BGB. Die Rechtsprechung und Teile der Literatur stützen die Einziehungsermächtigung darum auf diese Norm, teils i. V. m. § 362 II BGB. S. Überblick bei *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 288 ff. m. w. N. zu anderen Ansichten. Abweichend z. B. *J. Busche*, in: *Staudinger* (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 124, nach dem es sich bei der Einziehungsermächtigung um eine schuldrechtliche „Überlassung“ des Forderungsrechts zur „Ausübung“ handelt.

¹⁵⁶ S. nur BGH, Urteil v. 03.04.2014, NJW 2014, S. 1963 Rn. 18 ff.

¹⁵⁷ Stellvertretend *K. Larenz*, Schuldrecht AT (1987), S. 599; *J. F. Hoffmann*, Zession (2012), S. 182 ff.; *D. Medicus/J. Petersen*, BGB AT (2016), Rn. 1008 f.; *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 47; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 286; *R. Stürner*, in: *Jauernig* (2018), § 398 Rn. 26 f. m. w. N. und Argumenten für die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung.

meist mit praktischen Erfordernissen¹⁵⁸, die letztlich zur gewohnheitsrechtlichen Anerkennung der Einziehungsermächtigung geführt haben¹⁵⁹. Bei der Einziehungsermächtigung überträgt der Gläubiger nicht seine Forderung an eine andere Person, sondern lediglich das Recht, die Forderung geltend zu machen. Eine Einziehungsermächtigung ist somit ein abgespaltenes Gläubigerrecht, das die Verfügungsbefugnis des Ermächtigten über ein fremdes, dem Ermächtigenden verbleibendes Recht durch den Begriff der Einziehung klar umgrenzt. Der Ermächtigte tritt anders als bei der Einziehungsvollmacht nicht als Vertreter auf, sondern handelt in eigenem Namen. Der Gläubiger bleibt Inhaber der Forderung, kann mithin weiterhin über sie verfügen und auch selbst die Leistung verlangen.¹⁶⁰

Der Schuldner kann also bei der Einziehungsermächtigung theoretisch sowohl von dem Gläubiger als auch von dem Ermächtigten auf dieselbe Leistung in Anspruch genommen werden, wenngleich er rechtlich nur einmal leisten muss. Diese Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme wird mit wenigen Ausnahmen¹⁶¹ nicht (mehr) sonderlich kritisch betrachtet.¹⁶² Das kann man durchaus anders sehen.¹⁶³ Insbesondere ergibt sich für den Schuldner ein Ungemach, das ähnlich ist wie bei

¹⁵⁸ Vgl. etwa *W. Rosch*, in: *jurisPK-BGB* (2017), § 398 Rn. 134: „In der Praxis besteht ein Bedürfnis nach dieser rechtlichen Konstruktion, da durch diese einerseits die mit der überschließenden Rechtsmacht nach außen verbundenen Gefahren der Inkassozession vermieden werden und andererseits der Gläubiger anders als bei der Bevollmächtigung eines Dritten zur Geltendmachung der Forderung in seinem Namen nach außen nicht in Erscheinung treten muss.“ S. ferner *J. Busche*, in: *Staudinger* (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 120; *H. P. Westermann*, in: *Erman* (2017), § 398 Rn. 37.

¹⁵⁹ Vgl. *J. F. Hoffmann*, *Zession* (2012), S. 183 m. w. N.

¹⁶⁰ *B. Kreße*, in: *NK-BGB* (2016), § 398 Rn. 38; *J. Busche*, in: *Staudinger* (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 118.

¹⁶¹ Vgl. etwa *M. P. Stathopoulos*, *Einziehungsermächtigung* (1968), S. 111; *K. Larenz*, *Schuldrecht AT* (1987), S. 599; *H. Kaduk*, in: *Staudinger* (1994), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 136. Ferner *F. Bayreuther*, in: *MüKo-BGB* (2018), § 185 Rn. 34: „Die Zulässigkeit einer Einziehungsermächtigung ist nicht unumstritten geblieben. In der Tat missfällt, dass sie faktisch zu einer Verdopplung der Gläubigerstellung führt.“

¹⁶² Gesehen wird das Risiko z. B. von *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: *MüKo-BGB* (2016), § 398 Rn. 48: Sie betonen, besonders wichtig sei der Schutz des Schuldners, wenn er an den nur scheinbar oder nicht mehr Ermächtigten leiste oder wenn er von einem Ermächtigten in Anspruch genommen werde, der – außergerichtlich – seine Legitimation nicht gehörig nachweise. Dem sei Rechnung zu tragen durch analoge Anwendung entweder der Vorschriften über die Abtretung (§§ 408–410 BGB) oder derjenigen über die Vollmacht (§§ 169–174 BGB). Dagegen meint etwa *J. Lieder*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 307.1, das Risiko einer doppelten Inanspruchnahme bestehe bei der Einziehungsermächtigung überhaupt nicht, weil der Schuldner stets mit befreiender Wirkung auch an den wahren Gläubiger leisten könne, und zwar unabhängig davon, ob die Ermächtigung wirksam sei oder nicht. Nach *D. Medicus/J. Petersen*, *BGB AT* (2016), Rn. 1009 belästigt die Verdopplung der Gläubigerstellung den Schuldner wegen § 407 I BGB nicht. Ähnlich *J. Busche*, in: *Staudinger* (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 124 a. E.

¹⁶³ Einen Überblick über die Nachteile der Einziehungsermächtigung für den Schuldner und einen möglichen Schutz durch § 399 Var. 1 BGB (i. E. prozessrechtlichen Schutz bevorzugend) gibt insb. *W. Dornwald*, *Abtretungsverbot* gemäß § 399 1. Alt. BGB (1978), S. 134 ff. m. w. N.

einer isolierten Zession: Ein Schuldner, der bereits befreidend an den Einziehungsermächtigten geleistet hat und trotzdem von dem „Gläubiger“ der Forderung nochmals in Anspruch genommen wird, muss seine rechtliche Verteidigung gegen den Gläubiger auf die Sphäre eines für ihn unbeteiligten Dritten – des Ermächtigten – erstrecken. Zumindest wird bei der Einziehungsermächtigung aber das Risiko einer Doppelzahlung für den Schuldner in prozessualer Hinsicht abgemildert. So kann der Einziehungsermächtigte die Forderung zwar in gewillkürter Prozessstandschaft im eigenen Namen gerichtlich geltend machen. Jedoch verlangen Rechtsprechung¹⁶⁴ und weite Teile der Literatur¹⁶⁵ dafür den Nachweis, dass der Ermächtigte hieran ein eigenes schutzwürdiges Interesse hat, beispielsweise ein wirtschaftliches Interesse. Dieser Schutz wird dem Gesamtschuldner nach einer isolierten Zession nicht zuteil. Er kann von seinem Gläubiger auf Leistung verklagt werden und zudem von seinem Mitschuldner, der selbst an seinen Gläubiger geleistet hat, gerichtlich auf gesamtschuldnerischen Ausgleich in Anspruch genommen werden. Beide Anspruchsteller gehen dabei aus eigenem Recht vor und müssen somit kein schutzwürdiges Interesse vorweisen, um prozessführungsbefugt zu sein. Aufgrund dieses gesteigerten Risikos mehrfacher prozessualer Inanspruchnahme auf die gleiche Forderung belastet die isolierte Zession den Gesamtschuldner mehr, als eine Einziehungsermächtigung den Schuldner belastet.

Alles in allem spricht das Fehlen eines Zustimmungserfordernisses bei Teilabtretung und Einziehungsermächtigung nicht gegen ein solches Erfordernis bei der isolierten Abtretung einer Gesamtschuldforderung, weil der Schuldner durch letztere stärker belastet wird als durch eine Teilabtretung oder eine Einziehungsermächtigung.

5. Gesamtbewertung: Zustimmung der Gesamtschuldner erforderlich

Die Zessionsparteien und deren Gläubiger sind zwar daran interessiert, dass eine isolierte Zession unabhängig von der Zustimmung der Gesamtschuldner wirksam ist. Allerdings wiegen deren Interessen nicht sonderlich schwer. Die Gesamtschuldner haben hingegen ein beachtliches Bedürfnis, vor einer isolierten Zession mit einem Zustimmungserfordernis geschützt zu werden. Ein derartiges Rechtsgeschäft belastet die Gesamtschuldner zwar nicht mit einer echten Gläubigerverdopplung. Doch es erhöht für sie die Gefahr, unberechtigt in Anspruch genommen zu werden. Darin liegt eine beträchtliche Beschwer. So wollte der Gesetzgeber gerade vermeiden, dass der Schuldner infolge einer Abtretung Gefahr läuft, unberechtigt in Anspruch genommen zu werden. Das ergibt sich erstens aus § 407 I BGB. Diese Norm soll den Schuldner, der in Unkenntnis der Abtretung an den alten Gläubiger gezahlt hat, insbesondere davor bewahren, nochmals an den neuen Gläubiger und damit doppelt

¹⁶⁴ S. nur BGH, Urteil v. 05.02.2009, NJW 2009, S. 1213 Rn. 21 m. w.N.

¹⁶⁵ Stellvertretend *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 309 f. m. w.N. Krit. *J. Busche*, in: *Staudinger* (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 130.

leisten zu müssen.¹⁶⁶ Zweitens hat der Gesetzgeber für streng akzessorische Sicherungsrechte ein Trennungsverbot vorgesehen (vgl. §§ 1250 II, 1153 II, 399 Var. 1 BGB).¹⁶⁷ Es hat den Nebeneffekt, den sicherungsgebenden Schuldner vor einer doppelten Inanspruchnahme zu schützen.¹⁶⁸ Die Gesamtschuld ist mit diesen Sicherungsrechten insoweit vergleichbar,¹⁶⁹ als die Leistung eines Schuldners kraft Gesetzes auch die anderen befreit.¹⁷⁰ Wegen der Gesamtwirkung einer Leistung ist ein zessionsbedingt abgespaltener Gesamtschuldner ebenfalls dem Risiko einer unberechtigten Inanspruchnahme ausgesetzt. Wenn Schuldner streng akzessorischer Sicherungsrechte davor mit einem absoluten Trennungsverbot geschützt werden, sollten Gesamtschuldner vor derselben Gefahr zumindest durch ein Erfordernis der Zustimmung zur ihrer Trennung geschützt werden.¹⁷¹

Das Risiko einer unberechtigten Inanspruchnahme ist besonders belastend, weil diese im Wege der Klage erfolgen kann. Ein Rechtsstreit kann aufwendig und kostspielig sein. Zwar kann man Gesamtschuldner nach einer isolierten Zession mit rechtlichen Mitteln wie Aufklärungspflichten, einem Einziehungsverbot und der Streitverkündung davor schützen, unberechtigt (vor Gericht) in Anspruch genommen zu werden. Allerdings versagen diese Schutzinstrumente in einigen Szenarien. Ob man das Restrisiko als relevant einstuft oder nicht, ist eine Wertungsfrage. Eine klare Antwort lässt sich darauf nicht geben. Zu bedenken ist jedenfalls, was passiert, wenn sich das Risiko einer unberechtigten Inanspruchnahme realisiert. Dann muss der betroffene Gesamtschuldner seine Leistungsbefreiung unter Verweis auf Um-

¹⁶⁶ BGH, Urteil v. 21.06.1976, NJW 1976, S. 1842 (1843); BGH, Urteil v. 04.10.1990, NJW 1991, S. 427 (429). So auch *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 407 Rn. 3.

¹⁶⁷ Dazu unter „Gesamtschuldforderungen als unselbständige Ansprüche?“ ab S. 68.

¹⁶⁸ *M. Habersack*, JZ 1997, S. 857 (862 f.); *W. Pöggeler*, JA 2001, S. 65 (68); *T. Lettl*, JA 2004, S. 238 (246); *J. Lieder*, Sukzession (2015), S. 600; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 401 Rn. 5. Die Autoren beschreiben das Trennungsverbot als eine Ausformung von Akzessorietät. Diese Zuständigkeitsakzessorietät diene dem Schutz des aus dem Nebenrecht Verpflichteten. Indem das Gesetz die Berechtigung des Gläubigers aus dem Nebenrecht an die Berechtigung aus dem Hauptrecht binde, stelle es sicher, dass er Gläubiger das Nebenrecht nur insoweit in Anspruch nehmen könne, als ein Sicherungsbedürfnis bestehe. Das ist richtig. M. E. muss man aber einschränken, dass Zuständigkeitsakzessorietät primär in gesetzgeberischen Wertungen begründet liegt. Schuldnerschutz ist ein Nebeneffekt und wäre schon mit einem Zustimmungserfordernis bei Rechtsspalzung gesichert.

¹⁶⁹ Anders als bei streng akzessorischen Sicherungsrechten besteht für gesamtschuldnerische Forderungen freilich kein Trennungsverbot, das nicht durch eine Zustimmung der Schuldner überwunden werden könnte (dazu „Disponibilität von § 399 Var. 1 BGB durch schuldnerseitige Zustimmung“ ab S. 208). Denn für das Trennungsverbot bei streng akzessorischen Rechten sprechen noch mehr Gründe als der Schutz des sicherungsgebenden Schuldners. Diese zusätzlichen Gründe liegen bei der Gesamtschuld nicht vor. Zu alledem vgl. unter „Schlussfolgerung: zwingende Gläubigeridentität nur bei streng akzessorischen, reinen Sicherungsrechten“ ab S. 77.

¹⁷⁰ Zwar sind gesamtschuldnerische Forderungen nicht akzessorisch zueinander. Sie sind über die Gesamtwirkungen der §§ 422 ff. BGB aber in ähnlicher Weise verknüpft. S. unter „Verstärkungsdogma“ ab S. 254.

¹⁷¹ Vgl. Fn. 221 im 1. Kap.

stände dartun, die in einer fremden Rechtssphäre eingetreten sind, insbesondere gegenüber einem fremden Gläubiger. Vor Gericht kann sich daraus ein prozessueller Effekt der Gläubigerverdopplung ergeben. Infolgedessen kann sich der Schuldner wegen eines erweiterten Beweisbedürfnisses schwerer rechtlich verteidigen.

Die Belastungen der Schuldner infolge einer isolierten Zession lassen sich nicht über den nachträglichen Schuldnerschutz der §§ 404 ff. BGB abmildern.¹⁷² Auch berechtigt die Möglichkeit, die Abtretung nach § 399 Var. 2 BGB vertraglich auszuschließen, nicht dazu, dem Schuldner die Nachteile daraus aufzuerlegen, dass er diese Möglichkeit nicht nutzt. Schließlich kann er nicht allein entscheiden, die gegen ihn gerichtete Forderung unabtretbar zu stellen, sondern muss dazu einen Vertrag mit dem Gläubiger schließen.¹⁷³ Wenn der Gläubiger ablehnt, darf das nicht zulasten des Schuldners gehen. Das spricht für einen präventiven Schuldnerschutz durch ein Zustimmungserfordernis.

Alles in allem streiten mehr Argumente für als gegen ein Zustimmungserfordernis bei einer Einzelabtretung. Daher wird im Folgenden davon ausgegangen, dass die Gesamtschuldner zustimmen müssen, wenn ein Gläubiger nur einzelne der gegen sie gerichteten Forderungen zedierte. Andernfalls ist die Abtretung als ein Vertrag mit Wirkungen zulasten Dritter¹⁷⁴ unwirksam¹⁷⁵.

III. Personale Reichweite des Zustimmungserfordernisses

Zum Schluss bleibt die personale Reichweite des Zustimmungserfordernisses zu präzisieren. Die Gefahr einer unberechtigten Inanspruchnahme betrifft alle Gesamtschuldner gleichermaßen, was dafür spricht, dass sie einer isolierten Zession auch alle zustimmen müssen. Die Schwierigkeit hingegen, Beweismittel für Einwendungen gegen eine Inanspruchnahme aus einer fremden Rechtssphäre zu erlangen, betrifft besonders den Schuldner, der bei dem Zedenten verblieben ist. Aus seiner Perspektive ist der Zessionar nämlich ein unbeteiligter Dritter. Für den

¹⁷² Vgl. *G. Baumgärtel*, AcP 156 (1956), S. 265 (269 f.): „Die Vorschrift des § 404 BGB bietet dem Schuldner dann, wenn die Leistung an den Zessionar für ihn unzumutbar ist, keinen Schutz, da sie ihm keine Möglichkeit gibt, die Ausübung der Abtretungsbefugnis durch den Zedenten zu verhindern. Er steht der durch die Abtretung entstehenden Leistungsschwerung in ähnlicher Weise wehrlos gegenüber wie einer Veränderung des Inhalts der Forderung durch die Zession. Es liegt daher nahe, dem Schuldner mit Hilfe des § 399 BGB Schutz zu gewähren (...).“

¹⁷³ Vgl. *G. Baumgärtel*, AcP 156 (1956), S. 265 (273).

¹⁷⁴ Gemeint ist damit kein „echter Vertrag zulasten Dritter“, der einem Dritten eine Verpflichtung auferlegt oder ein ihm zustehendes Recht verkürzt. Gemeint ist ein Vertrag mit mittelbaren Lastwirkungen gegenüber Dritten; vgl. dazu *S. Klumpp*, in: *Staudinger* (2015), Vorbem. zu §§ 328 ff. Rn. 61, 64, 66; *P. Gottwald*, in: *MüKo-BGB* (2016), § 328 Rn. 264; *G. Mäsch*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.10.2018), § 328 Rn. 126.1.

¹⁷⁵ Das folgt aus § 399 Var. 1 BGB, was sogleich unter „Rechtsgrundlage des Abtretungsausschlusses“ ab S. 202 dargelegt wird.

Schuldner des Zessionars hingegen ist der Zedent der ursprüngliche Gläubiger. Aus diesem Grund hat der Schuldner aber allenfalls Zugang zu Beweismitteln, die die ursprüngliche Schuld gegenüber dem Zedenten erweisen. Die relevanten Beweismittel für das Erlöschen der Schuld gegenüber dem Zedenten mit der Rechtsfolge des § 422 I BGB sind ihm deshalb aber nicht besser zugänglich. Selbst wenn sie es wären, ist es für den Schuldner des Zessionars noch immer eine besondere Mühsal, sich gegen eine unberechtigte Inanspruchnahme durch seinen eigenen Gläubiger zusätzlich durch eine Beweisführung in der Sphäre eines anderen Gläubigers (des Zedenten) verteidigen zu müssen. Somit belastet der prozessuale Effekt einer Gläubigerverdopplung sowohl den Gesamtschuldner des Zessionars als auch den des Zedenten. Folglich müssen sämtliche Gesamtschuldner zustimmen, damit eine isolierte Abtretung wirksam ist.

§ 3 Dogmatische Einbettung des Zustimmungserfordernisses

Wenn eine isolierte Zession die rechtliche Lage der Gesamtschuldner unzumutbar verschlechtert, stellt sich die bislang ungeklärte Frage, auf welche rechtsdogmatische Weise man die Schuldner davor schützen kann. Wie kann man die Unwirksamkeit einer isolierten Zession und deren Heilung durch Zustimmung der Gesamtschuldner normativ anknüpfen? Eine Klärung erscheint allein um einer dogmatisch klaren Rechtspraxis willen sinnvoll. Schließlich hält die Mehrheit der Gerichte eine Zustimmung für notwendig.¹⁷⁶

I. Rechtsgrundlage des Abtretungsausschlusses

Um normativ zu begründen, dass eine isolierte Zession prinzipiell unwirksam ist, könnte man auf § 399 Var. 1 oder 2 BGB oder auf § 242 BGB abstellen.¹⁷⁷ Nach dem Standpunkt dieser Arbeit ist § 399 Var. 1 BGB der richtige Ansatz. Das wird im Folgenden aufgezeigt.

1. Kein Abtretungsausschluss nach § 399 Var. 2 BGB oder § 242 BGB

Den Ausschluss einer isolierten Abtretung könnte man mit einem stillschweigenden Abtretungsverbot nach § 399 Var. 2 BGB zu erklären versuchen. Es erscheint interessengerecht, Abtretungen mit belastenden Folgewirkungen für den Schuldner

¹⁷⁶ Dazu schon unter „Rechtsprechung“ ab S. 161.

¹⁷⁷ Zwar kann eine Abtretung unter anderem auch nach § 138 IBGB nichtig sein (dazu etwa J. Busche, in: Staudinger (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 44 m. w. N.). Allerdings wird die hohe Schwelle der Sittenwidrigkeit durch eine isolierte Abtretung allein noch nicht erreicht.

auszuschließen.¹⁷⁸ In der Tat möchte der Schuldner Nachteile infolge einer Zession typischerweise nicht auf sich nehmen. Er wird sich demnach gemäß §§ 133, 157 BGB ein Verbot solcher Abtretungen wünschen. Allerdings hat der Gläubiger demgegenüber meist ein Interesse an der Verkehrsfähigkeit seiner Forderung, sodass ein stillschweigender Abtretungsausschluss zumindest dessen Erklärungswillen überdehnt. Außerdem sollte man ein konkludenter Abtretungsausschluss kraft Rechtsgeschäfts nur sehr zurückhaltend annehmen, um den Unterschied in § 399 BGB zwischen einem subjektiven (Var. 2) und einem objektiven (Var. 1) Abtretungsausschluss nicht zu verwischen.¹⁷⁹

Des Weiteren kommt ein Abtretungsausschluss nach § 242 BGB in Betracht. So kann eine Abtretung als treuwidrige Rechtsausübung unabhängig von den Voraussetzungen des § 399 Var. 1 BGB nach Treu und Glauben ausnahmsweise unwirksam sein, wenn sie den Schuldner in unverhältnismäßigem Maße belastet und daher für ihn unzumutbar ist.¹⁸⁰ Ein oft bemühtes Beispiel dafür ist die Stückelung einer Forderung durch vielfache teilweise Abtretung, wodurch der Schuldner bei der Begleichung der Rechnungen belastet wird.¹⁸¹ Für (quantitative) *Teilabtretungen* einer grundsätzlich teilbaren Forderung erblickt die herrschende Lehre in § 242 BGB eine Grenze, die sich an der Zumutbarkeit für den Schuldner orientiert.¹⁸² Alternativ könnte man diese Grenze dogmatisch an § 399 Var. 1 BGB festmachen.¹⁸³ Dies hat

¹⁷⁸ Vgl. *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 399 Rn. 25, denen zufolge die Abgrenzung eines Abtretungsausschlusses nach § 399 Var. 1 BGB zum Schutz des Schuldners zu einem konkludenten rechtsgeschäftlichen Abtretungsverbot kraft ergänzender Auslegung fließend ist. Die maßgeblichen Wertungsgesichtspunkte seien dieselben.

¹⁷⁹ Insoweit treffend *D. Valdini*, ZGS 2010, S. 442 (443).

¹⁸⁰ S. nur *D. Olzen/D. Looschelders*, in: Staudinger (2015), § 242 Rn. 717; *H.-F. Müller*, in: PWV (2017), § 399 Rn. 2; *W. Rosch*, in: jurisPK-BGB (2017), § 399 Rn. 44; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 399 Rn. 2. Einschränkend lässt sich auch der Satz aufstellen, dass eine Abtretung, die den Schuldner belastet, nach Treu und Glauben dessen *Zustimmung* bedarf, damit sie wirksam ist. Vgl. *G. Baumgärtel*, AcP 156 (1956), S. 265 (273).

¹⁸¹ Statt vieler *R. Schulze*, in: HK-BGB (2019), § 399 Rn. 9.

¹⁸² So etwa *B. Kreße*, in: NK-BGB (2016), § 398 Rn. 15; *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 64; *C. Schubert*, in: MüKo-BGB (2016), § 242 Rn. 488; *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 398 Rn. 46; *W. Rosch*, in: jurisPK-BGB (2017), § 398 Rn. 15; *ders.*, in: jurisPK-BGB (2017), § 399 Rn. 44; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 399 Rn. 2; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 138 f.

¹⁸³ Vgl. *R. Weber*, in: RGRK (1976), § 398 Rn. 64; *H. P. Westermann*, in: Erman (2017), § 399 Rn. 7. Dezidiert für eine Anbindung an § 399 Var. 1 BGB *K. W. Nörr/R. Scheyhing/W. Pöggeler*, Sukzessionen (1999), S. 103. A. A. *G. Baumgärtel*, AcP 156 (1956), S. 265 (270 f.); *D. Valdini*, ZGS 2010, S. 442 (443 f.) mit dem Argument, dass es an einer Inhaltsänderung fehle, weil sich bei der Teilabtretung eines Zahlungsanspruchs weder Ort noch Zeit der Leistungshandlung änderten und der Anspruch weiterhin auf Zahlung gerichtet sei (s. zur Entgegnung Fn. 188 in diesem Kap.). I. E. ebenso, aber mit anderer Begründung *W. Dornwald*, Abtretungsverbot gemäß § 399 1. Alt. BGB (1978), S. 125 ff., demzufolge § 404 BGB den Schuldner vor rechtlichen Nachteilen der Teilzession schützen könne, während ein Schutz vor tatsächlichen Nachteilen nur über § 242 BGB möglich sei.

das Reichsgericht seinerzeit getan.¹⁸⁴ Der Bundesgerichtshof hat in einer¹⁸⁵ Entscheidung vertreten, der Gesichtspunkt der Zumutbarkeit einer Abtretung für den Schuldner sei nicht schlechterdings unbeachtlich. Daraus könne durchaus der Einwand einer unzulässigen Rechtsausübung [gemäß § 242 BGB] erwachsen. Der Rechtssicherheit und Klarheit wegen müsse aber die Unwirksamkeit einer Abtretung, welche über die gesetzlich geregelten Tatbestände der §§ 399, 400 BGB hinausgeht, auf schwerwiegende Ausnahmefälle beschränkt bleiben.¹⁸⁶ In Fortführung dieses zutreffenden Gedankens sollte man die prinzipielle Unwirksamkeit der isolierten Abtretung nicht auf § 242 BGB, sondern auf § 399 Var. 1 BGB stützen. Wie sogleich dargelegt wird, lässt sich dieser Sachverhalt in der Tat unter § 399 Var. 1 BGB subsumieren. Man sollte die in §§ 399, 400 BGB spezifisch geregelten Unwirksamkeitsgründe einer Abtretung nicht ohne Not über § 242 BGB verwässern. Damit vermeidet man auch Unklarheiten darüber, ob eine trewidrige Abtretung (absolut) unwirksam ist oder lediglich (relativ) nicht von dem Zessionar geltend gemacht werden kann.¹⁸⁷ Außerdem normiert § 399 Var. 1 BGB einen speziellen Schuldnerschutz und ist somit gegenüber dem allgemeinen Drittschutz nach § 242 BGB vorrangig, wenn es um den Schutz des Schuldners vor Belastungen infolge einer Zession geht.¹⁸⁸

¹⁸⁴ RG, Urteil v. 25.09.1906, RGZ 64, S. 120 (122 f.). Vgl. auch RG, Urteil v. 25.01.1935, RGZ 146, S. 398 (402), worin nicht über die Unzumutbarkeit einer Teilabtretung gemäß § 242 BGB befunden wurde, sondern über die Unzulässigkeit einer bestimmten Einziehungsermächtigung nach (dem Gedanken des) § 400 BGB.

¹⁸⁵ Soweit ersichtlich hat der BGH in keiner anderen Entscheidung die Zulässigkeit einer Teilabtretung ausdrücklich an § 242 BGB gemessen. Außerdem hat der BGH bisher keine Teilabtretung unter dem Gesichtspunkt der unzumutbaren Leistungerschwerung moniert (s. *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 138.1).

¹⁸⁶ BGH, Urteil v. 20.12.1956, BGHZ 23, S. 53 (55 f.). Zustimmend statt vieler *J. Busche*, in: *Staudinger* (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 45; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 139.

¹⁸⁷ Vgl. dazu *G. Baumgärtel*, AcP 156 (1956), S. 265 (268 ff.), der besonders krit. zu einer Unwirksamkeit äußert. Die Bedeutung dieser Unterscheidung liegt insbesondere darin, ob die Forderung nach der Abtretung weiterhin dem Vermögen des Zedenten zugeordnet ist oder ob der Zessionar Inhaber der Forderung geworden ist.

¹⁸⁸ A. A. (zumindest für die Teilabtretung) *G. Baumgärtel*, AcP 156 (1956), S. 265 (270 f.); *D. Valdini*, ZGS 2010, S. 442 (443 f.), die zwar beide in § 399 Var. 1 BGB einen speziellen Fall von § 242 BGB sehen, aber der Meinung sind, Belastungen des Schuldners infolge einer Abtretung fielen nicht unter § 399 Var. 1 BGB, wenn sich die Identität des Forderungsgegenstands nicht verändere. Diese Sichtweise blendet jedoch aus, dass § 399 Var. 1 BGB auch ohne eine Änderung der Leistungshandlung eingreift, wenn der Schuldner infolge einer Abtretung aus sonstigen Gründen unzumutbar belastet würde. Dazu insb. unter „Unabtretbarkeit nach § 399 Var. 1 BGB aus Gründen des Schuldnerschutzes“ ab S. 205. *Baumgärtel* (a. a. O.) unterstellt zudem, eine erweiternde Auslegung von § 399 Var. 1 BGB berge die Gefahr einer übermäßigen Ausweitung der Unzulässigkeitsgründe, ohne dass geprüft werde, ob die Verfügungsfreiheit des Gläubigers und die Interessen des Rechtsverkehrs eine solche Auslegung erlauben würden. Doch warum sollte § 399 Var. 1 BGB nicht erlauben, das Schutzbedürfnis des Schuldners gegen das des Gläubigers und des Rechtsverkehrs abzuwägen? Dafür gibt es keinen Grund. Daher besteht kein Bedürfnis, zwecks Interessenabwägung vorrangig auf § 242 BGB

2. Unabtretbarkeit nach § 399 Var. 1 BGB aus Gründen des Schuldnerschutzes

Die isolierte Zession bedarf einer Zustimmung der Gesamtschuldner, weil sie belastende Folgen hat. Daraus ergibt sich ein Abtretungssauschluss nach § 399 Var. 1 BGB. Danach kann die Übertragung einer Forderung insbesondere dann ausgeschlossen sein, wenn in der Folge unzumutbare Belastungen auf den Schuldner zukommen würden. Solche Folgebelastungen müssen sich nicht zwingend daraus ergeben, dass sich Leistungshandlung oder -erfolg ändern. Rechtsprechung¹⁸⁹ und herrschende Lehre¹⁹⁰ erkennen an, dass § 399 Var. 1 BGB eingreifen kann, wenn der Schuldner ein schutzwürdiges Interesse daran hat, einen bestimmten Gläubiger beizubehalten. Dann könnte eine Abtretung unabhängig davon ausgeschlossen sein, ob sich infolge der Zession der Inhalt der Leistung verändere. Auch aus anderen Gründen könnte ein Gläubigerwechsel für den Schuldner unzumutbar sein.¹⁹¹ In der Literatur ordnet man diese Konstellation, wie bereits dargestellt¹⁹², in die Fallgruppe des § 399 Var. 1 BGB ein, bei der die Abtretung einer Forderung aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses, dem sie entstammt, ausgeschlossen ist.¹⁹³ Nach manchen Autoren soll § 399 Var. 1 BGB sogar unabhängig von den überkommenen Fallgruppen einer Inhaltsänderung der Leistung ganz allgemein auch dann gelten, wenn „die Leistung zu Lasten des Schuldners erschwert würde“.¹⁹⁴

In jedem Fall drückt § 399 Var. 1 BGB ein allgemeines Prinzip aus, nach dem sich die Stellung des Schuldners durch eine Abtretung nicht verschlechtern darf.¹⁹⁵ Die Stellung des Schuldners kann sich unabhängig davon verschlechtern, ob die Abtretung Leistungshandlung oder -erfolg ändert. Daher darf man § 399 Var. 1 BGB in der Tat nicht auf diese Fälle beschränken. Wie aufgezeigt wurde,¹⁹⁶ hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Norm bewusst nicht abschließend konturiert. Dass sich ihr Wortlaut auf eine Änderung des Leistungsinhalts beschränkt, ist le-

zurückzugreifen, wenn eine Abtretung den Schuldner unabhängig von einer Leistungsänderung i. e. S. benachteiligt.

¹⁸⁹ Dazu Fn. 178 im 1. Kap. § 399 Var. 1 BGB greife auch dann ein, wenn ein Gläubigerwechsel zwar rechtlich vorstellbar, das Interesse des Schuldners an der Beibehaltung einer bestimmten Person als Gläubiger aber besonders schutzwürdig ist.

¹⁹⁰ Dazu Fn. 170 im 1. Kap.

¹⁹¹ Deshalb ist diese Fallgruppe besonders wertungsoffen und schwierig zu konturieren. Ein Überblick findet sich etwa bei *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 55 ff.

¹⁹² Dazu unter „Unabtretbarkeit mit Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnisses“ ab S. 64.

¹⁹³ Die vorliegende Abhandlung schließt sich dieser Einordnung begrifflich an.

¹⁹⁴ So *J. Busche*, in: *Staudinger* (2017), § 399 Rn. 4; *W. Rosch*, in: *jurisPK-BGB* (2017), § 399 Rn. 8.

¹⁹⁵ Statt vieler *W. Dornwald*, Abtretungsverbot gemäß § 399 1. Alt. BGB (1978), S. 107. Ausführlich dazu sogleich unter „Disponibilität von § 399 Var. 1 BGB durch schuldnerseitige Zustimmung“ ab S. 208. Vgl. auch unter „Sukzessionsschutz für den Schuldner“ ab S. 99.

¹⁹⁶ S. unter „Gesetzeshistorischer Hintergrund und Tragweite der Fallgruppen“ ab S. 67.

diglich einer sprachlichen Straffung geschuldet. Ob § 399 Var. 1 BGB eingreift, hängt letztlich davon ab, ob der normative Schutzzweck berührt ist, welcher zuvörderst auf den Schutz des Schuldners gerichtet ist.

Fraglich ist allein, ob § 399 Var. 1 BGB unmittelbar oder nur analog anzuwenden ist, wenn eine Abtretung den Schuldner belastet, ohne dass sich Leistungshandlung oder -erfolg ändern. Gemeinhin hält man eine Analogie nicht für notwendig.¹⁹⁷ Im Ergebnis spielt das keine Rolle. In dogmatischer Hinsicht ist der Verzicht auf eine Analogie aber keineswegs selbstverständlich, weil § 399 Var. 1 BGB seinem Wortlaut nach eine Inhaltsänderung der Leistung voraussetzt. Eine unmittelbare Anwendung ist nur gerechtfertigt, wenn man unter „Inhalt“ der Leistung nicht bloß Leistungshandlung und -erfolg versteht, sondern auch sonstige Aspekte der Leistung wie etwa das hier in Rede stehende Risiko, zu Unrecht zu leisten. Eine derart extensive Auslegung des § 399 Var. 1 BGB bewegt sich noch im Rahmen eines möglichen Wortlautverständnisses, mutet nach allgemeinem Sprachgebrauch jedoch eher unpassend an. Entscheidend ist aber das Sprachverständnis des Gesetzgebers, der § 399 Var. 1 BGB durch seine Formulierung gerade nicht in seinem Anwendungsbereich einengen wollte. So liegt § 399 Var. 1 BGB ein besonderer zessionsrechtlicher Begriff des Leistungsinhalts zugrunde.¹⁹⁸ Er umfasst nach allgemeiner Ansicht insbesondere den Leistungszweck¹⁹⁹, obgleich dieser mit dem „Inhalt“ der Leistung im engen Wortsinn nichts mehr zu tun hat. Außerdem fallen unselbständige Rechte nach einhelliger Ansicht – auch der des Gesetzgebers²⁰⁰ – unter § 399 Var. 1 BGB²⁰¹, obwohl sich bei Übertragung solcher Rechte weder Handlung noch Erfolg der Leistung ändern. Vor diesem Hintergrund kann man eine Veränderung des Leistungsinhalts im Sinne von § 399 Var. 1 BGB weit verstehen. Eine unmittelbare Anwendung der Norm ist auch möglich, wenn eine Abtretung zwar nicht Leistungshandlung oder -erfolg verändert, aber sonstige schutzwürdige Interessen des Schuldners verkürzt.²⁰²

Um zu bestimmen, ob ein schutzwürdiges Schuldnerinteresse vorliegt, das einen Abtretungsausschluss nach § 399 Var. 1 BGB begründet, muss man zwangsläufig die

¹⁹⁷ Anders für Mehrbelastungen des Schuldners infolge einer Teilabtretung wohl nur D. Valdini, ZGS 2010, S. 442 (443 f.), demzufolge allenfalls eine Analogie zu § 399 Var. 1 BGB in Frage kommt. Die Analogie sei aber abzulehnen.

¹⁹⁸ Dazu schon unter „Normkonkretisierung des § 399 Var. 1 BGB anhand von Fallgruppen“, S. 63.

¹⁹⁹ Dazu nur W. Rosch, in: jurisPK-BGB (2017), § 399 Rn. 12.

²⁰⁰ S. unter „Gesetzeshistorischer Hintergrund und Tragweite der Fallgruppen“ des § 399 Var. 1 BGB ab S. 67.

²⁰¹ Dazu ab S. 66.

²⁰² Etwas missverständlich ist dann freilich die Formulierung, § 399 Var. 1 BGB erfasse auch Fälle, in denen der Schuldner ein schutzwürdiges Interesse an der Beibehaltung seines Gläubigers hat, „ohne dass sich der Leistungsinhalt ändere“. Gemeint ist damit nur der Leistungsinhalt im engeren Sinne von Leistungshandlung und -erfolg. Das gilt ebenfalls für Ausführungen in dieser Arbeit.

Erbringung der Leistung an den ursprünglichen Gläubiger mit der Leistungserbringung an den neuen Gläubiger vergleichen.²⁰³ Dies stellt nichts anderes dar als die *Beurteilung der Folgen* einer Forderungsübertragung. Sind jene Folgen mit unzumutbaren Nachteilen verbunden, hat der Schuldner ein schutzwürdiges Interesse, seinen Gläubiger beizubehalten. Dann greift § 399 Var. 1 BGB ein.

Das dürfte auf der Linie der höchstrichterlichen Rechtsprechung liegen. So urteilte der Bundesgerichtshof wiederholt die Unabtretbarkeit einer Forderung gemäß § 399 Var. 1 BGB danach, ob deren Übertragung „eine Verschlechterung der Rechtsstellung“²⁰⁴ des Schuldners zur Folge habe, ob sie die „zu erbringende Leistung zu seinen Lasten verändert, insbesondere die Gefahr der Doppelzahlung begründet“²⁰⁵, oder ob sie „die Leistungshandlung des Schuldners zu seinen Lasten erschwert“.^{206 207}

Vor diesem Hintergrund ist es konsequent, die Belastung eines Gesamtschuldners aufgrund einer isolierten Zession als eine Folgewirkung zu betrachten, die aus Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnisses einen Übertragungsausschluss nach § 399 Var. 1 BGB begründet.²⁰⁸ Zwar ist die im Kontext dieser Fallgruppe verbreitete

²⁰³ Enger *G. Baumgärtel*, AcP 156 (1956), S. 265 (271), der ein schutzwürdiges Interesse des Schuldners nur bei einer besonderen persönlichen Bindung an die Person des Gläubiger annimmt. Eine Begründung bleibt er schuldig. Diese lässt sich insbesondere nicht in den Gesetzmaterialien finden. Schließlich hat der Gesetzgeber § 399 Var. 1 BGB nicht abschließend konturiert (dazu unter „Gesetzeshistorischer Hintergrund und Tragweite der Fallgruppen“ ab S. 67).

²⁰⁴ BGH, Urteil v. 28.02.1989, BGHZ 107, S. 104 ff. Fraglich war in der Entscheidung, ob ein Anspruch auf Auskunft aus §§ 675, 666 BGB gegen die Beklagte wirksam an den Kläger abgetreten wurde. Der BGH hielt diesen Anspruch grundsätzlich für nicht isoliert abtretbar. Trotz grundsätzlicher Unübertragbarkeit einer Forderung könne die Abtretung an bestimmte Personen indes im Einzelfall zulässig sein. Die Begründung lautete insbesondere: „Die Abtretung des Auskunftsanspruchs hatte auch keine Verschlechterung der Rechtsstellung der Beklagten zur Folge, sondern ermöglichte nur ihre unmittelbare Inanspruchnahme durch den Kläger.“ Explizit knüpfte der BGH dabei allerdings nicht an § 399 Var. 1 BGB an.

²⁰⁵ BGH, Urteil v. 19.12.1974, BGHZ 63, S. 338 (340). Darin verneinte der BGH die Frage, ob durch die Übertragung einer Einlageforderung die von dem Beklagten zu erbringende Leistung zu seinen Lasten verändert, insbesondere die Gefahr der Doppelzahlung begründet wurde und die Abtretung aus diesem Grunde nach § 399 BGB unwirksam war.

²⁰⁶ BGH, Urteil v. 26.01.1994, NJW-RR 1994, S. 558 (559). Darin ging es um die Abtretung von Rechten aus einem Vertrag, der es einem Unternehmen gestattet, auf dem Übungsgelände eines Golfclubs Entfernungstafeln aufzustellen zu lassen und sie mit Werbung zu versehen. § 399 Var. 1 BGB schließe die Abtretung von Forderungen auch dann aus, wenn die Leistungshandlung des Schuldners zu seinen Lasten erschwert würde. Das wurde in casu verneint. Freilich schien es dem BGH in diesem Fall eher um die Leistungshandlung selbst zu gehen, weniger um deren Folgen.

²⁰⁷ Vgl. auch BGH, Urteil v. 22.01.1954, BGHZ 12, S. 136 (141), worin der BGH die Begriffe der Inhaltsänderung und Schlechterstellung (des Schuldners) offenbar synonym verwendet.

²⁰⁸ Die Bedeutung dessen für das hiesige Thema erkennt auch *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 76, der eine Einzelabtretung nach § 399 Var. 1 BGB (ohne

Formulierung, der Schuldner müsse ein schutzwürdiges Interesse an der Beibehaltung seines Gläubigers haben²⁰⁹, für den Gesamtschuldner unpassend, dessen Forderung ohnehin nicht zediert wird. Allerdings dürfte diese Formulierung nicht abschließend gemeint sein. Vor allem stammt sie lediglich aus Rechtsprechung und Literatur. In dem maßgeblichen Wortlaut des Gesetzes findet sie sich nicht wieder. Wie soeben erklärt wurde, kann man unter den Wortlaut von § 399 Var. 1 BGB jede zessionsbedingte Leistungsveränderung fassen, die den Schutzzweck der Norm betrifft. Weil die isolierte Zession alle Gesamtschuldner schlechter stellt, muss § 399 Var. 1 BGB auch zum Schutz jedes einzelnen Schuldners eingreifen.²¹⁰

II. Überwindung des Abtretungsausschlusses durch schuldnerseitige Zustimmung

Die Subsumtion einer Einzelabtretung unter § 399 Var. 1 BGB aus Gründen des Schuldnerschutzes könnte rechtsdogmatisch erklären, warum diese Abtretung nur bei Zustimmung der Gesamtschuldner möglich ist. Insofern gilt es zu untersuchen, ob der Schuldner über seinen Schutz nach § 399 Var. 1 BGB mittels Zustimmung disponieren kann und wie diese Zustimmung rechtsdogmatisch einzuordnen ist.

1. Disponibilität von § 399 Var. 1 BGB durch schuldnerseitige Zustimmung

Ob der Schuldner über § 399 Var. 1 BGB disponieren kann, indem er der Abtretung zustimmt, hat die höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht entschieden. Sofern man im Schrifttum auf diese Frage überhaupt konkret²¹¹ zu sprechen kommt,

näherte dogmatische Ausführungen) für unwirksam hält, wenn sie sich nachteilig für die Gesamtschuldner auswirkt. Er kommt auf S. 250 f. zu dem Ergebnis, dass sich die Lage der Gesamtschuldner nach Trennung ihrer Forderungen nicht verschlechtert, daher stehe § 399 Var. 1 BGB einer isolierten Abtretung nicht im Weg. Ein Zustimmungserfordernis und dessen möglichen Zusammenhang mit § 399 Var. 1 BGB thematisiert er nicht.

²⁰⁹ S. Fn. 189 f. in diesem Kap.

²¹⁰ Das gilt selbst dann, wenn man mit einer verbreiteten Ansicht davon ausgeht, dass § 399 Var. 1 BGB den Schuldner nur vor rechtlichen Verschlechterungen schützt, nicht auch vor tatsächlichen; so etwa *W. Dornwald*, Abtretungsverbot gemäß § 399 1. Alt. BGB (1978), S. 108. Denn mit „tatsächlichen“ Nachteilen sind lediglich solche gemeint, die sich allein aus den persönlichen Eigenschaften des Gläubigers ergeben, zum Beispiel die Nachsichtigkeit eines Gläubigers beim Eintreiben der Forderung. Die Erhöhung des Risikos, unberechtigt in Anspruch genommen zu werden, hängt aber kaum mit persönlichen Eigenschaften des neuen Gläubigers zusammen, sondern vielmehr mit der gesamtbefreienden Wirkung einer Leistung an nur einem der Gläubiger in einer gespaltenen Gesamtschuld. Es geht also um einen rechtlich begründeten Nachteil. Der Nachteil einer erweiterten Rechtsverteidigung ist ebenfalls rechtlicher Natur. Zu beiden Nachteilen ausführlich unter „Interesse der Gesamtschuldner an einem Zustimmungserfordernis“ ab S. 178.

²¹¹ Bisweilen spricht man nur allgemein von der Heilung einer nach § 399 BGB verbotswidrigen Abtretung. So etwa *K. Schreiber*, in: *Soergel* (2010), § 399 Rn. 9.

bejaht man sie wohl fast²¹² einhellig²¹³, wenn auch teils in enger gezogenen Grenzen.²¹⁴ Meist wird dabei mit dem Zweck von § 399 Var. 1 BGB argumentiert: Dieses Abtretungsverbot diene dem Schutz des Schuldners, sodass dieser sich seines Schutzes durch Zustimmung begeben könne.²¹⁵

Dieser Gedanke überzeugt freilich nur, soweit § 399 Var. 1 BGB tatsächlich und ausschließlich einen Schutz des Schuldners bezeckt.²¹⁶ Worin also liegt der Zweck dieses gesetzlichen Abtretbarkeitsausschlusses? Nach dem Bundesgerichtshof regelt § 399 BGB Ausnahmen von der grundsätzlich freien Übertragbarkeit der Forderungsrechte und zielt damit auf den Schutz des Schuldners ab. Dieser brauche nach § 399 Var. 1 BGB nicht hinzunehmen, dass sich der Inhalt der Forderung durch die Abtretung zu seinem Nachteil verändere. Die Vertragsparteien sollten sich vielmehr darauf verlassen können, nicht im Nachhinein aufgrund einer Abtretung zu einer überobligatorischen Leistung verpflichtet zu werden.²¹⁷ Das suggeriert, § 399 Var. 1 BGB diene ausschließlich dem Schutz des Schuldners (vor einer Veränderung seiner Leistungspflicht). Auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ist oftmals ohne nähere Differenzierung zu lesen, § 399 Var. 1 BGB bezwecke den Schutz des Schuldners.²¹⁸

²¹² Gegen eine Disponibilität von § 399 Var. 1 BGB durch eine Zustimmung des Schuldners *W. Dornwald*, Abtretungsverbot gemäß § 399 I. Alt. BGB (1978), S. 151 f. Vermutlich ebenso *R. Weber*, in: RGRK (1976), § 399 Rn. 12 in Zusammenschau mit Rn. 10, 14 und 17; sowie *H.-F. Müller*, in: PWW (2017), § 399 Rn. 17 (im Gegenschluss dazu, dass dort nur das vertragliche Abtretungsverbot für disponibel erklärt wird; in der Kommentierung ist allerdings die Rede von einem „Verzicht“ des Schuldners auf das Abtretungsverbot).

²¹³ Allgemein für eine Disponibilität von § 399 Var. 1 BGB durch eine Zustimmung des Schuldners: *A. v. Tuhr*, AT BürgerlR I (1910), § 12 III 1 (S. 223); *K. Larenz*, Schuldrecht AT (1987), § 34 II 2 (S. 582 f.); *G. Lüke*, JuS 1995, S. 90 (93); *C. Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen (1998), S. 245; *R. Stürner*, in: Jauernig (2018), Anm. §§ 399, 400 Rn. 5. Wohl auch *W. Thiele*, Zustimmungen (1966), S. 239, der von einer Zustimmung zu der Abtretung einer nach § 399 BGB unabtretbaren Forderung spricht, ohne zwischen den Varianten der Norm zu differenzieren.

²¹⁴ Für eine Disponibilität von § 399 Var. 1 BGB durch eine Zustimmung des Schuldners (nur) in der Fallgruppe einer Unabtretbarkeit mit Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnisses: *J. Lieder*, Sukzession (2015), S. 209; *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 399 Rn. 25; *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 23; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 54. Wohl auch *M. Rohe*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 399 Rn. 5. Tendenziell noch enger *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 77: „Ob die Nichtigkeit einer entgegen § 399 BGB verbotswidrigen Abtretung durch Vereinbarung („Zustimmung“) des Schuldners mit dem alten Gläubiger geheilt werden kann, hängt davon ab, ob die Forderung überhaupt durch Vereinbarung (§ 311 Abs 1 BGB) zu einer veräußerlichen gemacht werden kann. Dies wird bei Abtretungen unter den Voraussetzungen von § 399 I. Fall BGB in aller Regel nicht anzunehmen sein.“ Ähnlich *B. Kreße*, in: NK-BGB (2016), § 399 Rn. 13.

²¹⁵ Vgl. nur *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 23.

²¹⁶ Vgl. *G. Lüke*, JuS 1995, S. 90 (92 f.).

²¹⁷ BGH, Urteil v. 20.04.2017, BeckRS 2017, 109283 Rn. 21.

²¹⁸ S. nur *B. Kreße*, in: NK-BGB (2016), § 399 Rn. 1; *H. P. Westermann*, in: Erman (2017), § 399 Rn. 2; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 2; *M. Rohe*, in:

Zumindest bei der Abtretung, die allein auf dem Willen des Gläubigers als Zeidenten einerseits und des Zessionars andererseits beruht, ist dieser Gedanke insofern einleuchtend, als der Schuldner seinen Willen dem Forderungsübergang nicht entgegensetzen kann und deshalb schutzwürdig erscheint. Allerdings kann § 399 BGB gemäß § 412 BGB auch im Zuge einer *cessio legis* Anwendung finden. Dabei geht die Forderung kraft Gesetzes und somit unabhängig von dem Willen des alten und des neuen Gläubigers über. In diesem Szenario ist es denkbar, dass § 399 Var. 1 BGB auch den Legalzedenten vor etwaigen Nachteilen einer Forderungsübertragung schützt, welche er selbst nicht beeinflussen kann. Außerdem verdeutlicht ein Blick auf die Fallgruppen von § 399 Var. 1 BGB, dass Schuldnerschutz nicht der einzige Zweck dieser Norm ist. Ein darauf gründender Übertragungsausschluss kann auch im Interesse des Gläubigers liegen oder aus der Art des Anspruchs folgen.²¹⁹ Lediglich der Übertragungsausschluss mit Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnisses dient klar dem Schuldner, da hiermit dessen anerkennenswertes Interesse an der Beibehaltung seines ursprünglichen Gläubigers geschützt wird.²²⁰ Der Ausschluss einer Übertragung von höchstpersönlichen Ansprüchen erklärt sich hingegen primär dadurch, dass der betreffende Anspruch in der Hand eines anderen Gläubigers seine Funktion nicht erfüllen kann.²²¹ Für die mangelnde Übertragbarkeit unselbstständiger Ansprüche schließlich lassen sich verschiedene Gründe finden. Man kann auf den Schutz des Gläubigers abstehen, sofern er eine wirtschaftliche Entwertung seiner Gläubigerstellung infolge der Trennung rechtlich verbundener Forderungen befürchten muss.²²² Tragfähig ist dieser Gedanke aber nur bei der *cessio legis*, weil der Gläubiger sich im Fall der Abtretung selbst schützen kann, indem er daran schlicht nicht mitwirkt. Ferner kann ein Trennungsverbot im Einzelfall dem Schutz des

BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 399 Rn. 1. Bisweilen wird ganz allgemein geschlussfolgert: Da das Verbot des § 399 Var. 1 BGB Schuldnerinteressen schütze, sei eine verbotswidrige Abtretung mit Zustimmung des Schuldners gleichwohl wirksam (so etwa *R. Stürner*, in: *Jauernig* (2018), Anm. §§ 399, 400 Rn. 5). Tiefergehend *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 2.1: „Der tiefere Grund für den Abtretungsausschluss nach § 399 Alt. 1 liegt in der Funktionsfähigkeit von Verträgen begründet. Nur wenn die ursprünglich vereinbarten Leistungspflichten während der Vertragsabwicklung unverändert bleiben, können Verträge ihre institutionelle Funktion erfüllen. Deshalb darf das komplexe Vertragsgefüge nicht durch einseitige Eingriffe einer Vertragspartei nachträglich zur Disposition gestellt werden. Die Gewährleistung des Rechtsgrundsatzes *pacta sunt servanda* bildet eine zentrale Wirksamkeitsvoraussetzung für die Funktionstauglichkeit von Verträgen. Der Abtretungsausschluss nach § 399 Alt. 1 sorgt vor diesem Hintergrund dafür, dass sich die Vertragsparteien darauf verlassen können, nicht im Nachhinein aufgrund einer Forderungs- zession zu einer überobligatorischen Leistung verpflichtet zu werden.“ Letztlich läuft dieser Gedanke aber auch auf den Schutz des Schuldners hinaus.

²¹⁹ So dezidiert *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: *MüKo-BGB* (2016), § 399 Rn. 2.

²²⁰ Vgl. *J. Busche*, in: *Staudinger* (2017), § 399 Rn. 23; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 54.

²²¹ Ein Beispiel ist der Anspruch auf Gewährung von Urlaub. Dessen fehlende Übertragbarkeit könnte man aber auch mit Schuldnerschutz begründen: Der Arbeitgeber muss davor geschützt werden, dass ein anderer Arbeitnehmer nicht arbeitet.

²²² In diese Richtung *W. Rosch*, in: *jurisPK-BGB* (2017), § 399 Rn. 18.

Schuldners dienen. Dabei geht es vor allem um den Schutz des Schuldners, der selbst eine streng akzessorische Sicherheit für seine Forderung gestellt hat, vor einer doppelten Inanspruchnahme durch den Gläubiger der Hauptforderung auf der einen Seite und den Gläubiger des akzessorischen Sicherungsrechts auf der anderen Seite. Zwingend ist eine derartige Ausgestaltung von Schuldnerschutz allerdings nicht, was sich schon an dem Beispiel zeigt, dass die Hypothek gesetzlich nicht von der Hauptforderung getrennt werden kann (§ 1153 II BGB), die Sicherungsgrundschuld hingegen schon²²³. Letztlich wird die Einordnung eines Anspruchs als „unselbstständig“ von der Vorstellung des Gesetzgebers festgelegt. Sie ist nicht mehr und nicht weniger als eine Fortschreibung gesetzgeberischer Regelungskonzepte, denen zu folge bestimmte Forderungen in der Hand desselben Gläubigers liegen müssen.²²⁴

Somit kann eine Zustimmung des Schuldners die Wirkung der Unabtretbarkeit nicht in allen Fällen beseitigen.²²⁵ Der Schuldner kann sich über ein Abtretungsverbot gemäß § 399 Var. 1 BGB nur hinwegsetzen, wenn es in seinem ausschließlichen Interesse besteht.²²⁶ So liegt es in der Fallgruppe des § 399 Var. 1 BGB, in der die Unabtretbarkeit aus der Natur des Schuldverhältnisses folgt und damit auf den Schutz berechtigter Interessen des Schuldners gerichtet ist.²²⁷ Unter diese Fallgruppe fällt auch die Unabtretbarkeit einer einzelnen Gesamtschuldforderung. Darum kann eine Zustimmung aller Gesamtschuldner dieser isolierten Abtretung Wirksamkeit verleihen.

2. Rechtliche Qualifizierung der Zustimmung

Kann der Schuldner eine Abtretung, die gegen § 399 Var. 1 BGB verstößt, mittels Zustimmung heilen, stellt sich die Frage, wie diese Zustimmung rechtlich zu qualifizieren ist. Die Frage ist kaum geklärt, obschon sie nicht nur von dogmatischem Interesse ist. Eine Antwort ist insbesondere wichtig, um zu klären, ob die Zustimmung ex tunc oder ex nunc wirkt.

²²³ Statt aller *J. Lieder*, in: MüKo-BGB (2017), § 1191 Rn. 113.

²²⁴ Dazu bereits unter „Mitlaufge- und Trennungsverbot – Argumente für ein Schnittmengenprinzip“ ab S. 72.

²²⁵ *S. G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 399 Rn. 50: Eine solche Beseitigung sei nicht möglich, wenn die Unabtretbarkeit in der Natur des Anspruchs begründet ist. Allerdings könnte dann die Zustimmungserklärung häufig rechtlich so gedeutet werden, dass im Ergebnis ein Gläubigerwechsel herstellbar ist, etwa i. S. einer Abstrahierung des Anspruchs von der Kausalgrundlage oder eines Einverständnisses mit der Vertragsübernahme etc.

²²⁶ *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 29.1. Vgl. auch *B. Kreße*, in: NK-BGB (2016), § 399 Rn. 13: „Möglich ist auch die Heilung einer gegen § 399 verstößenden Abtretung durch den Schuldner. Voraussetzung ist allerdings, dass die Unübertragbarkeit zur Disposition der Parteien steht, was bei Alt. 1 nicht immer der Fall ist.“

²²⁷ So auch die Vertreter in Fn. 214 in diesem Kap., die § 399 Var. 1 BGB (nur) in der Fallgruppe einer Unabtretbarkeit mit Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnisses für disponibel halten.

Fallbeispiel: *X und Y haften A gesamtschuldnerisch auf Zahlung von 1.000 Euro. X ist in Schuldnerverzug. A tritt allein die Forderung gegen X an B ab. Dem stimmen die Gesamtschuldner erst nachträglich zu. Zwischen Abtretung und Zustimmung betreibt Gläubiger G eine Zwangsvollstreckung gegen A. Dabei wird unter anderem die Forderung gegen X gepfändet und an Zahlung statt im Sinne von § 835 II ZPO an G überwiesen.²²⁸ Wer ist Inhaber der Forderung gegen X? Wer kann von X Verzugszinsen nach § 288 I BGB²²⁹ ab dem Zeitpunkt der Abtretung an B verlangen?²³⁰*

Dieser Problemstellung kann man sich annähern, indem man Antworten auf eine sehr ähnlich gelagerte Frage ins Auge fasst: die dogmatische Einordnung einer Zustimmung des Schuldners zu einer Abtretung, die gegen ein rechtsgeschäftliches Verbot nach § 399 Var. 2 BGB verstößt.

a) *Vergleichsszenario: Heilung eines Verstoßes gegen § 399 Var. 2 BGB*

Nach ganz überwiegender Ansicht gilt für das vertragliche Abtretungsverbot im Sinne von § 399 Var. 2 BGB: Eine verbotswidrige und damit unwirksame Abtretung kann geheilt und somit wirksam werden (Konvaleszenz), wenn der Schuldner ihr zustimmt. Umstritten ist, wie diese Heilung durch Zustimmung rechtsdogmatisch zu konstruieren ist und – damit verbunden – ob sie die Abtretung ex nunc oder ex tunc wirksam werden lässt. Im Wesentlichen werden zwei Lösungsansätze vertreten.²³¹

aa) Meinungsstand: Vertrags- versus Genehmigungslösung

Weite Teile des Schrifttums²³² und wohl²³³ auch die Rechtsprechung²³⁴ verlangen eine Inhaltsänderung der Forderung durch eine vertragliche Abrede zwischen Zedent

²²⁸ Von Interesse ist zum Beispiel auch der Fall, dass A die Forderung gegen X zwischen der Zession an B und vor Zustimmung der Gesamtschuldner an einen Dritten D abtritt (Zwischenverfügung).

²²⁹ Der Verzug hat nach § 425 BGB Einzelwirkung.

²³⁰ Zur Lösung des Falls s. Fn. 300 in diesem Kap.

²³¹ Zu alledem ausführlich *A. Nefzger*, Vertragliche Abtretungsverbote (2013), S. 250 ff.; *K.-H. Gursky*, in: *Staudinger* (2014), Vorbem. §§ 182–185 Rn. 33 f. Dort auch zu dem dritten Lösungsansatz, der *Verzichtslösung*, die insb. in der Rspr. neben der Vertragslösung vertreten wird und von einem (offenbar auch vertraglichen) Verzicht des Schuldners auf die Einrede aus § 399 Var. 2 BGB ausgeht. Diese Lösung überzeugt aber schon im Ansatz nicht. Wenn man eine Abtretung entgegen einem vertraglichen Verbot für unwirksam hält, hat der Zessionar keine Forderung erworben, die einredebehaftet sein könnte. Richtigerweise ist § 399 Var. 2 BGB als eine rechtshindernde Einwendung zu verstehen. Dazu insb. *E. Wagner*, Vertragliche Abtretungsverbote (1994), S. 201 ff.; *C. Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen (1998), S. 298 f. Dem ist nichts hinzuzufügen, daher wird die Verzichtslösung hier nicht weiter behandelt, zumal sie auch in der Literatur wenig Anklang gefunden hat.

²³² *K. Larenz*, Schuldrecht AT (1987), S. 581 f.; *K. Schreiber*, in: *Soergel* (2010), § 399 Rn. 9; *F. Weiler*, Schuldrecht AT (2016), S. 358; *J. Busche*, in: *Staudinger* (2017), § 399 Rn. 63; *W. Fikentscher/A. Heinemann*, Schuldrecht (2017), Rn. 725; *C. Grüneberg*, in: *Palandt* (2018),

und Schuldner (*Vertragslösung*).²³⁵ Damit werde aus einer unveräußerlichen Forderung eine veräußerliche gemacht und deren Abtretung in der Folge wirksam. In der Zustimmung des Schuldners zu der Abtretung liege eine Willenserklärung gerichtet auf Aufhebung des Abtretungsverbots, zu der sich regelmäßig eine korrespondierende Willenserklärung des Gläubigers finde.

Eine starke Gegenansicht im Schrifttum vertritt demgegenüber, dass neben der – stets zulässigen – Vertragslösung eine einseitige Gestaltungserklärung des Schuldners analog § 185 II 1 Var. 1 BGB zur Heilung genügt (*Genehmigungslösung*).²³⁶

²³⁵ § 399 Rn. 12; *T. Regenfus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.10.2018), § 182 Rn. 28; *P. Bub*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 182 Rn. 9; *M. Rohe*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 399 Rn. 22; *R. Schulze*, in: HK-BGB (2019), § 399 Rn. 7. Vermutlich auch *K. W. Nörr/R. Scheyhing/W. Pöggeler*, Sukzessionen (1999), S. 32; *A. Staffhorst*, in: NK-BGB (2016), § 182 Rn. 5; *R. Stürner*, in: Jauernig (2018), Anm. §§ 399, 400 Rn. 8. Nicht klar entschieden *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 399 Rn. 41. Zweifelnd *G. Maier-Reimer*, in: Erman (2017), vor § 182 Rn. 3. Widersprüchlich *T. Trautwein*, in: jurisPK-BGB (2017), § 184 Rn. 42: Die Zustimmung sei als Erklärung zu einer neuerlichen Abrede über die nunmehrige Abtretbarkeit der Forderung auszulegen, jedoch sei § 184 II BGB entsprechend anzuwenden.

²³⁶ Die Rechtsprechung verfolgt keine völlig klare Linie. Dazu *C. Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen (1998), S. 304.

²³⁴ S. nur BGH, Urteil v. 01.02.1978, BGHZ 70, S. 299 (303); BGH, Urteil v. 29.06.1989, BGHZ 108, S. 172 (177 f.); BGH v. 11.03.1997, NJW 1997, S. 3434 (3435). Gegen die Notwendigkeit einesforderungsändernden Vertrags aber BGH, Urteil v. 30.10.1990, NJW-RR, S. 763 (764). Offen gelassen von BGH, Urteil v. 14.10.1963, BGHZ 40, S. 156 (160). Als Alternative zur Vertragslösung erkennt die Rechtsprechung offenbar auch die Verzichtslösung an. Dazu bereits Fn. 231 in diesem Kap.

²³⁵ Gelegentlich wird konkretisiert: Die inhaltsändernde Abrede sei ein Vertrag i. S. v. § 311 I BGB. Die §§ 182–185 BGB seien weder direkt noch analog anwendbar. Der abtretende Gläubiger sei kein Nichtberechtigter i. S. v. § 185 BGB und der Schuldner kein Berechtigter i. S. d. § 184 BGB. Zudem genüge eine einseitige Zustimmung des Schuldners gemäß § 185 BGB nicht, weil der Ausschluss der Abtretbarkeit durch die Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger zum Inhalt der Forderung gemacht worden sei. Dies gelte auch dann, wenn die Abtretung nicht vollständig ausgeschlossen, sondern lediglich von der Zustimmung des Schuldners abhängig gemacht worden sei (dieser Gleichlauf ist innerhalb der Vertragslösung aber str.).

²³⁶ Etwa *W. Thiele*, Zustimmungen (1966), S. 239 f.; *R. Serick*, EV und Sicherungsübertragung, Bd. IV (1976), S. 492; *R. Weber*, in: RGRK (1976), § 399 Rn. 14 f.; *W. Dornwald*, Abtretungsverbot gemäß § 399 1. Alt. BGB (1978), S. 153; *G. Lüke*, JuS 1995, S. 90 (93); *U. Leptien*, in: Soergel (1999), § 184 Rn. 11, § 185 Rn. 19; *A. Nefzger*, Vertragliche Abtretungsverbote (2013), S. 256; *K.-H. Gursky*, in: Staudinger (2014), Vorbem. §§ 182–185 Rn. 34; *J. Petersen*, Jura 2014, S. 278 (279); *H. Brox/W.-D. Walker*, Schuldrecht AT (2017), § 34 Rn. 12; *H. P. Westermann*, in: Erman (2017), § 399 Rn. 3; *F. Bayreuther*, in: MüKo-BGB (2018), vor § 182 Rn. 24, § 184 Rn. 41; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 105 ff. Wohl auch *P. Heck*, Grundriss des Schuldrechts (1929), S. 197; *O. Fischer/W. Henle*, BGB (1932), § 399 2.a) Anm. 1. Ebenso i. E., aber mit dogmatisch anderer Begründung *H. Siber*, in: Planck (1914), § 399 Erl. 3 (563): Zwar verleihe ein vertragliches Abtretungsverbot dem Inhalt der Forderung die Eigenschaft der Unübertragbarkeit, sodass es zu einer Aufhebung der Unübertragbarkeit eines schuldabändernden Vertrages bedürfe. Jedoch sei es auch zulässig, die Abtretung rechtsgeschäftlich nicht völlig auszuschließen, sondern nur zu beschränken. Da der Ausschluss der Abtretung nur im Interesse des Schuldners vereinbart

Beide Ansätze stimmen insofern überein, als eine verbotswidrige Abtretung maßgeblich aufgrund der schuldnerseitigen Zustimmung geheilt wird. Denn an das Zustandekommen der vertraglichen Abrede, insbesondere an die Erklärung des Gläubigers, stellen die Vertreter der Vertragslösung keine hohen Anforderungen.²³⁷ Zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen die beiden Lösungen aber in Bezug auf den Zeitpunkt, in dem die verbotswidrige Abtretung wirksam wird. Gemäß der Vertragslösung zeitigt die Zustimmung nur Wirkung für die Zukunft²³⁸ (teilweise gestützt auf § 185 II 1 Var. 2, mitunter zudem Var. 3 BGB analog²³⁹). Nach der Genehmigungslösung wirkt die Zustimmung analog § 184 I BGB auf die Vornahme der verbotswidrigen Abtretung zurück. Ob diese Rückwirkung sich auch auf Verfügungen durch und Pfändungen gegen den Zedenten auswirkt, die zwischen Abtretung und Genehmigung erfolgten, ist innerhalb der Genehmigungslösung umstritten.²⁴⁰ Laut manchen Autoren bleiben solche Verfügungen und Pfändungen analog § 184 II BGB wirksam, obwohl die Genehmigung im Übrigen Rückwirkung

werde, sei er stets dahingehend auszulegen, dass nur die Abtretung ohne Zustimmung des Schuldners ausgeschlossen sein solle. Darum könne eine auf vertragsmäßigem Ausschluss der Abtretung beruhende Unwirksamkeit durch bloße Zustimmung des Schuldners geheilt werden, ohne dass es dazu der entsprechenden Anwendung von § 185 BGB oder ähnlicher Vorschriften bedürfe. Für eine unmittelbare Anwendung von § 185 BGB („Ermächtigungsmodell“) *C. Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen (1998), S. 247, 303 ff.

²³⁷ Etwa *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 63: Wenn der Gläubiger dem Schuldner die Abtretung mitteile oder ihn um seine Zustimmung dazu anhalte, gebe der Gläubiger [konkludent] ein Angebot auf Abschluss des Änderungsvertrags ab, welches der Schuldner mittels Zustimmungserklärung gegenüber dem Gläubiger annehme. S. auch *M. Rohe*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 399 Rn. 22: In der Zustimmung liege „je nach Umständen des Einzelfalls die Angebots- oder Annahmeerklärung zu einem Aufhebungsvertrag. Die jeweils komplementäre Erklärung dürfte i. d. R. stillschweigend oder konkludent abgegeben werden oder gem. § 151 BGB bzw. nach den Grundsätzen des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungserschreiben entbehrlich sein.“ (§ 151 S. 1 BGB macht freilich nicht die Annahmeerklärung entbehrlich, sondern nur deren Zugang.) Vgl. ferner *F. Weiler*, Schuldrecht AT (2016), S. 15; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 104. Der BGH hat z. B. eine konkludente Schuldnerzustimmung zu einer abredewidrigen Abtretung angenommen, als eine Schuldnerin in Kenntnis einer Abtretung trotz vereinbarten Abtretungsverbots ihre Leistung vorbehaltlos an eine Zessionarin erbrachte, s. BGH, Urteil v. 02.02.2006, NJW 2006, S. 1800 (1802).

²³⁸ S. etwa BGH, Urteil v. 03.12.1987, BGHZ 102, S. 293 (301); BGH, Urteil v. 02.02.2006, NJW 2006, S. 1800 (1802).

²³⁹ Dies wird als Konvaleszenz-Lösung bezeichnet, s. dazu *W. Thiele*, Zustimmungen (1966), S. 234 f. Gemeint ist damit, dass die Heilung einer bereits erfolgten verbotswidrigen Abtretung durch denforderungsverändernden Vertrag erst mit Wirkung für die Zukunft erfolgt, d. h. ab Vertragsschluss. Davon zu unterscheiden ist die Wirkung dieses Vertrags auf die generelle Abtretbarkeit der betroffenen Forderung: Diese Wirkung ist unmittelbarer Gegenstand des auf die Wiederherstellung der Abtretbarkeit gerichteten Vertrags selbst, sodass sie erst mit dessen Abschluss, also ex nunc erfolgt, ohne dass es eines Rückgriffs auf § 185 II BGB bedürfte.

²⁴⁰ S. Überblick bei *A. Nefzger*, Vertragliche Abtretungsverbote (2013), S. 257 f.

hat („begrenzte Rückwirkung“).²⁴¹ Das wiederum entspricht dem Ergebnis der Vertragslösung, nach der insbesondere eine zwischenzeitlich erfolgte Pfändung durch Drittgläubiger des Zedenten wirksam bleibt. Denn die Forderung ist bis zur „Genehmigung“ des Schuldners im Vermögen des Zedenten und damit dem Zugriff von dessen Gläubigern ausgesetzt geblieben. Einige Vertreter der Genehmigungslösung wollen § 184 II BGB hingegen nicht analog anwenden („unbegrenzte Rückwirkung“), sodass Verfügungen des Zedenten über die vinkulierte Forderung rückwirkend unwirksam werden.²⁴² Gleichsam verliert ein Gläubiger des Zedenten, der dessen Forderung gemäß § 851 II ZPO gepfändet hat, rückwirkend sein Pfändungspfand- und Einziehungsrecht.²⁴³ Hierin liegt eine deutliche Abweichung zur Vertragslösung.

bb) Stellungnahme

Diese Arbeit geht von der Genehmigungslösung mit unbegrenzter Rückwirkung aus. Der schon lange gefochte Streit zwischen Vertrags- und Genehmigungslösung soll an dieser Stelle nicht vertieft ausgetragen werden.²⁴⁴ Kurz gefasst lassen sich hierzu folgende Argumente anführen.

Prima facie spricht für die Vertragslösung ein *Actus-contrarius*-Argument: Wenn eine Forderung durch einen Vertrag zwischen Schuldner und Gläubiger ihrem Inhalt nach unveräußerlich gemacht wird, bedarf es zur Wiederherstellung der Veräußerlichkeit ebenfalls eines Vertrags. Diese Erwägung ist allerdings aus zwei Gründen zu formal. Erstens dient es stets dem Interesse des Schuldners, wenn Gläubiger und Schuldner eine Forderung als unübertragbar ausformen.²⁴⁵ Darum ist es nur folgerichtig, wenn der Schuldner einseitig auf den Schutz seines Interesses verzichtet, indem er einer Abtretung zustimmt. Für den Gläubiger ist das rechtlich lediglich

²⁴¹ Etwa *R. Weber*, in: RGRK (1976), § 399 Rn. 15; *W. Dornwald*, Abtretungsverbot gemäß § 399 I. Alt. BGB (1978), S. 153; *G. Liike*, JuS 1995, S. 90 (93); *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 107. I.E. auch *A. Nefzger*, Vertragliche Abtretungsverbote (2013), S. 258, der dies aber mit einer Subsidiarität von § 184 I BGB gegenüber § 851 II ZPO begründet.

²⁴² Außer einer gemäß § 399 Var. 2 BGB unabtretbare Forderung ist mehrfach abgetreten worden und der Schuldner genehmigt zunächst die spätere, dann die frühere Abtretung. Dann bleibt die spätere Abtretung wirksam. S. nur *F. Bayreuther*, in: MüKo-BGB (2018), § 184 Rn. 41. Insoweit gelte § 184 II BGB analog. I.E. ebenso *K.-H. Gursky*, in: Staudinger (2014), Vorbem. §§ 182–185 Rn. 34.

²⁴³ So *W. Thiele*, Zustimmungen (1966), S. 240 f.; *H. Dörner*, Dynamische Relativität (1985), S. 208; *K.-H. Gursky*, in: Staudinger (2014), Vorbem. §§ 182–185 Rn. 34; *F. Bayreuther*, in: MüKo-BGB (2018), § 184 Rn. 41. In der Konsequenz zustimmend, das Ergebnis aber für untragbar haltend *C. Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen (1998), S. 306; *C. Ahcinc/C. Armbrüster*, JuS 2000, S. 549 (550).

²⁴⁴ Insbesondere die Monografien in Fn. 231 in diesem Kap. befassen sich ausführlich mit dieser Streitfrage.

²⁴⁵ Statt vieler *G. Liike*, JuS 1995, S. 90 (92 f.); *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 2 ff.

vorteilhaft. Darum muss er nicht mitwirken, um eine abredewidrige Abtretung wirksam zu machen. Anders ist das, wenn eine Forderung unveräußerlich gestellt werden soll. Hieran hat der Gläubiger typischerweise kein Interesse. Deshalb muss er an diesem Vorgang mitwirken. Ein passendes Instrument dazu ist ein entsprechender Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner. Zweitens ist es überhaupt nicht erforderlich, eine unveräußerliche Forderung durch einen inhaltsändernden Vertrag veräußerlich zu machen, wenn es lediglich darum geht, einer verbotswidrigen Abtretung zur Wirksamkeit zu verhelfen. Denn die Zustimmung des Schuldners zu der Abtretung soll die Unveräußerlichkeit der Forderung gar nicht schlechthin aufheben, sondern lediglich der konkreten Zession Wirksamkeit verschaffen.²⁴⁶ Der neue Gläubiger bleibt an den vertraglichen Abtretungsausschluss gebunden. Die Abtretung und die Zustimmung des Schuldners dazu ändern das Schuldverhältnis nur in personaler Hinsicht, nicht aber in inhaltlicher.²⁴⁷ Folglich braucht man die Vertragslösung nicht, um die Heilung einer abredewidrigen Abtretung zu erklären.

Wenn Gläubiger und Schuldner eine abredewidrige Abtretung zulassen wollen, können sie ihre Fesseln auf Basis der Vertragslösung nur unter den Voraussetzungen eines Vertragsschlusses wieder abstreifen. Darauf reagiert die Vertragslösung mit geringen Anforderungen an einen Vertragsschluss.²⁴⁸ Das wiederum birgt jedoch die Gefahr, den Erklärungswillen von Schuldner und Gläubiger zu überdehnen. Der Vertragsschluss kann dadurch leicht zu einer Fiktion werden. Das gilt insbesondere, sofern der Schuldner seine Zustimmung nicht dem Zedenten, sondern dem Zessionar erteilt, was oftmals konkludent in Form von Erfüllungshandlungen an den Zessionar geschehen dürfte. In diesen Fällen ist man gezwungen, den Zessionar als Stellvertreter oder als Boten des Zedenten zu betrachten,²⁴⁹ um einen Vertragsschluss zwischen Schuldner und Zedent noch irgendwie begründen zu können. Solche juristischen Konstruktionen eines Vertragsschlusses erscheinen dogmatisch teilweise kaum mehr haltbar. Zugleich muten sie als ein überflüssiger Umweg zu einer Heilung an, die im Ergebnis nahezu jeder als möglich erachtet.²⁵⁰

Die Genehmigungslösung bietet eine vorzugswürdige Alternative. Sie scheitert keineswegs an einem Analogieverbot zu den §§ 182 ff. BGB, wie überzeugend

²⁴⁶ K.-H. Gursky, in: Staudinger (2014), Vorbem. §§ 182–185 Rn. 34, der dazu mit Recht anmerkt, der Schuldner könne bei mehreren abredewidrigen Abtretungen frei entscheiden, welcher Abtretung er Wirksamkeit verschaffen will.

²⁴⁷ W. Thiele, Zustimmungen (1966), S. 239 f. Um die Forderung ihrem Inhalt nach wieder abtretbar zu machen, dürfte in der Tat ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner erforderlich sein.

²⁴⁸ Vgl. Fn. 237 in diesem Kap.

²⁴⁹ Vgl. A. Nefzger, Vertragliche Abtretungsverbote (2013), S. 251.

²⁵⁰ F. Bayreuther, in: MüKo-BGB (2018), vor § 182 Rn. 24. Krit. auch C. Berger, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen (1998), S. 302; A. Nefzger, Vertragliche Abtretungsverbote (2013), S. 256.

dargelegt wurde.²⁵¹ Sie führt aufgrund ihrer Rückwirkung zu dem sachgerechten Ergebnis, dass der Zessionar als neuer Gläubiger Zinsen einer Geldforderung auch für die Zeit zwischen Abtretung und deren Genehmigung erhält. Ferner lässt sich mit ihr problemlos erklären, dass die Abtretung aufgrund ihrer zustimmungsbedingten Wirksamkeit nicht wiederholt werden muss, wohingegen die Zustimmung des Schuldners nach der Vertragslösung eigentlich nur die Aufhebung der Übertragbarkeit einer Forderung für die Zukunft bewirkt und darum nicht die zeitlich vor gelagerte Abtretung zwischen Zendent und Zessionar betreffen kann.²⁵² Die Ablehnung einer Rückwirkung der Zustimmung durch die Vertragslösung hätte demnach bei Lichte betrachtet zur Folge, dass die bereits erfolgte Abtretung erneut vorgenommen werden muss.²⁵³ Da der Schuldner genau dieser Abtretung aber zustimmt, erscheint ihre erneute Vornahme als ein unnötiger Umweg.

Man könnte einwenden, einen einseitigen Rechtsverzicht lasse das BGB nicht durchgängig zu. So ist zum Beispiel im Grundsatz kein einseitiger Forderungserlass²⁵⁴ oder kein einseitiger Verzicht auf dispositiv, nur eine Partei schützende Vorschriften²⁵⁵ zulässig; stattdessen bedarf es eines Vertrags. Dieser Einwand ist allerdings nicht generalisierbar. Zahlreiche gesetzliche Regelungen im Schuld-, Sachen-, Familien-, Erb- und Prozessrecht lassen einen einseitigen Rechtsverzicht zu.²⁵⁶ Nach ganz herrschender Meinung kann man zum Beispiel im Schuldrecht

²⁵¹ Die Zustimmungsbedürftigkeit von Rechtsgeschäften kann zwar nur gesetzlich vorgeschrieben werden. Allerdings verbietet diese Idee eines *Numerus clausus* der Zustimmungstatbestände wohl nur die rechtsgeschäftliche Schaffung eines Zustimmungserfordernisses. Letzteres ließe nämlich auf eine „dinglich“ wirkende Beschränkung der Verpflichtungs- und Verfügungsfähigkeit hinaus, die das geltende Recht nicht zulässt (vgl. § 137 BGB). Ein Zustimmungserfordernis im Wege der Rechtsfortbildung zu begründen, ist demgegenüber nicht ausgeschlossen. Dazu etwa *K.-H. Gursky*, in: *Staudinger* (2014), Vorbem. §§ 182–185 Rn. 27; *F. Bayreuther*, in: *MüKo-BGB* (2018), vor § 182 Rn. 21 ff.; *T. Regenfus*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.10.2018), § 182 Rn. 33 ff. Warum man insbesondere die Genehmigungslösung nicht wegen Verstoßes gegen den *Numerus clausus* der Zustimmungsrechte verwerfen kann, wird erklärt von *A. Nefzger*, *Vertragliche Abtretungsverbote* (2013), S. 256; *F. Bayreuther*, in: *MüKo-BGB* (2018), vor § 182 Rn. 24; *J. Lieder*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 399 Rn. 106.1. A.A. *C. Berger*, *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen* (1998), S. 306.

²⁵² Zu beiden Aspekten etwa *T. Regenfus*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.10.2018), § 182 Rn. 30.

²⁵³ Manche Vertreter der Vertragslösung geben das freilich zu, z.B. *W. Fikentscher* / *A. Heinemann*, *Schuldrecht* (2017), Rn. 725. Andere wollen die Wirkung des schuldabändernden Vertrags für eine bereits erfolgte Abtretung mit der bereits bei Fn. 239 in diesem Kap. angesprochenen Konvaleszenz-Lösung erklären, vgl. *W. Thiele*, *Zustimmungen* (1966), S. 234. Diese Erklärung erscheint jedoch konstruiert.

²⁵⁴ Dazu schon ausführlich unter „Schicksal der nicht übergegangenen Forderung“ ab S. 83.

²⁵⁵ Vgl. alg. *C. Herresthal*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.05.2018), § 311 Rn. 8, der aufzeigt, dass dispositives Recht durch eine Abrede der Parteien abbedungen werden muss, wenn es ihren Vertrag nicht ergänzen soll.

²⁵⁶ Ein Überblick findet sich bei *M. Schlüter*, in: *MüKo-BGB* (2016), § 397 Rn. 19.

prinzipiell auf Einreden und Gestaltungsrechte einseitig verzichten.²⁵⁷ Im BGB gibt es keine allgemeine Regelung dazu, ob ein Rechtsverzicht einseitig erfolgen kann oder eines Vertrages bedarf.²⁵⁸ Wenn eine Norm ausschließlich eine bestimmten Partei schützt, sollte diese Partei im Zweifel einseitig auf ihren Schutz verzichten können. Das gilt auch für den Schutz des § 399 Var. 2 BGB.

Genehmigt der Schuldner der vinkulierten Forderung eine Abtretung, geht damit nach überzeugender Literaturansicht²⁵⁹ eine unbegrenzte Rückwirkung einher. Eine Anwendung von § 184 II BGB verbietet sich. Eine Rückwirkung der Genehmigung ist gemäß dem Wortlaut von § 184 II Var. 1 BGB nur für solche Verfügungen ausgeschlossen, die von dem *Genehmigenden* getroffen worden sind. Parallel dazu meint § 184 II Var. 2 BGB nur Zwangsverfügungen gegen den Genehmigenden (Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, Arrestvollzug, Insolvenz).²⁶⁰ Genehmigender ist jedoch der Schuldner, nicht der Zedent.²⁶¹ Freilich kommt von vorneherein nur eine analoge Anwendung von § 184 II BGB in Betracht.²⁶² Jedoch ist eine Analogie mangels vergleichbarer Interessenlage abzulehnen. Nach zu Recht ganz herrschender Meinung ist § 184 II BGB gerade nicht Ausdruck eines allgemeinen Prinzips, wonach wohlerworbene Rechte Dritter durch eine Rückwirkung im Sinne des § 184 I BGB nicht beeinträchtigt werden können.²⁶³ § 184 II BGB betrifft bewusst nur Verfügungen des und Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Genehmigenden. Die Norm soll einen Rechtsmissbrauch verhindern, der möglich wäre, wenn dieselbe Person, die einen Vermögensgegenstand zunächst freiwillig aus der Hand gegeben hat oder dessen Entzug von Rechts wegen hinnehmen musste, diese belastende Wirkung wieder rückgängig machen könnte, indem sie eine vorherige Verfügung genehmigt.²⁶⁴ Diese Ratio trifft nicht zu, wenn der Schuldner eine verbotswidrige Zession genehmigt und infolgedessen eine zwischenzeitlich eingetretene Forderungsübertragung vereitelt.²⁶⁵ Somit lässt die Genehmigung einer ver-

²⁵⁷ S. nur *C. Paffenholz*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 397 Rn. 21.

²⁵⁸ *V. Rieble*, in: Staudinger (2017), § 397 Rn. 7.

²⁵⁹ Vgl. Fn. 243 sowie den dazu gehörigen Haupttext in diesem Kap.

²⁶⁰ Das ist offenbar allgemeine Ansicht. Vgl. nur *T. Regenfus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.10.2018), § 184 Rn. 100. Mit näherer Erklärung *A. Staffhorst*, in: NK-BGB (2016), § 184 Rn. 15: Bei Zwangsverfügungen werde der Wille des Genehmigenden durch die Vollstreckungsmaßnahme ersetzt.

²⁶¹ *C. Ahcin/C. Armbrüster*, JuS 2000, S. 549 (550).

²⁶² Dabei ist Zurückhaltung geboten, weil § 184 II zu I BGB eine Ausnahme darstellt. Sie muss in ihrem Anwendungsbereich so beschränkt bleiben, dass der Grundsatz der Rückwirkung einer Genehmigung nicht ausgehöhlt wird.

²⁶³ Statt vieler *A. Staffhorst*, in: NK-BGB (2016), § 184 Rn. 17; *F. Bayreuther*, in: MüKoBGB (2018), § 184 Rn. 42. Zum Überblick zum Meinungsstand insb. *K.-H. Gursky*, in: Staudinger (2014), § 184 Rn. 51.

²⁶⁴ Motive BGB, Bd. 1 (1888), S. 247. S. aus der Lit. nur *T. Regenfus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.10.2018), § 184 Rn. 35.1.

²⁶⁵ S. schon *W. Thiele*, Zustimmungen (1966), S. 241. Ebenso *K.-H. Gursky*, in: Staudinger (2014), Vorbem. §§ 182–185 Rn. 34: § 184 II BGB solle verhindern, dass der Genehmigte

botswidrigen Zession durch den Schuldner in der Interimszeit erfolgte Verfügungen und Pfändungen der Forderung ins Leere gehen. Nach Thiele ist das auch im Hinblick auf systematische Wertungen gerechtfertigt. So sei nicht einzusehen, warum etwa ein Gläubiger (des Zedenten), der eine verbotswidrig abgetretene Forderung nach der Abtretung, aber vor Erteilung der Genehmigung gepfändet hat, eines weitergehenden Schutzes bedürfe als derjenige, der sonst ein durch schwebend unwirksames Rechtsgeschäft „veräußertes“ Recht erlangt habe.²⁶⁶ Das überzeugt mit Blick auf § 161 I BGB. Wird aufschiebend bedingt über ein Recht verfügt, wird eine entgegenstehende Zwischenverfügung mit Bedingungseintritt grundsätzlich unwirksam.²⁶⁷ Diese Wertung lässt sich auf die verbotswidrige Zession übertragen, deren Wirksamkeit im untechnischen Sinne unter der aufschiebenden Bedingung einer Zustimmung des Schuldners steht.²⁶⁸ Da es im Grundsatz keinen gutgläubigen Forderungserwerb gibt, kann ein Zwischenerwerber sich in aller Regel nicht einmal auf den Schutz des § 161 III BGB berufen.²⁶⁹

b) Transfer auf die Heilung eines Verstoßes gegen § 399 Var. 1 BGB

Gelten die Grundsätze zur Heilung einer Abtretung, die gegen ein rechtsgeschäftliches Abtretungsverbot verstößt, gleichermaßen für eine Abtretung, die gegen das gesetzliche Verbot des § 399 Var. 1 BGB verstößt? Darüber wird im Folgenden nachgedacht.

aa) Zustimmungslösung

Zur Heilung einer Abtretung, die gegen § 399 Var. 1 BGB verstößt, gibt es wenige Stellungnahmen. Im Anschluss an Larenz²⁷⁰ vertritt Busche²⁷¹ zu diesem Punkt:

eine von ihm bereits wirksam weggegebene oder ihm durch Vollstreckungsakt bereits wirksam entzogene Rechtsposition deren nunmehrigem Inhaber noch durch die Genehmigung einer vorangegangenen, aber schwebend unwirksamen Verfügung oder Zwangsverfügung entzieht. Es müsse deshalb dabei bleiben, dass die während der Schwebezeit der verbotswidrigen Zession gegen den Zedenten ergangene Pfändung durch die Rückwirkung der Genehmigung ihr Objekt verliert und damit unwirksam wird. Dass der Schuldner bei mehreren verbotswidrigen Abtretungen die bereits ausgesprochene Genehmigung der zweiten nicht durch nachträgliche Genehmigung der ersten Abtretung konterkarieren könne, verstehe sich auch ohne Heranziehung von § 184 II BGB von selbst. Das könnte man m. E. aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB ableiten.

²⁶⁶ W. Thiele, Zustimmungen (1966), S. 240, der ausführt: „Das zeitlich vorhergehende Rechtsgeschäft hat vielmehr den Vorrang, obwohl es erst später als die Zwischenverfügung wirksam geworden ist. Das Gesetz gewährt diesen Vorrang auf Grund einer Wertung der Interessen der Beteiligten, die durchaus als sachgerecht anzuerkennen ist.“

²⁶⁷ Auch eine Abtretung kann bedingt vereinbart werden. Dazu statt aller J. Lieder, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 58.

²⁶⁸ Man kann insofern von einer Rechtsbedingung sprechen.

²⁶⁹ Vgl. R. Bork, in: Staudinger (2015), § 161 Rn. 15.

²⁷⁰ K. Larenz, Schuldrecht AT (1987), § 34 II 2 (S. 582 f.).

Stimme der Schuldner nicht schon bei der Begründung der Forderung zu, sondern erst später, sei das eine zusätzliche Vereinbarung, durch die die Forderung eine veräußerliche werde. Bei der Einwilligung oder Genehmigung des Schuldners handle es sich nicht um Einverständniserklärungen²⁷² nach § 185 BGB²⁷³, sondern um Vertragsänderungen. Jene seien möglich, weil § 399 BGB dispositiv sei. Diese Ansicht ist konsistent dazu, dass Larenz und Busche auch im Rahmen von § 399 Var. 2 BGB die Vertragslösung vertreten.²⁷⁴ Wie gesehen sprechen dagegen aber durchschlagende Argumente. Dieselben Argumente streiten im Grundsatz auch bei § 399 Var. 1 BGB für die Genehmigungslösung. Insbesondere kann es keinen Unterschied machen, ob eine Forderung kraft Parteiaabrede unübertragbar ist oder kraft gesetzlicher Anordnung nach § 399 Var. 1 BGB.²⁷⁵ Im Gegenteil entfällt bei § 399 Var. 1 BGB das *Actus-contrarius*-Argument der Vertragslösung: Wenn eine Forderung nicht aufgrund eines Vertrags, sondern kraft Gesetzes zum Schutz des Schuldners nicht übertragen werden kann, spricht keine Umkehr-Logik dafür, dass man einen Vertrag braucht, um eine Forderung für eine konkrete Abtretung (wieder) veräußerlich zu stellen.

Ein dogmatischer Heilungsgleichlauf bei einem Verstoß gegen § 399 Var. 1 und 2 BGB kann nur dann fraglich sein, wenn zwischen beiden Übertragungsausschlüssen insofern ein relevanter Unterschied besteht. In diese Richtung argumentiert Bayreuther: Eine Anwendung der §§ 182 ff. BGB komme „kaum in Betracht“, soweit das Abtretungsverbot nicht aus § 399 Var. 2 BGB, sondern aus der ersten Variante dieser Norm folge. Die Wirksamkeit einer Abtretung, die gegen § 399 Var. 1 BGB verstößt, bedürfe einer Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner. Denn dort gehe es nicht nur um die bloße „Genehmigung“ der Abtretung, sondern auch um die Modifikation des Vertragsinhalts.²⁷⁶

Dieser Einwand trägt jedoch nicht weit. Nach der hier vertretenen Ansicht kann eine schuldnerseitige Zustimmung eine gegen § 399 Var. 1 BGB verstößende Abtretung nur in der Fallgruppe heilen, in der das Abtretungsverbot mit Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnisses allein aus Gründen des Schuldnerschutzes besteht. In dieser Fallgruppe muss die Abtretung den Inhalt der Leistung nicht in dem engen Sinne ändern, dass sich Leistungshandlung oder -erfolg verändern.²⁷⁷ Auch eine Veränderung von Leistungsfolgen, die den Schuldner belastet, ist erfasst. Solche

²⁷¹ *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 23, der diese Aussage aber beschränkt auf Abtretungsverbote aus der Natur des Schuldverhältnisses im Interesse des Schuldners, weil der Schuldner sich nur über diese mittels einer Zustimmung hinwegsetzen könne.

²⁷² Gemeint sind wohl Einwilligung oder Genehmigung.

²⁷³ So in unmittelbarer Anwendung aber *C. Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen (1998), S. 247.

²⁷⁴ Vgl. Fn. 232 in diesem Kap.

²⁷⁵ Für einen Gleichlauf offenbar auch *G. Liike*, JuS 1995, S. 90 (93).

²⁷⁶ *F. Bayreuther*, in: MüKo-BGB (2018), vor § 182 Rn. 24.

²⁷⁷ Zum Meinungsstand s. Fn. 170 f. im 1. Kap. Zur näheren Analyse unter „Disponibilität von § 399 Var. 1 BGB durch schuldnerseitige Zustimmung“ ab S. 208.

Veränderungen bringt eine isolierte Zession mit sich, nämlich wegen der erhöhten Gefahr einer unberechtigten Inanspruchnahme und des prozessualen Effekts einer Gläubigerverdopplung²⁷⁸. Ist ein Schuldner damit einverstanden, dass sich nach einer Abtretung nachteilige Leistungsfolgen ergeben, besteht für eine Modifikation des Vertragsinhalts durch einen Vertrag zwischen Schuldner und Gläubiger kein Bedürfnis. Denn anders als Leistungshandlung oder -erfolg sind Belastungen, die dem Schuldner infolge einer Leistung erwachsen, nicht Teil des Vertragsinhalts. Daher kann sich der Schuldner in diesem Fall mit dem Verstoß einer Abtretung gegen § 399 Var. 1 BGB einverstanden erklären, ohne dass rechtskonstruktiv die Mitwirkung des Gläubigers erforderlich ist.²⁷⁹

Eine Zustimmung des Schuldners reicht auch wertungsmäßig aus. Denn eine belastende Veränderung von Leistungsfolgen betrifft nur²⁸⁰ den Schuldner.²⁸¹ Möchte der Schuldner davor nicht durch § 399 Var. 1 BGB geschützt werden, ist es konsequent, dass er auf diesen Schutz ohne Mitwirkung des Gläubigers verzichten kann. Dabei genügt die Möglichkeit, zu der Neuordnung der subjektiven Rechtsverhältnisse im Rahmen eines Zustimmungserfordernisses „Ja“ oder „Nein“ zu sagen, um die grundrechtlich geschützte Privatautonomie des Schuldners zu wahren.²⁸² Diese Möglichkeit bringt seine Privatautonomie sogar besser zur Geltung: Der rechtlich Geschützte ist freier, wenn er sich ohne Mitwirkung der Gegenpartei des Schulderverhältnisses von seinem Schutz lösen kann. Darüber hinaus gewinnt die Gegenpartei leichter Freiheit zurück, wenn der für sie freiheitsbegrenzende Schutz unkompliziert, weil einseitig, aufgehoben werden kann.²⁸³ Diese Wertung überzeugt besonders,

²⁷⁸ Dazu unter „Interesse der Gesamtschuldner an einem Zustimmungserfordernis“ ab S. 178.

²⁷⁹ Ob das auch gilt, wenn sich der Inhalt der geschuldeten Leistung i. e. S. verändert, ist zweifelhaft. Offensichtlich kann sich der Schuldner nicht einseitig damit „einverstanden erklären“, beispielsweise statt 10 nun 20 Euro zu schulden. Dazu bedürfte es eines schuldändernden Vertrags. Um dergleichen geht es hier aber nicht.

²⁸⁰ Zwar kann die Zustimmung des Schuldners wegen ihrer Rückwirkung Dritte betreffen. Wie aufgezeigt wurde, fällt das aber nicht ins Gewicht; s. Fn. 266 in diesem Kap. sowie den dazu gehörigen Haupttext.

²⁸¹ Anders liegt es beispielsweise, wenn ein Gläubiger seine Forderung aufgeben möchte. Nach § 397 I BGB ist dazu ein Erlassvertrag mit dem Schuldner nötig. Der Gläubiger kann nicht einseitig auf seine Forderung verzichten, obwohl dies eine Belastung wäre, die nur ihn beträfe. Allerdings folgt aus einem Verzicht durchaus auch eine rechtliche Auswirkung für den Schuldner: Er verliert seine Schuld. Daher kann man rechtfertigen, dass der Schuldner mitbestimmen können soll, ob er die Veränderung wünscht, sei sie nun typischerweise vorteilhaft oder nicht. Die Belastungen infolge einer isolierten Zession betreffen hingegen ausschließlich den Schuldner. Den Gläubiger tangieren sie zumindest in rechtlicher Hinsicht überhaupt nicht. Daher muss der Gläubiger nicht beteiligt werden, wenn der Schuldner entscheidet, seine Belastungen durch die Einzelabtretung hinzunehmen.

²⁸² W. Thiele, Zustimmungen (1966), S. 239.

²⁸³ Aus der Privatautonomie ergibt sich eine rechtsgeschäftliche Freiheitsvermutung. Daher sollte man im Zweifel die rechtsgeschäftliche Lösung wählen, welche dem Betroffenen am meisten Freiheit gewährleistet.

wenn es um die Heilung einer unwirksamen isolierten Zession geht. Wie dargelegt wurde, überwiegen die Gründe für eine grundsätzliche Unwirksamkeit derartiger Abtretungen nur leicht.²⁸⁴ Eine Heilung sollte daher so unkompliziert wie möglich sein.

Gesetzesystematisch ist zu bedenken, dass § 399 Var. 1 BGB als eine zessionsrechtliche Spezialvorschrift zu § 242 BGB verstanden werden kann. Soweit die Rechtsfolgen von § 242 BGB disponibel sind²⁸⁵, kann der Geschützte diese nach überzeugender Ansicht ebenfalls einseitig abstreifen. So kann der Geschützte mit Kähler den Schutz durch § 242 BGB analog § 532 S. 1 BGB eigenständig aufgeben (sogenannte Verzeihung).²⁸⁶

Nach alledem kann der Schuldner auf den Schutz des § 399 Var. 1 BGB einseitig verzichten. Damit verfügt er nicht inhaltsändernd über die Forderung oder wirkt gar an deren Abtretung mit. Stattdessen ist der Verzicht ein selbständiges Rechtsgeschäft, dessen primäre Wirkung allein in dem Verlust der Rechtsposition besteht, auf die der Schuldner verzichtet. Erst sekundär zeitigt der Verzicht Rechtsfolgen für die verbotswidrige Abtretung. Er beseitigt die Wirkung des § 399 Var. 1 BGB, weil kein Bedarf besteht, den Schuldner von Erschwernissen infolge einer Abtretung zu schützen, mit der er sich einverstanden erklärt. Auf diese Weise wirkt eine Zustimmung des Schuldners mittelbar auf die Abtretung ein.²⁸⁷

bb) Analogie zu § 185 BGB und Anwendung der §§ 182 – 184 BGB

Stimmen die Gesamtschuldner einer isolierten Zession zu, liegt es nahe, darauf – genau wie nach der Zustimmungslösung bei § 399 Var. 2 BGB²⁸⁸ – § 185 BGB analog anzuwenden und somit mittelbar die §§ 182 ff. BGB zur Geltung zu bringen.²⁸⁹ Eine unmittelbare Anwendung scheitert zwar daran, dass die genehmigenden Schuldner nicht über die Forderung verfügen können und damit keine Berechtigten im Sinne von § 185 BGB sind.²⁹⁰ Ähnlich wie solche Berechtigte können die Schuldner aber einer Abtretung zustimmen, die eigentlich nach § 399 Var. 1 BGB mit

²⁸⁴ Dazu unter „Gesamtbewertung: Zustimmung der Gesamtschuldner erforderlich“ ab S. 199.

²⁸⁵ Ein Kernbestand von § 242 BGB ist indisponibel. Dazu statt aller *D. Olzen/D. Looschelders*, in: Staudinger (2015), § 242 Rn. 107 ff.

²⁸⁶ *L. Kähler*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.10.2018), § 242 Rn. 523. So könne der Verletzte dem Treuwidrigen zu verstehen geben, dass dessen Treuwidrigkeit keine nachteiligen Folgen mehr haben solle. Eine verwandte Frage ist, ob § 242 BGB eine Einwendung (h.M.) oder Einrede ist. Dazu instruktiv *D. Olzen/D. Looschelders*, in: Staudinger (2015), § 242 Rn. 319 ff.

²⁸⁷ Ähnlich *W. Thiele*, Zustimmungen (1966), S. 238, der dabei aber insgesamt über § 399 BGB spricht.

²⁸⁸ Dazu unter „Meinungsstand: Vertrags- versus Genehmigungslösung“ ab S. 212.

²⁸⁹ I.E. so auch *W. Thiele*, Zustimmungen (1966), S. 239.

²⁹⁰ Vgl. *K.-H. Gursky*, in: Staudinger (2014), Vorbem. §§ 182 – 185 Rn. 34.

Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnisses ausgeschlossen ist. § 399 Var. 1 BGB schränkt in Bezug auf die Abtretung das rechtliche Können des Forderungsinhabers ein, indem die Norm eine Abtretung im Fall einer Inhaltsänderung der Forderung für unwirksam erklärt. Grund dafür ist insbesondere der Schutz der Schuldner vor belastenden Folgewirkungen der Zession. Über diese Folgewirkungen sind die Schuldner mittelbar an der Abtretung beteiligt: Nur wenn sie ihr zustimmen, sich also ihres Schutzes begeben, ist die Zession wirksam. In einem solchen Abtretungsszenario sind die Schuldner daher im weiteren Sinne „Berechtigte“ in Bezug auf die Forderung.²⁹¹ Das rechtfertigt eine Analogie zu § 185 BGB.²⁹²

Es besteht außerdem ein pragmatisches Bedürfnis dafür, über § 185 BGB auch die §§ 182 ff. BGB zur Anwendung zu bringen. Schließlich regeln diese Vorschriften als Hilfsnormen zu Zustimmungserfordernissen die wichtigen rechtstechnischen Fragen, wie und wem gegenüber die Zustimmung zu erteilen ist und welche Wirkungen die Zustimmung auslöst.²⁹³ Die Anwendung dieser Hilfsnormen gewährleistet Rechtsklarheit im Umgang mit der Zustimmung, welche die Gesamtschuldner zu einer isolierten Zession erteilen.²⁹⁴

²⁹¹ Mit *Thiele* kann man von einer Zustimmung „kraft mittelbarer Rechtsbeteiligung“ sprechen; s. *W. Thiele*, Zustimmungen (1966), S. 239, der in diesem Kontext allerdings über eine Zustimmung zu einer verbotswidrigen Abtretung spricht, ohne die beiden Varianten von § 399 BGB klar zu unterscheiden. Vgl. zu der Zustimmung kraft mittelbarer Rechtsbeteiligung *K.-H. Gursky*, in: *Staudinger* (2014), Vorbem. §§ 182–185 Rn. 20; *T. Regenfus*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.10.2018), § 182 Rn. 7.

²⁹² *K.-H. Gursky*, in: *Staudinger* (2014), Vorbem. §§ 182–185 Rn. 23 bemerkt zu Recht, dass § 185 BGB sich als eine Steigerung des Prinzips einer Zustimmung kraft mittelbarer Rechtsbeeinträchtigung begreifen lässt. Um letztere Fallgruppe geht es hier. Darauf § 185 BGB analog anzuwenden, ist dem Vorwurf ausgesetzt, dass es an einer vergleichbaren Interessenlage fehlt. In der Tat wiegt die Beeinträchtigung des Berechtigten im Fall des § 185 BGB schwerer als die mittelbare Rechtsbeeinträchtigung der Gesamtschuldner im Fall einer isolierten Zession. Dieser Unterschied soll nicht überspielt werden, wenn § 185 BGB auf eine Zustimmung der Gesamtschuldner analog angewandt wird. Die Analogie ist trotzdem gerechtfertigt, weil die im Vergleich zur Situation des § 185 BGB geringere Rechtsbeeinträchtigung der Gesamtschuldner immer noch stark genug ist, um ein Zustimmungserfordernis zu begründen. § 185 BGB bietet dafür lediglich einen normativen Ansatz. Alternativ kann man eine Gesamtanalogie zu den Normen bemühen, in denen ein Zustimmungserfordernis originär kraft mittelbarer Rechtsbeeinträchtigung aufgestellt wird. Ein Überblick über diese Normen findet sich etwa bei *T. Regenfus*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.10.2018), § 182 Rn. 7.1.

²⁹³ Vgl. *K.-H. Gursky*, in: *Staudinger* (2014), Vorbem. §§ 182–185 Rn. 1.

²⁹⁴ Nach dem Wortlaut von § 182 I BGB ist der Anwendungsbereich der §§ 182 ff. BGB eröffnet für Verträge oder empfangsbedürftige einseitige Rechtsgeschäfte, deren Wirksamkeit von der Zustimmung eines Dritten abhängt (s. *K.-H. Gursky*, in: *Staudinger* (2014), Vorbem. §§ 182–185 Rn. 16). Genau so liegt es bei der Abtretung einer einzelnen Gesamtschuldforderung. Trotzdem kann man die §§ 182 ff. BGB nur analog anwenden. Ihre unmittelbare Anwendung setzt nämlich voraus, dass die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts aufgrund (expliziter) gesetzlicher Anordnung von der Zustimmung eines Dritten abhängt (*T. Regenfus*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.10.2018), § 182 Rn. 2), wie es zum Beispiel bei § 177 I BGB der Fall ist. Es kann für die Anwendung der §§ 182 ff. aber keinen Unterschied machen, ob das Gesetz ausdrücklich anordnet, dass die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts zustimmungsab-

Die Zustimmung erfolgt durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung und stellt ein einseitiges Rechtsgeschäft dar. Somit gelten für sie insbesondere die Regelungen in §§ 111 und 180 BGB. Aufgrund ihrer Empfangsbedürftigkeit wird die Zustimmung erst wirksam, wenn sie einem tauglichen Adressaten zugegangen ist (vgl. § 130 BGB).²⁹⁵ Ob eine Zustimmung erklärt wurde, ist durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Die Gesamtschuldner können der isolierten Zession ausdrücklich oder konkludent²⁹⁶ zustimmen. Eine konkludente Zustimmung kann insbesondere in Erfüllungshandlungen gegenüber dem Zessionar liegen.

Für die Zustimmung gelten ferner die allgemeinen Grundsätze der §§ 182 ff. BGB. Eine nachträgliche Zustimmung ist analog §§ 185 II 1 Var. 1, 182, 184 I BGB als eine *Genehmigung* zu behandeln, die unbegrenzte Rückwirkung entfaltet. Insbesondere ist § 184 II BGB nicht analog anzuwenden. Insoweit gelten die Ausführungen über die Zustimmung zu einer rechtsgeschäftlich verbotenen Abtretung entsprechend.²⁹⁷ Eine vorab erteilte Zustimmung kann man unterschiedlich einordnen. Einerseits kann darin analog §§ 185 I, 182, 183 BGB eine *Einwilligung* in die Abtretung liegen.²⁹⁸ Andererseits können Schuldner und Gläubiger damit § 399 Var. 1 BGB vertraglich abbedingen²⁹⁹, sofern die allgemeinen Voraussetzungen für einen Vertragsschluss vorliegen. Ob sich die Einwilligung oder Abbedingung nur auf eine konkrete Abtretung bezieht oder darüber hinausreicht, ist durch Auslegung zu ermitteln. Im Gegensatz zu einer Abbedingung von § 399 Var. 1 BGB ist die Einwilligung in die verbotswidrige Abtretung gemäß § 183 BGB widerruflich, solange die Abtretung noch nicht erfolgt ist. Tritt der Gläubiger eine gesamtschuldnerische Forderung entgegen § 399 Var. 1 BGB isoliert ab, ist die Abtretung bis zur Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung seitens der Gesamtschuldner schwiegend unwirksam. Verweigert auch nur ein Gesamtschuldner die Genehmigung, wird die Abtretung endgültig unwirksam.³⁰⁰

hängig ist, oder nicht. Denn die Frage, wie die Zustimmung rechtstechnisch ausgestaltet ist, stellt sich in beiden Fällen gleichermassen.

²⁹⁵ Statt aller *T. Regenfus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.10.2018), § 182 Rn. 65.

²⁹⁶ Allgemeine Fragen der konkludenten Zustimmung sind nicht Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit. Dazu instruktiv *K.-H. Gursky*, in: *Staudinger* (2014), § 182 Rn. 9 ff. *F. Bayreuther*, in: *MüKo-BGB* (2018), § 182 Rn. 10 gibt einen weiteren Hinweis: „Ist die Zustimmung mehrerer nötig, kommt eine konkludente Genehmigung durch einzelne nur in Betracht, wenn alle Zustimmungsberechtigten in ihrer Person Kenntnis des fraglichen Verhaltens haben, aus dem die Genehmigung hergeleitet wird.“

²⁹⁷ Dazu auf S. 218.

²⁹⁸ *C. Berger*, *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen* (1998), S. 247.

²⁹⁹ *C. Berger*, *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen* (1998), S. 245 spricht von einer Ermächtigung.

³⁰⁰ Das Fallbeispiel unter „Rechtliche Qualifizierung der Zustimmung“ auf S. 212 ist somit wie folgt zu lösen: Die Zustimmung der Gesamtschuldner zeitigt unbegrenzte Rückwirkung. B ist daher im Zeitpunkt der Abtretung Inhaber der Forderung gegen X geworden. Allein B stehen Verzugszinsen ab dem Zeitpunkt der Abtretung zu. Die in der Schwebazeit erfolgte Zwangsverfügung zugunsten von G ging ins Leere, weil A zu diesem Zeitpunkt nicht mehr Inhaber der Forderung gegen X war. B ist noch immer Inhaber dieser Forderung.

§ 4 Zwischenergebnis

Eine isolierte Zession ist wegen ihrer nachteiligen Folgen für die Gesamtschuldner grundsätzlich unwirksam gemäß § 399 Var. 1 BGB. Die Schuldner können sich aber dieses Schutzes begeben und der Zession zur Wirksamkeit verhelfen (Konvaleszenz). Dazu müssen sämtliche Gesamtschuldner analog §§ 185, 182 ff. BGB zustimmen. Sie können im Vorfeld in die Abtretung einwilligen. Genauso können sie die Abtretung im Nachhinein mit Rückwirkung genehmigen.

5. Kapitel

Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Zession

Rechtliche Einwirkungen auf eine Gesamtschuld können entweder nur für den originär betroffenen Gesamtschuldner Rechtsfolgen bewirken oder für alle Gesamtschuldner gemeinsam. Auch die Forderungsübertragung *kann*, wie nun feststeht, lediglich einen einzelnen Gesamtschuldner betreffen. Doch wann kommt es dazu? Um zu wissen, wer von wem Leistung verlangen kann, müssen Zedent, Zessionar – eventuell auch deren Gläubiger¹ – und der Schuldner rechtssicher abgrenzen können, wann eine Abtretung alle gesamtschuldnerischen Forderungen erfasst und wann nur einzelne von ihnen den Gläubiger wechselt.

§ 425 I BGB besagt: Soweit sich aus dem Schuldverhältnis nichts Gegenteiliges ergibt, wirken andere als die in den §§ 422 bis 424 BGB bezeichneten Tatsachen nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten. Wie dargelegt wurde,² ist die Abtretung grundsätzlich eine Rechtstatsache mit Einzelwirkung im Sinne von § 425 I BGB.³ Man könnte deshalb meinen, dass bei der Abtretung einer gesamtschuldnerischen Forderung auch nur diese eine Forderung den Gläubiger wechselt. Freilich gibt es verschiedene normative Anhaltspunkte, unter deren Berücksichtigung man anders entscheiden, also einen Gesamt- statt einem Einzelübergang annehmen könnte. So kann die *Auslegung des Abtretungsvertrags* ergeben, dass alle Forderungen aus der Gesamtschuld den Gläubiger wechseln sollen. Wenn nach dem Abtretungsvertrag nur eine gesamtschuldnerische Forderung übergehen soll, könnte sich gemäß § 425 I BGB aus dem *Schuldverhältnis ein anderes* ergeben, nämlich dass alle gesamtschuldnerischen Forderungen auf den neuen Gläubiger übergehen. Selbst wenn nach alledem *unmittelbar* nur eine einzelne Gesamtschuldforderung übergeht, könnten die übrigen Forderungen analog § 401 I BGB *mittelbar* den Gläubiger wechseln, nämlich als „Anhängsel“ der unmittelbar übergehenden Forderung.

Diesen Fragen widmet sich das fünfte Kapitel. Zunächst soll ein Überblick über den Meinungsstand gegeben werden. Daran schließen sich eigene Überlegungen

¹ Gedacht ist hier an Gläubiger, die von Zedent oder Zessionar (einzelne) gesamtschuldnerische Forderungen erwerben wollen, z. B. im Wege einer nachgeschalteten Abtretung oder einer Zwangsvollstreckung.

² Erstens sind die §§ 422–425 BGB auf die Abtretung anwendbar und zweitens ist die Abtretung in den §§ 422–424 BGB nicht genannt. Dazu schon auf S. 37.

³ Dass die Forderungsübertragung in § 425 II BGB nicht genannt ist, tut nichts zur Sache, da diese Aufzählung von Tatsachen mit Einzelwirkung nur beispielhaft ist (vgl. „insbesondere“).

dazu an, wie isolierte und umfassende Zession dogmatisch voneinander abzugrenzen sind. Insofern wird sich ergeben, dass der Abtretungsvertrag entscheidende Weichen stellt. Deshalb widmet sich der darauffolgende Abschnitt der Auslegung und Ergänzung typischer Varianten eines Vertrags über die Abtretung gesamtschuldnerischer Forderungen.

§ 1 Meinungsstand

Ob nur einzelne oder alle Gesamtschuldforderungen den Gläubiger wechseln, beantwortet man gemeinhin allein im Wege der Auslegung des Abtretungsvertrags. Dabei gehen Rechtsprechung Literatur im Allgemeinen von der Regel aus, dass Zedent und Zessionar sämtliche Gesamtschuldforderungen übertragen wollen. Begründung und Reichweite dieser Regel bleiben allerdings weitgehend im Dunkeln. Bis heute bestehen gewichtige Zweifel, wann nur einzelne und wann sämtliche Gesamtschuldforderungen von einem Abtretungsvertrag umfasst sind. Nur wenige Autoren gestehen das offen zu. So heißt es mancherorts, die Rechtslage sei „zweifelhaft“, wenn nur die Forderung gegen einen Gesamtschuldner abgetreten, die Übertragung einer anderen hingegen weder ausdrücklich verabredet noch ausgeschlossen wird.⁴ Ein anderer Literaturbeitrag erschöpft sich in der Feststellung, dass „Gründe für eine gebündelte Abtretung aller Forderungen vorliegen können und vielleicht sogar zu vermuten sind“.⁵ Auch innerhalb der Rechtsprechung gibt es Unsicherheit, die sich insbesondere an formelhaften oder gänzlich intransparenten Abgrenzungen zwischen Einzel- und Gesamtübertragung zeigt.

Um zu einer Klärung beitragen zu können, bedarf es zunächst einer genauen Darstellung und Analyse des juristischen Meinungsstands. Begonnen wird mit dem Meinungsbild in Bezug auf die unmittelbare Übertragung gesamtschuldnerischer Forderungen im Wege der Abtretung. Dabei geht es um die Auslegung des Abtretungsvertrags. Zu der Frage, ob eine Abtretung qua Gesamtwirkung alle Gesamtschuldforderungen erfassen kann, gibt es praktisch keine Stellungnahmen. Daher wird nach einem Überblick über die Ansichten zur Auslegung des Abtretungsvertrags sogleich der Meinungsstand im Hinblick auf die mittelbare Übertragung gesamtschuldnerischer Forderungen als Nebenrechte analog § 401 I BGB aufgezeigt.

⁴ So *D. Reinicke/K. Tiedtke*, Kreditsicherung (2006), S. 19, die allerdings keine Auslegungsgrundsätze für den Abtretungsvertrag zur Lösung dieses Problems darstellen.

⁵ *K. W. Nörr/R. Scheyhing/W. Pöggeler*, Sukzessionen (1999), S. 63.

I. Unmittelbare Forderungsübertragung durch Abtretung

1. Schrifttum

Das juristische Schrifttum geht nahezu einhellig von der Regel aus, dass der Wille zur Abtretung sich im Zweifel nicht nur auf eine, sondern *sämtliche Gesamtschuldforderungen* bezieht.⁶ Es bestehe eine (tatsächliche) *Vermutung* dafür, dass der Zessionar die gegen alle Gesamtschuldner gerichteten Forderungen erwerben solle.⁷ Andernfalls liefe der Zessionar nämlich Gefahr, dass der Zedent die in seiner Person zurückbleibenden Forderungen einziehe und damit auch die zedierte Forderung nach § 422 IBGB untergehe.⁸ Der Grundsatz, nach dem regelmäßig eine Gesamtabtretung gewollt ist, soll gemäß manchen Autoren für solche Abtretungen gelten, bei denen Zedent und Zessionar bloß *einen* (oder einige) von mehreren Gesamtschuldnern explizit benennen.⁹ Werden ohnehin ausdrücklich alle Gesamtschuldforderungen übertragen, soll es der Zweifelsregel demnach wohl nicht bedürfen, um eine Gesamtabtretung zu begründen. Die meisten Autoren lassen eine derartige Klarstellung

⁶ *L. Enneccerus/H. Lehmann*, Schuldverhältnisse (1958), S. 368 f.; *D. Seelbach*, Bedeutung des § 401 BGB (1964), S. 66; *D. Reinicke*, NJW 1966, S. 2141 (2143); *H. Ehmann*, Gesamtschuld (1972), S. 33 Fn. 53; *R. Weber*, in: RGRK (1978), § 425 Rn. 26; *H. Kaduk*, in: Staudinger (1994), § 425 Rn. 42, 44; *M. Gebauer*, in: Soergel (2010), § 421 Rn. 50, § 425 Rn. 25; *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 421 Rn. 78; *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 61; *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 425 Rn. 16; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 98; *H.-F. Müller*, in: PWW (2017), § 425 Rn. 10; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 425 Rn. 9; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 37; *R. Stürner*, in: Jauernig (2018), Anm. §§ 422–424 Rn. 6; *M. Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 425 Rn. 10; *M. Rohe*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 398 Rn. 43. Wohl auch *R. Leonhard*, Das Recht 1911, S. 241 (246); *H. Rißmann*, in: jurisPK-BGB (2017), § 425 Rn. 19. Differenzierend nach Kenntnis vom Bestehen einer Gesamtschuld *H. Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), S. 461 f.; *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (169 f.); *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 421 Rn. 65 f., dazu noch Fn. 17 f. Unklar bzw. offen gelassen bei *W. Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern (1984), S. 248; *D. Reinicke/K. Tiedke*, Kreditsicherung (2006), S. 19. A.A. wohl *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 61 und (speziell zur Abtretung in Unkenntnis des Bestehens einer Gesamtschuld) S. 49, argumentierend, eine Einzelabtretung ergebe sich aus der Individualisierung einer Forderung durch den Namen des Schuldners in Kombination mit dem selbständigen Charakter einer Gesamtschuldforderung.

⁷ Diese Konkretisierung findet sich nicht in allen, aber in mehreren Beiträgen. S. nur *F. Hock*, Wirkungen der Gesamtschuld (1914), S. 87; *H. Kaduk*, in: Staudinger (1994), § 425 Rn. 42; *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 425 Rn. 16; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 425 Rn. 9. Krit. hierzu *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 425 Rn. 31. Zur tatsächlichen Vermutung s. Fn. 24 in diesem Kap.

⁸ Soweit überhaupt Begründungen gegeben werden, ist dieser Argumentationsstrang der prominenteste, s. *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 421 Rn. 78; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 98; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 37. Anders *R. Weber*, in: RGRK (1978), § 425 Rn. 26: wegen Auslegung des Abtretungsvertrags entsprechend § 401 BGB.

⁹ So ausdrücklich *F. Leonhard*, Schuldrecht AT (1929), S. 724; *L. Enneccerus/H. Lehmann*, Schuldverhältnisse (1958), S. 368 f.; *H. Ehmann*, Gesamtschuld (1972), S. 33 Fn. 53 Vgl. auch *H. Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), S. 461 f.

vermissen.¹⁰ Jedenfalls können nach wohl allgemeiner Literaturansicht ausnahmsweise Umstände vorliegen, die dem Willen zu einer Gesamtabtretung gesamtschuldnerischer Forderungen entgegenstehen. Teils wird konkretisiert, der ausnahmsweise Wille zu einer Einzelabtretung müsse aus der Abtretungsvereinbarung „eindeutig“ hervorgehen.¹¹ Eine gesonderte Abtretung könne man aber nach den Umständen annehmen, wenn ein gemäß § 399 Var. 2 BGB vereinbartes Abtretungsverbot nur mit einem der Gesamtschuldner aufgehoben werde.¹²

Streitig ist, worauf die herrschend angenommene Regel einer Gesamtabtretung dogmatisch zurückzuführen ist.¹³ Sie folge aus einer Auslegung des Abtretungsvertrags, heißt es überwiegend. Dabei bleibt meist unklar, ob es sich um eine erläuternde, natürliche oder ergänzende Auslegung handeln soll.¹⁴ Es wird aber auch vertreten, der Wille zu einer Gesamtabtretung sei eine Gesamtwirkung, die sich regelmäßig aus dem Schuldverhältnis als „ein anderes“ im Sinne von § 425 I BGB ergebe.¹⁵

Hält man mit der herrschenden Literaturansicht die Auslegung des Abtretungsvertrags für entscheidend, ergibt sich die Frage, ob und wie man bei der Auslegung die Kenntnis oder Unkenntnis der Parteien von dem Vorliegen einer Gesamtschuld berücksichtigen muss. Die meisten Autoren postulieren ihre Auslegungsregel einer Gesamtabtretung ohne jedwede Ausführungen dazu, ob Zedent respektive Zessionär von einer weiteren Gesamtschuldforderung wussten oder nicht. Sofern diese subjektive Vorstellung der Zessionsparteien überhaupt angesprochen wird, hält man sie zumindest in der gegenwärtigen Kommentarliteratur überwiegend für bedeutungslos. So heißt es, die Parteien des Abtretungsvertrags wollten in der Regel *auch (!) dann alle gesamtschuldnerischen Forderungen zedieren, wenn ihnen nicht bekannt war, dass weitere Personen als Gesamtschuldner verpflichtet sind.*¹⁶ Das ist wohl wie

¹⁰ S. nur *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 421 Rn. 28; *M. Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 425 Rn. 10.

¹¹ *M. Gebauer*, in: Soergel (2010), § 421 Rn. 50.

¹² *M. Gebauer*, in: Soergel (2010), § 421 Rn. 50. Nach *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 37 ist die Vermutung einer Gesamtabtretung sogar ausschließlich in diesem Fall entkräftet. Vgl. zu diesem Fall OLG Hamm, Urteil v. 21.03.1983, WM 1984, S. 1404 ff.

¹³ Mit dem Rechtsgedanken der §§ 311c, 926 I 2 BGB argumentiert niemand. Inwieweit diese Normen analog anwendbar sind, insb. auf zubehörähnliche Rechte, ist str. Dazu etwa *J. D. Harke*, ZHR 2004, S. 891 ff.

¹⁴ So z. B. bei *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 421 Rn. 78; *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 61; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 98.

¹⁵ So *F. Hock*, Wirkungen der Gesamtschuld (1914), S. 87; *H. Kaduk*, in: Staudinger (1994), § 425 Rn. 42. Vgl. für die Rspr. OLG Hamm, Beschluss v. 22.09.1997, NJW-RR 1998, S. 486.

¹⁶ Für diesen regelmäßigen Willen einer Gesamtabtretung, „auch wenn“ keine Kenntnis der Gesamtschuld besteht, die heute überwiegenden Kommentarbeiträge: *M. Gebauer*, in: Soergel (2010), § 421 Rn. 50; *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 421 Rn. 78; *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 421 Rn. 28. Für eine stillschweigende Gesamtabtretung, auch wenn der Gläubiger von der Existenz weiterer Schuldner im Moment der Abtretung nichts wusste, außerdem bereits *D. Reinicke*, NJW 1966, S. 2141 (2143); *H. Ehmann*, Gesamtschuld (1972), S. 33 f. Fn. 53 a. E.

folgt zu verstehen: Kannten die Parteien die Gesamtschuld bei der Abtretung, soll der grundsätzliche Wille einer Gesamtabtretung unproblematisch anzunehmen sein. Kannten sie die Gesamtschuld nicht, bedarf der Wille einer Gesamtabtretung nach der heute mehrheitlichen Ansicht offenbar einer besonderen Betonung, soll aber auch in diesem Fall anzunehmen sein. Begründungen fehlen.

Vereinzelt gibt es Gegenstimmen, die danach unterscheiden wollen, ob die Parteien bei der Abtretung von der Gesamtschuld wussten oder nicht. Diese Stellungnahmen sind aber kaum mehr begründet und zudem heterogen in ihren Ergebnissen. Zum Beispiel vertritt Kreße, die Abtretungsvereinbarung über die Forderung gegen einen Gesamtschuldner sei regelmäßig so auszulegen, dass sie die Forderungen gegen alle Schuldner erfassen solle. Wüssten aber weder Zedent noch Zessionar um die Existenz weiterer Gesamtschuldner, lasse sich kein Wille zu einer Gesamtabtretung ableiten.¹⁷ Derleder differenziert genau umgekehrt: Im Zweifel sei auch dann die Übertragung der Forderung gegen einen weiteren Gesamtschuldner gewollt, wenn Zedent und Zessionar von diesem bei der Abtretung nichts wüssten oder ihn dabei bloß aus Versehen nicht erwähnt hätten. Indes sei eine Einzelabtretung gewollt, wenn der Zedent von dem zusätzlichen Gesamtschuldner Kenntnis gehabt habe oder unschwer hätte erlangen können.¹⁸

Die Lücke in der Forschung darüber, wie sich Parteiwissen um eine Gesamtschuld auf die Auslegung des Abtretungsvertrags auswirkt, ist prekär. Denn die damit einhergehende Rechtsunsicherheit kann gravierende praktische Probleme aufwerfen. Immerhin sind zahllose Fallkonstellationen vorstellbar, in denen ein Gläubiger nicht weiß, dass neben einem Schuldner weitere Schuldner gesamtschuldnerisch haften. Woher soll der Geschädigte einer unerlaubten Handlung zum Beispiel wissen, dass es neben dem unmittelbaren Schädiger einen Gehilfen oder Anstifter im Sinne der §§ 830 II, 840 I BGB gab? Selbst wenn ein Gläubiger weiß, dass ihm mehrere Personen eine Leistung schulden, kann ihm völlig unklar sein, dass diese gesamtschuldnerisch haften. Wie komplex jene Beurteilung (nicht nur für einen Laien) sein kann, zeigt bereits ein Blick auf die große Zahl an kontrovers diskutierten Beiträgen über die Abgrenzung einer Gesamtschuld von anderen Formen der Schuldnermehrheit.¹⁹

¹⁷ Weder aus erläuternder noch aus ergänzender Auslegung des Abtretungsvertrags ableitbar: *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 421 Rn. 65 f. Ähnlich bereits *H. Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), S. 461 f.: Wenn der Zedent die Gesamtschuld nicht kenne, wolle er auch nicht alle dadurch verbundenen Forderungen abtreten. Kenne er aber die Gesamtschuld und bloß der Zessionar kenne sie nicht, sei im Zweifel eine Gesamtübertragung gewollt.

¹⁸ *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (169 f.). Das ergebe sich bei einer entgeltlichen Zession nach ergänzender Auslegung des Abtretungsvertrags. Vgl. dazu *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 49, der generell für den Grundsatz einer Einzelabtretung eintritt, besonders aber, wenn dem Zedenten nur die ausdrücklich zedierte Forderung bekannt ist.

¹⁹ S. zum Überblick über die kontroversen (Zusatz-)Kriterien einer Gesamtschuld etwa *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 421 Rn. 20 ff. Ein Bild über die Anzahl an Ab-

Außerdem lassen sich die wenigen Beiträge aus der heutigen Kommentarliteratur über die Relevanz von Parteiwissen um eine Gesamtschuld nicht damit in Einklang bringen, wie Gerichte Fälle lösen, in denen nur eine von mehreren Gesamtschuldforderungen ausdrücklich abgetreten wird. Um das aufzuzeigen, soll bei der nachfolgenden Vorstellung der betreffenden Judikatur ein besonderes Augenmerk auf die Frage gelegt werden, ob Zedent und Zessionar darüber im Klaren waren, dass eine Gesamtschuld vorliegt, oder nicht.

2. Rechtsprechung

Wie Gerichte den Abtretungsvertrag ausgelegt haben, wenn einzelne Forderungen aus einer Gesamtschuld zediert werden, hat die Literatur bis dato nicht vollständig aufgearbeitet. Um das nachzuholen, werden im Folgenden die vier aktuell maßgeblichen Judikate eingehend untersucht.²⁰ Eine Klärung durch den Bundesgerichtshof steht noch aus.

a) Beschluss des OLG Hamm von 1997: Gesamtabtretung in Unkenntnis der Gesamtschuld

Wann es zu einer isolierten Zession einer Gesamtschuldforderung kommen soll, hat unter den Gerichten vor allem das Oberlandesgericht Hamm näher ausgeführt.

OLG Hamm²¹: B erteilte als Geschäftsführer der C-GmbH einen Werbeauftrag an die Z-GmbH, obwohl er wusste, dass sein Unternehmen künftig keinerlei Rechnungen bezahlen können würde. Er haftete der Z darum deliktsrechtlich auf Schadensersatz für die uneinbringliche Entgeltforderung. Insofern bestand zwischen B und der C-GmbH eine Gesamtschuld.²² Z trat ihre Entgeltforderung gegen die C-GmbH aus dem Werbeauftrag an ihr Schwester-Unternehmen, die K-GmbH, ab. Nachdem K erfolglos Zahlung von der C-GmbH verlangt hatte, wendete sie sich an B. Dieser meinte, er müsse nichts an K zahlen, da er nur Z Schadensersatz schulde. Z habe schließlich ihre Forderung gegen ihn nicht mit an K abgetreten.

handlungen zur Gesamtschuld vermittelt ein Blick in das opulente Literaturverzeichnis bei S. Meier, *Gesamtschulden* (2010).

²⁰ Die tragenden Gründe der Entscheidungen sind nicht immer klar erkennbar. Zwecks besserer Verständlichkeit werden die Entscheidungen im Folgenden nicht nur dargestellt, sondern im Anschluss daran sogleich analysiert.

²¹ OLG Hamm, Beschluss v. 22.09.1997, NJW-RR 1998, S. 486. Leicht modifiziert dargestellt.

²² Ob man dem gerichtlichen Befund einer Gesamtschuld zustimmen kann, ist zweifelhaft. Schließlich dürfte B im Rahmen des Schadensersatzes nach § 249 I BGB verpflichtet sein, den Gläubiger so zu stellen, wie er stünde, wenn der Werbeauftrag nicht (ohne Warnung) erteilt worden wäre. Dann würde B Ersatz des Vertrauensschadens schulden, mithin auf das negative Interesse haften, während die C-GmbH Erfüllung schuldet, also das positive Interesse zu befriedigen hat. Um Folgefragen nicht abzuschneiden, soll dem hier aber nicht weiter nachgegangen und von dem Bestehen einer Gesamtschuld ausgegangen werden.

Das Oberlandesgericht Hamm musste entscheiden, ob K im Wege der Abtretung auch die Forderung gegen B erworben hat, obwohl in dem Abtretungsvertrag offenbar nur die Forderung gegen C bezeichnet war.²³ Ausgangspunkt sei die Auslegung des Abtretungsvertrags nach §§ 133, 157 BGB. Die Abtretung einer Forderung gegen nur einen Gesamtschuldner wirke nach dem Wortlaut von § 425 I BGB im Zweifel nur für und gegen den Gesamtschuldner, dessen Verbindlichkeit Gegenstand der Forderungsübertragung ist. Regelmäßig entspreche eine Einzelabtretung aber nicht dem Parteiwillen, weil deren Rechtsfolgen zu komplex seien. Daher werde die Auslegungsregel des § 425 I BGB durch die tatsächliche Vermutung²⁴ entkräftet, dass gewöhnlich die Abtretung gegen alle Gesamtschuldner gewollt sei.

Besondere Umstände, welche die Annahme rechtfertigen könnten, dass im entschiedenen Fall ausnahmsweise nur eine separate Abtretung der Ansprüche gegen C gewollt war, seien nicht ersichtlich. Insbesondere spreche der Wortlaut der Abtretungserklärung keineswegs dafür, dass deliktische Ansprüche gegen den B als früheren Geschäftsführer der C nach dem Willen der Zedentin Z und der Zessionarin K von dem Anspruchsübergang ausgenommen sein sollten. Vielmehr sei ihr Wille offenbar dahin gegangen, dass der K das ihrer Schwesterfirma (der Zedentin Z) zustehende Geld zufließen sollte, gleichviel ob die Forderung gegen C doch noch zu realisieren wäre oder ob B als Geschäftsführer aufgrund deliktischen Handelns in Anspruch genommen werden könnte.

Ob Zedentin und Zessionar bei der Abtretung wussten, dass neben der abgetretenen Entgeltforderung auch eine gesamtschuldnerisch verbundene Schadensersatzforderung gegen B besteht, kann man dem Beschluss des Oberlandesgerichts Hamm nicht eindeutig entnehmen. Vermutlich lag eine derartige Kenntnis nicht vor, da die Zessionarin zunächst noch versucht hat, die Entgeltforderung gegen die C-GmbH einzuziehen. Erst als sie dabei von der Zahlungsunfähigkeit der C-GmbH erfahren hat, dürfte ihr die Idee gekommen sein, dass sich B wegen seiner Kenntnis dieser Zahlungsunfähigkeit schadensersatzpflichtig gemacht hat. Die Vorstellung der Zedentin dürfte sich ebenso entwickelt haben. Man kann für die gerichtliche Annahme einer Gesamtabtretung demnach von der Tatsachengrundlage ausgehen, dass Zedent und Zessionar bei der Abtretung nur einer konkret bezeichneten For-

²³ Da der Abtretungsvertrag nicht im Wortlaut abgedruckt ist, ist dies nicht ganz klar, aber naheliegend.

²⁴ Die tatsächliche Vermutung ist nach der Rspr. und Teilen der Lit. eine Figur der zivilprozessualen Beweiswürdigung, der zufolge von einer bestimmten Tatsache nach der typischen Lebenserfahrung auf eine andere Tatsache zu schließen ist. Dazu etwa BGH, Urteil v. 09.10.2009, NJW 2010, S. 363 (364) und aus der Lit. z. B. *H. Prütting*, in: MüKo-ZPO (2016), § 292 Rn. 27 f.; *I. Saenger*, in: HK-ZPO (2017), § 292 Rn. 4: Eine tatsächliche Vermutung sei dem Gesetz unbekannt, sodass insbesondere § 292 ZPO nicht auf sie anwendbar sei. Daraus folge, dass der von einer tatsächlichen Vermutung Begünstigte nicht von der Behauptungslast für die vermutete Tatsache befreit sei. Eine tatsächliche Vermutung könne aber im Rahmen des Anscheinsbeweises und des Beweises durch Indizien herangezogen werden. Einige Autoren aus dem Schrifttum lehnen die tatsächliche Vermutung ab; krit. insb. *H.-W. Laumen*, MDR 2015, S. 1 ff. Ihre abstrakte Gültigkeit wird für diese Arbeit postuliert.

derung nichts von einer weiteren, gesamtschuldnerisch verbundenen Forderung gewusst haben. Deren Mitübergang haben sie daher in der Abtretungsvereinbarung weder ausdrücklich verabredet noch ausgeschlossen.

*b) Urteil des OLG Nürnberg von 2002:
Einzelabtretung in Kenntnis der Gesamtschuld*

Wie auch andere Gerichte hat das Oberlandesgericht Nürnberg im Vergleich zu der vorab dargestellten Entscheidung eher apodiktisch darüber entschieden, ob bei der Abtretung der gegen einen einzelnen Gesamtschuldner gerichteten Forderung nach dem Parteiwillen auch die weiteren gesamtschuldnerischen Forderungen abgetreten sein sollen oder nicht. Gleichwohl lassen sich aus der Entscheidung gewisse Regelannahmen über die Unterscheidung zwischen einer Einzel- und einer Gesamtabtretung ableiten.

Ausgangspunkt des Nürnberger Urteils war ein Abtretungsvertrag mit folgendem Wortlaut: „Abtretung. Hiermit trete ich [die O-AG, Mandantin gemäß einem Anwaltsvertrag] meine [Schadensersatzansprüche] gegen Rechtsanwalt L (...) ab. Diese Ansprüche ergeben sich aus der Tatsache, dass Herr Rechtsanwalt L [mich nicht ordnungsgemäß] vertreten hat“. Das Gericht erkannte, dass der Zedentin neben der ausdrücklich abgetretenen Forderung gegen L noch eine weitere, gesamtschuldnerisch verbundene Forderung zustand: Das Mandatsverhältnis habe mit L sowie mit dessen Sozius M bestanden, so dass beide der zedierenden Mandantin als Gesamtschuldner hafteten. Nichtsdestotrotz stellte das Oberlandesgericht Nürnberg knapp fest, die Abtretung habe einen Anspruch ausschließlich gegen L zum Ge- genstand.²⁵

Aus dem Wortlaut des Vertrags ergab sich nicht ausdrücklich, dass Ansprüche gegen andere Gesamtschuldner als L von der Abtretung ausgenommen sein sollten. Man kann aber mit einiger Sicherheit annehmen, dass zumindest die Zedentin bei der Abtretung um die Gesamtschuld zwischen L und M wusste. Denn vor der Abtretung hatte die Zedentin versucht, gegen L *und* M wegen derselben anwaltlichen Pflichtverletzung gerichtlich vorzugehen. Damit war sie mangels Parteifähigkeit in Deutschland gescheitert. So ist wohl die anschließende Abtretung zu erklären: Der in Deutschland parteifähige Zessionar sollte die Forderung wegen Verletzung des

²⁵ OLG Nürnberg, Urteil v. 18.04.2002, NZG 2002, S. 874 (876). Der Wortlaut der Abtretungserklärung befindet sich in der Fundstelle auf S. 875. Vgl. die Fallbeschreibung in dieser Arbeit auf S. 172. Das Urteil wird hier zu Zwecken der Vereinfachung leicht modifiziert dargestellt. Das Gericht verneinte auch einen Mitübergang der gesamtschuldnerischen Forderungen gegen M analog § 401 I BGB: „Aus § 401 BGB ergibt sich nichts anderes; denn diese Bestimmung betrifft bloße Neben- und Vorzugsrechte. Deshalb geht mit der Abtretung des Anspruchs gegen einen Gesamtschuldner die Forderung gegen die anderen Mitschuldner entsprechend § 401 BGB dann auf den Zessionar über, wenn sich diese nur zur Sicherung der abgetretenen Forderung mitverpflichtet haben.“ Eine derartige Sicherungsgesamtschuld liege hier aber nicht vor.

Anwaltsvertrags vor Gericht einklagen. Warum die Zedentin lediglich die Forderung gegen L abgetreten hat, ist nicht erkennbar. Hätte sie aber beide gegen ihre Anwälte gerichteten Forderungen abtreten wollen, hätte sie wohl – wie in dem ursprünglich von ihr angestrengten, aber unzulässigen Gerichtsverfahren – auch beide Forderungen bezeichnet.

*c) Urteil des OLG Frankfurt a. M. von 2012:
Einzelabtretung in Kenntnis der Gesamtschuld*

Ähnlich hat das Oberlandesgericht Frankfurt am Main über eine schriftliche Abtretungsvereinbarung entschieden, in der die Zedentin erklärte, sie trete ihrem Ehemann alle Ansprüche gegen den (konkret bezeichneten) Schuldner T ab, die aus dem Ereignis von [Datum X] resultierten. Neben T gab es noch einen weiteren Gesamtschuldner A; beide hafteten der Zedentin auf Schadensersatz. Die Forderung gegen A wurde in die Abtretung vertraglich nicht ausdrücklich einbezogen, aber auch nicht ausgeschlossen. Dass der zusätzliche Schuldner A existierte, war Zedentin und Zessionar mutmaßlich bekannt. Ob ihnen die gesamtschuldnerische Verbindung zwischen den Schuldern ebenfalls bekannt war, kann man dem Urteil nicht entnehmen.²⁶

Das Oberlandesgericht Frankfurt bezog sich auf die vorab dargestellte Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm. Danach bestehe dann, wenn eine Forderung abgetreten werde, für die mehrere gesamtschuldnerisch hafteten, eine tatsächliche Vermutung dahingehend, dass der Zessionar die Forderungen gegen alle Gesamtschuldner erhalten solle. Für eine solche Vermutung hätten die Parteien in dem vorliegenden Fall jedoch keinen Raum gelassen, so das Oberlandesgericht Frankfurt. Es nahm den Willen zu einer Einzelabtretung an.

Nähere Gründe für diese Entscheidung hat das Gericht nicht offengelegt. Ausschlaggebend könnte prima facie gewesen sein, dass die Abtretung ihrem Wortlaut nach nur Ansprüche betraf, die aus dem schädigenden Ereignis an einem bestimmten Datum resultierten. An diesem Datum ereignete sich nur die Schädigung durch den Gesamtschuldner T. Der Schuldner A hingegen hatte die Zedentin an einem früheren Datum geschädigt. Das dürfte für das Oberlandesgericht Frankfurt aber nicht maßgeblich gewesen sein, um den Willen einer Einzelabtretung festzustellen. Denn die Angabe des Entstehungszeitpunkts einer Forderung dient nur ihrer Individualisierung. Sie ist darum nicht anders zu behandeln, als hätten die Parteien die abzutretende Forderung durch die Benennung ihres Schuldners individualisiert. Eine Aussage über das Schicksal der nicht angesprochenen Forderung ist damit nicht verbunden.

Entscheidungsleitend war für das Frankfurter Gericht vermutlich stattdessen, dass die Parteien in ihrem Abtretungsvertrag den zweiten Gesamtschuldner nicht erwähnt

²⁶ OLG Frankfurt, Urteil v. 17.01.2012, BeckRS 2013, 22734. S. dazu die Fallbeschreibung auf S. 162. Die hier gewählten Bezeichnungen der beteiligten Personen sind fiktiv.

haben, obschon sie zumindest wussten, dass ein weiterer Schuldner existiert. Hier gilt entsprechend, was abschließend zu dem Urteil des Oberlandesgericht Nürnberg ausgeführt wurde.

d) Urteil des OLG Köln von 2016: Gesamtabtretung in Kenntnis der Gesamtschuld

Ausführlichere Regeln über die Unterscheidung zwischen einer Einzel- oder Gesamtabtretung gesamtschuldnerischer Forderungen hat das Oberlandesgericht Köln in einer jüngeren Entscheidung entwickelt.

*OLG Köln:*²⁷ *K war ein Geschäftsführer der U-GmbH. Diese handelte mit gebrauchter Software, unter anderen mit der B-Software, für die B 1 ausschließliche Verwertungsrechte beanspruchte. B 1 und B 2, zwei Unternehmen des B-Konzerns, sprachen gegenüber Abnehmern der U in Bezug auf die B-Software Schutzrechtsverwarnungen aus. U entstanden infolgedessen Kosten, welche sie in die Insolvenz brachten. Nachdem gerichtlich bestätigt wurde, dass B 1 in Wirklichkeit gar keinen Anspruch gegen U auf Unterlassung des Handels mit der B-Software hatte, schloss der Insolvenzverwalter der U mit Keinen schriftlichen Abtretungsvertrag. Dieser lautete im Kern: „Der Insolvenzverwalter tritt [K] die möglicherweise bestehenden Schadensersatzansprüche gegen B hiermit ab.“ In der Vorbemerkung zu dem Abtretungsvertrag wurde B 1 als „B“ definiert. K klagte sodann gegen B 1 und B 2 auf Schadensersatz wegen unberechtigter Abnehmer-Schutzrechtsverwarnung.*

Das Oberlandesgericht Köln attestierte K einen Schadensersatzanspruch aus abgeleiteten Recht gegen B 1 und B 2 als Gesamtschuldner nach §§ 823 I, 830 I 1, 840 I BGB wegen schuldhafter unberechtigter Abnehmer-Schutzrechtsverwarnung, die einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der U darstellte. Insbesondere sei K aufgrund der Abtretung berechtigt, die Forderung gegenüber B 1 und B 2 geltend zu machen.

Der Inhalt der Abtretungsvereinbarung spreche zwar eher dafür, dass nur Schadensersatzansprüche gegen die B 1 abgetreten seien. Denn in der Vorbemerkung zu dem Abtretungsvertrag wurde nur B 1 als „B“ definiert. Zwingend sei diese Lesart jedoch nicht, so dass Raum für eine Auslegung der Abtretungserklärungen nach §§ 133, 157 BGB verbleibe. So umfasse die Abtretung einer Forderung, für die wie hier mehrere gesamtschuldnerisch hafteten, grundsätzlich die Forderungen gegen alle Schuldner. Die – mögliche – Abtretung der Forderung gegen nur einen Gesamtschuldner bedürfe nämlich der Zustimmung des Schuldners. Denn zwischen Zendent und Zessionär entstünde in der Folge ein der Gesamtgläubigerschaft ähnliches Rechtsverhältnis, und eine Gesamtgläubigerschaft könne nur mit Einverständnis des Schuldners begründet werden.

²⁷ OLG Köln, Urteil v. 24.06.2016, BeckRS 2016, 117629, leicht vereinfacht dargestellt. Ausgangspunkt der Auseinandersetzung ist der Sachverhalt, welcher der UsedSoft III – Entscheidung des BGH (Urteil v. 11.12.2014, GRUR 2015, 772) zugrunde lag.

Besondere Umstände, welche die Annahme rechtfertigen könnten, dass ausnahmsweise nur eine separate Abtretung der Ansprüche gegen B1 gewollt war, seien nicht ersichtlich. Insbesondere ergebe sich aus der Abtretungsvereinbarung nicht, dass etwaige Schadensersatzansprüche gegen B 1 und dessen Konzernunternehmen – interessenwidrig – aufgespalten werden sollten.

Jedenfalls sei unabhängig vom Wortlaut der Abtretungsvereinbarung maßgeblich auf den wirklichen Willen der Vertragsparteien abzustellen und gerade nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, §§ 133, 157 BGB. Der wirkliche Wille von Zedent und Zessionar ergebe sich aus einer nachträglichen Klarstellungserklärung. Darin erklärten Zedent und Zessionar kurz vor Erhebung der in Rede stehenden Klage, sie hätten nicht nur Ansprüche gegen B 1 abtreten wollen, sondern auch solche gegen deren Konzernunternehmen (B 2).²⁸ Dies sei als Beleg für den damaligen übereinstimmenden Willen der Parteien der Abtretungsvereinbarung ausreichend.²⁹

Man kann als Fazit festhalten, dass Zedent und Zessionar in dem entschiedenen Fall zwar offenbar von einer Gesamtschuld gewusst, aber bei der Abtretung dennoch dem Wortlaut nach nur die Übertragung einer einzelnen Forderung verabredet und die andere nicht angesprochen haben. Das Oberlandesgericht Köln hat daraus trotzdem nicht den Willen einer Einzelabtretung abgeleitet. Schon eine Auslegung der Abtretungsvereinbarung nach objektivem Empfängerhorizont spreche gegen ein Interesse an einer Einzelabtretung. Die Begründung dafür erschöpft sich in dem Hinweis, dass die Aufspaltung gesamtschuldnerischer Forderungen interessenwidrig sei. Dies liegt aus Sicht des Oberlandesgerichts offenbar daran, dass eine Einzelabtretung mangels Zustimmung der Gesamtschuldner unwirksam wäre. Den letztlich tragenden Grund für eine Gesamtabtretung hat das Gericht aber in dem wirklichen Willen von Zedent und Zessionar gesehen. Subjektiv seien sich beide darüber einig gewesen, dass alle gesamtschuldnerischen Forderungen übergehen sollten. In der Sache wendet das Gericht damit den Grundsatz an, dass eine übereinstimmend anders gemeinte Falschbezeichnung nichts an der Geltung des tatsächlichen Partiwillens ändert („*falsa demonstratio non nocet*“³⁰).

²⁸ Gesprochen wurde insbesondere von einer „Klage gegen die beteiligten Gesellschaften des Bkonzerns [sic].“

²⁹ Der grundsätzlich berechtigte Einwand, dass eine nachträglich geänderte Interessenlage nicht dazu geeignet sei, frühere Willenserklärungen zu erweitern, greife nicht, so das OLG Köln. Tatsachen, die erst nach der Abtretungsvereinbarung eingetreten seien, könnten zwar für deren Auslegung keine Rolle spielen, würden für die Ermittlung des tatsächlichen damaligen Willens der Vertragsparteien von K aber auch nicht herangezogen. Alle Tatsachen, auf die K die Schadensersatzforderungen wegen Abnehmer-Schutzrechtsverwarnungen gegenüber B 1 und B 2 stützt, seien im Zeitpunkt der Abtretungsvereinbarung bereits bekannt gewesen.

³⁰ Vgl. dazu auf S. 248.

e) Fazit

Die Abgrenzung zwischen einer Einzel- und einer Gesamtabtretung hat die Rechtsprechung primär für Fälle beschäftigt, in denen Zedent und Zessionar die Übertragung einer bestimmten Gesamtschuldforderung verabredet haben, ohne Absprachen über das Schicksal der weiteren Gesamtschuldforderung zu treffen. Ob Letztere dennoch mitabgetreten werden sollte, haben die Gerichte mehr oder weniger³¹ deutlich anhand einer Auslegung des Abtretungsvertrags entschieden. Bis auf das Oberlandesgericht Nürnberg haben alle Gerichte betont, dass der Wille von Zedent und Zessionar im Grundsatz auf eine Abtretung *aller* gesamtschuldnerischen Forderungen gerichtet sei. Dahingehend bestehe eine (tatsächliche) Vermutung, die allerdings anhand besonderer Umstände des Einzelfalls widerlegt werden könne.

Welche Umstände diese Vermutung widerlegen, haben die Gerichte nicht regelartig offengelegt, sondern insofern – wenn überhaupt – einzelfallbezogen argumentiert. Dadurch erscheinen die gerichtlichen Abgrenzungen zwischen Einzel- und Gesamtabtretung auf den ersten Blick intransparent. Die viel beschworene Regel einer Gesamtabtretung wird in etwa ebenso regelmäßig widerlegt und wirkt darum wie ein Lippenbekenntnis. Das hinterlässt rechtliche Unsicherheit. Allerdings zeichnet sich bei näherer Analyse eine stillschweigend übereinstimmende Weichenstellung ab, anhand derer in den Entscheidungen ein Muster erkennbar wird: Wissen oder Nichtwissen um die Gesamtschuld. Kannten Zedent und Zessionar bei der Abtretung die Gesamtschuld *nicht*, haben die Gerichte den Willen zu einer *Gesamtübertragung* angenommen. So lag es bei der Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm. Die Entscheidungen der Oberlandesgerichte Nürnberg und Frankfurt am Main zeigen demgegenüber: *Wussten* Zedent und Zessionar von der Gesamtschuld und bezeichneten bei der Abtretung trotzdem nur eine einzelne Forderung, gingen die Gerichte grundsätzlich von dem Willen zu einer *Einzelabtretung* aus. Mit dieser Differenzierung setzen sich die Gerichte von der heute überwiegenden Literaturansicht ab, die unabhängig von einem Wissen um die Gesamtschuld davon ausgeht, dass Zedent und Zession regelmäßig eine Gesamtabtretung wollen.³²

Eine Ausnahme bildet die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln. Darin kannten Zedent und Zessionar die Gesamtschuld. Das Gericht führte gleichwohl aus, die Bezeichnung nur einer zu übertragenden Forderung im Abtretungsvertrag laufe den Interessen von Zedent und Zessionar zuwider und sei gewissermaßen vershentlich erfolgt. Jedenfalls folge eine Gesamtübertragung aus dem übereinstim-

³¹ Weniger deutlich insb. das OLG Hamm in der Entscheidung aus Fn. 21 in diesem Kap., worin das Gericht den Abtretungsvertrag als entscheidend ansah, diesen Vertrag aber offenbar nach der Regel des § 425 I BGB auszulegen suchte und damit die Abgrenzung zwischen einer Einzel- und Gesamtabtretung möglicherweise zu einer Frage von Einzel- versus Gesamtwirkung gemacht hat.

³² S. Fn. 16 in diesem Kap.

menden wirklichen Willen von Zendent und Zessionar, was gegenüber einer rein buchstabenbezogenen Auslegung vorrangig zu berücksichtigen sei.

II. Mittelbare Forderungsübertragung analog § 401 I BGB

Untersucht wurde bis zu diesem Punkt lediglich der Meinungsstand darüber, wie man eine isolierte und eine umfassende Zession gesamtschuldnerischer Forderungen abzugrenzen hat, soweit es um die *unmittelbare* Forderungsübertragung im Wege der Abtretung geht. Selbst wenn unmittelbar aber nur eine einzelne Gesamtschuldforderung übergeht, könnten die übrigen Forderungen zumindest *mittelbar* den Gläubiger wechseln, nämlich analog § 401 I BGB als „Anhänger“ der unmittelbar übergehenden Forderung. Somit könnte es mittels § 401 I BGB letztlich doch dazu kommen, dass sämtliche Gesamtschuldforderungen auf den neuen Gläubiger übergehen. Im Folgenden soll dargestellt werden, wie Rechtsprechung und Literatur zu dieser Frage stehen.

1. Bedeutung und Analogiefähigkeit von § 401 BGB

Gemäß § 401 I BGB gehen mit der abgetretenen Forderung die Hypotheken, Schiffshypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über. Bei diesen Rechten handelt es sich ausweislich der amtlichen Überschrift von § 401 BGB um sogenannte Nebenrechte der zedierten Forderung. § 401 I BGB zielt darauf ab, Haupt- und Nebenrechte in einer einzigen Rechtszuständigkeit zu belassen.³³ Deshalb erwirbt der Zessionar mit der Forderung kraft Gesetzes mittelbar auch die zu ihr gehörenden Nebenrechte.³⁴ Obwohl der Wortlaut von § 401 I BGB vermuten lässt, dass alle Nebenrechte abschließend in der Norm aufgeführt sind, ist die dortige Aufzählung lediglich beispielhaft. Folglich können auch andere, in § 401 BGB nicht ausdrücklich genannte Nebenrechte mit der Abtretung der Hauptforderung auf den neuen Gläubiger übergehen. Das folgt aus der Entstehungsgeschichte sowie dem Zweck des § 401 BGB. Die Vorschrift bestimmte in der ursprünglichen Fassung (§ 297 des ersten BGB-Entwurfs), dass „die mit der Forderung verbundenen, zur Verstärkung derselben dienenden Nebenrechte“ mit der Abtretung auf den Zessionar übergehen. Die zweite Kommission entschied sich stattdessen für die aktuelle Fassung des § 401 BGB, in der nur Bürgschaft und Pfandrechte als wichtigste Nebenrechte konkretisiert werden. Sie sah in dem neuen Wortlaut einen Gewinn an Verständlichkeit. Außerdem hielt die Kommission den Begriff der „verstärkenden

³³ S. nur *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 401 Rn. 1.

³⁴ S. statt aller *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 401 Rn. 2. § 401 BGB betrifft freilich nur in seinem ersten Absatz Nebenrechte. Nach dem zweiten Absatz geht auch die Vorzugsstellung der Forderung in Zwangsvollstreckung und Insolvenz auf den Zessionar über („Vorzugsrechte“).

Nebenrechte“ für zu allgemein. Daher bestünde die Gefahr, dass man darunter auch solche Rechte fasse, auf welche die Vorschrift nicht passe, wie beispielsweise das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Man war sich innerhalb der Kommission aber einig darüber, dass die Aufzählung der Rechte nicht abschließend, sondern im Wege der Analogie erweiterungsfähig sein soll.³⁵

Die Analogiefähigkeit von § 401 I BGB entspricht heute der allgemeinen Meinung.³⁶ Wann eine Analogie geboten ist, beantwortet man jedoch unterschiedlich und meist nur formelhaft. Nach dem Bundesgerichtshof ist § 401 BGB seinem Zweck entsprechend auf alle der Verstärkung der Forderung dienenden Nebenrechte auszudehnen, soweit nicht besondere Rechtsgrundsätze entgegen stehen.³⁷ Enger hat der Bundesgerichtshof bisweilen formuliert, § 401 BGB erfasse neben den dort genannten Rechten auch andere „unselbstständige Sicherungsrechte“.³⁸ Die Vorschrift werde außerdem auf solche Hilfsrechte entsprechend angewandt, die zur Geltendmachung oder Durchsetzung einer Forderung erforderlich seien oder deren Trennung die Durchsetzung der Rechte oder die Rechtssicherheit gefährden würde.³⁹ Eine stringente Position lässt die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht erkennen.⁴⁰

In der Literatur gibt es im Wesentlichen drei Auffassungen dazu, was Nebenrechte im Sinne von § 401 I BGB ausmacht.⁴¹ Nach herrschendem Verständnis handelt es sich um unselbstständige Rechte, deren Trennung von dem zugehörigen Hauptrecht nach § 399 Var. 1 BGB ausgeschlossen ist (*Unselbstständigkeitsdogma*).⁴² Nach ebenfalls verbreiteter Position kommt es darauf an, dass ein Recht zumindest in einem gewissen Grad einseitig abhängig von der übertragenen Forderung ist (*Akzessorietätsdogma*).⁴³ Gemäß vereinzelt vertretener Ansicht ist jedes Recht, das dazu dient, ein anderes Recht zu verstärken, ein Nebenrecht (*Verstärkungsdogma*).⁴⁴

³⁵ Protokolle BGB, Bd. 1 (1897), S. 386. Dazu etwa *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKoBGB (2016), § 401 Rn. 2; *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 401 Rn. 28.

³⁶ Statt aller aus der Lit. *C. v. Rintelen*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten (1996), S. 3; *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 401 Rn. 3, 28.

³⁷ BGH, Urteil v. 23.03.2010, BGHZ 185, S. 74 Rn. 15.

³⁸ BGH, Urteil v. 19.03.1998, BGHZ 138, S. 179 ff.; BGH, Beschluss v. 09.06.2016, DNotZ 2016, S. 957 Rn. 21.

³⁹ Hierzu zählten etwa Ansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung. So BGH, Beschluss v. 09.02.2012, NJW-RR 2012, S. 434 Rn. 14.

⁴⁰ Vgl. bereits *D. Seelbach*, Bedeutung des § 401 BGB (1964), S. 113 ff.

⁴¹ Vor allem die (nachfolgend) erste und zweite Ansicht gehen teilweise ineinander über.

⁴² So insb. *D. Seelbach*, Bedeutung des § 401 BGB (1964), S. 16 f.; *B. Kreße*, in: NK-BGB (2016), § 401 Rn. 1. S. ferner die Nachweise in Fn. 195 sowie den dazu gehörigen Haupttext im 1. Kap.

⁴³ In diesem Sinne etwa *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 401 Rn. 28, 36; *W. Rosch*, in: jurisPK-BGB (2017), § 401 Rn. 10, 14. Etwas offener *H. P. Westermann*, in: Erman (2017), § 401 Rn. 3, 5: Das Gesetz erwähne akzessorische Sicherheiten, eine analoge Anwendung auf andere selbstständige Sicherheiten sei nicht generell anzunehmen, komme jedoch im Einzelfall in Betracht. Die Verbindung von Haupt- und Nebenrecht müsse indes aus der Natur der Rechte selbst folgen, eine nur durch die schuldrechtliche Beziehung zwischen Zedent und Schuldner

Angesichts des ungleichen Grundverständnisses von § 401 I BGB ist hinsichtlich mancher Rechte höchst umstritten, ob sie Nebenrechte sind oder nicht. Ein solcher „Zankapfel“ ist die Gesamtschuldforderung. Welche Ansichten dazu innerhalb der Literatur und Rechtsprechung vertreten werden, wird im Folgenden dargestellt.

2. Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte?

a) *Schrifttum*

Teile der rechtswissenschaftlichen Literatur sind der Ansicht, eine gesamtschuldnerische Forderung sei im Verhältnis zu einer anderen *niemals* ein Nebenrecht im Sinne von § 401 I BGB.⁴⁵ Es fehle an der nötigen Akzessorietät, wird oftmals begründet.⁴⁶ Innerhalb dieses Meinungslagers nehmen aber manche Autoren an, der Zessionar einer Gesamtschuldforderung habe gegen den Zedenten einen Anspruch auf Abtretung der verbundenen Forderung.⁴⁷ Die deutlich überwiegende Ansicht geht einen Schritt weiter: Eine Gesamtschuldforderung sei dann ein Nebenrecht einer anderen, wenn sie diese andere Forderung *sichern* solle.⁴⁸ Eine Reihe von

begründete Verbindung reiche nicht aus. Das Akzessorietätsdogma soll (und kann) aber ofensichtlich nur für Sicherungsrechte gelten. So ordnen die Vertreter dieses Meinungslagers etwa Hilfsrechte undforderungsbezogene Gestaltungsrechte auch als Nebenrecht ein.

⁴⁴ In diese Richtung *G. Weigelin*, Schuldbeitritt (1941), S. 88 ff.; *C. v. Rintelen*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten (1996), S. 159; *M. Schmidt-Kessel*, in: *Staudinger-EckpfeilerZivilR* (2014), Gläubiger und Schuldner: Mehrheit und Wechsel, Rn. 24. Es handelt sich um eine Minderheitsansicht. Nach ganz herrschender Meinung kommt ein automatischer Mitlauf bei nicht akzessorischen Sicherungsrechten nicht in Frage. Dazu stellvertretend m. w. N. *E. Becker-Eberhard*, Sicherungsrechte (1993), S. 523 ff.

⁴⁵ *H. Neumann*, JDR 1906, S. 153 f., Anm. 2 zu § 425; *H. Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), S. 455 f.; *E. R. Prölss*, JRPV 1941, S. 211 (212); *H. Ehmann*, Gesamtschuld (1972), S. 362; *H. Kaduk*, in: *Staudinger* (1994), § 401 Rn. 61; *K. Bartels*, JZ 2000, S. 608 (611); *J. Schürnbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 135 ff.; *B. Kreße*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 421 Rn. 67; *J. Lieder*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 401 Rn. 35 f. In Ausnahme zu dieser Grundannahme soll aber ein Anspruch aus einer Erfüllungübernahme mit Außenwirkung ein Nebenrecht darstellen gemäß *E. R. Prölss*, JRPV 1941, S. 211 (212); *H. Kaduk*, in: *Staudinger* (1994), § 401 Rn. 48; *J. Lieder*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 401 Rn. 33. Das erscheint inkonsistent, vgl. Fn. 69 in diesem Kap.

⁴⁶ Ausführlich zur Frage, ob § 401 I BGB nur auf akzessorische Nebenrechte anwendbar ist, *C. v. Rintelen*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten (1996), der diese Position ablehnt.

⁴⁷ Offenbar generell für einen Anspruch auf Abtretung bei Gesamtschuldforderungen: *J. Lieder*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 401 Rn. 37. Für einen Anspruch auf Abtretung nur bei Sicherungsgesamtschuld: *K. Bartels*, JZ 2000, S. 608 (611 f.); *J. Schürnbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 137 f.

⁴⁸ So ohne Abgrenzung zu nicht-sichernden Gesamtschuldforderungen *F. Hock*, Wirkungen der Gesamtschuld (1914), S. 88; *H.-J. Ahrens*, ZZP 1990, S. 34 (44 f.); *K.-B. Schmitz*, in: *FS Merz* (1992), S. 553 (554); *K. W. Nörr/R. Scheyhing/W. Pöggeler*, Sukzessionen (1999), S. 62; *D. Medicus*, EWiR 2000, S. 379; *H.-J. Lwowski/G. Fischer/K. Langenbucher*, Kreditsicherung (2011), Rn. 53; *H. G. Ganter*, in: *FS Lwowski* (2014), S. 187 (188); *M. Schmidt-Kessel*, in: *Staudinger-EckpfeilerZivilR* (2014), Gläubiger und Schuldner: Mehrheit und

Autoren weist über diese Aussage hinaus ausdrücklich darauf hin, dass eine Gesamtschuldforderung ohne Sicherungszweck kein Nebenrecht zu ihrer Schwesternforderung ist.⁴⁹ Einige stellen zusätzlich klar, dass Ansprüche aus einem zugunsten des Zedenten eingreifenden Versicherungsschutz keine Nebenrechte seien.⁵⁰ Mehrere Autoren, nach denen nur eine Gesamtschuldforderung mit Sicherungszweck ein Nebenrecht ist, begrenzen sich in der Formulierung auf den Anspruch aus einem sichernden Schuldbeitritt. Das dürfte nur exemplarisch für Gesamtschulden mit vertraglichem Sicherungszweck gemeint sein. Widersprüchlich ist, dass dieselben Autoren oft in einem Atemzug den Anspruch aus einer Erfüllungsübernahme als Nebenrecht einordnen. Denkbar ist das nur, wenn die Erfüllungsübernahme entgegen der Auslegungsregel des § 329 BGB Außenwirkung hat.⁵¹ Dann kommt sie aber einem Übernahmeschuldbbeitritt gleich⁵², der nach gängiger Auffassung gerade von einem Sicherungsschuldbbeitritt zu unterscheiden ist.^{53,54} Wie das damit vereinbar ist, dass nur Gesamtschuldforderungen mit besonderem Sicherungszweck Nebenrechte sein sollen, bleibt schleierhaft.⁵⁵ Offenbar unbewusst vollzieht sich hier eine Annäherung an eine Minderheitenansicht, nach der eine Gesamtschuldforderung im Verhältnis zu einer anderen *immer* ein Nebenrecht sein soll, unabhängig von einem

Wechsel, Rn. 23; *D. Medicus/S. Lorenz*, Schuldrecht AT (2015), Rn. 802; *L. Haertlein*, in: BankrechtsK (2016), § 401 BGB Rn. 10; *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 401 Rn. 31; *W. Fikentscher/A. Heinemann*, Schuldrecht (2017), Rn. 727; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 401 Rn. 4; *S. Madaus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 765 Rn. 460; *M. Rohe*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 401 Rn. 6; *R. Schulze*, in: HK-BGB (2019), § 401 Rn. 2. Wohl auch *K. Schreiber*, in: Soergel (2010), § 401 Rn. 2 (dort lediglich für die Erfüllungsübernahme) sowie *N. Horn*, in: Staudinger (2012), Vorbem. zu §§ 765–778 Rn. 415; *H. P. Westermann*, in: Erman (2017), § 401 Rn. 2, 4.

⁴⁹ *D. Seelbach*, Bedeutung des § 401 BGB (1964), S. 63 ff.; *R. Weber*, in: RGRK (1976), § 401 Rn. 13, 16; *D. Reinicke/K. Tiedtke*, Kreditsicherung (2006), S. 19; *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 421 Rn. 78; *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 401 Rn. 9; *H.-F. Müller*, in: PWW (2017), § 401 Rn. 3, 5; *W. Rosch*, in: jurisPK-BGB (2017), § 401 Rn. 10 f., 15; *R. Stürner*, in: Jauernig (2018), § 401 Rn. 2. So auch *D. Reinicke/K. Tiedtke*, Kreditsicherung (2006), S. 134 ff., aber mit Ausnahme einer mittels Bürgschaft besicherte Gesamtschuldforderung.

⁵⁰ *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 401 Rn. 9; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 401 Rn. 6.

⁵¹ Ob es eine Erfüllungsübernahme mit Außenwirkung überhaupt geben kann, ist umstr. Die Gegenansicht sieht darin einen Schuldbeitritt, bisweilen alternativ einen zusätzlich zu der Erfüllungsübernahme vereinbarten echten Vertrag zugunsten Dritter mit dem Inhalt eines Schuldversprechens (§ 780 BGB). Dazu *G. Mäsch*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.07.2018), § 329 Rn. 3.

⁵² Vgl. *S. Madaus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 765 Rn. 418.1.

⁵³ Dazu *S. Madaus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 765 Rn. 417 f.

⁵⁴ So ist nach *G. Weigelin*, Schuldbeitritt (1941), S. 91 f. § 401 I BGB nur analog auf einen Sicherungsschuldbbeitritt anzuwenden, weil dieser ein Sicherungsgeschäft ist, nicht hingegen auf einen gemeinschaftsbegründenden Schuldbeitritt oder einen solchen zu Übernahmezwecken, weil es sich dabei nicht um ein Sicherungsgeschäft handelt.

⁵⁵ Vermutlich beruht das auf der falschen Annahme, eine berechtigende Erfüllungsübernahme begründe eine Sicherungsgesamtschuld. Näher dazu in Fn. 69 ff. in diesem Kap.

Sicherungscharakter.⁵⁶ Manche begrenzen diese Aussage auf Gesamtschulden, die infolge eines Schuldbeitritts entstanden sind.⁵⁷

Besonders behandeln die meisten Autoren den Fall, dass ein *Bürge nur für einen Gesamtschuldner bürgt* und dann an den Gläubiger leistet. Gemäß § 774 I 1 BGB geht auf den Bürgen daraufhin die Forderung gegen den Gesamtschuldner über, für den er sich verbürgt hat. Doch geht analog §§ 401 I, 412 BGB auch die Forderung gegen den Gesamtschuldner über, für den sich der Bürge nicht verbürgt hat? Dazu gibt es ein fast unüberschaubares Meinungsbild, das hier nicht im Detail dargestellt werden soll. Im Wesentlichen existieren drei Ansichten. Erstens: Die unbesicherte Gesamtschuldforderung geht in voller Höhe mit über.⁵⁸ Zweitens: Sie geht nur in der Höhe über, in welcher der besicherte Gesamtschuldner von seinem Mitschuldner nach § 426 BGB intern Regress nehmen kann.⁵⁹ Drittens: Sie geht überhaupt nicht auf den Bürgen über.⁶⁰ Einen Überblick über den Meinungsstand sowie eine lehrreiche Analyse des Problems hat Meier verfasst.⁶¹

b) Rechtsprechung

Es gibt keine klare höchstrichterliche Rechtsprechung zu der Frage, ob eine Gesamtschuldforderung im Verhältnis zu einer anderen ein Nebenrecht im Sinne von § 401 I BGB ist. Der Bundesgerichtshof hat dazu bislang nur im Zusammenhang mit der Legalzession einer gesamtschuldnerischen Forderung entschieden. Zuletzt hat er die analoge Anwendbarkeit von § 401 I BGB offengelassen.⁶² Dabei hat er auf seine bisherigen diesbezüglichen Urteile hingewiesen: Der Bundesgerichtshof hat einerseits entschieden, dass weder der Anspruch des Gläubigers gegen den anderen

⁵⁶ *H. Feuerstein*, JRPV 1941, S. 201 (202); *J. Esser/E. Schmidt*, Schuldrecht (2000), S. 344.

⁵⁷ So *B. Rimmelspacher*, WuB I F 1 c. 1.00 (2000), S. 533 (534); *S. Madaus*, Schuldbeitritt (2001), S. 33, die eine Analogie zu § 401 I BGB für jede Art des Schuldbeitritts befürworten. *S. Madaus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 765 Rn. 416 ff. kritisiert die herrschende Unterteilung des Schuldbeitritts und möchte insoweit lieber von einem einheitlichen Rechtsinstitut ausgehen.

⁵⁸ So zum Beispiel *F. Schulz*, Rückgriff (1907), S. 52, demzufolge für den Regress des Verpfänders dasselbe gilt. Ferner *H. P. Pecher*, in: Soergel (2008), § 774 Rn. 6.

⁵⁹ Diese Ansicht überwiegt. Stellvertretend dafür *W. Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern (1984), S. 122; *D. Reinicke/K. Tiedtke*, Kreditsicherung (2006), S. 134 ff.; *dies.*, Bürgschaftsrecht (2008), Rn. 428 ff. S. auch *H. Lumm*, Ausgleich unter Gesamtschuldern (1968), S. 143 ff. Mitunter heißt es nicht, der Anspruch gegen den weiteren Gesamtschuldner gehe (teilweise) über, sondern der gegen diesen Gesamtschuldner gerichtete Ausgleichsanspruch aus § 426 II BGB. So etwa *M. Rohe*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 774 Rn. 5. Im Ausgangspunkt auch *K. Tiedtke*, WM 1976, S. 174 (176). Dagegen *W. Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern (1984), S. 122.

⁶⁰ Dafür etwa *P. Gröschler*, in: Soergel (2016), § 774 Rn. 6; *S. Madaus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 765 Rn. 335.

⁶¹ *S. Meier*, Gesamtschulden (2010), S. 451 ff. S. auch *J. Schürmbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 139 ff.

⁶² BGH, Urteil v. 28.11.2006, NJW 2007, S. 1208 Rn. 22 ff.

Gesamtschuldner noch die Ausgleichs- und Freistellungsansprüche des Schuldners der übergehenden Forderung gegen den anderen Gesamtschuldner Nebenrechte dieser übergehenden Forderung seien. Daher gingen sie nicht analog § 401 I BGB mit auf den neuen Gläubiger über.⁶³ Andererseits hat er diese Aussage in einer späteren Entscheidung⁶⁴ wieder relativiert, indem er befand, bei der Übertragung des Anspruchs gegen einen Gesamtschuldner sei der Übergang der Forderung gegen die Mitschuldner analog § 401 BGB „jedenfalls“ dann anzunehmen, wenn sich diese nur zur Sicherung der abgetretenen Forderung mitverpflichtet hätten, beispielsweise durch einen sichernden Schuldbeitritt. Dies müsse nicht nur bei einer rechtsgeschäftlichen Abtretung gelten (insofern ein *obiter dictum*), sondern auch bei einem gesetzlichen Forderungsübergang. In einer späteren Entscheidung⁶⁵ findet sich dieser „Jedenfalls“-Vorbehalt nicht mehr wieder. Ein Mitübergang wurde darin also nur für Fälle der Sicherungsgesamtschuld bejaht. Zur Begründung hat der Bundesgerichtshof darauf abgestellt, dass der sichernde Schuldbeitritt ökonomisch-funktional einer selbstschuldnerischen Bürgschaft entspreche. Wenn also die Bürgschaftsforderung als ein Nebenrecht zusammen mit der gesicherten Forderung übergehe, müsse dasselbe für eine sichernde Gesamtschuldforderung gelten. Der ausschließliche Sicherungszweck lasse ein gesondertes Schicksal des Sicherungsrechts nicht zu.⁶⁶ In seiner jüngsten Entscheidung, in der es um die isolierte *cessio legis* gesamtschuldnerischer Forderungen ging, hat der Bundesgerichtshof eine Analogie zu § 401 I BGB nicht erwogen.⁶⁷

Für das Bürgschaftsrecht hat der Bundesgerichtshof angenommen, auf einen Bürgen, der sich nur für einen von zwei Gesamtschuldner verbürgt habe, gehe mit der nach § 774 I BGB übergehenden Forderung gegen den Hauptschuldner auch die Forderung gegen den anderen Gesamtschuldner entsprechend §§ 412, 401 I BGB über, allerdings der Höhe nach nur insoweit, als dieser andere Gesamtschuldner im Innenverhältnis nach § 426 BGB verpflichtet sei.⁶⁸ Das Reichsgericht ging seinerzeit noch einen Schritt weiter und judizierte, dass die Person, die für einen einzelnen Gesamtschuldner bürgt, nach Tilgung ihrer Schuld analog §§ 774 I, 412, 401 BGB

⁶³ BGH, Urteil v. 23.05.1960, BGHZ 32, S. 331 (336); BGH, Urteil v. 15.10.1963, NJW 1964, S. 101. Beide Entscheidungen ergingen zu § 158 f VVG a. F.

⁶⁴ BGH, Urteil v. 24.11.1971, NJW 1972, S. 437 (439) – unter ausführlicher Analyse der Gesetzesgeschichte.

⁶⁵ BGH, Urteil v. 23.11.1999, NJW 2000, S. 575. Ähnlich schon BAG, Urteil v. 12.12.1989, NZA 1990, S. 475 (476 f.).

⁶⁶ BGH, Urteil v. 24.11.1971, NJW 1972, S. 437 (439). So i. E. auch OLG Nürnberg, Urteil v. 18.04.2002, NZG 2002, S. 874 (876), s. Fn. 25 in diesem Kap. a. E. sowie mit ausführlicher Begründung LAG Düsseldorf, Urteil v. 14.03.2018, BeckRS 2018, 8208 Rn. 39 ff.

⁶⁷ BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149. In der Entscheidung ging es nicht um eine Sicherungsgesamtschuld. Der Übergang einzelner Gesamtschuldforderungen ist an § 116 VI SGB X gescheitert. Hätte man auf diese Forderungen § 401 I BGB analog angewandt, wäre der gesetzliche Übertragungsausschluss unterlaufen worden. Daher lag es durchaus nahe, nicht über § 401 I BGB nachzudenken.

⁶⁸ BGH, Urteil v. 14.07.1966, BGHZ 46, S. 14 (16).

auch die komplette Forderung gegen den anderen Gesamtschuldner erwerbe.⁶⁹ Entgegen verbreiteter Rezeption⁷⁰ lag in dem Fall des Reichsgerichts keine Sicherungs-, sondern eine normale Gesamtschuld vor.⁷¹

In der Zusammenschau erscheint die höchstrichterliche Judikatur ausgesprochen uneinheitlich. Abgesehen von Sonderkonstellationen wie im Bürgschaftsrecht scheint der Bundesgerichtshof inzwischen auf dem Standpunkt zu stehen, dass der Mitübergang einer Gesamtschuldforderung analog § 401 I BGB nur in Betracht kommt, wenn diese Forderung sicherungshalber besteht. Damit ist der Bundesgerichtshof auf der Linie der herrschenden Lehre stehen geblieben.

§ 2 Grundlagen zur Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Zession

Ausgehend von dem nachgezeichneten Meinungsbild schließen sich nun eigene Überlegungen dazu an, wie isolierte und umfassende Zession voneinander abzgrenzen sind.

⁶⁹ RG, Urteil v. 07.02.1907, RGZ 65, S. 164 (169 ff.). Das RG hat darin die Erfüllungsübernahme entgegen der Auslegungsregel des § 329 BGB so interpretiert, dass nach dem Willen des Schuldners und des Übernehmers der Gläubiger durch die Erfüllungsübernahme einen unmittelbaren Anspruch gegen den Übernehmer auf Erfüllung der Schuld erhalten soll. Die Erfüllungsübernahme war also ein echter Vertrag zugunsten eines Dritten. „Zwischen einer solchen Erfüllungsübernahme zugunsten eines Dritten und dem Schuldbeitritt zugunsten eines Dritten besteht hinsichtlich der Rechtsbeziehungen des Gläubigers und des Übernehmers praktisch kein Unterschied. In beiden Fällen kann der Gläubiger auch von dem Übernehmer die Erfüllung der Schuld in dem bestehenden Inhalt und Umfang verlangen, der als Gesamtschuldner neben den ursprünglichen Schuldner tritt“, so zu Recht *R. Jagmann*, in: Staudinger (2015), § 329 Rn. 8 m. w. N. Vor diesem Hintergrund wird das RG-Urteil in der Lit. unglücklich rezipiert, wenn es heißt, danach gehe ein Anspruch aus „Erfüllungsübernahme“ analog § 401 BGB mit auf den Zessionar über; dasselbe gelte für einen Anspruch aus einer sichernden Schuldübernahme (so die meisten Autoren in Fn. 48 f. in diesem Kap.). Entweder gehen die betreffenden Autoren davon aus, eine berechtigende Erfüllungsübernahme begründe wie eine sichernde Schuldübernahme eine Sicherungsgesamtschuld. Abgesehen davon, dass sie dann auch gleich zusammenfassend von Fällen des Sicherungsbeitritts hätten sprechen können, wäre dieser Standpunkt falsch (dazu S. 241). Oder die Autoren halten sowohl Gesamtschuldforderungen mit als auch ohne besonderen Sicherungszweck für Nebenrechte. Das passt in den meisten Fällen aber nicht in das Gesamtbild ihrer Ausführungen. Daher dürfte diese Botschaft nicht intendiert sein.

⁷⁰ z. B. *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (171); *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 401 Rn. 9; *M. Rohe*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 401 Rn. 6.

⁷¹ Treffend analysiert von *J. Schürenbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 129.

I. Gesetzeshistorische Einführung

Erste Anhaltspunkte für eine Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Zession lassen sich möglicherweise aus den Gesetzesmaterialien zum BGB gewinnen. In den Motiven den heutigen § 401 BGB betreffend heißt es:⁷²

„Der Entwurf [des BGB] enthält keine Bestimmung über die Rechte des neuen Gläubigers gegen Mitverpflichtete des Schuldners [heute §§ 421 ff. BGB]. Der neue Gläubiger erlangt bei Uebertragung einer Forderung, für welche mehrere Mitschuldner haften, unbestreitbar alle Rechte gegen jeden einzelnen Mitschuldner, so wie dieselben dem bisherigen Gläubiger zustanden [Aussage 1]. Die Erledigung der Frage aber, welche Wirkungen sich ergeben, wenn die Abtretung sich nur auf die Rechte gegen den einen Mitschuldner beziehen sollte [Aussage 2] oder gar die Rechte gegen die übrigen Mitschuldner ausdrücklich von der Abtretung ausgeschlossen würden [Aussage 3], bleibt zweckmäßig der Wissenschaft und Praxis vorbehalten.“

In Parenthese sei zunächst bemerkt, dass jene Aussagen des Gesetzgebers keinerlei Implikationen für oder gegen die grundsätzliche Zulässigkeit einer isolierten Zession enthalten.⁷³ An dieser Stelle meiner Untersuchung steht fest, dass eine isolierte Zession wirksam sein *kann*. Zu klären ist nun, wann es zu einer isolierten und wann zu einer umfassenden Zession kommt. Dafür liefert die zitierte Motivstelle zumindest Anhaltspunkte, wenngleich diese spärlich sind. Aussage 1 ist in der Formulierung offensichtlich zu weit geraten. Schließlich zeigen allein die Aussagen 2 und 3, dass der Zessionar „bei Uebertragung einer Forderung, für welche mehrere Mitschuldner haften“ nicht in jedem Fall alle Forderungen einer Gesamtschuld er-

⁷² Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 124 f. Die Aussagen dieser Motivstelle (siehe eckige Klammern) lassen sich leichter verstehen, wenn man sich ihre Wenn-Dann-Struktur vor Augen führt. (Grund-)Aussage 1: Wenn eine Forderung übertragen wird, für die mehrere Personen als Gesamtschuldner haften, dann gehen sämtliche Gesamtschuldforderungen auf den neuen Gläubiger über. (Einschränkende) Aussage 2: Wenn die Abtretung sich nur auf die Rechte gegen den einen Mitschuldner beziehen sollte, dann ist die Rechtsfolge offen. (Einschränkende) Aussage 3: Wenn die Rechte gegen die übrigen Mitschuldner ausdrücklich von der Abtretung ausgeschlossen werden, dann ist die Rechtsfolge offen.

⁷³ Daher wurde die Motivstelle bisher (s. Fn. 1 und 12 in der Einführung) nur gestreift. Aussage 1 gibt für die Zulässigkeit der isolierten Zession überhaupt nichts her, weil sie Fälle betrifft, in denen der Zessionar ohnehin alle Gesamtschuldforderungen erwirbt. Die Aussagen 2 und 3 betreffen Fälle, in denen nach dem Inhalt des Abtretungsvertrags nur eine Gesamtschuldforderung übergehen soll. Welche Rechtsfolge sich daraus ergibt, hat der Gesetzgeber offengelassen. Logisch kommen drei Lösungen in Betracht: erstens ein Mitübergang der weiteren Gesamtschuldforderungen analog § 401 I BGB, zweitens eine wirksame isolierte Zession, drittens eine unwirksame isolierte Zession. A.A. J. Schiernbrand, Schuldbeitritt (2003), S. 130: Aussage 3 impliziere, dass die isolierte Abtretung einer Gesamtschuldforderung im Grundsatz zulässig sei. Der Gesetzgeber habe nur nicht entscheiden wollen, ob dies in Parallele zu den akzessorischen Rechten zum Erlöschen der nicht abgetretenen Forderung führe. Diese Mutmaßung findet allerdings keinen Anhalt im Wortlaut der Motivstelle. Der Wortlaut „Wirkungen“ einer isolierten Abtretung umfasst auch, dass die Zession unwirksam sein kann. Für diese Möglichkeit spricht ferner, dass der Gesetzgeber sich in Bezug auf die Struktur einer Gesamtschuld nicht auf das Mehrheitsprinzip festlegen wollte. Davon hängt aber ab, ob eine isolierte Zession überhaupt in Betracht kommt.

wirbt. Offenbar meint Aussage 1 bloß, dass der Zessionar alle Gesamtschuldforderungen erwirbt, wenn das dem Inhalt des Abtretungsvertrags entspricht.⁷⁴ Im Gegenschluss zu den Aussagen 2 und 3 ist das der Fall, wenn sich die Abtretung nach dem Parteiwillen stillschweigend oder ausdrücklich nicht nur auf eine einzelne Forderung beziehen soll. Allerdings ist nicht abschließend gesagt, wann sich der Parteiwille nur auf die Abtretung einer einzelnen Forderung bezieht. Deutlich ist insofern nur Aussage 3. Ihr kann man entnehmen, dass Zedent und Zessionar sich auf eine Einzelabtretung geeinigt haben, wenn sie eine andere Gesamtschuldforderung ausdrücklich von der Abtretung ausgeschlossen haben.⁷⁵ Aussage 2 meint den Fall, dass derartiger Ausschluss stillschweigend vereinbart wird.⁷⁶ Wann ein stillschweigender Ausschluss anzunehmen ist, bleibt aber offen. Allenfalls kann man aus Aussage 1 entnehmen, dass die Parteien in der Regel alle Gesamtschuldforderungen abtreten wollen. Ob das den Interessen der Parteien tatsächlich gerecht wird und, falls ja, wann sich Ausnahmen ergeben, gilt es zu untersuchen. In jedem Fall legt die Motivstelle nahe, dass es für die Abgrenzung zwischen einer isolierten und umfassenden Zession gesamtschuldnicher Forderungen zuvörderst auf den *Abtretungsvertrag* ankommt. Lediglich hilfsweise kommt ein Mitübergang nicht zederter Gesamtschuldforderungen *analog § 401 I BGB* in Frage. Wenn bereits nach dem Abtretungsvertrag alle Gesamtschuldforderungen den Gläubiger wechseln sollen, kommt es auf § 401 I BGB nicht mehr an. Welche Rechtswirkungen sich ergeben, wenn nach dem Inhalt des Abtretungsvertrags nur eine Gesamtschuldforderung übergehen soll, lässt die Motivstelle in den Aussagen 2 und 3 offen. Da die Erläuterung den heutigen § 401 BGB betrifft, ist eine mögliche „Rechtswirkung“ die (analoge) Anwendung von § 401 BGB und somit ein Mitübergang der weiteren Gesamtschuldforderungen. Alternativ kommt nur eine isolierte Zession in Betracht. Weitere Erkenntnisse lassen sich aus den Motiven zum BGB nicht gewinnen. In den Protokollen steht zu diesem Thema überhaupt nichts geschrieben.⁷⁷

⁷⁴ A.A. S. *Madaus*, Schuldbeitritt (2001), S. 31; *ders.*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 765 Rn. 460, der ohne Einschränkung davon ausgeht, nach dem Willen des historischen Gesetzgebers sei § 401 I BGB analog auf Gesamtschuldforderungen anzuwenden. Abweichend möglicherweise auch die historische Analyse von BGH, Urteil v. 24.11.1971, NJW 1972, S. 437 (439), wonach offenbar aus einer analogen Anwendung von § 401 I BGB folgen soll, dass, wenn die Forderung gegen einen der Gesamtschuldner auf einen neuen Gläubiger übertragen wird, damit ohne weiteres auch die Forderungen gegen die übrigen Gesamtschuldner auf den neuen Gläubiger übergehen.

⁷⁵ Ebenso J. *Schürnbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 130.

⁷⁶ Ähnlich D. *Reinicke*, NJW 1966, S. 2141 (2142), demzufolge unter Aussage 2 zwei Fälle gehören: Im ersten Fall hätten die Parteien stillschweigend den Übergang der anderen Forderungen ausgeschlossen. Im zweiten habe sich der Wille der Parteien ohne einen derartigen stillschweigenden Ausschluss nur darauf erstreckt, dass eine bestimmte Gesamtschuldforderung übertragen werde.

⁷⁷ Vgl. BGH, Urteil v. 24.11.1971, NJW 1972, S. 437 (439).

II. Dogmatische Weichenstellung für eine Gesamt- oder Einzelabtretung

Tritt der Gläubiger die Forderung gegen einen Gesamtschuldner ab, stellt sich die Frage, ob die übrigen Forderungen aus der Gesamtschuldner ebenfalls den Gläubiger wechseln. Das ließe sich nach den bisherigen Erkenntnissen auf drei rechtliche Grundlagen stützen: den Abtretungsvertrag, § 401 I BGB sowie eine gesamtschuldrechtliche Gesamtwirkung der Abtretung. Dabei sollte man zwei Fragen voneinander trennen. Erstens: Welche rechtlichen Tatbestände kommen überhaupt für die Übertragung gesamtschuldnerischer Forderungen in Betracht?⁷⁸ Zweitens: Inwieweit sind diese Tatbestände erfüllt?⁷⁹ Hier geht es zunächst nur um den ersten Gesichtspunkt. Dass der Abtretungsvertrag ein möglicher Übertragungstatbestand für Forderungen aus einer Gesamtschuld ist, steht außer Zweifel. Daher fokussieren sich die folgenden Überlegungen auf die Frage, ob vertraglich nicht zedierte Forderungen analog § 401 I BGB den Gläubiger wechseln können. Sodann wird kurz darauf eingegangen, ob sich dieselbe Rechtsfolge aus einer Gesamtwirkung im Sinne von § 425 BGB ergeben kann.

1. Relevanz des Abtretungsvertrags

Wie schon die soeben beleuchtete⁸⁰ Motivstelle zu § 401 BGB nahe legt, kommt es für die Unterscheidung zwischen einer Einzel- oder Gesamtübertragung gesamtschuldnerischer Forderungen in erster Linie auf den Inhalt des Abtretungsvertrags an. Dieser Vertrag bewirkt eine Verfügung in Form der Forderungsübertragung. Ist die Zession aller gesamtschuldnerischen Forderungen verabredet, ist die daraus folgende Gesamtabtretung als eine zeitliche Zusammenfassung mehrerer Einzelverfügungen über die jeweiligen Forderungen zu verstehen. Verfügungsgegenstand ist nämlich jeweils die einzelne abzutretende Forderung.⁸¹

⁷⁸ Insbesondere: Ist § 401 I BGB analog auf gesamtschuldnerische Forderungen anwendbar? Kann es eine gesamtschuldrechtliche Gesamtwirkung der Abtretung geben?

⁷⁹ Das heißt: Auf wie viele Forderungen aus der Gesamtschuld erstreckt sich der Abtretungsvertrag? Ist § 401 I BGB abbedungen worden? Wurde eine Gesamtwirkung der Abtretung vereinbart? Dazu unter „Umfang des Forderungsübergangs bei konkreten Varianten eines Abtretungsvertrags“ ab S. 280.

⁸⁰ Unter „Gesetzeshistorische Einführung“ ab S. 245.

⁸¹ Vgl. *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 398 Rn. 53. Dass sich eine Verfügung stets nur auf ein einzelnes Recht beziehen kann, zeigt insbesondere die Verfügungsvoraussetzung der Berechtigung über den Gegenstand der Verfügung. Zum Beispiel kann ein Zedent, der ausdrücklich zwei verschiedene Forderungen abtritt, nur bezüglich einer der beiden Forderungen verfügberechtigt sein. Nur die Verfügung über diese Forderung ist dann wirksam, die Verfügung über die andere nicht. Nähme man demgegenüber an, die Übertragung der beiden Forderungen, sei eine einheitliche Verfügung, wäre (nach dem Gedanken des § 139 BGB im Zweifel) die gesamte Verfügung unwirksam. Das erscheint nicht sachgerecht.

Ob Zedent und Zessionar lediglich die Übertragung einer, einzelner oder aller Forderungen aus einer Gesamtschuld verabredet haben, ist durch Auslegung des Abtretungsvertrags⁸² nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln⁸³.⁸⁴ Willenserklärungen, die eine Abtretungsvereinbarung konstituieren, sind empfangsbedürftig. Es gelten die entsprechenden Auslegungsregeln: Wenn der Empfänger den Erklärenden richtig verstanden hat, stimmen die Vorstellungen beider Parteien über die Rechtsfolgen der Erklärung überein. Dann richtet sich der Erklärungsinhalt im Rahmen einer *natürlichen Auslegung* danach, was die Parteien tatsächlich gemeint haben („*falsa demonstratio non nocet*“).⁸⁵ Gibt es kein übereinstimmendes Parteiverständnis, ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung hingegen *normativ* im Zuge der einfachen, *erläuternden Auslegung* zu interpretieren.⁸⁶ Entscheidend ist dabei, wie eine ver-

⁸² Die Auslegung des Zessionsvertrags kann selbstverständlich ergeben, dass Zedent und Zessionar die Ansprüche gegen alle Gesamtschuldner übertragen wollen. Mit der Gesamtwirkung einer rechtlichen Tatsache, die zunächst nur einen der Gesamtschuldner betrifft, hat das nichts zu tun. So auch *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 425 Rn. 31; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 98. Näher dazu sogleich unter „Eine Frage der Gesamt- und Einzelwirkung?“ ab S. 267.

⁸³ Vgl. für die Geltung der §§ 133, 157 BGB für die Auslegung des Abtretungsvertrags statt aller *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 14. Allgemein zu dem Verhältnis der beiden Normen etwa *R. Singer*, in: Staudinger (2017), § 133 Rn. 3 ff.; *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 133 Rn. 18 f.

⁸⁴ Die abzutretende Forderung muss im Moment der Übertragung individuell hinreichend bestimmt oder bestimmbar sein, damit das Verfügungsgeschäft wirksam ist. Dazu statt aller *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 398 Rn. 53. Ist der Zessionswille in Bezug auf eine bestimmte Gesamtschuldforderung nicht klar, ist deren Übertragung unwirksam. Es reicht aber aus, wenn die Auslegung des Abtretungsvertrags ergibt, welche Forderung abgetreten werden soll. Vgl. *G. Bachmann*, in: MüKo-BGB (2016), § 241 Rn. 13: „Mangels hinreichender Bestimmtheit unwirksame Verträge sind indes selten, weil bloße Bestimmbarkeit genügt und die Mittel der ergänzenden Vertragsauslegung, hinreichend ausgeschöpft, allfällige Lücken schließen sollten.“

⁸⁵ Auf einen normativ objektivierten Bedeutungsgehalt der Willenserklärung kommt es nicht an. Wenn nämlich beide Parteien nicht unterschiedliche, sondern dieselben Vorstellungen von den erklärten Rechtsfolgen haben, gibt es keinen Grund, andere Rechtsfolgen eintreten zu lassen als die tatsächlich beabsichtigten. Für diese ganz h. M. s. stellvertretend aus der st. Rspr. BGH, Urteil v. 18.01.2008, NJW 2008, S. 1658 Rn. 12; BGH, Urteil v. 21.10.2016, NJW-RR 2017, S. 712 Rn. 21 und aus der h. L. *M. Wolf*, in: Soergel (1999), § 157 Rn. 16; *R. Bork*, BGB AT (2016), S. 202 ff.; *D. Looschelders*, in: NK-BGB (2016), § 133 Rn. 46; *M. Wolf* *J. Neuner*, AT Bürgerlichen Rechts (2016), S. 410 f.; *R. Singer*, in: Staudinger (2017), § 133 Rn. 13; *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 133 Rn. 14; *H.-P. Mansel*, in: Jauernig (2018), § 133 Rn. 9; *H. Wendtland*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 133 Rn. 27; *H. Dörner*, in: HK-BGB (2019), § 133 Rn. 9. A. A. (die Figur der „*falsa demonstratio*“ ablehnend) *M. Mittelstädt*, Auslegung (2016); *ders.*, ZfPW 2017, S. 175 (182 ff.); *F. Faust*, BGB AT (2018), § 2 Rn. 12.

⁸⁶ Es kommt darauf an, wie der Empfänger die Erklärung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste. St. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil v. 21.05.2008, NJW 2008, S. 2702 (2704). Weitere Nachweise bei *R. Singer*, in: Staudinger (2017), § 133 Rn. 18, der hier auch stellvertretend für die zustimmende Ansicht der h. L. steht. Die Auslegung ist normativ, weil weder das tatsächlich Gemeinte noch das tatsächlich Verstandene entscheidend für den Inhalt der Willenserklärung ist, sondern dass in wertender

nünftige Person in der Position des Empfängers die Willenserklärung zu verstehen hatte („objektiver Empfängerhorizont“⁸⁷).⁸⁸ An späterer Stelle werden Auslegungsregeln für verschiedene Varianten von Abtretungsverträgen entwickelt.⁸⁹

2. Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte nach § 401 I BGB?

Selbst wenn im Wege der Abtretung unmittelbar nur eine Gesamtschuldforderung den Gläubiger wechselt, könnte die übrige Gesamtschuldforderung analog § 401 I BGB mittelbar als Anhängsel der zedierten Forderung übergehen. Dies setzt voraus, dass eine Gesamtschuldforderung im Verhältnis zu einer anderen ein Nebenrecht ist.⁹⁰ Der historische Gesetzgeber hat diese Frage offengelassen.⁹¹ Antworten darauf sind zahlreich und disparat.⁹² Das Grundproblem liegt darin, dass weder im BGB noch in den Gesetzesmaterialen definiert wurde, was ein Nebenrecht ist. Daher ist bis heute nicht abschließend geklärt, was eigentlich Nebenrechte im Sinne von § 401 I BGB ausmacht.⁹³ Diese bislang wenig ersprießliche Diskussion⁹⁴ kann hier nicht in allen Einzelheiten entfaltet werden. Sie soll bloß insoweit dargestellt und um einige Überlegungen ergänzt werden, als sie für die Frage von Belang ist, ob gesamtschuldnerische Forderungen Nebenrechte sind. Wie gesehen gibt es im Wesentlichen drei Auffassungen dazu, was Nebenrechte im Sinne von § 401 I BGB sind:⁹⁵ unselbständige Rechte, akzessorische Rechte und allgemein „verstärkende“ Rechte. Welcher Maßstab im Hinblick auf Gesamtschuldforderungen überzeugt, wird im Folgenden beleuchtet.

a) *Unselbständigkeitssdogma*

Zunächst ist auf das Dogma der Spiegelbildlichkeit von § 401 I und § 399 Var. 1 BGB zurückzukommen: Nach herrschender Ansicht sind Nebenrechte im Sinne von

Betrachtung ein mutmaßlicher Wille des Erklärenden ermittelt wird; vgl. *R. Bork*, BGB AT (2016), S. 204 f.

⁸⁷ S. nur *F. Faust*, BGB AT (2018), § 2 Rn. 9 f.

⁸⁸ Es kommt also nicht auf den natürlichen Willen des Erklärenden an, sondern auf die objektiven Verständnismöglichkeiten des Empfängers. Dieser muss darauf vertrauen können, dass die Erklärung so gemeint war, wie sie redlicherweise verstanden werden darf.

⁸⁹ Dazu unter „Umfang des Forderungsübergangs bei konkreten Varianten eines Abtretungsvertrags“ ab S. 280.

⁹⁰ Vgl. schon unter „Mittelbare Forderungsübertragung analog § 401 I BGB“ ab S. 238.

⁹¹ Dazu schon Fn. 72 in diesem Kap. sowie die diesbezüglichen Ausführungen im Haupttext.

⁹² Vgl. unter „Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte?“ S. 240.

⁹³ In vielen Kommentaren wird nicht einmal (klar) definiert, was ein Nebenrecht sein soll.

⁹⁴ Monographisch dazu insb. *C. v. Rintelen*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten (1996).

⁹⁵ Vgl. unter „Bedeutung und Analogiefähigkeit von § 401 BGB“ ab S. 238.

§ 401 I BGB solche Rechte, deren Trennung von dem zugehörigen Hauptrecht nach § 399 Var. 1 BGB ausgeschlossen ist. Gesamtschuldnerische Forderungen sind keine unselbständigen Rechte. Gemäß dem Unselbständigkeitssdogma können sie mithin keine Nebenrechte sein. Diese Position wurde bereits im ersten Kapitel der vorliegenden Arbeit kritisiert, worauf an dieser Stelle verwiesen wird.⁹⁶ Insbesondere sind die Vertreter des Unselbständigkeitssdogmas in ihrer Position inkonsistent: Sie halten einige Rechte für isoliert übertragbar, die sie zugleich als Nebenrecht einordnen.⁹⁷ Sicherungshalber bestehende Gesamtschuldforderungen sind nur ein Beispiel dafür.⁹⁸ Vor allem hat der Gesetzgeber ausdrücklich verlautbart, dass Nebenforderungen „prinzipiell auch ohne die Hauptforderung übertragen werden“ können.⁹⁹ Somit soll es offensichtlich Rechte geben, die zwar Nebenrechte sind, aber dennoch selbständig existieren können. Das Unselbständigkeitssdogma ist zu verwerfen.¹⁰⁰

b) Akzessorietätsdogma

Bei dem Streit um die analoge Anwendbarkeit von § 401 I BGB auf Gesamtschulden geht es vor allem um die Frage, ob eine Gesamtschuldforderung „akzessorisch genug“ ist, um als ein Nebenrecht der anderen gelten zu können.¹⁰¹ Gemeinhin versteht man Akzessorietät als eine gesetzlich angeordnete¹⁰², einseitige¹⁰³

⁹⁶ S. unter „Gesamtschuldforderungen als unselbständige Ansprüche?“ ab S. 68. Krit. auch *C. v. Rintelen*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten (1996), S. 101 ff.

⁹⁷ Ausführlich dazu *C. v. Rintelen*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten (1996), S. 106 ff., der als Beispiele die Behandlung von Garantie-, Zins-, Vertragsstrafen-, Schuldbeitritts- und Wechselsprüchen beleuchtet.

⁹⁸ Der herrschenden Ansicht zufolge stellt (nur) eine sicherungshalber existierende Gesamtschuldforderung ein Nebenrecht dar. Vgl. unter „Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte?“ S. 240. Darin wird auch deutlich, dass für den Legalzessionsregress bestimmter Sicherungsgeber besondere Grundsätze gelten sollen.

⁹⁹ Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 121.

¹⁰⁰ Ebenfalls dagegen *C. v. Rintelen*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten (1996), S. 105.

¹⁰¹ Vgl. nur *C. v. Rintelen*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten (1996), S. 116 f.; *J. Schürnbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 131 ff.; *B. Kreße*, in: NK-BGB (2016), § 398 Rn. 67; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 401 Rn. 36.

¹⁰² Str. ist, ob man Akzessorietät rechtsgeschäftlich begründen kann. Die h. M. verneint das, s. etwa *E. Becker-Eberhard*, Sicherungsrechte (1993), S. 64; *W. Pöggeler*, JA 2001, S. 65 (68); *W. Schur*, Jura 2005, S. 361 (363); *B. Dollinger*, Sicherungsgrundschuld (2014), S. 31 ff. Verneinend für dingliche Sicherheiten, bejahend aber für den Schuldbeitritt *M. Habersack*, JZ 1997, S. 857 (864 f.). Grds. verneinend *H. S. Kim*, Zessionsregress (2004), S. 145, allerdings mit der Anm., dass es für die Frage, ob die gesicherte Forderung kraft Gesetzes auf den Sicherungsgeber übergehen soll, irrelevant sei, ob die Abhängigkeit der sichernden Forderung gesetzlich oder vertraglich begründet sei. Offen für privatautonome Nachahmung von Akzessorietät wohl *J. Lieder*, Sukzession (2015), S. 610.

¹⁰³ Anders *P. Heck*, Grundriss des Sachenrechts (1930), S. 323 ff., der eine gleichrangige Zweckgemeinschaft zwischen Forderung und Sicherungsrecht nach dem Rechtsgedanken der Gesamtschuld annahm. Krit. auch *C. Schmidt*, Akzessorietät der Bürgschaft (2001), S. 20, insb.

Abhängigkeit eines Sicherungsrechts von einer Forderung, die darin besteht, dass Veränderungen der Forderung unmittelbar auf das Sicherungsrecht einwirken.¹⁰⁴

Ob es Gesamtschulden geben kann, die akzessorisch in diesem Sinne sind, ist höchst umstritten.¹⁰⁵ Mit der herrschenden Meinung¹⁰⁶ ist das abzulehnen. Es gibt keine Gesamtschulden, bei denen eine Forderung kraft Gesetzes einseitig von einer anderen abhängig ist.¹⁰⁷ Gemäß dem gesetzlichen Leitbild sind gesamtschuldnerische Forderungen mittels der Gesamtwirkungen der §§ 422 ff. BGB *wechselseitig* voneinander abhängig. Sie unterfallen damit nicht der herrschenden Definition von Akzessorietät.¹⁰⁸ Eine Ausnahme könnte sich ergeben, wenn aus dem Schuldverhältnis im Sinne des § 425 I BGB ausnahmsweise eine einseitige Abhängigkeit folgt. Dazu müsste es möglich sein, einseitige Gesamtwirkungen zu vereinbaren. Wie an späterer Stelle aufgezeigt wird¹⁰⁹, ist das gemäß § 311 I BGB zulässig.¹¹⁰ Eine

mit Verweis auf § 6 WEG, wonach Sondereigentum und Miteigentum wechselseitig voneinander abhängen, und dennoch gemeinhin als akzessorisch eingestuft werden.

¹⁰⁴ Stellvertretend zum herrschenden Verständnis von Akzessorietät *E. Becker-Eberhard*, Sicherungsrechte (1993), S. 48 ff.; *B. Dollinger*, Sicherungsgrundschuld (2014), S. 24 ff.; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 401 Rn. 3 I m. w. N. Man kann unterteilen in Entstehungs-, Umfangs-, Erlöschens-, Durchsetzungs- und Zuständigkeitsakzessorietät. Dazu etwa *D. Medicus*, JuS 1971, S. 497 ff.; *W. Mincke*, Akzessorietät des Pfandrechts (1987), S. 31 f.; *W. Pöggeler*, JA 2001, S. 65 (67).

¹⁰⁵ Dahinter steht die Frage, ob Schuldnermehrheiten, für die gesetzlich eine einseitige Akzessorietät angeordnet ist, eine Gesamtschuld darstellen, z. B. die Bürgschaft. Ausführlich zu dem Problem *S. Meier*, Gesamtschulden (2010), S. 1232 ff.

¹⁰⁶ Statt vieler *E. W. Börnsen*, Strukturen der Gesamtschuld (1969b), S. 27; *M. Wolf* *W. Niedenführ*, JA 1985, S. 369 (372); *M. Gebauer*, in: *Soergel* (2010), § 421 Rn. 23; *H. Rüßmann*, in: *jurisPK-BGB* (2017), § 421 Rn. 20; *M. Gehrlein*, in: *BeckOK-BGB* (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 421 Rn. 8. Wohl ebenso *P. Bydlinski*, in: *MüKo-BGB* (2016), § 421 Rn. 33; *L. Böttcher*, in: *Erman* (2017), § 421 Rn. 23. Krit. ferner *W. Mincke*, Akzessorietät des Pfandrechts (1987), S. 37 f. Bisweilen ist zu lesen, bei Akzessorietät fehle es an der für Gesamtschulden konstitutiven Gleichstufigkeit der Verpflichtungen. Ein Überblick zum Meinungsstand findet sich bei *D. Looschelders*, in: *Staudinger* (2017), § 421 Rn. 35.

¹⁰⁷ Welche Voraussetzungen eine Gesamtschuld hat, ist nicht Gegenstand dieser Arbeit. Aufgebaut wird insoweit auf der herrschenden Meinung, die insb. eine Gleichstufigkeit der Verpflichtungen voraussetzt. Vgl. oben zu Fn. 23 in der Einführung.

¹⁰⁸ So statt vieler *D. Medicus*, JuS 1971, S. 497; *W. Pöggeler*, JA 2001, S. 65 (70); *K. v. Koppenfels-Spies*, Cessio legis (2006), S. 55; *B. Kreße*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.09.2018), § 421 Rn. 67. Wohl auch *H. Jürgens*, Teilschuld, Gesamtschuld, Kumulation (1988), S. 37 ff., demzufolge Gesamtschuldforderungen zumindest keine Akzessorietät im strengen Sinne aufweisen. Offener *W. Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern (1984), S. 77, nach dem man von Akzessorietät sprechen könne, verstände man dies als einen offenen Begriff (der also nicht nur einseitige, sondern auch wechselseitige Abhängigkeiten von rechtlichem Umständen umfasst).

¹⁰⁹ Die Vereinbarung einer Gesamtwirkung erfolgt mittels rechtsgeschäftlicher Änderung des Forderungsinhalts durch eine Abrede im Kausalverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger. Eine derartige Abrede kann im Grundsatz keine Auswirkungen auf fremde Schuldverhältnisse haben. Sie bewirkt daher stets eine einseitige Abhängigkeit. Vgl. zu alledem unter „Bedeutung einer Gesamtwirkung aufgrund des Schuldverhältnisses“ ab S. 267.

einseitige Erstreckungsabrede kann sich insbesondere daraus ergeben, dass eine Gesamtschuldforderung die andere sichern soll. Zum Beispiel ist das in der Regel bei einem sichernden Schuldbeitritt beabsichtigt und entgegen der herrschenden Meinung auch möglich.¹¹¹ Ist also im Fall der Sicherungsgesamtschuld die sichernde Gesamtschuldforderung akzessorisch zu der gesicherten? Zumindest nach dem herrschenden Verständnis von Akzessorietät muss man (auch) das verneinen. Denn die einseitige Abhängigkeit der sichernden Gesamtschuldforderung ergibt sich nicht aus dem Gesetz, sondern aus einer vertraglichen Abrede.¹¹² Insofern ähnelt die Sicherungsgesamtschuld der Sicherungsgrundschuld: In beiden Fällen wird der Sicherungszweck lediglich durch eine Parteivereinbarung begründet. Manche leiten

¹¹⁰ Ebenso *W. Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern (1984), S. 89, der meint, eine einseitige Abhängigkeit könne es bei Gesamtschulden geben, wenn Schuldner und Gläubiger dies vereinbarten. Das sei typisch für Fälle der Interzession. Ferner *M. Habersack*, AcP 198 (1998), S. 152 (155): Der in § 425 BGB verankerte Grundsatz der Einzelwirkung könne abbedungen und durch den Grundsatz der Akzessorietät ersetzt werden. S. auch *K. W. Nörr/R. Scheyhing/W. Pöggeler*, Sukzessionen (1999), S. 263 f. A. A. E. *Becker-Eberhard*, Sicherungsrechte (1993), S. 233 f. Wohl auch *D. Looschelders*, in: *Staudinger* (2017), § 421 Rn. 36, demzufolge die Regeln der Gesamtschuld so flexibel seien, dass sie im Hinblick auf einzelne Aspekte durch die Grundsätze der Akzessorietät modifiziert werden könnten. Dies ändere indes nichts daran, dass die meisten Fälle der Akzessorietät nach geltendem Recht durch umfassende Spezialregelungen ausgestaltet seien, sodass für die Anwendung der §§ 421 ff. BGB insgesamt kein Raum bestehe.

¹¹¹ A. A. S. *Madaus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 765 Rn. 403, 585 f., demzufolge auch bei einem sichernden Schuldbeitritt keine einseitige Abhängigkeit der Gesamtschuldforderungen denkbar ist. Die Vereinbarung einer „gesamtschuldnerischen“ Mithaftung mit akzessorietätsbegründender „Erstreckungsabrede“ sei zwar rechtlich zulässig, aber als Bürgschaft und nicht als Schuldbeitritt zu qualifizieren. Allgemeiner *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 421 Rn. 35: Der Schuldbeitritt sei lediglich begründungsakzessorisch. Ebenso *N. Horn*, in: *Staudinger* (2012), Vorbem. zu §§ 765–778 Rn. 396; *V. Rieble*, in: *Staudinger* (2017), § 414 Rn. 28; *A. Röthel*, in: *Erman* (2017), vor § 414 Rn. 27; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 401 Rn. 36 sowie BGH, Urteil v. 03.07.1952, BGHZ 6, S. 385 ff.: „Die Schuldmitübernahme setzt die Begründung einer selbständigen, von der des ursprünglichen Schuldners von vornherein und fortdauernd unabhängigen Verpflichtung voraus.“ Wie hier hingegen *W. Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern (1984), S. 89. Ähnlich wie hier auch *M. Habersack*, JZ 1997, S. 857 (865), nach dem man gesamtschuldnerischen Verpflichtungen mittels Erstreckungsabrede und damit auf rechtsgeschäftlichem Weg Akzessorietätswirkungen verleihen kann, was im Fall eines sichernden Schuldbeitritts anzunehmen sei. Ferner *ders.*, in: MüKo-BGB (2017), vor § 765 Rn. 12 ff., demzufolge die Beitrags- von der Hauptschuld im Fall des sichernden Schuldbeitritts einseitig abhängig ist; allerdings sollen in diesem Fall der Sicherungsgesamtschuld die §§ 767, 768, 770, 774 BGB analog anwendbar sein (gegen Letzteres statt vieler *N. Horn*, in: *Staudinger* (2012), Vorbem. zu §§ 765–778 Rn. 409). S. auch *J. Schürnbrand*, Schuldbeitritt (2003), S. 194 ff. M. E. muss man die Sicherungsgesamtschuld von anderen Personalsicherheiten gemäß §§ 133, 157 BGB insbesondere danach abgrenzen, wie weitreichend die akzessorische Bindung der einen an die andere Forderung sein soll. Entspricht das gewünschte Maß an Akzessorietät z. B. dem Leitbild der Bürgschaft, haben die Parteien sich auf einen Bürgschaftsvertrag geeinigt.

¹¹² Ebenso *M. Wolff/W. Niedenführ*, JA 1985, S. 369 (372). Die herrschende Prämisse, dass Akzessorietät eine gesetzliche Anordnung voraussetzt, ist freilich str. Dazu Fn. 102 in diesem Kap.

daraus ab, genau wie eine Sicherungsgrundschuld¹¹³ gehe eine sichernde Gesamtschuldforderung nicht analog § 401 I BGB zusammen mit der gesicherten Forderung auf den neuen Gläubiger über. Stattdessen habe der Zessionar nur einen schultrechtlichen Anspruch darauf, dass ihm der Zedent das Sicherungsmittel übertrage.¹¹⁴ Ob das zutrifft, lässt sich an dieser Stelle noch nicht feststellen. Klar ist aber: Akzessorisch im herkömmlichen Sinne ist eine Gesamtschuldforderung jedenfalls auch dann nicht, wenn sie zu Sicherungszwecken besteht.

Selbst wenn das herrschende Verständnis von Akzessorietät richtig sein sollte, ist damit noch nicht gesagt, dass § 401 I BGB nur auf derart akzessorische Rechte anwendbar ist. Allein aus gesetzesystematischen Gründen kann man daran zweifeln, ob das Prinzip der Akzessorietät geeignet ist, um Nebenrechte zu definieren. Denn Akzessorietät ist im Gesetz keineswegs einheitlich, sondern je nach Regelungskontext unterschiedlich stark ausgeprägt. So resümiert namentlich Lieder zu Recht, man müsse sich davor hüten, aus dem Begriff der Akzessorietät dogmatische Folgerungen abzuleiten.¹¹⁵

Nichtsdestotrotz halten viele daran fest, dass Akzessorietät eine Voraussetzung für die Anwendung des § 401 I BGB ist. Entsprechend häufig ist der Schluss, dass Gesamtschuldforderungen mangels Akzessorietät keine Nebenrechte sind. Manche Autoren formulieren, es gebe bei einer Gesamtschuld keine Haupt- und Nebenrechte, weil gesamtschuldnerische Forderungen selbständige sind.¹¹⁶ Nach Reinicke schließt das eine Analogie zu § 401 BGB nicht aus. Zu fragen sei vielmehr, ob § 401 I BGB analog anzuwenden ist, wenn eine Hauptforderung nicht durch ein Nebenrecht gesichert, sondern die Rechtsstellung des Gläubigers dadurch verbessert sei, dass ihm mehrere selbständige Forderungen mit der Maßgabe zustünden, dass er die Leistung nur einmal verlangen könne.¹¹⁷ Reinicke vertritt demnach, Gesamtschuldforderungen seien keine Nebenrechte, könnten aber nichtsdestotrotz unter § 401 I BGB fallen. Daran missfällt, dass § 401 I BGB nach den Gesetzesmaterialien durchaus spezifisch für Nebenrechte gilt: Nach dem Willen des Gesetzgebers ist § 401 I BGB

¹¹³ Sicherungsgrundschulden fallen nach h. M. nicht unter § 401 I BGB. Jedoch bestehe regelmäßig ein Anspruch des Forderungszessionars auf Abtretung der Grundschuld. S. nur BGH, Urteil v. 02.11.1973, NJW 1974, S. 100 (101). Aus der Lit. statt aller *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 401 Rn. 40; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 401 Rn. 46 ff.

¹¹⁴ In diese Richtung *K. Bartels*, JZ 2000, S. 608 (611 f.).

¹¹⁵ *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 401 Rn. 3.2, der dabei teils (versehentlich) von Abstraktion statt von Akzessorietät schreibt. S. auch *W. Pöggeler*, JA 2001, S. 65 (67 f.); *C. Schmidt*, Akzessorietät der Bürgschaft (2001), S. 18 ff.

¹¹⁶ So *H. Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), S. 455 f. Das dürfte als ein Verweis auf die mangelnde Akzessorietät von Gesamtschuldforderungen zu verstehen sein. Soweit das Argument hingegen rein begrifflich gemeint ist, hat es wenig Schlagkraft. Denn ein „Nebenrecht“ muss man nicht als untergeordnetes Recht verstehen. Auch ein Verständnis als nebengeordnetes Recht ist möglich. Gesamtschuldnerische Forderungen sind in dem Sinne nebengeordnet, dass sie nebeneinander bestehen, um ein einheitliches Leistungsinteresse zu befriedigen.

¹¹⁷ *D. Reinicke*, NJW 1966, S. 2141 (2142).

auf all „die mit der Forderung verbundenen, zur Verstärkung derselben dienenden Nebenrechte“ anwendbar.¹¹⁸ Somit müssen Gesamtschuldforderungen Nebenrechte sein, um von § 401 I BGB erfasst zu werden. Gleichwohl behält Reinicke im Ergebnis Recht. Denn aus den Gesetzesmaterialien geht nicht hervor, dass der Begriff des Nebenrechts allein rechtstechnisch untergeordnete, also akzessorische Rechte meint.¹¹⁹ Dagegen spricht zudem eine gesetzesystematische Überlegung: Verstünde man nur akzessorische Rechte als Nebenrechte, wäre der eigenständige Anwendungsbereich von § 401 I BGB in einem Maß eingeschränkt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben dürfte. Denn die Rechtsfolge des automatischen Mitübergangs der in § 401 I BGB genannten akzessorischen Nebenrechte folgt zumindest für Hypothek und Pfandrecht bereits aus den Sonderregeln der §§ 1153 I, 1250 I 1 BGB.¹²⁰ Es bleiben nicht viele akzessorische Rechte übrig, die originär nach § 401 I BGB den Gläubiger wechseln könnten.¹²¹

Akzessorietät mag eine hinreichende Voraussetzung für ein Nebenrecht sein. Eine notwendige Voraussetzung ist sie indessen nicht. Demnach ist es trotz fehlender Akzessorietät gesamtschuldnerischer Forderungen nicht ausgeschlossen, dass die eine im Verhältnis zu der anderen ein Nebenrecht ist.

c) Verstärkungsdogma

Im Folgenden wird aufzeigt, dass die Einordnung eines Rechts als Nebenrecht lediglich davon abhängt, ob dieses Recht zu Zwecken der Verstärkung mit einem anderen Recht verbunden ist. Sodann ist zu überlegen, ob die Gesamtschuld eine Rechtsverstärkung im Sinne dieser Norm bewirkt.

aa) Rechtsverstärkung als entscheidendes Kriterium

Der Gesetzgeber kennzeichnete Nebenrechte als „der Verstärkung dienend“.¹²² Auch historisch bezeichnete der Begriff des Nebenrechts allgemein Rechte, die eine Forderung verstärken. Er beschrieb in erster Linie Sicherungsrechte, war aber kei-

¹¹⁸ S. Fn. 35 sowie den dazu gehörigen Haupttext in diesem Kap. Auch in der amtlichen Überschrift von § 401 BGB ist von Nebenrechten die Rede.

¹¹⁹ Instruktiv dazu *C. v. Rintelen*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten (1996), S. 85 ff.

¹²⁰ Mit *G. Weigelin*, Schuldbeitritt (1941), S. 89 f. hat der Gesetzgeber für Hypothek und Pfandrecht besondere Übertragungsnormen geschaffen, um zu zeigen, dass ein automatischer Gläubigerwechsel ausnahmsweise ohne die Publizitätserfordernisse des sachenrechtlichen Rechtserwerbs möglich sein soll. Bei der Bürgschaft war das nicht nötig, weil sie als schuldrechtliches Recht nur durch Vereinbarung entsteht und übertragen wird, sodass besondere Interessen der Rechtssicherheit von vorneherein nicht zu berücksichtigen sind.

¹²¹ Näher dazu *C. v. Rintelen*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten (1996), S. 143 ff.

¹²² Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 124.

neswegs auf akzessorische Sicherungsrechte beschränkt.¹²³ Der Normzweck von § 401 I BGB spricht ebenfalls für ein weites Verständnis von Nebenrechten. Primär ging es dem Gesetzgeber um *Erwerberschutz*¹²⁴. Er begründete den automatischen Mitübergang von Neben- und Vorzugsrechten damit, dass die Forderung durch Übertragung auf den neuen Gläubiger als dessen eigene übergehe. Daraus könne gefolgert werden, dass der neue Gläubiger auch die Vorrechte in Ansehung der übertragenen Forderung geltend machen könne.¹²⁵ Demgegenüber soll das Interesse des Zedenten, einen mit der zedierten Forderung verbundenen Rechtsvorteil zu behalten, nicht schutzwürdig sein. Der bezweckte Erwerberschutz lässt sich bestmöglich verwirklichen, wenn der Zessionar *alle* Rechte erlangt, welche die erworbene Forderung verstärken sollen.

Die Wertung, die § 401 I BGB für die involvierten Interessen trifft, vermag rechtspolitisch zu überzeugen. Der Zessionar möchte seine erworbene Forderung bestmöglich realisieren können und somit zusätzliche Rechte erwerben, die ihm dabei helfen. Im Fall einer entgeltlichen Abtretung kann der Zedent ein höheres Entgelt verlangen, wenn der Zessionar zu seinem Recht eine Verstärkung erwirbt.¹²⁶ Ferner hat ein zurückbehaltenes Recht, das der Realisierung eines zedierten Rechts dient, für den Zedenten regelmäßig keinen eigenständigen Wert mehr. Sollte das im Einzelfall anders sein, kann der Zedent § 401 I BGB durch Vertrag mit dem Zessionar abbedingen. Lässt sich der Zessionar nicht darauf ein, steht es dem Zedenten frei, die Abtretung insgesamt zu unterlassen. Dasselbe gilt, wenn eine isolierte Zession unwirksam wäre, etwa nach § 399 BGB. Bei der *cessio legis*, die unabhängig vom Parteiwillen eintritt, entscheidet deren Zweck darüber, ob und in welchem Umfang ein verstärkendes Recht ebenfalls den Gläubiger wechselt.¹²⁷

bb) Begriff der Rechtsverstärkung

„Rechtsverstärkung“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der weit zu verstehen ist. Er umfasst nicht nur Sicherungsrechte¹²⁸, sondern zum Beispiel auch Hilfsrechte wie

¹²³ Dazu ausführlich *C. v. Rintelen*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten (1996), S. 85 ff. Das entspreche dem Sprachgebrauch zur Zeit der Gesetzgebung. Dieser sei für die Auslegung des Begriffs eines Nebenrechts maßgeblich. Letzterer sei während der Gesetzgebungsarbeiten als bekannter Terminus nicht definiert worden.

¹²⁴ *E. Becker-Eberhard*, Sicherungsrechte (1993), S. 521; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 401 Rn. 4.

¹²⁵ Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 125. Das ergebe sich im Ausgangspunkt aus dem Prinzip der Singulärsukzession.

¹²⁶ Voraussetzung ist, dass der Zedent von dem verstärkenden Recht weiß.

¹²⁷ Für einen Übergangsumfang je nach Interessenlage der Beteiligten, soweit es um §§ 774 I 1, 412, 401 I BGB geht, *K. Tiedtke*, WM 1976, S. 174 (175).

¹²⁸ Zwar sind alle in § 401 I BGB aufgeführten Rechte Sicherungsrechte. Der Gesetzgeber wollte damit aber wie gesehen nur Beispiele für Nebenrechte anführen, bei denen die erforderliche enge Verbundenheit zu dem zedierten Recht besonders anschaulich wird. Vgl. *S. Madaus*, Schuldbeitritt (2001), S. 32 f.

die Ansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung¹²⁹. Erfasst sind alle Rechte, die zugunsten des Gläubigers mit einer Forderung gesetzlich¹³⁰ dergestalt zu einem *gemeinsamen Zweck* verbunden sind, dass deren Mitübergang im Zuge einer Forderungsübertragung sinnvoll ist. Solche Nebenrechte sollen zusammen mit dem zidierten Hauptrecht auf den Zessionar übergehen, auch wenn die Parteien das nicht eigens verabredet haben.

Dass dies auch für gesamtschuldnerische Forderungen gilt, lässt sich gesetzes-systematisch anhand eines Vergleichs mit der Bürgschaft sowie teleologisch nach Maßgabe der von § 401 I BGB geschützten Interessen begründen. Dazu im Folgenden.

cc) Gesamtschuld als Sicherungsrecht – Vergleich mit der Bürgschaft

(1) *Gesamtschulden mit Sicherungszweck*

Ein Beispiel für eine Forderung, die dergestalt mit einer anderen zu einem gemeinsamen Zweck verbunden ist, dass deren Mitübergang im Zuge einer Forderungsübertragung sinnvoll ist, stellt ausweislich § 401 I BGB die Forderung gegen den Bürgen dar. Nichts anderes kann für eine gesamtschuldnerische Forderung gelten, wenn sie einer Bürgschaftsforderung im Wesentlichen ähnelt. Eine solche Ähnlichkeit besteht jedenfalls in Bezug auf Gesamtschuldforderungen mit besonderem Sicherungszweck. In diesen Fällen kann man von einer Sicherungsgesamtschuld sprechen. Eine solche kann sich infolge eines sichernden Schuldbeitritts ergeben. Denkbar ist auch, dass der Sicherungszweck einer gesamtschuldnerischen Forderung nachträglich vereinbart wird.

Eine Sicherungsgesamtschuld ist strukturell mit der Bürgschaft vergleichbar, sofern man mit der hier vertretenen Ansicht annimmt, dass bei einer Sicherungsgesamtschuld regelmäßig einseitige Gesamtwirkungen verabredet werden. Denn dadurch wird rechtsgeschäftlich eine Abhängigkeit nachgeahmt, die der Akzessorietät einer Bürgenhaftung nahekommt.¹³¹ Richtet sich das Schicksal eines Rechts

¹²⁹ Dazu BGH, Urteil v. 19.09.2017, NJW 2017, S. 3525 Rn. 14: „Neben den in § 401 BGB ausdrücklich genannten Rechten wird diese Vorschrift unter anderem auf Hilfsrechte entsprechend angewandt, die zur Geltendmachung oder Durchsetzung einer Forderung erforderlich sind. Solche Nebenrechte sind insbesondere Ansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung, die darauf abzielen, Gegenstand und Betrag des Hauptanspruchs zu ermitteln“. Vgl. ferner die Aufzählung von Rechten, auf die § 401 BGB analog anzuwenden sein soll, bei *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 401 Rn. 7 ff.

¹³⁰ Nach verbreiteter Ansicht bedarf es einer gesetzlichen Verbindung, eine rechtsgeschäftliche reiche nicht aus. Daher gehe das Eigentum respektive die Gläubigerstellung bei Sicherungsbereignung und -abtretung nicht automatisch mit über; ebenso nicht eine für die Forderung bestellte Grundschuld. So etwa *H. P. Westermann*, in: Erman (2017), § 401 Rn. 5 m. w. N.

¹³¹ S. unter „Bedeutung einer Gesamtwirkung aufgrund des Schuldverhältnisses“ auf S. 269.

maßgeblich nach dem eines führenden Rechts, ist es wie bereits dargelegt¹³² nicht zwingend, aber durchaus sinnvoll, das abhängige Recht mittels § 401 I BGB in der Hand des Gläubigers des führenden Rechts zu belassen.

Im Ergebnis ändert sich auch dann nichts, wenn man einseitige Gesamtwirkungen in einer Gesamtschuld für ausgeschlossen hält. In jedem Fall entspricht eine Sicherungsgesamtschuld funktional der Personalsicherheit einer selbstschuldnerischen Bürgschaft. Dabei verzichtet der Bürge auf die Einrede der Vorausklage, sodass der Gläubiger ihn wahlweise zum Hauptschuldner in Anspruch nehmen darf.¹³³ Ebenso beliebig ist der Zugriff auf einen Gesamtschuldner. In beiden Fällen macht der beliebige Zugriff auf einen weiteren Schuldner es für den Gläubiger wahrscheinlicher, die Leistung zu erhalten. Bei Sicherungsgesamtschulden gibt es genau wie bei der Bürgschaft einen (besicherten Haupt-)Schuldner, der die Leistung im Innenverhältnis zu dem sicherungsgebenden Schuldner allein erbringen soll.¹³⁴ Die Bürgschaft ist in § 401 I BGB ausdrücklich als ein Nebenrecht genannt, sodass für eine sichernde Gesamtschuldforderung nichts anderes gelten kann.¹³⁵

(2) *Gesamtschulden ohne besonderen Sicherungszweck*

Für den Befund, dass lediglich eine Gesamtschuldforderung mit Sicherungszweck ein Nebenrecht ist, spricht eine Anmerkung von Kübels, des Redaktors der Vorlage für den Entwurf des Schuldrechts:¹³⁶ Um gesamtschuldnerische Verpflichtungen voneinander abhängig zu machen, müsse ein besonderer Grund hinzutreten, zum Beispiel, dass die eine Verpflichtung im Verhältnis zu der anderen eine akzessorische Natur habe oder dass jene Abhängigkeit durch besondere Vertragsbestimmung stipuliert sei. Von Kübel bezog sich dabei zwar auf eine Abhängigkeit der Verpflichtungen im Hinblick auf ihre Gültigkeit. Allerdings könnte man seine Ausführungen durchaus auf eine Abhängigkeit im Hinblick auf einen Gläubigerwechsel übertragen.

Andererseits bemerkt von Kübel, der Zweck einer Gesamtschuld bestehe in der Privilegierung des Gläubigers: Der Gläubiger habe (aufgrund der Mehrheit von Schuldern) den Vorteil größerer Sicherheit und könne außerdem sein Recht leichter verfolgen.¹³⁷ Dieser Effekt einer Gesamtschuld ist unbestreitbar. Er gilt für jede

¹³² Vgl. oben unter „Mitlaufge- und Trennungsverbot – Argumente für ein Schnittmen- genprinzip“ auf S. 74.

¹³³ S. nur S. *Madaus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 765 Rn. 374.

¹³⁴ Das entspricht zumindest dem Regelfall. Vgl. S. *Madaus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.10.2018), § 774 Rn. 38, 86.

¹³⁵ So hat insbesondere der Bundesgerichtshof zu Recht argumentiert. S. Fn. 66 in diesem Kap.

¹³⁶ W. *Schubert*, BGB-Vorentwürfe und Begründungen, Schuldverhältnisse AT (1882), S. 69.

¹³⁷ Aufgriffen von der Zweiten Kommission in Protokolle BGB, Bd. 1 (1897), S. 438: Der Zweck der Gesamtschuld sei darauf gerichtet, dem Gläubiger eine größere Sicherheit gegenüber dem Unvermögen eines einzelnen Schuldners zu gewähren.

Gesamtschuld. Daraüber besteht heute Einigkeit.¹³⁸ Ein besonders vereinbarter Sicherungszweck der Gesamtschuld spielt insofern keine Rolle; unabhängig davon fungiert die Privilegierung durch beliebigen Schuldnerzugriff als eine Schuldssicherung. Folglich ist *jede* Gesamtschuldforderung im Verhältnis zu der anderen ein Sicherungsrecht.

Entsprechend äußerte sich Madaus¹³⁹ in Bezug auf den Schuldbeitritt (der ebenfalls eine Gesamtschuld begründet): Zwar unterscheide das Schrifttum verbreitet zwischen einem Sicherungs- und Übernahmeschuldbeitritt. Allerdings führe jeder Schuldbeitritt zur Mithaftung des Beitretenen gegenüber dem Gläubiger auf das Leistungsinteresse aus der Hauptforderung. Daher erfülle jeder Schuldbeitritt eine Sicherungsfunktion. Ein Übernahmeschuldbeitritt unterscheide sich allein im Innenverhältnis von Beitretenen und Hauptschuldner vom Sicherungsschuldbeitritt – und das nicht einmal in jedem Fall.¹⁴⁰

Diese Erkenntnis gilt freilich nicht nur für den Schuldbeitritt, sondern für jede Art der Gesamtschuld. Wenn die herrschende Ansicht annimmt, nur sicherungshalber bestehende Gesamtschuldforderungen unterfielen § 401 I BGB, überträgt sie in systemwidriger Weise Wertungen aus dem Innenverhältnis der Schuldner auf deren Außenverhältnis zum Gläubiger. Richtigerweise ist für die Bestimmung eines Nebenrechts allein die Außenperspektive des Gläubigers relevant. Schließlich zielt § 401 I BGB in erster Linie auf den Schutz des erwerbenden *Gläubigers* ab: Mittels dieser Norm soll er alle Rechte erhalten, die dem bisherigen Gläubiger zu Gebote standen, um die geschuldete Leistung zu erhalten. Das interne Verhältnis der Schuldner ist in diesem Kontext unerheblich.¹⁴¹ Andernfalls müsste man auch eine Bürgschaft aus dem Anwendungsbereich von § 401 I BGB herausnehmen, wenn der Bürge intern gegenüber dem Hauptschuldner nicht regressberechtigt ist¹⁴². Das wäre weder mit dem Wortlaut noch dem Zweck von § 401 I BGB vereinbar und wird daher zu Recht wohl von niemandem vertreten.

¹³⁸ Statt aller *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 421 Rn. 2; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 421 Rn. 2; *H. Rüfmann*, in: jurisPK-BGB (2017), § 421 Rn. 2. Oft wird von einer Privilegierungsfunktion der Gesamtschuld gesprochen.

¹³⁹ *S. Madaus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 765 Rn. 419.

¹⁴⁰ Beim Übernahmebeitritt soll i. d. R. der Beitretenen die Last der Gläubigerbefriedigung endgültig tragen, während die Verteilung beim Sicherungsbeitritt genau umgekehrt ist. Allerdings kann es Ausnahmen geben. So kann es einen Sicherungsschuldbeitritt geben, bei dem sich die Parteien im Innenverhältnis auf eine Lastentragung durch den Beitretenen einigen, etwa bei einem Schuldbeitritt als Geschenk unter nahen Angehörigen.

¹⁴¹ Vgl. *D. Medicus*, JuS 1971, S. 497 (498) zum Thema Akzessorietät: Das Übergewicht des „führenden“ Rechts hänge nicht mit der Lastenverteilung im Innenverhältnis zusammen.

¹⁴² So liegt es etwa, wenn der Bürge die Bürgschaft mit dem Willen übernimmt, eine eventuelle Inanspruchnahme aus dem eigenen Vermögen zu tragen und auf einen Regress beim Hauptschuldner zu verzichten. Das betrifft sowohl einen Regress aufgrund des Innenverhältnisses (insb. Aufwendungsersatz) als auch einen solchen im Wege des *cessio legis* des § 774 I BGB. S. nur *S. Madaus*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.10.2018), § 774 Rn. 45 f.

Erkennt man, dass Gesamtschulden den Gläubiger stets absichern, verlangt § 401 I BGB auch einen Neugläubiger entsprechend zu privilegieren. Um alle Rechte zu erwerben, die der Zedent zur Verfügung hatte, um die geschuldete Leistung zu erlangen, muss der Zessionar sämtliche Gesamtschuldforderungen erhalten, gleichviel ob es sich um eine rechtsgeschäftliche Sicherungsgesamtschuld handelt oder nicht. In diesem Sinne ist § 401 BGB ein Ausdruck des sukzessionsrechtlichen Identitätsgrundsatzes: Der neue Gläubiger soll in dieselbe Rechtsstellung einrücken, die der alte Gläubiger innehatte, inklusive der rechtlichen Vorteile. Man könnte einwenden, das sukzessionsrechtliche Identitätsprinzip gelte nur für die zedierte Forderung, erlaube aber keinen Rückschluss auf das Schicksal einer weiteren, gesamtschuldnerisch verbundenen Forderung. Damit verstünde man das Identitätsprinzip indes zu eng. Es besagt weitergehend, dass die vollständige Rechtsstellung des Zedenten auf den Zessionar übergeht, also unter Einschluss von Rechten, welche die Hauptforderung verstärken.¹⁴³ Das entspricht dem Sukzessionsverständnis des Gesetzgebers.¹⁴⁴

Nichts anderes ergibt sich, wenn man mit der hier vertretenen Position davon ausgeht, dass bei einer Sicherungsgesamtschuld regelmäßig besondere einseitige Gesamtwirkungen verabredet werden, während bei einer normalen Gesamtschuld wechselseitige Gesamtwirkungen der Regelfall sind. § 401 I BGB erstreckt die Zessionswirkung auf zusätzliche Rechte, wenn sie dazu dienen, dem Gläubiger die geschuldete Leistung zu verschaffen, und sie durch eine *gesetzliche Bestimmung* zu diesem gemeinsamen Zweck verbunden sind. Ob jene Verbindung wie bei der Bürgschaft, dem Pfandrecht oder der Hypothek als strenge, einseitige Abhängigkeit konzipiert ist oder wie bei der Gesamtschuld in der Form von Gesamtwirkungen als lockere, gegenseitige Abhängigkeit ausgestaltet ist, stellt einen formalen Unterschied in der rechtstechnischen Ausgestaltung von Abhängigkeit dar, auf den es nicht ankommen kann.¹⁴⁵ In beiden Fällen ist das mit der zedierten Forderung verbundene Recht gegen einen Dritten kraft Gesetzes auf die Befriedigung *desselben Leistungsinteresses* gerichtet.¹⁴⁶ Hat das Gesetz Rechte dergestalt zu einem gemeinsamen Zweck verbunden, ist es nur konsequent, ein gesetzliches Mitlaufgebot für jene Rechte anzunehmen. Das gilt besonders für die Perspektive des Zessionars, dessen Schutz § 401 BGB maßgeblich bezieht. Sind Rechte auf die Befriedigung des

¹⁴³ Dazu *J. Lieder*, *Sukzession* (2015), S. 599 f.; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 401 Rn. 3.

¹⁴⁴ S. Fn. 125 in diesem Kap.

¹⁴⁵ Treffend *B. Rimmelspacher*, *WuB* I F 1 c. 1.00 (2000), S. 533 (534). Ähnlich *S. Madaus*, *Schuldbetritt* (2001), S. 31 ff. A.A. bezogen auf den sichernden Schuldbeitritt *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 1. 9. 2018), § 401 Rn. 35 f.

¹⁴⁶ Vgl. *D. Medicus*, *JuS* 1971, S. 497 (498), der im Kern sagt, sowohl akzessorisch als auch gesamtschuldnerisch verbundene Rechte dienten demselben Zweck, nämlich dem Gläubiger insgesamt einmal Befriedigung zu verschaffen. Die Besonderheit der Akzessorietät liege in einer rechtstechnischen Vereinfachung: Das Gesetz regle die Anspruchsvoraussetzungen lediglich für das führende Recht und erstrecke diese Regelung dann über den Kunstgriff der Akzessorietät auf das geführte Recht.

selben Leistungsinteresses gerichtet, haben sie eine Sicherungsfunktion, von welcher der Zessionar profitiert, gleichgültig wie die Rechte technisch verknüpft sind.

§ 401 I BGB ist erst dann nicht mehr analog anwendbar, wenn nicht das Gesetz, sondern eine Parteivereinbarung verschiedene Rechte zugunsten des Gläubigers miteinander verknüpft.¹⁴⁷ So liegt es bei der Sicherungsgrundschuld oder der Sicherungsübertragung von Rechten. Dem Interesse der Zessionsparteien an einer Mitübertragung solcher Rechte kann man in diesen Fällen allein durch einen schuldrechtlichen Übertragungsanspruch Rechnung tragen.¹⁴⁸ Insbesondere ist es daher nicht widersprüchlich, eine sichernde Gesamtschuldforderung unter § 401 I BGB zu fassen, eine Sicherungsgrundschuld hingegen nicht.¹⁴⁹ Zumindest bei Sicherungsgrundschuld und -übereignung würde ein automatischer Mitlauf analog § 401 I BGB überdies besondere sachenrechtliche Publizitätserfordernisse unterlaufen.¹⁵⁰ Solche existieren bei Gesamtschulden nicht.

dd) Interessenausgleich mittels § 401 I BGB

§ 401 I BGB ordnet eine Forderungsübertragung im gesetzlich typisierten Interesse der beteiligten Parteien an.¹⁵¹ Jede Gesamtschuldforderung als ein Nebenrecht einzuordnen, bringt die Interessen von Zessionar, Zedent und der Gesamtschuldner zu einem angemessenen Ausgleich, wie im Folgenden dargelegt wird.

(1) Interesse des Zessionars

Der vorherige Vergleich zwischen Bürgschaft und Gesamtschuld hat gezeigt, dass es dem von § 401 BGB bezeichneten Erwerberschutz im Hinblick auf das Sicherungsinteresse des Zessionars dient, wenn jede gesamtschuldnerische Forderung als ein Nebenrecht der anderen mitübergeht. Ein Mittübergang erhöht die Realisierungschancen des Zessionars aber noch in einer weiteren Hinsicht: Verbliebe eine Forderung bei dem Zedenten, stünde sie gleichwohl noch in gesamtschuldnerischer Verbindung zu der Forderung des Zessionars. Folglich verlöre der Zessionar bei einer Leistung an den Zedenten analog § 422 I BGB seine erworbene Forderung. Das gilt unabhängig davon, ob die Gesamtschuld zu Sicherungszwecken besteht. In beiden

¹⁴⁷ Dies lässt sich insb. damit begründen, dass § 401 BGB eben nur typischerweise zweckverbundene Rechte zusammenhalten soll. Beruht die Zweckverbindung auf einer rechtsgeschäftlichen Abrede, besteht sie nur in diesem Einzelfall, nicht hingegen typischerweise oder gar per se.

¹⁴⁸ B. Rimmelspacher, *WuB* I F 1 c. 1.00 (2000), S. 533 (534).

¹⁴⁹ A. A. K. Bartels, *JZ* 2000, S. 608 (611).

¹⁵⁰ Vgl. Fn. 120 in diesem Kap.

¹⁵¹ Nach verbreiteter Ansicht ist § 401 I BGB eine Regelung des gesetzlich vertypeten Parteiwillens. S. nur J. Lieder, *Sukzession* (2015), S. 600. Zur Begründung C. v. Rintelen, *Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten* (1996), S. 147 ff.

Fällen ist die Realisierbarkeit der erworbenen Forderung – sinnbildlich¹⁵² – auflösend bedingt durch die Leistung des nicht zedierten Schuldners an den Zedenten.¹⁵³ Das entspricht regelmäßig nicht dem Interesse des Zessionars.¹⁵⁴ Kennt der Zessionar die Gefahr eines Forderungsverlusts, wird er sich höchstens dann darauf einlassen, wenn der beim Zedenten verbliebene Schuldner nicht zahlungsfähig ist oder wenn der Zedent versprochen hat, die Forderung gegen diesen nicht einzuziehen¹⁵⁵ oder zu erlassen.¹⁵⁶ Dann ist es weniger wahrscheinlich, dass sich das Risiko einer Leistung an den Zedenten durch den bei ihm verbliebenen Schuldner realisiert.¹⁵⁷ Einen sicheren Schutz vor einer Leistung an den Zedenten bietet das dem Zessionar aber nicht. So kann der Schuldner von sich aus an den Zedenten leisten, auch wenn dieser die Forderung nicht einziehen darf.¹⁵⁸ Alternativ kann der bei dem Zedenten verbliebene Schuldner diesem gegenüber aufrechnen, ohne dass der Zedent ihn daran hindern könnte.¹⁵⁹ Ferner können Gläubiger des Zedenten die Forderung gegen seinen Gesamtschuldner pfänden.¹⁶⁰ All das kann auch geschehen, bevor ein etwaiger Erlassvertrag geschlossen wurde. Wird die weitere Gesamtschuldforderung von vorneherein mit abgetreten, sichert das den Zessionar besser vor dem leistungsbedingten Verlust seiner Forderung ab.

Kreße wendet ein, der Schutz des Zessionars durch die Annahme einer Gesamtabtretung sei unvollkommen. Denn die weiteren Gesamtschuldner könnten gleichwohl nach § 407 I BGB befreiend an den Zedenten leisten. Kenntnis von der Abtretung würden sie nicht haben, wenn sie wegen fehlender Kenntnis der Parteien des Abtretungsvertrags von der Gesamtschuld keine Benachrichtigung über die Abtretung erhalten würden. Somit könne man kein Interesse des Zessionars ableiten, die Zession auf weitere gesamtschuldnerische Forderungen zu erstrecken.¹⁶¹

¹⁵² Eine echte Bedingung i. S. v. § 158 II BGB liegt nicht vor. Selbst eine analoge Anwendung der §§ 158 ff. BGB erscheint unpassend.

¹⁵³ *H. Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), S. 461.

¹⁵⁴ *S. D. Reinicke*, NJW 1966, S. 2141 (2143); *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 421 Rn. 66. Vgl. außerdem *P. Bydlinski*, in: MiKo-BGB (2016), § 421 Rn. 78; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 98; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 37.

¹⁵⁵ Dazu schon unter „Einziehungsverbot zulasten des Zedenten“ ab S. 113.

¹⁵⁶ *D. Reinicke/K. Tiedtke*, Kreditsicherung (2006), S. 19.

¹⁵⁷ War dem Zessionar aber gar nicht bewusst, dass eine Gesamtschuld besteht, kann er sich nicht durch derartige Kautelen absichern.

¹⁵⁸ Besteht ein Einziehungsverbot ohne ausdrückliche Vereinbarung, kommt außerdem in Betracht, dass sich der Zedent darüber nicht im Klaren ist und deshalb entgegen dem schuldrechtlichen Verbot die Forderung gegen seinen Schuldner einzieht.

¹⁵⁹ Das gilt entsprechend für andere Erfüllungssurrogate i. S. v. § 422 I 2 BGB.

¹⁶⁰ Das entgegnet zu Recht auch *H. Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), S. 462.

¹⁶¹ *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 421 Rn. 66, der dabei von dem hypothetischen Parteiwillen des Zessionars im Rahmen einer ergänzenden Auslegung des Abtretungsvertrags spricht. Dieser hypothetische Wille richtet sich freilich regelmäßig nach dem typischen Parteiinteresse, das hier in Rede steht.

Zustimmung verdient die Analyse, dass ein unbekannter Gesamtschuldner, dessen Forderung ebenfalls den Gläubiger wechselt, typischerweise nicht über die Abtretung informiert ist und daher seine Leistung an den Zedenten gemäß §§ 407 I, 422 I BGB befreiend für alle Gesamtschuldner wirkt. Aus diesem Risiko kann man aber nicht folgern, dass es dem Interesse des Zessionars widerstrebt, auch die Forderung gegen den unbekannten Gesamtschuldner zu erwerben. Verbliebe diese Forderung nämlich bei dem Zedenten, könnte der betreffende Schuldner ebenso an den Zedenten leisten und dadurch alle Gesamtschuldner von ihrer Leistungspflicht befreien. Auf § 407 I BGB käme es dabei nicht an. Das gereicht dem Zessionar zum Nachteil, wenn der anfänglich unbekannte Gesamtschuldner später bekannt wird. Dann hätte man diesen über die Abtretung informieren und damit verhindern können, dass § 407 I BGB zum Schutz des Schuldnervertrauens den bisherigen Gläubiger als Forderungsberechtigten behandelt¹⁶². Eine Leistung an den Zedenten würde dann nicht mehr die Wirkung des § 422 I BGB auslösen. Allein um diese Möglichkeit aufrecht zu erhalten, ist der Zessionar durchaus an einer Übertragung der zusätzlichen Gesamtschuldforderung interessiert. Zwar kann der unbekannte Gesamtschuldner schon an den Zedenten geleistet haben, bevor er in Erscheinung getreten ist. Das ist allerdings unwahrscheinlich. Wenn nämlich die Parteien des Zessionsvertrags schon nicht von der Existenz eines weiteren Gesamtschuldners wissen, wird dieser seine Schuldnerstellung in aller Regel auch nicht kennen und darum auch nicht von sich aus leisten. Das ist anders, wenn die Beteiligten zwar wissen, dass es einen weiteren Schuldner gibt, nicht aber, dass dieser als Gesamtschuldner haftet. Dann ist es wahrscheinlich, dass der Zedent die ihm verbliebene, vermeintlich unverbundene Forderung einzieht oder der Schuldner von sich aus leistet. In der Folge tritt die Wirkung des § 422 I BGB unabhängig davon ein, dass die Beteiligten sich der Gesamtschuld gar nicht bewusst waren. Dennoch ist der Zessionar auch in diesem Fall daran interessiert, die zusätzliche Gesamtschuldforderung zu erwerben. Denn die Beteiligten können auch das Vorliegen einer Gesamtschuld noch vor einer Leistung des bei der Abtretung nicht ausdrücklich genannten Schuldners erkennen und diesen sodann rechtzeitig i. S. d. § 407 I BGB von der Abtretung in Kenntnis setzen. Nur weil die Wahrscheinlichkeit geringer ist, dass der Schuldner rechtzeitig informiert wird, möchte der Zessionar diese Möglichkeit gleichwohl nicht missen.

Der Erwerb dieser Forderung ist für den Zessionar außerdem interessant, weil er damit einen zusätzlichen Schuldner erhält. Sollte einer der Schuldner nicht bereit oder fähig sein, zu leisten, kann der Zessionar sich dann einfach an einen anderen Schuldner wenden. Das setzt zwar ebenso voraus, dass der Zessionar nachträglich der Existenz des weiteren Schuldners gewahr wird. Auf diese Chance wird er aber nicht verzichten wollen.

¹⁶² § 407 I BGB bewirkt nach heute allgemeiner Ansicht keine Fiktion. S. nur *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 407 Rn. 5: Im Fall des § 407 I BGB werde die fehlende Rechtszuständigkeit des Zedenten durch Vertrauensschutzerwägungen überspielt.

Ferner ist der Zessionar daran interessiert, dass die Abtretung überhaupt wirksam ist. Kommt es zu einer Spaltung gesamtschuldnerischer Forderungen, ist das aber nur gegeben, wenn die Gesamtschuldner dem Rechtsgeschäft zustimmen. Andernfalls ist die Abtretung nach § 399 Var. 1 BGB (schwebend) unwirksam.¹⁶³ Dann kann der Zessionar gar keine Gesamtschuldforderung erwerben. Selbst wenn der Zessionar dann von dem Zedenten Schadensersatz wegen Unmöglichkeit der Abtretung verlangen kann¹⁶⁴, erhält er damit nur einen Ausgleich für die eigentlich gewünschte Leistung. Der Zessionar möchte verhindern, allenfalls einen solchen „Trostpreis“ zu erhalten. Eine Möglichkeit dazu wäre die Zustimmung der Gesamtschuldner zu der isolierten Zession. Diese liegt allerdings im Belieben der Schuldner und ist für den Zessionar darum ein wenig attraktiver Lösungsweg. Sicher ist die Wirksamkeit der Abtretung nur, wenn von vorneherein alle Gesamtschuldforderungen übergehen, sodass es auf eine Zustimmung der Gesamtschuldner gar nicht erst ankommt. Das Interesse des Zessionars geht deshalb dahin, dass die Abtretung im Allgemeinen sämtliche Forderungen aus einer Gesamtschuld umfassen soll.

(2) Interesse des Zedenten

Die Interessen des Zedenten sind zwiespältig.¹⁶⁵ Einerseits möchte der Zedent genau wie der Zessionar, dass die Abtretung zumindest in Bezug auf die bezeichnete Gesamtschuldforderung wirksam ist. Er wollte diese nun einmal auf den Zessionar übertragen. Dazu ist er aus einem Kausalgeschäft auch verpflichtet. Scheitert die isolierte Abtretung mangels Zustimmung der Gesamtschuldner an § 399 Var. 1 BGB, ist der Zedent in aller Regel Sekundärrechten des Zessionars wegen Nichtleistung ausgesetzt.¹⁶⁶ Besonders wenn Folgeschäden zu ersetzen sind, kann dies dem Zedenten empfindliche Einbußen abverlangen. Das möchte der Zedent typischerweise vermeiden. Ein Mittel dafür wäre die Zustimmung der Gesamtschuldner. Zumindest aber wenn Zedent und Zessionar die Gesamtschuld nicht kennen, werden sie die Schuldner nicht um Zustimmung bitten können.¹⁶⁷ Selbst wenn die Schuldner um Zustimmung gebeten werden, können sie ohne Weiteres ablehnen. Somit wird eine Zustimmung in vielen Fällen ausbleiben, sodass die isolierte Zession unwirksam ist.

¹⁶³ Dazu unter „Zustimmung als Wirksamkeitserfordernis einer isolierten Zession“, S. 160.

¹⁶⁴ Dazu unter „Erwerbsinteresse des Zessionars und dessen Schutz durch Sekundärrechte“ ab S. 177.

¹⁶⁵ Welche Interessen der Zedent hat, vernachlässigen Gerichte und Autoren aus der gegenwärtigen Kommentarliteratur in aller Regel. Man nimmt – wenn überhaupt, und auch nur im Rahmen der (ergänzenden) Auslegung des Abtretungsvertrags – allein das Interesse des Zessionars in den Blick: s. insb. *M. Gebauer*, in: Soergel (2010), § 421 Rn. 50; *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 421 Rn. 78; *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 421 Rn. 28; *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 421 Rn. 65 f.

¹⁶⁶ Dazu schon unter „Erwerbsinteresse des Zessionars und dessen Schutz durch Sekundärrechte“ ab S. 177.

¹⁶⁷ Anders ist das freilich bei einseitiger Kenntnis der Gesamtschuld: Wenn nur der Zedent von der Gesamtschuld weiß, kann zumindest er sich um eine Zustimmung der Schuldner bemühen. Ob er dabei Erfolg hat, steht auf einem anderen Blatt.

Die Folgen einer Aufspaltung gesamtschuldnerischer Forderungen entsprechen daher regelmäßig nicht dem Interesse des Zedenten.¹⁶⁸ Deshalb ist er daran interessiert, dass sich die Abtretung auf sämtliche Gesamtschuldforderungen erstreckt.

Andererseits gerät der Mitlauf einer gesamtschuldnerischen Forderung analog § 401 I BGB zumindest dann in Konflikt mit Interessen des Zedenten, wenn er von der zusätzlichen Gesamtschuldforderung nichts weiß.¹⁶⁹ Das mag in Sonderfällen wie dem in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm anders sein.¹⁷⁰ Im Zweifel möchte der Zedent aber bewusst darüber entscheiden, ob er einen Vermögensgegenstand aus der Hand gibt. Warum das besonders für den Fall einer unerkannten Gesamtschuld gilt, zeigt folgendes Beispiel¹⁷¹: A hat gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung und tritt diesen, da B zahlungsschwach ist, für ein geringes Entgelt an C ab. Daraufhin stellt sich heraus, dass der vermögende D den B angestiftet hat. B und D haften daher nach §§ 823 ff., 830 I 1, II Var. 1, 840 I BGB als Gesamtschuldner. Da A bei dem Verkauf der nicht voll einbringlichen Forderung gegen B nicht den Nominalwert seines Gläubigerrechts realisieren konnte, hat er ein Interesse daran, dass ihm die werthaltige Forderung gegen D verbleibt und er sich daraus befriedigen kann. Doch nicht nur, wenn der anfangs allein bekannte Gesamtschuldner nicht voll zahlungsfähig (oder -willig) ist, verleiht ein später in Erscheinung tretender Zusatzschuldner mit größerer Bonität dem Gläubigerrecht einen höheren Wert.¹⁷² Allein weil das Leistungsinteresse im Fall der Gesamtschuld durch mehrere Schuldner abgesichert ist, hat die Gläubigererstellung wirtschaftlich einen höheren Wert.¹⁷³ So kann der Gläubiger frei wählen,

¹⁶⁸ Hingegen ist es unbedeutlich, dass der Zedent die ihm verbliebene Gesamtschuldforderung verlieren kann, indem ein Gesamtschuldner an den Zessionar leistet. Denn damit stünde er nicht schlechter, als hätte er sämtliche Forderungen zedierte. Probleme können sich für den Zedenten aber daraus ergeben, dass der Zessionar seine Forderung verliert, wenn ein Gesamtschuldner an den Zedenten leistet. Infolgedessen kann der Zedent dem Zessionar ersetztfligig werden. Dazu unter „Regress zwischen Zedent und Zessionar“ ab S. 122.

¹⁶⁹ In der älteren Lit. taucht dieser Gedanke noch (kurz) auf. S. G. Treuner, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 49; H. Reichel, Schuldmitübernahme (1909), S. 461. Ein Konflikt mit dem Interesse des Zedenten stellt sich weniger scharf, wenn er die analog § 401 I BGB übergehende Forderung kennt. Denn dann hat er die Möglichkeit, § 401 I BGB durch Vertrag mit dem Zessionar abzubedingen oder insgesamt von der Abtretung abzusehen.

¹⁷⁰ Vgl. Fn. 21 und die diesbezüglichen Ausführungen im Haupttext in diesem Kap.: Das OLG Hamm erblickte einen Parteienwillen dahingehend, dass der Zessionarin das ihrer Schwesternfirma (der Zedentin) zustehende Geld zufließen sollte, gleichviel ob die Forderung gegen den ausdrücklich zedierte Schuldner doch noch zu realisieren wäre oder ob nur der unbenannte Schuldner in Anspruch genommen werden könnte. Solche Fälle, in denen der Zedent ohne Vorbehalte allein an der Vermögensmehrung des Zessionars interessiert ist, dürften selten sein.

¹⁷¹ Vgl. G. Treuner, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 127.

¹⁷² A. A. wohl P. Derleder, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (169), nach dem sich der wirtschaftliche Gesamtwert einer vermeintlich als unverbunden veräußerten Forderung, für deren Bestands- und Beitreibungsrisiko es keinen Abschlag im Entgelt gab, nicht durch einen weiteren Gesamtschuldner erhöht.

¹⁷³ Vgl. für akzessorische dingliche Sicherheiten auch etwa § 216 I BGB.

welchen Schuldner er in welcher Höhe in Anspruch nimmt (§ 421 S. 1 BGB). Er kann sein Leistungsinteresse ungeschmälert durchsetzen, solange nur einer der Gesamtschuldner liquide ist (§ 421 S. 2 BGB), das Insolvenzrisiko verlagert sich auf den leistenden Gesamtschuldner.¹⁷⁴

Somit gibt es durchaus Interessen des Zedenten, die gegen einen Mittübergang nicht willentlich übertragener Gesamtschuldforderungen sprechen. Einer Analogie zu § 401 I BGB für Gesamtschulden steht das indes nicht entgegen.¹⁷⁵ Die gegenläufigen Interessen des Zedenten stuft § 401 I BGB als nachrangig ein. Das ergibt sich aus der Wertung, die § 401 I BGB im Hinblick auf die involvierten Interessen trifft. Primär ging es dem Gesetzgeber wie dargelegt¹⁷⁶ um Erwerberschutz. Dem-

¹⁷⁴ Vgl. zu der starken Rechtsposition des Gläubiger im Fall einer Gesamtschuld nur L. Böttcher, in: Erman (2017), § 421 Rn. 2; D. Looschelders, in: Staudinger (2017), § 421 Rn. 2; M. Gehrlein, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 421 Rn. 1.

¹⁷⁵ Anders kann das Urteil ausfallen, wenn es um den Mittübergang einer gesamtschuldnerischen Forderung in *ergänzender Auslegung* des Abtretungsvertrags geht. Die ergänzende Vertragsauslegung darf nicht zu einer wesentlichen Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen. Denn sie soll lediglich den Vertragsinhalt, nicht hingegen den Vertragswillen ergänzen. Die Privatautonomie verlangt, dass ein Rechtsanwender den Parteien keine ungewollte Regelung aufdrängt. St. Rspr., s. nur BGH, Urteil v. 10.02.2009, NJW 2009, S. 1482 (1484); BGH, Urteil v. 26.06.2014, NJW-RR 2015, S. 183 (185). Für die übereinstimmende h. L. s. etwa J. Cziupka, JuS 2009, S. 103 (105); D. Leenen, BGB AT (2015), S. 153; H. Roth, in: Staudinger (2015), § 157 Rn. 39 f.; M. Wolf/J. Neuner, AT Bürgerlichen Rechts (2016), S. 420; C. Armbrüster, in: Erman (2017), § 157 Rn. 23; J. Busche, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 56; H.-P. Mansel, in: Jauernig (2018), § 157 Rn. 4. Nimmt man dem Zedenten eine Gesamtschuldforderung im Wege ergänzender Vertragsauslegung weg, ist fraglich, ob das zulässige Maß einer Vertragserweiterung überschritten wird. Insofern bietet sich der Vergleich zu einem stillschweigenden Forderungsverlass an. Um den Erlass zu bejahen, bedarf es auf Seiten des Gläubigers eines rechtsgeschäftlichen Aufgabewillens. Da ein Verzicht auf Rechte im Allgemeinen nicht zu vermuten ist, muss ein unmissverständliches Verhalten festgestellt werden, das vom Erklärungsgegner als Aufgabe des Rechts verstanden werden kann; s. nur BGH, Urteil v. 16.11.1993, NJW 1994, S. 379 (380); BGH, Urteil v. 10.05.2001, NJW 2001, S. 2325 (2326); BGH, Urteil v. 04.12.2015, NZM 2016, S. 582 (584). Insbesondere wenn es sich um Rechte handelt, die dem Gläubiger unbekannt sind und mit deren Bestehen er nicht einmal rechnet, soll ein konkludenter Erlass regelmäßig ausgeschlossen sein. Auch wenn keine Genieistung angeboten wird, sei der Wille eines Forderungsverlasses in der Regel nicht nachvollziehbar. S. auch BGH, Urteil v. 15.01.2002, NJW 2002, S. 1044 (1046): „Selbst bei eindeutig erscheinender Erklärung des Gläubigers darf ein Verzicht deshalb nicht angenommen werden, ohne dass bei der Feststellung zum erklärten Vertragswillen sämtliche Begleitumstände berücksichtigt worden sind.“ Für die im Wesentlichen übereinstimmende h. L. s. nur M. Schlüter, in: MüKo-BGB (2016), § 397 Rn. 3. Diese Wertung ist auf die hier interessierende Konstellation übertragbar, weil sowohl ein Verzicht als auch eine Abtretung kraft Verfügung zum Verlust einer Forderung führen. Ob sich ein Unterschied ergibt, wenn der Gläubiger nicht eine unverbundene Einzelforderung, sondern eine gesamtschuldnerisch gebundene Forderung verlieren, deren Schwesteforderung er zedierte, wäre zu prüfen. Dabei könnte man evtl. auf die ratio legis der §§ 311c, 926 I 2 BGB zurückgreifen. All das kann hier dahinstehen, weil vertreten wird, dass nicht willentlich übertragene Gesamtschuldforderungen grds. analog § 401 I BGB mitübergehen, sodass es auf eine entsprechend ergänzende Auslegung des Abtretungsvertrags nicht ankommt.

¹⁷⁶ S. schon Fn. 124 f. sowie den dazu gehörigen Haupttext in diesem Kap.

gegenüber soll das Interesse des Zedenten, einen mit der zedierten Forderung verbundenen Rechtsvorteil zu behalten, nicht schutzwürdig sein. Die rechtspolitischen Gründe dafür passen im Prinzip auf jede Art der Gesamtschuld. Der Zedent ist typischerweise nicht daran interessiert, eine Gesamtschuldforderung im Rahmen einer Zession zurückzuhalten. Diese Forderung unterliegt Gesamtwirkungen, die an rechtliche Ereignisse zwischen dem Zessionar und dessen Gesamtschuldner anknüpfen. Einen dergestaltigen Einfluss auf eine zurückbehaltene Gesamtschuldforderung kann der Zedent nicht verhindern und nicht einmal ohne Weiteres erkennen. Das entwertet seine zurückbehaltene Forderung.¹⁷⁷ Geht die Forderung stattdessen analog § 401 I BGB mit auf den Zessionar über, wird jener tendenziell bereit sein, ein höheres Entgelt für den Erwerb der Forderung zu entrichten, weil sich seine Realisierungschancen verbessern. An einem höheren Entgelt ist der Zedent regelmäßig interessiert.¹⁷⁸

(3) Interessen der Gesamtschuldner

Schließlich wahrt ein Mitübergang gesamtschuldnerischer Forderungen analog § 401 I BGB die Interessen der Gesamtschuldner. Wird die Gesamtschuld nicht gespalten, kommt es nicht zu den Belastungen der Schuldner, welche eine isolierte Zession zustimmungsbedürftig machen.¹⁷⁹ Daran zeigt sich der *Sukzessionsschutz*, welchen das Mitlaufgebot neben dem primär bezeichneten Erwerberschutz¹⁸⁰ vermittelt.¹⁸¹ Bei Rechten mit Sicherungscharakter verringert es die Gefahr des Sicherungsgebers, sich zugleich (angemaßten) Ansprüchen des Zedenten als ursprünglichem Sicherungsnehmer als auch des Zessionars als neuem Forderungsinhaber ausgesetzt zu sehen.

d) Fazit

Gesamtschuldnerische Forderungen sind gesetzlich dazu verbunden, ein und dasselbe Leistungsinteresse zu befriedigen (vgl. § 421 S. 1 BGB). Es ist zweckmäßig, dass sie in der Hand desselben Gläubigers liegen.¹⁸² Das bringt die Interessen

¹⁷⁷ Vgl. *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 401 Rn. 2: „Die verselbstständigten Nebenrechte wären im Übrigen bei Verbleib in der Rechtszuständigkeit des Zedenten für diesen ohnehin ohne jeglichen Wert.“

¹⁷⁸ Vgl. *J. Lieder*, *Sukzession* (2015), S. 600.

¹⁷⁹ Dazu unter „Interesse der Gesamtschuldner an einem Zustimmungserfordernis“ ab S. 178.

¹⁸⁰ Dass der Gesetzgeber im Kontext des § 401 BGB nicht primär an Sukzessionsschutz gedacht hat, folgt ebenfalls aus den Gesetzgebungsmaterialien. Deutlich: Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 125. Zudem hat der Gesetzgeber wiederholt formuliert, ein Nebenrecht diene der Rechtsverstärkung (s. etwa Motive BGB, Bd. 2 (1888), S. 124). Das entspricht der Perspektive des Gläubigers, nicht des Schuldners.

¹⁸¹ *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 401 Rn. 5.

¹⁸² Zwingend ist dies aber nicht. Dazu schon unter „Implikation für Gesamtschuldforderungen: kein Erfordernis der Gläubigeridentität“, S. 79.

der Zessionsparteien sowie der Gesamtschuldner zu einem angemessenen Ausgleich. Gesamtschuldforderungen gehen daher auch ohne besonderen Sicherungszweck analog § 401 I BGB auf einen neuen Gläubiger über. Wollen Zedent und Zessionar trotz alledem im Einzelfall eine isolierte Zession, so können sie dies vereinbaren und § 401 I BGB abbedingen.¹⁸³

3. Eine Frage der Gesamt- und Einzelwirkung?

Nach einer Minderheitsansicht¹⁸⁴ ist die Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Zession eine Frage von Einzel- oder Gesamtwirkung in der Gesamtschuld. Mit dieser These hat man sich bislang kaum befasst. Im Folgenden soll sie kurz beleuchtet werden.

a) Bedeutung einer Gesamtwirkung aufgrund des Schuldverhältnisses

Nach allgemeiner Ansicht können sich zusätzlich zu den Gesamtwirkungen der §§ 422–424 BGB aus zwei Gründen weitere Gesamtwirkungen ergeben. Eine besondere Gesamtwirkung könne einerseits gemäß § 425 I BGB aus dem Schuldverhältnis folgen.¹⁸⁵ Andererseits könne sie aus einer gesonderten Vereinbarung über eine Gesamtwirkung zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner (oder mehreren) resultieren.¹⁸⁶ Man vermisst bei dieser Deutung eine Begründung und

¹⁸³ Dies schließt sich widerspruchsfrei an die Feststellung an, dass der Zedent an einer nicht vertraglich übertragenen Gesamtschuldforderung durchaus ein eigenes Interesse haben kann, sodass er insoweit allenfalls im Einzelfall einem Einziehungsverbot (mit Einforderungsverzicht) unterliegt. Vgl. unter „Einziehungsverbot zulasten des Zedenten“ ab S. 113. Die Frage nach einem Einziehungsverbot stellt sich nur, wenn gerade kein Gesamtübergang erfolgt, also wenn § 401 I BGB mit seiner typisierenden Interessenabwägung nicht eingreift – etwa weil die Norm auf Wunsch des Zedenten abbedungen wurde.

¹⁸⁴ S. Fn. 15 in diesem Kap.

¹⁸⁵ S. L. Böttcher, in: Erman (2017), § 425 Rn. 17; D. Looschelders, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 9; C. Grüneberg, in: Palandt (2018), § 425 Rn. 14; R. Stürner, in: Jauernig (2018), § 425 Rn. 8, die (über eine vereinbarte Gesamtwirkung hinaus) von einer Gesamtwirkung gemäß dem Inhalt oder Zweck des Schuldverhältnisses sprechen. S. außerdem H. Rüßmann, in: jurisPK-BGB (2017), § 425 Rn. 2, 6, demzufolge ein wichtiger Differenzierungsfaktor eine Gesamtwirkung aufgrund des Schuldverhältnisses die Unterscheidung von gleichgründigen und nicht gleichgründigen Gesamtschulden sein dürfte. Bei auf gemeinsamer Verabredung beruhenden, gleichgründigen Gesamtschulden sei eher von der Gesamtwirkung, bei nicht gleichgründigen Gesamtschulden sei eher von der Einzelwirkung auszugehen. Eine Sonderrolle sollen notwendige Gesamtwirkungen und ausdrücklich vereinbarte Gesamtwirkungen einnehmen. Ausführlich zur Gesamtwirkung aus der Natur des Schuldverhältnisses F. Hock, Wirkungen der Gesamtschuld (1914), S. 56 ff.

¹⁸⁶ Für die Möglichkeit, eine Gesamtwirkung zu vereinbaren, aus der Rspr. deutlich KG, Rechtsentscheid v. 25.10.1984, NJW-RR 1986, S. 173 (174). So wohl auch BGH, Urteil v. 28.04.2010, NJW 2010, S. 1965 (1966): „Allerdings endet die Unabhängigkeit der einzelnen Gesamtschuldverhältnisse dort, wo sich aus den getroffenen Abreden etwas anderes ergibt...“ S. auch BGH, Urteil v. 22.06.1989, BGHZ 108, S. 98 ff. Aus der Lit. für die grds. Möglichkeit

Präzisierung.¹⁸⁷ Nähtere Erkenntnisse birgt zunächst der Wortlaut von § 425 I BGB. Das Wort „Schuldverhältnis“ lässt erkennen, dass besondere Gesamtwirkungen aus einem obligatorischen Rechtsverhältnis entspringen.¹⁸⁸ Darüber hinaus sind die Gesetzmaterialien zu § 425 I BGB aufschlussreich:¹⁸⁹ Gemäß der Zweiten Kommission ist die Zweifelsregel einer Einzelwirkung, wie sie in § 425 I BGB festgeschrieben ist, dispositiv. Das solle der Zusatz „soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt“ verdeutlichen. Eine abweichende Beurteilung von Einzel- und Gesamtwirkung hänge nicht allein von dem Rechtsgeschäft ab, auf dem das Gesamtschuldverhältnis beruhe, sondern auch von späteren Inhaltsänderungen desselben.

Davon ausgehend ist § 425 I BGB so zu lesen, dass andere als die in den §§ 422–424 BGB bezeichneten Tatsachen nur gegenüber dem betroffenen Gesamtschuldner wirken, soweit dieser Schuldner mit dem Gläubiger nicht ausnahmsweise eine Gesamtwirkung vereinbart hat. Das „Schuldverhältnis“ im Sinne von § 425 I BGB bezieht sich also auf eine schuldrechtliche Vereinbarung, in der Gläubiger und Gesamtschuldner entgegen der Zweifelsregel des § 425 I BGB für eine bestimmte Rechtstatsache eine außerordentliche Gesamtwirkung verabreden.¹⁹⁰ Diese Abrede prägt – ähnliche wie die Vereinbarung eines Abtretungsverbots nach § 399 Var. 2 BGB¹⁹¹ – den Inhalt der betreffenden Forderung: Die Forderung erhält die Eigenschaft, in Bezug auf bestimmte Rechtstatsachen das Schicksal der übrigen Gesamtschuldforderungen zu teilen.¹⁹² Diese Abhängigkeit drückt sich rechtstechnisch

der Verabredung einer Gesamtwirkung insb. *R. Weber*, in: RGRK (1978), § 425 Rn. 27; *M. Gebauer*, in: Soergel (2010), § 425 Rn. 23; *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 425 Rn. 17; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 9; *H. Rüßmann*, in: jurisPK-BGB (2017), § 425 Rn. 6; *R. Stürner*, in: Jauernig (2018), § 425 Rn. 8; *R. Schulze*, in: HK-BGB (2019), § 425 Rn. 3. Ebenso wohl *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 425 Rn. 2: „Jede der gesamtschuldnerischen Verbindlichkeiten kann jedoch aus Vertrag oder Gesetz in Bestand, Umfang oder Modalität so an die andere oder an eine von mehreren anderen gebunden sein, dass sie sich inhaltlich ganz oder teilweise nach ihr richtet.“ Die Vereinbarung von Gesamtwirkung durch AGB ist insbesondere an § 307 BGB zu messen; s. dazu nur *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 110. In den Formulierungen vieler Beiträge wird zwischen einer Gesamtwirkung kraft Vereinbarung und aufgrund des Schuldverhältnisses i. S. v. § 425 I BGB unterschieden.

¹⁸⁷ Insbesondere wird in vielen Beiträgen das Verhältnis einer Gesamtwirkung aufgrund des Schuldverhältnisses einerseits und aufgrund einer Abrede andererseits nicht deutlich. Den meisten Formulierungen nach steht zu vermuten, dass es sich um voneinander unabhängige Varianten handeln soll.

¹⁸⁸ Vgl. nur *H. Sutschet*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 241 Rn. 3.

¹⁸⁹ S. Protokolle BGB, Bd. 1 (1897), S. 437 f.

¹⁹⁰ Somit verbirgt sich hinter einer Gesamtwirkung kraft des Kausalverhältnisses einerseits und kraft Vereinbarung andererseits keine Dichotomie. Vielmehr resultiert jede über die §§ 422–424 BGB hinausgehende Gesamtwirkung stets aus einer Vereinbarung. In dieselbe Richtung möglicherweise BGH, Urteil v. 28.04.2010, NJW 2010, S. 1965 Rn. 7.

¹⁹¹ Vgl. dazu nur *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 52 f.

¹⁹² Eine derartige Ausgestaltung des Forderungsinhalts kann bei vertraglichen Gesamtschulden bereits bei Entstehung der Forderung erfolgen. Die Vereinbarung einer besonderen

in der Gestalt einer Gesamtwirkung aus. Es handelt sich um eine einseitige Abhängigkeit¹⁹³ und somit um eine privatautonome Nachahmung von Akzessorietät in der Gesamtschuld.¹⁹⁴

b) Keine Gesamtwirkung der Abtretung kraft Abtretungsvertrags

Einige Stellungnahmen deuten an, dass sich eine Gesamtwirkung der Zession aus dem Abtretungsvertrag ergeben kann.¹⁹⁵ Insbesondere das Oberlandesgericht Hamm hat ausgeführt, die Abtretung einer Forderung gegen nur einen Gesamtschuldner wirke nach dem Wortlaut von § 425 I BGB im Zweifel nur für und gegen den Gesamtschuldner, dessen Verbindlichkeit Gegenstand der Forderungsübertragung ist. Regelmäßig entspreche eine Einzelabtretung aber nicht dem Parteiwillen, weil deren Rechtsfolgen zu komplex seien. Daher werde die Auslegungsregel des § 425 I BGB

Gesamtwirkung ist dann von vorneherein ein Element des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts. Es beschreibt die Eigenschaften (in dem Fall: die Abhängigkeit) der daraus entstehenden Forderung. Wie die Worte des Gesetzgebers nahelegen, sind gesetzlich entstandene Gesamtschulden hingegen im Ursprung stets mit den regulären Einzel- und Gesamtwirkungen der §§ 422–425 BGB versehen. A. A. etwa *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 425 Rn. 2; *B. Völzmann-Stickelbrock*, in: NK-BGB (2016), § 425 Rn. 3. Ähnlich wie hier hingegen *W. Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern (1984), S. 89. Sowohl bei gesetzlichen als auch bei vertraglichen Gesamtschulden kann der Forderungsinhalt nachträglich geändert werden, indem für die Forderung eine besondere Abhängigkeit in Form einer Gesamtwirkung vereinbart wird. Dabei handelt es sich nicht um eine inhaltsändernde Verfügung über das Forderungsrecht, sondern um einen schuldrechtlichen Vertrag im Sinne von § 311 I BGB. Dieser Vertrag verändert den Inhalt der Leistung, die nach dem Kausalverhältnis geschuldet ist. Er ist ein Schuldänderungsvertrag, der die Leistungspflicht in Bezug auf eine bestimmte Rechtstatsache von dem Schicksal einer gesamtschuldnerisch verbundenen Forderung abhängig macht. Dadurch verändert sich der Inhalt der betreffenden Forderung. Man kann dabei zwischen anfänglich und nachträglich verabredeter Gesamtwirkung differenzieren. Außerdem kann man die Abrede einer Gesamtwirkung danach unterscheiden, ob sie ausdrücklich oder konkludent getroffen wird. Nach allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts ist beides möglich. Ob der Parteiwillen auf besondere Gesamtwirkungen gerichtet ist, muss man im Wege der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB bestimmen. Vgl. *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 425 Rn. 2: „Die Auslegung des Schuldverhältnisses kann freilich auch Gesamtwirkung ergeben, im Zweifel liegt aber Einzelwirkung vor. Aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis folgt, dass die Beweislast für die Umstände, aus denen sich nach §§ 133, 157 BGB Gesamtwirkung ergeben soll, bei derjenigen Partei liegt, die sich auf Gesamtwirkung beruft. Gegenstand der Auslegung ist spezifisch dasjenige Schuldverhältnis, innerhalb dessen sich bezüglich eines der Gesamtschuldner die in Rede stehende Tatsache ergibt, und nicht das Gesamtschuldverhältnis“. Eine konkludente Vereinbarung von besonderen Gesamtwirkungen kann sich insbesondere aus dem Zweck oder sonstigen Wertungen des obligatorischen Schuldverhältnisses ergeben. Ähnlich *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 9.

¹⁹³ Abhängig ist nur die Forderung desjenigen Schuldners, der mit dem Gläubiger eine Gesamtwirkung vereinbart, und zwar in Bezug auf Rechtstatsachen, die auf eine andere Forderung aus der Gesamtschuld einwirken. Näher dazu sogleich unter „Gesamtwirkung der Abtretung kraft Vereinbarung“ ab S. 270.

¹⁹⁴ Vgl. unter „Akzessorietätsdogma“ ab S. 250.

¹⁹⁵ S. Fn. 15 in diesem Kap.

durch die tatsächliche Vermutung entkräftet, dass die Forderungen gegen alle Gesamtschuldner abgetreten werden sollen.¹⁹⁶ In Wahrheit ist der Abtretungsvertrag aber kein „Schuldverhältnis“ im Sinne von § 425 I BGB, aus dem sich eine Gesamtwirkung ergeben könnte. Wie zuvor herausgearbeitet wurde, rekurriert das „Schuldverhältnis“ auf das schuldrechtliche Grundverhältnis zwischen dem Gläubiger und den einzelnen Gesamtschuldnern, in dem eine besondere Gesamtwirkung vereinbart wurde. Nur aus diesem obligatorischen Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Gesamtschuldner(n) können besondere Gesamtwirkungen folgen, nicht hingegen aus der Abtretung als einem Verfügungsgeschäft zwischen Gläubiger und einem Dritten, namentlich dem Zessionar.

c) Gesamtwirkung der Abtretung kraft Vereinbarung

Für die Abtretung gilt der Grundsatz der Einzelwirkung.¹⁹⁷ Ungeklärt ist, ob der Gläubiger und ein Gesamtschuldner in Abweichung dazu eine Gesamtwirkung in der Gestalt vereinbaren können, dass die Forderung dieses Schuldners von einer Abtretung der anderen Gesamtschuldnerforderung umfasst wird. In diesem Fall wäre der Gläubiger fortan gezwungen, stets sämtliche Gesamtschuldforderungen zu zedieren; ein Zessionar müsste immer alle Forderungen erwerben. Somit würde sich der Inhalt eines Rechtsgeschäfts des Gläubigers mit einem Dritten nach einer Vereinbarung mit den Schuldnern richten. Das mag *prima facie* befremdlich anmuten,¹⁹⁸ ist aber möglich. Das BGB lässt eine ähnliche Auswirkung von Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Schuldner auf Rechtsgeschäfte zwischen dem Gläubiger und einem Dritten im Kontext der Abtretung explizit zu, nämlich im Fall eines rechtsgeschäftlichen Abtretungsverbots nach § 399 Var. 2 BGB. Wenn der Zedent mit den Schuldnern eine Veränderung der Abtretbarkeit einer Forderung verabredet, muss er in der Folge damit leben und ein Zessionar ebenso. Nichts anderes kann für die Verabredung einer Gesamtwirkung gelten.¹⁹⁹ Denn wie die Vereinbarung eines Abtretungsverbots ändert die Vereinbarung einer Gesamtwirkung den Inhalt der betreffenden Forderung. Gläubiger und Schuldner können den Inhalt ihrer Forderung so ausgestalten, dass sie bei Abtretung einer anderen Forderung aus der Gesamt-

¹⁹⁶ OLG Hamm, Beschluss v. 22.09.1997, NJW-RR 1998, S. 486.

¹⁹⁷ S. schon Fn. 46 sowie den dazu gehörigen Haupttext im 1. Kap.

¹⁹⁸ Bei den in §§ 422–424 BGB kodifizierten Rechtstatsachen stellt sich das Problem drittwirkenden Gesamtwirkung nicht. Soweit die §§ 422–425 BGB eine Einzel- oder Gesamtwirkung an gesetzlich konkret benannten Rechtstatsachen festmachen, sind das generell nur solche, die allein zwischen Gläubiger und Gesamtschuldner eintreten. Die Abtretung ist aber eine Tatsache, die ihren Ursprung in einem Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und einem Dritten, nämlich dem Zessionar, hat.

¹⁹⁹ Freilich bewirkt ein rechtsgeschäftliches Abtretungsverbot gemäß § 399 Var. 2 BGB ausdrücklich, dass die betreffende Forderung nicht abgetreten werden kann. Demgegenüber enthält § 425 BGB keine explizite Regel dahingehend, dass bei Verabredung einer Gesamtwirkung für die Abtretung die betreffende Forderung zusammen mit einer zedierten Schwesternforderung den Gläubiger wechseln muss.

schuld ebenfalls den Gläubiger wechselt.²⁰⁰ Das wird gemeinhin übersehen.²⁰¹ Die Zessionsparteien können die vereinbarte Gesamtwirkung nur unter Mitwirkung des betroffenen Gesamtschuldners aufheben. Andernfalls wäre die in § 425 BGB vorgesehene Möglichkeit, eine Gesamtwirkung zu vereinbaren, zulasten des Schuldners entwertet. Vor allem aber haben Zedent und Zessionar nicht die Regelungsmacht, den Forderungsinhalt ohne Mitwirkung des Schuldners zu verändern.

Zweifelhaft ist, ob der Gläubiger und ein Gesamtschuldner eine Gesamtwirkung auch in die Richtung vereinbaren können, dass bei Abtretung der Forderung des Schuldners, der die Gesamtwirkung vereinbart hat, auch die Forderungen gegen seine Mitschuldner den Gläubiger wechseln. Dafür könnte man ins Feld führen, dass der Gläubiger mit einem einzelnen Gesamtschuldner gemäß § 423 BGB auch einen Erlass mit der (Gesamt-)Wirkung vereinbaren kann, dass sämtliche Gesamtschuldforderungen erlöschen. Dies ist für alle Gesamtschuldner von Vorteil. Ein Erlass mit Gesamtwirkung stellt daher eine Verfügung zugunsten Dritter dar.²⁰² Jene ist nach herrschender Auffassung angesichts § 333 BGB grundsätzlich unzulässig²⁰³, jedoch in § 423 BGB ausnahmsweise zugelassen.²⁰⁴ Gleichsam ist es für die Gesamtschuldner vorteilhaft, wenn eine Abtretung alle Forderungen erfasst. Schließlich bringt eine Spaltung der Gesamtschuld für die Schuldner die Gefahr mit sich, unberechtigt in Anspruch genommen zu werden. Allerdings wird diese Belastung schon dadurch effektiv verhindert, dass alle Gesamtschuldner einer isolierten Zession zustimmen müssen, damit sie wirksam ist.²⁰⁵ Außerdem können der Gläubiger und ein einzelner Gesamtschuldner rechtstechnisch nicht wirksam verabreden, dass eine Abtretung auch die Forderungen der Mitschuldner erfasst. Hier kann man anders als bei einem Erlass mit Gesamtwirkung nicht auf die Figur der Verfügung zugunsten Dritter abstehen. Die Vereinbarung einer Gesamtwirkung ist keine Verfügung. Die Abtretung selbst ist zwar eine Verfügung, sie wird aber nicht zwischen dem Gläu-

²⁰⁰ Die Privatautonomie des Gläubigers steht dem nicht entgegen. Es liegt nahe, dass der Gläubiger auf die Befugnis verzichten kann, eine Forderung bei einer Abtretung auszuklammern, indem er mit dem betreffenden Schuldner eine Gesamtwirkung der Abtretung vereinbart. Zwar kann gemäß § 137 S. 1 BGB die Befugnis, über ein veräußerliches Recht zu verfügen (hier: *nicht* zu verfügen), nicht durch Rechtsgeschäft modifiziert werden. Wenn aber die Vereinbarung eines Abtretungsverbots nach h. M. § 137 S. 1 BGB nicht berührt (s. nur *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 52), kann für die Vereinbarung einer Gesamtwirkung kaum etwas anderes gelten.

²⁰¹ Vgl. nur *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 425 Rn. 98, der sich (ohne Begründung) gegen die Gesamtwirkung einer Abtretung wendet und meint, es gehe allein um die Auslegung des Verfügungsgeschäfts zwischen Gläubiger und Zessionar.

²⁰² *C. Danwerth*, NJW 2017, S. 2869 (2870); *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 423 Rn. 18.

²⁰³ S. nur *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 423 Rn. 6 m. w. N.

²⁰⁴ BGH, Urteil v. 09.03.1972, BGHZ 58, S. 216 (220); BGH, Urteil v. 21.03.2000, NJW 2000, S. 1942 (1943). S. auch *J. Kleinschmidt*, Verzicht (2004), S. 294; *D. Looschelders*, in: Staudinger (2017), § 423 Rn. 7 m. w. N.

²⁰⁵ Zu alledem unter „Zustimmung als Wirksamkeitserfordernis einer isolierten Zession“ ab S. 160.

biger und einem Gesamtschuldner verabredet, sondern zwischen Zedent und Zessionär. Stattdessen kann man die Vereinbarung einer Gesamtwirkung der Abtretung zwischen einem Schuldner und dem Gläubiger nur so erklären, wie zuvor geschildert: als eine rechtsgeschäftliche Änderung des Forderungsinhalts durch eine Abrede im Kausalverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger.²⁰⁶ Eine derartige Abrede kann keine Auswirkungen auf fremde Schuldverhältnisse haben. Schließlich sind Schuldverhältnisse im Grundsatz relativ.²⁰⁷ Die Vereinbarung einer Gesamtwirkung der Abtretung mit Wirkung für fremde Forderungen wäre unzulässiger Vertrag zu lasten Dritter.²⁰⁸ Das wird besonders deutlich, wenn die anderen Gesamtschuldner dem Zedenten verpflichtet bleiben wollen. Aus diesen Gründen kann ein einzelner Gesamtschuldner mit dem Gläubiger eine Gesamtwirkung der Abtretung nur für seine eigene Forderung vereinbaren.

d) Geringe Bedeutung der Gesamtwirkung einer Abtretung

Die Frage, ob einer Abtretung Gesamtwirkung zukommt, ist für die Abgrenzung von isolierter und umfassender Zession selten relevant. Erstreckt sich der Abtretungsvertrag von vornehmerein auf alle Forderungen oder gehen vertraglich nicht erfasste Forderungen analog § 401 I BGB auf den neuen Gläubiger über, kommt es auf eine Gesamtwirkung der Abtretung nicht an. Nur wenn der Abtretungsvertrag eine isolierte Zession vorsieht, § 401 I BGB also abbedungen ist, und der Gläubiger mit dem Schuldner einer nicht zedierten Gesamtschuldforderung eine Gesamtwirkung der Abtretung vereinbart hat, kommt es zu einem Mitübergang der betreffenden Forderung. In diesem Sonderfall geht also die Vereinbarung einer Gesamtwirkung dem Abtretungsvertrag, der eigentlich eine isolierte Zession vorsieht, vor.

4. Fazit

Eine Forderung aus einer Gesamtschuld kann in jedem Fall rechtsgeschäftlich, also kraft Abtretungsvertrags den Gläubiger wechseln. Als Anhängsel einer zedierten Forderung kann sie außerdem analog § 401 I BGB übergehen. Ferner kann ein Mitübergang daraus folgen, dass der Abtretung Gesamtwirkung im Sinne des § 425 BGB zukommt. Eine solche Gesamtwirkung folgt nicht aus dem Abtretungsvertrag, sondern aus einer (ausnahmsweise getroffenen) Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger.

²⁰⁶ Dazu unter „Bedeutung einer Gesamtwirkung aufgrund des Schuldverhältnisses“ ab S. 267.

²⁰⁷ Zu bedenken ist ferner, dass auch ein (eingeschränktes) Abtretungsverbot gemäß § 399 Var. 2 BGB nur mit „Einzelwirkung“ vereinbart werden kann. Das ist (auch) eine Folge aus der Relativität der Schuldverhältnisse. Warum sollte ein „Abtretungzwang“ hingegen mit Wirkung für fremde Schuldverhältnisse verabredet werden können?

²⁰⁸ Vgl. zum Vertrag zu lasten Dritter Fn. 55 im 3. Kap. sowie 174 im 4. Kap.

Weil die Frage der Gesamtwirkung einer Abtretung selten relevant ist, soll es damit an dieser Stelle sein Bewenden haben. Nachfolgend geht es um das Verhältnis zwischen Abtretungsvertrag und § 401 I BGB.

III. Verhältnis zwischen Abtretungsvertrag und § 401 I BGB

Nach den bisherigen Ausführungen kann bei einer Zession in der Gesamtschuld sowohl der Abtretungsvertrag als auch § 401 I BGB einen Rechtsübergang bewirken. Einerseits hat die Frage der analogen Anwendung von § 401 I BGB eine selbst dann wichtige Bedeutung, wenn man den Abtretungsvertrag – gemäß herrschender Meinung²⁰⁹ – extensiv auslegt. Andererseits ist § 401 I BGB abdingbar und hat als Teil des dispositiven Gesetzesrechts lediglich eine lückenfüllende Funktion. Im Folgenden werden beide Aspekte beleuchtet.

1. Rechtspraktische Bedeutung der Analogie zu § 401 I BGB

Für den historischen Gesetzgeber war die Frage, ob gesamtschuldnerische Forderungen im Verhältnis zueinander Nebenrechte sind, nicht von erheblicher praktischer Bedeutung.²¹⁰ Reinicke/Tiedtke²¹¹ teilen diese Einschätzung: In der Regel werde die Auslegung des Vertrags ergeben, auf welche Forderungen sich die Abtretung erstrecke. Dann komme es auf die Frage, ob § 401 BGB anwendbar sei, nicht an. Es sei daher kein Zufall, dass diese Frage nur als Vorfrage der Hauptfrage entschieden worden sei, ob der gesetzliche Übergang der Forderung gegen einen Gesamtschuldner gemäß §§ 412, 401 BGB auch den Übergang der Forderung gegen den anderen Gesamtschuldner zur Folge habe. Diese Frage tauche vor allem auf, wenn sich ein Bürge für die Schuld nur eines Gesamtschuldners verbürgt habe.

Jene Beobachtung verdient nur bis zu einem gewissen Grad Zuspruch. Sie mag die Realität der Rechtsprechung treffend beschreiben, nicht aber die des Rechts. Keineswegs kann man in rechtspraktischer Hinsicht darauf verzichten, bei der Abtretung § 401 I BGB anzuwenden, indem man den Abtretungsvertrag extensiv auslegt. Selbst wenn das Ergebnis einer Gesamtübertragung gleichermaßen aus einer Auslegung des Abtretungsvertrags folgen sollte, behält die Einordnung von gesamtschuldnerischen Forderungen als Nebenrechte Bedeutung. Ein Unterschied ergibt sich im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast. Resultiert der Mitübergang gesamtschuldnerischer Forderungen aus § 401 I BGB, trägt diejenige Partei die Darlegungs- und Beweispflicht, die in Abweichung zu dem dispositiven Gesetzes-

²⁰⁹ Dazu unter „Unmittelbare Forderungsübertragung durch Abtretung“ ab S. 228.

²¹⁰ Dazu schon Fn. 72 sowie die diesbezüglichen Ausführungen im Haupttext in diesem Kap.

²¹¹ *D. Reinicke/K. Tiedtke*, Kreditsicherung (2006), Rn. 65. Ähnlich schon *D. Reinicke*, NJW 1966, S. 2141 (2143).

recht eine isolierte Zession vertritt, was meist der Zedent sein wird. Folgte der Mitübergang hingegen nicht aus § 401 I BGB, sondern lediglich aus (ergänzender) Vertragsauslegung, wäre die Partei darlegungs- und beweisbelastet, die sich auf eine umfassende Rechtsübertragung kraft Vertrags beruft²¹², was vor allem der Zessionar sein dürfte. Lediglich würde die Beweislast gemindert, sollte es eine Regel geben, nach der Zedent und Zessionar im Zweifel sämtliche Forderungen aus einer Gesamtschuld übertragen wollen²¹³. Wie noch zu zeigen ist, kann man eine solche Regel aber nur bestimmten Fällen annehmen.²¹⁴

Außerdem vollzieht sich der Übergang eines Nebenrechts mittels § 401 I BGB unabhängig von dem Willen der Parteien. Hat sich der Zedent oder Zessionar über Bestehen oder Umfang des Nebenrechts oder seine Zugehörigkeit zu der zedierten Forderung geirrt oder dazu überhaupt keine Vorstellung gehabt, greift § 401 I BGB nichtsdestotrotz ein. Der Erwerb des Nebenrechts wird auch dadurch im Grundsatz nicht verhindert, dass sich eine Partei insgeheim vorbehält, ihn nicht zu wollen (vgl. § 116 S. 1 BGB).²¹⁵ Haben die Parteien § 401 I BGB abbedungen, kommt es im Grundsatz selbst dann nicht zu einem automatischen Mitübergang von Nebenrechten, wenn der Übertragungssauschluss auf einem Irrtum über das Bestehen oder den Inhalt des Nebenrechts beruhte.²¹⁶

Würde man den Mitübergang von Nebenrechten bei der Abtretung nicht an § 401 I BGB, sondern allein an einer Auslegung des Abtretungsvertrags festmachen, könnten sich andere Wertungen ergeben. Bei Irrtümern kann zumindest im Bereich der erläuternden Vertragsauslegung eher ein Anfechtungsrecht bestehen.²¹⁷ Fraglich ist außerdem, ob man Nebenrechte als stillschweigend mitabgetreten ansehen kann,

²¹² Vgl. zur Behauptungs- und Beweislast bei ergänzender Auslegung etwa *H. Roth*, in: Staudinger (2015), § 157 Rn. 51 ff.

²¹³ Nach h. M. gibt es eine solche Zweifelsregel. S. unter „Unmittelbare Forderungsübertragung durch Abtretung“ ab S. 228.

²¹⁴ Dazu unter „Umfang des Forderungsübergangs bei konkreten Varianten eines Abtretungsvertrags“ ab S. 280.

²¹⁵ RG, Entscheidung v. 16.11.1916, LZ 1917, S. 320 Nr. 3. *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 401 Rn. 7; *W. Rosch*, in: jurisPK-BGB (2017), § 401 Rn. 21; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 401 Rn. 16. S. auch *K. Schreiber*, in: Soergel (2010), § 401 Rn. 1.

²¹⁶ So RG, Entscheidung v. 16.11.1916, LZ 1917, S. 320 Nr. 3 und *D. Seelbach*, Bedeutung des § 401 BGB (1964), S. 5, die ihre Aussage allerdings zu pauschal formulieren. Ein irrtumsbedingter Ausschluss von § 401 I BGB hat lediglich im Grundsatz zur Folge, dass Nebenrechte nicht den Gläubiger wechseln. Dieser Grundsatz kann aber durchbrochen werden. So ist eine (Teil-)Anfechtung der vertraglichen Abbedingung denkbar. Beruht die Abbedingung auf einem gemeinsamen Motivirrtum der Parteien, kann man ihn mittels ergänzender Vertragsauslegung oder § 313 I, II BGB korrigieren. Vgl. unter „Ausnahme: gemeinschaftlicher Motivirrtum“ ab S. 286.

²¹⁷ Ein Irrtum über gesetzliche Rechtsfolgen einer Willenserklärung berechtigt hingegen nach h. M. im Grundsatz nicht zur Anfechtung. Dazu Fn. 299 in diesem Kap.

wenn beide oder ein Vertragspartner vom Bestehen des Nebenrechts keine Kenntnis hatten.²¹⁸

Aus diesen Gründen ist die Frage, ob § 401 I BGB analog auf gesamtschuldnerische Forderungen anwendbar ist, bei der Abtretung mehr als ein akademisches Glasperlenspiel.²¹⁹ Unvermeidlich ist der Rückgriff auf § 401 I BGB schließlich, wenn es um eine Legalzession geht.²²⁰ Es kann freilich nicht sein, dass ein Recht im Fall der *cessio legis* ein Nebenrecht ist, im Fall der Abtretung jedoch nicht. Der Tatbestand des § 401 I BGB bleibt gleich, unabhängig davon, ob die Hauptforderung kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts übergeht.²²¹ Somit folgt der Mitübergang nicht unmittelbar übertragener Gesamtschuldforderungen sowohl bei der Abtretung als auch bei der Legalzession aus § 401 I BGB.

2. Lückenfüllung im Zessionsvertrag mittels § 401 I BGB

§ 401 I BGB ist dispositiv.²²² Die Norm muss darum einem vorrangigen Parteiwillen weichen, der sich in dem Vertrag über die Abtretung gesamtschuldnerischer Forderungen manifestiert.²²³ Man könnte daraus ableiten, dass stets analog § 401 I BGB sämtliche Gesamtschuldforderungen übergehen, sofern sich nicht aus dem Abtretungsvertrag der Wille zu einer Einzelübertragung ergibt. Dann würde man zur Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Zession nur prüfen, ob Zendent und Zessionär § 401 I BGB vertraglich ausgeschlossen haben. Vorzugswürdig ist es aber, weiter zu differenzieren und folgende drei Szenarien zu unterscheiden.

Erstens: Die Parteien erklären, dass sie *sämtliche* gesamtschuldnerischen Forderungen übertragen wollen. Dann gehen alle Forderungen kraft Zessionsvertrags über. Für eine Lückenfüllung des Abtretungsvertrags mittels § 401 I BGB bleibt kein Raum. Die Rechtsfolge des § 401 I BGB ergibt sich bereits aus dem Willen der Vertragsparteien. Das dispositiv Recht muss und kann seine Auffangfunktion nicht mehr erfüllen und kommt darum nicht zur Anwendung.²²⁴ § 401 I BGB kann nur für Forderungen eingreifen, bezüglich deren die Parteien keinen Übertragungswillen

²¹⁸ D. Seelbach, Bedeutung des § 401 BGB (1964), S. 117.

²¹⁹ Zumindest für Sicherungsgesamtschulden so auch P. Derleder, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (171 f.).

²²⁰ Vgl. die Zitate in Fn. 211 in diesem Kap. Zur isolierten *cessio legis* zum Schluss dieser Arbeit unter „Ausblick: Ideen zur isolierten Legalzession bei Gesamtschulden“ ab S. 332.

²²¹ C. v. Rintelen, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten (1996), S. 114.

²²² Dazu bereits Fn. 210 f. im 1. Kap.

²²³ Nach J. Lieder, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 401 Rn. 14 kann der Ausschluss nach dem Grundsatz der Formfreiheit auch konkudent erfolgen. Angesichts der § 401 BGB zugrunde liegenden Interessenlage müsse allerdings der auf einen Ausschluss gerichtete Wille der Beteiligten deutlich hervortreten. Ähnlich H. P. Westermann, in: Erman (2017), § 401 Rn. 8; M. Rohe, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 401 Rn. 12.

²²⁴ Ausführlich zur „Ergänzung“ bzw. „Lückenfüllung“ von Verträgen mittels dispositivem Gesetzesrecht J. Cziupka, Dispositives Vertragsrecht (2010), insb. auf S. 49 ff.

gebildet haben. Daher ist in jedem Fall zunächst die Reichweite des Übertragungswillens zu bestimmen. Auch wenn die Parteien jedenfalls keine isolierte Zession wollten, kann man dogmatisch nicht dahinstehen lassen, ob eine Forderung nun rechtsgeschäftlich oder analog § 401 I BGB übertragen wird. Dasselbe ergibt sich aus rechtspraktischen Gründen. Bezieht sich der Abtretungsvertrag ausdrücklich auf alle Forderungen der Gesamtschuld, lässt sich schon gar nicht feststellen, welche der Forderungen lediglich als Nebenrecht analog § 401 I BGB übergehen sollte. Außerdem macht es für die Anfechtung einen Unterschied, ob eine Forderung kraft Rechtsgeschäfts oder kraft Gesetzes übertragen wurde, da nur Willenserklärungen anfechtbar sind.²²⁵

Zweitens: Die Parteien erklären, dass sie eine Forderung aus der Gesamtschuld übertragen, eine andere hingegen von der Abtretung *ausklammern* wollen. Dann kann § 401 I BGB nicht eingreifen.²²⁶ Ähnlich wie im ersten Szenario ist die Norm abbedungen.²²⁷ Die Abbedingung einer dispositiven Norm kann man dogmatisch auf zwei Weisen verstehen, ohne dass Unterschiede im Ergebnis entstehen. Entweder: Im Ausgangspunkt greift das dispositiv Recht (hier: § 401 I BGB) ein; ob es abbedungen wurde, ist eine denklogisch nachgelagerte Frage der Vertragsauslegung. Oder umgekehrt: Durch (natürliche oder erläuternde) Auslegung ist zunächst zu prüfen, ob der Vertrag überhaupt eine Lücke lässt, welche mit dispositivem Recht gefüllt werden könnte; falls ja, vollzieht sich die Lückenfüllung gedanklich im Anschluss.²²⁸ Dieser Arbeit liegt das letztgenannte Verständnis zugrunde: Es gibt in den dargestellten Szenarien eins und zwei keine vertragliche Lücke, die § 401 I BGB ausfüllen könnte. Da nämlich in Bezug auf jede Forderung aus der Gesamtschuld ein Parteiwille erklärt wurde (sei es nun für oder gegen eine Übertragung), ist der Abtretungsvertrag in Bezug auf keine dieser Forderungen lückenhaft.

Drittens: Die Parteien erklären, dass sie eine Gesamtschuldforderung übertragen wollen, äußern aber in Bezug auf eine andere überhaupt *keinen Willen*. Dann enthält

²²⁵ Irrt sich der Zedent z. B. über eine wertbildende Eigenschaft der Forderung, kommt eine Anfechtung ihrer Übertragung gemäß §§ 142 I, 119 II BGB nur in Betracht, wenn die Forderung rechtsgeschäftlich übertragen wurde, jedoch nicht, wenn sie kraft § 401 I BGB den Gläubiger gewechselt hat. Ob das Verfügungsgeschäft überhaupt nach § 119 II BGB anfechtbar ist, ist eine andere Frage. Dazu unter „Anfechtung nach § 119 II BGB auch bezüglich des Verfügungsgeschäfts?“, S. 324.

²²⁶ Wenn die Parteien eine bestimmte Gesamtschuldforderung bei der Abtretung bewusst unerwähnt gelassen haben, kann man diese Entscheidung nicht überspielen, indem man die ausgeklammerte Forderung analog § 401 I BGB mitübergehen lässt. Vgl. D. Reinicke, NJW 1966, S. 2141 (2143); P. Derleder, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (172).

²²⁷ Freilich handelt es sich im ersten Szenario um eine Abbedingung im weiteren Sinne: Es tritt durchaus dieselbe Rechtsfolge ein wie gemäß § 401 I BGB (also ein Forderungsübergang), aber eben nicht kraft Gesetzes, sondern kraft Vertrags. Eine Abbedingung im engeren Sinne, also ein vertraglicher Ausschluss der Rechtsfolge einer Forderungsübertragung, liegt nur in dem zweiten Szenario vor.

²²⁸ Vgl. dazu den Meinungsstreit zw. Lit. und Rspr. gem. Fn. 234 in diesem Kap.

der Abtretungsvertrag in Bezug auf die andere Forderung keine Regelung.²²⁹ Diese Unvollständigkeit ist planwidrig, weil Zedent und Zessionar die weitere Gesamtschuldforderung nicht willentlich aus dem Abtretungsvertrag ausgeklammert haben²³⁰, eine Regelung ihres Schicksals aber angesichts der besonderen Verbindung²³¹ gesamtschuldnerischer Forderungen erforderlich ist²³². Folglich gibt es eine Lücke²³³ im Abtretungsvertrag.²³⁴ Nach Rechtsprechung²³⁵ und herrschender

²²⁹ Vorbedingung für eine Vertragsergänzung ist ein gültiges Rechtsgeschäft. Dieses darf insbesondere nicht infolge des ungeregelten Punktes nichtig sein, zum Beispiel nach § 154 I BGB. S. nur *H. Roth*, in: Staudinger (2015), § 157 Rn. 12; *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 26. Die Abtretung einer gesamtschuldnerischen Forderung ist freilich nicht allein deshalb wegen eines Dissens² nichtig, weil die Übertragung einer anderen Gesamtschuldforderung ungeregelt bleibt. Kann man durch objektive Auslegung einen übereinstimmenden Erklärungsinhalt bestimmen (z.B. den Willen, eine zusätzliche Gesamtschuldforderung eben nicht abzutreten), so scheidet ein Dissens aus, auch wenn sich die Vorstellungen der Parteien von der Bedeutung ihrer Erklärungen nicht decken (vgl. nur *M. Wolf*, in: Soergel (1999), § 157 Rn. 24). Lediglich wenn eine Partei des Abtretungsvertrags objektiv erklärt hat, eine zusätzliche Gesamtschuldforderung zu übertragen, die andere Partei hingegen nicht, liegt ein Dissens vor. Solche Fälle bleiben als Sonderkonstellationen in dieser Arbeit außer Betracht.

²³⁰ Eine Ergänzung des Vertrags scheidet aus, wenn die Vertragsparteien sich bewusst für eine bestimmte Lösung entschieden haben und die getroffene Regelung daher abschließend sein sollte. St. Rspr., s. nur BGH, Urteil v. 18.06.2010, NJW-RR 2010, S. 1311 (1312); BGH, Urteil v. 15.10.2014, NZM 2015, S. 211 (214); BGH, Urteil v. 03.12.2014, NJW 2015, S. 1167 (1168). Für die h. L. etwa *H. Roth*, in: Staudinger (2015), § 157 Rn. 15 ff.; *J. Backmann*, in: jurisPK-BGB (2017), § 157 Rn. 18; *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 38 ff. Darin drückt sich dasselbe Prinzip aus wie bei dem Satz der falsa demonstratio: Wenn die Parteien subjektiv wollten, dass ihr Vertrag unvollständig ist, muss man dies bei einer ergänzenden Auslegung vorrangig berücksichtigen und eine Planwidrigkeit verneinen. S. *D. Looschelders*, in: NK-BGB (2016), § 157 Rn. 19 a. E.

²³¹ Die Forderungen sind wegen der Gesamtwirkungen nach §§ 422 ff. BGB verbunden, woraus sich bei der isolierten Zession empfindliche Konsequenzen für Zedent und Zessionar ergeben. Nicht umsonst sind gesamtschuldnerische Forderungen im Verhältnis zueinander Nebenrechte. Vgl. zu der besonderen Verbindung gesamtschuldnerischer Forderungen bereits die Begründung der analogen Anwendung von § 401 I BGB unter „Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte nach § 401 I BGB?“ ab S. 249.

²³² Von Planwidrigkeit kann nur gesprochen werden, wenn der Vertrag eine Bestimmung vermissen lässt, die erforderlich ist, um den ihm zu Grunde liegenden Regelungsplan der Parteien zu verwirklichen. Ohne die Vervollständigung des Vertrags dürfte also eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen sein. S. nur *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 40.

²³³ Von einer Regelungslücke spricht man im Fall einer planwidrigen Unvollständigkeit des Vertrags. Aus der st. Rspr. etwa BGH, Urteil v. 21.09.1994, BGHZ 127, S. 138 (142); BGH, Urteil v. 11.01.2012, NJW 2012, S. 844 Rn. 24; BGH, Urteil v. 03.12.2014, NJW 2015, S. 1167 Rn. 24; BGH, Urteil v. 04.12.2014, NJW 2015, S. 955 Rn. 27. Aus der h. L. stellvertretend *M. Wolf*, in: Soergel (1999), § 157 Rn. 123 f.; *D. Looschelders*, in: NK-BGB (2016), § 157 Rn. 18; *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 38.

²³⁴ Das ist unabhängig davon festzustellen, ob § 401 I BGB in Bezug auf die nicht willentlich übertragene Gesamtschuldforderung eingreift. Denn nach überzeugender Ansicht der wohl h. L. spielt das dispositive Recht erst bei der Frage, wie eine Vertragslücke zu füllen ist, eine Rolle. So etwa *J. Cziupka*, JuS 2009, S. 103 (104); *H. Roth*, in: Staudinger (2015), § 157 Rn. 22; *D. Looschelders*, in: NK-BGB (2016), § 157 Rn. 20; *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018),

Lehre²³⁶ muss man im Grundsatz vorhandenes dispositives Gesetzrecht heranziehen, um vertragliche Lücken zu schließen. Dies gilt auch, wenn das dispositive Recht – wie hier § 401 I BGB – lediglich analog anwendbar ist.²³⁷ Nur bei atypischen Geschäften sind vertragliche Lücken nicht mittels dispositivem Gesetzesrecht zu schließen.²³⁸ Stattdessen greift dann zur Lückenfüllung ausnahmsweise die ergänzende Vertragsauslegung²³⁹ nach § 157 BGB ein.²⁴⁰ Die ergänzende Auslegung, die

§ 157 Rn. 39. A. A. die Rspr., die als zusätzliche Voraussetzung einer Regelungslücke darauf abstellt, dass in Bezug auf den vertraglich ungeregelten Punkt kein dispositives Recht eingreift oder die Anwendung einer existierenden Norm nicht dem (hypothetischen) Parteiwillen entspricht. So BGH, Urteil v. 10.07.1963, BGHZ 40, S. 91 (103); BGH, Urteil v. 28.11.1973, WM 1974, S. 11 (12); BGH, Urteil v. 15.10.2014, NZM 2015, S. 211 Rn. 70. Unterschiede im Ergebnis dürfte es nicht geben.

²³⁵ Etwa BGH, Urteil v. 30.09.2009, NJW 2010, S. 1135 (1136).

²³⁶ Für die h. L. s. etwa *D. Leenen*, BGB AT (2015), S. 152; *H. Roth*, in: Staudinger (2015), § 157 Rn. 22 ff.; *R. Bork*, BGB AT (2016), S. 207; *C. Armbrüster*, in: Erman (2017), § 157 Rn. 19; *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 45 f.; *H. Wendtland*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 157 Rn. 38 f.; *H. Dörner*, in: HK-BGB (2019), § 157 Rn. 6.

²³⁷ *H. Roth*, in: Staudinger (2015), § 157 Rn. 23.

²³⁸ Auch ein Typenvertrag wie die Abtretung kann gegenüber dem Normaltyp so weitreichende Besonderheiten aufweisen, dass dispositives Recht nicht mehr als sinnvolle Ergänzung in Betracht kommt. Lehrreich dazu *H. Roth*, in: Staudinger (2015), § 157 Rn. 23, 28. S. auch *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 46. Für die Rspr. s. nur BGH, Urteil v. 01.06.1979, BGHZ 74, S. 370 (373 f.); BGH, Urteil v. 30.09.2009, NJW 2010, S. 1135 (1136); BGH, Urteil v. 10.07.2013, NJW 2013, S. 2820.

²³⁹ Die Möglichkeit, Verträge ergänzend auszulegen, ist nahezu einhellig anerkannt. Für die h. L. s. nur *H. Roth*, in: Staudinger (2015), § 157 Rn. 2; *R. Bork*, BGB AT (2016), S. 206 f.; *C. Armbrüster*, in: Erman (2017), § 157 Rn. 15, für die st. Rspr. etwa BGH, Urteil v. 03.12.2014, NJW 2015, S. 1167 (1168 f.); BGH, Urteil v. 04.12.2014, NJW 2015, S. 955 (957). Der Unterschied zu der einfachen Auslegung nach §§ 133, 157 BGB, die eben nicht vervollständigt, sondern erläutert, ist trotz kritischer Stimmen anerkannt, s. nur *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 38. Teile der Lit. ordnen die Ergänzung von Verträgen allerdings nicht als Form der Auslegung ein, sondern verstehen sie als Rechtsfortbildung (oft auf § 242 BGB basiert); in diese Richtung etwa *M. Wolff/J. Neuner*, AT Bürgerlichen Rechts (2016), S. 419, 421; *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 27 f. Für eine Einordnung als Auslegung spricht die Aufgabe der Auslegung, den ganzheitlichen Sinn von Willenserklärungen zu ermitteln. Das Abstellen auf das „Singenanze“ eröffnet im Fall von lückenhaften Erklärungen auch die Möglichkeit, diese Lücken im Sinne des objektiviert Gewollten zu schließen. Vgl. *H. Wendtland*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 157 Rn. 28.

²⁴⁰ Schließlich verwirklicht dispositives Recht mit seiner typisierten Interessenabwägung nur eine generalisierende Gerechtigkeit, während die ergänzende Vertragsauslegung den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung tragen muss und so nach einer individualisierenden Gerechtigkeit strebt. Diese genießt nach dem Prinzip der Privatautonomie Vorrang. Innerhalb dieser herrschenden Meinung ist (rein) dogmatisch umstritten, ob man zuerst zu prüfen hat, ob das dispositive Recht eine angemessene Lückenfüllung leisten kann und, falls nicht, erst dann ergänzend auszulegen ist, oder ob man genau umgekehrt vorgehen muss. Für Ersteres statt der meisten *J. Backmann*, in: jurisPK-BGB (2017), § 157 Rn. 25 ff.; für Zweiteres *J. Cziupka*, JuS 2009, S. 103 (105 f.); *T. Finkenauer*, AcP 213 (2013), S. 619 (625). Vgl. hierzu auch *W. Flume*, BGB AT II (1992), S. 325.

auch bei Verfügungsverträgen²⁴¹ wie dem Abtretungsvertrag möglich ist, richtet sich nach dem hypothetischen Parteiwillen. Dieser kann in besonderen Fällen auf eine isolierte Zession gerichtet sein und somit § 401 I BGB abbedingen. Enthält der Abtretungsvertrag keine Regelung für das Schicksal einer weiteren Gesamtschuldforderung, geht diese demnach analog § 401 I BGB mit über, es sei denn, besondere Wertungen des Einzelfalls rechtfertigen eine Abweichung von § 401 I BGB in er-gänzender Vertragsauslegung.²⁴²

Somit ergibt sich für die Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Zession folgendes Vorgehen: Zuerst muss man durch natürliche oder erläuternde *Auslegung* des Abtretungsvertrags bestimmen, welchen Willen Zedent und Zessionar in Bezug auf jede einzelne Gesamtschuldforderung erklärt haben. Sie können sich für eine Forderungsübertragung entschieden haben oder dagegen, womit § 401 I BGB jeweils verdrängt ist. Möglich ist auch, dass im Wege der Vertragsauslegung überhaupt kein Parteiwille bezüglich einer bestimmten Gesamtschuldforderung feststellbar ist.²⁴³ Nur wenn bezüglich einer Forderung kein feststellbarer Wille geäußert

²⁴¹ *T. Finkenauer*, AcP 213 (2013), S. 619 (628).

²⁴² Außerdem kann eine gesamtschuldnerische Forderung ausnahmsweise nicht analog § 401 I BGB den Gläubiger wechseln, wenn die Übertragung dieser Forderung nach § 399 Var. 2 BGB ausgeschlossen. Das gilt zumindest, wenn man davon ausgeht, dass rechtsge-schäftliche Abtretungsverbote auch für die *cessio legis* gelten (vgl. §§ 412, 399, 401 BGB). Das ist freilich str. Dazu Fn. 37 in den Schlussbetrachtungen.

²⁴³ Die Auslegung zielt gemäß § 133 BGB darauf ab, den (wahren) Willen des Erklärenden zu erforschen. Ihre Aufgabe endet demnach, wo ein Parteiwille, beispielsweise zur Übertragung einer bestimmten Forderung, nicht mehr feststellbar ist. Bei der natürlichen Auslegung ist das schlicht dann der Fall, wenn es kein übereinstimmendes Parteiverständnis gibt. Bei der erläuternden Auslegung fällt die Grenzziehung schwerer, weil hier eine Wertung erforderlich ist. In erster Linie hat man bei der erläuternden Auslegung von ausdrücklichen Erklärungen den Wortlaut und den daraus zu entnehmenden objektiv erklärten Parteiwillen zu berücksichtigen (st. Rspr., s. etwa BGH, Urteil v. 27.01.2010, NJW 2010, S. 2422 (2425); BGH, Urteil v. 17.03.2011, GRUR 2011, S. 946 (947). Vgl. aus dem Schrifttum z. B. *R. Bork*, BGB AT (2016), S. 211; *M. Wolf/J. Neuner*, AT Bürgerlichen Rechts (2016), S. 405; *C. Armbrüster*, in: *Erman* (2017), § 157 Rn. 5; *H. Wendtland*, in: *BeckOK-BGB* (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 133 Rn. 23. *Krit. J. Busche*, in: *MüKo-BGB* (2018), § 133 Rn. 60, der betont, daraus sei nicht etwa zu folgern, dass der Wortlaut bei der Auslegung schwerer wiegt als Begleitumstände der Willenserklärung. Vgl. dazu *H. Wendtland*, in: *BeckOK-BGB* (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 133 Rn. 24). Bei konkurrenzenden Willenserklärungen gibt es keinen Wortlaut, auf den man eine Auslegung stützen könnte. Dabei muss die Auslegung sich anstelle der Wortbedeutung primär nach der Bedeutung des schlüssigen Verhaltens richten. In jedem Fall darf sich der Erklä-rungsempfänger nicht blind auf die (Wort-)Bedeutung des Erklärungstatbestands selbst ver-lassen, sondern muss sich gemäß § 133 BGB mit der gebotenen Sorgfalt darum bemühen, anhand aller Umstände, die er kennen muss, den Sinn der Erklärung zu eruieren. Relevante Umstände außerhalb der Erklärung sind etwa die Vorgeschichte der Willenserklärung, die beiderseitige Interessenlage, das systematische Verhältnis zu anderen Erklärungen bzw. Ver-tragsklauseln, der Zweck der Erklärung oder die Verkehrssitte (s. zu alledem nur *R. Bork*, BGB AT (2016), S. 213 ff.; *J. Gerlach/S. Manzke*, VergabeR 2017, S. 11 (13); *R. Singer*, in: *Staudinger* (2017), § 133 Rn. 18. Ausführlich zu Auslegungsmaterial, Verständnismöglich-keiten und Deutungsdiligenz des „objektiven“ Erklärungsempfängers *M. Mittelstädt*, Ausle-gung (2016), S. 43 ff.). Konkret für die hier interessierende Abtretung heißt das: Wenn der Wille

wurde, gibt es eine Lücke im Abtretungsvertrag, die in einem zweiten Schritt *ergänzt* werden kann. Im Grundsatz wird die Lücke mittels § 401 I BGB gefüllt, sodass alle Forderungen aus der Gesamtschuld übergehen. Zu überprüfen ist aber, ob besondere Einzelfallwertungen ein abweichendes Ergebnis im Wege ergänzender Auslegung rechtfertigen.

§ 3 Umfang des Forderungsübergangs bei konkreten Varianten eines Abtretungsvertrags

Im Folgenden werden die soeben entfalteten Prinzipien der Vertragsauslegung und -ergänzung auf mögliche Varianten der Abtretung gesamtschuldnerischer Forderungen angewandt.²⁴⁴ Die diesbezüglichen Ausführungen gelten gleichermaßen für gesamtschuldnerische Forderungen mit und ohne besonderen Sicherungszweck.²⁴⁵

Bei der Auslegung des Abtretungsvertrags ist es mitunter erforderlich, argumentativ auf das Kausalgeschäft Bezug zu nehmen, aufgrund dessen die Abtretung erfolgt. Für eine Abtretung kommen verschiedenste Kausalgeschäfte in Betracht.²⁴⁶ Insofern fokussiert sich diese Arbeit ausschließlich auf den Kauf und die Schenkung einer Forderung, da beide im bürgerlichen Recht eine besonders zentrale Rolle spielen.²⁴⁷ Die Abtretung als Verfügungsgeschäft ist nach dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip²⁴⁸ zwar von dem ihr zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft

zur Übertragung einer bestimmten Forderung weder aus dem Wortlaut noch aus den Umständen der Abtretungserklärungen folgt, kann man insoweit keinen Parteiwillen feststellen.

²⁴⁴ Ziel ist, die eingangs aufgezeigten Lücken und Inkonsistenzen innerhalb des Meinungsbildes zu der Unterscheidung zwischen einer Einzel- und Gesamtabtretung aufzulösen. Es sollen konsistente Grundsätze entwickelt werden, um eine isolierte und umfassende Zession nach Fallgruppen abzugrenzen.

²⁴⁵ Schließlich weist die „Sicherungsgesamtschuld“ im Außenverhältnis keine erheblichen Unterschiede zu einer normalen Gesamtschuld auf. Vgl. unter „Gesamtschulden ohne besonderen Sicherungszweck“ ab S. 257.

²⁴⁶ S. etwa *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 24: Als Kausalgeschäft kämen insbesondere ein Forderungskauf (§ 453 BGB) und eine Sicherungsabrede in Betracht, wobei das Factoring und die Sicherungszession Sonderfälle darstellten. Auch andere entgeltliche Verträge seien mögliche Kausalgeschäfte, ferner die Abrede der Hingabe an Erfüllungs statt (§ 364 BGB), die Schenkung, die Geschäftsbesorgung, das Vermächtnis oder etwa die Verpflichtung zur Einbringung in eine Gesellschaft. S. auch *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 75.

²⁴⁷ Instruktive Ausführungen über die isolierte Abtretung einer Gesamtschuldforderung aufgrund eines Inkassovertrags (Inkassozession) sowie aufgrund eines Sicherungsvertrags (fiduziарische Zession) sind nachzulesen bei *P. Derleider*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (174).

²⁴⁸ Ausführlich dazu etwa *J. Lieder*, Sukzession (2015), S. 264 ff.

zu unterscheiden.²⁴⁹ Dahinter steht aber ein einheitlicher wirtschaftlicher Vorgang. Die dabei relevante Interessenlage und Risikoverteilung ergibt sich primär aus dem Verpflichtungsgeschäft und verdient auch bei der Auslegung des Abtretungsvertrags Beachtung.²⁵⁰

I. Gezielte Abtretung aller Gesamtschuldforderungen

Zunächst geht es um Abtretungsvereinbarungen, die unmissverständlich auf die Übertragung sämtlicher Gesamtschuldforderungen gerichtet sind. Das kann sich ausdrücklich aus dem Abtretungsvertrag ergeben: Er kann sich pauschal auf alle Forderungen aus der Gesamtschuld beziehen oder jede einzelne dieser Forderungen benennen und ihren Übergang anordnen. Dass die Parteien einen derartigen Willen nicht ausdrücklich, sondern konkludent zum Ausdruck bringen, ist ebenfalls denkbar.²⁵¹

²⁴⁹ S. nur *J. Busche*, in: Staudinger (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 15: Verfügungen über eine Forderung behandle das BGB als abstrakte Geschäfte, deren Rechtsgeltung unabhängig von ihrem Rechtsgrund sei, welche in einem verpflichtenden Kausalgeschäft oder einer sonstigen Grundabrede liegen könne.

²⁵⁰ Vgl. *J. F. Hoffmann*, Zession (2012), S. 82 f. Mit dem Verfügungsgeschäft wollen die Parteien das Verpflichtungsgeschäft vollziehen. Die Modalitäten dieses Vollzugs entsprechen darum regelmäßig dem, was sich die Parteien in ihrem Grundgeschäft als Pflichtenprogramm auferlegt haben. Das gilt besonders, wenn Kausal- und Vollzugsgeschäft in einem Willensakt zusammenfallen. Vgl. *J. Busche*, in: Staudinger (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 15, der konzidiert, dass die Abtretung sowie das verpflichtende Grundgeschäft unter Umständen zeitlich sowie im Bewusstsein der Beteiligten zusammenfallen. Gerade die Abtretung fällt in der Praxis besonders häufig mit dem ihr zugrunde liegenden Kausalgeschäft zusammen. Denn die Abtretung erfordert anders als sachenrechtliche Verfügungen neben dem Willenselement kein zusätzliches faktisches Vollzugselement wie eine Sachübergabe, Grundbucheintragung oder Verpfändungsanzeige. *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 24; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 77. Deshalb ergibt die Auslegung des Kausalgeschäfts auch oftmals, dass die Vertragsparteien gleichzeitig bereits konkludent die Forderung übertragen wollen. Treffend *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 398 Rn. 45: Das schuldrechtliche Kausalgeschäft umfasse stillschweigend auch das verfügende Vollzugsgeschäft, soweit sich aus der Parteiabrede nur mit hinreichender Sicherheit entnehmen lässt, dass zugleich eine Änderung der Forderungszuständigkeit gewollt war. Zur konkludenten Abtretung ferner BGH, Urteil v. 21.11.1985, NJW 1986, S. 977; *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 14; *M. Rohe*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 398 Rn. 54. Abweichungen von der Parallelität des Parteiwillens in Grund- und Vollzugsgeschäft bleiben in dieser Arbeit als Sonderfälle außer Betracht.

²⁵¹ Zum Beispiel kann die Übergabe von Unterlagen oder Dokumenten im Hinblick auf alle gesamtschuldnerischen Forderungen als konkludente Abtretung der betreffenden Ansprüche interpretiert werden.

1. Vertragsauslegung

Im Rahmen der erläuternden Auslegung ergibt sich in den vorab geschilderten Fällen typischerweise, dass Zedent und Zessionar eine Gesamtabtretung wünschen. Denn die Parteien bringen in ihrem Erklärungstatbestand einen bestimmten Willen für jede gesamtschuldnerische Forderung zum Ausdruck, und zwar den Willen eines Übergangs auf den Zessionar. Begleitumstände der Abtretungserklärungen rechtfertigen in aller Regel kein abweichendes Ergebnis^{252, 253}. Das gilt insbesondere mit Rücksicht auf die Interessen von Zedent und Zessionar, die zwar im Fall einer Aufspaltung gesamtschuldnerischer Forderungen gefährdet sein können, nicht aber bei einer Übertragung sämtlicher Gesamtschuldforderungen.

Freilich können Zedent und Zessionar versehentlich einen Erklärungstatbestand gesetzt haben, aus dem sich objektiv der Wille einer Gesamtübertragung ergibt. Haben die Parteien subjektiv übereinstimmend eine isolierte Zession gewünscht, setzt sich dieses Ergebnis im Rahmen der natürlichen Auslegung durch.²⁵⁴

2. Vertragsergänzung

Da es vorliegend um die Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Zession geht, liegt das Augenmerk auf solchen Ergänzungen des Abtretungsvertrags, die zum Übergang zusätzlicher Gesamtschuldforderungen führen. Das kann aus § 401 I BGB folgen.²⁵⁵ Darauf kommt es aber nicht mehr an, wenn Zedent und Zessionar nach objektivem Empfängerhorizont ohnehin eine Gesamtübertragung verabredet haben. Dann gibt es keine Unvollständigkeit im Zessionsvertrag, die komplettiert werden könnte. Haben die Parteien im Sonderfall der *falsa demonstratio* subjektiv übereinstimmend eine isolierte Zession gewünscht, ist ebenfalls kein Raum für eine Vertragsergänzung. Dann fehlt es aufgrund einer bewusst abschließenden Regelung an einer Lücke im Abtretungsvertrag.²⁵⁶

²⁵² Je klarer der Wortlaut ist, desto eindeutiger ist das Auslegungsergebnis. S. W. *Hefermehl*, in: Soergel (1999), § 133 Rn. 25, nach dem nur gewichtige Umstände eine dem Wortlaut nicht entsprechende Auslegung rechtfertigen können, wenn dieser besonders klar ist. Je mehr die Vertrauensgrundlage durch eine klare Ausdrucksweise gestärkt sei, desto weniger sei nach sonstigen Deutungsmöglichkeiten zu fragen. Vgl. auch BGH, Urteil v. 31.05.1961, NJW 1961, S. 1668 (1669).

²⁵³ Denkbar ist freilich, dass sich Zedent und Zessionar dezidiert auf die Abtretung aller Gesamtschuldforderungen einigen, die Zession allerdings nur im Hinblick auf einzelne Forderungen wirksam und im Übrigen unwirksam ist (z. B. nach § 399 Var. 2 BGB). Dann kommt es zu einer isolierten Zession entgegen dem Parteiwillen.

²⁵⁴ Vgl. auf S. 248 zur *falsa demonstratio*.

²⁵⁵ Eine Lückenfüllung mittels ergänzender Vertragsauslegung ist nachrangig.

²⁵⁶ Vgl. unter „Lückenfüllung im Zessionsvertrag mittels § 401 I BGB“ ab S. 275.

II. Gezielte Abtretung nur einer Gesamtschuldforderung

Umgekehrt können Zedent und Zessionar ausdrücklich verabreden, dass nur eine Gesamtschuldforderung auf den Zessionar übergehen und die andere bei dem Zedenten verbleiben soll. So liegt es etwa, wenn der Abtretungsvertrag eine Formulierung enthält, nach der die andere Gesamtschuldforderung „von der Abtretung ausgenommen wird“, „bei dem Zedenten verbleibt“ oder Ähnliches. Ebenso kann der Abtretungsvertrag vorsehen, dass „ausschließlich“ (oder in ähnlich exklusiv formulierter Weise) die Forderung gegen einen Gesamtschuldner übergehen soll. Das kann sich ebenfalls nicht nur aus einer ausdrücklichen, sondern auch aus einer konkludenten Abrede ergeben.²⁵⁷

1. Vertragsauslegung

Treten die Parteien wie soeben geschildert gezielt nur eine Gesamtschuldforderung ab, ist nach erläuternder Auslegung des Zessionsvertrags typischerweise eine Einzelabtretung gewollt und damit § 401 I BGB abbedungen. Denn Zedent und Zessionar haben für jede gesamtschuldnerische Forderung einen bestimmten Willen geäußert, sei es nun der Wille eines Übergangs auf den Zessionar oder eines Verbleibs bei dem Zedenten. Wo die Parteien ihren Willen derart klar und differenziert ausgedrückt haben, können Umstände außerhalb der Abtretungserklärung in aller Regel kein abweichendes Ergebnis einer erläuternden Auslegung rechtfertigen.²⁵⁸

Freilich ist die Interessenlage von erheblicher Bedeutung für die Auslegung eines Rechtsgeschäfts.²⁵⁹ Zedent und Zessionar haben im Allgemeinen kein Interesse an einer isolierten Zession. Denn daraus ergibt sich für beide die Gefahr, ihr Forderungsrecht analog § 422 I BGB infolge einer Leistung an den jeweils anderen Gläubiger zu verlieren. Zudem ist eine Einzelabtretung ohne Zustimmung der Gesamtschuldner gemäß § 399 Var. 1 BGB unwirksam. Allerdings kann der Rechtsanwender sich nicht mit dem Argument über den dezidierten Parteiwillen hinwegsetzen, dass die Folgen einer Separatzession objektiv betrachtet den Interessen der Parteien zuwiderlaufen^{260, 261}. Eine interessengerechte Auslegung gegen den klaren

²⁵⁷ Eine Beschränkung der Abtretung auf eine Gesamtschuldforderung kann durch schlüssiges Verhalten zum Beispiel dadurch erfolgen, dass der Zedent dem Zessionar im Zuge der konkludenten Abtretungsvereinbarung in beiderseitigem Einvernehmen nur die Schuldurkunden für einen der Gesamtschuldner übergibt, die Urkunden für einen anderen aber für sich behält.

²⁵⁸ S. schon Fn. 252 in diesem Kap.

²⁵⁹ S. nur *R. Singer*, in: *Staudinger* (2017), § 133 Rn. 52 ff. m. w. N.

²⁶⁰ Zwar rechnet der Grundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung zu den allgemein anerkannten Auslegungsregeln. Insbesondere verdient von mehreren möglichen Auslegungen diejenige den Vorzug, bei der das Rechtsgeschäft wirksam ist. Man spricht von einem Gebot rechts- oder gesetzeskonformer Auslegung (s. nur BGH, Urteil v. 14.03.1990, NJW-RR 1990, S. 817 (818) sowie *R. Singer*, in: *Staudinger* (2017), § 133 Rn. 55 jeweils m. w. N.). Es geht dabei aber nicht darum, dem Vertrag den Inhalt zu geben, welchen der

Wortlaut von Willenserklärungen verbietet sich regelmäßig.²⁶² Nach dem Prinzip der Privatautonomie dürfen sich heteronome Wertungen nicht über einen anhand des Wortlauts deutlich erkennbar entgegenstehenden empirischen Parteiwillen hinwegsetzen.²⁶³

Das gilt besonders dann, wenn eine Auslegung entgegen dem Wortlaut dazu führt, dass eine Partei einen Vermögensgegenstand weggibt – insbesondere, wenn dies ohne Kompensation erfolgt.²⁶⁴ Genau das würde der Zedent aber im Hinblick auf eine nicht erwähnte Gesamtschuldforderung tun, wenn man eine stillschweigende Gesamtabtretung annähme. Insofern bietet sich ein Vergleich zu einem stillschweigenden Forderungsverzicht an. Um diesen zu bejahen, bedarf es auf Seiten des Gläubigers eines rechtsgeschäftlichen Aufgabewillens. Da ein Verzicht auf Rechte im Allgemeinen nicht zu vermuten ist, muss ein unmissverständliches Verhalten festgestellt werden, das vom Erklärungsgegner als Aufgabe des Rechts verstanden werden kann.²⁶⁵ Diese Wertung ist auf die hier interessierende Konstellation über-

Rechtsanwender als interessengemäß erachtet. Maßgeblich ist vielmehr, welchen Einfluss das Interesse der Parteien auf den objektiven Erklärungswert ihrer Äußerungen hatte. Dieser Einfluss kann von Fall zu Fall unterschiedlich sein. Die Vertragsauslegung hat generell in erster Linie den von den Parteien gewählten Wortlaut der Vereinbarungen und den diesem zu entnehmenden objektiv erklärten Parteiwillen zu berücksichtigen. So die st. Rspr., s. nur BGH, Urteil v. 12.01.2001, NJW 2001, S. 1928 f.; BGH, Urteil v. 17.12.2009, NJW-RR 2010, S. 773 (774).

²⁶¹ A. A. offenbar OLG Köln, Urteil v. 24.06.2016, BeckRS 2016, 117629 in Rn. 15.

²⁶² BGH, Beschluss v. 29.11.2001, NJW-RR 2002, S. 646; BGH, Beschluss v. 15.12.2011, BeckRS 2011, 29543; *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 133 Rn. 63; *H.-P. Mansel*, in: Jauernig (2018), § 133 Rn. 10; *H. Dörner*, in: HK-BGB (2019), § 133 Rn. 5. A. A. wohl *R. Singer*, in: Staudinger (2017), § 133 Rn. 53, welcher als Bsp. – m. E. unpassend – rekurriert auf BGH, Urteil v. 12.03.1992, NJW 1992, S. 1446 (1447): „Eine Bürgschaft mit einem im bankgeschäftlichen Verkehr für die Bürgschaft auf erstes Anfordern typischen Wortlaut ist außerhalb dieses Bereichs als einfache Bürgschaft auszulegen, wenn der Gläubiger den Text der Bürgschaft gewählt hat und nicht erwarten konnte, der Bürge verstehe ihn im banküblichen Sinne.“ Hier wurde der Wortlaut nur im *banküblichen* Sinne als Bürgschaft auf erstes Anfordern verstanden. Es ging dabei also um einen außerhalb des Erklärungsakts liegenden Begleitumstand. Solche Umstände können in die Auslegung einbezogen werden, soweit sie für den Erklärungsempfänger einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen, so der BGH.

²⁶³ Vgl. *R. Singer*, in: Staudinger (2017), § 133 Rn. 71. Ferner betont *W. Hefermehl*, in: Soergel (1999), § 133 Rn. 4 zu Recht, eine Auslegung dürfe niemals dem klaren Sinn einer Willenserklärung widersprechen, selbst wenn eine andere Regelung den Parteiinteressen besser gerecht wird. Erkläre z. B. eine Partei, als Gesamtschuldner neben einer anderen haften zu wollen, handele es sich um einen Schuldbeitritt, auch wenn die Parteien den Unterschied zwischen Schuldbeitritt und Bürgschaft nicht gekannt haben. Die schriftlich eindeutige Fassung der Willenserklärung sei zu respektieren.

²⁶⁴ Vgl. auch *W. Hefermehl*, in: Soergel (1999), § 133 Rn. 10, der bekräftigt, eine Auslegung (auch ergänzende) dürfe nicht zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen.

²⁶⁵ St. Rspr., s. nur BGH, Urteil v. 16.11.1993, NJW 1994, S. 379 (380); BGH, Urteil v. 10.05.2001, NJW 2001, S. 2325 (2326); BGH, Urteil v. 04.12.2015, NZM 2016, S. 582 (584). Insbesondere wenn es sich um Rechte handelt, die dem Gläubiger unbekannt sind und mit deren Bestehen er nicht einmal rechnet, soll ein konkudenter Verzicht regelmäßig ausgeschlossen

tragbar, weil sowohl ein Verzicht als auch eine Abtretung kraft Verfügung zum Verlust einer Forderung führen.²⁶⁶

Abermals gibt es eine Ausnahme: Trotz objektiv betrachtet dezidiert isolierter Zession bezieht sich der Abtretungsvertrag auf sämtliche Forderungen aus einer Gesamtschuld, wenn Zedent und Zessionär den Erklärungstatbestand einer Einzelübertragung nur aus Versehen gesetzt haben, subjektiv aber übereinstimmend alle Forderungen übertragen wollten. Dann gilt im Rahmen der natürlichen Auslegung der tatsächliche Parteiwille.²⁶⁷

2. Vertragsergänzung

a) Grundsatz: § 401 I BGB abbedungen

Haben Zedent und Zessionär eine isolierte Zession verabredet, kommt eine Ergänzung der Abrede hin zu einer Gesamtübertragung grundsätzlich nicht in Betracht. Dafür ist in Anbetracht der bewusst negativen Entscheidung über die Abtretung einer weiteren Gesamtschuldforderung kein Raum. Es besteht mangels Planwidrigkeit keine Regelungslücke.²⁶⁸ § 401 I BGB kann als lückenfüllendes dispositives Gesetzentwurf nicht eingreifen. Die Norm ist abbedungen. Ein Gesamtübergang kann auch nicht durch ergänzende Auslegung des Abtretungsvertrags begründet werden.

sein. Auch wenn keine Gegenleistung angeboten wird, sei der Wille eines Forderungsverzichts in der Regel nicht nachvollziehbar. S. auch BGH, Urteil v. 15.01.2002, NJW 2002, S. 1044 (1046): „Selbst bei eindeutig erscheinender Erklärung des Gläubigers darf ein Verzicht deshalb nicht angenommen werden, ohne dass bei der Feststellung zum erklärten Vertragswillen sämtliche Begleitumstände berücksichtigt worden sind.“ Für die im Wesentlichen übereinstimmende h. L. s. nur *M. Schlüter*, in: MüKo-BGB (2016), § 397 Rn. 3.

²⁶⁶ Angesichts dessen ist schon fraglich, ob eine interessengerechte Auslegung unabhängig vom Wortlaut des Abtretungsvertrags überhaupt möglich ist. Schließlich scheitert eine solche Auslegung, wenn ein mögliches Auslegungsergebnis dem Interesse der einen Seite, ein anderes aber dem der anderen Seite entgegenkommt, ohne dass ein Mittelweg ersichtlich ist (h. M., s. nur BGH, Urteil v. 15.10.2014, NZM 2015, S. 211 (212); *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 133 Rn. 63). Man könnte argumentieren, eine Zession einer nicht vom Wortlaut umfassten Forderung laufe dem Interesse des Zedenten, keinen Rechtsverlust zu erleiden, zuwider und begünstige demgegenüber das Interesse des Zessionärs, von den Nachteilen einer isolierten Abtretung gesamtschuldnerischer Forderungen verschont zu bleiben. Dazu näher unter „Lückenfüllung“ ab S. 303.

²⁶⁷ Vgl. S. 248.

²⁶⁸ Vgl. bereits unter „Lückenfüllung im Zessionsvertrag mittels § 401 I BGB“ auf S. 277. Vgl. auch BGH, Urteil v. 17.04.2002, NJW 2002, S. 2310, worin der BGH monierte, dass Berufungsgericht habe nicht bedacht, dass der eindeutige Wortlaut eines Vertrags gegen die Annahme einer Regelungslücke spreche.

b) Ausnahme: gemeinschaftlicher Motivirrtum

Es kann vorkommen, dass sich Zedent und Zessionar aufgrund eines gemeinsamen Motivirrtums zu einer isolierten Zession entscheiden. Zum Beispiel können sie irrtümlich angenommen haben, dass keine Gesamtschuld besteht.²⁶⁹ Darüber hinaus können sie verkannt haben, dass eine isolierte Zession ohne Zustimmung der Gesamtschuldner unwirksam ist. Dann lässt sich die Abbedingung von § 401 BGB möglicherweise korrigieren, sodass der Abtretungsvertrag letztlich doch mittels § 401 I BGB zu einer Gesamtübertragung hin ergänzt werden kann. Eine solche Ergänzung setzt voraus, dass der Abtretungsvertrag aufgrund des gemeinsamen Irrtums der Parteien zumindest der Wertung nach lückenhaft ist. Die Rechtslage ist insoweit nicht ganz klar.²⁷⁰ Meist heißt es pauschal, wenn sich Parteien eines Vertrags bewusst dafür entschieden hätten, den Vertrag lückenhaft zu lassen, liege keine ausfüllungsbedürftige Lücke vor.²⁷¹ Das kann aber nicht gelten, wenn die Parteien ihren Vertrag aufgrund eines gemeinsamen Irrtums unvollständig halten wollten.²⁷² Schließlich kann eine Regelungslücke nach allgemeiner Ansicht²⁷³ auch nach Vertragsschluss entstehen, weil sich die Realität anders entwickelt hat als von den Parteien vorhergesehen. Damit verglichen kann es keinen Unterschied machen, wenn die Wirklichkeit schon bei Vertragsschluss anders war als nach den Vorstellungen der Parteien.²⁷⁴ Ferner spricht das Recht der Geschäftsgrundlagenstörung dafür, einen Vertrag in Fällen des gemeinsamen Motivirrtums ergänzen zu können, obwohl der Vertrag nach dem Parteiwillen abschließend sein sollte. Schließlich kann gemäß

²⁶⁹ Objektiviert betrachtet können Sie dennoch § 401 I BGB abbedingen haben. S. hierzu Fn. 290 in diesem Kap.

²⁷⁰ Überlegungen dazu sind hier bewusst kurSORisch gehalten. Eine umfassende Untersuchung würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

²⁷¹ S. nur *D. Looschelders*, in: NK-BGB (2016), § 157 Rn. 19; *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 43; *H. Wendtland*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 157 Rn. 37.

²⁷² In diese Richtung möglicherweise auch BGH, Urteil v. 17.04.2002, NJW 2002, S. 2310, wonach eine Regelungslücke auch dann vorliegt, wenn die Parteien einen Punkt bewusst offen gelassen haben, weil sie ihn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für nicht regelungsbedürftig gehalten haben, und wenn sich diese Annahme nachträglich als unzutreffend herausstellt.“

²⁷³ S. nur BGH, Urteil v. 12.10.2012, NJW-RR 2013, S. 494 Rn. 9 sowie *H. Roth*, in: Staudinger (2015), § 157 Rn. 16; *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 42.

²⁷⁴ Außerdem sind die letztgenannten Fälle damit vergleichbar, dass die Parteien aufgrund eines Versehens von Anfang an versäumt haben, einen regelungsbedürftigen Punkt zu regeln. Ob eine Regelung wegen eines Versehens oder eines Irrtums unterlassen wird, lässt sich kaum sinnvoll abgrenzen. Ein versehentliches Regelungsversäumnis kann nach einhelliger Ansicht eine vertragliche Lücke begründen. Aus der Rspr. etwa BGH, Urteil v. 21.12.2005, NJW-RR 2006, S. 699 Rn. 8: „Eine Regelungslücke liegt vor, wenn die Parteien einen bestimmten regelungsbedürftigen Punkt übersehen haben.“ Aus der Lit. z. B. *H. Roth*, in: Staudinger (2015), § 157 Rn. 17. Oft ist hier die Rede von einer anfänglichen, unbewussten Lücke. S. etwa *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 42: Dabei beruhe die Regelungslücke darauf, dass die Situation von den Parteien überhaupt nicht ins Auge gefasst wurde.

§ 313 I, II BGB eine Anpassung des Vertrags verlangt werden, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind,²⁷⁵ sich als falsch herausstellen und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie ihren Irrtum erkannt hätten, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Logische Voraussetzung für eine Vertragsanpassung nach § 313 I, II BGB ist, dass der Vertrag planwidrig unvollständig ist.^{276 277}

Daraus folgt: Beruht der Wille von Zedent und Zessionar, den Abtretungsvertrag nicht auf alle Gesamtschuldforderungen zu erstrecken, auf einem gemeinsamen Tatsachen- oder Rechtsirrtum, kann sogar eine ausdrückliche Entscheidung zu einer isolierten Zession unter Abbedingung von § 401 I BGB korrigiert werden.²⁷⁸

Dieser Gedanke soll anhand des folgenden Urteils des Bundesgerichtshofs von 1990 veranschaulicht werden.

²⁷⁵ Gemeinsame Fehlvorstellungen sind nach allgemeiner Ansicht ein klassischer Anwendungsfall von § 313 BGB. Dazu nur *T. Finkenauer*, in: MüKo-BGB (2016), § 313 Rn. 272 ff.; *S. Lorenz*, in: BeckOK-BGB (46. Ed., Stand: 01.05.2018), § 313 Rn. 66 ff.

²⁷⁶ So zu Recht *S. Martens*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 313 Rn. 173.

²⁷⁷ Ob der Vertrag dann vorrangig nach § 313 BGB anzupassen oder nach anderen Grundsätzen zu ergänzen ist, ist eine andere Frage. Sie betrifft nicht die Lückenfeststellung, sondern die Lückenfüllung. Dazu sogleich ab S. 290.

²⁷⁸ Vgl. *C. Armbrüster*, der vertritt, eine ergänzende Auslegung bei eindeutiger vertraglicher Abrede sei möglich, wenn sich aus den konkreten Tatsachen ergebe, dass trotz des Wortlauts eine Regelungslücke vorliege: *C. Armbrüster*, in: *Erman* (2017), § 157 Rn. 23. Dabei stützt er sich auf den BGH, Urteil v. 18.06.2008, NJW-RR 2008, S. 1371 (1372). In dem Urteil ging es um eine ausdrückliche Vertragsabrede, die auf einer Fehleineinschätzung beider Parteien im Moment des Vertragsschlusses beruhte. Eine solche ausdrückliche Abrede könnte man mittels ergänzender Auslegung korrigieren, wenn die Parteien eine abweichende Regelung getroffen hätten, sofern sie die nachträglich veränderten Umstände von Anfang an bedacht hätten. Das ist laut dem BGH der Fall, wenn der dieser ausdrücklichen Abrede zugrunde liegende Regelungsplan für den zu beurteilenden Fall regelmäßig keine interessengerechte Lösung darstellt. Konkret war nach dieser Regel zu entscheiden, ob ein vertraglich festgeschriebener Anspruch eines Händlers gegen den Hersteller auf Rückkauf von Ersatzteilen durch ergänzende Auslegung an zusätzliche Voraussetzungen zu koppeln ist. Es ging also um die Einschränkung eines obligatorischen Rechts mittels ergänzender Auslegung. Das ist zwar etwas anderes als eine Umverteilung „dinglicher“ Rechte, wie sie vorläge, wenn man eine Abtretungsvereinbarung durch ergänzende Auslegung auf eine nicht ausdrücklich genannte Gesamtschuldforderung erstrecken würde. Dadurch würde der Zedent eine weitere Forderung kompensationslos übertragen, obwohl ein entgegenstehender Wille geäußert wurde. Haben die Parteien ihren Willen aber unter dem Einfluss eines gemeinsamen Motivirrtums gebildet, begrenzt er das Rechtsgeschäft nicht mehr zwingend.

BGH:²⁷⁹

Die DKF-AG beauftragte K mit dem Bau einer Fischzuchtanlage. Sie ließ eigene Dachfolien als Baumaterial an K liefern, an denen K ein Unternehmerpfandrecht erwarb. Bald darauf geriet die DKF-AG in Konkurs. Es fand sich ein Interessent B, der das Fischzuchtprojekt fortführen wollte. Darum schloss B mit K einen „Folienvertrag“, wonach K an B das an den Dachfolien bestehende Unternehmerpfandrecht verkaufte und zugleich übertrug. Von diesem Vertrag sollten Forderungen von K gegen die DKF-AG ausdrücklich unberührt bleiben, da K Konkursgläubigerin der DKF-AG bleiben wollte. B weigerte sich im Folgenden jedoch, den Kaufpreis an K zu zahlen, weil er das versprochene Pfandrecht ohne gleichzeitigen Erwerb der zugrundeliegenden Forderung gar nicht erlangen könne. Daraufhin verklagte K den B auf Kaufpreiszahlung und bot an, die gesicherte Forderung zumindest nach Abschluss des Folienvertrags an B abzutreten.

Der Bundesgerichtshof betonte, dass § 1250 I 2 BGB als Ausdruck der absoluten Akzessorietät des Pfandrechts dessen Übertragung ohne die ihm zugrundeliegende Forderung nicht zulasse. Das hätten B und K bei Vertragsschluss verkannt. Eine (erläuternde) Auslegung ihres Vertrags lasse den Schluss zu, dass eine Übertragung der dem Pfandrecht zugrundeliegenden Forderung ausgeschlossen sei. Allerdings ergebe sich deren Mitübertragung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung. Eine vertragliche *Regelungslücke* könne man nicht allein deshalb ablehnen, weil die Parteien ausdrücklich vereinbart hätten, die zugrundeliegende Forderung sollte nicht zediert werden. Hätten die Parteien gewusst, dass die Durchführung des Folienvertrages scheitern werde, falls K den durch das Pfandrecht gesicherten Anspruch nicht an B zediere, hätten sie die Verpflichtung zur Abtretung der Forderung vereinbart. K habe an der Erlangung des Kaufpreises für das Pfandrecht mehr gelegen als an ihrer weiteren Teilnahme am Konkurs der DKF. Dafür spreche schon, dass sie B nunmehr die Abtretung der Forderung anbiete.²⁸⁰ Die Interessen des B würden demgegenüber durch den Erwerb der Forderung nicht beeinträchtigt.

²⁷⁹ BGH, Urteil v. 14.03.1990, NJW-RR 1990, S. 817 ff. Hier vereinfacht dargestellt.

²⁸⁰ K als Verkäuferin bot nach Vertragsschluss freiwillig an, auch die gesicherte Forderung an B zu übertragen und so das Wirksamkeitshindernis des Rechtsgeschäfts zu beseitigen. Deshalb wird K durch die Mitübertragung der Forderung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zumindest kein Vermögensgegenstand gegen ihren nachträglich geäußerten Willen weggenommen. Für B auf der anderen Seite ist es lediglich vorteilhaft, neben dem Pfandrecht auch die gesicherte Forderung zu erwerben. Lehnte er diesen Erwerb ab, würde er endgültig die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts verhindern, welches er selbst eigentlich wollte. Das erscheint widersprüchlich und damit treuwidrig. So resümierte der Bundesgerichtshof auch: „Nach alledem ist eine Auslegung, die der erfüllungsbereiten [K] ein Festhalten am Vertrag verwehren und [B] eine Abkehr vom Vertrag ermöglichen würde, mit dem bei der ergänzenden Vertragsauslegung zu beachtenden Grundsatz von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren.“ Der BGH konnte eine ergänzende Auslegung entgegen dem im Vertragswortlaut geäußerten Parteiwillen also nicht nur damit begründen, dass dieser Parteiwillen auf einem Rechtsfolgenirrtum über die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts beruhte, sondern zusätzlich damit, dass es treuwidrig wäre, den Vertrag nicht zu korrigieren.

Die Entscheidung bekräftigt, dass man eine ausfüllungsbedürftige Vertragslücke ausnahmsweise auch dann annehmen kann, wenn die Parteien ihren Vertrag bewusst lückenhaft gelassen haben.²⁸¹ So liegt es zumindest, wenn der Vertrag andernfalls unwirksam wäre. Das entspricht der Wertung des § 140 BGB, wonach der Parteiwille auch im Fall der Unwirksamkeit eines Vertrags möglichst zur Geltung kommen soll, damit der angestrebte wirtschaftliche Erfolg trotz unerkannter rechtlicher Hürden erreicht werden kann²⁸².

Die vorgestellte Entscheidung des Bundesgerichtshofs über die isolierte Übertragung eines Pfandrechts ist insofern auf die isolierte Abtretung einer Gesamtschuldforderung übertragbar, als beide Rechtsgeschäfte im Grundsatz unwirksam sind. Die gesonderte Übertragung eines Pfandrechts ist zwar niemals wirksam; die Einzelabtretung einer Gesamtschuldforderung ist hingegen wirksam, wenn ihr die Schuldner zustimmen.²⁸³ Dieser Unterschied fällt aber nicht ins Gewicht, wenn eine Zustimmung der Schuldner ausbleibt. Dann hat die Entscheidung des Bundesgerichtshofs Präzedenzwert für die isolierte Zession. In beiden Fällen können die Parteien einem Irrtum über die Wirksamkeit des gewollten Rechtsgeschäfts anheimfallen. So liegt es bei der Einzelabtretung, wenn Zendent und Zessionar irrig davon ausgehen, diese Abtretung sei ohne Zustimmung der Gesamtschuldner wirksam.²⁸⁴ Aufgrund des gemeinsamen Irrtums lässt sich der Abtretungsvertrag so ergänzen, dass eine Forderung aus der Gesamtschuld übertragen wird, deren Übergang die Parteien eigentlich nicht wollten. Auf welche Weise die vertragliche Lücke aufzufüllen ist, ist eine nachgelagerte Frage. Der Bundesgerichtshof musste sich auf eine ergänzende Vertragsauslegung stützen, um die zusätzliche Forderungsübertragung zu begründen. Ist die zusätzliche Forderung hingegen eine Gesamtschuldforderung, existiert mit § 401 I BGB dispositives Gesetzesrecht, um die vertragliche Lücke aufzufüllen.

²⁸¹ Der BGH hat die Lücke mittels ergänzender Vertragsauslegung gefüllt. Zwar verbietet es sich aus Gründen der Privatautonomie im Grundsatz, den tatsächlich erklärten Parteiwillen im Wege der ergänzenden Auslegung zu korrigieren. Für die st. Rspr. s. nur BGH, Urteil v. 01.02.1984, BGHZ 90, S. 69 (77). Statt aller aus der Lit. *W. Flume*, BGB AT II (1992), S. 326; *W. Hefermehl*, in: Soergel (1999), § 133 Rn. 10; *T. Finkenauer*, ACP 213 (2013), S. 619 (626 f.); *H. Roth*, in: Staudinger (2015), § 157 Rn. 38; *C. Armbrüster*, in: Erman (2017), § 157 Rn. 23; *J. Backmann*, in: jurisPK-BGB (2017), § 157 Rn. 37; *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 55. Dieses Verbot ist aber nur einschlägig, wenn der erklärte Parteiwille tatsächlich Ausdruck von Privatautonomie ist. Genau daran fehlt es, wenn die Parteien ihren Willen infolge eines Irrtums gebildet haben. Dient eine ergänzende Vertragsauslegung dazu, diesen Irrtum zu überwinden, ist sie kein Mittel der Gängelung, sondern „Hebammenkunst“ zugunsten der Privatautonomie.

²⁸² Vgl. nur *M. Beurskens*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 15.10.2017), § 140 Rn. 1; *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 140 Rn. 1.

²⁸³ Dazu unter „Zustimmung als Wirksamkeitserfordernis einer isolierten Zession“ ab S. 160.

²⁸⁴ Ein vergleichbarer Fall liegt vor, wenn die Zessionsparteien wissen, dass eine isolierte Zession ohne Zustimmung der Gesamtschuldner unwirksam ist, aber irrig davon ausgehen, die Schuldner würden zustimmen.

Bevor jedoch § 401 I BGB herangezogen werden kann, um den Abtretungsvertrag zu ergänzen, muss die Abbedingung dieser Norm negiert werden. Dazu kommt erstens eine *Anfechtung* der vertraglichen Abbedingung von § 401 I BGB in Betracht, sofern ein Anfechtungsrecht besteht²⁸⁵ und sich die Anfechtungsfolge des § 142 I BGB nicht auf die gesamte Zession erstreckt²⁸⁶. Dann lebt die lückenfüllende Funktion von § 401 I BGB wieder auf, sodass auch nicht zedierte Forderungen als Nebenrechte den Gläubiger wechseln. Zweitens könnte man den Abtretungsvertrag dahin *ergänzend auslegen*, dass der Ausschluss von § 401 I BGB nicht bei einem beiderseitigen Irrtum gelten soll.²⁸⁷ Auf dasselbe Ziel gerichtet könnte man den Vertrag drittens nach § 313 I, II BGB anpassen.²⁸⁸

Das Rangverhältnis dieser Lösungen wirft grundlegende Streitfragen auf.²⁸⁹ Dabei geht es zunächst um die Konkurrenz zwischen Irrtumsanfechtung und § 313 I, II BGB. Hier ist nach der Art des Irrtums zu unterscheiden. Wissen Zedent und Zessionar bei der Abtretung einer Forderung nicht, dass es noch eine andere Forderung gibt, die mit der zedierte zu einer Gesamtschuld verbunden ist,²⁹⁰ irren sich die Parteien über eine Eigenschaft der zedierte Forderung.²⁹¹ Nach herrschender Meinung verdrängt § 313 I, II BGB als Sondervorschrift für den beiderseitigen Motivirrtum die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums nach §§ 142 I, 119 II

²⁸⁵ Freilich kommt eine Anfechtung nicht nur bei einem beiderseitigen Irrtum in Betracht. Wenn nur eine Partei anfechtungsberechtigt ist, kann aber natürlich nur diese Partei anfechten.

²⁸⁶ Wird nur die Abrede angefochten, mit der Zedent und Zessionar § 401 I BGB abbedungen haben, handelt es sich um eine Teilanfechtung des einheitlichen, aber insoweit teilbaren Rechtsgeschäfts der Forderungsübertragung. Die Anfechtungsfolge der Nichtigkeit beschränkt sich auf die Abbedingung von § 401 I BGB, wenn sich aus dem (hypothetischen) Parteiwillen ergibt, dass die Zession mitsamt § 401 I BGB gelten soll (vgl. nur *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 143 Rn. 11). Andernfalls ist die Abtretung insgesamt nichtig. Es gelten die Grundsätze des § 139 BGB.

²⁸⁷ In der Folge würden grundsätzlich analog § 401 I BGB auch nicht zedierte Gesamtschuldforderungen den Gläubiger wechseln, es sei denn, besondere Umstände des Einzelfalls würden ein anderes Ergebnis rechtfertigen. Dazu bereits allgemein unter „Lückenfüllung im Zessionsvertrag mittels § 401 I BGB“ ab S. 275.

²⁸⁸ § 313 II BGB erfasst nach allgemeiner Ansicht Fälle des gemeinsamen Motivirrtums bezogen auf tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse. S. nur *L. Böttcher*, in: *Erman* (2017), § 313 Rn. 30. Speziell zur Bedeutung gemeinsamer Rechtsirrtümer im Rahmen von § 313 BGB etwa BGH, Urteil v. 08.11.2001, NJW 2002, S. 292 (294) sowie *R. Singer*, in: *Staudinger* (2017), § 119 Rn. 77.

²⁸⁹ S. etwa *H.-M. Pawłowski*, AT des BGB (2003), Rn. 573 ff.: Im Einzelfall sei zunächst dunkel, ob eine Auslegung, Irrtumsanfechtung oder Korrektur wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage die richtige Lösung biete. Diese Fragen sollen hier nur angerissen werden.

²⁹⁰ Zwar hatten die Zessionsparteien in diesem Fall subjektiv keinen Anlass, § 401 I BGB abzubedingen. Haben sie ihren Zessionsvertrag aber als ausschließlich auf eine bestimmte Forderung bezogen formuliert, würde ein objektiver Empfänger der Abtretungserklärungen den Willen einer Abbedingung von § 401 I BGB annehmen, sofern dem keine objektiv zu erkennenden Umstände jenseits des Erklärungswortlauts entgegenstehen.

²⁹¹ Dazu unter „Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums“ ab S. 319.

BGB.²⁹² Nach anderer Ansicht sind die §§ 313 I, II und 119 II BGB nebeneinander anwendbar.²⁹³ Halten Zedent und Zessionar eine isolierte Zession ohne Zustimmung der Gesamtschuldner für wirksam, erliegen sie einem Irrtum anderer Art, nämlich einem Rechtsfolgenirrtum.²⁹⁴ Ein Rechtsfolgenirrtum, der ein bloßer Motivirrtum ist, berechtigt nicht zur Anfechtung.²⁹⁵ Dann stellt sich kein Konkurrenzproblem zu dem Recht der Grundlagenstörung; allein letzteres ist anwendbar.²⁹⁶ Ein Rechtsfolgenirrtum, der ein Inhaltsirrtum ist, berechtigt hingegen nach § 119 I Var. 1 BGB zur Anfechtung.²⁹⁷ Ungeklärt ist, ob § 313 I, II BGB eine Anfechtung wegen eines gemeinschaftlichen Inhaltsirrtums verdrängt.²⁹⁸ Im Rahmen der hiesigen Arbeit ist das

²⁹² S. nur BGH, Urteil v. 05.02.1986, NJW 1986, S. 1348 (1349); BGH, Urteil v. 20.03.2013, NJW 2013, S. 1530 Rn. 18. Aus der Lit. etwa *R. Bork*, BGB AT (2016), Rn. 944; *C. Armbrüster*, in: MüKo-BGB (2018), § 119 Rn. 122; *R. Schulze*, in: HK-BGB (2019), § 313 Rn. 6. Vermutlich ebenso, allerdings unter einschränkenden Voraussetzungen *A. Stadler*, in: *Jauernig* (2018), § 313 Rn. 26, der zufolge ein beiderseitiger Eigenschaftsirrtum nach § 119 II BGB zur Vermeidung von Zufallsergebnissen nur unter § 313 BGB fällt, wenn beide Parteien an der Anfechtung ein Interesse hätten.

²⁹³ *T. Finkenauer*, in: MüKo-BGB (2016), § 313 Rn. 148; *P. Krebs/S. Jung*, in: NK-BGB (2016), § 313 Rn. 23; *S. Martens*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 313 Rn. 178; *S. Lorenz*, in: BeckOK-BGB (46. Ed., Stand: 01.05.2018), § 313 Rn. 18. Diese Ansicht überzeugt. Während § 119 II BGB nur den Motivirrtum bezogen auf Eigenschaften regelt, erfasst § 313 I, II BGB nur den gemeinsamen Motivirrtum. Beide Normen sind gleichermaßen „speziell“, sodass sich kein Vorrang feststellen lässt. Entscheidet sich der Irrende für die Anfechtung, wird der andere Teil hinreichend durch § 122 BGB geschützt.

²⁹⁴ Instruktiv zum Rechtsfolgenirrtum *H.-J. Musielak*, JZ 2014, S. 64 ff.

²⁹⁵ Außer in den Fällen der §§ 119 II und 123 I Var. 1 BGB berechtigen Motivirrtümer, also Fehler bei der Willensbildung, nicht zur Anfechtung. Dazu statt aller *F. Faust*, BGB AT (2018), § 21 Rn. 8.

²⁹⁶ Es ist anerkannt, dass ein Rechtsirrtum als ein Irrtum über die Geschäftsgrundlage nach § 313 I, II BGB beachtlich sein kann. Das gilt auch, wenn es sich um einen bloßen Motivirrtum handelt. Dazu nur BGH, Urteil v. 23.10.1957, BGHZ 25, S. 390 (392 f.); BGH, Urteil v. 20.03.2013, NJW 2013, S. 1530 Rn. 18 sowie *R. Singer*, in: *Staudinger* (2017), § 119 Rn. 77.

²⁹⁷ Teilen beide Parteien den Rechtsfolgenirrtum, kann bereits durch natürliche Auslegung gemäß den Grundsätzen der falsa demonstratio das tatsächlich Gewollte zur Geltung kommen, sodass sowohl eine Anfechtung wegen Inhaltsirrtums als auch eine Vertragsänderung nach § 313 BGB ausscheiden (*T. Finkenauer*, in: MüKo-BGB (2016), § 313 Rn. 150; *S. Martens*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 313 Rn. 170). Das gilt aber nur bei einem Irrtum über konkrete Rechtswirkungen, nicht hingegen über die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts im Allgemeinen. Ist ein Rechtsgeschäft von Gesetzes wegen ungültig, kann es nicht allein deshalb wirksam werden, weil die Parteien sich das vorstellen. Abhilfe kann hingegen eine Anpassung des Rechtsgeschäfts schaffen, mit der das Wirksamkeitshindernis beseitigt wird. Möglich ist dies im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung oder nach § 313 I, II BGB. Ebenfalls denkbar ist unter Umständen, den Teil des Rechtsgeschäfts anzufechten, der seine Unwirksamkeit begründet.

²⁹⁸ M. E. ist das zu verneinen, weil sich ähnlich wie beim Eigenschaftsirrtum kein klares Spezialitätsverhältnis feststellen lässt. Anders möglicherweise BGH, Urteil v. 20.03.2013, NJW 2013, S. 1530 Rn. 18: Eine erklärte Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 BGB könnte nicht durchgreifen, wenn beide Parteien der gleichen unrichtigen Vorstellung über die Fortgeltung einer bestimmten Rechtsprechung unterlegen seien. Solche Fehlvorstellungen seien nach den zum Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB entwickelten Grundsätzen zu be-

indes kaum jemals relevant, weil ein Irrtum über die Wirksamkeit einer isolierten Zession auf Basis der herrschenden Meinung²⁹⁹ in aller Regel nicht als Inhaltsirrtum zur Anfechtung berechtigt.

Ferner ist das Verhältnis von ergänzender Vertragsauslegung zum Recht der Geschäftsgrundlagenstörung umstritten. Nach herrschender Ansicht ist die ergänzende Auslegung vorrangig vor einer Grundlagenprüfung.³⁰⁰ Man räumt zu Recht ein, dass die Abgrenzung überaus schwierig und die Grenzen fließend sind.³⁰¹ Ein Vorschlag zur Unterscheidung lautet: Es sei ergänzend auszulegen, wenn die Parteien eine gemeinsame positive Fehlvorstellung hätten, während die Grundlagenprüfung Platz greife, wenn sich die Parteien keinerlei Vorstellungen gemacht hätten.³⁰² Wie

handeln. In der Entscheidung wird nicht klar, ob der BGH den Rechtsirrtum als einen Inhaltsirrtum einordnen würde.

²⁹⁹ Die Rspr. geht von einem Inhaltsirrtum aus, wenn das Rechtsgeschäft aufgrund der Verkennung oder der Unkenntnis seiner rechtlichen Bedeutung nicht die erstrebten, sondern davon wesentlich verschiedene Rechtsfolgen erzeugt. Um einen unbeachtlichen Motivirrtum soll es sich hingegen handeln, wenn das Rechtsgeschäft außer der erstrebten Wirkung nicht erkannte und nicht gewollte Nebenwirkungen hat. St. Rspr., s. nur BGH, Urteil v. 05.06.2008, NJW 2008, S. 2442 Rn. 19 m. w. N. Dazu etwa *C. Armbrüster*, in: MüKo-BGB (2018), § 119 Rn. 87. Ein Nachteil dieser Lösung liegt in der schlechten Abgrenzbarkeit von wesentlich verschiedenen Rechtsfolgen und bloßen Nebenwirkungen. Nach h. L. kommt es darauf an, ob die Rechtsfolge Bestandteil der Willenserklärungen selbst ist oder nur von dem Gesetz als Folge der unmittelbar erklärten Rechtsfolge vorgesehen wird. Im ersten Fall liege ein Inhaltsirrtum vor; im zweiten Fall handele es sich um einen unbeachtlichen Motivirrtum. S. nur *W. Flume*, BGB AT II (1992), S. 465 ff.; *A. Feuerborn*, in: NK-BGB (2016), § 119 Rn. 50; *M. Wolf* / *J. Neuner*, AT Bürgerlichen Rechts (2016), § 41 Rn. 87 ff.; *H. Brox* / *W.-D. Walker*, BGB AT (2017), Rn. 423; *R. Singer*, in: Staudinger (2017), § 119 Rn. 67 ff.; *C. Armbrüster*, in: MüKo-BGB (2018), § 119 Rn. 83. Damit würde die Entlastungsfunktion des dispositiven Rechts indes zum Nachteil des Erklärenden gereichen: Verlässt er sich auf sie, darf er nicht anfechten; verzichtet er auf sie, indem er dispositivo Rechtsfolgen in den Erklärungstatbestand aufnimmt, darf er anfechten. Um diesen Wertungswiderspruch zu vermeiden, wird vertreten, dass ein Rechtsfolgenirrtum zu einer Anfechtung nach § 119 I Var. 1 BGB berechtigt, wenn der Erklärende die Rechtsfolge einseitig hätte ausschließen können. So *F. Faust*, BGB AT (2018), § 21 Rn. 17. Zustimmend *J. Cziupka*, JuS 2009, S. 887 (890).

³⁰⁰ St. Rspr., s. nur BGH, Urteil v. 01.02.1984, BGHZ 90, S. 69 (74); BGH, Urteil v. 24.01.2008, NJW-RR 2008, S. 562 Rn. 12. Aus der Lit. etwa *A. Teichmann*, in: Soergel (2014), § 313 Rn. 22; *H. Roth*, in: Staudinger (2015), § 157 Rn. 9; *D. Looschelders*, in: NK-BGB (2016), § 157 Rn. 7; *C. Armbrüster*, in: Erman (2017), § 157 Rn. 15; *T. Pfeiffer*, in: jurisPK-BGB (2017), § 313 Rn. 47; *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 35. Teils wird begründet: Die Geschäftsgrundlage sei nicht Inhalt des Vertrags und könne daher erst eingreifen, wo der Inhalt des Vertrags ende.

³⁰¹ S. BGH, Urteil v. 28.05.2013, BGHZ 197, S. 284 Rn. 26. Ferner etwa *P. Krebs* / *S. Jung*, in: NK-BGB (2016), § 313 Rn. 20 f.; *L. Böttcher*, in: Erman (2017), § 313 Rn. 33. Nach *S. Lorenz*, in: BeckOK-BGB (46. Ed., Stand: 01.05.2018), § 313 Rn. 15 kann die Abgrenzung sogar offenbleiben, wenn die Auslegung nach §§ 133, 157 BGB und die Vertragsanpassung nach § 313 BGB zum gleichen Ergebnis führen. Kriterien zur Abgrenzung werden erstaunlich selten vorgebracht. Paradigmatisch *D. Looschelders*, in: NK-BGB (2016), § 157 Rn. 7; *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 35.

³⁰² In diese Richtung BGH, Urteil v. 14.01.2000, NJW-RR 2000, S. 1652 (1653). Vgl. *T. Finkenauer*, in: MüKo-BGB (2016), § 313 Rn. 144. Anders BGH, Urteil v. 28.05.2013,

unergiebig diese Abgrenzung ist, zeigt sich zum Beispiel, wenn Zedent und Zessionär eine isolierte Zession ohne Zustimmung der Schuldner irrig für wirksam halten, weil ihnen nicht bewusst ist, dass die Schuldner als Gesamtschuldner haften. Haben die Zessionsparteien dann eine falsche Vorstellung, weil sie die Abtretung für wirksam halten, oder haben fehlt ihnen eine Vorstellung, weil sie keine Kenntnis von der Gesamtschuld haben? Unter anderem aufgrund derartiger Abgrenzungsprobleme hält eine im Vordringen befindliche Ansicht die Unterscheidung zwischen Grundlagenprüfung und ergänzender Auslegung für künstlich und überholt. In Wirklichkeit sei § 313 BGB ein gesetzlich normierter Fall ergänzender Vertragsauslegung, eine Unterscheidung daher unmöglich.³⁰³ Das überzeugt, wenn man Voraussetzungen und Rechtsfolgen von ergänzender Vertragsauslegung und Vertragsanpassung nach § 313 BGB für identisch hält³⁰⁴.

Einer Entscheidung möchte ich mich im Interesse der thematischen Fokussierung enthalten. In jedem Fall kann ein beidseitiger Motivirrtum die Abbedingung von § 401 I BGB überwinden und so zum Übergang sämtlicher Forderungen aus einer Gesamtschuld führen.

BGHZ 197, S. 284 Rn. 26, wonach es offenbar darauf ankommt, wie stark eine Modifizierung des Vertrags das Rechtsverhältnis umgestalten würde. Bei grundlegenden Anpassungen scheide eine Herleitung aus dem Vertragswillen der Beteiligten aus; nur § 313 BGB komme in Betracht.

³⁰³ Vor allem *T. Finkenauer*, AcP 213 (2013), S. 619 (650 f.); *ders.*, in: MüKo-BGB (2016), § 313 Rn. 41 ff., 46, 145. Ebenso *S. Martens*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 313 Rn. 176, demzufolge es dem Rechtsanwender in der Folge prinzipiell freistehe, sich auf das eine oder das andere Institut zu stützen; bei Vorliegen einer vertraglichen Regelungslücke solle im Falle einer einschlägigen anerkannten Fallgruppe einer Grundlagenstörung indes um der Rechtsklarheit willen auf § 313 BGB abgestellt werden.

³⁰⁴ So mit starken Argumenten *S. Martens*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 313 Rn. 172 ff. Vgl. *P. Krebs/S. Jung*, in: NK-BGB (2016), § 313 Rn. 21 a. E. Dagegen *H. Roth*, in: Staudinger (2015), § 157 Rn. 9 f. Krit. außerdem *A. Teichmann*, in: Soergel (2014), § 313 Rn. 135: Die Vertragsanpassung i. S. v. § 313 BGB orientiere sich nicht an dem subjektiv-hypothetischen Parteiwilten wie bei § 157 BGB, sondern an objektiven Kriterien. Im Ergebnis löse sich die Diskrepanz aber dadurch auf, dass sich die Zumutbarkeit i. S. v. § 313 BGB insb. nach den Wertungen des Vertrags richte. Das erscheint widersprüchlich, zumal das „subjektive“ Merkmal des hypothetischen Parteiwilens nach überwiegender Ansicht normativ objektiviert zu bestimmen ist (s. nur *M. Wolf*, in: Soergel (1999), § 157 Rn. 131). M. E. ist problematisch, dass § 313 BGB keine Vertragsanpassung ipso iure bewirkt, sondern nur einen Anspruch auf Anpassung begründet (s. *S. Martens*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.06.2018), § 313 Rn. 122). Bei der ergänzenden Vertragsauslegung ist das anders. Zwar kann der Anpassungsberechtigte bei § 313 BGB regelmäßig direkt auf die angepasste Leistung klagen. Str. ist jedoch, ob mit der direkten Klage auf die angepasste Leistung auch materiellrechtlich ein entsprechender Anspruch einhergeht. Dazu *T. Finkenauer*, in: MüKo-BGB (2016), § 313 Rn. 83.

III. Abtretung einer Gesamtschuldforderung ohne Erwähnung der anderen

Problematisch gestaltet sich die Ermittlung des Parteiwillens, wenn Zedent und Zessionar in ihrer Abtretungsvereinbarung nur auf eine gesamtschuldnerische Forderung Bezug nehmen, sich aber nicht über das Schicksal der anderen Forderungen erklären. So kann ein Abtretungsvertrag ähnlich wie in den vorherigen Fallbeispielen aus der Rechtsprechung zum Beispiel – ohne Zusätze – lauten: „Die Parteien treten hiermit die Forderung gegen Schuldner A ab“. Gilt die Abtretung dann auch für einen gesamtschuldnerisch haftenden Schuldner B, obwohl dieser nicht erwähnt wurde?

1. Vertragsauslegung

a) Erläuternde Auslegung

Der Wortlaut³⁰⁵ einer Abtretungsvereinbarung, die sich nur auf eine gesamtschuldnerische Forderung bezieht, gibt für den Willen der Parteien bezüglich einer verbundenen Schwesternforderung nichts her. Die erläuternde Auslegung findet nach manchen Autoren ihre Grenze im möglichen Wort- und Erklärungssinn. Jenseits davon sei nur eine ergänzende Vertragsauslegung möglich.³⁰⁶ Allerdings deutet ein objektiver Empfänger eine Willenserklärung nicht nur nach ihrem Wortlaut³⁰⁷, sondern darüber hinaus nach allen Erklärungsumständen, die er kennen muss.³⁰⁸ Daraus kann sich ergeben, dass ausschließlich eine einzelne Gesamtschuldforderung übertragen werden sollte, sodass § 401 I BGB abbedungen ist. Genauso kann ich daraus der Wille zu einer Mitübertragung ergeben. Das gilt unabhängig davon, ob Zedent und Zessionar die Gesamtschuld kannten. Zwar meint Kreße, wenn Zedent

³⁰⁵ Für den Fall einer konkludenten Zession stets alternativ gemeint: oder der schlüssige Erklärungstatbestand.

³⁰⁶ *M. Wolf*, in: *Soergel* (1999), § 157 Rn. 4: „Da die erläuternde Auslegung ihre Grenze im möglichen Wort- oder Erklärungssinn findet (s Rz 32), ist eine erweiternde Auslegung über den möglichen Wort- und Erklärungssinn hinaus nur bei der ergänzenden Auslegung möglich.“ Möglicherweise auch *C. Armbrüster*, in: *Erman* (2017), § 157 Rn. 5: „Die einfache (eigentliche, erläuternde) Auslegung knüpft an eine konkrete Vereinbarung an.“ Relativierend *D. Looschelders*, in: *NK-BGB* (2016), § 157 Rn. 6: „Bei der praktischen Rechtsanwendung können erläuternde und ergänzende Auslegung ineinander übergehen. Da beide Methoden letztlich die gleichen Kriterien verwenden, kann dies jedoch zu keinen Wertungswidersprüchen führen.“

³⁰⁷ S. nur *M. Wolf/J. Neuner*, AT Bürgerlichen Rechts (2016), § 35 Rn. 58 f. Vgl. ferner *J. Busche*, in: *MüKo-BGB* (2018), § 133 Rn. 61, der eine „Andeutungstheorie“ ablehnt, nach der Umstände außerhalb des Erklärungswortlauts nur insoweit zu berücksichtigen sind, als sie in der Erklärung irgendeinen, wenn auch unvollkommenen Ausdruck gefunden haben.

³⁰⁸ Wie in Fn. 243 in diesem Kap. näher dargelegt wurde, darf eine erläuternde Auslegung nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks haften bleiben. Stattdessen sind auch Begleitumstände einer Willenserklärung zu berücksichtigen, die über den Erklärungswortlaut hinaus Rückschlüsse auf den wahren Willen des Erklärenden zulassen.

und Zessionar keine Kenntnis von einer gesamtschuldnerischen Bindung hätten, könne der Empfängerhorizont eine solche nicht erfassen. Somit könnten bei Anwendung der klassischen Auslegungsregeln gemäß §§ 133, 157 BGB die weiteren, mit der abgetretenen Forderung gesamtschuldnerisch verbundenen, Forderungen nicht Gegenstand der Abtretungserklärung sein. Allenfalls könne die ergänzende Vertragsauslegung zu einer umfassenden Zession führen.³⁰⁹ Diese Ansicht missachtet jedoch den normativen Charakter der erläuternden Vertragsauslegung. Entscheidend ist, ob ein objektiver Empfänger der Abtretungserklärung aus den Umständen den Willen ableiten muss, alle Gesamtschuldforderungen zu übertragen oder nicht.³¹⁰ Das kann auch dann zu bejahen sein, wenn Erklärender oder Erklärungs-empfänger keine Kenntnis von der gesamtschuldnerischen Bindung haben.³¹¹

Relevante³¹² Umstände einer Willenserklärung muss jedoch derjenige darlegen und beweisen, der sich mit ihrer Hilfe auf ein von dem Wortlaut abweichendes

³⁰⁹ *B. Kreße*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 421 Rn. 65 f. Ähnlich *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (169): Sei ein auf Mitübergang gerichteter Parteiwillen bei einer entgeltlichen Zession mangels Kenntnis der Forderung gegen den anderen Gesamtschuldner nicht gebildet worden, liege eine Regelungslücke vor, die mittels ergänzender Vertragsauslegung geschlossen werden könne.

³¹⁰ Innere Vorstellungen des Erklärenden sind lediglich im Rahmen der natürlichen Auslegung relevant. Haben beide Parteien bestimmte Umstände bei der Abgabe ihrer Willenserklärungen gekannt und deshalb ein subjektiv übereinstimmendes Verständnis von dem Erklärungsinhalt gehabt, so tritt die normative Auslegung hinter die natürliche Auslegung des Parteiwillens zurück: Es gilt der Grundsatz „*falsa demonstratio non nocet*“. Dazu schon auf S. 248.

³¹¹ Umgekehrt kann eine ergänzende Vertragsauslegung in besonderen Fällen auch bei Kenntnis der Gesamtschuld eingreifen und zu einem Gesamtübergang führen, obschon eine erläuternde Auslegung des Abtretungsvertrags nur den Willen zu einer Einzelübertragung ergibt. Vgl. statt vieler *D. Looschelders*, in: NK-BGB (2016), § 157 Rn. 19 m.w.N.: „Im Vordergrund der ergänzenden Vertragsauslegung steht der Fall, dass die Lücke den Parteien bei Vertragsschluss nicht bewusst war. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt aber auch in Betracht, wenn die Parteien einen Regelungsbedürftigen Punkt bewusst offen gelassen haben. Nach § 154 Abs. 1 ist hier zwar im Zweifel davon auszugehen, dass der Vertrag noch nicht geschlossen ist. Diese Vermutung gilt jedoch nicht, wenn die Parteien sich schon vertraglich binden und die fehlende Regelung des infrage stehenden Punktes zu einem späteren Zeitpunkt nachholen wollten oder irrtümlich davon ausgegangen sind, dass dieser Punkt nicht Regelungsbedürftig ist.“ Zu pauschal daher *W. Flume*, BGB AT II (1992), S. 323, nach dem die erläuternde Auslegung bei Regelungen anzuwenden ist, über welche die Parteien ein unterschiedliches Verständnis hatten, während die ergänzende Auslegung Platz greift, wenn nach dem Parteiwillen überhaupt keine Regelung getroffen werden sollte, weil die Parteien die zu regelnde Frage nicht bedacht haben.

³¹² Zu den relevanten Umständen einer Erklärung gehört die zu erkennende Interessenlage der Parteien. Daraus können sich Abgrenzungsprobleme ergeben: einerseits im Hinblick auf die ergänzende Vertragsauslegung, die sich maßgeblich nach den Interessen der Parteien richtet, und andererseits in Bezug auf das dispositivo Gesetzesrecht, welches Parteiinteressen typisiert. Für beide „Lückenfüller“ bliebe wenig Raum, wenn man den Parteiwillen extensiv nach dem zu erkennenden Parteiinteresse auslegen würde. Möglicherweise wird eine Wortlautgrenze der erläuternden Auslegung vertreten (s. Fn. 306 in diesem Kap.), um genau das zu vermeiden.

Verständnis berufen will.³¹³ Gelingt das nicht, kann man im Rahmen der erläuternden Auslegung keinen Parteiwillen in Bezug auf eine vertraglich nicht erwähnte Gesamtschuldforderungen ableiten. Ob bezüglich dieser anderen Forderung aus der Gesamtschuld § 401 I BGB als lückenfüllendes Gesetzesrecht eingreifen kann, wird hier als eine Frage der Vertragsergänzung behandelt, auf die sogleich einzugehen ist³¹⁴.

b) Natürliche Auslegung

Denkbar ist, dass die Parteien bei einer Abtretung bloß versehentlich nur auf eine von mehreren gesamtschuldnerischen Forderungen Bezug genommen haben, eigentlich aber alle Forderungen übertragen wollten.³¹⁵ Nach dem Grundsatz „*falsa demonstratio non nocet*“ richtet sich die Auslegung des Abtretungsvertrags in solchen Fällen einer übereinstimmenden Falschbezeichnung danach, was die Parteien tatsächlich wollten:³¹⁶ eine Abtretung aller gesamtschuldnerischen Forderungen.³¹⁷ Auf § 401 I BGB kommt es dann nicht mehr an.

Vorzugswürdig erscheint aber ein restriktives Verständnis davon, welche Umstände der Empfänger einer Willenserklärung zu erkennen hat.

³¹³ Insofern folgt aus dem Wortlaut einer Erklärung eine Beweislastregel, nach der eine Erklärung im Zweifel in ihrem gewöhnlichen Wortsinn zu verstehen ist. Dazu nur *W. Hefermehl*, in: *Soergel* (1999), § 133 Rn. 27; *R. Bork*, BGB AT (2016), Rn. 545. Vgl. auch BGH, Urteil v. 31.05.1995, NJW 1995, S. 3258; BGH, Urteil v. 11.09.2000, NJW 2001, S. 144 (145); BGH, Urteil v. 13.11.2000, NJW-RR 2001, S. 421. S. ferner BGH, Urteil v. 05.02.1999, NJW 1999, S. 1702 (1703), wonach die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der über ein Rechtsgeschäft aufgenommenen Urkunde sich bei der Auslegung des Vereinbarten dahin auswirkt, dass die Partei, die ein ihr günstiges Auslegungsergebnis auf Umstände außerhalb der Urkunde stützt, diese zu beweisen hat.

³¹⁴ Dazu unter „*Vertragsergänzung*“ ab S. 298.

³¹⁵ Logische Voraussetzung dafür ist, dass beide Parteien alle Forderungen kennen, wenn auch nicht unbedingt ihre gesamtschuldnerische Verbundenheit.

³¹⁶ Vgl. Fn. 85 in diesem Kap. Insb. *M. Mittelstädt*, ZfPW 2017, S. 175 (178 ff.) weist auf „*unechte*“ Falschbezeichnungen hin. Dabei werde die natürliche Auslegung zu einer Korrektur des „*objektiven*“ Vertragwortlauts bemüht, wo dies nicht nötig sei, weil man zu dieser Korrektur auch mittels der normativen Methode gelange. Letztere hafte nach § 133 BGB nicht „*an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks*“, sodass neben dem Vertragstext auch alle weiteren für den Empfänger „*erkennbaren*“ Umstände zum Empfängerhorizont zählen. Das gelte insbesondere für die Vorgeschichte eines Rechtsgeschäfts. Auch den Parteien eines Abtretungsvertrags wird oftmals aufgrund vorangegangener Kommunikation objektiv erkennbar sein, wenn eine weitere Gesamtschuldforderung übertragen werden soll, obwohl die Abtretungserklärungen selbst keinen Hinweis darauf geben. Diese Fälle sollte man m. E. trotzdem mittels natürlicher Auslegung lösen. Erachtet man die natürliche Auslegung nämlich als vorrangig vor der normativen, so gilt dieser Vorrang auch dann, wenn natürliche und normative Auslegung zu demselben Ergebnis kommen.

³¹⁷ I. E. so auch *P. Derleder*, in: *FS Heinrichs* (1998), S. 155 (170), der dies jedoch auf eine ergänzende Auslegung des Abtretungsvertrags stützt.

Ein Beispiel hierfür bildet nach dem zuvor entfalteten Verständnis die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln.³¹⁸ Dabei bestand die Besonderheit, dass Zedent und Zessionar in einer nachträglichen Klarstellungserklärung kundgaben, dass sie nicht nur Ansprüche gegen den einen Gesamtschuldner haben abtreten wollen, sondern auch solche gegen den anderen.³¹⁹ Zwar kann das nachträgliche Verhalten von Vertragspartnern den bei Vertragsschluss zum Ausdruck gebrachten objektiven Gehalt der wechselseitigen Vertragserklärungen nicht mehr beeinflussen. Es kann aber im Rahmen einer natürlichen Auslegung insoweit berücksichtigt werden, als es Rückschlüsse auf den tatsächlichen Parteiwillen bei Vertragsschluss zulässt.³²⁰ Dies setzt freilich voraus, dass es auf den tatsächlichen Willen der Parteien und nicht auf die objektivierte Bedeutung ihrer Erklärungen ankommt. Das ist der Fall, wenn Parteien eines Vertrags – hier des Abtretungsvertrags – ein übereinstimmendes Verständnis von dem Inhalt ihrer Erklärungen hatten.³²¹

Somit erweist sich eine nachträgliche Klarstellungserklärung als ein besonderer Anwendungsfall des *Falsa-demonstratio*-Satzes: Bei einer natürlichen Auslegung ergibt sich der Parteiwille einer Abtretung aller gesamtschuldnerischen Forderungen, obgleich in dem Zessionsvertrag nur auf eine Bezug genommen wurde. Freilich ist oft nicht kontrollierbar, ob Zedent und Zessionar im Moment der Abtretung tatsächlich alle Gesamtschuldforderungen übertragen wollten. Daher können die Abtretungsparteien eine nachträgliche Klarstellungserklärung auch künstlich dazu einsetzen, eine anfangs eigentlich gewollte Einzelabtretung später in eine Gesamt-abtretung umzuformen. Dies wirkt faktisch *ex tunc*, weil dann die Abtretung aller gesamtschuldnerischen Forderungen als von Anfang an gewollt gelten muss.³²² Im Unterschied dazu wirkt die nachgeholte Abtretung einer ursprünglich „vergessenen“ Gesamtschuldforderung rechtlich nur *ex nunc*, weil sie ein eigenständiges Verfugungsgeschäft in Bezug auf die zunächst bei dem Zedenten verbliebene Forderung ist. Trotz der Missbrauchsgefahr ist die beschriebene Klarstellungserklärung grundsätzlich anzuerkennen. Man muss allerdings in jedem Einzelfall sorgfältig prüfen, ob aus späteren Äußerungen der Parteien tatsächlich Rückschlüsse auf deren subjektiven Willen bei Vertragsschluss zulässig sind.³²³

³¹⁸ Vgl. Fn. 27 sowie den dazu gehörigen Haupttext in diesem Kap. (insb. a. E.).

³¹⁹ Vgl. Fn. 29 in diesem Kap.

³²⁰ St. Rspr., s. etwa BGH, Beschluss v. 13.10.2011, ZfBR 2012, S. 138 (139); BGH, Urteil v. 11.10.2012, NJW 2013, S. 51 (52).

³²¹ Vgl. *R. Singer*, in: Staudinger (2017), § 133 Rn. 51 mit Verweis auf Rn. 11 ff.

³²² Davon zu unterscheiden ist die umstrittene Frage, ob der für die ergänzende Vertragsauslegung maßgebliche Zeitpunkt derjenige des Vertragsabschlusses ist (so die h. M.) oder derjenige der Gegenwart. Lehrreich dazu *H. Roth*, in: Staudinger (2015), § 157 Rn. 34.

³²³ Vgl. *T. Finkenauer*, AcP 213 (2013), S. 619 (627), demzufolge man aus späteren Äußerungen der Parteien nur mit Vorsicht Rückschlüsse auf deren tatsächlichen Willen bei Vertragsschluss ziehen kann. Meist gar keine Rückschlüsse könne man aus Äußerungen zum Zeitpunkt eines Rechtsstreits ziehen, weil diese in aller Regel streitig seien.

2. Vertragsergänzung

Lässt sich durch erläuternde Auslegung der Abtretungserklärungen kein Parteiwille bezüglich einer nicht erwähnten Gesamtschuldforderung feststellen und ergibt die natürliche Auslegung keinen Willen zu einer umfassenden Zession, kann man durch Ergänzung des Abtretungsvertrags analog § 401 I BGB zu einer Gesamtübertragung kommen.³²⁴

a) Lückenfeststellung

Nach dem dogmatischen Standpunkt dieser Arbeit³²⁵ muss der Zessionsvertrag lückenhaft sein, damit § 401 I BGB als – lückenfüllendes – dispositives Recht eingreifen kann. Der Abtretungsvertrag muss sich also *planwidrig* nur auf eine oder einzelne Forderungen aus der Gesamtschuld beziehen. Andernfalls ist § 401 I BGB abbedungen. Die Unvollständigkeit der Abtretungsvereinbarung im Hinblick auf die nicht zedierte Gesamtschuldforderung ist in der Regel³²⁶ nicht *planwidrig*, wenn sich beide Parteien bewusst dafür entschieden haben, den Vertrag in dieser Hinsicht lückenhaft zu lassen.³²⁷ Wenn eine bewusste Entscheidung gegen die Abtretung einer unerwähnten Gesamtschuldforderung nicht unmittelbar erweislich ist, kann man sie gegebenenfalls mittelbar aus Begleitumständen der Abtretungserklärungen ableiten. Ein relevanter Umstand besteht darin, ob die Parteien bei der Abtretung einer bestimmten Gesamtschuldforderung *wussten*, dass daneben noch eine weitere existiert.

aa) Beidseitige Kenntnis der Gesamtschuld

Ist den Parteien das Vorliegen einer Gesamtschuld bewusst, gibt es für sie regelmäßig keinen Grund, bei der Abtretung eine weitere Gesamtschuldforderung unerwähnt zu lassen, als eben den Grund, dass sie diese nicht übertragen wollten.³²⁸

³²⁴ Vgl. *D. Reinicke*, NJW 1966, S. 2141 (2143): Könne nicht geklärt werden, was die Parteien gewollt haben, sei davon auszugehen, dass der Gläubiger alle Forderungen aus der Gesamtschuld erwerbe – entweder analog § 401 I BGB oder (offenbar vorzugswürdig) nach ergänzender Auslegung des Abtretungsvertrags. Lediglich von Lückenfüllung mittels ergänzender Auslegung sprechen *H. Ehmann*, Gesamtschuld (1972), S. 33 f. Rn. 53 a. E.; *P. Bydlinski*, in: MüKo-BGB (2016), § 421 Rn. 78.

³²⁵ Dazu unter „Lückenfüllung im Zessionsvertrag mittels § 401 I BGB“ ab S. 275.

³²⁶ Zu einer Ausnahme, der „bewussten Lücke“, bereits in Fn. 311 in diesem Kap.

³²⁷ Dies hat der Rechtsanwender als privatautonome Entscheidung zu akzeptieren, statt den Vertrag heteronom zu Ende zu denken. Vgl. zu dieser ganz h. M. nur BGH, Urteil v. 30.03.1990, BGHZ 111, S. 110 (115); *R. Bork*, BGB AT (2016), S. 207; *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 43; *J. Ellenberger*, in: Palandt (2018), § 157 Rn. 3.

³²⁸ Haben Zedent und Zessionär eine bekannte Gesamtschuldforderung bloß *versehentlich* bei der Abtretung unerwähnt gelassen, wollten diese aber subjektiv übereinstimmend mitübertragen, so ist in natürlicher Auslegung des Abtretungsvertrags eine umfassende Zession gewollt (dazu unter „Natürliche Auslegung“, S. 296). Der Abtretungsvertrag ist nicht unvoll-

Das gilt zumindest für den Zedenten, der eine ihm bekannte Forderung im Zweifel nur übertragen will, wenn er dies äußert. Ob der Schluss auch für den Zessionar zulässig ist, lässt sich schwieriger beantworten. Dagegen spricht, dass der Erwerb einer weiteren Forderung dem Zessionar lediglich Vorteile bringt.³²⁹ Nichtsdestotrotz bleibt es widersprüchlich, wenn der Zessionar den Willen zum Erwerb der einen Forderung zum Ausdruck bringt, bezüglich der anderen jedoch schweigt. Wollte der Zessionar die andere Forderung ebenfalls erwerben, könnte er es schlicht sagen. Daher dürfte es näherliegen, dass auch der Zessionar eine Gesamtschuldforderung nicht erwerben möchte, wenn sie ihm bekannt ist, aber nicht in den Abtretungsvertrag aufgenommen wird.³³⁰

Sonach lässt sich aus dem Wissen beider Zessionsparteien um das Vorliegen einer Gesamtschuld im Grundsatz eine tatsächliche Vermutung dahingehend ableiten, dass die Parteien eine bewusste Entscheidung gegen die Abtretung einer nicht in Bezug genommen Gesamtschuldforderung getroffen haben.³³¹ Diese beidseitige Negativentscheidung ist auch beachtlich, wenn sie nicht nach außen getreten ist. Schließlich ist der subjektive Wille der Vertragsparteien maßgeblich, wenn er übereinstimmt.³³² Dann ergibt eine natürliche Auslegung des Abtretungsvertrags, dass § 401 I BGB abbedungen sein soll.

Zu dem Regelschluss von der Kenntnis um die Gesamtschuld auf den Willen zu einer isolierten Zession kann es Ausnahmen geben. So können die Parteien zutref-

ständig, sodass es auf eine Ergänzung nicht mehr ankommt. Vgl. unter „Lückenfüllung im Zessionsvertrag mittels § 401 I BGB“ ab S. 275.

³²⁹ Er erhält einen zusätzlichen Schuldner und ist nicht mit den Gefahren beschwert, die aus einer Aufspaltung gesamtschuldnerischer Forderungen resultieren. Insoweit ist auch die Wertung des § 516 II 2 BGB zu beachten, nach dem der Antrag einer Schenkung allein durch das Schweigen des Zuwendungsempfängers als angenommen gelten kann. Dieser Fiktion einer Annahme lag das gesetzgeberische Motiv zugrunde, dass Schenkungen in der Regel nicht zurückgewiesen werden (Protokolle BGB, Bd. 2 (1898), S. 8). Für einen zusätzlichen Erwerb auf Verfügungsebene – hier: für den Erwerb einer weiteren Forderung – könnte dasselbe gelten. Das ließe sich zumindest dann folgern, wenn der zusätzliche Erwerb mit Rechtsgrund und ohne Verpflichtung zu einer (finanziellen) Kompensation erfolgt. Vgl. dazu unter „Lösung auf Verpflichtungsebene: Entgeltanpassung“ ab S. 311.

³³⁰ Sieht man das anders, haben Zedent und Zessionar innerlich einen unterschiedlichen Willen gebildet: einerseits gegen, andererseits für den Miterwerb einer weiteren Forderung aus der Gesamtschuld. Dann gelten die Grundsätze entsprechend, die sogleich dargestellt werden unter „Einseitige Kenntnis der Gesamtschuld“ ab S. 302: Der Abtretungsvertrag ist lückenhaft und kann somit zu einer Gesamtübertragung hin ergänzt werden.

³³¹ Dieser Schluss ist nicht zulässig, wenn Zedent und Zessionar die Gesamtschuld nicht kannten, sondern lediglich kennen mussten oder sogar nur kennen konnten. In diesen Fällen haben Zedent und Zessionar die zusätzliche Gesamtschuldforderung nicht deshalb unerwähnt gelassen, weil sie sie von der Abtretung ausschließen wollten, sondern weil sie die zusätzliche Forderung eben nicht kannten. Selbst wenn die Gesamtschuld für die Parteien offensichtlich gewesen sein muss, kann man nicht ableiten, dass der Abtretungsvertrag im Hinblick auf die unerwähnte Gesamtschuldforderung bewusst unvollständig ist. A. A. wohl *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (169 f.).

³³² Das entspricht dem Grundsatz der falsa demonstratio. Dazu auf S. 248.

fend davon ausgegangen sein, sie müssten die Abtretungsvereinbarung nur auf eine Forderung aus der Gesamtschuld beziehen, weil die übrigen ohnehin kraft Gesetzes mitübergehen³³³. Hätten sie diese Konsequenz nicht hinnehmen wollen, hätten sie die Abtretung insgesamt unterlassen oder § 401 I BGB (ausdrücklich) abbedungen. Daher ist die Unvollständigkeit des Abtretungsvertrags hier nicht planwidrig.³³⁴ Es bleibt Raum für eine Übertragung aller Gesamtschuldforderungen analog § 401 I BGB.

Eine weitere Ausnahme ergibt sich, wenn sich die Parteien aufgrund eines *gemeinsamen Irrtums* zu einer isolierten Zession entschieden haben. Sie können zum Beispiel angenommen haben, eine isolierte Zession sei ohne Zustimmung der Gesamtschuldner wirksam. Aufgrund des gemeinsamen Irrtums enthält der Abtretungsvertrag eine planwidrige Regelungslücke.³³⁵ Es macht keinen Unterschied, ob Zedent und Zessionar explizit³³⁶ oder „stillschweigend“³³⁷ beschließen, nur einzelne Forderungen aus einer Gesamtschuld zu übertragen, und dabei einem gemeinschaftlichen Irrtum unterliegen. Beide Szenarien sind gleich zu lösen: Die vertragliche Abbedingung von § 401 I BGB wird beseitigt und es entsteht Raum dafür, den Abtretungsvertrag hin zu einer Gesamtübertragung zu ergänzen.³³⁸ Dann gelten dieselben Grundsätze wie bei beidseitiger Unkenntnis der Gesamtschuld.³³⁹

Abgesehen von derartigen Sonderfällen ist die Unvollständigkeit des Abtretungsvertrags nicht planwidrig, wenn Zedent und Zessionar die Gesamtschuld kennen. Eine Lückenfüllung des Abtretungsvertrags hin zu einer Gesamtübertragung scheidet aus; § 401 I BGB ist abbedungen. Dieses Ergebnis widerspricht dem heute herrschenden Verständnis innerhalb der juristischen Literatur, wonach der Abtretungsvertrag ungeachtet einer Kenntnis von der Gesamtschuld hin zu einer umfassenden Zession auszulegen (!) ist.³⁴⁰ Es lässt sich aber mit den Ergebnissen der Gerichte vereinbaren, wenngleich diese die Kenntnis der Gesamtschuld nicht ausdrücklich als Entscheidungskriterium benennen.³⁴¹

³³³ Diese Annahme träfe zu, weil § 401 I BGB analog auf gesamtschuldnerische Forderungen anwendbar ist. Dazu unter „Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte nach § 401 I BGB?“ ab S. 249.

³³⁴ Diese Fälle ähneln dem Szenario der falsa demonstratio, in dem Zedent und Zessionar zwar eine umfassende Zession wollten, aber in ihrem Abtretungsvertrag versehentlich nur Bezug auf eine Forderung aus der Gesamtschuld genommen haben. Dazu Fn. 328 in diesem Kap.

³³⁵ Dazu unter „Ausnahme: gemeinschaftlicher Motivirrtum“ ab S. 286.

³³⁶ Wie unter „Gezielte Abtretung nur einer Gesamtschuldforderung“ ab S. 281 dargestellt.

³³⁷ Weil sie in ihrem Abtretungsvertrag nur auf eine Forderung Bezug nehmen, die Gesamtschuld aber kennen und daraus abzuleiten ist, dass eine isolierte Zession gewollt ist.

³³⁸ Dazu unter „Ausnahme: gemeinschaftlicher Motivirrtum“ ab S. 286.

³³⁹ Dazu ab S. 303.

³⁴⁰ S. Fn. 16 sowie den dazu gehörigen Haupttext in diesem Kap. Im Ergebnis ähnlich wie hier hingegen die Vertreter aus Fn. 18 in diesem Kap.

³⁴¹ Dazu oben unter „Rechtsprechung“ ab S. 231.

bb) Kenntnis der zusätzlichen Forderung, nicht aber der Gesamtschuld

In vielen Fällen wird den Parteien des Abtretungsvertrags lediglich bewusst sein, dass neben der ausdrücklich zedierten Forderung noch eine andere besteht, nicht aber, dass beide Forderungen gesamtschuldnerisch verbunden sind. Das Wissen um eine gesamtschuldnerische Verbindung setzt zumindest ein laienhaftes Verständnis des wesentlichen Merkmals einer Gesamtschuld voraus: der Tilgungsgemeinschaft zwischen den Forderungen im Sinne von § 422 I BGB. Gehen Zedent und Zessionar demgegenüber vom Vorliegen unverbundener Einzelforderungen aus, ist damit das Verständnis verknüpft, dass der Zedent die ihm verbliebene Forderung und der Zessionar die erworbene Forderung einziehen kann, ohne dass dies rechtliche Auswirkungen auf die jeweils andere Forderung hat. Sind die in Rede stehenden Forderungen hingegen zu einer Gesamtschuld verbunden, erlischt bei Erfüllung der einen Forderung zugleich die andere.³⁴² Das gilt auch, nachdem die Forderungen infolge einer isolierten Zession auf unterschiedliche Gläubiger aufgespalten wurden.³⁴³ Deshalb ist der Bestand der gesamtschuldnerischen Forderung des Zedenten wie auch der des Zessionars jederzeit dadurch gefährdet, dass der jeweils andere Schuldner an seinen Gläubiger leistet. Dieses Risiko als Folge einer isolierten Zession gehen Zedent und Zessionar nur bewusst ein, wenn sie um die gesamtschuldnerische Verbindung zwischen einer abgetretenen und einer nicht abgetretenen Forderung wissen.³⁴⁴ Gehen die Parteien irrtümlich davon aus, es handle sich um unverbundene Einzelforderungen, irren sie über rechtliche Eigenschaften der Forderungen.³⁴⁵ Darum haben sie sich *nicht* bewusst dagegen entschieden, die unerwähnte Gesamtschuldforderung abzutreten. Dass der Abtretungsvertrag insofern geplantermaßen unvollständig ist, kann man nicht ohne Weiteres annehmen. Es bleibt Raum für eine analoge Anwendung von § 401 I BGB.³⁴⁶

³⁴² Damit ist nur die wesentlichste Gesamtwirkung innerhalb einer Gesamtschuld angesprochen. Über die Erfüllung hinaus wirken sich nach §§ 422–425 BGB freilich noch weitere Rechtstatsachen auf alle verbundenen Forderungen gemeinsam aus.

³⁴³ Dazu schon unter „Gesamtschuld trotz Trennung der Schuldner“ ab S. 97. Zedent und Zessionar müssen sich streng genommen auch dieses Umstands bewusst sein, um die volle Bedeutung einer gesamtschuldnerischen Verbindung zwischen verschiedenen Forderungen zu kennen. Wissen Zedent und Zessionar aber um die Tilgungsgemeinschaft zwischen bestimmten Forderungen, wissen sie typischerweise auch, dass diese Gemeinschaft nicht infolge einer isolierten Zession zerbricht. Andernfalls würde eine isolierte Zession zu einer wundersamen Geldvermehrung führen (vgl. „Zwingendes Fortbestehen der Tilgungsgemeinschaft“, S. 139), was auch Laien erkennbar unverdient erscheinen dürfte.

³⁴⁴ Liegt der isolierten Abtretung ein Forderungskauf zugrunde, wird der Erwerber wegen des genannten Risikos auch typischerweise einen geringeren Kaufpreis für die Forderung zu zahlen bereit sein, falls die Veräußerung überhaupt zustande kommt.

³⁴⁵ Die gesamtschuldnerische Gebundenheit einer Forderung ist eine Eigenschaft im Sinne des § 119 II BGB. S. unter „Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums“ ab S. 319.

³⁴⁶ Wird eine gesamtschuldnerische Forderung ohne Bezugnahme auf die andere zediert, muss man wertungsmäßig das Parteiwissen um die Existenz beider Forderungen in Unkenntnis ihrer Verbindung zu einer Gesamtschuld genauso behandeln wie die vollständige Unkenntnis der nicht erwähnten Gesamtschuldforderung. Dazu auf S. 303. In beiden Fällen haben Zedent

cc) Einseitige Kenntnis der Gesamtschuld

Des Weiteren gibt es Konstellationen, in denen sich von den beiden Parteien des Abtretungsvertrags nur eine der Existenz einer weiteren Forderung und deren gesamtschuldnerischer Verbundenheit mit der ausdrücklich abgetretenen Forderung bewusst ist. Ist – wie in der Regel³⁴⁷ – der Zedent die wissende Partei, hat er zumeist den inneren Willen gebildet, eine bei der Abtretung nicht erwähnte Gesamtschuldforderung auch nicht zu übertragen. Der Zessionar als unwissende Partei hat insofern keinen Willen gebildet. Jedoch genügt die innerliche Negativentscheidung des Zedenten nicht, um die Planwidrigkeit der Unvollständigkeit im Abtretungsvertrag auszuschließen. Nur wenn sich *beide* Parteien bewusst dafür entscheiden, ein bestimmtes Thema aus dem Vertrag auszuklammern, kann der Vertrag insoweit nicht ergänzt werden. Das zeigt sich deutlich an der Wertung, die § 401 I BGB für gesamtschuldnerische Forderungen trifft: Solche Forderungen gehen als Nebenrechte kraft Gesetzes zusammen mit einer zidierten Forderung über.³⁴⁸ Dieser Mitübergang vollzieht sich unabhängig von dem Willen der Parteien. Der Erwerb des Nebenrechts wird nicht verhindert, weil sich eine Partei insgeheim vorbehält, ihn nicht zu wollen.³⁴⁹ Soll ein Mitübergang ausgeschlossen werden, bedarf es einer *vertraglichen* Abbedingung von § 401 I BGB. Ein einseitiger innerer Wille zum Ausschluss reicht nicht aus.³⁵⁰ Das gilt entsprechend, wenn allein der Zessionar die zusätzliche

und Zessionar keinen Anlass, bei Abtretung der einen Forderung, über die andere nachzudenken und dazu einen Rechtsfolgewillen zu bilden.

³⁴⁷ Regelmäßig weiß derjenige am besten über bestimmte Rechte Bescheid, der Inhaber dieser Rechte ist. Der Zessionar hat als außenstehende Person meist einen schlechteren Einblick in die rechtliche Sphäre des Zedenten.

³⁴⁸ Dazu unter „Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte nach § 401 I BGB?“, ab S. 249.

³⁴⁹ RG, Entscheidung v. 16.11.1916, LZ 1917, S. 320 Nr. 3. *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 401 Rn. 7; *W. Rosch*, in: jurisPK-BGB (2017), § 401 Rn. 21; *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 401 Rn. 16. S. auch *K. Schreiber*, in: Soergel (2010), § 401 Rn. 1. Das entspricht dem Gedanken des § 116 S. 1 BGB, wonach eine Willenserklärung nicht deshalb wichtig ist, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen („Mentalreservation“). Mit § 116 S. 1 BGB hat der Gesetzgeber für die Auslegung von Willenserklärungen das „Willensdogma“, welches den Erklärenden in den Fokus rückte, zugunsten der „Erklärungstheorie“, die primär den Erklärungsempfänger und dessen Vertrauen in den Blick nahm, durchbrochen. S. nur *C. Armbrüster*, in: MüKo-BGB (2018), § 116 Rn. 1.

³⁵⁰ Wäre § 401 I BGB nicht analog auf Gesamtschuldforderungen anwendbar, könnte eine Gesamtschuldforderung, die vom Willen der Zessionsparteien nicht erfasst ist, nur im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung mitübergehen. Fraglich ist, ob dies allein wegen eines entgegenstehenden inneren Willens des Zedenten ausscheidet. So i.E. *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (170), nach dem eine Gesamtabtretung in ergänzender Auslegung ausscheidet, wenn allein der Zedent die Gesamtschuld bei der Abtretung kennt, die Parteien sich aber nur auf die Übertragung einer Gesamtschuldforderung einigen. (Die stattdessen erfolgende Einzelabtretung könnte der Zessionar gemäß § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung anfechten, wenn der Zedent – trotz Aufklärungspflicht – den Zessionar nicht über die Gesamtschuld informiert hat.) Man könnte dieses Ergebnis damit begründen, die Unvollständigkeit des Abtretungsvertrags sei nicht planwidrig, wenn der Zedent keine Gesamtübertragung wolle. Denn unabhängig von dem Willen eines Erwerbers könne aus Gründen der Privatautonomie

Gesamtschuldforderung nicht erwerben wollte, was regelmäßig anzunehmen ist, wenn er ihre Existenz kannte, sie bei der Abtretung aber nicht in Bezug genommen hat³⁵¹. Allgemein ist eine einseitige Kenntnis der Gesamtschuld ist im Rahmen der Lückenfeststellung unerheblich. Auch wenn die wissende Partei die nicht in Bezug genommene Gesamtschuldforderung innerlich nicht zedieren wollte, ist der Abtretungsvertrag insoweit planwidrig unvollständig. Er kann mittels § 401 I BGB vervollständigt werden.

dd) Beidseitige Unkenntnis der nicht erwähnten Gesamtschuldforderung

Denkbar ist schließlich, dass sowohl Zedent als auch Zessionar nichts von der Existenz einer weiteren Forderung oder von deren gesamtschuldnerischer Verbundenheit wussten. Dann können sie ihren Abtretungsvertrag in Bezug auf diese zusätzliche Forderung nicht bewusst unvollständig gehalten haben. Folglich kann der Abtretungsvertragsvertrag mittels § 401 I BGB so ergänzt werden, dass alle Forderungen aus der Gesamtschuld den Gläubiger wechseln.

b) Lückenfüllung

Enthält der Abtretungsvertrag für eine Forderung aus der Gesamtschuld keine Regelung und liegt keine falsa demonstratio vor, kann das Regelungsvakuum mittels § 401 I BGB aufgefüllt werden.

keine Person entgegen ihrem tatsächlichen Willen gezwungen werden, einen ihr zugeordneten Vermögensgegenstand wegzugeben. M.E. wäre anders zu entscheiden. Busche formuliert treffend, der *übereinstimmende* wirkliche Wille der Vertragsparteien setze der ergänzenden Vertragsauslegung Grenzen (*J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 26). Der innere Wille nur einer Partei begrenzt die ergänzende Vertragsauslegung also nicht. Dasselbe gilt bei der „gewöhnlichen“ erläuternden Auslegung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. Dabei muss man den Sinn einer Erklärung objektiviert ermitteln, weil das Vertrauen des Erklärungsempfängers auf den für ihn verständlichen Sinn schutzwürdig ist und der Erklärende die Verantwortung für seine Erklärung trägt. Deshalb erlaubt die falsa demonstratio in diesem Bereich nur dann eine natürliche Auslegung, wenn die Parteien übereinstimmend ein bestimmtes Erklärungsverständnis hatten. Folglich müsste der Zedent, der keine Gesamtübergabe will, diesen Willen so nach außen tragen, dass der Zessionar ihn erkennen muss. Dann kann in ergänzender Vertragsauslegung keine umfassende Zession hergeleitet werden – selbst wenn der Vertragspartner diese wollte. Um eine Vertragsanpassung im Wege der ergänzenden Auslegung zu verhindern, genügt der entgegenstehende Wille einer einzigen Partei, sofern die andere Partei ihn erkennen muss. Um hingegen die Geltung einer dispositiven Norm wie § 401 I BGB zu hindern, genügt ein entsprechender Wille einer Partei auch dann nicht, wenn die andere Partei ihn erkennen muss. Stattdessen ist eine Willensübereinstimmung beider Parteien nötig. Sie müssen die dispositive Vorschrift vertraglich abbedingen.

³⁵¹ Trotz der in Fn. 329 in diesem Kap. genannten Bedenken erscheint diese Schlussfolgerung haltbar.

aa) Grundsatz: analoge Anwendung von § 401 I BGB

Lässt sich in dem Abtretungsvertrag keine Regelung für das Schicksal einer weiteren Gesamtschuldforderung finden, ist die Lücke prinzipiell mittels dispositiven Gesetzesrechts zu füllen: Die vertraglich nicht in Bezug genommene Gesamtschuldforderung wechselt analog § 401 I BGB ebenfalls den Gläubiger. Ohne diese Vervollständigung des Vertrags ist eine angemessene, interessengerechte Lösung regelmäßig nicht zu erzielen, weil die Rechtsfolgen einer isolierten Zession grundsätzlich weder für Zedent noch für Zessionar erstrebenswert sind. Diese Interessenlage wurde eingehend dargelegt.³⁵² Wendet man mit der h. M. § 401 I BGB nicht analog auf jede Art von Gesamtschuldforderung an, kann eine nicht willentlich übertragene Forderung nur im Wege *ergänzender Auslegung* des Abtretungsvertrags mitübergehen (vorausgesetzt, der Vertrag ist planwidrig unvollständig). Dabei ergeben sich allerdings erhebliche Zweifelsfragen.³⁵³ Sie können dahinstehen, wenn man § 401 I BGB analog auf gesamtschuldnerische Forderungen anwendet, wie es dem Standpunkt dieser Arbeit entspricht.

³⁵² Vgl. unter „Interessenausgleich mittels § 401 I BGB“ ab S. 260.

³⁵³ Maßgeblich für die ergänzende Vertragsauslegung ist der hypothetische Parteiwille. Aufschluss darüber geben die Wertungen aus dem vertraglichen Regelungsplan. Wussten die Parteien bei der Abtretung einer Forderung nicht, dass diese gesamtschuldnerisch mit einer weiteren Forderung verbunden ist, gingen sie davon aus, eine gewöhnliche Einzelforderung zu übertragen. Auf diesen Vorgang war der Parteiwille gerichtet und auf dieser Grundlage haben die Parteien ihre gesamte Transaktion wirtschaftlich kalkuliert. Folglich muss der Abtretungsvertrag so ergänzt werden, dass die Parteien so oder zumindest ähnlich gestellt werden, als hätten sie eine unverbundene Einzelforderung übertragen (s. auch *H. Ehmann*, Gesamtschuld (1972), S. 33 f. Fn. 53). In diesem Vergleichsszenario hätte der Zedent sein Gläubigerrecht in der Weise aufgegeben, dass eine Leistung an ihn im Grundsatz keine befreiende Wirkung hat, weil die Rechtszuständigkeit für die Forderung nunmehr ausschließlich bei dem Zessionar liegt. Bei der Abtretung einer Gesamtschuldforderung lässt sich dieses Ergebnis nur erreichen, wenn sich die Abtretung auf alle gesamtschuldnerischen Forderungen erstreckt. Allerdings würde eine derartige ergänzende Auslegung des Abtretungsvertrags Zedent und Zessionar eben nicht in jeder Hinsicht so stellen, als hätten sie eine unverbundene Einzelforderung übertragen. Im Hinblick auf die Realisierbarkeit seines Gläubigerrechts wird der Zessionar bessergestellt, wenn er sämtliche Gesamtschuldforderungen erwirbt. Er kann nämlich in der Folge anders als beim Erwerb einer unverbundenen Einzelforderung nicht nur von einem Schuldner Leistung verlangen, sondern von sämtlichen Gesamtschuldnern. Das ist besonders dann relevant, wenn die realisierbaren Werte der Forderungen auseinanderfallen. Außerdem ist fraglich, ob das für die ergänzende Auslegung gültige Erweiterungsverbot verletzt wird, wenn man eine stillschweigende Gesamtübertragung annimmt (dazu bereits in Fn. 175 in diesem Kap.). Alternativ könnte der Zedent auf die ihm verbleibende Forderung mit Einzelwirkung stillschweigend verzichten. Der Zessionar stünde dann so, als hätte er von Anfang an eine unverbundene Einzelforderung erhalten. Doch auch das begegnet Bedenken. Im Fall des Verzichts durch den Zedenten hätte dieser gar keine Forderung, der Zessionar hätte nur die willentlich übertragene Forderung. Bei einer stillschweigenden Mitabtretung hätte der Zedent ebenfalls keine Forderung, der Zessionar aber alle gesamtschuldnerischen Forderungen. Vernünftige Parteien dürften wohl die Regelung vereinbaren, die für eine der Parteien günstiger ist, sofern sich für die andere Partei keine Nachteile ergeben.

bb) Ausnahme: Abbedingung von § 401 I BGB in ergänzender Vertragsauslegung

Wie aufgezeigt wurde³⁵⁴, kann § 401 I BGB in ergänzender Auslegung abbedungen sein³⁵⁵, wenn der hypothetische Parteiwille aufgrund besonderer Umstände nicht auf eine umfassende Zession gerichtet ist. Der hypothetische Parteiwille richtet sich danach, wie die Beteiligten unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände den offengebliebenen Punkt redlicherweise geregelt haben würden, wenn sie ihn bedacht hätten.³⁵⁶

Der Vertrag ist aus seinem konkreten Plan heraus zu ergänzen.³⁵⁷ Daneben muss der Rechtsanwender die objektive Sinnhaftigkeit des durch seine Auslegung ergänzten Geschäfts, also Vertragstypus und Vertragszweck, würdigen.³⁵⁸ Da sich die ergänzende Auslegung aus Gründen der Privatautonomie so weit wie möglich am wirklichen Willen der Parteien orientieren muss³⁵⁹, sind zunächst besondere Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Zum Beispiel kann der Zedent eine per-

³⁵⁴ Dazu bereits unter „Lückenfüllung im Zessionsvertrag mittels § 401 I BGB“ ab S. 275 a. E.

³⁵⁵ Die ergänzende Auslegung kann dispositives Recht abbedingen, wenn der hypothetische Parteiwille davon abweicht. Vgl. etwa *C. Armbüster*, in: Erman (2017), § 157 Rn. 19.

³⁵⁶ Dazu muss man klären, welche Interessen die Vertragsparteien haben, und diese abwägen. Entscheidend dafür ist der Regelungsplan der Parteien. Er richtet sich zunächst nach den im Vertrag schon vorhandenen Regelungen und Wertungen. Darüber hinaus ist auch zu berücksichtigen, welche Regelung die typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte als redliche Vertragspartner getroffen hätten, wenn ihnen die Lückenhaftigkeit des geschlossenen Vertrags bewusst gewesen wäre. Vgl. zur Lückenfüllung mittels ergänzender Vertragsauslegung BGH, Urteil v. 22.04.1953, BGHZ 9, S. 273 (278): „Für die Vertragsauslegung verweist § 157 BGB auf die Erfordernisse von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte. Dieser objektive Auslegungsmaßstab ist aber nach feststehender Rechtsprechung (...) bei der ergänzenden Vertragsauslegung zugleich unter Berücksichtigung des anzunehmenden Willens der Vertragsparteien anzuwenden, da eine solche Auslegung nur den Vertragsinhalt, nicht auch den Vertragswillen zu ergänzen hat. Der Richter, dem die ergänzende Vertragsauslegung im einzelnen Fall obliegt, muß also die Frage prüfen und beantworten, wie die Parteien den fraglichen, ungeregelt gebliebenen Punkt geregelt haben würden, wobei er zugleich die Grundsätze von Treu und Glauben mitzuberücksichtigen hat.“ mit Anm. von *B. Gsell*, NJW 2017, S. 3074 f.

³⁵⁷ Der tatsächliche Parteiwille bildet eine Grenze für die ergänzende Vertragsauslegung. Sie darf als bloße Fortschreibung der Parteivereinbarung nicht zu einer wesentlichen Veränderung des Vertragsinhalts führen. Der Rechtsanwender muss die Wertungen der Parteien akzeptieren, auch wenn sie ungerecht oder unvernünftig erscheinen. Vgl. die st. Rspr. wie z. B. nach BGH, Urteil v. 21.09.1994, BGHZ 127, S. 138 (142); BGH, Urteil v. 03.12.2014, NJW 2015, S. 1167 (1169) sowie die h. L. stellvertretend nach *W. Flume*, BGB AT II (1992), S. 326; *J. Cziupka*, JuS 2009, S. 103 (105); *H. Roth*, in: Staudinger (2015), § 157 Rn. 30 ff.; *R. Bork*, BGB AT (2016), S. 208 f.; *D. Looschelders*, in: NK-BGB (2016), § 157 Rn. 25 f.; *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 47 ff.

³⁵⁸ Vgl. dazu *T. Finkenauer*, AcP 213 (2013), S. 619 (623 f.); *H. Roth*, in: Staudinger (2015), § 157 Rn. 31 ff.; *D. Looschelders*, in: NK-BGB (2016), § 157 Rn. 23; *J. Busche*, in: MüKo-BGB (2018), § 157 Rn. 48. Krit. *C. Armbüster*, in: Erman (2017), § 157 Rn. 20.

³⁵⁹ Statt vieler *D. Looschelders*, in: NK-BGB (2016), § 157 Rn. 22.

sönliche Verbindung zu dem bei der Zession unbekannten Gesamtschuldner haben, weswegen er die gegen diesen gerichtete Forderung niemals mit auf den Zessionar übertragen würde.³⁶⁰ Dann muss der Abtretungsvertrag dahingehend ergänzend ausgelegt werden, dass sich die Parteien auf eine isolierte Zession geeinigt und § 401 I BGB mithin abbedungen haben.³⁶¹

In Abwesenheit von besonderen Umständen des Einzelfalls, welche in dieser Arbeit nicht weiter untersucht werden können, richtet sich der hypothetische Parteiwille nach den typischen Interessen der Beteiligten.³⁶² Diese gehen bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung einer gesamtschuldnerischen Forderung dahin, dass die übrigen Forderungen aus der Gesamtschuld ebenfalls den Gläubiger wechseln sollen. Das wurde bereits dargelegt und begründet maßgeblich die analoge Anwendbarkeit von § 401 I BGB.³⁶³ Der Vertrag über die Abtretung einer einzelnen gesamtschuldnerischen Forderung entspricht also im Grundsatz einem durch § 401 I BGB gesetzlich geregelten „Typ“. Dann liegt keine im Wege ergänzender Vertragsauslegung ausfüllungsbedürftige Lücke vor. Was der Rechtsanwender in ergänzender Auslegung festzustellen hätte, ist bereits gesetzlich typisiert.³⁶⁴ Abseits besonderer Einzelfallwertungen ist also allein § 401 I BGB anwendbar. Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet aus. Sie kann allenfalls eine Rolle spielen, um den zusätzlichen Rechtserwerb des Zessionars auszugleichen, wie im Folgenden aufgezeigt wird.

³⁶⁰ Dieses spezielle Schonungsinteresse des Zedenten dürfte für die ergänzende Auslegung auch maßgeblich sein, wenn es für den Zessionar nicht zu erkennen war. Schließlich richtet sich die ergänzende Auslegung grds. danach, wie die Parteien einen offengebliebenen Punkt geregelt hätten, wenn sie ihn bedacht hätten. Haben die Parteien den Punkt nicht bedacht, kann es keine Rolle spielen, ob regelungsrelevante Umstände für eine Partei zu erkennen waren. Vgl. nur *H. Roth*, in: *Staudinger* (2015), § 157 Rn. 31: Der hypothetische Parteiwille sei ein normatives Kriterium i. d. S., dass es dem Grundsatz nach nicht darauf ankomme, wie die betreffende Lücke von den konkreten Parteien in Wirklichkeit geschlossen worden wäre, sondern darauf, was beide Parteien als einen redlichen Interessenausgleich gewollt oder hingenommen hätten, wenn sie den offengebliebenen Punkt bedacht hätten. Außerdem lässt sich die erläuternde Auslegung nur von der ergänzenden abgrenzen, wenn bei ersterer nicht bereits alle Parteiinteressen berücksichtigt werden, sondern nur jene, die der Empfänger einer Willenserklärung kennen musste. Die ergänzende Auslegung muss darüber hinausgehende Umstände berücksichtigen können, um einen nennenswerten eigenständigen Anwendungsbereich zu haben. Dazu schon Fn. 312 in diesem Kap.

³⁶¹ Konkret für dieses Beispiel so i. E. auch *P. Derleder*, in: *FS Heinrichs* (1998), S. 155 (170).

³⁶² Statt vieler *C. Armbüster*, in: *Erman* (2017), § 157 Rn. 20: Erst wenn sich aus Inhalt und Umständen des konkreten Vertrags keine hinreichend eindeutigen Hinweise auf den hypothetischen Parteiwillen ergeben, könnten objektive Kriterien zum Zuge kommen.

³⁶³ Dazu unter „Interessenausgleich mittels § 401 I BGB“ ab S. 260.

³⁶⁴ Vgl. nur *C. Armbüster*, in: *Erman* (2017), § 157 Rn. 19.

c) Anpassung des Äquivalenzverhältnisses bei entgeltlichem Kausalgeschäft?

Haben die Parteien bei der Abtretung in Bezug auf einzelne Forderungen aus der Gesamtschuld keinen Willen gebildet, gehen diese analog § 401 I BGB mit auf den Zessionar über. Dazu kommt es vor allem, wenn die Zessionsparteien aufgrund von Informationsdefiziten davon ausgingen, bloß eine unverbundene Einzelforderung zu übertragen. Im Vergleich dazu wird der Zessionar – bezogen auf die Realisierbarkeit seines Gläubigerrechts – bessergestellt, wenn er analog § 401 I BGB sämtliche Gesamtschuldforderungen erwirbt. Er kann erstens auf einen zusätzlichen Schuldner zugreifen und, falls dieser leistungsfähiger ist, zweitens von ihm sogar einen größeren Teil der geschuldeten Leistung eintreiben. Die Forderung aus einer Gesamtschuld hat wegen der mehrfachen Sicherung einen höheren Wert als eine unverbundene Forderung. Daher ist im Fall des Forderungskaufs ökonomisch betrachtet ein höherer Kaufpreis zu zahlen, wenn nicht nur eine Einzelforderung, sondern mehrere Gesamtschuldforderungen zu übertragen sind. Ein Zedent, der eine vermeintliche Einzelforderung veräußert, möchte typischerweise nur dann ein volles Bündel gesamtschuldnerischer Forderungen übertragen, wenn er dafür auch einen höheren Kaufpreis erhält. Eine Gesamtübertragung ohne Änderung des Kausalgeschäfts lässt das Interesse des Zedenten an einem angemessenen Äquivalenzverhältnis unberücksichtigt. Dabei gilt bei einem Austauschvertrag die Vermutung, dass nach dem Geschäftswillen der Parteien Leistung und Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis standen.³⁶⁵ Infolge des Mitübergangs analog § 401 I BGB verschiebt sich das Synallagma zulasten des Zedenten. Fraglich ist, ob diese Verschiebung im Fall des Forderungskaufs³⁶⁶ mittels ergänzender Vertragsauslegung³⁶⁷ korrigiert werden kann. Im Folgenden sollen dazu zwei Vorschläge unterbreitet und bewertet werden.

³⁶⁵ S. nur BGH, Urteil v. 11.05.2009, BGHZ 181, S. 47 ff., Rn. 46. Übereinstimmend aus der Lit. insb. *H. Roth*, in: *Staudinger* (2015), § 157 Rn. 30; *C. Armbrüster*, in: *Erman* (2017), § 157 Rn. 21; *J. Busche*, in: *MüKo-BGB* (2018), § 157 Rn. 48.

³⁶⁶ Erfolgt die Abtretung aufgrund einer *Schenkung*, kommt eine Anpassung des Äquivalenzverhältnisses nicht in Betracht, weil es bei der Schenkung nur eine Leistung gibt, aber keine Gegenleistung (vgl. nur *J. Koch*, in: *MüKo-BGB* (2016), § 516 Rn. 25). Das lässt sich im Wege ergänzender Vertragsauslegung nicht ändern. Sonst würde die Schenkung Züge eines Kaufs annehmen, was angesichts der erheblichen Unterschiede zwischen Schenkungs- und Kaufrecht den vertraglichen Regelungsrahmen sprengen würde (vgl. zur Begrenzung der ergänzenden Auslegung durch den Parteiwillen Fn. 357 in diesem Kap.). Insbesondere kann in ergänzender Vertragsauslegung kein Entgelt für den zusätzlichen Forderungserwerb des Zessionars hergeleitet werden. Auf eine Pflicht zur Entgeltzahlung muss sich ein Beschenkter nicht einstellen. Möglich wäre allenfalls eine Lösung über § 313 III 1 BGB, die dem Schenker ein Rücktrittsrecht gewährt.

³⁶⁷ Ob ein Ausgleich für den zusätzlichen Rechtserwerb i. S. v. § 401 I BGB auf Basis anderer Rechtsgrundlagen in Betracht kommt, wird hier im Interesse der thematischen Fokussierung nicht untersucht. Insbesondere bleiben bereicherungsrechtliche Fragen ausgeklammert. Diese sind prima facie ohnehin von geringer Bedeutung, weil sich aus der Wertung des § 401 I BGB ein Rechtsgrund i. S. d. § 812 I BGB ergeben dürfte, welcher dem Zessionar erlaubt, ein legalzediertes Nebenrecht zu behalten.

aa) Lösung auf Verfügungsebene: Teilungslösung

Der Zedent möchte besonders bei entgeltlichen Geschäften nur solche Vermögenswerte aus der Hand geben, die ihm auch bekannt sind. Diesem Ergebnis kann man sich bei der Abtretung einer gesamtschuldnerischen Forderung F 1 ohne Bezugnahme auf die andere annähern, indem die nicht genannte Gesamtschuldforderung F 2 zwar ebenfalls den Gläubiger wechselt, aber nur in *der Höhe, welche die explizit abgetretene Forderung nach der Wertvorstellung der Parteien bei Begründung der Abtretungsverpflichtung*³⁶⁸ hatte (Teilungslösung). Lässt sich die Wertvorstellung von der ausdrücklich zedierten Forderung nicht anhand übereinstimmender Äußerungen der Parteien ermitteln, ist sie nach dem *Kausalgeschäft* zu bemessen, aufgrund dessen zediert wird. Im Fall des Kaufvertrags ist für die zedierte Forderung ein Kaufpreis zu entrichten. Im Zweifel entspricht die Höhe des Kaufpreises dem Wert, welche die dafür abgetretene Forderung nach der Vorstellung der Zessionsparteien hatte.³⁶⁹ Wird etwa eine Forderung mit einem Nominalwert von 100 Euro gegen einen Kaufpreis von 50 Euro abgetreten, haben Zedent und Zessionar den Wert dieser Forderung typischerweise auch mit 50 Euro veranschlagt.

Eine Teilungslösung würde nun wie folgt funktionieren: Man gehe von der Abtretung einer Gesamtschuldforderung F 1 mit einem Nennwert von 100 Euro aus, die aber nur einen realisierbaren wirtschaftlichen Wert von 50 Euro hat. In ergänzender Auslegung des Abtretungsvertrags würde eine nicht in Bezug genommene Gesamtschuldforderung F 2 dann auch nur in einer nominellen Höhe von 50 Euro auf den Zessionar übergehen.³⁷⁰ Ein Vorzug dieser Teilungslösung wird deutlich, wenn

³⁶⁸ Veränderungen des wirtschaftlichen Wertes einer Forderung, die *nach* Begründung der Übertragungsverpflichtung (die typischerweise *uno acto* erfüllt wird) eintreten, fallen auch bei der Übertragung einer unverbundenen Einzelforderung typischerweise in die Sphäre der Risiken respektive Chancen des Zessionars. Einfach ausgedrückt heißt das: Ist die erworbene Forderung weniger werthaltig als vermutet, hat der Zessionar Pech; ist sie werthaltiger, hat er Glück. Vgl. dazu *F. Faust*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 453 Rn. 20, der für den hier besonders relevanten Fall des Forderungskaufs gemäß § 453 BGB die allgemeine Meinung wiedergibt, nach der eine Haftung für die Bonität des verkauften Rechts, insbesondere die Einbringlichkeit einer Forderung, verneint wird. § 435 BGB sei insofern nicht einschlägig. Unter § 434 BGB falle die Bonität jedenfalls deswegen nicht, weil sie nicht zur üblichen Beschaffenheit i. S. v. § 434 I 2 Nr. 2 BGB gehöre, da der Käufer durch den Erwerb eines Rechts gerade das Risiko von dessen Durchsetzbarkeit übernehme. Für die Bonität werde nur gehaftet, wenn und soweit insofern eine Garantie übernommen wurde. Nur für den Bestand (Verität) der Forderung haftet der Verkäufer in jedem Fall (§ 453 I BGB). Zu dieser Unterscheidung statt aller auch *J. Busche*, in: *Staudinger* (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 24; *W. Rosch*, in: *jurisPK-BGB* (2017), § 398 Rn. 32.

³⁶⁹ Der Zedent wird also typischerweise eine Gesamtschuldforderung, von der er gar nichts weiß, nur hergeben, soweit er eine für die Abtretung verabredete Gegenleistung erhält.

³⁷⁰ Damit wäre § 401 I BGB zumindest teilweise in ergänzender Vertragsauslegung abbedungen. Ob allein das Vorliegen eines Kaufvertrags (als „besonderer Umstand des Einzelfalls“) ausreicht, um in ergänzender Vertragsauslegung von dispositivem Gesetzrecht abzuweichen ist, nicht ohne Zweifel (vgl. Fn. 364 sowie den dazu gehörigen Haupttext in diesem

der wirtschaftliche Wert der unbekannten Gesamtschuldforderung F 2 *höher* ist³⁷¹ als der vorgestellte wirtschaftliche Wert der Forderung F 1. Dann kann der Zedent diesen Mehrwert weiterhin für sich beanspruchen, weil er in der Höhe dieses „Mehrwerts“³⁷² Inhaber der Forderung F 2 geblieben ist. Ist Forderung F 2 zum Beispiel die vollen 100 Euro wert, kann der Zedent 50 Euro von dem betreffenden Schuldner einziehen. Erlischt somit der bei dem Zedenten verbliebene Teil der Forderung F 2 in Höhe von 50 Euro durch Erfüllung, erlischt die von dem Zessionar ausdrücklich erworbene Forderung F 1 analog § 422 I 1 BGB auch nur in einer nominellen Höhe von 50 Euro, während ihm von der Forderung F 1 ein restlicher Nominalwert von 50 Euro verbleibt. Sofern der wirtschaftliche Wert der Forderung F 1 dauerhaft nicht mehr als 50 Euro beträgt, ist es für den Zessionar gleichgültig, ob ein darüber hinausgehender Nominalwert wegfällt.³⁷³ Der Zedent kann sich wie ursprünglich anvisiert in Höhe von 50 Euro aus der Forderung F 1 befriedigen.³⁷⁴

Die Teilungslösung sucht also den wirtschaftlichen Vorteil eines zusätzlichen Schuldners auf Ebene des Verfügungsgeschäfts so zwischen Zedent und Zessionar zu verteilen, dass die Wertverteilung der ursprünglich geplanten Transaktion nahe-

Kap.). Die Frage kann letztlich dahinstehen, weil die Teilungslösung aus anderen Gründen ausscheidet, wie sogleich aufgezeigt wird.

³⁷¹ Gemeint ist der Wert, den die zusätzliche Forderung in dem Zeitpunkt hat, in dem sie bekannt wird. Es liegt nahe, eine Forderung, die noch gar nicht bekannt ist, wegen dieses Umstands wirtschaftlich geringer zu bewerten.

³⁷² Diese Angabe ist veranschaulichend, aber streng genommen ungenau. Korrekt ist: Der Zedent ist in der nominellen Höhe Inhaber der Forderung F 2 geblieben, in der die Forderung F 1 in ihrem vorgestellten wirtschaftlichen Wert hinter ihrem Nominalwert zurückgeblieben ist.

³⁷³ Eine andere Frage ist, ob der Zessionar allein deshalb einen Regressanspruch gegen den Zedenten hat, weil der nominelle Wert der Forderung F 1 teilweise infolge einer Leistung an den Zedenten erlöschen ist. In Betracht kommt etwa ein vertraglicher Schadensersatz aus einem Forderungskauf. Insofern ist zu bedenken, dass eine solche Mittilgung der ausdrücklich zedierten Forderung F 1 analog § 422 I 1 BGB eine Folge der Aufspaltung der gesamtschuldfinanzierten Forderungen ist, wie sie sich aus einer ergänzenden Auslegung des Abtretungsvertrags im Sinne der Teilungslösung ergeben hat. Diese Folge war also in dem (hypothetischen) Parteiwillen der Abtretung von Anfang an als Möglichkeit angelegt. Ein Regress für den Fall einer Mittilgung ist daher nur eingeschränkt möglich. Vgl. zu alledem unter „Regress zwischen Zedent und Zessionar“ ab S. 122.

³⁷⁴ Freilich kann der Wert der Gesamtschuldforderung F 2 auch geringer sein als der vorgestellte Wert von F 1. Ist Forderung F 2 beispielsweise 40 Euro wert, so kann der Zedent 40 Euro von dem Schuldner der betreffenden Forderung einziehen. In einer nominellen Höhe von 40 Euro erlischt damit analog § 422 I 1 BGB die ausdrücklich zedierte Forderung F 1. Dass die Forderung F 1 somit nur noch in einer nominellen Höhe von 60 Euro fortbesteht, ist für den Zessionar solange ohne Belang, wie F 1 weiterhin den bei der Abtretung vorgestellten Wert von nur 50 Euro behält. Für den Zedenten ist es interessengerecht, zumindest noch 40 Euro aus Forderung F 1 realisieren zu können. Hätte er nämlich von Anfang gewusst, dass eine Gesamtschuld vorliegt, so hätte er von jedem der für sich genommen nicht vollständig leistungsfähigen Schuldner zumindest den jeweils realisierbaren Teil der Leistung verlangt. Diese Möglichkeit ist der prägende Vorzug einer Gesamtschuld, auf den der Zedent nicht verzichten möchte, nur weil er bei der Abtretung einer einzelnen Gesamtschuldforderung irrtümlich davon ausging, diese sei eine unverbundene Einzelforderung.

kommt. Allerdings beraubt die Teilungslösung den Zessionar seiner Chance, die erworbene Forderung *besser zu verwerten*, als ihr wirtschaftlicher Wert es bei Begründung der Abtretungsverpflichtung hergibt. Man stelle sich erneut vor, eine ausdrücklich zedierte Gesamtschuldforderung F 1 ist nominell 100 Euro, aber wirtschaftlich nur 50 Euro wert und wurde für 50 Euro verkauft. Später stellt sich heraus, dass es eine bei der Abtretung unbekannte und daher nicht in Bezug genommene Gesamtschuldforderung F 2 im Wert von 100 Euro gibt. Daraufhin zieht der Zedent die ihm in Höhe von 50 Euro verbliebene Forderung F 2 ein. In der Folge kann der Zessionar bei dem Schuldner von F 1 niemals mehr als 50 Euro einzahlen, obwohl er die betreffende Forderung zu einem Nominalwert von 100 Euro gekauft hat. Er hat also keine Chance, mehr als 50 Euro bei dem Schuldner von F 2 einzuziehen, auch wenn das letztlich möglich gewesen wäre, weil F 2 nach der Abtretung wirtschaftlich an Wert gewonnen hat. Die Möglichkeiten einer nachträglichen Wertsteigerung möchte der Zessionar typischerweise nicht missen.³⁷⁵ Er möchte sich den gesteigerten wirtschaftlichen Wert von F1 einverleiben, sobald er ihm bewusst wird. Gleichsam möchte der Zedent in der Regel den ihm verbliebenen Teil der Forderung F 2 einzahlen, sobald er davon erfährt. Dadurch kann es zu einem Wettlauf der Gläubiger kommen. Realisiert der Zessionar einen wirtschaftlichen Mehrwert von F 1, vereitelt er die korrespondierende Chance des Zedenten auf Verwertung des ihm verbliebenen Teils der Forderung F 2. Umgekehrt kann es genauso kommen. „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst.“ An derlei Zufälligkeiten ist in der Regel weder der Zedent noch der Zessionar interessiert.

Aus der Teilungslösung ergibt sich ein weiteres Problem. Es entsteht als eine Folge davon, dass die ursprünglich unbekannte Gesamtschuldforderung nur teilweise den Gläubiger wechselt. Soweit die bei der Abtretung nicht erwähnte Gesamtschuldforderung nicht stillschweigend mit auf den Zessionar übergeht, sind die Gesamtschuldforderungen auf verschiedene Gläubiger aufgespalten. Anhand des zuvor genannten Beispiels lässt sich das verdeutlichen: Der Zedent behält Forderung F 2 in Höhe von 50 Euro, während der Zessionar dieselbe Forderung F 2 in Höhe der übrigen 50 Euro und Forderung F 1 in Höhe von 100 Euro erwirbt. Somit besteht in Höhe von 50 Euro eine gespaltene Gesamtschuld. Nun bedarf aber jede Spaltung einer Gesamtschuld der Zustimmung der Schuldner. Andernfalls ist die schuldsplrende Zession nach § 399 Var. 1 BGB unwirksam.³⁷⁶ Streng genommen betrifft diese Unwirksamkeit nur den Teil der Abtretung, welcher die Gesamtschuld spaltet. In dem genannten Beispiel wäre also die Übertragung der Forderung F 1 in Höhe von 50 Euro unwirksam, in Höhe der restlichen 50 Euro hingegen wirksam, weil wegen der Mitübertragung der Forderung F 2 in Höhe von 50 Euro insoweit beide gesamtschuldnerischen Forderungsteile in der Hand desselben Gläubigers (des Zessionars) liegen. Somit würden die Forderungen F 1 und F 2 jeweils in Höhe von 50 Euro zu einem Teil bei dem Zedenten verbleiben und zum anderen Teil auf den

³⁷⁵ Vgl. Fn. 370 in diesem Kap.

³⁷⁶ Dazu unter „Stellungnahme: Argumente für und wider ein Zustimmungserfordernis“ ab S. 174.

Zessionar übergehen. Zedent und Zessionar haben aber zumindest die Übertragung der Forderung F 1 ohne höhenmäßige Beschränkung verabredet. Würde man im Ergebnis dennoch eine Teilabtretung annehmen, würde das von den Parteien wirtschaftlich angestrebte Geschäft ohne Zustimmung der Schuldner nicht erreicht.³⁷⁷

Demnach entspricht eine ergänzende Auslegung des Abtretungsvertrags im Sinne der Teilungslösung nicht den Parteiinteressen. Sie muss allein deshalb³⁷⁸ ausscheiden.

bb) Lösung auf Verpflichtungsebene: Entgeltanpassung

Der mit einer umfassenden Zession verbundene Nachteil einer unverhältnismäßigen Begünstigung des Zessionars lässt sich möglicherweise dadurch ausgleichen, dass der Zedent dafür auf schuldrechtlicher Ebene eine Kompensation erhält. In diese Richtung geht ein Vorschlag von Derleder. Er geht im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung davon aus, dass bei einer entgeltlichen Zession im Zweifel eine Mitübertragung der Forderung gegen den erst nachträglich entdeckten Schuldner als gewollt anzunehmen ist. Sei nun wegen des Bestands- und Beitreibungsrisikos ein Abschlag bei dem Entgelt für den Forderungswert³⁷⁹ gemacht worden, könne die ergänzende Vertragsauslegung unter Umständen wegen einer Verringerung dieses Risikos nach Namhaftmachung eines weiteren Gesamtschuldners zur Reduzierung dieses Abschlags führen.³⁸⁰ Derleder möchte in diesem Fall also im Wege der ergänzenden Auslegung eines entgeltlichen Verpflichtungsgeschäfts den Preis erhöhen, der für den Forderungserwerb zu zahlen ist.

In wirtschaftlicher Hinsicht ist dieser Lösungsweg mit der vorab dargestellten Teilungslösung vergleichbar: Beide Ideen zielen darauf, das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung, welches durch die Mitübertragung einer unbekannten Gesamtschuldforderung zugunsten des Zessionars verschoben wird, zu korrigieren. Dazu soll lediglich an unterschiedlichen Stellschrauben gedreht werden:

³⁷⁷ Da bereits eine Teilunwirksamkeit der Abtretung nicht interessengerecht ist, kann dahinstehen, ob § 399 Var. 1 BGB sogar zur Gesamtunwirksamkeit der Zession führt. Die Abtretung einer Forderung ist der Höhe nach, das heißt in Bezug auf jeden einzelnen Forderungsteil, ein einheitliches Rechtsgeschäft. Eine Teilnichtigkeit kommt bei einem einheitlichen Rechtsgeschäft nur in Betracht, wenn eine klare Trennung zwischen dem nichtigen und dem von der Nichtigkeit nicht berührten Teil des Rechtsgeschäfts möglich ist. Ob die ausdrücklich zedierte Forderung nach dem Parteiwillen ohne Weiteres in verschiedene Teile zerlegbar ist, bliebe zu prüfen. Wäre die Abtretung nicht quantitativ teilbar, führte jede Nichtigkeit zur Gesamtnichtigkeit. Vgl. nur *H. Roth*, in: Staudinger (2015), § 139 Rn. 60; *J. Busche*, in: MüKoBGB (2018), § 139 Rn. 24. S. auch BGH, Urteil v. 13.11.1998, NJW 1999, S. 351: Nur wo der Vertrag sich grundsätzlich in wirksame und unwirksame Abreden aufteilen lasse, stelle sich die Frage, ob § 139 BGB anwendbar sei.

³⁷⁸ Hinzu kommen die in Fn. 370 in diesem Kap. geäußerten Bedenken.

³⁷⁹ Damit dürfte der Wert der ausdrücklich und vermeintlich ausschließlich zedierten Forderung gemeint sein.

³⁸⁰ *P. Derleder*, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 (170).

Während mit der Teilungslösung die Höhe der stillschweigend mitzidierten Gesamtschuldforderung *reduziert* wird, soll nach dem Modell der Entgeltanpassung die Gegenleistung für den Forderungserwerb *erhöht* werden.

Das Modell der Entgeltanpassung hat den Charme, dass es nicht zu einer Unwirksamkeit der Zession nach § 399 Var. 1 BGB mangels schuldnerseitiger Zustimmung kommen kann. Schließlich baut die Entgeltanpassung darauf auf, dass sämtliche Gesamtschuldforderungen in voller Höhe auf den Zessionär übergehen, sodass diese Forderungen nicht zulasten der Gesamtschuldner auf verschiedene Gläubiger aufgespalten werden. Die Entgeltanpassung hat aber den Nachteil der Ungewissheit, auf welche Höhe das vereinbarte Entgelt für den Forderungserwerb genau anzuheben ist. Die Zessionsparteien kalkulierten ihre Transaktion nach der Vorstellung, eine unverbundene Einzelforderung zu übertragen. Sie hatten daher bei der Ausformung ihres Vertragsverhältnisses keinerlei Anlass, über eine Entgelterhöhung im Fall des Mitübergangs einer gesamtschuldnerisch verbundenen Zusatzforderung nachzudenken, geschweige denn entsprechende Gedanken zu äußern. Es gibt daher insofern kein Regelungsprogramm, das mittels einer ergänzenden Vertragsauslegung fortgeschrieben werden könnte. Hierüber kann der Rechtsanwender nur spekulieren.

Zweifelhaft ist aber vor allem, ob eine ergänzende Auslegung des Verpflichtungsgeschäfts überhaupt eine Anpassung des vereinbarten Entgelts bewirken kann. Nach der Rechtsprechung und ihr folgenden Literaturansichten besteht zwar bei einem Austauschvertrag die Vermutung, dass nach dem Geschäftswillen der Parteien Leistung und Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis standen. Dieses Äquivalenzverhältnis soll demnach wohl auch dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen, der im Rahmen der ergänzenden Auslegung zur Füllung von Vertragslücken heranzuziehen ist.³⁸¹ Der Bundesgerichtshof hat auf dieser Grundlage aber nur in Sonderfällen einen vertraglichen Entgeltanspruch in ergänzender Auslegung angenommen.

Ein Beispiel war die Anpassung eines Bauvertrags, der in einem öffentlich-rechtlichen Vergabeverfahren für Bauleistungen geschlossen wurde.³⁸² Dabei argumentierte der Bundesgerichtshof mit Besonderheiten des Vergaberechts. Der für den Auftraggeber aus der Entgelterhöhung resultierende Nachteil, dass er unter Umständen mit für ihn nicht vorhergesehenen Gesamtkosten belastet werde, lasse sich nicht vermeiden. Auch sei dies wegen der einem Bauvertrag innewohnenden Änderungsrisiken nichts Außergewöhnliches. Der Auftraggeber sei diesem Risiko nicht schutzlos ausgeliefert, weil vergaberechtliche Vorschriften ihm ermöglichten,

³⁸¹ S. schon Fn. 365 in diesem Kap.

³⁸² BGH, Urteil v. 11.05.2009, BGHZ 181, S. 47 Rn. 49. In ergänzender Auslegung des Bauvertrags wurde die vereinbarte Bauzeit angehoben. Das beruhte auf der vergaberechtlichen Besonderheit, dass es zu einer Zuschlagsverzögerung infolge eines Nachprüfungsverfahrens kam. Ob die Entscheidung über diese Einbettung hinaus verallgemeinert werden kann, ist zweifelhaft.

rechtzeitig von dem Vertrag Abstand zu nehmen.³⁸³ Demgegenüber wohnt einem Forderungskauf kein Änderungsrisiko inne wie bei einem öffentlich-rechtlich vergebenen Bauauftrag. Wird eine vermeintlich unverbundene Einzelforderung übertragen, mag zwar unvorhergesehen analog § 401 I BGB eine gesamtschuldnerisch verbundene Forderung mitübergehen. Dazu kommt es aber nicht typischerweise, sondern nur wenn eine solche Zusatzforderung existiert und die Parteien § 401 I BGB nicht (stillschweigend) abbedungen haben. Außerdem hängt der Miterwerb einer unbekannten gesamtschuldnerischen Zusatzforderung von juristischen Wertungen bezüglich der Analogie zu § 401 I BGB ab, die mitnichten offensichtlich sind, wie in den hiesigen Ausführungen dazu³⁸⁴ erkennbar werden dürfte. Aus diesen Gründen wird kein durchschnittlicher Verkehrsteilnehmer beim Erwerb einer vermeintlich unverbundenen Einzelforderung in Rechnung stellen, dass es unvorhergesehen zum Miterwerb einer zusätzlichen Gesamtschuldforderung kommen kann, infolgedessen ein höheres Entgelt zu zahlen ist. Entsprechende Mehrkosten wird ein Zessionar also für gewöhnlich nicht einkalkulieren. Es gibt auch keine dem Vertragsgerecht vergleichbaren Vorschriften, die eine Prüfung dieses Risikos vorsehen und notfalls eine einfache Loslösung von dem Forderungskauf ermöglichen. Daher lassen sich die spezifisch vergaberechtlichen Überlegungen des Bundesgerichtshofs auf die hier in Rede stehende Konstellation eines Forderungskaufs nicht übertragen.

Ferner hat der Bundesgerichtshof bei einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Energielieferungsvertrag eine Preiserhöhung gemäß ergänzender Vertragsauslegung für möglich gehalten, wenn die Parteien keine Festpreisabrede getroffen haben, die Einbeziehung eines vertragstypischen und im Grundsatz den Interessen beider Parteien Rechnung tragenden formularmäßigen Preisanpassungsrechts gemäß §§ 305 f. BGB scheitert, der Kunde den Preisanpassungen und den darauf basierenden Jahresabrechnungen über einen längeren Zeitraum nicht widersprochen hat und nunmehr auch für länger zurückliegende Zeitabschnitte die Unwirksamkeit von Preiserhöhungen geltend macht.³⁸⁵ Die Begründung bezog sich insbesondere konkret auf *langfristige* Vertragsverhältnisse. Dabei bestehe ein anerkennenswertes Bedürfnis der Parteien, das bei Vertragsschluss bestehende Verhältnis von Leistung und Gegenleistung über die gesamte Vertragsdauer im Gleichgewicht zu halten, damit Schwankungen der Bezugspreise dem Kunden keinen unverhofften Gewinn verschaffen. Auch diese Erwägung ist nicht auf einen Forderungskauf übertragbar,

³⁸³ BGH, Urteil v. 11.05.2009, BGHZ 181, S. 47 Rn. 56. Darin heißt es insb.: „Sofern sich aufgrund von Vergabeverzögerungen gravierende Änderungen der Preismittlungegrundlagen abzeichnen, hat er die Möglichkeit, die Ausschreibung unter den Voraussetzungen des § 26 Nr. 1 c) VOB/A aufzuheben. Eine solche Prüfung sieht auch Abschnitt 2.5 Abs. 6 HVA B-StB vor. Entscheidet sich der Auftraggeber dagegen zur Erteilung des Zuschlags, kann ihm zugemutet werden, das Risiko von Preiserhöhungen zu tragen.“ Krit. Anm. zu der Entscheidung von C. Sienz/O. Vogel, NJW 2009, S. 2448 f.: Es fehlten Anhaltspunkte dafür, wie die Parteien die Lücke nach ihren beiderseitigen Interessen geschlossen hätten. Ob eine veränderte Leistungszeit Einfluss auf die Vergütungshöhe habe, sei eine Frage des Wettbewerbs.

³⁸⁴ S. unter „Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte nach § 401 I BGB?“ ab S. 249.

³⁸⁵ BGH, Urteil v. 03.12.2014, NJW 2015, S. 1167 Rn. 28.

schon allein deshalb, weil dieser auf einmaligen Leistungsaustausch gerichtet ist. Er stellt kein langfristiges Vertragsverhältnis dar.

Eine andere Entscheidung des Bundesgerichtshofs betrifft den Kauf eines Grundstücks: Hätten die Parteien über die Kosten, die eine nicht vorhergesehene Privaterschließung nach sich ziehe, keine Regelung getroffen, könne eine ergänzende Vertragsauslegung dazu führen, dass die gegenüber einer öffentlichen Erschließung entstehenden Mehrkosten von beiden Teilen gleichmäßig zu tragen seien. Denn bei Austauschverträgen sei davon auszugehen, dass Leistung und Gegenleistung der Parteien in einem ausgewogenen Verhältnis stünden. So habe der Käufer einen Anspruch darauf, dass der Verkäufer die Mehrkosten der Privaterschließung zur Hälfte auf sich nehme.³⁸⁶ Für das Verhältnis von gegenseitigen Vertragspflichten wie den kaufvertraglichen Pflichten zur Kaufpreiszahlung einerseits und zur Verschaffung der Kaufsache andererseits gibt diese Entscheidung allerdings nichts her.

Den dargestellten Urteilen kann man somit keine klare Wertung dahingehend entnehmen, dass auch in der hier diskutierten Konstellation eines Forderungskaufs das Entgelt in ergänzender Vertragsauslegung zu erhöhen ist.³⁸⁷ Vielmehr spricht eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs für das Gegenteil, in der er die Begründung zusätzlicher Zahlungsverpflichtungen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung abgelehnt hat: Könne ein Familienangehöriger, der als Gegenleistung für die Übertragung eines Grundstücks die Pflege des Übergebers übernommen habe, seine Leistung wegen Umzugs des Übergebers in ein Pflegeheim nicht mehr erbringen, lasse sich dem im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung zu ermittelnden hypothetischen Parteiwillen im Zweifel nicht entnehmen, dass an die Stelle des ersparten Zeitaufwands ein Zahlungsanspruch des Übergebers treten solle. Andernfalls führe die ergänzende Vertragsauslegung zu einer unzulässigen Erweiterung des Vertragsgegenstands. Denn der Übernehmer verpflichte sich zu der Pflege und Betreuung des Übergebers meist in der Annahme, die geschuldeten Dienste selbst oder durch Familienangehörige, also ohne finanziellen Aufwand, erbringen zu

³⁸⁶ BGH, Urteil v. 18.02.2000, NJW-RR 2000, S. 894 (894 f.).

³⁸⁷ Der Vollständigkeit halber sei noch ein Urteil des BGH erwähnt, in dem es um die ergänzende Auslegung einer Erklärung in einem Unternehmenskaufvertrag ging, durch die der Erwerber Schulden des Unternehmens übernahm. Die Schuldübernahmeverklärung, so der BGH, dürfe dabei nicht auf ein weiteres, von dem Vertragstext nicht erfasstes Darlehen ausgedehnt werden, wenn sich dadurch das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung verschiebe, welches die Parteien ihrem Vertrag regelmäßig als gewünscht zugrunde gelegt hätten. Dazu BGH, Urteil v. 17.04.2002, NJW 2002, S. 2310 (2311). Diese Entscheidung kann man zur Bewertung des hier diskutierten Lösungsvorschlags einer Entgelterhöhung aber ebenfalls nicht heranziehen. In der Entscheidung wäre nämlich die Schuld des Übernehmers vergrößert worden, ohne dass er dafür irgendeine Gegenleistung erhalten hätte. Im Fall einer „ungeplanten“ Gesamtabtretung gesamtschuldnerischer Forderungen hingegen, erhält der Erwerber für sein Entgelt eine Gegenleistung von größerem Umfang als erwartet: Statt einer unverbundenen Einzelforderung erhält er zwei Gesamtschuldforderungen. Hieraus den Gegenschluss zu ziehen, dass ihm dann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auch ein höheres Entgelt zugemutet werden kann, scheint mit Blick auf die sonstigen besprochenen Urteile des BGH aber nicht auf der Linie höchstrichterlicher Rsp. zu liegen. Dazu der Haupttext.

können.³⁸⁸ In dieser Entscheidung wird deutlich, dass ein Vertragspartner grundsätzlich nur den finanziellen Aufwand auf sich nehmen muss, den seine versprochene Leistung typischerweise mit sich bringt. Das ist im Interesse der finanziellen Planbarkeit auch ökonomisch sinnvoll. Nur wenn mit Kostenschwankungen zu rechnen ist, kann ausnahmsweise etwas anderes gelten. So liegt es unter den vorab dargestellten Umständen etwa bei öffentlich-rechtlich vergebenen Bauverträgen oder langfristigen Vertragsverhältnissen.

Vor diesem Hintergrund erscheint es fragwürdig, wenn Derleder vorschlägt, mittels ergänzender Vertragsauslegung das Entgelt für eine Forderungsabtretung zu erhöhen, um dem Zedenten einen Ausgleich für die Privilegierung des Zessionars infolge einer Gesamtabtretung einzuräumen. Schließlich zwingt diese Vertragsergänzung dem Zessionar als Forderungskäufer auf, ein im Vergleich zu seiner ausdrücklichen Vereinbarung erhöhtes Entgelt zu zahlen. Auf Basis dieser Vereinbarung wird er aber seine finanzielle Planung aufbauen. Mit zusätzlichem finanziellem Aufwand wird er nicht rechnen. Diese Erwartung ist schutzwürdig. Denn der Erwerber einer vermeintlich unverbundenen Einzelforderung hat keinen Anlass, einzupreisen, dass er unvorhergesehen zugleich eine gesamtschuldnerisch verbundene Zusatzforderung erwirbt und infolge des zusätzlichen Erwerbs ein höheres Entgelt zu zahlen hat.³⁸⁹

Mit einer Vermutung, dass der auch hypothetische Parteiwille auf ein ausgewogenes Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gerichtet ist, kann man mithin eine Entgelterhöhung durch ergänzende Auslegung des Vertrags über den Forderungskauf nicht begründen. Eine derartige Ergänzung würde den Vertragsgegenstand zulasten des Forderungserwerbers unzulässig erweitern. Wer nämlich eine Forderung kauft, hat eine bewusste Entscheidung getroffen, dafür eine bestimmte Geldsumme aufzubringen. Mehr Geld hat der Käufer möglicherweise überhaupt nicht zur Verfügung. Dann ist es auch unerheblich, ob er für ein höheres Entgelt auch eine wirtschaftlich wertvollere Gegenleistung erhält. Er kann diesen finanziellen Mehraufwand unter Umständen schlicht nicht aufbringen.

Zwar hat der Zedent auch keine bewusste Entscheidung darüber getroffen, eine ihm unbekannte Gesamtschuldforderung mit auf den Zessionar zu übertragen. Das wiegt allerdings nicht so schwer wie das Problem einer Entgeltanpassung. Denn erstens wechseln Gesamtschuldforderungen analog § 401 I BGB auch dann den Gläubiger, wenn sich der Zedent dessen nicht bewusst ist. Zweitens hat der Zedent, der von einer zusätzlichen Gesamtschuldforderung nichts weiß, weder einen Willen für noch gegen deren Übertragung gebildet. Der Zessionar als Forderungskäufer hingegen hat durchaus entschieden, sein über den vereinbarten Kaufpreis hinausgehendes Vermögen gerade nicht als Entgelt abzugeben. Diese Negativentscheidung

³⁸⁸ BGH, Urteil v. 29.01.2010, NJW 2010, S. 2649 ff., insb. Rn. 12.

³⁸⁹ Das wurde dargelegt bei der Besprechung des BGH-Urteils zur Anpassung eines Bauvertrags, der in einem in öffentlich-rechtlichen Vergabeverfahren für Bauleistungen geschlossen wurde; s. Fn. 382 und den dazu gehörigen Haupttext in diesem Kap.

des Zessionars wiegt schwerer als die Nicht-Entscheidung des Zedenten, weil sie eine bewusste Betätigung von Privatautonomie ist. Diese darf nicht mit dem Mittel der ergänzenden Vertragsauslegung überschrieben werden. Anders könnte man allenfalls entscheiden, wenn der Zessionar den Kaufvertrag infolge des erhöhten Entgelts gemäß §§ 119 I Var. 1, 142 I BGB anfechten könnte. Allerdings kann eine Partei ihre Erklärung nach verbreiteter Ansicht nicht wegen Irrtums anfechten, wenn sie sich über die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gefundenen Rechtsfolgen im Irrtum befunden hat.³⁹⁰

Nach alledem ist eine Entgeltanpassung im Wege ergänzender Auslegung abzulehnen. Sie ließe sich in Fällen extremer Äquivalenzstörungen allenfalls auf das Recht der Grundlagenstörung stützen, das mit § 313 III 1 BGB einen hinreichenden Schutz des Zessionars verbürgen würde. Voraussetzung dafür wäre allerdings, dass § 313 BGB und die ergänzende Vertragsauslegung überhaupt unterschiedliche Rechtsinstitute sind. Wie aufgezeigt wurde, herrscht darüber zunehmend Streit.³⁹¹ Darauf näher einzugehen, würde den Rahmen der hiesigen Untersuchung überschreiten. Wie sogleich dargestellt wird, vermag ohnehin das Anfechtungsrecht den Zedenten hinreichend davor zu schützen, dass er analog § 401 I BGB eine Forderung an den Zedenten verliert, die er eigentlich behalten möchte. Auf einen finanziellen Ausgleich ist er daher nicht angewiesen.

cc) Fazit

Gehrt eine unbekannte Gesamtschuldforderung analog § 401 I BGB mit auf den Zessionar über, verschiebt sich bei einem entgeltlichen Kausalgeschäft das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung zugunsten des Zedenten. Die ergänzende Auslegung kann dafür aber keine adäquate Lösung bieten. Weder die Teilungslösung noch die Entgeltanpassung sind interessengerecht. Es ist vorzugs-würdig, dem Zedenten auch bei einem entgeltlichen Kausalgeschäft eine umfassende Zession zuzumuten. Verbleibende Bedenken lassen sich anhand der Wertung des

³⁹⁰ Ob man eine Willenserklärung überhaupt anfechten kann, wenn man sich über das inhaltliche Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung geirrt hat, ist str. Diese Frage wurde von der höchstrichterlichen Rspr. bislang offenbar nicht abschließend beantwortet. Die Lit. ist gespalten. Verneinend bspw. *W. Henkel*, ACP 159 (1960/1961), S. 106 (125); *W. Flume*, BGB AT II (1992), S. 326; *M. Wolf*, in: *Soergel* (1999), § 157 Rn. 106; *M. Wolf/J. Neuner*, AT Bürgerlichen Rechts (2016), § 35 Rn. 73; *C. Armbrüster*, in: *MüKo-BGB* (2018), § 119 Rn. 84; *J. Busche*, in: *MüKo-BGB* (2018), § 157 Rn. 28. Bejahend hingegen *O. Sandrock*, Zur ergänzenden Vertragsauslegung (1966), S. 117 ff.; *H. Roth*, in: *Staudinger* (2015), § 157 Rn. 35; *D. Looschelders*, in: *NK-BGB* (2016), § 157 Rn. 13; *C. Armbrüster*, in: *Erman* (2017), § 157 Rn. 20. Der Streit hängt insb. mit der dogmatischen Einordnung einer ergänzenden Vertrags- „Auslegung“ zusammen. Geht man von einer Vertragsauslegung in Anwendung von § 157 BGB, spricht viel für die Anfechtbarkeit. Geht man von Rechtsfortbildung gemäß § 242 BGB aus, dürfte angesichts der normativen Zurechnung des Willens eine Anfechtung wegen Inhaltsirrtums bei der ergänzenden Vertragsauslegung nicht in Betracht kommen.

³⁹¹ Dazu ab S. 292.

§ 401 I BGB abmildern³⁹². Danach muss der Zedent hinnehmen, dass der Zessionar Nebenrechte einer Forderung erwirbt. Eine Sonderregelung für entgeltliche Kaufgeschäfte gibt es nicht.³⁹³ Daher muss man eine solche auch nicht im Wege ergänzender Auslegung in den Vertrag hineinlesen.

3. Zwischenergebnis

Einigen sich Zedent und Zessionar auf die Abtretung einer bestimmten Forderung, erklären aber in Bezug auf eine gesamtschuldnerisch verbundene Zusatzforderung keinen Willen, geht die zusätzliche Forderung im Grundsatz analog § 401 I BGB mit auf den Zessionar über. Die Parteien können § 401 I BGB freilich abbedingen. Aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls ist das auch in ergänzender Vertragsauslegung möglich. Bei einer entgeltlichen Abtretung ist das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht in ergänzender Vertragsauslegung anzupassen, wenn der Zedent eine gesamtschuldnerische Forderung analog § 401 I BGB an den Zessionar verliert.

§ 4 Anfechtung

Es gibt wie gesehen Fälle, in denen Zedent und Zessionar im Ausgangspunkt nur eine Gesamtschuldforderung abtreten wollen, allerdings analog § 401 I BGB auch die übrigen Forderungen aus der Gesamtschuld den Gläubiger wechseln. Während das für den Zessionar lediglich vorteilhaft ist, mag sich der Zedent daran stören. Möglicherweise kann der Zedent das Ergebnis einer umfassenden Zession gemäß § 142 I BGB beseitigen, indem er dem Zessionar fristgemäß³⁹⁴ die Anfechtung im Sinne von § 143 I, II BGB erklärt.³⁹⁵ Fraglich ist, ob dem Zedenten ein Anfechtungsrecht zusteht.

³⁹² § 401 I BGB ist wie gesehen analog auf Gesamtschuldforderungen anwendbar. Dazu unter „Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte nach § 401 I BGB?“ ab S. 249.

³⁹³ Auch wenn andere unbekannte Nebenrechte, wie etwa eine Bürgschaft, im Rahmen eines Forderungskaufs mitübergehen, vertritt soweit ersichtlich niemand, dass der Kaufpreis zu erhöhen sei.

³⁹⁴ I.S. v. § 121 oder § 124 BGB.

³⁹⁵ Der Preis der Anfechtung nach §§ 119 f. BGB liegt in einer etwaigen Schadensersatzpflicht gemäß § 122 BGB.

I. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung

Der Zedent kann die Abtretung³⁹⁶ und das Kausalgeschäft gemäß §§ 142 I, 123 I Var. 1 BGB anfechten, wenn der Zessionar ihn arglistig getäuscht hat.

In Betracht kommt insbesondere eine Täuschung dahingehend, dass sich die Abtretung einer Gesamtschuldforderung der Wirkung nach auf diese beschränke, während in Wahrheit aufgrund der Analogie zu § 401 I BGB sämtliche Gesamtschuldforderungen übergehen.³⁹⁷ Erregt der Zessionar bei dem Zedenten diesen Irrtum, kann der Zedent bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen ohne Weiteres anfechten. Klärt der Zessionar den Zedenten lediglich nicht über die Wirkung des § 401 I BGB auf, wird die Anfechtung in vielen Fällen mangels Offenbarungspflicht des Zessionars scheitern.

Ähnlich ist es im Hinblick auf eine Täuschung wegen unterlassener Aufklärung über das Vorliegen einer Gesamtschuld. Dies setzt voraus, dass der Zessionar den Zedenten über die Gesamtschuld aufklären muss. Grundsätzlich hat sich derjenige, der einen Vertrag schließt, selbst über Gegenstand und Folgen des Rechtsgeschäfts zu vergewissern. Eine entsprechende Offenbarungspflicht kann sich nur ausnahmsweise aus § 241 II BGB (in Verbindung mit § 311 II BGB) ergeben. Sie setzt insbesondere ein erkennbares Informationsgefälle zwischen den Vertragsparteien voraus und kommt somit nur bei einseitiger Unkenntnis der Gesamtschuld in Betracht: Der Zessionar muss die Gesamtschuld kennen, der Zessionar hingegen nicht.³⁹⁸ Zu den weiteren Voraussetzungen gelten die allgemeinen Grundsätze.³⁹⁹ Auf eine detaillierte Darstellung wird hier verzichtet, weil es selten vorkommen wird, dass nur der Zessionar von der Gesamtschuld weiß. In der Regel kann der Zedent darum kein Anfechtungsrecht aus § 123 I Var. 1 BGB herleiten.

II. Anfechtung wegen Inhaltsirrtums

Möglicherweise kann der Zedent die Abtretung⁴⁰⁰ und das Kausalgeschäft nach §§ 142 I, 119 I Var. 1 BGB wegen Inhaltsirrtums in Bezug auf die Tragweite der

³⁹⁶ Der Anfechtungsgrund nach § 123 BGB betrifft nach allgemeiner Ansicht auch ein Verfügungsgeschäft wie die Abtretung, wenn der täuschungsbedingte Irrtum im Zeitpunkt der Verfügung noch andauert. Vgl. *M. Beurskens*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 15.10.2017), § 142 Rn. 37.

³⁹⁷ Es sei denn, § 401 I BGB wird abbedungen.

³⁹⁸ Ist das einseitige Wissen genau umgekehrt verteilt, kommt eine Anfechtung des Zessionars wegen arglistiger Täuschung des Zedenten in Betracht.

³⁹⁹ Vgl. zur Begründung von Aufklärungspflichten etwa *R. Singer/B. Finckenstein*, in: *Staudinger* (2017), § 123 Rn. 10 ff.; *C. Armbüster*, in: *MüKo-BGB* (2018), § 123 Rn. 32 ff.; *M. Rehberg*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.10.2018), § 123 Rn. 53 ff.

⁴⁰⁰ Ein Verfügungsgeschäft wie die Abtretung ist ohne Weiteres nach § 119 I BGB anfechtbar, wenn dem Geschäft ein Anfechtungsgrund anhaftet. Dazu *F. Faust*, BGB AT (2018), § 21 Rn. 7.

Zession anfechten. Ein Inhaltsirrtum setzt voraus, dass der Erklärende das Erklärungszeichen setzt, welches er setzen will, aber über dessen Bedeutung irrt. So könnte der Zedent nicht gewusst haben, dass eine zusätzliche Gesamtschuldforderung im Rahmen der Abtretung ebenfalls auf den Zessionär übergeht, und in Kenntnis dieses Umstands seine Erklärung nicht abgegeben haben. Dann würde sich der Irrtum des Zedenten auf eine Rechtsfolge beziehen, die sich analog § 401 I BGB ergibt. Nach herrschender Ansicht berechtigt ein Rechtsfolgenirrtum jedoch in der Regel nicht zur Anfechtung.⁴⁰¹ Besonders relevant ist dieser Streit hier freilich nicht. Denn in den meisten Fällen scheitert eine Anfechtung wegen Irrtums über die Rechtsfolge des § 401 I BGB schon daran, dass gar kein Irrtum vorliegt, weil der Zedent keinen tatsächlichen Willen gegen einen Mitübergang gebildet hat. Ein Irrtum setzt voraus, dass es überhaupt eine tatsächliche Vorstellung gibt, die von der Realität abweichen könnte.⁴⁰² Dabei ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich.⁴⁰³ Eine umfassende Zession analog § 401 I BGB ergibt sich vor allem, wenn die Vertragsparteien bei der Abtretung keine Kenntnis von der Gesamtschuld hatten. Dann kann sich der Zedent aber auch nicht vorgestellt haben, eine unerkannte Gesamtschuldforderung bleibe entgegen § 401 I BGB in seiner Inhaberschaft.

III. Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums

Möglicherweise kann der Zedent gemäß §§ 142 I, 119 II BGB wegen Eigenschaftsirrtums anfechten.⁴⁰⁴ In Betracht kommt die irrtümliche Vorstellung darüber, dass der Zedent eine unverbundene Einzelforderung überträgt, während diese in Wahrheit Teil einer Gesamtschuld ist.⁴⁰⁵ Grund dafür kann entweder sein, dass der Zedent die zusätzliche Gesamtschuldforderung überhaupt nicht kennt oder dass er sie zwar kennt, aber für eine unverbundene Einzelforderung hält. Damit geht (anders als bei dem zuvor besprochenen Inhaltsirrtum) typischerweise eine positive Fehlvorstel-

⁴⁰¹ Dazu Fn. 299 in diesem Kap.

⁴⁰² Vgl. hierzu nur *R. Singer*, in: Staudinger (2017), § 119 Rn. 38, der treffend beschreibt, ein Inhaltsirrtum liege vor, wenn sich der Erklärende zwar bewusst sei, welche Worte oder Zeichen er benutze, aber sein Wille und seine Vorstellung über das Erklärte und die rechtlich maßgebende Bedeutung des Erklärten auseinanderfielen. Daraus lässt sich ableiten: Hat der Erklärende keine individuelle Vorstellung von dem Erklärten, kann seine Vorstellung auch nicht von der objektiv-normativen Bedeutung seiner Erklärung abweichen.

⁴⁰³ *C. Armbrüster*, in: MüKo-BGB (2018), § 119 Rn. 156. Es genügt daher nicht, wenn der Erklärende im Nachhinein mit einer gesetzlichen Rechtsfolge nicht einverstanden ist.

⁴⁰⁴ Instruktiv zum Eigenschaftsirrtum allgemein *H. Wieling*, Jura 2001, S. 577 ff. Zur Abgrenzung von Eigenschafts- und Inhaltsirrtum s. *R. Singer*, in: Staudinger (2017), § 119 Rn. 47 ff.

⁴⁰⁵ Nach *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 94 kommt insofern nur eine analoge Anwendung von § 119 II BGB in Betracht; eine Begründung dafür gibt er nicht ab.

lung einher. Kennt der Zessionar die Gesamtschuld bei der Abtretung nicht, liegt also bereits in diesem Zeitpunkt ein Irrtum vor.⁴⁰⁶

1. Voraussetzungen des Anfechtungsrechts

Sachen im Sinne von § 119 II BGB sind sämtliche „Gegenstände“. Darunter fallen insbesondere Forderungen,⁴⁰⁷ selbstverständlich auch solche aus einer Gesamtschuld. Zu den Eigenschaften gemäß § 119 II BGB gehören neben den auf der natürlichen Beschaffenheit beruhenden Merkmalen auch die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse der Sache zur Umwelt, soweit sie nach der Verkehrsanschauung für die Wertschätzung oder Verwendbarkeit von Bedeutung sind.⁴⁰⁸ Insofern stellt ein Irrtum über „wertbildende Faktoren“ einen Eigenschaftsirrtum dar.⁴⁰⁹ Das Merkmal einer Forderung, in einem Gesamtschuldverhältnis zu stehen, ist ein wertbildender Faktor.⁴¹⁰ Es handelt sich dabei um ein rechtliches Verhältnis der Forderung zur Umwelt, nämlich zu der gesamtschuldnerisch verbundenen Zusatzforderung. Dieses Verhältnis ist nach der Verkehrsanschauung für die Wertschätzung der Forderung von Bedeutung. Allein weil das Leistungsinteresse im Fall der Gesamtschuld durch mehrere Schuldner abgesichert ist, hat die Gläubigerstellung

⁴⁰⁶ Nur weil jemand nicht weiß, dass eine Forderung in einem Gesamtschuldverhältnis steht, hat er keinesfalls gar keine Vorstellung von der Eigenschaft dieser Forderung. Vielmehr stellt er sich vor, die Forderung sei eine unverbundene Einzelforderung – oder wird diese Vorstellung zumindest als selbstverständlich zugrunde legen. Da es sich tatsächlich um eine gesamtschuldnerisch verbundene Forderung handelt, weichen Vorstellung Realität voneinander ab.

⁴⁰⁷ Dazu aus der Rspr. etwa BGH, Urteil v. 21.02.1952, BeckRS 1952, 31375035; BGH, Urteil v. 14.11.1962, BeckRS 1962, 31185147. Für die h. L. statt aller *R. Singer*, in: Staudinger (2017), § 119 Rn. 95; *C. Armbrüster*, in: MüKo-BGB (2018), § 119 Rn. 138.

⁴⁰⁸ St. Rspr., s. nur BGH, Urteil v. 14.11.1962, BeckRS 1962, 31185147. Aus der h. L. s. erneut *R. Singer*, in: Staudinger (2017), § 119 Rn. 95; *C. Armbrüster*, in: MüKo-BGB (2018), § 119 Rn. 138 m. w. N. Rspr. und Lit. haben verschiedene Ansätze entwickelt, um die genannte Definition weiter einzuschränken; insb. bemüht man sich um eine enge Auslegung des Merkmals der Verkehrs Wesentlichkeit einer Eigenschaft. Das Meinungsbild ist vielschichtig und soll hier nicht entfaltet und bewertet werden, zumal sich im Ergebnis selten Unterschiede ergeben dürften. Ein Überblick zu den Lösungsansätzen samt Kritik findet sich insb. bei *R. Singer*, in: Staudinger (2017), § 119 Rn. 80 ff.; *C. Armbrüster*, in: MüKo-BGB (2018), § 119 Rn. 107 ff. Ausgangspunkt dieser Arbeit ist der Standpunkt der Rspr.

⁴⁰⁹ S. nur BGH, Urteil v. 08.06.1988, NJW 1988, S. 2597 (2598 f.). Für die übereinstimmende Lit. s. nur *C. Armbrüster*, in: MüKo-BGB (2018), § 119 Rn. 139; *H. Wendland*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 119 Rn. 44. Ein Irrtum über den wirtschaftlichen Wert als solchen, wie er sich etwa im Marktpreis ausdrückt, berechtigt indes nicht zu einer Anfechtung gemäß § 119 II BGB. Dazu nur BGH, Urteil v. 18.12.1954, BGHZ 16, S. 54 (57); BGH, Urteil v. 14.11.1962, BeckRS 1962, 31185147, worin als Grund genannt wird, dass der Wert einer Sache keine Eigenschaft im Sinne der Norm darstelle. Aus der h. L. im Ergebnis übereinstimmend, aber mit anderer Begründung als die Rspr. insb. *D. Leenen*, BGB AT (2015), S. 268 f.; *R. Singer*, in: Staudinger (2017), § 119 Rn. 100; *C. Armbrüster*, in: MüKo-BGB (2018), § 119 Rn. 139.

⁴¹⁰ So auch i. E. wohl auch *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 94.

wirtschaftlich einen höheren Wert. Grundsätzlich handelt es sich bei der Zugehörigkeit einer Forderung zu einer Gesamtschuld darum um eine Eigenschaft im Sinne von § 119 II BGB. Fraglich ist, ob diese Eigenschaft der Forderung unmittelbar anhaftet, wie es der Bundesgerichtshof vereinzelt verlangt hat.⁴¹¹ Dazu müsste die Gesamtschuld ein rechtliches Verhältnis sein, das die Forderung selbst kennzeichnet, nicht bloß ein Umstand, der nur mittelbar einen Einfluss auf ihre Bewertung ausübt.⁴¹² Der Bundesgerichtshof hat konkretisiert, zu den verkehrswesentlichen Eigenschaften von Forderungen gehörten allein solche Faktoren, die der Forderung unabhängig von ihrer ziffernmäßigen Höhe einen ihr selbst dauernd anhaftenden Wertcharakter verliehen. Insbesondere könne der Umstand, dass die betreffende Forderung *gesichert* ist, eine Eigenschaft bedeuten.⁴¹³ Demzufolge haftet die gesamtschuldnerische Verbundenheit einer Forderung als unmittelbare Eigenschaft an.⁴¹⁴ Schließlich sichert jede Gesamtschuld das Leistungsinteresse des Gläubigers.⁴¹⁵

⁴¹¹ BGH, Urteil v. 21.02.1952, BeckRS 1952, 31375035: Umstände, die nur mittelbar den Wert eines Gegenstandes bestimmten, gehörten nicht zu den verkehrswesentlichen Eigenschaften im Sinne des § 119 II BGB. So könne man Umfang und Wert des Nachlasses nicht als Eigenschaft einer Vermächtnisforderung ansehen, auch wenn sie rechnungsmäßig die Höhe der Vermächtnisforderung bestimmten. S. ferner BGH, Urteil v. 18.12.1954, BGHZ 16, S. 54 (57): Unter den Begriff einer Eigenschaft könnten nur solche tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse fallen, die den Gegenstand selbst kennzeichneten, nicht Umstände, die nur mittelbar einen Einfluss auf seine Bewertung auszuüben vermögen. Dabei ging es um die Frage, ob die Eignung eines Ultraschallgerätes zur Behandlung von bestimmten Krankheiten dem Gegenstand selbst anhaftet. Das hat der BGH in seinem Urteil allerdings offengelassen und zumindest die Verkehrswesentlichkeit dieser etwaigen Eigenschaft verneint. Nach A. Arnold, in: Erman (2017), § 119 Rn. 35 sind mit unmittelbaren Eigenschaften solche gemeint, die in der Sache selbst ihren Grund haben, von ihr ausgehen und den Kaufgegenstand kennzeichnen oder näher beschreiben.

⁴¹² Die Subsumtion fällt nicht leicht, weil das Merkmal der Unmittelbarkeit höchst unbestimmt ist. Vgl. die berechtigte Kritik an dem einschränkenden Merkmal der Unmittelbarkeit seitens R. Singer, in: Staudinger (2017), § 119 Rn. 100; C. Armbrüster, in: MüKo-BGB (2018), § 119 Rn. 108. Das Merkmal der Unmittelbarkeit hingegen anerkennend statt vieler M. Wolf/J. Neuner, AT Bürgerlichen Rechts (2016), S. 486.

⁴¹³ BGH, Urteil v. 21.02.1952, BeckRS 1952, 31375035; BGH, Urteil v. 14.11.1962, BeckRS 1962, 31185147.

⁴¹⁴ Ob an dem Merkmal der Unmittelbarkeit überhaupt festzuhalten ist, braucht darum nicht entschieden zu werden.

⁴¹⁵ Die gesamtschuldnerische Verbundenheit muss einer Forderung jedenfalls dann als unmittelbare Eigenschaft anhaften, wenn die mit ihr verbundene Forderung sicherungshalber begründet wurde. Eine solche Sicherungsgesamtschuld liegt zum Beispiel bei einem sichernden Schuldbeitritt vor. Aber auch eine Gesamtschuld, die nicht zu Sicherungszwecken im engeren Sinne besteht, muss man als eine Eigenschaft betrachten, die einer Forderung unmittelbar anhaftet. Schließlich ist das Leistungsinteresse eines Gläubigers auch in diesem Fall einer gewöhnlichen Gesamtschuld durch mehrere Schuldner im weiteren Sinne „abgesichert“. Wie zuvor ausgeführt, hat allein deshalb die Gläubigerstellung wirtschaftlich einen höheren Wert. Dieser wertsteigernde Effekt ist typisch für ein Sicherungsmittel. Deshalb ist jede Art der gesamtschuldnerischen Verbundenheit eine unmittelbare Eigenschaft einer Forderung im Sinne von § 119 II BGB.

Zu überlegen bleibt, ob die Eigenschaft einer Forderung, in einem Gesamtschuldverbund zu stehen, verkehrswesentlich ist.⁴¹⁶ Verkehrswesentlich ist eine Eigenschaft nach ständiger Rechtsprechung dann, wenn der Erklärende seiner Erklärung eine bestimmte Eigenschaft nach dem Inhalt und den Umständen des konkreten Rechtsgeschäfts erkennbar als wesentlich zugrunde gelegt hat.⁴¹⁷ Er muss dies aber nicht zum Inhalt seiner Erklärung gemacht haben.⁴¹⁸ Unabhängig davon könne es sich auch von selbst verstehen, dass eine bestimmte Eigenschaft von entscheidender Bedeutung für den Vertragsschluss war.⁴¹⁹ Damit soll eine Eigenschaft jedenfalls dann verkehrswesentlich sein, wenn sie bei Geschäften der in Rede stehenden Art nach der allgemeinen Verkehrsanschauung typischerweise (für die Wertschätzung der Sache) bedeutsam ist.⁴²⁰ So liegt es in Bezug auf die Eigenschaft einer Forderung, gesamtschuldnerisch mit einer weiteren Forderung in Verbindung zu stehen. Denn die Überlegungen zu der Wertsteigerung einer Forderung allein durch ihre gesamtschuldnerische Absicherung gelten nicht nur für einzelne Fälle, sondern allgemein.⁴²¹ Eine „gesicherte“ Forderung wird typischerweise höher bewertet als eine ungesicherte, sodass eine gesamtschuldnerische Verbundenheit im Grundsatz verkehrswesentlich ist.⁴²²

⁴¹⁶ Nach *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 94 richtet sich das nach der Art des der Abtretung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts: Bei einem unentgeltlichen Kausalverhältnis komme es nur auf die Einschätzung der konkreten Vertragsparteien an. Bei einem entgeltlichen Kausalverhältnis komme es auf die Einschätzung an, welche die jeweilige Partei normalerweise (im Verkehr) treffe. Diese Unterscheidung, die auch nicht näher erklärt wird, erscheint heute überholt.

⁴¹⁷ Zumindest wenn sich der Zedent einer gesamtschuldnerischen Verbundenheit nicht bewusst ist, kann er diese Eigenschaft hingegen nicht der Abtretung zugrunde gelegt haben.

⁴¹⁸ S. nur BGH, Urteil v. 22.09.1983, NJW 1984, S. 230 (231).

⁴¹⁹ So etwa das Alter eines Autos beim Gebrauchtwagenkauf: s. BGH, Urteil v. 26.10.1978, NJW 1979, S. 160 (161).

⁴²⁰ Vgl. die Rezeptionen von *I. Gergen*, in: jurisPK-BGB (2017), § 119 Rn. 76; *C. Armbriester*, in: MüKo-BGB (2018), § 119 Rn. 107; *H. Wendtland*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 119 Rn. 40.1. Für eine konkluente zugrunde gelegte Verkehrswesentlichkeit in diesen Fällen *R. Singer*, in: Staudinger (2017), § 119 Rn. 80.

⁴²¹ M. E. ergibt sich eine Redundanz zwischen den dargestellten höchstrichterlichen Definitionen der Eigenschaft einer Sache in Form ihrer Beziehung zu der Umwelt einerseits und der objektiven Verkehrswesentlichkeit dieser Eigenschaft andererseits. So sollen Umweltbeziehungen Eigenschaften sein, wenn sie nach der Verkehrsanschauung für die Wertschätzung oder Verwendbarkeit von Bedeutung sind, und diese sollen objektiv verkehrswesentlich sein, wenn sie bei Geschäften der in Rede stehenden Art nach der allgemeinen Verkehrsanschauung typischerweise für die Wertschätzung der Sache bedeutsam ist. Diese Definitionen sind fast inhaltsgleich, sodass argumentative Wiederholungen bei der jeweiligen Subsumtion unvermeidlich erscheinen.

⁴²² A. A. wohl *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 96, demzufolge der Preis einer unverbundenen Einzelforderung zumindest durch Verkäufer höher bewertet wird als der einer Gesamtschuldforderung. Diese Einschätzung beruht aber offenbar auf der Annahme, dass der Verkäufer bei der Abtretung einer Gesamtschuldforderung die andere Gesamtschuldforderung für sich behalte. Hier wird demgegenüber angenommen, dass diese mit auf den Zessionar übergeht.

Wer eine vermeintlich unverbundene Einzelforderung übertragen wollte, die in Wahrheit eine gesamtschuldnerische Forderung ist, kann seine Erklärung wegen Eigenschaftsirrtums anfechten, wenn er die Abtretungserklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben hätte. Daran können Zweifel auftreten. Man könnte argumentieren, das Problem liegt für den Zedenten nicht darin, dass er die willentlich übertragene Forderung verliert, über deren Eigenschaft er sich irrt. Es besteht vielmehr darin, dass er die andere, ihm unbekannte Forderung verliert. Hätte der Zedent Bescheid gewusst, hätte er somit nicht die Abtretung insgesamt unterlassen, sondern schlicht erklärt, dass er die andere Forderung nicht übertragen und damit § 401 I BGB abbedingen wolle. Hätte sich der Zessionar gleichwohl auf die Abtretung eingelassen, hätte er der Abbedingung zumindest stillschweigend zugestimmt. Dann würde es an der subjektiven Erheblichkeit, also der Kausalität des Irrtums für die Abtretung der bekannten Forderung fehlen. In der Tat *kann* das so sein. Zwingend ist es aber nicht. Mindestens ebenso gut könnte der Zedent sich bei Kenntnis der Gesamtschuld entschieden haben, keine Forderung abzutreten.⁴²³ Tatsächlich liegt das sogar näher, weil es so nicht zu den Nachteilen einer isolierten Zession kommt.⁴²⁴ Letztlich lässt sich nur im Einzelfall entscheiden, ob der Irrtum des Zedenten (subjektiv!) kausal für seine Abtretungserklärung war.⁴²⁵

Freilich muss der Irrtum auch objektiv erheblich sein. Danach scheidet eine Anfechtung in der Regel aus, wenn der Erklärende infolge des Irrtums keine wirtschaftlichen Nachteile hat.⁴²⁶ Der wirtschaftliche Nachteil liegt für den Zedenten primär im Verlust der unbekannten Forderung. Allerdings ist die Anfechtung der Abtretung der willentlich zedierten Forderung ein notwendiger Zwischenschritt, um den Mitübergang der unbekannten Forderung rückgängig zu machen. Die objektive Erheblichkeit des Irrtums für die Abtretung der bekannten Forderung wird also vermittelt durch die damit verbundene Übertragung einer unbekannten Forderung. Doch auch für sich selbst genommen ist der Irrtum über die Eigenschaft der bekannten Forderung als Gesamtschuldforderung erheblich. Schließlich ist es für die

⁴²³ Oder der Zessionar könnte sich nicht darauf eingelassen haben, § 401 I BGB abzubedingen, sodass die Forderungsübertragung im Gesamten scheitert.

⁴²⁴ Insbesondere läuft der Zedent bei einer Einzelabtretung Gefahr, dass er seine Forderung infolge einer Leistung an den Zedenten analog § 422 BGB verliert. Zudem ist eine isolierte Zession mangels Zustimmung der Gesamtschuldner insgesamt unwirksam; infolgedessen kann der Zedent dem Zessionar zu Schadensersatz verpflichtet sein.

⁴²⁵ Im Allgemeinen fehlt es selten an der subjektiven Erheblichkeit. S. etwa *C. Armbriüster*, in: MüKo-BGB (2018), § 119 Rn. 146: An dieser Kausalität fehle es nur, wenn der Erklärende auch in Kenntnis der Sachlage die Erklärung so abgegeben hätte, wie er sie tatsächlich abgegeben habe. Dies werde aber i. d. R. zu verneinen sein, weil der Erklärende dann das tatsächlich Gewollte erklärt hätte.

⁴²⁶ S. nur *R. Singer*, in: Staudinger (2017), § 119 Rn. 101; *H. Wendtland*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 119 Rn. 45 mit der berechtigten Klarstellung, eine rein wirtschaftliche Betrachtung gelte nicht in jedem Fall, da der rein wirtschaftliche Erfolg nicht zwangsläufig für jedes Geschäft allein maßgeblich sei. Die Anfechtung dient nicht nur dem Schutz des Vermögens, sondern in erster Linie dem der Entscheidungsfreiheit.

Wertschätzung einer Forderung bedeutsam, ob sie abgesichert ist – wie eben im Fall der Gesamtschuld. So ist bei entgeltlicher Abtretung das Entgelt für die bekannte Forderung typischerweise höher, wenn die Forderung gesichert ist. Daher hätte der Zedent eine bekannte Forderung *so* nicht übertragen, wenn er um ihre Sicherung gewusst hätte.⁴²⁷ Dasselbe gilt bei einer unentgeltlichen Abtretung, die nur darauf beruht, dass die bekannte Forderung vermeintlich ungesichert und daher als nicht entgeltwürdig eingeschätzt wurde. Ficht der Zedent in diesen Fällen an, ist der Zessionar mittels § 242 BGB geschützt: Wenn der Zessionar sich unverzüglich nach der Anfechtung bereit erklärt, einen der gesamtschuldnerischen Sicherung angemessenen Kaufpreis zu zahlen, muss sich der Zedent an diesem tatsächlich gewollten Rechtsgeschäft festhalten lassen. Das Anfechtungsrecht ist kein Reurecht.⁴²⁸

Ausnahmsweise kann der Verlust einer zusätzlichen Gesamtschuldforderung analog § 401 I BGB keinen erheblichen Nachteil für den Zedenten mit sich bringen. Wenn etwa die bei der Zession unbekannte Gesamtschuldforderung ohnehin nicht einbringlich ist oder der Zedent die bekannte Forderung bei einer entgeltlichen Zession zum vollen Nennwert verkaufen konnte⁴²⁹, benachteiligt ihn eine umfassende Forderungsübertragung in der Regel nicht nennenswert. Dann ist seine irrige Annahme, es liege keine Gesamtschuld vor, objektiv nicht erheblich für die Abgabe der Abtretungserklärung.

2. Anfechtung nach § 119 II BGB auch bezüglich des Verfügungsgeschäfts?

Irrt sich der Zedent über die gesamtschuldnerische Verbundenheit der zedierten Forderung kann er jedenfalls das schuldrechtliche Geschäft nach § 119 II BGB anfechten. Denn Eigenschaften müssen im Kausalgeschäft insofern berücksichtigt werden, als dadurch die geschuldete Leistung präzisiert wird.⁴³⁰ Kann der Zedent auch das Verfügungsgeschäft der Abtretung anfechten, ist er nicht auf eine berei-

⁴²⁷ Insofern zeigt sich eine Parallele zwischen der Erheblichkeit des Irrtums und der Verkehrswesentlichkeit der Eigenschaft, über die geirrt wird. Vgl. *C. Armbrüster*, in: MüKo-BGB (2018), § 119 Rn. 147, nach dem die Einschränkung der Erheblichkeit des Irrtums in erster Linie für § 119 I statt II BGB bedeutsam ist, da das Element der verständigen Würdigung des Falles beim einseitigen Sachverhaltsirrtum regelmäßig bereits in der Anfechtungsvoraussetzung enthalten sei, dass es sich um verkehrswesentliche Eigenschaften handeln müsse.

⁴²⁸ Statt aller *F. Faust*, BGB AT (2018), § 23 Rn. 12.

⁴²⁹ Bei unverbundenen Forderungen macht es einen objektiv erheblichen Unterschied, ob der Zedent mit der abgetretenen Forderung eine weitere verliert oder nicht. Sind Forderungen aber zu einer Gesamtschuld verbunden, kann der Gläubiger insgesamt nur einmal Leistung verlangen. Bei einem Forderungsverkauf zum vollen Nennwert erhält der Zedent wirtschaftlichen betrachtet das ökonomische Äquivalent der einmaligen Leistung. Dann ist es der Wertung nach egal, ob er eine unbekannte Zusatzforderung aus der Gesamtschuld als Anhängsel der zedierten Forderungen verliert.

⁴³⁰ Vgl. *H. C. Grigoleit*, AcP 199 (1999), S. 379 (399).

cherungsrechtliche Rückabwicklung – mit all ihren Nachteilen⁴³¹ – angewiesen. Weil die Abtretung nach § 142 I BGB als unwirksam gilt, fallen die zedierten Gesamtschuldforderungen automatisch und mit Wirkung ex tunc in seine Hand zurück. Das schützt den Zedenten insbesondere effektiv gegen Zwischenverfügungen des Zessionars, weil es abgesehen von Sonderfällen wie etwa nach § 405 BGB keine rechtliche Möglichkeit des gutgläubigen Forderungserwerbs gibt⁴³².

Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip verlangt indes, das Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft jeweils isoliert daraufhin zu überprüfen, ob ein Anfechtungsgrund besteht.⁴³³ Ob ein Irrtum über Eigenschaften einer Sache nur zur Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts berechtigt oder auch zu der des Verfügungsgeschäfts, ist umstritten. Höchstrichterliche Rechtsprechung gibt es zu dieser Frage offenbar nur seitens des Reichsgerichts. Dieses hat die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts gemäß § 119 II BGB zunächst für den Fall bejaht, dass der Abschluss von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft in einem einheitlichen Willensakt zusammenfallen.⁴³⁴ In einer späteren Entscheidung hat das Reichsgericht aber auch eine Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts nach § 119 II BGB in Fällen in Betracht gezogen, in denen das Kausal- und das Erfüllungsgeschäft zeitlich auseinander

⁴³¹ Fehlt der Abtretung infolge einer ausschließlichen Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts lediglich der Rechtsgrund, kann der alte Gläubiger von dem neuen nur eine Rückübertragung der zedierten Forderung nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung im Sinne der §§ 812 ff. BGB verlangen. Vgl. *J. Busche*, in: Staudinger (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 20; *M. Schwab*, in: MüKo-BGB (2017), § 812 Rn. 8. Eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung der Transaktion bringt Nachteile mit sich. So kann die Rückabwicklung zulasten des Zedenten nach §§ 814–817 BGB ausgeschlossen sein. Außerdem kann es sein, dass der Zessionar zur Rückübertragung der erworbenen Forderung im Sinne von § 818 II BGB außerstande ist, zum Beispiel weil er die Forderung weiterübertragen hat oder weil sie von einem seiner Gläubiger im Rahmen der Zwangsvollstreckung gepfändet wurde. Die daraus resultierende Pflicht des Zessionars, dem Zedenten zumindest den Wert der Forderung zuersetzen, stellt sich in vielen Fällen als unergiebig dar. Denn nach § 818 III BGB ist die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Hierzu kann es zwar Einschränkungen wie zum Beispiel nach den Grundsätzen der Saldotheorie geben, die aber eben nur Ausnahmen darstellen. Vgl. zu diesen Ausnahmen von der Entreicherung etwa *M. Schwab*, in: MüKo-BGB (2017), § 818 Rn. 205 ff.

⁴³² Statt aller *J. Lieder*, Sukzession (2015), S. 489 ff.

⁴³³ Statt aller *C. Armbrüster*, in: MüKo-BGB (2018), § 119 Rn. 155. Die Wirksamkeit des Abtretungsvertrags hängt somit nicht von derjenigen des Verpflichtungsgeschäfts ab, selbst wenn beide uno acto geschlossen wurden. S. dazu nur *W. Rosch*, in: jurisPK-BGB (2017), § 398 Rn. 32. Nichtdestotrotz kann die gesonderte Beurteilung eines Verfügungsgeschäfts ergeben, dass dieses unter demselben rechtlichen Mangel leidet wie das Verpflichtungsgeschäft, sodass beide unwirksam sind. Konkret für die Anerkennung der Möglichkeit einer „Fehleridentität“ von schuldrechtlichem Geschäft und der Abtretung etwa *K. Schreiber*, in: Soergel (2010), § 398 Rn. 12; *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 398 Rn. 26; *J. Busche*, in: Staudinger (2017), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 22.

⁴³⁴ RG, Urteil v. 18.10.1907, RGZ 66, S. 385 (390). Krit. zu dieser Einschränkung insb. *J. Oechsler*, in: MüKo-BGB (2017), § 929 Rn. 33, demzufolge das RG damit auf der Ebene des Metaphorischen verharrt und die Rechtsgründe für eine Anfechtung nicht nennt.

fallen.⁴³⁵ Die herrschende Auffassung innerhalb der juristischen Literatur bejaht diese Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts ebenfalls.⁴³⁶ Allerdings existiert innerhalb des Schrifttums eine starke Gegenansicht, der zufolge ein Eigenschaftsirrtum nur das Verpflichtungsgeschäft betrifft.⁴³⁷ Dieser Meinungsstreit berührt das hiesige Thema nur am Rande und soll darum in der Arbeit nicht ausgetragen werden. Auf Basis der herrschenden Meinung kann der Zedent in der hier in Rede stehenden Konstellation auch das Verfügungsgeschäft der Abtretung anfechten.⁴³⁸

3. Rechtsfolge der Anfechtung

Ficht der Zedent seine auf die Forderungsübertragung gerichtete Willenserklärung an, gilt der betreffende Vertrag gemäß § 142 I BGB von Anfang an als nichtig. Wegen seines Eigenschaftsirrtums kann und wird⁴³⁹ der Zedent in der Regel sowohl

⁴³⁵ RG, Urteil v. 20.10.1911, Warneyer Rspr. 1912 Nr. 2, S. 1 (3 f.), wobei nicht ganz klar wird, ob das RG es für möglich hält, dass ein Eigenschaftsirrtum bloß ursächlich für die Abgabe einer Verfügungserklärung sein kann, oder auch, dass er eine Eigenschaft betreffen kann, die verkehrswesentlich ist. Vgl. *H. C. Grigoleit*, AcP 199 (1999), S. 379 (396).

⁴³⁶ So ohne Differenzierung danach, ob Verpflichtung- und Verfügungsgeschäft zeitlich auseinander fallen: *A. v. Tuhr*, AT BürgerlR II 1 (1914), S. 593 Fn. 142; *S. Grundmann*, JA 1985, S. 80 (83 f.); *K.-H. Gursky*, in: *Staudinger* (2012), § 873 Rn. 136; *H. Roth*, in: *Staudinger* (2015), § 142 Rn. 22; *R. Bork*, BGB AT (2016), S. 358; *D. Medicus/J. Petersen*, BGB AT (2016), S. 109; *J. Kohler*, in: *MüKo-BGB* (2017), § 873 Rn. 52; *J. Oechsler*, in: *MüKo-BGB* (2017), § 929 Rn. 33; *C. Armbrüster*, in: *MüKo-BGB* (2018), § 119 Rn. 155; *M. Beurskens*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 15.10.2017), § 142 Rn. 39; *F. Klinck*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.07.2018), § 929 Rn. 43. Ebenso *W. Flume*, BGB AT II (1992), S. 479, falls ein Gegenstand als solcher von bestimmter Beschaffenheit verkauft wurde. Ähnlich (nur bezüglich vereinbarter Eigenschaften) *L. Enneccerus/H. C. Nipperdey*, AT BürgerlR II (1960), S. 1051. Zumindest für den Fall des Zusammenfalls von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft für Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts *R. M. Beckmann*, in: *jurisPK-BGB* (2017), § 929 Rn. 22. Allgemein behauptet wohl auch *H. J. Wieling*, Sachenrecht I (2007), S. 279 (s. dort auch S. 12) sowie (aber mit Zurückhaltung) *H.-J. Musielak/W. Hau*, Grundkurs BGB (2017), Rn. 443 a. E. In diese Richtung überdies *W. Wiegand*, in: *Staudinger* (2017), § 929 Rn. 28, demzufolge die verschiedenen Mängel des Grundgeschäfts und deren Auswirkung auf die Eigentumsübertragung vielfach willkürlich differenziert erscheinen; daher sei im Sinne einer sinnvollen Vereinheitlichung davon auszugehen, dass Entstehungsmängel des Grundgeschäfts i. d. R. auch die Übereignung ergriffen, weil von einer vollkommenen Isoliertheit oder Neutralität des Verfügungsgeschäftes nicht die Rede sein könne.

⁴³⁷ *H. C. Grigoleit*, AcP 199 (1999), S. 379 (403); *J. Lieder/D. Berneith*, JuS 2016, S. 673 (677 f.); *H. Köhler*, BGB AT (2017), § 7 Rn. 21; *F. Faust*, BGB AT (2018), § 21 Rn. 16. Zumindest grundsätzlich so auch *J. Petersen*, *Examinatorium* (2013), S. 379 f.; *D. Leenen*, BGB AT (2015), S. 288.

⁴³⁸ So im Grundsatz auch *G. Treuner*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908), S. 94 ff. A. A. wohl *J. Esser/E. Schmidt*, *Schuldrecht* (2000), S. 345, die lediglich von einer Anfechtbarkeit des Verpflichtungsgeschäfts nach § 119 II BGB sprechen.

⁴³⁹ Der Zedent muss die Anfechtung nach § 143 I, II BGB gegenüber seinem Vertragspartner erklären. Meistens wird er sich nicht ausdrücklich dazu äußern, ob nur das Verpflichtungsgeschäft oder auch das Verfügungsgeschäft angefochten werden soll. Das ist durch Auslegung der Anfechtungserklärung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Regelmäßig möchte

das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft anfechten. Diese Anfechtung gründet in dem Irrtum über eine Eigenschaft derjenigen Forderung, die gemäß erläuternder Auslegung des Abtretungsvertrags willentlich übertragen werden sollte. Es geht nicht um die Forderung, die bei der Abtretung nicht in Bezug genommen wurde, weil sie unbekannt war. Diese Forderung wechselt analog § 401 I BGB den Gläubiger. Deren Mitübergang wird lediglich mittelbar als eine Folge der Anfechtung „zu Fall gebracht“. Wenn nämlich der Vertrag über die Abtretung der konkret in Bezug genommenen Gesamtschuldforderung nach § 142 I BGB nichtig ist, kann dieser Vertrag auch nicht mehr mittels § 401 I BGB ergänzt werden. Daher stellt sich hier nicht die Frage, ob der Irrtum über eine Rechtsfolge, die das Gesetz an eine Willenserklärung knüpft, zur Anfechtung berechtigt.⁴⁴⁰

IV. Fazit

Der Zedent ist regelmäßig gemäß § 119 II BGB berechtigt, die Abtretung und das ihr zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft anzufechten, wenn er sich dazu bei Kenntnis der Gesamtschuld nicht bereit erklärt hätte. Kennt der Zedent die gesamtschuldnerische Gebundenheit der abgetretenen Forderung, geht aber davon aus, diese ändere nichts daran, dass die Forderungen gegen die anderen Gesamtschuldner bei ihm verblieben, erliegt der Zedent allein einem Irrtum über Rechtsfolgen des dispositiven Rechts. Ein solcher Irrtum berechtigt nach herrschender Ansicht in der Regel nicht zur Anfechtung gemäß § 119 I Var. 1 BGB.

§ 5 Zwischenergebnis

Die Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Zession richtet sich in erster Linie nach der Auslegung des Abtretungsvertrags. Umfasst der Vertrag alle Gesamtschuldforderungen, wechseln alle Forderungen kraft Abtretungsvertrags den Gläubiger. Auf § 401 I BGB kommt es nicht an. Schließen die Parteien deziert eine oder einzelne Forderungen von der Abtretung aus, ist § 401 I BGB prinzipiell abbedungen. Die ausgeklammerten Forderungen verbleiben bei dem Zedenten, während die übrigen kraft Abtretungsvertrags auf den Zessionar übergehen. Eine Ausnahme ergibt sich insbesondere, wenn die Entscheidung zur isolierten Zession auf einem beidseitigen Motivirrtum beruht. Dann wechselt die ausgeklammerte Forderung im Grundsatz analog § 401 I BGB den Gläubiger. Diese Rechtsfolge ist

der Erklärende auch das Verfügungsgeschäft anfechten, weil das für ihn günstig ist (*H. C. Grigoleit*, AcP 199 (1999), S. 379 (417); *R. Bork*, BGB AT (2016), S. 358 Fn. 153). Dadurch fällt der Verfügungsgegenstand nämlich ex tunc in die Inhaberschaft des Anfechtenden zurück. Er ist somit zugunsten des Anfechtenden gewissermaßen dinglich gegenüber Dritten geschützt, zum Beispiel gegen Zwangsvollstreckungsgläubiger des ursprünglichen Erwerbers.

⁴⁴⁰ Zur Anfechtbarkeit bei einem Rechtsfolgenirrtum s. Fn. 299 in diesem Kap.

überdies möglich, wenn der Abtretungsvertrag nur auf einzelne Gesamtschuldforderungen rekurriert, auf andere hingegen nicht. Dann richtet sich die Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Zession insbesondere danach, ob die Parteien bei der Abtretung von der Gesamtschuld wussten oder nicht. Kannten beide die Gesamtschuld, haben sie § 401 I BGB im Zweifel stillschweigend abbedungen. War auch nur einer Partei die Gesamtschuld unbekannt, erfolgt regelmäßig eine Gesamtübertragung analog § 401 I BGB. In diesem Fall erhöht sich zwar nicht ein etwaiges Entgelt für die Forderungsübertragung. Allerdings kann der Zedent den Abtretungsvertrag sowie das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft unter Umständen anfechten.

Schlussbetrachtungen

§ 1 Gesamtschau: Ergebnisse zur isolierten Zession bei Gesamtschulden

Die Thesen aus der Einführung dieser Abhandlung¹ können nun bestätigt werden. Eine isolierte Zession ist strukturell möglich. Davon geht man heute zu Recht nahezu einhellig aus – zu Unrecht allerdings ohne kritische Prüfung. Drei begründungsbedürftige Prämissen dieses Ergebnisses bleiben zumeist unbesiehen. Erstens hat sich der Gesetzgeber entgegen seiner erklärten Absicht darauf festgelegt, dass eine Gesamtschuld gemäß dem gemeinrechtlichen Mehrheitsprinzip aus grundsätzlich selbständigen Einzelforderungen zusammengesetzt ist.² Zweitens handelt es sich bei der isolierten Zession nicht um eine Abschwächung der Abtretungswirkung, die im Wege der privatautonomen Vereinbarung richtigerweise überhaupt nicht möglich wäre.³ Drittens unterfällt die isolierte Zession nicht dem Trennungsverbot des § 399 Var. 1 BGB für unselbständige Rechte, und zwar entgegen der herrschenden Ansicht auch dann nicht, wenn man Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte im Sinne des § 401 I BGB einordnet.⁴

Folge einer isolierten Zession ist eine Gesamtschuld mit getrennter Gläubigerchaft: Der nicht abgetretene Gesamtschuldanspruch verbleibt bei dem Zedenten, statt zu erlöschen.⁵ Wenngleich die Schuldner nach einer isolierten Zession verschiedene Gläubiger haben, bleibt ihre gesamtschuldnerische Verbundenheit in vollem Umfang bestehen. Insbesondere besteht die Tilgungsgemeinschaft der Schuldner fort.⁶ Die Leistung eines Schuldners wirkt deshalb analog § 422 BGB befreiend für alle Schuldner.⁷ Dieser Umstand macht Zedent und Zessionar trotz bis heute bestehender Missverständnisse nicht zu echten Gesamtgläubigern.⁸ Lediglich ihr Binnenregress richtet sich unter anderem nach den Regeln der Gesamtgläubigerchaft, die insoweit analog anwendbar sind.⁹

¹ S. „Thesen“ ab S. 24.

² S. „Struktur der Gesamtschuld“ ab S. 32.

³ S. „Mindestgehalt einer Forderungsübertragung“ ab S. 49.

⁴ S. „Gesamtschuldforderungen als unselbständige Ansprüche?“ ab S. 68.

⁵ S. „Problemaufriss: Spaltung der Rechtszuständigkeit“ ab S. 83.

⁶ S. „Gesamtschuld trotz Trennung der Schuldner“ ab S. 97.

⁷ S. „Leistung in der gespaltenen Gesamtschuld“ ab S. 110.

⁸ S. „Keine Gesamtgläubigerchaft zwischen Zedent und Zessionar“ ab S. 104.

⁹ S. „Regress zwischen Zedent und Zessionar“ ab S. 122.

Die Rechtsfolgen einer isolierten Zession sind weitaus problematischer als oftmals angenommen. Das gilt auf der einen Seite für die Parteien des Zessionsvertrags. Jede Partei riskiert unter anderem, ihre Forderung(en) analog § 422 BGB zu verlieren, obwohl sie keine Leistung der Schuldner erhalten hat. Für die Gesamtschuldner auf der anderen Seite erhöht sich die Gefahr, unberechtigt in Anspruch genommen zu werden. Trotzdem sind die Rechtsfolgen einer isolierten Zession im Grundsatz tragbar.

Die Nachteile für Zedent und Zessionar lassen sich mit rechtlichen Mitteln wie dem Einziehungsverbot und dem pactum de non petendo abmildern sowie weitgehend mittels interner Regressansprüche ausgleichen. Im Übrigen kann man die Belastungen der Zessionsparteien argumentativ rechtfertigen, insbesondere mit Rekurs auf deren privatautonome Entscheidung zu einer isolierten Zession mit all ihren Folgen.¹⁰ Damit das möglich ist, muss man allerdings den Willen zu einer isolierten Abtretung mit Zurückhaltung annehmen. Dieser Gedanke kommt bei der Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Zession zum Tragen.

Schwerer wiegt die Beeinträchtigung der Gesamtschuldner. Sie gründet zwar nicht in einer echten Gläubigerverdopplung, aber in einem damit vergleichbaren prozessualen Effekt, den Rechtsprechung und Literatur noch immer irrigerweise mit der Entstehung einer Gesamtgläubigerschaft zwischen Zedent und Zessionar in Verbindung bringen. Dieser Effekt kommt zum Tragen, wenn die Gesamtschuldner nach einer isolierten Zession zu Unrecht in Anspruch genommen werden. Das Risiko dafür ist signifikant erhöht. Diese Belastung der Gesamtschuldner kann man nur rechtfertigen, wenn sie mittelbar an der Entscheidung über eine isolierte Zession beteiligt werden: Alle Schuldner müssen einer Einzelabtretung zustimmen. Andernfalls ist diese gemäß § 399 Var. 1 BGB mit Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnisses unwirksam. Die Zustimmung der Gesamtschuldner ist analog den Regeln der §§ 185, 182 ff. BGB zu behandeln.¹¹ Freilich geht mit der Entlastung der Schuldner durch das Zustimmungserfordernis eine weitere Belastung der Zessionsparteien einher. Denn ihre Abtretungsfreiheit wird durch die obligatorische Mitwirkung der Schuldner eingeschränkt. Auch diese Beeinträchtigung verliert indes an Gewicht, wenn man eine isolierte Zession nur unter restriktiven Voraussetzungen annimmt. Im Übrigen muss sie hinter den notwendigen Schuldnerschutz zurücktreten.

Des Weiteren wurde in dieser Arbeit nach Fallgruppen differenziert herausgearbeitet, wann es zu einer isolierten Zession kommt. Ob alle gesamtschuldnerischen Forderungen den Gläubiger wechseln oder nur einzelne, richtet sich im Rahmen der Abtretung primär nach dem Parteiwillen.¹² Eine wichtige Rolle spielt außerdem § 401 I BGB, der analog auf gesamtschuldnerische Forderungen anzuwenden ist¹³.

¹⁰ S. zu allem „Zumutbarkeit der Rechtsfolgen einer isolierten Zession“ ab S. 137.

¹¹ S. „Zustimmung als Wirksamkeitserfordernis einer isolierten Zession“ ab S. 160.

¹² S. unter „Relevanz des Abtretungsvertrags“, S. 247.

¹³ S. unter „Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte nach § 401 I BGB?“ ab S. 249.

Das gilt entgegen der herrschenden Meinung auch dann, wenn die Gesamtschuld keinen besonderen Sicherungszweck hat. Für die Unterscheidung zwischen isolierter und umfassender Zession kommt es hingegen kaum auf die Frage an, ob der Abtretung gesamtschuldrechtlich Einzel- oder Gesamtwirkung zukommt.¹⁴ Bei der konkreten Auslegung des Abtretungsvertrags muss man im Wesentlichen drei Szenarien unterscheiden.¹⁵ Der Vertrag kann dezidiert vorsehen, dass erstens alle gesamtschuldnerischen Forderungen oder zweitens nur einzelne Forderungen den Gläubiger wechseln. Regelmäßig ergibt sich in Fall eins eine umfassende und in Fall zwei eine isolierte Zession unter Abbedingung von § 401 I BGB.

Besondere Probleme bereitet die Abgrenzung in einem dritten Fall, nämlich wenn der Vertrag nur auf eine einzelne Gesamtschuldforderung Bezug nimmt, auf eine andere hingegen nicht. Ein Gesamtschuldner kann bei der Abtretung insbesondere aufgrund von Informationsdefiziten unberücksichtigt bleiben. Entgegen der herrschenden Literaturansicht kann man in diesem dritten Szenario nicht pauschal davon ausgehen, dass Zedent und Zessionar regelmäßig alle Gesamtschuldforderungen übertragen wollen. Erstens kann die Forderung gegen den bei der Abtretung ausgeklammerten Schuldner nicht kraft (ergänzender Auslegung des) Zessionsvertrags, sondern allein analog § 401 I BGB den Gläubiger wechseln. Zweitens lässt sich ein Mitübergang nicht pauschal annehmen. Stattdessen muss man im Zweifel danach unterscheiden, ob die Zessionsparteien wussten, dass eine Gesamtschuld vorliegt, oder nicht. War ihnen die Gesamtschuld bewusst, kommt es prinzipiell zu einer isolierten Zession; § 401 IBGB ist abbedungen. Ausnahmen sind denkbar, vor allem wenn die Parteien aufgrund eines gemeinsamen Motivirrtums eine isolierte Zession wollten. Kannte der Zedent oder der Zessionar die Gesamtschuld nicht, findet in der Regel ein umfassender Forderungsübergang analog § 401 I BGB statt. Somit werden die Parteien regelmäßig nur dann mit den Risiken einer Einzelabtretung belastet, wenn ihnen bekannt war, dass eine Gesamtschuld vorliegt.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass eine Einzelabtretung den Zessionsparteien und Gesamtschuldern erhebliche Nachteile aufbürdet. Diese nachteiligen Folgen sind nur zumutbar, wenn man hohe Anforderungen an das Zustandekommen einer isolierten Zession stellt: Zum Schutz der Schuldner ist deren Zustimmung erforderlich, zum Schutz der Zessionsparteien eine restriktive Annahme isolierter Zessionen. Angesichts dieser hohen Hürden überrascht es nicht, wenn einzelne Stimmen eine isolierte Zession von vorherein als unwirksam behandeln möchten. Der Privatautonomie von Zedent und Zessionar wird man aber besser gerecht, wenn man die isolierte Zession zulässt – weitreichend in den Rechtsfolgen, dafür eng in den Voraussetzungen.

¹⁴ Dazu unter „Eine Frage der Gesamt- und Einzelwirkung?“ ab S. 267, insb. auf S. 272.

¹⁵ S. zu alledem „Umfang des Forderungsübergangs bei konkreten Varianten eines Abtretungsvertrags“ ab S. 280.

§ 2 Ausblick: Ideen zur isolierten Legalzession bei Gesamtschulden

Diese Abhandlung hat sich im Kern mit der isolierten Abtretung beschäftigt. Davon kann man sich inspirieren lassen, über ein eng verwandtes Thema nachzudenken: die isolierte *Legalzession*. Welche Probleme in diesem Bereich auftreten können, soll anhand einer kurSORischen Einführung mit einigen Fallbeispielen veranschaulicht werden. Sodann wird der Forschungsstand bezüglich der isolierten *cessio legis* skizziert. Daran schließen sich eigene Überlegungen dazu an, ob sich bei der Legalzession gesamtschuldnerischer Forderungen vergleichbare Fragen stellen wie bei deren Abtretung. Das Ziel liegt nicht darin, abschließende Antworten auf solche Fragen zu formulieren. Es geht darum, Probleme der isolierten Legalzession im Spiegel der Forschungsergebnisse zu der isolierten Abtretung anzureißen und einen Ausblick auf weiteren Forschungsbedarf zu geben.

I. Einführung

Forderungen können nicht nur kraft Rechtsgeschäfts den Gläubiger wechseln, sondern auch kraft Gesetzes. Es gibt eine Vielzahl von Normen, die eine *cessio legis* anordnen. Beispielsweise geht nach § 774 I 1 BGB die Forderung gegen einen Hauptschuldner auf den Bürgen über, soweit der Bürge für ihn zahlt. Ferner geht der Ersatzanspruch eines Versicherungsnehmers gegen einen Dritten gemäß § 86 I 1 VVG auf den Versicherer über, soweit der Versicherer den Schaden ersetzt. Kann ein Arbeitnehmer von einem Dritten Schadensersatz wegen eines Verdienstausfalls beanspruchen, der ihm durch Arbeitsunfähigkeit entstanden ist, geht dieser Anspruch unter bestimmten Umständen gemäß § 6 I EntgFG insoweit auf den Arbeitgeber über, als dieser dem Arbeitnehmer das Arbeitsentgelt fortgezahlt hat.¹⁶ Selbstverständlich können auch gesamtschuldnerische Forderungen kraft Gesetzes den Gläubiger wechseln. Dabei kann es zu einem isolierten Forderungsübergang kommen. So werden Sicherungsgeber bei persönlicher Verbindung zu einem Gesamtschuldner regelmäßig nur diesen besichern, sodass sich für ihren Regress im Wege der Legalzession das Problem stellt, ob sie trotzdem auch eine Forderung gegen den anderen Gesamtschuldner erwerben. Auch im Versicherungsrecht dürfte sich diese Frage immer wieder stellen. Schließlich sind für Schädigungen, zum Beispiel im Straßenverkehr, oft mehrere Personen verantwortlich und haften wegen § 840 I BGB als Gesamtschuldner. Wenn nun ein Versicherer den Schaden reguliert, der durch mehrere Schädiger herbeigeführt wurde, kann es schwierig zu beurteilen sein, welche Forderungen er per Legalzession erwirbt.

¹⁶ S. für weitere *cessiones legis* etwa §§ 268 III (i. V. m. 1150, 1249), 426 II, 1143 I, 1225, 1607 II 2 und III (i. V. m. 1615a) BGB oder Art. 47 III WechsElG, § 117 V VVG, 12 VI 1, 12b PflVG, 76 BBG, 81a BVG (i. V. m. 5 OEG), 33 I SGB II, 332 I SGB III, 115 f. und 119 I 1 SGB X, 94 I SGB XII, 56 VII, IX, X (i. V. m. 63 IV) IfSG, 326 II InsO und 59 I 1 RVG.

Insgesamt könnten sich ähnliche Probleme wie bei der Abtretung ergeben, wenn nur eine einzelne Gesamtschuldforderung von einer *cessio legis* erfasst wird. Zur Veranschaulichung sollen zwei Fallbeispiele dienen.¹⁷

Fall 1: Die Prokuristen X und Y haben gemeinsam Gelder des Kaufmanns K veruntreut. K ist über eine Vertrauensschadenversicherung versichert und möchte, dass der Versicherer V den Schaden reguliert. Wie üblich zahlt V nach seinen AGB nur auf rechtskräftig festgestellte Ansprüche. Tatsächlich ergeht ein stattgebendes Leistungsurteil gegen X und Y als Gesamtschuldner. Allerdings lässt nur X es rechtskräftig werden, während Y Berufung einlegt. Versetzt K den Schaden und möchte Regress von den Schädigern nehmen. X ist jedoch insolvent. Hat V per Legalzession nach § 86 I VVG oder analog § 401 I BGB zugleich den Anspruch gegen Y erhalten und kann sich an diesen wenden?

Fall 2: Die Studenten S und T haben zusammen bei V eine Wohnung gemietet. Ts Mutter M hat sich für etwaige Mietschulden der T verbürgt. Als S und T mit einigen Monatsmieten in Verzug sind, begleicht M für T diese Schulden bei V. Hat M damit nach § 774 I BGB oder analog § 401 I BGB auch die Mietforderung gegen S erworben und kann somit von ihm Regress nehmen, obwohl sie nur für T gebürgt hat?

Diese Beispiele werfen einige Fragen auf: Wann kommt es zu einer isolierten Legalzession? Erwirbt Versicherer V in Fall 1 bei Zahlung an K tatsächlich nur einen einzelnen, nämlich den rechtskräftig festgestellten Anspruch gegen X kraft *cessio legis* oder kann V sich auch an Y wenden? Ist eine isolierte Legalzession einer Gesamtschuldforderung anzunehmen, ergeben sich weitere Schwierigkeiten. Was geschieht mit der Gesamtschuldforderung, die bei dem Zedenten verblieben ist? Ist etwa in Fall 2 die Forderung gegen S bei Vermieter V verblieben, sodass V sie weiterhin geltend machen kann, obwohl er bereits die Bürgenleistung erhalten hat? Oder wurde Vs Forderung gegen S durch die Zahlung der Bürgin M zum Erlöschen gebracht? Falls Letzteres zutrifft, muss S letztlich gar nicht leisten?

II. Meinungsstand

Die Auseinandersetzung mit einer isolierten Legalzession ist dürftig. Selbst die größeren Beiträge zur Übertragung gesamtschuldnerischer Forderungen von Treuner¹⁸ und Derleder¹⁹ befassen sich fast ausschließlich mit der Abtretung. Dass nur eine einzelne Gesamtschuldforderung kraft Gesetzes auf einen neuen Gläubiger übergehen kann, zieht – anders als bei der Abtretung – soweit ersichtlich niemand in

¹⁷ S. auch BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149, dargestellt ab S. 94.

¹⁸ G. Treuner, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner (1908).

¹⁹ P. Derleder, in: FS Heinrichs (1998), S. 155 ff.

Zweifel. Die Rechtsprechung hat lange Zeit ohne Weiteres vorausgesetzt, dass gesamtschuldnerische Einzelforderungen kraft Gesetzes übergehen können.²⁰ Erst in jüngerer Vergangenheit hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich entschieden, dass eine isolierte *cessio legis* rechtlich möglich ist.²¹ Aus § 425 BGB ergebe sich, dass gesamtschuldnerische Forderungen unterschiedliche Schicksale haben können. Innerhalb der Literatur spricht lediglich Bydlinski die Möglichkeit einer isolierten Legalzession explizit an, wenngleich er sie ohne Begründung annimmt.²² Im Übrigen lassen sich Aussagen in der Literatur über den gesetzlichen Übergang gesamtschuldnerischer Einzelforderungen nur implizit aus Stellungnahmen zu § 401 I BGB entnehmen.²³ In erster Linie geht es dabei um die Frage, ob oder wann der Übergang einer Gesamtschuldforderung den Mitübergang der anderen als Nebenrecht analog § 401 I BGB nach sich zieht. Voraussetzung für derlei Überlegungen ist freilich, dass im Ausgangspunkt nur *eine* Gesamtschuldforderung den Gläubiger wechselt. Wer sich also zu der Frage eines Mitübergangs anderer Gesamtschuldforderungen äußert, insbesondere diesen ablehnt, gibt damit gleichzeitig zu erkennen, dass er einen gesonderten Übergang gesamtschuldnerischer Forderungen für möglich hält. Ob das konkret für die Legalzession gelten soll, bleibt auf den ersten Blick unklar, da § 401 I BGB²⁴ gleichermaßen für die Abtretung gilt. Sofern bei Aussagen im Rahmen von § 401 I BGB aber nicht zwischen Abtretung und Legalzession differenziert wird, muss man wohl annehmen, dass beide Arten des Forderungsübergangs gemeint sind.²⁵ Meist lässt sich immerhin aus den jeweiligen Fußnoten entnehmen, dass über die Legalzession gesprochen wird, nämlich wenn die betreffenden Autoren auf Urteile verweisen, in denen es um die Frage des Mitübergangs gesamtschuldnerischer Forderungen als Nebenrechte im Rahmen einer *cessio legis* ging.²⁶

In Bezug auf die Rechtsfolgen einer isolierten Legalzession gab es so gut wie gar keine Ausführungen, bis sich der Bundesgerichtshof hierzu Ende 2017 positioniert hat: Es entstünden Schuldverhältnisse, an denen personenverschiedene Gläubiger und Schuldner beteiligt seien. Die Schuldverhältnisse wiesen Merkmale der Gesamtschuldnerschaft und der Gesamtgläubigerschaft auf. Aus den jeweiligen Regelungsregimen seien einzelne Vorschriften analog auf die Rechtsverhältnisse nach einer isolierten *cessio legis* anwendbar.²⁷

²⁰ S. nur BGH, Urteil v. 23.05.1960, BGHZ 32, S. 331 ff.; BGH, Urteil v. 15.10.1963, NJW 1964, S. 101.

²¹ BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 28.

²² P. Bydlinski, in: MüKo-BGB (2016), § 421 Rn. 78: „Wird die Forderung gegen einen der Gesamtschuldner von einer Legalzession erfasst, geht die gegen den anderen Gesamtschuldner nicht mit über.“

²³ S. etwa G. Roth/E.-M. Kieninger, in: MüKo-BGB (2016), § 401 Rn. 9.

²⁴ Auch in seiner analogen Anwendung auf nicht explizit aufgeführte Nebenrechte.

²⁵ Etwa bei J. Busche, in: Staudinger (2017), § 401 Rn. 31 zur Erfüllungsübernahme.

²⁶ z.B. bei W. Rosch, in: jurisPK-BGB (2017), § 401 Rn. 10; R. Stürner, in: Jauernig (2018), § 401 Rn. 2.

²⁷ Dazu ausführlich unter „Positionierung des Bundesgerichtshofs“ ab S. 94.

Bemerkenswert ist, dass bei der isolierten Legalzession anders als bei der Einzelabtretung niemand eine Zustimmung der Gesamtschuldner als Wirksamkeitserfordernis verlangt. Auch dazu hat der Bundesgerichtshof in der vorbezeichneten Entscheidung Stellung genommen. Er wies darauf hin, dass umstritten sei, ob eine Einzelabtretung ohne Zustimmung der Schuldner zulässig sei. Vollziehe sich ein Forderungsübergang hingegen kraft Gesetzes, gebe es dafür keine weiteren Voraussetzungen, auch wenn nur eine einzelne Gesamtschuldforderung den Gläubiger wechsle.²⁸ Der Bundesgerichtshof hält demnach eine Zustimmung der Gesamtschuldner im Fall der isolierten *cessio legis* für nicht erforderlich.²⁹ Sonstige Stellungnahmen zu dieser Frage gibt es nicht.

In Bezug auf die isolierte *cessio legis* diskutiert man fast ausschließlich, wann es überhaupt zu ihr kommt. Es geht dabei um die Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Legalzession. Unproblematisch ist der Fall, dass eine Legalzession von vornehmlich alle Gesamtschuldforderungen umfasst. So liegt es zum Beispiel, wenn ein Bürge, der sich für alle Gesamtschuldner verbürgt hat, an den Gläubiger leistet. Gemäß § 774 I BGB gehen dann alle gesamtschuldnerischen Forderungen per *cessio legis* auf den Bürgen über. Ferner gehen nach § 86 I 1 VVG meist alle gesamtschuldnerischen Forderungen über, weil die *cessio legis* ihrem Wortlaut nach jeden Ersatzanspruch gegen einen Dritten erfasst.³⁰ Probleme ergeben sich nur, wenn unmittelbar lediglich eine gesamtschuldnerische Forderung kraft Gesetzes übergeht. Dann stellt sich die Frage, ob analog § 401 I BGB mittelbar die weiteren Forderungen übergehen. Wie bereits aufgezeigt,³¹ ist § 401 I BGB nach herrschender Ansicht im Grundsatz lediglich auf sicherungshalber bestehende Gesamtschuldforderungen analog anzuwenden. Abweichende Lösungen werden besonders dann diskutiert, wenn es um den Regress eines Sicherungsgebers mittels *cessio legis* geht, wie ihn etwa § 774 I BGB für den Bürgen ermöglicht. Während die Frage nach der analogen Anwendung von § 401 I BGB im Rahmen der Abtretung nur bei lückenhaften Zessionsverträgen Bedeutung hat³², dürfte sie bei der *cessio legis* sehr viel häufiger entscheidend dafür sein, ob nur eine oder alle Gesamtschuldforderungen den Gläubiger wechseln.

²⁸ BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 28.

²⁹ Die Entscheidung betrifft zwar nur die *cessio legis* nach § 116 I SGB X. Sie dürfte aber auch für andere *cessiones legis* gelten.

³⁰ Von Problemfragen wie im vorherigen Fallbeispiel 1 oder einer Abbedingung der *cessio legis* in Bezug auf eine einzelne Forderung einmal abgesehen.

³¹ Dazu unter „Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte?“ ab S. 240.

³² Dazu insb. unter „Verhältnis zwischen Abtretungsvertrag und § 401 I BGB“ ab S. 273.

III. Implikationen der Forschungsergebnisse für die isolierte Legalzession

An dieser Stelle soll die rechtswissenschaftliche Diskussion der isolierten Legalzession nicht umfassend kommentiert werden. Im Spiegel der Ergebnisse dieser Abhandlung kann man aber darüber nachdenken, ob bei jener Diskussion die richtigen Schwerpunkte gesetzt werden. Dazu soll nachfolgend skizziert werden, inwieweit man Probleme und Lösungen bezüglich der isolierten Abtretung auf die isolierte Legalzession übertragen kann. Der Transfer folgt dem Aufbau des Hauptteils dieser Arbeit. Ein kurzer Ausblick erscheint als Format sachgerecht. Wie sich nämlich zeigen wird, stellen sich viele Probleme, die im Rahmen der isolierten Abtretung behandelt wurden, bei der isolierten *cessio legis* nur selten.

1. Gemeinsamkeit: strukturelle Ausgangsbedingungen

Es überrascht im Hinblick auf den Meinungsstand, dass gegen die Möglichkeit einer isolierten Legalzession keinerlei Bedenken erhoben werden, bei der Abtretung hingegen schon. Denn zumindest sofern Einwände gegen einen Einzelübergang aus der Struktur einer Gesamtschuld oder dem Wesen des Forderungsübergangs abgeleitet werden, müssten sie für den gesetzlichen Übergang eines gesamtschuldnerischen Anspruchs genauso gelten wie für den rechtsgeschäftlichen. Erhebt man keine strukturellen Einwände, muss diese Parallelität gleichermaßen gelten. Letzteres entspricht den Ergebnissen dieser Abhandlung, wie im Folgenden erläutert wird.

a) Struktur der Gesamtschuld

Strukturelle Voraussetzung dafür, dass eine einzelne Gesamtschuldforderung den Gläubiger wechseln kann, ist, dass eine Gesamtschuld überhaupt aus einzelnen Forderungen besteht. Wie dargelegt wurde, ist das der Fall: Die Gesamtschuld des BGB ist nach dem sogenannten Mehrheitsprinzip konzipiert und stellt demnach eine Zusammenfassung strukturell selbständiger Forderungen dar. Mithin steht die Struktur einer Gesamtschuld einer isolierten Legalzession nicht entgegen.

b) Mindestgehalt einer Forderungsübertragung

Die Frage, ob die gesetzliche Übertragung einer gesamtschuldnerischen Einzelforderung der Natur des Forderungsübergangs zuwiderläuft, haben Rechtsprechung und Literatur soweit ersichtlich nicht aufgegriffen. Sofern man der Auffassung anhängt, die Einzelübertragung einer Gesamtschuldforderung sei eine unzulässige Abschwächung der Abtretungswirkung, kann die Beurteilung für den Fall der *cessio legis* nicht anders ausfallen. Anders als die Abtretung beruht die Legalzession von

vornehmerein nicht auf dem Parteiwillen.³³ Daher bleibt kein Raum, die Forderungsübertragung privatautonom auszustalten. Anders ist das nur, wenn Legalzedent und -zessionar eine cessio legis vorhersehen und bereits im Vorfeld Vereinbarungen darüber treffen. Einen Ausschluss oder ein Aufschieben einer cessio legis hält man offenbar gemeinhin für möglich. So wurde in der höchstrichterlichen Rechtsprechung etwa zu der Legalzession nach § 774 I 1 BGB entschieden, diese Vorschrift enthalte nachgiebiges Recht, könne also vertraglich abgeändert oder ausgeschlossen werden.³⁴ Die Literatur folgt dem wohl einhellig.³⁵ Wenn man aber die Abbedingung einer Legalzession durch Zedent und Zessionar zulässt, liegt es nahe, auch darüber nachzudenken, ob Legalzedent und -zessionar die Wirkung eines gesetzlichen Forderungsübergangs privatautonom abschwächen können. Hierauf dürfte die Antwort indes nicht anders lauten als bei der Abtretung: Die Wirkung einer Forderungsübertragung ist zwingend. Daran wird aber überhaupt nicht gerüttelt, wenn Legalzedent und -zessionar eine cessio legis nur hinsichtlich einer einzelnen Gesamtschuldforderung abbedingen. Der Übergang einer einzelnen gesamtschuldnerischen Forderung ist keine „abgeschwächte“ Forderungsübertragung. Die dazu bei der Abtretung vorgebrachten Gründe verfangen bei der cessio legis gleichermaßen, da sie an die Struktur der Gesamtschuld anknüpfen, die unabhängig von der rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Natur eines Forderungsübergangs stets dieselbe ist.

c) Kein Erfordernis der Gläubigeridentität

Es gibt Rechte, die gemäß § 399 Var. 1 BGB kraft Gesetzes³⁶ nicht isoliert übertragbar sind, weil sie nur zusammen mit einem verbundenen Recht existieren können. Für derart verbundene Rechte gilt das Erfordernis der Gläubigeridentität. Aus den vorliegenden Untersuchungen hat sich ergeben, dass gesamtschuldnerische Forderungen nicht zwingend in der Hand desselben Gläubigers liegen müssen. Sie

³³ S. nur *J. Busche*, in: *Staudinger* (2017), § 412 Rn. 1.

³⁴ RG, Urteil v. 20.05.1935, RGZ 148, S. 65 (66); BGH, Urteil v. 30.10.1984, BGHZ 92, S. 374 (382).

³⁵ Für diese grds. zulässige Abdingbarkeit s. nur *S. Madaus*, in: *BeckOGK-BGB* (Stand: 01.10.2018), § 774 Rn. 86. Vereinzelt werden allerdings Einschränkungen gemacht. So etwa von *J. Prütting*, in: *jurisPK-BGB* (2017), § 774 Rn. 21, dem zufolge ein Ausschluss der cessio legis in Form von AGB im Hinblick auf § 307 II Nr. 1 BGB unwirksam sein soll und in Form einer Individualvereinbarung den Charakter der Bürgschaft dergestalt abändere, dass ein Schuldbeitritt oder Ähnliches vorliege. *M. Habersack*, in: *MüKo-BGB* (2017), § 774 Rn. 14 vertritt, das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Interzedenten sei dann ggf. als Garantie zu qualifizieren.

³⁶ Ein rechtsgeschäftlicher Ausschluss nach § 399 Var. 2 BGB bleibt hier ausgeklammert. Es kann zwar durchaus vorkommen, dass Gesamtschuldner und Gläubiger vereinbaren, eine (isolierte) Forderungsübertragung auszuschließen. Dann gilt es zu klären, inwieweit § 399 BGB auch auf die cessio legis anwendbar ist. Jene Frage betrifft diese Arbeit aber nur am Rande. Das zeigt sich insbesondere daran, dass es für die Fragestellung keinen Unterschied macht, ob man nun den Ausschluss einer isolierten cessio legis oder jeder cessio legis vereinbart.

sind aus diesem Blickwinkel isoliert übertragbar. Das gilt unabhängig von dem Modus der Übertragung, also sowohl für die Abtretung als auch für die Legalzession. Ob § 399 Var. 1 BGB gemäß § 412 BGB überhaupt auf die *cessio legis* anwendbar ist,³⁷ kann dahinstehen.

³⁷ Das ist str. Die h. L. steht auf dem Standpunkt, dass die beiden Abtretungsausschlüsse nach § 399 BGB zwar grundsätzlich auch für einen gesetzlichen Forderungsübergang gelten, hiervon aber Ausnahmen zu machen seien. So sei § 399 BGB bei einem gesetzlichen Forderungsübergang nicht anwendbar, wenn der Normzweck des gesetzlichen Übergangstatbestands ausnahmsweise erfordert, dass eine an sich nicht zessible Forderung kraft Gesetzes übergeht. Dazu etwa *R. Weber*, in: RGRK (1976), § 399 Rn. 3; *S. Schims*, Forderungsübergang (2006), S. 34; *B. Kreße*, in: NK-BGB (2016), § 399 Rn. 15; *J. Busche*, in: Staudinger (2017), § 399 Rn. 75; *H.-F. Müller*, in: PWW (2017), § 399 Rn. 3; *W. Rosch*, in: jurisPK-BGB (2017), § 399 Rn. 7; *C. Grüneberg*, in: Palandt (2018), § 399 Rn. 3; *M. Rohe*, in: BeckOK-BGB (47. Ed., Stand: 01.08.2018), § 399 Rn. 3; *R. Schulze*, in: HK-BGB (2019), § 399 Rn. 10. Für § 399 Var. 1 BGB so auch *H. Kaduk*, in: Staudinger (1994), § 399 Rn. 125 f. Konkreter z. B. *H. P. Westermann*, in: Erman (2017), § 399 Rn. 4: Vorrang der Legalzession, wenn diese eine endgültige Lastenverteilung bewirken soll oder wenn öffentliche Interessen für den Forderungsübergang sprechen. Mit *J. Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Stand: 01.09.2018), § 412 Rn. 18 finden Abtretungsbeschränkungen keine Anwendung, wenn die Legalzession zu einer endgültigen Lastenverteilung führen soll. Nach *K. W. Nörr/R. Scheyhing/W. Pöggeler*, Sukzessionen (1999), S. 169 soll ein gesetzlicher Forderungsübergang durch eine Abtretungssperre nach § 399 BGB nicht gehindert werden, wenn die Legalzession eine endgültige Lastenverteilung bewirken soll; das gelte in jedem Fall zur Entlastung der in Vorhalt tretenden öffentlichen Kassen, aber wohl auch bei zivilrechtlich begründeten Legalzessionen wegen ihres identischen Zwecks einer Lastenverteilung. Teils wird vertreten, nur § 399 Var. 2 BGB (und damit implizit: nicht Var. 1) könne angesichts des Zwecks einer *cessio legis* zurückstehen müssen: etwa *K. Schreiber*, in: Soergel (2010), § 412 Rn. 3; *G. Roth/E.-M. Kieninger*, in: MüKo-BGB (2016), § 399 Rn. 53. Selten heißt es, eine Legalzession werde niemals durch ein Abtretungsverbot nach § 399 Var. 1 BGB ausgeschlossen: *K. v. Koppenfels-Spies*, Cessio legis (2006), S. 221. Der BGH hat soweit ersichtlich über das Zusammentreffen einer *cessio legis* mit einem Abtretungsausschluss nach § 399 Var. 1 BGB nie direkt entschieden, scheint aber insoweit zu einem ausnahmslosen Ausschluss der *cessio legis* zu tendieren, vgl. BGH, Urteil v. 25.03.1999, BGHZ 141, S. 173 ff.; BFH, Beschluss v. 01.02.2005, NJW 2005, S. 1308. In den Entscheidungen ging es nicht um die Übertragbarkeit im Rahmen einer *cessio legis*, sondern um Pfändbarkeit i. S. v. § 851 I ZPO. Fraglich war, ob diese mangels Vorliegen der Voraussetzungen für eine Forderungsübertragung nach § 64 II 2 StBerG bzw. § 49b IV 2 BRAO ausgeschlossen war. Solche gesetzlichen Übertragungsbeschränkungen, die eine Übertragung lediglich an bestimmte Voraussetzungen knüpfen (oder nur bestimmten Gläubiger verbieten), führen bei Nichtbeachtung nicht zwingend zu einer Unpfändbarkeit, sondern nur, wenn ihr Normzweck dies gebietet. Eine Forderung sei hingegen stets unübertragbar i. S. v. § 851 I ZPO, wenn eine Abtretung kraft Gesetzes schlechthin verboten sei, ein Gläubigerwechsel den Inhalt der Leistung i. S. v. § 399 Var. 1 BGB ändern (!) oder deren rechtliche Zweckbindung vereiteln würde. Wenn nach dieser Rspr. also ein gesetzlicher Abtretungsausschluss nach § 399 Var. 1 BGB selbst eine Pfändung ausschließt, so muss das erst recht für eine *cessio legis* gelten. Schließlich wirken Pfändungsverbote besonders stark, weil sie unbeteiligten Gläubigern die Möglichkeit des Zugriffs auf die Forderung zur Haftungsverwirklichung untersagen (s. BGH, Urteil v. 25.03.1999, BGHZ 141, S. 173 ff.). Unergebig ist (entgegen *H. P. Westermann*, in: Erman (2017), § 399 Rn. 4) BGH, Urteil v. 22.10.1959, BGHZ 31, S. 88 ff. (zu § 23 III GüGK a. F. gemäß BGBl. 1952 Teil I Nr. 44, ausgegeben am 18.10.1952, S. 697 ff.).

d) Fazit

Die Strukturvoraussetzungen für den Übergang einer einzelnen Gesamtschuldforderung unterscheiden sich nicht danach, ob deren Übertragung kraft Rechtsgeschäfts oder kraft Gesetzes stattfindet. In beiden Fällen ist eine isolierte Forderungsübertragung strukturell möglich.

2. Unterschied: Rechtsfolgen und daraus folgende Grenzen

Treten Zedent und Zessionar bewusst nur eine gesamtschuldnerische Forderung ab, entsteht eine gespaltene Gesamtschuld. Wenn man § 401 I BGB mit der hier vertretenen Ansicht analog auf Gesamtschuldforderungen anwendet³⁸, ergibt sich grundsätzlich kein anderes Ergebnis, weil die Norm bei einer Einzelabtretung abbedungen wird. Letzteres ist bei einer *cessio legis* weniger wahrscheinlich. § 401 I BGB kann nur durch einen Vertrag abbedungen werden. Da Legalzedent und -zessionar von Gesetzes wegen miteinander verbunden sind, wird es zu einem solchen rechtsgeschäftlichen Kontakt selten kommen. Rechtlich möglich ist es aber schon, dass Legalzedent und -zessionar § 401 I BGB im Vorfeld einer *cessio legis* abbedingen.³⁹ Dann kommt es zu einer isolierten Legalzession. Dasselbe ergibt sich, wenn man mit der herrschenden Meinung⁴⁰ § 401 I BGB nur auf Gesamtschuldforderungen mit besonderem Sicherungszweck anwendet, ein solcher aber nicht besteht. Dann kann der gesetzliche Übergang einer einzelnen Gesamtschuldforderung dazu führen, dass die Gesamtschuld zwischen verschiedenen Gläubigern aufgespalten wird. Voraussetzung dafür ist, dass die nicht legalzedierte Forderung bei dem alten Gläubiger bestehen bleibt und nicht sogleich erlischt. Anders als bei der Abtretung ist das bei der *cessio legis* durchaus fraglich. Entscheidend ist die Art der *cessio legis*. Insoweit muss man zwischen zwei Arten von Legalzessionen unterscheiden. Sie sind danach abzugrenzen, ob die Legalzession nach oder vor einer Drittleistung stattfindet.

a) Legalzessionen nach erfolgter Drittleistung

Eine *cessio legis* wird in der Regel⁴¹ ausgelöst, wenn ein Dritter anstelle des primär verpflichteten Schuldners leistet. Damit der Dritte Regress bei dem Schuldner nehmen kann, erwirbt er kraft Gesetzes die Forderung gegen den Schuldner. Beispiele dafür sind die *cessiones legis* zugunsten des Versicherers gemäß § 86 I 1 VVG, zugunsten des Arbeitgebers gemäß § 6 I EntgFG sowie zugunsten des Verpfänders

³⁸ Dazu unter „Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte nach § 401 I BGB?“ ab S. 249.

³⁹ S. Fn. 210 f. im 1. Kap.

⁴⁰ Dazu unter „Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte?“ ab S. 240.

⁴¹ Daneben gibt es noch einige Legalzessionen, bei denen der Forderungsübergang stattfindet, bevor der Gläubiger befriedigt wird. Dazu *K. v. Koppenfels-Spies*, *Cessio legis* (2006), S. 230 ff.; *S. Schims*, *Forderungsübergang* (2006), S. 40 ff.

nach § 1225 S. 1 BGB. Bei solchen Legalzessionen spielt die Dritteistung eine besondere Rolle, wenn nur die Forderung gegen einen Gesamtschuldner kraft Gesetzes übergeht. Das wird im Folgenden beleuchtet.

aa) Erlöschen der nicht legalzedierten Forderung

Bei der isolierten Abtretung geht man zu Recht davon aus, dass der nicht übergegangene Anspruch bei dem Zedenten verbleibt, statt zu erlöschen. Für die Legalzession kann das Ergebnis zumindest dann anders lauten, wenn die *cessio legis* durch eine Dritteistung ausgelöst wird. Damit der Dritte Regress bei dem Schuldner nehmen kann, erwirbt er kraft Gesetzes die gegen diese gerichtete Forderung. Die *cessio legis* wäre nicht möglich, wenn die Dritteistung die Forderung zum Erlöschen bringen würde. Abweichend von § 362 I BGB führt die Dritteistung also nur dazu, dass der Schuldner von der Leistungspflicht gegenüber seinem Gläubiger frei wird. Die Forderung gegen ihn bleibt bestehen, damit der Legalzessionsregress des Dritteistenden möglich bleibt.⁴² Nichts anderes gilt für eine Gesamtschuldforderung, die von einer *cessio legis* erfasst wird. Fraglich ist allerdings, welches Schicksal derjenigen Gesamtschuldforderung zuteilwird, die von der Legalzession ausgenommen bleibt. Unter der Prämisse, dass sie nicht analog § 401 I BGB mit auf den Legalzessionar übergeht, gibt es für ihr Schicksal zwei Möglichkeiten: Erstens kann die nicht legalzedierte Gesamtschuldforderung bei dem ursprünglichen Gläubiger bestehen bleiben. Naheliegend ist dann, dass er sie an den Dritteistenden abtreten muss. Zweitens kann die Forderung erlöschen. Welche von beiden Varianten richtig ist, ist nicht abschließend geklärt. Einige wenige Antworten darauf gibt es (offenbar nur) im Bürgschaftsrecht. Dabei sind die Meinungen geteilt.⁴³ Aus meiner Sicht muss bei jeder *cessio legis*, welche eine Dritteistung zur Voraussetzung hat, Folgendes gelten: Die nicht legalzedierte Forderung *erlischt*, wenn der Dritte an den Gläubiger geleistet hat. Schließlich wird der Gläubiger durch die Dritteistung befriedigt.⁴⁴ Man könnte zwar argumentieren, der Gläubiger werde nur im Hinblick auf diejenige Forderung befriedigt, derentwegen der Dritte leistet und die infolgedessen kraft Gesetzes auf ihn übergeht. Es handle sich dabei bloß um eine Tatsache mit Einzelwirkung im Sinne von § 425 I BGB wie etwa im Fall der Verjährung oder eines abweisenden Urteils. Diese Sichtweise wäre jedoch verfehlt. Denn alle Forderungen einer Gesamtschuld sind auf ein *einheitliches Leistungsinteresse* gerichtet. Deshalb hat die Leistung eines Gesamtschuldners gemäß § 422 I BGB Gesamtwirkung und befreit alle Gesamtschuldner. Nichts anderes kann gelten, wenn ein Gesamtschuldner

⁴² S. nur S. Schims, Forderungsübergang (2006), S. 56.

⁴³ Für ein Bestehenbleiben der nicht legalzedierten Forderung und einen Anspruch des Dritteistenden gegen den Gläubiger auf Abtretung: J. Schürnbrand, Schuldbeitritt (2003), S. 147; M. Habersack, in: MüKo-BGB (2017), § 765 Rn. 108. Für ein Erlöschen der nicht legalzedierten Forderung: S. Meier, Gesamtschulden (2010), S. 453; P. Gröschler, in: Soergel (2016), § 774 Rn. 6.

⁴⁴ Vgl. für das Bürgschaftsrecht D. Reinicke/K. Tiedtke, Kreditsicherung (2006), Rn. 431.

zwar nicht selbst leistet, aber ein Dritter für ihn die Leistung erbringt. Auch in diesem Fall muss § 422 I BGB zumindest der Wertung nach gelten. Danach verliert der Gläubiger, wenn er hinsichtlich der einen Gesamtschuldforderung befriedigt worden ist, auch die andere.⁴⁵ Um das sicherzustellen, reicht es nicht aus, den Gläubiger lediglich zu verpflichten, die nicht legalzedierte Gesamtschuldforderung an den Legalzessionar abzutreten. Schließlich würde eine Abtretungspflicht den Gläubiger nicht daran hindern, auf den ihm verbliebenen Gesamtschuldner zuzugreifen und sich auf diese Weise in gesamtschuldfidriger Weise mehrfach zu befriedigen. Gegen eine bloße Abtungspflicht spricht zudem abermals die Wertung von § 422 I BGB. Danach verliert der Gläubiger alle seine Gesamtschuldforderungen *ex lege*, sobald sein Leistungsinteresse befriedigt wurde, und nicht erst durch ein nachträgliches Rechtsgeschäft wie die Abtretung. Nach alledem muss eine Gesamtschuldforderung, die infolge einer Drittleistung nicht legalzediert wird, gemäß § 362 I BGB erlöschen.⁴⁶ Damit ergibt sich bei der *cessio legis* in Bezug auf die ausgeklammerte Gesamtschuldforderung ein völlig anderes Ergebnis als bei der Abtretung: Die nicht übertragene Forderung erlischt bereits bei der gesamtschuldfidspaltenden Legalzession, während sie bei der isolierten Abtretung zunächst⁴⁷ bestehen bleibt.

bb) Kein Schutzbedürfnis gegenüber Belastungen
infolge einer gespaltenen Forderungszuständigkeit

Sofern nur eine Gesamtschuldforderung kraft Gesetzes den Gläubiger wechselt, erlischt die andere. Darum führt eine isolierte *cessio legis* nicht zu einer gespaltenen Forderungszuständigkeit, wie es bei der Einzelabtretung der Fall ist. Alle Probleme, die daraus folgen, dass die Gesamtschuld auf mehrere Gläubiger aufgespalten ist, stellen sich mithin bei einer *cessio legis* mit der Voraussetzung einer Drittleistung nicht. Ob die Spaltung der Forderungszuständigkeit eine tragbare Rechtsfolge ist, muss man für eine solche *cessio legis* mithin nicht entscheiden. Insbesondere stellt sich für den Legalzedenten und -zessionar nicht das Problem, dass eine Leistung an den jeweils anderen Gläubiger analog § 422 I BGB die eigene Forderung zum Erlöschen bringen kann.

Zwar werden die Gesamtschuldner gegebenenfalls mit einem prozessualen Effekt der Gläubigerverdopplung belastet, ähnlich wie infolge einer Einzelabtretung. Denn

⁴⁵ S. Meier, *Gesamtschulden* (2010), S. 453.

⁴⁶ Es stellt sich sodann die Frage nach dem Ausgleich zwischen dem Drittleistenden und dem durch Erfüllung frei gewordenen Gesamtschuldner. Dazu (für das Bürgschaftsrecht) P. Gröscher, in: Soergel (2016), § 774 Rn. 6: Wer sich für nur einen Gesamtschuldner verbürgt habe und den Gläubiger befriedige, könne im Grundsatz jeweils von allen Mitschuldern in voller Höhe Regress im Wege der Nichtleistungskondiktion nehmen. Gegen den besicherten Gesamtschuldner kann der Bürge ohnehin im Wege des Legalzessionsregresses vorgehen, vgl. § 774 I BGB.

⁴⁷ Bis sie später (eventuell) erlischt, insbesondere analog §§ 422 I, 362 I BGB wegen einer gesamtschuldnerischen Leistung.

wenn der (frühere) Gläubiger trotz der Leistung einen (früheren) Gesamtschuldner in Anspruch nimmt, muss sich dieser mit Umständen aus dem Verhältnis zwischen Gläubiger und Drittem verteidigen, an dem er nicht beteiligt ist.⁴⁸ Allerdings wird dieser Effekt nur virulent, wenn ein Schuldner unberechtigt in Anspruch genommen wird. Das kommt anders als nach einer Einzelabtretung⁴⁹ infolge einer isolierten cessio legis faktisch seltener vor, weil das Leistungsinteresse des alten Gläubigers mit der Drittleistung befriedigt wird. Er hat keinen Anlass, einen der (früheren) Schuldner nochmals auf dieselbe Leistung in Anspruch zu nehmen. Allein aus diesen Gründen ist eine Zustimmung der Gesamtschuldner zu einer isolierten cessio legis nicht erforderlich.

Offen bleibt allein die Frage, ob die legalzedierte Forderung infolge des Erlöschens der gesamtschuldnerisch verbundenen Forderungen zu einer unverbundenen Einzelforderung wird. Das ist zu verneinen. Aufgrund des sukzessionsrechtlichen Identitätsprinzips geht eine Forderung so auf den neuen Gläubiger über, wie sie ist. Steht eine legalzedierte Forderung in einem Gesamtschuldverbund, behält sie diese Eigenschaft. In der Außenperspektive ist davon zwar nichts zu bemerken, weil es nach der cessio legis nur noch eine Forderung gibt. Im Innenverhältnis der Schuldner ist das Fortbestehen der Gesamtschuld allerdings relevant, und zwar für den internen Ausgleich. Der Schuldner der legalzedierten Forderung kann weiterhin gemäß § 426 I BGB Ausgleich bei seinen Mitschuldern nehmen, sofern er den Legalzessionar befriedigt und intern ausgleichsberechtigt ist. Ein Legalzessionsregress nach § 426 II 1 BGB entfällt hingegen, weil die Forderungen gegen die Mitschuldner bereits erloschen sind. Das benachteiligt den Schuldner der legalzedierten Forderung und ist deswegen durchaus fragwürdig.⁵⁰ Diese Belastung ist aber eine notwendige Folge davon, dass eine isolierte cessio legis stattfindet. Entweder man betrachtet sie als eine Folge konsequenter Gesetzesanwendung und nimmt sie darum in Kauf. Oder man vermeidet diese Folge, indem man statt einer isolierten cessio legis einen Übergang aller Gesamtschuldnerforderungen annimmt. Wenn im Ausgangspunkt nur die Forderung gegen einen Gesamtschuldner von einer cessio legis erfasst wird, ist ein Gesamtübergang freilich nur möglich, wenn man § 401 I BGB analog auf die Forderungen gegen die übrigen Schuldner anwendet. Somit könnte man als Argument für eine Analogie zu § 401 I BGB anführen, dass die Gesamtschuldner andernfalls keinen Binnenregress gemäß § 426 II 1 BGB mehr nehmen können. Das greift auf die Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender cessio legis vor, die sogleich angerissen wird.⁵¹

⁴⁸ Vgl. unter „Beweisführung in einer fremden Rechtssphäre“ ab S. 194.

⁴⁹ Dazu unter „Risiko unberechtigter Inanspruchnahme“ ab S. 179.

⁵⁰ Vgl. zu den Vorteilen dieses Legalzessionsregresses S. 158.

⁵¹ S. unter „Unterschied: Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Forderungsübertragung“ ab S. 344.

b) Legalzessionen vor erfolgter Drittleistung

Es gibt einige wenige Legalzessionen, bei denen der Forderungsübergang stattfindet, bevor der Gläubiger befriedigt wird.⁵² Diese cessiones legis haben also keine Drittleistung zur Voraussetzung. Nur bei solchen Legalzessionen kann eine isolierte cessio legis zu einer gespaltenen Gesamtschuld führen. Dabei erlischt nämlich die bei dem Legalzedenten verbliebene Gesamtschuldforderung mangels Drittleistung nicht. Ein Beispiel dafür bildet die bereits dargestellte Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu § 116 I SGB X.⁵³ In Fällen dieser Art stellen sich bei der isolierten cessio legis dieselben Probleme, die auch bei der isolierten Abtretung daraus folgen, dass die Gesamtschuld auf mehrere Gläubiger aufspalten ist. Hier muss man entscheiden, ob die Spaltung der Forderungszuständigkeit eine tragbare Rechtsfolge ist.

So werden die Gesamtschuldner wie bei der Einzelabtretung mit einem prozesualen Effekt der Gläubigerverdopplung belastet. Daraus ergibt sich die Frage, ob die Gesamtschuldner der isolierten cessio legis zustimmen müssen. Nach dem Standpunkt dieser Arbeit ist eine solche Zustimmungspflicht dogmatisch bei § 399 Var. 1 BGB zu verorten. Es ergibt sich deshalb die Frage, inwieweit § 399 Var. 1 BGB über § 412 BGB auch bei einer Legalzession anzuwenden ist.⁵⁴ Der Bundesgerichtshof hat sich damit nicht auseinandergesetzt. Er hat ein Zustimmungserfordernis für die isolierte cessio legis a priori verneint, weil sich eine Legalzession kraft Gesetzes und ohne weitere Voraussetzungen vollziehe.⁵⁵ Diese Sichtweise ist nicht selbstverständlich und hätte daher näherer Begründung bedurft. Dass die isolierte cessio legis auch ohne Zustimmung der Gesamtschuldner zulässig ist, dürfte letztlich aber sachgerecht sein. Schließlich kann es nicht dem Belieben der Gesamtschuldner anheimgestellt sein, ob eine Legalzession erfolgt, die im Interesse eines Dritten – des Legalzessionars – von Gesetzes wegen angeordnet ist.⁵⁶

Ob eine isolierte Legalzession wegen Belastungen für den alten oder neuen Gläubiger ausscheiden muss, hat der Bundesgerichtshof nicht thematisiert. Insbesondere für die Gefahr, dass der Legalzedent oder -zessionar bei einer Leistung an den jeweils anderen Gläubiger seine Forderung analog § 422 I BGB verliert, hat der Bundesgerichtshof eine andere Lösung entwickelt. So soll ein Gläubiger auf seinen Schuldner nach § 242 BGB von vorneherein nur insoweit zugreifen dürfen, als er im Innenverhältnis zu dem anderen Gläubiger berechtigt ist, die Leistung endgültig zu

⁵² Dazu *K. v. Koppenfels-Spies*, Cessio legis (2006), S. 230 ff.; *S. Schims*, Forderungsübergang (2006), S. 40 ff.

⁵³ S. unter „Positionierung des Bundesgerichtshofs“ ab S. 94.

⁵⁴ Das ist str. S. Nachweise in Fn. 37 in diesem Kap.

⁵⁵ BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 28.

⁵⁶ Z. B. kann nach dem BGH, Urteil v. 05.03.1975, BGHZ 64, S. 67 (71 f.) auch kraft Gesetzes nachträglich eine Gesamtbläubigerschaft an einer bis dahin unverbundenen Einzelforderung entstehen, ohne dass dafür die Zustimmung des Schuldners erforderlich wäre, wie es demgegenüber bei der rechtsgeschäftlichen Begründung einer Gesamtbläubigerschaft der Fall ist.

behalten (vgl. § 430 BGB).⁵⁷ Das sei allerdings der besonderen, in den Regelungen des § 116 I, VI SGB X begründeten Fallgestaltung geschuldet. Ob die Lösung auch für andere cessiones legis gelten soll, ist damit zweifelhaft. Ob sie in diesem Sinne generalisierbar ist, bedarf ebenso einer näheren Untersuchung wie die Frage, ob die Lösung des Bundesgerichtshofs überhaupt überzeugt. Das liegt freilich außerhalb des Untersuchungsgegenstands dieser Arbeit.

c) Fazit

Die Rechtsfolgen einer isolierten Abtretung können erheblich von denen einer isolierten Legalzession abweichen. Das hat Folgen für die rechtlichen Grenzen einer isolierten Forderungsübertragung, die man aus deren Rechtsfolgen ableiten kann. Inwieweit die Folgen einer isolierten cessio legis von denen einer Einzelabtretung abweichen, hängt von der Art der cessio legis ab. In der Regel findet eine Legalzession erst statt, nachdem ein Dritter den Gläubiger befriedigt hat. Dann erlischt die nicht von der cessio legis erfasste Gesamtschuldforderung eine logische Sekunde vor der Legalzession. Es kommt nicht zur Spaltung der Gesamtschuld und den daraus folgenden Problemen. Das ist nur dann anders, wenn eine Legalzession ausnahmsweise keine vorherige Gläubigerbefriedigung voraussetzt. In diesen seltenen Fällen entsteht eine gespaltene Gesamtschuld. Obwohl die Gesamtschuldner dadurch belastet werden, erscheint es prima facie nicht sachgerecht, deren Zustimmung zu verlangen, damit die Forderungsübertragung wirksam ist. Folgebelastungen von Legalzendent und besonders -zessionar kann man notfalls mittels § 242 BGB abfangen. Insofern besteht aber noch Forschungsbedarf.

3. Unterschied: Abgrenzung zwischen isolierter und umfassender Forderungsübertragung

Um abzugrenzen, ob nur einzelne oder alle Gesamtschuldforderungen den Gläubiger wechseln, kommt es bei der Abtretung hauptsächlich auf die Auslegung des Zessionsvertrags an. Bei der Legalzession gibt es keinen Übertragungsvertrag, den man auslegen könnte. Hier vollzieht sich der Forderungsübergang kraft Gesetzes. Bei der cessio legis muss man daher zunächst die Norm auslegen, die den Forderungsübergang anordnet. Im Rahmen dieser Gesetzesauslegung stellt sich die Frage, ob die Legalzession von vorneherein alle Gesamtschuldforderungen erfasst.⁵⁸ Soweit dies zu verneinen ist, also nur eine einzelne Gesamtschuldforderung unmittelbar kraft Legalzession übergeht, muss geklärt werden, ob die übrigen Ge-

⁵⁷ BGH, Urteil v. 17.10.2017, BGHZ 216, 149 Rn. 42.

⁵⁸ So liegt es wie schon illustriert zum Beispiel, wenn ein Bürge, der sich für alle Gesamtschuldner verbürgt hat, an den Gläubiger leistet. Gemäß § 774 I BGB gehen dann alle gesamtschuldnerischen Forderungen per cessio legis auf den Bürgen über. Ferner gehen nach § 86 I 1 VVG meist alle gesamtschuldnerischen Forderungen über, weil die cessio legis ihrem Wortlaut nach jeden Ersatzanspruch gegen einen Dritten erfasst.

samtschuldforderungen mittelbar den Gläubiger wechseln: Sie könnten analog §§ 412, 401 I BGB als Nebenrechte der übergehenden Forderungen von dem Übergang umfasst werden.

Bei der *cessio legis* ist somit von besonderer Bedeutung, ob man § 401 I BGB analog auf Gesamtschuldforderungen anwenden muss. Nach dem Standpunkt dieser Abhandlung ist das zu bejahen, sogar wenn eine Gesamtschuld keinen besonderen Sicherungszweck hat.⁵⁹ Eine gesamtschuldnerische Forderung geht im Grundsatz als Nebenrecht ihrer Schwesternforderung analog § 401 I BGB mit auf den neuen Gläubiger über. Es gilt zu prüfen, in welchem Umfang sich der Mitübergang vollzieht. Insbesondere ist zu eruieren, ob die herrschende Meinung richtig liegt, wenn sie bei der Legalzession im Bürgschaftsrecht nur einen Mitübergang in der Höhe annimmt, in der nach § 426 BGB Ausgleichsansprüche des besicherten Gesamtschuldners bestehen. Sollte sich diese Lösung als richtig erweisen, ist sie möglicherweise auf andere *cessiones legis* zu übertragen.

Bei all diesen Überlegungen dürfte es notwendig sein, die Vielzahl an Legalzessionen zu systematisieren. So dient eine *cessio legis* einerseits häufig dazu, für denjenigen, der den Gläubiger aufgrund einer (Mit-)Verpflichtung oder eines Ablösungsrechts befriedigt, einen Rückgriffsanspruch gegen den primär Verpflichteten zu begründen oder durch den Übergang von Neben- und Vorzugsrechten (§ 401 I BGB) zu verstärken. Dagegen dürfte andererseits beim Übergang von Schadensersatzansprüchen auf Versicherer und in ähnlicher Funktion zahlende Personen weniger der Gedanke des Rückgriffs auf den Schädiger, sondern mehr die Verhinderung einer Doppelentschädigung im Vordergrund stehen.⁶⁰ Es wird daher zu entscheiden sein, ob die vorgenannten Fragen zum Übergang gesamtschuldnerischer Forderungen anhand solcher Fallgruppen einer *cessio legis* beantwortet werden müssen oder ob sich strukturelle Parallelen der verschiedenen Legalzessionen finden, die einheitliche Antworten erlauben.

IV. Schlusswort zur isolierten Legalzession

Man mag die Legalzession als eine gesetzlich vertypete Abtretung verstehen. Soweit es um die isolierte Übertragung einer Gesamtschuldforderung geht, erschöpfen sich die wesentlichen Gemeinsamkeiten von Abtretung und Legalzession aber darin, dass eine isolierte Übertragung in beiden Fällen strukturell möglich ist. Es dürften sich indes unterschiedliche Anforderungen an die Voraussetzungen einer isolierten Übertragung ergeben. Während einer isolierten Abtretung alle Gesamtschuldner zustimmen müssen, liegt dies bei der Legalzession nicht nahe. Ferner ergibt sich bei einer Abtretung primär aus dem Parteiwillen, ob einzelne oder alle Gesamtschuldforderungen übergehen sollen. Bei der Legalzession ist für die Ab-

⁵⁹ Vgl. unter „Gesamtschuldforderungen als Nebenrechte nach § 401 I BGB“ ab S. 249.

⁶⁰ Vgl. G. Roth/E.-M. Kieninger, in: MüKo-BGB (2016), § 412 Rn. 4 ff.

grenzung zwischen isolierter und umfassender Übertragung deutlich häufiger entscheidend, wie man die strittige Frage nach der Anwendbarkeit von § 401 I BGB auf Gesamtschuldforderungen beantwortet. In Bezug auf diese und weitere Probleme der isolierten *cessio legis* könnte die vorliegende Monografie Anregungen für weiteren wissenschaftlichen Diskurs bieten.

Literaturverzeichnis

Ahcin, Christian/Armbriüster, Christian: Grundfälle zum Zessionsrecht – Abtretungsverbote, JuS 2000, S. 549–552.

Ahrens, Hans-Jürgen: Personengesellschaft und -gesellschafter als Drittshuldner des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, ZZP 1990, S. 34–52.

Arens, Peter: Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen, AcP 170 (1970), S. 392–425.

Armbriüster, Christian: Ansprüche des Geschädigten bei Schuldnermehrheit und Familienprivileg – Anm. zu BGH, VI ZR 423/16, NJW 2018, S. 1218–1221.

Bartels, Klaus: Die Sicherungsgesamtschuld als akzessorische Kreditsicherheit?, JZ 2000, S. 608–613.

Baumann, Horst: Grundlinien eines „beweglichen Systems“ der Sachmängelhaftung beim Kauf – Zugleich Überlegungen anlässlich der Pläne des Bundesjustizministeriums zur Überarbeitung des Schuldrechts, AcP 187 (1987), S. 511–551.

Baumgärtel, Gottfried: Die Unzumutbarkeit der Forderungsabtretung, AcP 156 (1956), S. 265–290.

*Baur, Jürgen F/Stürner, Rolf: Sachenrecht, 18. Auflage, München 2009 (zitiert als: *dies.*, Sachenrecht).*

*Becker-Eberhard, Ekkehard: Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, Bielefeld 1993 (zitiert als: *E. Becker-Eberhard*, Sicherungsrechte).*

*Beckhaus, Gesa Kim: Die Rechtsnatur der Erfüllung – Eine kritische Betrachtung der Erfüllungstheorien unter besonderer Berücksichtigung der Schuldrechtsmodernisierung, Tübingen 2013 (zitiert als: *G. K. Beckhaus*, Erfüllung).*

*Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, hrsg. von Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Mayer, Jörg (Gesamtherausgeber Zivilrecht), unterschiedlicher Bearbeitungsstand, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOGK-BGB).*

*Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, hrsg. von Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman – 47. Edition, Stand: 1.08.2018, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK-BGB).*

*Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, hrsg. von Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian – 30. Edition, Stand: 15.09.2018, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK-ZPO).*

*Berger, Christian: Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, Tübingen 1998 (zitiert als: *ders.*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen).*

Bode, Christoph: Anm. zu OLG Schleswig – Abtretung der Forderung gegen nur einen Gesamtschuldner; Darlehensabwicklung über Kontokorrent, *WuB* 1998, I C 1. – 3.98, S. 971–973.

Bork, Reinhard: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Auflage, Tübingen 2016 (zitiert als: *ders.*, BGB AT).

Börnsen, Ernst Wilhelm: Strukturen der Gesamtschuld – Versuch einer Präzisierung, Kiel 1969a (zitiert als: *ders.*, Strukturen der Gesamtschuld).

Brox, Hans/*Walker*, Wolf-Dietrich: Allgemeiner Teil des BGB, 41. Auflage, München 2017 (zitiert als: *H. Brox/W.-D. Walker*, BGB AT).

Brox, Hans/*Walker*, Wolf-Dietrich: Allgemeines Schuldrecht, 41. Auflage, München 2017 (zitiert als: *H. Brox/W.-D. Walker*, Schuldrecht AT).

Büdenbender, Ulrich: Grundsätze des Hypothekenrechts, *JuS* 1996, S. 665–674.

Bülow, Peter: Zu den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers über die absolute Wirkung rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote, *NJW* 1993, S. 901–902.

Bydlinski, Peter: Verjährung und Abtretbarkeit von Bürgschaftsansprüchen, *ZIP* 1989, S. 953–961.

Cziupka, Johannes: Die ergänzende Vertragsauslegung, *JuS* 2009, S. 103–106.

Cziupka, Johannes: Die Irrtumsgründe des § 119 BGB, *JuS* 2009, S. 887–891.

Cziupka, Johannes: Dispositives Vertragsrecht – Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster, Tübingen 2010 (zitiert als: *ders.*, Dispositives Vertragsrecht).

Danwerth, Christopher: Gestaltung von Vergleichen mit Gesamtwirkung zugunsten aller Gesamtschuldner, *NJW* 2017, S. 2869–2873.

Derleder, Peter: Teilzession und Schuldnerrechte, *AcP* 169 (1969), S. 97–123.

Derleder, Peter: Zession und Gesamtschuld, in: Heldrich, Andreas/Schlechtriem, Peter/Schmidt, Eike (Hrsg.), Recht im Spannungsfeld von Theorie und Praxis – Festschrift für Helmut Heinrichs zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 155–179 (zitiert als: *P. Derleder*, in: FS Heinrichs).

Dilcher, Gerhard: Zu Begriff und Funktion der Gesamtschuld, *JZ* 1967, S. 110–116.

Dollinger, Boris: Die Forderungsabhängigkeit der Sicherungsgrundschuld, Berlin 2014 (zitiert als: *ders.*, Sicherungsgrundschuld).

Dörner, Heinrich: Dynamische Relativität – Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten, München 1985 (zitiert als: *ders.*, Dynamische Relativität).

Dornwald, Walter: Grenzen und Umfang des Abtretungsverbots gemäß § 399 1. Alt. BGB, Köln 1978 (zitiert als: *ders.*, Abtretungsverbot gemäß § 399 1. Alt. BGB).

Ehmann, Horst: Die Gesamtschuld – Versuch einer begrifflichen Erfassung in drei Typen, Berlin 1972 (zitiert als: *ders.*, Gesamtschuld).

Eisele, Fridolin: Correalität und Solidarität, *AcP* 77 (1891), S. 374–481.

Enneccerus, Ludwig/*Lehmann*, Heinrich: Recht der Schuldverhältnisse – Ein Lehrbuch, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958 (zitiert als: *dies.*, Schuldverhältnisse).

Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts – Ein Lehrbuch. Zweiter Halbband: Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte, Ansprüche und Einreden, Ausübung und Sicherung der Rechte, 15. Auflage, Tübingen 1960 (zitiert als: *dies.*, AT BürgerlR II).

Erman, Walter (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, hrsg. von Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg/Westermann, Harm Peter – Band 1 (§§ 1–758, AGG, UKlaG); Band 2 (§§ 762–2385), 15. Auflage, Köln 2017; Band 1 (§§ 1–758, AGG, UKlaG), 12. Auflage, Köln 2008 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Erman).

Esser, Josef/Schmidt, Eike: Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil – Teilband 2: Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis, Ein Lehrbuch, 8. Auflage, Heidelberg 2000 (zitiert als: *J. Esser/E. Schmidt*, Schuldrecht).

Faust, Florian: Bürgerliches Gesetzbuch – Allgemeiner Teil, 6. Auflage 2018 (zitiert als: *ders.*, BGB AT).

Feuerstein, Helmut: Über das Verhältnis von § 158 f VVG zu § 67 VVG, JRPV 1941, S. 201–203.

Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas: Schuldrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Auflage, Berlin, Boston 2017 (zitiert als: *dies.*, Schuldrecht).

Finkenauer, Thomas: Ergänzende Auslegung bei Individualabreden, AcP 213 (2013), S. 619–651.

Fischer, Otto/Henle, Wilhelm: Bürgerliches Gesetzbuch – Handausgabe, hrsg. von Titze, Heinrich, 14. Auflage, München 1932 (zitiert als: *dies.*, BGB).

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin u. a. 1992 (zitiert als: *ders.*, BGB AT II).

Ganter, Hans Gerhard: Das Schicksal akzessorischer Globalsicherheiten im Falle der Singularabtretung von gesicherten Forderungen oder Forderungsteilen, in: Bitter, Georg/Ott, Claus/Schimansky, Herbert (Hrsg.), Bankgeschäfte zwischen Markt, Regulierung und Insolvenz – Festschrift für Hans-Jürgen Lwowski zum 75. Geburtstag, München 2014, S. 187–196 (zitiert als: *H. G. Ganter*, in: FS Lwowski).

Georgiades, Apostolos: Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, München 1968 (zitiert als: *ders.*, Anspruchskonkurrenz).

Gerlach, Jens/Manzke, Simon: Auslegung und Schicksal des Bieterangebots im Vergabeverfahren, VergabeR 2017, S. 11–26.

Gernhuber, Joachim: Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, 2. Auflage, Tübingen 1994 (zitiert als: *ders.*, Erfüllung).

Gierke, Otto von: Deutsches Privatrecht – Dritter Band. Schuldrecht, München, Leipzig 1917 (zitiert als: *ders.*, Deutsches Privatrecht).

Grigoleit, Hans Christoph: Abstraktion und Willensmängel – Die Anfechtbarkeit des Verfüzungsgeschäfts, AcP 199 (1999), S. 379–420.

Grundmann, Stefan: Zur Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts, JA 1985, S. 80–84.

Gsell, Beate: Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz bei „weiterfressendem“ Mangel, NJW 2004, S. 1913–1915.

Gsell, Beate: Ergänzende Vertragsauslegung durch den Richter – Anm. zu BGH, II ZR 143/52, NJW 2017, S. 3074–3075.

Habersack, Mathias: Der Regreß bei akzessorischer Haftung, AcP 198 (1998), S. 152–170.

Habersack, Mathias: Die Akzessorietät – Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts, JZ 1997, S. 857–865.

Haedicke, Maximilian: Der bürgerlich-rechtliche Verfügungs begriff, JuS 2001, S. 966–973.

Hager, Johannes: Haftung des Versicherers bei Leistung des Sozialversicherungsträgers – Anm. zu BGH, VI ZR 423/16, JA 2018, S. 226–228.

Harke, Jan Dirk: Die Wurzel der Gesamtbligation im römischen Recht, in: Harke, Jan Dirk (Hrsg.), Drittbe teiligung am Schuldverhältnis – Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts, Berlin, Heidelberg 2010, S. 1–15 (zitiert als: *J. D. Harke*, in: Drittbe teiligung).

Harke, Jan Dirk: Wie weit reicht die Vermutung von § 311c BGB?, ZfIR 2004, S. 891–895.

Heck, Philipp: Grundriss des Sachenrechts, Tübingen 1930 (zitiert als: *ders.*, Grundriss des Sachenrechts).

Heck, Philipp: Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929 (zitiert als: *ders.*, Grundriss des Schuldrechts).

Henckel, Wolfram: Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159 (1960/1961), S. 106–126.

Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, hrsg. von Schmoeckel, Mathias; Rückert, Joachim; Zimmermann, Reinhard, Band II – Schuldrecht: Allgemeiner Teil (§§ 241–432), 2. Teilband: §§ 305–432, Tübingen 2007 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: HKK).

Hock, Fritz: Die Wirkungen der Gesamtschuld dem Gläubiger gegenüber, Borna-Leipzig 1914 (zitiert als: *ders.*, Wirkungen der Gesamtschuld).

Hoffmann, Jan Felix, Zession und Rechtszuweisung, Tübingen 2012 (zitiert als: *J. F. Hoffmann*, Zession).

Hruza, Ernst: Korrealobligation und Verwandtes nach der zweiten Lesung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Leipzig 1895 (zitiert als: *ders.*, Korrealobligation und Verwandtes).

Jahr, Günther/*Kropf*, Gerhard: Bürgerliches Recht: Die „pfiffigen“ Miterben, JuS 1963, S. 356–361.

Jauernig, Othmar (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, hrsg. von Stürner, Rolf, 17. Auflage, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Jauernig*).

Jürgens, Horst: Teilschuld – Gesamtschuld – Kumulation, Baden-Baden 1988 (zitiert als: *ders.*, Teilschuld, Gesamtschuld, Kumulation).

juris PraxisKommentar BGB, hrsg. von Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan/Würdinger, Markus, Band 1: Allgemeiner Teil; Band 2: Schuldrecht – Teil 1: §§ 241–432; Teil 3: §§ 631 bis 853; Band 3: Sachenrecht, 8. Auflage, Saarbrücken 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: *jurisPK-BGB*).

Kaiser, Dagmar: Pflichtwidriges Mangelbeseitigungsverlangen, NJW 2008, S. 1709–1713.

Kaiser, Dagmar: Schadensersatz wegen fahrlässiger Rechtsanmaßung, in: Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo (Hrsg.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag – Band 1*, München 2007, S. 531–550 (zitiert als: *D. Kaiser*, in: *FS Canaris*).

Karper, Ines: Trennungs- oder Einheitstheorie bei gutgläubigem Pfandrechtserwerb an einer Hypothek, *JuS* 1989, S. 33–35.

Keller, Friedrich Ludwig: *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht*, Zürich 1827 (zitiert als: *ders.*, *Litis Contestation und Urtheil*).

Kiehnle, Arndt: Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens in der württembergischen Pfandgesetzgebung von 1825/1828 und im Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2004 (zitiert als: *ders.*, Erwerb kraft öffentlichen Glaubens).

Kim, Hyoung Seok: *Zessionsregreß bei nicht akzessorischen Sicherheiten*, Berlin 2004 (zitiert als: *H. S. Kim*, *Zessionsregreß*).

Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.): *NomosKommentar – Strafgesetzbuch*, Band 3: Besonderer Teil, §§ 232–358, 5. Auflage, Baden-Baden 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*).

Kleinschmidt, Jens: Der Verzicht im Schuldrecht – Vertragsprinzip und einseitiges Rechtsgeschäft im deutschen und US-amerikanischen Recht, Tübingen 2004 (zitiert als: *ders.*, *Verzicht*).

Kogel, Walter: Anm. zu BGH, VIII ZR 97/73 – Begründung einer Gesamtgläubigerschaft an bestehender Forderung, *NJW* 1975, S. 2063–2064.

Köhler, Helmut: *BGB, Allgemeiner Teil – Ein Studienbuch*, 41. Auflage, München 2017 (zitiert als: *ders.*, *BGB AT*).

Kohler, Josef: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Zweiter Band (Vermögensrecht)*, Erster Teil: *Schuldrecht*, 1. Auflage, Berlin 1906 (zitiert als: *ders.*, *Schuldrecht*).

Koppenfels-Spies, Katharina von: *Die cessio legis*, Tübingen 2006 (zitiert als: *dies.*, *Cessio legis*).

Kreikenbohm, Jan/Niederstetter, Christina: Abtretung von Forderungen eines Gläubigers an Gesamtgläubiger – Ein Problem (auch) der Immobilienwirtschaft, *NZM* 2010, S. 848–852.

Langenbucher, Katja/Bliesener, Dirk H./Spindler, Gerald (Hrsg.): *Bankrechts-Kommentar*, 2. Auflage, München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: *BankrechtsK*).

Langheid, Theo/Wandt, Manfred (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz – Band 2*; §§ 100–216, 2. Auflage, München 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: *MüKo-VVG*).

Larenz, Karl: *Lehrbuch des Schuldrechts – Erster Band: Allgemeiner Teil*, 14. Auflage, München 1987 (zitiert als: *ders.*, *Schuldrecht AT*).

Laumen, Hans-Willi: Die sog. tatsächliche Vermutung, *MDR* 2015, S. 1–6.

Leenen, Detlef: *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, 2. Auflage, Berlin, Boston 2015 (zitiert als: *ders.*, *BGB AT*).

Lemcke, Hermann: Anm. zu BGH, VI ZR 423/16, r +s 2018, S. 50–51.

Leonhard, Franz: *Allgemeines Schuldrecht des BGB – Erster Band des Schuldrechts*, München, Leipzig 1929 (zitiert als: *ders.*, *Schuldrecht AT*).

Leonhard, Rudolf: Die Abtretung des Anspruchs gegen einen von mehreren Gesamtschuldner, *Das Recht* 1911, S. 241–246.

Lettl, Tobias: Der Grundsatz der akzessorischen Haftung im Zivil- und Handelsrecht, *JA* 2004, S. 238–247.

Lieder, Jan/*Berneith*, Daniel: Echte und unechte Ausnahmen vom Abstraktionsprinzip, *JuS* 2016, S. 673–678.

Lieder, Jan: Die rechtsgeschäftliche Sukzession – Eine methodenpluralistische Grundlagenuntersuchung zum deutschen Zivilrecht und Zivilprozessrecht sowie zum Internationalen und Europäischen Privatrecht, Tübingen 2015 (zitiert als: *J. Lieder*, *Sukzession*).

Lieder, Jan: Referendarsexamensklausur – Zivilrecht: Hypothek und Rechtsgeschäftslehre – Die übereifrige Sekretärin, *JuS* 2010, S. 901–907.

Lüke, Gerhard: Grundfragen des Zessionsrechts, *JuS* 1995, S. 90–96.

Lumm, Hermann: Zu den Voraussetzungen und der Funktion des Ausgleiches unter Gesamtschuldner, Hamburg 1968 (zitiert als: *ders.*, *Ausgleich unter Gesamtschuldner*).

Lwowski, Hans-Jürgen/*Fischer*, Gero/*Langenbucher*, Katja: Das Recht der Kreditsicherung, 9. Auflage, Berlin 2011 (zitiert als: *H.-J. Lwowski/G. Fischer/K. Langenbucher*, *Kreditsicherung*).

Madaus, Stephan: Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit – Die Zulässigkeit von Analogien zum Recht der Schuldübernahme und der Bürgschaft, Berlin 2001 (zitiert als: *ders.*, *Schuldbeitritt*).

Martin, Wolfgang: Anm. zu BGH, VI ZR 423/16, *NZV* 2018, S. 140–141.

Matthiaß, Bernhard: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes – mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechtes, 7. Auflage, Berlin, Heidelberg 1914 (zitiert als: *ders.*, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes*).

Medicus, Dieter: Die Akzessorietät im Zivilrecht, *JuS* 1971, S. 497–504.

Medicus, Dieter/*Lorenz*, Stephan: Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 21. Auflage, München 2015 (zitiert als: *dies.*, *Schuldrecht AT*).

Medicus, Dieter/*Petersen*, Jens: Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage, Heidelberg 2016 (zitiert als: *dies.*, *BGB AT*).

Medicus, Dieter: Schuldmitübernahme, Zession, Forderungsübergang – Anm. zu BGH v. 23.11.1999, *NJW* 2000, 575, *EWiR* 2000, S. 379–380.

Meier, Sonja: Die Gesamtgläubigerschaft – ein unbekanntes, weil überflüssiges Wesen?, *AcP* 205 (2005), S. 858–904.

Meier, Sonja: Erlass und Regressgefährdung bei Bürgschaft und Gesamtschuld, in: Harke, Jan Dirk (Hrsg.), *Drittbe teiligung am Schuldverhältnis – Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Berlin, Heidelberg 2010, S. 35–70 (zitiert als: *S. Meier*, in: *Drittbe teiligung*).

Meier, Sonja: Gesamtschulden – Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive, Tübingen 2010 (zitiert als: *dies.*, *Gesamtschulden*).

Mincke, Wolfgang: Die Akzessorietät des Pfandrechts – Eine Untersuchung zur Pfandrechtskonstruktion in Theorie und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts, Berlin 1987 (zitiert als: *ders.*, Akzessorietät des Pfandrechts).

Mittelstädt, Morten: Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen – Eine Kritik des herrschenden Methodendualismus, Tübingen 2016 (zitiert als: *ders.*, Auslegung).

Mittelstädt, Morten: Falsa demonstratio: Und sie schadet doch! Eine Kritik der natürlichen Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, ZFPW 2017, S. 175–200.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich – Band I: Allgemeiner Theil, Berlin, Leipzig 1888 (zitiert als: Motive BGB, Bd. 1).

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich – Band II: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, Leipzig 1888 (zitiert als: Motive BGB, Bd. 2).

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich – Band III: Sachenrecht, Berlin, Leipzig 1888 (zitiert als: Motive BGB, Bd. 3).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Säcker, Franz-Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina, Band 1: Allgemeiner Teil – §§ 1–240, ProstG, AGG, 8. Auflage, München 2018; Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil (§§ 241–432), 7. Auflage, München 2016; Band 3: Schuldrecht – Besonderer Teil I: §§ 433–534, Finanzierungsleasing, CISG, 7. Auflage, München 2016; Band 6: Schuldrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705–853, Partnerschafts-gesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 7. Auflage, München 2017; Band 7: Sachenrecht – §§ 854–1296, WEG, ErbauRG, 7. Auflage, München 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB).

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. von Schmidt, Karsten, Band 5: Vierter Buch – Handelsgeschäfte – Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften. Zweiter Abschnitt. Handelskauf. Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft §§ 343–406. Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG, 4. Auflage, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo-HGB).

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. von Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang, Band 1: §§ 1–354, 5. Auflage, München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo-ZPO).

Musielak, Hans-Joachim: Der Irrtum über die Rechtsfolgen einer Willenserklärung, JZ 2014, S. 64–72.

Musielak, Hans-Joachim/Hau, Wolfgang: Grundkurs BGB – Eine Darstellung zur Vermittlung von Grundlagenwissen im bürgerlichen Recht mit Fällen und Fragen zur Lern- und Verständnistestkontrolle sowie mit Übungsklausuren, 15. Auflage, München 2017 (zitiert als: *H.-J. Musielak/W. Hau, Grundkurs BGB*).

Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.): Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz – Kommentar, 15. Auflage, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Musielak/Voit*).

Nefzger, Alexander: Vertragliche Abtretungsverbote, Berlin 2013 (zitiert als: *ders.*, *Vertragliche Abtretungsverbote*).

Neumann, Hugo: Anm. zu RG, JW 1905, S. 425 Nr. 6, JDR 1906, S. 153–154.

NomosKommentar BGB, hrsg. von Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Ring, Gerhard – Band 1: Allgemeiner Teil, EGBGB (§§ 1–240 BGB); Band 2: Schuldrecht – Teilband 1 (§§ 241–610), 3. Auflage, Baden-Baden 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: NK-BGB).

Nörr, Knut Wolfgang/*Scheyhing*, Robert/*Pöggeler*, Wolfgang: Sukzessionen – Forderungs- zession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme, 2. Auflage, Tübingen 1999 (zitiert als: *dies.*, Sukzessionen).

Oertmann, Paul: Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Auflage, Berlin 1906 (zitiert als: *ders.*, Schuldverhältnisse).

Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 44. Auflage, München 1985; 77. Auflage, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Palandt).

Petersen, Jens: Der Sukzessionsschutz im BGB, Jura 2012, S. 279–281.

Petersen, Jens: Die Abtretung, Jura 2014, S. 278–282.

Petersen, Jens: Examinatorium Allgemeiner Teil des BGB und Handelsrecht, 1. Auflage, Berlin, Boston 2013 (zitiert als: *ders.*, Examinatorium).

Petersen, Jens/*Rothenfußer*, Christoph: Der Schutz des Schuldners bei Trennung von Hypothek und gesicherter Forderung, WM 2000, S. 657–662.

Planck, Gottlieb (Begr.): Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, hrsg. von Strohal, Emil, II. Band, 1. Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil) §§ 241–432, 4. Auflage, Berlin 1914 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Planck).

Pöggeler, Wolfgang: Die Akzessorietät im Zivilrecht: Irrtümer und Wahrheiten, JA 2001, S. 65–70.

Prediger, Bernhard: Zur Auslegung und Anwendung der Regelungen im BGB über die Gesamtschuld, Frankfurt am Main 1988 (zitiert als: *ders.*, Regelungen über die Gesamtschuld).

Prölss, Erich Robert: Über das Verhältnis von § 158f VVG zu § 67 VVG, JRPV 1941, S. 211–212.

Prölss, Jürgen/*Martin*, Anton (Hrsg.): Versicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen, Ver- mittlerrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen, 30. Auflage, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Prölss/Martin).

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs – Band I: Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse, Abschn. I, Abschn. II, Tit. I, Berlin 1897 (zitiert als: Protokolle BGB, Bd. 1).

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs – Band II: Recht der Schuldverhältnisse, Abschn. I, Abschn. II, Tit. 2–20, Abschn. III, IV, Berlin 1898 (zitiert als: Protokolle BGB, Bd. 2).

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs – Band III: Sachenrecht, Berlin 1899 (zitiert als: Protokolle BGB, Bd. 3).

Prütting, Hanns/*Wegen*, Gerhard/*Weinreich*, Gerd (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, 12. Auflage, Köln 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: PWW).

Reichel, Hans: Abtretung der Forderung gegen einen von mehreren Gesamtschuldern, Das Recht 1911, S. 328–329.

Reichel, Hans: Die Schuldmitübernahme – Kumulative Schuldübernahme, München 1909 (zitiert als: *ders.*, Schuldmitübernahme).

Reinicke, Dietrich, Bürgschaft und Gesamtschuld, NJW 1966, S. 2141–2146.

Reinicke, Dietrich/*Tiedtke*, Klaus: Bürgschaftsrecht, 3. Auflage, Köln u. a. 2008 (zitiert als: *dies.*, Bürgschaftsrecht).

Reinicke, Dietrich/*Tiedtke*, Klaus: Kreditsicherung durch Schuldbeitritt, Bürgschaft, Patronatserklärung, Garantie, Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung, Eigentumsvorbehalt, Pool-Vereinbarungen, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten, Hypothek und Grundschuld, 5. Auflage, Neuwied 2006 (zitiert als: *dies.*, Kreditsicherung).

RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, hrsg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs – Band II, 1. Teil (§§ 241–413), 12. Auflage, Berlin u. a. 1976; Band II, 2. Teil (§§ 414–610), Berlin u. a. 1978 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: *RGRK*).

Ribbentrop, Georg Julius: Zur Lehre von den Correal-Obligationen, Göttingen 1831 (zitiert als: *ders.*, Correal-Obligationen).

Rimmelspacher, Bruno: Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß, Göttingen 1970 (zitiert als: *ders.*, Materiellrechtlicher Anspruch).

Rimmelspacher, Bruno: Übergang des Anspruchs aus einer sichernden Schuldmitübernahme auf den Zessionar – Anm. zu BGH v. 23.11.1999, NJW 2000, 575, WuB I F 1 c. 1.00 (2000), S. 533–534.

Rintelen, Claus von: Der Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten bei der Forderungssektion – Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur des Pfandschuldverhältnisses, Bielefeld 1996 (zitiert als: *ders.*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten).

Rüttgen, Wilhelm: Mehrheit von Gläubigern, Tübingen 1989 (zitiert als: *ders.*, Mehrheit von Gläubigern).

Saenger, Ingo u. a. (Hrsg.): Zivilprozessordnung, Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht – Handkommentar, 7. Auflage, Baden-Baden 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: *HK-ZPO*).

Sandrock, Otto: Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht – Methodologische Untersuchungen zur Rechtsquellenlehre im Schuldvertragsrecht, Köln, Opladen 1966 (zitiert als: *ders.*, Zur ergänzenden Vertragsauslegung).

Schims, Simone: Der gesetzliche Forderungsübergang, Berlin 2006 (zitiert als: *S. Schims*, Forderungsübergang).

Schmidt, Christoph: Die sogenannte Akzessorietät der Bürgschaft – Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgrund beim Verpflichtungsgeschäft, Berlin 2001 (zitiert als: *ders.*, Akzessorietät der Bürgschaft).

Schmidt, Walter: Gesamtschuld und Gesamtschuldregress, Köln 1973 (zitiert als: *ders.*, Gesamtschuld).

Schmitz, Karl-Bernhard: Der Ausgleich zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt, in: Gerhardt, Walter/Henckel, Wolfram/Kilger, Joachim/Kreft, Gerhart (Hrsg.), Festschrift für Franz Merz

zum 65. Geburtstag am 3. Februar 1992, Köln 1992, S. 553–561 (zitiert als: *K.-B. Schmitz*, in: FS Merz).

Schott, Richard: Über Cession von Correalobligationen – Ein Beitrag zur Correalitätslehre nach Römischem und Gemeinem Recht, dem Bürgerlichen Gesetzbuch und Preußischem Landrecht, Breslau 1897 (zitiert als: *ders.*, Cession von Correalobligationen).

Schubert, Werner: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1: Allgemeiner Teil mit Begründung, verfasst von Franz Philipp von Kübel, unverändert nachgedruckt in Berlin, New York 1980, Berlin 1882 (zitiert als: *ders.*, BGB-Vorentwürfe und Begründungen, Schuldverhältnisse AT).

Schulz, Fritz: Rückgriff und Weitergriff – Studien zur gesetzlichen und notwendigen Zession, Breslau 1907 (zitiert als: *ders.*, Rückgriff).

Schulze, Reiner u. a. (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar, 10. Auflage, Baden-Baden 2019 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: HK-BGB).

Schur, Wolfgang: Grundprobleme der Wirkungsweise von Akzessorietätsprinzip und Sicherungsabrede, Jura 2005, S. 361–368.

Schürnbrand, Jan: Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, Berlin 2003 (zitiert als: *J. Schürnbrand*, Schuldbeitritt).

Seelbach, Dieter: Die Bedeutung des § 401 BGB, Köln 1964 (zitiert als: *ders.*, Bedeutung des § 401 BGB).

Seidl, Barbara: Anspruchsberühmung: Erstattungsfähigkeit außergerichtlicher Rechtsverteilungskosten bei unberechtigter Geltendmachung von Ansprüchen, München 2014 (zitiert als: *dies.*, Anspruchsberühmung).

Selb, Walter: Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern, Tübingen 1984 (zitiert als: *ders.*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern).

Serick, Rolf: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Monographie in 5 Bänden – Band IV: Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts und der Sicherungsübertragung – Erster Teil: Verlängerungsformen und Kollisionen, Heidelberg 1976 (zitiert als: *ders.*, EV und Sicherungsübertragung, Bd. IV).

Sienz, Christian/*Vogel*, Olrik: Anm. zu BGH, VII ZR 11/08, NJW 2009, S. 2448–2449.

Soergel, Hans-Theodor (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Band 2: Allgemeiner Teil 2 (§§ 104–240), 13. Auflage, Stuttgart 1999; Band 5/1: Schuldrecht IV/1 (§§ 705–822 BGB), 12. Auflage, Stuttgart 2008; Band 5/1a: Schuldrecht 3/1a, §§ 311, 311a-c, 313, 314, 13. Auflage, Stuttgart 2014; Band 5/3: Schuldrecht 3/3 (§§ 328–432 BGB), 13. Auflage, Stuttgart 2010; Band 11/2: Schuldrecht 9/2 (§§ 759–779 BGB), 13. Auflage, Stuttgart 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Soergel).

Stathopoulos, Michael P.: Die Einziehungsermächtigung, Karlsruhe 1968 (zitiert als: *ders.*, Einziehungsermächtigung).

Staudinger, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Ergänzungsband: Eckpfeiler des Zivilrechts 2014/2015, Band herausgegeben von Prof. Dr. Roland Michael Beckmann/Prof. Dr. Jan Busche/Prof. Dr. jur. Michael Coster, LL.M., 5. Auflage, Berlin 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Staudinger-EckpfeilerZivilR).

*Staudinger, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 139–163 (Allgemeiner Teil 4b), Berlin 2015; Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 164–240 (Allgemeiner Teil 5), Berlin 2014; Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 90–124 und §§ 130–133 (Sachen und Tiere; Geschäftsfähigkeit; Willenserklärung), Berlin 2017; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241–243 (Treu und Glauben), Berlin 2015; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255–304 (Leistungsstörungsrecht 1), Berlin 2014; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 328–345 (Vertrag zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe), Baden-Baden 2015; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 362–396 (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung), Berlin 2016; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397–432, 12. Auflage, Berlin 1994; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397–432 (Erlass, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldern und Gläubigern), Berlin 2017; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 516–534 (Schenkungsrecht), Berlin 2013; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 765–778 (Bürgschaft), Berlin 2012; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823 A-D (Unerlaubte Handlungen 1 – Rechtsgüter und Rechte; Persönlichkeitsrecht; Gewerbebetrieb), Berlin 2017; Buch 3: Sachenrecht §§ 925–984; Anh. zu §§ 929–931 (Eigentum 2 – Erwerb und Verlust des Eigentums), Berlin 2017; Buch 3: Sachenrecht (Allgemeines Liegenschaftsrecht 2), Berlin 2013; Buch 3: Sachenrecht, Einleitung zum Sachenrecht; §§ 854–882 (Allgemeines Liegenschaftsrecht 1), Berlin 2012 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Staudinger).*

*Steiner, Anja: Die römischen Solidarobligationen – Eine Neubesichtigung unter aktienrechtlichen Aspekten, München 2009 (zitiert als: *dies.*, Solidarobligationen).*

*Stöber, Kurt: Forderungspfändung – Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte. Erläuterungsbuch für die Praxis mit Mustern und Beispielen, 13. Auflage, Bielefeld 2002 (zitiert als: *ders.*, Forderungspfändung).*

*Theobald, Uwe: Gesamthaftungsverhältnisse – Die Gesamtschuld als Ausgleichsmodell bei der mehrfachen Drittsicherung einer Forderung, Frankfurt am Main 1994 (zitiert als: *ders.*, Gesamthaftungsverhältnisse).*

*Thiele, Wolfgang: Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Mülheim (Ruhr) 1966 (zitiert als: *ders.*, Zustimmungen).*

Thole, Christoph: Die Haftung bei unberechtigten Nacherfüllungsverlangen und sonstigen Fällen von schädigender Rechtsverfolgung, AcP 209 (2009), S. 499–542.

Thomale, Chris: Der gutgläubige Forderungserwerb im BGB, JuS 2010, S. 857–861.

Thomale, Chris: Der verdrängte Anspruch – Freie Anspruchskonkurrenz, Spezialität und Subsidiarität im Privatrecht, JuS 2013, S. 296–301.

Thomale, Chris/Zimmermann, Anton S.: Der Vorrang der Leistungsbeziehung – eine rechtsrealistische und rechtsdogmatische Kritik, AcP 217 (2017), S. 246–293.

Tiedtke, Klaus: Die Regreßansprüche des Nachbürgen, WM 1976, S. 174–179.

*Treuner, Gustav, Die Abtretung der Forderung gegen einen Gesamtschuldner nach bürgerlichem Reichsrecht, Leipzig 1908 (zitiert als: *ders.*, Abtretung gegen einen Gesamtschuldner).*

*Tuhr, Andreas von: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts – Band I: Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910 (zitiert als: *ders.*, AT BürgerlR I).*

Tuhr, Andreas von: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts – Band II. Erste Hälfte: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, Berlin 1914 (zitiert als: *ders.*, AT BürgerlR II 1).

Ulrici, Bernhard: Der Vertrag zu Lasten Dritter in der Arbeitsrechtswissenschaft, ZfA 2016, S. 377–404.

Valdini, Daniel: Kostenerstattung und Schuldnerschutz bei der Teilabtretung, ZGS 2010, S. 442–448.

Vieweg, Klaus/*Werner*, Almuth: Sachenrecht, 7. Auflage, München 2015 (zitiert als: *K. Vieweg/A. Werner*, Sachenrecht).

Wacke, Andreas: Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner – Zur Befreiung Mithaftender beim Regreßverlust durch Gläubigerhandeln, AcP 170 (1970), S. 42–75.

Wagner, Eberhard, Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungs-hindernisse, Tübingen 1994 (zitiert als: *ders.*, Vertragliche Abtretungsverbote).

Warneyer, Otto: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich erläutert durch die Rechtsprechung und das neuere Schrifttum – nebst dem Einführungsgesetz, dem neuen Ehrerecht, dem neuen Testamentsgesetz, dem neuen Verschollenheitsgesetz und dem neuen Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken, 10. Auflage, Berlin 1942 (zitiert als: *ders.*, Erl. BGB).

Weigelin, Günther: Der Schuldbeitritt, Berlin/Stuttgart 1941 (zitiert als: *ders.*, Schuldbeitritt).

Weiler, Frank: Schuldrecht Allgemeiner Teil – NomosLehrbuch, 3. Auflage, Baden-Baden 2016 (zitiert als: *ders.*, Schuldrecht AT).

Wernecke, Frauke: Die Gesamtschuld – Ihre Befreiung von irrationalen Merkmalen und ihre Rückführung in die Gesetzessystematik, Berlin 1990 (zitiert als: *dies.*, Gesamtschuld).

Wieling, Hans: Der Motivirrtum ist unbeachtlich! Entwicklung und Dogmatik des Irrtums im Beweggrund, Jura 2001, S. 577–585.

Wieling, Hans Josef: Sachenrecht – Band I: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, 5. Auflage, Berlin u. a. 2007 (zitiert als: *ders.*, Sachenrecht I).

Windscheid, Bernhard/*Kipp*, Theodor: Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2–2. Neudruck der Ausgabe Frankfurt am Main 1906, 9. Auflage, Aalen 1984 (zitiert als: *dies.*, Pandekt-enrecht).

Winter, Henry: Teilschuld, Gesamtschuld und unechte Gesamtschuld. Zur Konzeption der §§ 420 ff. BGB – Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB, Frankfurt am Main 1985 (zitiert als: *ders.*, Konzeption der §§ 420 ff. BGB).

Wolf, Manfred/*Neuner*, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Auflage, München 2016 (zitiert als: *dies.*, AT Bürgerlichen Rechts).

Wolf, Manfred/*Niedenführ*, Werner: Gesamtschuld und andere Schuldnermehrheiten, JA 1985, S. 369–380.

Zöller, Richard (Begr.): Zivilprozessordnung – Mit FamFG (§§ 1–185, 200–270, 433–484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen, 32. Auflage, Köln/Saarbrücken 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Zöller*).

Sachwortverzeichnis

Abtretung

- abgeschwächte 60
- Teilabtretung 196 f.
- Verfügung 51 ff.
- Vertragsauslegung 247 ff., 273 ff., 280 ff.
- Vertragsfreiheit 51 ff.

Abtretungsverbot

- wegen Vertrags 61 f., 212 ff.
- gesetzlich wegen Inhaltsänderung 62 ff., 205 ff., 219 ff.
- Überwindung durch Zustimmung 208 ff.

Akzessorietät 66, 74 f., 250 ff.

Anfechtung 290 ff., 317 ff.

Anspruchskonkurrenz 139, 168 f.

Äquivalenzstörung 307 ff.

Aufklärungspflichten 183 ff.

Darlegungs- und Beweislast 274

Dispositives Recht 273 ff.

Einforderungsverzicht 117 ff.

Einziehungsermächtigung 198 f.

Einziehungsverbot 113 ff.

Entgeltanpassung 311 ff.

Erfüllung

- Beweis 187 f., 194 ff.
- notwendige Gesamtwirkung 138 ff.
- Voraussetzungen und Folgen 110 ff.

Erfüllungsübernahme 241 ff. (insb. Fn. 69)

Erlass 86 ff., 150 ff., 265 (Fn. 175)

Gesamtgläubigerschaft 43 ff., 93 f., 104 ff., 165 ff.

Gesamtschuld

- Einheits- und Mehrheitsprinzip 33 ff.
- Einzelwirkung 42
- Gesamtwirkung 138 ff., 267 ff.
- Kenntnis bei Abtretung 298 ff.
- Korreal- und Solidarobligation 32 ff.
- Sicherungszweck 256 ff.
- Struktur 32 ff.

Tilgungsgemeinschaft 91 ff., 139 ff.

Voraussetzungen 89 f.

Geschäftsgrundlage 286 ff., 316

Gläubigeridentität 71 ff.

Gläubigerverdopplung 165 ff.

Gläubigerverzug 153

Heilung

- Disponibilität 208 ff.
- Rückwirkung 218, 224
- Vertrags- und Genehmigungslösung 212 ff.
- Zustimmungslösung 219 ff.

Irrtum 286 ff., 300 ff., 317 ff.

Legalzession

- Ausschluss wegen Inhaltsänderung 338
- bestärkende 45 ff., 154 ff.
- isolierte 332 ff.

Leistung 110 ff.

Mehrfachbefriedigung 140 ff.

Missbrauchsgefahr 143 ff.

Mitlaufgebot 68 ff.

Motivirrtum 286 ff.

Nebenrecht 238 ff., 249 ff., 273 ff.

Nemo-plus-iuris-Grundsatz 102

Pactum de non petendo 117 ff.

Privatautonomie 54 ff., 74, 221

Regress

- zwischen Gesamtschuldern 45, 154 ff.
- zwischen Gesamtschuldern und Gläubigern 193 f.
- zwischen Zedent und Zessionar 122 ff., 146, 177 f.

Schuldbeitritt 241 ff., 258
Schutzbedürftigkeit

- des Schuldners 64 ff., 80, 178 ff., 205 ff.
- des Zedenten 175 ff.
- des Zessionars 143 ff., 177 f.

Streitverkündung 188 ff.
Sukzessionsrechtliches Identitätsprinzip

- 97 ff.

Sukzessionsschutz 99 ff.
Teilungslösung 308 ff.
Trennungs- und Abstraktionsprinzip 325
Trennungstheorie 156 ff.
Trennungsvorbot 68 ff., 200
Treu und Glauben 119 ff., 203 ff.
Unberechtigte Inanspruchnahme 179 ff.
Unselbständige Rechte 68 ff., 250
Verfügung zugunsten Dritter 62 (Fn. 156), 271
Vertrag zulasten Dritter 150 ff., 201
Vertragsauslegung

- ergänzende 265 (Fn. 175), 276 ff., 288 ff., 292 f., 294 ff.
- erläuternde 248 f., 294 ff.
- natürliche 248, 296 ff.

Vertragslücke 275 ff., 286 ff., 298 ff.
Verzicht 150 ff., 208 ff.
Zessionsbegriff 25
Zustimmung

- Erfordernis 160 ff., 341 f.
- personale Reichweite 201 f.
- Rechtsgrundlage 202 ff.