

Zession und sekundäre Gläubigerrechte

von Hochschulassistentin Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Freiburg i. Br.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	215
B. Kriterien für die Zuordnung von sekundären Gläubigerrechten	218
I. Die in der bisherigen Literatur entwickelten Kriterien	218
II. Kritische Stellungnahme	218
1. Forderungsbezogene und vertragsbezogene sekundäre Gläubigerrechte	219
2. Verbot des Eingriffs in die Rechtsposition des Zessionsvertragspartners	219
3. Schuldnerschutz	220
III. Eigener Lösungsansatz	221
1. Notwendigkeit einer Typologisierung	221
2. Fallgruppen	222
a) Vertragsübernahme	222
b) Mittelbare Stellvertretung	222
c) Forderungskauf	222
d) Sicherungszession	223
e) Inkassozession	224
C. Die Zuordnung von sekundären Gläubigerrechten im einzelnen	224
I. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages	224
1. Der Zedent bleibt Schuldner der Gegenforderung	225
2. Der Zessionar wird Schuldner der Gegenforderung	226
3. Sonderproblem: Stundung der Forderung durch den Zessionar und Auswirkungen auf das Leistungsverweigerungsrecht	228
II. Der Anspruch auf das stellvertretende commodum	229
1. Allgemeine Gesichtspunkte und gegenwärtiger Streitstand	229
2. Fallgruppen	230
III. Der Anspruch auf Ersatz des Verspätungsschadens	232
1. Vor der Zession entstandener Verspätungsschaden	232
2. Nach der Zession entstandener Verspätungsschaden	234
3. Fallgruppen	235

182 (1982)	Zession und sekundäre Gläubigerrechte	215
IV. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung		239
1. Die verschiedenen Schadensersatzmodalitäten		239
2. Fallgruppen		240
V. Das Rücktrittsrecht		242
1. Allgemeine Gesichtspunkte und gegenwärtiger Streitstand		242
2. Fallgruppen		243
VI. Die Ansprüche auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängel		245
1. Wandlung		245
2. Minderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung		246
3. Anspruch auf Ersatz sog. Mangelfolgeschäden		246
VII. Das Anfechtungsrecht		248
1. Das Anfechtungsrecht als höchstpersönliches Recht?		248
2. Differenzierung zwischen Sach- und Geldforderungen?		250
D. Schlußbemerkungen		252

A. Einleitung

Mit der prinzipiellen Abtretbarkeit von Forderungen sowie der gesetzlichen Normierung des Vertrages zugunsten Dritter hat das BGB Möglichkeiten der Einbeziehung dritter Personen in ein Schuldverhältnis eröffnet, wie sie jedenfalls in dieser Offenheit in früherer Zeit oder auch in anderen Rechtsordnungen nicht bekannt waren oder sind.

Allein die Abkehr vom Prinzip, daß die obligatio eine persönliche Gebundenheit nur zugunsten eines bestimmten Berechtigten erzeugt und an ihren Träger personal gebunden ist, hat zwar dem praktischen Bedürfnis der Einbeziehung dritter Personen in das Schuldverhältnis Rechnung getragen, gleichwohl blieben eine Reihe damit zusammenhängender rechtlicher Fragen unbeantwortet.

Eindeutig besagt die gesetzliche Regelung bei der Abtretung wie beim echten Vertrag zugunsten Dritter nur folgendes: der Dritte, d. h. der Zessionar bzw. der Begünstigte, hat das Recht, die Leistung selbständig und unmittelbar vom Schuldner zu fordern. Spätestens seit den Ausführungen von *Siber*¹ stellt jedoch niemand mehr in Frage, daß das Schuldverhältnis mehr ist als der bloße Anspruch, d. h. mehr als das Recht, von einem anderen eine Leistung zu verlangen. Das Schuldverhältnis

¹ Schuldrecht (1931), S. 1; im selben Sinne bereits *ders.*, JherJb 70 (1921), S. 223, 227.

wird vielmehr angesehen als „Organismus“², als „sinnhaftes Gefüge“³, das sich aus Einzelforderungen, Gestaltungsrechten und Rechtslagen zusammensetzt.

Aus dieser Sicht des Schuldverhältnisses ergeben sich nun sowohl bei der Abtretung einer Forderung als auch beim Vertrag zugunsten Dritter erhebliche Schwierigkeiten: steht dem Dritten nur der unmittelbare Leistungsanspruch zu oder ist er oder nur der Zedent im Falle einer Leistungsstörung von seiten des Schuldners oder einer sonstigen Vertragsunregelmäßigkeit auch zur Ausübung von sekundären Gläubigerrechten berechtigt? M. a. W. kann beispielsweise nach der Abtretung der Forderung aus einem gegenseitigen Vertrag der Zedent oder der Zessionar den Anspruch auf Schadensersatz wegen verzögerter oder völlig ausgebliebener Leistung geltend machen, und nach wessen Person berechnet sich die Höhe des Schadens? Wer soll berechtigt sein, den Vertrag anzufechten, zurückzutreten oder bei Lieferung mangelhafter Waren die gesetzlichen Gewährleistungsrechte auszuüben?

In den gängigen Kommentaren⁴ und Lehrbüchern⁵ findet sich zu dieser Problematik meist nur eine mehr oder minder apodiktische Aussage, einer eingehenderen Analyse haben sich bislang nur wenige Autoren⁶ gewidmet. Insgesamt scheint man in der Frage der Zuordnung von sekun-

² *Siber*, aaO (Fn. 1).

³ *Larenz*, Schuldrecht I¹² (1979), § 2 V, S. 25.

⁴ Vgl. *Erman/Westermann*, BGB⁷ (1981), § 398 Rdnr. 26, § 328 Rdnr. 7; *Jauernig/Vollkommer*, BGB² (1981), § 328 Anm. II 3; *Jauernig/Stürner*, § 401 Anm. 2 b, 3 b; *MünchKomm/Gottwald*, BGB¹ (1979), § 335 Rdnr. 5 f.; *MünchKomm/Roth*, § 398 Rdnr. 71 f.; *Oertmann*, BGB⁵ (1928), § 328 Anm. 7, § 335 Anm. 5, § 399 Anm. 1 g, 2; *Palandt/Heinrichs*, BGB⁴⁰ (1981), § 335 Anm. 2, 3, § 398 Anm. 3 a, § 401 Anm. 1 b, § 413 Anm. 1 c, cc, dd; *Planck/Siber*, BGB⁴ (1914), § 399 Anm. 1 b; *RGRK/Ballhaus*, BGB¹² (1976), § 328 Rdnr. 27, 29, § 335 Rdnr. 3; *RGRK/Weber*, BGB¹² (1976), § 398 Rdnr. 41, § 401 Rdnr. 19; *Soergel/Reimer Schmidt*, BGB¹⁰ (1976), § 328 Rdnr. 4, § 335 Rdnr. 3, Rdnr. 5 vor § 398, § 401 Rdnr. 2, § 413 Rdnr. 3; *Staudinger/Kaduk*, BGB^{10/11} (1978), vor § 390 Rdnr. 24, § 334 Rdnr. 31 ff., § 413 Rdnr. 39 ff.

⁵ Vgl. etwa *A. Blomeyer*, Schuldrecht⁴ (1969), S. 261, 272 f.; *Enneccerus/Lehmann*, Schuldrecht¹⁵ (1958), S. 332; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2⁵ (1976), § 36 II, S. 239 f., § 37 I, S. 251; *Grunsky*, Athenäum Zivilrecht I (1972), S. 623 f., 671; *Kreß*, Schuldrecht I (1929), S. 534 ff., 633; *Larenz*, Schuldrecht I¹² (1979), § 34 I, S. 467; *Leonhard*, Schuldrecht I (1929), S. 372; *Siber*, Schuldrecht (1931), S. 142, 206; v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil II/1 (1914), S. 306 f.

⁶ Zur Problematik bei der Abtretung: *Brüggmann*, Die Abtretung von Forderungen aus gegenseitigen Verträgen (1934); *Kühne*, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten (1929); *Gernhuber*, Festschrift Raiser (1974), S. 57 ff.; *Seckel*, Festgabe Koch (1903), S. 205, 223 ff.; *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352 ff.; *ders.*, MDR 1970, 809 ff.; *Coester*, MDR 1974, 803 ff.; *F. Peters*, JZ 1977, 119 ff. Zur Problematik beim Vertrag zugunsten Dritter: *Cohen-Martens*, Die Stellung des Dritten bei nichtordnungsmäßiger Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages zu seinen Gunsten (1925); *Papanikolaou*, Schlechterfüllung beim Vertrag zugunsten Dritter (1977); *Heinrich Lange*, NJW 1965, 657 ff.

dären Gläubigerrechten bei zedierter Forderung und beim Vertrag zugunsten Dritter von einem allgemeinen Konsens weit entfernt zu sein: von der Alleinberechtigung des Zedenten bzw. Versprechensempfängers⁷ bis hin zur Alleinberechtigung des Zessionars bzw. Dritten⁸ finden sich nahezu sämtliche möglichen Zwischenstufen⁹.

Im folgenden sollen die maßgeblichen Kriterien, die eine Zuordnung der sekundären Gläubigerrechte tragen können, im Hinblick auf die Abtretung herausgearbeitet und ihre Anwendbarkeit auf die wichtigsten Rechtsbehelfe überprüft werden¹⁰.

⁷ Für eine Alleinberechtigung des Zedenten in Bezug auf alle Gestaltungsrechte *Börner*, Festschrift Möhring (1975), S. 37, 45; *Enneccerus/Lehmann*, Schuldrecht¹⁵ (1958), S. 332, sofern keine Vertragsübernahme vorliegt; *Heilmann*, NJW 1968, 1853; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2⁵ (1976), § 37 I, S. 251; Vertragliches Rücktrittsrecht bleibt beim Zedenten; *Groß*, NJW 1971, 648; Recht auf Wandlung oder Minderung unabtretbar. Jedenfalls das Anfechtungsrecht bleibe beim Zedenten: *Seckel*, Festgabe Koch (1903), S. 205, 226; v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil II/1 (1914), S. 306; *Oertmann*, BGB⁵ (1928), § 399 Anm. 1 g; dies gelte selbst bei Vertragsübernahme: *Pieper*, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt (1963), S. 212; *Roquette*, NJW 1962, 1551, 1553. Zum Vertrag zugunsten Dritter vgl. *Grunsky*, Athenäum Zivilrecht I (1972), S. 624; Versprechensempfänger kann alle Gestaltungsrechte ohne den Dritten ausüben; *MünchKomm/Gottwald*, BGB (1979), § 335 Rdnr. 6; Versprechensempfänger hat alle Rechte bei Leistungsstörung; *Leonhard*, Schuldrecht I (1929), S. 327; Recht auf Wandlung verbleibt dem Versprechensempfänger; *Palandt/Heinrichs*, BGB⁴⁰ (1981), § 335 Anm. 3: Versprechensempfänger behält jedenfalls Anfechtungsrecht.

⁸ Vgl. *Coester*, MDR 1974, 803, 806: bei privativer Vertragsübernahme kann Zessionar anfechten; *Heinrich Lange*, NJW 1965, 657, 662 f. hält jedenfalls eine aus dem Innenverhältnis folgende Ermächtigung des Dritten zur Anfechtung und zum Rücktritt für möglich; *Papanikolaou* (Fn. 6) S. 85: Dritter kann alle Gestaltungsrechte ausüben im Falle der Alleinberechtigung unter Ausschluß des § 335 BGB; *Staudinger/Kaduk*, BGB^{10/11} (1978), § 413 Rdnr. 41: Rücktrittsrecht gehe wohl auch mit auf den Zessionar über.

⁹ Zedent mit Zustimmung des Zessionars: *A. Blomeyer*, Schuldrecht⁴ (1969), S. 272; *Brüggmann* (Fn. 6), S. 38 f. (Anfechtung), S. 42 (Rücktritt); *Erman/Westermann*, BGB⁷ (1981), § 398 Rdnr. 26; *Grunsky*, Athenäum Zivilrecht I (1972), S. 671; *Palandt/Heinrichs*, BGB⁴⁰ (1981), § 398 Anm. 3 a; *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352, 366; *Siber*, Schuldrecht (1931), S. 142. Zessionar mit Zustimmung des Zedenten: *MünchKomm/Emmerich*, BGB (1979), § 325 Rdnr. 15 (Rücktritt nach §§ 325, 326); *RGRK/Weber*, BGB¹² (1976), § 401 Nr. 19. Für gemeinschaftliche Ausübung des Rücktrittsrechts durch Zessionar und Zedent: *Gernhuber*, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 95; *Larenz*, Schuldrecht I¹² (1979), § 34 I, S. 467; *MünchKomm/Roth*, BGB (1979), § 398 Rdnr. 72. Versprechensempfänger mit Zustimmung des Dritten: *Cohen-Martens* (Fn. 6), S. 14; *Erman/Westermann*, BGB⁷ (1981), § 328 Rdnr. 7; *RGRK/Ballhaus*, BGB¹² (1976), § 328 Rdnr. 29; *Siber*, Schuldrecht (1931), S. 206; *Staudinger/Kaduk*, BGB^{10/11} (1978), Rdnr. 24 vor § 328 (Wandlung, Rücktritt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung).

¹⁰ Auf die sicher lohnende Frage, inwieweit die so gewonnenen Maßstäbe auch für die Ausübung von sekundären Gläubigerrechten beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter fruchtbar gemacht werden können, kann hier aus Raumgründen leider nicht eingegangen werden. Zur Verwandtschaft von Abtretung und Vertrag zugunsten Dritter vgl. *A. Blomeyer*, Festschrift Rabel,

B. Kriterien für die Zuordnung von sekundären Gläubigerrechten

I. Die in der bisherigen Literatur entwickelten Kriterien

In der Regel sind es drei Gesichtspunkte, die zur Beantwortung der Frage herangezogen werden, wer nach Abtretung der Forderung die sekundären Gläubigerrechte gegen den Schuldner ausüben kann, und in welchem Umfang ihm die jeweiligen Rechtsbehelfe zustehen sollen.

1. Der erste Gedankengang¹¹ geht dahin, die sekundären Gläubigerrechte danach zu unterteilen, ob sie der Forderung als solcher zuzuordnen sind und damit mit der Abtretung der Forderung auf den Zessionar übergehen, oder ob sie mit dem Schuldverhältnis als Ganzes verknüpft sind und damit beim Zedenten verbleiben, der durch die Abtretung zwar die Forderung als Vermögensgut, nicht aber seine Stellung als Vertragspartei, als Herr des Schuldverhältnisses, verliert.

2. Die zweite Prämisse¹² geht davon aus, daß es weder dem Zedenten noch dem Zessionar gestattet sein dürfe, durch die Ausübung von Sekundärrechten einseitig in die Rechtsposition des jeweils anderen einzugreifen.

3. Schließlich wird von einer Reihe von Autoren¹³ als äußerste Grenze der Rechtsbefugnisse des Zessionars – was namentlich für die Berechnung eines etwaigen Schadensersatzanspruchs Bedeutung erlangt – das Argument angeführt, der Schuldner dürfe durch die Abtretung nicht schlechter gestellt werden, als er sich ohne diese gestanden hätte. Rechtstechnisch wird dieses Erfordernis des Schuldnerschutzes aus § 404 BGB¹⁴, § 406 BGB oder § 399 BGB¹⁵ abgeleitet.

II. Kritische Stellungnahme

All diese Prämissen, werden sie nun isoliert oder kumulativ angewandt, verdecken jedoch eher die Fragestellung als daß sie sie zu erhellen geeignet

Band I (1954), S. 306, 313; *Brügmann* (Fn. 6), S. 1; *Heilmann*, NJW 1968, 1853, 1855; *MünchKomm/Gottwald*, BGB (1979), § 328 Rdnr. 9; *Heinrich Lange*, NJW 1965, 657.

¹¹ Vgl. etwa *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2⁵ (1976), § 37 I, S. 251; *Palandt/Heinrichs*, BGB⁴⁰ (1981), § 335 Anm. 2; *Planck/Siber*, BGB⁴ (1914), § 399 Anm. 1 b; *Pieper* (Fn. 7), S. 166 f.; *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352, 353; *Heilmann*, NJW 1968, 1853.

¹² Vgl. *Larenz*, Schuldrecht I¹² (1979), § 34 I, S. 467; *MünchKomm/Emmerich*, BGB (1979), § 325 Rdnr. 16; *RGRK/Weber*, BGB¹² (1976), § 398 Rdnr. 41, § 401 Rdnr. 19; *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352, 365.

¹³ Vgl. *A. Blomeyer*, Schuldrecht⁴ (1969), S. 273: Obergrenze ist der Schaden des Zedenten, es sei denn, dem Schuldner war die Abtretung bekannt; ebenso *MünchKomm/Roth*, BGB (1979), § 398 Rdnr. 71; *RGRK/Weber*, BGB¹² (1976), § 398 Rdnr. 41; *F. Peters*, JZ 1977, 119, 122; *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352, 356.

¹⁴ So etwa *Grunsley*, Athenäum Zivilrecht I (1972), S. 671 N. 78.

¹⁵ So ausdrücklich *F. Peters*, JZ 1977, 119, 122: Umstellung des Schadensersatzes auf Zessionar sei eine rechtliche Änderung der Forderung.

sind. Darüber hinaus wird häufig die Frage, ob die sekundären Gläubigerrechte auf den Zessionar übergehen können, d. h. ob sie prinzipiell übertragbar sind, nicht sauber von der weiteren Frage getrennt, ob sie mit Abtretung der Forderung automatisch auf den Zessionar übergehen.

1. Forderungsbezogene und vertragsbezogene sekundäre Gläubigerrechte

Die Argumentation, dieser oder jener Sekundäranspruch sei forderungsbezogen und falle deshalb in die Rechtszuständigkeit des Zessionars, oder der Anspruch sei dem Schuldverhältnis als organischem Ganzen zuzuordnen und verbleibe deshalb beim Zedenten, setzt voraus, was eigentlich erst zu begründen wäre: nämlich einerseits, daß der Zessionar in jedem Falle auch die sog. forderungsbezogenen Sekundärrechte und nicht nur den Primäranspruch erhalten soll, und andererseits, daß dem Zedenten nach der Abtretung uneingeschränkt die weitere Herrschaft über das Schuldverhältnis zusteht. Nun verneint auch diese Meinung freilich nicht generell die Möglichkeit, daß auch vertragsbezogene Sekundärrechte auf einen Dritten übergehen können. Anerkannt ist so der Übergang dieser sekundären Gläubigerrechte bei der Vertragsübernahme, bei der der Dritte nicht nur neuer Inhaber der Forderung, sondern gleichzeitig auch neuer Schuldner der Gegenforderung wird¹⁶. Als rein begrifflich muß es dann freilich erscheinen, wie diese Ansicht mit der generellen Verneinung des Übergangs von vertragsbezogenen Sekundärrechten bei einfacher Zession in Einklang zu bringen versucht wird: da bei der bloßen Abtretung die vertragsbezogenen Sekundärrechte nicht übergangen, müsse also die Vertragsübernahme mehr sein als eine Kumulierung von Abtretung und Schuldübernahme¹⁷.

2. Verbot des Eingriffs in die Rechtsposition des Zessionsvertragspartners

Auch der zweite Gedankengang, daß es weder dem Zedenten noch dem Zessionar gestattet sein könne, durch die Ausübung eines Sekundärrechtes in die Rechtsstellung des jeweils anderen einzugreifen, vermag aus sich selbst heraus nicht zu überzeugen. Denn die entscheidende Frage, ob sich nicht der Zedent gerade aufgrund der Zession bestimmte Einwirkungen auf seine Rechtsposition gefallen lassen muß, oder ob – von der anderen Seite her betrachtet – nicht der Zessionar eine Forderung erwirbt, die unter dem Vorbehalt der Ausübung von Gestaltungsrechten durch den

¹⁶ Vgl. *Soergel/Reimer Schmidt*, BGB¹⁰ (1967), Rdnr. 5 vor § 398; *Siber*, JherJb 70 (1921), 223, 297; *Seckel*, Festgabe Koch (1903), S. 205, 223; *Pieper* (Fn. 7), S. 210.

¹⁷ Vgl. *Siber*, JherJb 70 (1921), 223, 297; *Pieper* (Fn. 7), S. 210.

Zedenten steht, bleibt offen. Zu ihrer Lösung kann auch das Postulat der Notwendigkeit einer Eingriffsermächtigung im Schuldrecht¹⁸ nichts beitragen.

3. Schuldnerschutz

Schließlich gibt auch der Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes nichts für die Zuordnung von sekundären Gläubigerrechten her. Der Schuldner wird beispielsweise nicht dadurch schlechter gestellt, daß man die Ausübung eines Gestaltungsrechts durch eine andere Person als den ursprünglichen Gläubiger zuläßt. So bleiben die tatsächlichen und rechtlichen Folgen im Rückgewährschuldverhältnis dieselben, gleichgültig, ob es durch einen Rücktritt des Zedenten oder des Zessionars herbeigeführt wurde. Daß evtl. der Zessionar ein Gestaltungsrecht aus anderen Motiven ausübt als es der Zedent getan hätte, vermag eine abweichende Beurteilung nicht zu rechtfertigen¹⁹. Denn selbst wenn der Schuldner darauf vertraut, der ursprüngliche Gläubiger werde ein Sekundärrecht nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen ausüben, so ist doch dieses Vertrauen nicht schutzwürdig. Dies gilt vor allem, wenn man in Rechnung stellt, daß Sekundärrechte ihren Ursprung in einer Vertragsverletzung des Schuldners, bzw. jedenfalls in einer Vertragsunregelmäßigkeit haben, die dem Risikobereich des Schuldners zuzurechnen ist. Außerdem bleibt dem Schuldner ja immer die Möglichkeit, ein Abtretungsverbot nach § 399 BGB zu vereinbaren. Dabei wird man es auch für zulässig ansehen, die Abtretung gerade bezüglich der sekundären Gläubigerrechte auszuschließen. Denn wenn das Mehr des gänzlichen Ausschlusses der Abtretung erlaubt ist, muß auch das Minder des Ausschlusses der Abtretung nur für die Sekundärphase möglich sein.

Nun wird freilich der Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes vor allem im Hinblick auf etwaige Schadensersatzansprüche ins Feld geführt²⁰. Indes handelt es sich hierbei weniger um die Zuordnung von sekundären Gläubigerrechten an Zedent oder Zessionar, sondern vielmehr um ein allgemeines Problem der Schadensberechnung. Die Frage des Schuldnerschutzes taucht nämlich ebenso auf, wenn man zwar die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs dem Zedenten anheimstellt, ihm aber ge-

¹⁸ Vgl. etwa *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352, 365, der diesen Gedanken auf § 185 BGB stützt. Scharfe Kritik an diesem Ansatz übt *Gernhuber*, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 79.

¹⁹ Vgl. *Siber*, Schuldrecht (1931), S. 139; a. A. *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352, 365; „Der Schuldner muß sich einen neuen Partner, der andere Interessen und Motive bei seinen Entschlüssen hat, nicht gefallen lassen.“

²⁰ So vor allem *F. Peters*, JZ 1977, 119 ff.

stattet, mangels eigenen Schadens den Schaden des Zessionars zu liquidieren²¹. Zwar wird auf die Frage, nach wessen Person sich der Schaden berechnet, auch im Rahmen der folgenden Ausführungen einzugehen sein. Allein die Rechtszuständigkeit zur Geltendmachung von sekundären Gläubigerrechten wird durch die Beantwortung dieser Frage nicht präjudiziert.

III. Eigener Lösungsansatz

Als Fazit der bisherigen Ausführungen kann damit festgehalten werden, daß die von der h. M. für die Zuordnung von sekundären Gläubigerrechten herangezogenen Prämissen nicht tragfähig sind. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß *alle* sekundären Gläubigerrechte grundsätzlich auf einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger übergehen *können*²². Dem stehen weder die Natur des Schuldverhältnisses noch Gesichtspunkte des Schuldnerschutzes entgegen.

Für die weitere Frage, ob im konkreten Fall ein Sekundärrecht dem Zedenten oder dem Zessionar zuzuweisen ist, kann jedenfalls weder die Charakterisierung des Rechts als forderungs- oder vertragsbezogen noch das Postulat, keine der Zessionsparteien dürfe durch die Ausübung von Sekundärrechten in die Rechtsstellung der jeweils anderen eingreifen, entscheidend sein.

1. Notwendigkeit einer Typologisierung

Wieviel an Rechtsmacht der Zedent behält, bzw. wieviel hiervon mit der Abtretung der Forderung auf den Zessionar übergeht, ist vielmehr der Parteidisposition überlassen. Haben die Parteien – wie wohl regelmäßig – im Rahmen des der Zession zugrunde liegenden Vertrags keine konkrete Regelung bezüglich der Ausübung von Sekundärrechten getroffen, so ist es Aufgabe des Richters, die Zuordnung im Wege ergänzender Vertragsauslegung vorzunehmen. Maßstab hierfür müssen die typischen Interessen der Parteien gemessen an dem der Zession zugrunde liegenden Zweck sein²³. Denn wenn man bedenkt, welche unterschiedlichen wirtschaftlichen Zwecken die Zession einer Forderung zu dienen bestimmt

²¹ Folgerichtig insoweit *F. Peters*, der in AcP 180 (1980), 329 ff. auch die Zulässigkeit der Drittschadensliquidation für diese Fälle verneint.

²² So ausdrücklich auch BGH NJW 1973, 1793, 1794: „Die Abtretbarkeit des gesetzlichen oder eines vertraglichen Rücktrittsrechts kann angesichts der Vertragsfreiheit nicht grundsätzlich verneint werden.“

²³ In diesem Sinne hat sich namentlich *Gernhuber*, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 80 ausgesprochen; für den Vertrag zugunsten Dritter in ähnlicher Richtung *Heinrich Lange*, NJW 1965, 657, 658; *Papanikolaou* (Fn. 6), S. 66.

sein kann – man vergleiche nur die Zession der Forderung aus dem Ausführungsgeschäft des Kommissionärs an den Kommittenten und die Inkasso- oder die Sicherungszession –, so wird deutlich, daß eine einheitliche Lösung der Zuordnung von Sekundärrechten den wirtschaftlichen Gegebenheiten Zwang antäte. Die Verteilung der Rechtsmacht zwischen Zedent und Zessionar muß sich vielmehr an ihrem jeweiligen Innenverhältnis orientieren.

2. Fallgruppen

Im Rahmen dieser Untersuchung sollen dabei folgende in der Rechtspraxis besonders bedeutsamen Fallgruppen Berücksichtigung finden:

a) Die Zession stellt sich als Teil einer *Vertragsübernahme*²⁴ dar, d. h. der Zessionar wird nicht lediglich Neugläubiger, sondern gleichzeitig auch Neuschuldner der Gegenforderung, sei es samtvordlich neben dem ursprünglichen Vertragspartner oder – so bei privativer Vertragsübernahme – allein. In der Praxis kommt der Vertragsübernahme die Hauptbedeutung im Rahmen der Übertragung von Unternehmen zu. Dabei wird für einige wichtige Fälle bereits vom Gesetz die Vertragsübernahme angeordnet, so z. B. der Eintritt des Grundstückserwerbers in bestehende Mietverhältnisse nach § 571 BGB, der Übergang bestehender Arbeitsverhältnisse nach § 613 BGB²⁵, der Eintritt in bestehende Vertragsverhältnisse bei Firmenfortführung nach § 25 Abs. 1 HGB²⁶ oder der Eintritt in Versicherungsverträge bei Erwerb einer versicherten Sache nach § 69 Abs. 1 VVG und bei Betriebsübergang nach § 151 Abs. 2 VVG. Dem weitergehenden wirtschaftlichen Bedürfnis, auch einen Eintritt in andere Verträge zu ermöglichen, haben Rechtsprechung und Lehre durch die generelle Anerkennung der sog. Vertragsübernahme Rechnung getragen.

b) Die Zession erfolgt im Rahmen eines Verhältnisses der sog. *mittelbaren Stellvertretung*²⁷, deren praktischer Hauptanwendungsfall im Kommissionsvertrag zu sehen ist. Hier soll die Zession dem mittelbar Vertretenen, dem wirtschaftlichen Herrn des Schuldverhältnisses, die rechtliche Position des Forderungsinhabers verschaffen.

c) Der Zession liegt ein *Forderungskauf* zugrunde. Wirtschaftlich be-

²⁴ Vgl. generell zur Vertragsübernahme Pieper (Fn. 7); Demelius, JherJb 72 (1922), 241 ff.; H. Lehmann, in: Beiträge zum Bürgerlichen Recht (hrsgg. von E. Wolff), Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, 1950, S. 74 ff.

²⁵ Vgl. hierzu Gaul, BB 1979, 1666 ff.

²⁶ Ausführlich hierzu Börner, Festschrift Möhring (1975), S. 37, 48 ff.

²⁷ Zu den Prinzipien der sog. mittelbaren Stellvertretung jüngst Hager, AcP 180 (1980), 239 ff.

trachtet müssen dabei gerade auch im Hinblick auf die hier vorzunehmende Untersuchung je nach dem Inhalt des zedierten Anspruchs zwei Fallgestaltungen unterschieden werden. Handelt es sich um eine Geldforderung, so dient deren Verkauf und Abtretung der Kapitalisierung des in der Forderung verkörperten Vermögenswertes und stellt sich als eine besondere Art der Finanzierung dar²⁸. Da der Kreis der sekundären Gläubigerrechte bei Geldforderungen in praxi beschränkt ist²⁹, kommt der Problematik der Zuordnung dieser Rechte nur geringere Bedeutung zu. Hiervon zu unterscheiden ist der Verkauf einer Sachforderung. Wirtschaftlich betrachtet handelt es sich dabei gewissermaßen um eine „hinkende Vertragsübernahme“. Denn der Zweck, der hinter dem Verkauf einer Sachforderung steht, ist regelmäßig, daß der Zessionar die Sachleistung fordern und behalten und im Innenverhältnis die Gegenleistung aufbringen soll, sei es, daß er diese unmittelbar an den Gläubiger oder auf dem Umwege über den Zedenten erbringt. Besonders anschaulich wird dies bei den angesichts längerer Lieferfristen häufiger auftretenden Fällen des Verkaufs einer Forderung auf Lieferung eines Kraftfahrzeugs³⁰. Der Zedent will hier nach Abtretung der Forderung nichts mehr mit dem Kaufvertrag über das Kraftfahrzeug zu tun haben; die Gegenleistung soll direkt vom Zessionar an den Dritten erbracht werden. Die Summe, die der Zessionar dem Zedenten für die Forderung zahlt, ist allein der Gegenwert dafür, einen zeitlich früher fälligen Lieferanspruch gegen den Automobilhersteller zu erhalten als es sonst möglich wäre.

d) Die sog. *Sicherungszession* hat schließlich reinen Sicherungscharakter. Sie sichert eine Forderung des Zessionars gegen den Zedenten. Vom Inhalt des zedierten Anspruchs her handelt es sich hier fast ausschließlich um Geldforderungen, so daß der Diskussion über die Zuordnung von sekundären Gläubigerrechten bei Vertragsunregelmäßigkeiten in Bezug auf Sachforderungen nur geringe praktische Relevanz zukommt.

Der Sicherungszession gleichzustellen ist die *Abtretung erfüllungshalber*. Denn anders als bei der Abtretung an Erfüllungs Statt, die dem Forderungskauf entsprechend zu behandeln ist, ändert sich bei der Zession erfüllungshalber das Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar nur insoweit, als der Zessionar verpflichtet ist, aus der abgetretenen Forderung

²⁸ Ausführlich zur Factoring-Zession Blawrock, ZHR 142 (1978), 325 ff. m. w. N.; Serick, ZHR 143 (1979), 68 ff.

²⁹ So besitzt der Anspruch auf das stellvertretende commodum oder auf Schadensersatz nach der Austauschtheorie bei Geldforderungen keine Relevanz.

³⁰ Vgl. auch OLG Hamburg, OLGRspr. 33 (1916), 246: Verkauf eines „Vertrages“ im Getreidehandel, der mangels Zustimmung des Drittschuldners nicht als Schuldübernahme gewertet werden konnte und in eine Abtretung des Lieferanspruchs umgedeutet wurde.

mit verkehrsbüchlicher Sorgfalt Befriedigung zu suchen³¹, d. h. ähnlich wie bei der Sicherungsabtretung liegt hier eine fiduziarische Vollrechtsübertragung vor³².

e) Als letzte Fallgruppe erscheint die *Inkassoession*. Der Zessionar wird ausschließlich im Interesse des Zedenten tätig, indem er für diesen die Einziehung der Forderung übernimmt. Auch hier handelt es sich freilich praktisch ausschließlich um Geldforderungen.

Ausgehend von diesen am wirtschaftlichen Zweck der Zession orientierten Fallgruppen soll nunmehr für die wichtigsten Sekundärrechte im einzelnen untersucht werden, ob ihre Ausübung in die Rechtszuständigkeit des Zedenten oder des Zessionars fällt.

C. Die Zuordnung von sekundären Gläubigerrechten im einzelnen

I. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages

Erfüllt der Schuldner seine Verpflichtung aus einem gegenseitigen Vertrag nicht, so hat der Gläubiger zunächst das Recht, die ihm obliegende Gegenleistung zu verweigern³³. Im Gegensatz zu den übrigen sekundären Gläubigerrechten sind für die aus dem Synallagma entspringende Einrede nach § 320 BGB in der praktischen Auswirkung nur zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden, ohne daß es auf die weitere Ermittlung des Zwecks der Zession im einzelnen ankäme. Entscheidend ist, ob der Zessionar lediglich die Forderung erwirbt, oder ob er sich gleichzeitig zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet³⁴. Tritt der Zedent die Forderung an den Zessionar ab, ohne daß dieser gleichzeitig die Verpflichtung aus dem gegenseitigen Vertrag übernimmt bzw. mitübernimmt, so liegt eine Spaltung des Synallagmas im Dreiecksverhältnis vor. Da der Zessionar seinerseits zu keiner Leistung verpflichtet ist, kommt ein Leistungsverweigerungsrecht in seiner Person nicht in Betracht. Die Fragestellung kann hier nur lauten, ob man dem Zedenten das Leistungsverweigerungs-

³¹ Vgl. RGZ 65, 79, 81; RG Warn.Rspr. 1913, Nr. 136; BGH BB 1969, 698; OLG Celle, OLGZ 1970, 451, 453. Nicht erforderlich ist jedoch, daß der Zessionar gegen den Drittschuldner Klage erhebt, wenn diese relativ aussichtslos erscheint, OLG Nürnberg, WM 1976, 967, 968; Köhler, WM 1977, 242, 250.

³² Vgl. RGZ 160, 1; MünchKomm/Heinrichs, BGB (1979), § 364 Rdnr. 12; Köhler, WM 1977, 242, 246.

³³ Zur Einrede des § 320 BGB als Gestaltungsrecht vgl. Gernhuber, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 64 ff.

³⁴ Die Einrede nach § 320 BGB ist der Schuldnerposition zur Gestaltung der eigenen Verbindlichkeit zugeordnet, vgl. Gernhuber, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 62; Brüggmann (Fn. 6), S. 31.

recht beläßt, oder ob man es nach der Zession der Forderung als abgeschlossen ansieht.

1. Der Zedent bleibt Schuldner der Gegenforderung

Die Rechtsprechung³⁵ hat sich im Rahmen der letztgenannten Fallgruppe wiederholt für ein Verbleiben der Einrede nach § 320 BGB beim Zedenten ausgesprochen. Praktische Bedeutung erlangt diese Problematik vor allem in den Fällen des Kaufs vom Bauträger. Die Ausgangslage ist hier folgende: Im Vertrag mit dem Käufer tritt der Bauträger sämtliche Gewährleistungsansprüche gegen die am Bau beteiligten Drittfirmen und Handwerker an den Käufer ab und zeichnet sich seinerseits von der Haftung gegenüber dem Käufer frei³⁶. Wird nun der Bauträger von den Drittfirmen und Handwerkern auf Zahlung des Werklohnes in Anspruch genommen, so soll ihm trotz Abtretung der Gewährleistungsrechte an den Käufer wegen Mängel des Bauwerks die Einrede nach § 320 BGB zustehen. Dies erscheint unter verschiedenen Gesichtspunkten als einzig sachgerechte Lösung.

Würde man dem Zedenten das Recht absprechen, die Einrede nach § 320 BGB zu erheben, die Einrede also mit der Zession ersatzlos untergehen lassen³⁷, so hieße dies, den Schuldner in ungerechtfertigter Weise zu entlasten. Eine solche Besserstellung des Schuldners entspricht aber nicht der Grundwertung des Zessionsrechts³⁸. Denn gleichsam spiegelbildlich ist hier die Wertung des § 404 BGB heranzuziehen: der Schuldner, der seinerseits nicht gehindert ist, die Einrede nach § 320 BGB auch nach der Zession der Forderung geltend zu machen, darf andererseits nicht aus

³⁵ Grundlegend BGHZ 55, 354 im Anschluß an RGZ 88, 254, 255; vgl. auch BGH WM 1978, 951; BGHZ 70, 193. Die Literatur teilt diesen Standpunkt überwiegend; vgl. Gernhuber, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 67 ff.; Brüggmann (Fn. 6), S. 31 ff.; Staudinger/Otto, BGB¹² (1979), § 320 Rdnr. 16; RGRK/Weber, BGB¹² (1976), § 398 Rdnr. 41; Palandt/Heinrichs, BGB⁴⁰ (1981), § 398 Anm. 3 a; Groß, NJW 1971, 648; Brych, NJW 1972, 896; a. A. jedoch Ludewig, NJW 1972, 516, 517.

³⁶ Zu den Grenzen dieser Freizeichnung vgl. BGH NJW 1980, 2800; umfangreiche Nachweise zur Rechtsprechung vor Inkrafttreten des AGBG bei Reithmann/Brych/Manhart, Kauf vom Bauträger⁴ (1980), Rdnr. 96; zur Rechtslage bei Verträgen, die dem AGBG unterliegen, d. h. zur Tragweite des § 11 Nr. 10 a AGBG: vgl. P. Ulmer/Hensen, AGBG³ (1978), § 11 Nr. 10 Rdnr. 20; Weitnauer, NJW 1980, 400, 401; Palandt/Heinrichs, BGB⁴⁰ (1981), § 11 AGBG Anm. 10 a cc.

³⁷ So Ludewig, NJW 1972, 516, 517: der Zedent habe nach der Abtretung kein eigenes Interesse an der Durchsetzung der Forderung, da er sich gegenüber dem Zessionar freizeichne.

³⁸ Vgl. insoweit auch Gernhuber, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 62 ff., der vom Gleichheitsprinzip spricht.

der Zession den Vorteil ziehen, daß ihm die Einrede nicht mehr entgegengehalten werden kann.

Gewichtiger noch als dieses mehr systematische Argument erscheint folgender rechtspolitische Gesichtspunkt: Die Einrede nach § 320 BGB ist das wichtigste Druckmittel, um den Schuldner zur Erfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber dem Zessionar anzuhalten. Insoweit dient sie unmittelbar dem Zessionar zur Durchsetzung seiner Rechte.

Schließlich kann auch das eigene Interesse des Zedenten nicht außer Ansatz bleiben. Der Zedent ist nämlich nicht nur verpflichtet, den Zessionar bei der Realisierung seiner Ansprüche gegenüber dem Schuldner zu unterstützen³⁹, sondern er hat in der Regel auch ein erhebliches Eigeninteresse an der Durchsetzung der Forderung⁴⁰. Dies erhellt wiederum besonders deutlich der Fall des Kaufs vom Bauträger: nur soweit der Zessionar die Gewährleistungsansprüche gegenüber den am Bau beteiligten Drittfirmen und Handwerkern zu realisieren vermag, wird einer Haftungsfreizeichnung im Verhältnis zwischen Bauträger (Zedent) und Käufer (Zessionar) im Ergebnis überhaupt Wirksamkeit zuerkannt. Schlägt die Schadloshaltung des Käufers/Zessionars durch die Drittschuldner fehl, so leben jedenfalls die Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Bauträger/Zedenten wieder auf⁴¹.

Diese Gesichtspunkte lassen es als allein sachgerecht erscheinen, dem Zedenten bei dieser Fallgestaltung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu belassen.

2. Der Zessionar wird Schuldner der Gegenforderung

Vom Ausgangspunkt her etwas anders stellt sich die Sachlage dar, wenn der Zessionar nicht nur das Forderungsrecht erwirbt, sondern gleichzeitig in die Schuldnerposition einrückt, sei es, daß der Zedent/Altschuldner neben dem Zessionar/Neuschuldner verpflichtet bleibt⁴², sei es, daß er völlig aus dem Schuldverhältnis ausscheidet. Hier steht dem Zessionar/

³⁹ Hierzu ausführlich *Teske*, *BlGBW* 1977, 170 f.

⁴⁰ Freilich wird man nicht wie *Brügmann* (Fn. 6), S. 33 behaupten können, der Zedent erhebe die Einrede immer im eigenen Interesse, da jeder Schuldner ein Interesse daran habe, die Leistung solange zu verweigern, wie das Gesetz ihm die Möglichkeit dazu gewährt.

⁴¹ So der BGH in ständiger Rechtsprechung, vgl. namentlich *BGHZ* 62, 251; *BGH NJW* 1980, 282, 283; *BGH NJW* 1980, 2800, 2801. Zu der Frage, ob eine Abbedingung der Primärhaftung nach § 11 Nr. 10 a *AGBG* überhaupt noch möglich ist, vgl. insbesondere *Diedrich*, *BauR* 1978, 344, 348 ff.

⁴² Wie beispielsweise nach einer Geschäftsübernahme nach § 25 *HGB*. Zu § 25 Abs. 1 *HGB* als Fall eines gesetzlichen Vertragsüberganges vgl. *Börner*, *Festschrift Möhring* (1975), S. 37 ff.

Neuschuldner nach allgemeiner Ansicht⁴³ über § 417 *BGB* selbständig die Einrede nach § 320 *BGB* zu. Scheidet der Zedent/Altschuldner völlig aus dem Vertragsverhältnis aus, so erübrigt sich die Frage, ob er neben dem Zessionar/Neuschuldner noch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erheben kann. Denn wer nichts mehr zu leisten hat, kann auch keine Leistung mehr verweigern. Bleibt der Zedent/Altschuldner neben dem Zessionar/Neuschuldner zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet, so stellt sich die Frage, ob man die Einrede nach § 320 *BGB* nur dem Übernehmer gewährt oder sie daneben auch dem Zedenten/Altschuldner beläßt.

Die richtige Lösung muß auch hier aus dem Zweck der Einrede nach § 320 *BGB* als Druckmittel auf den Schuldner gewonnen werden. Versagt man dem Zedenten/Altschuldner die Möglichkeit der Leistungsverweigerung, so wird damit auch das Leistungsverweigerungsrecht in der Hand des Übernehmers entwertet. Der Schuldner würde dann im Zweifel, um der Einrede nach § 320 *BGB* zu entgehen, den Zedenten/Altschuldner in Anspruch nehmen. Damit ginge dem Zessionar/Neuschuldner nicht nur das Druckmittel zur Durchsetzung seines Anspruchs gegenüber dem Schuldner verloren, sondern er liefe darüber hinaus Gefahr, im Wege des Regresses von Seiten des Zedenten in vollem Umfang in Anspruch genommen zu werden⁴⁴. Will man die Rechte des Zessionars/Neuschuldners nicht faktisch beschneiden, so muß man deshalb auch den Zedenten/Altschuldner für berechtigt ansehen, dem Drittschuldner die Einrede nach § 320 *BGB* entgegenzuhalten.

Im übrigen ist der Zedent/Altschuldner nicht nur berechtigt, sondern wohl in der Regel sogar verpflichtet, diese Einrede gegenüber dem Dritten zu erheben⁴⁵. Denn auch wenn der Zedent nicht für die Bonität, sondern allein für die Verität der abgetretenen Forderung einzustehen hat, so trifft ihn doch eine aus Treu und Glauben abzuleitende Unterstützungspflicht⁴⁶ – wie sie beispielsweise auch in § 402 *BGB* gesetzlichen Ausdruck findet –, alles seinerseits Mögliche zur Realisierung der zedierten Forderung beizutragen.

⁴³ Vgl. etwa *Palandt/Heinrichs*, *BGB*⁴⁰ (1981), § 417 Anm. 1 b; *Jauernig/Stürmer*, *BGB*² (1981), § 417 Anm. 1 a.

⁴⁴ Altschuldner und Neuschuldner sind dem Dritten in der Regel gesamtschuldnerisch verbunden, vgl. etwa *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, *HGB*³ (1973), § 25 Rdnr. 10; *RGRK/Würdinger*, *HGB*³ (1967), § 25 Anm. 12; *RGZ* 135, 104, 107.

⁴⁵ In diesem Sinne auch *Gernhuber*, *Festschrift Raiser* (1974), S. 57, 73; *Brych*, *NJW* 1972, 896.

⁴⁶ Zur Unterstützungspflicht des Bauträgers vgl. insbesondere *BGHZ* 70, 389, 391.

3. Sonderproblem: Stundung der Forderung durch den Zessionar und Auswirkungen auf das Leistungsverweigerungsrecht

Im Rahmen der Ausübung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages bedarf schließlich ein letztes Problem der Erörterung: Kann der Zessionar im Wege der Stundung gegenüber dem Drittschuldner auf die Erhebung der Einrede aus § 320 BGB auch mit Wirkung für den Zedenten verzichten?⁴⁷

Vergegenwärtigt man sich nochmals die beiden Hauptgründe, die für ein Belassen des Leistungsverweigerungsrechts in der Hand des Zedenten sprechen, nämlich zum einen der Schutz des Zessionars und zum anderen das Eigeninteresse des Zedenten an der Erfüllung durch den Schuldner, so wird deutlich, daß es hier nur auf das letztere Argument ankommen kann, denn der Zessionar hat ja freiwillig auf die Durchsetzung seines Anspruchs für eine gewisse Zeit verzichtet. Nun ist freilich das Eigeninteresse des Zedenten an der Durchsetzung der Forderung trotz Stundung seitens des Zessionars regelmäßig als gering anzusehen. Als Beispiel sei hier wiederum der Kauf vom Bauträger unter Abtretung der Mängelgewährleistungsansprüche an den Käufer angeführt. Selbst wenn der Käufer/Zessionar nicht verpflichtet sein sollte, zunächst aus den abgetretenen Ansprüchen gegen die Bauhandwerker vorzugehen, um sich den Regreß gegen den Bauträger/Zedenten zu erhalten⁴⁸, so wird man ihm doch dann, wenn er gegenüber den Bauhandwerkern die Forderung gestundet hat, ein späteres Zurückgreifen auf den Bauträger/Zedenten unter dem Gesichtspunkt des *venire contra factum proprium* versagen⁴⁹. Braucht der Zedent aber keinen Rückgriff von Seiten des Zessionars zu gewärtigen, so erscheinen keine Gründe ersichtlich, ihm ein Leistungsverweigerungsrecht trotz Stundung der Forderung durch den Zessionar zuzuge-

⁴⁷ Bejahend: *Gernhuber*, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 72 unter Hinweis darauf, daß der Zessionar die Forderung durch Erlaß auch gänzlich beseitigen und damit dem Zedenten die Einrede nach § 320 BGB nehmen könnte; ebenso *Planck/Siber*, BGB⁴ (1914), § 417 Anm. 1 c; der Zedent übe die Einrede nur im Interesse des Zessionars aus; a. A. *Brüggmann* (Fn. 6), S. 32; die Stundung betreffe nur das Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner, nicht aber das zwischen Zedent und Schuldner.

⁴⁸ Für die Primärhaftung des Bauträgers nach dem AGBG insbesondere *Weitnauer*, NJW 1980, 400, 401; *Ulmer/Hensen*, AGBG³ (1978), § 11 Nr. 10 Rdnr. 17.

⁴⁹ Vgl. BGHZ 74, 258, 270, wonach zwar grundsätzlich das Risiko, daß die Schadloshaltung durch die Bauhandwerker fehlschlägt, dem Bauträger zugewiesen wird, eine andere Beurteilung jedoch für den Fall offengelassen wird, daß der Käufer die Schadloshaltung durch die Drittfirmen vereitelt hat, obwohl sie ihm den Umständen nach hätte zugemutet werden können.

stehen⁵⁰. Schutzwürdig wäre hier allein der Zessionar, der sich durch die Stundung freiwillig seines Schutzes begeben hat.

II. Der Anspruch auf das stellvertretende commodum

Erlangt der Schuldner einer Sachforderung⁵¹ infolge der Unmöglichkeit der Leistung ein Surrogat für den Leistungsgegenstand, so hat der Gläubiger einen Anspruch auf dieses stellvertretende commodum (§§ 281, 323 Abs. 2, 325 Abs. 1 S. 3 BGB).

1. Allgemeine Gesichtspunkte und gegenwärtiger Streitstand

Die ganz h. M.⁵² weist diesen Anspruch dem Zessionar zu. Dies wird in der Regel allein damit begründet, daß der Ersatzanspruch nicht an das Vertragsverhältnis als solches, sondern vielmehr an die Forderung gebunden sei⁵³. Daß diese Begründung nicht ausreicht und sich mit der weiteren Prämisse der h. L., der Zessionar dürfe durch die Ausübung eines sekundären Gläubigerrechts nicht in die Rechtssphäre des Zedenten eingreifen, nicht vereinbaren läßt, hat bereits *Gernhuber*⁵⁴ überzeugend dargelegt.

Es soll hier zunächst der Satz, der Ersatzanspruch sei an die Forderung als solche gebunden, genauer beleuchtet werden. Zutreffend ist die Aussage, wenn die zedierte Forderung aus einem einseitigen Schuldverhältnis resultiert⁵⁵. Tritt der Zedent eine Forderung etwa aus einem Schenkungsvertrag an den Zessionar ab, so erscheint das Surrogat im Falle der Unmöglichkeit in der Tat nur als Anhängsel der Forderung auf den primären Leistungsgegenstand; die Geltendmachung des Ersatzanspruchs berührt das Schuldverhältnis im übrigen nicht. Anders gestaltet sich die Sachlage bei Abtretung einer Forderung aus einem gegenseitigen Vertrag. Die Geltendmachung des Anspruchs auf das stellvertretende commodum stellt sich hier nur als einer von verschiedenen Rechtsbehelfen dar. Bei einer vom Schuldner nicht zu vertretenden Unmöglichkeit besteht daneben die Möglichkeit der Abstandnahme vom Vertrag (§ 323 Abs. 1 BGB), bei einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit kann der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten, Schadensersatz verlangen oder vom Vertrag gänz-

⁵⁰ A. A. *Brüggmann* (Fn. 6), S. 33, der ein Eigeninteresse des Zedenten an der Erhebung der Einrede immer bejahen will.

⁵¹ Bei Geldforderungen wird ein Anspruch auf das stellvertretende commodum nicht relevant.

⁵² Vgl. *Brüggmann* (Fn. 6), S. 12; *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352, 362 f.; *Planck/Siber*, BGB⁴ (1914), § 399 Anm. 1 b; im Ergebnis zustimmend auch *Gernhuber*, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 83 ff.

⁵³ So insbesondere *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352, 362.

⁵⁴ Festschrift Raiser (1974), S. 57, 84.

⁵⁵ Hierauf stellt etwa *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352, 362 vorrangig ab.

lich Abstand nehmen (§ 325 Abs. 1 BGB). Das stellvertretende commodum wird der Gläubiger in diesen Fällen nur wählen, wenn es, bzw. jedenfalls die ursprünglich geschuldete Leistung die von ihm selbst zu erbringende Gegenleistung übersteigt; hat er dagegen von vornherein „ein schlechtes Geschäft“ gemacht, so wird er vom Vertrag Abstand nehmen, bzw. zurücktreten. Damit wird deutlich, daß die Ausübung des Anspruchs auf das stellvertretende commodum sich keineswegs lediglich als Fortsetzung der Ausübung des primären Forderungsrechts darstellt, sondern vielmehr entscheidend auf das Vertragsgefüge in der Sekundärphase Einfluß nimmt.

Die Wahl des Sekundärrechts und damit der Eingriff in das Vertragsgefüge muß aber demjenigen zugewiesen werden, der die Folgen hiervon zu tragen hat, der m. a. W. wirtschaftlicher Herr des Schuldverhältnisses ist.

Irgendwelche Gesichtspunkte des Schuldnerschutzes stehen dem Übergang auf den Zessionar nicht entgegen. Erlangt der Schuldner für den Leistungsgegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so ist es für ihn gleichgültig, ob er diesen an den Zedenten oder den Zessionar herausgeben bzw. abtreten muß. Demnach kann über die Frage, wem der Anspruch auf das Surrogat zustehen soll, nur das Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar Auskunft geben.

2. Fallgruppen

a) Unproblematisch erscheint danach der Fall der *Vertragsübernahme*: dem Übernehmer muß die Beurteilung überlassen werden, ob beispielsweise die Abstandnahme vom Vertrag oder die Wahl des stellvertretenden commodum wirtschaftlich günstiger ist. Dies gilt auch, wenn neben dem Übernehmer der Zedent gesamtschuldnerisch zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet bleibt. Zwar aktualisiert der Zessionar mit der Geltendmachung des Anspruchs auf das stellvertretende commodum die samtverbindliche Haftung des Zedenten auf Erbringung der Gegenleistung. Hierdurch widerfährt dem Zedenten indes kein Unrecht: denn je nach Ausgestaltung des Übernahmevertrages hat der Zedent den Gegenwert für die Inanspruchnahme bereits vom Zessionar erhalten oder er ist berechtigt, vom Zessionar die Freistellung von der Haftung gegenüber dem Dritten zu verlangen.

b) Eine vergleichbare Situation findet sich im Falle der Zession im Rahmen eines Verhältnisses der *mittelbaren Stellvertretung*. Dies sei am Beispiel des Kommissionsvertrages erläutert. Wirtschaftlicher Herr des Ausführgeschäftes ist hier der Kommittent, d. h. der Zessionar. Ihm

muß die Ausübung des Wahlrechts zugestanden werden. Zwar entscheidet er damit mittelbar über die Verpflichtung des Kommissionärs, also des Zedenten, zur Erbringung der Gegenleistung; der Kommissionär hat jedoch seinerseits kein schutzwürdiges Interesse, an dieser Entscheidung mitzuwirken, da ihm ja auf jeden Fall ein Freistellungsanspruch aus dem Innenverhältnis gegenüber dem Kommittenten zusteht.

c) Ist in den genannten Fällen der Zessionar als wirtschaftlicher Herr des Schuldverhältnisses anzusehen, so ist die Sachlage in den wirtschaftlich seltenen Fällen der *Sicherungszession* und *Inkassozession* einer Sachforderung genau umgekehrt.

Bei der *Inkassozession* ist dies ohne weiteres einsichtig. Die Inkassozession dient allein dem Zweck, dem Zedenten die Einziehung der Forderung zu ersparen. Der Zessionar ist gewissermaßen lediglich Zahlstelle des Zedenten; am Schuldverhältnis selbst ist er nicht beteiligt. Also kann nur dem Zedenten die Entscheidung über die Wahl des stellvertretenden commodum zustehen.

Gleiches gilt aber auch für die *Sicherungszession*. Vor Eintritt des Sicherungsfalles hat der Zessionar lediglich ein Sicherungsrecht an der Forderung, das den Zedenten in seiner wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit nicht einschränken kann⁵⁶. Dem Zessionar kann es nicht zugestanden werden, die Verpflichtung des Zedenten zur Erbringung der Gegenleistung zu aktualisieren, indem er das stellvertretende commodum verlangt. Der Zessionar ist vielmehr insoweit auf seine Rechte aus dem der Zession zugrundeliegenden Sicherungsvertrag beschränkt, wonach er in aller Regel bei Nichtleistung des Schuldners der zedierten Forderung die Gestellung einer anderen Sicherheit verlangen kann⁵⁷.

d) Problematisch bleibt der Fall der Zession einer Sachforderung aufgrund eines *Forderungskaufs*. Auszugehen ist dabei von folgender Überlegung: Beim normalen Forderungskauf erhält der Zedent vom Zessionar den Gegenwert für die Forderung aufgrund des der Zession zugrundeliegenden Kaufvertrages. Er hat gegenüber dem Zessionar nur für die Verität, nicht aber auch für die Bonität der Forderung einzustehen (§§ 437, 438 BGB). Insofern ist die wirtschaftliche Stellung des Zedenten der eines Kommissionärs in etwa vergleichbar: nach der Zession der For-

⁵⁶ Die wirtschaftliche Zugehörigkeit der Forderung zum Vermögen des Zedenten wird vor allem deutlich, wenn Gläubiger des Zessionars vor Eintritt des Sicherungsfalles auf die Forderung zugreifen wollen: So hat der Zedent im Falle des Konkurses des Zessionars ein Aussonderungsrecht, vgl. RGZ 91, 12, 14; RGZ 94, 305, 307, im Falle der Einzelzwangsvollstreckung die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO, vgl. RGZ 79, 121, 122.

⁵⁷ Vgl. etwa Nr. 10 des Musterformulars für die Abtretung von Forderungen bei *Herold*, Das Kreditgeschäft der Banken¹⁴ (1950), S. 483.

derung treffen ihn die wirtschaftlichen Folgen des Geschäfts nicht mehr. Diese Interessenlage gebietet es, dem Zessionar das Recht zuzusprechen, vom Schuldner das stellvertretende *commodum* zu verlangen. Insofern muß sich der Zedent damit abfinden, daß er die Gegenleistung, deren Gegenwert ihm ja bereits von seiten des Zessionars zugeflossen ist, auf das Verlangen des stellvertretenden *commodum* durch den Zessionar hin doch erbringen muß, obwohl er zunächst infolge der Unmöglichkeit von der Gegenleistungspflicht frei wurde⁵⁸. Die gleichen Überlegungen gelten aber auch, wenn der Zessionar dem Zedenten beispielsweise beim Verkauf einer Forderung auf Lieferung eines Kraftfahrzeuges nicht den vollen Gegenwert der Forderung bezahlt hat, sondern wie bei einer Vertragsübernahme die Gegenleistung direkt an den Dritten erbringen soll⁵⁹.

III. Der Anspruch auf Ersatz des Verspätungsschadens

Verzögert der Schuldner die Leistung, so steht dem Gläubiger unter den Voraussetzungen der §§ 284 ff. BGB ein Anspruch auf Ersatz des Verspätungsschadens zu. Auch hier gilt es wiederum zwei Fragen auseinanderzuhalten: zum einen, nach wessen Person sich der Schaden berechnet, d. h. insbesondere ob sich der Schuldner eine eventuelle Schlechterstellung aufgrund der Abtretung gefallen lassen muß; zum anderen, wer nach der Struktur des Innenverhältnisses zwischen Zedent und Zessionar berechtigt sein soll, diese Schadensersatzforderung geltend zu machen⁶⁰.

1. Vor der Zession entstandener Verspätungsschaden

Allgemein⁶¹ wird davon ausgegangen, daß der Verspätungsschaden, der bereits vor der Zession der Forderung entsteht, nach der Person des Zedenten zu berechnen und diesem zu ersetzen ist. Dieser Aussage kann grundsätzlich beigegeben werden, wenngleich sie für eine wesentliche Fallgruppe der Modifizierung bedarf. Es ist dies der Fall der sog. mittelbaren Stellvertretung⁶². Verzögert beispielsweise der Dritte, der einen Vertrag mit einem Kommissionär geschlossen hat, seine Leistung aus dem

⁵⁸ In ähnlichem Sinne auch *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352, 362; vgl. auch *Gernhuber*, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 85: „Der Zessionar befindet über das stellvertretende *commodum*, nicht weil er die Rechtssphäre des Zedenten nicht berührt, sondern obwohl er in sie eingreift.“

⁵⁹ Von der Vertragsübernahme unterscheidet sich diese Fallkonstellation nur dadurch, daß der Dritte der Übernahme nicht zugestimmt hat, vgl. auch § 415 Abs. 3 BGB.

⁶⁰ Für die den Verzug begründende Mahnung folgt schon aus § 410 Abs. 1 BGB, daß sie durch den Zessionar ausgeübt werden kann.

⁶¹ Vgl. nur *Gernhuber*, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 85.

⁶² Allgemein zur mittelbaren Stellvertretung vgl. *Hager*, AcP 180 (1980), 239 ff.

Ausführungsgeschäft, so entsteht dem Kommissionär, also dem künftigen Zedenten, auch vor der Abtretung der Forderung an den Kommittenten in der Regel kein eigener Schaden. Nach ganz gefestigter, bis ins gemeine Recht zurückreichender Rechtsprechung⁶³ kann jedoch der Kommissionär den Schaden des Kommittenten liquidieren, wobei für die Schadensberechnung auf die Person des Kommittenten abzustellen ist⁶⁴.

Auch in der Literatur⁶⁵ hat die Drittschadensliquidation in den Fällen der mittelbaren Stellvertretung praktisch unumschränkte Zustimmung gefunden. Erst in jüngster Zeit wurde ihre Zulässigkeit insbesondere von *Frank Peters*⁶⁶ stark in Zweifel gezogen. *Peters* lehnt eine Schadensberechnung nach der Person des Kommittenten ab. Die Parteien hätten bewußt die Rechtsform der mittelbaren, statt der unmittelbaren Stellvertretung gewählt und müßten sich dann auch im Hinblick auf die Schadensberechnung hieran festhalten lassen⁶⁷. Der Dritte sei in seinem Vertrauen darauf, daß sich der Schaden nach der Person des unmittelbaren Vertragspartners, also des Kommissionärs, berechne, zu schützen. Da nun dem Kommissionär freilich in der Regel kein eigener konkreter Schaden entsteht und es als grob unbillig erscheinen müßte, den Dritten deshalb von jeglicher Haftung freizustellen, ermittelt *Peters*⁶⁸ einen eigenen Schaden des Kommissionärs im Wege abstrakter Schadensberechnung, dessen Höhe dann freilich am „typischen“ Schaden ausgerichtet sein soll.

Bei diesen Gedankengängen klingt die angloamerikanische Lehre der *contemplation-rule*⁶⁹ an. Nun mag es sicher gute Gründe für eine Abkehr vom Prinzip der Totalreparation und eine sinnvolle Schadensbegrenzung geben⁷⁰. Es erscheint jedoch nicht angängig, eine derartige Begrenzung punktuell gerade für die seit langer Zeit anerkannten Fallgruppen der

⁶³ Vgl. OAG Celle, SeuffA 11 Nr. 36; ROHG 11, 256, 259; ROHG 22, 248, 253; RGZ 27, 118; RGZ 40, 187, 189 (mit umfangreichen Nachweisen zur gemeinrechtlichen Rechtsprechung); RGZ 58, 39, 43; RGZ 62, 331, 335; RG JW 1910, 1000; RGZ 90, 240, 246; RGZ 93, 39, 40; RGZ 113, 250, 254; RGZ 115, 419, 425; BGHZ 25, 250, 258.

⁶⁴ So insbesondere RGZ 58, 39, 43; RGZ 90, 240, 246.

⁶⁵ Vgl. *von Caemmerer*, ZHR 127 (1965), 241, 255 ff.; *Hagen*, Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik (1971), S. 253 ff.; *Hager*, AcP 180 (1980), 239, 243.

⁶⁶ AcP 180 (1980), 329 ff.

⁶⁷ AaO 353.

⁶⁸ AaO 356.

⁶⁹ Zu dieser *contemplation-rule* im anglo-amerikanischen Recht siehe vor allem *König*, in: Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das Deutsche Schuldrecht (1973), S. 75, 80 ff.

⁷⁰ Insbesondere im Vertragsrecht wird ja in der neueren Literatur de lege ferenda eine Begrenzung des zu ersetzenden Schadens auf das, was „in the contemplation of the parties“ war, immer eindringlicher gefordert; in diesem Sinne bereits *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, Bd. I (1936, Neudruck 1957), S. 495 ff.; *von Caemmerer*, ZHR 127 (1965), 241, 285.

Drittschadensliquidation einzuführen. Solange der direkte Vertragspartner jeden eigenen Schaden, und sei er auch noch so weit jenseits der „contemplation of the parties“, geltend machen kann, vermag das Argument, der Dritte sei in seinem Vertrauen auf das bei Vertragsschluß absehbare Haftungsrisiko zu schützen, die Ablehnung der Drittschadensliquidation in den Fällen der mittelbaren Stellvertretung nicht zu rechtfertigen.

Aus der prinzipiellen Zulässigkeit der Drittschadensliquidation in den Fällen der mittelbaren Stellvertretung folgt für die hier zu behandelnde Problematik: Zwar ist es zutreffend, daß Verspätungsschaden, der vor der Zession der Forderung aus dem Ausführungsgeschäft an den Kommittenten entsteht, dem Kommissionär, also dem künftigen Zedenten zu ersetzen ist⁷¹, die Schadensberechnung erfolgt jedoch mangels Eigenschadens des Kommissionärs im Wege der Drittschadensliquidation aus der Person des Kommittenten, d. h. des künftigen Zessionars.

2. Nach der Zession entstandener Verspätungsschaden

Tritt der Verzug *nach* der Abtretung der Forderung ein, so geht zwar die h. M.⁷² grundsätzlich davon aus, daß sich der Schaden nach der Person des Zessionars berechnet. Dies soll insbesondere zugunsten des Schuldners dann gelten, wenn der beim Zessionar eingetretene Schaden geringer ist als es der potentielle Schaden des Zedenten gewesen wäre⁷³. Für den umgekehrten Fall, daß nämlich der Schaden des Zessionars den Schaden, wie er in der Person des Zedenten hätte entstehen können, übersteigt, wird jedoch verschiedentlich die potentielle Schadenshöhe beim Zedenten als Obergrenze für den ersatzfähigen Schaden beim Zessionar angesehen. In der Begründung dieses Ergebnisses laufen die Konstruktionen der verschiedenen Autoren freilich auseinander. *Frank Peters*⁷⁴ sieht in der Umstellung des Schadensersatzes auf den Zessionar eine rechtliche Änderung der Forderung, die jedenfalls dann an § 399 S. 1 BGB scheitern müsse, wenn der Schuldner bei der Abtretung nicht mitgewirkt hat. Teilweise wird auch eine analoge Anwendung des § 404 BGB in Erwägung gezogen⁷⁵, bzw. der Schuldner entsprechend den §§ 406 ff. BGB gegenüber

⁷¹ Dies folgt bereits aus dem Gedanken des § 392 Abs. 1 HGB.

⁷² Vgl. RG Recht 1924, Nr. 1115; *MünchKomm/Emmerich*, BGB (1979), § 325 Rdnr. 15; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2⁵ (1976), § 37 I, S. 251; *Larenz*, Schuldrecht I¹² (1979), § 34 I, S. 467; *Brügmann* (Fn. 6), S. 7 f.; *Demelius*, JherJb 72 (1922), 241, 257; *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352, 354; *Gernhuber*, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 86.

⁷³ So ausdrücklich *F. Peters*, JZ 1977, 119, 120.

⁷⁴ JZ 1977, 119, 122.

⁷⁵ So *Grunsky*, Athenäum Zivilrecht I (1972), S. 671 N. 78.

einer höheren Schadensentwicklung beim Zessionar jedenfalls für die Zeit geschützt, in der er von der Abtretung noch keine Kenntnis hatte⁷⁶.

Ausgangspunkt und Begründungen dieser Eingrenzungsversuche sind indes nicht tragfähig. Wie bereits betont, findet das Prinzip des Vertrauensschutzes im deutschen Schadensrecht keinen Niederschlag. Der Schuldner muß auch dann den vollen Schaden des Gläubigers ersetzen, wenn er etwa eine ungewöhnliche Schadensentwicklung in der Person des Gläubigers nicht voraussehen konnte, beispielsweise wenn der Gläubiger ein außergewöhnlich günstiges Folgegeschäft abgeschlossen hatte, dessen Gewinn weit über der üblichen Handelsspanne liegt. Allein die Tatsache, daß die Forderung abgetreten wurde und sich der Schaden in der Person des Zessionars anders entwickelt als in der Person des Zedenten, vermag nun aber eine vom allgemeinen Schadensrecht abweichende Beurteilung nicht zu rechtfertigen. Was der Schuldner dem Zedenten nicht hätte entgegenhalten können, kann ihm auch nicht gegenüber dem Zessionar zum Vorteil gereichen.

Die einzige Möglichkeit, die Höhe des ersatzfähigen Schadens zu begrenzen, ergibt sich aus § 254 Abs. 2 S. 1 BGB⁷⁷: der Gläubiger muß den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens hinweisen. Aber dies ist keine Besonderheit, die sich auf den Fall der Abtretung bezieht. § 254 Abs. 2 S. 1 BGB kommt vielmehr gleichermaßen zum Zuge, wenn es sich um einen außergewöhnlich hohen Schaden des ursprünglichen Gläubigers handelt. Freilich wird eine Einschränkung anhand dieser Vorschrift nur selten vorgenommen werden, hat doch die Rechtsprechung § 254 Abs. 2 S. 1 BGB bislang überhaupt nur in Ausnahmefällen einer sinnvollen Schadensbegrenzung nutzbar gemacht⁷⁸.

3. Fallgruppen

Kann damit die Schadensberechnung nach der Person des Zessionars jedenfalls nicht aus Gründen des Schuldnerschutzes abgelehnt werden, so ist nunmehr für die verschiedenen Fallgruppen der Zession die Schadensberechnung im einzelnen zu untersuchen und die Frage zu beantworten, welche der beiden Zessionsparteien berechtigt sein soll, die Schadensersatzforderung geltend zu machen.

a) Erfolgt die Zession im Rahmen einer *Vertragsübernahme*, so ist der Schaden aus der Person des Übernehmers zu berechnen, auch wenn er

⁷⁶ Vgl. *MünchKomm/Roth*, BGB (1979), § 398 Rdnr. 81; *RGRK/Weber*, BGB¹² (1976), § 398 Rdnr. 41. In dieselbe Richtung geht auch RGZ 107, 187, 188.

⁷⁷ Vgl. *Gernhuber*, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 87; *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352, 358.

⁷⁸ Vgl. hierzu ausführlich *König*, in: Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das Deutsche Schuldrecht (1973), S. 75, 96.

höher ist als der potentielle Schaden des ursprünglichen Vertragspartners. Dies müßte übrigens selbst von jenen Autoren⁷⁹ anerkannt werden, die für den Schadensersatzanspruch einen Schuldnerschutz analog den §§ 406 ff. BGB fordern. Denn in den Fällen der Vertragsübernahme ist dem Schuldner regelmäßig auch die Abtretung der Forderung bekannt; entweder ist er selbst an der Vertragsübernahme beteiligt⁸⁰ oder seine Kenntnis wird etwa im Falle der Geschäftsübernahme nach § 25 HGB nach Eintragung und Bekanntmachung des Firmenübergangs in den Grenzen des § 15 Abs. 2 HGB vermutet⁸¹.

b) Auch in den Fällen der Zession im Rahmen eines Verhältnisses der *mittelbaren Stellvertretung* ist für den Schadensersatz auf die Person des Zessionars abzustellen. Denn wird dem Zessionar/Kommittenten über das Institut der Drittschadensliquidation faktisch bereits der Schaden ersetzt, der ihm *vor* der Zession der Forderung entsteht, so muß dies erst recht gelten für den Schaden, der zu einem Zeitpunkt entsteht, in dem er auch rechtlich betrachtet Forderungsinhaber ist.

c) Schließlich müssen auch beim *Forderungskauf* dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen. Der Zedent erleidet nach der Abtretung in der Regel keinen eigenen Schaden, da er für die Bonität der Forderung grundsätzlich nicht einzustehen hat. Dagegen erwächst dem Zessionar ein originärer eigener Schaden. Da der Schuldner in seinem Vertrauen auf die Person des Gläubigers nicht schutzwürdig ist, ist dem Zessionar der ihm entstehende Schaden in den Grenzen des § 254 Abs. 2 S. 1 BGB zu ersetzen.

d) Anders als in den vorgenannten Fallgruppen stellt sich die Interessenlage bei der *Sicherungszession* und bei der *Inkassozession* dar.

Zur Veranschaulichung der Problematik bei der *Sicherungszession* mag folgender Ausgangsfall dienen, der dem RG⁸² im Jahre 1937 zur Entscheidung vorlag: Der klagende Zedent hatte seinen Lkw bei der beklagten Versicherungsgesellschaft versichert. Nach einem Unfall, der den Versicherungsfall auslöste, trat der Zedent den Anspruch aus der Versicherung an den Zessionar sicherungshalber ab. Da die Versicherungsgesellschaft die Auszahlung der Versicherungssumme verzögerte, konnte der Zedent den Lkw nicht reparieren lassen und ihn in seinem Betrieb nicht einsetzen, wodurch ihm erheblicher Verdienstausfall entstand. Das Reichsgericht bejahte die Haftung der Beklagten für den Schaden des Zedenten.

⁷⁹ Vgl. oben Fn. 76.

⁸⁰ Vgl. hierzu ausführlich *Pieper* (Fn. 7), S. 191 ff. m. w. N.

⁸¹ Vgl. hierzu *RGRK/Würdinger*, HGB³ (1967), § 25 Anm. 19.

⁸² RGZ 155, 50.

Der Sachverhalt macht die Interessenlage bei der Sicherungszession hinreichend deutlich: Während der Zessionar vor Eintritt des Sicherungsfalles durch die verspätete Leistung des Schuldners keinen Schaden erleidet, ist ein Schaden des Zedenten durchaus denkbar. Dies verdeutlicht, daß wirtschaftlich gesehen der Zedent Inhaber der Forderung bleibt, auch wenn der Zessionar rechtlich betrachtet Vollrechtsinhaber ist⁸³.

Unzweifelhaft ist der dem Zedenten aus der Verzögerung entstehende Schaden vom Schuldner zu ersetzen. Irgendwelche Gesichtspunkte des Schuldnerschutzes kommen nicht zum Tragen, ist es doch gerade der ursprüngliche Gläubiger, der einen Schaden erleidet. Fraglich kann nur sein, wer den Schadensersatzanspruch geltend zu machen berechtigt ist.

Soweit die ursprüngliche Forderung in Frage steht, ist anerkannt, daß die Sicherungszession das Recht des Zedenten, die Forderung gerichtlich oder außergerichtlich geltend zu machen, nicht berührt⁸⁴. Bei der stillen Zession folgt die Klagebefugnis des Zedenten aus der regelmäßig zwischen Zedent und Zessionar zugunsten des ersteren vereinbarten Einziehungsermächtigung⁸⁵. Das gleiche gilt auch bei der offenen Zession, wenn dem Zedenten vom Zessionar eine Einziehungsermächtigung eingeräumt wurde. Schließlich hat die Rechtsprechung⁸⁶ das Klagerecht des Zedenten aber auch in den Fällen anerkannt, in denen es an einer Einziehungsermächtigung gänzlich fehlte. Bei der offenen Sicherungszession muß der Zedent dann freilich Leistung an den Zessionar verlangen⁸⁷.

Überträgt man diese Grundsätze auf die Geltendmachung der Schadensersatzforderung, so gelangt man zunächst zu dem Ergebnis, daß dem Zedenten, der die ursprüngliche Forderung geltend machen kann, auch das Klagerecht für den Schadensersatzanspruch zustehen muß. Fraglich kann nur sein, ob der Zedent bei der offenen Sicherungszession auch ohne Einziehungsermächtigung Zahlung des Schadensersatzes an sich selbst verlangen kann, was ja bezüglich der ursprünglichen Forderung von der Rechtsprechung⁸⁸ abgelehnt wird. Das RG⁸⁹ hat diese Frage in einer Entscheidung aus dem Jahre 1929 bejaht; in der oben berichteten Entschei-

⁸³ So ausdrücklich RGZ 123, 378, 381.

⁸⁴ Vgl. RGZ 155, 50, 52; BGHZ 32, 67, 71; BGH NJW 1978, 698; *Palandt/Heinrichs*, BGB⁴⁰ (1981), § 398 Anm. 6 c.

⁸⁵ Vgl. *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. II (1965), S. 268.

⁸⁶ Vgl. BGHZ 32, 67, 71; OLG Celle WM 1956, 707. In diesem Sinne auch *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2⁵ (1976), § 37 I 5.3., S. 257.

⁸⁷ Vgl. BGHZ 32, 67, 71; vgl. aber auch OLG Celle WM 1956, 707: auch wenn der Sicherungszedent unberechtigterweise Leistung an sich selbst verlangt, wird die Verjährung durch diese Klageerhebung unterbrochen.

⁸⁸ S. Fn. 87.

⁸⁹ RGZ 123, 378, 381 = HRR 1929 Nr. 1006.

dung aus dem Jahre 1937⁹⁰ wurde ausgeführt, die Frage, ob der Zedent Zahlung des Schadensersatzes an sich selbst verlangen könne, beurteile sich nach dem jeweiligen Einzelfall. Maßgeblich für die Beurteilung soll danach das Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar sein. Aus ihm ergebe sich, ob der Zedent auch ohne Zustimmung des Zessionars Zahlung an sich selbst verlangen könne⁹¹.

Diese Rechtsprechung ist in der Literatur⁹² teilweise auf Ablehnung gestoßen. Ein originärer Ausgleichsanspruch des Zedenten widerspreche der „sachlogischen Struktur des zweiseitigen Schuldverhältnisses“. Nur der Zessionar als Vollrechtsinhaber könne den Schaden des Zedenten im Wege der Drittschadensliquidation geltend machen.

Die gegen die Rechtsprechung des RG vorgebrachten Bedenken vermögen indes nicht zu überzeugen. Solange man das Institut der Einziehungsermächtigung⁹³ anerkennt und dem Zedenten auch ohne Einziehungsermächtigung das Klagerecht bezüglich der Primärforderung zuspricht⁹⁴, läßt sich das Klagerecht des Zedenten bezüglich der Schadensersatzforderung nicht verneinen. Insbesondere sprechen nicht etwa Gesichtspunkte des Schuldnerschutzes gegen eine derartige Möglichkeit. Eine Verdoppelung der Gläubigerstellung ist, wie ja auch die Vorschriften zur Verpfändung einer Forderung zeigen⁹⁵, dem Schuldner durchaus zumutbar.

Zu Recht geht damit das RG⁹⁶ davon aus, daß für die Frage, ob der Zedent Zahlung des Schadensersatzes an sich selbst verlangen kann, nur das Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar maßgeblich ist. Für den Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens stellt sich dabei die Interessenlage folgendermaßen dar: Vor Eintritt des Sicherungsfalles trifft der Verspätungsschaden allein den wirtschaftlichen Inhaber der Forderung, d. h. den Zedenten; der Zessionar erleidet insoweit überhaupt keinen Schaden. Im Innenverhältnis zwischen Zedent und Zessionar gebührt demnach der Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens allein dem Zedenten. Er muß deshalb auch als berechtigt angesehen werden, Zahlung an sich zu verlangen.

Neben dem Zedenten ist freilich auch der Zessionar als Vollrechts-

⁹⁰ RGZ 155, 50, 52.

⁹¹ Im konkreten Fall wurde die Frage bejaht, RGZ 155, 50, 52.

⁹² Vgl. *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352, 355.

⁹³ Hierzu grundlegend *Stathopoulos*, Die Einziehungsermächtigung (1968); sowie *Henckel*, Festschrift Larenz (1973), S. 643 ff.; *Rüßmann*, AcP 172 (1972), 520 ff.

⁹⁴ Vgl. oben Fn. 86.

⁹⁵ Vgl. etwa § 1281 S. 2 BGB: sowohl der Gläubiger als auch der Pfandgläubiger kann die Leistung an beide gemeinschaftlich verlangen.

⁹⁶ RGZ 155, 50, 52.

inhaber der Forderung im Außenverhältnis berechtigt, den Anspruch auf Ersatz des Verspätungsschadens geltend zu machen. Da der Zessionar keinen eigenen Schaden erleidet, erfolgt dies rechtstechnisch im Wege der Drittschadensliquidation, deren Zulässigkeit im Rahmen derartiger Treuhandverhältnisse allgemein anerkannt ist⁹⁷. Eine Verpflichtung des Zessionars zur Geltendmachung dieses Anspruchs folgt jedoch aus dem Innenverhältnis regelmäßig nicht, solange der Zedent in der Lage ist, seine eigenen Interessen auf dem Klagewege wahrzunehmen⁹⁸.

Das für die Sicherungszession Ausgeführte gilt gleichermaßen für die *Inkassozession*. Allerdings wird sich hier aus der Funktion der Abtretung, nämlich den Zedenten zu entlasten, im Innenverhältnis häufig die Verpflichtung des Zessionars, auch einen etwaigen Verzugsschaden geltend zu machen, ableiten lassen⁹⁹.

IV. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung

Für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach den §§ 325, 326 BGB gelten prinzipiell dieselben Grundsätze wie für den Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens¹⁰⁰. D. h. der Schuldner ist in seinem Vertrauen auf die Person des Ersatzberechtigten nicht schutzwürdig¹⁰¹; die Frage, nach wessen Person sich der Schaden berechnet und wer berechtigt sein soll, diesen Anspruch geltend zu machen, beurteilt sich vielmehr allein nach dem der Zession zugrundeliegenden Zweck.

1. Die verschiedenen Schadensersatzmodalitäten

Besondere Probleme ergeben sich nun allerdings infolge der unterschiedlichen Bestimmungsmöglichkeiten für den Inhalt des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung¹⁰². Nach der heute als herrschend zu bezeichnenden eingeschränkten Differenztheorie¹⁰³ tritt zwar an die Stelle des Austauschverhältnisses ein einseitiger auf Geld gerichteter Anspruch

⁹⁷ Vgl. *von Caemmerer*, ZHR 127 (1965), 241, 259 f.; ablehnend gegenüber der dogmatischen Begründung, im Ergebnis jedoch nicht abweichend *Hagen* (Fn. 65), S. 280; *F. Peters*, AcP 180 (1980), 329, 367 ff.

⁹⁸ Vgl. BGHZ 32, 67, 70 für den der Sicherungszession verwandten Fall eines Treuhandvertrages; vgl. auch *Serick* (Fn. 85), S. 268.

⁹⁹ So auch *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352, 356.

¹⁰⁰ Vgl. auch *Gernhuber*, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 88.

¹⁰¹ Hierzu ausführlich oben S. 235.

¹⁰² Eingehend zum Theorienstreit *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag (1975), S. 124 ff.

¹⁰³ Aus der Rspr. vgl. nur RGZ 96, 20, 22; BGHZ 20, 338, 343. Auch das Schrifttum folgt dieser Theorie, vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB⁴⁰ (1981), § 325 Anm. 3 b; *MünchKomm/Emmerich*, BGB (1979), § 325 Rdnr. 81; *Staudinger/Otto*, BGB¹² (1979), § 325 Rdnr. 35 ff.; *Heck*, Schuldrecht (1929), S. 133; *Larenz*, Schuldrecht I¹² (1979), § 22 II b, S. 279; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2⁵ (1976), § 28 III 3.1, S. 80 f.

wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages; die vom Gläubiger ersparte Gegenleistung bildet dabei nur einen Rechnungsposten; dieser Grundsatz erfährt jedoch zwei Einschränkungen: Hat der Gläubiger bereits geleistet, so bemißt sich der Schadensersatz nach der ausgebliebenen Leistung des Schuldners; eine Rückforderung der erbrachten Gegenleistung kommt nicht in Betracht. Hat der Gläubiger seine Gegenleistung zwar noch nicht erbracht, hat er jedoch ein Interesse daran, diese noch zu erbringen, so kann der Schuldner die Gegenleistung nicht zurückweisen und ist zum Schadensersatz wegen der ausgefallenen Leistung verpflichtet.

Im Regelfall wird nun der Gläubiger die ihm obliegende Gegenleistung weder erbracht haben, noch wird er gewillt sein, sie trotz Nichtleistung des Schuldners noch zu erbringen. Man denke hier nur an den Fall eines Kaufvertrages, in dem der Käufer sich hinsichtlich seiner Zahlungsverpflichtung in Verzug befindet und der Verkäufer nach § 326 BGB vorgeht. Dem Verkäufer wird wenig daran gelegen sein, die Kaufsache zu liefern und nunmehr das Insolvenzrisiko für die um den Wert seiner Gegenleistung erhöhte Schadensersatzforderung zu tragen. Er wird vielmehr Schadensersatz nach der Differenztheorie verlangen.

Überläßt man dem ursprünglichen Gläubiger die Wahl der Art des Schadensersatzes, so taucht bei der Abtretung der Forderung das Problem auf, daß der Zessionar entrechtet wird, wenn man ihn auf die oftmals geringe Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung beschränkt. Dem Zedenten, der seine Gegenleistung nicht mehr erbringen muß, scheint dagegen ein ungerechtfertigter Vorteil zuzufließen.

Um dieses als unbillig empfundene Ergebnis zu vermeiden, wird verschiedentlich vertreten, dem Zessionar müsse das volle Schadensäquivalent seiner Forderung zustehen, der Zedent bleibe zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet¹⁰⁴. Praktisch liegt in dieser Ansicht – trotz gegenteiliger Beteuerungen¹⁰⁵ – für den Fall der Abtretung ein Ausschluß der Differenztheorie und eine Rückkehr zu der als veraltet abzulehnenden Austausch- oder Surrogationstheorie.

2. Fallgruppen

Eine sachgerechte Beurteilung für die Zuständigkeit zur Wahl des Schadensersatzanspruchs muß sich jedoch auch hier an der Interessenlage in den jeweiligen Fallgruppen orientieren. Dabei kommen ähnliche Gesichtspunkte zum Tragen wie bei der Diskussion der Frage, welche der Zessionsparteien über das Verlangen nach dem stellvertretenden commo-

¹⁰⁴ So vor allem Brügmann (Fn. 6), S. 12; Seetzen, AcP 169 (1969), 352, 362.

¹⁰⁵ Vgl. Seetzen, AcP 169 (1969), 352, 364.

dum¹⁰⁶ entscheidet. Denn ebenso wie das stellvertretende commodum ersetzt der Schadensersatzanspruch bei einem Vorgehen nach der Austauschtheorie die ursprüngliche Leistung und aktualisiert damit gleichzeitig die Verpflichtung zur Erbringung der Gegenleistung.

a) Für die Zession im Rahmen einer *Vertragsübernahme* sowie aufgrund eines Verhältnisses der *mittelbaren Stellvertretung* folgt aus diesem Gedanken, daß es dem Zessionar überlassen werden muß zu entscheiden, ob er sich mit der wertmäßigen Differenz der beiden Leistungen begnügen oder nach der Austauschtheorie vorgehen will. Denn kennzeichnend für beide Fallgruppen ist, daß der Zessionar bei einem Vorgehen nach der Austauschtheorie nicht nur die Leistungspflicht des Zedenten aktualisiert, sondern gleichermaßen seine eigene; bei der Vertragsübernahme, weil er gleichzeitig Schuldner der Gegenleistung ist, bei der mittelbaren Stellvertretung, weil die Gegenleistung wirtschaftlich betrachtet aus seinem Vermögen erbracht wird. Trifft den Zessionar somit zumindest wirtschaftlich die Last der Gegenleistung, so muß ihm wie jedem Gläubiger die Wahl zwischen den beiden Schadensersatzmodalitäten zugesprochen werden. Dem Zedenten geschieht aus den bereits im Rahmen des Anspruchs auf das stellvertretende commodum dargelegten Gründen kein Unrecht.

b) Abweichend von den eben behandelten Fallgruppen sind auch im Rahmen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung die Fälle der *Sicherungs-* und *Inkassozession* zu beurteilen, in denen der Zedent wirtschaftlicher Inhaber der Forderung bleibt. Der Inhalt der Schadensersatzforderung muß in diesen Fällen der wirtschaftlichen Dispositionsbefugnis des Zedenten überlassen werden. Für den Fall der Inkassozession, die den Zedenten ja lediglich entlasten soll, erscheint dies offensichtlich. Gleiches muß aber auch für die Sicherungszession gelten. Wie bereits für den Anspruch auf das stellvertretende commodum dargelegt¹⁰⁷, kann es dem Zessionar nicht anheimgestellt werden, durch die Wahl von Schadensersatz nach der Austauschtheorie die Verpflichtung des Zedenten zur Erbringung der Gegenleistung zu aktualisieren; er ist vielmehr ausreichend durch seine Rechte aus dem Sicherungsvertrag geschützt.

c) Als problematisch erscheint auch hier wiederum die Zuordnung des Wahlrechts nach einer auf einem *Forderungskauf* basierenden Zession. Dabei kommt freilich nur der Fall der Zession einer Geldforderung in Betracht. Denn bei einer Sachforderung scheidet ein Vorgehen nach der Austauschtheorie regelmäßig aus, es sei denn, die Gegenleistung bestünde ausnahmsweise ebenfalls in einer Sachleistung. Vergegenwärtigt man sich die Interessenlage bei der Zession einer Geldforderung aufgrund eines

¹⁰⁶ Hierzu ausführlich oben S. 229 ff.

¹⁰⁷ Vgl. oben S. 231.

Forderungskaufs, so muß man dem Zessionar das Wahlrecht bezüglich des Inhalts der Schadensersatzforderung zusprechen¹⁰⁸. Würde man nämlich dem Zedenten die Wahl der Schadensersatzmodalität anheimstellen, so hieße dies, den Zessionar im Regelfall auf die Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung zu verweisen, ihn also um den wesentlichen Wert der Forderung zu bringen. Dies würde die Umlauffähigkeit von Forderungen erheblich beeinflussen. Andererseits spricht nichts dafür, dem Zessionar eine Schadensberechnung anhand der Surrogationstheorie auch gegen seinen Willen aufzudrängen¹⁰⁹. Der Zessionar mag gute Gründe haben, sich mit einem Anspruch auf die Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung zufrieden zu geben¹¹⁰. Würde man den Zedenten grundsätzlich als zur Gegenleistung verpflichtet ansehen und damit dem Schuldner im Falle der Zession praktisch auch einen Anspruch auf die Gegenleistung einräumen, wann immer der Zessionar Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, so liefe dies auf eine ungerechtfertigte Bevorzugung des Schuldners hinaus, gegen die dieselben Gesichtspunkte sprechen, die bereits früher gegen die Austausch- oder Surrogationstheorie vorgebracht wurden¹¹¹.

V. Das Rücktrittsrecht

Wahlweise zum Schadensersatzanspruch steht dem Gläubiger nach §§ 325, 326 BGB das Recht zum Rücktritt vom Vertrag zu. Durch den Rücktritt wird das ursprüngliche Schuldverhältnis umgewandelt in ein Rückgewährschuldverhältnis, das Pflichtenprogramm der Parteien wird umdirigiert¹¹².

1. Allgemeine Gesichtspunkte und gegenwärtiger Streitstand

Die herrschende Meinung¹¹³ sieht das Rücktrittsrecht entsprechend der von ihm ausgehenden Wirkungen als mit der Stellung als Vertragspartei

¹⁰⁸ So auch *Gernhuber*, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 91.

¹⁰⁹ A. A. dagegen wohl *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352, 364; *Brügmann* (Fn. 6), S. 12.

¹¹⁰ Etwa dann, wenn er mit dem Zedenten im Innenverhältnis einen Ausgleich vereinbart.

¹¹¹ Ausführlich hierzu bereits *Schöller*, GruchBeitr 44 (1900), 603, 613 ff.

¹¹² So das neuere Verständnis der Rücktrittswirkungen, vgl. hierzu statt aller *Leser* (Fn. 102), S. 157 ff. m. w. N.

¹¹³ Für eine Berechtigung des Zedenten ohne Bindung an den Zessionar: *von Tuhr*, Allgemeiner Teil I (1910), S. 226; *Soergel/Reimer Schmidt*, BGB¹⁰ (1967), § 401 Rdnr. 2. Für eine Berechtigung des Zedenten mit Zustimmung des Zessionars: *A. Blomeyer*, Schuldrecht⁴ (1969), S. 273; *Brügmann* (Fn. 6), S. 41; *Erman/Westermann*, BGB⁷ (1981), § 398 Rdnr. 26; *Grunsky*, Athenäum Zivilrecht I (1972), S. 671; *MünchKomm/Roth*, BGB (1979), § 398 Rdnr. 72; *Palandt/Heinrichs*, BGB⁴⁰ (1981), § 398 Anm. 3 a; *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352, 356. Für eine Berechtigung des Zessionars: *Oertmann*, BGB⁵ (1928), § 399 Anm. 1 g; *Staudinger/Kaduk*, BGB^{10/11} (1978), § 413 Rdnr. 41.

untrennbar verbunden an und weist es dementsprechend dem Zedenten als dem Herrn des Schuldverhältnisses zu. Unter Zugrundelegung des zusätzlichen Gesichtspunktes, der Zedent dürfe nicht einseitig in die Rechtsposition des Zessionars eingreifen, wird teilweise die Bindung des Zedenten an die Zustimmung des Zessionars gefordert.

Während das RG¹¹⁴ die Frage, welche der Zessionsparteien das Rücktrittsrecht ausüben kann, offengelassen hat – freilich mit einer deutlichen Tendenz zugunsten des Zessionars –, hat der Bundesgerichtshof¹¹⁵ ausdrücklich klargestellt, daß jedenfalls das Rücktrittsrecht gemeinsam mit der Forderung abgetreten werden *kann*. Das heißt auch hier wieder: Weder aus der Natur und den Wirkungen des Rücktrittsrechts noch aus Gesichtspunkten des Schuldnerschutzes¹¹⁶ kann eine Lösung für die Frage der Zuordnung des Rücktrittsrechts hergeleitet werden. Wie bei den bislang behandelten sekundären Gläubigerrechten gilt vielmehr auch hier, daß eine Interessenbewertung für die verschiedenen Fallgruppen vorgenommen werden muß.

2. Fallgruppen

a) Für die *Vertragsübernahme* wird nun allgemein¹¹⁷ anerkannt, daß das Rücktrittsrecht dem Übernehmer zustehen soll. Diese Interessenbewertung ist sicherlich zu unterstützen. Der Übernehmer ist nach der Vertragsübernahme nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich betrachtet Herr des Schuldverhältnisses. Seiner Einschätzung muß es überlassen werden, welcher von mehreren Rechtsbehelfen der für ihn günstigere ist. Rechtstechnisch gesehen trägt allein diese Bewertung des Verhältnisses zwischen ursprünglichem Vertragspartner und Übernehmer die Zuordnung des Rücktrittsrechts; aufgrund des mit der Zession der Forderung beabsichtigten Zwecks ist der Zessionar berechtigt, das Rücktrittsrecht auszuüben. Es bedarf also nicht der zusätzlichen Feststellung¹¹⁸, die Vertragsübernahme sei mehr als lediglich eine Kumulierung von Abtretung und Schuldübernahme.

b) Der Zessionar muß aber auch allein zur Ausübung des Rücktrittsrechtes berechtigt sein, soweit es sich um ein Verhältnis der *mittelbaren*

¹¹⁴ Vgl. RGZ 55, 402, 404.

¹¹⁵ NJW 1973, 1793.

¹¹⁶ So jedoch offenbar *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352, 365; „Der Schuldner muß sich einen neuen Partner, der andere Interessen und Motive bei seinen Entschlüssen hat, nicht gefallen lassen.“

¹¹⁷ Vgl. *Pieper* (Fn. 7), S. 210; *Demelius*, JherJb 72 (1922), 241, 290; *Ennecerus/Lehmann*, Schuldrecht¹⁵ (1958), S. 332; *Kühne* (Fn. 6), S. 23; *H. Lehmann*, (Fn. 24), S. 74, 78 f.; *Seckel*, Festgabe Koch (1903), S. 205, 223; speziell für den Fall des § 25 HGB: *Börner*, Festschrift Möhring (1975), S. 37, 49.

¹¹⁸ Vgl. vor allem *Pieper* (Fn. 7), S. 210; im selben Sinne jedoch bereits *Siber*, JherJb 70 (1921), 223, 297.

Stellvertretung handelt. Wie schon mehrfach betont, ist der mittelbar Vertretene, also beispielsweise beim Kommissionsgeschäft der Kommitent, der wirtschaftliche Herr des Schuldverhältnisses. Aufgrund des zwischen dem Zedenten und dem Zessionar bestehenden Innenverhältnisses, das dem Zedenten gegen den Zessionar einen Freistellungsanspruch gibt, treffen die wirtschaftlichen Folgen der Ausübung von sekundären Gläubigerrechten den Zessionar. Unter diesen Umständen muß ihm aber auch die alleinige Entscheidungsbefugnis über die Ausübung eines etwaigen Rücktrittsrechtes zugesprochen werden.

c) Den Gegensatz zu diesen Fallgruppen bilden die Fälle der *Sicherungs-* und *Inkassozeession*. Ungeachtet der Abtretung der Forderung bleibt der Zedent wirtschaftlicher Herr des Schuldverhältnisses und soll in seiner Dispositionsbefugnis nicht eingeschränkt werden. Daraus folgt, daß ihm auch die alleinige Entscheidungsmacht bezüglich der Ausübung des Rücktrittsrechtes zugebilligt werden muß¹¹⁹.

d) Am problematischsten erscheint hier wiederum die Zuordnung des Rücktrittsrechtes nach einer auf der Grundlage eines *Forderungskaufs* erfolgten Zession. Überläßt man dem Zedenten die Ausübung des Rücktrittsrechtes, so läuft der Zessionar Gefahr, durch den Rücktritt des Zedenten um die mögliche Schadensersatzforderung gegen den Schuldner gebracht zu werden¹²⁰. Zwar würde sich der Zedent dadurch im Innenverhältnis gegenüber dem Zessionar regreßpflichtig machen, damit wäre dem Zessionar jedoch u. U. wenig gedient. Deshalb muß dem Zessionar die Entscheidung über die Ausübung des Rücktrittsrechtes vorbehalten bleiben. Fraglich kann nur sein, ob der Zedent an dieser Entscheidung zu beteiligen ist.

Diese Frage wird selbst von jenen¹²¹ bejaht, die die übrigen aus §§ 325, 326 BGB entspringenden sekundären Gläubigerrechte vom Zweck der Zession ausgehend dem Zessionar zuweisen. Als Begründung für diese Meinung wird darauf abgestellt, daß das Rücktrittsrecht aus der Perspektive des Zessionars lediglich ein zerstörendes Recht sei. Dies ist zwar grundsätzlich zutreffend, vermag aber allein die Notwendigkeit einer Beteiligung des Zedenten nicht zu rechtfertigen. Vergewärtigt man sich, daß es sich beim Verkauf einer Sachforderung faktisch um eine hinkende Vertragsübernahme handelt¹²², so wird deutlich, daß die Entscheidung über die Ausübung des Rücktrittsrechtes dem Zessionar allein zustehen muß. Denn nur er kann beurteilen, welches sekundäre Gläubigerrecht das

¹¹⁹ So auch *Seetzen*, AcP 169 (1969), 352, 366.

¹²⁰ Zur elektiven Konkurrenz der Sanktionen bei §§ 325, 326 BGB vgl. *Gernhuber*, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 93 ff.

¹²¹ So *Gernhuber*, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 95.

¹²² Siehe dazu oben S. 223.

günstigere ist. Dem Zedenten, der bewußt in diese Art der Vertragsgestaltung eingewilligt hat, geschieht dadurch kein Unrecht¹²³, war es doch gerade das Ziel der Zession, daß der Zedent aus dem Vertragsverhältnis ausscheidet. Gleiches muß aber auch beim Verkauf einer Geldforderung gelten, wenn man nicht die Umlauffähigkeit von Geldforderungen allzu sehr beschränken will. Durch den Rücktritt des Zessionars wird der Zedent nicht nachteilig betroffen. Denn er haftet gegenüber dem Zessionar¹²⁴ prinzipiell nicht für die Bonität der Forderung; sollte es einmal anders sein, so müßte sich der Zessionar, der durch seinen Rücktritt den Regreß selbst ausgelöst hat, den Einwand des *venire contra factum proprium* entgegenhalten lassen.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände erscheint es auch für die Zession aufgrund eines Forderungskaufs gerechtfertigt, dem Zessionar das aus §§ 325, 326 BGB resultierende Rücktrittsrecht in Kongruenz zu den übrigen sekundären Gläubigerrechten zuzusprechen.

VI. Die Ansprüche auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängel

Handelt es sich bei dem abgetretenen Anspruch um einen Lieferanspruch aus Kaufvertrag, so kommen bei mangelhafter Lieferung seitens des Verkäufers die kaufvertraglichen Gewährleistungsansprüche der Wandlung, Minderung bzw., unter den Voraussetzungen des § 463 BGB, des Schadensersatzes in Betracht.

Für die Frage der Zuordnung dieser sekundären Gläubigerrechte kann auf die Ausführungen zu den allgemeinen Rechtsbehelfen bei Nicht- und Spätleistung zurückgegriffen werden. Denn die speziellen kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche stellen sich lediglich als Ausprägung der allgemeinen Rechtsbehelfe des Gläubigers bei Vertragsstörung dar.

1. Wandlung

Offenkundig ist dies für die Wandlung, bei der ja bereits das Gesetz in § 467 BGB die Gleichstellung mit dem Rücktrittsrecht erkennen läßt.

¹²³ Zwar haftet der Zedent gegenüber dem Drittschuldner grundsätzlich auf Rückgewähr des von diesem an den Zessionar Geleisteten, vgl. *Erman/Westermann*, BGB⁷ (1981), § 346 Rdnr. 11, da der Drittschuldner der Schuldübernahme gerade nicht zugestimmt hat. Im Innenverhältnis steht jedoch dem Zedenten gegenüber dem Zessionar insoweit jedenfalls entsprechend § 415 Abs. 3 BGB ein Freistellungsanspruch zu.

¹²⁴ Eine Haftung des Zedenten gegenüber dem Drittschuldner auf Rückgewähr bereits empfangener Leistungen kommt hier praktisch nicht in Betracht.

2. Minderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung

Dasselbe gilt auch für den Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 463 BGB sowie für die Minderung, die ja als de facto-Schadensersatz auf Ausgleich des durch den reinen Minderwert der Sache verursachten Schadens erscheint. Die Parallele hierzu im System der allgemeinen Rechtsbehelfe bildet der Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung oder Spätleistung (§§ 325 Abs. 1, Satz 2, 326 Abs. 1, Satz 3 BGB). Wählt der Gläubiger den sog. kleinen Schadensersatz nach § 463 BGB oder den Rechtsbehelf der Minderung, so entspricht die Interessenlage dem Fall, daß der Gläubiger bei teilweiser Nichterfüllung die Teilleistung behält und nur bezüglich des ausgefallenen Teiles Schadensersatz verlangt. Die Wahl des sog. großen Schadensersatzes¹²⁵ ist dagegen mit der Zurückweisung der Teilleistung mangels Interesses und dem Begehren nach Schadensersatz wegen Nichterfüllung der gesamten Verbindlichkeit gleichzusetzen. Es erscheint daher angemessen, die Zuordnung dieser kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche entsprechend den zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung entwickelten Grundsätzen zu behandeln.

3. Anspruch auf Ersatz sog. Mangelfolgeschäden

Ein letztes Problem bedarf freilich im Rahmen der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte besonderer Berücksichtigung. Es handelt sich dabei um den Anspruch auf Ersatz des sog. Mangelfolgeschadens¹²⁶, der prinzipiell zwar nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung, über § 463 BGB jedoch ebenfalls ersetzt wird, wenn die Zusicherung den Käufer gerade vor derartigen Schäden schützen sollte¹²⁷. Als Mangelfolgeschäden werden dabei gemeinhin Schäden des Käufers, die dieser an anderen Rechtsgütern als der Kaufsache selbst erleidet, angesehen. Namentlich gehören hierher alle Eigentums- und Körperschäden.

Vergegenwärtigt man sich die Fallgruppen, die unter dem Begriff Mangelfolgeschäden zusammengefaßt werden, so wird deutlich, daß es

¹²⁵ Dessen Zulässigkeit kaum mehr bezweifelt wird; vgl. nur RGZ 90, 332; RGZ 134, 83, 90; im Anschluß hieran auch BGHZ 29, 148, 151; aus dem Schrifttum vgl. *Palandt/Putzo*, BGB⁴⁰ (1981), § 463 Anm. 4 b, bb; *Jauernig/Vollkommer*, BGB² (1981), § 463 Anm. 4 c, bb; nunmehr auch *Larenz*, Schuldrecht II¹² (1981), § 41 II, S. 55; a. A. vor allem *Max Wolff*, JherJb 56 (1910), 1, 81.

¹²⁶ Vgl. im einzelnen zu den in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden *Todt*, Die Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers aus Sachmängeln (1970), S. 110 ff.

¹²⁷ Grundlegend *Diederichsen*, AcP 165 (1965), 150, 159 ff.; im selben Sinne bereits *Heck*, Schuldrecht (1929), S. 274 f. Auch der BGH hat sich in der sog. Klebstoffentscheidung, BGHZ 50, 200, dieser Lösung angeschlossen.

dabei im Grunde genommen um eine Haftung wegen Verletzung allgemeiner Verkehrssicherungspflichten geht, d. h. um Schäden, für die der Verkäufer prinzipiell auch nach deliktischen Grundsätzen einzustehen hat. Ihre Hereinnahme ins Vertragsrecht soll die Rechtsstellung des Verletzten gegenüber dem Deliktsrecht verbessern. Handelt es sich aber der Sache nach um Ersatzansprüche, die im Deliktsrecht anzusiedeln sind, so erhellt dies, daß für die Frage der Zuordnung und Berechnung des Schadensersatzanspruches nur entscheidend sein kann, wer Träger des verletzten Rechtsgutes ist¹²⁸.

Ein Beispielfall mag dies verdeutlichen: Ist der Anspruch auf Lieferung von Pferdefutter abgetreten und liefert der Verkäufer nunmehr vergiftetes Futter an den Zessionar, woraufhin dessen Pferde verenden, so kann es kaum zweifelhaft sein, daß dem Zessionar der dadurch entstandene Schaden vom Verkäufer zu ersetzen ist¹²⁹. Dem Verkäufer ist es verwehrt, sich darauf zu berufen, daß beim Zedenten zahlenmäßig weniger Tiere eingegangen wären, oder daß die Tiere des Zedenten robuster gewesen wären und deshalb das Futter allenfalls zu einer Erkrankung geführt hätte. Denn zum einen kann bei einer, wenn auch vertraglich verankerten, so doch im Kern deliktsähnlichen Haftung wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten eine besondere Schadensgeneigtheit des Opfers nicht zu einer Entlastung des Schädigers führen¹³⁰. Zum anderen ist zu bedenken, daß ja auch dann, wenn der ursprüngliche Käufer die Sache an einen Drittabnehmer weiterverkauft und dieser einen Mangelfolgeschaden erleidet, die Haftung für den vollen Schaden im Regreßwege den Verkäufer trifft¹³¹.

Im umgekehrten Fall, nämlich daß trotz Zession des primären Lieferanspruchs die Lieferung an den Zedenten erfolgt, ist diesem ein etwaiger Mangelfolgeschaden zu ersetzen. Allein die Tatsache, daß die Forderung zediert wurde, kann dem Verkäufer nicht im Wege einer Freistellung von seiner vertraglichen Verantwortlichkeit für Mängel der Sache zugute

¹²⁸ A. A. *F. Peters*, JZ 1977, 119, der bei der Berechnung des Anspruchs wegen Mangelfolgeschäden wie beim Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung verfahren will, da die verletzten Pflichten unmittelbar leistungsbezogen seien.

¹²⁹ A. A. freilich auch hier *F. Peters*, JZ 1977, 119, 122, der dem Zessionar die Geltendmachung eines höheren Schadens, als er hätte beim Zedenten eintreten können, aus dem Gedanken des § 399 BGB heraus versagt. Vgl. auch *Seetzen*, MDR 1970, 809, 810, der diese These für die stille Zession aus §§ 406 ff. BGB ableitet.

¹³⁰ Vgl. *Hermann Lange*, Schadensersatz (1979), S. 90 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

¹³¹ Der Verkäufer haftet dem Käufer für sog. Haftpflichtschäden nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung, vgl. bereits RG DR 1941, 637. Darüber hinaus kommt auch ein Ausgleichsanspruch über § 426 BGB in Betracht.

kommen¹³². Auch greift hier noch weniger als im erstgenannten Fall der Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes Platz; ist es doch gerade der ursprüngliche Gläubiger, der Ersatzansprüche geltend macht.

VII. Das Anfechtungsrecht

1. Das Anfechtungsrecht als höchstpersönliches Recht?

Gemeinhin wird das Anfechtungsrecht als untrennbarer Bestandteil des Vertragsverhältnisses aufgefaßt mit der Folge, daß es bei Abtretung der Forderung beim Zedenten verbleibt¹³³. Manche Autoren messen dem höchstpersönlichen Charakter des Anfechtungsrechtes gar so viel Bedeutung zu, daß es selbst im Falle einer Vertragsübernahme nicht auf den Übernehmer übergehen soll¹³⁴. Dabei wird darauf abgestellt, daß nur der Erklärende selbst einen Willensmangel geltend machen könne¹³⁵.

Die Auffassung vom höchstpersönlichen Charakter des Anfechtungsrechtes, wie sie von einigen Autoren vertreten wird, begegnet indes erheblichen Bedenken. Denn es gibt eine Reihe anerkannter Fallgruppen, in denen ein anderer als der Erklärende persönlich zur Anfechtung berechtigt ist. So besteht kein Zweifel darüber, daß das Anfechtungsrecht ver-

¹³² Auch hier gilt das von *Gernhuber*, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 63 postulierte Gleichheitsprinzip. Im selben Sinne auch *Seetzen*, MDR 1970, 809, 811.

¹³³ Vgl. etwa von *Tuhr*, Allgemeiner Teil II/1 (1914), S. 306; *Brüggmann* (Fn. 6), S. 37; *Heilmann*, NJW 1968, 1853; *Kühne* (Fn. 6), S. 95; *Palandt/Heinrichs*, BGB⁴⁰ (1981), § 413 Anm. 1 c, dd; *Larenz*, Allgemeiner Teil⁵ (1980), § 23 V b, S. 439. Für die prinzipielle Übertragbarkeit sprechen sich nur aus *Soergell/Reimer Schmidt*, BGB¹⁰ (1967), § 413 Rdnr. 3; *RGRK/Weber*, BGB¹² (1976), § 413 Rdnr. 27. Zur Parallelwertung bei der Schuldübernahme vgl. *Planck/Siber*, BGB⁴ (1914), § 417 Anm. 1 a; *Palandt/Heinrichs*, BGB⁴⁰ (1981), § 417 Anm. 1 b; *RGRK/Weber*, BGB¹² (1978), § 417 Rdnr. 7; *Staudinger/Kaduk*, BGB^{10/11} (1978), § 417 Rdnr. 33. Für einen Übergang des Anfechtungsrechtes im Falle der Vertragsübernahme *MünchKomm/Möschel*, BGB (1979), § 417 Rdnr. 4; *Coester*, MDR 1974, 803, 806.

¹³⁴ Vgl. *Larenz*, Allgemeiner Teil⁵ (1980), § 23 V b, S. 439; *Pieper* (Fn. 7), S. 212; *Roquette*, NJW 1962, 1551, 1553; von *Tuhr*, Allgemeiner Teil II/1, S. 307 und *Brüggmann* (Fn. 6), S. 37 halten allenfalls eine Ausübung des Anfechtungsrechtes durch den Zessionar als Vertreter des Zedenten für möglich. Für die Möglichkeit des Übergangs des Anfechtungsrechtes bei einer Vertragsübernahme dagegen ausdrücklich *Seckel*, Festgabe Koch (1903), S. 205, 228; *Coester*, MDR 1974, 803, 806; *Flume*, Allgemeiner Teil, Bd. II³ (1979), § 31, 3, S. 561; wenn nur der Übernehmer durch die Anfechtung betroffen ist; *Palandt/Heinrichs*, BGB⁴⁰ (1981), § 413 Anm. 1 c, dd.

¹³⁵ Dieselbe Argumentation findet sich auch bei der Zuordnung des Anfechtungsrechtes beim Vertrag zugunsten Dritter, vgl. *Heinrich Lange*, NJW 1965, 657, 662; *RGRK/Ballhaus*, BGB¹² (1976), § 335 Rdnr. 3; *MünchKomm/Gottwald*, BGB (1979), § 335 Rdnr. 5.

erblich ist¹³⁶. Darüber hinaus normiert § 318 Abs. 2 BGB einen Fall der Anfechtung durch eine andere Person als den Erklärenden: Hat sich der Dritte bei der Leistungsbestimmung geirrt, so steht das Anfechtungsrecht nur den Vertragsparteien, nicht aber dem erklärenden Dritten zu. Ähnliches gilt bei der Anfechtung einer Erklärung des direkten Stellvertreters: Hat sich der Vertreter geirrt, so ist der Vertretene anfechtungsberechtigt¹³⁷, wenngleich sich die Vertretungsmacht des Vertreters auch auf die Abgabe der Anfechtungserklärung erstrecken kann¹³⁸.

Diese drei Fälle machen deutlich, daß es für die Frage der Anfechtungsberechtigung nicht allein darauf ankommen kann, wer die Erklärung abgegeben hat. Als gemeinsames Merkmal der genannten Fallgruppen läßt sich vielmehr herauskristallisieren: Fallen Erklärender und derjenige, der durch die Folgen der Erklärung allein betroffen ist, auseinander, so ist der eigentlich Betroffene anfechtungsberechtigt, gleichgültig, ob ihm die Erklärung auch formaljuristisch zugerechnet wird – wie im Falle der unmittelbaren Stellvertretung – oder nicht – wie bei der Rechtsnachfolge aufgrund Erbfalls und der Leistungsbestimmung durch einen Dritten¹³⁹. Fraglich kann nur sein, ob dieser Grundsatz verallgemeinerungsfähig ist, oder ob die genannten Fälle als singuläre Ausnahme zu dem Prinzip, daß nur der Erklärende selbst anfechten kann, anzusehen sind.

Um diese Frage zu beantworten, erscheint es sinnvoll, sich die Funktion der Anfechtung vor Augen zu führen.

Als Beispiel sei hier zunächst die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums nach § 119 Abs. 2 BGB herausgegriffen. Wie *Flume*¹⁴⁰ hervorhebt, ist der eigentliche Grund der Beachtlichkeit eines Eigenschaftsirrums die Nichtübereinstimmung von Rechtsgeschäft und Wirklichkeit. Derjenige, zu dessen Nachteil die Wirklichkeit von dem Vereinbarten abweicht, soll die Möglichkeit erhalten, sich von dem Rechtsgeschäft zu lösen. Das Auseinanderfallen zwischen Rechtsgeschäft und Wirklichkeit trifft aber faktisch nur denjenigen, der die wirtschaftlichen Folgen des Geschäfts zu tragen hat. Mithin müßte die Fragestellung bei der Zuordnung des Anfechtungsrechtes ebenso lauten wie bei den im Vorstehenden bereits behandelten sekundären Gläubigerrechten: Die Zuordnung ist unter Ab-

¹³⁶ Vgl. *Erman/Brox*, BGB⁷ (1981), § 143 Anm. 4; *Larenz*, Allgemeiner Teil⁵ (1980), § 23 V b, S. 439.

¹³⁷ Vgl. *Staudinger/Dilcher*, BGB¹² (1980), § 143 Rdnr. 7.

¹³⁸ Vgl. *Staudinger/Dilcher*, BGB¹² (1980), § 143 Rdnr. 7; *Flume*, Allgemeiner Teil, Bd. II³ (1979), § 31, 3, S. 561.

¹³⁹ Vgl. *Soergell/Reimer Schmidt*, BGB¹⁰ (1967), § 318 Rdnr. 3; etwas anders *Flume*, Allgemeiner Teil, Bd. II³ (1979), § 31, 3, S. 561, der die Bestimmung durch den Dritten als eine Ergänzung der Erklärungen der Vertragsparteien ansieht.

¹⁴⁰ Allgemeiner Teil, Bd. II³ (1979), § 24, 2, S. 474 ff.

wägung der beiderseitigen Interessen nach dem jeweiligen Innenverhältnis zwischen Zedent und Zessionar vorzunehmen¹⁴¹.

2. Differenzierung zwischen Sach- und Geldforderungen

Da der Irrtum sich beim gegenseitigen Vertrag sowohl auf die Verpflichtung des Drittschuldners als auch auf die des Zedenten beziehen kann, soll zwischen diesen beiden Fallgestaltungen unterschieden werden.

a) Ist eine *Sachforderung* abgetreten und bezieht sich der Irrtum auf eine Sacheigenschaft, so muß die Zuordnung des Anfechtungsrechtes nach denselben Prinzipien erfolgen wie die des Rücktrittsrechts. Dies ergibt sich bereits aus der Gleichwertigkeit und prinzipiellen Austauschbarkeit der Rechtsbehelfe. So hängt beim Kauf die Frage, ob der Käufer wegen eines Mangels der Kaufsache anfechten oder wandeln kann, vereinfacht gesagt¹⁴² davon ab, ob die Gefahr des zufälligen Untergangs der Kaufsache bereits auf den Käufer übergegangen ist oder nicht.

Noch deutlicher wird die Austauschbarkeit der Rechtsbehelfe im Falle der arglistigen Täuschung über eine Eigenschaft der Kaufsache: Hier stehen dem Käufer wahlweise das Recht zur Anfechtung nach § 123 BGB¹⁴³, das Recht auf Wandlung oder Minderung und schließlich auf großen und kleinen Schadensersatz nach § 463 Satz 2 BGB zu. Oft dürfte es gerade bei einem rechtsunkundigen Käufer auf Zufälligkeiten beruhen, welchen der möglichen Rechtsbehelfe er geltend macht. Hiervon kann jedoch schlechterdings die Zuordnung der jeweiligen sekundären Gläubigerrechte an Zedent oder Zessionar nicht abhängig gemacht werden.

Auch die unterschiedlichen Rechtswirkungen von Rücktritt und Anfechtung vermögen eine abweichende Beurteilung nicht zu rechtfertigen. Zwar wirkt die Anfechtung nach § 142 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück, während der Rücktritt das Schuldverhältnis ex nunc in ein solches mit umdirigierten Pflichten umwandelt¹⁴⁴; wie

¹⁴¹ Nicht präjudiziert wird dadurch die Beantwortung der Frage, nach welcher Person sich die Anfechtungsgründe beurteilen. Hier wird man aus Gründen des Schuldnerschutzes entsprechend der in § 166 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommenden Wertung auf die Person des Zedenten abstellen müssen; vgl. bereits RGZ 124, 115, 120, wonach die Anfechtung des Ausführungsgeschäftes nur zulässig sein soll, wenn sich der Kommissionär geirrt hat; aus der Literatur vgl. hierzu Hager, AcP 180 (1980), 239, 240 m. w. N.

¹⁴² Der Streit zum Verhältnis von Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB und Sachmängelhaftung nach §§ 459 ff. BGB kann hier nicht aufgegriffen werden; vgl. hierzu Palandt/Putzo, BGB⁴⁰ (1981), Vorbem. 2 e vor § 459 m. w. N.

¹⁴³ Nach ganz h. M. ist die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung auch neben den Ansprüchen aus Sachmängelgewährleistung möglich, vgl. nur RGZ 104, 1.

¹⁴⁴ So die wohl heute als herrschend zu bezeichnende Ansicht, vgl. insoweit Heinrich Stoll, AcP 131 (1929), 141 ff.; E. Wolf, AcP 153 (1954), 97 ff.; Larenz,

bereits jedoch von Caemmerer¹⁴⁵ überzeugend dargelegt hat, kann es für die Einzelheiten der Rückabwicklung keinen Unterschied machen, ob sich der Käufer auf das vertragliche Gewährleistungsrecht stützt oder den Vertrag anfecht¹⁴⁶.

Die faktische Austauschbarkeit zwischen Rücktrittsrecht und Anfechtungsrecht gebietet es damit, die Zuordnung des Anfechtungsrechtes im Falle der Abtretung einer Sachforderung ungeachtet seiner andersgearteten dogmatischen Struktur nach denselben Gesichtspunkten vorzunehmen, die zum Rücktrittsrecht entwickelt wurden. Im Ergebnis bedeutet dies, daß bei der Vertragsübernahme und in den Fällen der mittelbaren Stellvertretung das Anfechtungsrecht dem Zessionar zusteht, da er die wirtschaftlichen Folgen des Geschäftes zu tragen hat. Gleiches gilt für den Kauf einer Sachforderung, der ja praktisch eine hinkende Vertragsübernahme darstellt¹⁴⁷. In den Fällen der Sicherungs- und Inkassozeession verbleibt das Anfechtungsrecht hingegen entsprechend den allgemeinen Grundsätzen beim Zedenten.

b) Ist eine *Geldforderung* abgetreten und bezieht sich der Irrtum auf die vom Zedenten zu erbringende Sachleistung, so muß auch hier wiederum gefragt werden, wer die wirtschaftlichen Folgen des Irrtums zu tragen hat. Da die von dem Irrtum betroffene Sachleistung bei der Vertragsübernahme und bei der mittelbaren Stellvertretung vom Unternehmer bzw. mittelbar Vertretenen, d. h. vom Zessionar erbracht wird, ist das Anfechtungsrecht dem Zessionar zuzuordnen. Umgekehrt bleibt der Zedent bei der Sicherungs- und Inkassozeession auch wirtschaftlich betrachtet allein zur Erbringung der Sachleistung verpflichtet und muß demnach das Anfechtungsrecht ausüben können. Problematisch erscheint die Ausübung des Anfechtungsrechtes im Falle des Forderungskaufes. Die Folgen des Irrtums treffen hier ausschließlich den Zedenten, da der Zessionar mit der Erbringung der Sachleistung nichts zu tun hat. Demgemäß müßte hier anders als beim Kauf einer Sachforderung das Anfechtungsrecht dem Zedenten verbleiben. Bedenken ergeben sich hier freilich deshalb, weil der Zedent durch die Anfechtung das Forderungsrecht in der Hand des

Schuldrecht I¹² (1979), § 26, S. 333; Palandt/Heinrichs, BGB⁴⁰ (1981), Einf. vor § 346 Anm. 1 b; Gernhuber, Festschrift Raiser (1974), S. 57, 91 m. w. N.

¹⁴⁵ Festschrift Larenz (1973), S. 621, 625.

¹⁴⁶ Auch die Frage, wer die empfangene Leistung zurückzugewähren hat, muß bei einer Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht ebenso beantwortet werden wie bei einer solchen nach Rücktrittsrecht. Zum Rückgewährschuldverhältnis nach Zession vgl. Erman/Westermann, BGB⁷ (1981), § 346 Rdnr. 11; zur Rückgewähr im Wege der Leistungskondiktion vgl. Jauernig/Schlechtriem, BGB² (1981), § 812 Anm. I 5 b, ee; Canaris, Festschrift Larenz (1973), S. 799, 834 ff.; Medicus, NJW 1971, 1366; RG JW 1938, 1329.

¹⁴⁷ Vgl. hierzu S. 223.

Zessionars zerstört. Insoweit ist die Sachlage auf den ersten Blick mit der beim Rücktritt¹⁴⁸ vergleichbar. Der wesentliche Unterschied besteht jedoch darin, daß der Zedent in den Fällen, in denen ein Rücktritt in Frage kommt, den vollen Gegenwert der von ihm zu erbringenden Sachleistung von seiten des Zessionars bereits erhalten hat, während bei der Anfechtung wegen Irrtums regelmäßig eine Inkongruenz zwischen Geld- und Sachleistung zum Nachteil des Zedenten vorliegen wird. Man denke etwa an den Fall¹⁴⁹, daß der Zedent eine chinesische Vase in Unkenntnis ihres tatsächlichen Alters zu einem Preis, der erheblich unter ihrem wahren Wert liegt, verkauft und die Kaufpreisforderung abtritt. Was dem Zedenten hier in Form des vom Zessionar gezahlten Kaufpreises für die Forderung zufließt, steht in keinem Verhältnis zu der vom Zedenten zu erbringenden Sachleistung. Deshalb erscheint es sachgerecht, dem Zedenten in diesem Fall das Anfechtungsrecht zuzusprechen; der Zessionar muß sich insoweit mit der Regreßforderung¹⁵⁰ gegen den Zedenten begnügen.

D. Schlußbemerkungen

Als Fazit der vorangegangenen Untersuchungen kann damit festgehalten werden, daß die Frage, wer nach Abtretung einer Forderung zuständig ist, die aus einer Vertragsstörung resultierenden Gläubigerrechte auszuüben, weder aus der Art des Gläubigerrechts noch nach Gesichtspunkten des Schuldnerschutzes beantwortet werden kann. Entscheidend ist vielmehr jeweils der dem Innenverhältnis zwischen Zedent und Zessionar zugrunde liegende Zweck. Abzustellen ist darauf, wer die wirtschaftlichen Folgen der Ausübung eines sekundären Gläubigerrechts letztendlich zu tragen hat; dieser Partei ist die Entscheidung über dessen Ausübung zu überlassen.

Eine klare Zuordnung ist danach möglich in den Fällen der Vertragsübernahme und der mittelbaren Stellvertretung. Die wirtschaftlichen Folgen der Ausübung eines sekundären Gläubigerrechts treffen hier allein den Übernehmer bzw. den mittelbar Vertretenen, d. h. den Zessionar der Forderung. Den Gegenpol bilden die Fälle der Sicherungs- und Inkassozession, in denen der Zedent wirtschaftlich betrachtet Inhaber der Forderung bleibt.

Als problematisch erweist sich die Zuordnung der sekundären Gläubi-

¹⁴⁸ Vgl. hierzu S. 244.

¹⁴⁹ Beispiel in Anlehnung an den von RG entschiedenen Ming-Vasen-Fall, RGZ 124, 115.

¹⁵⁰ Ficht der Zedent an, so haftet er gegenüber dem Zessionar nach § 437 BGB.

gerrechte bei einer Abtretung aufgrund eines Forderungskaufes. Im Ergebnis steht freilich die Ausübung von sekundären Gläubigerrechten in dieser Fallgruppe dem Zessionar zu. Die Begründung ist jedoch verschieden je nachdem, ob es sich um den Verkauf einer Sach- oder einer Geldforderung handelt. Der Verkauf einer Sachforderung stellt in praxi eine hinkende Vertragsübernahme dar und ist deshalb wie die Vertragsübernahme zu behandeln. Demgegenüber ist es beim Verkauf einer Geldforderung geboten, dem Zessionar grundsätzlich die Ausübung von sekundären Gläubigerrechten zuzuweisen, um den Forderungskauf als besondere Art der Finanzierung wirtschaftlich attraktiv zu halten.