

LUKAS KÄMPER

Forderungsbegriff und Zession

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

411

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann



Lukas Kämper

Forderungsbegriff und Zession

Geschichte und Dogmatik der Abtretung
in Frankreich und Deutschland

Mohr Siebeck

Lukas Kämper, geboren 1989, Studium der Rechtswissenschaften in Münster und Poitiers; 2014 Erste Juristische Prüfung; seit 2014 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Rechtsgeschichte der Universität Münster; seit 2017 Rechtsreferendar am Landgericht Münster; 2018 Promotion.
orcid.org/0000-0003-2829-1869

D6

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2018.

ISBN 978-3-16-156177-1 / eISBN 978-3-16-156178-8

DOI 10.1628/978-3-16-156178-8

ISSN 0720-1141 / eISSN 2568-7441

(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat die rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Münster im Wintersemester 2017/2018 als Dissertation angenommen. Sie ist während meiner Zeit am dortigen Institut für Rechtsgeschichte am Lehrstuhl von Herrn Professor Dr. Nils Jansen entstanden. Ihm als meinem Doktorvater gebührt mein herzlicher Dank für die Anregung des Themas und die ausgesprochen enge und konstruktive Betreuung. Die glückliche Zeit an seinem Lehrstuhl und die wohlwollende Förderung, die ich dort in Studium und Promotion erfahren durfte, habe ich als in jeder Hinsicht äußerst gewinnbringend erlebt. Für die Erstattung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Professor Dr. Stefan Arnold. Herzlich danken möchte ich auch meiner Schwester Franziska Kämper sowie meinen Freunden Jens Röther und Jonathan Maschmeier für ihre wertvolle Hilfe bei der Durchsicht des Manuskripts, für dessen Endfassung Rechtsprechung und Literatur bis August 2018 berücksichtigt werden konnten.

Dem Verlag Mohr Siebeck danke ich für die angenehme Zusammenarbeit bei der Vorbereitung der Publikation und den Direktoren des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht für die Aufnahme dieser Arbeit in die Schriftenreihe. Der Studienstiftung des deutschen Volkes bin ich für die Förderung in Studium und Promotion ebenso dankbar wie der Johanna und Fritz Buch-Gedächtnisstiftung für die freundliche Unterstützung durch ein Druckkostenstipendium.

Danken möchte ich aber auch meiner Familie, die mich während meiner gesamten Ausbildung in jeder Hinsicht unterstützt und mich in dem eingeschlagenen Weg stets bestärkt hat. Hervorheben möchte ich neben meiner Schwester Franziska vor allem Lucie Koch, Christa Kämper sowie Dr. Emil Kämper, der mir in vielerlei Hinsicht ein Vorbild war und ist.

Ganz besonders danke ich meiner Freundin Vivi, die nicht nur die Arbeit vollständig zur Korrektur gelesen, sondern auch in der oft anstrengenden Zeit zuvor stets in allen Belangen hinter mir gestanden hat. Das hat mir die Motivation und Kraft gegeben, auch schwierige Phasen der Promotionszeit zu überstehen.

Zuletzt danke ich meinen Eltern Barbara und Fritz Kämper. Sie haben mir die Ausbildung ermöglicht und mich dabei immer weit über das selbstverständliche Maß hinaus gefördert, zuletzt durch die großzügige Übernahme der Druckkosten. Auf ihren Rückhalt und ihre Unterstützung konnte ich mich stets verlassen. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Münster, im August 2018

Lukas Kämper

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung	1
Erstes Kapitel: Forderung und Zession in Code civil und BGB und ihre theoretischen Grundlagen	7
§ 1 <i>Rechtsband oder Vermögensgegenstand?</i> <i>Gegensätzliche Vorstellungen von Forderung und Zession</i>	8
§ 2 <i>Forderungs- und Zessionsbegriffe in Code civil und BGB</i>	43
Zweites Kapitel: Die Abtretungsanzeige	87
§ 3 <i>Die denuntiatio des römischen und gemeinen Rechts</i>	88
§ 4 <i>Die Abtretungsanzeige (signification) im französischen Recht</i>	95
§ 5 <i>Die Abtretungsanzeige im deutschen Recht</i>	160
Drittes Kapitel: Vertragliche Abtretungsverbote	179
§ 6 <i>Vertragliche Abtretungsverbote im deutschen Recht</i>	180
§ 7 <i>Vertragliche Abtretungsverbote im französischen Recht</i>	204
Gesamtergebnis	239
Literaturverzeichnis	245
Personenverzeichnis	267
Sachverzeichnis	269

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung	1
1. Gegenstand und Ziel der Untersuchung	3
2. Gang der Darstellung	4
Erstes Kapitel: Forderung und Zession in Code civil und BGB und ihre theoretischen Grundlagen	7
§ 1 <i>Rechtsband oder Vermögensgegenstand?</i>	
<i>Gegensätzliche Vorstellungen von Forderung und Zession</i>	8
I. Die Forderung als Rechtsband: <i>nomina ossibus inhaerent</i>	8
1. Antikes römisches Recht	8
a) Der Forderungsbegriff im antiken römischen Recht	8
b) Die Zession im antiken römischen Recht	9
2. Forderung und Zession bei den Glossatoren	11
a) <i>Nomina ossibus inhaerent</i> : die Lehre von der Unübertragbarkeit	11
b) Die <i>actio utilis</i> des Zessionars	13
c) Bewertung der Zessionsmodelle der Glossatoren	14
3. Die <i>obligatio</i> als Sachzuordnung: <i>ius ad rem</i>	15
4. Forderung und Zession im <i>usus modernus</i>	16
II. Die Forderung als Vermögensgegenstand: Wege zur Verkehrsfähigkeit der Forderung	18
1. Ein neuer Eigentumsbegriff: von <i>Bartolus</i> zur spanischen Spätscholastik	18
a) Die <i>dominium</i> -Definition des <i>Bartolus</i>	18
b) Neukonzeption des <i>dominium</i> im Naturrechtsdiskurs der spanischen Spätscholastik	22
c) Zwischenergebnis	25
2. Forderung und Zession bei <i>Hugo Grotius</i>	25
a) Systematik des Vermögensrechts und Konsensprinzip	25

b) Auswirkungen des Konsensprinzips auf den Forderungsbegriff	29
3. Forderung und Zession bei <i>Pufendorf</i> und <i>Wolff</i>	31
a) Der Eigentumsbegriff bei <i>Pufendorf</i> und <i>Wolff</i>	32
b) Die Übertragung des Eigentums	33
c) Die Zession von Forderungen	34
4. Relativierungen des naturrechtlichen Forderungs- und Zessionsbegriffs	35
a) Die Doppelnatur der Forderung bei <i>Wolff</i>	35
b) Die erneute Trennung von Schuld- und Sachenrecht bei <i>Joachim Georg Darjes</i>	37
aa) Das Vermögensrechtssystem bei <i>Darjes</i>	38
bb) Die Zession als schuldrechtlicher Vertrag	40
III. Zusammenfassung: Ausprägungen zweier gegensätzlicher Vorstellungen von Forderung und Zession	41
§ 2 <i>Forderungs- und Zessionsbegriffe in Code civil und BGB</i>	43
I. Forderung und Zession im französischen Recht	43
1. Forderung und Zession im <i>Ancien droit</i>	43
a) Die Übertragbarkeit der Forderung im Recht der <i>Coutumes</i>	43
aa) Die Zession im älteren Recht der <i>Coutumes</i>	44
bb) Die Pariser <i>Coutumes</i> von 1510/1570	44
b) Die Zession im Juristenrecht des <i>Ancien droit</i>	45
aa) Das <i>droit commun coutumier</i>	46
bb) <i>Domat</i>	48
cc) <i>Pothier</i>	49
c) Zwischenergebnis	52
2. Forderung und Zession im Code civil	53
a) Die Redaktion des Code civil	53
b) Die Übertragbarkeit der Forderung in den Entwürfen zum Code civil	54
c) Die Forderung als <i>bien</i> im vermögensrechtlichen System des Code civil	56
3. Zwischenergebnis: die Zession der <i>Coutumes</i>	58
II. Forderung und Zession im deutschen Recht	60
1. Forderungs- und Zessionsbegriffe in der wissenschaftlichen Diskussion des 19. Jahrhunderts	61
a) Forderungsbegriff: Trennung von Schuld- und Sachenrecht bei <i>Savigny</i>	61
b) Die Zession: das Werk <i>Mühlenbruchs</i>	64
c) Germanistische Forderungs- und Zessionsmodelle	67
d) Überwindung der Ausübungslehre auf Basis der römischen Quellen durch <i>Windscheid</i>	68
aa) Der Zessionsbegriff bei <i>Windscheid</i> : die <i>actio utilis</i> als selbstständiger Anspruch	68

bb) Der Forderungsbegriff bei <i>Windscheid</i> : Reichweite der Verbindung von Forderung und Gläubiger	70
e) Naturrechtliche Einflüsse?	71
f) Zwischenergebnis: wechselnde Vorstellungen von Forderung und Zession	73
2. Seitenblick: Entwicklung der Diskussion in Frankreich im 19. Jahrhundert	74
3. Forderung und Zession in der gemeinrechtlichen Rechtsprechung sowie in den Kodifikationen vor dem BGB	76
4. Forderung und Zession im BGB	77
a) Der Entwurf von 1877	77
b) Die weitere Diskussion in den Kommissionen	78
c) Zwischenergebnis	79
5. Entwicklung des Forderungsbegriffs im 20. Jahrhundert: Deliktsschutz und Differenzierung	80
a) Deliktsschutz der Forderung	80
b) Die Doppelstruktur der Forderung	81
6. Zwischenergebnis: der differenzierte Forderungsbegriff im BGB ..	83
III. Zusammenfassung: grundsätzliche Anerkennung der Forderung als übertragbarer Vermögensgegenstand in beiden Gesetzbüchern	84
 Zweites Kapitel: Die Abtretungsanzeige	 87
§ 3 Die <i>denuntiatio des römischen und gemeinen Rechts</i>	88
I. Die <i>denuntiatio</i> des antiken römischen Rechts	88
II. Die <i>denuntiatio</i> bei den Glossatoren	92
III. Die <i>denuntiatio</i> im <i>usus modernus</i>	93
IV. Zwischenergebnis: die <i>denuntiatio</i> des römischen Rechts – Aneignungsmittel oder Schuldnerschutzinstrument?	94
§ 4 Die <i>Abtretungsanzeige (signification) im französischen Recht</i>	95
I. Die <i>signification</i> im <i>Ancien droit</i>	96
1. Die Abtretungsanzeige im älteren Recht der <i>Coutumes</i>	96
2. Die konstitutive <i>signification: un simple transport ne saisit point</i> ..	97
a) Erwerb der <i>saisine</i> und Traditionsprinzip	98
b) Die <i>saisine</i> der Forderung durch <i>appréhension</i>	100
c) Von der <i>appréhension</i> zur <i>signification</i>	101
3. Die Entwicklung der <i>signification</i> im <i>Ancien droit</i>	104
a) Die <i>signification</i> als Übergabeäquivalent bei den Kommentatoren des <i>droit coutumier</i>	104
b) Ausbleibende Liberalisierung des Traditionsprinzips bei der Zession	105
c) Differenzierungen im 18. Jahrhundert: relative Wirksamkeit der Zession	107

4. Zwischenergebnis: die <i>signification</i> des <i>Ancien droit</i>	108
II. Die <i>signification</i> im Code civil	110
1. Die Entstehung des Konsensprinzips im Code civil	111
a) <i>Ancien droit</i>	111
b) Das Konsensprinzip in den Entwürfen <i>Combacérés'</i>	112
c) Die Entscheidung für das Konsensprinzip in der Viererkommission	114
aa) Relatives Eigentum?	114
bb) Motive der Entscheidung für das Konsensprinzip	116
d) Zwischenergebnis	118
2. Die <i>signification</i> im Gesetzgebungsprozess	119
a) Die <i>signification</i> in den Entwürfen <i>Combacérés'</i>	119
b) Der Entwurf der Viererkommission 1800	121
c) Vom Entwurf der Viererkommission zum Code civil	123
aa) Die Diskussionsvorlage für den <i>Conseil d'État</i> von 1803	123
bb) Einfluss der Stellungnahmen (<i>observations</i>) der Obergerichte zum Entwurf von 1800	124
cc) Zwischenergebnis: zurück zum <i>Ancien droit</i>	127
3. Die <i>signification</i> im vermögensrechtlichen System des Code civil	127
a) Kohärenz von Sachkauf und Zession im Code civil	127
b) Kritik an der konstitutiven <i>signification</i> nach Erlass des Code civil	129
c) Funktionswandel: Publizität mittels <i>signification</i> ?	131
4. Zwischenergebnis: die <i>signification</i> als Fremdkörper im vermögensrechtlichen System des Code civil	133
III. Die <i>signification</i> in der Entwicklung nach 1804	134
1. Ersetzbarkeit der <i>signification</i> durch Kenntnis von der Zession	135
a) Kenntnis des Schuldners von der Zession	136
b) Kenntnis Dritter von der Zession	138
aa) Ansätze für die Ersetzbarkeit der <i>signification</i> durch Kenntnis im 19. Jahrhundert	139
bb) Das <i>Kerform</i> -Urteil 1897	140
cc) Abgrenzung von Kenntnis und Arglist Dritter	141
c) Zwischenergebnis: die Kenntnisdebatte als Folge der fehlenden systematischen und teleologischen Rechtfertigung der <i>signification</i>	143
2. Mechanismen zur Umgehung der konstitutiven <i>signification</i>	145
a) Die <i>subrogation personnelle</i>	145
b) Die <i>Loi Dailly</i>	148
c) Zwischenergebnis	149
3. Die Schuldrechtsreform 2016	149
a) Gesetzgebungsgeschichte	149
b) Die <i>signification</i> in den Reformentwürfen: Vereinfachung und Modernisierung	150

aa) Das <i>Avant-projet Catala</i> 2005	150
bb) Der Entwurf des Justizministeriums 2011	152
cc) Das <i>Projet Terré</i> 2013	153
dd) Der Verordnungsentwurf 2015	154
c) Die endgültige Fassung des neuen Zessionsrechts 2016	155
d) Zwischenergebnis: eine späte Modernisierung	157
IV. Zusammenfassung: das lange Erbe der <i>Coutumes</i>	158
§ 5 Die <i>Abtretungsanzeige im deutschen Recht</i>	160
I. Die <i>denuntiatio</i> bei <i>Mühlenbruch</i> und seinen Nachfolgern	160
1. Die <i>denuntiatio</i> als Mittel zur Aneignung der Forderungsausübung	160
2. Verflechtung der <i>denuntiatio</i> mit der Unübertragbarkeit der Forderung	161
II. <i>Windscheid</i> und <i>Bähr</i> : Trennung der Problemkreise von <i>denuntiatio</i> und Unübertragbarkeit	162
1. <i>Windscheid</i> : Inbesitznahme der <i>actio</i> durch die <i>denuntiatio</i>	162
2. <i>Bähr</i> : Schuldnerschutz durch die Abtretungsanzeige	164
3. Zwischenergebnis: Durchsetzung einer schuldnerschützenden Konzeption der Anzeige; Schuldnerschutz als Grundgedanke des Zessionsrechts	165
III. Die Abtretungsanzeige in den Kodifikationen vor dem BGB: Verlagerung des Fokus auf die Anzeige durch den Zedenten	167
IV. Die Abtretungsanzeige im BGB	169
1. Der Entwurf von 1877	169
2. Die weitere Diskussion in den Kommissionen	170
a) Der Entwurf Erster Lesung (E I, 1888)	170
b) Die weiteren Diskussionen bis zum Erlass des BGB	171
3. Systematische Widersprüche im BGB?	172
V. Zusammenfassung: Schuldnerschutz ohne Anzeige	174
<i>Ergebnisse des zweiten Kapitels</i>	175
Drittes Kapitel: Vertragliche Abtretungsverbote	179
§ 6 <i>Vertragliche Abtretungsverbote im deutschen Recht</i>	180
I. Das <i>pactum de non alienando</i> im <i>usus modernus</i>	180
II. Zessionsverbote als <i>pacta de non alienando</i> in der frühen Pandektistik?	182
III. Pandektistische Kontroversen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts: Wege zum <i>pactum de non cedendo</i>	184
1. Diskussionen vor 1868: vertragliche Vereinbarung einer höchstpersönlichen Obligation	184
2. <i>Schmid</i> und <i>Seuffert</i> : Abtretungsverbote als <i>pacta de non alienando</i>	184

3. <i>Sintenis</i> und <i>Windscheid</i> : das <i>pactum de non cedendo</i> als Teil der Inhaltsbestimmung der Forderung	185
4. Zwischenergebnis: dinglich wirkende vertragliche Abtretungsverbote als Folge des pandektistischen Forderungsbegriffs	186
IV. Vertragliche Abtretungsverbote im BGB	188
1. Die Vorentwürfe von 1877 und 1882	188
2. Die Diskussion in den Kommissionen	190
a) Der Entwurf Erster Lesung (E I, 1888)	190
b) Die weiteren Beratungen des vertraglichen Abtretungsverbots	191
3. Das Verhältnis von vertraglichen Abtretungsverboten zu vertraglichen Veräußerungsverboten im Gesetzgebungsprozess	192
4. Zwischenergebnis: Widersprüche zwischen § 399 Alt. 2 und § 137 S. 1 BGB	194
V. Das dinglich wirkende vertragliche Abtretungsverbot im 20. und 21. Jahrhundert	196
1. Rezeption der Inhaltsbestimmungslehre im 20. Jahrhundert	196
2. Teleologische Rechtsfolgenbestimmung in der Literatur: relative Unwirksamkeit der verbotswidrigen Zession	197
3. Legislative Intervention im Handelsverkehr: § 354a HGB	198
VI. Zusammenfassung: differenzierungsfeindliche Begriffsjurisprudenz im 21. Jahrhundert	201
VII. Absolute Wirksamkeit verbotswidriger Abtretungen bei Geldforderungen <i>de lege ferenda</i>	202
§ 7 <i>Vertragliche Abtretungsverbote im französischen Recht</i>	204
I. Vertragliche Abtretungsverbote im 19. und 20. Jahrhundert	205
1. Vertragliche Veräußerungsverbote im französischen Recht	205
a) Schrittweise Anerkennung vertraglicher Veräußerungsverbote bei unentgeltlichen Geschäften im 19. Jahrhundert	205
aa) Ausgangspunkt: freie Verfügung über Vermögensgüter, die nur durch Gesetz beschränkbar ist	205
bb) Differenzierung ab der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts: Zulässigkeit vertraglicher Veräußerungsverbote bei unentgeltlichen Zuwendungen	207
b) Ausweitung auf entgeltliche Geschäfte	209
c) Rechtsfolgen des Verstoßes gegen ein wirksames Veräußerungsverbot	211
aa) Dogmatische Erklärung der <i>nullité</i>	211
bb) Berufung auf die Unwirksamkeit: <i>nullité relative</i> der verbotswidrigen Verfügung	213
cc) Gutgläubenschutz	214

dd) Der Ansatz <i>Marty's</i> und <i>Raynauds</i> : Konstruktion der <i>nullité</i> aus der deliktischen Haftung für die Teilnahme am fremden Vertragsbruch	215
d) Zwischenergebnis: von der <i>libre disposition des biens</i> zum Eigentum ohne Dispositionsrecht	217
2. Anwendung auf vertragliche Abtretungsverbote	219
a) Abtretungsverbote als Unterfall von Veräußerungsverboten	219
b) Diskussionen nach Einführung des Art. 900-1 CC?	221
II. Das <i>Dupont</i> -Urteil und seine Folgen	222
1. Inhalt der Entscheidung: <i>effet relatif des contrats</i>	222
2. Reaktionen der Literatur: neue Perspektiven auf das Abtretungsverbot	223
3. Die Inhaltsbestimmungslehre <i>Licaris</i>	225
4. Intervention des Gesetzgebers: Unwirksamkeit vertraglicher Abtretungsverbote im Handelsverkehr	227
5. Zwischenergebnis: vertragliche Abtretungsverbote im vermögensrechtlichen System des Code civil vor der Reform 2016	228
III. Die Schuldrechtsreform 2016	230
1. Das vertragliche Abtretungsverbot in den Vorentwürfen	230
2. Der Verordnungsentwurf 2015 und die endgültige Neuregelung 2016	231
3. Reaktionen auf die Reform	232
IV. Zusammenfassung: vertragliche Abtretungsverbote als Randphänomen im französischen Recht	234
<i>Ergebnisse des dritten Kapitels</i>	235
 Gesamtergebnis	 239
 Literaturverzeichnis	 245
Personenverzeichnis	267
Sachverzeichnis	269

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
Abs.	Absatz, Absätze
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
al.	<i>alinéa</i>
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Alt.	Alternative, Alternativen
Anm.	Anmerkung
Art., art.	Artikel, <i>article, articles, articulus, articuli</i>
Aufl.	Auflage
Bayerischer Entwurf	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern
Bd.	Band, Bände
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
C.	Codex Iustinianus
Cap., cap.	<i>caput, capita</i>
CARIT	United Nations Convention on the Assignment of Receivables (UN-Abtretungskonvention)
Cass. civ.	Zivilkammer der Cour de cassation
Cass. com.	Handelskammer der Cour de cassation
Cass. req.	<i>Chambre des requêtes</i> (bis 1947) der Cour de cassation
CC	Code civil in der aktuell geltenden Fassung (nicht von der Schuldrechtsreform 2016 betroffen)
CC ¹⁸⁰⁴	Code civil in der Fassung von 1804
CC ²⁰¹⁶	Code civil in der ab dem 01.10.2016 geltenden Fassung (im Zuge der Schuldrechtsreform neu gefasst oder im Anwendungsbereich verändert)
Chap., chap.	<i>chapitre, chapitres</i>
CMBC	Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis
Code com.	Code de commerce
Code mon. et fin.	Code monétaire et financier
CPC	Code de procédure civile
D.	Recueil Dalloz (1924–1955), Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de ju- risprudence et de législation (seit 1955), Digesten

DCFR	Draft Common Frame of Reference
Dec., dec.	<i>decisio, decisiones</i>
dens.	denselben
ders.	derselbe
DH	Recueil hebdomadaire de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public (Dalloz), 1924–1938
dies.	dieselbe, dieselben
disp.	<i>disputatio</i>
DJT	Deutscher Juristentag
D. Jur. Gen.	Jurisprudence générale, recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine (Dalloz, manchmal auch DP), 1825–1923
Dresdner Entwurf	Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse
Dub., dub.	<i>dubitatio, dubitationes, dubium</i>
E I	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung
E II	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Zweite Lesung
et al.	<i>et alii</i>
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote, Fußnoten
FÜ, FactÜ	UNIDROIT Convention on International Factoring (UN-Factoring-Übereinkommen, auch Ottawa-Konvention)
<i>Gai</i> Inst.	Institutionen des <i>Gaius</i>
Gl.	Glosse, <i>glossa</i>
Hessischer Entwurf	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogtum Hessen
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber, Herausgeberin, Herausgeberinnen
Inst.	Institutionen des <i>Justinian</i>
insbes.	insbesondere
i. V. m.	in Verbindung mit
JCP	Jurisclasseur périodique = La semaine juridique, Edition générale
Jh.	Jahrhundert
JhJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (1857–1892), Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts (1893–1919)
Journ. Pal.	Journal du Palais. Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
lib.	<i>liber, libri</i>
Liv.	<i>Livre, Livres</i>
m. N.	mit Nachweisen
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. Chr.	nach Christus
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no.	<i>numéro, numéros</i>

Nr.	Nummer, Nummern
OAG	Oberappellationsgericht
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht (Schweiz)
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
pr.	<i>principium</i> (Anfang eines Digestenfragments)
qu.	<i>quaestio, quaestiones</i>
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rec. Gaz. T.	Recueil de la gazette des tribunaux
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer, Randnummern
Rspr.	Rechtsprechung
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
s.	siehe
S.	Seite, Seiten, Satz
S.	Recueil Sirey (bis 1949)
Sächsisches BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen
sc.	<i>scilicet</i>
Sch.	<i>scholium</i>
Sect., sect.	<i>section, sections, sectio, sectiones</i>
SeuffA	J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SeuffBl	Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung
sog.	sogenannte, sogenannter
Sp.	Spalte, Spalten
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
T., Tom.	<i>Tome, Tomes, Tomus, Tomi</i>
Tit., tit.	Titel, <i>titre, titres, titulus, tituli</i>
tract.	<i>tractatus</i>
u. a.	unter anderem
Übers. d. Aut.	Übersetzung des Autors
unzutr.	unzutreffend
v.	von, vom
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Wirtschafts- und Bankrecht
w. N.	weitere Nachweise
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesa(m)mte Handelsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZRG (germ.)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZRG (rom.)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Einleitung

„Eine Succession in eine Forderung, – kann man sich etwas Widersinnigeres denken?“¹ Mit solch drastischen Worten ließ *Rudolf von Jhering* 1884 in seiner Spottschrift „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz“ den Romanisten im „Begriffshimmel“ die Übertragbarkeit von Forderungen als denklogisch unmöglich ablehnen. Den Lesern war freilich klar, dass sie es mit der Karikatur einer überwundenen Rechtsauffassung zu tun hatten: Die Zession war mittlerweile in Wissenschaft und Praxis anerkannt – auch von *Jhering* selbst², der die begrifflichen Argumentationen früherer Juristen jetzt spöttisch kritisierte. Doch hatten führende Juristen in Deutschland tatsächlich nur wenige Jahrzehnte zuvor mit kategorischer Rigorosität eine rechtsgeschäftliche Einzelrechtsnachfolge in Forderungen ausgeschlossen³. Offenbar hatte es in der wissenschaftlichen Diskussion eine dogmatische Kehrtwende⁴ gegeben – mit weitreichenden Folgen: Das BGB ließ schließlich 1896 ebenso wie der französische Code civil von 1804 die Forderungsübertragung zu.

Heute bildet die Abtretbarkeit der Forderung als frei veräußerlicher Vermögensgegenstand einen völlig selbstverständlichen, gemeineuropäischen Konsens⁵. Im Wirtschafts- und Kreditverkehr spielt die Forderungszession eine immense Rolle⁶; Forderungen werden als von der persönlichen Beziehung zwischen Schuldner und Gläubiger weitgehend abstrahierte Wirtschaftsgüter insbesondere zur Waren- und Kreditsicherung, aber auch beim Factoring und im Rahmen von Inkassogeschäften gehandelt. Weil dieser Handel längst auch global stattfindet, bildet das Abtretungsrecht einen wichtigen Gegenstand europäischer und internationaler Rechtsvereinheitlichungsbemühungen. So existieren mittlerweile verschiedene völkerrechtliche Übereinkommen für internationa-

¹ *Jhering*, Scherz und Ernst, S. 308.

² Dazu unten S. 162, Fn. 387.

³ Ausführlich unten S. 61 ff.

⁴ *Hattenhauer*, in HKK, §§ 398–413 Rn. 24 spricht von einem „Umschwung“; *Zimmermann*, Law of Obligations, S. 64 vom „turning of the tide“.

⁵ Im Ergebnis kennen heute alle europäischen Rechtsordnungen eine Einzelrechtsnachfolge in Forderungen, vgl. dazu den rechtsvergleichenden Überblick bei *Kötz*, Rights of Third Parties, Bd. 7, Teil 2, Kapitel 13, Rn. 60 ff.

⁶ *Eidenmüller*, Dogmatik, S. 458–462; *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, S. 494 f.; *Damler*, Rechtsästhetik, S. 128 f. (mit Zahlen zur makroökonomischen Bedeutung der Zession im internationalen Vergleich).

le Zessionsgeschäfte, darunter besonders das UN-Factoring-Übereinkommen⁷ sowie die – noch nicht in Kraft getretene – UN-Abtretungskonvention (CARIT)⁸. Darüber hinaus enthalten wichtige internationale Regelwerke wie die PICC sowie – auf europäischer Ebene – der DCFR und die PECL Vorschriften über die Forderungszession⁹.

Bis zu einem Einheitsrecht für europäische oder internationale Zessionsgeschäfte ist es allerdings noch ein weiter Weg. Denn ein Blick in die internationalen Regelwerke und die nationalen Rechtsordnungen zeigt vor allem eins: Jenseits der grundsätzlichen Übertragbarkeit der Forderung enden die Selbstverständlichkeiten schnell. Die Einzelregelungen etwa zu Abtretungsverboten, Formvorschriften und Schuldnerschutz divergieren schon in den nationalen Rechtsordnungen Europas teils erheblich¹⁰ – und auch im 21. Jahrhundert vollziehen nationale Gesetzgeber hier bisweilen regelrechte Kehrtwenden¹¹. Vor dem Hintergrund der europäischen und internationalen Harmonisierungsbemühungen ist es wichtig zu verstehen, warum verschiedene Rechtsordnungen solche auch praktisch immens wichtigen Fragen unterschiedlich beantworten und wie sie die unterschiedlichen Regelungen innerhalb ihres Zessionsrechts, aber auch innerhalb ihres Vermögensrechtssystems insgesamt begründen. Die Arbeit versucht daher, mit einer historisch-vergleichenden Analyse ausgewählter Probleme des Zessionsrechts einen Grundlagenbeitrag zu einem besseren Verständnis der unterschiedlichen Behandlung zessionsrechtlicher Einzelfragen im internationalen Vergleich zu leisten. Die angesprochenen Einzelprobleme stehen dabei schon auf den ersten Blick keineswegs unverbunden nebeneinander, sondern sind dogmatisch komplex miteinander und mit vermögensrechtlichen Grundentscheidungen des jeweiligen Rechts verwoben.

⁷ UNIDROIT-Übereinkommen über internationales Factoring (auch Ottawa-Konvention) vom 28.05.1988; ratifiziert von Deutschland zum 01.12.1988; ratifiziert von Frankreich zum 01.05.1995. Zu diesem Abkommen vgl. *Rudolf*, Einheitsrecht sowie *Schütze*, Zession, S. 11–27.

⁸ Übereinkommen über die Abtretung von Geldforderungen im internationalen Handel vom 12.12.2001; bislang weder von Deutschland noch von Frankreich ratifiziert. Für einen Überblick *Kieninger*, Vereinheitlichung; ausführlich zu Geschichte und Inhalt *Rudolf*, Einheitsrecht sowie *Schütze*, Zession, S. 63 ff. Aus der Sicht eines der Verfasser *Bazinas*, Policy Issues.

⁹ Für eine historisch-vergleichende und synthetisierende Kommentierung des Zessionsrechts im Konventionsrecht sowie in den internationalen und europäischen Regelwerken vgl. *Jansen*, in *Commentaries on European Contract Laws*, Kapitel „Assignment“. Eine Übersicht bieten ferner *Sigman/Kieninger*, *Law of Assignment*.

¹⁰ Für einen rechtsvergleichenden Überblick über die Divergenzen bei den – funktional überlappenden – Problemkreisen vertragliche Abtretungsverbote, Form und Schuldnerschutz z. B. *Kötz*, *Rights of Third Parties*, Bd. 7, Teil 2, Kapitel 13, Rn. 73 ff., 83 ff., 93 ff. und *Sigman/Kieninger*, *Law of Assignment*, S. 8–10, 28 f., 35 f.

¹¹ So der französische Gesetzgeber im Zuge der Schuldrechtsreform 2016, dazu näher unten S. 149 ff. (Abtretungsanzeige) und S. 230 ff. (vertragliches Abtretungsverbot).

1. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Gegenstand der Untersuchung sind zwei Einzelfragen des Abtretungsrechts, die sowohl aus dogmatischer als auch aus praktischer Perspektive besonders interessant und vielschichtig erscheinen: die Notwendigkeit einer Abtretungsanzeige an den Schuldner sowie die Zulässigkeit und Wirkung eines vertraglichen Abtretungsverbots (*pactum de non cedendo*). Als zu vergleichende Länder bieten sich dabei Deutschland und Frankreich an, denn das BGB und der Code civil regelten diese Fragen lange Zeit ganz unterschiedlich: Nach französischem Recht setzte die Wirksamkeit der Abtretung im Verhältnis zu Dritten traditionell eine förmliche Abtretungsanzeige an den Schuldner (*signification*) voraus (Art. 1690 CC¹⁸⁰⁴) – das BGB kennt hingegen keine solche für den Zessionserfolg konstitutive Anzeige. Im deutschen Recht wiederum entfaltet ein vertragliches Abtretungsverbot gemäß § 399 Alt. 2 BGB dingliche Wirkung, das heißt, es verhindert die verbotswidrige Zession im Verhältnis zu Dritten. In Frankreich spielten vertragliche Abtretungsverbote dagegen vor dem 21. Jahrhundert nur eine sehr untergeordnete Rolle. Der Code civil enthielt hierzu keine Regelung und in der französischen Literatur fand die Thematik kaum Erwähnung; verbreitet nahm die Rechtsvergleichung an, dass vertragliche Zessionsverbote in Frankreich jedenfalls keine dingliche Wirkung haben könnten¹².

Ziel der Arbeit ist es zunächst, diese Unterschiede aus historischer Perspektive zu erklären und dabei die hauptsächlichen Wertungen herauszuarbeiten, die den jeweiligen Regelungen zugrunde liegen. Im Zuge dessen stellt sich bei beiden Problemkreisen zum einen die Frage, inwieweit ein prinzipiell ähnlicher Zessionsbegriff – beide Rechtsordnungen erlauben die Abtretung weitgehend analog zur Sachübereignung – mit den Einzelregelungen dogmatisch korreliert. Zum anderen und vor allem soll es aber auch darum gehen, die Regelungen innerhalb der jeweiligen Vermögensrechtssysteme insgesamt auf ihre systematische und normative Kohärenz hin zu untersuchen. Die Normen zum Anzeigepflicht und zum vertraglichen Abtretungsverbot werfen in dieser Hinsicht bereits auf den ersten Blick Fragen auf: So ist es zum Beispiel nicht unmittelbar einsichtig, warum unter dem Code civil das Eigentum an beweglichen Sachen grundsätzlich form- und publizitätsfrei übertragen werden kann (Art. 711, 1138, 1583 CC¹⁸⁰⁴ bzw. Art. 711, 1196, 1583 CC²⁰¹⁶), während für die Übertragung einer Forderung im Außenverhältnis bislang die umständliche *signification* erforderlich war (Art. 1690 CC¹⁸⁰⁴) – und das, obwohl Art. 529 CC¹⁸⁰⁴ Forderungen ausdrücklich den beweglichen Sachen gleichstellt. Unter dem BGB fragt sich dagegen, warum ein vertraglich vereinbartes Abtretungsverbot nach § 399 Alt. 2 BGB dingliche Wirkung entfaltet, während § 137 S. 1 BGB für „veräußer-

¹² Kötz, Rights of Third Parties, Bd. 7, Teil 2, Kapitel 13, Rn. 74; Goergen, Pactum, S. 138–152.

liche Rechte“ als fundamentales sachenrechtliches Prinzip das Gegenteil ausspricht.

Schon diese Fragen zeigen, dass die zu untersuchenden Einzelprobleme nicht nur mit dem Zessionsbegriff, sondern viel grundlegender mit vermögensrechtlichen Grundentscheidungen der jeweiligen Rechtsordnung, insbesondere der Rechtsnatur der Forderung, korrelieren. Die Antwort auf die Frage, inwieweit Einzelfragen des Zessionsrechts dogmatisch mit bestimmten Forderungsbegriffen verbunden oder auch von ihnen entkoppelt waren und sind, bildet daher das hauptsächliche Erkenntnisinteresse der Arbeit.

Auf dieser Grundlage soll die Arbeit auch jüngere legislative Entwicklungen im Zessionsrecht beider Länder einordnen und reflektieren, insbesondere die jüngste französische Schuldrechtsreform. Im Zuge dieser Reform hat der französische Gesetzgeber zum 1. Oktober 2016 weite Teile des allgemeinen Schuldrechts im Code civil tiefgreifend reformiert¹³ und dabei auch das Zessionsrecht erstmals grundlegend erneuert; in beiden zu untersuchenden Fragen des Abtretungsrechts gab es dabei fundamentale Paradigmenwechsel. Dies bietet Anlass, die Neuregelungen und ihre Begründungen vor dem Hintergrund der gewonnenen historischen Erkenntnisse auf Kohärenz und Plausibilität hin zu untersuchen.

2. Gang der Darstellung

Der Aufbau der Arbeit folgt der These, dass die Fragen nach einem Anzeigerfordernis und nach Zulässigkeit und Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote dogmatisch eng mit dem Zessionsbegriff und – noch grundlegender – mit dem Forderungsbegriff der jeweiligen Rechtsordnung in Verbindung stehen.

Ein erstes Kapitel soll daher von der Diskussion um die allgemeinen Begriffe von Forderung und Zession in der französischen und der deutschen Tradition handeln. Selbstverständlich kann es dabei nicht um eine umfassende Dogmengeschichte gehen; vielmehr sollen die historischen Zusammenhänge nur insoweit deutlich gemacht werden, als es das Verhältnis zu den zessionsrechtlichen Regelungen erfordert. Den Beginn der Arbeit bildet daher eine Untersuchung der beiden gegensätzlichen Forderungsbegriffe, die sich in der europäischen Privatrechtsgeschichte gegenüberstanden: die römischrechtliche Sicht auf die Forderung als ein rein relatives, grundsätzlich unübertragbares „Rechtsband“ zwischen Gläubiger und Schuldner sowie die insbesondere im neuzeitlichen Naturrecht ausformulierte Konzeption der Forderung als frei übertragbarer, „versachenrechtlicher“¹⁴ Vermögensgegenstand. Im Anschluss daran geht die

¹³ Für eine Übersicht aus deutscher Sicht vgl. z. B. *Witz/Babusiaux*, Reform; ausführlich unten S. 149 ff.

¹⁴ Mit diesem Begriff kennzeichnete die Erste Kommission bei den Beratungen zum BGB den vom römischen Recht abweichenden Forderungsbegriff: *Mugdan*, Materialien, Bd. II, Motive, S. 67.

Arbeit der Frage nach, auf welchen Grundvorstellungen insoweit der Code civil und das BGB aufbauen.

Im Hauptteil der Arbeit geht es anschließend im zweiten Kapitel um die Notwendigkeit einer Abtretungsanzeige an den Schuldner und im dritten Kapitel um Zulässigkeit und Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote. Aufbauend auf den Erkenntnissen des ersten Kapitels sollen dabei die französische und die deutsche Diskussion bis zum Erlass der jeweiligen Kodifikation analysiert werden. Darüber hinaus wird jeweils auch der Blick auf den Umgang mit den Normen nach Erlass der Kodifikation sowie auf spätere legislative Eingriffe gelenkt, insbesondere auch auf die französische Schuldrechtsreform 2016¹⁵. Der Fokus im zweiten und dritten Kapitel liegt neben der Darstellung der historischen Zusammenhänge auf der Frage nach der Widerspruchsfreiheit der Argumentationen vor und nach Erlass der Kodifikationen sowie nach der systematischen und normativen Kohärenz der Regelungen in Code civil und BGB seit 1804 bzw. 1896. Die Frage nach der Korrelation von Forderungsbegriff und Zessionsdogmatik steht bei alledem im Vordergrund. Wo möglich, sollen aus den gewonnenen Erkenntnissen Schlüsse für mögliche künftige Regelungen von Abtretungsanzeige und Abtretungsverbote gezogen werden.

¹⁵ Wo dies der Eindeutigkeit dient, bezeichnet CC¹⁸⁰⁴ den Code civil in der Fassung von 1804 und CC²⁰¹⁶ den Code civil in der seit dem 01.10.2016 (Inkrafttreten der Schuldrechtsreform) geltenden Fassung.

Erstes Kapitel

Forderung und Zession in Code civil und BGB und ihre theoretischen Grundlagen

Wie eingangs angedeutet, war es – gerade in Deutschland – ein weiter Weg bis zur heute unbestrittenen Anerkennung der grundsätzlichen Übertragbarkeit von Forderungen. Im Rahmen des folgenden ersten Kapitels soll es nicht um eine allgemeine Dogmengeschichte der Abtretung und insbesondere nicht hauptsächlich um die gut erforschte deutsche Diskussion im 19. Jahrhundert gehen. Vielmehr zielt dieser Teil auf ein Verständnis für das grundsätzliche Spannungsverhältnis der verschiedenen Vorstellungen von der Rechtsnatur bzw. dem Begriff der Forderung und der Zession zwischen Schuldrecht und Sachenrecht. Insbesondere sollen die grundsätzlichen Wertungen herausgearbeitet werden, auf denen die jeweiligen Begriffe von Forderung und Zession im Code civil und im BGB beruhen. Insoweit legt dieses Kapitel die Grundlage für die folgenden Kapitel, in denen anschließend das Zusammenspiel dieser prinzipiellen Konzeptionen und Wertungen mit einzelnen Regelungen des Zessionsrechts untersucht werden soll.

In einem ersten Teil (§ 1) soll der Fokus auf dem Gegensatz zwischen römischrechtlichen Forderungs- und Zessionsbegriffen und der innovativen naturrechtlichen Vorstellung von Forderung und Zession liegen. Aufbauend auf diesem Verständnis der beiden grundlegenden Strömungen und der dahinter stehenden Wertungen sollen in einem zweiten Teil (§ 2) die prinzipiellen Forderungs- und Zessionsbegriffe, die dem Code civil und dem BGB zugrunde liegen, in einer historischen Analyse der Diskussionen vor, bei und nach Erlass der Gesetzbücher untersucht werden.

Insbesondere stellen sich folgende Fragen: Wie wurde die Rechtsnatur der Forderung im römischen Recht und, vermittelt durch die Glossatoren, im Mittelalter verstanden? Wie änderte sich diese Perspektive in der spanischen Spätscholastik im 16. Jahrhundert und im Naturrecht im 17. und 18. Jahrhundert? Mit welchen Argumenten begründeten Autoren dieser Strömungen ihre Konzeptionen? Welchen Einfluss hatten sie auf die juristischen Diskurse in Deutschland und Frankreich? Welche Forderungsbegriffe liegen dem Code civil und dem BGB zugrunde? Welcher Zusammenhang besteht zwischen dem Forderungsbegriff und dem Zessionsbegriff? Inwiefern lässt sich in den heute bestehenden Regelungssystemen von einem Eigentum an Forderungen sprechen?

§ 1 Rechtsband oder Vermögensgegenstand? Gegensätzliche Vorstellungen von Forderung und Zession

Der erste Teil des Kapitels setzt sich mit der Frage auseinander, welche grundlegenden Vorstellungen von Forderung und Zession im gelehrten Recht diskutiert wurden, bevor es in Deutschland und Frankreich Kodifikationen gab. Dazu wird zunächst (I.) die antike römische Vorstellung von der Forderung und der Zession sowie ihre Rezeption im Mittelalter und in der frühen Neuzeit in den Blick genommen. Hauptsächlich wird es anschließend (II.) um den Paradigmenwechsel gehen, mit dem naturrechtliche Autoren eine neue Perspektive auf die Forderung und, darauf aufbauend, auf die Zession gewannen.

I. Die Forderung als Rechtsband: *nomina ossibus inhaerent*

I. Antikes römisches Recht

a) Der Forderungsbegriff im antiken römischen Recht

Ausgangspunkt der Geschichte des Forderungsbegriffs bildet das antike römische Recht, das die Forderung als rein persönliche Verbindung zwischen Gläubiger und Schuldner ansah. Ursprünglich bezeichnete *obligatio*¹ die persönliche Haftung („Bindung“) des Schuldners gegenüber dem Gläubiger aus Delikt und später aus Rechtsgeschäft², die dem Gläubiger ein gerichtlich erteiltes Zugriffsrecht auf den Körper des Schuldners gewährte, sofern dieser sich nicht mit der Zahlung eines durch Urteil festgesetzten Sühnebetrags auslöste³. Schon in klassischer Zeit entstand sodann die Vorstellung, dass der Schuldner nicht nur zahlen *kann*, um gewissermaßen sich selbst als Pfand zu befreien, sondern zahlen *soll*⁴. Neben die Haftung trat also die Schuld und damit die Leistungspflicht des Schuldners⁵. Auch wenn der Gedanke der Personalexekution und damit der persönlichen Bindung in der Entwicklung des römischen Rechts allmählich in den Hintergrund trat und zunehmend von einer Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners abgelöst wurde⁶, blieb die *obligatio* ein rein persönliches Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner⁷. In den Institutionen

¹ Zur historischen Entwicklung des Obligationsbegriffs vgl. *Dorn*, in HKK, § 241 Rn. 6 ff. sowie *Zimmermann*, Law of Obligations, S. 1–31.

² *Kaser*, Privatrecht, Bd. I, S. 146–154; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, S. 212–216.

³ Diese Personalexekution geschah prozessual mittels der *legis actio per manus iniectio-nem*, dazu ausführlich *Kaser/Hackl*, Römisches Zivilprozessrecht, S. 131–145.

⁴ *Kaser*, Privatrecht, Bd. I, S. 154.

⁵ *Zimmermann*, Law of Obligations, S. 4–6.

⁶ *Kaser*, Privatrecht, Bd. I, S. 482; *Dorn*, in HKK, § 241 Rn. 8.

⁷ *Maier*, Geschichte der Zession, S. 205 ff. bezweifelt allerdings schon für die klassische Zeit das Dogma von der streng persönlichen Natur der *obligatio*.

des *Justinian* wurde die *obligatio* metaphorisch als ein Rechtsband, *iuris vinculum*⁸, definiert.

Nur vordergründig bedeutsam für die Frage der Abtretbarkeit war die Einteilung, die *Gaius* in seinen Institutionen vornahm: Innerhalb der Unterteilung des Rechts in *personae, res, actiones*⁹ ordnete *Gaius* die Forderung den *res*, und zwar den *res incorporales*, also den unkörperlichen Sachen zu¹⁰. Diese Einteilung, die *Justinian* übernahm¹¹, war aus mehreren Gründen schon aus der Perspektive des römischen Rechts unschlüssig¹². Für die Zessionsproblematik ist insbesondere von Belang, dass die Qualifizierung der Forderung als unkörperliche Sache eine zumindest ansatzweise rechtliche Gleichbehandlung mit körperlichen Sachen insinuiert, welche jedoch nicht erkennbar ist: Aus der Einteilung des *Gaius* folgten zunächst keine dogmatischen Konsequenzen für die Verfügung über *res*, und offenbar ist dies auch nicht der Zweck der Systematisierung gewesen¹³. Dennoch sollte die Einteilung prägend für die Schuldrechtsdogmatik späterer Epochen werden¹⁴.

b) Die Zession im antiken römischen Recht

Aus diesem Forderungsbegriff folgte, dass das römische Recht zunächst keine identitätswahrende Einzelrechtsnachfolge in Forderungen kannte¹⁵. *Gaius* schrieb in seinen Institutionen ausdrücklich, dass es eine Forderungsübertragung als Parallele zur Eigentumsübertragung nicht gebe¹⁶. Schon die klassischen römischen Juristen entwickelten jedoch Konstruktionen, die dem praktischen wirtschaftlichen Bedürfnis für einen Gläubigerwechsel Rechnung tragen sollten: Neben der *Novation*, bei der der Schuldner allerdings mitwirken musste¹⁷, war dies vor allem die Prozessvertretung, bei der der Gläubiger (*Zedent*) einem Dritten (*Zessionar*) durch Bestellung zum *cognitor* oder *procurator in*

⁸ Inst. 3, 13 pr.: *obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*

⁹ *Gai* Inst. I, 8, 1.

¹⁰ *Gai* Inst. II, 14.

¹¹ Inst. 2, 1 pr.; Inst. 2, 2 pr.; *Gaius* D. 1, 8, 1.

¹² *Rüfner*, in HKK, §§ 90–103 Rn. 4.

¹³ *Becker*, Die „res“ bei *Gaius*, S. 44–48 m. w. N.; *Kaser*, *Gaius und die Klassiker*, S. 143 spricht dem weiten *res*-Begriff jeglichen praktischen Wert ab. Vgl. auch *Damler*, Rechtsästhetik, S. 141 f., der die „stabile Hintergrundmetapher“ des unübertragbaren Rechtsbandes bei *Gaius* für unangefochten hält.

¹⁴ *Michaels*, in HKK, vor § 241 Rn. 28.

¹⁵ *Kaser*, *Privatrecht*, Bd. 1, S. 652–654; *Zimmermann*, *Law of Obligations*, S. 58–60. Ursprünglich war der Gedanke der Übertragung von Rechten dem römischen Recht ganz allgemein fremd, so dass auch das Eigentum stets beim Erwerber neu entstand (originärer Erwerb): *Kaser*, *Privatrecht*, Bd. 1, S. 222 f.; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, *Römisches Recht*, S. 155.

¹⁶ *Gai* Inst. II, 38; für eine abweichende Deutung der Stelle *Eisele*, *Actio utilis*, S. 36 f.

¹⁷ *Kaser*, *Privatrecht*, Bd. 1, S. 651, 653.

rem suam das Recht einräumte, die – weiterhin fremde – Forderung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einzuklagen¹⁸. Diese Vertretungskonstruktionen beließen die Forderung jedoch formell beim Gläubiger, so dass von einer Übertragung der Forderung (nach modernem Verständnis) nicht die Rede sein kann. Zudem war die Rechtsstellung eines solchen Zessionars unsicher: Die Prozessvertretung endete mit dem Tod des Zedenten und war bis zur Streitbefestigung (*litis contestatio*) zwischen Schuldner und Prozessvertreter widerruflich¹⁹. Außerdem konnte sich der Zessionar zunächst nicht gegen eine befreiende Leistung des Schuldners an den Zedenten, der ja Inhaber der Forderung blieb, sowie gegen Verfügungen des Zedenten über „seine“ Forderung zur Wehr setzen. Novation und Prozessvertretung können daher in ihrer ursprünglichen Form nicht als gleichwertiger Ersatz für die fehlende Möglichkeit der Forderungsübertragung gelten²⁰.

Unter dem Kaiserrecht wurde dem Zessionar schließlich ab der Mitte des 2. Jh. n. Chr. in bestimmten Fällen eine *actio utilis* (d. h. eine Klage, die den Anwendungsbereich einer Grundklage des Edikts erweiterte) gewährt, mit der er unabhängig von der Prozessvertretung erstmals aus eigenem Recht gegen den Schuldner vorgehen konnte²¹. Damit konnte die Zession nicht mehr durch den Widerruf der Prozessvertretung oder den Tod des Zedenten vereitelt werden. Der Zedent war zwar als Forderungsinhaber weiterhin mit der *actio directa*

¹⁸ *Gai* Inst. II, 39, 252; vgl. auch IV, 84; dazu *Kaser*, Privatrecht, Bd. 1, S. 653; *Gehrich*, Kognitur; zur Prozessvertretung allgemein *Kaser/Hackl*, Römisches Zivilprozessrecht, S. 209 ff.

¹⁹ *Kaser*, Privatrecht, Bd. 1, S. 653; *Lévy/Castaldo*, Histoire, Rn. 708; zweifelnd und für eine größere Praxistauglichkeit der Prozessvertretung *Maier*, Geschichte der Zession, S. 207 ff.

²⁰ So auch die Einschätzung bei *Maier*, Geschichte der Zession, der von der allgemeinen Bewertung dieser Konstruktionen als „kümmerliche Befehle“ spricht; von „Nothbehelf“ sprach auch *Windscheid*, Actio des römischen Civilrechts, S. 120 ff.

²¹ Die *actio utilis* geht wahrscheinlich auf Reskripte des *Antoninus Pius* (86–161) zum Erbschafts Kauf zurück, *Ulpian* D. 2,14,16 pr. Später gewährten etwa auch *Gordian* C. 4,10,1 und *Diocletian* C. 4,39,8 die *actio utilis*. Dazu *Kaser*, Privatrecht, Bd. 1, S. 654 m. w. N.; *Lévy/Castaldo*, Histoire, Rn. 708; ausführlich zur *actio utilis* des Zessionars *Kaser*, *Pignus nominis*, S. 401–403; *Drechsler*, Actio utilis, S. 17 ff.; *Eisele*, Actio utilis; zur ursprünglich prätorischen *actio utilis* im Allgemeinen *Kaser/Hackl*, Römisches Zivilprozessrecht, S. 329 f. sowie *Gröschler*, Actiones in factum, S. 30–41. Nach *Gröschler* zeichneten sich *actiones utiles* zur Zeit des Formularprozesses zunächst durch eine vergleichsweise behutsame Erweiterung einer Grundklage des *ius civile* aus, etwa mittels Fiktion einer einzelnen Voraussetzung der Grundklage oder Erweiterung der Aktiv- oder Passivlegitimation. *Actiones (utiles) in factum* hätten dagegen weitergehende Klageerweiterungen bedeutet, weil sie typischerweise den von der Grundklage erfassten Sachverhalt durch einen anderen ersetzt hätten. Erst nach Ablösung des Formularprozesses sei diese terminologische Unterscheidung weggefallen und die Begriffe *actio utilis* und *actio in factum* seien unterschiedslos, das heißt ohne Rücksicht auf die Intensität der Klageerweiterung verwendet worden. *Kaser/Hackl*, Römisches Zivilprozessrecht, S. 329, Fn. 19 gehen insgesamt von einer unscharfen Abgrenzung aus. Vor diesem Hintergrund ist unklar, ob die *actio utilis* des Zessionars ursprünglich eigentlich eher eine *actio (utilis) in factum* war, dazu *Kaser*, *Pignus nominis*, S. 402. Jedenfalls verwenden die Quellen einheitlich die Bezeichnung *actio utilis*.

Personenverzeichnis

- Accursius 12 f., 92 f.
Azo 12 f., 14, 92
- Bähr, Otto 73, 81, 89, 164 ff., 174 f.
Baldus de Ubaldis 20 f., 92
Bartolus de Saxoferrato 14, 18 ff., 93
Bourjon, François 47, 55, 104, 107 f., 112
Brunner, Heinrich 100 ff.
- Catala, Pierre 149 ff., 230
Combacérés, Jean-Jacques Régis de
53 ff., 112 f., 119 ff.
Crome, Carl 54, 56 f., 75, 130 f., 220
- Darjes, Joachim Georg 38 ff.
Domat, Jean 48 f., 105 f., 109, 112
Donellus, Hugo 26, 93
Duranton, Alexandre 54, 75, 129 f., 138
- Gaius 9
Gierke, Otto von 62, 67, 81
Gijsbers, Charles 156, 233
Grotius, Hugo 25 ff.
- Heineccius, Johann Gottlieb 15, 29, 38 ff.
Huc, Théophile 11, 44, 54, 56 f., 75, 96,
121, 131 ff., 135, 137 f., 140, 206, 208,
219 f., 225, 232
Huwiler, Bruno 38
- Johow, Reinhold 173 f.
Julienne, Maxime 154, 156 f., 232 f.
- Kübel, Franz Philipp von 77 f., 169 f.,
188 f.
- Laurent, François 56 f., 75, 96, 115,
121, 130, 131 f., 135, 137 f., 140, 145,
206 ff.
- Lauterbach, Wolfgang Adam 17, 94, 164,
181
Lessius, Leonardus 24, 27 f.
Licari, François-Xavier 210, 222, 225 f.,
231 f.
- Marty, Richard 215 ff.
Molina, Luis de 24
Mühlenbruch, Christian Friedrich 64 ff.,
75 ff., 131, 160 ff., 167, 182 f., 184, 226
- Napoléon Bonaparte 53 f.
- Portalis, Jean-Étienne-Marie 53, 55, 58,
116 ff., 122, 127
Pothier, Robert-Joseph 49 ff., 105 f., 109,
112
Pufendorf, Samuel 31 ff.
- Raynaud, Benoît 209 ff., 215 ff., 223,
227 f.
- Savigny, Friedrich Carl von 61 ff., 187 f.
Schilter, Johann 17, 67, 94
Schmid, Albert 184 f.
Seuffert, Lothar 184 f.
Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand 184 ff.
- Terré, François 150, 153 f., 157, 230 ff.
Thibaut, Anton Friedrich Justus 61 f.
Troplong, Raymond-Théodore 54, 57, 75,
121, 130, 135
- Vidal, José 129, 135 ff., 138 ff.
- Windscheid, Bernhard 68 ff., 91, 162 ff.,
174 f., 184 ff., 190
Wolff, Christian 31 ff., 35 ff.

Sachverzeichnis

- ABGB 62, 71, 95, 167
Abstraktheit der Zession 54, 56, 83, 151, 155
Abtretungsanzeige 87 ff.
– BGB 78, 169 ff.
– Code civil 110 ff., 134 ff.
– *Coutumes* 43 ff., 47, 49, 96 ff.
– des Zedenten 167 f., 170 ff.
– Ersetzbarkeit der *signification* 135 ff.
– Forderungsverpfändung 125, 172 ff.
– Glossatoren 92 f.
– Kodifikationen des 19. Jahrhunderts 167 f.
– Naturrecht 95
– *notification* 120, 148, 151 ff., 156
– Pandektenwissenschaft 160 ff.
– römisches Recht 88 ff.
– Schuldrechtsreform (Frankreich) 150 ff.
– Umgehung der *signification* 145 ff.
– *usus modernus* 93 f.
Abtretungsverbot 179 ff.
– BGB 188 ff., 196 ff.
– Code civil 204 ff.
– *de lege ferenda* 202 ff., 235
– im Handelsverkehr 198 ff., 227 f.
– nachträgliches 188 ff.
– Pandektenwissenschaft 182 ff.
– römisches Recht 180 f.
– Schuldrechtsreform (Frankreich) 179, 230 ff.
– *usus modernus* 180 ff.
– Verhältnis zum Veräußerungsverbot 181 ff., 184 ff., 192 ff., 219 ff., 225, 235
acceptation 87, 123, 135, 144, 154, 159
actio directa 10, 13 ff., 17, 69, 75, 92 f., 174
actio utilis 9 f., 13 f., 65 f., 68 f., 89, 91, 92, 162, 164
ALR 37, 71, 95, 167 f., 181
Ancien droit 43 ff.
appréhension 98 ff.
Aufrechnung 147, 200
Ausübungslehre 65 f., 70, 130 f., 160 f., 163
Bayerischer Entwurf 76, 167
befreiende Leistung des Schuldners 10, 12, 88 ff., 96, 121 f., 125, 154, 156, 161, 164 f., 168, 169, 171, 198 ff.
Besitzkonstitut 99, 102, 105 ff., 111, 116 f., 173
bien siehe Vermögensgegenstand
Billigkeit 12, 48, 91, 94, 121, 158, 164 f., 208 f., 218
Bösgläubigkeit siehe Kenntnis von der Zession, siehe Kollusion
CARIT 2, 177, 203
clause d'incessibilité siehe Abtretungsverbot
Code civil 29, 53 ff., 63
Codex Iustinianus 11, 51, 90, 92, 181
Corpus Iuris Civilis 12, 19, 45, 48, 97, 160, 162, 181
Coutume de Paris 44 f., 46 f., 98, 101 ff., 104
DCFR 2, 200, 203
Delegation siehe Novation
Deliktsschutz der Forderung 80 f., 202, 215 f.
denuntiatio siehe Abtretungsanzeige, römisches Recht
dingliche Wirkung 79, 179 ff., 185 f., 188, 190 ff., 196 ff., 202 ff., 215 f., 217 ff., 221, 227 f., 231 f.
dominium 18 ff., 32 f.

- Doppelnatur der Forderung *siehe* Forderungsbegriff
- Doppelverkauf 16, 28, 111, 115 f., 126, 130, 139 f.
- Doppelzession *siehe* Zweitzession
- Dresdner Entwurf 77, 167, 169 f.
- Dupont*-Urteil 222 ff., 227 f.
- Eigentum an Forderungen 23 f., 25 ff., 32 f., 38, 45, 57 f., 62, 65, 67 f., 71, 81, 106, 130, 206
- Einwendungserhalt 149, 223 f., 230
- Erbschaftskauf 10, 89, 91, 97, 160
- Erfüllung 28, 31, 39, 81, 145 ff., 220
- exceptio doli* 11, 89, 160, 162
- Factoring 1, 145 ff., 148 f., 159, 180, 199, 204
- faute* 139, 215
- Forderungsbegriff
- BGB 77 ff., 80 ff., 188 ff.
 - Code civil 56 ff., 187
 - Doppelnatur der Forderung 35 ff., 82 f., 202 ff.
 - Germanistik 67 f.
 - Glossatoren 11 f.
 - Kodifikationen des 19. Jahrhunderts 76 f.
 - Naturrecht 25 ff., 32 f.
 - Pandektenwissenschaft 61 ff., 64 f., 70 f., 73 f., 187 f., 190 f.
 - Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts 77
 - römisches Recht 8 f.
 - spanische Spätscholastik 22 ff.
 - *usus modernus* 15 f., 16 ff., 37 ff.
 - Verkehrsfähigkeit 59, 67, 79, 185, 187, 189 ff., 198, 204, 218
- Forderungsregister 133, 178
- Forderungsverpfändung 88, 125, 155, 172 ff.
- Französische Revolution 53, 55, 57, 207
- Gattungsschuld 30, 31
- Gewährleistung 148, 151, 155
- Gläubiger des Zedenten/des Zessionars 96, 105, 107 f., 122 ff., 129, 131 f., 134, 139 ff., 143, 145, 173, 232
- Handelsverkehr 25, 60, 109, 144, 145, 148, 152, 157, 159, 185, 195, 198 f., 210, 227 f., 233
- Hessischer Entwurf 76, 167
- höchstpersönliche Forderung 36, 182, 184, 231 f.
- Inhaltsbestimmungslehre 185 ff., 194 f., 196 ff., 201, 225 f., 229, 231 ff.
- ius ad rem, ius in re* 15 f., 20, 24 f., 26, 29, 39, 81, 116
- Kenntnis
- vom Abtretungsverbot 203, 214, 215 f., 223 f., 233
 - von der Zession 11, 52, 89 ff., 92 f., 95 ff., 104 f., 108, 122, 135 ff., 138 ff., 146, 148, 152 f., 154, 156, 160 f., 164 f., 167, 169 ff.
- Kerform*-Urteil 140 f.
- Kollusion 124 ff., 129 f., 135 ff., 142 ff., 151, 153, 172, 177 f., 216
- Konsensprinzip 27, 29 ff., 33, 38, 99 f., 108, 111 ff., 114 ff., 121 f., 126, 129, 151 f., 216
- Kreditsicherung *siehe* Sicherungsabtretung
- lex Anastasiana* 11, 55, 180
- libre disposition des biens* *siehe* Verfügungsfreiheit
- litis contestatio* *siehe* Streitbefestigung
- Loi Dailly* 148 f., 153, 155, 157, 224, 227
- Mandat *siehe* Prozessvertretung
- Missbrauch *siehe* Kollusion
- Naturrecht 25 ff., 58 f., 71 ff., 117
- Nicht-Geldforderung 192, 194 f., 203 f.
- nomina ossibus inhaerent* *siehe* Zessionsbegriff, Glossatoren
- notification* *siehe* Abtretungsanzeige
- Novation 9 f., 45
- nullité* 211 ff., 215 f., 217 ff., 226
- numerus clausus* der Sachenrechte 187, 203

- obligatio* 8 f., 13, 15, 27, 29, 61 ff., 69, 77 f., 91
obligatio dandi/faciendi 27, 29 ff., 39
obligation de donner 29, 116
obligation de ne pas faire 212, 215, 218, 225, 234
ökonomische Auswirkungen 155, 185, 186 f., 198 ff., 202 ff., 220, 227, 234
opposabilité 115 f., 123, 128, 215, 223
ordre public 206 f., 218
- pactum de non alienando* siehe Veräußerungsverbot
pactum de non cedendo siehe Abtretungsverbot, 186
PECL 2, 177, 203, 231
PICC 2, 177, 203
Priorität 138 ff., 149, 152, 155, 159, 171, 177 f.
Privatautonomie 57, 187, 189, 191, 203, 205, 209 f., 225 f.
procurator in rem suam siehe Prozessvertretung
Prozessvertretung 9 f., 12, 44 f., 50, 65 f.
Publizität 131 ff., 136 ff., 140, 143 ff., 153 f., 157, 159, 172 ff., 178, 214, 217
- Rapport au président* 150, 155, 181, 232
Rechtsband 9, 15, 64, 70, 78, 82, 188 f., 225 f.
Rechtsübertragungswirkung des Versprechens 27 f., 29 ff., 33, 39
relative (Un-)Wirksamkeit
– Übereignung 114 ff., 119, 213
– Zession 98, 107 f., 120 ff., 128, 158, 197 f., 200, 203 f., 222 f., 226, 231, 233
Relativität der Schuldverhältnisse 215, 222 f.
res extra commercium 187 ff., 201, 203, 217, 226, 229
res incorporalis siehe unkörperliche Sache
- Sächsisches BGB 76, 167
saisine 44, 98 ff., 130
Schadensersatz 80, 139, 211, 214 f., 223
Schädigungsabsicht siehe Kollusion
Schenkung 99 ff., 137, 147, 205, 207, 211
- Schuldnerschutz 37, 93 ff., 96, 104, 106, 110, 122, 128 f., 134, 152 f., 156, 160 f., 164 ff., 169 ff., 198, 200 f., 203
Schuldrechtsreform (Frankreich) 29, 145, 149 ff., 230 ff.
Sicherungsabtretung 1, 54, 132, 144, 145, 148 f., 151, 159, 171, 174, 197, 199 f., 204, 227
signification siehe Abtretungsanzeige
Streitbefestigung 10, 66, 88, 160 f., 163
subjektives Recht 16, 18 f., 21, 23, 72, 81, 82 f.
subrogation personnelle 145 ff., 153, 159, 177
- traditio*, Traditionsprinzip 15, 33 f., 39, 98 ff., 104 ff., 111 ff., 126, 129
- unentgeltliche Zuwendung siehe Schenkung, 207 ff.
unkörperliche Sache 9, 19, 24 f., 33, 45, 47, 48, 61 f., 78, 84, 106 f., 122, 187 f.
Übergabe siehe *traditio*
Übergabesurrogat siehe Besitzkonstitut
UN-Factoring-Übereinkommen 2, 203, 235
(Un-)Übertragbarkeit der Forderung 11, 12, 17, 38, 41, 43 ff., 64 f., 69, 71, 74, 93 f., 161 f., 162 ff., 183, 230
- Veräußerungsverbot 180 ff., 192 ff., 205 ff., 225
verbotswidrige Veräußerung/Verfügung/Zession 181, 183, 185, 196 ff., 202 f., 207, 211 ff., 216, 222, 225 f., 229, 231 ff.
Verfügungsfreiheit 20, 22, 32, 42, 205 ff., 217 f., 219, 221, 223, 225
Verkehrsschutz 170, 178, 206
Vermögensgegenstand 16, 18 ff., 53, 55, 56 f., 68, 74, 84, 109, 128, 158, 176, 187, 189, 195, 203, 205 ff., 220, 225 f.
Vertragsbruch 80, 211, 215 f., 219, 223, 228 f., 233
Vindikation 115 f., 211, 214
- Zessionsbegriff
– BGB 77 ff.

- Code civil 53 ff.
- *Coutumes* 43 ff.
- Germanistik 67 f.
- Glossatoren 11 ff., 21
- Naturrecht 28 f., 34 f.
- Pandektenwissenschaft 64 ff., 68 f., 73 f.
- römisches Recht 9 ff.
- spanische Spätscholastik 24 f.
- *usus modernus* 16 f., 40 f.
- Zweitzeession 96, 107 f., 123, 131, 134,
138 f., 142 f., 145, 164, 171