

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 3a: Schuldrecht - Besonderer Teil §§ 491-515 BGB nF

Bearbeitet von
Prof. Dr. Jan Schürnbrand

7. Auflage 2017. Buch. XVI, 358 S. In Leinen
ISBN 978 3 406 70354 6
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

zu tragen.⁴⁹ Der Darlehensnehmer soll **vor dem Vertragsschluss** Gelegenheit erhalten, die Sinnhaftigkeit der Kreditaufnahme sowie die Vertragskonditionen zu überdenken und ggf. nach anderen Angeboten Ausschau zu halten. Nimmt er das Angebot an, ist der Vertrag aber endgültig zustande gekommen.

Die Bedenkzeit ist eine **Annahmefrist** iSd § 148.⁵⁰ Sie muss zumindest sieben Tage **21** betragen; der Darlehensgeber kann also auch eine längere Frist vorsehen.⁵¹ Während des Laufs der Frist ist der Darlehensgeber nach Abs. 3 S. 2 an sein Angebot gebunden; ein Ausschluss der Bindung nach § 145 letzter Hs. scheidet aus. Der Darlehensnehmer wiederum kann das Angebot des Darlehensgebers jederzeit annehmen; der Einhaltung eines zeitlichen Mindestabstands zwischen Angebot und darauf folgender Annahme bedarf es nicht.⁵² Mit dem Ablauf der Bedenkzeit erlischt das Angebot. Eine verspätete Annahme gilt nach § 150 Abs. 1 als neues Angebot, das der Darlehensgeber annehmen kann, aber nicht muss. Der Darlehensgeber ist nach § 491a Abs. 2 S. 3 verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Vertragsentwurf auszuhändigen oder zu übermitteln. Die Bedenkzeit beginnt nach Abs. 3 S. 3 mit der Aushändigung dieses Angebots an den Darlehensnehmer. Die Fristberechnung erfolgt nach §§ 186 ff. (→ § 148 Rn. 4).

Anders als das Widerrufsrecht nach Abs. 1 greift die Bedenkzeit **nicht kraft Gesetzes** **22** ein, sondern muss dem Darlehensnehmer dem Wortlaut des Abs. 3 S. 1 entsprechend vom Darlehensgeber eingeräumt werden. Nach allgemeinen Grundsätzen bedarf die Fristsetzung der Form des Angebots (→ § 148 Rn. 3), hier also der Form des § 492 Abs. 1. Der Darlehensgeber hat den Darlehensnehmer deutlich auf die Bedenkzeit hinzuweisen. Räumt der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer keine Bedenkzeit ein oder entspricht diese nicht den gesetzlichen Vorgaben, handelt der Darlehensgeber pflichtwidrig und macht sich nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 schadensersatzpflichtig.⁵³ Der Schaden des Darlehensnehmers kann etwa darin bestehen, dass ihm aufgrund eines übereilten Vertragsschlusses andernorts günstigere Konditionen entgangen sind. Ggf. kann der Darlehensnehmer auch geltend machen, dass er den Vertrag gar nicht geschlossen hätte, wenn ihm eine Bedenkzeit zur Verfügung gestanden hätte. Hinsichtlich des Nachweises der Kausalität müssen zugunsten des Darlehensnehmers Beweiserleichterungen eingreifen, die sich an den in → 491a Rn. 56 beschriebenen Grundsätzen zu orientieren haben.

§ 496 Einwendungsverzicht, Wechsel- und Scheckverbot

(1) Eine Vereinbarung, durch die der Darlehensnehmer auf das Recht verzichtet, Einwendungen, die ihm gegenüber dem Darlehensgeber zustehen, gemäß § 404 einem Abtretungsgläubiger entgegenzusetzen oder eine ihm gegen den Darlehensgeber zustehende Forderung gemäß § 406 auch dem Abtretungsgläubiger gegenüber aufzurechnen, ist unwirksam.

(2) ¹Wird eine Forderung eines Darlehensgebers aus einem Verbraucherdarlehensvertrag an einen Dritten abgetreten oder findet in der Person des Darlehensgebers ein Wechsel statt, ist der Darlehensnehmer unverzüglich darüber sowie über die Kontaktdaten des neuen Gläubigers nach Artikel 246b § 1 Absatz 1 Nummer 1, 3 und 4 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche zu unterrichten. ²Die Unterrichtung ist bei Abtretungen entbehrlich, wenn der bisherige Darlehensgeber mit dem neuen Gläubiger vereinbart hat, dass im Verhältnis zum Darlehensnehmer weiterhin allein der bisherige Darlehensgeber auftritt. ³Fallen die Voraussetzungen des Satzes 2 fort, ist die Unterrichtung unverzüglich nachzuholen.

⁴⁹ Begr. RegE, BT-Drs. 18/5922 S. 87.

⁵⁰ Begr. RegE, BT-Drs. 18/5922 S. 88; Bülow/Artz/Bülow Rn. 183a; BeckOGK/Knops, 13.3.2015, Rn. 171.

⁵¹ Näher BeckOGK/Knops, 13.3.2015, Rn. 169.

⁵² Krit. BeckOGK/Knops, 13.3.2015, Rn. 172.

⁵³ Bülow/Artz/Bülow Rn. 183a.

(3) ¹Der Darlehensnehmer darf nicht verpflichtet werden, für die Ansprüche des Darlehensgebers aus dem Verbraucherdarlehensvertrag eine Wechselverbindlichkeit einzugehen. ²Der Darlehensgeber darf vom Darlehensnehmer zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem Verbraucherdarlehensvertrag einen Scheck nicht entgegennehmen. ³Der Darlehensnehmer kann vom Darlehensgeber jederzeit die Herausgabe eines Wechsels oder Schecks, der entgegen Satz 1 oder 2 begeben worden ist, verlangen. ⁴Der Darlehensgeber haftet für jeden Schaden, der dem Darlehensnehmer aus einer solchen Wechsel- oder Scheckbegebung entsteht.

Schrifttum: S. die Nachweise vor § 491 und bei § 493; ferner G. Müller, Auswirkungen des Verbraucherkreditgesetzes auf das Wechsel- und Scheckrecht, WM 1991, 1781; Reinicke/Tiedtke, Zweifelsfragen bei der Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes, ZIP 1992, 217; G. Völlkommer, Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Verbrauchers bei Immobiliardarlehensverträgen?, NJW 2004, 818; Welter, Vom Wechsel auf Leipziger Messen zum Wechselverbot im Verbraucherkreditrecht, FS 600 Jahre Universität Leipzig, 2009, S. 389.

Übersicht

	R.n.		R.n.
I. Einführung	1–5	4. Rechtsfolgen	17
1. Inhalt und Zweck der Vorschrift	1, 2	IV. Wechsel- und Scheckverbot	
2. Entstehungsgeschichte	3	(Abs. 3)	18–36
3. Sachlicher Anwendungsbereich	4	1. Verbot der Wechselbegebung (S. 1)	18–21
4. Vorgaben des Unionsrechts	5	a) Reichweite	18, 19
II. Einwendungsverzicht (Abs. 1)	6–12	b) Folgen einer Verbotsverletzung	20
1. Allgemeines	6	c) Verbot „freiwilliger“ Wechselbegebung	21
2. Geltungsbereich	7–10	2. Einwendungen des Darlehensnehmers	22–27
a) Grundsatz	7	a) Gegenüber dem ersten Wechselnehmer	22–24
b) Erstreckung auf §§ 407 ff.	8	b) Gegenüber einem Zweiterwerber ...	25–27
c) Formen des Einwendungsverzichts ..	9, 10	3. Verbot funktionswidriger Scheckbegebung (S. 2)	28–30
3. Mithaftende Dritte	11	4. Herausgabeanspruch (S. 3)	31–33
4. Analoge Anwendung des § 508 S. 6	12	a) Funktion	31
III. Informationspflicht bei Gläubigerwechsel (Abs. 2)	13–17	b) Kein Zurückbehaltungsrecht des Darlehensgebers	32
1. Allgemeines	13	c) Herausgabepflicht des Refinanzierers	33
2. Tatbestand	14, 15	5. Schadensersatzanspruch (S. 4)	34–36
a) Abtretung	14	a) Vor Übertragung des Wertpapiers ...	34
b) Wechsel in der Person des Darlehensgebers	15	b) Nach Übertragung des Wertpapiers ..	35
3. Normadressat	16	c) Haftung des Refinanzierers	36

I. Einführung

1 **1. Inhalt und Zweck der Vorschrift.** Die Vorschrift bezweckt den Schutz des Darlehensnehmers vor bestimmten Gefahren, die mit dem **Hinzutreten eines neuen Gläubigers** verbunden sind. Um einen **Verlust seiner Einwendungen** aus dem Darlehensvertrag zu verhindern, schreibt zunächst **Abs. 1** für den Fall der Abtretung der Forderungen des Darlehensgebers aus dem Darlehensvertrag die zwingende Geltung der schuldnerschützenden Vorschriften der §§ 404, 406 vor.¹ Damit erfasst das Gesetz unter anderem die vom Anwendungsbereich des § 359 ausgenommenen Fälle der Absatzfinanzierung und verwirklicht auch insoweit einen dem Einwendungsdurchgriff funktional vergleichbaren Schutz des Darlehensnehmers (→ § 358 Rn. 61).² Sodann begründet **Abs. 2** die Pflicht, den Darlehensnehmer im Falle einer offenen Zession oder eines Wechsels in der Person des Vertragspartners über die **Kontakt Daten des neuen Gläubigers** zu unterrichten.³ Dies soll dem

¹ Begr. RegE, BT-Drs. 11/5462 S. 24.

² Bülow/Artz/Bülow Rn. 7; Staudinger/Kessal-Wulf (2012) Rn. 3.

³ Begr. RegE, BT-Drs. 16/9821 S. 15 f.

Darlehensnehmer die Gelegenheit geben, die Geschäftsziele des neuen Gläubigers kennen zu lernen und sich beizeiten auf die veränderte Situation einzustellen.

Schließlich enthalten **Abs. 3 S. 1 und 2** ein generelles Verbot der Wechselbegebung **2** sowie ein Verbot der Entgegennahme von Schecks zu Sicherungszwecken. Im Falle einer Zuwiderhandlung gegen die Verbote des Abs. 3 S. 1 und 2 kann der Darlehensnehmer vom Darlehensgeber sowohl Herausgabe der Wertpapiere (Abs. 3 S. 3) als auch Ersatz des ihm durch die Begebung entstandenen Schadens (Abs. 3 S. 4) verlangen. Das Gesetz begegnet somit den **Gefahren**, die dem Darlehensnehmer **aus der Verkehrsfähigkeit von Wechsel und Scheck** und damit **im Verhältnis zu Dritten** erwachsen.⁴ Diese resultieren aus den Vorschriften der Art. 17 WG, Art. 22 ScheckG, die bei Übertragung des Wertpapiers zum Verlust persönlicher Einwendungen des Darlehensnehmers führen können. Im Übrigen birgt die Wechsel- oder Scheckbegebung für den Darlehensnehmer aufgrund der mit ihr verbundenen Beweislastumkehr⁵ sowie der Beweismittelbeschränkung im Urkundenprozess zwar auch im Verhältnis zum Darlehensgeber Gefahren. Diesen kommt jedoch bei der Bestimmung des Normzwecks des Abs. 3 keine eigenständige Bedeutung zu, wie der Umstand zeigt, dass der Gesetzgeber eine Erstreckung des § 496 auf notarielle Schuldanerkenntnisse, mit denen die nämlichen Rechtsfolgen verbunden sind, ausdrücklich abgelehnt hat (→ Rn. 9).⁶

2. Entstehungsgeschichte. Die Vorschrift entspricht in ihren Abs. 1 und 3, von Anpassungen an die veränderte Systematik und Terminologie der §§ 491 ff. abgesehen (→ Vor § 491 Rn. 10), dem früheren **§ 10 VerbrKrG**. Die in Abs. 2 verankerte Verpflichtung zur Information des Darlehensnehmers über einen Gläubigerwechsel geht auf das Risikobegrenzungs-gesetz (→ Vor § 491 Rn. 11) zurück; die gebotene Anpassung der Überschrift unterblieb. Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie (→ Vor § 491 Rn. 12) wurde lediglich dem Umstand Rechnung getragen, dass die im Einzelnen anzugebenden Kontaktdaten nicht mehr in der BGB-InfoV, sondern in Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 1–3 EGBGB aF aufgeführt waren. Mit dem Gesetz zur Umsetzung der VerbrRRL (→ Vor § 491 Rn. 15) wurde dann der Verweis abermals an die nunmehr maßgebliche Norm des Art. 246b § 1 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 EGBGB angepasst.⁷ Im Rahmen des Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie (→ Vor § 491 Rn. 16) wurde in Abs. 2 klargestellt, dass es sich bei dem Darlehensvertrag um einen Verbraucherdarlehensvertrag handeln muss.⁸

3. Sachlicher Anwendungsbereich. Die Vorschrift gilt zunächst für Verbraucherdarlehensverträge iSd § 491 Abs. 1.⁹ Nach § 506 Abs. 1 findet sie zudem auf Zahlungsaufschübe und Finanzierungshilfen im Allgemeinen sowie auf Finanzierungsleasingverträge und Teilzahlungsgeschäfte im Besonderen entsprechende Anwendung. Anders als noch § 499 Abs. 1 aF nimmt § 506 Abs. 1 auch den **kurzfristigen**, sich auf nicht mehr als drei Monate belaufenden **Zahlungsaufschub** nicht mehr von der entsprechenden Anwendung des § 496 aus (→ § 506 Rn. 11). Die Frage nach einer teleologische Reduktion dieser Verweisungsnorm stellt sich daher nicht mehr.¹⁰ Sie war zu befürworten, weil der Ausnahmetatbestand dazu diente, solche Finanzierungshilfen vom Schutzbereich des Gesetzes auszunehmen, bei denen die für das Kreditgeschäft wesentlichen laufzeitabhängigen Belastungen kein besonderes Gewicht erlangen können, während die Gefahren, vor denen § 496 den Darlehensnehmer schützen will, laufzeitunabhängig sind.¹¹ Eine vergleichbare Problematik wirft aber

⁴ Dazu sowie zum Folgenden Begr. RegE, BT-Drs. 11/5462 S. 25; ferner *Stauder* ZRP 1980, 217 (221).

⁵ *Baumbach/Hefermehl/Casper* Einl. WG Rn. 10; *Zöllner* Wertpapierrecht § 5 II 3.

⁶ So auch OLG Hamm WM 2005, 846 (847); *Freitag/Riemenschneider* WM 2004, 2470 (2476); aA 4. Aufl. Rn. 2 (*Habersack*); *G. Vollkommer* NJW 2004, 818 (819).

⁷ Begr. RegE, BT-Drs. 17/12637 S. 71.

⁸ Begr. RegE, BT-Drs. 15/5922 S. 88.

⁹ *BeckOGK/Knops*, 13.3.2016, Rn. 5.

¹⁰ *Bülow/Artz/Bülow* Rn. 3.

¹¹ Ebenso *Martis/Meinhof* 2. Teil O Rn. 8; aA *Reiß* MittBayNot 2005, 371.

nun die nach § 506 Abs. 4 auch für Zahlungsaufschübe maßgebliche Ausnahmegvorschrift des § 491 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 auf. Auch hier gilt, dass der Gesetzgeber die sich aus der Ausklammerung bestimmter kurzfristiger Zahlungsaufschübe auf § 496 ergebenden Konsequenzen nicht bedacht hat. Daher erscheint ihre teleologische Reduktion veranlasst.¹²

- 5 **4. Vorgaben des Unionsrechts.** Die Vorschrift des Abs. 1 beruht auf **Art. 17 Abs. 1 RL 2008/48/EG** (zuvor: Art. 9 RL 87/102/EWG), wonach der Verbraucher im Falle der Abtretung der Ansprüche des Kreditgebers aus einem Kreditvertrag oder des Kreditvertrags selbst seine Einreden auch gegenüber dem neuen Gläubiger geltend machen kann; soweit im jeweiligen Mitgliedstaat die Aufrechnungseinrede zulässig ist, kann der Darlehensnehmer auch diese dem Zessionar entgegenhalten. Nach Art. 17 Abs. 2 RL 2008/48/EG hat der Kreditgeber den Verbraucher über eine Abtretung oder einen Wechsel des Vertragspartners „zu unterrichten“. Diese Vorgabe konkretisiert § 496 Abs. 2 in zulässiger Weise.¹³ Die Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU hingegen sieht keine Regeln zu den Rechten des Verbrauchers im Falle der Forderungsabtretung vor.¹⁴ Anders als noch Art. 10 RL 87/102/EWG enthält weder die RL 2008/48/EG noch die RL 2014/17/EU Schutzvorkehrungen im Hinblick auf die Begebung von **Wechsel und Scheck** mehr.¹⁵ Der deutsche Gesetzgeber kann daher die Materie nach seinem Ermessen regeln; zur begrenzten Wirkung der vollharmonisierenden RL 2008/48/EG → Vor § 491 Rn. 22.¹⁶

II. Einwendungsverzicht (Abs. 1)

- 6 **1. Allgemeines.** Die in Abs. 1 angeordnete zwingende Geltung der §§ 404, 406 soll den Darlehensnehmer davor schützen, trotz nicht gehöriger Erfüllung des Darlehensvertrags seitens des Darlehensgebers seine Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Zessionar zunächst erfüllen und etwaige Schadensersatz- oder Rückgewähransprüche aus dem Darlehensvertrag sodann gegenüber dem Darlehensgeber geltend machen zu müssen.¹⁷ Im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 496 ist dies vor allem für Finanzierungsdarlehen iSd §§ 358 ff. von Bedeutung (→ Rn. 7); bei isolierten Darlehen begegnen Einwendungen des Darlehensnehmers dagegen eher selten. Aus dem Kreis der Finanzierungshilfen hat § 496 über den Verweis in § 506 Abs. 1 vor allem die Fälle der Absatzfinanzierung und damit die Teilzahlungsgeschäfte des § 506 Abs. 3 im Auge. Abs. 1 gewährleistet in diesen Fällen, dass der Darlehensnehmer auf Grund der im Allgemeinen zulässigen¹⁸ Abbedingung der §§ 404, 406 des Schutzes, den er für die Fälle der Drittfinanzierung durch die Vorschrift des § 359 erfährt, infolge der Wahl einer anderen Finanzierungstechnik nicht verlustig geht. Aus diesem Grund hielt die ganz hM¹⁹ bereits vor Inkrafttreten der Vorgängervorschrift des § 10 VerbrKrG (→ Rn. 3) die Abbedingung der §§ 404, 406 jedenfalls insoweit für unwirksam, als der zum finanzierten Abzahlungskauf entwickelte Einwendungsdurchgriff einen Schutz des Käufers gegenüber der finanzierenden Bank begründete. Zur *cessio legis* → Rn. 10.
- 7 **2. Geltungsbereich. a) Grundsatz.** Unwirksam ist jede Vereinbarung, die eine Einschränkung oder Abbedingung der §§ 404, 406 zu Lasten des Darlehensnehmers zur Folge

¹² Vgl. BeckOGK/*Knops*, 13.3.2016, Rn. 5; Bamberger/Roth/Möller Rn. 4; Staudinger/Kessal-Wulf (2012) Rn. 22.

¹³ Vgl. Nobbe/Sauer Rn. 1; zweifelnd Artz ZGS 2009, 23 (29).

¹⁴ *Piekenbrock*, Bankrechtstag 2014, 2015, S. 131 (168).

¹⁵ Zum früheren Recht 5. Aufl. Rn. 4; zur Entstehungsgeschichte der Verbraucherkreditrichtlinie *Welter*, FS 600 Jahre Uni Leipzig, 2009, S. 389 (406).

¹⁶ *Ady/Paetz* WM 2009, 1061 (1062); *Wendehorst* ZEuP 2011, 263 (276); *Soergel/Seifert* Rn. 19; BeckOGK/*Knops*, 13.3.2016, Rn. 21; krit. *Welter*, FS 600 Jahre Uni Leipzig, 2009, S. 389 (407 f.); *ders.*, FS Schneider, 2011, S. 1407 (1432); *Erman/Saenger* Rn. 12.

¹⁷ *Palandt/Weidenkaff* Rn. 1; vgl. zum AbzG auch *Marschall v. Bieberstein* Gutachten S. 130; *Hadding* Gutachten S. 342 f.

¹⁸ Vgl. BGH NJW 1970, 321; → § 404 Rn. 19; → § 406 Rn. 18; *Erman/Westermann* § 404 Rn. 8, § 406 Rn. 1.

¹⁹ Vgl. *Marschall v. Bieberstein* Gutachten S. 130; *Hadding* Gutachten S. 342 f.

hat. Dem Darlehensnehmer ist es also kraft zwingender Geltung von § 404 möglich, Einwendungen und Einreden, die zurzeit der Abtretung oder einer Legalzession der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren, auch dem Zessionar entgegenzuhalten (im Einzelnen → § 404 Rn. 5 ff., 11 ff.). Dies gilt auch im Rahmen **verbundener Verträge**, mithin für diejenigen **Einwendungen und Einreden aus dem finanzierten Geschäft**, die der Darlehensnehmer nach § 359 einredeweise auch dem Darlehensgeber entgegenhalten kann; nach Abtretung der Darlehensforderung durch den das Bargeschäft finanzierenden Darlehensgeber kann der Darlehensnehmer diese Einreden somit auch dem Zessionar entgegenhalten.²⁰ Die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs nach § 405 bleibt freilich unberührt;²¹ vorbehaltlich der Regelungen des Abs. 2 sind zudem Art. 17 WG, Art. 22 ScheckG zugunsten des einen Wechsel oder Scheck erwerbenden Zessionars anwendbar. Des Weiteren kann dem Darlehensnehmer das Recht, in den Grenzen des § 406 mit einer ihm gegen den Zedenten zustehenden Forderung auch dem Zessionar gegenüber aufzurechnen, nicht entzogen werden (→ § 406 Rn. 7 ff.). Sowohl für § 404 als auch für § 406 gilt, dass der Darlehensnehmer Einwendungen oder Forderungen, die er unmittelbar gegen den **Zessionar** erlangt, diesem bereits nach allgemeinen Vorschriften entgegenhalten kann. Insoweit sieht § 496 keine Einschränkungen der Vertragsfreiheit vor, doch können sich solche insbesondere aus §§ 307, 309 Nr. 2 und 3 ergeben.

b) Erstreckung auf §§ 407 ff. Von Abs. 1 unmittelbar erfasst ist die vom Darlehensnehmer bereits vor der Abtretung gegenüber dem Darlehensgeber erklärte Aufrechnung; der Darlehensnehmer kann die nach § 389 eingetretene Erfüllung gemäß § 404 auch dem Zessionar entgegenhalten. Rechnet der Darlehensnehmer dagegen ohne Kenntnis der bereits erfolgten Abtretung gegenüber dem Darlehensgeber auf, so ist Abs. 1 nicht unmittelbar anwendbar. Zwar wird der Darlehensnehmer in diesem Fall durch § 407 Abs. 1 geschützt. Doch ist diese Vorschrift grundsätzlich abdingbar²² und wird im Gegensatz zu §§ 404, 406 auch durch Abs. 1 nicht für zwingend erklärt, so dass eine **analoge Anwendung von Abs. 1** in Betracht kommt. Danach wären etwa Vereinbarungen, wonach sich der Darlehensnehmer auch bei auf grober Fahrlässigkeit beruhender Unkenntnis von der Abtretung nicht auf § 407 berufen kann²³ oder aber bereits der bloße Zugang der Abtretungsanzeige zur Bösgläubigkeit des Darlehensnehmers führt,²⁴ unwirksam. Da der Absatzfinanzierung regelmäßig eine offene, dem Darlehensnehmer bereits bei Vertragsschluss mitgeteilte Abtretung zugrunde liegt und der Darlehensnehmer sich deshalb ohnehin nicht auf § 407 berufen kann, kommt der Frage keine große praktische Bedeutung zu. Dies spricht allerdings gegen die Annahme einer bewussten Ausklammerung des § 407 aus dem Anwendungsbereich von Abs. 1, zumal dieser lediglich die Vorgaben des Art. 17 Abs. 1 RL 2008/48/EG (Art. 9 aF) umsetzt (→ Rn. 5), nicht dagegen eigene Regelungsziele des nationalen Gesetzgebers verfolgt. Vielmehr wird man Abs. 1 die Wertung entnehmen können, dass dem Darlehensnehmer der Schutz der im Grundsatz dispositiven, jeweils aber einen hohen Gerechtigkeitsgehalt aufweisenden²⁵ Schuldnerschutzvorschriften der §§ 404 ff. einschließlich der §§ 407 ff. **zwingend** zugute kommen soll.²⁶ Jedenfalls aber ist Abs. 1 im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 dahin gehend zu berücksichtigen, dass die **formulärmäßige Einschränkung** der nicht unmittelbar von Abs. 1 erfassten Vorschriften grundsätzlich unwirksam ist.²⁷

²⁰ Bülow/Artz/Bülow Rn. 7; BeckOGK/Knops, 13.3.2016, Rn. 6; Nobbe/Müller-Christmann Rn. 5; Staub/Renner Kreditgeschäft Rn. 774.

²¹ So auch PWW/Nobbe Rn. 3; Staudinger/Kessal-Wulf (2012) Rn. 10; Nobbe/Müller-Christmann Rn. 5.

²² RGZ 117, 123; aA Bülow/Artz/Bülow Rn. 4.

²³ Nobbe/Müller-Christmann Rn. 5; PWW/Nobbe Rn. 3.

²⁴ Dagegen → § 407 Rn. 18; Larenz SchuldR AT § 34 IV: Bösgläubigkeit setzt tatsächliche Kenntnismahme von der Abtretungsanzeige voraus.

²⁵ Palandt/Grüneberg § 407 Rn. 1.

²⁶ Staudinger/Kessal-Wulf (2012) Rn. 10; Erman/Saenger Rn. 3; Bamberger/Roth/Möller Rn. 2; NK-BGB/Müller Rn. 4; Staub/Renner Kreditgeschäft Rn. 774.

²⁷ So auch Soergel/Seifert Rn. 8; BeckOGK/Knops, 13.3.2016, Rn. 8.

- 9 **c) Formen des Einwendungsverzichts.** Für das Eingreifen von Abs. 1 ist es unerheblich, ob der Darlehensnehmer die fragliche Vereinbarung mit dem Darlehensgeber, dem Zessionar oder im Rahmen einer dreiseitigen Vereinbarung trifft.²⁸ Von praktischer Bedeutung dürfte jedoch allein eine Vereinbarung des Darlehensnehmers mit dem Darlehensgeber zugunsten des Zessionars sein. **Weder von Abs. 1 noch von Abs. 3** erfasst werden die Abgabe eines **abstrakten Schuldversprechens** oder Schuldanerkenntnisses iSd §§ 780 f. und die Unterwerfung unter die **sofortige Zwangsvollstreckung** gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.²⁹ Eine Subsumtion unter Abs. 1 scheidet schon deswegen aus, weil dieser allein dazu bestimmt ist, dem Darlehensnehmer seine Einwendungen im **Verhältnis zu Dritten** zu erhalten (→ Rn. 1) und ein notarielles Schuldanerkennnis diese Möglichkeit nicht beeinträchtigt. Einer analogen Anwendung des Abs. 3 wiederum steht zum einen entgegen, dass der Gesetzgeber eine entsprechende Erstreckung bewusst abgelehnt hat, weil er die bei Realkreditverträgen seit Jahrzehnten übliche Praxis der persönlichen Unterwerfung nicht unterbinden wollte.³⁰ Zum anderen fehlt es trotz der mit §§ 780 f. BGB, § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO verbundenen Umkehr der Darlegungs-, Beweis- und Initiativlast hinsichtlich des Bestands der Kausalforderung an der nötigen Rechtsähnlichkeit zur Wechsel- oder Scheckbegebung. Deren Gefährlichkeit liegt nämlich vorrangig in dem drohenden Verlust von Einwendungen und Einreden gegenüber Dritten begründet (→ Rn. 2).
- 10 Entgegen seinem Wortlaut, der eine **Vereinbarung** voraussetzt, erfasst Abs. 1 allerdings auch einen **einseitigen „Verzicht“** (→ § 404 Rn. 19 ff.) des Darlehensnehmers auf einzelne Einwendungen oder auf Aufrechnungsmöglichkeiten (→ § 512 Rn. 5).³¹ Davon betroffen ist etwa eine vom Darlehensnehmer vor oder nach erfolgter Abtretung erklärte Anerkennung oder Bestätigung der Forderung; sie führt auch dann nicht zum Verlust der Gegenrechte des Darlehensnehmers, wenn dieser die Erklärung in Kenntnis seiner Einwendungen abgegeben hat. Auch wenn es entsprechend § 397 Abs. 1 für den Einwendungsverzicht einer vertraglichen Einigung, etwa eines konkreten Schuldanerkennnisses, bedarf,³² sind doch im Vorfeld eines vertraglichen Verzichts anzusiedelnde einseitige Erklärungen des Darlehensnehmers im Hinblick auf die ihnen zukommende Bedeutung etwa für die Auslegung des Darlehensvertrags oder die Verteilung der Beweislast gemäß Abs. 1 iVm § 512 S. 2 unwirksam. Allerdings gilt dies nur insoweit, als nicht die Abtretung der darlehensvertraglichen Forderung gemäß § 399 ausgeschlossen ist. Von vornherein unbeachtlich sind Vereinbarungen zwischen Darlehensgeber und Zessionar, soweit sie ohne Zustimmung des Darlehensnehmers getroffen werden.
- 11 **3. Mithaftende Dritte.** Entsprechend allgemeinen Grundsätzen werden auch von Abs. 1 diejenigen Dritten geschützt, die neben dem Darlehensnehmer die gesamtschuldnerische Mithaftung für die Verpflichtung aus dem Darlehensvertrag übernommen haben und ihrerseits dem persönlichen Anwendungsbereich des Verbraucherkreditrechts unterliegen; nach hM gilt dies nicht nur für den Mitdarlehensnehmer und den Übernehmer der Darlehensschuld, sondern auch für den der Darlehensschuld zu Sicherungszwecken Beitretenden (→ § 491 Rn. 14, 29 ff., 56 f.). Darüber hinaus ist Abs. 1 insoweit analog auf die – von

²⁸ Bülow/Artz/Bülow Rn. 4; *Godefroid* Verbraucherkreditverträge Teil 2 Rn. 679; aA offenbar *Seibert* VerbrKrG § 10 Rn. 1.

²⁹ BGH NJW 2005, 1576 (1578); ZIP 2005, 1024 (1026); BGHZ 168, 1 Rn. 17 = NJW 2006, 2099; OLG Hamm WM 2005, 846 (847); KG ZIP 2006, 605 (606); *Clemente* ZfR 2004, 497 (513); *Freitag/Riemenschneider* WM 2004, 2470 (2475 f.); *Reiß* MittBayNot 2005, 371 ff.; Staub/*Renner* Kreditgeschäft Rn. 782; *Nobbe/Müller-Christmann* Rn. 7; *Soergel/Seifert* Rn. 7; aA – für entspr. Anwendung des Abs. 1 – BeckOGK/*Knops*, 13.3.2016, Rn. 12; *Erman/Saenger* Rn. 4; für entspr. Anwendung des Abs. 3 4. Aufl. Rn. 8 (*Habersack*); *G. Vollkommer* NJW 2004, 818 ff.; *Bamberger/Roth/Möller* Rn. 3; auf beide Normen verweisend *Staudinger/Kessal-Wulf* (2012) Rn. 8, 30; krit. auch *Welter*, FS 600 Jahre Uni Leipzig, 2009, S. 389 (401 f.).

³⁰ Rechtsausschuss, BT-Drs. 11/8274 S. 22; vgl. daneben BGHZ 99, 274 (278) = NJW 1987, 906; BGH NJW 2004, 158 (159).

³¹ So auch Bülow/Artz/Bülow Rn. 5; *Soergel/Seifert* Rn. 6; *Staudinger/Kessal-Wulf* (2012) Rn. 7; BeckOGK/*Knops*, 13.3.2016, Rn. 11.

³² Vgl. *Erman/Saenger* Rn. 4.

§§ 491 ff. grundsätzlich nicht erfasste (→ § 491 Rn. 58) – **Bürgschaft** anzuwenden, als dem Darlehensnehmer über den Regress des Bürgen der Verlust des ihm durch Abs. 1 gewährten Schutzes droht.³³ Zwar steht dem Darlehensnehmer gemäß § 412 der Schutz nach Abs. 1 auch gegenüber einer Inanspruchnahme durch den Bürgen aus § 774 Abs. 1 S. 1 zu. Gegenüber dem Regressanspruch des Bürgen aus § 670³⁴ (ggf. iVm §§ 683 S. 1, 675) kann er dagegen nur Einwendungen aus dem Innenverhältnis geltend machen.³⁵ Hat der Bürge aber den Interessen des Darlehensnehmers nicht zuwider gehandelt, durfte er insbesondere nach dem Inhalt des Auftragsverhältnisses oder des Bürgschaftsvertrags die Erfüllung der Bürgschaft für erforderlich halten, so kann er Ersatz seiner Aufwendungen verlangen;³⁶ der Ausschluss von Einwendungen oder Aufrechnungsmöglichkeiten des Bürgen trifft dann letztlich den Darlehensnehmer. Dies aber ist hinsichtlich der Einwendungen und Einreden des Bürgen aus **§§ 767, 768 Abs. 1, 770** mit Abs. 1 nicht vereinbar, so dass entsprechenden Bürgschaftsbedingungen die Wirksamkeit zu versagen ist. Anderes gilt dagegen für sonstige, nicht von § 770 erfasste **eigene Einreden des Bürgen** gegenüber dem Darlehensgeber bzw. Zessionar. Ein Verzicht auf diese Einreden kann zwar den **Bürgen** unangemessen benachteiligen und deshalb nach § 307 unwirksam sein,³⁷ entzieht aber dem **Darlehensnehmer** weder unmittelbar noch mittelbar **eigene Gegenrechte** gegenüber dem Darlehensgeber bzw. dem Zessionar und unterliegt somit nicht dem Schutzbereich des § 496 Abs. 1.³⁸ Soweit danach der Schutz des Darlehensnehmers die entsprechende Anwendung von Abs. 1 auch auf Vereinbarungen zu Lasten des Bürgen gebietet, ist es unerheblich, ob der Bürge dem **persönlichen Anwendungsbereich** des Gesetzes unterliegt.

4. Analoge Anwendung des § 508 S. 6. Im Falle einer Zession der Forderungen des Gläubigers geht ein etwaiges Rücktrittsrecht nicht ohne weiteres auf den Zessionar über; es steht vielmehr grundsätzlich weiterhin dem Zedenten zu.³⁹ Handelt es sich um ein Teilzahlungsgeschäft iSv § 506 Abs. 3 und wird zugleich, wie in den Fällen der Absatzfinanzierung üblich, das vom Darlehensgeber vorbehaltene Eigentum an der Kaufsache zur Sicherung der abgetretenen Ansprüche auf den Zessionar (refinanzierende Bank) übertragen, so läuft der Verbraucher Gefahr, mit Eintritt des Verzugs zwar Besitz und Nutzung der Kaufsache zu verlieren, gleichwohl aber unvermindert zur Zahlung der Raten verpflichtet zu sein. Für verbundene Verträge iSd § 358 Abs. 3 bestimmt zwar § 508 S. 6 (früher: § 508 Abs. 2 S. 6 aF und davor § 503 Abs. 2 S. 5 aF), dass das Wiederansichnehmen der Kaufsache durch den **Darlehensgeber** grundsätzlich als Ausübung eines – diesem nicht zustehenden (→ § 508 Rn. 62) – Rücktrittsrechts gilt und somit die Abwicklung des Kaufvertrags nach §§ 346 ff. nach sich zieht (→ § 508 Rn. 62 ff.). Für die Absatzfinanzierung fehlt es dagegen an einer entsprechenden Vorschrift. Da der mit § 508 S. 6 verfolgte Schutz des Verbrauchers indes nicht von der von den Parteien gewählten Form der Finanzierungstechnik abhängen kann, ist die Vorschrift auf den Fall der Absatzfinanzierung entsprechend anzuwenden.⁴⁰ Darüber hinaus kann der Käufer nach § 986 Abs. 2 auch gegenüber der refinanzierenden Bank die Herausgabe der Sache verweigern, solange nicht die Voraussetzungen des § 508 Abs. 2 S. 1 iVm § 498 Abs. 1 S. 1 vorliegen und der **Verkäufer** den Rücktritt erklärt hat.⁴¹

³³ So auch Bülow/Artz/Bülow Rn. 8; Soergel/Seifert Rn. 9; Staudinger/Kessal-Wulf (2012) Rn. 5; Erman/Saenger Rn. 5; Bamberger/Roth/Möller Rn. 2; BeckOGK/Knops, 13.3.2016, Rn. 10; aA Drescher Rn. 286; Münstermann/Hannes Rn. 550.

³⁴ BGHZ 95, 375 (380 ff.) = NJW 1986, 310; 6. Aufl. → § 774 Rn. 19.

³⁵ BGHZ 95, 375 (385 ff.) = NJW 1986, 310; 6. Aufl. → § 774 Rn. 21.

³⁶ BGHZ 95, 375 (385 ff.) = NJW 1986, 310; 6. Aufl. → § 774 Rn. 19; nach Staudinger/Kessal-Wulf (2012) Rn. 5 sind Aufwendungen nicht erstattungsfähig, soweit sie Folge des Einwendungsverzichts sind.

³⁷ Vgl. zum Ganzen Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs Teil 2, (9) Bürgschaftsverträge Rn. 8 ff. mN.

³⁸ BeckOGK/Knops, 13.3.2016, Rn. 10.

³⁹ BGH NJW 1973, 1793 (1794); Palandt/Grüneberg § 398 Rn. 18b; Schürmbrand AcP 204 (2004), 177 (202 ff.).

⁴⁰ So auch Bülow/Artz/Artz § 508 Rn. 55; Staudinger/Kessal-Wulf (2012) § 508 Rn. 47.

⁴¹ So auch Canaris BankvertragsR Rn. 1486. Zur entspr. Rechtslage in den Fällen des § 358 Abs. 3 sowie beim gewöhnlichen Teilzahlungskauf → § 508 Rn. 44 f., 62.

Praktische Bedeutung kommt der Analogie deshalb insbesondere in den Fällen eines Ansiehnehmens der Sache im Wege der Vollstreckung der – dem Refinanzierer abgetretenen – Ansprüche aus dem Kaufvertrag zu (→ § 508 Rn. 52 ff.).

III. Informationspflicht bei Gläubigerwechsel (Abs. 2)

13 **1. Allgemeines.** Nach Abs. 2 ist der Darlehensnehmer über eine offene Abtretung der Darlehensforderung oder einen Wechsel in der Person des Darlehensgebers zu unterrichten, damit er sich frühzeitig auf die veränderten Rahmenbedingungen einstellen kann (→ Rn. 1).⁴² Die Norm wurde im Zuge des Risikobegrenzungsgesetzes in das BGB aufgenommen und versteht sich als Reaktion auf Misstände, welche im Zusammenhang mit der Abtretung von Ansprüchen aus Kreditverträgen an aggressive Finanzinvestoren aufgetreten sein sollen (→ Vor § 491 Rn. 11). Sie enthält zugleich eine Absage an **weitergehende rechtspolitische Forderungen**, wie ein generelles Abtretungsverbot oder ein Sonderkündigungsrecht.⁴³ Sie erkennt die Rspr. des BGH, wonach weder das Bankgeheimnis noch das BDSG der Wirksamkeit einer Zession entgegenstehen,⁴⁴ implizit an.⁴⁵ Rückschlüsse darauf, unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen Abtretungen oder Umstrukturierungen zulässig sind, lässt die Vorschrift aber nicht zu; sie knüpft vielmehr schlicht an eine wirksame Übertragung der Darlehensforderung an.⁴⁶

14 **2. Tatbestand. a) Abtretung.** Zu unterrichten ist der Darlehensnehmer gemäß Abs. 2 S. 1 Alt. 1 über die Abtretung einer Forderung des Darlehensgebers aus einem Verbraucherdarlehensvertrag. Betroffen sind sämtliche Ansprüche aus dem Darlehensvertrag, also neben dem Rückzahlungsanspruch auch bereits entstandene Ansprüche auf Schadensersatz, Zinsen oder Ersatz von Kosten (→ Rn. 19).⁴⁷ Die Forderung muss nach § 398 rechtswirksam abgetreten sein, eine (etwa im Rahmen eines unechten Factoring erteilte) bloße Einzugsermächtigung genügt demgegenüber nicht.⁴⁸ Die Pflicht zur Offenlegung ist nach Abs. 2 S. 2 suspendiert, wenn der Darlehensgeber mit dem neuen Gläubiger vereinbart, dass im Verhältnis zum Darlehensnehmer weiterhin allein der Darlehensgeber auftritt.⁴⁹ Eine solche **stille Zession** begegnet vor allem bei Sicherungsabtretungen. Freilich sind auch sonstige Fälle eines Verbleibs der Abwicklung der Kundenbeziehung („Servicing“) beim Darlehensgeber denkbar. Wird mit der Vertragsabwicklung ein externer Dritter beauftragt und nur ihm, nicht aber dem Zessionar, der Datenbestand des Darlehensnehmers zur Verfügung gestellt, so genügt es nach dem Zweck der Regelung, den neuen Ansprechpartner bekannt zu geben.⁵⁰ Gemäß Abs. 2 S. 3 ist die Unterrichtung unverzüglich nachzuholen, wenn die Voraussetzungen des Abs. 2 S. 2 **nachträglich fortfallen**. Obwohl Abs. 2 S. 2 auf die Vereinbarung zwischen Darlehensgeber und Zessionar abstellt, kommt es maßgeblich auf die Offenlegung gegenüber dem Verbraucher an.⁵¹ Daher greift die Unterrichtungspflicht bei einer Sicherungszession nicht schon deshalb ein, weil der Zessionar aufgrund des Eintritts des Sicherungsfalls zur Offenlegung befugt ist. Im Gegenzug ist die Unterrichtung auch dann nachzuholen, wenn der Erwerber die stille Zession gegenüber dem Darlehensnehmer aufdeckt, obwohl er hierzu im Verhältnis zum Darlehensgeber nicht berechtigt ist.⁵²

⁴² Krit. *Lehmann ZGS* 2009, 214 (217); *Bachner DNotZ* 2008, 644 (646); rechtfertigend *Rohe*, FS Schwark, 2009, S. 611 (616).

⁴³ Vgl. *Rohe*, FS Schwark, 2009, S. 611 (613 f.).

⁴⁴ BGHZ 171, 180 Rn. 12 ff. = NJW 2007, 2106; BGHZ 183, 60 = NJW 2010, 361; BGH NJW 2011, 3024 Rn. 24; näher dazu *Koch ZBB* 2008, 232 ff.; *Nobbe ZIP* 2008, 98 ff.; *Heer BKR* 2012, 45 ff.

⁴⁵ *Langenbucher NJW* 2008, 3169 (3171); *Soergel/Seifert* Rn. 12; *Staudinger/Freitag* (2015) § 488 Rn. 259.

⁴⁶ Vgl. zu Umstrukturierungen *Bitter ZHR* 173 (2009), 379 ff.

⁴⁷ *Staudinger/Kessal-Wulf* (2012) Rn. 12; *BeckOGK/Knops*, 13.3.2016, Rn. 13.

⁴⁸ So im Ergebnis auch *Lehmann ZGS* 2009, 214 (216 f.).

⁴⁹ Soweit der Gesetzeswortlaut jeweils vom „bisherigen“ Darlehensgeber spricht, ist das ungenau, weil ein Wechsel in der Person des Vertragspartners in dieser Konstellation nicht eintritt.

⁵⁰ Näher *Langenbucher NJW* 2008, 3169 (3171); s. daneben *Staub/Renner Kreditgeschäft* Rn. 777.

⁵¹ Ebenso *Bülow/Artz/Bülow* Rn. 14.

⁵² *Staudinger/Kessal-Wulf* (2012) Rn. 12.