

Kapitel 3: Die Rechtsfolgen eines Schrankenverstößes: pflichtwidrige Ausplatzierung; Pflichtverletzung nach rechtmäßiger Ausplatzierung

Erfährt der Darlehensnehmer, dass ein Kreditgeber beabsichtigt, seine Rechte aus dem Vertrag oder seine Vertragsposition einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht zuwider zu übertragen, kann er versuchen, dies zu verhindern. Für den Fall einer drohenden Verletzung des Bankgeheimnisses bejaht eine verbreitete Ansicht, dass der Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses ein Unterlassungsanspruch¹ korrespondiert, der durch einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO gesichert werden kann.²

- 1 Inwiefern Rücksichtspflichten klagbare Unterlassungsansprüche korrespondieren, ist stark umstritten. Grundsätzlich bejahend *Motzer*, JZ 1983, 884 (886 ff.); *Soergel/Teichmann*, BGB, Bd. 2, 12. Aufl. 1990, BGB § 242 Rn. 174 und 189; *MüKoBGB/Kramer*, Bd. 2a, 4. Aufl. 2003, BGB § 241 Rn. 12; *Medicus*, FS Canaris, Bd. I, 2007, 835 (839); *Bachmann/Schirmer*, FS Canaris, 2017, 371 (401); *Erman/Westermann*, BGB, Bd. 1, 15. Aufl. 2017, BGB § 241 Rn. 8; *Brömmelmeyer*, Schuldrecht AT, 2. Aufl. 2020, § 3 Rn. 18; *Kähler*, NJW 2020, 113 (114 ff.); *MüKoBGB/Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 181 f.; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 1 Rn. 25; *Erman/Martens*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 241 Rn. 13; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, § 11 Rn. 207; *PWW/Kramme*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 241 Rn. 24; *Weiler*, Schuldrecht AT, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 16. — Klagbarkeit implizierend *BAG*, Urt. v. 26.4.2017 – 5 AZR 962/13, BAGE 159, 69 (78 f. Rn. 34 ff.). — Etwas vorsichtiger *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 19.11.2004 – 22 U 71/04, NJOZ 2005, 1657 (1658). — Für eine Abwägungslösung *OLG Saarbrücken*, Urt. v. 13.6.2012 – 1 U 357/11-107, NZBau 2012, 654 (655); *Köhler*, AcP 190 (1990), 496 (509 f.); *F. Hofmann*, Unterlassungsanspruch, 2017, S. 222; *Staudinger/Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 557. — In Ausnahmefällen bejahend *Larenz*, Schuldrecht, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, § 2 I, S. 12; *BeckOK BGB/Sutschet*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 241 Rn. 43. — Betreffend Aufklärungspflichten eine Klagbarkeit regelmäßig verneinend *BGH*, Urt. v. 17.12.2020 – I ZR 228/19, NJW 2021, 2023 (2025 Rn. 23). — Kein materielles Abwehrrecht, aber verfahrensrechtliche Sicherung in Betracht ziehend *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 26.6.1984 – 8 U 15/84, JZ 1985, 337. — Ablehnend *Madaus*, JURA 2004, 289 (290 Fn. 18); *Joussen*, Schuldrecht I, 5. Aufl. 2018, § 1 Rn. 39; *Korch*, ZFPW 2020, 189 (198 ff.); *Jauernig/Mansel*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 241 Rn. 10; *jurisPK-BGB/Toussaint*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 241 Rn. 46; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 2 Rn. 11; *Schulze/ders.*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 241 Rn. 4.
- 2 *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157 (1159); *Staub/Canaris*, HGB, Bd. 5/1, 4. Aufl. 2005, Rn. 70; *Beucher/Räther/Stock*, AG 2006, 277 (282); *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 154; *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (99); ausführlich *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 502 ff.; *Derleder/Knops/Bamberger/Beckhusen/Martens*,

Wird dem gefolgt, ist es konsequent, auch bei (anderen)³ zessionsbeschränkenden Rücksichtspflichten einen korrespondierenden Unterlassungsanspruch anzunehmen.⁴

Häufig dürfte ein Darlehensnehmer allerdings nicht schon von einer drohenden Pflichtverletzung erfahren, sondern die Pflichtverletzung erst bemerken, wenn sie eingetreten ist. Insofern widmet sich dieses dritte und letzte Kapitel den Rechtsfolgen einer pflichtwidrigen Ausplatzierung⁵ durch den Darlehensgeber (dazu § 9) und den Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung durch den Zessionar nach einer rechtmäßigen Ausplatzierung (dazu § 10).

Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 8 Rn. 63; PWW/Kramme, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 241 Rn. 24.

- 3 Siehe zur mittelbaren Verletzung des Bankgeheimnisses durch den Gläubigerwechsel und der insofern aus dem Bankgeheimnis resultierenden zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht hinsichtlich kreditsichernder Informationsansprüche oben § 5 B. I. 3. a) und hinsichtlich Geldforderungen oben § 5 B. I. 3. b).
- 4 Die Möglichkeit, einen Abtretungsunterlassungsanspruch mittels einstweiliger Verfügung nach § 935 ZPO sichern zu können, bejahend *Baukelmann*, FS Brandner, 1996, 185 (198); *Wagner*, Forderungsabtretung, 1999, 27 (71); *Bauer*, § 354a HGB, 2001, S. 75; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, Klauseln A 47. Anderer Ansicht *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 104 f. — Die Sicherungsmöglichkeit des schuldrechtlichen Veräußerungsverbotes allgemein bejahend *BGH*, Beschl. v. 5.12.1996 – V ZB 27/96, BGHZ 134, 182 (187); *Wassermann/Damm*, AK-BGB, Bd. 1, 1987, BGB § 137 Rn. 11; *Boecken*, BGB AT, 3. Aufl. 2019, Rn. 438. Anderer Ansicht *Staudinger/Kohler*, BGB, 2021, BGB § 137 Rn. 62.
- 5 Erinnt sei daran, dass in dieser Arbeit der Begriff *Kredit* sowohl für die Rechte des Darlehensgebers als auch dessen Vertragsposition steht und der Ausdruck *Ausplatzierung* als Oberbegriff für die Anbahnung und die Durchführung des Verkaufs des Kredits und dessen Übertragung (sei es mittels Asset- oder Share-Deal) verwendet wird; siehe dazu oben § 1 A.

§ 9 Die Rechtsfolgen pflichtwidriger Ausplatzierung durch den Darlehensgeber

Nach der Klärung der Rechtsfolgen des Ausgangsfallles, dass der originäre Darlehensgeber seine Rechte mittels Abtretung ausplatziert und dabei eine Pflicht gegenüber dem Darlehensnehmer verletzt (dazu A.), wird eruiert, inwiefern eine pflichtwidrige Ausplatzierung im Falle der Ausgründung und im Falle der Vertragsübernahme abweichende Rechtsfolgen zeitigt (dazu B.).

A. Rechtsfolgen pflichtwidriger Ausplatzierung im Falle der Abtretung

Verletzt der Darlehensgeber im Zuge der Abtretung seine Pflicht zur Geheimhaltung oder verbietet die Pflicht zur Rücksicht die Abtretung, kann dies den Darlehensnehmer zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen (dazu I.); auch können ihm daraus Schadensersatzansprüche erwachsen (dazu II.).

I. Kündigung des Darlehensvertrages aus wichtigem Grund, § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB

Jeder Vertragsteil kann ein Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist kündigen, § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB. Diese Vorschrift findet auf den Darlehensvertrag als ein Dauerschuldverhältnis¹ Anwendung; § 490 Abs. 3 BGB stellt dies klar.² Die Vorschrift des § 314 Abs. 1

1 Der Darlehensvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis, siehe *BGH*, Urt. v. 10.3.1983 – III ZR 169/81, *NJW* 1983, 2813 (2814); Urt. v. 1.10.1987 – III ZR 175/86, *NJW-RR* 1988, 763 (765); Urt. v. 24.11.2009 – XI ZR 260/08, *NJW* 2010, 602 (603 Rn. 16); Urt. v. 21.2.2017 – XI ZR 185/16, *BGHZ* 214, 94 (99 Rn. 18); *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rn. 1283; *MüKoBGB/Gaier*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 11; *MüKoBGB/K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB vor § 488 Rn. 12. — Nach *BT-Drs.* 14/6040 S. 178 sei die Einordnung des Darlehensvertrages als Dauerschuldverhältnis umstritten. — Dass der Darlehensvertrag ein Dauerschuldverhältnis i. S. d. § 314 BGB ist, bestätigt § 490 Abs. 3 BGB.

2 BeckOK BGB/*Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 490 Rn. 41.

BGB ist jedenfalls im Kern unnachgiebig;³ insoweit ist die ähnlich lautende Regelung in Nr. 18 Abs. 2 AGB-Banken deklaratorisch.⁴ Der Kündigungsgrund muss grundsätzlich aus der Risikosphäre des Kündigungsgegners stammen.⁵ Verschulden ist zwar nicht erforderlich,⁶ aber ein Umstand, der bei der Interessenabwägung Berücksichtigung finden kann.⁷

Im Folgenden wird geprüft, ob eine pflichtwidrige Ausplatzierung durch Abtretung⁸ den Darlehensnehmer zur Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB berechtigen kann. Diese Frage stellt sich zum einen mit Blick auf einen Verstoß gegen das Bankgeheimnis (dazu 1.) und zum anderen mit Blick auf die Verletzung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht (dazu 2.).

1. Verstoß gegen das Bankgeheimnis

Hinsichtlich der Frage, ob ein Verstoß gegen das Bankgeheimnis im Zuge der Ausplatzierung per se schwer genug wiegt, um eine sofortige Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 3 BGB zu rechtfertigen, werden unterschiedliche Auffassungen vertreten:

3 Siehe BT-Drs. 14/6040 S. 176: „in seinem Kern zwingendes Recht“; statt vieler außer-dem MüKoBGB/Gaier, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 7.

4 Derleder/Knops/Bamberger/Casper, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 123; Bunte/Zahrte/dies., AGB-Banken, 6. Aufl. 2023, AGB-Banken Nr. 18 Rn. 380; Hopt/ders., HGB, 43. Aufl. 2024, AGB-Banken Nr. 18 Rn. 2.

5 BGH, Urt. v. 7.3.2013 – III ZR 231/12, BGHZ 196, 285 (290 Rn. 17); Urt. v. 27.1.2016 – XII ZR 33/15, BGHZ 208, 357 (369 f. Rn. 40); MüKoBGB/Gaier, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 24.

6 BT-Drs. 14/6040 S. 177; BGH, Urt. v. 1.12.1982 – VIII ZR 206/81, NJW 1983, 749; Urt. v. 26.5.1986 – VIII ZR 218/85, NJW 1986, 3134 (3135); MüKoBGB/Gaier, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 23.

7 Vgl. zur Berücksichtigung schuldhaften Handelns des Kündigenden BGH, Urt. v. 29.11.1965 – VII ZR 202/63, BGHZ 44, 271 (275); Urt. v. 11.2.1981 – VIII ZR 312/79, NJW 1981, 1264 (1265); MüKoBGB/Gaier, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 23.

8 Vgl. hinsichtlich isolierter Abspaltung Bitter, ZHR 173 (2009), 379 (insbesondere 395 ff. und 426 ff.): Aus der negativen Abschlussfreiheit folge die Unterlassungspflicht, einen Vertrag ohne Gewährleistung wenigstens teilweiser Unternehmenskontinuität abzuspalten. Deren Verletzung könne zur außerordentlichen Kündigung berechtigen.

Ein kleinerer Teil der Literatur bejaht in einem solchen Fall mehr oder weniger grundsätzlich ein Recht zur sofortigen Kündigung aus wichtigem Grund.⁹

Demgegenüber legt die herrschende Lehre einen strengeren Maßstab an: Der Verstoß gegen die Pflicht zur Geheimhaltung müsse im Einzelfall schwer wiegen und die Vertrauensbasis tiefgreifend erschüttern.¹⁰ Daran solle es beispielsweise fehlen, wenn eine Bank ihre Rechte aus einem Verbraucherimmobiliarkredit an eine andere Bank zediere.¹¹ Anders könne es sich verhalten, wenn eine Bank ihre Forderungen an die Hausbank eines Wettbewerbers des Darlehensnehmers oder einen Investor ohne Banklizenz abtrete.¹² Dem wird gefolgt:

Für den strengeren Maßstab der herrschenden Lehre spricht die grammatische Auslegung: Nach der Definition des § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt

-
- 9 Bejahend *Wengert/Widmann/Wengert*, NJW 2000, 1289 (1294 f.); (im Grundsatz) *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (419 f. mit Fn. 233); *Theewen/Laule*, Bank- u. KapMR, 2010, S. 15 Rn. 7; *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 535; *Derleder/Knops/Bamberger/Casper*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 23. — Tendenziell wohl auch *Heymann/Horn*, HGB, Bd. 4, 2. Aufl. 2005, HGB Anh. § 372 Rn. II/21 mit Fn. 76 – er meint zwar nur, dass ein Geheimhaltungsverstoß ein wichtiger Grund sein „kann“, bezeichnet die Ansicht von *Canaris*, Bankvertragsrecht I, 3. Aufl. 1988, Rn. 69 jedoch als einschränkend. — Nach *Sichtermann/Kirchherr*, Bankgeheimnis, 3. Aufl. 1984, S. 204 bestehe bei einer Verletzung durch die Geschäftsleitung in der Regel ein wichtiger Grund.
 - 10 *St. Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566 (1572); *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157 (1159); *Staub/Canaris*, HGB, Bd. 5/1, 4. Aufl. 2005, Rn. 69; *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1547 f.); *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 153 f.; *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (104); *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 556; *Heer*, Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken, 2011, S. 227; (sehr streng) *Staudinger/Mülbert*, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 139; *Derleder/Knops/Bamberger/Beckhusen/Martens*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 8 Rn. 64; (wichtigen Grund bloß in Betracht ziehend) *Ellenberger/Bunte/Samhat*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 54 Rn. 265; *MüKoBGB/K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 146 und § 490 Rn. 49; *Bunte/Zahrte/dies.*, AGB-Banken, 6. Aufl. 2023, AGB-Banken Nr. 18 Rn. 380; *Hellner/Steuer/Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1248; (vergleichsweise streng) *BeckOK BGB/Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 490 Rn. 41.
 - 11 *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1548); *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271 (276); *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (104).
 - 12 Die Hausbank eines Wettbewerbers des Darlehensnehmers als Beispiel nennend und dabei auf eine Interessenkollision hinweisend *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1548); siehe auch *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271 (276). Einen Investor ohne Banklizenz beispielhaft nennend *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (104). — Von diesen Beispielen ausgehend, muss dies erst recht für einen Loan-to-Own-Investor gelten. Schließlich fehlt es ihm an einer Banklizenz und er befindet sich zudem noch in einem Interessenkonflikt (siehe oben § 6 D. I. 2. b) bb) bbb)).

ein wichtiger Grund vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Diese Anforderungen würden übergangen, erblickte man in dem Verstoß gegen die Geheimhaltungspflicht stets einen wichtigen Grund.¹³

Betreffs der Frage, ob die Verletzung einer Pflicht aus dem Vertrag die *sofortige* Kündigung rechtfertigt, verbietet sich eine pauschale Betrachtung erst recht. Denn gemäß § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB ist die Kündigung grundsätzlich erst nach dem erfolglosen Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder¹⁴ nach einer erfolglosen Abmahnung zulässig. Nur ausnahmsweise ist dieses Erfordernis entbehrlich. Dazu müssen die Voraussetzungen entsprechend § 323 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 BGB erfüllt sein (§ 314 Abs. 2 Satz 2 BGB) oder besondere Umstände unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Kündigung rechtfertigen (§ 314 Abs. 2 Satz 3 BGB). Dies ist der Fall, wenn der Geheimnisverrat das Vertrauensverhältnis so stark schädigt, dass eine Abmahnung es nicht wiederherzustellen vermag.¹⁵ Beurteilen lässt sich dies nur im Einzelfall und nicht generalisierend.¹⁶

-
- 13 Wech, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 556; Heer, Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken, 2011, S. 227. — Die Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist weithin eine Tatsachenfrage, BGH, Urt. v. 3.7.1986 – I ZR 171/84, NJW 1987, 57; Urt. v. 14.12.1989 – I ZR 56/88, NJW 1990, 1989; Urt. v. 2.5.1991 – I ZR 184/89, NJW-RR 1991, 1266 (1267); Urt. v. 17.1.2001 – VIII ZR 186/99, NJW 2001, 677 (678 f.); Urt. v. 9.3.2010 – VI ZR 52/09, NJW 2010, 1874 (1875 Rn. 17).
- 14 Zwischen Abhilfefristbestimmung und Abmahnung kann der Kündigende nicht wählen, jurisPK-BGB/Weth, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 314 Rn. 45. Dauern die Pflichtverletzung oder deren Folgen an, muss er eine Abhilfefrist bestimmen, MüKoBGB/Gaier, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 37.
- 15 Siehe zur irreparablen Schädigung der Vertrauensbasis als einem besonderen Umstand i. S. d. § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB BGH, Urt. v. 2.5.1991 – I ZR 184/89, NJW-RR 1991, 1266 (1267); Urt. v. 17.1.2001 – VIII ZR 186/99, NJW 2001, 677 (679); Urt. v. 12.3.2003 – VIII ZR 2/02, NJW-RR 2003, 928 (929); von Hase, NJW 2002, 2278 (2281); MüKoBGB/Gaier, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 40; BeckOK BGB/Lorenz, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 314 Rn. 21.
- 16 Vgl. zur erforderlichen Einzelfallbetrachtung BGH, Urt. v. 17.1.2001 – VIII ZR 186/99, NJW 2001, 677 (679).

2. Verletzung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht

Verletzt der Darlehensgeber durch die Abtretung eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht, fragt es sich, ob damit ein wichtiger Grund zur Kündigung nach § 314 Abs. 1 BGB vorliegt (dazu a)), und wenn ja, unter welchen Umständen der Darlehensnehmer erst nach erfolglosem Ablauf einer Abhilfefrist respektive nach erfolgloser Abmahnung (§ 314 Abs. 2 Satz 1 BGB) kündigen kann und unter welchen Umständen eine sofortige Kündigung gerechtfertigt ist (dazu b)).

a) Vorliegen eines wichtigen Grundes, § 314 Abs. 1 BGB

Nicht anders als bei einem Verstoß gegen das Bankgeheimnis im Zuge der Ausplatzierung kann auch die Verletzung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht den Darlehensnehmer zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen.¹⁷

Der wichtige Grund gemäß § 314 Abs. 1 BGB kann zum einen aus der Schädigung des Vertrauensverhältnisses resultieren. Begründen kann ihn des Weiteren eine hinreichend schwere Verletzung derivativer Interessen durch den Gläubigerwechsel.¹⁸ — Unbeschadet der gebotenen Einzelfallbetrachtung dürfte unter beiden Gesichtspunkten ein wichtiger Grund nach § 314 Abs. 1 BGB meist vorliegen, wenn der Darlehensgeber seine Rechte aus einem ungestörten oder ausfallgefährdeten Kredit an einen Loan-to-Own-Investor abtritt.¹⁹

17 Siehe zum Verstoß gegen ein schuldrechtliches Abtretungsverbot als einem wichtigen Grund zur Kündigung *Baukelmann*, FS Brandner, 1996, 185 (198); *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 101. Siehe allgemein dazu, dass aus der Verletzung einer Rücksichtspflicht ein wichtiger Grund folgen kann, *MüKoBGB/Gaier*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 27; *BeckOK BGB/Lorenz*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 314 Rn. 13 f.

18 Siehe allgemein zur Verletzung derivativer Interessen oben § 6 D. I. 2.

19 Siehe zum Erfordernis einer Einzelfallbetrachtung (Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, sei weithin eine Tatsachenfrage) *BGH*, Urt. v. 3.7.1986 – I ZR 171/84, NJW 1987, 57; Urt. v. 14.12.1989 – I ZR 56/88, NJW 1990, 1989; Urt. v. 2.5.1991 – I ZR 184/89, NJW-RR 1991, 1266 (1267); Urt. v. 17.1.2001 – VIII ZR 186/99, NJW 2001, 677 (678 f.); Urt. v. 9.3.2010 – VI ZR 52/09, NJW 2010, 1874 (1875 Rn. 17); *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 556; *Heer*, Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken, 2011, S. 227; siehe dazu oben § 9 A. I. 1 a. E. Vgl. betreffend die Schädigung des Vertrauensverhältnisses im Lichte des Geheimnisverrats oben § 9 A. I. 1. Siehe zur Verletzung derivativer Darlehensnehmerinteressen durch die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor oben § 6 D. I. 2.

b) Grundsätzliche Erforderlichkeit erfolglosen Ablaufs einer Abhilfefrist oder erfolgloser Abmahnung, § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB

Besteht in der Verletzung der zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht ein wichtiger Grund nach § 314 Abs. 1 BGB, ist im Grundsatz die Kündigung gemäß § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB gleichwohl erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig.

Beeinträchtigt der Zessionar durch seine Gläubigerstellung ein derivatives Interesse des Darlehensnehmers, kann der Darlehensgeber dem abhelfen, indem er sich die Forderungen rückübertragen lässt. Hierzu muss ihm der Darlehensnehmer eine Frist bestimmen. Erst nach deren erfolglosem Ablauf ist die Kündigung gemäß § 314 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB zulässig. — Verweigert der Darlehensgeber die ihm mögliche Abhilfe ernsthaft und endgültig, kann der Darlehensnehmer gemäß § 314 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 i. V. m. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB sofort kündigen. Gedacht sei hier z. B. daran, dass der Zessionar für die Rückübertragung ein Agio fordert und der Darlehensgeber nicht willens ist, dieses zu bezahlen. — Kann der Darlehensgeber den Zessionar wider Erwarten²⁰ trotz Aufgeld nicht zur Rückübertragung motivieren, ist ihm die Abhilfe entsprechend § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB unmöglich.²¹ Darin liegt ein besonderer Umstand, der nach § 314 Abs. 2 Satz 3 Alt. 1 BGB die sofortige Kündigung rechtfertigt.²²

Schädigt die pflichtwidrige Zession die Vertrauensgrundlage irreparabel, berechtigt dies den Darlehensnehmer zur sofortigen Kündigung gemäß § 314 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2, Satz 3 Alt. 2 BGB.²³ Dann kann dahinstehen, ob in der Verletzung eines derivativen Interesses ein wichtiger Grund liegt. — Zediert der Darlehensgeber in Kenntnis des schuldrechtlichen Abtretungs-

20 Es ist kaum vorstellbar, dass selbst ein immenses Aufgeld einen Debt-Investor nicht zur Rückübertragung bewegen kann. Zu dieser Einschätzung gelangen auch *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (417); *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 504.

21 Siehe allgemein zur subjektiven Unmöglichkeit MüKoBGB/*Ernst*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 275 Rn. 63.

22 Soweit ersichtlich, wird die Unmöglichkeit der Abhilfe bislang nicht als besonderer Umstand i. S. d. § 314 Abs. 2 Satz 3 Alt. 1 BGB diskutiert.

23 Siehe zur Zerstörung der Vertrauensbasis als einem besonderen Umstand gemäß § 314 Abs. 2 Satz 3 Alt. 2 BGB *BGH*, Urt. v. 2.5.1991 – I ZR 184/89, NJW-RR 1991, 1266 (1267); Urt. v. 17.1.2001 – VIII ZR 186/99, NJW 2001, 677 (679); Urt. v. 12.3.2003 – VIII ZR 2/02, NJW-RR 2003, 928 (929); *von Hase*, NJW 2002, 2278 (2281); MüKoBGB/*Gaier*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 40; BeckOK BGB/*Lorenz*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 314 Rn. 21; siehe dazu auch oben § 9 A. I. 1.

verbots, dürfte die Vertrauensbasis in aller Regel zerstört sein. Verkennt er den Ausschluss des Zessionars als Erwerber, ist es denkbar, dass eine Abmahnung das Vertrauensverhältnis wiederherstellen kann; beantworten lässt sich dies nur im Einzelfall; der Grad des Verschuldens kann dabei ein Anhaltspunkt sein.²⁴

II. Schadensersatzansprüche

Kündigt der Darlehensnehmer den Vertrag aufgrund einer Pflichtverletzung des Darlehensgebers, kann ihm ein Anspruch auf Ersatz seines Auflösungsschadens nach § 280 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Var. 2, § 282 BGB zustehen (dazu 1.). Außerdem kann er gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB einen Anspruch auf Rückerwerb der abgetretenen Rechte und auf Ersatz seiner Folgeschäden haben (dazu 2.). Als Exkurs wird schließlich noch auf die Grundlage eines Schadensersatzanspruches bei unzulässiger Kündigung eingegangen (dazu 3.).

1. Anspruch auf Ersatz eines Auflösungsschadens (Schadensersatz statt der Leistung)

Angenommen, der Darlehensgeber verletzt im Zuge der Abtretung das Bankgeheimnis und durch die Abtretung eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht. Daraufhin kündigt der Darlehensnehmer gemäß § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB und nimmt zu ungünstigeren Konditionen bei einem anderen Kreditinstitut ein Darlehen auf, was erneuter Rechtsberatung bedarf. — Hinsichtlich solcher Fälle fragt es sich, ob der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer die Transaktions- und die Mehrkosten der Konditionenverschlechterung zu ersetzen hat.

Die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund schließt die Berechtigung des Kündigenden, Schadensersatz zu verlangen, nicht aus, wie § 314 Abs. 4 BGB klarstellt. Selbst gewährt diese Vorschrift indes keinen Anspruch auf Schadensersatz.²⁵ Die Grundlage eines Schadens-

24 Vgl. zur Berücksichtigung schuldhaften Handelns des Kündigenden BGH, Urt. v. 29.11.1965 – VII ZR 202/63, BGHZ 44, 271 (275); Urt. v. 11.2.1981 – VIII ZR 312/79, NJW 1981, 1264 (1265); MüKoBGB/Gaier, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 23; siehe dazu auch oben § 9 A. I.

25 MüKoBGB/Gaier, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 49.

ersatzanspruches kann § 280 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Var. 2, § 282 BGB sein.²⁶ Insofern wird nach einem Blick auf die Voraussetzungen der Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB durch den Darlehensgeber (dazu a)) und das Vertretenmüssen gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB (dazu b)) auf die Unzumutbarkeit der Leistung nach § 282 BGB (dazu c)) und auf Auflösungsschäden (dazu d)) eingegangen.

a) Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB

Ein Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Var. 2, § 282 BGB setzt voraus, dass der Schuldner eine Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB aus dem Schuldverhältnis verletzt hat. Das Bankgeheimnis und die Rücksichtspflicht zur Unterlassung der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren sind Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB aus dem Schuldverhältnis.²⁷ Verletzt der Darlehensgeber als eine natürliche Person diese Pflichten, stellen sich Zurechnungsfragen nicht. Im Übrigen ist dem Darlehensgeber das Verletzungsverhalten seiner Repräsentanten nach § 31 BGB²⁸ und das seiner Gehilfen gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB²⁹ zuzurechnen.

b) Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB

Der Gläubiger kann keinen Ersatz des Schadens verlangen, der durch eine Pflichtverletzung entstanden ist, die der Schuldner nicht zu vertreten hat, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB. Nach § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB hat der Schuldner grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Dabei handelt gemäß § 276 Abs. 2 BGB fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

26 Siehe allgemein zur Kombination der Kündigung nach § 314 Abs. 1 und 2 BGB mit einem Anspruch auf Ersatz des sog. Auflösungsschadens MüKoBGB/*Ernst*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 281 Rn. 134.

27 Siehe zum Bankgeheimnis als Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB oben § 5 A. III und § 5 B. I. 3; siehe zur Rücksichtspflicht zur Unterlassung der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren oben § 6.

28 Siehe *BGH*, Urt. v. 18.1.1973 – II ZR 82/71, NJW 1973, 456 (457); MüKoBGB/*Leuschner*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, BGB § 31 Rn. 12; MüKoBGB/*Grundmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 278 Rn. 10; Staudinger/*Schwennicke*, BGB, 2023, BGB § 31 Rn. 101 ff.; BeckOK BGB/*Lorenz*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 278 Rn. 10. — Dagegen auf § 278 BGB zurückgreifend *Flume*, BGB AT, Bd. 1/1, 1977, § 16 IV 2, S. 321 f.

29 Auf § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB wird noch bei der Untersuchung der Verantwortlichkeit des Darlehensgebers für den Zessionar näher eingegangen, siehe dazu unten § 10 A.

In welchem Maße die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gebietet,³⁰ Nachforschungen anzustellen, sodass der Darlehensgeber von dem Ausschluss des Zessionars als Erwerber wissen muss, hängt auch von den Rechten ab, die er abtreten will. Je mehr Kontrolle diese über den Darlehensnehmer verleihen, desto mehr Sorgfalt muss er bei der Wahl des Zessionars walten lassen.³¹ — Handelt es sich bei dem Darlehensgeber um ein Kreditinstitut, prägt institutionelles Vertrauen die Vertragsbeziehung.³² Dieser Umstand erhöht den anzulegenden Sorgfaltsmaßstab.³³

Es mag Fälle geben, in denen ein Darlehensgeber den Ausschluss des Zessionars als Erwerber nicht kennen musste. Doch wird dies wohl eher die Ausnahme sein. Ebenso selten dürfte es einem Darlehensgeber gelingen, sich mit einem schuldlosen Rechtsirrtum zu verteidigen.³⁴

c) Unzumutbarkeit der Leistung, § 282 BGB

Schadensersatz statt der Leistung wegen der Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB kann der Gläubiger gemäß § 280 Abs. 3 Var. 2, § 282 BGB nur verlangen, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr

30 Siehe allgemein zur Bestimmung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt MüKoBGB/*Grundmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 276 Rn. 55 ff.

31 Siehe zur gesteigerten Sorgfalt, die Gläubiger, die gegenüber dem Schuldner eine Machtstellung innehaben, bei der Geltendmachung und Ausübung von Rechten walten lassen müssen, *BGH*, Urt. v. 12.1.1981 – VIII ZR 110/79, LMRR 1981, 2; *Staudinger/Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 524; *BeckOK BGB/Sutschet*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 241 Rn. 54; siehe dazu bereits oben § 6 D. I. 2. a) aa).

32 Siehe zur von institutionellem Vertrauen geprägten Kunde-Bank-Beziehung *BGH*, Urt. v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 (93 Rn. 38); („Treuepflicht“) *Canaris*, ZIP 2004, 1781 (1785); *Höpfner/Seibl*, BB 2006, 673 (674); *Knops*, WM 2008, 2185 (2186); *G. Hoffmann*, WM 2012, 10 (15). Vgl. auch Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Sparkassen und dazu *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB, 2019, BGB § 1153 Rn. 17.

33 Siehe zur Berücksichtigung eines Vertrauensverhältnisses bei der Gewinnung von Rücksichtspflichten *Staudinger/Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 498 a. E.; siehe auch oben § 6 D. II. 1. Erinnert sei auch an den bei der Geltendmachung oder der Ausübung von Rechten gesteigerten Sorgfaltsmaßstab, der für einen professionell tätigen Vertragsteil gilt, gerade wenn besonderes Vertrauen die Vertragsbeziehung prägt, siehe dazu *Haertlein*, MDR 2009, 1 (3); oben § 6 D. I. 2. a) aa).

34 Siehe zu den strengen Anforderungen eines unverschuldeten Tatsachen- oder Rechtsirrtums MüKoBGB/*Ernst*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 286 Rn. 135 ff. Vgl. dazu, dass den Darlehensgeber die Darlegungs- und Beweislast für das fehlende innere Verschulden trifft, MüKoBGB/*Ernst*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 280 Rn. 26; *Schwarze*, Leistungsstörungen, 3. Aufl. 2022, § 23 Rn. 11.

zuzumuten ist. Die Unzumutbarkeit ist ein rein objektives Merkmal;³⁵ der Schuldner muss sie nicht zu vertreten haben.³⁶

Kann dem Darlehensnehmer die Fortsetzung der Kreditbeziehung nach § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht zugemutet werden, ist ihm auch die Leistung durch den Darlehensgeber nicht mehr zuzumuten.³⁷ Daher sind die zusätzlichen Voraussetzungen gemäß § 282 BGB erfüllt, wenn der Darlehensgeber eine Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB verletzt und der Darlehensnehmer infolgedessen gemäß § 314 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB berechtigt ist,³⁸ das Vertragsverhältnis zu kündigen.

d) Auflösungsschäden

Als Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger sein Erfüllungsinteresse in Geld (§ 251 Abs. 1 Alt. 1 BGB) verlangen.³⁹ Dies umfasst die Abschluss- und die Mehrkosten für ein Ersatzgeschäft.⁴⁰ — Der Beratungsaufwand für eine Neufinanzierung und der Differenzbetrag ungünstigerer Finanzierungsbedingungen sind Abschluss- und Mehrkosten für ein Ersatzgeschäft. Der Darlehensnehmer kann gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Var. 2, § 282 BGB vom Darlehensgeber den Ersatz dieser Auflösungsschäden verlangen.⁴¹

35 Staudinger/Schwarze, BGB, 2019, BGB § 282 Rn. 51.

36 Staudinger/Schwarze, BGB, 2019, BGB § 282 Rn. 51; Jauernig/Stadler, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 282 Rn. 6 und 8.

37 Vgl. MüKoBGB/Ernst, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 282 Rn. 6 f.

38 Die Pflichtverletzung muss für die Unzumutbarkeit kausal sein, siehe BT-Drs. 14/6040 S. 142; Staudinger/Schwarze, BGB, 2019, BGB § 282 Rn. 33; MüKoBGB/Ernst, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 282 Rn. 8.

39 BeckOK BGB/Lorenz, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 281 Rn. 39 und § 282 Rn. 5.

40 Siehe abstrakt: (zu Abschlusskosten) ErfK/Müller-Glöge, 24. Aufl. 2024, BGB § 628 Rn. 36; (zu den Mehrkosten eines Ersatzgeschäftes) BeckOK BGB/Lorenz, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 282 Rn. 5. — Vgl. betreffend Mietausfallschäden BGH, Urt. v. 16.2.2005 – XII ZR 162/01, NZM 2005, 340 (341); MüKoBGB/Ernst, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 281 Rn. 139. — Vgl. zum Ersatz der Lohndifferenz ErfK/Müller-Glöge, 24. Aufl. 2024, BGB § 628 Rn. 34a. — Vgl. zum Ersatz des Zinsverschlechterungsschadens des Darlehensgebers MüKoBGB/Ernst, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 281 Rn. 137; MüKoBGB/K. P. Berger, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 71.

41 Einen Anspruch auf Ersatz des Auflösungsschadens bejahend Klüwer/Meister, WM 2004, 1157 (1159); Schantz, VuR 2006, 464 (468 f.); Bitter, ZHR 173 (2009), 379 (419 f.); Wech, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 531 ff.; Lendermann, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 536. — Insofern ist es nicht nur mit Blick auf Reputationsschäden (siehe dazu oben § 6 D. I. 2. d) bb) aaa)), sondern auch mit Blick auf

2. Anspruch auf Rückerwerb der abgetretenen Rechte und auf Ersatz der Folgeschäden (Schadensersatz neben der Leistung)

Hat der Darlehensgeber im Zuge der Ausplatzierung mittels Abtretung das Bankgeheimnis oder eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht verletzt und hat er dies nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu vertreten, kann der Darlehensnehmer von ihm Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen, § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB.⁴² — Dieser Anspruch besteht unbeeinflusst davon, ob der Darlehensnehmer das Vertragsverhältnis kündigen konnte, es gekündigt hat⁴³ oder (zudem) statt der Leistung Ersatz des Aufwands verlangt.⁴⁴

Nach § 249 Abs. 1 BGB hat, wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Als Naturalrestitution kommen insofern der Rückerwerb der abgetretenen Rechte (dazu a)) und der Ersatz etwaiger Folgeschäden (dazu b)) in Betracht.

a) Anspruch auf Rückerwerb der abgetretenen Rechte

Verstößt der Darlehensgeber im Zuge der Abtretung gegen das Bankgeheimnis (dazu aa)), oder verletzt er durch die Abtretung eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht (dazu bb)), kann der Darlehensnehmer in-

Auflösungsschäden zu pauschal, wenn man sagt, im Falle der Verletzung des Bankgeheimnisses sei ein Vermögensschaden des Bankkunden schwer zu konstruieren, so aber BT-Drs. 16/5595 S. 5; *St. Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566 (1572); *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1545); *Bütter/Aigner*, BB 2007, 798 (799); *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 152; *Dörrie*, ZBB 2008, 292 (295); *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (104); *Reuter/Buschmann*, ZIP 2008, 1003 (1006); *Schimansky*, WM 2008, 1049; *Keßler/Herzberg*, BB 2009, 1145 (1146 ff.); *Kilgus*, BKR 2009, 181 (188); *Aleth/Böhle*, DStR 2010, 1186 (1187); *Nobbe*, FS Hopt, 2010, 2301 (2305); *Staudinger/Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 262a; *Ellenberger/Bunte/Pamp*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 51 Rn. 125; *MüKoBGB/K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 146; *Hellner/Steuer/Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1248. — Bei isolierter Betrachtung der Verletzung des Geheimhaltungsinteresses oder auch derivativer Interessen kann es allerdings schwerfallen, diese Interessenbeeinträchtigungen in einen bezifferbaren Vermögensschaden umzumünzen.

42 Vgl. *Staudinger/Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 262a.

43 Vgl. *BGH*, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, BGHZ 218, 22 (28 ff. Rn. 19 ff.) – siehe auch die zust. Anm. v. *Fervers*, NZM 2018, 324 f.

44 Vgl. dazu auch im Kontext einer unzulässigen Kündigung seitens des Darlehensgebers oben § 9 A. II. 3.

folgedessen einen Anspruch auf Rückerwerb der pflichtwidrig ausplatzierten Rechte ihm gegenüber haben.

aa) Verstoß gegen das Bankgeheimnis

Ist der zum Ersatz verpflichtende Umstand die Weitergabe von Informationen, die dem Bankgeheimnis unterliegen, müssen diese Informationen beim Zessionar gelöscht werden, um den vertragsgemäßen Zustand wiederherzustellen; theoretisch bedarf es keiner Rückübertragung. Allerdings wäre dies für den Zessionar und den Darlehensgeber eine wenig praktikable Lösung. Dann nämlich fehlten dem Zessionar die Informationen, um die Forderung geltend zu machen, und der Darlehensgeber könnte mangels Anspruchs nichts vom Darlehensnehmer verlangen.⁴⁵ De facto bedeutet Naturalrestitution daher: Der Zessionar tritt die Rechte wieder an den Darlehensgeber ab und löscht dann den Datensatz über den Darlehensnehmer.⁴⁶

Der Darlehensgeber muss im Ausgangspunkt versuchen, den Zessionar mit einem Aufgeld zur Rückübertragung zu bewegen.⁴⁷ Ist dies unmöglich,⁴⁸ entfällt nicht nur der Anspruch auf Naturalrestitution, sondern nach § 253 Abs. 1 BGB der Anspruch auf Schadensersatz insgesamt, da die Geheimnisoffenbarung ein immaterieller Schaden i. S. d. § 253 Abs. 1 BGB ist.⁴⁹

Da die Unmöglichkeit der Naturalrestitution indes der seltene Ausnahmefall sein dürfte, ist vor allem zu klären, ab welcher Höhe des Aufgeldes

45 Siehe *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 505.

46 Von vornherein auf Rückübertragung und Löschung abhebend *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (417 f.); *Bitter/Linardatos*, HandelsR, 4. Aufl. 2022, § 7 Rn. 49 Fn. 350. Einen Rückübertragungsanspruch verneinend *Hellner/Steuer/Berger*, BuB, Bd. I.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1248. — Dass Menschen nicht auf Verlangen vergessen können, schmälert zwar die Restituierbarkeit (*Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 511), allerdings nur in der Theorie. Denn löscht der Erwerber der Darlehensgeberrechte den Datensatz über den Darlehensnehmer, erscheint es doch fraglich, welche praktischen Auswirkungen sich daraus ergeben, dass einer seiner Mitarbeiter diese Daten früher wahrgenommen hatte. So wird sie der Mitarbeiter zwar nicht auf Verlangen, aber doch wegen Desinteresses bald vergessen.

47 *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (417).

48 Unmöglichkeit dürfte mehr ein theoretischer Fall sein, vgl. oben § 9 A. I. 2. b).

49 Vgl. *MüKoBGB/Oetker*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 251 Rn. 51. Einen Versuch, die Informationen über den Darlehensnehmer zu kommerzialisieren, unternimmt *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 516 ff.

die Naturalrestitution unverhältnismäßig ist. Auf immaterielle Schäden findet § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB nach herrschender Meinung keine Anwendung, da es an einer Bezugsgröße für den anzustellenden Wertvergleich fehlt.⁵⁰ An dessen Stelle tritt § 242 BGB,⁵¹ was zu einer umfassenderen Interessenabwägung führt.⁵² Wenngleich die Anforderungen zur Annahme der Unverhältnismäßigkeit hoch sind,⁵³ steht doch fest, dass es Grenzen gibt:⁵⁴

Hinsichtlich der konkreten Bemessung des Agios konstatiert *Bitter*, auf die für Kraftfahrzeug-Schäden etablierte „30 %-Grenze“ könne nicht abgestellt werden, da die Entschädigung in Geld den Geheimnisverrat nicht restituieren.⁵⁵ Wenn dies heißen soll, ein Aufschlag von mehr als 30 % sei noch angemessen, bleibt die Frage: Mehr als 30 % wovon? Mehr als 30 % des Wertes des verletzten Geheimhaltungsinteresses können es nicht sein. Dies führte nämlich zurück zum Ausgangsproblem, dass sich das Geheimhaltungsinteresse nicht in Geld messen lässt;⁵⁶ als Bezugsgröße ist es daher ungeeignet.

Vor diesem Hintergrund dürfte es sich zwar nicht einheitlich beantworten lassen, ab welcher Höhe ein Agio unverhältnismäßig ist. Eine fixe Prozentzahl des Wertes oder des Preises der Forderung wird sich wohl nicht finden lassen. Ein Orientierungspunkt kann die typische Zielrendite des konkreten Debt-Investments sein.⁵⁷ Ein Aufgeld in dieser Höhe sollte genügen, um einen Debt-Investor zur Rückübertragung zu motivieren. Ei-

50 *Brand*, Schadensersatzrecht, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 18; MüKoBGB/Oetker, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 251 Rn. 48; BeckOK BGB/J. W. Flume, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 251 Rn. 4. — Anwendung auf Personenschäden verneinend *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Aufl. 2017, S. 445; (nur grundsätzlich) *Schulze/ders.*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 251 Rn. 4. — Betreffend die Verletzung des Bankgeheimnisses auf § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB abhebend *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (418); wohl auch *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 504.

51 BGH, Urt. v. 3.12.1974 – VI ZR 1/74, BGHZ 63, 295 (298); OLG Hamm, Urt. v. 27.3.2001 – 27 U 151/00, NZV 2002, 370 (371); MüKoBGB/Oetker, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 251 Rn. 48; jurisPK-BGB/Rüßmann, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 251 Rn. 59.

52 MüKoBGB/Oetker, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 251 Rn. 48.

53 *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (418): „Grenze [...] nicht zu eng [zu] ziehen“. — Siehe auch allgemein jurisPK-BGB/Rüßmann, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 251 Rn. 59: Begrenzung nur in Ausnahmefällen. — Gegen eine Begrenzung bei Personenschäden *Brand*, Schadensersatzrecht, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 19.

54 Zu restriktiv daher *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 504: „Eine Grenze bildet *allenfalls* § 251 Abs. 2 BGB.“ Hervorhebung des Verfassers.

55 *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (418).

56 *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 513.

57 Für Loan-to-Own werden Zielrenditen bis zu 25 % genannt. Siehe (20–25 %) *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 10; (25 %) *Siemon*, NZI 2014, 55 (58); *ders.*,

nes (deutlich) höheren Agios bedarf es nicht, da der Investor durch die Rückübertragung seine Rendite ohne Risiko erzielen kann. Auf dieser Basis dürfte Darlehensnehmern regelmäßig die ihnen gebührende Naturalrestitution zukommen, ohne dass sich Debt-Investoren übermäßig auf Kosten des Darlehensgebers bereichern können.

Ferner ist zu beachten, dass der Darlehensnehmer, solange er vom Darlehensgeber Schadensersatz verlangen kann, die Leistung gegenüber dem Zessionar hinsichtlich der nach der Abtretung fällig werdenden Ansprüche (z. B. auf Auskunft, Zins und Tilgung) gemäß § 273 Abs.1, § 404 BGB verweigern kann:⁵⁸

Nach § 273 Abs.1 BGB kann der Schuldner, wenn er aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird, sofern sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt. — Der Anspruch des Darlehensnehmers gegen den Darlehensgeber auf Rückerwerb der abgetretenen Rechte und die (abgetretenen) Darlehensgeberforderungen stammen aus demselben Darlehensvertragsverhältnis. Ohne Abtretung könnte der Darlehensnehmer gegenüber dem Darlehensgeber die Leistung daher verweigern.

Gemäß § 404 BGB kann der Schuldner dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. Damit ein Gegenrecht i. S. d. § 404 BGB begründet ist, genügt es, dass dessen rechtlicher Grund zur Zeit der Abtretung bereitet war und es vor der Fälligkeit der abgetretenen Forderung ausgeübt werden konnte.⁵⁹ — So verhält es sich hinsichtlich aller nach der Abtretung fällig werdenden Darlehensgeberforderungen. Denn mit deren Abtretung entsteht der Schadensersatzanspruch des Dar-

ZInsO 2014, 172 (176); (16–20 %) *Brinkmann*, WM 2017, 1033 (1034); („Zielrendite von mindestens 15–25 % p. a. angestrebt“) *Buth/Hermanns/Haghani/Eschmann*, RSI, 5. Aufl. 2022, § 19 Rn.172. Siehe ferner *Kestler/Striegel/Jesch*, NZI 2005, 417 (418); *Bronger*, Debt Equity Swaps, 2019, S. 35; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 175 ff. Siehe dazu bereits oben § 2 B. III.

58 *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (418 f.); *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 507 ff. Vgl. auch *OLG München*, Urt. v. 26.2.2008 – 5 U 5102/06, BKR 2008, 420 (422 f.).

59 *BGH*, Urt. v. 27.4.1972 – II ZR 122/70, BGHZ 58, 327 (331); Urt. v. 17.3.1975 – VIII ZR 245/73, BGHZ 64, 122 (125 f.); Urt. v. 16.3.1994 – VIII ZR 246/92, NJW-RR 1994, 880 (881). — An der Voraussetzung der Ausübbarkeit des Zurückbehaltungsrechts vor Fälligkeit der abgetretenen Forderung kritisierend, dass § 273 Abs.1 BGB dies nicht voraussetze, *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 510.

lehensnehmers und damit zugleich auch dessen Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB als ein Gegenrecht i. S. d. § 404 BGB.

Im Übrigen erweitert das Zurückbehaltungsrecht des Darlehensnehmers auch dessen Aufrechnungsmöglichkeiten gegenüber dem Zessionar: Eigentlich kann der Schuldner eine ihm gegen den Zedenten zustehende Forderung dem Zessionar gegenüber dann nicht aufrechnen, wenn diese später als die abgetretene fällig geworden ist, § 406 Halbsatz 2 Alt. 2 BGB. Eine Ausnahme davon ist jedoch anerkannt, wenn eine Forderung gegen den Zedenten fällig wird, während der Schuldner nach § 273 Abs. 1, § 404 BGB dem Zessionar ein Zurückbehaltungsrecht entgegensetzen kann.⁶⁰ — Wird also während des Bestehens des Zurückbehaltungsrechts eine Darlehensforderung fällig, kann der Darlehensnehmer gegen diese auch noch mit einer erst danach fällig werdenden Forderung gegen den Darlehensgeber gegenüber dem Zessionar aufrechnen. Zu denken ist hier etwa an einen Anspruch aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Ersatz der Folgeschäden.

bb) Verletzung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht

Im Unterschied zu einem Verstoß gegen das Bankgeheimnis ist die Rückübertragung bei der Verletzung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht nicht bloß zur Herstellung des ursprünglichen Zustandes faktisch erforderlich, sondern Inhalt des Anspruches auf Naturalrestitution.⁶¹ Verweigert der Zessionar die Rückübertragung, kann der Darlehensgeber den ursprünglichen Zustand dadurch annähernd⁶² herstellen, indem er die

60 Siehe *BGH*, Urt. v. 27.4.1972 – II ZR 122/70, BGHZ 58, 327 (331 f.); Urt. v. 16.3.1994 – VIII ZR 246/92, NJW-RR 1994, 880 (881); Urt. v. 18.12.2003 – VII ZR 315/02, NJW-RR 2004, 525; *MüKoBGB/Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 406 Rn. II.

61 Einen Anspruch auf Naturalrestitution bei der Verletzung eines schuldrechtlichen Abtretungsverbots bejahend *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 102. Allgemein betreffend schuldrechtliche Verfügungsverbote einen Anspruch auf Rückübertragung bejahend *C. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 121; *Boecken*, BGB AT, 3. Aufl. 2019, Rn. 438; *Staudinger/Köhler*, BGB, 2021, BGB § 137 Rn. 56. — Weitergehend *BGH*, Urt. v. 23.5.1962 – V ZR 123/60, BGHZ 37, 147 (151 f.); Urt. v. 20.3.1963 – V ZR 89/62, NJW 1963, 1602 (1604): Der Unterlassungsanspruch werde zu einem *verschuldensunabhängigen* Erfüllungsanspruch; geschuldet sei nicht mehr bloß negativ die Zuwiderhandlung zu unterlassen, sondern nunmehr positiv die Zuwiderhandlung rückgängig zu machen. Vgl. dazu auch *RG*, Urt. v. 31.3.1909 – I 276/08, RGZ 70, 439 (441).

62 Naturalrestitution bedeutet mehr als die Wiederherstellung eines identischen Zustandes, siehe *BGH*, Urt. v. 21.12.2004 – VI ZR 306/03, BGHZ 161, 361 (369 f.);

Leistung gemäß § 267 Abs.1 Satz 1, § 362 Abs.1 BGB an den Zessionar bewirkt, um so den Darlehensnehmer freizustellen.⁶³

Zur Naturalrestitution ist allerdings nur die Freistellung von der Verpflichtung gegenüber dem Zessionar, aber nicht von der Verbindlichkeit als solcher erforderlich. Daher berechnete die Schuldbefreiung den Darlehensgeber an sich zum Rückgriff gegenüber dem Darlehensnehmer gemäß § 812 Abs.1 Satz 1 Alt.1 BGB.⁶⁴ Anstatt den Darlehensgeber auf das Bereicherungsrecht zu verweisen, erscheint es jedoch vorzuzugsfähig, § 268 Abs.3 Satz 1 BGB analog anzuwenden, sodass der Darlehensgeber seine Forderung samt Nebenrechten wiedererlangt.⁶⁵

b) Anspruch auf Ersatz der Folgeschäden

Für das Folgende wird von dieser Grundkonstellation ausgegangen: Der Darlehensgeber zediert seine Rechte unter Verstoß gegen das Bankgeheimnis und zuwider einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht, z. B. an einen Loan-to-Own-Investor. Sodann schädigt der Zessionar den Darlehensnehmer, etwa indem er unzulässigerweise die Kündigung erklärt und dadurch die Insolvenz des Darlehensnehmers verursacht.⁶⁶

Urt. v. 23.5.2017 – VI ZR 9/17, NJW 2017, 2401 Rn. 7; Beschl. v. 10.12.2019 – II ZR 417/18, NZG 2020, 874 (875 Rn. 15); Urt. v. 6.7.2021 – VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 (229 Rn. 13); Urt. v. 20.7.2021 – VI ZR 533/20, NJW 2021, 3594 (3595 Rn. 25); *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Aufl. 2017, S. 409 ff.; *Staudinger/Höpfner*, BGB, 2021, BGB § 249 Rn. 185; *MüKoBGB/Oetker*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 249 Rn. 325; siehe dazu noch unten § 9 B. I. 1.

63 Dafür hinsichtlich verletzter Geheimhaltungspflichten *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 525 f.

64 Siehe betreffend das Bankgeheimnis *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 525 f. Siehe allgemein zum Rückgriff wegen Schuldbefreiung nach § 267 BGB *BGH*, Urt. v. 28.10.1964 – IV ZR 238/63, BGHZ 43, 1 (11 a. E.); Urt. v. 21.12.1966 – IV ZR 294/65, BGHZ 46, 319 (325); *MüKoBGB/Schwab*, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, BGB § 812 Rn. 16.

65 Siehe dazu im Lichte des Bankgeheimnisses *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 526 f.

66 Siehe zur Insolvenzverursachung durch unzulässige Kündigung, den damit verbundenen Folgeschäden und deren Ersatzfähigkeit: *BGH*, Urt. v. 13.6.1957 – VII ZR 221/56, WM 1957, 949 (952); *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 18.9.1978 – 6 U 112/77, WM 1978, 1300 (1302 ff.); *OLG Hamm*, Urt. v. 21.6.1985 – II U 111/84, NJW-RR 1986, 208 (210); *Möllers*, Die Haftung der Bank bei der Kreditkündigung, 1991, S. 51; *Kiethe*, KTS 2005, 179 (189); *Bitter/Alles*, WM 2013, 537 (543 f.); *Staudinger/Mülbart*, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 231; *Grundmann/M. Renner*, Bankvertragsrecht, Bd. 1, 2020, Teil 4 Rn. 265 (vgl. aber auch Rn. 147 i. V. m. 149); *Ellenberger/Bunte/Sam-*

Es stellt sich die Frage, ob der Darlehensnehmer⁶⁷ vom Darlehensgeber wegen des Verstoßes gegen das Bankgeheimnis (dazu aa)) oder auch wegen der Verletzung der zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht (dazu bb)) den Ersatz der infolge der Insolvenz entstandenen Schäden verlangen kann. — Nicht behandelt wird hier, ob dem Darlehensgeber das Verschulden des Zessionars zuzurechnen ist. Gleiches gilt für die Frage nach einer außerdeliktischen Eigenhaftung des Zessionars gegenüber dem Darlehensnehmer. Beide Fragen erlangen größere Bedeutung, wenn es an einem pflichtwidrigen Verhalten des Darlehensgebers fehlt. Sie werden eigens mit Blick auf diese Konstellation unten näher beleuchtet.⁶⁸

hat, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 55 Rn. 79; MüKoBGB/K. P. Berger, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 63; Obermüller/Huber, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.403; ausführlich BeckOGK ZivR/C. A. Weber, 1.8.2024, BGB § 490 Rn. 187 ff. Siehe dazu auch oben § 6 D. II. 3. a) aa).

- 67 Den Gesellschaftern des Darlehensnehmers steht nach ganz herrschender Meinung kein Ersatzanspruch gegen den Darlehensgeber zu. Dazu, dass der Darlehensvertrag keine Schutzwirkung zu deren Gunsten zeitigt, gelangt die herrschende Meinung mit Blick auf die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers beeinträchtigende Äußerungen, siehe BGH, Urt. v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 (97 Rn. 53); Canaris, ZIP 2004, 1781 (1788); Bütter/Tonner, BKR 2005, 344 (346); Höpfner/Seibl, BB 2006, 673 (675 f.). Kritisch Ehricke/Rotstegge, ZIP 2006, 925 ff.; Eckl, JR 2007, 157 (158 f.). — Auch im Falle der unzulässigen Kündigung lehnt die nahezu einhellige Auffassung eine Schutzwirkung zugunsten der Gesellschafter des Darlehensnehmers ab, siehe OLG Hamm, Urt. v. 7.12.1998 – 31 U 38/98, MDR 1999, 556 (557); (auch nicht bei einer Gesellschafterbürgschaft) OLG Naumburg, Urt. v. 30.5.2002 – 2 U 42/01, BeckRS 2002, 30262629 Rn. 160; OLG Nürnberg, Urt. v. 7.9.2004 – 1 U 403/04, NZG 2005, 851 (852); OLG Celle, Beschl. v. 15.2.2007 – 3 W 5/07, BKR 2007, 294 (295); Staudinger/Mülbelt, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 234; MüKoBGB/K. P. Berger, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 64; Erman/Nietsch, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 9. Einen Ansatzpunkt für eine Schutzwirkung bei einer Gesellschafterbürgschaft erkennend, aber immer noch für fraglich erachtend, OLG Zweibrücken, Urt. v. 21.9.1984 – 1 U 244/82, ZIP 1984, 1334 (1336). — Anderer Ansicht wohl einzig, aber mit beachtlichen Gründen, C. A. Weber, DStR 2014, 213 (216 ff.); BeckOGK ZivR/C. A. Weber, 1.8.2024, BGB § 490 Rn. 189. Namentlich dann, wenn ein Gesellschafter im Angesicht der drohenden Insolvenz seine Anteile unter Wert an einen Investor veräußere, der bereit sei, durch frisches Kapital die Insolvenz abzuwenden, stünde ihm ein Anspruch auf Ersatz des durch den Notverkauf erlittenen Schadens gegenüber dem Darlehensgeber zu. — Angesichts dieses Meinungsbildes bleibt dem Darlehensnehmer in praxi nur, darauf zu drängen, die Schutzwirkung zugunsten seiner Gesellschafter explizit mit dem Darlehensgeber zu vereinbaren.
- 68 Beide Fragen sind zu bejahen (siehe zur Verantwortlichkeit des Darlehensgebers für den Zessionar nach § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB unten § 10 A; siehe zur Verschuldenszurechnung infolge eines Schuldbeitritts, bei dem das Verschulden Gesamtwirkung hat, unten § 10 B. II; siehe zur außerdeliktischen Eigenhaftung des Zessionars unten § 10 B). Wegen der Zurechnung ergibt sich für den Darlehensnehmer daher auch in

aa) Verstoß gegen das Bankgeheimnis

Der Darlehensnehmer kann von dem Darlehensgeber wegen des Verstoßes gegen das Bankgeheimnis den Ersatz seines Insolvenzschadens verlangen, wenn der Verstoß den Schaden verursachte, der Ursachenzusammenhang adäquat ist und die verletzte Pflicht den Zweck hat, den eingetretenen Schaden zu verhindern (Schutzzwecklehre)⁶⁹.

Ursächlich ist jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiele (Äquivalenztheorie).⁷⁰ Hätte der Darlehensgeber nicht seine Pflicht zur Verschwiegenheit verletzt, wäre ihm die Ausplatzierung nicht gelungen. Der Investor wäre nicht Inhaber der Darlehensgeberrechte geworden und hätte nicht unberechtigt gekündigt. Sonach ist die Pflichtverletzung eine Ursache des Schadens.⁷¹ Dieser Ursachenzusammenhang ist weder besonders eigenartig noch unwahrscheinlich⁷² – er ist adäquat.

der hier behandelten Konstellation noch eine weitere Anspruchsgrundlage gegenüber dem Darlehensgeber. Bedeutsamer dürfte jedoch sein, dass der Darlehensnehmer infolge der Eigenhaftung des Zessionars einen zusätzlichen Schuldner erlangt.

- 69 Auch für die Verletzung vertraglicher Pflichten ist die Schutzzwecklehre weithin anerkannt, siehe *BGH*, Urt. v. 14.7.2016 – III ZR 446/15, BGHZ 211, 201 (212 Rn. 29); Urt. v. 22.9.2016 – VII ZR 14/16, BGHZ 211, 375 (379 Rn. 14 a. E.); Urt. v. 21.11.2019 – III ZR 244/18, NJW 2020, 387 (388 Rn. 27); Urt. v. 9.12.2020 – VIII ZR 371/18, NJW-RR 2021, 201 (202 Rn. 26 ff.); *MüKoBGB/Oetker*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 249 Rn. 123. — Kritisch gegenüber der Schutzzwecklehre im Vertragsrecht *Schack*, JZ 1986, 305 ff.
- 70 *BGH*, Urt. v. 5.5.2011 – IX ZR 144/10, BGHZ 189, 299 (311 Rn. 35); Urt. v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, NJW 2013, 2345 (2346 Rn. 20); *MüKoBGB/Oetker*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 249 Rn. 103.
- 71 Anderer Ansicht *G. Jaeger/Heinz*, BKR 2009, 273 (275): Es fehle „regelmäßig an der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden. Denn auch die abtretende Bank hätte eine Kündigung und Fälligestellung des Darlehens sowie Eintreibung der Darlehensschuld bewirken können“. — Nach ganz herrschender Meinung sind Reservensachen keine Kausalitätsfragen, siehe nur *BGH*, Urt. v. 27.11.1951 – 1 StR 303/51, BGHSt 2, 20 (24); Urt. v. 13.2.1958 – VII ZR 108/57, NJW 1958, 705; Urt. v. 22.1.1959 – III ZR 148/57, BGHZ 29, 207 (215 f.); Urt. v. 7.6.1988 – IX ZR 144/87, BGHZ 104, 355 (359 f.); Urt. v. 1.2.1994 – VI ZR 229/92, BGHZ 125, 56 (61 f.); *MüKoBGB/Oetker*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 249 Rn. 208.
- 72 Vgl. zu dieser Definition der Adäquanz *BGH*, Urt. v. 25.9.1952 – III ZR 322/51, BGHZ 7, 198 (204); Urt. v. 14.10.1971 – VII ZR 313/69, BGHZ 57, 137 (141); Urt. v. 25.1.2018 – VII ZR 74/15, NJW 2018, 944 (945 Rn. 16); Urt. v. 8.12.2020 – VI ZR 19/20, BGHZ 228, 265 (275 f. Rn. 23). — Siehe ausführlich zur Adäquanz, deren Definitionen und anderen Ansätzen, um die Äquivalenztheorie einzuschränken, *MüKoBGB/Oetker*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 249 Rn. 109 ff.

Fraglich ist allerdings, ob der Zweck des Bankgeheimnisses darin besteht, den Darlehensnehmer davor zu schützen, dass ein Zessionar die ihm übertragenen Rechte des Darlehensgebers unberechtigt ausübt und dadurch dessen Insolvenz verursacht. *Möhlenkamp* bejaht dies: Der Schutzzweck des Bankgeheimnisses gehe über die Geheimhaltung als solche hinaus. Folgerichtig erblickt er in der „Vermögensvernichtung durch den neuen Gläubiger“ einen ersatzfähigen Schaden.⁷³ Das überzeugt nicht: Das Bankgeheimnis verpflichtet die Bank zur Verschwiegenheit über alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen, von denen sie Kenntnis erlangt.⁷⁴ Das Bankgeheimnis schützt jedoch nicht vor der unberechtigten Geltendmachung und Ausübung von Darlehensgeberrechten durch einen Zessionar.⁷⁵

bb) Verletzung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht

Bei der Verletzung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht hat der Darlehensgeber die Folgeschäden der pflichtwidrigen Zession zu ersetzen.⁷⁶ Denn im Unterschied zum Bankgeheimnis dient diese Pflicht gerade dem Schutz des Darlehensnehmers vor den mit der Inhaberschaft der Darlehensgeberrechte verbundenen Gefahren.⁷⁷ Dass ein ausgeschlossener Zessionar ein ihm übertragenes Recht unzulässig ausübt und der Darlehens-

73 *Möhlenkamp*, BB 2007, 1126 (1127); zustimmend *Funken*, Übertragung von Darlehensforderungen durch Kreditinstitute, 2011, S. 171.

74 Vgl. Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 AGB-Banken; siehe die entsprechende Definition des BGH, Urt. v. 12.5.1958 – II ZR 103/57, BGHZ 27, 241 (246); Urt. v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 (91 f. Rn. 35); Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05, BGHZ 171, 180 (184 f. Rn. 17); siehe dazu bereits oben § 5 A. IV.

75 Vgl. *Reuter/Buschmann*, ZIP 2008, 1003 (1006); *Heer*, Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken, 2011, S. 226 mit Fn. 1225; ablehnend auch *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 317 Fn. 48, wenngleich er *Möhlenkamps* Motiv lobt.

76 Nicht auf Grundlage einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht, sondern mittels einer nach § 354a Abs. 1 Satz 1 HGB überwundenen Abtretungsbeschränkung bejaht Hasler/Launer/Wilhelm/*Kuhn*, Debt Relations, 2013, Kap. 36.3, S. 555 die Ersatzfähigkeit eines Schadens, der infolge der Übertragung auf einen ausgeschlossenen Investor entsteht. Vgl. auch *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 224.

77 Siehe zur Verletzung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung oben § 6 D. I. 2. a) bb); siehe zur Verletzung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen oben § 6 D. I. 2. b) bb); siehe zur Verletzung des derivativen negativen Äquivalenzinteresses oben § 6 D. I. 2. c) bb); siehe zur Verletzung des derivativen Reputationsinteresses oben § 6 D. I. 2. d) bb).

nehmer infolgedessen einen Schaden⁷⁸ erleidet, beschreibt einen hierfür paradigmatischen Fall. Daher besteht zwischen der Verletzung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht und den Schäden infolge pflichtwidriger Zession nicht nur ein kausal-adäquater, sondern auch ein innerer Zusammenhang.

Diese Ersatzpflicht des Darlehensgebers besteht auch dann, wenn der Zessionar den Darlehensnehmer schuldlos schädigt. Denn wegen der pflichtwidrigen Abtretung an den Zessionar haftet der Darlehensgeber. Strukturell ähnelt dies der Quasi-Zufallshaftung eines Mieters, der die Mietsache unbefugt einem Dritten zum Gebrauch überlässt. Schädigt der Dritte die Mietsache, haftet der Mieter, und zwar gleichviel, ob der Dritte schuldhaft handelt.⁷⁹ Dementsprechend muss der Darlehensgeber in der eingangs geschilderten Grundkonstellation (der Darlehensgeber zediert pflichtwidrig, der Zessionar kündigt unberechtigt und verursacht so die Insolvenz des Darlehensnehmers) die Insolvenzschiäden auch dann ersetzen, wenn der Zessionar schuldlos dem Irrtum unterliegt, die Kündigung sei zulässig.

Im Falle der unberechtigten Gebrauchsüberlassung hat der Mieter deren fehlende Kausalität für die Schädigung darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen;⁸⁰ Gleiches gilt für denjenigen, der unberechtigt einen Erfüllungsgehilfen einschaltet.⁸¹ Entsprechend sind auch die prozessualen Lasten bei einer pflichtwidrigen Zession zu verteilen. Dies dürfte für den Fall der unberechtigten Rechtsausübung keine Rolle spielen; denn Kausalitätszwei-

78 Siehe dazu oben § 6 D. II. 3. a) aa) und § 9 A. II. 2. b).

79 Wegen der in der vertragswidrigen Gebrauchsüberlassung liegenden Pflichtverletzung des Mieters ist es keine echte Zufallshaftung (siehe *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht BT, 18. Aufl. 2018, § 24 Rn. 89). Daher wird hier von Quasi-Zufallshaftung gesprochen. Diese Quasi-Zufallshaftung bei vertragswidriger Gebrauchsüberlassung findet sich schon in T. II Art. 435 Satz 2 BayE (*Kgr. Bayern*, Entw.-BGB, 1861, T. II, S. 108). Diese Regel aufgreifend *Mot.*, Bd. II, 2. Aufl. 1896, S. 397. Siehe zu dieser Quasi-Zufallshaftung auch *Emmerich/Sonnenschein/Emmerich*, HK-Miete, 11. Aufl. 2014, § 540 Rn. 21; *Looschelders*, Schuldrecht BT, 19. Aufl. 2024, § 22 Rn. 66.

80 Vgl. *Mot.*, Bd. II, 2. Aufl. 1896, S. 397: „Hat der Miether den Gebrauch unstatthafter Weise an einen Anderen überlassen, so tritt nach den allgemeinen Grundsätzen [...] insofern eine noch strengere Haftung ein, als er auch den durch die Ueberlassung des Gebrauches an den Dritten entstandenen zufälligen Schaden zu vertreten hat, *sofern nicht* erhellt, daß der durch diesen Zufall entstandene Schaden auch ohne die Vertragswidrigkeit entstanden sein würde“. Hervorhebung des Verfassers. Ebenfalls auf die Motive verweisend *Emmerich/Sonnenschein/Emmerich*, HK-Miete, 11. Aufl. 2014, § 540 Rn. 21. Siehe auch *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht BT, 18. Aufl. 2018, § 24 Rn. 89 Fn. 81.

81 Staudinger/*Caspers*, BGB, 2019, BGB § 278 Rn. 32.

fel scheinen insofern undenkbar. Anders kann es jedoch sein, wenn der Darlehensnehmer geltend macht, ihm sei infolge der Zession ein Reputationsschaden entstanden.⁸²

3. Exkurs: Grundlage eines Schadensersatzanspruches bei unzulässiger Kündigung

Gegenstand dieses Exkurses ist die Frage, nach welcher Anspruchsgrundlage der Darlehensnehmer Ersatz der Schäden verlangen kann, die ihm entstehen, wenn der Darlehensgeber unberechtigt kündigt oder auch sodann unberechtigt die Rückzahlung verlangt. Wie oben dargelegt, verletzt der Darlehensgeber (nach vorzugswürdiger Ansicht) durch eine Kündigung und auch ein Zahlungsverlangen nicht schon seine Kapitalbelassungspflicht gemäß § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB, sondern nur seine Leistungstreuepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB.⁸³ Denn weder die Kündigung noch ein anschließendes Zahlungsverlangen entziehen dem Darlehensnehmer unmittelbar Kapital.⁸⁴

Eine Kündigung bringt allerdings die Kapitalbelassung in Gefahr; und ein anschließendes Zahlungsverlangen erhöht diese Gefahr weiter. Dies könnte dafür sprechen, Schadensersatz analog den Vorschriften zu gewähren, die Anwendung finden, wenn sich die Gefahr realisiert.⁸⁵ Einschlägig sind insofern § 280 Abs. 1 und 3 und § 281 BGB; im Ergebnis wäre damit jenen zuzustimmen, die eine unzulässige Kündigung oder auch ein unberechtigtes Rückzahlungsverlangen schon als Leistungspflichtverletzung einordnen.⁸⁶

82 Siehe zur Gefahr eines Reputationsschadens und daraus folgender Schäden durch die Übertragung von Darlehensgeberrechten auf einen Distressed-Debt-Investor oben § 6 D. I. 2. d).

83 Die unzulässige Kündigung als Rücksichtspflichtverletzung qualifizierend C. A. Weber, DStR 2014, 213; Ellenberger/Bunte/Samhat, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 55 Rn. 78; MüKoBGB/K. P. Berger, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 63; jurisPK-BGB/Schwintowski, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 30; BeckOGK ZivR/C. A. Weber, I. 8. 2024, BGB § 490 Rn. 183.

84 Siehe oben § 6 D. II. 3. a) aa).

85 So (abstrakt vom Falle unzulässiger Kündigung) Staudinger/Schwarze, BGB, 2019, BGB § 280 Rn. C18 f. und § 281 Rn. C3. — Für eine Analogie im Falle der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung vor der Fälligkeit, weil das Leistungsinteresse betroffen sei, MüKoBGB/Ernst, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 281 Rn. 75.

86 Siehe zunächst Staudinger/Hopt/Müllbert, BGB, 12. Aufl. 1998, BGB § 609 Rn. 141, die schon die unzulässige Kündigung als Leistungspflichtverletzung einordnen. Davon

Allerdings dürfte es meist zu keinem anderen Ergebnis führen, wenn auf § 282 BGB abgestellt wird.⁸⁷ Zerstört bereits die unzulässige Kündigung das Vertrauensverhältnis, begründet dies die Unzumutbarkeit i. S. d. § 282 BGB.⁸⁸ Dann werden aber auch die Voraussetzungen nach § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB erfüllt sein; infolgedessen ist die sonst nach § 281 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 3 BGB erforderliche Abmahnung entbehrlich. — Begründet hingegen die unzulässige Kündigung allein nicht schon die Unzumutbarkeit, mahnt aber der Darlehensnehmer den Darlehensgeber ab und verlangt letzterer davon unbeeindruckt dennoch die Rückzahlung, sind nicht nur die Voraussetzungen nach § 281 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 3 BGB erfüllt, sondern diese wiederholte Rechtsanmaßung wird auch die Unzumutbarkeit i. S. d. § 282 BGB begründen.⁸⁹

Schließlich ist noch zu betonen, dass es auf die Streitfrage nach der Grundlage eines Schadensersatzanspruches bei unzulässiger Kündigung nur ankommt, wenn der Darlehensnehmer Schadensersatz statt der Leistung begehrt; dies betrifft etwa die Mehr- und Abschlusskosten für einen neuen Kredit.⁹⁰ Positionen, die als Schadensersatz neben der Leistung gemäß § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig sind,⁹¹ kann der Darlehensnehmer stets

distanziert sich Staudinger/Mülbert, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 228, indem er nunmehr auf ein unberechtigtes Rückzahlungsverlangen abstellt. Siehe ferner *Regenfus*, ZBB 2015, 383 (392). Vgl. auch *Bitter/Alles*, WM 2013, 537 (538), die wie *Mülbert* (ebd.) § 280 Abs. 1, Abs. 3, § 281 BGB als Anspruchsgrundlage heranziehen. Siehe in diesem Zusammenhang auch oben § 6 D. II. 3. a) aa).

87 Vgl. MüKoBGB/Ernst, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 281 Rn. 75; er vermutet Irrelevanz im Falle ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung vor der Fälligkeit.

88 Vgl. MüKoBGB/Ernst, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 282 Rn. 7. Siehe zur Entbehrlichkeit der Abmahnung bei zerstörter Vertrauensbasis als einem besonderen Umstand (§ 314 Abs. 2 Satz 3 BGB) *BGH*, Urt. v. 2.5.1991 – I ZR 184/89, NJW-RR 1991, 1266 (1267); Urt. v. 17.1.2001 – VIII ZR 186/99, NJW 2001, 677 (679); Urt. v. 12.3.2003 – VIII ZR 2/02, NJW-RR 2003, 928 (929); *von Hase*, NJW 2002, 2278 (2281); MüKoBGB/Gaier, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 40; BeckOK BGB/Lorenz, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 314 Rn. 21; siehe dazu auch oben § 9 A. I. 1.

89 Vgl. MüKoBGB/Ernst, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 282 Rn. 7.

90 Siehe zu diesen Schadenspositionen oben § 9 A. II. 1. d).

91 Siehe zu den einzelnen Schadensposten und deren Ersatzfähigkeit *BGH*, Urt. v. 13.6.1957 – VII ZR 221/56, WM 1957, 949 (952); *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 18.9.1978 – 6 U 112/77, WM 1978, 1300 (1302 ff.); *OLG Hamm*, Urt. v. 21.6.1985 – 11 U 111/84, NJW-RR 1986, 208 (210); *Möllers*, Die Haftung der Bank bei der Kreditkündigung, 1991, S. 51; *Kiethke*, KTS 2005, 179 (189); *Bitter/Alles*, WM 2013, 537 (543 f.); Staudinger/Mülbert, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 231; Grundmann/M. Renner, Bankvertragsrecht, Bd. 1, 2020, Teil 4 Rn. 265 (vgl. aber auch Rn. 147 i. V. m. 149); Ellenberger/Bunte/Samhat, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 55 Rn. 79; MüKoBGB/K. P. Berger, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 63; Obermüller/Huber, Insol-

ohne Abmahnung verlangen, gleichviel, ob sie auf einer Leistungs- oder Rücksichtspflichtverletzung beruhen.⁹² Hinsichtlich dieser Schadensposten kann es dahinstehen, ob bereits eine Kündigung oder erst ein Rückzahlungsverlangen die Kapitalbelassungspflicht verletzt oder ob beides nur die Leistungstreuepflicht verletzt.⁹³

B. Rechtsfolgen pflichtwidriger Ausplatzierung im Falle der Ausgründung und im Falle der Vertragsübernahme

In den oben behandelten Konstellationen verletzt der Darlehensgeber eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht, indem er seine Rechte gemäß § 398 Satz 1 (i. V. m. § 413) BGB abtritt. Im Folgenden wird untersucht, wie es sich auf dessen Haftung auswirkt, wenn er diese Pflicht verletzt, indem er den Kredit ausgründet (dazu I.) oder indem er seine Vertragsposition im Wege der Vertragsübernahme überträgt (dazu II.).

I. Ausgründung

Ausgangspunkt der nachstehenden Ausführungen ist eine Konstellation wie diese: Der Darlehensgeber gründet seine Rechte aus dem Darlehensvertrag (dazu I.) oder seine Vertragsposition (dazu 2.) gemäß § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG auf eine Zweckgesellschaft aus. Seine Anteile an dieser überträgt er auf eine ausgeschlossene Person, z. B. einen Loan-to-Own-Investor.⁹⁴

venzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.403; ausführlich BeckOGK ZivR/ C. A. Weber, 1.8.2024, BGB § 490 Rn. 187 ff.

92 Vgl. Lorenz, NJW 2002, 2497 (2500); MüKoBGB/Ernst, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 280 Rn. 76. — Fraglich ist, ob hierüber Einigkeit herrscht, wenn BeckOGK ZivR/ C. A. Weber, 1.8.2024, BGB § 490 Rn. 184.2 auf die Einordnung eines unberechtigten Rückzahlungsverlangens als Leistungspflichtverletzung bei Staudinger/Mülbert, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 228 erwidert, dass der Darlehensgeber „nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 unabhängig von einer Fristsetzung zum Schadensersatz verpflichtet“ sei. Einen ähnlichen argumentativen Zusammenhang herstellend Grundmann/M. Renner, Bankvertragsrecht, Bd. 1, 2020, Teil 4 Rn. 265.

93 Siehe zu diesem Streit oben § 6 D. II. 3. a) aa).

94 Siehe zur Ausgliederung zur Neugründung (Ausgründung) gemäß § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG oben § 3 C. III. 1. Siehe speziell dazu, dass nachgiebig gebundene Rechte abgespalten werden können, oben § 3 C. III. 2.

1. Ausgründung der Darlehensgeberrechte

Zum Zeitpunkt der Anteilsübertragung ist der Darlehensgeber Teil des Darlehensvertragsverhältnisses. Aus diesem trifft ihn unverändert die zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB. Diese Pflicht verletzt er, indem er seine Anteile an der Zweckgesellschaft auf eine ausgeschlossene Person überträgt. Dies kann ihn, wie wenn er seine Rechte abgetreten hätte, gegenüber dem Darlehensnehmer zum Schadensersatz verpflichten.⁹⁵

Auch hinsichtlich der prozessualen Lasten gilt Entsprechendes wie bei einer pflichtwidrigen Zession.⁹⁶ Schädigt die Zweckgesellschaft den Darlehensnehmer, erklärt sie ihm z. B. unzulässig die Kündigung, muss der Darlehensgeber darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass der Einfluss auf die Zweckgesellschaft, der dem Kreditwerber durch die pflichtwidrige Anteilsübertragung eröffnet wurde, hierfür nicht kausal war.

Schadensersatz wegen der Verletzung der zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht kann der Darlehensnehmer sowohl vom Darlehensgeber als auch von der Zweckgesellschaft fordern. Deren gesamtschuldnerische Haftung nach § 421 Satz 1 BGB folgt aus § 133 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 135 Abs. 1 Satz 1 UmwG.⁹⁷ Danach haften für die Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers (hier: des Darlehensgebers), die vor dem Wirksamwerden der Spaltung begründet worden sind, die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger (hier: der Darlehensgeber und die Zweckgesellschaft) als Gesamtschuldner. — Die Wirkungen der Spaltung treten gemäß § 131 Abs. 1 UmwG ein, sobald diese in das Register am Sitz des übertragenden Rechtsträgers eingetragen ist.⁹⁸ — Der Schadensersatzanspruch entsteht mit der Anteilsübertragung und somit zwar erst, nachdem die Spaltung wirksam geworden ist. Damit eine Verbindlichkeit i. S. d. § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG *begründet* ist, genügt es jedoch, dass der rechtliche Grund für deren Entste-

95 Siehe zum Ersatz des Auflösungsschadens (§ 280 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Var. 2, § 282 BGB) oben § 9 A. II. 1; siehe zum Schadensersatz neben der Leistung (§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB) oben § 9 A. II. 2.

96 Siehe dazu, dass bei einer pflichtwidrigen Zession der Darlehensgeber die fehlende Kausalität der Abtretung für die Schädigung des Darlehensnehmers durch den Zessionar darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen hat, oben § 9 A. II. 2. b) bb) a. E.

97 Siehe zur Geltung dieser Haftungsnorm im Falle der Ausgründung nach § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG Lutter/M. F. Schwab, UmwG, Bd. 1, 7. Aufl. 2024, UmwG § 133 Rn. 1.

98 Semler/Stengel/Leonard/Seulen, UmwG, 5. Aufl. 2021, UmwG § 133 Rn. 11.

hung (hier: der Darlehensvertrag) existierte.⁹⁹ Dies gilt auch für Ansprüche aufgrund der Verletzung einer Rücksichtspflicht.¹⁰⁰ — Infolgedessen haftet die Zweckgesellschaft mittelbar verschuldensunabhängig, wenn sie den Darlehensnehmer schädigt und die Ursächlichkeit der Anteilsübertragung für die Schädigung nicht widerlegt wird.

Schließlich stellt sich noch die Frage, ob die gesamtschuldnerische Haftung dem Darlehensnehmer die Verwirklichung seines Anspruches auf Naturalrestitution erleichtert: Dies ist zu bejahen, wenn die Rückübertragung der Darlehensgeberrechte von der Zweckgesellschaft auf den Darlehensgeber als Naturalrestitution anzusehen ist. Der Darlehensnehmer kann die dazu erforderliche Mitwirkung der Zweckgesellschaft dann nämlich auch von dieser verlangen.

Es erscheint jedoch nicht selbstverständlich, dass der Darlehensnehmer die Rückübertragung der Darlehensgeberrechte als Naturalrestitution verlangen kann. Denn der zum Ersatz verpflichtende Umstand liegt nicht in der Ausgründung der Darlehensgeberrechte auf die Zweckgesellschaft, sondern in der Übertragung der Anteile an der Zweckgesellschaft auf die ausgeschlossene Person. Streng genommen könnte der Darlehensnehmer folglich bloß die Rückübertragung der Anteile an der Zweckgesellschaft verlangen. Naturalrestitution erschöpft sich allerdings nicht in der Wiederherstellung eines identischen Zustandes, sondern geht darüber hinaus:

Der Geschädigte kann die Herstellung eines annähernd schadenfreien Zustandes verlangen; hierbei ist eine wirtschaftliche Betrachtung angezeigt.¹⁰¹ Die Übertragung der Rechte der Zweckgesellschaft auf den Darle-

99 BGH, Urt. v. 13.8.2015 – VII ZR 90/14, BGHZ 206, 332 (343 f. Rn. 37); Semler/Stengel/Leonard/Seulen, UmwG, 5. Aufl. 2021, UmwG § 133 Rn. 13; Lutter/M. F. Schwab, UmwG, Bd. 1, 7. Aufl. 2024, UmwG § 133 Rn. 81; Widmann/Mayer/Vossius, UmwR, 213. EL Juli 2024, UmwG § 133 Rn. 20.

100 OLG Köln, Urt. v. 28.3.2014 – 19 U 143/13, BeckRS 2014, 10602; Maulbetsch/Klump/Rose/Raible, UmwG, 2. Aufl. 2017, UmwG § 133 Rn. 6; MHDG GesR/Larisch, Bd. 8, 5. Aufl. 2018, § 27 Rn. 121; Habersack/Wicke/Foerster, UmwG, 3. Aufl. 2023, UmwG § 133 Rn. 66; NK-UmwR/Fischer, 3. Aufl. 2024, UmwG § 133 Rn. 15; Schmitt/Hörtnagl/ders., UmwG, 10. Aufl. 2024, UmwG § 133 Rn. 13; KöKo UmwG/Leuering, 2. Aufl. 2024, UmwG § 133 Rn. 22 f. — Anderer Ansicht Semler/Stengel/Leonard/Seulen, UmwG, 5. Aufl. 2021, UmwG § 133 Rn. 13; Lutter/M. F. Schwab, UmwG, Bd. 1, 7. Aufl. 2024, UmwG § 133 Rn. 82a.

101 BGH, Urt. v. 21.12.2004 – VI ZR 306/03, BGHZ 161, 361 (369 f.); Urt. v. 23.5.2017 – VI ZR 9/17, NJW 2017, 2401 Rn. 7; Beschl. v. 10.12.2019 – II ZR 417/18, NZG 2020, 874 (875 Rn. 15); Urt. v. 6.7.2021 – VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 (229 Rn. 13); Urt. v. 20.7.2021 – VI ZR 533/20, NJW 2021, 3594 (3595 Rn. 25); Fuchs/Pauker/Baumgärtner, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Aufl. 2017, S. 409 ff.; Staudinger/

hensgeber oder gar auf eine neue Zweckgesellschaft des Darlehensgebers schafft einen wirtschaftlich gleichwertigen Zustand. Daher ist die Rückübertragung der Darlehensgeberrechte als Naturalrestitution anzusehen. Auf der anderen Seite muss sie auch zur Abhilfe gemäß § 314 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB genügen.¹⁰²

2. Ausgründung der Darlehensgebervertragsposition

Gründet der Darlehensgeber seine Vertragsposition auf eine Zweckgesellschaft aus und überträgt seine Anteile an dieser sodann einer ausgeschlossenen Person, kann dies den Darlehensnehmer zur Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB berechtigen (dazu a)); für Schäden wegen der Verletzung der zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht können ihm der originäre Darlehensgeber und die Zweckgesellschaft als Gesamtschuldner haften (dazu b)).

a) Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB

Der umwandlungsrechtliche Vertragsübergang kann zur Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB berechtigen.¹⁰³ *Michael Müntefering* meint, im Falle der Abspaltung stehe dem Vertragspartner gar ein „spaltungsspezifisches außerordentliches Kündigungsrecht“ zu, ohne dass es auf die Voraussetzungen gemäß § 314 Abs. 1 BGB ankomme.¹⁰⁴ Aber auch wenn dies allgemein für zu weitgehend erachtet und § 314 BGB mit unveränder-

Höpfner, BGB, 2021, BGB § 249 Rn. 185; *MüKoBGB/Oetker*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 249 Rn. 325.

102 Siehe zur Abhilfe gemäß § 314 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB oben § 9 A. I. 2. b).

103 *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 737 und 775 ff.; *Drießnack*, Vertragsübergang, 2020, S. 209. — Die Abspaltung kann auch die Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 und 2 BGB stören (*Lieder*, Sukzession, 2015, S. 737 und 773 ff.; *Drießnack*, Vertragsübergang, 2020, S. 187 ff.) und infolgedessen zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB berechtigen (*Drießnack*, Vertragsübergang, 2020, S. 207). Siehe zum Verhältnis des § 313 Abs. 3 BGB zur Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB *Drießnack*, Vertragsübergang, 2020, S. 209 ff. — Siehe zur Bedeutung von Vertragsstrafen für den Vertragspartnerwechsel durch Umwandlung und Verfallsvereinbarungen *Drießnack*, Vertragsübergang, 2020, S. 218 ff.

104 *Müntefering*, Zivilrechtliche Schranken der partiellen Universalsukzession, 2003, S. 184; ähnlich großzügig *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (426 f.).

tem Maßstab angewendet wird,¹⁰⁵ ist im hiesigen Kontext doch eines zu sehen: Berechtigt § 314 BGB den Darlehensnehmer zu kündigen, wenn der Darlehensgeber die zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht durch Abtretung verletzt, gilt dies arg. a minori ad maius auch dann,¹⁰⁶ wenn der Darlehensgeber seine Vertragsposition (vermittelt durch die Zweckgesellschaft) einer ausgeschlossenen Person überträgt.¹⁰⁷ Dies gilt umso mehr, wenn die Vertragsposition nachgiebig höchstpersönliche Rechte enthält.¹⁰⁸

Zur Abhilfe gemäß § 314 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB genügt es, wenn die Zweckgesellschaft die Vertragsposition wieder auf den originären Darlehensgeber überträgt.¹⁰⁹ Die Vertragsübernahme bedarf analog § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB der Zustimmung des Darlehensnehmers. Verweigert er sie, ist er nach den Rechtsgedanken des § 162 Abs. 1 und des § 323 Abs. 6 BGB nicht zur Kündigung berechtigt,¹¹⁰ wenn ihm die Übertragung auf den originären Darlehensgeber zuzumuten ist. An der Zumutbarkeit fehlt es, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und dem originären Darlehensgeber zerstört ist, da er dann zur sofortigen Kündigung gemäß § 314 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2, Satz 3 Alt. 2 BGB berechtigt wäre.¹¹¹

b) Haftungsfragen – Grundlage der durch die Anteilsübertragung verletzten Pflicht

Gründet der Darlehensgeber anstatt der Rechte seine Vertragsposition aus, ist er nicht mehr Teil des Darlehensvertragsverhältnisses, wenn er die Anteile an der Zweckgesellschaft der ausgeschlossenen Person überträgt.

105 § 314 BGB mit unverändertem Maßstab anwendend *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 776.

106 Siehe zur fehlenden Privilegierung der Ausplatzierung durch Umwandlung oben § 3 C. III. 2.

107 Einen wichtigen Grund in Ansehung der Person des neuen Vertragspartners im Falle berechtigter Vorbehalte bejahend *Rieble*, ZIP 1997, 301 (305); ähnlich *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 776.

108 Siehe zur Übergangsfähigkeit nachgiebig gebundener Rechte Semler/Stengel/Leonard/Schröer/Greitemann, UmwG, 5. Aufl. 2021, UmwG § 131 Rn. 31; Schmitt/Hörtnagl/ders., UmwG, 10. Aufl. 2024, UmwG § 131 Rn. 32 f.; KöKo UmwG/Leuring, 2. Aufl. 2024, UmwG § 131 Rn. 27; siehe auch oben § 3 C. III. 2.

109 Insofern gilt nichts anderes als bei der Übertragung der Darlehensgeberrechte durch Ausgründung, siehe dazu oben § 9 B. I. 1 a. E.

110 Siehe allgemein zur Übertragbarkeit des Rechtsgedankens des § 162 Abs. 1 BGB auf Fälle unbillig verweigerter Mitwirkung MüKoBGB/Westermann, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, BGB § 162 Rn. 19.

111 Vgl. oben § 9 A. I. 2. b).

Dies wirft zunächst die Frage auf, ob der originäre Darlehensgeber durch die Anteilsübertragung überhaupt noch eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht verletzen kann, was zu bejahen ist:¹¹²

Den originären Darlehensgeber trifft nach wie vor dieselbe zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht. Spaltet er seine Vertragsposition ab, geht nur ein Gleichstück dieser Rücksichtspflicht auf die Zweckgesellschaft über.¹¹³ Dies folgt aus dem Rechtsgedanken der gesamtschuldnerischen Haftung gemäß § 133 Abs. 1 UmwG. Hiernach dupliziert die Abspaltung eine Schuld und lässt sie nicht bloß übergehen, wenn sich der Schuldner andernfalls seiner Pflicht entzöge.¹¹⁴

Der originäre Darlehensgeber kann somit auch nach der Ausgründung seiner Vertragsposition auf eine Zweckgesellschaft durch die Übertragung der Anteile an dieser eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht gegenüber dem Darlehensnehmer verletzen. Für die Schäden, die dem Darlehensnehmer infolge dieser Pflichtverletzung entstehen, haften der Darlehensgeber und die Zweckgesellschaft gesamtschuldnerisch, § 133 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 135 Abs. 1 Satz 1 UmwG i. V. m. § 421 Satz 1 BGB. Der originäre Darlehensgeber und die Zweckgesellschaft haften mithin auch für Schäden, die dem Darlehensnehmer durch eine von der Zweckgesellschaft nicht zu vertretende Pflichtverletzung entstehen, wenn die Anteilsübertra-

112 Im Ergebnis ebenso, wenngleich ohne Herleitung, *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (429).

113 Entsprechend für Geheimhaltungspflichten *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 537.

114 Siehe allgemein zur auf den Rechtsgedanken des § 133 Abs. 1 UmwG gestützten Vielfältigkeit der Pflichten des übertragenden Rechtsträgers *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 4.4.2000 – 6 W 32/00, BB 2000, 1000; *Maulbetsch/Klump/Rose/Raible*, UmwG, 2. Aufl. 2017, UmwG § 131 Rn. 80 und § 133 Rn. 18; *Semler/Stengel/Leonard/Schröder/Greitemann*, UmwG, 5. Aufl. 2021, UmwG § 131 Rn. 30; *NK-UmwR/Fischer*, 3. Aufl. 2024, UmwG § 131 Rn. 47; *Schmitt/Hörtnagl/ders.*, UmwG, 10. Aufl. 2024, UmwG § 131 Rn. 64 und 76; *Lutter/Lieder*, UmwG, Bd. 1, 7. Aufl. 2024, UmwG § 131 Rn. 79; *Kallmeyer/Sickinger/Lanfermann*, UmwG, 8. Aufl. 2024, UmwG § 131 Rn. 18. — Begründen lässt sich dieses Ergebnis auch mit einem nachvertraglichen Schuldverhältnis: Der originäre Darlehensgeber spaltet seine Vertragsposition rückstandslos ab. Nun unterliegt die Zweckgesellschaft der Rücksichtspflicht, die den originären Darlehensgeber traf. Doch mit dem Übergang der Vertragsposition entsteht zwischen dem originären Darlehensgeber und dem Darlehensnehmer ein Schuldverhältnis mit inhaltsgleichen Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB. Siehe allgemein zum nachvertraglichen Schuldverhältnis *OLG Koblenz*, Urt. v. 8.11.2018 – 1 U 601/18, BeckRS 2018, 34700 Rn. 40 ff.; *von Bar*, AcP 179 (1979), 452 (467); *Binder*, AcP 211 (2011), 587 ff.; *MüKoBGB/Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 61 und 160 ff.

gung hierfür kausal ist, was vermutet wird. Insofern verhält es sich wie im Falle der Ausgründung der Darlehensgeberrechte.¹¹⁵

Hat die Zweckgesellschaft die Pflichtverletzung allerdings zu vertreten, haftet dafür wiederum auch der originäre Darlehensgeber als Gesamtschuldner, § 133 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 135 Abs. 1 Satz 1 UmwG i. V. m. § 421 Satz 1 BGB. In diesem Fall kann dahinstehen, ob die Anteilsübertragung diese Pflichtverletzung verursachte.

Die Haftungsfreiheit für Schäden, die dem Darlehensnehmer dadurch entstehen, dass die Zweckgesellschaft eine Pflicht verletzt, z. B. unberechtigt die Kündigung erklärt, hat somit folgende Voraussetzungen: Erstens darf die Zweckgesellschaft ihre Pflichtverletzung nicht zu vertreten haben. Zweitens muss alternativ noch hinzukommen, dass der originäre Darlehensgeber die Verletzung der zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht durch die Anteilsübertragung nicht zu vertreten hat oder dass diese Pflichtverletzung den Schaden nicht verursachte.

II. Pflichtwidrige Vertragsübernahme – Haftung des originären Darlehensgebers und/oder des Erwerbers

Der Darlehensgeber ist auf die Zustimmung des Darlehensnehmers angewiesen, um seine Vertragsposition im Wege der Vertragsübernahme analog § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB übertragen zu können.¹¹⁶ Eine pflichtwidrige Vertragsübernahme bedingt daher, dass die dingliche Einwilligung des Darlehensnehmers in die Vertragsübernahme weiter reicht als die schuldrechtliche; dann kann der Darlehensgeber seine Vertragsposition übertragen, auch wenn er es nicht darf.¹¹⁷ Mit Blick auf eine solche Vertragsgestaltung wird der Frage nachgegangen, ob im Falle einer pflichtwidrigen Vertragsübernahme der originäre Darlehensgeber und/oder der Erwerber der Vertragsposition dem Darlehensnehmer zum Schadensersatz verpflichtet sind.¹¹⁸

115 Siehe dazu oben § 9 B. I. 1.

116 Siehe zur rechtsgeschäftlichen Vertragsübernahme analog § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB oben § 3 C. II. 1.

117 Siehe zu den Vorteilen eines solchen Auseinanderfallens von Können und Dürfen oben § 8 B. III. 3. a) dd) ccc) (1).

118 Für das Recht des Darlehensnehmers zur Kündigung aus wichtigem Grund gilt Entsprechendes wie bei der Ausgründung der Vertragsposition; siehe zu dieser oben § 9 B. I. 2. a).

Durch den Abschluss des Übernahmevertrages verletzt der originäre Darlehensgeber die zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht.¹¹⁹ Damit entsteht die Pflicht zum Schadensersatz und eine logische Sekunde danach geht die Vertragsposition auf den Erwerber über.¹²⁰ Insofern fragt es sich, ob die Vertragsposition ex- oder inklusive der Ersatzpflicht übergeht. Möglich ist beides:

Zunächst kann der Darlehensnehmer seine Einwilligung schon dinglich auf die Übertragung der Vertragsposition exklusive der Ersatzpflicht, die erst durch die pflichtwidrige Übertragung ausgelöst wird, beschränken. — Hat der Darlehensnehmer nicht bereits durch seine beschränkte Einwilligung die Vertragsübernahme ohne die Ersatzpflicht zwingend vorgegeben, bleibt es dem originären Darlehensgeber und dem Erwerber überlassen, die Vertragsübernahme ex- oder inklusive der Ersatzpflicht zu vereinbaren.

Geht die Vertragsposition mit der Ersatzpflicht über, haftet nur der Erwerber. Verletzt er eine Pflicht, kündigt z. B. unberechtigt, haftet er hierfür quasi zufällig, wenn die Vertragsübernahme für diese Pflichtverletzung kausal ist; anderenfalls haftet er lediglich für die von ihm selbst zu vertretende Pflichtverletzung.¹²¹ — Geht hingegen die Vertragsposition ohne die Ersatzpflicht über, haftet der Erwerber nur für die Pflichtverletzungen, die er auch zu vertreten hat, und die Quasi-Zufallshaftung trifft den originären Darlehensgeber.

In Anbetracht dieser Konsequenzen ist eine Vertragsübernahme inklusive der Ersatzpflicht für den originären Darlehensgeber am günstigsten, da er dann frei von Haftung ist. Demgegenüber ist für den Darlehensnehmer, aber auch für den Erwerber der Vertragsposition, eine Vertragsübernahme exklusive der Ersatzpflicht vorteilhafter. Dem Darlehensnehmer haftet dann nämlich meist ein weiterer Schuldner und der Erwerber ist nicht der Quasi-Zufallshaftung ausgesetzt.

Die Interessen des Darlehensnehmers sprechen dafür, dessen dingliche Einwilligung in die Vertragsübernahme dahingehend auszulegen, dass sie nur die Vertragsposition exklusive der durch die Vertragsübernahme ausge-

119 Strukturell gleicht die Verletzungshandlung der pflichtwidrigen Abtretung gemäß § 398 Satz 1 BGB.

120 Ein solcher Durchgangserwerb wird im Falle der Übernahme einer künftigen Schuld angenommen, siehe MüKoBGB/Heinemeyer, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 414 Rn. 1 Fn. 1; Staudinger/Rieble, BGB, 2022, BGB § 414 Rn. 52.

121 Siehe zu dieser Quasi-Zufallshaftung oben § 9 A. II. 2. b) bb).

lösen Ersatzpflicht umfasst.¹²² Eine solche Auslegung entspricht aber auch der Billigkeit:

Den originären Darlehensgeber am stärksten zu belasten, erscheint angemessen. So hat er seine Verfügungsmacht missbraucht und hat daher die pflichtwidrige Übertragung an erster Stelle zu verantworten. Dieser Hauptverantwortlichkeit würde es nicht gerecht, wenn der Erwerber gleichsam für Zufall haftete und der Darlehensnehmer die Gefahr zu tragen hätte, dass er mit seinem Ersatzanspruch beim Erwerber ausfällt. Es ist auch kein unangemessener Vorteil für den Darlehensnehmer, wenn ihm sowohl der originäre Darlehensgeber als auch der Erwerber haften. Vielmehr mildert dies bloß den Nachteil, den er überhaupt nur erleidet, weil er sich seiner dinglichen Mitwirkungsrechte begeben hat, indem er eine das Dürfen überschreitende Einwilligung in die Vertragsübernahme erklärte. Unter dem Aspekt reduzierter Mitwirkungsrechte spricht die Wertung des § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG insofern für die Billigkeit dieser Auslegung, als die gesamtschuldnerische Haftung nach § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG einen Ausgleich für die fehlenden Mitwirkungsrechte des Vertragspartners des übertragenden Rechtsträgers schafft.

Abschließend ist noch zu bemerken, dass die vorgenannten Gerechtigkeitsabwägungen für die Unangemessenheit einer Vereinbarung in AGB sprechen, nach welcher der Darlehensnehmer in die Vertragsübernahme inklusive der besagten Ersatzpflicht einwilligt.

C. Ergebnis

Auch bei einer pflichtwidrigen Ausplatzierung ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Kündigung nach § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB mit Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles zu beurteilen.¹²³ Daher kann nicht gesagt

122 Vgl. auch die allgemeinere Regel, dass im Zweifel das Können nur so weit wie das Dürfen reichen soll, Staudinger/*Klump*, BGB, 2019, BGB § 185 Rn. 67; MüKoBGB/*Bayreuther*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, BGB § 185 Rn. 24.

123 Siehe zur Kündigung des Darlehensvertrages aus wichtigem Grund gemäß § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB oben § 9 A. I. Siehe dazu, dass das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB mit Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles betrachtet werden muss, *BGH*, Urt. v. 3.7.1986 – I ZR 171/84, NJW 1987, 57; Urt. v. 14.12.1989 – I ZR 56/88, NJW 1990, 1989; Urt. v. 2.5.1991 – I ZR 184/89, NJW-RR 1991, 1266 (1267); Urt. v. 17.1.2001 – VIII ZR 186/99, NJW 2001, 677 (678 f.); Urt. v. 9.3.2010 – VI ZR 52/09, NJW 2010, 1874 (1875 Rn. 17); *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 556; *Heer*, Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken,

werden, dass in der Verletzung der zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht durch die Abtretung der Rechte aus einem ungestörten oder ausfallgefährdeten Kredit an einen Loan-to-Own-Investor stets ein wichtiger Grund i. S. d. § 314 Abs. 1 BGB liegt; meist dürfte dies jedoch der Fall sein.¹²⁴ — Gründet der Darlehensgeber den Kredit auf eine Zweckgesellschaft aus (§ 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG) und überträgt er die Anteile an dieser einer ausgeschlossenen Person, liegt darin erst recht ein wichtiger Grund zur Kündigung, wenn ein solcher im Falle der pflichtwidrigen Abtretung zu bejahen wäre.¹²⁵ Denn der Anteilserwerb verschafft dem Erwerber über die bloßen Rechte aus dem Darlehen hinaus die vollständige Vertragsposition.

Kündigt der Darlehensnehmer wegen der Verletzung der zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht den Darlehensvertrag aus wichtigem Grund nach § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB und hat der Darlehensgeber diese Pflichtverletzung auch zu vertreten, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB, kann der Darlehensnehmer vom Darlehensgeber nach § 280 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Var. 2, § 282 BGB Ersatz der Abschluss- und der Mehrkosten einer Neufinanzierung verlangen.¹²⁶ Als Schadensersatz neben der Leistung (§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB) kann er von ihm den Rückerwerb der abgetretenen Rechte fordern.¹²⁷ Außerdem kann er von ihm den Ersatz der Schäden beanspruchen, die ihm infolge der Abtretung entstehen; hierbei ist insbesondere an den Fall zu denken, dass der Zessionar unzulässig die Kündigung des Darlehens erklärt und so die Insolvenz des Darlehensnehmers auslöst.¹²⁸ Unerheblich ist dabei, ob den Zessionar insofern ein Verschulden trifft. Denn der Darlehensgeber haftet wegen der Verletzung der zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht; die durch diese Pflichtverletzung zurechenbar verursachten Schäden hat er zu ersetzen.¹²⁹

Gründet der Darlehensgeber seine vertraglichen Rechte auf eine Zweckgesellschaft aus und verletzt er die zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht sodann, indem er die Anteile an dieser einer ausgeschlossenen Person

2011, S. 227; dazu bereits oben § 9 A. I. 1 a. E. — Siehe dazu, dass dies erst recht für die Frage gilt, ob eine Pflichtverletzung die sofortige Kündigung rechtfertigt, oben § 9 A. I. 2. b).

124 Siehe zu dieser Einschätzung oben § 9 A. I. 2. a) a. E.

125 Siehe zur Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB wegen pflichtwidriger Ausplatzierung durch Ausgründung der Vertragsposition oben § 9 B. I. 2. a).

126 Siehe zum Anspruch des Darlehensnehmers auf Ersatz seines Auflösungsschadens oben § 9 A. II. 1.

127 Siehe zum Anspruch auf Rückerwerb der abgetretenen Rechte oben § 9 A. II. 2. a).

128 Siehe zum Anspruch auf Ersatz der Folgeschäden oben § 9 A. II. 2. b).

129 Siehe zu dieser Quasi-Zufallshaftung oben § 9 A. II. 2. b) bb).

überträgt, kann der Darlehensnehmer von ihm und der Zweckgesellschaft Schadensersatz verlangen.¹³⁰ Deren gesamtschuldnerische Haftung folgt aus § 133 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 135 Abs. 1 Satz 1 UmwG.¹³¹ Daher kann der Darlehensnehmer nicht nur vom Darlehensgeber den Rückerwerb der pflichtwidrig abgetretenen Rechte verlangen, sondern auch von der Zweckgesellschaft deren Rückübertragung; anders als im Falle der Abtretung ist die Naturalrestitution auch ohne die Mitwirkung der ausgeschlossenen Person möglich.¹³²

Die Ausgründung der Vertragsposition auf eine Zweckgesellschaft befreit den Darlehensgeber nicht von der zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht. So ergibt sich aus dem Rechtsgedanken der gesamtschuldnerischen Haftung nach § 133 Abs. 1 UmwG, dass diese Pflicht lediglich zusätzlich als Gleichstück auf die Zweckgesellschaft übergeht. Daher kann der Darlehensgeber auch noch nach der Ausgründung der Vertragsposition die zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht verletzen, indem er einer ausgeschlossenen Person die Anteile an der Zweckgesellschaft überträgt. In Betreff der Haftung des Darlehensgebers für die Folgeschäden einer pflichtwidrigen Anteilsübertragung macht es insofern keinen Unterschied, ob er die Rechte oder die Vertragsposition ausgründet.¹³³

Besondere Fragen stellen sich hinsichtlich einer pflichtwidrigen Vertragsübernahme. Damit es zu einer pflichtwidrigen Vertragsübernahme kommen kann, muss die dingliche Einwilligung des Darlehensnehmers in die Vertragsübernahme weiter reichen als die schuldrechtliche. Dann ist es unter weiteren Voraussetzungen auch möglich, dass der originäre Darlehensgeber die zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht durch die Übertragung seiner Vertragsposition schuldhaft verletzt, aber hierfür nicht er, sondern der Erwerber der Vertragsposition haftet. Dazu muss die Einwilligung des

130 Siehe zu den Rechtsfolgen pflichtwidriger Ausplatzierung im Falle der Ausgründung der Darlehensgeberrechte oben § 9 B. I. 1.

131 Siehe zur gesamtschuldnerischen Haftung des Darlehensgebers und der Zweckgesellschaft oben § 9 B. I. 1.

132 Siehe dazu, dass der Anspruch auf Naturalrestitution die Rückübertragung der abgetretenen Darlehensgeberrechte abdeckt, oben § 9 A. II. 2. b) bb). Siehe zur im Falle der Abtretung erforderlichen Mitwirkung des Zessionars und den Anstrengungen, die der Darlehensgeber unternehmen muss, um den Zessionar zu dieser zu bewegen, oben § 9 A. II. 2. a) aa).

133 Siehe zur gesamtschuldnerischen Haftung des Darlehensgebers und der Zweckgesellschaft und zur Kopie der zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht bei pflichtwidriger Ausplatzierung durch Ausgründung der Vertragsposition oben § 9 B. I. 2. b).

Darlehensnehmers allerdings nicht nur dinglich weiter reichen als schuldrechtlich, sondern sich überdies auf die Übertragung der Vertragsposition inklusive der erst durch eine pflichtwidrige Übertragung selbst entstehenden Ersatzpflicht erstrecken. Des Weiteren müssen der originäre Darlehensgeber und der Erwerber die Vertragsübernahme auch inklusive dieser Ersatzpflicht vereinbaren. Diese Voraussetzungen dürften nur ausnahmsweise erfüllt sein. So ist schon die Einwilligung des Darlehensnehmers im Zweifel als auf die Übertragung der Vertragsposition unter Ausschluss der besagten Ersatzpflicht beschränkt auszulegen. Auch dürfte eine Einwilligung in die Vertragsübernahme inklusive dieser Ersatzpflicht in AGB unwirksam sein.¹³⁴

134 Siehe zur Haftung im Falle einer pflichtwidrigen Vertragsübernahme oben § 9 B. II.

§ 10 Die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung durch den Zessionar nach rechtmäßiger Ausplatzierung

Die Untersuchung der Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung durch den Zessionar nach einer rechtmäßigen Ausplatzierung betrifft Konstellationen wie diese: Der Darlehensvertrag enthält eine wirksame Abtretungsklausel; deren Vorgaben hält der Darlehensgeber bei der Abtretung ein. Nun beeinträchtigt der Zessionar ein auf den Gegenstand der Abtretung bezogenes Interesse des Darlehensnehmers, auf das der Darlehensgeber gemäß § 241 Abs. 2 BGB i. V. m. dem Darlehensvertrag Rücksicht nehmen muss. Zu denken ist etwa daran, dass der Zessionar das Bankgeheimnis verletzt, die Darlehensgeberrechte einer ausgeschlossenen Person (z. B. einem Loan-to-Own-Investor) überträgt oder unzulässig die Kündigung erklärt.¹

Vor diesem Hintergrund ist zum einen die Frage aufgeworfen, ob der Darlehensgeber für den Zessionar gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB verantwortlich ist (dazu A.) und zum anderen, ob den Zessionar selbst eine eigene Rücksichtspflicht gegenüber dem Darlehensnehmer trifft (dazu B.).

A. Verantwortlichkeit des Darlehensgebers für den Zessionar gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB

Nach der Darstellung des Meinungsstandes zum Bestehen einer Gehilfenstellung des Zessionars (dazu I.) wird begründet, warum dem Zessionar eine solche Stellung zukommt (dazu II.) und warum er diese auch dann behält, wenn er den Pflichten des Darlehensgebers beitrifft (dazu III.).

1 An dieser Stelle sei auf den Unterschied dieser beispielhaft genannten Pflichtverletzungen hingewiesen. Während Kündigung und Weiterplatzierung unmittelbar auf den Zessionsgegenstand bezogene Rechtsgeschäfte sind, ist die Geheimnisoffenbarung kein Rechtsgeschäft – sie kann sich, muss sich aber nicht unmittelbar auf den Zessionsgegenstand beziehen.

I. Meinungsstand zur Gehilfenstellung des Zessionars

Die Frage, ob der Darlehensgeber oder der Zedent allgemein gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB für den Zessionar verantwortlich ist, wird, soweit ersichtlich, kaum behandelt:

Betreffend den Fall, dass der Zessionar unberechtigt die Kündigung des Darlehens erklärt, behandeln *Mülbert* und *Christoph A. Weber* die Frage, ob der Zessionar Erfüllungsgehilfe des Darlehensgebers ist: *Mülbert* lehnt dies wohl grundsätzlich ab (auf seine Ansicht wird unten bei der Erörterung der Frage nach dem Wegfall der Gehilfenstellung des Zessionars durch dessen Schuldbeitritt näher eingegangen, da sie mit dieser Frage eng verknüpft ist).² — Demgegenüber rechnet *C. A. Weber* die unzulässige Kündigung durch den Zessionar dem Darlehensgeber gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB zu. Dies begründet er mit dem Rechtsgedanken des § 404 BGB (Schlechterstellungsverbot).³

Georg Caspers diskutiert zwar nicht die Gehilfenstellung des Zessionars, aber dafür die des Bevollmächtigten; ihn sieht er als Rücksichtspflichtgehilfen des Vollmachtgebers an.⁴ — Bemerkenswert ist dies eingedenk der Nähe der Vollmacht (§ 166 Abs. 2 Satz 1 BGB) zur Ermächtigung (§ 185 Abs. 1 BGB) und deren Verbindungslinien zur Abtretung.⁵ Sichtbar werden diese Verbindungslinien vor dem Hintergrund der römischrechtlichen Vertretungskonstruktionen und *Mühlenbruchs* Ausübungslehre;⁶ so kommt die Ermächtigung, ein Gestaltungsrecht auszuüben, dessen Übertragung nahe.⁷

2 Siehe Staudinger/*Mülbert*, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 229 a. E. und näher zu dessen Auffassung unten § 10 A. III.

3 BeckOGK ZivR/*C. A. Weber*, 1.8.2024, BGB § 490 Rn. 190. — Mit Blick auf fiduziarische Sicherheiten den Forderungskäufer als Erfüllungsgehilfen des Verkäufers hinsichtlich der Sorgfaltspflichten aus dem Treuhandverhältnis bewertend *Dieckmann*, BWNotZ 2008, 166 (175). — Die umgekehrte Frage, ob der Veräußerer Erfüllungsgehilfe des Erwerbers ist, verneinen *Reuter/Buschmann*, ZIP 2008, 1003 (1007).

4 Staudinger/*Caspers*, BGB, 2019, BGB § 278 Rn. 23.

5 Siehe zu den Ähnlichkeiten zwischen der Vollmacht und der Ermächtigung *Zehlein*, NZM 2015, 31 (33 f.); Staudinger/*Schilken*, BGB, 2019, BGB vor §§ 164 ff. Rn. 64; *MüKoBGB/Schubert*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, BGB § 164 Rn. 66 f.

6 Siehe zu römischrechtlichen Vertretungskonstruktionen wie dem *mandatum in rem suam* oben § 3 A. I. 2; siehe zu *Mühlenbruchs* Ausübungslehre oben § 3 A. V.

7 So hat der *Bundesgerichtshof* die Frage der Abtretbarkeit des Kündigungsrechts teils dahinstehen lassen, da eine unwirksame Abtretung in eine Ermächtigung zur Kündigung i. S. d. § 185 Abs. 1 BGB umzudeuten (§ 140 BGB) wäre; siehe betreffend die Mietvertragskündigung *BGH*, Urt. v. 10.12.1997 – XII ZR 119/96, NJW 1998, 896 (897); ebenso betreffend das Wandlungsrecht *BGH*, Urt. v. 23.2.1977 – VIII ZR 124/75, BGHZ 68, 118 (124 f.).

II. Begründung der Gehilfenstellung des Zessionars

Der Schuldner hat gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Verschulden gemäß § 278 Satz 1 BGB ist im Sinne eines schuldhaften Verhaltens zu verstehen, umfasst also auch den Pflichtverstoß.⁸ Zu den Verbindlichkeiten des Schuldners zählen auch die Rücksichtspflichten i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB.⁹ Der Schuldner bedient sich einer Person zur Erfüllung seiner Rücksichtspflichten, wenn er ihr willentlich eine gesteigerte Möglichkeit eröffnet, auf die Belange des Gläubigers einzuwirken.¹⁰

Der Darlehensgeber schafft durch die Ausplatzierung die gesteigerte Möglichkeit für den Zessionar, auf die Belange des Darlehensnehmers einzuwirken: Dadurch, dass er mit ihm Bankgeheimnisse des Darlehensnehmers teilt, ermöglicht er ihm, diese zu offenbaren. Und indem er ihm seine Rechte abtritt, eröffnet er ihm die Möglichkeit, diese unberechtigt geltend zu machen bzw. auszuüben oder einer ausgeschlossenen Person, z. B. einem Loan-to-Own-Investor, Empty-Creditor oder Konkurrenten des Darlehensnehmers, zu übertragen. Ausgehend von den obigen Grundsätzen ist der Darlehensgeber gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB für den Zessionar verantwortlich.

Auch unter Wertungsgesichtspunkten überzeugt es, den Zessionar als Rücksichtspflichtgehilfen des Darlehensgebers anzusehen. Hierfür spricht

8 Siehe MüKoBGB/*Grundmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 278 Rn. 50; BeckOK BGB/*Lorenz*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 278 Rn. 48 und 50.

9 BGH, Urt. v. 3.7.1985 – VIII ZR 102/84, BGHZ 95, 170 (179); Urt. v. 11.7.1995 – X ZR 123/92, NJW-RR 1995, 1241 (1242); MüKoBGB/*Grundmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 278 Rn. 21; Jauernig/*Stadler*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 278 Rn. 10; Schulze/*ders.*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 278 Rn. 9.

10 Siehe zum Erfordernis eines voluntativen Elements BGH, Urt. v. 21.4.1954 – VI ZR 55/53, BGHZ 13, 111 (113 f.); Urt. v. 25.3.1982 – VII ZR 60/81, BGHZ 83, 293 (297); Jauernig/*Stadler*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 278 Rn. 10; Schulze/*ders.*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 278 Rn. 9. — Siehe zur Rechtfertigung der Anwendung des § 278 BGB infolge gesteigerter Einwirkungsmöglichkeiten mit Blick auf den Rechtsgedanken des § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 23 Rn. 38 und 39 a. E. — Hinsichtlich der Schutzpflichten für eine großzügigere Anwendung des § 278 BGB plädierend *Staudinger/Caspers*, BGB, 2019, BGB § 278 Rn. 43: Der „Gehilfe [müsse] nicht speziell in den Pflichtenkreis des Schuldners gegenüber dem Gläubiger eingebunden sein“. Es genüge, „dass seine Tätigkeit schädliche Auswirkungen auf den Gläubiger haben kann“.

zunächst das allgemeine zessionsrechtliche Schlechterstellungsverbot.¹¹ — Der Rechtsgedanke des § 540 Abs. 2 BGB stützt dieses Ergebnis.¹² Nach dieser Vorschrift hat der Mieter auch bei einer berechtigten Gebrauchsüberlassung das Verschulden des Dritten zu vertreten. Mit der berechtigten Gebrauchsüberlassung ist die erlaubte Zession strukturell vergleichbar, wie die folgende Überlegung verdeutlicht:

Der Vermieter gestattet dem Mieter nicht bloß die Gebrauchsüberlassung, sondern beide gestalten den gemäß § 399 Alt. 1 BGB nachgiebig personengebundenen¹³ Anspruch auf Gebrauchsüberlassung (§ 535 Abs. 1 Satz 1 BGB) übertragbar aus. Nun tritt der Mieter diesen Anspruch an den Untermieter ab. — Auch bei einer solchen Gestaltung hat der Mieter ein dem Untermieter bei dem Gebrauch der Mietsache zur Last fallendes Verschulden gemäß § 540 Abs. 2 BGB zu vertreten.¹⁴ Insofern induziert der

-
- 11 Mit dem zessionsrechtlichen Schlechterstellungsverbot argumentierend BeckOGK ZivR/C. A. Weber, 1.8.2024, BGB § 490 Rn. 190. Siehe zu diesem Verbot mit Blick auf die im weiteren Sinne höchstpersönlichen Forderungen, die die Leistungshandlung als Bezugspunkt der Interessenbeeinträchtigung haben, oben § 7 C. IV. 1. a).
- 12 Vgl. zu dessen Verallgemeinerbarkeit MüKoBGB/Grundmann, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 278 Rn. 28 Fn. 105.
- 13 Siehe RG, Urt. v. 31.3.1911 – 212/10 III, JW 1911, 487 Nr. 7; Urt. v. 2.10.1930 – 288/30 VIII, JW 1931, 2946 (2947); OGH, Urt. v. 26.1.1950 – I ZS 54/49, NJW 1950, 502 (503); BGH, Urt. v. 25.9.1972 – VIII ZR 102/71, NJW 1972, 2036; Urt. v. 26.1.1994 – XII ZR 93/92, NJW-RR 1994, 558; Urt. v. 2.7.2003 – XII ZR 34/02, NJW 2003, 2987; Urt. v. 30.10.2009 – V ZR 42/09, NJW 2010, 1074 (1075 Rn. 14); Urt. v. 8.4.2020 – VIII ZR 130/19, NJW-RR 2020, 779 (787 Rn. 77); Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht, 13. Bearb. 1950, § 78 IV 1 a, S. 300; BGB-RGRK/Weber, Bd. II/1, 12. Aufl. 1976, BGB § 399 Rn. 21; Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, § 34 II 2, S. 582; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. I/2, 8. Aufl. 2000, § 37 I 2 e, S. 308; K. Tonner/Willingmann/Tamm/dies., VertrR Komm., 2010, BGB § 399 Rn. 2; Staudinger/V. Emmerich, BGB, 2021, BGB § 540 Rn. 62; MüKoBGB/Kieninger, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 25; PWW/H.-F. Müller, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 4; BeckOK BGB/Rohe, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 5. Siehe zur nachgiebigen Personengebundenheit des Gebrauchsüberlassungsanspruches auch oben § 7 C. IV. 1. b).
- 14 Allgemein wird als Obhutspflichtgehilfe des Mieters angesehen, wer auf seine Veranlassung mit der Mietsache in Kontakt kommt, siehe RG, Urt. v. 2.1.1923 – III 151/22, RGZ 106, 133 f.; BGH, Urt. v. 14.4.1976 – VIII ZR 288/74, BGHZ 66, 349 (354); Urt. v. 17.10.1990 – VIII ZR 213/89, BGHZ 112, 307 (309 f.); Urt. v. 15.5.1991 – VIII ZR 38/90, NJW 1991, 1750 (1752); Urt. v. 21.5.2010 – V ZR 244/09, NJW 2010, 2341 (2342 Rn. 19); Urt. v. 9.11.2016 – VIII ZR 73/16, NJW-RR 2017, 134 (136 Rn. 17); Emmerich/Sonnenschein/Emmerich, HK-Miete, 11. Aufl. 2014, § 540 Rn. 21; Medicus/Lorenz, Schuldrecht BT, 18. Aufl. 2018, § 23 Rn. 38 und § 24 Rn. 89; Jauernig/Stadler, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 278 Rn. 10; Looschelders, Schuldrecht BT, 19. Aufl. 2024, § 22 Rn. 66.

Rechtsgedanke des § 540 Abs. 2 BGB die Verantwortlichkeit des Zedenten für den Zessionar gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB, soweit er ihm gesteigerte Einwirkungsmöglichkeiten auf die Belange des Schuldners eröffnet.

Willigt der Darlehensnehmer in die Abtretung ein, z. B. in einer Abtretungsklausel, steht dies der Gehilfenstellung des Zessionars nicht entgegen. Denn die bloße Zustimmung des Gläubigers dazu, dass sich der Schuldner eines Gehilfen bedient, qualifiziert letzteren nicht schon zum Substituten.¹⁵

Schließlich ist noch zu bemerken, dass auch der Zessionar des Zessionars ein Rücksichtspflichtgehilfe des Darlehensgebers ist. Insofern liegt insbesondere auch das voluntative Element vor. Denn hierzu genügt es, wenn der Schuldner damit rechnen muss, dass der Erfüllungsgehilfe weitere Hilfspersonen einschaltet.¹⁶ Und damit, dass der Zessionar weiterzediert, hat der Darlehensgeber zu rechnen.

III. Kein Wegfall der Gehilfenstellung des Zessionars infolge seines Beitritts zu den Darlehensgeberpflichten

Der Darlehensgeber und der Zessionar können gemäß § 328 Abs. 1 BGB zugunsten des Darlehensnehmers vereinbaren, dass der Zessionar den (Rücksichts-)Pflichten aus dem Darlehensvertrag beitrifft.¹⁷ Der Schuldbeitritt begründet als ein selbständiger und einseitiger Verpflichtungsvertrag ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis gemäß § 311 Abs. 1 BGB.¹⁸ Verstößt der Zessionar gegen eine Pflicht, der er beigetreten ist, kündigt er z. B. un-

15 Vgl. BeckOK BGB/Lorenz, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 278 Rn. 16.

16 Siehe BGH, Urt. v. 18.10.1951 – III ZR 138/50, NJW 1952, 217 f.; Urt. v. 24.9.1996 – XI ZR 318/95, NJW-RR 1997, 116; Urt. v. 9.7.1998 – III ZR 158/97, NJW 1998, 2898 (2899); Urt. v. 8.1.2004 – VII ZR 181/02, NJW 2004, 2156 (2157); Urt. v. 14.5.2012 – II ZR 69/12, NJW-RR 2012, 1316 (1317 f. Rn. 14); MüKoBGB/Grundmann, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 278 Rn. 44; BeckOK BGB/Lorenz, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 278 Rn. 15.

17 Einen Schuldbeitritt können außer dem Beitretenden und dem Gläubiger auch der Erstschuldner und der Beitretende zugunsten des Gläubigers vereinbaren – echter Vertrag zugunsten Dritter i. S. d. § 328 Abs. 1 BGB, BGH, Urt. v. 26.11.1964 – VII ZR 75/63, BGHZ 42, 381 (384 f.); Urt. v. 26.10.1978 – VII ZR 71/76, BGHZ 72, 246 (250); Edenfeld, JZ 1997, 1034 (1035); Madaus, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, 2001, S. 147 ff.; Hammen, Bankrechtstag 2005, 2006, 113 (142); Hinrichs/Jaeger, NJW 2010, 2017 f.; MüKoBGB/Heinemeyer, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB vor § 414 Rn. 12.

18 Siehe zur Einordnung des Schuldbeitritts als selbständiger und einseitiger Verpflichtungsvertrag Madaus, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, 2001, S. 10 f.; Ellenberger/Nobbe/Derstadt, Kommentar zum Kreditrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, vor § § 765 ff. Rn. 38.

zulässigerweise, verletzt er nicht nur seine Pflicht aus diesem Schuldverhältnis, sondern handelt auch der entsprechenden Pflicht des Darlehensgebers zuwider. Angesichts des eigenen Pflichtverstoßes des Zessionars fragt es sich nun, ob dessen Verhalten noch dem Darlehensgeber gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB zugerechnet werden kann.

Mit Blick auf den Fall der unzulässigen Kündigung durch den Zessionar oder den zur Kündigung Ermächtigten meint *Mülbert*, der Darlehensgeber und der Zessionar/Ermächtigte vereinbarten konkludent einen Schuldbeitritt des Zessionars/Ermächtigten zur Kapitalbelassungspflicht des Darlehensgebers.¹⁹ Kündige der Zessionar/Ermächtigte unberechtigt, verletze er daher eine eigene und keine fremde Pflicht; daran scheitere eine Zurechnung gemäß § 278 BGB.²⁰ Die Frage, ob der Zessionar/Ermächtigte Erfüllungsgehilfe des Darlehensgebers ist, wenn er der Schuld nicht beitrifft, verneint er wohl.²¹ *Mülberts* Ansicht wird nicht gefolgt:

Als Ausgangspunkt ist zu konstatieren, dass der Darlehensgeber aus den oben genannten Gründen für den Zessionar/Ermächtigten jedenfalls dann gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB verantwortlich ist, wenn dieser nicht dessen Rücksichtspflichten beitrifft.²² Hiervon ausgehend bleibt zu beantworten, ob eine an sich bestehende Gehilfenstellung des Zessionars/Ermächtigten insoweit entfällt, als dieser den Pflichten des Zedenten beitrifft. Das ist zu verneinen:²³

19 Staudinger/*Mülbert*, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 228 ist der Ansicht, ein unberechtigtes Rückzahlungsverlangen verletze die Leistungspflicht zur Kapitalbelassung und keine Rücksichtspflicht (siehe dazu oben § 6 D. II. 3. a) aa) und § 9 A. II. 3.). Dem entsprechend geht er von einem Schuldbeitritt zur Kapitalbelassungspflicht aus (Staudinger/*Mülbert*, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 229). — Ausführlicher zum Schuldbeitritt des Zessionars gemäß § 328 Abs. 1 BGB unten § 10 B. II und zur Frage dessen konkludenten Zustandekommens unten § 10 B. II. 2. a).

20 Staudinger/*Mülbert*, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 229.

21 Staudinger/*Mülbert*, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 229 a. E. führt aus, der Darlehensgeber habe ausnahmsweise, nach §§ 280, 241 BGB, wenn er das Recht zu kündigen abtritt oder zu dessen Ausübung ermächtigt, ohne dafür den Beitritt des Zessionars zur Kapitalbelassungspflicht zu vereinbaren. — Damit dürfte er jedoch nicht meinen, dass dann eine Zurechnung erfolgt – schließlich zitiert er § 278 BGB nicht. Er meint wohl eher, der Darlehensgeber selbst verletze dann schon durch die Abtretung oder die Ermächtigung eine Pflicht. — Siehe zur Verpflichtung des Darlehensgebers zum Abschluss eines Schuldbeitritts unten § 10 B. II. 1 und zu den Rechtsfolgen deren Verletzung unten § 10 B. II. 2. b) bb).

22 Siehe zur Begründung des Bestehens einer Gehilfenstellung des Zessionars oben § 10 A. II.

23 Insofern handelt es sich bei dem Beitritt des Erfüllungsgehilfen zur Verbindlichkeit des Schuldners um eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass Gesamtschuldner un-

Bei einem vertraglichen Schuldverhältnis hat sich der Gläubiger seinen Schuldner, z. B. ein solventes Kreditinstitut, als Haftenden und nicht dessen Gehilfen ausgesucht. Könnte sich der Schuldner seiner Haftung für den Rücksichtspflichtgehilfen entledigen, indem er diesen seiner Schuld beitreten lässt, verkehrte dies den Schuldbeitritt als einen Vertrag zugunsten eines Dritten (§ 328 Abs.1 BGB) in einen unzulässigen Vertrag zulasten eines Dritten.²⁴

B. Pflichten des Zessionars gegenüber dem Darlehensnehmer

Den Darlehensnehmer interessiert, dass neben dem Darlehensgeber auch dessen Zessionar an die nach dem Inhalt des darlehensvertraglichen Schuldverhältnisses bestehenden Rücksichtspflichten gemäß § 241 Abs.2 BGB gebunden ist. Denn erfährt der Darlehensnehmer, dass der Zessionar im Begriff ist, eines seiner geschützten Interessen zu verletzen, z. B. die Darlehensgeberrechte einer ausgeschlossenen Person abzutreten, kann er dann immerhin versuchen, dies mittels einer einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO zu unterbinden.²⁵

tereinander im Verhältnis zum Gläubiger keine Erfüllungsgehilfen sind; siehe zu diesem Grundsatz jurisPK-BGB/*Seichter*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 278 Rn. 20.

24 Siehe zur Unzulässigkeit eines Vertrages zulasten Dritter *BGH*, Urt. v. 9.3.1972 – VII ZR 178/70, BGHZ 58, 216 (220); Urt. v. 8.11.1973 – VII ZR 246/72, BGHZ 61, 359 (361); Urt. v. 12.11.1980 – VIII ZR 293/79, BGHZ 78, 369 (374 f.); Urt. v. 14.7.1995 – V ZR 31/94, NJW 1995, 3183 (3184); Beschl. v. 30.4.2014 – XII ZB 668/12, NJW 2014, 1882 (1883 Rn. 18); MüKoBGB/*Gottwald*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 328 Rn. 263.

25 Inwiefern einer Rücksichtspflicht generell ein Unterlassungsanspruch korrespondiert, ist zwar heftig umstritten: Grundsätzlich bejahend *Motzer*, JZ 1983, 884 (886 ff.); *Soergel/Teichmann*, BGB, Bd. 2, 12. Aufl. 1990, BGB § 242 Rn. 174 und 189; MüKoBGB/*Kramer*, Bd. 2a, 4. Aufl. 2003, BGB § 241 Rn. 12; *Medicus*, FS Canaris, Bd. I, 2007, 835 (839); *Bachmann/Schirmer*, FS Canaris, 2017, 371 (401); *Erman/Westermann*, BGB, Bd. 1, 15. Aufl. 2017, BGB § 241 Rn. 8; *Brömmelmeyer*, Schuldrecht AT, 2. Aufl. 2020, § 3 Rn. 18; *Kähler*, NJW 2020, 113 (114 ff.); MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 181 f.; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 1 Rn. 25; *Erman/Martens*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 241 Rn. 13; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, § 11 Rn. 207; *PWW/Kramme*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 241 Rn. 24; *Weiler*, Schuldrecht AT, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 16. Klagbarkeit implizierend *BAG*, Urt. v. 26.4.2017 – 5 AZR 962/13, BAGE 159, 69 (78 f. Rn. 34 ff.). Etwas vorsichtiger *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 19.11.2004 – 22 U 71/04, NJOZ 2005, 1657 (1658). Für eine Abwägungslösung *OLG Saarbrücken*, Urt. v. 13.6.2012 – 1 U 357/11-107, NZBau 2012, 654 (655); *Köhler*, AcP 190 (1990), 496 (509 f.); *F. Hofmann*, Unterlassungsanspruch, 2017, S. 222; *Staudinger/Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 557. In Ausnahmefällen bejahend *Larenz*, Schuldrecht,

Wie groß das Interesse des Darlehensnehmers an einer Eigenhaftung des Zessionars im Schadensfalle ist, hängt maßgeblich davon ab, wie die Antwort auf die zuvor behandelte Frage nach der Verantwortlichkeit des Darlehensgebers für den Zessionar gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB ausfällt.²⁶ Verneinte man sowohl diese Zurechnungsfrage als auch die außerdeliktische Eigenhaftung des Zessionars, könnte der Darlehensnehmer wegen einer an sich pflichtwidrigen und schuldhaften Schädigung durch den Zessionar weder von diesem noch vom Darlehensgeber Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB verlangen. Spätestens dieses Ergebnis veranlasste dann wieder dazu, einen Schritt zurückzugehen und zu fragen, ob der Darlehensgeber eine Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB gegenüber dem Darlehensnehmer verletzt, wenn er seine Rechte jemandem abtritt, der nicht dessen Rücksichtspflichten gegenüber dem Darlehensnehmer beigetreten ist.

Vor diesem Hintergrund wird untersucht, inwiefern den Zessionar Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB aus einem Zessionarschuldverhältnis mit

Bd. 1, 14. Aufl. 1987, § 2 I, S. 12; BeckOK BGB/*Sutschet*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 241 Rn. 43. Betreffend Aufklärungspflichten bestehe regelmäßig keine Klagbarkeit, *BGH*, Ur. v. 17.12.2020 – I ZR 228/19, NJW 2021, 2023 (2025 Rn. 23). Kein materielles Abwehrrecht, aber verfahrensrechtliche Sicherung in Betracht ziehend *OLG Frankfurt a. M.*, Ur. v. 26.6.1984 – 8 U 15/84, JZ 1985, 337. Ablehnend *Madaus*, JURA 2004, 289 (290 Fn. 18); *Joussen*, Schuldrecht I, 5. Aufl. 2018, § 1 Rn. 39; *Korch*, ZfPW 2020, 189 (198 ff.); *Jauernig/Mansel*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 241 Rn. 10; *jurisPK-BGB/Toussaint*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 241 Rn. 46; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 2 Rn. 11; *Schulze/ders.*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 241 Rn. 4. — Speziell betreffend das Bankgeheimnis wird indes ein Unterlassungsanspruch, der durch einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO gesichert werden kann, bejaht, siehe *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157 (1159); *Staub/Canaris*, HGB, Bd. 5/1, 4. Aufl. 2005, Rn. 70; *Beucher/Räther/Stock*, AG 2006, 277 (282); *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 154; *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (99); ausführlich *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 502 ff.; *Derleder/Knops/Bamberger/Beckhusen/Martens*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 8 Rn. 63; *PWW/Kramme*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 241 Rn. 24. — Die Möglichkeit, einen Abtretungsunterlassungsanspruch mittels einstweiliger Verfügung nach § 935 ZPO sichern zu können, wird überwiegend bejaht, siehe *Baukelmann*, FS Brandner, 1996, 185 (198); *Wagner*, Forderungsabtretung, 1999, 27 (71); *Bauer*, § 354a HGB, 2001, S. 75; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, Klauseln A 47; anderer Ansicht *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 104 f. Siehe ferner (Sicherungsmöglichkeit des schuldrechtlichen Veräußerungsverbotes allgemein bejahend) *BGH*, Beschl. v. 5.12.1996 – V ZB 27/96, BGHZ 134, 182 (187); *Wassermann/Damm*, AK-BGB, Bd. 1, 1987, BGB § 137 Rn. 11; *Boecken*, BGB AT, 3. Aufl. 2019, Rn. 438; anderer Ansicht *Staudinger/Kohler*, BGB, 2021, BGB § 137 Rn. 62. — Siehe dazu auch oben vor § 9.

26 Siehe zur Verantwortlichkeit des Darlehensgebers für den Zessionar gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB oben § 10 A.

dem Darlehensnehmer treffen (dazu I.). Abschließend widmet sich die Arbeit der zuvor angesprochenen Frage nach einem Schuldbeitritt des Zessionars zu den Rücksichtspflichten des Darlehensgebers (dazu II.).

I. Schuldverhältnis zwischen Zessionar und Darlehensnehmer

Nach der Darstellung des Meinungsstandes zur Frage des Bestehens eines Schuldverhältnisses mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB zwischen Zessionar und Schuldner (dazu I.) wird begründet, warum das zessionsrechtliche Schlechterstellungsverbot die Annahme inhaltsgleicher Rücksichtspflichten des Zessionars gegenüber dem Schuldner gebietet (dazu 2.) und warum ein Zessionarschuldverhältnis sui generis die Geltung solcher Pflichten am besten erklären kann (dazu 3.).

1. Meinungsstand zum Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen Zessionar und Schuldner

Die Frage, ob der Zessionar und der Schuldner Teile eines Schuldverhältnisses sind, das beide zur Rücksicht nach § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, scheint selten, und wenn, dann mehr nur am Rande erörtert zu werden:

Das *Oberlandesgericht Frankfurt*, *Martin Fries* und *Rolf Stürner* stellen fest, dass durch die Abtretung zwischen dem Schuldner und dem Zessionar ein Schuldverhältnis im weiteren Sinne entstehe.²⁷ — *Jan Lieder* meint, nach der Abtretung bestehe das auf die Forderung bezogene Schutzpflichtverhältnis i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB zwischen Schuldner und Zessionar.²⁸ — *Eva-Maria Kieninger* zufolge träfen den Zessionar die allgemeinen Nebenpflichten gegenüber dem Schuldner, namentlich die zur Rücksichtnahme.²⁹ — *Alexander Reuter* und *Marco Buschmann* vertreten die Ansicht, dass derjenige, der den Kredit erwerbe, den „gleichen Verhaltenspflichten“ wie der

27 *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 23.5.1989 – 5 U 160/88, NJW-RR 1989, 891; Jauernig/Stürner, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 398 Rn. 3; Schulze/Fries, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 398 Rn. 6. Siehe andeutungsweise auch *Dieckmann*, BWNöZ 2008, 166 (175), der davon spricht, dass durch die Abtretung eine „Sonderverbindung zwischen Abtretungsempfänger und Schuldner“ entstehe.

28 Nach BeckOGK ZivR/Lieder, 1.8.2024, BGB § 398 Rn. 192 „besteht auch das auf die zederte Forderung bezogene Schutzpflichtverhältnis iSd § 241 Abs. 2 nunmehr zwischen Zessionar und Schuldner“.

29 MüKoBGB/Kieninger, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 398 Rn. 99.

Veräußerer unterliege und in „seiner Person Haftungstatbestände erfüllen“ könne.³⁰

Eine ohne Weiteres bestehende Pflicht des Zessionars zur Wahrung der Geheimhaltungsinteressen des Schuldners lehnt *Horst Hammen* wohl ab. So bemüht er einen stillschweigenden Schuldbeitritt des Zessionars, um dessen Pflicht zur Einhaltung des Bankgeheimnisses zu begründen.³¹ — Auch *Bitter* erscheint es fraglich, woraus sich eine Verschwiegenheitspflicht des Zessionars ergeben solle.³² — Dass den Zessionar keine Rücksichtspflichten treffen, impliziert eine den Eintritt des Zessionars „an die Stelle des bisherigen Gläubigers“ (§ 398 Satz 2 BGB) betreffende Aussage von *Lisa Schlichting* und *Martin Fornoff*, wonach der Zedent der Schuldner der Nebenpflichten aus dem den abgetretenen Forderungen zugrundeliegenden Schuldverhältnis, z. B. zur Rücksichtnahme, bleibe.³³

2. Gebotenheit inhaltsgleicher Rücksichtspflichten des Zessionars gegenüber dem Schuldner

In Anbetracht zessionsrechtlicher Wertungen erscheint es geboten, dass die in Bezug auf den Abtretungsgegenstand zwischen dem Zedenten und dem Schuldner jeweils bestehenden Rücksichtspflichten inhaltsgleich auch im Verhältnis zwischen dem Zessionar und dem Schuldner gelten.

Das Bestehen inhaltsgleicher Rücksichtspflichten des Schuldners gegenüber dem Zessionar legt schon die Regelung des § 398 Satz 2 BGB nahe. Denn tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen, ist es nur folgerichtig, wenn der Schuldner bei der Leistung an diesen darauf Rücksicht nehmen muss, dessen Rechte, Rechtsgüter und Interessen nicht zu verletzen.

In Betreff des Abtretungsgegenstandes für den Zessionar inhaltsgleiche Rücksichtspflichten gegenüber dem Schuldner anzunehmen, gebietet das zessionsrechtliche Schlechterstellungsverbot: Dieses Schlechterstellungsverbot ist Ausprägung des Grundsatzes, dass niemand mehr Recht

30 *Reuter/Buschmann*, ZIP 2008, 1003 (1007). Dem Zitat geht der Satz voraus, dass „[n]ach § 406 BGB [...] eine Aufrechnungslage, die bei Abtretung bestand, auch gegenüber dem Kreditgeber bestehen“ bleibe, was darauf schließen lässt, dass sie unter einem Kreditgeber (auch) einen Zessionar und nicht (nur) den Übernehmer der Vertragsposition verstehen.

31 *Hammen*, Bankrechtstag 2005, 2006, 113 (142). Siehe dazu noch unten § 10 B. II. 2. a).

32 *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (419).

33 Siehe *Schlichting/Fornoff*, BKR 2024, 517 (519).

übertragen kann, als er selbst innehat;³⁴ es kommt in den Vorschriften der §§ 399 Alt. 1, 404 und 406 BGB zum Ausdruck und besagt, dass der Schuldner durch die Abtretung keinen über den Gläubigerwechsel als solchen hinausgehenden Nachteil erleiden soll.³⁵ Demnach ist zu fragen, ob der Schuldner einen Nachteil erleidet, wenn der Zessionar ihm gegenüber nicht gleichermaßen zur Rücksicht verpflichtet ist wie der Zedent:

Dies ist leicht zu bejahen, wenn man die Verantwortlichkeit des Zedenten für den Zessionar gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB ablehnte. Denn außerdeliktisch haftete dem durch den Zessionar geschädigten Schuldner dann weder Zedent noch Zessionar.

Aber auch wenn die Rücksichtspflichtgehilfenstellung des Zessionars bejaht wird, ist die Annahme inhaltsgleicher Rücksichtspflichten erforderlich, um zu verhindern, dass die Abtretung die Rechtsstellung des Schuldners verschlechtert:

Dem Schuldner entsteht ein Nachteil, wenn der Zessionar andernfalls keinen Anreiz hat, eine Verletzung der Schuldnerinteressen zu vermeiden. Ein solcher Anreiz dürfte allerdings nur selten fehlen. Denn löst der Zessionar durch die Verletzung eine Ersatzpflicht des Zedenten aus, wird er dadurch zumeist eine Rücksichtspflicht aus dem Kausalverhältnis mit dem Zedenten verletzen, sodass dieser ihn in Regress nehmen kann. Regelmäßig dürfte der Zessionar daher immerhin mittelbar ein Interesse daran haben, den Schuldner nicht zu schädigen.

34 „Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet“ (*Ulpian*, D. 50,17,54). — Siehe zu diesem Grundsatz im Kontext des § 404 BGB *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, Motive, S. 70; *RG*, Urt. v. 11.11.1913 – III 270/13, *RGZ* 83, 279 (282 f.); Urt. v. 15.1.1943 – VI (VII) 95/42, *RGZ* 170, 285 (290); *BGH*, Urt. v. 28.1.1960 – II ZR 236/57, *BGHZ* 32, 35 (42); *Staudinger/Busche*, BGB, 2022, BGB § 404 Rn. 2; *MüKoBGB/Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 404 Rn. 1. Siehe zu diesem Grundsatz auch oben § 3 C. I. 1. c) bb) bbb) (2).

35 Siehe zum zessionsrechtlichen Schlechterstellungsverbot mit Blick auf die im weiteren Sinne höchstpersönlichen Forderungen, welche die Leistungshandlung als Bezugspunkt der Interessenbeeinträchtigung haben, oben § 7 C. IV. 1. a). — In Betreff des Schlechterstellungsverbotes § 404 BGB zitierend *BeckOGK ZivR/C. A. Weber*, I.8.2024, BGB § 490 Rn. 190. — Auf § 406 BGB verweisend *BGH*, Urt. v. 28.11.1955 – II ZR 153/54, *BGHZ* 19, 153 (156); Urt. v. 27.4.1972 – II ZR 122/70, *BGHZ* 58, 327 (331); *Staudinger/Busche*, BGB, 2022, BGB § 404 Rn. 2; *MüKoBGB/Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 404 Rn. 1. — Vgl. auch *Nörr/Scheyhing/Pöggeler/Scheyhing/Nörr*, Sukzessionen, 2. Aufl. 1999, § 1, S. 7; *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 54: Der Eingriff werde nur „dadurch erträglich, dass der Gesetzgeber dem Forderungsschuldner umfassenden Schutz nach §§ 404 ff. BGB gewährt. Dieser Schutz bildet das notwendige Korrelat zur Verfügungsfreiheit des Gläubigers“.

Einen rechtlichen Nachteil erleidet der Schuldner hinsichtlich seiner Rechtsschutzmöglichkeiten: Vor der Abtretung besteht für ihn die Möglichkeit, eine drohende Rücksichtspflichtverletzung, z. B. einen Verstoß gegen das Bankgeheimnis oder eine pflichtwidrige Abtretung, durch eine einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO unterbinden zu lassen.³⁶ Unterliegt der Zessionar hinsichtlich der abgetretenen Rechte inhaltsgleichen Rücksichtspflichten, behält der Schuldner diese Chance auch nach der Abtretung; andernfalls verliert er sie.

Schließlich erscheint auch mit Blick auf § 406 Halbsatz 2 Alt. 2 BGB die Annahme inhaltsgleicher Rücksichtspflichten geboten, um wenigstens eine unangemessene Benachteiligung des Schuldners zu vermeiden. Nach dieser Vorschrift kann der Schuldner eine ihm gegen den Zedenten zustehende Forderung dem Zessionar gegenüber nicht aufrechnen, wenn diese später als die abgetretene fällig geworden ist. Da der Schuldner ohne Abtretung aufrechnen könnte, schränkt diese Regelung das Schlechterstellungsverbot ohnehin schon ein.³⁷ Diese Einschränkung benachteiligt den Schuldner unangemessen, wenn es der Zessionar selbst ist, der ihn schädigt und dadurch erst die Gegenforderung zur Entstehung bringt. Um dies zu veranschaulichen, wird zunächst ein Beispielfall ohne Abtretung und dann einer mit Abtretung betrachtet:

Der Darlehensgeber verletzt eine Rücksichtspflicht, kündigt z. B. unberechtigt. Dagegen verteidigt sich der Darlehensnehmer, wodurch ihm Kosten entstehen. Diese Kosten sind ein Schaden, dessen Ersatz der Darle-

36 Die Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO zur Verhinderung einer Verletzung des Bankgeheimnisses bejahend *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157 (1159); *Staub/Canaris*, HGB, Bd. 5/1, 4. Aufl. 2005, Rn. 70; *Beucher/Räther/Stock*, AG 2006, 277 (282); *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 154; *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (99); ausführlich *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 502 ff.; *Derleder/Knops/Bamberger/Beckhussen/Martens*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 8 Rn. 63; *PWW/Kramme*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 241 Rn. 24. — Die Möglichkeit, einen Abtretungsunterlassungsanspruch mittels einstweiliger Verfügung nach § 935 ZPO sichern zu können, bejahend *Baukelmann*, FS Brandner, 1996, 185 (198); *Wagner*, Forderungsabtretung, 1999, 27 (71); *Bauer*, § 354a HGB, 2001, S. 75; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, Klauseln A 47; anderer Ansicht *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 104 f. Siehe ferner (Sicherungsmöglichkeit des schuldrechtlichen Veräußerungsverbot allgemein bejahend) *BGH*, Beschl. v. 5.12.1996 – V ZB 27/96, BGHZ 134, 182 (187); *Wassermann/Damm*, AK-BGB, Bd. 1, 1987, BGB § 137 Rn. 11; *Boecken*, BGB AT, 3. Aufl. 2019, Rn. 438; anderer Ansicht *Staudinger/Kohler*, BGB, 2021, BGB § 137 Rn. 62. — Siehe dazu auch oben vor § 9.

37 Kritisch dazu, dass dem Schuldner diese Aufrechnungsmöglichkeit genommen wird, *MüKoBGB/Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 406 Rn. 11.

hensnehmer vom Darlehensgeber fordern kann. Und mit dieser Schadensersatzforderung kann der Darlehensnehmer auch gegen eine zuvor fällig gewordene Darlehensforderung aufrechnen.

Anders verhält es sich, wenn der Darlehensgeber die Darlehensforderung abtritt, diese fällig wird und dann der Zessionar den Darlehensnehmer schädigt, indem er unberechtigt kündigt. Das schädigende Verhalten des Zessionars ist zwar dem Darlehensgeber nach § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB zuzurechnen, sodass der Darlehensnehmer eine Schadensersatzforderung gegen den Darlehensgeber hat. Mit dieser kann er aber nicht gegen die bereits fällig gewordene Darlehensforderung aufrechnen; dies ist gemäß § 406 Halbsatz 2 Alt. 2 BGB ausgeschlossen. — Eine solche Schlechterstellung wird vermieden, wenn der Zessionar bezüglich der abgetretenen Rechte gegenüber dem Darlehensnehmer zur Rücksicht verpflichtet ist. Denn verletzt der Zessionar diese Pflicht, hat der Darlehensnehmer eine Forderung gegen ihn. Damit sind die Voraussetzungen gemäß § 387 BGB erfüllt; der Darlehensnehmer kann unabhängig von § 406 BGB aufrechnen.

3. Begründung inhaltsgleicher Rücksichtspflichten des Zessionars gegenüber dem Schuldner

Die Existenz eines Schuldverhältnisses zwischen dem Schuldner und dem Zessionar mit inhaltsgleichen Rücksichtspflichten in Betreff des Gegenstandes der Abtretung lässt sich unterschiedlich begründen: So kann die Rechtsbeziehung zwischen Schuldner und Zessionar – trotz tatbestandlicher Friktionen – als ein rechtsgeschäftsähnliches Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 oder Abs. 3 Satz 1 BGB qualifiziert werden (dazu a)). — Ein gegenüber dieser Begründung vorzugswürdiger Ansatz besteht darin, ein gesetzliches Schuldverhältnis eigener Art – ein Zessionarschuldverhältnis – anzunehmen: Tritt der Zessionar gemäß § 398 Satz 2 BGB an die Stelle des Zedenten, erwirbt er die Forderung eingekleidet in einen Ausschnitt des Schuldverhältnisses zwischen dem Zedenten und dem Schuldner (dazu b)).

- a) Mögliche Begründung: Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 oder Abs. 3 Satz 1 BGB zwischen Schuldner und Zessionar

Die Frage, ob es zwischen Schuldner und Zessionar zu einem ähnlichen geschäftlichen Kontakt i. S. d. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB kommt, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet: Während *Hammen* dies ablehnt,³⁸ meint *Volker Emmerich* betreffend die Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen, dass diese zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ein rechtsgeschäftsähnliches Verhältnis gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB begründeten.³⁹ — Die Rechtsbeziehung zwischen Schuldner und Zessionar als ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 oder Abs. 3 Satz 1 BGB zu qualifizieren, erscheint nicht ausgeschlossen:

Voraussetzung des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB ist ein ähnlicher geschäftlicher Kontakt. Der Begriff *geschäftlich* soll verdeutlichen, dass die rechtliche – genauer die rechtsgeschäftsähnliche – Ebene betroffen sein muss;⁴⁰ er bezweckt, soziale oder gesellschaftliche Kontakte auszuschneiden.⁴¹ Das Merkmal *ähnlich* bezieht sich auf die gesteigerte Möglichkeit zur Einwirkung auf die Rechte, Rechtsgüter oder Interessen des anderen Teiles, die § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB voraussetzt.⁴² — Schuldner und Zessionar stehen in einer Rechtsbeziehung und aus dieser kann für beide Teile eine gesteigerte Möglichkeit, auf die Belange des jeweils anderen einzuwirken, resultieren.

Schwierigkeiten bereitet das Merkmal des *Kontaktes*, wenn es als die Aufnahme von Beziehungen im beiderseitigen Einverständnis definiert wird.⁴³ Denn § 398 Satz 2 BGB schafft einen Kontakt zwischen Zessionar und

38 Erwirbt der Zessionar eine Forderung, könne das kaum als ähnlicher geschäftlicher Kontakt i. S. d. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB mit dem Schuldner begriffen werden, stellt *Hammen*, Bankrechtstag 2005, 2006, 113 (142) fest, um zu begründen, der Zessionar sei nicht an das Bankgeheimnis gebunden. Insofern scheint er insgesamt davon auszugehen, zwischen Zessionar und Schuldner bestehe kein Schuldverhältnis im weiteren Sinne. Allerdings untermauert er sein Endergebnis damit, dass das Bankgeheimnis keine Rücksichtspflicht i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB, sondern eine Nebenleistungspflicht sei. — Siehe zur Einordnung des Bankgeheimnisses als eine Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB oben § 5 A. III.

39 *MüKoBGB/Emmerich*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 311 Rn. 50.

40 Vgl. *Hirsch*, Schuldrecht AT, 11. Aufl. 2018, Rn. 838; BeckOK BGB/*Sutschet*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 311 Rn. 51.

41 *Brömmelmeyer*, Schuldrecht AT, 2. Aufl. 2020, § 8 Rn. 29 und 31; *Schwarze*, Leistungsstörungen, 3. Aufl. 2022, § 31 Rn. 8; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 8 Rn. 7.

42 Vgl. *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 5 Rn. 7.

43 Kontakt im beiderseitigen Einverständnis für zwingend erachtend *Staudinger/Feldmann*, BGB, 2018, BGB § 311 Rn. 115.

Schuldner, ohne dass letzterer damit einverstanden sein, ja dies überhaupt nur wissen muss.

Auch die genetische Auslegung weckt Zweifel daran, unter der Forderungsbeziehung einen ähnlichen geschäftlichen Kontakt gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB zu verstehen. So wird in den Gesetzgebungsmaterialien betont, es müsse sich um potenzielle Vertragspartner handeln, womit insbesondere Kontakte im Vorfeld der Vertragsanbahnung (§ 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB) gemeint sein dürften.⁴⁴ Der Kontakt zwischen Schuldner und Zessionar findet jedoch nach Vertragsschluss statt.

Dieser zeitliche Aspekt spricht auch dagegen, § 311 Abs. 3 Satz 1 BGB anzuwenden: Der Zessionar fungiert zwar gerade bei der Ausplatzierung⁴⁵ als „Quasi-Partei“⁴⁶, wird sogar mehr als nur „gleichsam in eigener Sache tätig“⁴⁷ und hat ein eigenes und unmittelbares wirtschaftliches Interesse.⁴⁸ Bloß ist sein Interesse nicht auf den Abschluss des Vertrages,⁴⁹ sondern auf dessen Abwicklung gerichtet.

Andererseits ist mit Blick auf die Materialien auch zu sehen, dass in diesen die noch unvollendete Entwicklung der Eigenhaftung Dritter nicht nur betont, sondern deren Weiterentwicklung explizit „auch für“ § 311 Abs. 3 Satz 1 BGB erlaubt wird.⁵⁰ Vor diesem Hintergrund könnte § 311 Abs. 2 Nr. 3 oder Abs. 3 Satz 1 BGB durchaus als Rechtsgrundlage herangezogen wer-

44 Vgl. BT-Drs. 14/6040 S. 163: „Voraussetzung für eine Haftung ist, dass es sich um die an dem potenziellen Vertrag Beteiligten handelt. Nicht ohne Weiteres erfasst werden Dritte, die in einem Näheverhältnis zu einer der Vertragsparteien stehen“. — Die Formulierung „[n]icht ohne Weiteres“ erlaubt freilich den Umkehrschluss, dass § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB Dritte ausnahmsweise unterfallen können.

45 Anders verhält es sich etwa bei einer Sicherungsabtretung.

46 MüKoBGB/Emmerich, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 311 Rn. 50.

47 BGH, Urt. v. 17.6.1991 – II ZR 171/90, NJW-RR 1991, 1241 (1242); Urt. v. 29.1.1992 – VIII ZR 80/91, NJW-RR 1992, 605; Madaus, JURA 2006, 881 (884).

48 Der Prokurator in rem suam muss ein eigenes und unmittelbares wirtschaftliches Interesse am Vertragsschluss haben, BGH, Urt. v. 17.9.1954 – V ZR 32/53, BGHZ 14, 313 (318); Urt. v. 5.4.1971 – VII ZR 163/69, BGHZ 56, 81; Urt. v. 17.6.1991 – II ZR 171/90, NJW-RR 1991, 1241 (1242); Urt. v. 29.1.1992 – VIII ZR 80/91, NJW-RR 1992, 605; Madaus, JURA 2006, 881 (884); Staudinger/Feldmann, BGB, 2018, BGB § 311 Rn. 197; MüKoBGB/Emmerich, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 311 Rn. 50; BeckOK BGB/Sutschet, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 311 Rn. 121.

49 Dieses Erfordernis kann aus der Formulierung „werden sollen“ in § 311 Abs. 3 Satz 1 BGB abgeleitet werden.

50 Siehe BT-Drs. 14/6040 S. 163. — Siehe zu § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB als einem betont weiten Tatbestand MüKoBGB/Emmerich, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 311 Rn. 50; („denkbar weit gefasst“) Schwarze, Leistungsstörungen, 3. Aufl. 2022, § 31 Rn. 8. — Siehe zur Auffangfunktion dieses Tatbestandes Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 22. Aufl. 2021, § 40 Rn. 8; Looschelders, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 8 Rn. 7; BeckOK BGB/Sut-

den, um zu begründen, dass infolge der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem Zessionar ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB entsteht.

b) Vorzugswürdige Begründung: Zessionsschuldverhältnis sui generis

Nach dem eben Gesagten erscheint es tatbestandlich zwar nicht ausgeschlossen, ein zessionsrechtliches Rücksichtspflichtverhältnis auf § 311 Abs. 2 Nr. 3 oder Abs. 3 Satz 1 BGB zu stützen. Auf diese Vorschriften abzustellen, führt jedoch auch auf Rechtsfolgenseite zu Fiktionen:

Ein Schuldverhältnis, das nur Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB enthält, kann nicht erklären,⁵¹ warum dem Zessionar die Sekundäransprüche im Falle einer Leistungsstörung „unabhängig von § 401 BGB“⁵² zustehen.⁵³ Denn durch eine Leistungsstörung verletzt der Schuldner keine „Pflicht aus dem Schuldverhältnis“ (§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB), das nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 oder Abs. 3 Satz 1 BGB entstehen könnte.⁵⁴ Damit stünde die übertragene Forderung gleichsam neben diesem Rücksichtspflichtverhältnis. Diese Fiktion bleibt aus, wenn davon ausgegangen wird, dass die Forderung eingebettet in einen Ausschnitt des Schuldverhältnisses zwischen dem Zedenten und dem Schuldner übergeht.⁵⁵

schet, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 311 Rn. 121; Weiler, Schuldrecht AT, 7. Aufl. 2024, § 4 Rn. 11.

51 Siehe die Verknüpfung von Schulze/Fries, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 398 Rn. 6: „Als Rechtsfolge der Abtretung erhält der Zessionar nicht nur die Inhaberschaft der Forderung und damit die volle Gläubigerstellung, sondern es entsteht zwischen ihm und dem Schuldner auch ein Schuldverhältnis iWs [!] Bei Leistungsstörungen kann der Zessionar daher die Rechte aus §§ 280 ff. geltend machen.“ Hervorhebung des Verfassers.

52 jurisPK-BGB/Rosch, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 398 Rn. 51.

53 Lediglich feststellend, dem Zessionar stünden Sekundäransprüche im Hinblick auf die Forderung zu, RG, Urt. v. 21.10.1903 – V 177/03, RGZ 55, 402 ff.; BGH, Urt. v. 21.6.1985 – V ZR 134/84, NJW 1985, 2640 (2641); Urt. v. 19.4.2013 – V ZR 47/12, BGHZ 197, 155 (158 Rn. 9); Staudinger/Busche, BGB, 2022, BGB § 398 Rn. 82; MüKo-BGB/Kieninger, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 398 Rn. 92 und 98; BeckOK BGB/Rohe, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 398 Rn. 62.

54 Siehe dazu, dass die gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB vorausgesetzte Pflicht dem jeweiligen Schuldverhältnis zu entnehmen ist, Jauernig/Stadler, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 280 Rn. 2.

55 Es besteht insofern eine Vergleichbarkeit zur umwandlungsrechtlichen Vervielfältigung der Rücksichtspflichten des übertragenden Rechtsträgers. Siehe allgemein zur auf den Rechtsgedanken des § 133 Abs. 1 UmwG gestützten Vervielfältigung der

Vorzugswürdig ist die Annahme eines solchen Zessionsschuldverhältnisses eigener Art außerdem, weil mit dessen partiell derivativem Charakter⁵⁶ zwangsläufig einhergeht, dass die auf das übertragene Recht bezogenen Rücksichtspflichten des Zessionars denen des Zedenten entsprechen.⁵⁷ Infolgedessen kann der Zessionar keinen geringeren Rücksichtspflichten unterliegen als der Zedent. Damit ist die Einhaltung des zessionsrechtlichen Schlechterstellungsverbotes gewährleistet.⁵⁸ Demnach ist beispielsweise die Frage, inwiefern den Zessionar eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht trifft, allein nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zwischen dem Zedenten und dem Schuldner zu beantworten.

4. Ergebnis

Tritt der Darlehensgeber seine Rechte ab, unterliegt der Zessionar in Betreff dieser Rechte den gleichen Rücksichtspflichten gegenüber dem Schuldner wie der Darlehensgeber. Diese Pflichten folgen nicht unmittelbar aus dem Darlehensvertrag, sondern inhaltsgleich aus dem Zessionsschuldverhältnis. Demnach ist der Zessionar insbesondere verpflichtet, die ihm im Zuge der Abtretung bekannt gewordenen, dem Bankgeheimnis unterliegenden Informationen vertraulich zu behandeln und die übertragenen Rechte nicht der zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht zuwider abzutreten. Ferner

Pflichten des übertragenden Rechtsträgers *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 4.4.2000 – 6 W 32/00, BB 2000, 1000; Maulbetsch/Klumpp/Rose/Raible, *UmwG*, 2. Aufl. 2017, *UmwG* § 131 Rn. 80 und § 133 Rn. 18; Semler/Stengel/Leonard/Schröer/Greitemann, *UmwG*, 5. Aufl. 2021, *UmwG* § 131 Rn. 30; NK-*UmwR/Fischer*, 3. Aufl. 2024, *UmwG* § 131 Rn. 47; Schmitt/Hörtnagl/*ders.*, *UmwG*, 10. Aufl. 2024, *UmwG* § 131 Rn. 64 und 76; Lutter/*Lieder*, *UmwG*, Bd. 1, 7. Aufl. 2024, *UmwG* § 131 Rn. 79; Kallmeyer/*Sickingler/Lanfermann*, *UmwG*, 8. Aufl. 2024, *UmwG* § 131 Rn. 18. Siehe auch dazu oben § 9 B. I. 2. b).

- 56 Der partiell derivative Charakter unterscheidet die Begründung des Zessionsschuldverhältnisses von der Ableitung eines Schuldverhältnisses aus der Vindikationslage als bloßer Sonderbeziehung. — Vgl. die Argumentation für die Anwendbarkeit des § 280 Abs. 1 BGB auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§ 985 BGB) von BeckOK BGB/*Fritzsche*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 985 Rn. 29: „Da die konkrete Vindikationslage eine Sonderbeziehung darstellt,“ sei § 280 Abs. 1 BGB im Grundsatz auf den Herausgabeanspruch anwendbar (diese umstrittene Frage bejahend *BGH*, Urt. v. 18.3.2016 – V ZR 89/15, BGHZ 209, 270 [273 Rn. 11 ff.] m. w. N. zu den verschiedenen Ansichten).
- 57 Inhaltsgleichheit der auf das übertragene Recht bezogenen Rücksichtspflichten annehmend *Reuter/Buschmann*, ZIP 2008, 1003 (1007); BeckOGK ZivR/*Lieder*, 1.8.2024, BGB § 398 Rn. 192.
- 58 Siehe zur Ableitung des Gebotes inhaltsgleicher Pflichten betreffend das zederte Recht aus dem zessionsrechtlichen Schlechterstellungsverbot oben § 10 B. I. 2.

trifft ihn die Pflicht, das übertragene Recht nur insoweit einzufordern oder auszuüben, wie es dessen Inhalt erlaubt. Erklärt der Zessionar etwa unberechtigt die Kündigung, verletzt er seine aus dem Zessionsschuldverhältnis folgende Rücksichtspflicht gegenüber dem Schuldner.

II. Schuldbeitritt des Zessionars zu den Rücksichtspflichten des Darlehensgebers

Betreffend einen Schuldbeitritt des Zessionars zu den Rücksichtspflichten des Darlehensgebers fragt es sich zum einen, ob den Darlehensgeber die zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht trifft, vor der Abtretung mit dem Zessionar einen Schuldbeitritt zu vereinbaren, bei dem das Verschulden Gesamtwirkung hat (dazu 1.), und zum anderen, ob sich ein solcher Schuldbeitritt auch bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung zwischen dem Zessionar und dem Darlehensgeber begründen lässt (dazu 2.).

1. Pflicht des Darlehensgebers zur Mitverpflichtung des Zessionars

Nach dem Blick auf den Meinungsstand zum Bestehen einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht des Darlehensgebers zur Mitverpflichtung des Zessionars vor der Abtretung (dazu a)) wird begründet, warum das Bestehen einer solchen Pflicht zu bejahen ist (dazu b)).

a) Meinungsstand zu einer Pflicht zur Mitverpflichtung des Zessionars

Eine Pflicht des Darlehensgebers, ein Recht nur an eine Person abzutreten, die den in Bezug auf dieses Recht gegenüber dem Darlehensnehmer bestehenden Pflichten beigetreten ist, wird insbesondere im Hinblick auf das Bankgeheimnis diskutiert. Insofern wird eine Pflicht der Bank zur Mitverpflichtung eines Kreditwerbers angenommen.⁵⁹ In dem Mustervertrag für

59 (Hinsichtlich der Angemessenheit einer zwecks Ausplatzierung vom Bankgeheimnis befreienden Klausel) *Wittig*, Bankrechtstag 2005, 2006, 145 (190); *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 593. — Vermutlich auch *Hammen*, Bankrechtstag 2005, 2006, 113 (141 f.), da er einen stillschweigenden Schuldbeitritt zum Bankgeheimnis annimmt. Siehe zur Frage nach einem konkludenten Schuldbeitritt unten § 10 B. II. 2. a). — Die Verpflichtung des Erwerbers zur Verschwiegenheit

die großvolumige, gewerbliche Immobilienfinanzierung des *vdp* ist eine solche Verpflichtung vorgesehen.⁶⁰

Betreffend das Recht zur Darlehenskündigung meint *Mülbert*, der Darlehensgeber hafte dem Darlehensnehmer nach §§ 280, 241 BGB, wenn er an jemanden, der nicht seiner Kapitalbelassungspflicht beigetreten sei, dieses Recht abtrete oder ihn zu dessen Ausübung ermächtige.⁶¹ — Der Verweis auf § 241 BGB legt nahe, dass *Mülbert* eine entsprechende Rücksichtspflicht des Darlehensgebers annimmt.

Der folgende Befund betrifft zwar nicht die Abtretung relativer Rechte, erscheint an dieser Stelle aber doch erwähnenswert: Der *Bundesgerichtshof* bejaht bei der Übertragung dinglicher Sicherheiten eine Pflicht des Sicherungsnehmers gegenüber dem Sicherungsgeber, die Pflichten aus dem Sicherungsvertrag dem Erwerber der Sicherheiten aufzuerlegen.⁶²

b) Begründung einer Pflicht zur Mitverpflichtung des Zessionars

Nach der hier vertretenen Ansicht ist der Zedent gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB für den Zessionar verantwortlich.⁶³ Außerdem verpflichtet das Zessionsschuldverhältnis den Zessionar gegenüber dem Schuldner bezüglich des Abtretungsgegenstandes zur Rücksicht; dabei haben diese Rücksichtspflich-

berührt nicht das Erfordernis einer Befreiung vom Bankgeheimnis zwecks Ausplatzierung, siehe oben § 5 B. I. 1 a. E.

60 *vdp*, Mustervertrag für die großvolumige, gewerbliche Immobilienfinanzierung, 2024, Nr. 24.5 Buchst. b, S. 44.

61 Staudinger/*Mülbert*, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 229 a. E.

62 Siehe (Sicherungsübereignung) *BGH*, Urt. v. 25.9.1996 – VIII ZR 76/95, NJW 1997, 461 (463); (Sicherungsgrundschuld) Urt. v. 30.3.2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 (150 Rn. 38); (unter Bezugnahme auf vorstehendes Urteil) *Hinrichs/Jaeger*, NJW 2010, 2017 (2018); siehe auch *OLG Celle*, Urt. v. 27.5.2009 – 3 U 292/08, ZIP 2009, 1515 (1518). — Bei der Übertragung absoluter Sicherungsrechte scheidet ein mit dem Zessionsschuldverhältnis vergleichbares Rechtsverhältnis zwischen Sicherungsgeber und Erwerber aus. Dies wird bei der Sicherungsübereignung besonders deutlich. So folgt aus dem absoluten Eigentumsrecht keine Rechtsbeziehung zwischen dem gegenwärtigen Eigentümer (Erwerber der Sicherheit) und einem früheren Eigentümer (Sicherungsgeber). Demgegenüber besteht auch zwischen einem Zessionar als dem gegenwärtigen Gläubiger und dem Schuldner ein rechtliches Band in Gestalt der Forderungsbeziehung.

63 Siehe zur Verantwortlichkeit des Darlehensgebers für den Zessionar gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB oben § 10 A.

ten den gleichen Inhalt wie die des Zedenten gegenüber dem Schuldner.⁶⁴ Ausgehend davon stellt sich die Frage, ob ein Beitritt des Zessionars zu den Rücksichtspflichten des Darlehensgebers die Rechtsstellung des Darlehensnehmers noch verbessern kann:

Tritt der Zessionar den Rücksichtspflichten aus dem Darlehensvertrag bei, entsteht insoweit zwischen ihm und dem Darlehensnehmer ein Schuldverhältnis. Verstößt er gegen eine beigetretene Pflicht, erklärt er z. B. unrechtmäßig die Kündigung, verletzt er eine Pflicht aus diesem Schuldverhältnis mit dem Darlehensnehmer.⁶⁵ Wegen einer solchen Pflichtverletzung kann der Darlehensnehmer vom Zessionar dann nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB Schadensersatz verlangen. — Aus dem Zessionsschuldverhältnis ergeben sich indes die gleichen Rechtsfolgen, da es die in Betreff der übertragenen Rechte gegenüber dem Schuldner bestehenden Rücksichtspflichten des Zedenten inhaltsgleich für den Zessionar begründet.⁶⁶ Ist etwa dem Zessionar das Recht zur Darlehenskündigung abgetreten, verletzt er durch die unzulässige Kündigungserklärung eine Pflicht aus diesem Schuldverhältnis mit dem Darlehensnehmer. Daher kann der Darlehensnehmer den Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens vom Zessionar auch ohne dessen Schuldbeitritt gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB verlangen.

Haben der Darlehensgeber und der Zessionar abweichend von § 425 Abs. 1, Abs. 2 Var. 3 BGB die Gesamtwirkung des Verschuldens vereinbart,⁶⁷ kann der Darlehensnehmer wegen einer Pflichtverletzung des Zessionars auch vom Darlehensgeber Ersatz verlangen. — Dies kann der Darlehensnehmer infolge der Verantwortlichkeit des Darlehensgebers für den Zessionar gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB allerdings ohnehin.⁶⁸

Auf Grundlage der hier vertretenen Ansicht verbessert also auch ein Schuldbeitritt, bei dem das Verschulden des Zessionars gegen den Darlehensgeber wirkt, nicht die Rechtsstellung des Darlehensnehmers. Fraglich ist, ob deswegen auch das Interesse des Darlehensnehmers an einem Schuldbeitritt entfällt; dies ist zu verneinen:

64 Siehe zur Eigenhaftung des Zessionars aus dem Zessionsschuldverhältnis mit dem Schuldner oben § 10 B. I.

65 Siehe zur Einordnung des Schuldbeitritts als selbständiger Verpflichtungsvertrag *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, 2001, S. 10 f.; siehe auch oben § 10 A. III.

66 Siehe zur Eigenhaftung des Zessionars aus dem Zessionsschuldverhältnis mit dem Schuldner oben § 10 B. I.

67 Siehe zur Zweifelsregelung des § 425 Abs. 1 BGB im Kontext des Schuldbeitritts *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, 2001, S. 33 ff.

68 Siehe zur Verantwortlichkeit des Darlehensgebers für den Zessionar gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB oben § 10 A.

Dagegen spricht, dass die Gehilfenstellung und die Eigenhaftung des Zessionars nicht allgemein anerkannt sind. Im Schadensfalle ist der Darlehensnehmer daher zum einen der Gefahr ausgesetzt, dass der Darlehensgeber oder auch der Zessionar seine Haftung leugnet. Diese Gefahr sinkt, wenn der Darlehensgeber mit dem Zessionar einen Schuldbeitritt mit Gesamtwirkung bezüglich des Verschuldens vereinbart. Und kommt es zu einem Rechtsstreit, besteht zum anderen die Gefahr, dass das Gericht die Gehilfenstellung des Zessionars oder auch dessen Eigenhaftung verneint. Auch insofern gebietet die Rücksichtspflicht dem Darlehensgeber, dieses Risiko nicht auf den Darlehensnehmer abzuwälzen, sondern vorsorglich mit dem Zessionar einen Schuldbeitritt, bei dem das Verschulden Gesamtwirkung hat, zu vereinbaren.⁶⁹

2. Schuldbeitritt des Zessionars zu den Rücksichtspflichten des Darlehensgebers bei fehlender ausdrücklicher Vereinbarung

Vereinbart der Darlehensgeber mit dem Zessionar nicht ausdrücklich dessen Beitritt zu den Rücksichtspflichten aus dem Darlehensvertrag, stellt sich die Frage, ob die konkludente Vereinbarung eines solchen Schuldbeitrittes anzunehmen ist (dazu a)). Scheidet dies aus, kommt noch in Betracht, den Rechtskaufvertrag zwischen Darlehensgeber und Zessionar insofern ergänzend auszulegen (dazu b)).

a) Konkludenter Schuldbeitritt des Zessionars?

Ein konkludenter Schuldbeitritt des Zessionars wird in der Literatur mit Blick auf das Bankgeheimnis und die unberechtigte Darlehenskündigung diskutiert. Die Meinungen gehen dabei auseinander:

Hinsichtlich des Bankgeheimnisses nimmt *Hammen* einen „stillschweigenden“ Beitritt des Zessionars an.⁷⁰ — *Bitter* meint, diese Annahme sei

69 Siehe dazu, dass bei unklarer Rechtslage mit einer abweichenden Gerichtsentscheidung gerechnet werden muss, und zu den insofern bestehenden Anforderungen an einen entschuldigenden Rechtsirrtum, *BGH*, Urt. v. 7.3.1972 – VI ZR 169/70, *NJW* 1972, 1045 (1046); Urt. v. 18.4.1974 – KZR 6/73, *NJW* 1974, 1903 (1904 f.); Urt. v. 26.1.1983 – IVb ZR 351/81, *NJW* 1983, 2318 (2321); *MüKoBGB/Ernst*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 286 Rn. 139; *MüKoBGB/Grundmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 276 Rn. 74.

70 *Hammen*, Bankrechtstag 2005, 2006, 113 (141 f.).

„weit hergeholt“, da der Darlehensgeber und der Zessionar professionell tätig seien.⁷¹

Mit Blick auf die unzulässige Kündigung des Zessionars vertritt *Mülbert* die Ansicht, der Zessionar trete „konkludent“ der Kapitalbelassungspflicht des Darlehensgebers bei.⁷² — Dem tritt *C. A. Weber* entgegen. Er sieht nur unter besonderen Umständen Raum für einen konkludenten Schuldbeitritt des Zessionars.⁷³

Der *Bundesgerichtshof* entschied im Falle der Abtretung einer Forderung nebst der sie sichernden Grundsuld, dass die Abtretung nicht ohne Weiteres⁷⁴ eine stillschweigende Vereinbarung enthalte, wonach der Zessionar der Pflicht aus der Sicherungsabrede beitrete.⁷⁵ — Vor diesem Hintergrund überraschte es nicht, wenn der *Bundesgerichtshof* die Ansicht von *Mülbert* und *Hammen* ablehnte. Zu beachten sind jedoch auch die Unterschiede: *Mülbert* und *Hammen* geht es um einen Beitritt des Zessionars zu einer Schuld, die demselben Rechtsverhältnis entstammt wie das abgetretene Recht (Darlehensforderung/Kündigungsrecht). Außerdem sind die darlehensvertraglichen Rechte schuldrechtlicher Natur, und § 404 BGB sieht keinen einredefreien Erwerb vor. Demgegenüber ist die Grundsuld (§ 1191 Abs. 1 BGB) ein Sachenrecht, und § 1192 Abs. 1a Satz 1 Halbsatz 2 BGB, der den einredefreien Erwerb einer Sicherungsgrundsuld (§ 1192 Abs. 1, § 1157 Satz 2, § 892 BGB) ausschließt, fand auf die vom *Bundesgerichtshof* entschiedenen Fälle mangels Existenz bzw. intertemporaler Geltung noch keine Anwendung.

Bitters und *C. A. Webers* Kritik ist berechtigt: Wer eine Forderung kauft und sich abtreten lässt, legt dadurch kein Verhalten an den Tag, welches auf den Willen, einer Schuld beizutreten, schließen lässt.⁷⁶

71 *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (419 Fn. 230).

72 *Staudinger/Mülbert*, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 229.

73 *BeckOGK ZivR/C. A. Weber*, 1.8.2024, BGB § 490 Rn. 190.

74 Einen konkludenten Schuldbeitritt wegen der Besonderheiten des zu entscheidenden Falles für naheliegend erachtend (Sicherungsübereignung) *BGH*, Ur. v. 25.9.1996 – VIII ZR 76/95, NJW 1997, 461 (463).

75 *BGH*, Ur. v. 25.10.1984 – IX ZR 142/83, NJW 1985, 800 (801); Ur. v. 30.3.2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 (149 Rn. 36).

76 Vgl. zu dieser Definition der konkludenten Willenserklärung *Brox/Walker*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 4 Rn. 22.

b) Ergänzende Auslegung des Rechtskaufvertrages zwischen
Darlehensgeber und Zessionar als Schuldbeitritt

Nach dem zuvor Gesagten dürfte es die Ausnahme sein, dass der Zessionar und der Darlehensgeber durch schlüssiges Verhalten einen Beitritt des Zessionars zu den in Betreff der abgetretenen Rechte gegenüber dem Darlehensnehmer bestehenden Pflichten des Darlehensgebers vereinbaren. Damit bleibt noch zu klären, ob der Rechtskaufvertrag i. S. d. § 453 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, § 433 BGB zwischen dem Darlehensgeber und dem Zessionar nach § 157 BGB ergänzend als ein dahingehender Schuldbeitritt auszulegen ist. Hierzu werden die Maßgaben ergänzender Vertragsauslegung dargestellt (dazu aa)), anhand derer zu beurteilen ist, ob der Rechtskaufvertrag insofern ergänzend auszulegen ist (dazu bb)).

aa) Maßgaben ergänzender Vertragsauslegung

Weist ein Vertrag eine planwidrige Lücke auf, ist dessen ergänzende Auslegung geboten.⁷⁷

Planwidrig⁷⁸ ist eine Lücke, wenn es ausgehend vom Parteiwillen einer Regelung bedurft hätte und der Vertrag diese Annahme stützt; unzulässig ist, den Parteiwillen zu ergänzen.⁷⁹ Planwidrigkeit erfordert dabei nicht, dass ohne die Lückenfüllung die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wäre.⁸⁰ Vielmehr spricht es bereits für die Planwidrigkeit der Lücke, wenn es, sie offenzulassen, zu einem Ergebnis führte, welches einer nach dem Vertragsinhalt angemessenen und interessengerechten Lösung widerspricht.⁸¹

77 BGH, Urt. v. 25.6.1980 – VIII ZR 260/79, BGHZ 77, 301 (304); Urt. v. 21.9.1994 – XII ZR 77/93, BGHZ 127, 138 (142); Brox/Walker, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 6 Rn. 18.

78 Kritisch zum Begriff der Planwidrigkeit mit Blick auf bewusste Lücken Jauernig/Mansel, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 157 Rn. 2.

79 Siehe RG, Urt. v. 19.6.1915 – V 51/15, RGZ 87, 211 (213 f.); Urt. v. 12.3.1918 – III 437/17, RGZ 92, 318 (320); Urt. v. 20.5.1930 – II 459/29, RGZ 129, 80 (88 a. E.); Urt. v. 18.4.1932 – VIII 649/31, RGZ 136, 178 (185); BGH, Urt. v. 22.4.1953 – II ZR 143/52, BGHZ 9, 273 (278); Urt. v. 10.7.1963 – VIII ZR 204/61, BGHZ 40, 91 (103); Jauernig/Mansel, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 157 Rn. 2; BeckOK BGB/Wendtland, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 157 Rn. 35 und 37 a. E.

80 Vgl. BGH, Urt. v. 17.12.1958 – V ZR 51/57, BGHZ 29, 107 (110).

81 Siehe BGH, Urt. v. 15.11.2012 – VII ZR 99/10, NJW 2013, 678 (679 Rn. 15); Urt. v. 4.12.2014 – VII ZR 4/13, NJW 2015, 955 (957 Rn. 27); Urt. v. 17.10.2019 – I ZR 34/18, GRUR 2020, 57 (59 Rn. 26); Jauernig/Mansel, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB

Spiegelbildlich dazu zielt die Lückenfüllung auf den Ausgleich der Interessen der Parteien.⁸² Im Wege objektiv-generalisierender Betrachtung ist der hypothetische Parteiwille festzustellen.⁸³ Hierbei ist zu fragen, welche Regelung die Parteien mit Rücksicht auf ihre Interessen unter Beachtung der Gebote von Treu und Glauben als redliche Parteien bei Vertragsschluss getroffen hätten, um die Lücke zu schließen.⁸⁴

bb) Rechtsfolgenbetrachtung: Lückenfeststellung und -füllung

Anhand der zuvor dargelegten Maßgaben ist zu beurteilen, ob der Rechtskaufvertrag zwischen Darlehensgeber und Zessionar hinsichtlich eines Schuldbeitritts des Zessionars eine durch ergänzende Auslegung zu füllende planwidrige Lücke aufweist. Hierzu sind die sich für den Darlehensgeber und den Zessionar mit und ohne Schuldbeitritt ergebenden Rechtsfolgen zu eruieren. Betrachtet werden insofern zum einen die Rechtsfolgen, die sich ergeben, wenn gemäß der hier vertretenen Ansicht sowohl die Gehilfenstellung als auch die Eigenhaftung des Zessionars bejaht werden (dazu aaa)), und zum anderen die Rechtsfolgen, die sich ergeben, wenn man beides ablehnt (dazu bbb)).

aaa) Rechtsfolgen bei bestehender Gehilfenstellung und Eigenhaftung des Zessionars

Auf Grundlage der hier vertretenen Ansicht zur Gehilfenstellung und Eigenhaftung des Zessionars kommt eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht. Denn ein Schuldbeitritt des Zessionars, bei dem dessen Verschul-

§ 157 Rn. 2; BeckOK BGB/Wendtland, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 157 Rn. 35. — Die Voraussetzung eines Widerspruchs zum Vertragsinhalt betonend BGH, Urt. v. 24.2.1954 – II ZR 88/53, BGHZ 12, 337 (343); Urt. v. 25.6.1980 – VIII ZR 260/79, BGHZ 77, 301 (304); Urt. v. 12.10.2012 – V ZR 222/11, NJW-RR 2013, 494 (495 Rn. 9).

82 BGH, Urt. v. 8.10.2015 – I ZR 136/14, GRUR 2016, 606 (612 Rn. 56); Urt. v. 17.10.2019 – I ZR 34/18, GRUR 2020, 57 (59 Rn. 26).

83 BGH, Urt. v. 8.10.2015 – I ZR 136/14, GRUR 2016, 606 (612 Rn. 56); Urt. v. 17.10.2019 – I ZR 34/18, GRUR 2020, 57 (59 Rn. 26); Brox/Walker, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 6 Rn. 19.

84 BGH, Urt. v. 1.6.2005 – VIII ZR 234/04, NJW-RR 2005, 1421 (1422); Urt. v. 6.10.2006 – V ZR 20/06, BGHZ 169, 215 (219 Rn. 11); Urt. v. 15.11.2012 – VII ZR 99/10, NJW 2013, 678 (679 Rn. 16); Jauernig/Mansel, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 157 Rn. 4; BeckOK BGB/Wendtland, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 157 Rn. 41.

den abweichend von § 425 Abs. 1, Abs. 2 Var. 3 BGB gegen den Darlehensgeber wirkt, bringt dem Darlehensgeber und dem Zessionar keine Nachteile, sondern nur Vorteile:

Für den Darlehensgeber ist der Schuldbeitritt ohne Nachteil, weil er ohnehin gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB für den Zessionar verantwortlich ist.⁸⁵ — Der Zessionar erleidet keinen Nachteil, da ihn das Zessionsschuldverhältnis ohnehin gegenüber dem Darlehensnehmer zur Rücksicht verpflichtet.⁸⁶

Der Schuldbeitritt liegt im Interesse des Darlehensgebers und des Zessionars: Der Darlehensgeber verletzt ohne den Schuldbeitritt die zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht gegenüber dem Darlehensnehmer zur Mitverpflichtung des Zessionars.⁸⁷ Diese Pflichtverletzung kann einen Schadensersatzanspruch des Darlehensnehmers gegen den Darlehensgeber begründen, der auf den Rückerwerb der pflichtwidrig abgetretenen Rechte und auf den Ersatz der zur Anspruchsdurchsetzung entstehenden Rechtsverfolgungskosten gerichtet ist. — Mittelbar hat auch der Zessionar ein Interesse daran, dies zu vermeiden. So droht dem Zessionar, dass der Darlehensnehmer einen Schadensersatzanspruch gegen den Darlehensgeber nach § 273 Abs. 1, § 404 BGB ihm gegenüber als Einwendung entgegensetzen oder mit diesem aufrechnen (§§ 387, 406 BGB) kann.

bbb) Rechtsfolgen bei fehlender Gehilfenstellung und Eigenhaftung des Zessionars

Fraglich ist, ob eine ergänzende Vertragsauslegung auch in Betracht kommt, wenn man die Gehilfenstellung und die Eigenhaftung des Zessionars ablehnte und nur die Rücksichtspflicht des Darlehensgebers, mit dem Zessionar einen Schuldbeitritt mit Gesamtwirkung des Verschuldens zu vereinbaren, bejahte.

Ausgehend von diesen Prämissen entsteht schon durch die Abtretung ein Anspruch des Darlehensnehmers gegen den Darlehensgeber gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach der Darlehensgeber nach seiner Wahl die

85 Siehe zur Verantwortlichkeit des Darlehensgebers für den Zessionar gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB oben § 10 A.

86 Siehe zur Eigenhaftung des Zessionars aus dem Zessionsschuldverhältnis mit dem Schuldner oben § 10 B. I.

87 Siehe zur zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht des Darlehensgebers zur Mitverpflichtung des Zessionars vor der Abtretung oben § 10 B. II. 1.

abgetretenen Rechte zurückerwerben oder den Zessionar mitverpflichten muss. Denn vor der pflichtwidrigen Abtretung stand der Darlehensnehmer einem zur Rücksicht verpflichteten Gläubiger gegenüber. Die Herstellung dieses Zustandes kann er gemäß § 249 Abs. 1 BGB verlangen. — Dieser Schadensersatzanspruch betrifft indes auch den Zessionar, da er den Darlehensnehmer ihm gegenüber gemäß § 273 Abs. 1, § 404 BGB berechtigt, die Leistung (z. B. Auskünfte, Zinsen und Tilgung) zu verweigern.⁸⁸

Verletzt der Zessionar die Belange des Darlehensnehmers, z. B. indem er die Rechte einem Loan-to-Own-Investor abtritt oder eine unzulässige Kündigung ausspricht, haftet er gemäß den obigen Prämissen dafür nicht gegenüber dem Darlehensnehmer. Dieses Verletzungsverhalten kann nach den obigen Prämissen auch nicht gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB dem Darlehensgeber zugerechnet werden. Allerdings folgt der Umstand, dass dem Darlehensnehmer hieraus weder Ansprüche gegen den Zessionar noch gegen den Darlehensgeber erwachsen, aus der pflichtwidrigen Zession. An diese Pflichtverletzung kann der Darlehensnehmer anknüpfen und von dem Darlehensgeber Schadensersatz verlangen. — Dem Zessionar kann der Darlehensnehmer wiederum seine Schadensersatzforderung gegen den Darlehensgeber gemäß § 273 Abs. 1, § 404 BGB als Einwendung entgegensetzen und bei Gleichartigkeit mit dieser aufrechnen, § 387, § 388 Satz 1, § 406 BGB. Und vonseiten des Darlehensgebers droht dem Zessionar überdies, in Regress genommen zu werden.⁸⁹

In Anbetracht dieser Konsequenzen hätten der Darlehensgeber und der Zessionar als vernünftige Kaufvertragsparteien wohl einen Schuldbeitritt mit Gesamtwirkung des Verschuldens vereinbart, um die Pflichtwidrigkeit der Zession zu vermeiden. Somit kommt eine diesbezügliche ergänzende Vertragsauslegung auch dann in Betracht, wenn man die Gehilfenstellung und die Eigenhaftung des Zessionars ablehnt und nur eine Rücksichtspflicht des Darlehensgebers zur Mitverpflichtung bejaht.

C. Ergebnis

Der Darlehensgeber ist für den Zessionar nach § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB verantwortlich, soweit er ihm durch die Ausplatzierung die gesteigerte

88 Der Schadensersatzanspruch – und mit ihm das Leistungsverweigerungsrecht als die Einwendung i. S. d. § 404 BGB – entsteht mit der Abtretung, ist also zu deren Zeit gemäß § 404 BGB begründet. Siehe dazu bereits oben § 9 A. II. 2. a) aa).

89 Siehe zu § 273 Abs. 1, § 404 BGB oben § 9 A. II. 2. a) aa).

Möglichkeit eröffnet, auf die Belange des Darlehensnehmers einzuwirken. Spricht der Zessionar unberechtigt die Kündigung aus oder tritt er die Rechte einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht zuwider ab, ist dies dem Darlehensgeber zuzurechnen.⁹⁰ Der Darlehensgeber kann sich seiner Verantwortlichkeit gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB auch nicht durch eine Vereinbarung mit dem Zessionar entziehen, wonach der Zessionar den Pflichten des Darlehensgebers gegenüber dem Darlehensnehmer beitrifft.⁹¹

Aufgrund des zessionsrechtlichen Schlechterstellungsverbotes ist es geboten, dass in Betreff des Abtretungsgegenstandes gegenüber dem Schuldner bestehende Rücksichtspflichten des Zedenten mit gleichem Inhalt auch für den Zessionar gelten.⁹² Die Geltung dieser Pflichten lässt sich damit begründen, dass die Rechtsbeziehung zwischen Zessionar und Schuldner als ein rechtsgeschäftsähnliches Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 oder Abs. 3 Satz 1 BGB qualifiziert wird. Dabei bleiben Friktionen auf Tatbestands- und Rechtsfolge-seite allerdings nicht aus. Reibungsloser gelingt die Begründung dieser Pflichten, wenn davon ausgegangen wird, dass der Zessionar den Abtretungsgegenstand nicht isoliert, sondern gleichsam von einem Ausschnitt des Schuldverhältnisses zwischen dem Zedenten und dem Schuldner umhüllt erwirbt. Die Annahme eines solchermaßen begründeten Zessionarschuldverhältnisses *sui generis* verdient daher den Vorzug.⁹³

Darlehensgeber und Zessionar können eine Vereinbarung treffen, wonach der Zessionar den Rücksichtspflichten des Darlehensgebers gegenüber dem Darlehensnehmer beitrifft und das Verschulden des Zessionars abweichend von § 425 Abs. 1, Abs. 2 Var. 3 BGB auch gegen den Darlehensgeber wirkt. Ein Schuldbeitritt kann die Rechtsstellung des Darlehensnehmers an sich nicht verbessern; denn der Darlehensgeber ist für den Zessionar gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB verantwortlich, und aus dem Zessionarschuldverhältnis treffen den Zessionar inhaltsgleiche Rücksichtspflichten gegenüber dem Darlehensnehmer. Ein Schuldbeitritt senkt jedoch die Gefahr, dass im Schadensfalle der Darlehensgeber oder auch der Zessio-

90 Siehe zur Begründung des Bestehens einer Gehilfenstellung des Zessionars oben § 10 A. II.

91 Siehe dazu, dass ein Schuldbeitritt des Zessionars dessen Gehilfenstellung unberührt lässt, oben § 10 A. III.

92 Siehe zur Gebotenheit inhaltsgleicher Rücksichtspflichten des Zessionars gegenüber dem Schuldner aufgrund des zessionsrechtlichen Schlechterstellungsverbotes oben § 10 B. I. 2.

93 Siehe zur Begründung inhaltsgleicher Rücksichtspflichten des Zessionars gegenüber dem Schuldner mit einem Zessionarschuldverhältnis *sui generis* oben § 10 B. I. 3.

nar seine gesamtschuldnerische Haftung leugnet und damit vor Gericht Recht bekommt. Daher trifft den Darlehensgeber die zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht, mit dem Zessionar einen solchen Schuldbeitritt vor der Abtretung zu vereinbaren.⁹⁴

Die konkludente Vereinbarung eines solchen Schuldbeitrittes dürfte nur ausnahmsweise angenommen werden können.⁹⁵ In Betracht kommt allerdings, den Rechtskaufvertrag zwischen Darlehensgeber und Zessionar insofern nach § 157 BGB ergänzend auszulegen, und zwar auch, wenn man sowohl die Verantwortlichkeit des Darlehensgebers für den Zessionar gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB als auch eine Verpflichtung des Zessionars durch das Zessionsschuldverhältnis ablehnt.⁹⁶

94 Siehe zu dieser zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht des Darlehensgebers zur Mitverpflichtung des Zessionars vor der Abtretung oben § 10 B. II. 1.

95 Siehe dazu, dass ein konkludenter Schuldbeitritt des Zessionars zu den Rücksichtspflichten des Darlehensgebers nur ausnahmsweise anzunehmen sein dürfte, oben § 10 B. II. 2. a).

96 Siehe zur ergänzenden Auslegung des Rechtskaufvertrages zwischen Darlehensgeber und Zessionar als Schuldbeitritt des Zessionars zu den darlehensvertraglichen Rücksichtspflichten oben § 10 B. II. 2. b).