

Zusammenfassung

Im ersten Kapitel werden Vorfragen (dazu A.) zu den im zweiten Kapitel herausgestellten Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren (dazu B.) behandelt. Außer den Rechtsfolgen einer Ausplatzierung unter Verstoß gegen diese Schranken werden im dritten Kapitel auch die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung durch den Zessionar nach einer rechtmäßigen Ausplatzierung untersucht (dazu C.).

A. Kapitel 1: Die Vorfragen zu den Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren

Nach der Definition der für diese Arbeit grundlegenden Begriffe (dazu § 1) wird die Problemstellung hinsichtlich der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren vertieft (dazu § 2). Bei der Untersuchung der Ausplatzierung von Krediten werden die historische Entwicklung des Begriffes der Forderung und deren Übertragbarkeit sowie die Grundzüge des Konsortialkredit- und Schuldscheindarlehensgeschäftes in den Blick genommen; dies soll es ermöglichen, die Schranken der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor im Bewusstsein historischer Bezüge und mit Rücksicht auf etwaige Besonderheiten vorgenannter Kreditformen zu bestimmen. Außerdem werden die Übertragungswege bei der Ausplatzierung eines Kredits behandelt (dazu § 3).

§ 1 Die Definitionen für die weitere Untersuchung

Von der Übertragung eines Kredits wird gesprochen, um zum Ausdruck zu bringen, dass es nicht darauf ankommt, ob der (originäre) Darlehensgeber seine Forderungen und anderen Rechte aus dem Darlehensvertrag oder seine Vertragsposition überträgt. Der Ausdruck Ausplatzierung wird als Begriff für die gesamte Transaktion des Verkaufs und der Übertragung der Rechte oder der Vertragsposition des Darlehensgebers, sei es mittels Asset- oder Share-Deal, verwendet.¹ Ein ungekündigter Kredit leidet im

1 Siehe zur Verwendung der Ausdrücke Kredit und Ausplatzierung als Oberbegriffe oben § 1 A.

zivilrechtlichen Sinne Not, wenn der Darlehensgeber zur fristlosen Kündigung gemäß § 490 Abs. 1 BGB berechtigt ist.²

§ 2 Das Loan-to-Own im Überblick

Prädestiniert für die Übernahme mittels einer Loan-to-Own-Strategie sind im Kern gesunde Unternehmen, die sich in finanziellen Schwierigkeiten befinden. Dazu kann es insbesondere kommen, wenn ein hoher Verschuldungsgrad und exogene Krisenursachen (z. B. eine Pandemie) zusammentreffen.³ Eine vorinsolvenzliche Übernahme, etwa mittels Debt-Equity-Swaps,⁴ erfordert die Mitwirkung der Gesellschafter des Darlehensnehmers; um diese zu erzwingen, bedarf es der Forderungsherrschaft.⁵ Diese erlangt der Kreditgeber, wenn er es in der Hand hat, die Insolvenz des Darlehensnehmers auszulösen. Ein Loan-to-Own-Investor zielt mit dem Kreditwerb auch darauf ab, Forderungsherrschaft zu erlangen. Durch die Kreditübertragung ändert sich für den Darlehensnehmer daher nicht bloß, an wen er leisten muss, sondern auch, wer ihn beherrschen kann.

Welche Darlehensgeberrechte erworben werden müssen, um Forderungsherrschaft zu erlangen, hängt von dem Stadium der Kreditbeziehung ab: Bei einem gekündigten Kredit reichen schon die Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB aus, um mit Fälligstellung drohen zu können.⁶ Bei einem ungekündigten, aber kündbaren Kredit bedarf es zudem des Kündigungsrechts, um Druck auf den Darlehensnehmer und dessen Gesellschafter ausüben zu können.⁷ Besteht noch kein Grund zur Kündigung, vermittelt auch das Kündigungsrecht noch keine Forderungsherrschaft. Hat ein Loan-to-Own-Investor bloß die Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB und das Kündigungsrecht erworben, bleibt ihm daher nur, darauf zu warten, dass der Darlehensnehmer einen zur Kündigung berechtigenden Covenantverstoß begeht. Erwirbt er hingegen auch die Kontrollrechte des Darlehensgebers, kann er, noch bevor der Darlehensnehmer eine Pflicht

2 Siehe zum Begriffsverständnis und zur Abgrenzung ungestörter, ausfallgefährdeter und notleidender Kredite oben § 1 B. II.

3 Siehe zu den typischen Eigenschaften eines Unternehmens, das zum Ziel einer Loan-to-Own-Strategie wird, oben § 2 B. III. 3.

4 Siehe zur Umsetzung der Übernahme oben § 2 C. IV.

5 Siehe zu Forderungsherrschaft als der Grundlage, um einen Debt-Equity-Swap zu erzwingen, oben § 2 C.

6 Siehe dazu, welche Darlehensgeberrechte es zur Forderungsherrschaft braucht, oben § 2 C.

7 Siehe zur Drohung mit der Kaskade: Kündigung – Fälligstellung – Verfahrenseinleitung oben § 2 C. II.

verletzt hat, Einfluss nehmen. Beispielsweise kann er ermessensabhängige Informationsrechte exzessiv ausüben, um so einen nach dem Vertrag zur Kündigung berechtigenden Covenantverstoß zu provozieren.⁸ Durch dieses Vorgehen läuft er auch nicht Gefahr, in eine gesellschaftergleiche Stellung gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO einzurücken; setzt er hingegen ein darlehensvertragliches Beteiligungsrecht (z. B. einen Zustimmungsvorbehalt) als Provokationsmittel ein, kann ihm eine Subordination drohen.⁹

Somit braucht es zwar nicht stets alle Darlehensgeberrechte, um Forderungsherrschaft zu erlangen, aber nur bei einem gekündigten Kredit genügen dazu allein die Forderungen nach § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB. Und da Loan-to-Own-Investoren nicht nur gekündigte Kredite erwerben dürften, sondern auch solche, bei denen es noch nicht einmal zu einem Covenantverstoß kam,¹⁰ wird ein besonderes Augenmerk auf die darlehensvertraglichen Kündigungsrechte und die in Covenants enthaltenen Informationsrechte gelegt.

§ 3 Die Ausplatzierung eines Kredits

Der Blick auf die historische Entwicklung des Begriffes der Forderung und deren Übertragbarkeit lässt erkennen, dass die Reduzierung der Forderung auf ihre relative Natur wegen der wirtschaftlichen Bedürfnisse nach deren Verkehrsfähigkeit bislang nie von dauerhaftem Erfolg war.¹¹ Diese Erkenntnis mahnt dazu, die Schranken der Kreditübertragung ausgeglichen zu bemessen.

Die Betrachtung der Grundzüge des Konsortialkredit- und Schuld-scheindarlehensgeschäfts zeigt, dass diese Kreditformen gegenüber bilateralen Darlehen von erhöhter Umlauffähigkeit geprägt sind.¹² Festzuhalten

8 Siehe zur Provokation eines Covenantverstoßes mithilfe ermessensabhängiger Informationsrechte oben § 2 C. III. 1. b).

9 Siehe zur Frage der mittelbar-faktischen Begrenzung von Maßnahmen zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme durch das Recht der Gesellschafterdarlehen oben § 2 C. III. 2; siehe speziell zur Subordinationsgefahr betreffend Information-Covenants oben § 2 C. III. 2. c) bb) und hinsichtlich der Ausübung mittelbar schuldvertraglicher Beteiligungsrechte oben § 2 C. III. 2. c) cc).

10 Vgl. *Allert*, *Modernes Sanierungsmanagement*, 5. Aufl. 2017, 571 (574); *Wang*, *Loan-to-Own*, 2022, S. 78.

11 Siehe zum Einfluss wirtschaftlicher Bedürfnisse auf die Zession im antiken römischen Recht oben § 3 A. I. 2; siehe zum Unübertragbarkeitsdogma der Glossatoren oben § 3 A. II und zu den Auswegen, welche die Praxis daraufhin suchte, oben § 3 A. III a. E.; siehe dazu, dass *Mühlenbruchs* Ausübungslehre mit dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach einer materiell-rechtlichen Zession konfligierte, oben § 3 A. V.

12 Siehe zur Umlauffähigkeit des Schuldscheindarlehens oben § 3 B. II. 1.

ist aber auch: Für die Primärsyndizierung bedarf es einer Vertragsübernahme nur, wenn der Kreditvertrag geschlossen wurde, noch bevor sich das Konsortium bildete. Und die hierzu erklärte Einwilligung des Darlehensnehmers im Mandatsbrief ist von jener in einer Eintrittsklausel abzugrenzen, die der Ausplatzen am Sekundärmarkt dient.¹³ Daher kann nicht gesagt werden, eine Eintrittsklausel sei eine Grundvoraussetzung für das Geschäftsmodell syndizierter Kredite.¹⁴

Durch die Abtretung einer Forderung nach § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB geht ein kreditsichernder Informationsanspruch nicht mit dieser analog § 401 Abs. 1 BGB über.¹⁵ Wird ein kreditsichernder Informationsanspruch abgetreten, geht ein in Bezug auf diesen Anspruch bestehendes Bestimmungsrecht analog § 401 Abs. 1 BGB über. Zu einem Übergang kommt es nur, wenn dieser nicht nach §§ 399, 412 f. BGB ausgeschlossen ist. Insofern ist die Frage nach einem Übergang analog § 401 Abs. 1 BGB unabhängig von der nach einem Ausschluss gemäß §§ 399, 412 f. BGB zu beantworten.¹⁶

Der Darlehensgeber kann den Kredit einschließlich der gemäß § 399 Alt. 1 BGB nachgiebig personengebundenen Rechte ohne die Zustimmung des Darlehensnehmers auf eine Zweckgesellschaft gemäß § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG ausgründen.¹⁷ Die Gesellschaftsanteile kann er dann beispielsweise einem Loan-to-Own-Investor übertragen. Die Frage der Pflichtwidrigkeit der Ausplatzen berührt es indes nicht, welchen Übertragungsweg er wählt. Verletzt er durch die Abtretung eines Rechts eine Pflicht gegenüber dem Darlehensnehmer, verletzt er sie auch, wenn er den Kredit erst ausgründet und dann die Anteile an der Zweckgesellschaft überträgt. Insofern beschränkt sich der Vorteil einer umwandlungsrechtlichen Ausplatzen auf die dingliche Seite.¹⁸

13 Siehe zum Mandatsbrief und insbesondere dazu, in welchem Falle es der Einwilligung des Darlehensnehmers in die Vertragsübernahme zur Ermöglichung der Primärsyndizierung bedarf, oben § 3 B. I. 3.

14 Siehe zu dieser Einschätzung L/B/S/Walgenbach, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 198 Fn. 972; siehe auch oben § 3 C. II. 2.

15 Siehe dazu, dass § 401 Abs. 1 BGB auf einen kreditsichernden Informationsanspruch keine analoge Anwendung findet, oben § 3 C. I. 1.

16 Siehe zum Übergang des Bestimmungsrechts bei einem ermessensabhängigen Informationsanspruch analog § 401 Abs. 1 BGB und zur Unabhängigkeit der Frage nach der Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB von der Frage nach einem Ausschluss der Übertragung bzw. des Übergangs gemäß §§ 399, 412 f. BGB oben § 3 C. I. 2. a).

17 Siehe zur Ausgliederung zur Neugründung gemäß § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG (sog. Ausgründung) oben § 3 C. III. 1.

18 Siehe zum auf die dingliche Seite begrenzten Vorteil umwandlungsrechtlicher Ausplatzen oben § 3 C. III. 2.

B. Kapitel 2: Die Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren

Im zweiten Kapitel wird nach einem Blick auf die bankenaufsichts- und kapitalanlagerechtliche Regulierung der Gelddarlehensgewährung (dazu § 4) die Ausplatzerung unter Verstoß gegen das Bankgeheimnis betrachtet (dazu § 5). Ausgehend davon wird untersucht, inwiefern einen Darlehensgeber unabhängig vom Geheimnisschutz eine (hier sog.) zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht treffen kann, wonach er die Übertragung seiner Rechte auf einen Loan-to-Own-Investor zu unterlassen hat (dazu § 6). Diese zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht wird bei der Untersuchung des § 399 Alt. 1 BGB aufgegriffen – sie ist ein Bestandteil der Definition der im weiteren Sinne höchstpersönlichen Rechte (dazu § 7).

Sind die vorgenannten schuldrechtlichen und dinglichen Schranken der Kreditübertragung geklärt, lässt sich beantworten, inwiefern von diesen durch AGB abgewichen werden kann (dazu § 8). Aus praktischer Sicht dürfte es sich hierbei um die entscheidende Frage handeln, da gewerbliche Kreditverträge verbreitet sog. Weitergabeklauseln enthalten. Eine Weitergabeklausel berechtigt den Kreditgeber zu Zwecken der Refinanzierung, Eigenkapitalentlastung und Risikodiversifikation, den Kredit auszuplatzeren, und befreit ihn insoweit auch vom Bankgeheimnis.¹⁹ Ist eine Weitergabeklausel in AGB unwirksam, richtet sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften, § 306 Abs. 2 Alt. 2 BGB. Dann stellen sich hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit und der Wirksamkeit der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor wieder die in den §§ 5–7 erörterten Fragen.

Für die Pflichtwidrigkeit der Rechtsübertragung kommt es, wie oben erwähnt,²⁰ grundsätzlich nicht darauf an, ob das Recht abgetreten oder etwa mittels Ausgliederung übertragen wird. Das ist zu ergänzen: Verbietet die Rücksichtspflicht dem Darlehensgeber, ein Recht auf einen Loan-to-Own-Investor zu übertragen, darf er ihn auch nicht zu dessen Ausübung ermächtigen oder ihm auf sonstige Weise Einfluss in Bezug auf dieses Recht gewähren. Das betrifft namentlich Fälle, in denen die Rechtsausübung durch eine konsortiale Struktur mediatisiert ist: Dürfte der Darlehensgeber – stünde ihm das Recht allein zu – dieses nicht auf einen Loan-to-Own-Investor

¹⁹ Siehe dazu mit Nachweisen oben vor § 4.

²⁰ Siehe oben § 3 C. III. 2.

übertragen, so dürfte er ihm insbesondere²¹ nicht seinen Konsortialanteil übertragen oder ihn zur Stimmrechtsausübung im Konsortium ermächtigen. Insofern gilt das, was in den §§ 5 und 6 zur Pflichtwidrigkeit der Übertragung eines Rechts gesagt wird, entsprechend für andere Wege, einem Loan-to-Own-Investor Einfluss in Betreff dieses Rechts zu verschaffen.

§ 4 Die bankenaufsichts- und kapitalanlagerechtliche Regulierung der Gelddarlehensgewährung

Die bankenaufsichts- und kapitalanlagerechtliche Regulierung der Gelddarlehensgewährung dürfte die Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren kaum beschränken: Die Gelddarlehensgewährung i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 KWG ist im Ausgangspunkt als die erstmalige Vergabe eines Gelddarlehens auszulegen – wer die Rechte oder die Vertragsposition des Darlehensgebers erwirbt, gewährt grundsätzlich kein Gelddarlehen. Ausnahmsweise gewährt der Kreditwerber ein Gelddarlehen, und zwar, wenn er ein Rechtsgeschäft tätigt, welches wirtschaftlich der erstmaligen Darlehensvergabe gleichkommt.²² Allerdings greift die KWG-Erlaubnispflicht wegen der Bereichsausnahme gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3b Alt. 1 KWG nicht gegenüber AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften.²³ Diesen ist die Kreditvergabe nach Maßgabe des § 20 Abs. 9 KAGB gestattet.²⁴ Erfüllt die Kreditübertragung doch einmal den Tatbestand der Gelddarlehensgewährung und wird dadurch gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 Alt. 1 KWG verstoßen, ist das Übertragungsgeschäft nicht gemäß § 134 BGB nichtig.²⁵

21 Vgl. die umfassende Gleichstellung denkbarer Formen des Transfers von Einfluss bei *Inspired Entertainment Inc. et al.*, FA, 2019, Klausel 29.3 Buchst. b, S. 227: „any transfer, assignment, novation, Voting Sub-Participation, Non-Voting Sub-Participation, Conversion of Non-Voting Sub-Participation or any other Debt Purchase Transaction in respect of any rights, benefits and/or obligations under or by reference to the Finance Documents by a Lender or, as applicable, an Incremental Facility Lender, or any other arrangement having or which is intended to have a similar effect to any of the foregoing“; knapper *NortonLifeLock Inc. et al.*, FA, 2021, Klausel 22.2 Buchst. b, S. 55.

22 Siehe zur Auslegung des Tatbestandes der Gelddarlehensgewährung gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 KWG oben § 4 A.

23 Siehe zu den Ausnahmen von der Erlaubnispflichtigkeit (§ 32 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 Alt. 1 KWG) gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3b–3e KWG oben § 4 B.

24 Siehe zur kapitalanlagerechtlichen Regulierung der Gelddarlehensgewährung oben § 4 C.

25 Siehe dazu, dass § 32 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 Alt. 1 KWG kein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB ist, oben § 4 D.

§ 5 Das Bankgeheimnis als Ausplatziierungsschranke

Das Bankgeheimnis kann als Gewohnheitsrecht eingeordnet werden;²⁶ eine Bank ist jedenfalls nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses gemäß § 241 Abs. 2 BGB zur Verschwiegenheit verpflichtet.²⁷ Diese Pflicht stellen Nr. 1 Abs. 1 AGB-Sparkassen und Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 AGB-Banken auf ein AGB-rechtliches Fundament. Damit ist § 305c Abs. 2 BGB anzuwenden. Dies ermöglicht es zwar nicht, das AGB-Bankgeheimnis als Abtretungsausschlussvereinbarung i. S. d. § 399 Alt. 2 BGB auszulegen,²⁸ versperrt aber eine verwerderfreundliche Auslegung, namentlich die Einordnung des § 402 Alt. 1 BGB als gesetzliche Bestimmung i. S. d. Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 AGB-Banken.²⁹

Bei der Ausplatziierung kann eine Bank unmittelbar gegen ihre Geheimhaltungspflicht verstoßen, indem sie vor oder nach dem Gläubigerwechsel vertrauliche Informationen weitergibt.³⁰ Mittelbar kann auch der Gläubigerwechsel selbst das Bankgeheimnis verletzen: Bei einem kreditsichernden Informationsanspruch besteht die mittelbare Verletzung darin, dass der Darlehensnehmer durch den Gläubigerwechsel verpflichtet wird, dem Zessionar seine Geheimnisse zu offenbaren.³¹ Bei einer Geldforderung liegt die Verletzung in der Entstehung der Auskunftspflicht gemäß § 402 Alt. 1 BGB.³² Insoweit folgt aus dem Bankgeheimnis eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht.

Bei der Ausplatziierung eines notleidenden Kredits ist das Bankgeheimnis in engen Grenzen aufgrund überwiegender Schutzwürdigkeit der Bank gemäß § 242 BGB eingeschränkt, und zwar hinsichtlich der Weitergabe von Informationen, die auch bei klageweiser Geltendmachung der Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB bekannt werden können.³³

26 Siehe zur Einordnung des Bankgeheimnisses als Gewohnheitsrecht oben § 5 A. II.

27 Siehe zum Bankgeheimnis als Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB oben § 5 A. III.

28 Siehe zum Bankgeheimnis in den AGB der Banken und Sparkassen oben § 5 A. IV.

29 Siehe dazu oben § 5 B. I. 2.

30 Siehe zur Informationsweitergabe vor dem Gläubigerwechsel im Zuge der Verhandlung des Kausalgeschäfts oben § 5 B. I. 1 und zur Informationsweitergabe nach dem Gläubigerwechsel durch Erfüllung der Auskunftspflicht gemäß § 402 Alt. 1 BGB oben § 5 B. I. 2.

31 Siehe zur mittelbaren Verletzung des Bankgeheimnisses durch den Gläubigerwechsel betreffend einen kreditsichernden Informationsanspruch oben § 5 B. I. 3. a).

32 Siehe zur mittelbaren Verletzung des Bankgeheimnisses durch den Gläubigerwechsel hinsichtlich einer Geldforderung oben § 5 B. I. 3. b).

33 Siehe zu dieser teilweisen Einschränkung des Bankgeheimnisses aufgrund überwiegender Schutzwürdigkeit der Bank gemäß § 242 BGB oben § 5 B. II. 2.

Ein unter Verstoß gegen das Bankgeheimnis getätigtes Rechtsgeschäft ist nicht gemäß § 134 BGB nichtig; denn das Bankgeheimnis ist weder ein gewohnheitsrechtliches Verbotsgesetz noch ist es strafrechtlich nach § 203 StGB geschützt.³⁴

§ 6 Die Gefahrerhöhung als Begründungsansatz einer Rücksichtspflicht zur Unterlassung der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren

Zum Schutz des Schuldners vor Investoren, die Forderungen erwarben und mit illegitimen Mitteln eintrieben, wurde im Jahre 422 n. Chr. die Abtretung an potiores verboten, C. 2,13,2. Den Begriff des potior rezipierten zumindest³⁵ die Vertreter des usus modernus komparativ; sie qualifizierten als potior einen im Vergleich zum Zedenten mächtigeren – insofern gefährlicheren – Zessionar.³⁶ Das gibt Anlass, aus heutiger Sicht zu fragen, inwiefern ein Darlehensgeber aus Rücksicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet ist, die Übertragung seiner Rechte auf einen Loan-to-Own-Investor zu unterlassen, wenn die Übertragung eine zusätzliche Gefahr³⁷ für die Interessen des Darlehensnehmers schafft oder eine bestehende erhöht.

Das Interesse einer Person, dass deren Rechte, Rechtsgüter und Interessen keinen höheren oder zusätzlichen Gefahren ausgesetzt werden, wird als derivatives Interesse bezeichnet. Der Begriff des derivativen Interesses dient zum einen als Abkürzung. So kann etwa gesagt werden: Die Abtretung des Kündigungsrechts verletzt den Darlehensnehmer in seinem derivativen Interesse nur zulässiger Kündigung. Ohne diesen Begriff müsste gesagt werden: Die Abtretung des Kündigungsrechts verletzt den Darlehensnehmer in seinem Interesse daran, dass die Gefahr einer unzulässigen Kündigung nicht steigt. Zum anderen soll der Begriff des derivativen Interesses verdeutlichen, dass das Ausbleiben höherer oder auch neuer Gefahren seinerseits ein Interesse ist, und diesem einen Namen geben.³⁸ Auf den Schutz der derivativen Interessen des Darlehensnehmers dürften die Rechtsprechung und die Literatur abzielen, soweit sie die Kreditübertragung in Abhängig-

34 Siehe dazu, dass das Bankgeheimnis kein gewohnheitsrechtliches Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB ist, oben § 5 B. III. 1; siehe zum fehlenden strafrechtlichen Schutz des Bankgeheimnisses oben § 5 B. III. 2.

35 Ob potior während der Antike komparativ oder als Elativ verstanden wurde, ist umstritten. Siehe oben § 6 A. I. 1.

36 Siehe zum komparativen Begriff des potior zur Zeit des usus modernus oben § 6 A. I. 2.

37 Siehe zum Begriff der Gefahr oben § 6 D. I. 2. c) bb) aaa).

38 Siehe zum Begriff des derivativen Interesses oben § 6 D. I. 2.

keit von der Person des Zessionars beschränken, auch wenn sie dabei nicht von einer Gefahrschaffung oder einer Gefahrerhöhung sprechen.³⁹

Eine Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB wird anhand des konkreten (vertraglichen) Schuldverhältnisses ermittelt.⁴⁰ Mittels objektiv-generalisierender Betrachtung wird hingegen eine vertragsnatürliche Rücksichtspflicht gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB bestimmt; als solche verpflichtet sie den Schuldner nicht und ist insofern eher ein AGB-rechtliches Konstrukt: Schränkt eine Bestimmung in AGB eine vertragsnatürliche zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht unangemessen ein (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB), ist sie nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Gemäß § 306 Abs. 2 Alt. 2 BGB richtet sich der Inhalt des Vertrages insoweit dann nach den gesetzlichen Vorschriften, also nach § 241 Abs. 2 BGB und der gemäß dieser Vorschrift nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zu ermittelnden zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht. Diese kann in niedrigerem, gleichem oder höherem Maße zur Rücksicht verpflichten als die vertragsnatürliche.⁴¹

Zur Gewinnung einer vertragsnatürlichen zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB betreffend die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor werden im Wege typisierender Betrachtung das Interesse eines Darlehensgebers an einer solchen Übertragung einerseits und die damit einhergehenden Beeinträchtigungen der Interessen eines Darlehensnehmers andererseits ermittelt, gewichtet und abgewogen. Bei der Ermittlung dieser Belange werden mangels empirischer Daten theoretische Erwägungen angestellt. Diese führen zu folgenden Ergebnissen: Eine Bank hat ein finanzielles Interesse an der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor, und es nimmt mit dem Kreditrisiko zu.⁴² Die Übertragung des Kündigungsrechts von einer Bank auf einen Loan-to-Own-Investor verletzt den Darlehensnehmer in seinem derivativen

39 Siehe zur Beschränkung der Kreditübertragung in Abhängigkeit von der Person des Erwerbers in Rechtsprechung und Literatur oben § 6 B. I.

40 Siehe zur Bestimmung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses oben § 6 C. I.

41 Siehe zur Bestimmung einer vertragsnatürlichen zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht und deren Verhältnis zur zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses oben § 6 C. II.

42 Siehe zum finanziellen Interesse des Darlehensgebers an der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor oben § 6 D. I. 1. c) und zur Gewichtung dieses Interesses oben § 6 D. II. 2.

Interesse nur zulässiger Kündigung.⁴³ Geht das Bestimmungsrecht bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches von einer Bank auf einen Loan-to-Own-Investor über,⁴⁴ verletzt dies sein derivatives Interesse nur berechtigter Informationsverlangen und sein derivatives negatives Äquivalenzinteresse.⁴⁵ Schon die Übertragung der Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB von einer Bank auf einen Loan-to-Own-Investor verletzt sein derivatives Reputationsinteresse.⁴⁶ Von diesen Prämissen ausgehend ergibt die Abwägung: Einen Darlehensgeber trifft die vertragsnatürliche Rücksichtspflicht, die Übertragung der genannten Rechte auf einen Loan-to-Own-Investor zu unterlassen. Eine Ausnahme hiervon gilt bei einem notleidenden Kredit in Betreff der Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB und der Kündigungsrechte.⁴⁷

§ 7 Die Gebundenheit der Darlehensgeberrechte gemäß § 399 Alt. 1 BGB

Das Verbot der *cessio in potestatem* und die *lex Anastasiana* fanden keinen Eingang in die Gesetze und Entwürfe der Länder.⁴⁸ Das zessionsrechtliche Verschlechterungsverbot verwirklichte Vorläufervorschriften zu § 399 Alt. 1 BGB. Deren mitunter ausdifferenzierte Regelungen haben Niederschlag in den heute zu § 399 Alt. 1 BGB gebildeten Gruppen gebundener Forderungen gefunden. Insofern ist mit Blick auf die Gruppe der eigenschafts- und zweckgebundenen Forderungen § 3 Abs. 2 Var. 4 TE-OR zu nennen. Danach sollten Forderungen nicht abgetreten werden können, die „zu ihrer Geltendmachung eine nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubi-

43 Siehe zur Verletzung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung oben § 6 D. I. 2. a) und zum Gewicht dieser Interessenbeeinträchtigung oben § 6 D. II. 3. a).

44 Siehe zum Übergang des Bestimmungsrechts bei einem ermessensabhängigen Informationsanspruch analog § 401 Abs. 1 BGB oben § 3 C. I. 2. a).

45 Siehe zur Verletzung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen oben § 6 D. I. 2. b) und zum Gewicht dieser Interessenbeeinträchtigung oben § 6 D. II. 3. b). — Siehe zum Begriff des (derivativen) negativen Äquivalenzinteresses oben § 6 D. I. 2. c), zu dessen Verletzung durch die Schaffung der Gefahr für eine Mehr-Bestimmung oben § 6 D. I. 2. c) bb) und zum Gewicht dieser Interessenbeeinträchtigung oben § 6 D. II. 3. c).

46 Siehe zur Verletzung des derivativen Reputationsinteresses oben § 6 D. I. 2. d) und zum Gewicht dieser Interessenbeeinträchtigung oben § 6 D. II. 3. d).

47 Siehe zu diesen Abwägungsergebnissen oben § 6 D. III.

48 Siehe zur Überwindung des Verbots der *cessio in potestatem* oben § 6 A. I. 3; siehe diesbezüglich zur *lex Anastasiana* oben § 6 A. II.

gers voraussetzen“.⁴⁹ Unter Rekurs auf diese Entwurfsvorschrift lässt sich begründen, dass ein kreditsichernder Informationsanspruch an jemanden ohne Sicherungsinteresse gemäß § 399 Alt. 1 BGB nicht abgetreten werden kann,⁵⁰ aber nicht, dass eine Bankdarlehensforderung nur an ein Kreditinstitut abgetreten werden kann.⁵¹

Beschreibungen und anerkannte Fälle im weiteren Sinne höchstpersönlicher Forderungen werden mit einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht verknüpft und in einer Definition zusammengeführt: Danach ist eine Forderung im weiteren Sinne höchstpersönlich, wenn erstens deren Übertragung eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB entgegensteht und zweitens der Schuldner, leistete er an den Zessionar, sein durch diese Pflicht geschütztes Interesse verletzte.⁵² Ein anderes Recht ist im weiteren Sinne höchstpersönlich, wenn in Ansehung dessen Ausübung durch den Zessionar eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB besteht.⁵³ Wegen des erforderlichen Bezugs zur Leistung bzw. zur Rechtsausübung ist nicht schon jede nach § 241 Abs. 2 BGB pflichtwidrige Abtretung auch gemäß § 399 Alt. 1 BGB unwirksam.⁵⁴

Bei der Beurteilung der Gebundenheit der Darlehensgeberrechte betreffend die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor wird ein darlehensvertragliches Schuldverhältnis unterstellt, dessen zessionsbeschränkende Rücksichtspflichten nach § 241 Abs. 2 BGB mit den vertragsnatürlichen und denen aus dem Bankgeheimnis übereinstimmen. Insofern lautet das Ergebnis: Zins- und Rückzahlungsforderungen sind ebenso wie das Recht zur Darlehenskündigung nicht im weiteren Sinne höchstpersönlich; deren Abtretung an einen Loan-to-Own-Investor verletzt zwar außer bei

49 Von Kübel, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 3, S. 927. Siehe zur Gruppe der gemäß § 399 Alt. 1 BGB eigenschafts- und zweckgebundenen Forderungen oben § 7 C. I. 3 und zu den historischen Bezügen oben § 7 A. I und § 7 A. II.

50 Siehe zur Zweckgebundenheit kreditsichernder Informationsansprüche oben § 7 C. III. 2.

51 Siehe zur fehlenden Gebundenheit einer Bankdarlehensforderung an die Kreditinstitutseigenschaft oben § 7 C. III. 1. a).

52 Siehe zur Systematisierung der Gruppe der im weiteren Sinne höchstpersönlichen Forderungen im Allgemeinen oben § 7 C. IV. 1 und zu deren Definition oben § 7 C. IV. 2.

53 Siehe zur Definition im weiteren Sinne höchstpersönlicher anderer Rechte oben § 7 C. IV. 3. c) bb).

54 Siehe zur vorauszusetzenden Interessenbeeinträchtigung durch die Leistung an den Zessionar oben § 7 C. IV. 2. b); siehe zur vorauszusetzenden Interessenbeeinträchtigung durch die Rechtsausübung oben § 7 C. IV. 3. c) bb) und § 7 C. IV. 3. d).

einem notleidenden Kredit die zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht, ist aber nicht gemäß § 399 Alt. 1 (i. V. m. § 413) BGB ausgeschlossen.⁵⁵ Demgegenüber ist ein kreditsichernder Informationsanspruch im weiteren Sinne höchstpersönlich;⁵⁶ deshalb kann er auch im Rahmen seiner Zweckbindung gemäß § 399 Alt. 1 BGB nicht abgetreten werden. Das Bestimmungsrecht in Bezug auf einen solchen Informationsanspruch ist gemäß § 399 Alt. 1, § 413 BGB an diesen gebunden, sodass es nicht isoliert abgetreten werden kann. Das Bestimmungsrecht ist allerdings nicht nur anspruchsgelinkt, sondern überdies im weiteren Sinne höchstpersönlich. Gemäß § 399 Alt. 1, §§ 412 f. BGB könnte es daher, auch wenn der bezügliche Informationsanspruch abtretbar wäre, nicht mit diesem analog § 401 Abs. 1 BGB übergehen.⁵⁷

Die Abtretung einer Forderung, die nach § 399 BGB nicht abgetreten werden kann, ist nicht nur relativ gegenüber dem Schuldner, sondern absolut gegenüber jedermann unwirksam.⁵⁸

§ 8 Die AGB-Kontrolle von Weitergabeklauseln

Weitergabeklauseln in Unternehmenskreditverträgen dürften regelmäßig unter den AGB-Begriff des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB zu subsumieren und darlehensgeberseitig gestellt sein.⁵⁹ Nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB liegen keine AGB vor, soweit die Vertragsbedingungen im Einzelnen ausgehandelt sind. Dazu muss der Verwender den Kerngehalt der Bestimmung ernstlich zur Disposition stellen. Das Bestehen einer solchen Dispositionsbereitschaft auf Darlehensgeberseite erscheint bei kleineren Finanzierungen, aber auch bei bonitätsschwächeren Darlehensnehmern fraglich.⁶⁰

Nach § 307 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 BGB ist eine Bestimmung auf ihre Angemessenheit nur zu kontrollieren, wenn sie von einer Rechtsvorschrift abweicht. Die insofern maßgebliche Rechtsvorschrift ist bei einer schuldrechtlichen Weitergabeklausel § 241 Abs. 2 BGB; abzustellen ist mithin auf

55 Siehe zur fehlenden Personengebundenheit der Zins- und Rückzahlungsforderungen oben § 7 C. IV. 3. a) und zur fehlenden Personengebundenheit des Rechts zur Darlehenskündigung oben § 7 C. IV. 3. d).

56 Siehe zur Personengebundenheit kreditsichernder Informationsansprüche oben § 7 C. IV. 3. b).

57 Siehe zur nachgiebigen Forderungengebundenheit des Bestimmungsrechts oben § 7 B. II und zu dessen Personengebundenheit oben § 7 C. IV. 3. c).

58 Siehe zur Rechtsfolge der absoluten Unwirksamkeit nach § 399 Alt. 1 BGB oben § 7 D.

59 Siehe dazu, dass Weitergabeklauseln dem AGB-Begriff unterfallen, oben § 8 B. I; siehe dazu, dass sie darlehensgeberseitig gestellt werden, oben § 8 B. II. 1.

60 Siehe zu im Einzelnen ausgehandelten Weitergabeklauseln oben § 8 B. II. 2.

die nach dem Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses zu ermittelnde zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht und nicht auf die davon abstrahiert bestimmte vertragsnatürliche Pflicht i. S. d. § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB.⁶¹ Nur zum Zwecke der AGB-Kontrolle im Rahmen dieser Untersuchung wird daher ein darlehensvertragliches Schuldverhältnis unterstellt, welches bei Fehlen einer Weitergabeklausel zessionsbeschränkende Rücksichtspflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB enthält, die mit denen übereinstimmen, die sich aus dem Bankgeheimnis und der Natur des Darlehens gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB ergeben.⁶² Da diese Annahme auch der Beurteilung der Gebundenheit der Darlehensgeberrechte nach § 399 Alt. 1 BGB zugrunde liegt, ist folglich auch davon auszugehen, dass die Darlehensgeberrechte ohne eine Weitergabeklausel entsprechend den Ergebnissen zu § 7 gebunden sind.⁶³

Ausgehend von diesen Prämissen ergibt sich: Eine Bestimmung, wonach der Darlehensgeber den Kredit uneingeschränkt übertragen *kann*, benachteiligt den Darlehensnehmer nicht unangemessen nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.⁶⁴ Demgegenüber sind schuldrechtliche Weitergabeklauseln nur eingeschränkt zulässig. Eine Bestimmung, wonach der Darlehensgeber einem Loan-to-Own-Investor den Kredit übertragen *darf*, bevor der Kredit Not leidet, benachteiligt den Darlehensnehmer unangemessen gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB; sie ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.⁶⁵

Anstelle einer unwirksamen schuldrechtlichen Weitergabeklausel tritt gemäß § 306 Abs. 2 Alt. 2 BGB die auch zur Feststellung der Kontrollfähigkeit (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB) zu ermittelnde zessionsbeschränkende

61 Siehe dazu, dass die konkreten Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB Rechtsvorschriften i. S. d. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB sind, oben § 8 B. III. 1. b) aa).

62 Siehe zur zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht aus dem Bankgeheimnis betreffend kreditsichernde Informationsansprüche oben § 5 B. I. 3. a). Siehe zusammenfassend zu den zessionsbeschränkenden Rücksichtspflichten betreffend die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor oben § 6 E.

63 Siehe die Ergebnisse zur Gebundenheit der Darlehensgeberrechte gemäß § 399 Alt. 1 BGB oben § 7 E.

64 Siehe zur uneingeschränkten Zulässigkeit dinglicher Eintrittsklauseln oben § 8 B. III. 3. a) und zur uneingeschränkten Zulässigkeit dinglicher Abtretungsklauseln oben § 8 B. III. 3. b).

65 Siehe dazu, dass eine Bestimmung, wonach schon ein ausfallgefährdeter Kredit einem Loan-to-Own-Investor übertragen werden darf, den Darlehensnehmer nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB unangemessen benachteiligt, oben § 8 B. III. 4. a); siehe dazu, dass demgegenüber eine Bestimmung, nach der nur ein notleidender Kredit einem Loan-to-Own-Investor übertragen werden darf, den Darlehensnehmer nicht nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB unangemessen benachteiligt, oben § 8 B. III. 4. b).

Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB.⁶⁶ Diese muss nicht der eingeschränkten vertragsnatürlichen Pflicht (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB) entsprechen, sondern kann auch in niedrigerem oder höherem Maße zur Rücksicht verpflichten.⁶⁷ Werden in einer Bestimmung die dingliche und die schuldrechtliche Seite einer Weitergabeklausel unteilbar vermengt, hat die Unangemessenheit der schuldrechtlichen Regelung auch die Unwirksamkeit einer an sich angemessenen dinglichen Regelung zur Folge.⁶⁸ Doch auch dann ist nicht der gesamte Darlehensvertrag gemäß § 306 Abs. 3 BGB unwirksam.⁶⁹

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

Das dritte Kapitel widmet sich den Rechtsfolgen einer pflichtwidrigen Ausplatzierung durch den Darlehensgeber (dazu § 9) und den Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung durch den Zessionar nach einer rechtmäßigen Ausplatzierung (dazu § 10).

§ 9 Die Rechtsfolgen pflichtwidriger Ausplatzierung

Der Grundfall der Betrachtung der Rechtsfolgen einer pflichtwidrigen Ausplatzierung ist, dass der originäre Darlehensgeber seine Rechte mittels Abtretung ausplatziert und dabei eine Pflicht gegenüber dem Darlehensnehmer verletzt. Ausgehend von dieser Grundkonstellation wird eruiert, inwiefern sich im Falle der Ausgründung und im Falle der Vertragsübernahme abweichende Rechtsfolgen ergeben. Die Untersuchung ergibt:

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.⁷⁰ Daher kann nicht

66 Siehe betreffend § 306 Abs. 2 BGB oben § 6 C. II und § 8 C. I; siehe betreffend § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB oben § 8 B. III. 1. b) aa).

67 Siehe dazu oben § 6 C. II., § 8 B. III. 4. b) und § 8 C. I.

68 Siehe oben § 8 B. III. 3 und § 8 B. III. 4. b).

69 Siehe oben § 8 C. II.

70 Siehe zur Kündigung des Darlehensvertrages aus wichtigem Grund gemäß § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB oben § 9 A. I. Siehe speziell dazu, dass das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB mit Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles betrachtet werden muss, (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,

gesagt 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.⁷¹ — 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.⁷² 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.⁷³ Als Schadensersatz neben der Leistung (§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB) kann er von ihm den Rückerwerb der abgetretenen Rechte fordern.⁷⁴ 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.⁷⁵ 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.⁷⁶

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; 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).

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

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

73 Siehe zum Anspruch des Darlehensnehmers auf Ersatz seines Auflösungschadens oben § 9 A. II. 1.

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

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

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

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 überträgt, kann der Darlehensnehmer von ihm und der Zweckgesellschaft Schadensersatz verlangen.⁷⁷ Deren gesamtschuldnerische Haftung folgt aus § 133 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 135 Abs. 1 Satz 1 UmwG.⁷⁸ 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.⁷⁹

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.⁸⁰

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

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

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

79 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 zu den Anstrengungen, die der Darlehensgeber unternehmen muss, um den Zessionar zu dieser zu bewegen, oben § 9 A. II. 2. a) aa).

80 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).

seiner Vertragsposition schuldhaft verletzt, aber hierfür nicht er, sondern der Erwerber der Vertragsposition haftet. Dazu muss die Einwilligung des 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.⁸¹

§ 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. Insofern ist zum einen die Frage aufgeworfen, ob der Darlehensgeber für den Zessionar gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB verantwortlich ist, und zum anderen, ob den Zessionar selbst eine eigene Rücksichtspflicht gegenüber dem Darlehensnehmer trifft. Beides ist zu bejahen:

Der Darlehensgeber ist für den Zessionar nach § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB verantwortlich, soweit er ihm durch die Ausplatzierung die gesteigerte 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.⁸² Der Darlehensgeber kann sich seiner

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

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

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.⁸³

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.⁸⁴ 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 Rechtsfolgeenseite 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 Zedenten und Schuldner umhüllt erwirbt. Die Annahme eines solchermaßen begründeten Zessionarschuldverhältnisses *sui generis* verdient daher den Vorzug.⁸⁵

Der Darlehensgeber kann mit dem Zessionar vereinbaren, dass er seinen Rücksichtspflichten gegenüber dem Darlehensnehmer beitrifft und dessen Verschulden dabei abweichend von § 425 Abs. 1, Abs. 2 Var. 3 BGB auch gegen ihn 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 der Darlehensgeber oder auch der Zessionar ihre gesamtschuldnerische Haftung im Schadensfalle leugnen und damit vor Gericht Recht bekommen. Daher trifft den Darlehensgeber die zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht, mit dem Zessionar einen solchen Schuldbeitritt vor der Abtretung zu vereinbaren.⁸⁶

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

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

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

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

Die konkludente Vereinbarung eines solchen Schuldbeitritts dürfte nur ausnahmsweise angenommen werden können.⁸⁷ 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.⁸⁸

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

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

