Schriften zur Restrukturierung

Karl M. Kulike

Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schriften zur Restrukturierung

Herausgegeben von

Prof. Dr. Stephan Madaus
Prof. Dr. Bettina Nunner-Krautgasser
Prof. Dr. Christoph G. Paulus, LL.M.
RA Wolfgang Zenker

Band 41

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Karl M. Kulike

Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Open-Acess-Veröffentlichung wurde aus Mitteln des Publikationsfonds der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg gefördert.
RINGOLD-ID: 1043

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Halle-Wittenberg, Martin-Luther-Univ., Diss., 2025

DE-3 D 3

1. Auflage 2026

© Karl M. Kulike

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-4379-8
ISBN (ePDF): 978-3-7489-7335-5

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748973355

Onlineversion
Inlibra

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorwort

Die Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg hat diese Arbeit als Dissertationsschrift angenommen. Am 12.11.2025 haben die öffentliche Verteidigung und die wissenschaftliche Aussprache stattgefunden. Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand der Einreichung der Arbeit im September 2024 berücksichtigt. Die Änderungen durch das Fondsrisikobegrenzungsgesetz vom 9.4.2026 konnten für die Druckfassung noch eingearbeitet werden.

Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Stephan Madaus, der mir bei der Erstellung dieser Arbeit alle Freiheiten gewährt und mich zugleich in allen Belangen unterstützt hat. Herr Professor Dr. Dr. h.c. Christoph G. Paulus hat das Amt des Zweitgutachters übernommen, worüber ich mich sehr gefreut habe und wofür ich ihm ausdrücklich danken möchte.

Die Graduiertenförderung des Landes Sachsen-Anhalt hat mir die Arbeit an dem Manuskript in Vollzeit ermöglicht, die Stiftung Unternehmensfinanzierung und Kapitalmärkte für den Finanzstandort Deutschland hat die Druckkosten bezuschusst, und der Publikationsfonds für Monografien der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg hat die Open-Access-Veröffentlichung gefördert. Für all diese großzügige Unterstützung bin ich überaus dankbar.

Für das sorgfältige Lesen sämtlicher Entwürfe und seine konstruktive Kritik, die beide zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben, danke ich herzlich Paul Corleis. Den größten Dank schulde ich meiner Mutter, Cornelia Hösl-Kulike, und meiner Frau, Soline Kulike, für ihre Geduld und ihre Ungeduld – beides war nötig, damit diese Arbeit ihren Abschluss finden konnte.

Kronberg im Taunus, im Sommer 2026 Karl M. Kulike

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis 11

Abkürzungsverzeichnis 35

Einleitung 61

A. Der Ausschluss der Abtretung an Loan-to-Own-Investoren und das Verbot der cessio in potentiorem 61

B. Ziel der Untersuchung 62

C. Gang der Untersuchung 63

D. Methoden der Untersuchung 64

Kapitel 1: Die Vorfragen zu den Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren 67

§ 1 Die Definitionen für die weitere Untersuchung 69

A. Kredit und Ausplatzierung als Oberbegriffe 69

B. Aufsichts- und zivilrechtliche Definitionen notleidender Kredite 71

§ 2 Das Loan-to-Own im Überblick 81

A. Begriffe für Übernahmestrategien auf Basis von Forderungen 82

B. Loan-to-Own-Investoren und deren Strategie 87

C. Loan-to-Own als forderungsherrschaftsbasierte Übernahme 97

D. Ergebnis 164

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 3 Die Ausplatzierung eines Kredits 167

A. Retrospektive zum Begriff der Forderung und deren Übertragbarkeit 168

B. Grundzüge des Konsortialkredit- und Schuldscheindarlehensgeschäfts 186

C. Übertragungswege bei der Ausplatzierung eines Kredits 198

D. Ergebnis 227

Kapitel 2: Die Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren 229

§ 4 Die bankenaufsichts- und kapitalanlagerechtliche Regulierung der Gelddarlehensgewährung 235

A. Gelddarlehensgewährung i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 KWG 236

B. Die Bereichsausnahmen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3b–3e KWG 240

C. Kapitalanlagerechtliche Regulierung der Kreditvergabe 243

D. Erlaubnispflicht gemäß § 32 KWG als Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB? 244

E. Ergebnis 247

§ 5 Das Bankgeheimnis als Schranke der Ausplatzierung 249

A. Inhalt und Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses 250

B. Verletzung des Bankgeheimnisses bei der Ausplatzierung 256

C. Ergebnis 273

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 6 Die Gefahrerhöhung als Begründungsansatz einer Rücksichtspflicht zur Unterlassung der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren 275

A. Das Verbot der cessio in potentiorem und die lex Anastasiana 276

B. Meinungsstand zu erwerberbezogenen Übertragungsbeschränkungen 286

C. Maßgaben zur Gewinnung (vertragsnatürlicher) zessionsbeschränkender Rücksichtspflichten 292

D. Vertragsnatürliche zessionsbeschränkende Rücksichtspflichten in Betreff der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor 299

E. Ergebnis 397

§ 7 Die Gebundenheit der Darlehensgeberrechte gemäß § 399 Alt. 1 BGB 401

A. Historische Entwicklung des Abtretungsausschlusses aufgrund Inhaltsänderung 402

B. Gebundenheit des Bestimmungsrechts an den bezüglichen kreditsichernden Informationsanspruch 405

C. Personengebundenheit der Darlehensgeberrechte 408

D. Die Rechtsfolge der absoluten Unwirksamkeit gemäß § 399 BGB 448

E. Ergebnis 451

§ 8 Die AGB-Kontrolle von Weitergabeklauseln 455

A. Berechtigung und Beschränkung der Kreditübertragung in Weitergabeklauseln 456

B. Wirksamkeit formularvertraglicher Weitergabeklauseln 464

C. Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit formularvertraglicher Weitergabeklauseln 514

D. Ergebnis 517

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 3: Die Rechtsfolgen eines Schrankenverstoßes: pflichtwidrige Ausplatzierung; Pflichtverletzung nach rechtmäßiger Ausplatzierung 519

§ 9 Die Rechtsfolgen pflichtwidriger Ausplatzierung durch den Darlehensgeber 521

A. Rechtsfolgen pflichtwidriger Ausplatzierung im Falle der Abtretung 521

B. Rechtsfolgen pflichtwidriger Ausplatzierung im Falle der Ausgründung und im Falle der Vertragsübernahme 543

C. Ergebnis 551

§ 10 Die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung durch den Zessionar nach rechtmäßiger Ausplatzierung 555

A. Verantwortlichkeit des Darlehensgebers für den Zessionar gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB 555

B. Pflichten des Zessionars gegenüber dem Darlehensnehmer 561

C. Ergebnis 580

Zusammenfassung 583

A. Kapitel 1: Die Vorfragen zu den Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren 583

B. Kapitel 2: Die Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren 587

C. Kapitel 3: Die Rechtsfolgen eines Schrankenverstoßes: pflichtwidrige Ausplatzierung; Pflichtverletzung nach rechtmäßiger Ausplatzierung 596

Schluss 603

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur 605

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Quellen des Internets 677

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 35

Einleitung 61

A. Der Ausschluss der Abtretung an Loan-to-Own-Investoren und das Verbot der cessio in potentiorem 61

B. Ziel der Untersuchung 62

C. Gang der Untersuchung 63

D. Methoden der Untersuchung 64

Kapitel 1: Die Vorfragen zu den Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren 67

§ 1 Die Definitionen für die weitere Untersuchung 69

A. Kredit und Ausplatzierung als Oberbegriffe 69

B. Aufsichts- und zivilrechtliche Definitionen notleidender Kredite 71

I. Aufsichtsrechtliche Definition notleidender Kredite, § 2 Abs. 18 KrZwMG 72

1. Einstufung einer Risikoposition als notleidend i. S. d. Art. 47a CRR 72

2. Geltung des Kreditzweitmarktgesetzes nur für 90 Tage überfällige und gekündigte Kredite? 75

3. Keine Regelung privatrechtlicher Schranken der Kreditübertragung durch das Kreditzweitmarktgesetz 76

II. Zivilrechtliche Definition notleidender Kredite; Abgrenzung ungestörter und ausfallgefährdeter Kredite 77

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 2 Das Loan-to-Own im Überblick 81

A. Begriffe für Übernahmestrategien auf Basis von Forderungen 82
I. Oberbegriffe für Übernahmestrategien auf Basis von Forderungen 82
II. Unterbegriffe für Übernahmestrategien auf Basis von Forderungen 84
1. Begriffe für Übernahmestrategien auf Basis derivativ erworbener Forderungen 84
2. Begriffe für Übernahmestrategien auf Basis originär erworbener Forderungen 86

B. Loan-to-Own-Investoren und deren Strategie 87
I. Loan-to-Own als aktive und kontrollorientierte Debt-Investment-Strategie 87
II. Loan-to-Own-Investoren 88
III. Loan-to-Own auf Kosten der Gesellschafter 90
1. Wertverschiebung auf Kosten der Gesellschafter 90
2. Fehlende Schutzwürdigkeit der Gesellschafter aufgrund einer Pflichtverletzung des Darlehensnehmers? 93
3. Loan-to-Own als Alternative zur Insolvenz? 94

C. Loan-to-Own als forderungsherrschaftsbasierte Übernahme 97
I. Covenants im Überblick 99
1. Hintergrund und Zwecke von Covenants 99
2. Arten von Covenants 100
a) Financial-Covenants 101
b) General-Covenants 101
c) Information-Covenants 103
II. Das Kündigungsrecht infolge Covenantverstoßes als Herrschaftsmittel 106
III. Maßnahmen zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme und deren mittelbar-faktische Begrenzung durch das Gesellschafterdarlehensrecht 108
1. Maßnahmen zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme 110
a) Sicherung der Unterstützung durch das Management 110

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Förderung künftiger Covenantverstöße 111
c) Erhöhung des Drohpotenzials durch Vorsorge für eine verfahrensrechtliche Übernahme 113
2. Mittelbar-faktische Begrenzung von Maßnahmen zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme durch das Gesellschafterdarlehensrecht 116
a) Keine Unerlässlichkeit variabler Erlösbeteiligung für eine gesellschaftergleiche Stellung 119
aa) Eine Ansicht: Einfluss als hinreichende Bedingung 120
aaa) Herrschende Unteransicht: Erfordernis einer ausgeprägten Einflussmöglichkeit 120
bbb) Servatius' Ansicht: Erfordernis tatsächlicher Einflussnahme 122
bb) Andere Ansicht: Einfluss und variable Erlösbeteiligung als notwendige Bedingungen – kumulativer Doppeltatbestand 124
cc) Vermittelnde Position des IX. Zivilsenats im Doppeltreuhand-Urteil – keine Unerlässlichkeit variabler Erlösbeteiligung 127
aaa) Sachverhaltsdarstellung des Doppeltreuhand-Falles 129
bbb) Anhaltspunkte im Doppeltreuhand-Urteil gegen die Unerlässlichkeit variabler Erlösbeteiligung nach Auffassung des IX. Zivilsenats 134
(1) Anhaltspunkte im abstrakten Teil des Doppeltreuhand-Urteils 134
(a) Die Ausführungen des IX. Zivilsenats zum Grund der Subordination von Gesellschafterdarlehen und zur Auslegung des § 39 Abs. 5 InsO 135

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(b) Der Ansatz des IX. Zivilsenats: Bestimmung eines gesellschaftergleichen Dritten anhand eines Dreifachtatbestandes im Gesamtvergleich 136
(2) Anhaltspunkte im Subsumtionsteil des Doppeltreuhand-Urteils 137
(a) Die Ausführungen des IX. Zivilsenats zur Gewinnbeteiligung der Banken und die fortgesetzte Prüfung des Dreifachtatbestandes 138
(b) Der Gesamtvergleich als Annex zum Dreifachtatbestand 139
dd) Stellungnahme: Vorzugswürdigkeit der vermittelnden Sichtweise 139
b) Erforderlicher Einfluss für eine gesellschaftergleiche Stellung 141
aa) Erforderliche Quantität des Einflusses 142
bb) Erforderliche Qualität des Einflusses 143
aaa) Mittelbar schuldvertragliche Beteiligungsrechte 144
(1) Eine Ansicht: Geeignetheit mittelbar schuldvertraglicher Beteiligungsrechte 144
(2) Andere Ansicht: Ungeeignetheit mittelbar schuldvertraglicher Beteiligungsrechte 145
(3) Vermittelnde Ansicht: Geeignetheit mittelbar schuldvertraglicher Beteiligungsrechte unter zusätzlichen Voraussetzungen 146

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(4) Stellungnahme: Vorzugswürdigkeit einer vermittelnden Sichtweise 147
bbb) Ausgeübte faktische Einwirkungsmacht 147
(1) Herrschende Meinung: Ungeeignetheit ausgeübter faktischer Einwirkungsmacht 147
(2) Andere Ansicht: Geeignetheit ausgeübter faktischer Einwirkungsmacht 149
(3) Begründung der Geeignetheit ausgeübter faktischer Einwirkungsmacht 151
(a) Keine fehlende Basis für einen Vergleich mit der Stellung eines Gesellschafters 152
(b) Keine inakzeptable Rechtsunsicherheit 152
c) Maßnahmen zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme im Lichte einer gesellschaftergleichen Stellung 155
aa) Share-Pledges 156
bb) Information-Covenants 157
cc) Ausübung mittelbar schuldvertraglicher Beteiligungsrechte 158
dd) Einflussnahme auf die Organbestellung mittels Forderungsherrschaft 160
d) Ergebnis 161
IV. Umsetzung der Übernahme: Debt-Equity-Swap und weitere Gestaltungen 163
D. Ergebnis 164

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 3 Die Ausplatzierung eines Kredits 167

A. Retrospektive zum Begriff der Forderung und deren Übertragbarkeit 168
I. Römischrechtliche Tradition 168
1. Ausgangspunkt: Unübertragbarkeit der Forderung 168
2. Hilfskonstruktionen zur Übertragung der Forderung 171
II. Wiederbelebung des Unübertragbarkeitsdogmas bei den Glossatoren 173
III. ius ad rem – die obligatio als Recht zur Sache 174
IV. Von der spanischen Spätscholastik zum naturrechtlichen Forderungsbegriff 175
V. Mühlenbruchs Ausübungslehre und deren Überwindung 177
VI. Forderungszession im Bayerischen Entwurf und im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen 180
VII. Forderungszession im gesamtdeutschen Entwurf von 1877 181
VIII. Diskussion des Forderungsbegriffes nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches 184
IX. Fazit: Doppelnatur der Forderung 185

B. Grundzüge des Konsortialkredit- und Schuldscheindarlehensgeschäfts 186
I. Das Konsortialkreditgeschäft 186
1. Ökonomischer Hintergrund 187
2. Echter und unechter Konsortialkredit 188
3. Konstituierung des Konsortiums: Club- und Syndicated-Loans 191
II. Das Schuldscheindarlehensgeschäft 194
1. Schuldscheindarlehen: Bindeglied zwischen Konsortialkredit und Anleihe 194
2. Die Abwicklung des Schuldscheindarlehensvertrages 197

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Übertragungswege bei der Ausplatzierung eines Kredits 198
I. Ausplatzierung durch Einzelrechtsübertragung 199
1. Kein Übergang kreditsichernder Informationsansprüche analog § 401 Abs. 1 BGB 201
a) Vergleich kreditsichernder Informationsansprüche mit Hilfsauskunftsansprüchen 202
b) Regelungslücke: anfängliche bewusste Lücke 203
c) Vergleichbare Interessenlage 204
aa) Hinreichender Abhängigkeitsgrad 205
bb) Teleologische Folgenbetrachtung 205
aaa) Vorfrage: Disponibilität des § 401 Abs. 1 BGB 206
(1) Begründung der Disponibilität des § 401 Abs. 1 BGB 207
(2) Zwischen- und Folgeüberlegungen 209
bbb) Teleologische Frage: Wollen Darlehensgeber und Zessionar typischerweise den Übergang des Informationsanspruches? 211
(1) Trennung von Informationsanspruch und Hauptforderung – kein Erlöschen analog § 1250 Abs. 2 BGB 211
(2) Teilabtretung der Hauptforderung – Unteilbarkeit des Informationsanspruches 212
d) Ergebnis 214
2. Übergang forderungsbezogener Gestaltungsrechte analog § 401 Abs. 1 BGB 214
a) Übergang des Bestimmungsrechts bei einem ermessensabhängigen Informationsanspruch 215
b) Kein Übergang des Rechts zur Darlehenskündigung 218
II. Ausplatzierung durch Vertragsübernahme 219
1. Die rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme 221
2. Einwilligung des Darlehensnehmers in die Vertragsübernahme 222

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Ausplatzierung durch umwandlungsrechtliche Gestaltung 224
1. Ausgründung, § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG 224
2. Auf die dingliche Seite begrenzter Vorteil umwandlungsrechtlicher Ausplatzierung 225
D. Ergebnis 227

Kapitel 2: Die Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren 229

§ 4 Die bankenaufsichts- und kapitalanlagerechtliche Regulierung der Gelddarlehensgewährung 235
A. Gelddarlehensgewährung i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 KWG 236
B. Die Bereichsausnahmen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3b–3e KWG 240
C. Kapitalanlagerechtliche Regulierung der Kreditvergabe 243
D. Erlaubnispflicht gemäß § 32 KWG als Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB? 244
E. Ergebnis 247

§ 5 Das Bankgeheimnis als Schranke der Ausplatzierung 249
A. Inhalt und Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses 250
I. Die öffentlich-rechtliche Dimension des Bankgeheimnisses 250
II. Das Bankgeheimnis als Gewohnheitsrecht 252
III. Das Bankgeheimnis als Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB 253
IV. Das Bankgeheimnis in den AGB der Banken und Sparkassen 254
B. Verletzung des Bankgeheimnisses bei der Ausplatzierung 256
I. Unmittelbare und mittelbare Verletzungen des Bankgeheimnisses 258
1. Unmittelbare Verletzung des Bankgeheimnisses vor dem Gläubigerwechsel 258
2. Unmittelbare Verletzung des Bankgeheimnisses nach dem Gläubigerwechsel 260

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Mittelbare Verletzung des Bankgeheimnisses durch den Gläubigerwechsel 262
a) Kreditsichernder Informationsanspruch: Verpflichtung zur Selbstschädigung 262
b) Geldforderung: Entstehen der Auskunftspflicht nach § 402 Alt. 1 BGB 264
II. Teilweise Einschränkung des Bankgeheimnisses bei einem notleidenden Kredit 264
1. Keine Einschränkung aufgrund Vertragsuntreue des Darlehensnehmers 265
2. Teilweise Einschränkung des Bankgeheimnisses aufgrund überwiegender Schutzwürdigkeit der Bank 266
III. Das Bankgeheimnis – kein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB 269
1. Kein gewohnheitsrechtliches Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB 270
2. Kein strafrechtlicher Schutz des Bankgeheimnisses nach § 203 StGB 270
a) Privatrechtliche Kreditinstitute, § 203 Abs. 1 StGB 271
b) Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute, § 203 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB 271
C. Ergebnis 273

§ 6 Die Gefahrerhöhung als Begründungsansatz einer Rücksichtspflicht zur Unterlassung der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren 275

A. Das Verbot der cessio in potentiorem und die lex Anastasiana 276
I. Das Verbot der cessio in potentiorem 276
1. Das Verbot der cessio in potentiorem im römischen Recht 276
2. Tatbestandsrestriktionen und Bedeutungsverlust des Verbots der cessio in potentiorem im usus modernus und im 19. Jahrhundert 278
3. Aufgabe des Verbots der cessio in potentiorem in den Gesetzen und Entwürfen der Länder 279

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Die lex Anastasiana im römischen Recht, deren Rezeption und Überwindung 281
III. Fazit 285

B. Meinungsstand zu erwerberbezogenen Übertragungsbeschränkungen 286
I. Übertragungsbeschränkungen in Abhängigkeit von der Person des Erwerbers 286
1. Keine Kreditübertragung auf Konkurrenten 287
2. Keine Kreditübertragung auf Finanzinvestoren und weitere Beschränkungen 287
II. Pflicht des Darlehensgebers zur sorgfältigen Auswahl des Zessionars 288
1. Meinungsstand zur Pflicht zur sorgfältigen Auswahl des Zessionars 288
2. Begründung einer Pflicht zur sorgfältigen Auswahl des Zessionars 289
III. Exkurs: Verbot isolierter Abtretung einer Sicherungsgrundschuld 291

C. Maßgaben zur Gewinnung (vertragsnatürlicher) zessionsbeschränkender Rücksichtspflichten 292
I. Zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses gemäß § 241 Abs. 2 BGB 293
II. Vertragsnatürliche zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB 296

D. Vertragsnatürliche zessionsbeschränkende Rücksichtspflichten in Betreff der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor 299
I. Ermittlung des Darlehensgeberinteresses an der Kreditübertragung und der damit verbundenen Beeinträchtigungen der Darlehensnehmerinteressen 303
1. Darlehensgeberinteresse an der Kreditübertragung 303
a) Fehlende Berücksichtigungsfähigkeit der Verfügungsfreiheit als solcher 304
b) Besonderes aufsichtsrechtliches Interesse – zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht und Anlagegrundsätze nach § 124 VAG 305

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Finanzielles Interesse an der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor 307
aa) Interesse an der Kreditübertragung 308
bb) Interesse an der Übertragung auf einen Loan-to-Own-Investor 309
aaa) Übertragungsinteresse bei einem ungestörten Kredit 310
bbb) Übertragungsinteresse bei einem ausfallgefährdeten Kredit 311
ccc) Übertragungsinteresse bei einem notleidenden Kredit 313
d) Ergebnis 314
2. Beeinträchtigungen der Darlehensnehmerinteressen durch die Kreditübertragung 316
a) Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung 318
aa) Rücksichtspflichtwidrigkeit unzulässiger Kündigung 318
bb) Interessenbeeinträchtigung durch die Kreditübertragung 321
aaa) Unsicherheiten bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Kündigung 322
bbb) Begründung einer Gefahrerhöhung mit entscheidungstheoretischen Überlegungen 327
(1) Gefahrerhöhung und Erwartungswertregel 327
(a) Höherer Erwartungswert der Kündigung für einen Loan-to-Own-Investor 328
(b) Niedrigerer Erwartungswert des Stillhaltens für einen Loan-to-Own-Investor 332
(c) Ergebnis und Folgeüberlegung zur Risikoeinstellung von Banken und Loan-to-Own-Investoren 333

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Geringere Risikoaversion als gefahrerhöhender Umstand 334
(3) Gefahrerhöhung durch optimistischere Risikoeinschätzung der Unzulässigkeit der Kündigung 334
(a) Optimistischere Risikoeinschätzung der Unzulässigkeit der Kündigung 335
(b) Gefahrerhöhende Wirkung optimistischerer Risikoeinschätzung 336
cc) Ergebnis 338
b) Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen 339
aa) Maßgaben der Billigkeitskontrolle, § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB; Billigkeitsgrenzen der Ausübung ermessensabhängiger Informationsrechte 340
bb) Interessenbeeinträchtigung durch die Kreditübertragung 343
aaa) Höhere Gefahr für ein unbilliges Informationsverlangen infolge des Interesses an übernahmeerleichternden Informationen 343
bbb) Höhere Gefahr für ein unbilliges Informationsverlangen infolge des Interesses an einem Covenantverstoß 345
(1) Größeres Interesse an einem Covenantverstoß 345
(2) Gefahrerhöhende Wirkung eines größeren Interesses 346
cc) Ergebnis und weitere Bemerkungen 348
c) Beeinträchtigung des derivativen negativen Äquivalenzinteresses 349
aa) Selbständige Pflicht zur Rücksicht auf das derivative negative Äquivalenzinteresse 351

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Interessenbeeinträchtigung durch die Kreditübertragung 354
aaa) Voraussetzungen der Gefahr einer Mehr-Bestimmung 355
bbb) Von einem Loan-to-Own-Investor ausgehende Gefahr für eine Mehr-Bestimmung 355
ccc) Beweislastumkehr nach den Rechtsgedanken der §§ 613 Satz 2 und 664 Abs. 2 BGB 356
cc) Ergebnis 357
d) Beeinträchtigung des derivativen Reputationsinteresses 358
aa) Rücksichtspflicht auf das Reputationsinteresse 358
bb) Interessenbeeinträchtigung durch die Kreditübertragung 360
aaa) Schaffung der Gefahr eines Reputationsschadens durch die Kreditübertragung selbst 360
bbb) Erhöhung der Gefahr reputationsschädigenden Kreditgeberverhaltens 363
cc) Ergebnis 365
II. Gewichtung des Darlehensgeberinteresses an der Kreditübertragung und der damit verbundenen Beeinträchtigungen der Darlehensnehmerinteressen 366
1. Einflussfaktoren auf die Gewichtung 366
2. Gewichtung des Darlehensgeberinteresses an der Kreditübertragung 369
a) Übertragungsinteresse bei einem notleidenden Kredit 370
b) Übertragungsinteresse bei einem ungestörten Kredit 372
c) Übertragungsinteresse bei einem ausfallgefährdeten Kredit 373
aa) Fiktive Gewichtung bezüglich beinahe notleidender Kredite 373

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Fiktive Gewichtung bezüglich beinahe ungestörter Kredite 374
3. Gewichtung der Beeinträchtigungen derivativer Darlehensnehmerinteressen 374
a) Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung 376
aa) Gewicht einer unzulässigen Kündigung 376
bb) Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung 379
b) Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen 381
aa) Gewicht unberechtigter Informationsverlangen 381
bb) Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen 383
c) Beeinträchtigung des derivativen negativen Äquivalenzinteresses 384
aa) Gewicht der Beeinträchtigung des negativen Äquivalenzinteresses 385
bb) Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen negativen Äquivalenzinteresses 386
d) Beeinträchtigung des derivativen Reputationsinteresses 386
aa) Gewicht der Schädigung der Reputation 387
bb) Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen Reputationsinteresses 389
III. Abwägung des Darlehensgeberinteresses an der Kreditübertragung mit den damit verbundenen Beeinträchtigungen der Darlehensnehmerinteressen 391
1. Teilweise vertragsnatürliche Pflichtwidrigkeit der Übertragung eines notleidenden Kredits 391
a) Keine vertragsnatürliche Pflichtwidrigkeit der Übertragung der Zahlungsforderungen 392
b) Keine vertragsnatürliche Pflichtwidrigkeit der Übertragung des Kündigungsrechts 392

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Vertragsnatürliche Pflichtwidrigkeit des Übergangs des Bestimmungsrechts bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches 394
2. Vertragsnatürliche Pflichtwidrigkeit der Übertragung eines nicht notleidenden Kredits 396
E. Ergebnis 397

§ 7 Die Gebundenheit der Darlehensgeberrechte gemäß § 399 Alt. 1 BGB 401

A. Historische Entwicklung des Abtretungsausschlusses aufgrund Inhaltsänderung 402
I. Der Abtretungsausschluss aufgrund Inhaltsänderung in den Gesetzen und Entwürfen der Länder 402
II. Der Abtretungsausschluss aufgrund Inhaltsänderung in den Entwürfen zum Bürgerlichen Gesetzbuch 404
B. Gebundenheit des Bestimmungsrechts an den bezüglichen kreditsichernden Informationsanspruch 405
I. Zu den gegenstandsgebundenen Rechten im Allgemeinen 406
II. Zur nachgiebigen Forderungsgebundenheit des Bestimmungsrechts 406
C. Personengebundenheit der Darlehensgeberrechte 408
I. Überblick über die Gruppen personengebundener Forderungen 409
1. Im engeren Sinne höchstpersönliche Forderungen 410
2. Im weiteren Sinne höchstpersönliche Forderungen 411
3. Eigenschafts- und zweckgebundene Forderungen 411
II. Meinungsstand zur Personengebundenheit der Darlehensgeberrechte 412
1. Personengebundenheit der Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB 412
2. Personengebundenheit des Rechts zur Darlehenskündigung 413
3. Personengebundenheit kreditsichernder Informationsrechte 414

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Eigenschafts- und Zweckgebundenheit der Darlehensgeberrechte 415
1. Gebundenheit der Darlehensgeberrechte an die Kreditinstitutseigenschaft? 415
a) Die Kreditinstitutseigenschaft – kein Fall des § 3 Abs. 2 Var. 4 TE-OR 416
b) Der Schutzzweck des Aufsichtsrechts und der Pfandleiher-Fall 417
2. Zweckgebundenheit kreditsichernder Informationsansprüche 418
IV. Darlehensgeberrechte als im weiteren Sinne höchstpersönliche Rechte 419
1. Systematisierung im weiteren Sinne höchstpersönlicher Forderungen 419
a) Die Leistungshandlung als Bezugspunkt der Interessenbeeinträchtigung 420
b) Der Leistungsgegenstand als Bezugspunkt der Interessenbeeinträchtigung 422
2. Eigene Definition im weiteren Sinne höchstpersönlicher Forderungen 423
a) Zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB 424
aa) Die besondere Schutzwürdigkeit des Schuldnerinteresses 424
bb) Voraussetzung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht nach dem Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses 426
aaa) Umgehungsschutz als Argument für die Voraussetzung einer vertragsnatürlichen zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht? 427
bbb) Verkehrsschutz als Argument für die Voraussetzung einer vertragsnatürlichen zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht? 428

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Interessenbeeinträchtigung durch die Leistung an den Zessionar 430
aa) Grammatische Auslegung: Verknüpfung von Inhaltsänderung und Leistung 432
bb) Abstraktheit der Elemente des Schuldverhältnisses im weiteren Sinne 433
cc) § 799a ZPO und § 354a Abs. 2 HGB als Indiz gegen die sukzessionsbezogene Auslegung 434
dd) Strukturell erhöhtes Schutzbedürfnis bei der Betroffenheit durch Leistung 438
ee) Verkehrsschutz: höhere Zuordnungssicherheit bei leistungsbezogener Auslegung 438
3. Im weiteren Sinne höchstpersönliche Darlehensgeberrechte 441
a) Keine Höchstpersönlichkeit im weiteren Sinne der Zins- und Rückzahlungsforderungen 442
b) Höchstpersönlichkeit im weiteren Sinne kreditsichernder Informationsansprüche 443
c) Höchstpersönlichkeit im weiteren Sinne des Bestimmungsrechts bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches 444
aa) Zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht, § 241 Abs. 2 BGB 445
bb) Bezug zwischen Interessenbeeinträchtigung und Leistung 445
d) Keine Höchstpersönlichkeit im weiteren Sinne des Rechts zur Darlehenskündigung 446
D. Die Rechtsfolge der absoluten Unwirksamkeit gemäß § 399 BGB 448
E. Ergebnis 451

§ 8 Die AGB-Kontrolle von Weitergabeklauseln 455
A. Berechtigung und Beschränkung der Kreditübertragung in Weitergabeklauseln 456
I. Gegenstandsbezogene Übertragungsregeln 456

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Personenbezogene Übertragungsregeln 458
1. Mittelbarer Ausschluss von Konkurrenten des Darlehensnehmers 458
2. Ausdrückliche Beschränkungen des Kreises zulässiger Erwerber 459
a) Ausschluss der Übertragung unter Ausnahme bestimmter Erwerber 459
b) Berechtigung zur Übertragung unter Ausnahme bestimmter Erwerber 460
c) Entfall von Zustimmungsvorbehalten bei einer Pflichtverletzung 462

B. Wirksamkeit formularvertraglicher Weitergabeklauseln 464
I. Weitergabeklauseln als AGB 464
II. Kreditgeberseitig gestellte und nicht im Einzelnen ausgehandelte Weitergabeklauseln 465
1. Kreditgeberseitig gestellte Weitergabeklauseln 466
2. Im Einzelnen ausgehandelte Weitergabeklauseln? 469
III. Inhaltskontrolle von Weitergabeklauseln 473
1. Kontrollfähigkeit von Weitergabeklauseln 474
a) Kontrollfähigkeit dinglicher Weitergabeklauseln 476
aa) Kontrollfähigkeit dinglicher Eintrittsklauseln 476
bb) Kontrollfähigkeit dinglicher Abtretungsklauseln 477
aaa) Gebundenheit der Darlehensgeberrechte ohne dingliche Abtretungsklausel 478
bbb) Auslegung dinglicher Abtretungsklauseln 479
b) Kontrollfähigkeit schuldrechtlicher Weitergabeklauseln 480
aa) Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB – Rechtsvorschriften i. S. d. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB 481
bb) Rechtslagenvergleich betreffend Rücksichtspflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB 483

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cc) Auslegungsfragen hinsichtlich schuldrechtlicher Weitergabeklauseln 484
2. Bei der Angemessenheitskontrolle anwendbare Vorschriften 485
3. Angemessenheitskontrolle dinglicher Weitergabeklauseln, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB 487
a) Angemessenheitskontrolle dinglicher Eintrittsklauseln 488
aa) Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog 491
bb) § 309 Nr. 10 BGB als Gradmesser der Abweichung von den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog 493
aaa) Beschränkung der Übertragung auf Konsorten 493
bbb) White-List-Beschränkung 495
ccc) Black-List-Beschränkung 496
cc) Stärke der Vorprägung der Unvereinbarkeitsprüfung durch die Abweichung von den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog 497
dd) Vereinbarkeit mit den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog 499
aaa) Meinungsstand zur Angemessenheit von Eintrittsklauseln 499
bbb) Würdigung der für die Angemessenheit von Eintrittsklauseln vorgebrachten Argumente 501
ccc) Begründung der Vereinbarkeit dinglicher Eintrittsklauseln mit den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog 504
(1) Unvermindert fortbestehender schuldrechtlicher Schutz des Darlehensnehmers 505
(2) Transaktionskostenvorteile und erhöhte Zuordnungssicherheit 506
ee) Ergebnis 507

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Angemessenheitskontrolle dinglicher Abtretungsklauseln 507
4. Angemessenheitskontrolle schuldrechtlicher Weitergabeklauseln, § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB 509
a) Ausfallgefährdeter Kredit: Unangemessenheit des Übertragendürfens auf einen Loan-to-Own-Investor 512
b) Notleidender Kredit: keine Unangemessenheit des Übertragendürfens auf einen Loan-to-Own-Investor 513

C. Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit formularvertraglicher Weitergabeklauseln 514
I. Anwendung der gesetzlichen Vorschriften, § 306 Abs. 2 Alt. 2 BGB 514
II. Keine Unwirksamkeit des gesamten Vertrages, § 306 Abs. 3 BGB 516

D. Ergebnis 517

Kapitel 3: Die Rechtsfolgen eines Schrankenverstoßes: pflichtwidrige Ausplatzierung; Pflichtverletzung nach rechtmäßiger Ausplatzierung 519

§ 9 Die Rechtsfolgen pflichtwidriger Ausplatzierung durch den Darlehensgeber 521

A. Rechtsfolgen pflichtwidriger Ausplatzierung im Falle der Abtretung 521
I. Kündigung des Darlehensvertrages aus wichtigem Grund, § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB 521
1. Verstoß gegen das Bankgeheimnis 522
2. Verletzung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht 525
a) Vorliegen eines wichtigen Grundes, § 314 Abs. 1 BGB 525
b) Grundsätzliche Erforderlichkeit erfolglosen Ablaufs einer Abhilfefrist oder erfolgloser Abmahnung, § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB 526

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Schadensersatzansprüche 527
1. Anspruch auf Ersatz eines Auflösungsschadens (Schadensersatz statt der Leistung) 527
a) Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB 528
b) Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB 528
c) Unzumutbarkeit der Leistung, § 282 BGB 529
d) Auflösungsschäden 530
2. Anspruch auf Rückerwerb der abgetretenen Rechte und auf Ersatz der Folgeschäden (Schadensersatz neben der Leistung) 531
a) Anspruch auf Rückerwerb der abgetretenen Rechte 531
aa) Verstoß gegen das Bankgeheimnis 532
bb) Verletzung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht 535
b) Anspruch auf Ersatz der Folgeschäden 536
aa) Verstoß gegen das Bankgeheimnis 538
bb) Verletzung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht 539
3. Exkurs: Grundlage eines Schadensersatzanspruches bei unzulässiger Kündigung 541

B. Rechtsfolgen pflichtwidriger Ausplatzierung im Falle der Ausgründung und im Falle der Vertragsübernahme 543
I. Ausgründung 543
1. Ausgründung der Darlehensgeberrechte 544
2. Ausgründung der Darlehensgebervertragsposition 546
a) Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB 546
b) Haftungsfragen – Grundlage der durch die Anteilsübertragung verletzten Pflicht 547
II. Pflichtwidrige Vertragsübernahme – Haftung des originären Darlehensgebers und/oder des Erwerbers 549

C. Ergebnis 551

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 10 Die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung durch den Zessionar nach rechtmäßiger Ausplatzierung 555

A. Verantwortlichkeit des Darlehensgebers für den Zessionar gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB 555
I. Meinungsstand zur Gehilfenstellung des Zessionars 556
II. Begründung der Gehilfenstellung des Zessionars 557
III. Kein Wegfall der Gehilfenstellung des Zessionars infolge seines Beitritts zu den Darlehensgeberpflichten 559

B. Pflichten des Zessionars gegenüber dem Darlehensnehmer 561
I. Schuldverhältnis zwischen Zessionar und Darlehensnehmer 563
1. Meinungsstand zum Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen Zessionar und Schuldner 563
2. Gebotenheit inhaltsgleicher Rücksichtspflichten des Zessionars gegenüber dem Schuldner 564
3. Begründung inhaltsgleicher Rücksichtspflichten des Zessionars gegenüber dem Schuldner 567
a) Mögliche Begründung: Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 oder Abs. 3 Satz 1 BGB zwischen Schuldner und Zessionar 568
b) Vorzugswürdige Begründung: Zessionsschuldverhältnis sui generis 570
4. Ergebnis 571
II. Schuldbeitritt des Zessionars zu den Rücksichtspflichten des Darlehensgebers 572
1. Pflicht des Darlehensgebers zur Mitverpflichtung des Zessionars 572
a) Meinungsstand zu einer Pflicht zur Mitverpflichtung des Zessionars 572
b) Begründung einer Pflicht zur Mitverpflichtung des Zessionars 573
2. Schuldbeitritt des Zessionars zu den Rücksichtspflichten des Darlehensgebers bei fehlender ausdrücklicher Vereinbarung 575
a) Konkludenter Schuldbeitritt des Zessionars? 575

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Ergänzende Auslegung des Rechtskaufvertrages zwischen Darlehensgeber und Zessionar als Schuldbeitritt 577
aa) Maßgaben ergänzender Vertragsauslegung 577
bb) Rechtsfolgenbetrachtung: Lückenfeststellung und -füllung 578
aaa) Rechtsfolgen bei bestehender Gehilfenstellung und Eigenhaftung des Zessionars 578
bbb) Rechtsfolgen bei fehlender Gehilfenstellung und Eigenhaftung des Zessionars 579

C. Ergebnis 580

Zusammenfassung 583

A. Kapitel 1: Die Vorfragen zu den Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren 583

B. Kapitel 2: Die Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren 587

C. Kapitel 3: Die Rechtsfolgen eines Schrankenverstoßes: pflichtwidrige Ausplatzierung; Pflichtverletzung nach rechtmäßiger Ausplatzierung 596

Schluss 603

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur 605

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Quellen des Internets 677

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abkürzungsverzeichnis

ABA	American Bar Association
ABl.	Amtsblatt
ABS	Asset-Backed Securities
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch v. 5.6.1869, eingeführt durch: Gesetz, betreffend die Einführung der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung, der Nürnberger Wechsel-Novellen und des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches als Bundesgesetze (BGBl. des Norddeutschen Bundes S. 379)
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AFR	The Australian Financial Review
AG	Aktiengesellschaft / Amtsgericht / Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGB-ArbR	AGB-Arbeitsrecht
AGB-Banken	Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken, Stand: September 2021
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) i. d. F. v. 29.6.2000 (BGBl. I S. 946), FNA 402-28
AGB-Sparkassen	Allgemeine Geschäftsbedingungen der Sparkassen, Grundlagen der Geschäftsbeziehung zwischen Kunde und Sparkasse, Stand: September 2021

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

AIF	Alternative Investment Fund / Alternativer Investmentfonds
AIFM-UmsG	Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Umsetzungsgesetz – AIFM-UmsG) v. 4.7.2013 (BGBl. I S. 1981)
AK	Alternativkommentar
AKr InsW Köln e. V.	Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e. V.
AktG	Aktiengesetz v. 6.9.1965 (BGBl. I S. 1089), FNA 4121-1
Aktien- u. GmbH-KonzernR	Aktien- und GmbH-Konzernrecht
AllgVerwR	Allgemeines Verwaltungsrecht
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten v. 1.6.1794
Alt.	Alternative
AnfG	Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens (Anfechtungsgesetz – AnfG) v. 5.10.1994 (BGBl. I S. 2911), FNA 311-14-2
Anh.	Anhang
AnlV	Verordnung über die Anlage des Sicherungsvermögens von Pensionskassen, Sterbekassen und kleinen Versicherungsunternehmen (Anlageverordnung – AnlV) v. 18.4.2016 (BGBl. I S. 769), FNA 7631-11-6
Anm.	Anmerkung
ANRW	Aufstieg und Niedergang der römischen Welt
Anw.-HdB.	Anwalts-Handbuch
AnwK	Anwaltkommentar
AO	Abgabenordnung (AO) v. 1.10.2002 (BGBl. I S. 3866, 2003 S. 61), FNA 610-1-3
AOTrE	Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ArbR	Arbeitsrecht
arg.	argumentum
arg. e c.	argumentum e contrario
Art.	Artikel/Article
AT	Allgemeiner Teil
ATV	A. Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft mbH
Aufl.	Auflage
Ausg.	Ausgabe
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAI	Bundesverband Alternative Investments e. V.
Bank- u. BörsR	Bank- und Börsenrecht
Bank- u. KapMR	Bankrecht und Kapitalmarktrecht
BankR-HdB.	Bankrechts-Handbuch
BankR-Komm.	Bankrechts-Kommentar
BAnz	Bundesanzeiger
BauSparkG	Gesetz über Bausparkassen (Bausparkassengesetz – BauSparkG) i. d. F. v. 15.2.1991 (BGBl. I S. 454), FNA 7691-2
BayE	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern v. 1861
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBankG	Gesetz über die Deutsche Bundesbank i. d. F. v. 22.10.1992 (BGBl. I S. 1782), FNA 7620-1
BBl.	Bundesblatt (Schweiz)
BC	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling
Bd.	Band
BdB	Bundesverband deutscher Banken

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

BDSG	Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) v. 30.6.2017 (BGBl. I S. 2097), FNA 204-4
Bearb.	Bearbeitung
Beck Bil-Komm.	Beck'scher Bilanz-Kommentar
Beck HdB. GmbH	Beck'sches Handbuch der GmbH
Beck HdB. PersG	Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften
BeckFormB ZivilR	Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, Deutsch – Englisch
BeckNotar-HdB	Beck'sches Notar-Handbuch
BeckOGK AktG	beck-online.Großkommentar zum Aktienrecht
BeckOGK BilanzR	beck-online.Großkommentar zum Bilanzrecht
BeckOGK ZivR	beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht
BeckOK ArbR	BeckOK Arbeitsrecht
BeckOK Daten-schutzR	BeckOK Datenschutzrecht
BeckOK GG	BeckOK Grundgesetz
BeckOK InsR	BeckOK Insolvenzrecht
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer/Begründung
Beil.	Beilage
Beil.-Bd.	Beilagen-Band
ber.	berichtigt
Beschl.	Beschluss
Beyl.	Beylagen
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BG	Bundesgericht (Schweiz)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) i. d. F. v. 2.1.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), FNA 400-2
BGBl.	Bundesgesetzblatt

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

BGB-RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BLJ	Bucerius Law Journal
BörsG	Börsengesetz (BörsG) v. 16.7.2007 (BGBl. I S. 1330), FNA 4110-10
BörsR	Börsenrecht
BR-Drs.	Drucksache des Bundesrates
Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.	Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BTO	Besonderer Teil Organisation (MaRisk) – Anforderungen an die Aufbau- und Ablauforganisation
BT-PlenProt.	Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages
BuB	Bankrecht und Bankpraxis
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWNotZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis in Baden-Württemberg

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

BZ	Börsen-Zeitung
bzw.	beziehungsweise
C.	Codex Iustiniani
CC	Code Civil
Cap., cap.	Capitel, caput/capitulum
CDS	Credit Default Swap
CFL	Corporate Finance Law (Zeitschrift)
CMBC	Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis v. 1756
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
CRD IV	Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG (ABl. L 176 S. 338, ber. L 208 S. 73, 2017 L 20 S. 1, 2020 L 203 S. 95, 2020 L 436 S. 77)
CRR	Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 (ABl. L 176 S. 1, ber. L 208 S. 68, L 321 S. 6, 2015 L 193 S. 166, 2017 L 20 S. 3, 2023 L 92 S. 29)
CTh.	Codex Theodosianus
CVA	Company Voluntary Arrangement
D.	Digesta Iustiniani
dass.	dasselbe
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
De J. N. & G.	De jure naturæ et gentium

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Del-VO (EU) 2018/171	Delegierte Verordnung (EU) 2018/171 der Kommission v. 19.10.2017 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates durch technische Regulierungsstandards bezüglich der Erheblichkeitsschwelle für überfällige Verbindlichkeiten (ABl. 2018 L 32 S. 1)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
DIP	Debtor-in-Possession
Diss.	Dissertation
DKS	Deutsche Kreditmarkt-Standards e. V.
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DresdE	Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, bearbeitet von den durch die Regierungen von Oesterreich, Bayern, Sachsen, Hannover, Württemberg, Hessen-Darmstadt, Meklenburg-Schwerin, Nassau, Meiningen und Frankfurt hierzu abgeordneten Commissaren v. 1866 (sog. Dresdner Entwurf)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drucks.	Drucksache
DS-GVO	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. L 119 S. 1, ber. L 314 S. 72, 2018 L 127 S. 2, 2021 L 74 S. 35)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
DVO (EU) 2021/451	Durchführungsverordnung (EU) 2021/451 der Kommission v. 17.12.2020 zur Festlegung technischer Durchführungsstandards für die Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates auf die aufsichtli-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

	chen Meldungen der Institute und zur Aufhebung der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 680/2014 (ABl. 2021 L 97 S. 1, ber. 2021 L 136 S. 328, 2021 L 410 S. 201)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EBA	European Banking Authority / Europäische Bankenaufsichtsbehörde
ebd.	ebenda
EBIT	Earnings Before Interest and Taxes
Ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche i. d. F. v. 21.9.1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), FNA 400-1
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) v. 2.3.1974 (BGBl. I S. 469; 1975 I S. 1916; 1976 I S. 507), FNA 450-16
E I	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888 (sog. Erster Entwurf)
E II	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Zweite Lesung, Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission, Auf amtliche Veranlassung, Berlin 1895 (sog. Zweiter Entwurf)
E III	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs i. d. F. der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1896, Reichstagsdrucksache Nr. 87 der Session 1895/1897
E II rev.	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und eines zugehörigen Einführungsgesetzes sowie eines Gesetzes, betreffend Aenderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Civilprozeßordnung, der Kon-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

	kursordnung und der Einführungsgesetze zur Civilprozeßordnung und zur Konkursordnung, i. d. F. der Bundesrathsvorlagen, Auf amtliche Veranlassung, Berlin 1898 (sog. Bundesratsvorlage)
E I-RJA	BGB-Entwurf in der Paragraphenzählung des Ersten Entwurfs nach den Beschlüssen der Vorkommission des Reichsjustizamtes, 1891–1893
E I-VorlZust	BGB-Entwurf in der Paragraphenzählung des Ersten Entwurfs nach der „Vorläufigen Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs“ von Planck, 1891–1895
E I-ZustRedKom	BGB-Entwurf in der Paragraphenzählung des E I nach der „Zusammenstellung der Beschlüsse der Redaktions-Kommission“ der Zweiten Kommission, 1891–1895
Einl.	Einleitung
e. K.	eingetragener Kaufmann
EL	Ergänzungslieferung
ELTIF-VO	Verordnung (EU) 2015/760 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2015 über europäische langfristige Investmentfonds (ABl. L 123 S. 98)
Entsch.	Entscheidung
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
Erl.	Erlass
ErwGr.	Erwägungsgrund
ESMA	European Securities and Markets Authority
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen v. 7.12.2011 (BGBl. I S. 2582, ber. S. 2800)
et al.	et alii
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

EURIBOR	Euro Interbank Offered Rate
EuSEF-VO	Verordnung (EU) Nr. 346/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.4.2013 über Europäische Fonds für soziales Unternehmertum (ABl. L 155 S. 18)
EuVECA-VO	Verordnung (EU) Nr. 345/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.4.2013 über Europäische Risikokapitalfonds (ABl. L 115 S. 1)
EU-WirtschaftsR-HdB	Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e. V.	eingetragener Verein
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EZB	Europäische Zentralbank
f., ff.	folgende
FA	Facility / Facilities Agreement
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FD-InsR	Fachdienst Insolvenzrecht
FG	Festgabe/Finanzgericht
FHH	Freie und Hansestadt Hamburg
Finance	Finance Magazin (Zeitschrift)
FinDAG	Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz – FinDAG) v. 22.4.2002 (BGBl. I S. 1310), FNA 7610-15
FK-InsO	Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung
Fn.	Fußnote
FNA	Fundstellennachweis A
FoRiBG	Gesetz zur Begrenzung der Risiken durch Investmentfonds und zur Umsetzung der Richtlinie

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

	(EU) 2024/927 im Hinblick auf Übertragungsvereinbarungen, Liquiditätsrisikomanagement, die aufsichtliche Berichterstattung, die Erbringung von Verwahr- und Hinterlegungsdienstleistungen und die Kreditvergabe durch alternative Investmentfonds sowie zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2024/2994 im Hinblick auf die Behandlung des Konzentrationsrisikos, das aus Risikopositionen gegenüber zentralen Gegenparteien erwächst, und des Ausfallrisikos bei zentral geclearten Derivategeschäften und zur Änderung weiterer Vorschriften (Fondsrisikobegrenzungsgesetz) v. 9.4.2026 (BGBl. 2026 I Nr. 97)
Form.	Formular
FR	Finanzrundschau (Zeitschrift)
FS	Festschrift
GB	Geschäftsbericht
GDV	Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V.
GesR	Gesellschaftsrecht
GewO	Gewerbeordnung i. d. F. v. 22.2.1999 (BGBl. I S. 202), FNA 7100-1
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949 (BGBl. S. 1), FNA 100-1
GK	Gemeinschaftskommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) i. d. F. v. 20.5.1898 (RGBl. S. 846; BGBl. III), FNA 4123-1
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GmbH-StB	GmbH-Steuerberater (Zeitschrift)
Grdl.	Grundlage
Großbuchst.	Großbuchstabe

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
GS	Gedächtnisschrift
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) i. d. F. v. 9.5.1975 (BGBl. I S. 1077), FNA 300-2
GwG	Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz – GwG) v. 23.6.2017 (BGBl. I S. 1822), FNA 7613-3
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
Habil.	Habilitationsschrift
HambKo-InsR	Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht
HambKo-RestR	Hamburger Kommentar zum Restrukturierungsrecht
HandelsR	Handelsrecht
HB	Handelsblatt
HBON	Handelsblatt Online
H/C/L	Habersack/Casper/Löbbe
HdB.	Handbuch
HessE	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen v. 1853
HfB	Hochschule für Bankwirtschaft, Frankfurt am Main (jetzt: Frankfurt School of Finance & Management)
HGB	Handelsgesetzbuch v. 10.5.1897 (RGBl. S. 219; BGBl. III), FNA 4100-1
HHS	Haarmeyer/Huber/Schmittmann
HK	Handkommentar
HKK	Historisch-kritischer Kommentar
hrsg. v.	herausgegeben von

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hrsg.	Herausgeber
ICLG	International Comparative Legal Guide
i. d. F.	in der Fassung
i. e. S.	im engeren Sinne
IFRS	International Financial Reporting Standards
IMR	Immobilien- und Mietrecht (Zeitschrift)
Inc.	Incorporated
InsO	Insolvenzordnung (InsO) v. 5.10.1994 (BGBl. I S. 2866), FNA 311-13
InsR	Insolvenzrecht
InsR-HdB.	Insolvenzrechts-Handbuch
Inst.	Institutiones Iustiniani
Instit. J. N. & G.	Institutiones juris naturæ et gentium
InvestmentR	Investmentrecht
IRZ	Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung
i. S. d.	im Sinne der/des
ISIN	International Securities Identification Number
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
J. Corp. Fin.	Journal of Corporate Finance
J. Leg. Anal.	Journal of Legal Analysis
JR	Juristische Rundschau
Jur. Nat.	Jus naturæ methodo scientifica pertractatvm
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
jurisPK-BGB	juris Praxiskommentar BGB
JuS	Juristische Schulung

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) v. 4.7.2013 (BGBl. I S. 1981), FNA 7612-3
Kap.	Kapitel
KapMR	Kapitalmarktrecht
KapMStrafR	Kapitalmarktstrafrecht
KE	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs i. d. F. der ersten Beratung der Ersten Kommission, 1884–1887 (sog. Kommissionsentwurf)
KG	Kammergericht/Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
Kgr.	Königreich
KMRK	Kapitalmarktrechts-Kommentar
KMU	Kleinstunternehmen, kleine Unternehmen und mittlere Unternehmen
KöKo AktG	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KöKo InsO	Kölner Kommentar zur Insolvenzordnung
KöKo UmwG	Kölner Kommentar zum Umwandlungsgesetz
KöKo WpÜG	Kölner Kommentar zum WpÜG
KonzernR	Konzernrecht
KPB	Kübler/Prütting/Bork
krit.	kritisch/kritische/kritischer
Krit. Ueberschau	Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
KrZwMFördG	Gesetz zur Förderung geordneter Kreditzweitmärkte und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/2167 über Kreditdienstleister und Kreditkäufer sowie zur Änderung weiterer finanzrechtlicher Bestimmungen (Kreditzweitmarktförderungsgesetz) v. 22.12.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 411)

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

KrZwMG	Gesetz über den Zweitmarkt für notleidende Kredite und über Kreditdienstleistungsinstitute (Kreditzweitmarktgesetz – KrZwMG) v. 22.12.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 411, S. 2), FNA 7610-24
KrZwM-RL	Richtlinie (EU) 2021/2167 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.11.2021 über Kreditdienstleister und Kreditkäufer sowie zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2014/17/EU (ABl. L 438 S. 1)
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
KWG	Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz – KWG) i. d. F. v. 9.9.1998 (BGBl. I S. 2776), FNA 7610-1
LAG	Landesarbeitsgericht
L/B/S	Langenbucher/Bliesener/Spindler
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lib.	liber
LK	Leipziger Kommentar
LMA	Loan Market Association
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LMRR	Lebensmittelrecht Rechtsprechung (Zeitschrift)
LS.	Leitsatz
L&S Fin.	Lending & Secured Finance
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
M&A	Mergers & Acquisitions
MAH AktienR	Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

MAH BankR	Münchener Anwaltshandbuch Bank- und Kapitalmarktrecht
MAH GmbHR	Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht
MAH Insolvenz	Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung
MAH PersGesR	Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht
MAR	Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.4.2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission (ABl. L 173 S. 1, ber. 2016 L 287 S. 320, L 348 S. 83)
MaRisk	Rundschreiben 06/2024 (BA) der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht v. 29.5.2024, Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk
MarktmissbrauchsR	Marktmissbrauchsrecht
MB	Merkblatt
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
MHdB GesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
MHLS	Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Mio.	Million/Millionen
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern (Zeitschrift)
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.10.2008 (BGBl. I S. 2026)
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mrd.	Milliarde
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MüKoAktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MüKoAnfG	Münchener Kommentar zum Anfechtungsgesetz
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKoBilanzR	Münchener Kommentar zum Bilanzrecht
MüKoHGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
MüKoInsO	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung
MüKoStGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MüKoVVG	Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz
MüKoZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
Nat.- u. VölckerR	Natur- und Völcker-Rechte
n. Chr.	nach Christi Geburt
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport
NJW-Spezial	Neue Juristische Wochenschrift Spezial
NK-BBankG	Nomos Kommentar Bundesbankgesetz
NK-BGB	Nomos Kommentar BGB
NK-StGB	Nomos Kommentar Strafgesetzbuch
NK-UmwR	Nomos Kommentar Umwandlungsrecht
N. N.	nomen nescio
No.	Numero
Nomos-BR FinDAG	Nomos Bundesrecht Erläuterungen Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nomos-BR VAG	Nomos Bundesrecht Erläuterungen Versicherungsaufsichtsgesetz
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
NOZ	Neue Osnabrücker Zeitung
NPE	Non-Performing-Exposure
NPL	Non-Performing-Loan
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungsreport
NV	naamloze vennootschap
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWZonline	Nordwest-Zeitung (online)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-Beil.	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Beilage
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungsreport
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZI-Beil.	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht Beilage
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OAG	Oberappellationsgericht
OGAW	Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren
OGAW-V-UmsG	Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/91/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.7.2014 zur Änderung der Richtli-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

	nie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) im Hinblick auf die Aufgaben der Verwahrstelle, die Vergütungspolitik und Sanktionen v. 3.3.2016 (BGBl. I S. 348)
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
o. J.	ohne Jahr
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) v. 30.3.1911 (BBl. 1905 II 1, 1909 III 725, 1911 I 845), AS 27 317
OTr	Preußisches Obertribunal
o. V.	ohne Verfasser
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) i. d. F. v. 19.2.1987 (BGBl. I S. 602), FNA 454-1
p. a.	per annum
PachtkredG	Pachtkreditgesetz v. 5.8.1951 (BGBl. I S. 494), FNA 7813-1
PE	Private Equity
PG	Prütting/Gehrlein
PL	Performing-Loan
plc	Public Limited Company
PPP	Prudent Person Principle
pr.	principium (Anfang)
Prot. II	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs
PRSV	Pape/Reichelt/Schultz/Voigt-Salus
PWW	Prütting/Wegen/Weinreich

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdE	Recht der Energiewirtschaft (Zeitschrift)
RdF	Recht der Finanzinstrumente (Zeitschrift)
RdTW	Zeitschrift für das Recht der Transportwirtschaft
RedVorl	Redaktionsvorlage
RegE	Regierungsentwurf
Rep.	Repertorium des gesammten positiven Rechts der Deutschen
RG	Reichsgericht
RGVZ	Reichsgericht Vereinigte Zivilsenate
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RHdB.	Rechtshandbuch
Risikobegrenzungsgesetz	Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz) v. 12.8.2008 (BGBl. I S. 1666)
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
RSI	Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz
RV	Rahmenvereinbarung
RVG	Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz – RVG) i. d. F. v. 15.3.2022 (BGBl. I S. 610), FNA 368-3
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
S.	Seite
SA	Société Anonyme
SachenR	Sachenrecht
SächsBGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen v. 2.1.1863 (GVBl. S. 1 ff.)

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

SächsBGB-EinfVO	Verordnung, die Ein- und Ausführung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen betreffend v. 9.1.1865 (GVBl. S. 1 ff.)
SBL	Schimansky/Bunte/Lwowski
SBR	Schmalenbach Business Review
SchVG	Gesetz über Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen (Schuldverschreibungsgesetz – SchVG) v. 31.7.2009 (BGBl. I S. 2512), FNA 4134-4
SchVR	Schuldverschreibungsrecht
scil.	scilicet
SE	Societas Europaea
SEC	US Securities and Exchange Commission
Sec.	Section
sect.	sectio
SeuffBl.	Doktor J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung (Zeitschrift)
sog.	sogenannter/sogenannte/sogenanntes
Solvency II-RL	Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) (ABl. L 335 S. 1, ber. 2014 L 219 S. 66)
Sonderbeil.	Sonderbeilage
SPL	Sub-Performing-Loan/Sub-Performing-Loans
SSD	Schuldscheindarlehen
St.	Stellungnahme
StaRUG	Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz – StaRUG) v. 22.12.2020 (BGBl. I S. 3256), FNA 311-20
StaRUG-E	Entwurf des Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetzes

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

StGB	Strafgesetzbuch (StGB) i. d. F. v. 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322), FNA 450-2
StPO	Strafprozeßordnung (StPO) i. d. F. v. 7.4.1987 (BGBl. I S. 1074, ber. S. 1319), FNA 312-2
StUmgBG	Gesetz zur Bekämpfung der Steuerumgehung und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (Steuerumgehungsbekämpfungsgesetz – StUmgBG) v. 23.6.2017 (BGBl. I S. 1682)
swp	Südwest Presse
Syst.	Systematisierung
Syst. Darst.	Systematische Darstellung
SZGerm	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Germanistische Abteilung
T.	Teil/Theil
TE-OR	Teilentwurf zum Obligationenrecht des Redaktors von Kübel v. 1882
TE-OR-Vorlage 1877	Vorlage des Redaktors von Kübel zum Zessionsrecht v. 1877
TFM	Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi – Journal of Commercial and Intellectual Property Law (Zeitschrift)
Tit., tit.	Titel, titulus
TOP	Tagesordnungspunkt
u.	und
u. a. O.	und andere Orte
UBGG	Gesetz über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften (UBGG) v. 9.9.1998 (BGBl. I S. 2765), FNA 4126-1
UCLA L. Rev.	University of California, Los Angeles Law Review
UKlaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungskla-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

	gengesetz – UKlaG) i. d. F. v. 27.8.2002 (BGBl. I S. 3422, ber. S. 4346), FNA 402-37
UmwG	Umwandlungsgesetz (UmwG) v. 28.10.1994 (BGBl. I S. 3210, ber. 1995 I S. 428), FNA 4120-9-2
UmwG-ÄndG-II	Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 19.4.2007 (BGBl. I S. 542)
UmwR	Umwandlungsrecht
Unterabs.	Unterabsatz
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
Urt.	Urteil
U.S.C.	United States Code
usw.	und so weiter
UTP	Unlikely-to-pay
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) i. d. F. v. 3.3.2010 (BGBl. I S. 254), FNA 43-7
v.	von/vom
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG) v. 1.4.2015 (BGBl. I S. 434), FNA 7631-11
Var.	Variante
VC	Venture Capital
v. Chr.	vor Christi Geburt
vdp	Verband deutscher Pfandbriefbanken
Verh.	Verhandlung
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VertrR Komm.	Vertragsrecht Kommentar
VertrR	Vertragsrecht
VerwR	Verwaltungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

VO	Verordnung
Vol.	Volume
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz – VVG) v. 23.11.2007 (BGBl. I S. 2631), FNA 7632-6
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) i. d. F. v. 23.1.2003 (BGBl. I S. 102), FNA 201-6
Wash. U. L. Rev.	Washington University Law Review
WBA	Weitnauer/Boxberger/Anders
WKN	Wertpapierkennnummer
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz – WpHG) i. d. F. v. 9.9.1998 (BGBl. I S. 2708), FNA 4110-4
WpHR	Wertpapierhandelsrecht
WPS	Working Paper Series
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) v. 20.12.2001 (BGBl. I S. 3822), FNA 4110-7
WpÜG-AV	Verordnung über den Inhalt der Angebotsunterlage, die Gegenleistung bei Übernahmeangeboten und Pflichtangeboten und die Befreiung von der Verpflichtung zur Veröffentlichung und zur Abgabe eines Angebots (WpÜG-Angebotsverordnung) v. 27.12.2001 (BGBl. I S. 4263), FNA 4110-7-3
WStBG	Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung des Erwerbs von Anteilen an sowie Risikopositionen von Unternehmen des Finanzsektors durch den Fonds „Finanzmarktstabilisierungsfonds – FMS“ und der Realwirtschaft durch den Fonds „Wirtschaftsstabilisierungsfonds – WSF“ v. 17.10.2008 (Wirtschaftsstabilisierungsbeschleunigungsgesetz – WStBG) (BGBl. I S. 1982), FNA 660-4

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

WuB	Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht
WW	Wirtschaftswoche (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
Zeitschr. f. Zivilr. u. Proz.	Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfgK	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZfRpfluVerw.	Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZGS	Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanierungsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung i. d. F. v. 5.12.2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), FNA 310-4
ZRI	Zeitschrift für Restrukturierung und Insolvenz
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zugl.	zugleich
zust.	zustimmend

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ZustOR	Zusammenstellung der sachlich beschlossenen Bestimmungen des Obligationenrechts nach den Beschlüssen des Redaktionsausschusses der Ersten Kommission, 1882–1884
ZVI	Zeitschrift für Verbraucher-, Privat- und Nachlassinsolvenz
ZVR	Zwangsvollstreckungsrecht

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einleitung

„Ueberhaupt darf die Verpflichtung des Schuldners durch die Abtretung des Rechts an einen Andern niemals erschwert werden. Es ist daher auch die Einwilligung des Schuldners zur Gültigkeit der Cession an sich nicht nothwendig." – T. I Tit. 11 §§ 408 f. ALR, 1794.

A. Der Ausschluss der Abtretung an Loan-to-Own-Investoren und das Verbot der cessio in potentiorem

No assignment shall be made to a Loan-to-Own-Investor. Personenbezogene Abtretungsverbote wie diese finden sich seit einigen Jahren vermehrt in Unternehmenskreditverträgen.[1] Damit versuchen sich Darlehensnehmer vor einer feindlichen Übernahme zu schützen. Auf den ersten Blick verwundert dies. Denn will ein Investor ein Unternehmen übernehmen, erwirbt er für gewöhnlich Gesellschaftsanteile und keine Darlehensgeberrechte. Bei einem Unternehmen in oder nahe der Krise können ihn jedoch gerade diese Rechte zum Ziel führen. Denn droht dem Unternehmen die Insolvenz, können ihm diese Herrschaft über das Unternehmen vermitteln. Auf Basis dieser Forderungsherrschaft kann er den Tausch seiner Darlehensforderungen in Gesellschaftsanteile (Debt-Equity-Swap) erzwingen. Ein verbreiteter Ausdruck für solche forderungsbasierten Übernahmestrategien ist Loan-to-Own.

Die Abtretung in Ansehung der Person des Zessionars auszuschließen, ist kein neues Instrument des Schuldnerschutzes. Als gesetzliches Abtretungsverbot setzten es spätrömische Kaiser ein, um den Schuldner vor einem gefährlichen Zessionar – einem potentior – zu schützen. Potentiores waren vermögend und einflussreich. Sie erwarben Forderungen mit Abschlägen und setzten diese rücksichtslos und oft mit illegitimen Mitteln durch.[2] Um dem zu begegnen, wurde im Jahre 422 n. Chr. die Abtretung

1 In der Praxis sind die Klauseln ausdifferenzierter; auch stehen sie zumindest unter der Bedingung, dass der Darlehensnehmer keine schwerwiegenden Pflichten verletzt. Siehe unten § 8 A. II. 2. b).

2 Siehe zum Begriff des potentior insbesondere *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 (578) sowie unten § 6 A. I. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

an einen potentior verboten.[3] Hierzulande wurde das Verbot der cessio in potentiorem in seiner allgemeinen Form im 18. Jahrhundert aufgehoben.[4] Doch überlebt hat der Rechtsgedanke dieses Verbots, und zwar, dass „durch die Cession die Lage des Schuldners nicht verschlimmert werden darf"[5]. Dieses Schlechterstellungsverbot stellte T. I Tit. 11 §§ 408 f. ALR klar; die § 399 Alt. 1, §§ 404 und 406 BGB tragen es in sich.[6]

B. Ziel der Untersuchung

Seit der Jahrtausendwende war die Veräußerung von Krediten wiederholt Gegenstand monografischer Untersuchungen[7] und auch zu Loan-to-Own erschienen in jüngerer Zeit mehrere Dissertationen.[8] Eine Untersuchung, die eine Brücke zwischen den beiden Themen schlägt, fehlt bislang. Diese Forschungslücke soll die vorliegende Arbeit ein Stück weit füllen. Dazu werden die Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren untersucht.

Zu den Darlehensgeberrechten zählen oft weitreichende kreditsichernde Nebenrechte, unter anderem Informationsansprüche, deren Inhalt der Dar-

3 Siehe zum Verbot der cessio in potentiorem (C. 2,13,2) unten § 6 A. I.

4 Siehe zur Überwindung des Verbots der cessio in potentiorem in den Landesgesetzen und Länderentwürfen unten § 6 A. I. 3.

5 *Von Glück*, Pandecten, Bd. 16/2, 2. Aufl. 1844, 18. Buch 4. Tit. § 1021, S. 428 zum Verbot der cessio in potentiorem.

6 Siehe zu T. I Tit. 11 §§ 408 f. ALR unten § 6 A. I. 3. Siehe zum zessionsrechtlichen Schlechterstellungsverbot mit Blick auf die gemäß § 399 Alt. 1 BGB im weiteren Sinne höchstpersönlichen Forderungen, welche die Leistungshandlung als Bezugspunkt der Interessenbeeinträchtigung haben, unten § 7 C. IV. 1. a). Siehe zu diesem Schlechterstellungsverbot im Hinblick auf §§ 404 und 406 BGB unten § 10 B. I. 2.

7 *Huhmann*, Bankgeheimnis, 2002, passim; *Petersen*, Bankgeheimnis, 2005, passim; *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, passim; *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, passim; *Fuhrmann*, Bankgeheimnis, 2009, passim; *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, passim; *Funken*, Übertragung von Darlehensforderungen durch Kreditinstitute, 2011, passim; *Heer*, Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken, 2011, passim; *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, passim; *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014, passim; *Becken*, Kreditportfolios, 2017, passim. — Hinsichtlich der Schranken der Übertragung liegt der Fokus der meisten Untersuchungen auf dem Bankgeheimnis.

8 *Palenker*, Loan-to-own, 2019, passim; *Stainer*, Loan-to-own, 2020, passim; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, passim; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, passim. — Keine der Dissertationen behandelt die Schranken der Übertragung von Darlehensgeberrechten im Schwerpunkt.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lehensgeber zu bestimmen berechtigt ist.[9] Übt der Darlehensgeber sein Bestimmungsrecht extensiv oder gar exzessiv aus, kann er aufseiten des Darlehensnehmers Aufwand und Kosten verursachen. Damit steigt die Wahrscheinlichkeit, dass der Darlehensnehmer eine Pflicht verletzt, die den Darlehensgeber (vermeintlich) zur Kündigung berechtigt. Das Kündigungsrecht ist für eine forderungsbasierte Übernahme essenziell. Denn die Kündigung führt bei einem krisennahen Unternehmen oft zur Zahlungsunfähigkeit. Damit droht dem Darlehensnehmer die Insolvenz und dessen Gesellschaftern der Totalverlust. Mit dieser Konsequenz vor Augen wächst die Bereitschaft der Gesellschafter, an einem Debt-Equity-Swap mitzuwirken, wenn sie damit wenigstens einen kleinen Teil ihres Investments retten können.[10]

Kreditsichernde Informationsrechte zu missbrauchen, um einen Kündigungsgrund zu provozieren, kann die forderungsbasierte Übernahme beschleunigen. Es kann sie aber auch erst ermöglichen, und zwar, wenn der Darlehensnehmer andernfalls aus eigener Kraft wirtschaftlich gesundete. Geht von einem Loan-to-Own-Investor eine höhere Gefahr für einen Missbrauch der Informationsrechte aus als von dem originären Darlehensgeber,[11] ist er für den Darlehensnehmer ein gefährlicherer Zessionar – gleichsam ein potentior.[12]

Außer Informationsrechten können auch Zustimmungs- und Mitbestimmungsrechte des Darlehensgebers missbraucht werden, um einen Kündigungsgrund zu provozieren. Die Informationsrechte werden vertiefend behandelt, da sie nicht nur unter dem Aspekt des Missbrauchs, sondern auch unter dem des Geheimnisschutzes von Interesse sind. So kann die bislang vornehmlich mit Blick auf Zahlungsforderungen zum Bankgeheimnis geführte Diskussion hinsichtlich kreditsichernder Informationsansprüche fortgeführt werden.

C. Gang der Untersuchung

Vor diesem Hintergrund werden die Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren mit besonderem Augenmerk auf Informations-

9 Siehe zu diesen ermessensabhängigen Informationsansprüchen unten § 2 C. I. 2. c).
10 Siehe zu diesem Vorgehen unten § 2 C. II.
11 Siehe zu dieser Gefahrerhöhung unten § 6 D. I. 2. b) bb).
12 Siehe zum komparativen Begriff des potentior zur Zeit des usus modernus unten § 6 A. I. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und Kündigungsrechte beleuchtet. Nach der Klärung diesbezüglicher Vorfragen (dazu Kapitel 1) wird untersucht, welche Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren sich aus § 241 Abs. 2 und § 399 Alt. 1 BGB ergeben, inwieweit von diesen Schranken durch AGB abgewichen werden kann (dazu Kapitel 2) und welche Rechtsfolgen ein Schrankenverstoß nach sich zieht (dazu Kapitel 3).

D. Methoden der Untersuchung

Wie der Gang der Untersuchung zeigt, liegt der Schwerpunkt auf schuldrechtlichen Vorschriften; diese werden anhand der klassischen Auslegungsmethoden analysiert. Im Vordergrund stehen damit die rechtlich geschützten Darlehensgeber- und -nehmerinteressen; die rechtspolitische Bewertung von Loan-to-Own im Allgemeinen tritt zurück.

Geschichtliche Hintergründe zu Forderung, Abtretung und Abtretungsverbot werden umrissen. Der Blick auf die Entwicklung dieser Rechtsinstitute im Spannungsverhältnis von Gläubiger, Schuldner und Investor soll helfen, das geltende Recht besser zu verstehen, Zusammenhänge zu erkennen und einzuordnen.

In Hinsicht auf Loan-to-Own in der Praxis dienen die forderungsbasierten Übernahmen neun größerer Unternehmen als Fallbeispiele: Meist hatten die Investoren Darlehensgeberrechte derivativ erworben und daraufhin das Unternehmen durch einen vorinsolvenzlichen Debt-Equity-Swap übernommen.[13] Auf eine gesonderte Darstellung dieser Fälle wird verzichtet; stattdessen werden sie an verschiedenen Stellen dieser Arbeit aufgegriffen, um so den jeweiligen praktischen Bezug zu veranschaulichen.

Mit Blick auf Darlehensgeberrechte, insbesondere kreditsichernde Informationsansprüche, und Weitergabeklauseln werden fünf von der *SEC* veröffentlichte Kreditverträge aus den Jahren 2018–2021 untersucht.[14] Darunter befindet sich ein deutschrechtlicher Kreditvertrag aus dem Jahre 2018, der hervorzuheben ist, da die darlehensnehmende *Spark Networks SE* Anfang

13 Bei den Unternehmen handelt es sich um: die *Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA*, die *Deutsche Steinzeug Cremer & Breuer AG*, die *„Ihr Platz" GmbH & Co. KG*, die *IVG Immobilien AG*, die *Kiekert AG*, die *Kunert AG*, die *RINOL AG*, die *Schefenacker AG* und die *SolarWorld AG*.

14 Siehe *Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018; (deutschrechtlich) *Spark Networks SE* et al., FA, 2018; *Avon International Capital plc* et al., FA, 2019; *Inspired Entertainment Inc.* et al., FA, 2019; *NortonLifeLock Inc.* et al., FA, 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Jahres 2024 im Wege einer Loan-to-Own-Strategie übernommen wurde.[15]

15 Siehe zur forderungsbasierten Übernahme der *Spark Networks SE* aus der Wirtschaftspresse: *Bender/Nagel/Votsmeier*, HB v. 21.12.2023; *Weyand*, WW v. 29.12.2023; *ders.*, WW v. 9.1.2024; *Groth*, WW v. 18.1.2024. — Siehe zur Bestätigung des entsprechenden Restrukturierungsplans *AG Berlin-Charlottenburg*, Beschl. v. 4.1.2024 – 36s RES 6525/23, NZI 2024, 225 m. Anm. v. *Dahl/Taras*, NJW-Spezial 2024, 279; *Brünkmans*, ZIP 2024, 557 f.; *Madaus*, NZI 2024, 193 ff.; *Parzinger*, FD-InsR 2024, 803065. — Siehe ferner die unter https://cases.ra.kroll.com/sparknetworks/Home-Index abrufbaren Informationen.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 einleitend beschriebene Problemstellung hinsichtlich der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren vertieft (dazu § 2). Bei der Untersuchung der Ausplatzierung eines Kredits 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).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 1 Die Definitionen für die weitere Untersuchung

In dieser Arbeit werden die Ausdrücke Kredit und Ausplatzierung als Oberbegriffe verwendet (dazu A.); die aufsichtsrechtliche Begriffsbestimmung des notleidenden Kreditvertrages in § 2 Abs. 18 KrZwMG unterscheidet sich von der für den Gegenstand dieser Untersuchung maßgeblichen zivilrechtlichen Definition des notleidenden Kredits (dazu B.).

A. Kredit und Ausplatzierung als Oberbegriffe

Als Oberbegriff steht der Ausdruck Kredit[1] sowohl für Forderungen (namentlich jene gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB) und andere Rechte aus dem

1 Siehe zum historischen und ökonomischen Begriff des Kredits i. S. v. Vertrauen *Dankwardt*, Nationalökonomie und Jurisprudenz 3, 1858, VI, S. 35 f.; *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 40 f. Siehe zum Kreditbegriff im Aufsichtsrecht *Meincke*/*Hingst*, WM 2011, 633 (634 f.); Fischer/Schulte-Mattler/*Bock*, KWG, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, KWG § 21 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Darlehensvertrag[2] als auch für die Vertragsposition des Darlehensgebers. Gilt etwas gleichermaßen für die Rechte und die Vertragsposition des Darlehensgebers, wird daher kurz von Kredit gesprochen.

Der Ausdruck Ausplatzierung findet in dieser Arbeit als Oberbegriff für die Anbahnung und die Durchführung des Verkaufs des Kredits und dessen Übertragung (sei es mittels Asset- oder Share-Deal)[3] Verwendung. Er steht mithin für die gesamte Kredittransaktion.[4]

---

2 Unterschiedlich wird beurteilt, ob aus Vorschriften wie § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Anspruch folgt: *Flume*, BGB AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 1, 3, S. 3 meint, der Vertrag bilde den Tatbestand und Normen wie § 433 BGB statuierten als Rechtsfolge die Leistungspflicht. Nach *Avenarius*, JR 1996, 492 (496) folge die Pflicht aus dem Vertrag, aber die Klagbarkeit aus Normen wie § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB; ähnlich *F. Hofmann*, Unterlassungsanspruch, 2017, S. 191 f.; ausführlich *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 55. — Nach herrschender Meinung ist die Grundlage vertraglicher Primäransprüche der Vertrag selbst (*BGH*, Urt. v. 20.1.2006 – V ZR 124/05, NJW 2006, 1198 [1199 Rn. 20]). Vorschriften wie § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB sind erläuternde Rechtssätze, *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 79 f.; *Hilbert*, JZ 2013, 130 (133); *Bork*, BGB AT, 4. Aufl. 2016, Rn. 89; *Leenen/Häublein*, BGB AT, 3. Aufl. 2021, § 4 Rn. 27 f.; *Winkelmann*, Der Anspruch, 2021, S. 306 f.; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, § 1 Rn. 14. — Dies überzeugt: Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger zu fordern berechtigt, § 241 Abs. 1 Satz 1 BGB; und nach § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB wird der Darlehensgeber durch den Darlehensvertrag verpflichtet, was die Überschriften der Kopfnormen der im besonderen Schuldrecht normierten Verträge bestätigen, vgl. *Leenen/Häublein*, BGB AT, 3. Aufl. 2021, § 4 Rn. 27 mit Fn. 13; *Winkelmann*, Der Anspruch, 2021, S. 306 f. Enthält ein Vertrag Pflichten nach § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB, ist er als Darlehensvertrag zu klassifizieren. Aus dieser Einordnung folgt erst die Anwendung der Vorschriften über den Darlehensvertrag, *Leenen/Häublein*, BGB AT, 3. Aufl. 2021, § 4 Rn. 27. Dennoch können derartige Vorschriften als Anspruchsnormen bezeichnet werden (vgl. *Brox/Walker*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 30 Rn. 13), wenngleich sie deklaratorisch sind, *Köhler*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 18 Rn. 6. Daher ist es kein Widerspruch, von einer Forderung nach § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB zu sprechen; es drückt bloß verkürzt aus, dass eine Forderung mit dem in § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB genannten Inhalt durch Vertrag begründet wurde (dahingehend, da den Vertrag als Grundlage des Anspruches ansehend, aber dennoch Vorschriften wie § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB zitierend, *Boecken*, BGB AT, 3. Aufl. 2019, Rn. 120; *Hirsch*, BGB AT, 10. Aufl. 2020, § 50 Rn. 1193; *Faust*, BGB AT, 8. Aufl. 2023, § 1 Rn. 4).

3 Asset-Deal steht für die Kreditübertragung im Wege der Einzelnachfolge (Abtretung oder Vertragsübernahme); mit Share-Deal ist die Übertragung der Anteile an einer Gesellschaft, deren Zweck darin besteht, Kreditgeber zu sein, gemeint; siehe *Bergjan*, ZIP 2012, 1997 ff.; *Wulfken*, Grundlagen des NPL-Geschäftes, 2013, 113 (115 und 121).

4 Den Begriff der Ausplatzierung wohl ähnlich weit verstehend *Früh*, WM 2000, 497 (498); *St. Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566 (1568): „Kreditengagements […] aus[…]platzieren"; *Weichsler*, DStR 2008, 1938: „Weiterplatzierung eines […] Darlehens entspräche einer Ex-Post-Syndizierung"; Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 558: „Weiterplatzierung des Darlehens". — Vermutlich bloß die Übertragung der Vertragsposition auf dem Sekundärmarkt als Ausplatzierung bezeichnend

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Aufsichts- und zivilrechtliche Definitionen notleidender Kredite

Kann infolge einer Verschlechterung des Ratings[5] oder gewisser Bilanzkennzahlen[6] des Darlehensnehmers oder etwa auch aufgrund bankinterner[7] oder -aufsichtsrechtlicher[8] Kriterien von einem ungestörten[9] oder auch nur ausfallgefährdeten Kredit[10] keine Rede mehr sein, wird verbreitet von einem notleidenden Kredit[11] gesprochen. Diesem Begriff liegt allerdings

---

BeckOGK ZivR/*Binder*, 1.8.2024, BGB § 488 Rn. 87. Unter Ausplatzierung wohl nur die Veräußerung der Forderungen begreifend *S. Brandt*/*Sonnenhol*, WM 2001, 2329 (2330); *Bomhard*/*Kessler*/*Dettmeier*, BB 2004, 2085 (2089); *Kristen*/*Kreppel*, BKR 2005, 123 (131).

5 *Schalast*/*Daynes*, HfB – WPS No. 66, 2005, S. 8 f.; *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 3.

6 Zu nennen sind etwa die Deckung des Zinsaufwands durch das EBIT (*Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 3 Fn. 2) und die Risikoprämie als der Spread im Vergleich zu Staatsanleihen (*Schalast*/*Daynes*, HfB – WPS No. 66, 2005, S. 9; *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 3 mit Fn. 5).

7 Siehe zur Bedeutung, die interne Frühwarnsysteme für Banken haben, *Kuhlwein*/*Richthammer*, Gestärkt aus der Krise, 2006, 83 (86); *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 3.

8 *Schalast*/*Daynes*, HfB – WPS No. 66, 2005, S. 9; *Kuhlwein*/*Richthammer*, Gestärkt aus der Krise, 2006, 83 (86); siehe ausführlich zu aufsichtsrechtlichen Definitionsansätzen *Stainer*, Loan-to-own, 2020, S. 40 ff.

9 Ungestörte Kredite werden auch als Performing-Loans bezeichnet, *Zimmermann*, BKR 2008, 95 Fn. 2; *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (407 f.).

10 Andere Ausdrücke für ausfallgefährdete Kredite sind Sub-Performing-Loans (so etwa BT-Drs. 16/5595 S. 6; *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 46; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 18), Under-Performing-Loans (*Beucher*/*Räther*/*Stock*, AG 2006, 277 [278]), kritische Kreditengagements (*Wittig*, NZI 2002, 633) oder Problemkredite (Paulus/Knecht/*dies*., Gerichtliche Sanierung, 2018, § 1 Rn. 40; MAH BankR/*Fandrich*, 3. Aufl. 2024, § 6 Rn. 297; demgegenüber den Ausdruck Problemkredite als Synonym für Non-Performing-Loans gebrauchend Ellenberger/Nobbe/*Cranshaw*, Kommentar zum Kreditrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, BGB § 398 Rn. 17).

11 Statt von notleidenden Krediten bzw. Kreditforderungen (*BGH*, Urt. v. 27.10.2009 – XI ZR 225/08, BGHZ 183, 60 [64 Rn. 16]) ist unter anderem auch die Rede von Abwicklungskrediten (MAH BankR/*Fandrich*, 3. Aufl. 2024, § 6 Rn. 297); Non-Performing-Loans (BT-Drs. 16/5595 S. 6; *Schalast*/*Daynes*, HfB – WPS No. 66, 2005, S. 9; insofern von NPL i. e. S. sprechend *Lützenrath*/*Peppmeier*/*Schuppener*, Bankstrategien für Unternehmenssanierungen, 2. Aufl. 2006, S. 149), Bad-Loans (*Scharpf*, NJW 2009, 3476 mit Fn. 1 und 4) und Distressed-Debts (*Black's Law Dictionary*, 11. Ed. 2019, S. 507). Siehe zu den vorgenannten Ausdrücken unter Nennung noch weiterer *Schalast*/*Daynes*, HfB – WPS No. 66, 2005, S. 9; *Stainer*, Loan-to-own, 2020, S. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keine bereichsübergreifend gültige Definition zugrunde.[12] Während das Kreditzweitmarktgesetz (KrZwMG) den Begriff des notleidenden Kreditvertrages anhand anderer aufsichtsrechtlicher Vorschriften bestimmt (dazu I.), wird dieser Begriff im Bereich des privaten Kreditrechts unter Anknüpfung an § 490 Abs. 1 BGB definiert (dazu II.).

I. Aufsichtsrechtliche Definition notleidender Kredite, § 2 Abs. 18 KrZwMG

Die Kreditzweitmarktrichtlinie (KrZwM-RL) aus dem Jahre 2021 wurde durch das am 30.12.2023 in Kraft getretene Kreditzweitmarktgesetz umgesetzt.[13] Es regelt die Pflichten von Kreditinstituten als Verkäufern notleidender Kredite, die Pflichten von Käufern notleidender Kredite, die Anforderungen an die Erbringung von Kreditdienstleistungen für die Käufer notleidender Kredite, die Aufsicht über Kreditdienstleistungsinstitute und die Anwendung des Rechtsdienstleistungsgesetzes auf Kreditdienstleistungen, § 1 Abs. 1 KrZwMG. Zu den Kreditdienstleistungen zählen etwa das Einziehen und die Durchsetzung der Forderungen des Kreditgebers, aber auch die Neuverhandlung der Vertragsbedingungen, § 2 Abs. 3 Nr. 1 und 2 KrZwMG.[14]

Das Kreditzweitmarktgesetz bestimmt zwar für seinen Anwendungsbereich (vgl. § 2 Abs. 1 KrZwMG) den Begriff des notleidenden Kreditvertrages in § 2 Abs. 18 KrZwMG akzessorisch anhand der Einstufung einer Risikoposition als notleidend i. S. d. Art. 47a CRR (dazu 1.), dennoch fragt es sich, ob abweichend hiervon das Kreditzweitmarktgesetz nur für mehr als 90 Tage überfällige und gekündigte Kredite gilt (dazu 2.). Die privatrechtlichen Schranken der Kreditübertragung lässt das Kreditzweitmarktgesetz unberührt (dazu 3.).

1. Einstufung einer Risikoposition als notleidend i. S. d. Art. 47a CRR

Gemäß § 2 Abs. 18 KrZwMG sind notleidende Kreditverträge solche Kreditverträge, die als notleidende Risikoposition i. S. d. Art. 47a CRR eingestuft

12 Siehe zum Fehlen einer allgemeingültigen Definition *Schalast/Daynes*, HfB – WPS No. 66, 2005, S. 9; *Schilmar/Breiteneicher/Wiedenhofer*, DB 2005, 1367; *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 46; *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 3; Hess/*ders./Reeh*, Sanierungshandbuch, 6. Aufl. 2013, Kap. 12 Rn. 76.

13 Siehe Art. 1 und Art. 36 Abs. 1 KrZwMFördG.

14 Siehe zum Inhalt und den Zielen des Kreditzweitmarktgesetzes auch *Gerstmayr*, DB 2023, 2683 f.; *Glos/Hildner/Kühne/Schneider*, BKR 2024, 127 (130).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden. Art. 47a CRR regelt mehrere Fälle, in denen eine Risikoposition als notleidend eingestuft wird; zwei sollen näher betrachtet werden:

Eine Risikoposition wird unter anderem dann als notleidend eingestuft, wenn sie nach dem geltenden Rechnungslegungsrahmen als wertgemindert betrachtet wird, Art. 47a Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. b CRR. Bei einer Forderung ist dies der Fall, wenn für sie eine Einzelwertberichtigung[15] gebildet wurde.[16] Im Falle einer handelsrechtlichen Bilanzierung sind gemäß § 253 Abs. 4 HGB bei Vermögensgegenständen des Umlaufvermögens insoweit Abschreibungen vorzunehmen, als deren Anschaffungs- oder Herstellungskosten den Wert des Gegenstandes am Abschlussstichtag übersteigen. Dabei ist nach § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB vorsichtig zu bewerten; namentlich sind alle vorhersehbaren Risiken zu berücksichtigen. Das bilanzierende Unternehmen legt die Maßgaben,[17] nach denen eine Wertminderung zu ermitteln ist, teilweise selbst fest, woraus ihm hinsichtlich der Frage, ob es eine Einzelwertberichtigung bildet, ein gewisser Spielraum erwächst.[18] — Wie der bilanzierende Darlehensgeber diesen Spielraum ausnutzt, beeinflusst, ob ein Kreditvertrag als notleidend i. S. d. § 2 Abs. 18 KrZwMG einzustufen ist.

Nach Art. 47a Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. a CRR wird auch eine Risikoposition, bei der ein Ausfall gemäß Art. 178 CRR als eingetreten gilt, als notleidend eingestuft. Hinsichtlich Art. 178 CRR sind wiederum zwei Fälle, in denen ein Ausfall als eingetreten gilt, in den Blick zu nehmen:

Gemäß Art. 178 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a Var. 1 CRR gilt der Ausfall eines bestimmten Schuldners als gegeben, wenn es das Institut als unwahrscheinlich ansieht,[19] dass der Schuldner seine Verbindlichkeiten ihm gegenüber in voller Höhe begleichen wird, ohne dass es auf Maßnahmen wie die Verwertung von Sicherheiten zurückgreift (sog. Unlikely-to-pay- bzw.

15 Nur eine Einzel- und nicht auch eine Pauschalwertberichtigung reicht aus, weil Letztere die mit Forderungen generell einhergehenden Restrisiken und keine der konkreten Forderung innewohnenden Risiken abbildet, Beck/Samm/Kokemoor/*Böhringer/Ihme*, KWG mit CRR, 238. Lfg. August 2024, CRR Art. 47a Rn. 53.

16 Fischer/Schulte-Mattler/*Glaser*, KWG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, CRR Art. 47a Rn. 9.

17 Siehe zu den Maßgaben der Einzelabwertung bei Forderungen Beck Bil-Komm./*Schubert/Berberich*, 14. Aufl. 2024, HGB § 253 Rn. 569 ff.

18 Beck/Samm/Kokemoor/*Böhringer/Ihme*, KWG mit CRR, 238. Lfg. August 2024, CRR Art. 47a Rn. 52.

19 Mangels gesetzlicher Festlegung des erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrades insofern institutsinterne Kriterien für maßgeblich erachtend Beck/Samm/Kokemoor/*Böhringer/Ihme*, KWG mit CRR, 238. Lfg. August 2024, CRR Art. 47a Rn. 49.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

UTP-Kriterium).[20] In Art. 178 Abs. 3 CRR werden Umstände genannt, die als Hinweise darauf anzusehen sind, dass der Schuldner seine Verbindlichkeit wahrscheinlich nicht begleichen wird. Ein solcher Hinweis ist etwa darin zu erblicken, dass das Institut die Verbindlichkeit mit einem bedeutenden bonitätsbedingten wirtschaftlichen Verlust veräußert, Art. 178 Abs. 3 Buchst. c CRR. Bedeutend in diesem Sinne ist nach den Leitlinien der *EBA* ein bonitätsbedingter wirtschaftlicher Verlust von mehr als 5 %.[21] Zusätzlich zu den in Art. 178 Abs. 3 CRR geschriebenen Hinweisen nennt die *EBA* noch weitere Umstände, die Institute auf der Grundlage interner Informationen als Hinweise auf die Unwahrscheinlichkeit des Begleichens der Verbindlichkeiten berücksichtigen können. Dazu zählt unter anderem, dass der Darlehensnehmer gegen Vereinbarungen des Kreditvertrages (z. B. Covenants)[22] verstößt.[23] — Mehr noch als bei dem Kriterium der Wertminderung (Art. 47a Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. b CRR) dürfte es hier von der Einschätzung des Darlehensgebers abhängen, ob ein notleidender Kreditvertrag i. S. d. § 2 Abs. 18 KrZwMG vorliegt.

Gemäß Art. 178 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. b Var. 1 CRR gilt der Ausfall eines bestimmten Schuldners als gegeben, wenn eine wesentliche Verbindlichkeit des Schuldners gegenüber dem Institut mehr als 90 Tage überfällig ist. Die Wesentlichkeitsschwelle setzt sich aus einer absoluten und einer relativen Komponente zusammen. Die Schwellenwerte bestimmen die Aufsichtsbehörden, jedoch gelten absolute und relative Obergrenzen. Bei nicht dem Mengengeschäft zuzuordnenden Risikopositionen liegt die absolute Obergrenze bei 500 Euro. Die relative Obergrenze beträgt 2,5 % des Gesamtbetrages der Verbindlichkeiten des Schuldners gegenüber dem Institut.[24]

20 *EZB*, Leitfaden für Banken zu notleidenden Krediten, März 2017, Ziff. 5.2.2, S. 57; *Schluck-Amend*, NZI-Beil. 2019, 14 (15).

21 *EBA*, GL/2016/07, 18.1.2017, Abs. 44; vgl. dazu auch *Gehrer/Krakuhn/Weichert*, IRZ 2019, 299 (302 f.).

22 Covenantverstöße darunter fassend *Schluck-Amend*, NZI-Beil. 2019, 14 (15); siehe zu Covenants und deren Verletzung unten § 2 C. I und II.

23 Siehe *EBA*, GL/2016/07, 18.1.2017, Abs. 59 Buchst. b.

24 Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 1 Abs. 2 DelVO (EU) 2018/171; siehe dazu *EBA*, GL/2016/07, 18.1.2017, Abs. 33 f.; Fischer/Schulte-Mattler/*Daun*, KWG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, CRR Art. 178 Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Geltung des Kreditzweitmarktgesetzes nur für 90 Tage überfällige und gekündigte Kredite?

Die Frage, ob das Kreditzweitmarktgesetz nur für 90 Tage überfällige und gekündigte Kredite gilt, wird nicht zuletzt in Anbetracht der Materialien zum Kreditzweitmarktgesetz aufgeworfen. In diesen steht, dass in Abgrenzung zu den Anforderungen an das Kreditgeschäft (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG) das Kreditzweitmarktgesetz die Kreditzweitmarktrichtlinie nur für jene Kredite umsetze, die mehr als 90 Tage überfällig und kreditgeberseitig gekündigt seien.[25] Bei der Debatte im Bundestag wurden diese Kriterien ebenfalls aufgegriffen. So sagte *Stefan Müller* (CSU), auf dem Sekundärmarkt für notleidende Kredite würden nur bereits kreditgeberseitig gekündigte Kredite gehandelt;[26] *Lennard Oehl* (SPD) äußerte, ein Kredit gelte klassischerweise als notleidend, wenn der Kreditnehmer mit der Ratenzahlung 90 Tage im Verzug sei.[27] Auch in einem von der *BaFin* im Dezember 2023 veröffentlichten Merkblatt heißt es, das Kreditzweitmarktgesetz betreffe nur Kredite, die mehr als 90 Tage überfällig *und* zivilrechtlich seitens des Kreditinstituts gekündigt worden seien.[28]

Dem Kreditzweitmarktgesetz lassen sich diese Einschränkungen indes nicht entnehmen: Das Kreditzweitmarktgesetz regelt namentlich die in § 1 Abs. 1 Satz 1 KrZwMG genannten Pflichten in Betreff notleidender Kredite.[29] Und notleidende Kreditverträge sind gemäß § 2 Abs. 18 KrZwMG Kreditverträge, die als notleidende Risikoposition i. S. d. Art. 47a CRR eingestuft werden; dies setzt, wie zuvor ausgeführt,[30] nicht notwendig voraus, dass der Kreditvertrag gekündigt wurde und die Ansprüche daraus seit mindestens 90 Tagen fällig sind.[31] Im Übrigen finden sich diese Kriterien auch an keiner anderen Stelle im Kreditzweitmarktgesetz.

---

25 BR-Drs. 507/23 S. 104; BT-Drs. 20/9093 S. 95; BT-Drs. 20/9782 S. 181.
26 BT-PlenProt. 20/134 S. 16945.
27 BT-PlenProt. 20/134 S. 16945.
28 *BaFin*, MB Kreditdienstleistungen, 2023, Ziff. 2.
29 Siehe näher zum Regelungsgegenstand des Kreditzweitmarktgesetzes oben § 1 B. I.
30 Siehe zur Einstufung einer Risikoposition als notleidend i. S. d. Art. 47a CRR oben § 1 B. I. 1.
31 Betreffend den Anwendungsbereich des Kreditzweitmarktgesetzes uneingeschränkt auf Art. 47a CRR abhebend *Gerstmayr*, DB 2023, 2683; vgl. auch *Glos/Hildner/Kühne/Schneider*, BKR 2024, 127 (130), die beiläufig zum Ausdruck bringen, dass die Überfälligkeit von 90 Tagen nur ein Kriterium *unter anderen* sei, um eine Risikoposition – und damit gemäß § 2 Abs. 18 KrZwMG auch einen Kreditvertrag – als notleidend einzustufen.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch die Kreditzweitmarktrichtlinie veranlasst nicht dazu, § 2 Abs. 18 KrZwMG – der wie Art. 3 Nr. 13 KrZwM-RL auf Art. 47a CRR verweist – entsprechend den vorgenannten Kriterien einschränkend auszulegen. Diese Kriterien finden in der Kreditzweitmarktrichtlinie zwar Erwähnung, allerdings in einem anderen Zusammenhang. So folgt aus Art. 2 Abs. 3 KrZwM-RL lediglich, dass die Kreditzweitmarktrichtlinie in nationalen Rechtsvorschriften auferlegte Übertragungsbeschränkungen bezüglich eines notleidenden Kredits nur dann berührt, wenn der Kredit gekündigt wurde und seit wenigstens 90 Tagen fällig ist.[32]

3. Keine Regelung privatrechtlicher Schranken der Kreditübertragung durch das Kreditzweitmarktgesetz

Abgesehen von der eben erwähnten Regelung des Art. 2 Abs. 3 KrZwM-RL lässt die Kreditzweitmarktrichtlinie vertrags- und zivilrechtliche Grundsätze des nationalen Rechts betreffend die Kreditübertragung und auch sonstige kreditnehmerschützende Rechtsvorschriften unberührt, Art. 2 Abs. 2 KrZwM-RL.[33]

Dementsprechend wurden in Umsetzung der Richtlinie durch das Kreditzweitmarktförderungsgesetz in erster Linie auch nur aufsichtsrechtliche Vorschriften eingeführt oder geändert. So wurden im Bürgerlichen Gesetzbuch lediglich die für Verbraucherdarlehensverträge geltenden Informationspflichten des Darlehensgebers partiell erweitert, siehe § 493 Abs. 7, § 504 Abs. 2 Satz 1 BGB.[34]

Und auch mit dem Kreditzweitmarktgesetz selbst wurde bloß ein aufsichtsrechtlicher Rahmen geschaffen.[35] Das Kreditzweitmarktgesetz regelt die privatrechtliche Beziehung zwischen Kreditnehmer und -erwerber ebenso wenig wie die Schranken der Kreditübertragung.

32 Siehe auch ErwGr. 18 KrZwM-RL.
33 Siehe auch ErwGr. 52 KrZwM-RL.
34 Durch Art. 2 KrZwMFördG wurde § 493 Abs. 7 BGB eingeführt und § 504 Abs. 2 Satz 1 BGB geändert. § 493 Abs. 7 BGB ist unter den Voraussetzungen des § 504 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht anzuwenden.
35 Siehe zum aufsichtsrechtlichen Charakter des Kreditzweitmarktgesetzes BT-Drs. 20/9782 S. 2; vgl. auch *Gerstmayr*, DB 2023, 2683; *Glos/Hildner/Kühne/Schneider*, BKR 2024, 127 (130).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Zivilrechtliche Definition notleidender Kredite; Abgrenzung ungestörter und ausfallgefährdeter Kredite

Zivilrechtlich kann von einem notleidenden Kredit gesprochen werden, wenn der Darlehensvertrag gekündigt wurde *und* sich der Darlehensnehmer mit der Rückzahlung im Verzug befindet. Im Übrigen ist ein Kredit als notleidend im zivilrechtlichen Sinne zu qualifizieren, wenn der Darlehensgeber zur fristlosen Kündigung gemäß § 490 Abs. 1 BGB berechtigt ist oder (falls § 490 Abs. 1 BGB abbedungen wurde)[36] es wäre.[37]

Demgegenüber wird ein Kredit als ungestört bezeichnet, wenn dessen Ausfallgefahr nach dem Vertragsschluss allenfalls unerheblich stieg.

Nahm zwar die Gefahr des Kreditausfalles seit Vertragsschluss mehr als nur unerheblich zu, ist (oder wäre) der Darlehensgeber jedoch nicht gemäß § 490 Abs. 1 BGB zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, wird von einem ausfallgefährdeten Kredit gesprochen.[38] Diese Definition des ausfallgefährdeten Kredits bringt eine gewisse Spannbreite mit sich: Das eine Extrem sind Kredite, die gerade so nicht mehr als ungestört eingestuft werden können, und das andere sind solche, die schon beinahe Not leiden.

Durch die Abgrenzung ausfallgefährdeter und notleidender Kredite anhand der Voraussetzungen des § 490 Abs. 1 BGB unterscheiden sich diese nicht immer durch risikobezogene Faktoren wie die Höhe der Ausfallge-

36 Siehe zur Abbedingung von § 490 Abs. 1 BGB unten § 2 C. II.

37 *St. Hofmann*/*Walter*, WM 2004, 1566 (1568); *Toth-Feher*/*Schick*, ZIP 2004, 491; *Schilmar*/*Breiteneicher*/*Wiedenhofer*, DB 2005, 1367; *Beucher*/*Räther*/*Stock*, AG 2006, 277; *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 46; *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (104); *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 159; SBL/*Krepold*, BankR-HdB., Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 39 Rn. 59; Assies/Beule/Heise/Strube/*Ristelhuber*, Bank- u. KapMR, 5. Aufl. 2019, Kap. 4 Rn. 2488; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 16; MüKoHGB/*Herresthal*, Bd. 6, 5. Aufl. 2024, T. 1 Buchst. A. Rn. 461. — Als Voraussetzung bloß Zahlungsverzug nennend *Wittig*, NZI 2002, 633; Staudinger/*Wolfsteiner*, BGB, 2019, BGB § 1153 Rn. 23. — *Stainer*, Loan-to-own, 2020, S. 106 f. führt die aufsichtsrechtliche Perspektive mit der zivilrechtlichen zusammen: Sei eine Forderung als NPE zu qualifizieren, berechtige dies den Darlehensgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund.

38 *Wittig*, NZI 2002, 633; *Schalast*/*Daynes*, HfB – WPS No. 66, 2005, S. 9; *Beucher*/*Räther*/*Stock*, AG 2006, 277 (278); *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 46; *Zimmermann*, BKR 2008, 95 Fn. 2; Paulus/Knecht/*dies.*, Gerichtliche Sanierung, 2018, § 1 Rn. 40; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fahr[39] oder deren Steigerung[40]. Denn § 490 Abs. 1 BGB erfordert eine Abwägung der konkreten Darlehensgeber- und -nehmerinteressen.[41] Die aufsichtsrechtlichen Implikationen[42] eines gestiegenen Kreditrisikos sind dabei ein Wertungsaspekt, der zugunsten des Darlehensgebers in Anschlag zu bringen ist. Aufseiten des Darlehensnehmers ist insbesondere zu berücksichtigen, ob ihn der Darlehensgeber durch strenge Covenants in wirtschaftliche Abhängigkeit geführt hat.[43]

---

39 Siehe zur Voraussetzung akuter Gefährdung der Darlehensrückzahlung Jauernig/*C. Berger*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 5; MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 8; Schulze/*Wiese*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 490 Rn. 4.

40 Damit ist die Voraussetzung einer (drohenden) wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Darlehensnehmers bzw. der Werthaltigkeit einer Sicherheit gemäß § 490 Abs. 1 BGB angesprochen, siehe dazu Jauernig/*C. Berger*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 3 f.; MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 9 ff.; BeckOK BGB/*Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 490 Rn. 6 f.; Schulze/*Wiese*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 490 Rn. 3. — Nach Staudinger/*Mülbert*, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 26 konkretisiere das Merkmal der Wesentlichkeit bloß die Gefährdung des Rückzahlungsanspruches. — Mit Recht differenzierend Derleder/Knops/Bamberger/*G. R. Baum* et al., Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 36 Rn. 53. — Denn ist § 490 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, wenn die Rückzahlung bereits bei Vertragsschluss in Gefahr war (Staudinger/*Mülbert*, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 9 und 24 f.), kann es daran nichts ändern, wenn die Verschlechterung eine marginale – eben nicht „wesentliche" – ist; insofern erlangt das Merkmal der Wesentlichkeit eigenständige Bedeutung.

41 BT-Drs. 14/6040 S. 254; in diesem Sinne auch Soergel/*Seifert*, BGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2014, BGB § 490 Rn. 18; Derleder/Knops/Bamberger/*G. R. Baum* et al., Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 36 Rn. 54; Jauernig/*C. Berger*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 7; unter Verweis auf den Gedanken der Kündigung zur Unzeit MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 18; Erman/*Nietsch*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 4; Erfordernis wertender Betrachtung bejahend und dieses am Merkmal der Wesentlichkeit festmachend MAH GmbHR/*Schluck-Amend*, 5. Aufl. 2023, § 23 Rn. 72; jurisPK-BGB/*Schwintowski*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 25 ff.; Schulze/*Wiese*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 490 Rn. 5. Vgl. auch *BGH*, Urt. v. 6.3.1986 – III ZR 245/84, NJW 1986, 1928 (1929): „Die Beurteilung der Frage, ob ein wichtiger Grund zur Kündigung eines Darlehens vorliegt, bedarf stets einer Gesamtwürdigung der besonderen Umstände des einzelnen Falles und einer Abwägung der Interessen beider Vertragsteile". — Ablehnend Staudinger/*Mülbert*, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 10 und 46.

42 Siehe dazu im Hinblick auf Kreditinstitute unten § 6 D. I. 1. c) aa) und im Hinblick auf Versicherungsunternehmen unten § 6 D. I. 1. b).

43 Vgl. *Bitter/Alles*, WM 2013, 537; jurisPK-BGB/*Schwintowski*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 25 und 28. — Siehe zu Forderungsherrschaft und Covenants unten § 2 C.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das eben dargelegte Begriffsverständnis ist gemeint, wenn im weiteren Verlauf der Untersuchung ein Kredit als ungestört, ausfallgefährdet oder notleidend bezeichnet wird. Das ist besonders hervorzuheben, da es von der Einstufung des Kredits als notleidend im zivilrechtlichen Sinne abhängen kann, ob das Bankgeheimnis bei der Ausplatzierung eingeschränkt ist.[44] Und auch bei der Bestimmung zessionsbeschränkender Rücksichtspflichten betreffend die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor kommt es auf die Unterscheidung ungestörter, ausfallgefährdeter und notleidender Kredite an.[45]

44 Siehe zum Inhalt und den Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses unten § 5 A. und zu dessen teilweiser Einschränkung bei notleidenden Krediten unten § 5 B. II.

45 Siehe zur vertragsnatürlichen Rücksichtspflicht zur Unterlassung der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren unten § 6; siehe zur teilweisen Einschränkung dieser Pflicht bei notleidenden Krediten unten § 6 D. III. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 2 Das Loan-to-Own im Überblick

Ein Loan-to-Own-Investor wirbt Kapital ein, sondiert den Markt und trifft eine Vorauswahl der für eine forderungsbasierte Übernahme in Betracht kommenden Zielgesellschaften.[1] Hat er diese Schritte durchlaufen, prüft er die in die Vorauswahl genommenen Zielgesellschaften (Due Diligence), insbesondere hinsichtlich ihrer Finanzierungsstruktur. Dann verhandelt er mit dem Darlehensgeber der Zielgesellschaft über die Veräußerung des Kredits.[2] Sind sie sich einig geworden[3] und vermitteln die Darlehensgeberrechte dem Investor Herrschaft über die Zielgesellschaft, kann er sie übernehmen.[4] Im Erfolgsfall veräußert er die Zielgesellschaft nach einigen Jahren, um seinen angestrebten Gewinn zu realisieren.[5]

Für die eben umschriebene Strategie und deren Varianten finden neben Loan-to-Own noch eine Reihe weiterer Begriffe Verwendung, die teils unterschiedlich verstanden werden.[6] Neben der Klärung dieser Begriffe (dazu A.) gilt es im Folgenden, Loan-to-Own-Investoren bzw. deren Strategie zu beleuchten (dazu B.) und zu untersuchen, wie Covenants Forderungs-

---

1 *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 189 ff. systematisiert den Ablauf einer forderungsbasierten Übernahme in fünf Stadien; die Schritte bis hier ordnet er dem „Planungsstadium" zu.

2 Die Verhandlung ordnet *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 195 ff. dem „Anbahnungsstadium" zu.

3 Der Forderungserwerb bildet nach *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 202 ff. das von ihm so genannte „Zwischenstadium". Siehe zum Ablauf einer solchen Transaktion Derleder/Knops/Bamberger/*Schalast* et al., Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 35 Rn. 40 ff.; *DKS*, Standards für die Transaktionsvorbereitung, 2024; *ders.*, Standards für die Transaktionsdurchführung, 2024; *ders.*, Standards für die Abwicklung (Closing), 2024. Der *DKS* ist das Pendant zur englischen *LMA* (Derleder/Knops/Bamberger/*Schalast* et al., Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 35 Rn. 92). Siehe zur *LMA* unten § 2 C. I. 2. a). — Siehe zu den Übertragungswegen bei der Ausplatzierung des Kredits unten § 3 C.

4 *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 230 ff. spricht hier vom „Übernahmestadium".

5 Der Ausstieg bildet nach *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 305 f. das letzte der fünf Stadien („Exitstadium"). — Die *„Ihr Platz" GmbH & Co. KG* wurde an *Anton Schlecker e. K.* verkauft (*Schlautmann/HB*, Der Tagesspiegel v. 5.10.2007). — Die Investoren verkauften die *Kiekert AG* an die chinesische *Hebei Lingyun Industrial Group* (*Siemon*, ZInsO 2013, 1549 Fn. 4).

6 Siehe zum Fehlen einheitlicher Begriffe im Bereich des Distressed-Debt-Investing Jesch/Striegel/Boxberger/*Lürken/Egger/Hiemer*, RHdB. PE, 2. Aufl. 2020, § 29 Rn. 1 ff. Siehe zur Bedeutung von Begriffen *Schnapp*, Logik für Juristen, 7. Aufl. 2016, S. 21 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

herrschaft vermitteln und damit die Basis schaffen, um einen Debt-Equity-Swap durchzusetzen (dazu C.).

A. Begriffe für Übernahmestrategien auf Basis von Forderungen

Es finden für forderungsbasierte Übernahmestrategien unterschiedliche Ober- (dazu I.) und Unterbegriffe (dazu II.) Verwendung.

I. Oberbegriffe für Übernahmestrategien auf Basis von Forderungen

Für Übernahmestrategien auf Basis von Forderungen, gleichviel ob originär oder derivativ erworben, existieren mehrere Oberbegriffe. Ein gängiger ist Distressed-Debt-based-Takeover;[7] daran anknüpfend ist die Rede von Distressed-Debt-Investoren[8] und der „Kontrollübernahme durch Distressed-Debt-Trader"[9]. Verwendung finden des Weiteren die Termini Distressed-to-Control und Creditor-Control;[10] manche sprechen von einer Debt-

7 *Harner*, 89 Wash. U. L. Rev. 155, 161 ff. (2011); *Bücker/Petersen*, ZGR 2013, 802; *Florstedt*, ZIP 2015, 2345; *Jacoby/Madaus/Sack* et al., ESUG – Evaluierung, 2019, S. 172; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 64; Hölters/*Müller-Michaels*, Unternehmenskauf, 10. Aufl. 2022, Rn. 12.5; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 19.

8 *Jacoby/Madaus/Sack* et al., ESUG – Evaluierung, 2019, S. 171; Thierhoff/Müller/*Dorn/Jäger/Schulte*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 3 Rn. 51.

9 *Siemon*, ZInsO 2014, 172 (178).

10 Von Distressed-to-Control sprechend Jesch/Striegel/Boxberger/*Lürken/Egger/Hiemer*, RHdB. PE, 2. Aufl. 2020, § 29 Rn. 9, die in diesem Zusammenhang die Fremdkapitalposition als antizipiertes Eigenkapital bezeichnen. Nach *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 24 sei die kontrollorientierte Loan-to-Own-Strategie eine Variante des „Distressed for Control". — Den Begriff Creditor-Control verwendend *Ayotte/Morrison*, 1 J. Leg. Anal. 511 (2009); *Li/Wang*, 39 J. Corp. Fin. 121, 122 (2016); *Baird*, 165 U. Pa. L. Rev. 785, 794 f. (2017); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 64 und 236. — Da der Begriff auch bloß die Macht des Kreditgebers, etwa vermittelt durch Covenants (siehe dazu unten § 2 C), hervorheben kann, erscheint er wenig trennscharf.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

to-Equity-Strategie oder Debt-Equity-Swap-Transaktion.[11] Der weitverbreitete Ausdruck Loan-to-Own findet (auch)[12] als Oberbegriff Verwendung.[13]

Ein gebräuchlicher deutscher Begriff ist schuldenbasierte Übernahme.[14] Dem kommt der bilanziell konnotierte Begriff fremdkapitalbasierte Übernahme nahe.[15] — Es kann auch von forderungsbasierter Übernahme gesprochen werden. Dieser Ausdruck spiegelt die Perspektive des Investors wider, der seine Forderungen zur Übernahme nutzt. Den Blickwinkel des Handelnden nimmt auch das deutsche Recht oft ein:[16] Forderungen werden aufgerechnet (§ 387 BGB), übertragen (§ 398 Satz 1 BGB), im Insolvenzverfahren nach §§ 174 ff. InsO angemeldet und festgestellt und – was am Ende einer forderungsbasierten Übernahme stehen kann – nach § 225a Abs. 2 Satz 1 InsO in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte am Schuldner umgewandelt. Gegenüber den Begriffen der fremdkapital- und schuldenbasierten Übernahme dürfte die Gefahr einer Verwechslung mit dem

11 Von einer Debt-to-Equity-Strategie sprechend *Redeker*, BB 2007, 673; von Debt-Equity-Swap-Transaktion sprechend *Carli/Rieder/Mückl*, ZIP 2010, 1737; KöKo WpÜG/*Hirte/Gildehaus*, 3. Aufl. 2022, Einl. Rn. 159. — Forderungsbasierte Übernahmen als Debt-Equity-Swaps zu bezeichnen, erscheint unscharf, da letzterer ein Instrument zur Übernahme sein kann, aber nicht muss. Diese Begriffsverwendung ist allerdings nachvollziehbar, wenn es stimmt, dass der Debt-Equity-Swap in der Praxis fast nur bei forderungsbasierten Übernahmen eine Rolle spielt – so HambKo-RestR/*Sax/Amer*, 3. Aufl. 2022, Anh. 1 Abschnitt 4 Rn. 552.

12 Siehe zur Verwendung des Ausdruckes Loan-to-Own als Unterbegriff unten § 2 A. II. 2.

13 Vgl. hinsichtlich der weiten Verbreitung des Begriffes *Rödding/Bühring*, DStR 2009, 1933 (1939 f.); *Aleth/Böhle*, DStR 2010, 1186 (1188); *Risse/Kästle*, M&A und Corporate Finance von A–Z, 3. Aufl. 2018, S. 112, Stichwort: Loan-to-Own-Strategie; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, passim; *Stainer*, Loan-to-own, 2020, passim; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, passim. — Siehe zu dessen Verwendung als Oberbegriff *de Chapeaurouge/Hafner*, HdB. Unternehmensrestrukturierung, 2. Aufl. 2018, 845 (858); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 60 Fn. 19; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 18 f.; implizit HambKo-RestR/*Sax/Amer*, 3. Aufl. 2022, Anh. 1 Abschnitt 4 Rn. 552, da sie meinen, dass Forderungen bei Loan-to-Own nur in aller Regel derivativ erworben würden; implizit auch KöKo WpÜG/*Hirte/Gildehaus*, 3. Aufl. 2022, Einl. Rn. 159, da ohne Differenzierung zwischen originärem und derivativem Erwerb.

14 Vgl. *Florstedt*, ZIP 2015, 2345; *Brinkmann*, WM 2017, 1033; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, passim; *ders.*, ZIP 2020, 1109; *Roggemann*, Zivilrechtlicher Anlegerschutz, 2020, S. 292; *Stainer*, Loan-to-own, 2020, passim; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, passim; Hölters/*Müller-Michaels*, Unternehmenskauf, 10. Aufl. 2022, Rn. 12.5.

15 *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 40; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 8.

16 Anders § 17 Abs. 4 Satz 2 WStBG, wonach ein Debt-Equity-Swap die Ausgabe neuer Aktien gegen Hingabe von Verbindlichkeiten des Unternehmens gegenüber dem Gläubiger ist. In § 366 und § 397 BGB wird insofern von der Schuld gesprochen.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Begriff der fremdfinanzierten Übernahme (Leveraged-Buyout)[17] zudem geringer sein.[18]

II. Unterbegriffe für Übernahmestrategien auf Basis von Forderungen

Unterbegriffe für forderungsbasierte Übernahmestrategien werden vornehmlich gebildet, um zwischen derivativem[19] (dazu 1.) und originärem (dazu 2.) Forderungserwerb zu unterscheiden.[20]

1. Begriffe für Übernahmestrategien auf Basis derivativ erworbener Forderungen

Im europäischen Rechtskreis wird verbreitet von Loan-to-Own gesprochen, wenn ein Investor Forderungen gegenüber der Zielgesellschaft derivativ erwirbt, um deren Eigenkapital zu übernehmen.[21] Dahingehende Definitio-

17 Leveraged-Buyout nennt man den Unternehmenskauf, der durch Fremdkapital, das mit den Aktiva der Zielgesellschaft besichert ist, finanziert wird, *Madaus*, Der Insolvenzplan, 2011, S. 10 Fn. 8.

18 Die Verwechslungsgefahr sieht auch *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 64.

19 Instruktiv zu originärem und derivativem Erwerb K. Weber/*J. Fuchs*, Rechtswörterbuch, 32. Ed. 2024, Rechtserwerb.

20 Vgl. *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 59 f.

21 Vgl. allein für Deutschland: *Rödding/Bühring*, DStR 2009, 1933 (1939); *Aleth/Böhle*, DStR 2010, 1186; *Florstedt*, ZIP 2015, 2345 (2346); *N. Lerche/Plank*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 177 (192); KöKo AktG/*Ekkenga*, Bd. 4/1, 3. Aufl. 2017–2020, AktG § 183 Rn. 78; FK-InsO/*Bornemann*, 9. Aufl. 2018, InsO § 104 Rn. 71; *Denkhaus/Ziegenhagen/Demisch*, Konzerninsolvenzrecht, 2019, Rn. 1021; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 60 f.; Brünkmans/Thole/*Brünkmans*, Insolvenzplan, 2. Aufl. 2020, § 32 Rn. 311; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Kampshoff/Lieth/Urban-Crell* et al., InsO, 4. Aufl. 2020, Anh. VII Rn. 281; *C. G. Paulus/Palenker*, WM 2020, 1181 (1185); Thierhoff/Müller/*Dorn/Jäger/Schulte*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 3 Rn. 51; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 48; HambKo-RestR/*Raschke/Warneke*, 3. Aufl. 2022, Anh. 1 Abschnitt 4 Rn. 227; HambKo-RestR/*Ziegenhagen*, 3. Aufl. 2022, Anh. 3 Rn. 67; *C. G. Paulus*, Große Pleiten, 2023, S. 54; K. Schmidt/Uhlenbruck/*Spliedt*, Die GmbH in Krise, Restrukturierung und Insolvenz, 6. Aufl. 2023, Rn. 31.31; BeckOK InsR/*Madaus*, 36. Ed. 15.7.2024, InsO § 4 Rn. 11.3; HambKo-InsR/*Pannen/Weitzmann*, 10. Aufl. 2024, InsO Anh. § 1 Rn. 13; Theiselmann/*Weiß*, Restrukturierungsrecht, 5. Aufl. 2024, Kap. 3 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen des Loan-to-Own-Investors finden sich in einigen der untersuchten Kreditverträge.[22]

Seltener ist die Rede von Claims-Trading[23] oder von Buy-Claims-to-Own – der Aussagegehalt letzteren Begriffes ist stärker, da er die Absicht des Investors, Eigenkapital zu erlangen, zum Ausdruck bringt.[24]

In Deutschland differenzieren manche zwischen Loan-to-Own (wohl verstanden als Unterbegriff)[25] im engeren und im weiteren Sinne:[26] Ersterem unterfalle nur die Übernahme mittels eines Debt-Equity-[27] oder -Asset-Swaps.[28] Letzteres umfasse auch die Verwertung verpfändeter Ge-

22 Siehe *Avon International Capital plc* et al., FA, 2019, Klausel 1.1, S. 18: „‚Loan to Own Investor' means any person who as the primary purpose of its business engages in investment strategies that include the purchase of loans or other debt securities with the intention of owning the equity or gaining control of a business (directly or indirectly)". — Ähnliche Formulierungen finden sich bei *Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 1.1, S. 19; *Inspired Entertainment Inc.* et al., FA, 2019, S. 33. — *Latham & Watkins*, The Book of Jargon, European Capital Markets and Bank Finance, 2. Ed. 2017, S. 105 definieren Loan-to-Own als „a strategy whereby a Lender purchases Distressed Debt with the aim that in a restructuring it will acquire the Equity interests in the Borrower in exchange for a full or partial write-off of its debt claims". — Den Begriff des Loan-to-Own-Investors verwendet auch *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 169.

23 *Levitin*, 4 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 67, 68 f. (2009); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 60.

24 *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 59.

25 Dabei bleibt betreffend *Rödding/Bühring*, DStR 2009, 1933 (1939 f.), die von Loan-to-Own-Transaktionen im weiteren Sinne schreiben, unklar, ob sie Loan-to-Own als Oberbegriff oder i. S. v. Buy-to-Own verstehen. Im letzteren Sinne versteht sie *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 61 f.

26 *Rödding/Bühring*, DStR 2009, 1933 (1939 f.); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 62 f.

27 *Rödding/Bühring*, DStR 2009, 1933 (1939 f.); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 62 f.

28 *Rödding/Bühring*, DStR 2009, 1933 (1940). — Dagegen meint *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 62, der Debt-Asset-Swap sei seltener unter Loan-to-Own im engeren Sinne zu fassen, weil der Schuldnerin in der Regel die Veräußerungsabsicht fehle. — Das überzeugt nicht, weil die praktische Seltenheit dieses Phänomens unabhängig von der theoretischen Frage ist, ob der Debt-Asset-Swap unter den Begriff Loan-to-Own im engeren Sinne zu fassen ist.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sellschaftsanteile[29] und die Vollstreckung in wesentliche[30] Teile des Unternehmensvermögens mit der Absicht, diese Gegenstände im Verwertungsverfahren unter Einsatz der Forderungen zu erwerben (Credit-Bidding).[31]

2. Begriffe für Übernahmestrategien auf Basis originär erworbener Forderungen

Loan-to-Own, verstanden i. S. v. Kredit gewähren, um Eigentümer zu werden,[32] kann auch als Begriff für eine Übernahme auf Basis originär erworbener Forderungen stehen. So kommt es vor, dass der Investor mit dem Schuldner einen Darlehensvertrag schließt, um die daraus folgenden Forderungen zur Übernahme einzusetzen.[33] Mitunter geschieht dies auch erst im Nachgang eines derivativen Forderungserwerbs.[34] Auch solch ein

29 So *Rödding/Bühring*, DStR 2009, 1933 (1940); ihnen folgend *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 62. *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 62 Fn. 30 verweist auf *Aleth/Böhle*, DStR 2010, 1186 (1188), was insofern missverständlich ist, als *Aleth/Böhle* zwar die Pfandverwertung von Gesellschaftsanteilen als einen rechtlichen Aspekt der Struktur einer Loan-to-Own-Transaktion diskutieren, dies jedoch nicht als Loan-to-Own im weiteren Sinne bezeichnen. *Aleth/Böhle* differenzieren schon insgesamt nicht zwischen Loan-to-Own im engeren und weiteren Sinne (ebd.). Vgl. auch HambKo-RestR/*Westpfahl/Seibt*, 3. Aufl. 2022, Anh. 4 Rn. 85.

30 *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 63 betont zutreffend, dass nicht jedwede Vollstreckungsmaßnahme in das Schuldnervermögen, sondern nur eine solche zum Zwecke des Erwerbs von Vermögenswerten, die das Unternehmen prägen, als schuldenbasierte Übernahme begriffen werden kann. *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 19 beschränkt die Definition zwar nicht ausdrücklich auf wesentliche Vermögenswerte, nennt aber beispielhaft als Gegenstand eines Debt-Asset-Swaps „strategisch wichtige Assets".

31 *C. G. Paulus/Palenker*, WM 2020, 1181 (1185) fassen Credit-Bidding unter Loan-to-Own, ohne letzteres als Loan-to-Own im weiteren Sinne zu bezeichnen. Näher zum Credit-Bidding *Harner*, 89 Wash. U. L. Rev. 155, 157, 168 ff. und 189 ff. (2011); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 266 f., 272, 303 f., 466 und 476 ff.; *C. G. Paulus/Palenker*, WM 2020, 1181; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 207 ff., 230, 381 f. und 481 ff.

32 Die durch die Präposition *to* verbundenen Verben *loan* – Darlehen geben (*Black's Law Dictionary*, 11. Ed. 2019, S. 478, loan) und *own* – besitzen ergeben wörtlich übersetzt: Darlehen geben, um zu besitzen. Ebenso und vertiefend *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 57 f.

33 In den USA komme dies insbesondere bei der Finanzierung eigenverwaltender Schuldner gemäß 11 U.S.C. § 1107 vor (Debtor-in-Possession-/DIP-Financing), *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 58 f.; BeckOK InsR/*Bruder/Martin*, 36. Ed. 15.7.2024, Länderberichte VI Rn. 222; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 383.

34 *Metze/Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 (108). — Siehe dazu mit Blick auf die USA, BeckOK InsR/*Bruder/Martin*, 36. Ed. 15.7.2024, Länderberichte VI Rn. 222 f. — Zu solch einem ergänzenden Loan-to-Own kam es etwa

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorgehen wird als Loan-to-Own bezeichnet.[35] Zur Abgrenzung von den beiden vorgenannten Begriffsverständnissen spricht *Nicholas Palenker* insofern von originärem Loan-to-Own.[36]

B. Loan-to-Own-Investoren und deren Strategie

Loan-to-Own ist eine aktive und kontrollorientierte Debt-Investment-Strategie (dazu I.), die insbesondere Finanzinvestoren verfolgen (dazu II.) und die die Frage aufwirft, inwiefern sie auf Kosten der Gesellschafter geht (dazu III.).

I. Loan-to-Own als aktive und kontrollorientierte Debt-Investment-Strategie

Ein Investor kann mit dem Krediterwerb eine passive oder eine aktive Strategie verfolgen.[37] Bei der passiven Strategie erwirbt er die Forderungen, weil er annimmt, diese seien unterbewertet. Trifft seine Annahme zu, erzielt er Rendite (Relative-Value-Ansatz); seinen Gewinn realisiert er, indem er die Forderungen weiterveräußert oder der Darlehensnehmer sie erfüllt.[38]

Nimmt der Investor Einfluss, handelt es sich um eine aktive Strategie. Hierbei kann nun unterschieden werden: Der Investor kann aktiv werden,

---

im Falle der *Kiekert AG* (vgl. *Kiekert AG*, BAnz v. 17.4.2008, Anh., V. 7) und der *Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA* (vgl. *Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA*, Ad-hoc-Mitteilung v. 1.9.2006 um 12:17; GB 2006, 2006, S. 108; Ad-hoc-Mitteilung v. 23.6.2008 um 17:15; siehe dazu *Carli/Rieder/Mückl*, ZIP 2010, 1737 [1740]).

35 *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 60 mit Fn. 19; vgl. auch BeckOK InsR/*Bruder/Martin*, 36. Ed. 15.7.2024, Länderberichte VI Rn. 222; siehe ferner *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 19 und 385 Fn. 99.

36 *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 58 f. — Nicht zu Unrecht für eine Beschränkung des Begriffes Loan-to-Own auf originärforderungsbasierte Übernahmen Jesch/Striegel/Boxberger/*Lürken/Egger/Hiemer*, RHdB. PE, 2. Aufl. 2020, § 29 Rn. 214 mit Fn. 334. Dann nämlich wäre ein Begriff wie originäres Loan-to-Own entbehrlich, um auszudrücken, dass weder Debt-based-Takeover noch Buy-Claims-to-Own gemeint sind. Es blieben drei trennscharfe Begriffe.

37 *Schalast/Daynes*, HfB – WPS No. 66, 2005, S. 25 f. Vgl. auch *Gilson*, Financial Analysts Journal 1995, Vol. 51, No. 6, 8 (11); *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 10; *Palenker*, ZIP 2020, 1109 (1110); *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 20 ff.

38 *Schalast/Daynes*, HfB – WPS No. 66, 2005, S. 25; *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 10; *Dörhöfer/Haufler*, HdB. Unternehmensrestrukturierung, 2. Aufl. 2018, 1455 (1471).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

um seine Aussicht auf eine Befriedigung und damit zugleich den Wert der Forderung zu erhöhen.[39] Er kann aber auch seinen Einfluss nutzen, um Kontrolle über den Darlehensnehmer zu erlangen, etwa um ihn zu übernehmen. Insofern ist Loan-to-Own eine aktive und kontrollorientierte Strategie.[40]

II. Loan-to-Own-Investoren

Auch strategische und politische Investoren nutzen forderungsbasierte Übernahmestrategien;[41] häufiger verfolgen diese Strategie jedoch Finanzinvestoren.[42] Beispielsweise dienten der Investmentbank *Goldman Sachs*[43] derivativ erworbene Darlehensforderungen zur Übernahme der *„Ihr Platz"*

39 Siehe zur aktiven Arbitrage-Strategie *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 10; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 60 f.

40 Siehe zu Loan-to-Own als aktive und kontrollorientierte Strategie *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 10; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 64 f. (dort auch zum Begriff des Active-Control-Investing). Siehe zu forderungsbasierten Übernahmen im Kontext des Hedgefondsaktivismus *Roe/Venezze*, 112 Mich. L. Rev. 59, 101 (2013); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 64 f. — Allgemeiner zu Hedgefondsaktivismus *Schmolke*, ZGR 2007, 701 (718); *Fleischer*, ZGR 2008, 185 (189); *P. Brandt*, Beteiligungstransparenz, 2020, S. 372.

41 Strategische Investoren wollen sich neue Märkte erschließen, Synergieeffekte durch eine Fusion erreichen oder Zugang zu Know-how erlangen. Siehe dazu näher *Bronger*, Debt Equity Swaps, 2019, S. 35; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 178 ff. — Siehe zur Differenzierung von Finanzinvestoren und strategischen Investoren abseits forderungsbasierter Übernahmen *Hanke/Socher*, NJW 2010, 664 f. — Siehe zu politisch motiviertem Loan-to-Own, insbesondere mit Blick auf die Aktivitäten Chinas, *Beissenhirtz*, ZInsO 2019, 525 (539); *C. G. Paulus*, ZRP 2020, 108 (110); *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 3.

42 *Himmelsbach/Achsnick*, NZI 2006, 561 (561); *Schäfer/Wüstemann*, ZIP 2014, 1757; *Florstedt*, ZIP 2015, 2345; *Bronger*, Debt Equity Swaps, 2019, S. 34; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 169; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 2. — Siehe zur Seltenheit strategisch motivierter forderungsbasierter Übernahmen in Deutschland *de Chapeaurouge/Hafner*, HdB. Unternehmensrestrukturierung, 2. Aufl. 2018, 845 (846); *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 33. — Siehe zu in den USA bekannt gewordenen Fällen *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 45; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 33, 443 ff. und 521 ff.

43 Siehe zur Bedeutung der Beteiligung von Investmentbanken als Fronting-Bank vor der kapitalanlagerechtlichen Liberalisierung des Kreditgeschäfts unten § 4. — Siehe zu oft beteiligten Investmentbanken *Siemon*, ZInsO 2014, 172 (176); *Bronger*, Debt Equity Swaps, 2019, S. 34 Fn. 24; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 174 Fn. 115; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

GmbH & Co. KG aus der Insolvenz.[44] Im Zuge der Restrukturierung der *Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA* setzte *Morgan Stanley* wirtschaftlich derivativ[45] erworbene Forderungen bei einem vorinsolvenzlichen Debt-Equity-Swap[46] ein. Der Hedgefonds *Lone Star*[47] nutzte derivativ erworbene Darlehensforderungen[48] zu einem vorinsolvenzlichen Debt-Equity-Swap der *Deutschen Steinzeug Cremer & Breuer AG*.[49] An der Übernahme der *Kunert AG* beteiligte sich die *Hardt Group Investments AG*, zu der die Londoner Private-Equity-Gesellschaft *Kingsbridge* gehörte.[50]

---

44 Siehe *o. V.*, NOZ v. 30.5.2005; *o. V.*, NWZonline v. 31.5.2005; *Dierig*, DIE WELT v. 30.9.2005; *bes*, FAZ v. 15.12.2005; *Schlautmann/HB*, Der Tagesspiegel v. 5.10.2007; *Carli/Rieder/Mückl*, ZIP 2010, 1737 (1739); *o. V.*, Focus Online v. 3.9.2013.

45 *Morgan Stanley* hatte die Forderungen derivativ erworben; bloß wurden sie durch ein Schuldanerkenntnis ersetzt, *Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA*, BAnz v. 5.7.2006, TOP 1 und TOP 1 Buchst. c.

46 *Morgan Stanley* leistete als Sacheinlage eine mit 10 % auf den Nominalwert bewertete (*Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA*, BAnz v. 5.7.2006, TOP 1 Buchst. c) Teilforderung in Höhe von rund 21,96 Mio. Euro; *dies.*, Ad-hoc-Mitteilung v. 1.9.2006 um 12:17.

47 Neben *Lone Star* beteiligten sich als Investoren auch die *Deutsche Bank*, *ELQ Investors*, *Goldman Sachs* und *BNP*, siehe *Deutsche Steinzeug Cremer & Breuer AG*, BAnz v. 31.3.2006, TOP I. 4. a). — Siehe näher zu Hedgefonds im Lichte forderungsbasierter Übernahmen *Schalast*, BKR 2006, 193 (195); *Bronger*, Debt Equity Swaps, 2019, S. 34 Fn. 23; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 170 ff.; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 40 ff.; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 29 ff.

48 Die Forderungen entstammten im Zeitraum von 1998–2001 mit der *IKB* geschlossenen Darlehensverträgen, *Deutsche Steinzeug Cremer & Breuer AG*, BAnz v. 31.3.2006, TOP IV. 6; sie wurden mit einem deutlichen, aber 40 % nicht erreichenden Abschlag auf den Nominalwert von rund 17,85 Mio. Euro gehandelt, *Deutsche Steinzeug Cremer & Breuer AG*, BAnz v. 31.3.2006, TOP IV. 6.

49 Die Hauptversammlung beschloss am 11.5.2006 das Kapital im Verhältnis sechs zu eins durch Zusammenlegung von Aktien herabzusetzen. Ferner wurde eine Sachkapitalerhöhung in Höhe von rund 12,3 Mio. Euro gegen Erlass der Forderungen (Nominalwert: 20,4 Mio. Euro) nach § 397 BGB und eine Barkapitalerhöhung in Höhe von rund 10,85 Mio. Euro beschlossen. Die neuen Aktien wurden zur Börse zugelassen. Erhobene Anfechtungsklagen wurden durch Vergleich vom 12.7.2006 erledigt. Dieser sah einen Überbezug von 1,2 Mio. Aktien für Streubesitzaktionäre vor; es kam zu einer über 19-fachen Überzeichnung. Siehe *Deutsche Steinzeug Cremer & Breuer AG*, Ad-hoc-Mitteilung v. 11.8.2006 um 8:45; BAnz v. 1.10.2007, Zusammengefasster Lagebericht.

50 Siehe *gj*, AG 2005, R439; *Hecking*, manager-magazin v. 31.5.2013. — Siehe zur Bestimmung des Private-Equity-Begriffes *Tasma*, Leveraged Buyout und Gläubigerschutz, 2012, S. 46. — Siehe zu forderungsbasierten Übernahmen im Lichte spezialisierter Private-Equity-Gesellschaften *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 34 ff.; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 30 f. — Nach *Palenker*, Loan-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Loan-to-Own auf Kosten der Gesellschafter

Für finanziell motivierte Investoren dürfte Loan-to-Own attraktiv sein; so werden als Zielrendite bis zu 25 % genannt.[51] Außer durch den Abschlag auf den Nominalwert der Forderung[52] könnte diese vergleichsweise[53] hohe Renditeerwartung auch durch Wertverschiebungen auf Kosten der Gesellschafter zu erklären sein,[54] was die Frage aufwirft, wie es dazu kommen kann (dazu 1.). Auch fragt es sich, ob eine Pflichtverletzung des Darlehensnehmers die Schutzwürdigkeit der Gesellschafter entfallen lässt (dazu 2.) und inwiefern Loan-to-Own eine Alternative zur Insolvenz ist (dazu 3.).

1. Wertverschiebung auf Kosten der Gesellschafter

Betreffend die Eigenkapitalgeber kommt es im Rahmen des Debt-Equity-Swaps zu einer Wertverschiebung, wenn die Zielgesellschaft unterbewertet

---

to-own, 2019, S. 170 f. sei eine trennscharfe Einordnung in die Kategorien Hedgefonds oder Private-Equity-Gesellschaft schwierig.

51 Siehe (20–25 %) *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 10; (25 %) *Siemon*, NZI 2014, 55 (58); *ders.*, 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.

52 Siehe zu den hohen Abschlägen auf den Nominalwert der Forderungen nach einer Verschlechterung des Ratings *Kestler*/*Striegel*/*Jesch*, NZI 2005, 417 (419); *Mückl*, FR 2009, 497 (498); *Aleth*/*Böhle*, DStR 2010, 1186; *Madaus*, Der Insolvenzplan, 2011, S. 25; *Florstedt*, ZIP 2015, 2345 (2346); *Bronger*, Debt Equity Swaps, 2019, S. 35 f. — Nach Thierhoff/Müller/*Ringelspacher*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 864 sei ein Abschlag von 40–50 % nicht ungewöhnlich. — Bei der forderungsbasierten Übernahme der *Deutsche Steinzeug Cremer & Breuer AG* wurden die Forderungen mit einem deutlichen, aber 40 % nicht erreichenden, Abschlag auf den Nominalwert gehandelt, siehe *Deutsche Steinzeug Cremer & Breuer AG*, BAnz v. 31.3.2006, TOP IV. 6.

53 Sowohl im Vergleich zu Investments in gesunde Unternehmen (*Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 176) als auch im Vergleich zu anderen Distressed-Investments (Buth/Hermanns/*Knecht*, RSI, 4. Aufl. 2014, § 19 Rn. 145) sei die Renditeerwartung höher. *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 10 zufolge betrage die Zielrendite bei einer passiven Distressed-Debt-Investment-Strategie 12–20 % und bei einer aktiven Arbitrage-Strategie 15–20 %.

54 Siehe zu Wertverschiebung als Teil der Strategie *Gilson*, Financial Analysts Journal 1995, Vol. 51, No. 6, 8 (11); *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und das Eigenkapital zu stark herabgesetzt wird.[55] Die Unterbilanz der Zielgesellschaft wird mitunter bloß partiell sein;[56] nahe liegt dies, insbesondere wenn der Zielgesellschaft erst infolge eines provozierten Kündigungsgrundes[57] die Zahlungsunfähigkeit droht.

Nur warum sollten die Gesellschafter eine übermäßige Kapitalherabsetzung beschließen? Erklären kann dies Cross-Voting[58] wie auch ein Informationsdefizit[59] der Gesellschafter. Auch kann es rational sein, an einer teilweisen Wertverschiebung mitzuwirken, wenn es andernfalls droht, das eingesetzte Kapital vollständig zu verlieren.[60] Einen Totalverlust haben die Gesellschafter zu befürchten, wenn es zu einem Insolvenzverfahren kommt.

---

55 *Kestler/Striegel/Jesch*, NZI 2005, 417 (422); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 175 und 259.

56 Von einer meist nur partiellen Unterbilanz ausgehend *Ekkenga*, ZGR 2009, 581 (606). Vgl. auch *Schülke*, DStR 2021, 621 (624 f.).

57 Siehe zum praktischen Vorkommen provozierter Covenantverstöße *C. G. Paulus*, ZRP 2018, 151 (152); *Beissenhirtz*, ZInsO 2019, 525 (539); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 43 f. und 78, insbesondere S. 238 mit Fn. 262 f., ferner noch S. 274 ff. und 512; *C. G. Paulus*, ZRP 2020, 108 (110); Thierhoff/Müller/*C. G. Paulus*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 594; siehe ferner mit Blick auf die USA *Robertson/Cicarella*, ABA Business Bankruptcy Newsletter January 2009, 1. Siehe dazu noch unten § 2 B. III. 2.

58 Für jene Eigenkapitalgeber, die anderweitig am Sanierungsgewinn beteiligt werden, oder die in größerem Umfang auch Fremdkapitalgeber sind, kann die isoliert betrachtet selbstschädigende Stimmabgabe im Ergebnis vorteilhaft sein (Cross-Voting). — Ein extremes Beispiel liefert das Insolvenzplanverfahren der *IVG Immobilien AG*: 56,93 % der Aktionäre stimmten für den vollständigen (!) Verlust ihrer Rechtsposition, siehe *IVG Immobilien AG*, Ad-hoc-Mitteilung v. 26.2.2014 um 10:01; *dies.*, Ad-hoc-Mitteilung v. 20.3.2014 um 17:14; *dies.*, BAnz v. 17.12.2014, Lagebericht, 8.1; vgl. dazu *LG Bonn*, Beschl. v. 10.7.2014 – 6 T 178/14, ZInsO 2015, 43 (44 f.); *Fölsing*, EWiR 2015, 125. Siehe dazu, dass dies durch Cross-Voting zu erklären ist, *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 211 f.

59 Kreditsichernde Informationsansprüche verschaffen einem Loan-to-Own-Investor einen Informationsvorsprung gegenüber Gesellschaftern, Klein- und Anleihegläubigern. Besteht für sie die Möglichkeit, Sanierungsbeiträge zu leisten, z. B. sich an einer Kapitalerhöhung zu beteiligen, können sie schlechter einschätzen, ob das für sie wirtschaftlich vorteilhaft ist. Näher dazu *Bücker/Petersen*, ZGR 2013, 802 (809); *Florstedt*, ZIP 2014, 1513 (1515); *ders.*, ZIP 2015, 2345 (2349); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 261.

60 Vgl. *Ekkenga*, ZGR 2009, 581 (606); *Löbbe*, Liber amicorum Winter, 2011, 423 (426); siehe zur Verhandlungsmacht der Investoren, da sie, im Falle günstigen Forderungserwerbs, auch noch bei einer Liquidation keine (großen) Verluste machten, *Krause*, Distressed M&A, 2. Aufl. 2016, 119 (122 f.); vgl. auch *C. G. Paulus*, ZIP 2019, 637 (643). — Siehe zu den Vorteilen einer insolvenzlichen Übernahme mit Blick auf §§ 109 ff. InsO *Bronger*, Debt Equity Swaps, 2019, S. 36 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zunächst können die Insolvenzkosten[61] den Residualanspruch der Gesellschafter aufzehren. Bei einem Planverfahren besteht für die Gesellschafter zudem die Gefahr, dass der Plan ihnen an sich noch zustehende Werte nicht zuweist und ein Angriff des Planes misslingt.[62]

Bei der Übernahme eines börsennotierten Unternehmens lässt sich durch einen Debt-Equity-Swap die Zahlung einer Kontrollprämie einsparen; denn mangels direkten Erwerbs der Aktien steigt deren Kurs nicht.[63] Sind die Aktien der Zielgesellschaft zum Handel an einem organisierten Markt zugelassen, findet das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz Anwendung, § 1 Abs. 1 WpÜG. Eine Kapitalherabsetzung auf null erledigt[64] die Börsenzulassung.[65] Damit entfällt die Anwendbarkeit des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes, und Pflichten, etwa zur Abgabe eines Angebots (§ 35 Abs. 2 WpÜG), können den Investor nicht mehr treffen.[66]

---

61 Siehe zu direkten und indirekten Insolvenzkosten, die eine außergerichtliche Sanierung vermeidet, *Madaus*, Der Insolvenzplan, 2011, S. 37 f.

62 Im Falle der *IVG Immobilien AG* wurde die Beschwerde gegen den Insolvenzplan wegen Schlechterstellung verworfen, *LG Bonn*, Beschl. v. 10.7.2014 – 6 T 178/14, ZInsO 2015, 43 f.; *IVG Immobilien AG*, BAnz v. 17.12.2014, Lagebericht, 8.1. Siehe dazu die zust. Anm. v. *Fölsing*, EWiR 2015, 125 (126), der gleichwohl konstatiert, dass es problematisch sei, dass nur die Gläubiger von dem Sanierungsgewinn profitierten; kritisch auch *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 293 ff. und 398. Auch die Klagen auf Ausgleichszahlung wegen einer Schlechterstellung infolge fehlerhafter Vergleichsrechnung hatten keinen Erfolg, siehe *LG Bonn*, Urt. v. 16.6.2016 – 14 O 103/14, BeckRS 2016, 133394; *OLG Köln*, Beschl. v. 15.2.2017 – 18 U 107/16, BeckRS 2017, 155282. — Siehe zu möglichen Wertverschiebungen im Falle der *IVG Immobilien AG Bayer*, manager-magazin.de v. 6.3.2014.

63 *Florstedt*, ZIP 2015, 2345 (2351 f.); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 511.

64 *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 8.3.2006 – 20 W 5/05, AG 2006, 420 (428); *Reger/Stenzel*, NZG 2009, 1210 (1213); *Pleister/Kindler*, ZIP 2010, 503 (507); *Sethe*, ZIP 2010, 1825 (1828); ausführlich *Bronger*, Debt Equity Swaps, 2019, S. 172 ff.; Ekkenga/*ders.*, HdB. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 15 Rn. 82; im Ergebnis auch *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 408 Fn. 489 und S. 421 Fn. 553; Schwark/Zimmer/*Heidelbach*, KMRK, 5. Aufl. 2020, BörsG § 39 Rn. 42 Fn. 168 m. w. N. — Dogmatisch ist dies m. E. als Wegfall des Regelungsobjekts – eine Fallgruppe der Erledigung auf andere Weise gemäß § 43 Abs. 2 Var. 5 VwVfG – einzuordnen. Siehe allgemein zu dieser Fallgruppe *BVerwG*, Urt. v. 9.5.2012 – 6 C 3/11, BVerwGE 143, 87 (91 f. Rn. 19 f.); Stelkens/Bonk/Sachs/*ders.*, VwVfG, 10. Aufl. 2023, VwVfG § 43 Rn. 212; BeckOK VwVfG/*Schemmer*, 64. Ed. 1.7.2024, VwVfG § 43 Rn. 51.

65 Siehe zur Einordnung der Kapitalherabsetzung auf null als einen Fall kalten Delistings *Reger/Stenzel*, NZG 2009, 1210 (1213); *Pleister/Kindler*, ZIP 2010, 503 (507); *Bronger*, Debt Equity Swaps, 2019, S. 175; MüKoAktG/*Bayer*, Bd. 1, 6. Aufl. 2024, WpHG § 33 Rn. 34 Fn. 125.

66 Siehe ausführlicher dazu und auch zum wohl häufig erfolgreichen Befreiungsantrag gemäß § 37 Abs. 1 und 2 WpÜG i. V. m. § 9 Satz 1 Nr. 3 WpÜG-AV *Palenker*, Loan-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Fehlende Schutzwürdigkeit der Gesellschafter aufgrund einer Pflichtverletzung des Darlehensnehmers?

Hinsichtlich der Wertverschiebungen auf Kosten der Gesellschafter negieren manche deren Schutzwürdigkeit, da der Darlehensnehmer seine vertraglichen Pflichten verletze.[67]

Ist der Kredit ausgefallen und der Darlehensnehmer materiell insolvent, mag dies einen Eingriff in die Anteilsrechte an der Zielgesellschaft rechtfertigen, vgl. § 225a Abs. 2, § 245 Abs. 3, § 246a InsO.[68] Warum jedoch eine Pflichtverletzung des Darlehensnehmers rechtfertigen soll, dass den Gesellschaftern der ihnen an sich zustehende Residualanspruch entzogen wird, leuchtet nicht ein. Das Argument fehlender Schutzwürdigkeit überzeugt insbesondere dann nicht, wenn ein Investor einen ausfallgefährdeten Kredit[69] erwirbt und sodann den Eintritt eines Kündigungsgrundes zwecks Übernahme provoziert.[70]

---

to-own, 2019, S. 408 f. — Im Falle der versuchten forderungsbasierten Übernahme der *RINOL AG* befreite die *BaFin* von der Angebotspflicht (*RINOL AG*, Ad-hoc-Mitteilung v. 2.9.2005 um 17:34). — Im Falle der *Kunert AG* verhielt es sich ebenso, siehe *Kunert AG*, Ad-hoc-Mitteilung v. 20.2.2009 um 17:22; *Ahlers/Grimm*, AG 2010, R128 (R129). — Nicht anders war es bei der *SolarWorld AG*, siehe *BaFin*, Befreiungsbescheid in Bezug auf die SolarWorld AG v. 21.1.2014; siehe dazu *Florstedt*, ZIP 2015, 2345 (2348 Fn. 42); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 428 Fn. 580. — Vgl. zu diesem Aspekt des Loan-to-Own auch *C. G. Paulus*, Große Pleiten, 2023, S. 54.

67 *Spliedt*, GmbHR 2012, 462 (470); *Stainer*, Loan-to-own, 2020, S. 246 f.

68 Siehe dazu, dass diese Regelungen in die Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG eingreifen und daher in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig sind, *Brinkmann*, WM 2011, 97 (100); *Madaus*, ZGR 2011, 749 (761 ff.); *Stöber*, ZInsO 2012, 1811 (1818 f.); *ders.*, ZInsO 2013, 2457 (2459 f.); *Madaus*, ZIP 2014, 500 (504 f.); *ders.*, Unternehmensrestrukturierung im Umbruch?!, 2017, 43 (66 f.); *Jacoby/Madaus/Sack* et al., ESUG – Evaluierung, 2019, S. 170 f.; *Madaus*, DB 2019, 592 (597 f.). — Keine verfassungsrechtlichen Bedenken haben *Jaffé/Friedrich*, ZIP 2008, 1849 (1854); *Bitter*, ZGR 2010, 147 (191 ff.); *Eidenmüller*, ZIP 2010, 649 (657); *Verse*, ZGR 2010, 299 (317 ff.); *Haas*, NZG 2012, 961 (963).

69 Wie verbreitet es ist, dass Loan-to-Own-Investoren Kredite bereits zu einem Zeitpunkt erwerben, zu dem der Darlehensnehmer noch keinen Covenant verletzt hat, kann hier nicht beurteilt werden. Nach *Allert*, Modernes Sanierungsmanagement, 5. Aufl. 2017, 571 (574) komme dies „in zunehmendem Maße" vor und *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 78 meint, dies sei „häufig".

70 Auf die Gefahr, dass Finanzinvestoren zwecks Übernahme die Kündbarkeit provozierten, hinweisend *AKr InsW Köln e. V.*, Stellungnahme zu ESUG, unter 4; darauf bezugnehmend *Pühl*, Debt Equity Swap, 2016, S. 280 f. — Die Provokation eines Kündigungsgrundes, um eine Übernahme zu erzwingen, komme in der Praxis vor, *C. G. Paulus*, ZRP 2018, 151 (152); *Beissenhirtz*, ZInsO 2019, 525 (539); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 43 f. und 78, insbesondere S. 238 mit Fn. 262 f., ferner

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Loan-to-Own als Alternative zur Insolvenz?

Andere konstatieren Wertverschiebungen und schließen auch Missbrauch nicht aus,[71] meinen jedoch, die Vorteile überwögen,[72] da andernfalls die Insolvenz drohte.[73] Dank des Loan-to-Own-Investors komme es „letztlich zu einer wertmaximierenden Verwertung des Schuldnervermögens im Interesse aller."[74]

Diese Argumentation insinuiert, es würden vorwiegend heruntergewirtschaftete Unternehmen zum Übernahmeziel. Bei diesen Unternehmen mag in der Tat die Insolvenz die Alternative zum Debt-Equity-Swap sein. Beruht der Kündigungsgrund jedoch darauf, dass der Schuldner infolge eines externen Effekts (z. B. einer Pandemie oder Preissprüngen aufgrund eines Krieges) Finanzkennzahlen verletzt hat, kann sich dessen finanzielle Situation mit dem Abklingen dieses Effekts wieder stabilisieren. Dann ist nicht die Insolvenz, sondern der Turnaround die Alternative zum Debt-Equity-Swap.

---

noch S. 274 ff. und 512; *C. G. Paulus*, ZRP 2020, 108 (110); Thierhoff/Müller/*C. G. Paulus*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 594. — Siehe mit Blick auf die USA *Robertson/Cicarella*, ABA Business Bankruptcy Newsletter January 2009, 1. — Siehe zur erhöhten Gefahr der Provokation eines Covenantverstoßes mit Blick auf ermessensabhängige kreditsichernde Informationsansprüche unten § 6 D. I. 2. b) bb) bbb).

71 Wertverschiebungen konstatierend *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 10. — *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 8 verzeichnet am deutschen Markt lediglich „*kein breites* Aufkommen gezielt taktisch disruptiver, aktivistischer Distressed-Debt-Investitionsstrategien" und sieht auch nur *keine „weitreichende*[*n*], Loan-to-Own spezifische[n] Missbrauchspotenziale zulasten einzelner Beteiligter". Hervorhebung des Verfassers. — Dagegen Missbrauchsgefahren für bloß theoretisch erachtend *P. Schulz*, Debt Equity Swap, 2015, S. 133.

72 *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 10; *Franke*, Debt Equity Swaps, 2011, S. 63; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 8. — Nach *Verse*, ZGR 2010, 299 (308 und 317 ff.) trügen die Rechtsschutzmöglichkeiten im Insolvenzplanverfahren Missbrauchsgefahren genügend Rechnung.

73 *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 10.

74 *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 8. — Dabei konstatiert er selbst, dass auch bislang krisenferne Schuldner über strenge Covenants (trip wires) stolperten und damit dem Einfluss der Loan-to-Own-Investoren ausgesetzt würden (*ders*., Loan-to-Own, 2022, S. 74 f.) und weiter, dass covenantgestützte Kündigungsrechte ein Drohpotenzial vermittelten, das „faktisch deutlich über das vertraglich vorgesehene Maß hinausgeh[e]" (*ders*., Loan-to-Own, 2022, S. 77).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dabei dürfte es sich um keine seltene Ausnahme handeln; denn Loan-to-Own-Investoren interessieren sich für im Kern gesunde Unternehmen.[75] Insofern gelten Unternehmen als prädestiniert für eine forderungsbasierte Übernahme, die operativ positiv arbeiten (kein Economic-Distress), aber sich dennoch in finanziellen Schwierigkeiten befinden (Financial-Distress), sodass es lediglich einer bilanziellen Restrukturierung bedarf.[76]

Zu einem nur finanziellen Fehlschlag kann es kommen, wenn ein hoher Verschuldungsgrad[77] (etwa nach einem Leveraged-Buyout)[78] mit unternehmensexternen Umständen wie den zuvor genannten zusammentrifft.[79] Ein hoher Verschuldungsgrad bringt eine hohe Zins- und Tilgungslast mit sich;

75 *Löbbe*, Liber amicorum Winter, 2011, 423 (425). Siehe auch *Reifert/Meiners*, Financial Restructuring, 2011, 107 (115): Loan-to-Own biete Investoren die Möglichkeit, operativ gesunde Unternehmen und sonst nur schwer oder teuer akquirierbare Unternehmen zu erwerben. Siehe auch *Howard Marks* – Direktor und Kovorsitzender des Distressed-Debt-Investors *Oaktree* – in *Smith*, AFR v. 11.11.2016: „Our mantra is good company, bad balance sheet. We want to find good companies with balance sheets that become over-leveraged where we can get in … the company doesn't need fixing, just the balance sheet needs fixing". Siehe auch *C. G. Paulus*, Große Pleiten, 2023, S. 54: „attraktive, aber mit Zahlungsschwierigkeiten kämpfende Zielgesellschaft". — Insofern erscheint fraglich, ob das Bild von der Übernahme maroder Unternehmen zutrifft. — Dahingehend jedoch KöKo AktG/*Ekkenga*, Bd. 4/1, 3. Aufl. 2017–2020, AktG § 183 Rn. 78.

76 *Carli/Rieder/Mückl*, ZIP 2010, 1737 (1738); *Siemon*, ZInsO 2014, 172 (176); *Baird*, 165 U. Pa. L. Rev. 785, 795 (2017); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 154; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 39.

77 *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 70. — Siehe zum Erfordernis eines hohen Verschuldungsgrades der Zielschuldnerin aus finanzierungstheoretischer Sicht *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 18 ff. Siehe auch die Studie von *Jostarndt*, SBR 2009, 84 – zu dieser Studie *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 21 mit Fn. 70.

78 Siehe zum Leveraged-Buyout allgemein *Tasma*, Leveraged Buyout und Gläubigerschutz, 2012, S. 11 ff. — Siehe zum Befund, dass einer forderungsbasierten Übernahme oft ein Leveraged-Buyout vorausgeht, *Carli/Rieder/Mückl*, ZIP 2010, 1737 (1738 Fn. 5); *Meiners/Reifert*, Financial Restructuring, 2011, 24 (25); *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 77; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 38 ff. — So kam es etwa im Falle der *Kiekert AG* nach einem Leveraged-Buyout im Jahre 2000 (*Kiekert AG*, Ad-hoc-Mitteilung v. 7.6.2000 um 7:43) sechs Jahre später zur forderungsbasierten Übernahme (siehe dazu unten § 2 C. II a. E.). — Siehe zum Leveraged-Buyout als Krisenursache *Madaus*, Der Insolvenzplan, 2011, S. 10; *Siemon*, ZInsO 2013, 1549 ff. — Eine hohe Eigenkapitalquote prädestiniert eine Gesellschaft für einen Leveraged-Buyout, *Blome-Drees/Rang*, Private Equity-Investitionen in deutsche Unternehmen, 2006, S. 35.

79 *Eidenmüller*, ZIP 2007, 1729 (1731); *Westpfahl*, ZGR 2010, 385 (393); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 154.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

diese zehrt an der Liquidität, was in der Krise[80] wie ein Katalysator wirkt.[81] — Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass verbreitet kritisch auf Loan-to-Own geblickt und vor Missbrauch gewarnt wird.[82]

---

80 Der Begriff der Krise wird in dieser Arbeit eher weit verstanden und umfasst auch den Zeitraum deutlich vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit. Siehe zu den unterschiedlich weiten Definitionen des Krisenbegriffes Knops/Bamberger/Lieser/*Riegel*, Recht der Sanierungsfinanzierung, 2. Aufl. 2019, § 3 Rn. 9 ff.; Runkel/J. M. Schmidt/*Hoffmann*, Anw.-HdB. InsR, 4. Aufl. 2022, § 12 Rn. 2.

81 *Carli/Rieder/Mückl*, ZIP 2010, 1737 f.; *Bronger*, Debt Equity Swaps, 2019, S. 32.

82 Allgemein betreffend Claims-Trading meint *Bachner*, DNotZ 2008, 644 (649), dass zwischen einem Business-Angel und einer Heuschrecke ein schmaler Grat verlaufe und erinnert an die Option, Kreditverkäufe an Nicht-Banken zu verbieten. — *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 412 f. meint, dass das Vorgehen von Finanzinvestoren „zwar nicht immer ein eklatanter Missbrauch" sein müsse, doch „die Schuldnerinteressen in jedem Fall gefährdet" würden. — Loan-to-Own-Investoren gingen anderen Stakeholdern gegenüber rücksichtslos vor, Thierhoff/Müller/*Dorn/Jäger/Schulte*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 3 Rn. 51 f. — Interessenkonflikte seien evident, Knops/Bamberger/Lieser/*Weitzmann*, Recht der Sanierungsfinanzierung, 2. Aufl. 2019, § 40 Rn. 2; kritisch auch *Weitzmann*, ZInsO 2022, 447 ff.; HambKo-InsR/*Pannen/Weitzmann*, 10. Aufl. 2024, InsO Anh. § 1 Rn. 11 ff. Die Situation gleiche mitunter „einem bellum omnium contra omnes", *Weitzmann*, ZInsO 2017, 2491 (2492). — Sanierungsverfahren zu nutzen, um die Anteilseigner herauszudrängen, als Missbrauch bewertend Smid/*ders./Rattunde*, InsO, 2. Aufl. 2001, InsO § 221 Rn. 16. — Mit Blick auf das ESUG warnt *Noack*, AG 2009, 227 (228) vor Wertverschiebungen und *Urlaub*, ZIP 2011, 1040 (1044) vor feindlichen Übernahmen; eher kritisch auch *K. Schmidt*, ZIP 2012, 2085 (2087). Erleichterungen durch das ESUG als Einladung zum Missbrauch ansehend *H.-F. Müller*, KSzW 2013, 65 (69). — Vor dem Hintergrund von *Suhrkamp* auf Missbrauchsgefahren hinweisend *Brünkmans/Uebele*, ZInsO 2014, 265 (266 f.); *Suhrkamp* als Einladung für missbräuchliches Loan-to-Own ansehend *Möhlenkamp*, BB 2013, 2828 (2830 ff.). — Forderungsbasierte Übernahmen seien „nicht wünschenswert", *Brinkmann*, ZIP 2014, 197 (202); siehe auch *ders.*, WM 2017, 1033 ff.; *ders.*, NZI-Beil. 2019, 27. — Bezüglich der Streitfrage, ob neben der Planvorbereitung ein M&A-Prozess durchzuführen sei, meinend, dass der Schutz der Gesellschafter und sonstigen Gläubiger gerade bei Loan-to-Own-Investoren einen frühzeitigen und transparenten M&A-Prozess erfordere, Römermann/*Rühle*, InsR, 49. EL Januar 2024, InsO § 253 Rn. 20 a. E. — Missbrauchsgefahr könne nicht von der Hand gewiesen werden, *Pühl*, Debt Equity Swap, 2016, S. 290. — Davor warnend, dass Loan-to-Own-Investoren Verfahren missbrauchten, um Gesellschafter herauszudrängen, *Siemon*, NZI 2014, 55 (59); *ders.*, ZInsO 2014, 172 (176 ff.); *Florstedt*, ZIP 2015, 2345; *Haas/Göb*, NZI 2020, 200 (201); *Proske/Streit*, NZI 2020, 969 (970); wohl auch *Smid*, ZInsO 2020, 266 (274); *Schülke*, DStR 2021, 621 (624 f.); HambKo-InsR/*Frind*, 10. Aufl. 2024, InsO § 56 Rn. 101. — Loan-to-Own-Investoren setzten Forderungen, insbesondere kreditsichernde Nebenrechte, als Waffe ein, um Schuldner in die Insolvenz zu treiben – das Ziel dahinter sei, den Schuldner günstig zu übernehmen, *Beissenhirtz*, ZInsO 2016, 1778 (1784 f.); *C. G. Paulus*, ZRP 2018, 151 (152); *Beissenhirtz*, ZInsO 2019, 525 (539); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 43 ff.; *C. G. Paulus*, NZI 2020,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Loan-to-Own als forderungsherrschaftsbasierte Übernahme

Derjenige, der seinen Willen einem Unternehmen in wesentlichen personal-, geschäfts- und unternehmenspolitischen Fragen aufdrängen kann, beherrscht es.[83] Entscheidungshoheit über diese Fragen können Stimmrechte aus Eigenkapital (eigenkapitalbasierte Herrschaft / Beteiligungsherrschaft)

659 (661 Fn. 13); *ders.*, ZRP 2020, 108 (110); *C. G. Paulus/Palenker*, WM 2020, 1181 ff.; *C. G. Paulus*, ZRI 2022, 45 (49 f.); Thierhoff/Müller/*C. G. Paulus*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 594. In diesem Zusammenhang von einem großen Missbrauchspotenzial sprechend und insofern auch kritisch zum Restrukturierungsplan BeckOGK AktG/*Servatius*, 1.6.2024, AktG § 182 Rn. 96.1 f. — Dem StaRUG ein „gewisses Missbrauchspotenzial" attestierend *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 346. — Vgl. auch die Beschreibung von *de Chapeaurouge/Hafner*, HdB. Unternehmensrestrukturierung, 2. Aufl. 2018, 845 (846 Fn. 1), die sich jedoch ausdrücklich einer Wertung enthalten.

83 Wie Herrschaft zu definieren ist, wird insbesondere mit Blick auf den Abhängigkeitstatbestand des § 17 Abs. 1 AktG diskutiert. Auf die entsprechenden Definitionen kann zurückgegriffen werden: Das herrschende Unternehmen müsse in der Lage sein, seinen Willen gegenüber dem anderen durchzusetzen, *RG*, Urt. v. 21.4.1941 – II 128/40, RGZ 167, 40 (49) zu § 15 Abs. 2 AktG a. F. — Das abhängige Unternehmen dürfe sich der Möglichkeit des herrschenden, seine Geschäfts- und Personalpolitik zu beeinflussen, nicht entziehen können, *BGH*, Beschl. v. 19.1.1993 – KVR 32/91, BGHZ 121, 137 (146); vgl. auch *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 7.5.2008 – VI-Kart 1/07 (V), AG 2008, 859 (860). — Das herrschende Unternehmen müsse über fortdauernde und organisatorisch abgesicherte Mittel verfügen, die es ihm erlaubten, seinen Willen dem abhängigen aufzuzwingen, *KG*, Urt. v. 1.8.2000 – 14 U 9216/98, AG 2001, 529 (530). Alternativ dazu ausreichen lassend, wenn das herrschende Unternehmen imstande sei, auf längere Sicht Konsequenzen für das abhängige herbeizuführen, falls dieses seinem Willen nicht nachkomme, *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 22.7.1993 – 6 U 84/92, AG 1994, 36 (37); *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 11.12.2003 – 12 W 11/02, NZG 2004, 334 f.; *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 8.11.2004 – I-19 W 9/03 AktE, NZG 2005, 1012 (1013); *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 23.2.2021 – 21 W 134/20, NZG 2021, 777 (779 Rn. 27); vgl. auch *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 8.7.2003 – 19 W 6/00 AktE, AG 2003, 688 (689); (jederzeitige Durchsetzbarkeit des Einflusses sei entbehrlich) *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 1.12.2008 – 20 W 12/08, AG 2009, 204 (205). — Siehe auch Emmerich/Habersack/*Emmerich*, Aktien- u. GmbH-KonzernR, 10. Aufl. 2022, AktG § 17 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vermitteln, aber auch die Rechte eines Fremdkapitalgebers (fremdkapitalbasierte Herrschaft / Forderungsherrschaft).[84]

Forderungsherrschaft als die Macht, die materielle Insolvenz des Schuldners auszulösen,[85] bildet die Grundlage, um die Mitwirkung der Gesellschafter des Schuldners an einer vorinsolvenzlichen Übernahme oder anderen Maßnahmen zu erzwingen.[86] Insofern ist Loan-to-Own die Übernahme eines Unternehmens auf Basis derivativ erworbener Forderungsherrschaft. Mit dem Krediterwerb bezweckt ein Loan-to-Own-Investor insbesondere auch, Forderungsherrschaft zu erlangen. Vom Standpunkt des Darlehensnehmers aus betrachtet, ändert sich für ihn mit der Kreditübertragung daher nicht bloß, an wen er zahlen muss, sondern auch, wer Forderungsherrschaft über ihn erlangen kann.

Forderungsherrschaft vermitteln allein schon die Zins- und Rückzahlungsforderungen, wenn der Kredit gekündigt ist und die Fälligstellung der Forderungen die Zahlungsunfähigkeit des Darlehensnehmers auslöst. In diesem Fall versetzt einen Loan-to-Own-Investor bereits der Erwerb dieser Forderungen in die Lage, den Gesellschaftern des Darlehensnehmers mit der Herbeiführung der Insolvenz zu drohen, falls sie nicht an einer vorinsolvenzlichen Übernahme mitwirken.

Bei einem ungekündigten Kredit erwächst allein aus diesen Forderungen dagegen noch keine Herrschaft; dann kommt den in Kreditauflagen (sog. Covenants) vereinbarten Kündigungs- und Kontrollrechten des Dar-

84 Die im Haupttext verwendeten Begriffe *eigenkapitalbasierte Herrschaft* und *fremdkapitalbasierte Herrschaft* sowie der verwandte Ausdruck *fremdkapitalbasierte Übernahme* dürfen wörtlich verstanden werden. — Der Ausdruck *eigenkapitalbasierte Übernahme* kann allerdings in die Irre leiten, da Eigenkapital nicht die Basis, sondern der Gegenstand der Übernahme ist. Dieser Ausdruck steht für die konventionelle Form derivativen Beteiligungserwerbs auf Grundlage eines Kaufvertrages und findet wohl nur als Gegenbegriff zur fremdkapitalbasierten Übernahme Verwendung; so scheint er bloß im Kontext des Loan-to-Own gebraucht zu werden, vgl. *Charltons*, M&A in China, 2009, S. 4 ff., 10, 21, 23 f., 26 ff. und 33; *Harner*, 89 Wash. U. L. Rev. 155, 156, 160, 170 f., 175 ff., 182, 193, 197, 199 und 206 (2011); *Florstedt*, ZIP 2015, 2345 (2352); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 103, 142, 448 und 502 f.; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 65. So findet sich der Ausdruck *eigenkapitalbasiert* etwa nicht in den folgenden Handbüchern zum Unternehmenskauf: Müller-Stewens/Kunisch/Binder, M&A, 2. Aufl. 2016, passim; Berens/Brauner/Knauer/Strauch, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 8. Aufl. 2019, passim.

85 Der Ausdruck Forderungsherrschaft scheint bislang noch keine Verwendung zu finden. — Siehe der Sache nach *G. Hoffmann*, WM 2012, 10 (11) – er spricht von der „Macht, mit der Fälligstellung des Kredits die Insolvenz eines Krisenunternehmens auslösen zu können".

86 Vgl. zu den Einflussnahmemöglichkeiten *G. Hoffmann*, WM 2012, 10 (11).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lehensgebers (dazu I.) „Schlüsselfunktion“[87] zu. Das an einen Covenantverstoß anknüpfende Kündigungsrecht kann ein Loan-to-Own-Investor als Druckmittel zur Durchsetzung der Übernahme einsetzen (dazu II.). Aus Investorensicht kann es jedoch gerade bei einem leichteren Covenantverstoß geschickter sein, nicht sogleich einen Debt-Equity-Swap zu fordern. Vielmehr bietet es sich an, zunächst weniger einschneidende Maßnahmen durchzusetzen, die den Einfluss des Investors steigern und die spätere Übernahme vorbereiten. Solchen Vorbereitungsmaßnahmen könnte allerdings mittelbar-faktisch das Recht der Gesellschafterdarlehen Grenzen setzen (dazu III.). Hat der Investor Forderungsherrschaft erlangt und sind die Gesellschafter des Darlehensnehmers kooperationsbereit, kann die vorinsolvenzliche Übernahme umgesetzt werden (dazu IV.).

I. Covenants im Überblick

Die vertraglich vorausgesetzten Zwecke von Kreditauflagen (sog. Covenants) bestehen darin, Kreditrisiken aufzudecken oder auch zu senken (dazu 1.); welcher dieser Zwecke im Vordergrund steht, hängt dabei von der Art des Covenants (dazu 2.) ab.

1. Hintergrund und Zwecke von Covenants

Als atypische Sicherheit[88] sollen Covenants die Gefahr eines Kreditausfalles reduzieren und den Kreditgeber frühzeitig[89] warnen, wenn das Ausfallrisiko steigt.[90] Ganz ohne Covenants dürfte eine Bank oft schon kein Darlehen

87 Covenants „Schlüsselfunktion“ beimessend *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 79.

88 Siehe zur Einordnung von Kreditauflagen als atypische Sicherheit *Thießen*, ZBB 1996, 19 (20); *Majic*, Covenants, 2013, S. 12; Ellenberger/Bunte/*Merkel*/*Richrath*, BankR-HdB., Bd. 2, 6. Aufl. 2022, § 77 Rn. 175. — Nachdrücklich gegen die Bezeichnung von Financial-Covenants als (Ersatz-)Sicherheiten *Ringelspacher*, Modernes Sanierungsmanagement, 5. Aufl. 2017, 289 (295).

89 Nach *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung, 1999, S. 142 ff. dürfte die Funktion von Covenants als „Frühwarnsystem“ deren größter Vorteil sein. — Siehe auch *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 251.

90 Siehe allgemein zu Kreditauflagen in Kapitalüberlassungsverträgen *Thurow*, BC 2011, 545; *Bochmann*, Covenants, 2012, S. 14 ff.; *Majic*, Covenants, 2013, S. 13 ff.; Gottwald/Haas/*Drukarczyk*/*Schöntag*, InsR-HdB., 6. Aufl. 2020, § 3 Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gewähren, da sie aufgrund aufsichtsrechtlicher Vorschriften[91] verpflichtet sein kann, die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers dauerhaft zu überwachen.

Vor diesem Hintergrund sind Covenants nichts Ungewöhnliches.[92] Allerdings gehen die üblicherweise vereinbarten Covenants weit über das aufsichtsrechtlich vorgegebene Mindestmaß hinaus.[93] So kann ein Kreditgeber durch ein Geflecht restriktiver Covenants dem Darlehensnehmer seinen Willen in wesentlichen unternehmensbezogenen Fragen aufdrängen.[94] Insofern könnte der Umstand, dass einer forderungsbasierten Übernahme nicht selten ein Leveraged-Buyout vorausgeht, nicht nur an dem hohen Verschuldungsgrad nach einem solchen Buyout liegen,[95] sondern auch mit den bei einer Leveraged-Buyout-Finanzierung vergleichsweise restriktiven Covenants[96] zusammenhängen.

2. Arten von Covenants

Covenants können ihrer Art nach unterteilt werden in Financial-Covenants (dazu a)), General-Covenants (dazu b)) und Information-Covenants (dazu c)).

---

91 Beispielsweise darf nach § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 KWG ein Kreditinstitut einen Kredit, der insgesamt 750.000 Euro überschreitet, nur gewähren, wenn es sich von dem Kreditnehmer die wirtschaftlichen Verhältnisse offenlegen lässt. — Näher dazu Fischer/Schulte-Mattler/*Bock*, KWG, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, KWG § 18 Rn. 1 ff.

92 Vgl. *C. G. Paulus*, ZRI 2022, 45 (50); *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 75 Fn. 277.

93 *C. G. Paulus*, ZRI 2022, 45 (49); *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 75.

94 Siehe zur Gläubigerkontrolle kraft Covenants im Kontext forderungsbasierter Übernahmen *Servatius*, Covenants, 2008, S. 23; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 235 ff.; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 75. — Vgl. zur weitreichenden Einflussnahme auf die Geschäftsführung bis hin zu deren faktischer Übernahme Buth/Hermanns/*Knecht/Haghani*, RSI, 4. Aufl. 2014, § 18 Rn. 89 ff.

95 Siehe dazu oben § 2 B. III. 3.

96 Vgl. *M. Kästle*, Covenants, 2003, S. 42 und 46 ff., siehe auch S. 239 ff., wo die Covenants eines Original-Kreditvertrages zur Finanzierung eines Leveraged-Buyouts betreffend einen deutschen Mittelständler abgedruckt sind. Siehe ferner *G. Hoffmann*, ZBB 2007, 413 f.; *Servatius*, Covenants, 2008, S. 36 f.; speziell betreffend Leveraged-Buyouts *Budde*, ZInsO 2010, 2251 (2253); siehe ferner *Majic*, Covenants, 2013, S. 14. — Siehe zum gesellschaftsrechtlichen Hintergrund betreffend die Besicherung einer Leveraged-Buyout-Finanzierung *Koppensteiner*, ZHR 155 (1991), 97 (104 ff.); *Becker*, DStR 1998, 1429 (1430 ff.); *Servatius*, Covenants, 2008, S. 36; *Majic*, Covenants, 2013, S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Financial-Covenants

Financial-Covenants verpflichten den Darlehensnehmer, bestimmte Finanzkennzahlen einzuhalten, etwa zum Grad der Verschuldung oder der Zinsdeckung.[97] Von diesen sind Non-financial-Covenants, die in General- und Information-Covenants[98] unterteilt werden können, abzugrenzen.[99]

b) General-Covenants

General-Covenants legen dem Darlehensnehmer auf die Unternehmenspolitik bezogene Verhaltenspflichten auf. Sie können danach unterschieden werden, ob sie ihn zu einem Unterlassen (negative Covenants) oder zu einem Tun (positive/affirmative Covenants) verpflichten.[100]

97 *Bochmann*, Covenants, 2012, S. 17 ff.; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 240 f.; Gottwald/Haas/*Drukarczyk/Schöntag*, InsR-HdB., 6. Aufl. 2020, § 3 Rn. 19; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Kampshoff/Lieth/Urban-Crell* et al., InsO, 4. Aufl. 2020, Anh. VII Rn. 106; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 252 ff.; Ellenberger/Bunte/*Merkel/Richrath*, BankR-HdB., Bd. 2, 6. Aufl. 2022, § 77 Rn. 174; *Bales*, ZInsO 2023, 3 (18 f.); Hopt/*ders.*, HGB, 43. Aufl. 2024, (7) Bankgeschäfte Rn. H/7. — Aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Thurow*, BC 2011, 545. — Vgl. auch betreffend einzuhaltende Finanzrelationen und Ratings § 9 Buchst. B und C des Musterschuldscheindarlehensvertrages von GDV/*Kemter/Ockenga*, Kreditleitfaden für Solvency II-Versicherer, 3. Aufl. 2022, S. 23 f. mit Erläuterungen auf S. 10 ff.

98 Anstelle von Covenants wird auch von Undertakings gesprochen. So heißt es beispielsweise bei *Inspired Entertainment Inc.* et al., FA, 2019: „Information and Accounting Undertaking" (Klausel 25, S. 182) und „Financial Covenants" (Klausel 26, S. 190).

99 *M. Renner/D. Schmidt*, ZHR 180 (2016), 522 (526 mit Fn. 21).

100 *Engert*, ZGR 2012, 835 (841); *Majic*, Covenants, 2013, S. 21; *M. Renner/D. Schmidt*, ZHR 180 (2016), 522 (527); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 237 ff.; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 73.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Typische[101] Unterlassungspflichten beschränken den Darlehensnehmer darin, weitere Darlehen aufzunehmen,[102] Sicherheiten zugunsten eigener oder fremder Gläubiger, etwa deren der Konzerngesellschaften, zu stellen,[103] Vermögensgegenstände außerhalb der regulären Geschäftstätigkeit zu veräußern,[104] Unternehmen zu gründen, zu akquirieren oder sonstige substanzielle Veränderungen vorzunehmen.[105]

---

101 Von maßgeschneiderten Covenants (so noch *Thießen*, ZBB 1996, 19 [30]) kann angesichts des Standards, den die *LMA* auf dem deutschen Markt etabliert hat, nicht mehr ausgegangen werden: Gegründet wurde die *LMA* im Jahre 1996. Deren Verbandszweck besteht in erster Linie darin, den primären und sekundären Konsortialkreditmarkt zu fördern (https://www.lma.eu.com/about-us). Dazu gibt sie Muster heraus, um die Dokumentation zu standardisieren (https://www.lma.eu.com/documents-guidelines/documents). — Tatsächlich hat sie auf dem internationalen Markt für Unternehmenskredite einen Standard etabliert, und ihre Muster kommen mittlerweile auch bei rein nationalen Konsortialkrediten oberhalb des Mittelstandssegments zum Einsatz. Siehe *Schnauder*, NJOZ 2010, 1663 f.; *Metze/Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 (117); *M. Renner/Leidinger*, BKR 2015, 499 f.; Hölters/*Ingenhoven/Eisen*, Unternehmenskauf, 10. Aufl. 2022, Rn. 4.103. — Für den Investment-Grade-Bereich gibt die *LMA* seit einigen Jahren ein deutschrechtliches Muster heraus, *Schnauder*, NJOZ 2010, 1663 f.; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Kampshoff/Lieth/Urban-Crell* et al., InsO, 4. Aufl. 2020, Anh. VII Rn. 98. Auf Grundlage dieses Musters refinanzierten sich etwa die DAX-Konzerne *Fresenius* und *Fresenius Medical Care* im Jahre 2021 (dazu *Schilling*, Finance Sonderbeil. November/Dezember 2021, 9). Das deutschrechtliche Muster weicht von seinem englischrechtlichen Pendant nur insoweit ab, wie es die deutsche Rechtsordnung erfordert; so etwa um dem Verbot im Voraus getroffener Zinseszinsvereinbarungen, § 248 Abs. 1 BGB, Rechnung zu tragen, *Hanke/Socher*, NJW 2010, 1435 (1436); L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 2 Fn. 10. — Siehe zu den Abweichungen betreffend die Form der Übertragung des Kredites unten § 3 C. II.

102 *Kühbacher*, Darlehen an Konzernunternehmen, 1993, S. 200; *Servatius*, Covenants, 2008, S. 42; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Kampshoff/Lieth/Urban-Crell* et al., InsO, 4. Aufl. 2020, Anh. VII Rn. 104. — Faktisch wird die Fremdkapitalaufnahme ohnehin schon durch die Pflicht beschränkt, unterhalb eines bestimmten Verschuldungsgrades zu bleiben, *Majic*, Covenants, 2013, S. 30.

103 Diese Belastungsverbote werden auch Negativklausel/-erklärung oder Negative-Pledge-Klausel genannt, *Merkel*, Negativklausel, 1985, passim; *Servatius*, Covenants, 2008, S. 42; *Majic*, Covenants, 2013, S. 24; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 239. Vgl. auch *Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 21.8, S. 78.

104 Sog. Limitation on Asset Sales, siehe *Kusserow/Dittrich*, WM 2000, 745 (750 mit Fn. 75); *Servatius*, Covenants, 2008, S. 42.

105 *Servatius*, Covenants, 2008, S. 42 f.; *Majic*, Covenants, 2013, S. 23 f. – beide unter Nennung weiterer negativer Covenants. Siehe auch *BdB*, Musterdarlehensvertrag für gewerbliche Kreditvergaben, 2005, WM 2005, 1942 (1946), Anh.; vgl. aus der Praxis etwa *Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 21.11 ff., S. 79 ff. Siehe auch die Negativerklärung in § 9 Buchst. A des Musterschuldschein-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Kern verpflichten affirmative Covenants den Darlehensnehmer, den Status quo zu wahren; namentlich den Geschäftsbetrieb fortzuführen und gesetzliche wie auch anderweitige vertragliche Pflichten (Cross-Default-Klausel)[106] zu erfüllen.[107]

c) Information-Covenants

Auch wenn man Information-Covenants[108] innerhalb der Gruppe der positiven Covenants systematisch verortet,[109] nehmen sie doch eine besondere Rolle ein: Die (übrigen) positiven Covenants haben Pflichten zum Gegenstand, die in weiten Teilen ohnehin im Interesse des Darlehensnehmers liegen, etwa Gesetze einzuhalten. Hingegen nützen die Informationspflichten vornehmlich dem Kreditgeber. Einem Loan-to-Own-Investor können sie bei der Steuerung der Übernahme helfen und ihm einen Informationsvorteil gegenüber den Gesellschaftern und anderen Stakeholdern verschaffen.[110]

Ihrem Inhalt nach können Information-Covenants den Darlehensnehmer beispielsweise dazu verpflichten: monatlich betriebswirtschaftliche Auswertungen vorzulegen,[111] quartalsweise über die Einhaltung vereinbarter Financial-Covenants zu berichten und Zahlungsströme, Gewinn- und Verlustrechnung, die Bilanz und einen Abgleich zum Businessplan aufzustellen

darlehensvertrages von GDV/*Kemter*/*Ockenga*, Kreditleitfaden für Solvency II-Versicherer, 3. Aufl. 2022, S. 22 mit Erläuterungen auf S. 17 f.

106 *Gruber*, NJW 1991, 1099 f.; *Servatius*, Covenants, 2008, S. 40; MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 58. — Vgl. auch *Inspired Entertainment Inc.* et al., FA, 2019, Klausel 28.7, S. 220.

107 Vgl. auch die Systematisierung von Covenants bei *M. Kästle*, Covenants, 2003, S. 51 f. Weitere verbreitet vorkommende affirmative Covenants nennt *Servatius*, Covenants, 2008, S. 40.

108 Information-Covenants werden auch als Monitoring-Covenants (Gottwald/Haas/*Drukarczyk*/*Schöntag*, InsR-HdB., 6. Aufl. 2020, § 3 Rn. 23), Reporting-Covenants (*Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 75) oder auch Information-Undertakings (*Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 19, S. 70) bezeichnet.

109 So *M. Kästle*, Covenants, 2003, S. 53; *Servatius*, Covenants, 2008, S. 40.

110 *Levitin*, 4 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 67, 87 (2009); *Bücker*/*Petersen*, ZGR 2013, 802 (809); *Florstedt*, ZIP 2014, 1513 (1515); *ders.*, ZIP 2015, 2345 (2349); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 261; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 76.

111 *Servatius*, Covenants, 2008, S. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(sog. Vierteljahresstatus),[112] Verkehrswerte und Belastungen des Grundvermögens mitzuteilen.[113]

Ergänzt werden diese konkreten Informationspflichten durch Generalklauseln. Zu nennen ist etwa die Pflicht, alle Umstände, die nachteilig für das Kreditengagement sein können, mitzuteilen[114] und alle Informationen, die Eigenkapitalgeber und andere Finanzierer erhalten, auch dem Kreditgeber zuzuleiten.[115]

Zu erwähnen sind insbesondere noch ermessensabhängige Information-Covenants: So kann der Darlehensnehmer auf Verlangen des Kreditgebers verpflichtet sein, ihm monatlich alle wesentlichen Entwicklungen zu berichten und ihm zur Berichtsprüfung Einsicht in seine Bücher und Schriften zu gestatten.[116] Des Weiteren kann den Darlehensnehmer die Pflicht treffen, dem Kreditgeber auf dessen Anfordern jene unternehmens- und gesellschaftsbezogenen Informationen mitzuteilen, die dieser vernünftigerweise benötigt.[117] — Bürgerlich-rechtlich handelt es sich hierbei um

112 *M. Kästle*, Covenants, 2003, S. 54; *Mittendorfer*, Akquisitionsfinanzierung, 2007, S. 198; *Servatius*, Covenants, 2008, S. 41; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 75. Vgl. auch *Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 19.1 b, S. 70.

113 *M. Kästle*, Covenants, 2003, S. 54; *Servatius*, Covenants, 2008, S. 40 f. Vgl. auch *Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 19, S. 70 ff.

114 Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Kampshoff*/*Lieth*/*Urban-Crell* et al., InsO, 4. Aufl. 2020, Anh. VII Rn. 105.

115 Vgl. *Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 19.6 Buchst. a, S. 73.

116 Siehe Ziffer 12.2 der Genussrechtsvereinbarung vom 11.4.2006 zwischen der P. GmbH und der I. KGaA, zitiert nach *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 20.5.2014 – 12 U 87/13, ZIP 2015, 187 (189).

117 Siehe die bilateralen Musterdarlehensverträge: *BdB*, Musterdarlehensvertrag für gewerbliche Kreditvergaben, 2005, WM 2005, 1942 (1945), Nr. 10 Abs. 4; *vdp*, Mustervertrag für die großvolumige, gewerbliche Immobilienfinanzierung, 2024, Nr. 17.1 Abs. 2 Buchst. i, S. 24. — Vgl. aus der Konsortialkreditpraxis: *Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 19.6 Buchst. c und d, S. 73 f.; *Spark Networks SE* et al., FA, 2018, Klausel 24.7 Buchst. e, S. 80. — Bei den bilateralen Musterdarlehensverträgen ist es richtig, vom Kreditgeber zu sprechen. Bei den Konsortialkrediten ist es ein Agent, den der Darlehensnehmer informieren muss. Der Agent übt das Bestimmungsrecht aus und leitet die Informationen an die Darlehensgeber weiter.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Informationsansprüche[118], die mit einem Bestimmungsrecht des Gläubigers i. S. d. §§ 315 f. BGB[119] versehen sind.

Negative und positive Informationspflichten treffen den Darlehensnehmer hinsichtlich der übrigen Covenants: Verletzt er einen Covenant (Breach-of-Covenant)[120], muss er dies unverzüglich mitteilen (Notification-of-Default).[121] Auch kann er verpflichtet sein, zu belegen, dass er die General-Covenants einhält. Den Beleg hat er durch ein (gegebenenfalls testier-

118 Generell betreffend Covenants einen klagbaren Leistungsanspruch bejahend *M. Kästle*, Covenants, 2003, S. 72 f.; *Klein*, Projektfinanzierung, 2004, S. 187; *Nikoleyczik*, Gläubigerschutz zwischen Gesetz und Vertrag, 2007, S. 118; *Runge*, Covenants in Kreditverträgen, 2010, Rn. 2.1 ff.; *Majic*, Covenants, 2013, S. 26; *Diem/Jahn*, Akquisitionsfinanzierungen, 4. Aufl. 2019, § 22 Rn. 71 ff.; Grundmann/*M. Renner*, Bankvertragsrecht, Bd. 1, 2020, Teil 4 Rn. 947. — Von Informationsrechten sprechend *Bücker/Petersen*, ZGR 2013, 802 (809). — Offenlassend *Bochmann*, Covenants, 2012, S. 61 f. — High-Yield-Anleihen betreffend Covenants als nicht klagbare Nebenpflichten einordnend *Kusserow/Dittrich*, WM 2000, 745 (751 f.). — Bei Financial-Covenants mag das Interesse an einem klagbaren Anspruch gering sein. Geht es darum, dass der Schuldner es unterlässt, Vermögensgegenstände des Unternehmens zu veräußern, dürfte der Kreditgeber Interesse an einem Anspruch haben, den er durch eine einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO sichern kann, überzeugend *M. Kästle*, Covenants, 2003, S. 73 Fn. 203; anderer Ansicht *Nikoleyczik*, Gläubigerschutz zwischen Gesetz und Vertrag, 2007, S. 118 Fn. 516. — Mit Recht den wirtschaftlichen Gehalt von Informationspflichten betonend *M. Kästle*, Covenants, 2003, S. 73. Daher dürften diese meist gemäß §§ 133, 157 BGB als Anspruch auszulegen sein. — Wollen die Parteien keine Durchsetzbarkeit der Forderung, aber deren Übertragbarkeit, ist diese als eine unvollkommene Forderung auszulegen; siehe zur unvollkommenen Forderung BeckOK BGB/*Sutschet*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 241 Rn. 24.

119 Formulierungen wie Billigkeit oder Angemessenheit sprechen für die Anwendbarkeit der §§ 315 ff. BGB, BeckOK BGB/*Gehrlein*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 315 Rn. 2. — Wer zur Bestimmung berechtigt ist, folgt aus der Bestimmungsvereinbarung, Jauernig/*Stadler*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 315 Rn. 8. — Insbesondere die Leistung kann Gegenstand des Bestimmungsrechts sein, siehe *BGH*, Urt. v. 27.10.2021 – VIII ZR 264/19, NJW-RR 2022, 228 (229 Rn. 17); Jauernig/*Stadler*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 315 Rn. 9; Schulze/*Fries*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 315 Rn. 4; BeckOK BGB/*Gehrlein*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 315 Rn. 3. — Siehe zum Übergang des Bestimmungsrechts bei einem ermessensabhängigen Informationsanspruch analog § 401 Abs. 1 BGB unten § 3 C. I. 2. a). Siehe zu dessen Gebundenheit an den bezüglichen kreditsichernden Informationsanspruch unten § 7 B.

120 *Servatius*, Covenants, 2008, S. 44; Gottwald/Haas/*Drukarczyk/Schöntag*, InsR-HdB., 6. Aufl. 2020, § 3 Rn. 19 und 25; vgl. auch Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Kampshoff/Lieth/Urban-Crell* et al., InsO, 4. Aufl. 2020, Anh. VII Rn. 114: „Covenant Breach".

121 *M. Kästle*, Covenants, 2003, S. 80; *Servatius*, Covenants, 2008, S. 44 f.; vgl. *Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 19.7, S. 74.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tes)[122] Compliance-Certificate[123] zu erbringen. Ferner kann der Kreditgeber berechtigt sein, in festgelegten Zeitabständen (bei Vermutung eines Covenantverstoßes auch häufiger) die wirtschaftlichen Verhältnisse des Darlehensnehmers prüfen zu lassen.[124]

II. Das Kündigungsrecht infolge Covenantverstoßes als Herrschaftsmittel

Die Konsequenzen eines Breach-of-Covenant können von einem Sanktionsverzicht (Waiver),[125] der aufschiebend oder auflösend an die Zahlung einer Gebühr (Waiver-Fee) geknüpft sein kann,[126] bis zur Darlehenskündigung und Fälligstellung reichen.[127] So muss auf § 490 Abs. 1 BGB nicht zurückgegriffen werden.[128] Ein Covenantverstoß kommt auch bei gesunden Unternehmen vor;[129] in einer ungestörten Kunde-Bank-Beziehung wird ein

122 *Servatius*, Covenants, 2008, S. 44; vgl. dazu aus der Praxis *Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 19.2, S. 71.

123 *M. Kästle*, Covenants, 2003, S. 80; *Mittendorfer*, Akquisitionsfinanzierung, 2007, S. 202; *Servatius*, Covenants, 2008, S. 44.

124 Vgl. beispielsweise *Spark Networks SE* et al., FA, 2018, Klausel 26.20, S. 90: „Each Obligor shall, and the Parent shall ensure that each member of the Group will, (not more than once in every Financial Year unless the Agent reasonably suspects an Event of Default is continuing or may occur) permit the Agent and/or the Security Agent and/or accountants or other professional advisers and contractors of the Agent or Security Agent access at all reasonable times and on reasonable notice at the risk and cost of the Obligor or Company to the premises, assets, books, accounts and records of each member of the Group and meet and discuss matters with the managing directors (geschäftsführende Direktoren) of the Parent".

125 Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Kampshoff*/*Lieth*/*Urban-Crell* et al., InsO, 4. Aufl. 2020, Anh. VII Rn. 114; Buth/Hermanns/*Haghani*/*Holzamer*, RSI, 5. Aufl. 2022, § 24 Rn. 98; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 77.

126 *M. Kästle*, Covenants, 2003, S. 77; *Bochmann*, Covenants, 2012, S. 64; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Kampshoff*/*Lieth*/*Urban-Crell* et al., InsO, 4. Aufl. 2020, Anh. VII Rn. 117; Buth/Hermanns/*Haghani*/*Holzamer*, RSI, 5. Aufl. 2022, § 24 Rn. 98; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 77.

127 *Vaupel*/*Reers*, AG 2010, 93 (93); *Madaus*, Der Insolvenzplan, 2011, S. 17 Fn. 49; *Thurow*, BC 2011, 545; *Majic*, Covenants, 2013, S. 27; *Bronger*, Debt Equity Swaps, 2019, S. 32; Gottwald/Haas/*Drukarczyk*/*Schöntag*, InsR-HdB., 6. Aufl. 2020, § 3 Rn. 27.

128 *Bochmann*, Covenants, 2012, S. 63 f. — Mitunter wird vereinbart, dass sowohl vertragliche als auch gesetzliche Kündigungsgründe Anwendung finden, Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Kampshoff*/*Lieth*/*Urban-Crell* et al., InsO, 4. Aufl. 2020, Anh. VII Rn. 118.

129 *Thießen*, ZBB 1996, 19 (29 mit Fn. 71); *Tung*, 57 UCLA L. Rev. 115, 150 (2009); mit einem instruktiven Beispiel *Nouvertné*, ZIP 2012, 2139 (2141); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 242; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 74 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

leichter Verstoß nicht selten sanktionslos bleiben oder nur eine Waiver-Fee nach sich ziehen.[130]

Der Kreditgeber kann als Reaktion auf einen Covenantverstoß allerdings auch mit Kündigung drohen, was gerade bei einem finanziell angeschlagenen Darlehensnehmer erhebliches Drohpotenzial entfaltet.[131] Denn würden Zahlungspflichten in großem Umfang fällig, dürfte er selten in der Lage sein, diese zu erfüllen – er wäre zahlungsunfähig, § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO.[132] Mit Aussicht auf Erfolg könnte der Kreditgeber nun die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über dessen Vermögen beantragen, § 11 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, § 13 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Alt. 1, § 14 Abs. 1 Satz 1[133], §§ 16, 17 Abs. 1 InsO.

So kann ein Loan-to-Own-Investor nach einem Covenantverstoß mit der Kaskade: Kündigung – Fälligstellung – Verfahrenseinleitung drohen, um die Gesellschafter des Darlehensnehmers zum Beschluss eines Debt-Equi-

130 *Thießen*, ZBB 1996, 19 (29 mit Fn. 71); *Tung*, 57 UCLA L. Rev. 115, 150 ff. (2009); *Haghani/Holzamer/Zülch* et al., Covenants, 2014, S. 19; *Baird*, 165 U. Pa. L. Rev. 785, 795 (2017); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 245 f. — *Reifenberger*, Finance Januar/Februar 2021, 10 (13) berichtet, ein Banker von *Morgan Stanley* habe gesagt, dass Banken während der Corona-Krise im Jahre 2020 Waiver großzügig zugestanden hätten.

131 Ist der Loan-to-Own-Investor einer konsortialen Bindung unterworfen, braucht er in praxi meist eine 2/3 Summenmehrheit, um eine Kündigung durchzusetzen, Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Kampshoff/Lieth/Urban-Crell* et al., InsO, 4. Aufl. 2020, Anh. VII Rn. 118 und 141; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 77 und 97.

132 Die Fälligstellung führe regelmäßig zur Zahlungsunfähigkeit, *Kiethe*, KTS 2005, 179 (188); (betreffend Leveraged-Buyout-Finanzierungen) *Hiltner/Tunda*, Financial Restructuring, 2011, 66 (81 mit Fn. 42); *Metze/Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 (127); *Regenfus*, ZBB 2015, 383 (384); Ellenberger/Bunte/*Häuser*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 65 Rn. 76; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 78.

133 Siehe zur Frage des Bestehens eines rechtlichen Interesses i. S. d. § 14 Abs. 1 Satz 1 InsO, wenn der Gläubiger den Antrag zwecks Übernahme stellt, *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 278 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ty-Swaps[134] oder zur Kooperation im StaRUG-Verfahren[135] zu bewegen. Er kann diese Drohung aber auch zunächst nur als Druckmittel einsetzen, um Maßnahmen zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme durchzusetzen.

III. Maßnahmen zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme und deren mittelbar-faktische Begrenzung durch das Gesellschafterdarlehensrecht

Die Wirksamkeit einer Darlehenskündigung, die sich auf einen geringfügigen Covenantverstoß stützt, kann zweifelhaft sein.[136] Stellt der Investor

134 *Von Sydow/Beyer*, AG 2005, 635 (636); *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 13; *Bochmann*, Covenants, 2012, S. 67 ff.; *Bronger*, Debt Equity Swaps, 2019, S. 42; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 230 ff.; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 77. — In den Verhandlungen über einen vorinsolvenzlichen Debt-Equity-Swap werde häufig mit Kündigung, Fälligstellung und Verfahrenseinleitung gedroht, berichten *Krause*, Distressed M&A, 2. Aufl. 2016, 119 (132); *Brinkmann*, NZI-Beil. 2019, 27 (28). — Als Beispiel kann die Übernahme der *Kiekert AG* genannt werden: Nachdem es bei ihrem Großkunden *Ford* zur Krise kam (exogene Ursache), brach ihr Umsatz ein, sie verletzte Financial-Covenants, die Bank veräußerte den Kredit mit einem Abschlag von 23 % und die neuen Gläubiger drohten mit Fälligstellung, *Burgmaier/von Haacke*, WW v. 18.9.2006, Nr. 38, 66; *Herz/Koenen*, HBON v. 4.10.2006; *von Haacke*, WW v. 7.5.2007, Nr. 19, 130.

135 Siehe dazu, warum ein kooperatives Vorgehen trotz der Möglichkeit einer gruppenübergreifenden Mehrheitsentscheidung nach § 26 i. V. m. §§ 27 f. StaRUG vorteilhaft sein kann, *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 193, 199 ff. und 313 ff.

136 Siehe dazu, dass eine Kündigung ohne ernstlichen Anlass – zum Beispiel aufgrund einer leichten Covenantverletzung (vgl. *Metze/Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 [129]; Ekkenga/*Koller/Wöckener*, Hdb. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 104; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Kampshoff/Lieth/Urban-Crell* et al., InsO, 4. Aufl. 2020, Anh. VII Rn. 116; Thierhoff/Müller/*Ringelspacher*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 833) – ausgeschlossen sein kann, *BGH*, Urt. v. 28.6.1977 – III ZR 13/75, WM 1977, 834 (835): „Allerdings müssen Sparkassen bei der Ausübung des Kündigungsrechts wie jeder Darlehensgläubiger auf […] Interessen ihrer Schuldner hinlänglich Rücksicht nehmen […]. Daher können gerade die Schuldner eines langfristigen Darlehens erwarten, daß die Sparkassen ein ihnen eingeräumtes ordentliches Kündigungsrecht nicht ohne ernstlichen Anlaß ausüben." Zuvor bereits *OLG Hamburg*, Urt. v. 22.10.1964 – 1 U 23/64, MDR 1965, 294 (295). Siehe betreffend die außerordentliche Kündigung *BGH*, Urt. v. 18.12.1980 – III ZR 157/78, NJW 1981, 1363 f. Siehe ferner *BGH*, Beschl. v. 14.7.1983 – III ZR 176/82, WM 1983, 1038; Urt. v. 6.3.1986 – III ZR 245/84, NJW 1986, 1928 (1930); Urt. v. 21.5.1987 – III ZR 38/86, NJW-RR 1987, 1184; Urt. v. 14.12.1989 – III ZR 198/88, NJW-RR 1990, 365 f. Auf der Linie

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nach solch einem Verstoß die Maximalforderung Debt-Equity-Swap, muss er mit der Möglichkeit rechnen, dass es die Gesellschafter des Darlehensnehmers auf eine Kündigung ankommen lassen, da sie in der gerichtlichen Überprüfung deren Wirksamkeit mehr Chance als Risiko erblicken. Anders wird es sich verhalten, wenn das Verlangte deutlich leichter wiegt als die Folgen, die der Darlehensnehmer gewärtigen muss, falls sich die Kündigung als wirksam erweist. Insofern kann es sich für den Investor anbieten, nach einer geringfügigen Covenantverletzung zunächst eine weniger einschneidende Maßnahme als einen Debt-Equity-Swap zu verlangen, durch die er seinen Einfluss auf den Darlehensnehmer oder auch dessen Gesellschafter erweitert, um so die spätere – notfalls insolvenzliche – Übernahme vorzubereiten (dazu 1.).

Fraglich ist hinsichtlich solcher Vorbereitungsmaßnahmen, ob diesen durch das Recht der Gesellschafterdarlehen eine Grenze gesetzt wird. Erlangt nämlich der Investor durch eine Maßnahme gesellschaftergleichen Einfluss auf den Darlehensnehmer, könnte damit das Darlehen wirtschaftlich dem eines Gesellschafters entsprechen. Gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO wären seine Darlehensrückzahlungsforderungen in der Insolvenz des Darlehensnehmers dann nachrangig zu berichtigen. In Anbetracht dessen und weiterer nachteiliger Rechtsfolgen, die an eine Subordination anknüpfen, würde das Gesellschafterdarlehensrecht mittelbar-faktisch die

---

des Bundesgerichtshofes *OLG Hamm*, Urt. v. 21.6.1985 – 11 U 111/84, NJW-RR 1986, 208 (209); *OLG Schleswig*, Urt. v. 27.4.2006 – 5 U 176/05, BKR 2006, 253 (254); *Schneider*, JR 1978, 415 (417); *Obermüller*, ZIP 1980, 337 (341); *Rümker*, KTS 1981, 493 (496 f.); *Möllers*, Die Haftung der Bank bei der Kreditkündigung, 1991, S. 10 f.; *Kiethe*, KTS 2005, 179 (200 f.); Soergel/*Seifert*, BGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2014, BGB § 488 Rn. 194; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 5.676; Schwintowski/*Korff*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 16 Rn. 334 ff.; Obermüller/*Huber*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.331. Kritisch dazu *M. Renner*, FS Hopt, 2020, 993 (1006); Ellenberger/Bunte/*Häuser*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 65 Rn. 74 f. — Auch die AGB-Rechtskonformität vertraglicher Kündigungsgründe kann zweifelhaft sein, siehe *Nouvertné*, ZIP 2012, 2139 (2143 ff.). Hinsichtlich des Erfordernisses gefährdeter Rückzahlung infolge wesentlicher Vermögensverschlechterung habe § 490 Abs. 1 BGB Leitbildfunktion i. S. d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, *LG Aachen*, Urt. v. 19.10.2017 – 1 O 480/16, ZIP 2018, 116 (118); Staudinger/*Piekenbrock*/*Rodi*, BGB, 2022, BGB Anh. zu §§ 305–310 Rn. F107; Ellenberger/Bunte/*Samhat*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 54 Rn. 211; MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 22; PWW/*Pöschke*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 490 Rn. 2. Ebenso zwingend sei das Verbot, zur Unzeit zu kündigen, *Hopt*, ZHR 143 (1979), 139 (163). — Siehe auch noch unten § 6 D. I. 2. a) bb) aaa).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Maßnahmen begrenzen, die ein Loan-to-Own-Investor ergreifen kann, um die Übernahme vorzubereiten (dazu 2.).

1. Maßnahmen zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme

Ein Investor kann eine forderungsbasierte Übernahme vorbereiten, indem er das Management der Zielgesellschaft auf seine Seite zieht (dazu a)), den Eintritt künftiger und schwererer Covenantverstöße fördert (dazu b)) und für den Fall vorsorgt, dass er auf eine verfahrensrechtliche Übernahme zurückgreifen muss (dazu c)).

a) Sicherung der Unterstützung durch das Management

Die Leitung der Zielgesellschaft kann dem Investor bei der Übernahme helfen: Sie kann den Gesellschaftern deutlich machen, dass es zur insolvenzlichen Übernahme[137] – und damit zum Totalverlust ihres Investments – kommen wird, wenn sie nicht an der vorinsolvenzlichen Übernahme mitwirken.[138]

Aus Sicht des Investors bietet es sich als erster Schritt daher an, auf das Management Einfluss zu nehmen.[139] Die Unternehmensleitung kann der Investor gewinnen, indem er ihr aufzeigt, dass die Übernahme auch in ihrem Interesse liegt.[140] Auch kann der Investor fordern, einen ihm geneh-

137 Siehe ausführlich zur Übernahme im Insolvenzverfahren *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 273 ff., 354 ff. und 372 ff.; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 213 ff.

138 Vgl. *Brinkmann*, WM 2011, 97 (103); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 138; *Brinkmann*, KTS 2021, 303 (325).

139 Gar von einer „Interessengleichschaltung mit der Geschäftsleitung" spricht *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 289.

140 *Siemon*, ZInsO 2013, 1861 (1874); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 157 ff. und 250 ff.; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 289 ff. — Der nicht Gesetz gewordene § 45 StaRUG-E sah eine § 60 InsO entsprechende Außenhaftungsvorschrift vor, *Brinkmann*, ZIP 2020, 2361 (2368); BeckOK StaRUG/*Kramer*, 13. Ed. 1.7.2024, StaRUG § 32 Rn. 12.1. — Befürchtend, dass Loan-to-Own-Investoren die Außenhaftung als Druckmittel gegenüber dem Management einsetzen würden, *Brünkmans*, ZInsO 2021, 1 (10). — Siehe aber auch dazu, dass das Management mit der Vermeidung eines Insolvenzverfahrens zugleich Haftung vermeiden kann, worin ohnehin ein Anreiz zur Mitwirkung besteht, *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 297 f. — Auch durch das Versprechen einer Beteiligung am Eigenkapital können Investoren Anreize setzen,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

men Restrukturierungsvorstand zu bestellen.[141] Das gibt ihm die Sicherheit, jedenfalls einen loyalen Entscheidungsträger im Unternehmen auf seiner Seite zu haben.[142]

b) Förderung künftiger Covenantverstöße

Nach einem leichten Covenantverstoß als Gegenleistung für den Verzicht auf eine (unsichere)[143] Kündigung die Bestellung eines weiteren Geschäftsleiters zu fordern, stärkt nicht nur den Einfluss auf das Management, sondern nützt der Übernahme noch aus einem weiteren Grund: Ebenso wie der Einsatz externer Berater verursacht es Kosten,[144] die an der Liquidität und dem Vermögen des Darlehensnehmers zehren. Damit kann es ihm schwerer fallen, entsprechende Financial-Covenants[145] einzuhalten; und so kann auch die Wahrscheinlichkeit für einen Covenantverstoß, der einen genügenden Schweregrad erreicht, um einen ernstlichen Anlass zur Ausübung des vertraglichen Kündigungsrechts darzustellen,[146] steigen.

Doch auch ohne einen vorherigen Covenantverstoß kann ein Investor Maßnahmen ergreifen, um dem Darlehensnehmer das operative Geschäft zu erschweren und so einen Covenantverstoß und damit einen Kündigungsgrund zu provozieren. Als Mittel hierfür können ihm kreditsichernde Informationsrechte dienen. Zum einen kann er gestützt auf den behaupteten Verdacht eines Covenantverstoßes die wirtschaftlichen Verhältnisse

---

um das Management auf ihre Seite zu ziehen, vgl. *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 296.

141 Siehe dazu, dass die Einflussnahme auf die Organbestellung mittels Forderungsherrschaft entgegen der herrschenden Ansicht eine gesellschaftergleiche Stellung gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO begründen kann, unten § 2 C. III. 2. c) dd).

142 *Fromm*, GmbHR 2003, 1114 ff.; *Servatius*, Covenants, 2008, S. 25; *Bochmann*, Covenants, 2012, S. 62; *Metze/Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 (106); K. Schmidt/Uhlenbruck/*Kuder/Unverdorben*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.430; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 244; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 79.

143 Siehe oben § 2 C. III und unten § 6 D. I. 2. a) bb) aaa).

144 Vgl. zu den Kosten *Madaus*, Der Insolvenzplan, 2011, S. 38; *Metze/Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 (106); *C. G. Paulus*, FS Wimmer, 2017, 475 (486); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 238 und 244.

145 Siehe zu Financial-Covenants betreffend Eigenkapital, Verschuldung und Liquidität *Schulte*, Zum Beitrag von Insolvenzeröffnungsgründen und Financial Covenants zum Gläubigerschutz, 2016, S. 61 ff.

146 Siehe dazu, dass eine Kündigung ohne ernstlichen Anlass ausgeschlossen sein kann, oben § 2 C. III und unten § 6 D. I. 2. a) bb) aaa).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Darlehensnehmers prüfen lassen;[147] zum anderen kann er ermessensabhängige Informationsrechte[148] rege gebrauchen.[149] Umfangreiche Prüfungen und Gespräche mit der Geschäftsführung erhöhen nicht nur den Einigungsdruck, sondern stören auch den Betriebsablauf und binden personelle Ressourcen im Unternehmen. Bedarf es externer Beratung, um die Informationsverlangen zu erfüllen, verliert der Darlehensnehmer zudem Liquidität.[150] Eine primär zum Zwecke der Provokation eines Kündigungsgrundes getroffene Leistungsbestimmung leidet zwar an einem inneren Ermessensfehler und ist gemäß § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB unverbindlich.[151] Rechtstatsächlich entfällt deshalb aber nicht schon die Eignung als Mittel zur Provokation eines Covenantverstoßes.[152] Denn überschreitet das Verlangen nicht evident die Grenze der Billigkeit, geht der Darlehensnehmer ein hohes Risiko ein, wenn er die Leistung verweigert und sich gerichtlich zur Wehr setzt. Verliert er nämlich den Rechtsstreit, steht fest, dass er einen Covenant verletzt hat.[153]

147 Siehe oben § 2 C. I. 2. c) a. E.

148 Siehe zu diesen Information-Covenants oben § 2 C. I. 2. c).

149 Siehe dazu, dass Information-Covenants und deren reger Gebrauch keine Subordinationsgefahr bergen, unten § 2 C. III. 2. c) bb).

150 Siehe zum Aufwand, der durch den Einsatz ermessensabhängiger Information-Covenants verursacht werden kann, und auch dazu, dass Loan-to-Own-Investoren in der Praxis so vorgingen, *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 238. — Siehe zum praktischen Vorkommen provozierter Covenantverstöße losgelöst von ermessensabhängigen Informationsansprüchen *C. G. Paulus*, ZRP 2018, 151 (152); *Beissenhirtz*, ZInsO 2019, 525 (539); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 43 f. und 78, insbesondere S. 238 mit Fn. 262 f., ferner noch S. 274 ff. und 512; *C. G. Paulus*, ZRP 2020, 108 (110); Thierhoff/Müller/*C. G. Paulus*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 594; siehe ferner mit Blick auf die USA *Robertson/Cicarella*, ABA Business Bankruptcy Newsletter January 2009, 1.

151 Siehe zur Unbilligkeit einer Bestimmung, die aus zweckfremden Motiven (subjektiver/innerer Ermessensfehlgebrauch) getroffen wird, *BGH*, Urt. v. 5.12.2012 – IV ZR 110/10, NZA-RR 2013, 327 (329 Rn. 27); Beschl. v. 18.11.2014 – EnVZ 23/14, RdE 2015, 194; Urt. v. 11.1.2023 – IV ZR 85/20, VersR 2023, 545 (550 Rn. 39); *OLG Köln*, Urt. v. 31.7.2014 – 7 U 194/13, BeckRS 2016, 6377 Rn. 33; *LG Münster*, Urt. v. 9.6.2016 – 115 O 17/16, BeckRS 2016, 124894 Rn. 20; BeckOK BGB/*Gehrlein*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 315 Rn. 18; siehe zur Unverbindlichkeit gemäß § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB MüKoBGB/*Würdinger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 315 Rn. 54; siehe dazu noch ausführlich unten § 6 D. I. 2. b).

152 Von einem Loan-to-Own-Investor dürfte im Vergleich zu einer Bank typischerweise eine höhere Gefahr dafür ausgehen, dass er ermessensabhängige Informationsrechte missbraucht, um einen Covenantverstoß und damit einen Kündigungsgrund zu provozieren, ausführlich dazu unten § 6 D. I. 2. b) bb) bbb).

153 Siehe dazu noch unten § 6 D. II. 3. b) aa). Vgl. zu den Schwierigkeiten der Rechtsverteidigung auch *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 350 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erkennt der Darlehensnehmer, dass er Gefahr läuft, einen Financial-Covenant zu verletzen, kann er als Gegenmaßnahme Anlagevermögen veräußern. Dadurch verbessert er seine Liquiditätskennzahl; deckt die Veräußerung eine stille Reserve auf, steigt auch seine Eigenkapitalquote.[154] Allerdings kann der Kreditvertrag bestimmen, dass der Darlehensnehmer ein solches Veräußerungsgeschäft nur mit Zustimmung des Kreditgebers tätigen darf.[155] Dies kommt einem Loan-to-Own-Investor zupass. Indem er seine Zustimmung verweigert,[156] kann er verhindern, dass der Darlehensnehmer seine Finanzkennzahlen verbessert und so die Übernahme gefährdet.[157]

c) Erhöhung des Drohpotenzials durch Vorsorge für eine verfahrensrechtliche Übernahme

Ein Investor kann verschiedene Maßnahmen ergreifen, durch die er das Drohpotenzial erhöht und zugleich für den Fall vorsorgt, dass die Gesellschafter die Mitwirkung an der (wohl präferierten)[158] vorinsolvenzlichen Übernahme endgültig verweigern und er einen einzel- oder gesamtvollstreckungsrechtlichen Weg einschlagen muss:

---

154 Siehe *Schulte*, Zum Beitrag von Insolvenzeröffnungsgründen und Financial Covenants zum Gläubigerschutz, 2016, S. 63 f. (zu Financial-Covenants hinsichtlich der Liquidität) und S. 61 ff. (betreffend Eigenkapital und Verschuldung). Eine stille Reserve ist der Differenzbetrag zwischen dem Buchwert und dem Marktwert eines Gegenstandes, der durch dessen Veräußerung offenbart wird, K. Weber/*Groh*, Rechtswörterbuch, 32. Ed. 2024, Stille Reserve.

155 Siehe zu Covenants, die die Veräußerung von Vermögensgegenständen beschränken, *Kusserow*/*Dittrich*, WM 2000, 745 (750 mit Fn. 75); *Servatius*, Covenants, 2008, S. 42.

156 Vgl. in diesem Zusammenhang *BGH*, Urt. v. 6.3.1986 – III ZR 245/84, NJW 1986, 1928 (1930): Die Bank hatte den Verkauf eines Wohnhauses untersagt. Der *Bundesgerichtshof* urteilte, dass „[e]in solches Verhalten […] einen Darlehensgeber nach Treu und Glauben hindern [könne], eine außerordentliche Kündigung auf Umstände zu stützen, die auf einem übermäßig hohen Fremdkapitalanteil des vom Darlehensnehmer geführten Betriebes beruhen".

157 Ein Loan-to-Own-Investor läuft durch ein solches Vorgehen nach vorzugswürdiger Ansicht Gefahr, in eine gesellschaftergleiche Stellung gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO einzurücken, dazu unten § 2 C. III. 2. c) cc).

158 Nach *D. Weber*, ZInsO 2016, 2240 (2246) habe *Franz Aleth* bekundet, dass Loan-to-Own eher im vorinsolvenzlichen Bereich und nicht im Insolvenzplanverfahren praktiziert werde, damit der Geschäftsbetrieb ungestört bleibe.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gleichsam als milderes Mittel kann der Investor anstelle eines Debt-Equity-Swaps zunächst die Bestellung von Pfandrechten an den Anteilen der Zielgesellschaft oder auch deren Töchter (Share-Pledges) fordern.[159] Dies setzt freilich voraus, dass die Fremdkapitalstruktur des Darlehensnehmers die Bestellung solcher Pfandrechte erlaubt.[160]

Für einen Debt-Equity-Swap gemäß § 225a Abs. 2 Satz 1 InsO eignen sich jene Forderungen, die nur teilweise befriedigt werden (Fulcrum-Class).[161] Vor diesem Hintergrund kann ein Loan-to-Own-Investor als Sanierungskonzept zunächst Umschuldungsmaßnahmen einbringen, die seinen Stand in der Fremdkapitalstruktur verbessern. Hierfür kann er die Gewährung eines Sanierungskredits in Aussicht stellen.[162] Damit gewinnt der Darlehensnehmer zwar kurzfristig Liquidität, jedoch steigen die Zins-[163] und Tilgungslast sowie der Verschuldungsgrad, was es ihm zusätzlich erschwert, Finanzkennzahlen einzuhalten. Misslingt ihm dies und verletzt er Covenants in erheblichem Maße, kann der Investor den Debt-Equity-Swap nun von einem sicheren Stand aus fordern.[164]

---

159 *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 248. — Siehe dazu, dass Share-Pledges nicht die Gefahr einer Subordination gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO bergen, unten § 2 C. III. 2. c) aa).

160 Nach *de Chapeaurouge/Hafner*, HdB. Unternehmensrestrukturierung, 2. Aufl. 2018, 845 (877) kaufen sich Investoren bei einer mehrschichtigen Fremdkapitalstruktur mitunter sowohl in die mit Share-Pledges besicherte als auch in die unbesicherte Schicht ein.

161 Siehe zur Fulcrum-Class und zu Synonymen wie Fulcrum-Debt, -security oder -schicht *Harner*, 89 Wash. U. L. Rev. 155, 192 (2011); *de Chapeaurouge/Hafner*, HdB. Unternehmensrestrukturierung, 2. Aufl. 2018, 845 (876 ff.); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 204 ff.; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 81 und 84. — Vgl. auch *Budde*, ZInsO 2010, 2251 (2267); (in praxi sei festzustellen, dass besonders häufig unbesicherte, nachrangige Kreditforderungen umgewandelt würden) Buth/Hermanns/*Knecht*, RSI, 4. Aufl. 2014, § 19 Rn. 145. Demgegenüber berichtend, dass in der Regel Anleihen oder vorrangige Bankschulden erworben würden, Buth/Hermanns/*Haghani/Eschmann*, RSI, 5. Aufl. 2022, § 37 Rn. 169.

162 Siehe zu diesem originären Loan-to-Own oben § 2 A. II. 2.

163 Nur, um einen Eindruck von der Zinshöhe zu haben: Mit 20 % fix war der nachrangige Sanierungskredit verzinst, den die Investoren der *Schefenacker plc* gewährten (*Schefenacker plc*, CVA, 2007, S. 29 Rn. 3.12 ff.; *Wnuck*, Finance v. 9.2.2007). Der EURIBOR lag im Jahre 2007 stets unter 5 % (https://www.euribor-rates.eu/de/euribor-werte-pro-jahr/2007). Weil der Kredit Teil des Restrukturierungskonzeptes war, förderte er die Übernahme nicht; insofern dient das Beispiel nur dazu, einen Eindruck von der Zinshöhe zu geben.

164 Plakativer ausgedrückt: nun „hält er [scil. der Investor] alle Fäden in der Hand" (*Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 286).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Reicht die bloße Drohung mit Kündigung nicht aus, um die Gesellschafter zu einem vorinsolvenzlichen Debt-Equity-Swap zu bewegen, kann der Investor das Kündigungsrecht ausüben, sodass die Rückzahlungsforderungen fällig werden. Damit bereitet er zum einen die Verwertung von Pfandrechten an Gesellschaftsanteilen vor;[165] in Anbetracht der näher rückenden Pfandrechtsverwertung steigt der Druck auf die Gesellschafter, an einer konsensualen Übernahme mitzuwirken. Zum anderen hat er mit der Fälligkeit das für einen Gläubigerantrag gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 InsO erforderliche rechtliche Interesse an der Insolvenzverfahrenseröffnung.[166] Den Gesellschaftern kann er nun deutlich machen, dass der nächste Schritt die Antragstellung sein wird.

Stellt der Investor die Forderungen nicht nur fällig, sondern fordert sie auch ernsthaft ein,[167] wird der Schuldner dadurch (oft)[168] zahlungsunfähig i. S. d. § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO. Damit setzt er die Gesellschafter unter Zeitdruck, sich mit ihm zu einigen. So werden ihnen maximal[169] drei Wochen

165 Siehe zur Kündigung aus diesem Grund *Metze/Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 (117 und 129); *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 181 ff. — Siehe ausführlich zur Verwertung von Pfandrechten an Gesellschaftsanteilen zwecks Übernahme *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 264 ff.; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 331 ff.; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 181 ff.

166 Die Fälligkeit als Voraussetzung eines rechtlichen Interesses implizierend *BGH*, Beschl. v. 29.11.2007 – IX ZB 12/07, NJW 2008, 1380 (1381); explizit fordernd MüKo-InsO/*Vuia*, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, InsO § 13 Rn. 35 und § 14 Rn. 26; Uhlenbruck/*Wegener*, InsO, Bd. 1, 15. Aufl. 2019, InsO § 14 Rn. 80; Gottwald/Haas/*Vuia*, InsR-HdB., 6. Aufl. 2020, § 8 Rn. 37. — Rechtsschutzinteresse bei gestundeter Forderung verneinend (in der Regel) *LG Braunschweig*, Beschl. v. 5.10.1959 – 8 T 683/59, NJW 1961, 2316; *AG Göttingen*, Beschl. v. 28.8.2001 – 74 IN 123/01, NZI 2001, 606.

167 Siehe zu dieser restriktiven Auslegung des insolvenzrechtlichen Fälligkeitsbegriffes *BGH*, Beschl. v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, BGHZ 173, 286 (292 Rn. 18); Beschl. v. 16.5.2017 – 2 StR 169/15, ZInsO 2017, 1364 (1365); *Metze/Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 (127); MüKoInsO/*Eilenberger*, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, InsO § 17 Rn. 7a. — Im Ergebnis zustimmend K. Schmidt/*ders./Herchen*, InsO, 20. Aufl. 2023, InsO § 17 Rn. 13. Gegen diese Restriktion *BGH*, Beschl. v. 23.5.2007 – 1 StR 88/07, NStZ 2007, 643 (644); Beschl. v. 29.10.2020 – 5 StR 618/19, NStZ 2021, 308 (309).

168 Siehe dazu, dass die Fälligstellung regelmäßig zur Zahlungsunfähigkeit führt, *Kiethe*, KTS 2005, 179 (188); (betreffend Leveraged-Buyout-Finanzierungen) *Hiltner/Tunda*, Financial Restructuring, 2011, 66 (81 mit Fn. 42); *Metze/Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 (127); *Regenfus*, ZBB 2015, 383 (384); Ellenberger/Bunte/*Häuser*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 65 Rn. 76; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 78.

169 Siehe zur Einordnung als Höchstfrist *BGH*, Urt. v. 9.7.1979 – II ZR 118/77, BGHZ 75, 96 (108 und 111); Andres/Leithaus/*ders.*, InsO, 4. Aufl. 2018, InsO § 15a Rn. 6; Braun/*Erbe*, InsO, 10. Aufl. 2024, InsO § 15a Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bleiben, bis die Mitglieder des Vertretungsorgans einen Eröffnungsantrag stellen, um ihrer Pflicht gemäß § 15a Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, Satz 2 Alt. 1 InsO nachzukommen.

2. Mittelbar-faktische Begrenzung von Maßnahmen zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme durch das Gesellschafterdarlehensrecht

Betreffs der vorgenannten Maßnahmen zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme fragt es sich, ob die Nachrangregelung des § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO diese mittelbar-faktisch begrenzt.

Mit Blick auf die Rechtsfolgenseite könnte ein Nachrang zumindest begrenzende Wirkung entfalten. Denn kommt es noch vor[170] der Übernahme zur Subordination gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO, hat dies Konsequenzen, die eine forderungsbasierte Übernahme vereiteln können:[171]

Betreffend die Einberufung der Gläubigerversammlung zählt gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 2 InsO lediglich das Verlangen eines nicht nachrangigen Insolvenzgläubigers, und in der Gläubigerversammlung haben nachrangige Insolvenzgläubiger kein Stimmrecht, § 77 Abs. 1 Satz 2 InsO. Nur einem nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger steht nach § 78 Abs. 1 Var. 2 InsO das Recht zu, die Aufhebung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung zu beantragen und gegen die Aufhebung eines solchen Beschlusses sofortige Beschwerde einzulegen, § 78 Abs. 2 Alt. 2 InsO.[172] — Eine Rechtshandlung, die für die Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens i. S. d. § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 InsO oder für eine gleichgestellte Forderung Sicherung

170 Greift nicht das Sanierungsprivileg gemäß § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO, hat ein Debt-Equity-Swap den Nachrang (§ 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 1 InsO) der nicht in Eigenkapital umgewandelten Restforderungen zur Folge, was im Falle einer späteren Insolvenz Bedeutung erlangt, siehe dazu *Aleth/Böhle*, DStR 2010, 1186 (1193); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 355 ff. Insofern ist die hier allein vertiefte Frage einer Subordination vor der Übernahme gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO von größerer strategiebegrenzender Relevanz (vgl. dahingehend auch *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 357).

171 Ausführlich zur Frage des Nachranges unter dem Blickwinkel forderungsbasierter Übernahmestrategien *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 354 ff.; siehe unter diesem Blickwinkel und auch rechtsvergleichend betreffend die Equitable Subordination (11 U. S. C. § 510(c)) *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 581 ff. Siehe zur Equitable Subordination auch *Witt*, Die nachrangige Behandlung von Krediten gesellschaftsfremder Dritter, 2018, S. 92 ff.

172 Siehe dazu allgemein MüKoInsO/*Ehricke/Ahrens*, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, InsO § 75 Rn. 7 f.; K. Schmidt/*Jungmann*, InsO, 20. Aufl. 2023, InsO § 78 Rn. 16, 19 und 34.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder Befriedigung gewährt hat, ist gemäß § 135 Abs. 1 Alt. 2 InsO anfechtbar.[173] — Gemäß § 174 Abs. 3 Satz 1 InsO sind die Forderungen nachrangiger Insolvenzgläubiger nur anzumelden, soweit das Insolvenzgericht besonders dazu auffordert.[174] — Im Insolvenzplanverfahren gelten Forderungen nachrangiger Insolvenzgläubiger als erloschen, wenn im Insolvenzplan nichts anderes bestimmt ist, § 225 Abs. 1 InsO.[175]

Hat der Investor nicht ausnahmsweise trotz der Subordination noch eine teilweise Befriedigung seiner Forderungen zu erwarten,[176] verlieren diese ihre Eignung für einen Debt-Equity-Swap nach § 225a Abs. 2 Satz 1 InsO.[177] — Schließt der Nachrang eine insolvenzliche Übernahme aus, ist die Drohung des Investors, durch Kündigung die materielle Insolvenz des Darlehensnehmers zu erzeugen,[178] umso weniger glaubhaft, je wahrscheinlicher seine Forderungen nachrangig sind.[179]

In Anbetracht dieser Rechtsfolgen ist das Recht der Gesellschafterdarlehen geeignet, Maßnahmen zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme mittelbar-faktisch zu begrenzen. Mit Blick auf die Tatbestandsseite des § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO bleibt damit zu klären, unter welchen Voraussetzungen eine Rechtshandlung einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entspricht:

Nahezu unstreitig ist mittlerweile, dass auch die Rechtshandlungen Verbandsfremder (Dritter) einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich ent-

173 Siehe zu anfechtbaren Befriedigungen und Sicherungen gemäß § 135 Abs. 1 InsO PRSV/*Schultz*, InsR, 3. Aufl. 2022, § 32 Rn. 111 ff.; BeckOK InsR/*Prosteder*/*Dachner*, 36. Ed. 15.7.2024, InsO § 135 Rn. 23 ff. Siehe zur Parallelvorschrift des § 6 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AnfG Kindl/Meller-Hannich/*Haertlein*, Zwangsvollstreckung, 4. Aufl. 2021, AnfG § 6 Rn. 4 ff.; MüKoAnfG/*Weinland*, 2. Aufl. 2022, AnfG § 6 Rn. 1 ff.

174 Siehe zur Nachrangregelung des § 174 Abs. 3 InsO Römermann/*Becker*, InsR, 49. EL Januar 2024, InsO § 174 Rn. 24 ff.

175 Siehe zu all diesen Folgen im Lichte forderungsbasierter Übernahmen *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 357; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 588.

176 Siehe *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 371.

177 Für einen Debt-Equity-Swap gemäß § 225a Abs. 2 Satz 1 InsO sind die teilweise zu befriedigenden Forderungen geeignet; siehe *Harner*, 89 Wash. U. L. Rev. 155, 192 (2011); *de Chapeaurouge*/*Hafner*, HdB. Unternehmensrestrukturierung, 2. Aufl. 2018, 845 (876 ff.); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 204 ff.; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 81 und 84; dazu auch schon oben § 2 C. III. 1. c).

178 Siehe zu dieser Drohung oben § 2 C. II a. E.

179 Den regelmäßigen Verlust des Drohpotenzials annehmend *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 357 f. Siehe allgemein zur Schwächung der Verhandlungsmacht eines Darlehensgebers im Falle einer (drohenden) Subordination *Engert*, ZGR 2012, 835 (864 f. mit Fn. 124).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sprechen können. Anders als noch in der Vorgängerregelung des § 32a Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 GmbHG a. F.[180] finden im heutigen Normtext Dritte zwar keine Erwähnung mehr, doch wollte der Gesetzgeber die frühere Regelung „in personeller (Dritte) und sachlicher Hinsicht"[181] übernehmen.[182]

Diese personelle Ausdehnung betrifft zum einen Zurechnungssachverhalte (z. B. Treuhandkonstellationen) und zum anderen den hier interessierenden Fall, dass einem Dritten kraft vertraglicher Abreden eine Stellung zukommt, die der eines Gesellschafters gleicht.[183]

Eine gesellschaftergleiche Stellung kommt einem Dritten jedenfalls zu, wenn er wie ein Gesellschafter der jeweiligen Verbandsform am Vermögen und am Gewinn der Gesellschaft beteiligt ist und zudem in einem Maße zur Einflussnahme auf die Geschäftsführung und die Gestaltung der Gesellschaft berechtigt ist, dass er die Geschicke der Gesellschaft bestimmen kann.[184]

---

180 § 32a GmbHG ist durch Art. 1 Nr. 22, Art. 25 MoMiG zum 1.11.2008 aufgehoben worden.

181 Siehe BR-Drs. 354/07 S. 130; BT-Drs. 16/6140 S. 56.

182 Die grundsätzliche Einbeziehung Dritter bejahend *BGH*, Urt. v. 17.2.2011 – IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 (366 Rn. 10); Urt. v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 (225 Rn. 15); Urt. v. 18.7.2013 – IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 (72 f. Rn. 23); Urt. v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 (99 f. Rn. 46); Urt. v. 15.11.2018 – IX ZR 39/18, ZIP 2019, 182 f. Rn. 7; Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (131 f. Rn. 20); *W. Bayer*/*Graff*, DStR 2006, 1654 (1659); *Bork*, ZGR 2007, 250 (253 f.); *Haas*, ZInsO 2007, 617 (620); *Knof*, ZInsO 2007, 125 (127); *J.-S. Schröder*/*Grau*, ZInsO 2007, 353 (354); *M. Gehrlein*, BB 2008, 846 (850); *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, S. 412; *Töller*, Die MoMiG-Reform, 2013, S. 196; MHdB GesR/*Kraft*/*Rieckers*, Bd. 4, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 92 a. E.; Reul/Heckschen/Wienberg/*Heckschen*, InsR, 3. Aufl. 2022, § 4 Rn. 1261; mit Blick auf „gleichgestellte Forderungen" (§ 135 Abs. 1 InsO) PRSV/*Schultz*, InsR, 3. Aufl. 2022, § 32 Rn. 113; Kayser/Thole/*Kleindiek*, InsO, 11. Aufl. 2023, InsO § 39 Rn. 48. — Anderer Ansicht *Kammeter*/*Geißelmeier*, NZI 2007, 214 (218); *Wälzholz*, DStR 2007, 1914 (1918); wohl auch Prinz/Kahle/*Watermeyer*, Beck HdB. PersG, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 159c.

183 Siehe zur Systematisierung gegenständlicher und personeller Ausdehnung und der weiteren Zweiteilung der personellen Ausdehnung *Bork*, EWiR 2013, 217; *ders.*, EWiR 2019, 81; *Bitter*, ZIP 2019, 146 f.; *ders.*, WM 2020, 1764 (1766); Blaurock/*Kauffeld*, HdB. Stille Gesellschaft, 9. Aufl. 2020, Rn. 16.24; Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, GmbHG Anh. § 64 Rn. 244 ff.; BeckNotar-HdB/*Heckschen*/*Weitbrecht*, 8. Aufl. 2024, § 22 Rn. 685a und 695 f.

184 Das erforderliche Maß an Einfluss sei jedenfalls erreicht, wenn der Dritte befugt sei, die Geschicke der Gesellschaft mitzubestimmen, *BGH*, Urt. v. 7.11.1988 – II ZR 46/88, BGHZ 106, 7 (10 f.); Urt. v. 13.7.1992 – II ZR 251/91, BGHZ 119, 191 (195 f.); Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (136 Rn. 32); *OLG Hamm*, Urt. v. 16.1.2008 – 8 U 138/06, BeckRS 2008, 12365 Rn. 39 ff.; *LG Frankfurt a. M.*,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nun ist ein Loan-to-Own-Investor vor der Übernahme nicht am Vermögen der Gesellschaft beteiligt und bei einem gewinnunabhängig verzinsten Darlehen auch nicht an deren Gewinn; die für einen Gesellschafter typische *variable Erlösbeteiligung*[185] fehlt ihm. — Damit fragt es sich, ob das Darlehen eines nicht variabel am Erlös beteiligten Dritten überhaupt wirtschaftlich dem eines Gesellschafters entsprechen kann (dazu a)),[186] und wenn ja, was für ein Einfluss zur Begründung einer gesellschaftergleichen Stellung dann erforderlich ist (dazu b)). Sind diese abstrakten Fragen geklärt, lässt sich abschätzen, ob einem Loan-to-Own-Investor, der die oben erörterten Maßnahmen zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme ergreift,[187] eine Subordination gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO droht (dazu c)).

a) Keine Unerlässlichkeit variabler Erlösbeteiligung für eine gesellschaftergleiche Stellung

Über das Telos des § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 1 InsO herrscht Uneinigkeit;[188] auch deshalb wird die Notwendigkeit einer variablen Erlösbeteiligung des Darlehensgebers für eine gesellschaftergleiche Stellung nach § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO unterschiedlich beurteilt.[189] Während die einen der Ansicht sind, Einfluss allein reiche für eine gesellschaftergleiche

---

Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 45; MüKoInsO/*Behme*, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, InsO § 39 Rn. 81; Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, Bd. 1, 15. Aufl. 2019, InsO § 39 Rn. 41. Siehe dazu, dass ein solcher Einfluss in Kumulation mit einer variablen Erlösbeteiligung auch bei restriktiverer Tatbestandsauslegung genügt, unten § 2 C. III. 2. a) bb) und § 2 C. III. 2. a) cc); siehe dazu im Kontext forderungsbasierter Übernahmen *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 358 f.

185 Der Ausdruck der variablen Erlösbeteiligung wird (auch hier) als Oberbegriff für die Teilhabe am Gewinn oder auch am Vermögen der Gesellschaft gebraucht; siehe zu dieser Terminologie *Bitter*, WM 2020, 1764 (1770).

186 Diese Frage erachtet *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 359 hinsichtlich forderungsbasierter Übernahmen für entscheidend, da Loan-to-Own-Investoren selten variabel am Erlös der Zielgesellschaft beteiligt seien.

187 Siehe zu den Maßnahmen zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme oben § 2 C. III. 1.

188 Siehe zu den unterschiedlichen Normzweckverständnissen unten § 2 C. III. 2. a) aa) aaa), § 2 C. III. 2. a) aa) bbb), § 2 C. III. 2. a) bb) und § 2 C. III. 2. a) cc) bbb) (1) (a); ausführlich zu den verschiedenen teleologischen Ansätzen *Schilpp*, Gesellschafterfremdfinanzierte Auslandsgesellschaften, 2017, S. 20 ff.; Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, GmbHG Anh. § 64 Rn. 20 ff.

189 Siehe zum Einfluss des Streits über den Grund der Subordination von Gesellschafterdarlehen auf die Frage nach dem Erfordernis einer variablen Erlösbeteiligung

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Stellung (dazu aa)), meinen andere, eine variable Erlösbeteiligung müsse kumulativ hinzukommen (dazu bb)). Der *IX. Zivilsenat* vertritt (wohl) die Ansicht, dass einer variablen Erlösbeteiligung zwar erhebliches Gewicht zukomme, deren Fehlen eine gesellschaftergleiche Stellung aber auch nicht ausschließe (dazu cc)). Eine solch vermittelnde Sichtweise verdient den Vorzug (dazu dd)).

aa) Eine Ansicht: Einfluss als hinreichende Bedingung

Der Großteil derer, die in der variablen Erlösbeteiligung keine notwendige Bedingung für eine gesellschaftergleiche Stellung nach § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO sehen, lässt schon die hinreichend ausgeprägte Möglichkeit zur Einflussnahme genügen (dazu aaa)). Demgegenüber verlangt *Wolfgang Servatius* zwar, dass der Darlehensgeber tatsächlich Einfluss nimmt, stellt an das Maß der Einflussnahme jedoch geringere Anforderungen als die vorgenannte Ansicht an das Maß der Einflussmöglichkeit (dazu bbb)).

aaa) Herrschende Unteransicht: Erfordernis einer ausgeprägten Einflussmöglichkeit

Nach stark vertretener Ansicht sei ein Darlehensgeber ein gesellschaftergleicher Dritter i. S. d. § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO, wenn ihm nicht bloß Informationsrechte eingeräumt seien,[190] sondern er überdies[191] in einem Maße zur Einflussnahme auf Grundlagenentscheidungen und die Geschäftsführung der Gesellschaft befugt sei, dass er deren Geschicke gleich einem Mehrheitsgesellschafter steuern könne.[192]

Engert, ZGR 2012, 835 (837 und 847); *Haas/Vogel*, NZI 2012, 875 (876); *Servatius*, CFL 2013, 14 (19); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 363.

190 Siehe dazu, dass Informations- und Inspektionsrechte allein nicht ausreichen, unten § 2 C. III. 2. c) bb).

191 Auf eine Kumulation von Informationsrechten, Einfluss auf die Geschäftsführung und Grundlagenentscheidungen abstellend (zum alten Recht) *Tillmann*, DB 2006, 199 (200); das Zusammentreffen von Information und Einfluss hervorhebend (zum neuen Recht) *Eidenmüller*, FS Canaris, Bd. II, 2007, 49 (63).

192 So zum alten Recht: *Fleischer*, ZIP 1998, 313 (315 ff.); Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Pentz*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, GmbHG § 32a Rn. 76; Lutter/Hommelhoff/*dies.*, GmbHG, 16. Aufl. 2004, GmbHG §§ 32a/b Rn. 55; *Schwintowski/Dannischewski*, ZIP 2005, 840 (843 f.); *Tillmann*, DB 2006, 199 (200) – zum neuen Recht vertritt *ders.*, GmbHR 2006, 1289 (1292) allerdings die Gegenansicht. — Siehe zum

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für die Entbehrlichkeit einer variablen Erlösbeteiligung spreche, dass diese für eine Stellung als Gesellschafter auch nicht zwingend sei; so könnten etwa bei der GmbH nach der Satzung einzelne Gesellschafter von der Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös ausgeschlossen sein.[193]

Des Weiteren wird der folgendermaßen verstandene Normzweck der Subordination von Gesellschafterdarlehen nach § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 1 InsO angeführt: Die Stellung als „Gesellschafts-Insider"[194] verschaffe den Gesellschaftern einen Informationsvorsprung gegenüber den Fremdkapitalgebern.[195] Treffe dieser Vorsprung mit der Möglichkeit zur Einflussnahme zusammen,[196] erwachse den Gesellschaftern ein Vorteil gegenüber den Fremdkapitalgebern. In dem Ausgleich dieses Vorteils sei der Nachrang

---

neuen Recht: *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 45; *Eidenmüller*, FS Canaris, Bd. II, 2007, 49 (63 f.); *Breidenstein*, ZInsO 2010, 273 (276 ff.); *Kampshoff*, GmbHR 2010, 897 (901 ff.); *Fleischer/Schmolke*, WM 2011, 1009 (1015); *G. Hoffmann*, WM 2012, 10 (11); *Thiessen*, ZGR 2015, 396 (415 f.); MüKoInsO/*Behme*, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, InsO § 39 Rn. 81; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Gehrlein*, InsO, 4. Aufl. 2020, InsO § 135 Rn. 6; Ellenberger/Bunte/*Gehrlein*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 64 Rn. 82; Bork/Schäfer/*Thiessen*, GmbHG, 5. Aufl. 2022, GmbHG Anh. § 30 Rn. 40; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 607; MAH Insolvenz/*Bornheimer/Westkamp*, 4. Aufl. 2023, § 30 Rn. 52; MAH Insolvenz/*Nerlich/Rhode*, 4. Aufl. 2023, § 4 Rn. 76; MAH GmbHR/*Selzner/Leuering*, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 76; Gehrlein/Born/Simon/*Gehrlein*, GmbHG, 6. Aufl. 2024, GmbHG Vorbemerkung zu § 64 a. F. Rn. 305. — So zumindest betreffend Pfandgläubiger Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, GmbHG Anh. zu § 64 Rn. 147. — In Betracht ziehend Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Ahrens*, InsO, 4. Aufl. 2020, InsO § 39 Rn. 34. — Gleichstellung durch Covenants gesicherter Gläubiger mangels unternehmerischer Finanzierungszuständigkeit ablehnend, sofern die Einflussnahme auf die Kreditsicherung beschränkt bleibe, Scholz/*K. Schmidt*, GmbHG, Bd. I, 10. Aufl. 2006, GmbHG §§ 32a/32b Rn. 154; *ders.*, GmbHR 2009, 1009 (1019); K. Schmidt/*ders./Herchen*, InsO, 20. Aufl. 2023, InsO § 39 Rn. 49.

193 So zum alten Recht *Fleischer*, ZIP 1998, 313 (316).

194 *Breidenstein*, ZInsO 2010, 273 (275), der in der Insiderstellung den Grund für den Nachrang erblickt.

195 *Fleischer*, ZIP 1998, 313 (317); *Breidenstein*, ZInsO 2010, 273 (276 ff.); *Kampshoff*, GmbHR 2010, 897 (899). — An dem Informationsvorsprung als Begründungsansatz kritisierend, dass dieser nur die Anfechtbarkeit der Darlehensrückzahlung, aber nicht auch die Subordination der Darlehensgewährung selbst erkläre, *BGH*, Urt. v. 17.2.2011 – IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 (369 f. Rn. 17); (noch zum alten Recht) *Cahn*, AG 2005, 217 (220 f.); *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168 (192 f.); *K. Schmidt*, GmbHR 2009, 1009 (1016); MHLS/*Dahl/Linnenbrink*, GmbHG, Bd. I, 4. Aufl. 2023, Syst. Darst. 6 Rn. 51.

196 Auf den Informationsvorsprung im Zusammenspiel mit der Eingriffsmöglichkeit in die Geschäftsführung abhebend *Kampshoff*, GmbHR 2010, 897 (899).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von Gesellschafterdarlehen begründet. Folglich müsse ein Darlehensgeber, der am Unternehmen „näher dran“[197] sei als ein gewöhnlicher Gläubiger, nach § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO einem Gesellschafter gleichgestellt werden.[198]

Schließlich wird angeführt, der in atypischer Weise zur Einflussnahme auf die Geschäftsführung und die Gestaltung der Gesellschaft Berechtigte trage gesellschafterähnliche Verantwortung für die Gesellschaft; daher sei er Normadressat des § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO.[199]

bbb) Servatius' Ansicht: Erfordernis tatsächlicher Einflussnahme

Servatius meint, zur Begründung einer gesellschaftergleichen Stellung gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO bedürfe es der tatsächlichen Einflussnahme.[200] Dabei sei das erforderliche Maß an Einflussnahme schon erreicht, wenn der Darlehensgeber derart in den internen Willensbildungsprozess des Unternehmens einbezogen sei, dass ein einflussloser Gläubiger bei typisierender Betrachtung auf dessen verantwortungsvolles Handeln hinsichtlich der Steuerung des Insolvenzrisikos vertraue.[201]

Zur Begründung hebt *Servatius* insbesondere auf die Ingangsetzungsfunktion des vorrangig haftenden Eigenkapitals ab und überträgt dies auf Fremdkapitalgeber, die auf die Unternehmensführung Einfluss aus-

197 *Kampshoff*, GmbHR 2010, 897 (899). — Vgl. *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925 (1934), er meint, der Nachrang von Gesellschafterdarlehen werde nach neuem Recht bloß darauf gestützt, dass die Gesellschafter „näher dran“ seien. — Vgl. auch *Noack*, DB 2007, 1395 (1398), zur Begründung des Nachranges von Gesellschafterdarlehen hebt er zwar auf deren Insiderstellung ab, verknüpft dies aber mit dem aus einer variablen Erlösbeteiligung resultierenden Anreiz, auf Kosten der Gläubiger übermäßige Risiken einzugehen (siehe zu diesem Anreiz unten § 2 C. III. 2. a) bb) a. E.). — Den Nähe-Aspekt vom Informationsvorsprung als Bezugspunkt lösend und stattdessen mit dem Gedanken der Risikoübernahme verknüpfend KöKo AktG/*Drygala*, Bd. 1, 3. Aufl. 2011, AktG § 57 Rn. 149 f. — Rowedder/Pentz/*Görner*, GmbHG, 7. Aufl. 2022, GmbHG Anh. § 30 erachtet die Einflussmöglichkeit allein zwar nicht für ausreichend (vgl. Rn. 71), begründet das Recht der Gesellschafterdarlehen aber dennoch ebenfalls mit einem Näheverhältnis (Rn. 19). — Vgl. auch MüKo-AktG/*Bayer*, Bd. 1, 6. Aufl. 2024, AktG § 57 Rn. 257, er sieht den Zweck der Jahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO darin, den sich aus Einblicks- und Einflussmöglichkeiten ergebenden Informationsvorsprung zu kompensieren.

198 *Breidenstein*, ZInsO 2010, 273 (276); *Kampshoff*, GmbHR 2010, 897 (899).

199 MAH Insolvenz/*Bornheimer/Westkamp*, 4. Aufl. 2023, § 30 Rn. 52.

200 *Servatius*, Covenants, 2008, S. 524 ff.; *ders.*, CFL 2013, 14 (19 ff.).

201 *Servatius*, Covenants, 2008, S. 538; *ders.*, CFL 2013, 14 (22).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

üben:[202] Die Ausstattung des Unternehmens mit Eigenkapital ermögliche die Fremdkapitalaufnahme; die in der vorrangigen Haftung des Eigenkapitals liegende Selbstbetroffenheit schaffe einen Anreiz, unternehmerische Entscheidungen auch mit Rücksicht auf die Interessen der Gläubiger zu treffen. Insofern gewährleiste die Selbstbetroffenheit solchermaßen sachgerechte Entscheidungen und der Rechtsverkehr vertraue auf sie.[203] Um die Selbstbetroffenheit der Entscheidungsträger zu gewährleisten und das Vertrauen der Gläubiger darauf nicht zu enttäuschen, müssten folglich auch jene Fremdkapitalgeber vorrangig haften, die auf die Führung des Unternehmens Einfluss nähmen.[204]

Außerdem führt *Servatius* an, es liefe auf ein Bankenprivileg hinaus, einflussreiche Fremdkapitalgeber ohne variable Erlösbeteiligung vom Nachrang gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO auszunehmen. Ein solches Privileg widerspräche dem gesetzgeberischen Willen – arg. e c. § 24 UBGG (danach ist § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 InsO auf Unternehmensbeteiligungsgesellschaften i. S. d. § 1a Abs. 1 UBGG nicht anzuwenden): Hätte nämlich der Gesetzgeber auch für Kreditinstitute eine Bereichsausnahme gewollt, hätte er eine der Vorschrift des § 24 UBGG entsprechende Bestimmung im Kreditwesengesetz geschaffen.[205]

202 Siehe zur Ingangsetzungsfunktion des Eigenkapitals, deren Bedeutung für den Leverage-Effekt und deren Übertragbarkeit auf einflussnehmende Fremdkapitalgeber *Servatius*, Covenants, 2008, S. 144 ff., 301 ff., 372 ff. und 494 ff.; *ders.*, CFL 2013, 14 (18 ff.). — Vgl. auch KöKo AktG/*Drygala*, Bd. 1, 3. Aufl. 2011, AktG § 57 Rn. 149, er meint, wer das Unternehmen in Gang setze und darin Herrschaftsmacht ausübe, dürfe nicht mit den durch seine Entscheidungen nachteilig Betroffenen in Verteilungskonkurrenz treten; dieser „Gedanke des Risikobeitrags" legitimiere die Subordination von Gesellschafterdarlehen.

203 Siehe *Servatius*, Covenants, 2008, S. 302 f. und 376; *ders.*, CFL 2013, 14 (20). — Vgl. auch *Witt*, Die nachrangige Behandlung von Krediten gesellschaftsfremder Dritter, 2018, S. 75 und 196.

204 *Servatius*, Covenants, 2008, S. 327 f.; *ders.*, CFL 2013, 14 (20 f.).

205 *Servatius*, Covenants, 2008, S. 499.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Andere Ansicht: Einfluss und variable Erlösbeteiligung als notwendige Bedingungen – kumulativer Doppeltatbestand

Ein durchaus großer[206] Teil des Schrifttums meint, § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO setze notwendig die Kumulation von Einfluss und variabler Erlösbeteiligung voraus (Doppeltatbestand). Der Dritte müsse in einer über die Rückzahlung des Darlehens und die Entrichtung fester Zinsen hinausgehenden Weise am unternehmerischen Erfolg teilhaben,[207] zum Beispiel durch eine gewinnabhängige Verzinsung oder eine Wandlungsoption.[208]

206 *Bitter*, WM 2020, 1764 (1770) behauptet, der Doppeltatbestand werde „heute von der ganz h. L. vertreten […]", was in Anbetracht der zahlreichen Gegenstimmen (siehe oben § 2 C. III. 2. a) aa) aaa)) doch übertrieben erscheint.

207 So zum alten Recht: *Habersack*, ZGR 2000, 384 (393 ff.); *von Sethe*, BKR 2006, 396 (397). — So zum neuen Recht: *Tillmann*, GmbHR 2006, 1289 (1290 ff.); *Habersack*, ZIP 2008, 2385 (2388); *Engert*, ZGR 2012, 835 (858 ff.); *Bitter/Laspeyres*, ZInsO 2013, 2289 (2295); *M. Renner/D. Schmidt*, ZHR 180 (2016), 522 (535 ff.); Cranshaw/Paulus/Michel/*Zenker*, Bankenkommentar zum Insolvenzrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, InsO § 39 Rn. 63 f.; Baumbach/Hueck/*Fastrich*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, GmbHG Anh. § 30 Rn. 26; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 367; Gottwald/Haas/*ders./Kolmann/Kurz*, InsR-HdB., 6. Aufl. 2020, § 90 Rn. 451; *A. Wilhelm*, ZIP 2020, 2210 (2212); Graf-Schlicker/*Bremen/Neußner*, InsO, 6. Aufl. 2022, InsO § 39 Rn. 51; Noack/Servatius/Haas/*ders.*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, GmbHG Anh. § 64 Rn. 57d und 71; *Altmeppen*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, Anh. § 30 Rn. 14; HHS/*Schmittmann*, Insolvenzanfechtung, 5. Aufl. 2023, Kap. 3 InsO § 135 Rn. 37 und 40; MHdB GesR/*Erhardt*, Bd. 2, 6. Aufl. 2024, § 83 Rn. 40; HambKo-InsR/*Lüdtke*, 10. Aufl. 2024, InsO § 39 Rn. 42; HambKo-InsR/*Schröder*, 10. Aufl. 2024, InsO § 135 Rn. 32. — Hinsichtlich der Form der wirtschaftlichen Teilhabe die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen betonend *Habersack*, ZIP 2007, 2145 (2148); *U. Huber*, FS Priester, 2007, 259 (280); H/C/L/*Habersack*, GmbHG, Bd. II, 3. Aufl. 2020, GmbHG Anh. § 30 Rn. 91. Demgegenüber die Partizipation an den unternehmerischen Chancen und Risiken hervorhebend *Krolop*, GmbHR 2009, 397 (399 und 401 f.); BeckOGK AktG/*Cahn/v. Spannenberg*, 1.6.2024, AktG § 57 Rn. 127. — Wohl auch *Hirte*, ZInsO 2008, 689 (693); KöKo InsO/*Hess*, Bd. 1, 2016, InsO § 39 Rn. 106; Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, Bd. 1, 15. Aufl. 2019, InsO § 39 Rn. 41. — Mit Einschränkungen auch FK-InsO/*Bornemann*, 9. Aufl. 2018, InsO § 39 Rn. 83; *Bitter*, WM 2020, 1764 (1773); Saenger/Inhester/*Kolmann*, HK-GmbHG, 4. Aufl. 2020, GmbHG Anh. § 30 Rn. 61; Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, GmbHG Anh. § 64 Rn. 252; siehe zu den Einschränkungen am Ende dieses Abschnitts.

208 Siehe *Engert*, ZGR 2012, 835 (862); FK-InsO/*Bornemann*, 9. Aufl. 2018, InsO § 39 Rn. 83.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einfluss und variable Erlösbeteiligung[209] könnten einander bei einer Gesamtschau zwar ausgleichen, aber nicht ersetzen.[210]

Mit Blick auf die Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* ist zu konstatieren, dass jene stillen Gesellschafter, deren Position er als gesellschaftergleich beurteilt hat, den Doppeltatbestand erfüllten.[211] Auch der Pfandgläubiger-Fall war durch eine „eigenkapitalartig[e]"[212] Teilhabe der darlehensgebenden Bank am wirtschaftlichen Erfolg der Darlehensnehmerin geprägt:[213] Verzeichnete nämlich die Darlehensnehmerin in ihrer Steuerbilanz einen Gewinn für das vorangegangene Geschäftsjahr, verpflichtete dies sie, die Verbindlichkeiten einer gruppenangehörigen Gesellschaft gegenüber der Bank zu tilgen. Insofern war die Bank eben nicht nur mit weitreichenden Einflussbefugnissen ausgestattet und Inhaberin eines Pfandrechts an den Geschäftsanteilen an der Darlehensnehmerin, sondern zugleich in der beschriebenen Weise am wirtschaftlichen Erfolg der Darlehensnehmerin beteiligt.[214] Seine Rechtsprechung hat der *II. Zivilsenat* dahingehend zusammengefasst, dass atypische Stille und Pfandgläubiger einem Gesellschafter gleichstünden, wenn ihnen neben ihrer Gewinnbeteiligung atypisch weitgehende Befugnisse zur Einflussnahme auf die Geschäftsführung und die Ge-

209 Der wirtschaftlichen Teilhabe mehr Gewicht als dem Einfluss beimessend *Tillmann*, GmbHR 2006, 1289 (1290 ff.); Saenger/Inhester/*Kolmann*, HK-GmbHG, 4. Aufl. 2020, GmbHG Anh. § 30 Rn. 61.

210 *Tillmann*, GmbHR 2006, 1289 (1290 ff.); Noack/Servatius/Haas/*ders.*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, GmbHG Anh. § 64 Rn. 57d und 71.

211 Siehe (an Vermögen und Ertrag beteiligter und Geschicke der GmbH bestimmender Stiller) *BGH*, Urt. v. 7.11.1988 – II ZR 46/88, BGHZ 106, 7 (10 f.) – eingehend zu dieser Entscheidung *Witt*, Die nachrangige Behandlung von Krediten gesellschaftsfremder Dritter, 2018, S. 46 f.; (infolge vermögensmäßiger Beteiligung und Einflusses auf die Geschicke der GmbH einem Gesellschafter weitgehend gleichstehender Stiller) Urt. v. 13.2.2006 – II ZR 62/04, NZG 2006, 341 (343 Rn. 24); (Einflussmöglichkeiten habender und zu 95 % an Gewinn/Verlust beteiligter Stiller) Urt. v. 24.9.2013 – II ZR 39/12, NZG 2013, 1385 (1386 Rn. 19 ff.); (zweites Revisionsverfahren) Urt. v. 23.1.2018 – II ZR 246/15, NZI 2018, 407 Rn. 14. — Siehe zum vorausgesetzten Doppeltatbestand bei der Qualifikation des Stillen als gesellschaftergleichen Dritten *C. Renner*, ZIP 2002, 1430 (1432 ff.); Blaurock/*Kauffeld*, HdB. Stille Gesellschaft, 9. Aufl. 2020, Rn. 16.26; Prinz/Winkeljohann/*Protz/Krome*, Beck HdB. GmbH, 6. Aufl. 2021, § 7 Rn. 175; MHdB GesR/*Plückelmann*, Bd. 2, 6. Aufl. 2024, § 93 Rn. 13.

212 *BGH*, Urt. v. 13.7.1992 – II ZR 251/91, BGHZ 119, 191 (197).

213 *BGH*, Urt. v. 13.7.1992 – II ZR 251/91, BGHZ 119, 191 (196 ff.) mit im Ergebnis zust. Anm. v. *Dreher*, ZGR 1994, 144 ff.; siehe zu dieser Entscheidung *H. P. Westermann*, FS Odersky, 1996, 897 (914 ff.); *Witt*, Die nachrangige Behandlung von Krediten gesellschaftsfremder Dritter, 2018, S. 48 ff.

214 *BGH*, Urt. v. 13.7.1992 – II ZR 251/91, BGHZ 119, 191 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

staltung der Gesellschaft eingeräumt seien, insbesondere wenn sie wie ein Gesellschafter die Geschicke der Gesellschaft mitzubestimmen berechtigt seien.[215]

Für das zwingende Erfordernis einer variablen Erlösbeteiligung wird das Kleinbeteiligtenprivileg des § 39 Abs. 5 InsO angeführt;[216] dagegen, dass ein besonders weitreichender Einfluss eine fehlende variable Erlösbeteiligung kompensiere, wird vorgebracht, auf unangemessene Einflussnahme sei mit den Generalklauseln der §§ 138, 826 BGB und dem AGB-Recht zu reagieren.[217]

Vor allem jedoch wird teleologisch argumentiert, wobei die Ansichten über den Zweck der Subordination auseinandergehen:

Teils wird die Subordination mit dem Privileg der Haftungsbeschränkung[218] bzw. dessen Missbrauch gerechtfertigt: Wer am Erfolg der Unternehmung teilhabe und darauf Einfluss nehmen könne, aber kein vorrangig haftendes Kapital einlege, missbrauche das Privileg der Haftungsbeschränkung; der Nachrang wirke dem entgegen.[219]

Andere rechtfertigen das Kumulationserfordernis auf Grundlage einer rechtsökonomischen Interpretation des Normzwecks: Aus der Teilhabe

---

215 *BGH*, Beschl. v. 5.4.2011 – II ZR 173/10, NZG 2011, 864 Rn. 4. Siehe zur Voraussetzung eines Doppeltatbestandes in der Rechtsprechung des *II. Zivilsenats*: *Witt*, Die nachrangige Behandlung von Krediten gesellschaftsfremder Dritter, 2018, S. 64; *Bitter*, WM 2020, 1764 (1765); *A. Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2020, S. 111 f.; MHdB GesR/*Erhardt*, Bd. 2, 6. Aufl. 2024, § 83 Rn. 40. — Auf die Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* zwar rekurrierend, aber die Kumulation von Einfluss und variabler Erlösbeteiligung wohl dennoch nicht für zwingend erachtend, *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (136 Rn. 32), siehe dazu sogleich unten § 2 C. III. 2. a) cc).

216 *Habersack*, ZGR 2000, 384 (397); *Schulze De la Cruz*, Der neue Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen, 2015, S. 230 f.; H/C/L/*Habersack*, GmbHG, Bd. II, 3. Aufl. 2020, GmbHG Anh. § 30 Rn. 91.

217 So zum alten Recht: *Habersack*, ZGR 2000, 384 (393 ff.); *von Sethe*, BKR 2006, 396 (397). — So auch zum neuen Recht *Habersack*, ZIP 2007, 2145 (2148 f.); *ders.*, ZIP 2008, 2385 (2388); *Witt*, Die nachrangige Behandlung von Krediten gesellschaftsfremder Dritter, 2018, S. 191; H/C/L/*Habersack*, GmbHG, Bd. II, 3. Aufl. 2020, GmbHG Anh. § 30 Rn. 92.

218 Allein auf das Privileg der Haftungsbeschränkung abstellend und den Zusatz eines Missbrauchsvorwurfes ablehnend HambKo-InsR/*Lüdtke*, 10. Aufl. 2024, InsO § 39 Rn. 23 und 38.

219 *Habersack*, ZIP 2007, 2145 (2147); *U. Huber*, FS Priester, 2007, 259 (279 f.); *Habersack*, ZIP 2008, 2385 (2387); *Schulze De la Cruz*, Der neue Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen, 2015, S. 187 ff., 230 und 286 f.; H/C/L/*Habersack*, GmbHG, Bd. II, 3. Aufl. 2020, GmbHG Anh. § 30 Rn. 91; MAH AktienR/*Schüppen*, 4. Aufl. 2024, § 21 Rn. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

am Erfolg der Gesellschaft resultiere der Anreiz für risikoreiches und infolgedessen für die übrigen Gläubiger der Gesellschaft nachteiliges Verhalten. Komme die Einflussmöglichkeit hinzu, könne sich dieser Anreiz zum Schaden dieser Festbetragsgläubiger auswirken. Insofern bezwecke die Subordination, Risikoanreize zu verringern und so Risikoerhöhungsstrategien zulasten der übrigen Gesellschaftsgläubiger entgegenzuwirken.[220]

Manche Vertreter eines rechtsökonomischen Normzweckverständnisses meinen allerdings, eine variable Erlösbeteiligung sei ausnahmsweise entbehrlich, wenn die Forderungen des Darlehensgebers krisenbedingt entwertet seien und er vermöge seines Einflusses riskante Sanierungsmaßnahmen durchsetze, um so seine Forderungen wieder aufzuwerten. Sei nämlich der Fortführungswert des Unternehmens bereits den Fremdkapitalgebern zugewiesen, partizipiere der Darlehensgeber im Umfang der Wertminderung seiner Forderungen am künftigen unternehmerischen Erfolg.[221]

cc) Vermittelnde Position des IX. Zivilsenats im Doppeltreuhand-Urteil – keine Unerlässlichkeit variabler Erlösbeteiligung

Die Frage, ob für eine Subordination gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO die Einflussmöglichkeiten *und* die Erlösbeteiligung denen eines

220 *Engert*, ZGR 2012, 835 (858); *Bitter*/*Laspeyres*, ZInsO 2013, 2289 (2292 f.); *M. Renner*/*D. Schmidt*, ZHR 180 (2016), 522 (536); *Friese*, NZI 2018, 891; MüKoInsO/*Bitter*, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, InsO § 44a Rn. 3; *Bitter*, WM 2020, 1764 (1772); Saenger/Inhester/*Kolmann*, HK-GmbHG, 4. Aufl. 2020, GmbHG Anh. § 30 Rn. 30 ff.; *A. Wilhelm*, ZIP 2020, 2210 (2211); Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, GmbHG Anh. § 64 Rn. 34 ff. — Auf den Zweck der Risikosteuerung heben zwar auch *Kleindiek*, ZGR 2017, 731 (742); MüKoInsO/*Behme*, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, InsO § 39 Rn. 47 und 77; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, GmbHG Anh. zu § 64 Rn. 134 ab, anders als die zuvor genannten Stimmen erblicken sie in der Teilhabe am Unternehmenserfolg jedoch kein zwingendes Element einer gesellschaftergleichen Stellung, siehe MüKoInsO/*Behme*, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, InsO § 39 Rn. 81; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, GmbHG Anh. zu § 64 Rn. 147. — Die Legitimation des Nachranges mit der Verringerung von Risikoanreizen kritisierend *Eidenmüller*, FS Canaris, Bd. II, 2007, 49 (55).

221 FK-InsO/*Bornemann*, 9. Aufl. 2018, InsO § 39 Rn. 83; *Bitter*, WM 2020, 1764 (1773); Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, GmbHG Anh. § 64 Rn. 299. — Demgegenüber meint Saenger/Inhester/*Kolmann*, HK-GmbHG, 4. Aufl. 2020, GmbHG Anh. § 30 Rn. 68, eine Ausnahme vom Erfordernis variabler Erlösbeteiligung komme in Betracht, wenn der Darlehensgeber zu einem anderen Zweck als der Rettung seines Kreditengagements die Kompetenzverteilung in der Gesellschaft de facto außer Kraft setze.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gesellschafters wirtschaftlich entsprechen müssen, hat der *IX. Zivilsenat* im Jahre 2012 offengelassen. Damals hat er geurteilt: Die Subordination der Forderungen eines stillen Gesellschafters einer GmbH & Co. KG könne „jedenfalls"[222] eintreten, wenn seine Einlage und das Vermögen der Geschäftsinhaberin im Innenverhältnis als gemeinschaftliches Vermögen behandelt würden, sein Gewinn wie bei einem Kommanditisten ermittelt werde, seine Mitwirkungsbefugnisse in der GmbH & Co. KG der Beschlusskompetenz eines Kommanditisten in Grundlagenangelegenheiten jedenfalls in ihrer schuldrechtlichen Wirkung gleichkämen und seine Informations- und Kontrollrechte denen eines Kommanditisten nachgebildet seien.[223]

Im Jahre 2020 hatte der *IX. Zivilsenat* darüber zu entscheiden, ob bestimmte Banken als gesellschaftergleiche Dritte i. S. d. § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO anzusehen sind. Die Banken waren zwar nicht variabel am Erlös der Schuldnerin beteiligt, beeinflussten aber unter anderem deren Personalentscheidungen und waren durch eine doppelnützige Treuhand begünstigt (dazu aaa)). In seiner Entscheidung vom 25.6.2020 (Doppeltreuhand-Urteil)[224] hat er die Diskussion um die Notwendigkeit einer variablen Erlösbeteiligung für eine gesellschaftergleiche Stellung zwar bedauerlicherweise[225] übergangen. Seine diesbezügliche Auffassung wird bei näherer Betrachtung der Entscheidungsgründe dennoch erkennbar;[226] diese enthalten mehrere Anhaltspunkte dafür, dass er eine gesellschaftergleiche Stellung auch ohne variable Erlösbeteiligung für möglich erachtet (dazu bbb)).[227]

---

222 *BGH*, Urt. v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 (385 Rn. 17). Unter Bezugnahme auf das Adverb „jedenfalls" die Positionierung des *IX. Zivilsenats* in Betreff des Erfordernisses einer Kumulation von Einfluss und wirtschaftlicher Teilhabe für offen erachtend MHLS/*Dahl/Linnenbrink*, GmbHG, Bd. I, 3. Aufl. 2017, Syst. Darst. 6 Rn. 48 Fn. 3222.

223 *BGH*, Urt. v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 (385 Rn. 17).

224 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125.

225 Dies zu Recht kritisierend *Bitter*, WM 2020, 1764 (1774).

226 Dagegen meint *Bitter*, WM 2020, 1764 (1770 ff.), die Position des *IX. Zivilsenats* sei durch dessen Urt. v. 25.6.2020 nicht klarer geworden; vgl. auch MAH PersGesR/*Gummert*, 4. Aufl. 2023, § 6 Rn. 68 mit Fn. 125 a. E.

227 Im Ergebnis den *IX. Zivilsenat* ebenso deutend: *Prosteder/Grotebrune*, DB 2020, 2562 (2568), da sie Fremdkapitalgebern raten, sich nur zurückhaltend Kontroll- und Mitspracherechte einräumen zu lassen; *Wiehe*, BKR 2020, 636 (641); MHLS/*Dahl/Linnenbrink*, GmbHG, Bd. I, 4. Aufl. 2023, Syst. Darst. 6 Rn. 48. — Siehe auch *Mösinger*, GWR 2019, 33, der das *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 – die Vorinstanz – so zu deuten scheint, dass es eine gesellschaftergleiche Stellung wohl angenommen hätte, wenn nur die Einflussmöglichkeiten intensiver ausgestaltet gewesen wären.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aaa) Sachverhaltsdarstellung des Doppeltreuhand-Falles

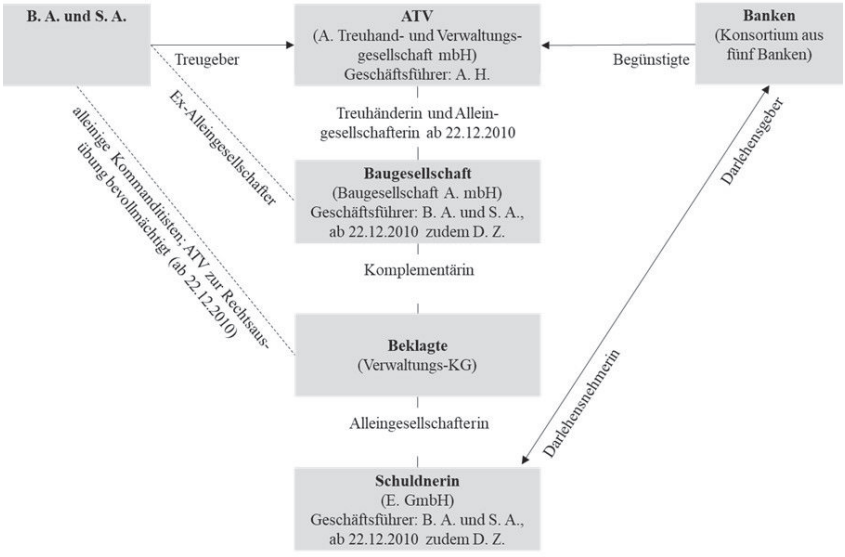

Abbildung 1: BGHZ 226, 125 – Doppeltreuhand (eigene Darstellung, angelehnt an Prosteder/Grotebrune, DB 2020, 2562)

Die Brüder B. A. und S. A.[228] waren Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Baugesellschaft A. mbH (Baugesellschaft)[229]. Die Baugesellschaft war die Komplementärin der Verwaltungs-KG (Beklagte)[230]; Kommanditis-

228 Es handelt sich um dieselben Personen bei „B. A. und S. A." (*BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 [126 Rn. 1]), „A und B X" (*OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887; Hervorhebung im Original weggelassen), „… und …" (*LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 48) sowie „Treugeber" (Teil A § 1.2 der Treuhandvereinbarung, zitiert nach *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 19).

229 Es handelt sich um dieselbe Person bei der „Baugesellschaft A. mbH" – kurz „Baugesellschaft" (*BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 [126 Rn. 1]), der „Baugesellschaft X-GmbH" (*OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887; Hervorhebung im Original weggelassen), der „Komplementär-GmbH" (*LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 14) und der „Treugutgesellschaft" (Teil B § 6 der Treuhandvereinbarung, zitiert nach *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 18).

230 Übereinstimmend wird die „Verwaltungs[-]KG" (so zusätzlich nur *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 48) „Beklagte[…]" (*BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 [126 Rn. 1]; *LG Frank-*

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten der Beklagten waren B. A. und S. A. Die Beklagte war die Alleingesellschafterin der E. GmbH (Schuldnerin)[231]; Geschäftsführer der Schuldnerin waren B. A. und S. A.[232]

Die Schuldnerin nahm bei einem Konsortium aus fünf Banken (Banken)[233] festverzinsliche[234] Darlehen in Höhe von 9,4 Mio. Euro auf.[235] Die Darlehen waren unter anderem durch eine Gesamtgrundschuld über nominal 12 Mio. Euro an Grundstücken der Beklagten und der Schuldnerin besichert.[236]

Ab dem Jahre 2010 geriet die Schuldnerin in Zahlungsschwierigkeiten,[237] woraufhin am 11.5.2010 die Beklagte, die Schuldnerin und die Banken einen Poolvertrag bezüglich der Sicherheiten schlossen und ein Stillhalteabkommen bis zum 30.9.2010 vereinbarten, welches sie später verlängerten.[238] Die S. GmbH (S.)[239] erstellte ein Sanierungskonzept für die Schuldnerin.[240]

---

furt a. M., Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 3) bzw. „Bekl." (*OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887) genannt.

231 Es handelt sich um dieselbe Person bei der „E. GmbH" – kurz „Schuldnerin" (*BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 [126 Rn. 1]), der „X & Y-GmbH" – kurz „Schuldnerin oder XY" (*OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887; Hervorhebung im Original weggelassen) und der „Insolvenzschuldnerin" (*LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 14).

232 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (126 Rn. 1).

233 Es handelt sich um dieselben Personen bei den „Banken" (*BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 [126 Rn. 2]; *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 f.), den „Pool-Banken" (*LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 5) und den „Begünstigte[n]" (Teil B § 1.4 der Treuhandvereinbarung, zitiert nach *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 [888]).

234 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (139 Rn. 40).

235 *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887.

236 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (126 Rn. 2); *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887; *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 8.

237 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (126 Rn. 2); *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 4.

238 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (126 Rn. 2); *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 f.

239 Es handelt sich um dieselbe Person bei der „S. GmbH" – kurz „S." (*BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 [126 Rn. 2]), der „E + F Unternehmensberatungs-GmbH" – kurz „E + F" (*OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 [888]; Hervorhebung im Original weggelassen) und der „…" (*LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 4).

240 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (126 Rn. 2).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Am 22.12.2010 wurde D. Z.[241] als dritter Geschäftsführer der Baugesellschaft und der Schuldnerin bestellt. Streitig ist insofern geblieben, ob die Banken dessen Bestellung unter Androhung der Kündigung durchsetzten.[242]

Ebenfalls am 22.12.2010 vereinbarten B. A. und S. A. mit der A. Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft mbH (ATV)[243] eine Doppeltreuhand zugunsten der Banken.[244] Damit kamen sie einer Finanzierungsauflage nach.[245] Auf Vorschlag der Banken wurde A. H. zum Geschäftsführer der ATV bestellt;[246] wie viel Spielraum die Banken bei dieser Personalentschei-

241 Es handelt sich um dieselbe Person bei „D. Z." (*BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 [126 Rn. 2]) und „D" (*OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 [888]; Hervorhebung im Original weggelassen); das *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 erwähnt diese Person nicht.

242 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (126 Rn. 2 und 140 Rn. 44).

243 Es handelt sich um dieselbe Person bei der „A. Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft mbH" – kurz „ATV" (*BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 [126 f. Rn. 2]), der „Treuhandgesellschaft" (*OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 [888]; *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 14) und der „Treuhänderin" (Teil B § 6 der Treuhandvereinbarung, zitiert nach *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 18).

244 In der Präambel der Treuhandvereinbarung stand, dass die Banken „in ihrer Eigenschaft als Fremdkapitalgeber wirtschaftlich aus dieser Treuhandvereinbarung begünstigt" seien sollten (zitiert nach *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 18). — Siehe dazu *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (126 f. Rn. 2); *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 (890).

245 Siehe Teil B § 6 der Treuhandvereinbarung: „Der Abschluss dieses Treuhandvertrages ist als so genannte ‚harte Treuhandauflage' Voraussetzung für die Aufrechterhaltung der Finanzierungslinien seitens der Begünstigten, was wiederum unabdingbare Voraussetzung für die Umsetzung des Sanierungsplans und die Fortführung der …-Gruppe ist. Die Eingehung der Treuhandschaft, die Umsetzung des Sanierungsplanes, und die Tätigkeit der Treuhänderin und Umsetzung des Treuhandauftrages liegen daher auch im Interesse der Treugutgesellschaft und der …-Gruppe" (zitiert nach *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 18; Hervorhebung durch die Kammer weggelassen). — Siehe dazu *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (143 Rn. 52).

246 Es handelt sich um dieselbe Person bei „A. H." (*BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 [141 Rn. 46]), „Rechtsanwalt G" (*OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 [888]; Hervorhebung im Original weggelassen) und „Rechtsanwalt …" (*LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 14).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dung ließen, ist streitig geblieben.[247] B. A. und S. A. traten ihre Anteile an der Baugesellschaft an die ATV ab und bevollmächtigten diese, ihre Stimmrechte und diesbezüglichen Gesellschafterrechte als Kommanditisten der Beklagten auszuüben.[248] Das Treugut hatte die ATV grundsätzlich weisungsfrei[249] und eigenverantwortlich[250] nach Maßgabe des Sanierungsplans der S. zu verwalten.[251]

Unterlagen und Informationen musste die ATV an die Banken weitergeben.[252] Ohne Zustimmung der Banken durfte weder eine Entnahme noch eine Gewinnausschüttung zugunsten der Kommanditisten B. A. und S. A.

247 Nach der Behauptung der Beklagten hätten die Banken ausschließlich A. H. als Geschäftsführer der ATV gewünscht und durchgesetzt, *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (141 Rn. 46). — Dem *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 (890) zufolge sei nicht dargetan worden, dass die Banken der ATV einen Wunschkandidaten aufgezwungen hätten. — Laut dem *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 48 sei der Geschäftsführer unstreitig von den Banken bestimmt worden.

248 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (126 f. Rn. 2 und 143 Rn. 52); *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 (888); *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 16.

249 Teil B § 3.3 der Treuhandvereinbarung lautete: „Die Treuhänderin übt ihre Tätigkeit weisungsfrei nach eigenem Ermessen im Rahmen des Treuhandvertrages aus, soweit sich nicht aus den Regelungen dieser Vereinbarung etwas anderes ergibt" (zitiert nach *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 25). — Siehe dazu *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (140 f. Rn. 45 und 143 Rn. 52); *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 (888).

250 Nach Teil B § 1.3 der Treuhandvereinbarung „wird die Treuhänderin die Rechte an und aus diesem Treugut […] eigenverantwortlich ausüben, jedoch im Einklang mit dem Sanierungsplan […]" (zitiert nach *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 20). — Siehe dazu *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (143 Rn. 52).

251 Siehe Teil A § 1.2 der Treuhandvereinbarung: „Die Treugeber beauftragen hierzu die Treuhänderin, die Rechte aus dem Treugut […] nach Maßgabe dieser Vereinbarung auszuüben und soweit möglich und zumutbar alle Maßnahmen zu ergreifen, die […] geeignet sind, im Rahmen des Sanierungsplans die Werthaltigkeit des Treuguts und der …-Gruppe zu erhalten […]. Die Treugeber beauftragen zu diesem Zwecke die Treuhänderin, das […] Treugut […] nach Maßgabe des Sanierungsplans zu verwalten". — In Teil B § 3.1 der Treuhandvereinbarung ist vereinbart: „Die Treugeber weisen die Treuhänderin unwiderruflich an, die Rechte aus dem Treugut im Sinne der Durchführung der im Sanierungsplan niedergelegten Sanierungsmaßnahmen […] auszuüben […]" (zitiert nach *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 19 und 24). — Siehe dazu *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (142 Rn. 51).

252 Nach Teil B § 4.2 der Treuhandvereinbarung hatte die ATV „alle Unterlagen und Informationen […] an die Begünstigten weiter[zu]leiten" (zitiert nach *LG Frank-*

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erfolgen.[253] Die Banken waren in Höhe ihrer jeweiligen Forderungen an Verwertungserlösen und sonstigen Zahlungen vorrangig[254] und unmittelbar (§ 328 Abs. 1 BGB) berechtigt.[255]

Am 11.2.2011 trafen die Banken mit der Schuldnerin, der Beklagten, B. A. und S. A. eine auf dem Sanierungskonzept der S. basierende Rahmenvereinbarung (RV): Nach dieser setzte die Prolongation der bestehenden Finanzierung zunächst voraus, dass B. A. und S. A. 1,5 Mio. Euro Eigenkapital in die Schuldnerin einbringen.[256] Gemäß Nr. 4.1 RV waren Gewinne bis auf persönliche Steuer- und Sozialabgaben zu thesaurieren; auf welcher Ebene – Schuldnerin oder Beklagte – die Pflicht griff, wird unterschiedlich bewertet.[257] Die Schuldnerin musste die S. beauftragen, die weitere Umsetzung des Sanierungskonzeptes zu begleiten (Nr. 6.1 RV), und hatte nach Nr. 6.3 RV die Vorgaben aus dem Sanierungsgutachten der S. zu befolgen. In Nr. 5.1 RV wurden der Schuldnerin Berichts- und Informationspflichten gegenüber den Banken auferlegt. Außerdem verpflichtete sich die Schuldnerin,

---

furt a. M., Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 26). — Siehe dazu *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (143 Rn. 51).

253 Teil B § 1.4 der Treuhandvereinbarung bestimmte: „Im Hinblick auf die Gewinnverwendung wird die Treuhänderin während der Laufzeit der Treuhandvereinbarung die Stimmrechte dahingehend ausüben, dass eine Gewinnausschüttung bzw. eine Entnahme von Beträgen durch die Kommanditisten […] nicht zulässig ist, es sei denn, die Begünstigten stimmen einer Gewinnausschüttung oder Entnahme zu" (zitiert nach *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 21). — Siehe dazu *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (143 Rn. 51); *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 (888).

254 Siehe Teil B § 2.3 der Treuhandvereinbarung: „Die Begünstigten sind wirtschaftlich […] aus etwaigen Verwertungserlösen oder sonstigen Zahlungen an die Treuhänderin vorrangig berechtigt" (zitiert nach *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 23). — Siehe dazu *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (127 Rn. 2); *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 (888).

255 Siehe *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (127 Rn. 2); unter Bezugnahme auf Teil B § 2.2 der Treuhandvereinbarung *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 (888).

256 *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 (888); *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 14 und 48.

257 Von einer grundsätzlichen Thesaurierungspflicht der *Beklagten* nach Nr. 4.1 RV sprechend *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (143 Rn. 51); *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 (888). — Demgegenüber von einer solchen Pflicht der *Schuldnerin* sprechend *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (128 Rn. 3 und 139 Rn. 41). — Eine Thesaurierungspflicht auf der Ebene der Schuldnerin annehmend *Prosteder/Grotebrune*, DB 2020, 2562 (2563).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Financial-Covenants einzuhalten; ein Verstoß berechtigte die Banken zur Kündigung aus wichtigem Grund. Des Weiteren bestand gemäß Nr. 7 RV ein Kündigungsrecht der Banken, wenn sich die Doppeltreuhand änderte – namentlich bei einem Wechsel der Treuhänderin oder ihres Geschäftsführers (Nr. 7.2 RV) – und darüber keine Einigung erzielt werden sollte.[258]

bbb) Anhaltspunkte im Doppeltreuhand-Urteil gegen die Unerlässlichkeit variabler Erlösbeteiligung nach Auffassung des IX. Zivilsenats

Anders als das *Landgericht Frankfurt am Main*[259] hat der *IX. Zivilsenat* verneint, dass die Darlehen der Banken wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen entsprechen.[260] Dieses Ergebnis hat er allerdings nicht damit begründet, § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO setze zwingend eine variable Erlösbeteiligung voraus, weshalb die Banken als Festbetragsgläubiger von vornherein nicht als gesellschaftergleiche Dritte in Betracht kämen. Vielmehr finden sich sowohl im abstrakten Teil der Entscheidungsgründe des Doppeltreuhand-Urteils (dazu (1)) als auch in dessen Subsumtionsteil (dazu (2)) Anhaltspunkte, die gegen eine solche Auffassung des *IX. Zivilsenats* sprechen.

(1) Anhaltspunkte im abstrakten Teil des Doppeltreuhand-Urteils

Dafür, dass der *IX. Zivilsenat* eine gesellschaftergleiche Stellung eines Festbetragsgläubigers für möglich erachtet, sprechen zwei Gesichtspunkte. Diese sind zum einen seine Ausführungen zur Legitimation des Nachranges von Gesellschafterdarlehen gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 1 InsO sowie seine diesbezügliche Auslegung des § 39 Abs. 5 InsO (dazu (a)) und zum anderen sein daraus entwickelter Ansatz zu § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO (dazu (b)).

258 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (142 Rn. 47 und 142 f. Rn. 51); *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 (888).

259 Siehe *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 42.

260 Siehe *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (131 Rn. 19); ebenso zuvor *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 (889). — Anderer Ansicht *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 42.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(a) Die Ausführungen des IX. Zivilsenats zum Grund der Subordination von Gesellschafterdarlehen und zur Auslegung des § 39 Abs. 5 InsO

Der *IX. Zivilsenat* ist der Ansicht, der Grund für die Subordination nach § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 1 InsO sei, dass sich der Gesellschafter vor der Insolvenz seiner Gesellschaft dazu entschieden habe, deren Kapitalausstattung zu verbessern.[261] Insofern knüpften die Nachrangregelungen daran an, dass jemand seine finanziellen Mittel für die eigene unternehmerische Betätigung einsetze;[262] wegen des daraus folgenden Eigeninteresses am Erfolg der unternehmerischen Tätigkeit ordne das Gesetz die Subordination der geleisteten Mittel an.[263]

Hinsichtlich des vorgenannten Eigeninteresses hingen Gewinnpartizipation, gesellschaftsrechtlicher Einfluss und unternehmerische Leitung zusammen – der Ertrag der unternehmerischen Tätigkeit folge regelmäßig aus der Eigenkapitalbeteiligung. § 39 Abs. 5 InsO sei zu entnehmen, dass das Eigeninteresse entweder in einer weitreichenden Lenkung der Geschäftstätigkeit oder in einer hinreichend starken Teilhabe am wirtschaftlichen Erfolg zum Ausdruck kommen müsse. Das Ausmaß der Leitungsmacht könne eine geringe Beteiligung am Gewinn kompensieren; dafür spreche der Umstand, dass geschäftsführende Gesellschafter dem Gesellschafterdarlehensrecht selbst bei fehlender Haftkapitalbeteiligung unterfielen. Umgekehrt folge aus § 39 Abs. 5 InsO, dass ab einer bestimmten Schwelle eine

261 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (134 Rn. 27) unter Verweis auf: Urt. v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 (292 Rn. 23 f.); *Schoppmeyer*, WM 2018, 353 (358). — Siehe zur Positionierung des *IX. Zivilsenats* betreffend die Frage nach der Legitimationsgrundlage des novellierten Gesellschafterdarlehensrechts Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, GmbHG Anh. § 64 Rn. 21 ff.

262 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (134 f. Rn. 28); zuvor schon Urt. v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 (292 f. Rn. 25).

263 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (134 f. Rn. 28). — In früheren Urteilen findet sich zudem noch die Aussage, die Gesellschafter würden so in ihre Finanzierungsfolgenverantwortung genommen und das Risikogleichgewicht zwischen ihnen und den übrigen Gläubigern der Gesellschaft werde gewahrt (*BGH*, Urt. v. 14.2.2019 – IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100 [121 Rn. 51]; Urt. v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 [292 f. Rn. 25]). — Die fortgeltende Beachtlichkeit der Finanzierungsfolgenverantwortung bereits andeutend *BGH*, Urt. v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 (226 Rn. 18) mit zust. Anm. v. *Bork*, EWiR 2013, 217 (218), der zuvor schon gemeint hat, auch im neuen Recht sei der Grund für den Nachrang die Finanzierungsfolgenverantwortung (*ders.*, ZGR 2007, 250 [257]). — Siehe außerdem *BGH*, Urt. v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, NZI 2013, 483 (483 f. Rn. 9 und 14) – kritisch dazu hinsichtlich der Finanzierungsfolgenverantwortung *Bangha-Szabo*, NZI 2013, 486; *Piekenbrock*, LMK 2013, 346571.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

über die Haftkapitalbeteiligung vermittelte Gewinnbeteiligung auch fehlende Leitungsmacht ausgleichen könne.[264]

Bei diesen Ausführungen sticht es insbesondere hervor, dass § 39 Abs. 5 InsO zeige, dass „sich das ausreichende Eigeninteresse *entweder* in einer weitreichenden Lenkung der Geschäftstätigkeit *oder* in einer hinreichend starken Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg äußern"[265] müsse. Denn hierzu passte es schlecht, die Anwendbarkeit des § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO auf Festbetragsgläubiger, gleichviel wie weit deren Einfluss auf die Gesellschaft auch reicht, abzulehnen. Und lässt sich „*fehlende* Leitungsmacht" ausgleichen, müsste folgerichtig auch eine fehlende Gewinnbeteiligung kompensiert werden können.[266] Hinzu kommt, dass der *IX. Zivilsenat* ausdrücklich „[v]or […] [dem] Hintergrund"[267] des eben Wiedergegebenen seinen Ansatz zur Beurteilung einer gesellschaftergleichen Stellung entwickelt (dazu sogleich).[268]

(b) Der Ansatz des IX. Zivilsenats: Bestimmung eines gesellschaftergleichen Dritten anhand eines Dreifachtatbestandes im Gesamtvergleich

Nach Auffassung des *IX. Zivilsenats* entspreche das Darlehen eines Dritten dann gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO wirtschaftlich dem eines Gesellschafters, wenn sich die Tätigkeit der Gesellschaft für diesen als eigene unternehmerische – insofern gesellschaftergleiche – Betätigung darstelle.[269] Zur Beurteilung dessen sei ein „Dreifachtatbestand"[270], bestehend

264 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (135 Rn. 29).

265 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (135 Rn. 29). Hervorhebung des Verfassers.

266 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (135 Rn. 29). Hervorhebung des Verfassers. Siehe kritisch zu dieser Urteilspassage *Bitter*, WM 2020, 1764 (1772), dem es nicht vertretbar erscheint, bei hoher Gewinnbeteiligung auf das Einflusselement zu verzichten.

267 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (135 Rn. 30).

268 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (135 Rn. 30).

269 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (125 LS. b und 135 f. Rn. 30). Diesbezüglich zweifelnd, ob die unternehmerische Tätigkeit im eigenen Interesse der Grund für die Subordination ist, *Mar. Huber/Baier*, NZI 2020, 796 (797). — Insofern die Frage nach der eigenen unternehmerischen Betätigung des Dritten anhand dessen Gewinnbeteiligung und Einfluss durch gesellschaftergleiche Rechte beantwortend BeckNotar-HdB/*Heckschen/Weitbrecht*, 8. Aufl. 2024, § 22 Rn. 695a.

270 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (136 Rn. 32). Zwar noch nicht den Begriff des Dreifachtatbestandes verwendend, aber bereits auf dessen

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aus der Partizipation des Darlehensgebers am Gewinn, seinen gesellschaftergleichen Rechten und seiner Teilhabe an der Geschäftsführung, in einem „Gesamtvergleich"[271] mit der Rechtsstellung eines Gesellschafters der konkreten Verbandsform zu betrachten.[272]

In Hinsicht auf den anzustellenden Gesamtvergleich gibt *Herbert Wiehe* mit Recht zu bedenken, die besagten Kriterien könnten schwer als kumulative Tatbestandsmerkmale begriffen werden, wenn diese bloß in ihrer Gesamtheit eine Rechtsposition ergeben müssten, die mit der eines Gesellschafters vergleichbar sei.[273]

(2) Anhaltspunkte im Subsumtionsteil des Doppeltreuhand-Urteils

Die These, dass nach Ansicht des *IX. Zivilsenats* auch Festbetragsgläubiger gesellschaftergleiche Dritte sein können, wird durch seine Ausführungen im Doppeltreuhand-Urteil zur Partizipation der Banken am unternehmerischen Erfolg der Schuldnerin und seine vollständige Prüfung des Dreifachtatbestandes untermauert (dazu (a)). Der Aufbau seiner Prüfung des Dreifachtatbestandes und seine Ausführungen beim Gesamtvergleich stützen dies nicht nur zusätzlich, sondern sprechen überdies für ein Verständnis, wonach sich eine gesellschaftergleiche Stellung aus einem Merkmal des Dreifachtatbestandes oder aus der Kumulation mehrerer Merkmale ergeben kann (dazu (b)).

Merkmale abstellend, *BGH*, Urt. v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 (385 Rn. 17). — *Prosteder/Grotebrune*, DB 2020, 2562 (2567) meinen, der Dreifachtatbestand sei mit dem bisherigen Doppeltatbestand in Einklang zu bringen: Die (variable) Erlösbeteiligung und die Teilhabe an der Geschäftsführung entsprächen dem Doppeltatbestand; das Merkmal der gesellschaftergleichen Rechte gliedere sich in Einfluss- und wirtschaftliche Teilhaberechte auf. — An dem Dreifachtatbestand kritisiert *Bitter*, WM 2020, 1764 (1771), die gesellschaftergleichen Rechte seien der Oberbegriff, den es zu prüfen gelte und der daher ohne eigenständige Bedeutung sei. — Umgekehrt kritisieren BeckNotar-HdB/*Heckschen/Weitbrecht*, 8. Aufl. 2024, § 22 Rn. 695a, die Teilhabe an der Geschäftsführung sei bloß eine Ausprägung gesellschaftergleicher Einflussrechte.

271 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (136 f. Rn. 32). Von einer „Gesamtbetrachtung" sprechend *BGH*, Urt. v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 (385 Rn. 17); *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 20.5.2014 – 12 U 87/13, ZIP 2015, 187 (189).

272 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (136 f. Rn. 32).

273 *Wiehe*, BKR 2020, 636 (641).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(a) Die Ausführungen des IX. Zivilsenats zur Gewinnbeteiligung der Banken und die fortgesetzte Prüfung des Dreifachtatbestandes

Im Doppeltreuhand-Fall gewährten die Banken, wie oben ausgeführt, festverzinsliche Darlehen; nur in Höhe ihrer vom Gewinn der Schuldnerin unabhängigen Darlehensforderungen waren sie an Verwertungserlösen und sonstigen Zahlungen vorrangig berechtigt.[274] Diese Form der wirtschaftlichen Teilhabe hat der *IX. Zivilsenat* als eine „nur indirekte Beteiligung am Gewinn"[275] bezeichnet und dazu gemeint, diese sei „nur ein schwaches Indiz für eine Gleichstellung als Gesellschafter".[276]

Diese Ausführungen sprechen gegen die Unerlässlichkeit einer variablen Erlösbeteiligung für eine gesellschaftergleiche Stellung nach Auffassung des *IX. Zivilsenats*. Denn sieht der *IX. Zivilsenat* in einer solchen Form wirtschaftlicher Teilhabe sogar ein schwaches Indiz für eine gesellschaftergleiche Stellung, erschiene es widersprüchlich, hielte er eine gesellschaftergleiche Stellung eines Festbetragsgläubigers von vornherein für ausgeschlossen.

Und wären nach Auffassung des *IX. Zivilsenats* die Banken mangels variabler Erlösbeteiligung ohnehin nicht als gesellschaftergleiche Dritte in Betracht gekommen, hätte er auf die übrigen Merkmale des Dreifachtatbestandes noch obiter eingehen können, aber diese nicht mehr zu prüfen und darauf seine Entscheidung zu stützen brauchen. Insofern erlaubt dessen fortgesetzte Prüfung den Schluss, dass nach seiner Meinung jedenfalls ge-

274 Siehe zu diesen Sachverhaltsfeststellungen oben § 2 C. III. 2. a) cc) aaa).

275 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (140 Rn. 42). — Aus dieser Passage folgert Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, GmbHG Anh. § 64 Rn. 299a, dass der *IX. Zivilsenat* bei krisenbedingt entwerteten Darlehensforderungen nicht schon wegen der Chance auf deren Aufwertung durch riskante Sanierungsversuche eine variable und daher gewichtigere wirtschaftliche Teilhabe bejaht. Siehe zur dahingehenden und auch von *Bitter* vertretenen Ansicht oben § 2 C. III. 2. a) bb) a. E. Diesbezüglich ist zu bemerken, dass die Banken – ex post betrachtet – nicht versuchen mussten, ihre Kreditengagements durch riskante Sanierungsversuche aufzuwerten, da sie durch die Verwertung schon eines Teils ihrer Grundpfandrechte volle Befriedigung erlangten (siehe zu den Grundpfandrechten der Banken *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 [126 Rn. 2]; *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887; *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 8 sowie oben § 2 C. III. 2. a) cc) aaa); siehe zu deren vollen Befriedigung *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 [888]).

276 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (140 Rn. 42). — Vgl. dazu Jaeger/*Mylich*, InsO, Bd. 2, 2. Aufl. 2023, InsO § 39 Rn. 179, der es für denkbar erachtet, Tilgungen, deren Umfang vom Gewinn der Gesellschaft abhängt, als hinreichende wirtschaftliche Teilhabe anzusehen.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sellschaftergleicher Dritter sein kann, wer in keinem geringeren Maße als die Banken im entschiedenen Fall am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft teilhat.

(b) Der Gesamtvergleich als Annex zum Dreifachtatbestand

Näherer Betrachtung verdient auch, wie der *IX. Zivilsenat* im Doppeltreuhand-Urteil die Prüfung der gesellschaftergleichen Stellung aufgebaut hat: Erst hat er jedes der drei Merkmale isoliert geprüft und auf derselben Gliederungsebene in einem vierten Schritt dann festgestellt: „*Auch* bei einer Gesamtwürdigung von Gewinnbeteiligung, Einfluss auf die Geschäftsführung und eingeräumten Rechten sind die Banken […] nicht als gesellschaftergleiche Dritte anzusehen."[277]

Der Umstand, dass er den Gesamtvergleich auf derselben Gliederungsebene wie die Merkmale des Dreifachtatbestandes geprüft und zudem noch gemeint hat, die Banken seien *auch* bei einer Gesamtwürdigung nicht als gesellschaftergleiche Dritte anzusehen, ist bemerkenswert. Denn daraus kann geschlossen werden, die Banken hätten umgekehrt *auch* schon allein wegen ihrer Gewinnbeteiligung, ihres Einflusses auf die Geschäftsführung *oder* der ihnen eingeräumten Rechte als gesellschaftergleiche Dritte angesehen werden müssen, wenn eines dieser Merkmale des Dreifachtatbestandes stark genug ausgeprägt gewesen wäre.[278]

dd) Stellungnahme: Vorzugswürdigkeit der vermittelnden Sichtweise

Eine vermittelnde Sichtweise, wie sie im Doppeltreuhand-Urteil zum Ausdruck kommt und ähnlich auch von einem Teil der Literatur[279] vertreten

277 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (144 Rn. 55). Hervorhebung des Verfassers.

278 Zu diesem Verständnis passen die abstrakten Rechtsausführungen des *IX. Zivilsenats* zu § 39 Abs. 5 InsO: Wie schon dargestellt (siehe oben § 2 C. III. 2. a) cc) bbb) (1) (a) a. E.), meint er in Betreff des von ihm geforderten Eigeninteresses an der unternehmerischen Tätigkeit, § 39 Abs. 5 InsO zeige, dass „sich das ausreichende Eigeninteresse *entweder* in einer weitreichenden Lenkung der Geschäftstätigkeit *oder* in einer hinreichend starken Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg äußern" müsse (*BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 [135 Rn. 29]; Hervorhebung des Verfassers).

279 Siehe *Frege/Keller/Riedel*, InsR, 9. Aufl. 2022, Rn. 3.902; MHLS/*Dahl/Linnenbrink*, GmbHG, Bd. I, 4. Aufl. 2023, Syst. Darst. 6 Rn. 48 und 63; Henssler/Strohn/*Flei-*

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wird, erscheint vorzugswürdig. Insofern ist nach hiesigem Dafürhalten eine variable Erlösbeteiligung ein starkes Indiz, aber keine notwendige Bedingung für eine gesellschaftergleiche Stellung.

Der Wortlaut des § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO („wirtschaftlich entsprechen") zwingt zu keiner Auslegung, nach der die Rechtsstellung des Dritten in jeder Hinsicht und nicht nur insgesamt der eines Gesellschafters entsprechen muss. Vielmehr legt dieser offen formulierte Wortlaut nahe, eine Gesamtschau anzustellen.[280]

Auch die systematische Auslegung spricht nicht dafür, eine variable Erlösbeteiligung bzw. einen erhöhten Risikoanreiz zwingend vorauszusetzen. Schließlich unterfallen § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 1 i. V. m. Abs. 5 InsO etwa auch Darlehensrückgewährforderungen eines mit mehr als 10 % am Haftkapital beteiligten Minderheitsgesellschafters, der nicht an der Geschäftsführung teilhat und zudem satzungsmäßig vom Gewinn und Liquidationserlös ausgeschlossen ist.[281] Und bei einem geschäftsführenden Gesellschafter hängt die Subordination gleichfalls nicht davon ab, ob er in Anbetracht seines Eigen- und Fremdkapitalanteils[282] einem merklich höheren Risikoanreiz unterliegt als ein verbandsfremder Darlehensgeber.

Eine Auslegung, die nur an einer der oben dargestellten teleologischen Erwägungen ausgerichtet ist, überzeugte, wenn der Gesetzgeber auch nur diesen einen Zweck hätte fördern wollen. Der eine Normzweck ist den Materialien indes nicht zu entnehmen – in diesen heißt es bloß, der Nachrang von Gesellschafterdarlehen entspreche „international verbreiteten Re-

scher, GesR, 6. Aufl. 2024, InsO § 39 Rn. 25. — Nah beim *IX. Zivilsenat* ist wohl auch Jaeger/*Mylich*, InsO, Bd. 2, 2. Aufl. 2023, InsO § 39, der in Rn. 177 grundsätzlich einen Doppeltatbestand voraussetzt, aber bei fehlender wirtschaftlicher Teilhabe eine gesellschaftergleiche Stellung ausnahmsweise in Betracht zieht, „wenn dem Kreditgeber nicht nur Vorbehalts- oder Zustimmungsbefugnisse zustehen, sondern er aktiv auf die laufende Geschäftspolitik Einfluss nehmen darf" (Rn. 179). — Rowedder/Pentz/*Görner*, GmbHG, 7. Aufl. 2022, GmbHG Anh. § 30 folgt zwar im Ausgangspunkt dem *IX. Zivilsenat* und will insbesondere auch eine Gesamtbetrachtung anstellen (Rn. 69), scheint aber für zwingend zu erachten, dass jedes Element des Dreifachtatbestandes in einem Mindestmaß erfüllt ist (vgl. Rn. 71).

280 Vgl. zur offenen Formulierung MHLS/*Dahl*/*Linnenbrink*, GmbHG, Bd. I, 4. Aufl. 2023, Syst. Darst. 6 Rn. 64.

281 Siehe zu diesem überzeugenden Einwand von *Fleischer*, ZIP 1998, 313 (316) oben § 2 C. III. 2. a) aa) aaa).

282 Das Bestehen eines merklich erhöhten Risikoanreizes hängt von der Höhe des Darlehensbetrages und der Gewinnbeteiligung ab; so sinkt der Risikoanreiz, wenn bei gleichbleibender Gewinnbeteiligung der Darlehensbetrag steigt; siehe zu diesem Zusammenhang *Witt*, Die nachrangige Behandlung von Krediten gesellschaftsfremder Dritter, 2018, S. 196.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gelungsmustern“[283]. Hat der Gesetzgeber aber keinen allein maßgeblichen Zweck vorgegeben, kann auch allen überzeugenden teleologischen Erwägungen[284] mittels einer Gesamtschau Rechnung getragen werden. Eine solche Gesamtbetrachtung hat schließlich noch für sich, dass sie weniger Angriffsfläche für eine Umgehung bietet.[285]

b) Erforderlicher Einfluss für eine gesellschaftergleiche Stellung

Nach dem zuvor Gesagten setzt der Tatbestand des § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO nicht zwingend eine variable Erlösbeteiligung voraus. Auch bei deren Fehlen kommt somit in Betracht, dass ein Loan-to-Own-Investor in eine gesellschaftergleiche Stellung einrückt, wenn er seinen Einfluss auf den Darlehensnehmer oder auch dessen Gesellschafter durch eine der oben diskutierten Maßnahmen zur Vorbereitung der Übernahme[286] ausbaut. Bevor abgeschätzt werden kann, bei welchen Maßnahmen dies der Fall ist, gilt es zu eruieren, von welcher Quantität (dazu aa)) und Qualität (dazu bb)) der Einfluss des Darlehensgebers für eine gesellschaftergleiche Stellung zu sein hat. Wegen der im konkreten Fall gebotenen Gesamtbetrachtung lässt sich dies abstrakt zwar nicht definitiv, aber doch näherungsweise beantworten.[287]

283 Vgl. BR-Drs. 354/07 S. 130; BT-Drs. 16/6140 S. 56. Siehe ausführlich zur Unergiebigkeit der Materialien hinsichtlich der Wertungsgrundlagen des reformierten Gesellschafterdarlehensrechts *Pentz*, GmbHR 2013, 393 (396 ff.). Siehe ferner *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925 (1932); *Bork*, ZGR 2007, 250 (257); *Noack*, DB 2007, 1395 (1398); *K. Schmidt*, GmbHR 2009, 1009 ff.; *Engert*, ZGR 2012, 835 (847 f.).

284 Überzeugend erscheinen neben *Servatius*' Erwägungen (siehe zu diesen oben § 2 C. III. 2. a) aa) bbb)) insbesondere die rechtsökonomischen Gesichtspunkte (siehe zu diesen oben § 2 C. III. 2. a) bb) a. E.).

285 Unter Bezugnahme auf den offen formulierten Wortlaut, auf den Umgehungsschutz abhebend MHLS/*Dahl*/*Linnenbrink*, GmbHG, Bd. I, 4. Aufl. 2023, Syst. Darst. 6 Rn. 48 und 64.

286 Siehe zu den Maßnahmen zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme oben § 2 C. III. 1.

287 Siehe dazu, dass wegen der Gesamtbetrachtung Unschärfen verbleiben, *Fleischer*, ZIP 1998, 313 (321).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa) Erforderliche Quantität des Einflusses

Quantitativ muss der Einfluss des Darlehensgebers für eine gesellschaftergleiche Stellung i. S. d. § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO derart breitflächig und intensiv sein,[288] dass sich seine Stellung dadurch von der eines typischen[289] Fremdkapitalgebers deutlich unterscheidet,[290] sei es angesichts seines Einflusses auf grundlegende[291] oder alltägliche[292] Geschäftsführungsentscheidungen, sei es angesichts seines Einflusses auf zentrale Befugnisse der Gesellschafter,[293] oder sei es angesichts einer Gesamtschau dieser Aspekte.

Nicht jeder Eingriff in den Kernbereich der Gesellschaft begründet eine gesellschaftergleiche Stellung. So ist mitzuberücksichtigen, inwiefern der Eingriff ermöglicht, die Entwicklung des Unternehmens zu beeinflussen,[294]

288 Siehe *Fleischer*, ZIP 1998, 313 (319), der als generelle Leitlinie das Erfordernis breitflächiger und besonders intensiver Einflussnahme formuliert; ähnlich *Schwintowski/Dannischewski*, ZIP 2005, 840 (843 f.); *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 607.

289 Auf die Atypizität des Einwirkungsrechts abstellend MAH Insolvenz/*Bornheimer/Westkamp*, 4. Aufl. 2023, § 30 Rn. 52; von außergewöhnlichem bzw. besonderem Einfluss sprechend Ellenberger/Bunte/*Merkel/Richrath*, BankR-HdB., Bd. 2, 6. Aufl. 2022, § 77 Rn. 178; MAH Insolvenz/*Nerlich/Rhode*, 4. Aufl. 2023, § 4 Rn. 76.

290 Siehe zum vergleichenden Aspekt *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (137 Rn. 33); Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, GmbHG Anh. zu § 64 Rn. 147.

291 Mit einem Fokus auf grundlegenden Entscheidungen *Tillmann*, DB 2006, 199 (200); insofern ähnlich, aber weniger restriktiv, MAH GmbHR/*Selzner/Leuering*, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 76.

292 Stärkere Eingriffe in das Tagesgeschäft kritischer bewertend als Einflussrechte bezüglich grundlegender oder auch besonders kapitalintensiver Maßnahmen *Kampshoff*, GmbHR 2010, 897 (901 ff.); Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Kampshoff/Lieth/Urban-Crell* et al., InsO, 4. Aufl. 2020, Anh. VII Rn. 195.

293 Darauf abhebend, ob dem Dritten Einflussrechte eingeräumt sind, wie sie nach Gesetz einem maßgeblich beteiligten Gesellschafter zukommen, Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Gehrlein*, InsO, 4. Aufl. 2020, InsO § 135 Rn. 6; Ellenberger/Bunte/*Gehrlein*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 64 Rn. 82; Gehrlein/Born/Simon/*Gehrlein*, GmbHG, 6. Aufl. 2024, GmbHG Vorbemerkung zu § 64 a. F. Rn. 305; siehe auch Bork/Schäfer/*Thiessen*, GmbHG, 5. Aufl. 2022, GmbHG Anh. § 30 Rn. 40.

294 Das erforderliche Maß sei jedenfalls erreicht, wenn der Dritte befugt sei, die Geschicke der Gesellschaft mitzubestimmen, *BGH*, Urt. v. 7.11.1988 – II ZR 46/88, BGHZ 106, 7 (10 f.); Urt. v. 13.7.1992 – II ZR 251/91, BGHZ 119, 191 (195 f.); Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (136 Rn. 32); *OLG Hamm*, Urt. v. 16.1.2008 – 8 U 138/06, BeckRS 2008, 12365 Rn. 39 ff.; *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 45; MüKoInsO/*Behme*,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

also sich unternehmerisch zu betätigen:[295] Beispielsweise beschneidet ein Zustimmungsvorbehalt für Gewinnausschüttungen zentrale Befugnisse,[296] verschafft aber keinen unternehmerischen Einfluss.[297]

Eine aktive Einflussnahmemöglichkeit des Darlehensgebers mag zwar regelmäßig bei der Gesamtschau erschwerend zu berücksichtigen sein, ist aber kein zwingendes Erfordernis für eine gesellschaftergleiche Stellung;[298] hierfür kann ein Zustimmungsvorbehalt ausreichen.[299]

bb) Erforderliche Qualität des Einflusses

Von hinreichender Qualität zur Begründung einer gesellschaftergleichen Stellung ist der Einfluss des Darlehensgebers jedenfalls, wenn das Beteiligungsrecht in den Gesellschaftsstatuten niedergelegt, unmittelbar ausübbar (etwa durch eine Stimmrechtsvollmacht)[300] oder klagbar ausgestaltet[301] ist.

Bd. 1, 4. Aufl. 2019, InsO § 39 Rn. 81; Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, Bd. 1, 15. Aufl. 2019, InsO § 39 Rn. 41.

295 Vgl. zum Aspekt der Entfaltung eigener unternehmerischer Betätigung *BGH*, Urt. v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 (292 f. Rn. 25); Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (134 f. Rn. 28) und dazu oben § 2 C. III. 2. a) cc) bbb) (1) (a).

296 So zu Recht das *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 51 hinsichtlich entsprechender Zustimmungsvorbehalte im Doppeltreuhand-Fall; siehe insofern zum Sachverhalt *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 21; siehe dazu auch schon oben § 2 C. III. 2. a) cc) aaa).

297 Im Doppeltreuhand-Fall hat der *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (142 f. Rn. 51) daher mit Recht einem solchen Zustimmungsvorbehalt keinen gesellschaftergleichen Einfluss von erheblichem Gewicht beigemessen; siehe insofern zum Sachverhalt *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 21; siehe dazu auch schon oben § 2 C. III. 2. a) cc) aaa).

298 Anderer Ansicht wohl, da voraussetzend, dass der Dritte auf die laufende Geschäftspolitik aktiv Einfluss nehmen dürfe und ihm nicht bloß Vorbehalts- oder Zustimmungsbefugnisse zukämen, Jaeger/*Mylich*, InsO, Bd. 2, 2. Aufl. 2023, InsO § 39 Rn. 179. — Mit Recht kritisch gegenüber einer solchen Unterscheidung *Fleischer*, ZIP 1998, 313 (320); *Engert*, ZGR 2012, 835 (867 f.).

299 Siehe ausdrücklich *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (143 Rn. 54); siehe auch *Ganter*, NZI 2021, 1 (6).

300 Bevollmächtigung ausreichen lassend *BGH*, Beschl. v. 5.4.2011 – II ZR 173/10, NZG 2011, 864 Rn. 5; Urt. v. 24.9.2013 – II ZR 39/12, NZG 2013, 1385 (1386 Rn. 22); siehe zu den Entscheidungen und mit Recht eine Bevollmächtigung jedenfalls genügen lassend *A. Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2020, S. 140 f.

301 Dies mit Recht jedenfalls genügen lassend *A. Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2020, S. 141 f. — Anderer Ansicht MüKoAnfG/*Weinland*, 2. Aufl. 2022,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fraglich ist hingegen, ob auch mittelbar schuldvertragliche Beteiligungsrechte (dazu aaa)) und die Ausübung faktischer Einwirkungsmacht (dazu bbb)) ausreichen.

aaa) Mittelbar schuldvertragliche Beteiligungsrechte

Die Frage, ob ein Beteiligungsrecht, das nur mittelbar schuldvertraglich (z. B. durch einen Entschädigungsanspruch oder ein Kündigungsrecht) abgesichert ist, qualitativ ausreichen kann, um eine gesellschaftergleiche Stellung i. S. d. § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO zu begründen, wird teils bejaht (dazu (1)), teils verneint (dazu (2)) und teils differenzierend beantwortet (dazu (3)); letzteres überzeugt (dazu (4)).

(1) Eine Ansicht: Geeignetheit mittelbar schuldvertraglicher Beteiligungsrechte

Einige Stimmen in der Literatur erachten mittelbar schuldvertragliche Beteiligungsrechte (grundsätzlich)[302] für geeignet, eine gesellschaftergleiche Stellung zu vermitteln.[303]

In der Rechtsprechung ist diese Einflussform bei der Beurteilung einer gesellschaftergleichen Stellung bereits berücksichtigt oder wohl zumindest für berücksichtigungsfähig angesehen worden:[304]

So haben in den Jahren 2011/2012 das *Oberlandesgericht Köln*[305] und nachgehend der *IX. Zivilsenat*[306] die gesellschaftergleiche Stellung eines

AnfG § 6 Rn. 17. — Siehe zur Frage, inwiefern Covenants als klagbare Leistungsrechte ausgestaltet sind, oben § 2 C. I. 2. c).

302 *Bitter*, WM 2020, 1764 (1774); Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, GmbHG Anh. § 64 Rn. 256.

303 *Fleischer*, ZIP 1998, 313 (320 f.); *Eidenmüller*, FS Canaris, Bd. II, 2007, 49 (63 f.); *Servatius*, Covenants, 2008, S. 471 f.; *ders.*, CFL 2013, 14 (22); *Obermüller*, ZInsO 2017, 134 (137). — Wohl auch, da lediglich rein faktische Einflussmöglichkeiten ohne vertragliche Grundlage für ungenügend erachtend, *Ganter*, NZI 2021, 1 (6); ebenso wohl nur eine „vertragliche Grundlage" voraussetzend Bork/Schäfer/*Thiessen*, GmbHG, 5. Aufl. 2022, GmbHG Anh. § 30 Rn. 40. Siehe auch Henssler/Strohn/*Fleischer*, GesR, 6. Aufl. 2024, InsO § 39 Rn. 25.

304 Vgl. auch, da auf die „durch die Gestaltung der Verträge […] eingeräumte rechtliche und tatsächliche Position" abstellend, *OLG Koblenz*, Beschl. v. 21.12.2015 – 3 U 891/15, GmbHR 2016, 296 (297).

305 *OLG Köln*, Urt. v. 27.10.2011 – 18 U 34/11, ZInsO 2012, 1081 (1083 f.).

306 *BGH*, Urt. v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 (386 f. Rn. 22).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Stillen auch mit dessen Zustimmungsvorbehalt, der nur durch eine Ausgleichspflicht abgesichert war, begründet. Dabei hat das *Oberlandesgericht Köln* angenommen, die Ausgleichspflicht habe ein Zuwiderhandeln gänzlich unattraktiv gemacht. Daher sei der Zustimmungsvorbehalt einem bindenden nahegekommen und wiege folglich auch beinahe ebenso schwer.[307]

Im Doppeltreuhand-Urteil hat der *IX. Zivilsenat* zu dem Kündigungsrecht der Banken, das an einen Austausch des Treuhänders A. H. anknüpfte, ausgeführt, dieses habe den Banken keinen rechtlich fundierten Einfluss auf die Geschäftsführung verschafft, der über die Rechte aus der Doppeltreuhand hinausreiche.[308] — Diese Ausführungen können so verstanden werden, dass das Kündigungsrecht im konkreten Fall zwar in Anbetracht der Rechte aus der Doppeltreuhand nicht ins Gewicht gefallen ist, aber an sich von genügender Qualität war, um in die Beurteilung einer gesellschaftergleichen Stellung einzufließen.[309]

(2) Andere Ansicht: Ungeeignetheit mittelbar schuldvertraglicher Beteiligungsrechte

Noch zum alten Recht hat der *II. Zivilsenat* in einem Urteil aus dem Jahre 2009 den Standpunkt vertreten, eine wirtschaftliche oder nur durch schuldrechtliche Verträge vermittelte Machtposition, wie sie etwa einer Hausbank zukommen könne, genüge für eine gesellschaftergleiche Stellung grundsätzlich nicht.[310]

---

307 *OLG Köln*, Urt. v. 27.10.2011 – 18 U 34/11, ZInsO 2012, 1081 (1084); siehe zu diesem konkreten Fall auch *A. Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2020, S. 149 f.

308 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (141 Rn. 47). Siehe zu den Kündigungsrechten der Banken im Doppeltreuhand-Fall *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (142 Rn. 47 und 142 f. Rn. 51); *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 (888); siehe dazu auch oben § 2 C. III. 2. a) cc) aaa) a. E.

309 Nicht bezüglich dieser Passage, sondern allgemein auch mit Blick auf das Doppeltreuhand-Urteil vermutend, dass der *IX. Zivilsenat* schuldvertragliche Einwirkungsmacht im Grundsatz für ausreichend erachte, Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, GmbHG Anh. § 64 Rn. 256a.

310 *BGH*, Urt. v. 6.4.2009 – II ZR 277/07, GmbHR 2009, 876 (878 f. Rn. 16) m. zust. Anm. v. *Bormann/Hösler*, GmbHR 2009, 879 (880). — Auf diese Urteilspassage zwar verweisend, allerdings nur hinsichtlich faktischer Einflussmöglichkeiten infolge einer wirtschaftlichen Machtposition, *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (144 Rn. 56).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Doch auch hinsichtlich der nach dem MoMiG geltenden Rechtslage wird die Geeignetheit mittelbar schuldvertraglicher Beteiligungsrechte zur Begründung einer gesellschaftergleichen Stellung in Abrede gestellt.[311] Dies wird damit gerechtfertigt, dass ein solches Recht einem Darlehensgeber keine unmittelbare Gestaltungsmacht verschaffe. Dem Darlehensnehmer bzw. dessen Gesellschaftern bleibe unbenommen, das Beteiligungsrecht zu missachten.[312]

(3) Vermittelnde Ansicht: Geeignetheit mittelbar schuldvertraglicher Beteiligungsrechte unter zusätzlichen Voraussetzungen

Einen vermittelnden Standpunkt nehmen *Matthias Breidenstein* und *Guido Hoffmann* ein:

Breidenstein fordert als Ausgleich für das von der vorgenannten Ansicht angeführte rechtliche Durchsetzungsdefizit eine gesteigerte Quantität des Beteiligungsrechts, ein reales Druckpotenzial und die tatsächliche Ausübung der Rechtsmacht.[313]

Hoffmann führt *Breidensteins* Ansatz fort und meint hinsichtlich des Druckpotenzials, es brauche eine ausdrückliche Abrede, wonach ein Covenantverstoß ein Kündigungsrecht begründe. Zudem bedürfe es eines Kreditvolumens, bei dem die Fälligstellung die Zahlungsfähigkeit des Darlehensnehmers bedrohe.[314]

311 Deutlich ablehnend *Friese*, NZI 2018, 891 f.; MüKoAnfG/*Weinland*, 2. Aufl. 2022, AnfG § 6 Rn. 17. — Betreffend Kündigungsrechte klar ablehnend Graf-Schlicker/*Bremen*/*Neußner*, InsO, 6. Aufl. 2022, InsO § 39 Rn. 39 und 51. — Betreffend Kündigungsrechte eher ablehnend *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 20.5.2014 – 12 U 87/13, ZIP 2015, 187 (189); *Bork*, ZIP 2012, 2277 (2278). — Womöglich ablehnend, da Einflussmöglichkeiten auf „gesicherter Grundlage" voraussetzend, Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, GmbHG Anh. zu § 64 Rn. 147.

312 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 20.5.2014 – 12 U 87/13, ZIP 2015, 187 (189); *Bork*, ZIP 2012, 2277 (2278); *Friese*, NZI 2018, 891. — Siehe zu diesem Argument *Breidenstein*, ZInsO 2010, 273 (280 f.); *A. Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2020, S. 142.

313 *Breidenstein*, ZInsO 2010, 273 (281 f.); insofern zustimmend *A. Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2020, S. 149.

314 *G. Hoffmann*, WM 2012, 10 (11 Fn. 10).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(4) Stellungnahme: Vorzugswürdigkeit einer vermittelnden Sichtweise

Ein vermittelnder Ansatz ist vorzuziehen. Denn kann es sich der Darlehensnehmer nicht leisten, gegen das Beteiligungsrecht zu verstoßen, weil der Darlehensgeber sonst Forderungsherrschaft über ihn erlangte, steht ihm die Missachtung des Beteiligungsrechts bei wirtschaftlicher Betrachtung gerade nicht frei. Dann kann gesagt werden, dass mittelbar schuldvertraglich abgesicherte und gesellschaftsvertraglich fundierte Einflussrechte einander „wirtschaftlich entsprechen" (§ 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO).[315]

bbb) Ausgeübte faktische Einwirkungsmacht

Nach der vorstehend befürworteten vermittelnden Ansicht können mittelbar schuldvertragliche Beteiligungsrechte zu einer gesellschaftergleichen Stellung i. S. d. § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO führen, wenn der vermittelte Einfluss von gesteigerter Quantität ist und der Darlehensgeber diesen vermöge eines realen Druckpotenzials tatsächlich ausübt. Hieraus ergibt sich die Anschlussfrage, ob diese Voraussetzungen auch schon für sich genommen für eine gesellschaftergleiche Stellung ausreichen:

Diese Frage haben der *IX. Zivilsenat* und das *Oberlandesgericht Frankfurt am Main* im Doppeltreuhand-Fall verneint, was einer im Schrifttum verbreiteten Auffassung entspricht (dazu (1)). Hingegen hat sich das *Landgericht Frankfurt am Main* im Doppeltreuhand-Fall der anderen Ansicht angeschlossen, wonach auf Grundlage faktischer Einwirkungsmacht tatsächlich ausgeübter Einfluss qualitativ geeignet ist, eine gesellschaftergleiche Stellung zu begründen (dazu (2)); dieser Ansicht wird gefolgt (dazu (3)).

(1) Herrschende Meinung: Ungeeignetheit ausgeübter faktischer Einwirkungsmacht

Die Problemstellung hinter der Frage, ob ausgeübte faktische Einwirkungsmacht eine gesellschaftergleiche Stellung vermitteln kann, veranschaulicht der Doppeltreuhand-Fall mit Blick auf die von der Beklagten behauptete Einflussnahme der Banken auf Personalentscheidungen. Nach deren

315 Vgl. insofern die oben unter § 2 C. III. 2. b) bb) aaa) (1) wiedergegebenen Ausführungen des *OLG Köln*, Urt. v. 27.10.2011 – 18 U 34/11, ZInsO 2012, 1081 (1084).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Behauptung hätten die Banken vermöge ihrer Forderungsherrschaft die Bestellung des D. Z. zum Geschäftsführer der Baugesellschaft und der Schuldnerin sowie die Bestellung des A. H. zum Geschäftsführer der Treuhänderin ATV durchgesetzt.[316]

Für den *IX. Zivilsenat* sind diese Behauptungen mangels rechtlich begründeten Einflusses der Banken auf die Bestellung und Tätigkeit der Organe unerheblich gewesen.[317] Nach seiner Ansicht genüge es nicht schon, wenn die Gesellschafter über grundsätzliche Fragen nicht mehr eigenverantwortlich entscheiden könnten; maßgeblich sei, inwieweit deren Entscheidungsbefugnisse dem Darlehensgeber zuwüchsen,[318] und zwar rechtlich abgesichert: Die faktische Möglichkeit eines Darlehensgebers, Entscheidungen der Gesellschaft zu beeinflussen, genüge nicht, um ihn mit einem Gesellschafter gleichzustellen.[319] Gleiches gelte für eine rein wirtschaftliche Machtposition.[320] — Ob hiervon eine Ausnahme zu machen sei, wenn der Darlehensgeber faktischer Geschäftsführer sei, hat er dahinstehen lassen.[321] Offen hat er auch gelassen, inwiefern subtilere Arten der Einflussnahme bei der Gesamtschau zu berücksichtigen seien. Denn hierfür sei jedenfalls ein Minimum rechtlich gesicherten Einflusses erforderlich und dieses sei im Streitfall nicht erreicht worden.[322]

Das *Oberlandesgericht Frankfurt am Main* ist im Doppeltreuhand-Fall zum gleichen Ergebnis wie der *IX. Zivilsenat* gelangt. Insofern meint es, für eine gesellschaftergleiche Stellung des Darlehensgebers sei nicht dessen faktischer Einfluss, sondern allein die ihm vertraglich eingeräumte Stellung maßgeblich.[323]

---

316 Siehe zu diesem Sachverhaltsaspekt im Doppeltreuhand-Fall *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (126 Rn. 2, 140 Rn. 44 und 141 Rn. 46); *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 (890); *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 48; siehe dazu auch oben § 2 C. III. 2. a) cc) aaa).

317 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (140 Rn. 44 und 141 Rn. 46 f.).

318 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (143 f. Rn. 54).

319 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (126 LS. d und 144 Rn. 56) m. zust. Anm. insofern *Mar. Huber/Baier*, NZI 2020, 796 (797).

320 *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (140 Rn. 44).

321 Siehe *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (144 f. Rn. 56).

322 Siehe *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (144 Rn. 55). Siehe zu dieser und den vorherigen Urteilspassagen *Bitter*, WM 2020, 1764 (1773 f.); *Prosteder/Grotebrune*, DB 2020, 2562 (2566).

323 *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 (890) m. zust. Anm. insofern *Friese*, NZI 2018, 891. — Demgegenüber meint *Wang*, Lo-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Neben dem *IX. Zivilsenat* und dem *Oberlandesgericht Frankfurt am Main* lehnen nicht nur jene die Geeignetheit der Ausübung faktischen Einflusses zur Begründung einer gesellschaftergleichen Stellung ab, die hierfür bereits mittelbar schuldvertragliche Beteiligungsrechte ausnahmslos für ungeeignet halten,[324] sondern auch ein Teil derer, die diese grundsätzlich für qualitativ ausreichend erachten.[325]

(2) Andere Ansicht: Geeignetheit ausgeübter faktischer Einwirkungsmacht

Das *Landgericht Frankfurt am Main* hat im Doppeltreuhand-Fall eine gesellschaftergleiche Stellung der Banken bejaht, und zwar auch wegen deren faktischer Einflussnahmen: Nach Auffassung des *Landgerichts Frankfurt am Main* mutiere ein Darlehensgeber faktisch zu einem Unternehmer, wenn er sich in Kernkompetenzen der Gesellschaft wie namentlich deren Personalhoheit einmische; er sei daher einem Gesellschafter gleichzustellen. Für eine solchermaßen schädliche Einmischung könne es bereits genügen, wenn ein Darlehensgeber lediglich mittelbar durch von ihm platzierte Geschäftsführer Einfluss nehmen könne oder die Geschäftsführung im We-

---

an-to-Own, 2022, S. 602, ein darlehensgebender Dritter, der nicht nur personelle Veränderungen fordere, sondern diese kraft seiner Forderungsherrschaft durchsetze, nähere sich der Schwelle der Gesellschaftergleichheit. — Seiner Aussage, dies werde durch die Rechtsansicht des *Oberlandesgerichts Frankfurt am Main* gestützt, ist zu widersprechen. *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 602 Fn. 339 gibt eine Passage der Entscheidungsgründe wieder, wo es heißt: „*Im Übrigen* reichen die […] angeführten Indizien auch nicht aus, um eine *faktische* Gesellschafterstellung der Banken anzunehmen. […] Denn es ist nicht dargetan, dass sie [scil. die Banken] der Treuhänderin einen Wunschkandidaten aufgezwungen hätten" (*OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 [890]; Hervorhebung durch den Verfasser). Daraus mag zwar der Umkehrschluss gezogen werden können, dass es das *Oberlandesgericht Frankfurt am Main* hinsichtlich der Frage einer *faktischen* Gesellschafterstellung für erheblich erachtet, wenn ein Darlehensgeber vermöge seiner Forderungsherrschaft auf Seiten des Darlehensnehmers in die Personalhoheit eingreift. Dies führt das *Oberlandesgericht Frankfurt am Main* aber eben nur *im Übrigen* aus. So heißt es unmittelbar zuvor, es komme nur auf die vertraglich eingeräumte Stellung an; wäre faktischer Einfluss maßgeblich, herrschte inakzeptable Rechtsunsicherheit.

324 Siehe zu dieser Ansicht oben § 2 C. III. 2. b) bb) aaa) (2).

325 Siehe *Ganter*, NZI 2021, 1 (6); Bork/Schäfer/*Thiessen*, GmbHG, 5. Aufl. 2022, GmbHG Anh. § 30 Rn. 40; Henssler/Strohn/*Fleischer*, GesR, 6. Aufl. 2024, InsO § 39 Rn. 25, er hatte zum alten Recht eine Unterscheidung anhand der Form der Einflussnahme noch abgelehnt (siehe *ders.*, ZIP 1998, 313 [320]).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sentlichen nach seinen Vorgaben handeln müsse;[326] im Streitfall seien diese Voraussetzungen erfüllt gewesen.[327] Gestützt hat das *Landgericht Frankfurt am Main* seine Rechtsansicht auch auf die Pfandgläubiger-Entscheidung des *II. Zivilsenats* aus dem Jahre 1992.[328]

In der Pfandgläubiger-Entscheidung hatte es für den *II. Zivilsenat* den Ausschlag gegeben, dass die Gesellschafter über grundsätzliche Fragen nicht mehr hätten eigenverantwortlich entscheiden können.[329] Den Einfluss, den die Beklagte über einen von ihr durchgesetzten Krisenmanager genommen habe, hatte der *II. Zivilsenat* dabei nicht bloß als subtilere Form der Einflussnahme erschwerend neben deren Beteiligungsrechten berücksichtigt.[330] Diesbezüglich hatte er vielmehr ausgeführt, spätestens mit der „faktischen Entmachtung der bisherigen Geschäftsführung" habe die Beklagte entscheidenden Einfluss erlangt und sei spätestens seitdem als Normadressat anzusehen.[331]

Zu erwähnen ist noch ein Fall, über den das *Thüringer Oberlandesgericht* im Jahre 2015 zu entscheiden hatte: Nach den Feststellungen des *Thüringer Oberlandesgerichts* sei der Darlehensgeber maßgeblich am Gewinn der Darlehensnehmerin beteiligt gewesen und habe wie ein Gesellschafter auf deren Geschicke unternehmerischen Einfluss nehmen können.[332] Dem Vortrag des Darlehensgebers – Gesellschaftergleichheit erfordere nicht bloß tatsächlichen, sondern rechtlich fundierten Einfluss und dieser habe ihm gefehlt –[333] hat das *Thüringer Oberlandesgericht* nicht zu folgen vermocht

326 *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 46.
327 *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 47 ff.
328 *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 44.
329 Siehe *BGH*, Urt. v. 13.7.1992 – II ZR 251/91, BGHZ 119, 191 (198). — Davon ausdrücklich Abstand nehmend *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (143 f. Rn. 54); siehe konkret dazu *Prosteder/Grotebrune*, DB 2020, 2562 (2566).
330 Siehe *BGH*, Urt. v. 13.7.1992 – II ZR 251/91, BGHZ 119, 191 (198 ff.). Vgl. insofern die oben unter § 2 C. III. 2. b) bb) bbb) (1) wiedergegebene Ausführung des *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (144 Rn. 55).
331 *BGH*, Urt. v. 13.7.1992 – II ZR 251/91, BGHZ 119, 191 (201); siehe dazu *A. Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2020, S. 136.
332 *OLG Thüringen*, Beschl. v. 25.9.2015 – 1 U 503/15, GmbHR 2016, 299; Beschl. v. 18.11.2015 – 1 U 503/15, GmbHR 2016, 300; zustimmend in Anbetracht der ausgeprägten Vermögensteilhabe *Kuna*, GmbHR 2016, 284 (287 f.); zustimmend wohl auch Henssler/Strohn/*Fleischer*, GesR, 6. Aufl. 2024, InsO § 39 Rn. 25 a. E.
333 *OLG Thüringen*, Beschl. v. 18.11.2015 – 1 U 503/15, GmbHR 2016, 300.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und ihn auch wegen seiner tatsächlichen Einflussnahme auf die Darlehensnehmerin als gesellschaftergleichen Dritten angesehen.[334]

Innerhalb des Schrifttums, welches die Auffassung vertritt, qualitativ könne die Ausübung faktischer Einwirkungsmacht zur Begründung einer gesellschaftergleichen Stellung genügen,[335] gehen die Meinungen über die dann erforderliche Quantität der Einflussnahme teils auseinander: *Servatius* ist der Ansicht, unschädlich sei nur, wenn der Darlehensgeber lediglich vereinzelt oder bloß unbeachtlichen Einfluss ausübe.[336] Auf der anderen Seite meinen *Georg Bitter* und *Alexander Wilhelm*, es bedürfe intensiver und beständiger faktischer Einwirkungsmacht; unzureichend hierfür sei insbesondere wirtschaftlicher Druck, wie er aus einer angedrohten Darlehenskündigung resultieren könne.[337] Dazwischen positionieren sich *Horst Eidenmüller* und wohl auch *Donatus Wang*; sie sehen es kritisch, wenn der Darlehensgeber mit Kündigung drohe und so von ihm bestimmte Berater oder Geschäftsführer dem Darlehensnehmer aufdränge.[338]

(3) Begründung der Geeignetheit ausgeübter faktischer Einwirkungsmacht

Drängt der Darlehensgeber vermöge seiner faktischen Einwirkungsmacht dem Darlehensnehmer in wesentlichen unternehmerischen Angelegenhei-

334 *OLG Thüringen*, Beschl. v. 25.9.2015 – 1 U 503/15, GmbHR 2016, 299; Beschl. v. 18.11.2015 – 1 U 503/15, GmbHR 2016, 300; insofern von einer Rechtsauffassung des *OLG Thüringen* ausgehend, wonach tatsächlicher Einfluss ausreiche, *Göb/Nebel*, NZI 2016, 727 (728).

335 *Eidenmüller*, FS Canaris, Bd. II, 2007, 49 (63 f.); *Servatius*, Covenants, 2008, S. 470 ff.; hinsichtlich der Doppeltreuhand faktische Einflussnahme auf den Treuhänder für schädlich erachtend *Kampshoff*, GmbHR 2010, 897 (903); *Engert*, ZGR 2012, 835 (864 ff.); über Nachrangigkeit entscheide „Gesamtschau aus vertraglichen Regelungen, ggf. anderweitig gehandhabter Praxis und tatsächlichen Einflussnahmen außerhalb der Vertragslage" *G. Hoffmann*, WM 2012, 10 (11); *Bitter*, WM 2020, 1764 (1774); *A. Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2020, S. 134 ff.; Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, GmbHG Anh. § 64 Rn. 256; wohl auch *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 603. — *Fleischer*, ZIP 1998, 313 (320 f.) hat unter Geltung des früheren Rechts noch abgelehnt, dass es auf eine mehr oder minder subtile Form der Einflussnahme ankommen könne; anders zum heutigen Recht Henssler/Strohn/*Fleischer*, GesR, 6. Aufl. 2024, InsO § 39 Rn. 25.

336 *Servatius*, Covenants, 2008, S. 538.

337 *A. Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2020, S. 136 und ihm zustimmend *Bitter*, WM 2020, 1764 (1774); Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, GmbHG Anh. § 64 Rn. 256.

338 Siehe *Eidenmüller*, FS Canaris, Bd. II, 2007, 49 (63 f.); *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 602 f. Vgl. auch *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 46; *Fleischer*, ZIP 1998, 313 (321).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten wie der Organbestellung seinen Willen auf, rechtfertigt dies die Annahme einer gesellschaftergleichen Stellung. Die Einwände dagegen – nur bei vertraglicher Grundlage sei ein Vergleich mit der Stellung eines Gesellschafters möglich (dazu (a)) und die Berücksichtigung der Ausübung faktischer Einwirkungsmacht führe zu inakzeptabler Rechtsunsicherheit (dazu (b)) – lassen sich entkräften.

(a) Keine fehlende Basis für einen Vergleich mit der Stellung eines Gesellschafters

Jan Friese führt gegen die Geeignetheit der Ausübung faktischer Einwirkungsmacht zur Begründung einer gesellschaftergleichen Stellung an, ohne vertragliche Verankerung der Einflussmöglichkeiten fehle die Basis für einen Vergleich mit der Stellung eines Gesellschafters.[339]

Dieser Einwand überzeugt zwar als Argument, warum die faktische *Möglichkeit* zur Einwirkung, anders als die rechtlich fundierte, keine gesellschaftergleiche Stellung begründen kann. Er trägt aber nicht im Hinblick auf die Ausübung faktischer Einwirkungsmacht: Denn eine geschehene Einwirkung, z. B. der mittels Forderungsherrschaft erzwungene Austausch des Managements, taugt als Objekt für einen Vergleich mit den Beteiligungsrechten eines Gesellschafters.

(b) Keine inakzeptable Rechtsunsicherheit

Des Weiteren wird gegen die Geeignetheit der Ausübung faktischer Einwirkungsmacht zur Begründung einer gesellschaftergleichen Stellung eingewandt, es führe zu inakzeptabler Rechtsunsicherheit, würde gesellschaftergleicher Einfluss nicht ausschließlich anhand der vertraglich eingeräumten Stellung beurteilt.[340] Auch dieser Einwand ist angreifbar:

Angesichts der gebotenen Gesamtschau ist es bereits fraglich, ob die Rechtsunsicherheit überhaupt merklich stiege, würde eine tatsächlich geschehene Einwirkung mitberücksichtigt. Zudem ist es nicht ausgemacht, dass über eine vertragliche Möglichkeit zur Einwirkung sicherer als über

339 *Friese*, NZI 2018, 891.

340 *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 (890) m. zust. Anm. insofern *Friese*, NZI 2018, 891; Graf-Schlicker/*Bremen*/*Neußner*, InsO, 6. Aufl. 2022, InsO § 39 Rn. 39 und 51; Bork/Schäfer/*Thiessen*, GmbHG, 5. Aufl. 2022, GmbHG Anh. § 30 Rn. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine tatsächlich geschehene Einwirkung geurteilt werden kann. Dass der Nachweis einer tatsächlichen Einflussnahme schwerer zu führen sein mag, ist kein Grund, ihn materiell-rechtlich abzuschneiden.

Der Verweis auf eine inakzeptable Rechtsunsicherheit verliert weiter an Überzeugungskraft, wenn man – so wie es der *IX. Zivilsenat* in dem Doppeltreuhand-Urteil in den Raum gestellt hat – subtilere Arten der Einflussnahme bei der Gesamtschau berücksichtigte, sobald ein gewisses Minimum rechtlich gesicherten Einflusses erreicht ist.[341] Denn unterstellt, die Berücksichtigung tatsächlicher Einflussnahme erhöhte die Rechtsunsicherheit, würde sie durch die Frage, ob diese Minimalschwelle rechtlich gesicherten Einflusses unter- oder überschritten ist, zusätzlich gesteigert.

Auch die systematische Auslegung des § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO anhand eines Vergleichs mit § 17 Abs. 1 AktG entkräftet den Einwand inakzeptabler Rechtsunsicherheit: Gemäß § 17 Abs. 1 AktG sind abhängige Unternehmen rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Nach herrschender Meinung kann die Möglichkeit, beherrschenden Einfluss auszuüben, aus der Kumulation einer Minderheitsbeteiligung mit Umständen rechtlicher oder auch tatsächlicher Art folgen (kombinierte Beherrschung).[342] Einen solchermaßen kombinierbaren tatsächlichen Umstand erblickt die überwiegende Auffassung auch in einer wirtschaftlichen Abhängigkeit.[343] Dabei werden schuld-

341 Siehe *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (144 Rn. 55) und dazu oben § 2 C. III. 2. b) bb) bbb) (1).

342 Kombinierte Herrschaft anerkennend *BGH*, Urt. v. 26.3.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381 (395 ff.); Beschl. v. 19.1.1993 – KVR 32/91, BGHZ 121, 137 (145); vgl. auch *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 22.7.1993 – 6 U 84/92, AG 1994, 36 (37); Beschl. v. 8.11.2004 – I-19 W 9/03 AktE, NZG 2005, 1012 (1013); Beschl. v. 31.3.2009 – 26 W 5/08, BeckRS 2009, 11525; *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 23.2.2021 – 21 W 134/20, NZG 2021, 777 (779 Rn. 28); Grigoleit/*ders.*, AktG, 2. Aufl. 2020, AktG § 17 Rn. 6; Emmerich/Habersack/*Emmerich*, Aktien- u. GmbH-KonzernR, 10. Aufl. 2022, AktG § 17 Rn. 16; vgl. auch BT-Drs. 14/7034 S. 35. — Demgegenüber kombinierte Herrschaft nur eingeschränkt zulassend Hölters/Weber/*Krebs*, AktG, 4. Aufl. 2022, AktG § 17 Rn. 5; Henssler/Strohn/*Keßler*, GesR, 6. Aufl. 2024, AktG § 17 Rn. 5; *J. Koch*, AktG, 18. Aufl. 2024, AktG § 17 Rn. 8.

343 Bejahend, dass wirtschaftliche Abhängigkeit in Kombination mit einer Minderheitsbeteiligung ausreichen könne, *BGH*, Urt. v. 26.3.1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381 (397); Urt. v. 20.2.1989 – II ZR 167/88, BGHZ 107, 7 (16); *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 22.7.1993 – 6 U 84/92, AG 1994, 36 (37); *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 11.12.2003 – 12 W 11/02, NZG 2004, 334 (335); MHdB GesR/*Krieger*, Bd. 4, 5. Aufl. 2020, § 69 Rn. 41; Emmerich/Habersack/*Emmerich*, Aktien- u. GmbH-KonzernR, 10. Aufl. 2022, AktG § 17 Rn. 16; BeckOGK AktG/*Schall*,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vertragliche Beteiligungsrechte ebenso wie tatsächliche Einflussnahmen berücksichtigt.[344] — Vor diesem Hintergrund leuchtete es nicht ein, warum eine infolge der Berücksichtigung tatsächlicher Umstände (möglicherweise) erhöhte Rechtsunsicherheit bei der Beurteilung einer beherrschenden, aber nicht einer gesellschaftergleichen Stellung akzeptabel sein sollte.

Der Vergleich mit § 17 Abs. 1 AktG spricht aber nicht bloß gegen die Ungeeignetheit der Ausübung faktischer Einwirkungsmacht zur Begründung einer gesellschaftergleichen Stellung, sondern vielmehr auch für deren Geeignetheit. Schließlich mutete es unstimmig an, könnte diese Einflussform einerseits noch nicht einmal zu einer gesellschaftergleichen Stellung führen, aber andererseits sogar die Stellung eines herrschenden Unternehmens begründen – jedenfalls,[345] wenn eine per se noch keine Herrschaftsmacht vermittelnde Minderheitsbeteiligung hinzukommt.[346]

1.1.2023, AktG § 17 Rn. 37. — Zweifelnd Grigoleit/*ders.*, AktG, 2. Aufl. 2020, AktG § 17 Rn. 6. — Ablehnend Hölters/Weber/*Krebs*, AktG, 4. Aufl. 2022, AktG § 17 Rn. 5; Henssler/Strohn/*Keßler*, GesR, 6. Aufl. 2024, AktG § 17 Rn. 5; *J. Koch*, AktG, 18. Aufl. 2024, AktG § 17 Rn. 8.

344 BeckOGK AktG/*Schall*, 1.1.2023, AktG § 17 Rn. 37.

345 Das *RG*, Urt. v. 21.4.1941 – II 128/40, RGZ 167, 40 (49) hat für unerheblich befunden, ob ein Unternehmen aufgrund rechtlicher Gestaltungen oder tatsächlicher Gegebenheiten einem anderen Unternehmen seinen Willen aufzwingen kann. Dem folgend *BAG*, Beschl. v. 30.10.1986 – 6 ABR 19/85, BAGE 53, 287 (295). — Nunmehr offenlassend, ob eine gesellschaftsrechtliche Vermittlung zwingend sei, *BAG*, Beschl. v. 9.2.2011 – 7 ABR 11/10, BAGE 137, 123 (129 ff. Rn. 25 ff.). — Mit Recht Beherrschung auch ohne Minderheitsbeteiligung für möglich erachtend *Bayreuther*, Wirtschaftlich-existenziell abhängige Unternehmen im Konzern-, Kartell- und Arbeitsrecht, 2001, S. 40 ff. und zusammenfassend S. 74 ff.; *Soudry/Löb*, GWR 2011, 127 (128 ff.). — Eine Minderheitsbeteiligung ausnahmsweise für verzichtbar haltend, wenn ein Unternehmen seinen Willen einem anderen aufzwingen könne, BeckOGK AktG/*Schall*, 1.1.2023, AktG § 17 Rn. 23 f. — Eine Ausnahme im Falle der Kumulation von Forderungsherrschaft und wesentlichen Direktions- und Kontrollrechten in Betracht ziehend MüKoAktG/*Bayer*, Bd. 1, 6. Aufl. 2024, AktG § 17 Rn. 29.

346 Ähnlich *A. Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2020, S. 135: Er erachtet es als wertungswidersprüchlich, wenn faktischer Einfluss kombiniert mit einer nicht ganz unerheblichen Minderheitsbeteiligung einerseits „zur Begründung sogar einer *herrschenden* (Gesellschafter-)Stellung" herangezogen werden könne, aber andererseits „dort, wo bloß die – für sich genommen ohnehin bedeutungslose – ‚nicht ganz unerhebliche' Minderheitsbeteiligung fehlt, noch nicht einmal zur Fingierung einer *einfachen* Gesellschafterstellung genügen" solle (ebd.; Hervorhebung im Original). — Vgl. auch *Fleischer*, ZIP 1998, 313 (320), der für die Entbehrlichkeit eines Weisungsrechts zur Begründung gesellschaftergleichen Einflusses anführt, dass es der Ausübung eines solchen Rechts auch nicht für eine Veranlassung gemäß § 311 Abs. 1 AktG bedürfe, sondern jede ursächliche Form der Einwirkung genüge.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Maßnahmen zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme im Lichte einer gesellschaftergleichen Stellung

Wie bereits erwähnt, kann die Wirksamkeit einer Kündigung wegen eines leichten Covenantverstoßes zweifelhaft sein. Fordert daher ein Loan-to-Own-Investor gestützt auf solch einen leichten Verstoß einen Debt-Equity-Swap, geht er ein höheres Risiko ein, dass es die Darlehensnehmerseite auf eine Kündigung ankommen lässt, als wenn er eine weniger einschneidende Maßnahme verlangt, durch die er zur Vorbereitung der Übernahme seinen Einfluss ausbaut.[347] Dass er dadurch in eine gesellschaftergleiche Stellung gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO einrückt, ist nicht schon dann von vornherein ausgeschlossen, wenn er nicht variabel am Erlös beteiligt ist.[348]

347 Siehe zu diesem Hintergrund von Vorbereitungsmaßnahmen oben § 2 C. III. — Siehe dazu, dass eine Kündigung ohne ernstlichen Anlass – zum Beispiel aufgrund einer leichten Covenantverletzung (vgl. *Metze*/*Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 [129]; Ekkenga/*Koller*/*Wöckener*, Hdb. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 104; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Kampshoff*/*Lieth*/*Urban-Crell* et al., InsO, 4. Aufl. 2020, Anh. VII Rn. 116; Thierhoff/Müller/*Ringelspacher*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 833) – ausgeschlossen sein kann, *BGH*, Urt. v. 28.6.1977 – III ZR 13/75, WM 1977, 834 (835): „Allerdings müssen Sparkassen bei der Ausübung des Kündigungsrechts wie jeder Darlehensgläubiger auf […] Interessen ihrer Schuldner hinlänglich Rücksicht nehmen […]. Daher können gerade die Schuldner eines langfristigen Darlehens erwarten, daß die Sparkassen ein ihnen eingeräumtes ordentliches Kündigungsrecht nicht ohne ernstlichen Anlaß ausüben." Zuvor bereits *OLG Hamburg*, Urt. v. 22.10.1964 – 1 U 23/64, MDR 1965, 294 (295). Siehe betreffend die außerordentliche Kündigung *BGH*, Urt. v. 18.12.1980 – III ZR 157/78, NJW 1981, 1363 f. Siehe ferner *BGH*, Beschl. v. 14.7.1983 – III ZR 176/82, WM 1983, 1038; Urt. v. 6.3.1986 – III ZR 245/84, NJW 1986, 1928 (1930); Urt. v. 21.5.1987 – III ZR 38/86, NJW-RR 1987, 1184; Urt. v. 14.12.1989 – III ZR 198/88, NJW-RR 1990, 365 f. Auf der Linie des Bundesgerichtshofes *OLG Hamm*, Urt. v. 21.6.1985 – 11 U 111/84, NJW-RR 1986, 208 (209); *OLG Schleswig*, Urt. v. 27.4.2006 – 5 U 176/05, BKR 2006, 253 (254); *Schneider*, JR 1978, 415 (417); *Obermüller*, ZIP 1980, 337 (341); *Rümker*, KTS 1981, 493 (496 f.); *Möllers*, Die Haftung der Bank bei der Kreditkündigung, 1991, S. 10 f.; *Kiethe*, KTS 2005, 179 (200 f.); Soergel/*Seifert*, BGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2014, BGB § 488 Rn. 194; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 5.676; Schwintowski/*Korff*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 16 Rn. 334 ff.; Obermüller/*Huber*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.331. Kritisch dazu *M. Renner*, FS Hopt, 2020, 993 (1006); Ellenberger/Bunte/*Häuser*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 65 Rn. 74 f. — Siehe dazu noch unten § 6 D. I. 2. a) bb) aaa).

348 Eine variable Erlösbeteiligung ist nach vorzugswürdiger (siehe zur Vorzugswürdigkeit oben § 2 C. III. 2. a) dd)) und wohl auch vom *IX. Zivilsenat* vertretener Ansicht

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inwiefern das Recht der Gesellschafterdarlehen Maßnahmen zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme mittelbar-faktisch begrenzt,[349] hängt somit davon ab, ob die jeweiligen Maßnahmen den für eine gesellschaftergleiche Stellung erforderlichen Einfluss[350] vermitteln. Dies lässt sich hinsichtlich Share-Pledges (dazu aa)) und Information-Covenants (dazu bb)) recht eindeutig verneinen. Weniger klar ist dies hinsichtlich mittelbar schuldvertraglich abgesicherter Beteiligungsrechte an Geschäftsführungsentscheidungen (dazu cc)). Bezüglich der Einflussnahme auf die Organbestellung mittels Forderungsherrschaft (dazu dd)) kommt es auf die zuletzt erörterte Frage, ob die Ausübung faktischer Einwirkungsmacht eine gesellschaftergleiche Stellung begründen kann,[351] an.

aa) Share-Pledges

Nach einer leichten Covenantverletzung kann ein Loan-to-Own-Investor statt eines Debt-Equity-Swaps die Bestellung von Pfandrechten an den Anteilen der Zielgesellschaft oder auch deren Töchter fordern, um so mit Blick auf einen künftigen Covenantverstoß das Drohpotenzial zu erhöhen und die – notfalls verfahrensrechtliche – Übernahme abzusichern.[352]

Diese Vorbereitungsmaßnahme birgt in Anbetracht der für eine gesellschaftergleiche Stellung nach § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO erforderlichen Quantität des Einflusses keine Subordinationsgefahr, da Share-Pledges einem Darlehensgeber keinen unternehmerischen Einfluss vermitteln.[353]

(siehe dazu oben § 2 C. III. 2. a) cc)) für eine gesellschaftergleiche Stellung gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO nicht notwendig.

349 Siehe dazu, dass das Recht der Gesellschafterdarlehen mit Blick auf die Rechtsfolgenseite geeignet ist, Maßnahmen zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme mittelbar-faktisch zu begrenzen, oben § 2 C. III. 2.

350 Siehe zur erforderlichen Quantität des Einflusses oben § 2 C. III. 2. b) aa) und zur erforderlichen Qualität oben § 2 C. III. 2. b) bb).

351 Siehe zu dieser Streitfrage oben § 2 C. III. 2. b) bb) bbb).

352 Siehe zu Share-Pledges als Maßnahme zur Vorbereitung und Absicherung einer forderungsbasierten Übernahme oben § 2 C. III. 1. c).

353 Siehe *BGH*, Urt. v. 13.7.1992 – II ZR 251/91, BGHZ 119, 191 (194); Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (137 Rn. 33); *OLG Hamm*, Urt. v. 16.1.2008 – 8 U 138/06, BeckRS 2008, 12365 Rn. 38; *Obermüller*, ZInsO 2017, 134 (136 f.). Vgl. zum Aspekt der Entfaltung eigener unternehmerischer Betätigung *BGH*, Urt. v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 (292 f. Rn. 25); Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (134 f. Rn. 28) und dazu oben § 2 C. III. 2. a) cc) bbb) (1) (a) und § 2 C. III. 2. b) aa).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Information-Covenants

Macht ein Loan-to-Own-Investor von ermessensabhängigen Informations- und Inspektionsrechten regen Gebrauch, kann er so zum einen Informationen erlangen, die ihm bei der Übernahme helfen.[354] Zum anderen kann er dem Darlehensnehmer damit Erfüllungsaufwand bereiten, dessen Betriebsablauf stören und ihm das operative Geschäft erschweren; all dies kann den Einigungsdruck erhöhen und einen Covenantverstoß fördern.[355]

Ein solches Vorgehen birgt zwar Risiken,[356] aber einen Nachrang gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO braucht ein Loan-to-Own-Investor deswegen nicht zu fürchten:

Informations- und Inspektionsrechte[357] werden unter dem Aspekt des Nachranges gemeinhin für unschädlich erachtet.[358] Im Doppeltreuhand-Urteil hat der *IX. Zivilsenat* zu den Berichts- und Informationspflichten der

354 Siehe dazu, dass Information-Covenants einem Loan-to-Own-Investor bei der Steuerung der Übernahme helfen und einen Informationsvorteil gegenüber den Gesellschaftern und anderen Stakeholdern verschaffen können, *Levitin*, 4 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 67, 87 (2009); *Bücker/Petersen*, ZGR 2013, 802 (809); *Florstedt*, ZIP 2014, 1513 (1515); *ders.*, ZIP 2015, 2345 (2349); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 261; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 76.

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

356 Näher zu den Rechtsfolgen solcher Informationsverlangen unten § 6 D. I. 2. b).

357 Siehe zu Information-Covenants oben § 2 C. I. 2. c).

358 Siehe zur Unschädlichkeit von Informationsrechten nach altem Recht: *OLG Hamm*, Urt. v. 16.1.2008 – 8 U 138/06, BeckRS 2008, 12365 Rn. 51; *Fleischer*, ZIP 1998, 313 (319); Lutter/Hommelhoff/*dies.*, GmbHG, 16. Aufl. 2004, GmbHG §§ 32a/b Rn. 55; *Schwintowski/Dannischewski*, ZIP 2005, 840 (843 f.). Siehe insofern zum neuen Recht: *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 20.5.2014 – 12 U 87/13, ZIP 2015, 187 (189) m. Anm. *Bitter*, WuB 2015, 115 (117 f.), der deren Unschädlichkeit schon damit begründet, dass dem Gesellschafterdarlehensrecht kein Insidergedanke zugrunde liege; zustimmend auch *Thiessen*, ZGR 2015, 396 (419). Siehe außerdem *Servatius*, Covenants, 2008, S. 526 f.; *Breidenstein*, ZInsO 2010, 273 (281); *Kampshoff*, GmbHR 2010, 897 (901 f.); *K. Schmidt*, Liber amicorum Winter, 2011, 601 (619); *M. Renner/D. Schmidt*, ZHR 180 (2016), 522 (537); *Obermüller*, ZInsO 2017, 134 (137); MüKoInsO/*Behme*, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, InsO § 39 Rn. 81; *A. Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2020, S. 132.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ATV und der Schuldnerin ausgeführt,[359] den Banken erwachse daraus kein unternehmerischer Einfluss.[360] Dem ist zuzustimmen:

Für die Unschädlichkeit jener Information-Covenants, die erforderlich sind, um bankenaufsichtsrechtliche Pflichten zu erfüllen,[361] spricht bereits die Widerspruchsfreiheit der Gesamtrechtsordnung. Gegen diese würde es verstoßen, könnte ein Kreditinstitut bankenaufsichtsrechtliche Pflichten nur um den Preis einer Subordination befolgen.[362]

Mit Recht werden aber auch darüber hinausgehende Information-Covenants als unschädlich angesehen. Sie verschaffen nicht den für eine gesellschaftergleiche Stellung in quantitativer Hinsicht erforderlichen Einfluss. Mithilfe extensiver Information-Covenants kann ein Darlehensgeber zwar auf die Geschäftsführung des Darlehensnehmers einwirken und auch störenden Einfluss nehmen, aber weder an Grundlagen- oder Geschäftsführungsentscheidungen mitwirken noch diese blockieren, mithin sich nicht unternehmerisch betätigen.[363]

cc) Ausübung mittelbar schuldvertraglicher Beteiligungsrechte

Die Ausübung eines mittelbar schuldvertraglich abgesicherten Beteiligungsrechts kann einem Loan-to-Own-Investor dazu dienen, einen Covenantverstoß zu provozieren. Zu denken ist etwa an ein vertragliches Kündigungsrecht für den Fall, dass der Darlehensnehmer bedeutende Vermögenswerte ohne die Zustimmung des Darlehensgebers veräußert. So kann es sich aus Investorensicht anbieten, die Zustimmung zu einem Veräußerungsgeschäft zu verweigern, durch das der Darlehensnehmer einen sich

359 Siehe zu den Informationspflichten der ATV gegenüber den Banken im Doppeltreuhand-Fall *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (143 Rn. 51); *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 26; siehe dazu auch oben § 2 C. III. 2. a) cc) aaa); siehe zu denen der Schuldnerin *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (142 Rn. 47 und 142 f. Rn. 51); *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 887 (888); siehe dazu oben § 2 C. III. 2. a) cc) aaa) a. E.

360 Siehe *BGH*, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (142 f. Rn. 51) und konkret dazu *Prosteder/Grotebrune*, DB 2020, 2562 (2566).

361 Siehe zum aufsichtsrechtlichen Hintergrund von Covenants oben § 2 C. I. 1.

362 In diesem Sinne argumentierend *Wiehe*, BKR 2020, 636 (642).

363 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 20.5.2014 – 12 U 87/13, ZIP 2015, 187 (189); *Bork*, ZIP 2012, 2277 (2278).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

abzeichnenden Covenantverstoß (z. B. die Unterschreitung einer Liquiditätskennzahl) verhinderte.[364]

Aus praktischer Sicht ist die Gefahr einer Subordination gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO bei einem solchen Vorgehen nicht auszuschließen.[365] Wie oben erläutert, finden sich in einem Urteil aus dem Jahre 2012 und im Doppeltreuhand-Urteil Ausführungen, die darauf hindeuten, dass der *IX. Zivilsenat* mittelbar schuldvertragliche Beteiligungsrechte zur Begründung einer gesellschaftergleichen Stellung grundsätzlich für geeignet hält; klargestellt hat er dies allerdings bislang nicht.[366]

Nach hiesigem Dafürhalten läuft ein Loan-to-Own-Investor Gefahr, in eine gesellschaftergleiche Stellung einzurücken: Quantitativ kann ein mittelbar schuldvertraglich abgesichertes Beteiligungsrecht den für eine gesellschaftergleiche Stellung erforderlichen Einfluss vermitteln.[367] Denn anders als etwa Share-Pledges und Information-Covenants ermöglicht es dem Darlehensgeber, Geschäftsführungsentscheidungen zu blockieren und sich insofern unternehmerisch zu betätigen.[368] — Den für eine gesellschaftergleiche Stellung qualitativ erforderlichen Einfluss verschafft ein mittelbar schuldvertragliches Beteiligungsrecht, wenn es der Darlehensgeber ausübt und sich der Darlehensnehmer nicht leisten kann, es zu missachten, namentlich weil sonst der Darlehensgeber Forderungsherrschaft erlangte.[369] Diese Voraussetzungen dürften meist erfüllt sein, wenn ein Loan-to-Own-

364 Siehe zu diesem Vorgehen oben § 2 C. III. 1. b) a. E.

365 *Metze/Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 (124) berichten, in der Praxis würde seitens der Darlehensnehmer nicht selten eingewandt, die Einräumung oder Ausübung von Beteiligungsrechten begründe die Gefahr einer Subordination. — Vgl. auch *Prosteder/Grotebrune*, DB 2020, 2562 (2568), die vor dem Hintergrund des Doppeltreuhand-Urteils meinen, dass darlehensgebenden Dritten zu raten sei, sich zurückhaltend Kontroll- und Mitspracherechte einräumen zu lassen.

366 Siehe *BGH*, Urt. v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 (386 f. Rn. 22); Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (141 Rn. 47) und näher dazu oben § 2 C. III. 2. b) bb) aaa) (1) a. E.

367 Vgl. *Fleischer*, ZIP 1998, 313 (320 f.); *Kampshoff*, GmbHR 2010, 897 (901 ff.); siehe insbesondere *Obermüller*, ZInsO 2017, 134 (137), der als Beispiele grenzwertigen Einflusses auf Geschäftsführungsentscheidungen unter anderem Widerspruchsrechte für bestimmte Veräußerungsgeschäfte, für bestimmte Investitionen oder auch für die Kreditaufnahme oder -vergabe nennt.

368 Vgl. hinsichtlich Share-Pledges oben § 2 C. III. 2. c) aa) und bezüglich Information-Covenants oben § 2 C. III. 2. c) bb) a. E. Siehe zum Aspekt der Entfaltung eigener unternehmerischer Betätigung oben § 2 C. III. 2. a) cc) bbb) (1) (a) und § 2 C. III. 2. b) aa).

369 Siehe zu diesen Voraussetzungen oben § 2 C. III. 2. b) bb) aaa).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Investor die Zustimmung zu einem Veräußerungsgeschäft verweigert, um so zu verhindern, dass der Darlehensnehmer einer drohenden Covenantverletzung zuvorkommt. Insbesondere wird sich der Darlehensnehmer nicht leisten können, das Beteiligungsrecht zu missachten. Denn erlangte der Investor bei Eintritt eines außerordentlichen Kündigungsgrundes keine Forderungsherrschaft, hätte er sich eine für eine forderungsbasierte Übernahme ungeeignete Zielgesellschaft ausgesucht.

dd) Einflussnahme auf die Organbestellung mittels Forderungsherrschaft

Nach einem (leichteren) Covenantverstoß kann ein Loan-to-Own-Investor fordern, dass das Management des Darlehensnehmers um Personal aus seinem Lager erweitert wird. So gewinnt er loyale Entscheidungsträger auf der Darlehensnehmerseite, die ihn bei der Übernahme unterstützen können;[370] überdies zehren die damit verbundenen Kosten an Liquidität und Vermögen des Darlehensnehmers, was eine künftige und schwerere Covenantverletzung fördern kann.[371]

In praxi dürfte ein Loan-to-Own-Investor wegen eines solchen Verhaltens keinen Nachrang gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO fürchten müssen: Der *IX. Zivilsenat* erachtet, wie oben ausgeführt, eine rechtlich abgesicherte Einflussnahmemöglichkeit für notwendig; so hat er in dem Doppeltreuhand-Urteil die behauptete Einflussnahme auf die Organbestellung kraft Forderungsherrschaft als unerheblich angesehen.[372]

Nach der vorzugswürdigen Mindermeinung kann die Einflussnahme auf die Organbestellung mittels Forderungsherrschaft hingegen zu einer gesellschaftergleichen Stellung führen:[373] Drängt der Kreditgeber dem Darlehensnehmer von ihm bestimmte Geschäftsführer auf, erreicht diese Einflussnahme die für eine gesellschaftergleiche Stellung erforderliche Quantität. Die Auswahl des Managements ist eine zentrale Befugnis der Gesellschafter; greift der Kreditgeber in diese ein, entfaltet er eine eigene

370 Siehe zur Erleichterung der Übernahme durch das Management des Darlehensnehmers oben § 2 C. III. 1. a).

371 Siehe zur Förderung eines künftigen und schwereren Covenantverstoßes durch höhere Personalkosten oben § 2 C. III. 1. b).

372 Siehe oben § 2 C. III. 2. b) bb) bbb) (1).

373 Siehe *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 46; *Fleischer*, ZIP 1998, 313 (321); *Eidenmüller*, FS Canaris, Bd. II, 2007, 49 (63 f.); *Breidenstein*, ZInsO 2010, 273 (276 ff.); *Obermüller*, ZInsO 2017, 134 (137); *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 602 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unternehmerische Betätigung.[374] — Das Einwirken kraft Forderungsherrschaft ist eine qualitativ ausreichende Form der Einflussnahme, um eine gesellschaftergleiche Stellung zu begründen. Denn hierfür eignet sich aus den oben dargelegten Gründen auch die Ausübung faktischer Einwirkungsmacht.[375]

d) Ergebnis

Das Recht der Gesellschafterdarlehen ist in Anbetracht seiner Rechtsfolgen zwar durchaus geeignet, Maßnahmen zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme mittelbar-faktisch eine Grenze zu setzen.[376] Allerdings ist dies mit Blick auf die Tatbestandsseite des § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO nur bedingt der Fall; insofern bleibt festzuhalten:

Eine variable Erlösbeteiligung ist nach vorzugswürdiger Auffassung und wohl auch der des *IX. Zivilsenats* nur ein starkes Indiz, aber keine notwendige Bedingung für eine gesellschaftergleiche Stellung.[377]

Quantitativ muss der Einfluss des Darlehensgebers für eine gesellschaftergleiche Stellung so weitreichend sein, dass er auf die Entwicklung des Unternehmens in erheblichem Maße einwirken kann.[378] Daran fehlt es bei Share-Pledges und selbst bei sehr extensiven Information-Covenants; dieser Mittel kann sich ein Loan-to-Own-Investor zur Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme bedienen, ohne deshalb einen Nachrang fürchten zu müssen.[379]

---

374 Die Personalhoheit mit Recht allein bei den Gesellschaftern sehend *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 1.2.2017 – 2-24 O 68/16, BeckRS 2017, 151219 Rn. 46; *Fleischer*, ZIP 1998, 313 (321). — Siehe zum Aspekt der Entfaltung eigener unternehmerischer Betätigung *BGH*, Urt. v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 (292 f. Rn. 25); Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 (134 f. Rn. 28) sowie oben § 2 C. III. 2. a) cc) bbb) (1) (a) und § 2 C. III. 2. b) aa).

375 Siehe oben § 2 C. III. 2. b) bb) bbb) (3).

376 Siehe zu den Rechtsfolgen einer Subordination oben § 2 C. III. 2.

377 Eine variable Erlösbeteiligung ist nach vorzugswürdiger (siehe zur Vorzugswürdigkeit oben § 2 C. III. 2. a) dd)) und wohl auch vom *IX. Zivilsenat* vertretener Ansicht (siehe dazu oben § 2 C. III. 2. a) cc)) für eine gesellschaftergleiche Stellung gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO nicht notwendig.

378 Siehe zur notwendigen Quantität des Einflusses für eine gesellschaftergleiche Stellung oben § 2 C. III. 2. b) aa).

379 Siehe insofern zu Share-Pledges oben § 2 C. III. 2. c) aa) und zu Information-Covenants oben § 2 C. III. 2. c) bb).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Des Weiteren muss der Einfluss des Darlehensgebers qualitativ hinreichend gesichert sein, um eine gesellschaftergleiche Stellung begründen zu können:[380] Dies ist bei mittelbar schuldvertraglichen Beteiligungsrechten wie Zustimmungsvorbehalten, deren Missachtung zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, nur unter zusätzlichen Voraussetzungen der Fall: Erstens muss sich der Darlehensnehmer eine Missachtung des Beteiligungsrechts in Anbetracht der damit verbundenen Rechtsfolgen nicht leisten können (reales Druckpotenzial). Als Ausgleich für das rechtliche Durchsetzungsdefizit muss der Darlehensgeber zweitens durch die Rechtsausübung tatsächlich Einfluss nehmen; insofern genügt nicht schon die bloße Möglichkeit zur Einflussnahme.[381] Nach diesen Maßgaben kann einem Loan-to-Own-Investor eine Subordination drohen, wenn er ein mittelbar schuldvertraglich abgesichertes Beteiligungsrecht zur Provokation eines Covenantverstoßes ausübt.[382] — Die Ausübung faktischer Einwirkungsmacht ist nach der abzulehnenden herrschenden Meinung zur Begründung einer gesellschaftergleichen Stellung qualitativ ungeeignet.[383] Nimmt ein Loan-to-Own-Investor vermöge seiner Forderungsherrschaft Einfluss auf die Organbestellung, kann er dadurch zwar richtigerweise in eine gesellschaftergleiche Stellung einrücken, praktisch braucht er sich darum aber nicht zu sorgen, solange die herrschende Meinung Bestand hat.[384]

380 Siehe zur notwendigen Qualität des Einflusses für eine gesellschaftergleiche Stellung oben § 2 C. III. 2. b) bb).

381 Siehe dazu, dass unter diesen Voraussetzungen mittelbar schuldvertragliche Beteiligungsrechte gesellschaftergleichen Einfluss begründen können, oben § 2 C. III. 2. b) bb) aaa).

382 Siehe insofern zur Ausübung mittelbar schuldvertraglicher Beteiligungsrechte oben § 2 C. III. 2. c) cc).

383 Siehe zum Streit über die Geeignetheit der Ausübung faktischer Einwirkungsmacht zur Begründung einer gesellschaftergleichen Stellung oben § 2 C. III. 2. b) bb) bbb); siehe zur herrschenden Meinung, die die Geeignetheit verneint, oben § 2 C. III. 2. b) bb) bbb) (1); siehe zur Gegenansicht oben § 2 C. III. 2. b) bb) bbb) (2) und dazu, warum diese den Vorzug verdient, oben § 2 C. III. 2. b) bb) bbb) (3).

384 Siehe insofern zur Einflussnahme auf die Organbestellung mittels Forderungsherrschaft oben § 2 C. III. 2. c) dd).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Umsetzung der Übernahme: Debt-Equity-Swap und weitere Gestaltungen

Haben die Gesellschafter der Zielgesellschaft dem Verlangen des Investors nachgegeben, steht die Umsetzung der Übernahme an. Diese kann mittels eines (echten oder unechten) Debt-Equity-Swaps, eines Debt-Asset- oder eines Reverse-Debt-Equity-Swaps geschehen:[385]

Der echte Debt-Equity-Swap ist eine Variante des Kapitalschnitts.[386] Die „tauschähnliche"[387] Wandlung von Fremd- in Eigenkapital[388] vollzieht sich dadurch, dass der Gläubiger nach vorangegangener Kapitalherabsetzung seine Forderungen gegenüber der Zielgesellschaft als Sacheinlage auf das unter Bezugsrechtsausschluss erhöhte Grundkapital leistet.[389]

Der Reverse-Debt-Equity-Swap gestaltet sich gegenüber dem Debt-Equity-Swap unter umgekehrten Vorzeichen.[390] Der Gläubiger gründet eine neue Gesellschaft und überträgt dieser seine Forderungen.[391] Auf diese gliedert die Zielgesellschaft ihren Geschäftsbetrieb gemäß § 123 Abs. 3 UmwG aus.[392] Damit gehen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1

385 Der Debt-Equity-Swap sei gegenüber Debt-Asset- und Reverse-Debt-Equity-Swap die häufigere Gestaltung, *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 225; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 96.

386 Kapitalschnitt bezeichnet die Kombination von Kapitalherabsetzung und -erhöhung, *Halász/Kloster*, WM 2006, 2152 (2157); *Sethe*, ZIP 2010, 1825 (1828); *Madaus*, Der Insolvenzplan, 2011, S. 23; *Bronger*, Debt Equity Swaps, 2019, S. 43; Henssler/Strohn/*Galla*, GesR, 6. Aufl. 2024, AktG § 229 Rn. 1. Demgegenüber scheint *Redeker*, BB 2007, 673 (674) unter Kapitalschnitt nur die Kapitalherabsetzung zu fassen.

387 *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 1193 (1193); vgl. Bundesministerium der Finanzen v. 4.8.1976, IV B 2-S 2133-9/76, BStBl. I 1976, 418: „Wird ein Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil gegen Gewährung neuer Anteile in eine Kapitalgesellschaft eingebracht, so handelt es sich handelsrechtlich um eine Sacheinlage und steuerrechtlich um einen Tauschvorgang".

388 *Born*, BB 2009, 1730 (1731); *Blöse*, GmbHR 2012, 471 (475).

389 *Madaus*, Der Insolvenzplan, 2011, S. 24; *Rusch/Brocker*, ZIP 2012, 2193 (2193 f.). Siehe zum insolvenzplanverfahrensrechtlichen Debt-Equity-Swap *Madaus*, ZIP 2012, 2133 (2136 ff.).

390 Obermüller/*Mar. Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 1.1074.

391 *Kresser*, ZInsO 2010, 1409 (1413); *Wallner*, ZInsO 2010, 1419 (1422).

392 *Kresser*, ZInsO 2010, 1409 (1413); *Wallner*, ZInsO 2010, 1419 (1422); siehe allgemein zur Ausgliederung Semler/Stengel/Leonard/*Schwanna*, UmwG, 5. Aufl. 2021, UmwG § 123 Rn. 15 ff.; Schmitt/Hörtnagl/*ders.*, UmwG, 10. Aufl. 2024, UmwG § 123 Rn. 11 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nr. 1 UmwG auch deren Verbindlichkeiten über und erlöschen durch Konfusion.[393]

Bei einem unechten Debt-Equity-Swap werden die Anteile der Zielgesellschaft als Gegenleistung für einen Erlassvertrag gemäß § 397 BGB über die Forderungen übertragen.[394] *Morgan Stanley*[395] setzte derivativ erworbene Darlehensforderungen für einen vorinsolvenzlichen unechten Debt-Equity-Swap zur Übernahme der *Kiekert AG* ein.[396]

Beim Debt-Asset-Swap werden anstelle der Anteile an der Zielgesellschaft deren Vermögensgegenstände gegen Forderungen getauscht.[397]

D. Ergebnis

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.[398] Eine vorinsolvenzliche Übernahme, etwa mittels Debt-Equity-Swaps,[399] erfordert die Mitwirkung der Gesellschafter des Darlehensnehmers; um diese zu erzwingen, bedarf es der Forderungsherrschaft.[400] Diese erlangt der Kreditgeber, wenn er es in der Hand hat, die Insolvenz des Darlehensnehmers auszulösen. Ein Loan-to-Own-Investor zielt mit dem Krediterwerb auch darauf ab, Forderungsherrschaft zu erlangen. Durch die

393 *Kresser*, ZInsO 2010, 1409 (1413); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 262.

394 *Madaus*, Der Insolvenzplan, 2011, S. 24; *Wieneke/T. Hoffmann*, ZIP 2013, 697 (697 und 704 ff.); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 255; MüKoInsO/*Eidenmüller*, Bd. 3, 4. Aufl. 2020, InsO § 225a Rn. 88; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 107 f.; K. Schmidt/*Spliedt*, InsO, 20. Aufl. 2023, InsO § 225a Rn. 19.

395 Außer *Morgan Stanley* investierten die *Deutsche Bank* sowie die Hedgefonds *Blue-Bay Asset Management* und *Silver Point* in die zu 77 % des Nominalwerts gehandelten Darlehensforderungen, *Burgmaier/von Haacke*, WW v. 18.9.2006, Nr. 38, 66.

396 *Burgmaier/von Haacke*, WW v. 18.9.2006, Nr. 38, 66. Siehe zur Übernahme der *Kiekert AG* ferner *Herz/Koenen*, HBON v. 4.10.2006; *Maisch*, HBON v. 11.12.2006; *mwb/hz*, HB v. 24.1.2007, Nr. 17, 16; *Eich*, Finance v. 18.12.2018.

397 *Rödding/Bühring*, DStR 2009, 1933 (1940); *Aleth/Böhle*, DStR 2010, 1186 (1188); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 262 f.

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 die Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB aus, um mit Fälligstellung drohen zu können.[401] Bei einem ungekündigten, aber kündbaren Kredit bedarf es zudem des Kündigungsrechts, um Druck auf den Darlehensnehmer und dessen Gesellschafter ausüben zu können.[402] 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 verletzt hat, Einfluss nehmen. Beispielsweise kann er ermessensabhängige Informationsrechte exzessiv ausüben, um so einen nach dem Vertrag zur Kündigung berechtigenden Covenantverstoß zu provozieren.[403] 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.[404]

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 Coven-

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

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

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

404 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).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

antverstoß kam,[405] wird im Fortgang der Untersuchung ein besonderes Augenmerk auf die in Covenants enthaltenen Kündigungs- und Informationsrechte gelegt.

405 Dass Loan-to-Own-Investoren Kredite bereits zu einem Zeitpunkt erwerben, zu dem der Darlehensnehmer noch keinen Covenant verletzt hat, komme nach Einschätzung von *Allert*, Modernes Sanierungsmanagement, 5. Aufl. 2017, 571 (574) „in zunehmendem Maße" vor; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 78 berichtet, dies sei „häufig".

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 3 Die Ausplatzierung eines Kredits

Kredite, die Loan-to-Own-Investoren erwerben, stammen auch aus bilateralen Darlehen.[1] Vielleicht noch häufiger stammen sie jedoch aus Konsortialkrediten und Schuldscheindarlehen; als Beispiele seien hier die Übernahmen der *Schefenacker AG*[2], der *IVG Immobilien AG*[3] und der *SolarWorld AG*[4] genannt. Die Besonderheiten dieser Kreditformen sollen bei der Bestimmung der Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren Berücksichtigung finden. Daher werden nach einem Blick auf die historische Entwicklung des Begriffes der Forderung und deren Übertragbarkeit (dazu A.) die Grundzüge des Konsortialkredit- und Schuldscheindarlehensgeschäfts dargestellt (dazu B.) und auf die Übertragungswege bei der Ausplatzierung eines Kredits eingegangen (dazu C.).

---

1 Die bei der Übernahme der *Kunert AG* zum Großteil von einem Londoner Investorenkonsortium erworbenen Darlehensforderungen waren weithin besichert; die Forderungen stammten aus Darlehensverträgen und Kreditlinien, die mit verschiedenen Banken vereinbart worden waren; zu nennen sind etwa die *Raiffeisenbank Oberallgäu-Süd eG*, die *Sparkasse Allgäu*, die *Landesbank Baden-Württemberg*, die *Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG* und die *Commerzbank AG* (siehe *Kunert AG*, Ad-hoc-Mitteilung v. 15.7.2005 um 14:54; *dies.*, BAnz v. 22.6.2007, Einladung zur ordentlichen Hauptversammlung am 31.7.2007, TOP 3. c); *dies.*, BAnz v. 18.7.2008, Einladung zur ordentlichen Hauptversammlung am 26.8.2008, TOP 7.7. b).

2 Das zwecks Übernahme der *Schefenacker AG* derivativ erworbene Fremdkapital setzte sich zusammen aus einem syndizierten Kredit in Höhe von 150 Mio. Euro (*bes*, FAZ v. 15.12.2005) und einer nachrangigen Anleihe in Höhe von 200 Mio. Euro (*Schefenacker plc*, CVA, 2007, S. 13 Rn. 1.1 und S. 22 Rn. 2.3).

3 Die wesentlichen und noch offenen Verbindlichkeiten der *IVG Immobilien AG* setzten sich Ende Oktober 2013 zusammen aus einem syndizierten Kredit in Höhe von noch 1,32 Mrd. Euro, einem weiteren syndizierten Kredit in Höhe von noch 0,76 Mrd. Euro und einem bilateralen Kredit in Höhe von noch 98 Mio. Euro (*IVG Immobilien AG*, BAnz v. 17.12.2014, Lagebericht, 4.2) sowie einer Wandel- und einer Hybridanleihe zu jeweils nominal 0,4 Mrd. Euro (*IVG Immobilien AG*, Ad-hoc-Mitteilung v. 31.5.2013 um 21:07; *dies.*, BAnz v. 17.12.2014, Bilanz zum 31.10.2013, 13). Siehe zum Fall der *IVG Immobilien AG* auch *Jacoby/Madaus/Sack* et al., ESUG – Evaluierung, 2019, S. 273 ff.

4 Bei der *SolarWorld AG* stammten die größten Verbindlichkeiten aus zwei Anleihen mit einem Gesamtnennwert von 550 Mio. Euro, *SolarWorld AG*, BAnz v. 28.6.2013, 3.2; *dies.*, BAnz v. 25.3.2014, Konzernlagebericht (57). Der zweite große Posten waren Schuldscheindarlehen im Gesamtnennwert von rund 356 Mio. Euro; hinzu kamen weitere Darlehen in Höhe von 64 Mio. Euro (ebd.).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

A. Retrospektive zum Begriff der Forderung und deren Übertragbarkeit

Die Forderung ist einerseits eine Rechtsbeziehung zwischen Schuldner und Gläubiger, andererseits ist sie ein Vermögensgut (Doppelnatur). Die Forderung auf eine der beiden Seiten zu reduzieren, konnte sich im Laufe der Geschichte auf Dauer nicht durchsetzen. Ziel der Retrospektive ist es, hierfür ein Bewusstsein zu schaffen. Mit Blick auf die weitere Untersuchung soll dies dazu anhalten, die Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren ausgewogen zu bestimmen.

Nach einem Blick auf die römischrechtliche Tradition (dazu I.) wird betrachtet, wie die Glossatoren das Dogma der Unübertragbarkeit der Forderung wiederbelebten (dazu II.), wie mit dem ius ad rem und der obligatio als Recht zur Sache eine Objektivierung des Begriffes der Forderung vonstattenging (dazu III.), die über die spanische Spätscholastik zu dem naturrechtlich-dinglichen Forderungsbegriff (dazu IV.) führte. Anschließend werden *Mühlenbruchs* Ausübungslehre und deren Überwindung (dazu V.), die Forderungszession im Bayerischen Entwurf und im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (dazu VI.) sowie im gesamtdeutschen Entwurf von 1877 (dazu VII.) und die Diskussion des Forderungsbegriffes in der Zeit nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches (dazu VIII.) beleuchtet.

I. Römischrechtliche Tradition

Die Unübertragbarkeit der Forderung bildete den Ausgangspunkt (dazu 1.); wirtschaftliche Bedürfnisse nach deren Übertragbarkeit führten zu entsprechenden Hilfskonstruktionen (dazu 2.).

1. Ausgangspunkt: Unübertragbarkeit der Forderung

Unter Forderung (obligatio) verstand das antike römische Recht anfangs nur die deliktische, später auch die rechtsgeschäftliche – stets persönliche – Haftung des Schuldners.[5] Die obligatio wurde als persönliche Beziehung zwischen Schuldner und Gläubiger begriffen und bildlich als Rechtsband

5 *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, § 87, S. 212 f.; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 8; *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 42 Rn. 3 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„obligatio est iuris vinculum“[6] bezeichnet.[7] Schuld und Forderung konnten nicht identitätswahrend[8] im Wege der Singularsukzession übertragen werden:[9] „Die Forderung haftet an den Knochen“ – nomina ossibus inhaerent oder auch obligatio ossibus inhaeret.[10]

Diese Parömie war ein zutreffendes Bild, solange das Darlehen (nexum) als Selbstverpfändung verstanden wurde[11] und Gläubiger ihre Forderungen ausschließlich im Wege der Personalexekution vollstreckten. Personalexekution bedeutete, dass der Gläubiger Zugriffsgewalt über den Schuldner erhielt. Der Gläubiger durfte den Schuldner inhaftieren und fesseln. Durch Leistung konnte sich der Schuldner aus der Haft befreien; leistete er nicht, durfte der Gläubiger ihn töten oder versklaven.[12]

---

6 Inst. 3,13 pr.; ligare bedeutet wörtlich übersetzt binden (*Pfeifer*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 7. Aufl. 2023, § 1 Rn. 2), *ob*ligare bedeutet an-, zu-, verbinden oder befestigen (*Damler*, Rechtsästhetik, 2016, S. 137) und obligatio bedeutet Band (HKK-BGB/*Dorn*, Bd. II/1, 2007, § 241 Rn. 6). In dem Wort Ver*bind*lichkeit ist dies inbegriffen (*Pfeifer*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 7. Aufl. 2023, § 1 Rn. 2). Vinculum kann ebenfalls Band, aber auch Strick oder Fessel bedeuten (*Damler*, Rechtsästhetik, 2016, S. 137). Folgerichtig dazu lautete der Ausdruck für Erfüllung solvere (*Pfeifer*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 7. Aufl. 2023, § 1 Rn. 4).

7 *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, § 87, S. 212; HKK-BGB/*Dorn*, Bd. II/1, 2007, § 241 Rn. 13; *Damler*, Rechtsästhetik, 2016, S. 137; *Rademacher*, Verkehrsschutz im englischen Privatrecht, 2016, S. 134; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 9.

8 Das (vor-)klassische Recht kannte insgesamt keinen identitätswahrenden Rechtserwerb. Auch das Eigentum wurde streng genommen nicht übertragen, sondern entstand beim Erwerber originär (*Kaser*, Das römische Privatrecht, 1. Abschn., 2. Aufl. 1971, § 54 III, S. 222 f.; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, § 61 II, S. 154; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 7; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 9).

9 *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, Motive, S. 65; *Kaser*, Das römische Privatrecht, 1. Abschn., 2. Aufl. 1971, § 153, S. 652 f.; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, § 106 I, S. 276 f.; HKK-BGB/*Dorn*, Bd. II/1, 2007, § 241 Rn. 8; *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 109; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 9 und 41; *Honsell/Fargnoli*, Römisches Recht, 9. Aufl. 2021, § 37 I, S. 136.

10 *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, § 86 I 2, S. 445; vgl. auch *Eidenmüller*, AcP 204 (2004), 457 (462); *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 109; *Damler*, Rechtsästhetik, 2016, S. 141; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 11 und 12 Fn. 28. Diese Wendung hat ihre Prägung durch die Glossatoren erfahren; siehe dazu unten § 3 A. II.

11 *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, § 87, S. 213; *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 49 Rn. 1 f.

12 *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, § 88, S. 213 f.; *Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1996, § 56 IV, S. 387 f.; *Damler*, Rechtsästhetik, 2016, S. 40; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 8; *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 42 Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vermutlich[13] setzte sich bald eine für beide günstigere Art der Haftungsverwirklichung durch: Der Schuldner arbeitete seine Schuld ab (Schuldknechtschaft).[14] Nichtsdestoweniger hatten Schuldner angesichts dieser weitreichenden Befugnisse des Gläubigers ein kapitales Interesse, nicht ohne Zustimmung einem neuen – möglicherweise rücksichtsloseren – Gläubiger ausgesetzt zu sein.[15]

In der jüngeren Republik wurde die Personalexekution durch die Vollstreckung in das Schuldnervermögen (Vermögensexekution) ergänzt. Sie setzte sich ab dem Ende der Republik als Vollstreckungsform durch.[16] Allerdings war erst im nachklassischen Recht außer der Generalexekution (missio in bona)[17] auch die Einzelvollstreckung möglich.[18] Trotzdem wurde auch die Personalexekution noch vollzogen, da es der schnellere Weg zur Befriedigung sein konnte, den inhaftierten Schuldner durch Folter zu erpressen.[19] Die obligatio wurde nach wie vor als ein persönliches Band zwischen Schuldner und Gläubiger begriffen.[20]

Zu leisten war ursprünglich nur eine Möglichkeit für den Schuldner, die Vollstreckung abzuwenden, aber keine Pflicht. Daraus reifte jedoch schon früh der Gedanke, dass der Schuldner nicht nur leisten könne, um sich aus der Haft zu befreien, sondern zur Leistung auch verpflichtet sei. Obligatio bedeutete nicht mehr nur Haftung, sondern auch Schuld.[21]

---

13 Nach *Kaser*/*Hackl*, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1996, § 56 IV, S. 387 ist die Quellenlage schlecht.

14 *Damler*, Rechtsästhetik, 2016, S. 40; *Kaser*/*Knütel*/*Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 42 Rn. 19.

15 *F. Schulz*, Classical Roman Law, 1951, S. 628; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 7.

16 *Kaser*, Das römische Privatrecht, 1. Abschn., 2. Aufl. 1971, § 113 III, S. 482; *Honsell*/*Mayer-Maly*/*Selb*, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, § 88, S. 214; HKK-BGB/*Dorn*, Bd. II/1, 2007, § 241 Rn. 8; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 8.

17 Dazu ausführlich *Kaser*/*Hackl*, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1996, § 57, S. 388 ff.; § 96 V, S. 626 ff.; siehe auch *Madaus*, Der Insolvenzplan, 2011, S. 57 f. mit Fn. 215.

18 *Kaser*, Das römische Privatrecht, 1. Abschn., 2. Aufl. 1971, § 113 III, S. 482; *Honsell*/*Mayer-Maly*/*Selb*, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, § 88, S. 214; *Kaser*/*Hackl*, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1996, § 96 IV, S. 626; HKK-BGB/*Dorn*, Bd. II/1, 2007, § 241 Rn. 8. Siehe zur schrittweisen Verbesserung der Stellung des Schuldners im Vollstreckungsverfahren *C. G. Paulus*, NZI-Beil. 2021, 9 ff.

19 *Kaser*/*Hackl*, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1996, § 96 III, S. 625.

20 *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 8 f.

21 *Kaser*, Das römische Privatrecht, 1. Abschn., 2. Aufl. 1971, § 40 III, S. 154 f.; HKK-BGB/*Dorn*, Bd. II/1, 2007, § 241 Rn. 6; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 8; *Kaser*/*Knütel*/*Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 42 Rn. 20 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vor diesem Hintergrund könnte betreffend Loan-to-Own anstatt von schulden- auch von haftungsbasierter Übernahme gesprochen werden. Schließlich erwirbt ein Loan-to-Own-Investor den Kredit nicht, damit der Darlehensnehmer an ihn leistet, sondern damit dieser ihm haftet. Insofern ist der Kredit gleichsam die Selbstverpfändung der Zielgesellschaft.[22]

2. Hilfskonstruktionen zur Übertragung der Forderung

Das Dogma der Unübertragbarkeit der Forderung konfligierte mit dem auch damals schon bestehenden Bedürfnis des Wirtschaftsverkehrs, Forderungen übertragen zu können. Die Praxis behalf sich durch Novation[23] mittels Stipulation und durch Vertretungskonstruktionen wie das mandatum in rem suam.[24] Die Novation hatte Nachteile: Der Schuldner musste mitwirken und Sicherheiten erloschen.[25] Vertretungskonstruktionen waren für den Zessionar als den rechtlichen Vertreter (je nach Fallgestaltung cognitor oder procurator) anfangs ebenfalls noch mit Unsicherheit behaftet: Der Zedent konnte die Prozessvertretung widerrufen und sie erlosch, wenn der Zedent starb. Zudem konnte der Zedent per Novation über die Forderung verfügen; der Schuldner konnte befreiend an den Zedenten leisten.[26]

22 Vgl. auch das Bild, das *C. G. Paulus/Palenker*, WM 2020, 1181 zeichnen.

23 C. 8,41,0 ff.; *Ulpian*, D. 46,2,1 pr.; siehe dazu *Kaser*, Das römische Privatrecht, 1. Abschn., 2. Aufl. 1971, § 152 I, S. 642 ff.

24 HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 8; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 9 ff.; *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 66 Rn. 2 ff. — Novation und Vertretungskonstruktionen wurden im Zuständigkeitsbereich der englischen common law-courts genutzt. Denn anders als die equity erkannte das common law die Zession erst ab dem 17. Jahrhundert an (siehe *Rademacher*, Verkehrsschutz im englischen Privatrecht, 2016, S. 134 und 136 f.). Erst durch Sec. 25 (6) Judicature Act 1873 wurde die Zession kodifiziert (siehe dazu *Rademacher*, Verkehrsschutz im englischen Privatrecht, 2016, S. 136 f.). Heute ist sie in Sec. 136 (1) Law of Property Act 1925 geregelt.

25 *Kaser*, Das römische Privatrecht, 1. Abschn., 2. Aufl. 1971, § 152 III 3 a, S. 651; § 153 I 1, S. 653; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, § 106 I, S. 277; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 8; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 9; *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 66 Rn. 3. Einschränkend jedoch *Wacke*, DNotZ 2000, 615 ff.

26 *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, § 106 II 2, S. 278; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 8; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 10; *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 66 Rn. 4; *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung in das römische Recht, 7. Aufl. 2022, § 44 II 2 a, S. 276.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Angesichts dieser Nachteile waren Novation und Vertretung – mit der heutigen Zession nicht vergleichbare – „Nothbehelf[e]".[27] Dies änderte sich ab der Mitte des 2. Jahrhunderts. Der Zessionar musste nicht mehr als cognitor oder procurator auftreten, sondern konnte aus eigenem, vererblichem und unwiderruflichem Recht klagen (actio utilis). Die actio utilis war anfangs auf bestimmte Fälle beschränkt. Sie war analog zur Grundklage und bestand neben dieser. Der Zedent war nach wie vor Inhaber der Forderung und konnte parallel klagen (actio directa).[28] Damit konkurrierten actio directa und actio utilis. Das Konkurrenzproblem wurde später dadurch gelöst, dass der Schuldner gegen die actio directa die Arglisteinrede (exceptio doli) erheben konnte.[29] Außerdem befreite den Schuldner nach der Anzeige der Abtretung (denuntiatio) nur noch die Leistung an den Zessionar.[30]

Ab dem 3. Jahrhundert setzte das Ende des Formularprozesses ein.[31] Zugleich erstarkte die Auffassung von der actio als einem materiellen Anspruch.[32] Die obligatio war zwar unverändert ein Band zwischen Gläubiger und Schuldner und die Abtretung kein eigenes Rechtsinstitut, aber mit dem mandatum in rem suam und der actio utilis kam die Abtretung einer

27 *Von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 1, Zu § 1 Satz 1, S. 933. Nach *Maier*, FS Rabel, Bd. II, 1954, 205 habe es sich bei der Novation und der Vertretungskonstruktion um „mehr oder weniger kümmerliche Behelfe" gehandelt. Siehe auch *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 10.

28 *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, § 106 II 2 a, S. 278 f.; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 9; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 10 f.; *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 66 Rn. 5; *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung in das römische Recht, 7. Aufl. 2022, § 44 II 2 b, S. 276.

29 *Ulpian*, D. 2,14,16; dazu *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, § 106 II 2 c, S. 279 f.; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 9; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 11 und 89 Fn. 4; *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung in das römische Recht, 7. Aufl. 2022, § 44 II 2 c, S. 276.

30 *Alexander Severus*, C. 8,16,4; *Gordian*, C. 8,41,3 – übersetzt bei *Harke*, Römisches Recht, 3. Aufl. 2024, § 6 Rn. 20. — Vielleicht gehe die denuntiatio erst auf die oströmische Praxis zurück, meint *Kaser*, Das römische Privatrecht, 2. Abschn., 2. Aufl. 1975, § 276 I 3, S. 452 f. — Siehe ferner *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, § 106 II 2 b, S. 279; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 9; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 11 und 88 ff.; *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung in das römische Recht, 7. Aufl. 2022, § 44 II 2 c, S. 276.

31 *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 11. Mitte des 4. Jahrhunderts wurde der Formularprozess formell abgeschafft (*Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1996, § 66 I, S. 435 f.).

32 *Kaser*, Das römische Privatrecht, 2. Abschn., 2. Aufl. 1975, § 199 I 2 f., S. 66 ff.; § 255 I 2 f., S. 352; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

materiellen Sukzession bereits recht nahe. Als materielle Sukzession war die Abtretung ab der Zeit des justinianischen Rechts anerkannt.[33]

Während im 4. und 5. Jahrhundert nach weströmischem Recht die materiell-rechtliche Übertragung der Forderung noch anerkannt war,[34] besannen sich die traditionsbewussteren oströmischen Lehrer spätestens ab der Herrschaft des Kaisers Anastasius[35] auf das ursprüngliche Verständnis von cessio zurück; abweichend von der Praxis lehnten sie die Vollrechtsübertragung ab.[36]

II. Wiederbelebung des Unübertragbarkeitsdogmas bei den Glossatoren

Als ab dem 11. Jahrhundert in Oberitalien das römische Recht wiederentdeckt wurde, erlebte die Lehre von der Unübertragbarkeit der Forderung eine Renaissance. Die Glossatoren richteten bei der Auslegung des römischen Rechts den Fokus auf das Bild vom (vermeintlich) unübertragbaren Band. Ihrer Meinung nach waren Forderungen nicht objektivierbar und folgerichtig unübertragbar.[37] Sie prägten den oben zitierten Ausspruch: Nomina ossibus inhaerent oder obligatio ossibus inhaeret – die Forderung haftet an den Knochen.[38]

---

33 *Luig*, Geschichte der Zessionslehre, 1966, S. 8; *Kaser*, Das römische Privatrecht, 2. Abschn., 2. Aufl. 1975, § 276 I 1, S. 451; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 9; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 11 und 68 ff. Diese Ansicht setzte sich erst durch die Forschung *Windscheids* durch (siehe dazu noch unten § 3 A. V). *Maier*, FS Rabel, Bd. II, 1954, 205 (206) bewertet die actiones utiles als „entscheidende Reformen".

34 *Kaser*, Das römische Privatrecht, 2. Abschn., 2. Aufl. 1975, § 276 I 2, S. 452; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 10.

35 Siehe *Anastasius*, C. 4,35,22 I/3 (506) – sog. lex Anastasiana (HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 10); vgl. auch *Justinian*, C. 4,27,3 (530); 4,35,23 (531 f.); siehe dazu *Kaser*, Das römische Privatrecht, 2. Abschn., 2. Aufl. 1975, § 276 I 3, S. 452 f.; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 10.

36 HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 10. Anders als im Westen wurden auch das Verfügungs- und das Verpflichtungsgeschäft wieder getrennt. Siehe dazu auch *Levy*, Weströmisches Vulgarrecht, 1956, S. 149 ff.

37 HKK-BGB/*Dorn*, Bd. II/1, 2007, § 241 Rn. 13; *Damler*, Rechtsästhetik, 2016, S. 141 f.; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 15 und 41.

38 *Fränkel*, ZHR 67 (1910), 79 f.; *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, § 86 I 2, S. 445; vgl. noch *Eidenmüller*, AcP 204 (2004), 457 (462); HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 11; *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 109; *Damler*, Rechtsästhetik, 2016, S. 141; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 11, 12 Fn. 28 und S. 13 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dieses Sprichwort erhoben die mittelalterlichen Legisten zum Dogma. Dabei übersahen sie den Wandel zur (faktischen) Forderungszession. Diese Erkenntnis blieb ihnen verschlossen, da sie den Corpus iuris civilis als ein von Widersprüchen freies und vollendetes Rechtssystem auffassten. Tatsächlich setzt sich der Corpus iuris civilis jedoch aus Bruchstücken zusammen und geht aus einer in mehreren Stufen verlaufenden historischen Rechtsentwicklung hervor.[39]

III. ius ad rem – die obligatio als Recht zur Sache

In Abgrenzung zum Recht an einer Sache (ius in re) kam der Begriff des Rechts zur Sache (ius ad rem) auf,[40] der anfangs nur Sachleistungsforderungen erfasste.[41] Eine Forderung war mehr als nur das Rechtsband zwischen Gläubiger und Schuldner (Innenverhältnis). Durch die Vorstellung vom Recht zur Sache[42] nahm der Forderungsbegriff das Außenverhältnis auf.[43] Über den genauen Begriff des ius ad rem mag Uneinigkeit bestehen;[44] was jedoch deutlich wird, ist, dass mit ihm eine Objektivierung des Begriffes der Forderung vonstattenging.[45]

Da gleichwohl am Unübertragbarkeitsdogma festgehalten wurde, suchte die Praxis nach Auswegen – wie einst im antiken römischen Recht.[46] So wurde die Übertragbarkeit unter anderem mit der gewohnheitsrechtlichen Verdrängung oder der fehlenden Rezeption des römischen Zessionsver-

39 *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, § 2 II ff., S. 16 ff.; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 11; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 12.

40 *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, § 29 III, S. 175 f.; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 15.

41 *Michaels*, Sachzuordnung durch Kaufvertrag, 2002, S. 120; HKK-BGB/*Michaels*, Bd. II/1, 2007, vor § 241 Rn. 29; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 15.

42 Vgl. auch *Beyerle*, FS Boehmer, 1954, 164 (168), der in seiner Kritik am Abstraktionsprinzip ausführt, dass, gemessen am Rechtswert, ein Recht zur Sache auch gegenwärtig die allein richtige Lösung sei.

43 *Michaels*, Sachzuordnung durch Kaufvertrag, 2002, S. 126; HKK-BGB/*Michaels*, Bd. II/1, 2007, vor § 241 Rn. 29; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 16.

44 HKK-BGB/*Dorn*, Bd. II/1, 2007, § 241 Rn. 13; HKK-BGB/*Michaels*, Bd. II/1, 2007, vor § 241 Rn. 13; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 16.

45 *Michaels*, Sachzuordnung durch Kaufvertrag, 2002, S. 123; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 17.

46 Vgl. zum Einfluss wirtschaftlicher Bedürfnisse auf die Zession im antiken römischen Recht oben § 3 A. I. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bots begründet.[47] Im 18. Jahrhundert erkannte die gemeinrechtliche Wissenschaft zunehmend die Übertragbarkeit an.[48]

IV. Von der spanischen Spätscholastik zum naturrechtlichen Forderungsbegriff

In der spanischen Spätscholastik wurde der Begriff dominium weit als die umfassende Herrschaft eines Menschen verstanden, was Forderungen einschloss. Zwar konnte das, was dem dominium unterfiel, übertragen werden, aber die Zession wurde dennoch selten explizit diskutiert.[49]

Die Lehren der spanischen Spätscholastik beeinflussten die Naturrechtler des 17. und 18. Jahrhunderts.[50] So war im Naturrecht das ius ad rem ebenfalls nicht auf Sachleistungsforderungen (obligationes dandi) beschränkt, sondern umfasste auch Forderungen, welche die Vornahme einer Handlung zum Inhalt hatten (obligationes faciendi).[51] Dadurch verlor das ius ad rem seine Abgrenzung zur obligatio.[52]

Forderungen waren dem Sacheigentum angenähert. Ähnlich dem dominium verstand das naturrechtliche Denken unter res alle Vermögensgüter, die dem Menschen nützlich waren; somit zählten sowohl res corporales als auch res incorporales zum dominium.[53]

Hugo Grotius verstand Eigentum weit als ein „unmittelbar auf eine Sache oder auf einzelne Handlungen“[54] bezogenes Recht. Zum Eigentum zählte er Forderungen und Rechte an Sachen.[55] Eigentum war allein durch

47 HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 15 ff.; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 17.

48 *Luig*, Geschichte der Zessionslehre, 1966, S. 32 ff.; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 17.

49 *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 18 ff.

50 *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 26; vertiefend dazu *Dießelhorst*, Grotius Lehre vom Versprechen, 1959, S. 1 ff.; *Nufer*, Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker, 1969, S. 68 ff.; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 26 ff. m. w. N.

51 *Michaels*, Sachzuordnung durch Kaufvertrag, 2002, S. 133; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 27.

52 *Michaels*, Sachzuordnung durch Kaufvertrag, 2002, S. 133; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 26.

53 *Michaels*, Sachzuordnung durch Kaufvertrag, 2002, S. 133; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 26.

54 *Grotius/Kirchmann*, Recht: Krieg u. Frieden, Bd. 1, 1869, Buch II Kap. II Ziff. I, S. 239 f.

55 *Grotius*, De jure belli ac pacis, editio novissima 1860, lib. II cap. II § I, S. 124; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 18; *Kämper*, Forderungsbegriff,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Konsensualvertrag übertragbar; der traditio bedurfte es nicht.[56] *Grotius* diskutierte die Zession nicht explizit; doch hielt er wohl Forderungen für uneingeschränkt abtretbar.[57]

Samuel von Pufendorf und *Christian von Wolff* konkretisierten *Grotius'* Ansatz und formulierten eine naturrechtliche Zessionstheorie.[58] Zu den Sachen zählten sie „ein jedes Ding (ens omne), welches uns nützlich seyn kann"[59] und von dem andere ausgeschlossen werden könnten.[60] Als res incorporales waren Forderungen Teil des ens omne;[61] sie wurden wie res corporales nach dem naturrechtlichen Konsensprinzip[62] übertragen.[63]

2019, S. 26. Siehe zur Betonung des Aspekts der Zuordnung bei Grotius *Michaels*, Sachzuordnung durch Kaufvertrag, 2002, S. 126; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 26.

56 *Grotius*, De jure belli ac pacis, editio novissima 1860, lib. II cap. VI § I f., S. 186 f.; lib. II cap. VIII §§ XXV f., S. 224 f.; ins Deutsche übersetzt bei *Grotius/Kirchmann*, Recht: Krieg u. Frieden, Bd. 1, 1869, Buch II Kap. VI Ziff. I f., S. 320 f.; Buch II Kap. VIII Ziff. XXV f., S. 368 f. Siehe dazu: *Gordon*, Studies in the transfer of property, 1970, S. 172 ff.; *Michaels*, Sachzuordnung durch Kaufvertrag, 2002, S. 127; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 28 f.

57 So die überzeugende Einschätzung von *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 29 ff. Siehe zu Unschärfen in *Grotius'* vermögensrechtlicher Theorie auch *Michaels*, Sachzuordnung durch Kaufvertrag, 2002, S. 135 f.

58 *Huwiler*, Begriff der Zession, 1975, S. 64 Fn. 479; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 31 Fn. 149. Nach anderer Ansicht sei *von Wolff* nicht über *Grotius'* und *von Pufendorfs* Lehren hinausgelangt, sondern habe diese nur wiederholt und insofern keinen weiteren Gewinn gebracht (*Wieacker*, FS Welzel, 1974, 7 [15]; HKK-BGB/*Dorn*, Bd. II/1, 2007, § 241 Rn. 15 Fn. 69). Siehe zu *von Wolffs* Leben und Werk *Timme*, JuS 2004, 1042 ff.

59 Von Wolff/*Nicolai*, Nat.- u. VölckerR, 1754, § 121, S. 78; im Original: *von Wolff*, Instit. J. N. & G., 1750, § 121, S. 67.

60 *Von Pufendorf*, De J. N. & G., 1716, lib. IV cap. V § 1, S. 520; ins Deutsche übersetzt bei *von Pufendorf/Hertius/Barbeyrac*, Nat.- u. VölckerR, 1711, Buch IV Cap. V § I, S. 891; dazu *Böhling*, Pufendorf, Bd. 4.3, 2014, Kommentar lib. IV cap. V § 1, S. 183.

61 *Von Pufendorf*, De J. N. & G., 1716, lib. IV cap. V § 1 ff., S. 520 ff. (siehe dazu *Huwiler*, Begriff der Zession, 1975, S. 42 f.); deutlich formulierend *von Wolff*, Instit. J. N. & G., 1750, § 121, S. 67; ins Deutsche übersetzt bei von Wolff/*Nicolai*, Nat.- u. VölckerR, 1754, § 121, S. 78.

62 *Von Pufendorf*, De J. N. & G., 1716, lib. IV cap. IX §§ 2 f. und 5, S. 568 f.; ins Deutsche übersetzt bei *von Pufendorf/Hertius/Barbeyrac*, Nat.- u. VölckerR, 1711, Buch IV Cap. IX §§ 2 f. und 5, S. 957 ff.; *von Wolff*, Jur. Nat., pars III, 1743, §§ 1 ff., S. 1 ff.; *ders.*, Instit. J. N. & G., 1750, § 317; vgl. dazu *Dießelhorst*, Vermögensrechtssystem Pufendorfs, 1976, S. 17; *Böhling*, Pufendorf, Bd. 4.3, 2014, Kommentar lib. IV cap. IX §§ 2 f. und 5, S. 202; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 33 f.

63 *Von Pufendorf*, De J. N. & G., 1716, lib. IV cap. IX § 2, S. 568; ins Deutsche übersetzt bei *von Pufendorf/Hertius/Barbeyrac*, Nat.- u. VölckerR, 1711, Buch IV Cap. IX § 2, S. 957 f.; *von Wolff*, Jur. Nat., pars III, 1743, §§ 81 ff., S. 55 ff.; *ders.*, Instit. J. N. & G.,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Von Wolff sah die Forderung nicht nur als Vermögensposition. Gleichsam in romanistischer Tradition blickte er auch auf das Rechtsverhältnis von Schuldner und Gläubiger.[64] Er konstatierte, dass die Abtretung von Forderungen höchstpersönlichen Inhalts ausgeschlossen sei.[65] Für das naturrechtliche Denken war diese Sicht bemerkenswert;[66] stand doch die naturrechtliche Anschauung dem Dogma der Unübertragbarkeit diametral gegenüber.[67]

Der weite naturrechtliche Sachbegriff fand Eingang in das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 (ALR). Gemäß T. I Tit. 2 § 1 ALR war eine Sache alles, was Gegenstand eines Rechts oder einer Verbindlichkeit sein konnte. Rechte waren grundsätzlich[68] als bewegliche Sachen zu betrachten, T. I Tit. 2 § 7 ALR. Durch Einigung zwischen dem „Cedenten"[69] und dem „Cessionario"[70] („Cession"[71]) ging das „Eigenthum des Rechts" über, T. I Tit. 11 § 393 ALR.[72]

V. Mühlenbruchs Ausübungslehre und deren Überwindung

Der weite Sachbegriff und mit diesem die materielle Zession waren weithin akzeptiert,[73] bis Vertreter der Historischen Rechtsschule wie

1750, § 338; ins Deutsche übersetzt bei von Wolff/*Nicolai*, Nat.- u. VölckerR, 1754, § 338, S. 208; dazu *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 34 f.

64 *Von Wolff*, Instit. J. N. & G., 1750, §§ 379 f., S. 199 f.; §§ 400 ff., S. 210 ff.; ins Deutsche übersetzt bei von Wolff/*Nicolai*, Nat.- u. VölckerR, 1754, §§ 379 f., S. 230; §§ 400 ff., S. 242 ff.; dazu *Huwiler*, Begriff der Zession, 1975, S. 60 Fn. 445; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 36.

65 *Von Wolff*, Instit. J. N. & G., 1750, §§ 400 ff., S. 210 ff.; ins Deutsche übersetzt bei von Wolff/*Nicolai*, Nat.- u. VölckerR, 1754, §§ 400 ff., S. 242 ff.; dazu *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 36.

66 *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 37.

67 *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 41.

68 Gemäß T. I Tit. 2 § 8 ALR war ein Recht als unbewegliche Sache anzusehen, wenn der Besitz einer unbeweglichen Sache Voraussetzung war, um dieses Recht auszuüben.

69 Siehe zum Begriff T. I Tit. 11 §§ 393, 397 ALR.

70 Siehe zum Begriff T. I Tit. 11 § 395 ALR.

71 T. I Tit. 11 § 377 ALR.

72 Vertiefend *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. II, 1989, § 94 I 3, S. 469; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 19. — Auch nach traditionellem englischem Verständnis ist die Zession eine sachenrechtliche Materie, *Rademacher*, Verkehrsschutz im englischen Privatrecht, 2016, S. 135.

73 Siehe etwa *von Glück*, Pandecten, Bd. 2, 2. Aufl. 1800, 1. Buch 8. Tit. § 172 b, S. 509 ff.; dazu HKK-BGB/*Rüfner*, Bd. I, 2007, §§ 90–103 Rn. 6 m. w. N. in Fn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Friedrich Carl von Savigny[74] den Sachbegriff wieder verengten.[75] Neben *von Savigny*, der auch objektivierende Ansätze erkennen lässt,[76] ist *Christian Friedrich Mühlenbruch* zu nennen.

Mühlenbruch griff das Unübertragbarkeitsdogma wieder auf[77] und versuchte, das wirkliche Wesen der Forderung den römischrechtlichen Quellen zu entnehmen: Forderungen existierten nur durch die wechselseitige Beziehung von Gläubiger und Schuldner; falle diese Beziehung weg, höre die Forderung zu existieren auf.[78] Aus der Natur der Forderung folge deren Unübertragbarkeit und der Versuch identitätswahrender Übertragung zerstöre sie.[79] Selbst der Gesetzgeber könne dies nicht ändern.[80] Vielmehr sei „Cession […] die Uebertragung der Befugniß, ein fremdes Forderungsrecht als eignes geltend zu machen"[81] (Ausübungslehre).[82]

Die Ausübungslehre war vom Anfang bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts vorherrschend.[83] Im Hessischen Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches von 1853 (HessE) wurde sie aufgegriffen und die Abtretung als die Ermächtigung zur Geltendmachung der Forderung definiert, Buch 1 Abt. 4 Art. 261 Abs. 3 HessE.[84] Dazu heißt es in den Motiven: Schuldner und Gläubiger umschlinge ein rechtliches Band.[85]

---

74 *Von Savigny*, System, Bd. 1, 1840, Buch 2 Kap. I § 53, S. 338.

75 Siehe HKK-BGB/*Rüfner*, Bd. I, 2007, §§ 90–103 Rn. 6.

76 Vgl. *von Savigny*, System, Bd. 1, 1840, Buch 2 Kap. I § 53, S. 338 ff. – dazu *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 63 f.

77 Siehe zur Wiederbelebung des Unübertragbarkeitsdogmas *von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 1, Zu § 1 Satz 1, S. 934 f.; *Luig*, Geschichte der Zessionslehre, 1966, S. 47 f.; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 20 ff.; HKK-BGB/*Rüfner*, Bd. I, 2007, §§ 90–103 Rn. 6; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 61 ff.

78 *Mühlenbruch*, Cession, 3. Aufl. 1836, § 2, S. 20.

79 *Mühlenbruch*, Cession, 3. Aufl. 1836, § 3, S. 21.

80 *Mühlenbruch*, Cession, 3. Aufl. 1836, § 3, S. 22 Fn. 37.

81 *Mühlenbruch*, Cession, 3. Aufl. 1836, § 18, S. 222.

82 Siehe zu *Mühlenbruchs* Ausübungslehre: *Luig*, Geschichte der Zessionslehre, 1966, S. 47 ff.; *Hattenhauer*, Recht als Erbe und Aufgabe, 2005, 549 f. mit Fn. 3; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 21 f.; *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 74 f.; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 64 ff. Vgl. auch *von Savigny*, Obligationenrecht, Bd. 1, 1851, Kap. 1 § 23, S. 243 ff.

83 *Hattenhauer*, Recht als Erbe und Aufgabe, 2005, 549 (551); HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 23.

84 *Großherzogthum Hessen*, Entw.-BGB, 4. Abt. 1. Buch I. Entw., 1853, S. 67 f.

85 *Großherzogthum Hessen*, Entw.-BGB, 4. Abt. 1. Buch II. Motive, 1853, Buch I Tit. 1 Zu Art. 1–4, S. 17; dazu: *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, Motive, S. 65; *Huwiler*, Begriff der Zession, 1975, S. 159 f.; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 27; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 76. Ob der Entwurf *Puchtas* (dafür

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wie schon die zessionsfeindlichen Ansichten im antiken römischen Recht[86] und das Unübertragbarkeitsdogma der Glossatoren[87] konfligierte auch die Ausübungslehre mit dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs an einer materiell-rechtlichen Zession.[88] Sie zu überwinden, gelang dennoch erst durch *Bernhard Windscheids* Werk.[89]

Windscheid wies nach, dass das römische Recht selbst über das Unübertragbarkeitsdogma hinausgelangt war.[90] Auch kolorierte er das Bild vom rechtlichen Band neu.[91] Durch die Abtretung zerstöre der Gläubiger nicht das rechtliche Band, sondern gebe es in die Hand des Zessionars; es wechsele die Person des Gläubigers, doch das Band bleibe dasselbe.[92]

Huwiler, Begriff der Zession, 1975, S. 160) oder *Mühlenbruchs* Zessionstheorie (dafür *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 76) folgt, ist umstritten.

86 Vgl. zum Einfluss wirtschaftlicher Bedürfnisse auf die Zession im antiken römischen Recht oben § 3 A. I. 2.

87 Siehe zum Unübertragbarkeitsdogma der Glossatoren oben § 3 A. II und zu den Auswegen, welche die Praxis daraufhin suchte, oben § 3 A. III a. E.

88 *Luig*, Geschichte der Zessionslehre, 1966, S. 77 f.; *Hattenhauer*, Recht als Erbe und Aufgabe, 2005, 549 (551); HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 23; *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 75.

89 *Hattenhauer*, Recht als Erbe und Aufgabe, 2005, 549 (551); HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 24; *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 75; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 73 f.

90 *Windscheid*, Krit. Ueberschau 1 (1853), 27 (31 und 40 f.); *ders.*, Actio, 1856, § 17, S. 167 ff. und § 18, S. 173 mit Nachweisen zu früheren und ähnlichen Ansätzen, die in der Wissenschaft seinerzeit verhallten. — Dazu aus heutiger Sicht HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 24; *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 75; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 69. — Siehe oben § 3 A. I. 2 a. E.

91 Dass *Windscheid* der Rechtsband-Metapher einen neuen Anstrich verlieh, kritisiert *Damler*, Rechtsästhetik, 2016, S. 139; siehe auch *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 70.

92 *Windscheid*, Actio, 1856, § 17, S. 169; ähnlich schon *ders.*, Krit. Ueberschau 1 (1853), 27 (40 f.). — Später relativierte *Windscheid* seine anfängliche Auffassung, dass der Gläubigerwechsel den Forderungsinhalt nicht notwendig ändere (*ders.*, Actio, 1856, § 16, S. 151 ff.). Die Zession ändere zwar den Inhalt der Forderung, deren Wesen jedoch nicht notwendig (so erstmals *ders.*, Pandektenrecht, Bd. 2/1, 1. Aufl. 1865, § 329, S. 223 Fn. 2 und S. 226 f. Fn. 10; unverändert *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht, Bd. 2, 9. Aufl. 1906, § 329, S. 361 Fn. 2 und S. 364 Fn. 10). — Siehe dazu HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 24 Fn. 142; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 70 Fn. 384.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

VI. Forderungszession im Bayerischen Entwurf und im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen

Der Bayerische Entwurf von 1861/1864 (BayE)[93] und das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863 (SächsBGB)[94] erlaubten die Vollrechtsübertragung der Forderung. Damit trugen sie nicht nur den Bedürfnissen der Praxis Rechnung, sondern befanden sich auch auf einer Linie mit einer erstarkenden Lehrmeinung.[95]

Nach § 953 Var. 3, §§ 962 f. SächsBGB konnten Forderungen durch Rechtsgeschäft abgetreten werden; gemäß § 968 SächsBGB hatte „[d]ie Abtretung […] die Wirkung, daß der Abtretende aufhört, Gläubiger zu sein" (Satz 1) und „[d]er neue Gläubiger […] an die Stelle des Abtretenden [tritt]" (Satz 2 Halbsatz 1).[96] Zudem ist in § 962 Satz 2 SächsBGB vom Übergang der Forderung die Rede – dennoch wird bestritten, dass das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen eine Sondernachfolge in Forderungen zuließ.[97]

Was den Forderungsbegriff anbelangt, erinnern manche allgemeinen Vorschriften über die Forderung noch an den sachenrechtlichen Forderungsbegriff des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten,[98] wohingegen die Regeln über die Abtretung auf ein überwiegend schuldrechtliches Verständnis von der Forderung hindeuten:

Nach T. I Art. 5 BayE war als Veräußerung jedes Rechtsgeschäft zu betrachten, wodurch das Eigentum oder ein anderes Recht an einer Sache

93 *Kgr. Bayern*, Entw.-BGB, 1861; *dass.*, Entw.-BGB, Fortsetzung, 1864.

94 Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2.1.1863 trat am 1.3.1865 in Kraft, § 1 SächsBGB-EinfVO.

95 *Huwiler*, Begriff der Zession, 1975, S. 171 ff.; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 76.

96 Eine § 968 SächsBGB entsprechende Regelung findet sich wenige Jahre später in Art. 322 Abs. 2 DresdE (*Francke*, Dresdner Entwurf, 1866, S. 65). — Näher dazu *Huwiler*, Begriff der Zession, 1975, S. 173 f.; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 27.

97 Wie hier: *Unger*, Der revidirte Entwurf, 1861, S. 80 ff.; *Fränkel*, ZHR 66 (1910), 305 (327 Fn. 81); HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 27; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 76 Fn. 417. — Dagegen meint *Eduard Siebenhaar* – der die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen mitverfasste (*ders.*, Sächsisches Privatrecht, 1872, § 8, S. 17 Fn. 2): es könne keine Rede davon sein, dass „das bürgerliche Gesetzbuch eine Sondernachfolge in Forderungen für statthaft ansehe" (*ders.*, ZfRpfluVerw. 28 [1866], 289 [296 f.]; dem folgend *Huwiler*, Begriff der Zession, 1975, S. 162 ff.). — Zu *Siebenhaar* und den Sächsischen Motiven siehe auch *von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 1, Zu § 1 Satz 1, S. 935 f.

98 Siehe zum versachenrechtlichten naturrechtlichen Forderungsbegriff und dessen Eingang in das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten oben § 3 A. IV.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder eine Forderung aufgegeben oder auf einen anderen übertragen wurde.[99] Und im Hauptstück von den Sachen (T. I Art. 147 Nr. 2 Satz 2 BayE) wurde bestimmt, dass Forderungsrechte zum beweglichen Vermögen gehören.[100]

Damit vergleichbar galten nach § 60 SächsBGB, bei einer zu bewirkenden Sonderung von beweglichem und unbeweglichem Vermögen, Rechte als bewegliche Sachen; waren sie mit unbeweglichen Sachen verknüpft, zählten sie zu den unbeweglichen.[101] § 963 Satz 1 SächsBGB setzte für die Abtretung voraus, dass die Forderung dem Zedenten „gehört". — Andererseits regelten sowohl der Bayerische Entwurf[102] als auch das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen die Abtretung nicht im Sachen-, sondern im Schuldrecht; überdies definierte § 662 SächsBGB Forderungen ausdrücklich als Rechtsverhältnisse.

VII. Forderungszession im gesamtdeutschen Entwurf von 1877

Die Gesetze und Entwürfe der Länder beeinflussten die Redaktoren, welche die Vorlagen für die Erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches verfassten.[103] Dies war beabsichtigt; die Vorkommission hatte die Redaktoren beauftragt, die Landesgesetze und -entwürfe mit Rücksicht auf den Stand der Wissenschaft in einer Kodifikation zusammenzufassen.[104] Neben dem Bayerischen Entwurf und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen erkannte die mittlerweile vielleicht schon herrschende[105] Meinung[106] die Sondernachfolge in

99 *Kgr. Bayern*, Entw.-BGB, 1861, T. I, S. 5.

100 *Kgr. Bayern*, Entw.-BGB, Fortsetzung, 1864, T. I, S. 5.

101 Vgl. *Sintenis*, Civilgesetzbücher, 1853, III A 3, S. 92 ff.; *Unger*, Der revidirte Entwurf, 1861, S. 19.

102 Siehe T. II Art. 145 BayE (*Kgr. Bayern*, Entw.-BGB, 1861, T. II, S. 60); dazu *Huwiler*, Begriff der Zession, 1975, S. 171 f.

103 *Von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 1, Zu § 1 Satz 1, S. 935; *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, Motive, S. 65; dazu HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 27 und 38; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 77.

104 Vgl. *Vorkommission*, Vorschlag Nr. II vom 15.4.1874 (Jakobs/Schubert/*ders.*, Materialien, 1978, S. 182); dazu *Schubert*, Vorentwürfe Schuldrecht 1, 1980, Einl., S. XVIII.

105 Nach *von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 1, Zu § 1 Satz 1, S. 934 war die traditionelle Auffassung noch die vorherrschende.

106 Siehe *RG*, Urt. v. 8.3.1881 – III 680/80, RGZ 4, 111 (114 f.) m. w. N., und zwar namentlich *Windscheid*, Pandektenrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 1879, § 329, S. 257 f. Fn. 10. Siehe auch *von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 1, Zu § 1 Satz 1, S. 934

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Forderungen an. Dem folgte *Franz Philipp von Kübel* in seinem Schuldrechtsentwurf von 1882.[107]

Die Erste Kommission erkannte die Übertragung der Forderung zwar an; über den Forderungsbegriff entschied sie jedoch nicht. Ausdrücklich ließ sie es offen, ob die Forderung als „das obligatorische Rechtsverhältniß nur zwischen Gläubiger und Schuldner"[108] oder als „gleichsam versachenrechtlicht"[109] begriffen werden müsse. Anders als noch in *von Kübels* Entwurf war aber nicht mehr davon die Rede, dass die Forderung „übereignet"[110] werde.[111]

Die Zweite Kommission erklärte nicht explizit, welcher Forderungsbegriff gelten solle; implizit entschied sie sich jedoch für den schuldrechtlichen. Ein schuldrechtlicher Forderungsbegriff wird nämlich von der pandektistischen Inhaltsbestimmungslehre vorausgesetzt und dieser folgte sie bei der Diskussion des Verhältnisses der Vorschriften des § 137 Satz 1 und des § 399 Alt. 2 BGB.[112] So steht in den Protokollen:

„Die Parteien könnten allerdings durch besondere Verabredung die Uebertragbarkeit mit dinglicher Wirkung ausschließen oder durch eine nachträgliche Aenderung des Inhaltes des Schuldverhältnisses die Forderung zu einer unübertragbaren machen. Durch eine solche Vereinbarung erleide der Inhalt des Forderungsrechtes eine Aenderung; dasselbe werde aus einem veräußerlichen Rechte in ein unveräußerliches umgewandelt. Die den Parteien zustehende Befugniß zu einer solchen Gestaltung ihres Rechtsverhältnisses zu einander sei daher mit der vorgeschlagenen Vorschrift [scil. der § 137 BGB entsprechenden] durchaus vereinbar."[113]

---

m. w. N. Siehe ferner *Luig*, Geschichte der Zessionslehre, 1966, S. 130; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 27 und 38; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 77.

107 *Von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 1, S. 927. So schon *von Kübel* in seinem Vorentwurf von 1877 – siehe dazu *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 77 f. Siehe auch *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, Motive, S. 65.

108 *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, Motive, S. 67.

109 *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, Motive, S. 67.

110 *Von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 1, Zu § 1 Satz 1, S. 937.

111 Dazu auch *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 79.

112 Siehe dazu, dass die Inhaltsbestimmungslehre einen schuldrechtlichen Forderungsbegriff voraussetzt, und zum daraus abzuleitenden Schluss, *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 186 ff. und 194. Siehe dazu, dass die Zweite Kommission der Inhaltsbestimmungslehre folgte, *Wagner*, Abtretungsverbote, 1994, S. 143 f.; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 194 und 197; wohl anderer Ansicht *Willoweit*, FS Gernhuber, 1993, 549 (554 f.).

113 *Mugdan*, Materialien, Bd. III, 1899, Protokolle, S. 500 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mit Blick auf die heutige Diskussion über die dogmatische Einordnung des § 399 Alt. 2 BGB ist insofern anzumerken, dass die Protokolle für die Inhaltsbestimmungslehre streiten. In Betreff der streitigen Frage, ob § 399 Alt. 2 BGB eine Ausnahme von § 137 Satz 1 BGB sei,[114] ist zu konstatieren, dass die Materialien das dagegen vorgebrachte Argument, ein nach § 399 BGB unübertragbares Recht sei schon tatbestandlich kein „veräußerliches Recht" (§ 137 Satz 1 BGB),[115] stützen. Auch die Motive zu den Vorschriften

114 Ein Regel-Ausnahme-Verhältnis bejahend *LAG Niedersachsen*, Urt. v. 16.6.2014 – 13 Sa 1327/13, NZA-RR 2014, 524 (527 Rn. 40); *Lehmann/Hübner*, BGB AT, 16. Aufl. 1966, § 29 III 4, S. 197; Palandt/*Danckelmann/Heinrichs*, BGB, 28. Aufl. 1969, BGB § 399 Nr. 3; *Dörner*, Dynamische Relativität, 1985, S. 142; *Wagner*, AcP 194 (1994), 451 (455 ff. und 478); *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I/2, 8. Aufl. 2000, § 37 I 2 e, S. 308 f.; *Haedicke*, JuS 2001, 966 (971); *Baur/Stürner*, SachenR, 18. Aufl. 2009, § 4 Rn. 21; *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 525; *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, 2010, Rn. 411; *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 88; *Boemke/Ulrici*, BGB AT, 2. Aufl. 2014, § 11 Rn. 40; *K. Schmidt*, HandelsR, 6. Aufl. 2014, § 18 Rn. 67; *Lieder*, ZfPW 2016, 205 (220); *Lieder*, TFM 2017, 83 (87); *Brömmelmeyer*, Schuldrecht AT, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 26; *Drießnack*, Vertragsübergang, 2020, S. 116; L/B/S/*Haertlein*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 27 § 400 Rn. 19; *Plate/Geier*, Zivilrecht, 7. Aufl. 2021, S. 84 und 1162; *Jacoby/von Hinden*, BGB, 18. Aufl. 2022, BGB § 137 Rn. 1; Staudinger/*Schmidt-Kessel*, Eckpfeiler, 8. Aufl. 2022, Rn. G 35 f.; *Stadler*, BGB AT, 21. Aufl. 2022, § 26 Rn. 19; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 52 Rn. 28; Erman/*Martens*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 399 Rn. 15; Soergel/*Meier*, BGB, Bd. 2/1, 14. Aufl. 2023, BGB § 137 Rn. 7 und 10; *Neuner*, BGB AT, 13. Aufl. 2023, § 20 Rn. 29 und § 29 Rn. 49; jurisPK-BGB/*Reichold*, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, BGB § 137 Rn. 4; Schulze/*Dörner*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 137 Rn. 1; (bezüglich dinglicher Wirkung) Schulze/*Fries*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 7; BeckOGK ZivR/*Lieder*, 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 78.1 a. E.

115 Daher ein Regel-Ausnahme-Verhältnis ablehnend *RG*, Urt. v. 26.3.1915 – III 505/14, RGZ 86, 350 (351 f.); Urt. v. 1.11.1919 – I 86/19, RGZ 97, 76 (78); Urt. v. 14.6.1932 – VII 43/32, RGZ 136, 395 (399); *BGH*, Urt. v. 14.10.1963 – VII ZR 33/62, BGHZ 40, 156 (160); Urt. v. 1.2.1978 – VIII ZR 232/75, BGHZ 70, 299 (303); Urt. v. 3.12.1987 – VII ZR 374/86, BGHZ 102, 293 (301); Urt. v. 29.6.1989 – VII ZR 211/88, BGHZ 108, 172 (176); Urt. v. 31.10.1990 – IV ZR 24/90, BGHZ 112, 387 (389 f.); *Serick*, Eigentumsvorbehalt, Bd. IV, 1976, § 51 I 1, S. 489; *Dornwald*, Abtretungsverbot gemäß § 399 1. Alt. BGB, 1978, S. 149; *Ruhwedel*, JuS 1980, 161 (162); *Serick*, Eigentumsvorbehalt, Bd. II, 2. Aufl. 1986, § 24 III 2, S. 289; *Bülow*, JuS 1994, 1 (4); *Boewer*, Lohnpfändung, 2004, Rn. 1199; *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 101; K. Tonner/Willingmann/Tamm/*dies.*, VertrR Komm., 2010, BGB § 399 Rn. 12; *Bork*, BGB AT, 4. Aufl. 2016, Rn. 1148; *Rademacher*, Verkehrsschutz im englischen Privatrecht, 2016, S. 151; MüKoBGB/*Armbrüster*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, BGB § 137 Rn. 11; Staudinger/*Kohler*, BGB, 2021, BGB § 137 Rn. 12, 17 und 22; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 42; *Köhler*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 13 Rn. 4; Jauernig/*Mansel*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 137 Rn. 1; KPB/*Lüke*, InsO, Bd. I,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

über die unerlaubten Handlungen deuten auf einen schuldrechtlichen Forderungsbegriff hin. Dort heißt es, eine Schädigung des obligatorischen Rechts sei nicht Gegenstand dieser Vorschriften.[116]

VIII. Diskussion des Forderungsbegriffes nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches

Im Zuge der Diskussion über den deliktischen Schutz der Forderung wurde der Forderungsbegriff weiter konturiert.[117] Zum Hintergrund: Unstreitig des deliktischen Schutzes enthoben ist das Recht aus der Forderung. Die Forderungszuständigkeit – das Recht an der Forderung – erachtet eine Ansicht jedoch als ein absolutes sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 Var. 6 BGB.[118]

Richtig ist zwar, dass die Forderung eine Doppelnatur aufweist. Sie ist ein rechtliches Band[119] und zugleich ein Vermögensgegenstand,[120] der durch § 398 BGB Verkehrsfähigkeit erlangt.[121] Wie soeben gesehen, entschied sich

---

100. Lfg. Juni 2024, InsO § 80 Rn. 113; BeckOGK ZivR/*Muthorst*, 1.8.2024, BGB § 137 Rn. 27 f. mit Fn. 32; *Weiler*, Schuldrecht AT, 7. Aufl. 2024, § 40 Rn. 14.

116 Vgl. *Mot.*, Bd. II, 2. Aufl. 1896, S. 727.

117 Siehe *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 82.

118 HKK-BGB/*Michaels*, Bd. II/1, 2007, vor § 241 Rn. 74; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 82 ff.; MüKoBGB/*Wagner*, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 375 f. m. w. N. in Fn. 1489. — Zu Recht gegen ein weiteres Zuordnungsverhältnis, da dies eine funktionslose Rechtsverdopplung bedeutete, *Koziol*, Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, 1967, S. 148 ff.; *Larenz*, Schuldrecht, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, § 33 III, S. 573; *Quast*, Titel des Zedenten und Schutz des Schuldners, 2009, S. 51 Fn. 115; *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 45 f.; *J. Wilhelm*, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 126. — Allerdings im Ergebnis dennoch die Forderungszuständigkeit als geschütztes sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 Var. 6 BGB bejahend *Larenz*, Schuldrecht, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, § 33 III, S. 574; *J. Wilhelm*, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 140 ff. — Zwar darauf hinweisend, dass die Rede von der Forderungszuständigkeit eine überflüssige Verdoppelung sei, aber dennoch die Forderung als sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 Var. 6 BGB anerkennend *Canaris*, FS Steffen, 1995, 85 (96 f.).

119 Siehe zum Bild des iuris vinculum im Lichte des Handels mit notleidenden Krediten *C. G. Paulus*, NZI 2008, 705 (708 f.); *ders.*, NZI 2015, 1001 (1004 f.).

120 Siehe zur Doppelnatur der Forderung *Dörner*, Dynamische Relativität, 1985, S. 103 ff.; *C. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 224 und 263; *Mazza*, Kausale Schuldverträge, 2002, S. 68 ff.; *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 73 f.; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 81 ff.

121 Siehe dazu, dass Forderungen erst durch § 398 BGB zum verkehrsfähigen Vermögensgegenstand werden, *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 54; *Quast*, Titel des Zedenten und Schutz des Schuldners, 2009, S. 51 f.; *Nefzger*,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Gesetzgeber jedoch primär für einen schuldrechtlichen Begriff von der Forderung und gegen deren deliktischen Schutz. Die Forderungszuständigkeit als sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 Var. 6 BGB zu begreifen, überzeugt daher nicht.[122]

IX. Fazit: Doppelnatur der Forderung

Als das „Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen" (§ 194 Abs. 1 BGB), ist der Anspruch – die Forderung – zwar begriffsnotwendig relativer Natur. Darauf jedoch die Forderung zu reduzieren, kollidiert mit den Verkehrsinteressen und war deshalb bislang nie dauerhaft von Erfolg;[123] dies mahnt dazu, die Schranken der Forderungsübertragung ausgeglichen zu bemessen. Aus heutiger Sicht hat es sich durchgesetzt, die Forderung als ein rechtliches Band und zugleich als ein Vermögensgut zu begreifen. Diese Doppelnatur, ließe sich *Mühlenbruch* antworten, ist das Wesen der Forderung. Oder etwas schwächer ausgedrückt – sie ist in ihrem Wesen angelegt. Denn es steht dem Gesetzgeber frei,[124] dem naturrechtlichen Verständnis zu folgen und Forderungen als unkörperliche Sachen zu definieren; ebenso kann er sich den Glossatoren anschließen und Forderungen auf ihre persönliche Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner beschränken. Mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch hat er einen Mittelweg

---

Abtretungsverbote, 2013, S. 73; MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 398 Rn. 1 f.

122 Deliktsschutz ablehnend *RG*, Urt. v. 29.2.1904 – VI 311/03, RGZ 57, 353 (355 ff.); Urt. v. 28.4.1919 – VI 34/19, RGZ 95, 283 (284 a. E.); Urt. v. 26.9.1925 – V 570/24, RGZ 111, 298 (302); *BGH*, Urt. v. 24.2.1954 – II ZR 3/53, BGHZ 12, 308 (317 f.); Urt. v. 21.10.1969 – VI ZR 67/68, NJW 1970, 137 f.; *Medicus*/*Lorenz*, Schuldrecht BT, 18. Aufl. 2018, § 76 Rn. 12; Jauernig/*Teichmann*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 823 Rn. 17; Erman/*Wilhelmi*, BGB, Bd. 2, 17. Aufl. 2023, BGB § 823 Rn. 36 jeweils m. w. N.

123 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 an einer materiell-rechtlichen Zession konfligierte, oben § 3 A. V.

124 Vgl. zur grundsätzlichen Definitionsfreiheit des Gesetzgebers unter dem Gesichtspunkt der Schranken der Durchsetzbarkeit einer Forderung *Madaus*, JZ 2016, 548 (551 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eingeschlagen: Ausgangspunkt ist ein schuldrechtlicher Forderungsbegriff; durch § 398 BGB erlangt die Forderung Verkehrsfähigkeit.[125]

B. Grundzüge des Konsortialkredit- und Schuldscheindarlehensgeschäfts

Die Bestimmung der Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren im nächsten Kapitel soll nicht nur im Bewusstsein der eben aufgezeigten historischen Entwicklung, sondern auch mit Rücksicht auf etwaige kreditartabhängige Besonderheiten erfolgen. Daher werden Grundzüge des Konsortialkredit- (dazu I.) und Schuldscheindarlehensgeschäfts (dazu II.) dargestellt.

I. Das Konsortialkreditgeschäft

Bei einem Konsortialkredit stehen auf der Darlehensgeberseite (zumindest wirtschaftlich) mehrere Personen – das Konsortium.[126] Das Konsortium kann als (Gelegenheits-)Gesellschaft i. S. d. § 705 BGB verfasst sein.[127] Dann löst es sich auf, sobald der Konsortialkredit abgewickelt und damit der Gesellschaftszweck erreicht ist, § 729 Abs. 2 Alt. 1 BGB.[128]

Die rechtlichen Beziehungen der Konsorten zueinander regelt der Konsortialvertrag; das Außenverhältnis zum Darlehensnehmer bestimmt der Konsortialkreditvertrag.[129] Beide Verträge in einer Urkunde zu dokumentieren, sehen die Vertragsmuster der *LMA* vor; verbreitet ist dies mittlerwei-

125 Ähnlich *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 83 f., der aber eine Tendenz zur „Versachenrechtlichung" annimmt; tendenziell die Forderung als veräußerliches Recht betonend *Mazza*, Kausale Schuldverträge, 2002, S. 68 f.

126 *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung, 1999, S. 133; Uhlenbruck/*Brinkmann*, InsO, Bd. 1, 15. Aufl. 2019, InsO § 47 Rn. 99; *M. Tonner/Krüger*, Bankrecht, 4. Aufl. 2023, § 16 Rn. 2 und § 17 Rn. 11. — Siehe zur Etymologie des Begriffs des Konsortiums *De Meo*, Bankenkonsortien, 1994, S. 7.

127 Siehe zur Frage, ob das Konsortium eine Gesellschaft i. S. d. § 705 BGB ist, unten § 3 B. I. 2.

128 *De Meo*, Bankenkonsortien, 1994, S. 47 f.; *S. Brandt/Sonnenhol*, WM 2001, 2329 (2335); *Kühne*, NZI 2007, 560 (561); *Hentschel*, Der außergerichtliche Sanierungskonsortialkredit, 2008, S. 58 f.; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 92; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.149; BeckFormB ZivilR/*Reppenthien*, 5. Aufl. 2022, Form. S. 2. Anm. 5.

129 Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.126.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

le[130] auch in inländischen mittelständischen Kreditverträgen, die nicht auf LMA-Mustern beruhen.[131]

Nach einem Blick auf den ökonomischen Hintergrund (dazu 1.) wird die Unterscheidung echter und unechter Konsortialkredite (dazu 2.) dargestellt und beleuchtet, wie sich das Konsortium bei Club- und bei Syndicated-Loans konstituiert (dazu 3.).

1. Ökonomischer Hintergrund

Konsortialkredite sind insbesondere für nicht kapitalmarktfähige Unternehmen[132] mit dennoch hohem Fremdkapitalbedarf attraktiv:[133]

Die konsortiale Struktur erlaubt es, einen Fremdkapitalbedarf in einer Höhe zu bedienen, wie es sonst nur über den Kapitalmarkt oder eine Reihe unabhängiger bilateraler Darlehen möglich wäre.[134] Letzteres wäre erforderlich, weil das Volumen[135] des einzelnen Kredits mit Rücksicht auf das Eigenkapital des Kreditgebers[136] und zur Vermeidung eines Klumpenrisikos

130 In Deutschland wurden beide Verträge wohl noch bis ins 21. Jahrhundert üblicherweise in getrennten Urkunden dokumentiert, vgl. *S. Brandt/Sonnenhol*, WM 2001, 2329 (2331); siehe Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.127.

131 L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 5 Fn. 24.

132 Auch kapitalmarktfähigen Unternehmen bietet der Konsortialkredit Vorteile; denn verglichen mit der Emission einer Anleihe kann Kapital schneller und vertraulicher aufgenommen werden, *Theiselmann*, GmbH-StB 2012, 119 (120).

133 *Von Bismarck*, Konsortialkredite, 2013, § 2 Rn. 38; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.125.

134 *S. Brandt/Sonnenhol*, WM 2001, 2329 (2330); *Hanke/Socher*, NJW 2010, 1435; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.125.

135 Bilaterale Darlehen bewegten sich meist unterhalb der 50 Mio. Euro; als Club-Deal strukturierte Konsortialkredite reichten bis 250 Mio. Euro; bei höheren Volumina seien syndizierte Konsortialkredite üblich, *Theiselmann*, GmbH-StB 2012, 119. — Der *IVG Immobilien AG* war ein bilaterales Darlehen über 100 Mio. Euro gewährt worden (vgl. *IVG Immobilien AG*, BAnz v. 17.12.2014, Lagebericht, 4.2). — Angegeben wird das Kreditbetragsminimum eines Konsortialkredits mit 25 Mio. Euro (Ekkenga/*Koller/Wöckener*, Hdb. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 4), teils mit 30–50 Mio. Euro (Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 104; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.123). 100 Mio. Euro als Mindestsumme für einen syndizierten Konsortialkredit nennt *Theiselmann*, Recht für Finanzmanager, 2009, S. 74.

136 *Kühne*, NZI 2007, 560 (561); Ellenberger/Bunte/*Pamp*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 51 Rn. 121.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

begrenzt ist.[137] Kreditrisiken zu streuen, ist nicht bloß ökonomisch vorteilhaft,[138] sondern auch bankenaufsichts-[139] und kapitalanlagerechtlich[140] geboten.

Einen Konsortialkredit anstelle mehrerer Einzeldarlehen aufzunehmen, verursacht in der Regel geringere Transaktionskosten und ist daher für den Darlehensnehmer meist günstiger.[141] Aber auch gegenüber einem einzigen bilateralen Darlehen kann ein syndizierter Konsortialkredit für den Darlehensnehmer vorteilhaft sein. So ermöglicht es die Syndizierung, einen größeren Investorenkreis anzusprechen, was den Konkurrenzdruck erhöht. Daher kann schon die Syndizierungsmöglichkeit zu günstigeren Konditionen führen.[142]

2. Echter und unechter Konsortialkredit

Im Unterschied zum unechten Konsortialkredit wird beim echten Konsortialkredit nur ein einziger Darlehensvertrag geschlossen.[143] Gewähren ihn die Konsorten[144] oder das Konsortium als eine rechtsfähige Gesellschaft (§ 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB),[145] wird von einem echten Außenkonsortium

137 *M. Gehrlein*, DStR 1994, 1314; *Stöcker/Stünkel*, BKR 2008, 50; Ellenberger/Bunte/*Pamp*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 51 Rn. 121; Claussen/Erne/*ders.*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2023, § 5 Rn. 80; Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1216.

138 *Kruschwitz/Lorenz*, Investitionsrechnung, 15. Aufl. 2019, Kap. 6.9, S. 315 ff.

139 Siehe Art. 395 CRR; Art. 76 ff. und 133 f. CRD IV; §§ 10 ff., 25 f. und 48 ff. KWG; dazu näher *Schott*, Regulierung des Schattenbankwesens, 2021, Rn. 262 f. und 264; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.125.

140 Siehe § 29, § 110 Abs. 2 Satz 1, § 125 Abs. 2 Satz 1, § 209 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1, §§ 214, 243, 262 KAGB; näher dazu *Schott*, Regulierung des Schattenbankwesens, 2021, Rn. 262 f.

141 *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung, 1999, S. 135; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.125.

142 Ellenberger/Bunte/*Pamp*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 51 Rn. 132.

143 MAH BankR/*Fandrich*, 3. Aufl. 2024, § 6 Rn. 259. Der echte Konsortialkredit wird auch zentralisierter Konsortialkredit genannt, Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 83; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.131.

144 *Von Bismarck*, Konsortialkredite, 2013, § 1 Rn. 13; Assies/Beule/Heise/Strube/*Heise*, Bank- u. KapMR, 5. Aufl. 2019, Kap. 4 Rn. 2207 f.; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.147.

145 So Derleder/Knops/Bamberger/*Hoffmann*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 24 Rn. 64 f. und 73 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gesprochen.[146] — Gegenüber dem Darlehensnehmer vertritt (§ 164 Abs. 1 und 3 BGB) ein Konsorte die übrigen Konsorten[147] oder das Konsortium. Letzteres setzt freilich voraus, dass sich die Konsorten überhaupt verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zu fördern, mithin nach § 705 Abs. 1 BGB eine Gesellschaft errichten.[148] Ist dem so, muss das Konsortium zudem nach dem gemeinsamen Willen der Konsorten am Rechtsverkehr teilnehmen sollen, damit es auch eine rechtsfähige Gesellschaft gemäß § 705 Abs. 2 Alt. 2 BGB ist.[149]

Bei einem echten Innenkonsortium[150] gewährt hingegen der Konsortialführer das Darlehen. Gegenüber dem Darlehensnehmer handelt er im eigenen Namen und im Innenverhältnis auf Rechnung der weiteren Konsorten (oder des Konsortiums).[151] Ist dieses Innenrechtsverhältnis dem Darlehens-

146 *Kühne*, NZI 2007, 560 (561); Derleder/Knops/Bamberger/*Koutsós*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 19 Rn. 50. Derleder/Knops/Bamberger/*Hoffmann*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 24 Rn. 64 spricht von einem offenen Konsortialverhältnis.

147 *S. Brandt*/*Sonnenhol*, WM 2001, 2329 (2331); *Kühne*, NZI 2007, 560 (561); Assies/Beule/Heise/Strube/*Heise*, Bank- u. KapMR, 5. Aufl. 2019, Kap. 4 Rn. 2087; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.147; Hellner/Steuer/*Schönfelder*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/336.

148 Innengesellschaft bejahend MüKoBGB/*Schäfer*, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, BGB vor § 705 Rn. 59 m. w. N. — Für LMA-Konsortien bei Fehlen einer ausdrücklichen dahingehenden Regelung mit Recht ablehnend *Rauch*/*Kaufmann*, WM 2018, 652 (653 f.).

149 *Früh*, WM 2000, 497 (499); (Außenkonsortium sei nach „ganz h. M." Außengesellschaft) Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 79; Derleder/Knops/Bamberger/*Hoffmann*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 24 Rn. 64 f. und 73 ff. — Außengesellschaft nur annehmend, wenn ausnahmsweise dahingehender Wille hervortrete, MüKoBGB/*Schäfer*, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, BGB vor § 705 Rn. 59. — Außenkonsortium auch dann verneinend, wenn der Kredit erkennbar durch das Konsortium ausgereicht worden sei, Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.152.

150 Anstelle von echtem Innenkonsortium wird auch von einem stillen Konsortium (*De Meo*, Bankenkonsortien, 1994, S. 30; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.148) und einem stillen Konsortialverhältnis (Derleder/Knops/Bamberger/*Koutsós*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 19 Rn. 51; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 87) gesprochen.

151 *De Meo*, Bankenkonsortien, 1994, S. 30; *S. Brandt*/*Sonnenhol*, WM 2001, 2329 (2331); *von Bismarck*, Konsortialkredite, 2013, § 1 Rn. 14; Derleder/Knops/Bamberger/*Koutsós*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 19 Rn. 51; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.148. — Siehe zur Innengesellschaft bürgerlichen Rechts bei einem echten Innenkonsortium *M. Gehrlein*, DStR 1994, 1314 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nehmer unbekannt, wird von einem verdeckten Innenkonsortium gesprochen.[152]

Bei einem unechten Konsortialkredit existieren mehrere rechtlich selbständige Kreditverträge, die bloß in einem Konsortialkreditvertrag gebündelt sind.[153] Der Darlehensnehmer und die Konsorten haben aufgrund der rechtlich getrennten Kreditverträge jeweils unmittelbare Ansprüche gegeneinander.[154] — Das bedeutet jedoch nicht, dass auch die Zahlungsströme bilateral verlaufen müssen; diese können über eine gemeinsame Zahlstelle (Paying-Agent) abgewickelt werden.[155]

LMA-Konsortien vergeben unechte Konsortialkredite.[156] Ein LMA-Konsortium als Gesellschaft nach § 705 Abs. 1 BGB zu qualifizieren, fällt ohne dahingehende ausdrückliche Regelung in Anbetracht der ausführlichen und grundsätzlich abschließenden Dokumentation von LMA-Verträgen schwer.[157]

---

152 SBL/*Hadding*/*Häuser*, BankR-HdB., Bd. 1, 3. Aufl. 2007, § 87 Rn. 43; Derleder/Knops/Bamberger/*Koutsós*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 19 Rn. 51.

153 Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.133; MAH BankR/*Fandrich*, 3. Aufl. 2024, § 6 Rn. 259; Hopt/*ders*., HGB, 43. Aufl. 2024, (7) Bankgeschäfte Y 2. — Die Bündelung selbständiger Darlehensverträge könne dem Begriff des Konsortialkredits nicht subordiniert werden; denn bei solchen „Parallelkrediten" entstehe schon kein Innenverhältnis zwischen den Konsorten, meint Derleder/Knops/Bamberger/*Hoffmann*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 24 Rn. 72. — Betreffend das Innenverhältnis eine Innengesellschaft ablehnend L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 6 und 202a.

154 Daher spricht man anstelle von unechtem Konsortialkredit auch von einem dezentralen (Hellner/Steuer/*Schönfelder*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/334) oder dezentralisierten Konsortialkredit, *Theiselmann*, GmbH-StB 2012, 119 (120); Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 84; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.133; BeckFormB ZivilR/*Reppenthien*, 5. Aufl. 2022, Form. S. 2. Anm. 2.

155 Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 84 Fn. 483; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.133; MHdB GesR/*Schaffelhuber*/*Sölch*, Bd. 1, 6. Aufl. 2024, § 60 Rn. 32. Mit Blick auf LMA-Konsortien: L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 39; Hopt/*ders*., HGB, 43. Aufl. 2024, (7) Bankgeschäfte Y 2.

156 L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 6, 8a und 70; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.130.

157 *Rauch*/*Kaufmann*, WM 2018, 652 (653 f.); L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 6a. Die Einordnung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann aufgrund der dann bestehenden Treuepflichten der Konsorten untereinander in Sanierungssituationen praktisch bedeutsam werden (ebd.). Siehe ausführlich zu den möglichen Konsequenzen bei der Annahme einer Gesellschaft *Rauch*/*Kaufmann*, WM 2018, 652 (654 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Konstituierung des Konsortiums: Club- und Syndicated-Loans

Schließen sich schon zu Beginn des Finanzierungsvorhabens einige[158] Banken zu einem Konsortium zusammen, wird von einem Club-Deal gesprochen.[159] Von einem bilateralen Darlehen unterscheidet sich ein Club-Loan im Grunde bloß durch die Mehrzahl der Darlehensgeber.[160] — Bei einem syndizierten Kredit[161] entsteht das Konsortium, indem Konsortialanteile auf die Darlehensgeber übertragen werden (Primärsyndizierung)[162].[163] Diese

158 Nach *Theiselmann*, GmbH-StB 2012, 119 seien es in der Regel zwischen drei und zehn Banken.

159 *Kilgus*, BKR 2009, 181 (187); *von Bismarck*, Konsortialkredite, 2013, § 2 Rn. 137; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.129.

160 *Von Bismarck*, Konsortialkredite, 2013, § 2 Rn. 137; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.129.

161 Parallel zu Club- auch Syndicated-Loan genannt, *Hanke*/*Socher*, NJW 2010, 1435 (1436); *Schnauder*, NJOZ 2010, 1663.

162 Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.139 und 6.156. — Schlicht als Syndizierung bezeichnend BeckOGK ZivR/*Binder*, 1.8.2024, BGB § 488 Rn. 87. — Von anfänglicher Syndizierung sprechend *Stöcker*/*Stünkel*, BKR 2008, 50. — Als Syndizierung i. e. S. bezeichnend Ellenberger/Bunte/*Pamp*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 51 Rn. 125. — Den Begriff der Syndizierung im eigentlichen Sinne verwendend, um die Übertragung der Vertragsposition des Darlehensgebers von der Zession abzugrenzen, Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.168. Diese terminologische Abgrenzung ist erforderlich, da teils auch die Forderungsabtretung unter den Begriff der Syndizierung gefasst wird; so etwa: *Hanke*/*Socher*, NJW 2010, 1435 (1436); Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 264; MHdB GesR/*Schaffelhuber*/*Sölch*, Bd. 1, 6. Aufl. 2024, § 60 Rn. 69. — Zwecks Abgrenzung eines Club-Deals von einem syndizierten Kredit im engeren Sinne sprechend *Theiselmann*, GmbH-StB 2012, 119. Auch dies ist erforderlich, da manche Syndizierung mit Konsortium gleichsetzen und Club-Deal als eine Syndizierungsform verstehen; vgl. dahingehend *EZB*, FAQs on the measures to support bank lending and money market activity, 2021; *Kilgus*, BKR 2009, 181 (187); *Theiselmann*, GmbH-StB 2012, 119; Derleder/Knops/Bamberger/*Hoffmann*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 24 Rn. 64. — In dieser Arbeit wird der Begriff der Syndizierung nur im Zusammenhang mit syndizierten Konsortialkrediten gebraucht. Er umfasst den Kauf- und Übertragungsvertrag der Vertragsposition des Darlehensgebers und die im Zusammenhang damit stehenden Vorgänge wie Konsorten anzuwerben und mit ihnen zu verhandeln; dieses Verständnis orientiert sich an Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 100 (ähnlich, aber mit Schwerpunkt auf die Platzierung, L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 191).

163 *S. Brandt*/*Sonnenhol*, WM 2001, 2329 (2330); *Früh*, FS Hopt, 2010, 1823 (1826); *Theiselmann*, GmbH-StB 2012, 119; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 104; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.129, 6.138 f. und 6.155.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

konstituierende Übertragung ist von Transaktionen am Sekundärmarkt[164] abzugrenzen.

Vor der Primärsyndizierung hat das kapitalsuchende Unternehmen in dem Mandatsbrief ein Kreditinstitut[165] als sog. Mandate-Lead-Arranger beauftragt, den Konsortialkredit federführend zu organisieren und zu strukturieren.[166] — In einem Term-Sheet werden die Eckpunkte des Vertrages festgehalten;[167] darin wird insbesondere geregelt, was geschieht, wenn sich nicht genügend Konsorten für die (vollständige) Primärsyndizierung werben lassen.[168] Eine mögliche Regelung für diesen Fall ist das sog. Firm-Commitment-Underwriting. Bei diesem verpflichtet sich ein Kreditinstitut (Underwriter), oft der Mandate-Lead-Arranger, den Kredit ganz (Full-Underwriting) oder teilweise (Partial-Underwriting) zu gewähren.[169] Demgegenüber verspricht bei einer Best-Effort-Transaktion der Mandate-Lead-Arranger nur sein bestmögliches Bemühen betreffend die Syndizierung.[170] Das kapitalsuchende Unternehmen trägt das Risiko, dass die Finanzierung

164 Die Übertragung am Sekundärmarkt als nachträgliche Syndizierung bezeichnend *Stöcker*/*Stünkel*, BKR 2008, 50; MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 15. — Insofern von Ausplatzierung sprechend *Früh*, WM 2000, 497 (498); Ellenberger/Bunte/*Pamp*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 51 Rn. 125; BeckOGK ZivR/*Binder*, 1.8.2024, BGB § 488 Rn. 87.

165 Im Jahre 2021 waren bei syndizierten Krediten die *Bank of America*, die *Société Générale* und *JP Morgan* die in Deutschland führenden Kreditinstitute, *Holzamer*, Finance – November/Dezember 2022, 26 (27).

166 *Hanke*/*Socher*, NJW 2010, 1435; *Theiselmann*, GmbH-StB 2012, 119 (120); L/B/S/*Castor*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 186a; Hölters/*Ingenhoven*/*Eisen*, Unternehmenskauf, 10. Aufl. 2022, Rn. 4.156 Fn. 188; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.135; MHdB GesR/*Schaffelhuber*/*Sölch*, Bd. 1, 6. Aufl. 2024, § 60 Rn. 30.

167 *Hanke*/*Socher*, NJW 2010, 1435; *Theiselmann*, GmbH-StB 2012, 119 (120); Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.137.

168 Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.138.

169 *Theiselmann*, Recht für Finanzmanager, 2009, S. 79; *Hanke*/*Socher*, NJW 2010, 1435 (1436); *Theiselmann*, GmbH-StB 2012, 119 (120); Staub/*Grundmann*, HGB, Bd. 11/1, 5. Aufl. 2017, Rn. 18; L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 192; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.138. — Siehe zu aufsichtsrechtlichen Schranken wegen der durch Underwriting entstehenden Klumpenrisiken *Josenhans*/*Danzmann*/*Krampe*, BKR 2017, 265 (269 f.). — Nach *Kilgus*, BKR 2009, 181 (187) hätten während der Finanzkrise Club-Deals Syndizierungen mit Underwriting verdrängt.

170 *Theiselmann*, Recht für Finanzmanager, 2009, S. 78 f.; *ders.*, GmbH-StB 2012, 119 (120); Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.138.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht zu den Bedingungen im Term-Sheet, nur teilweise oder gar nicht zustande kommt.[171]

Ab einer gewissen Größe und Komplexität der Finanzierung beteiligen sich außer dem Mandate-Lead-Arranger weitere Arranger an der Strukturierung, der Primärsyndizierung und der weiteren Betreuung der Finanzierung. Die Arranger nehmen dabei jeweils eigenständige Rollen ein.[172] Der Syndication-Agent wirbt Konsorten; der Documentation-Agent koordiniert die sich anschließenden Vertragsverhandlungen. Der Bookrunner führt das Syndizierungsbuch, verteilt die Beteiligungen auf die Konsorten und leitet meist das Konsortium.[173] Die spätere Vertragsdurchführung administriert der Konsortialführer;[174] Sicherheiten hält und verwaltet der Security-Agent.[175]

In dem Mandatsbrief willigt der Darlehensnehmer bereits in eine Vertragsübernahme zum Zwecke der Primärsyndizierung ein.[176] Einer Vertragsübernahme bedarf es allerdings nur, wenn der Kreditvertrag noch vor der Bildung des Konsortiums geschlossen wird.[177] Andernfalls unter-

171 Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.138. — Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.135 ff. ordnet die Schritte bis hierhin der „Mandatierungsphase" zu, der die „Strukturierungs- und Primärsyndizierungsphase" folgt (Rn. 6.139). Siehe zur ähnlich verlaufenden Vorbereitungs- und Vermarktungsphase einer Schuldscheintransaktion Ekkenga/*Koller*/*Wöckener*, Hdb. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 22 ff.

172 L/B/S/*Castor*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 186a; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.135.

173 Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.135 ff. und 6.139 (Syndication-Agent), Rn. 6.141 (Documentation-Agent), Rn. 6.159 (Syndizierungsbuch/Syndication-Book), Rn. 6.136 und 6.156 (Bookrunner).

174 Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.153. — Siehe zum Konsortialführer/Facility-Agent Hölters/*Ingenhoven*/*Eisen*, Unternehmenskauf, 10. Aufl. 2022, Rn. 4.155 Fn. 186.

175 *Schnauder*, NJOZ 2010, 1663; *Orthmann*/*P. Weber*, BB 2012, 1039 (1040); Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 177; Derleder/Knops/Bamberger/*Hoffmann*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 24 Rn. 78; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Kampshoff*/*Lieth*/*Urban-Crell* et al., InsO, 4. Aufl. 2020, Anh. VII Rn. 111; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.143.

176 L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 198 Fn. 972. — Siehe zur Vertragsübernahme oben § 3 C. II. 1 und zur Einwilligung des Darlehensnehmers oben § 3 C. II. 2.

177 Der dazu erforderliche Vertrag wird Übertragungs- und Beitrittsvereinbarung (Transfer-Certificate) genannt (*Ward*/*Darley*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 54 [65]; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.159); er ist zu unterscheiden von der Eintrittsvereinbarung, die den Eintritt in das Konsortium regelt (Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.164 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zeichnen die Arranger den Kreditvertrag gemeinsam mit den geworbenen Konsorten.[178]

II. Das Schuldscheindarlehensgeschäft

Nach der Verortung des Schuldscheindarlehens als Bindeglied zwischen Konsortialkredit und Anleihe (dazu 1.) wird auf die Abwicklung des Schuldscheindarlehensvertrages (dazu 2.) eingegangen.

1. Schuldscheindarlehen: Bindeglied zwischen Konsortialkredit und Anleihe

Das Schuldscheindarlehen (auch SSD[179] oder nur Schuldschein[180] genannt) ist ein Darlehen i. S. d. §§ 488 ff. BGB.[181] Die Vertragsbedingungen eines Schuldscheindarlehens ähneln mehr denen einer Anleihe als denen eines LMA-Konsortialkredites.[182] Allerdings wird berichtet, dass in Schuldscheindarlehen gegenüber Unternehmen zunehmend umfangreichere Covenants vereinbart würden, wodurch diese sich einem Konsortialkredit ein Stück weit anglichen.[183]

178 L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 191; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.155 und 6.159.

179 Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 1.

180 *C. Schmitt*, BB 2012, 2039; Ekkenga/*Koller/Wöckener*, Hdb. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 1; Kümpel/*R. Müller/Schmidtbleicher*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 15.155.

181 *Zahn/Lemke*, BKR 2002, 527 (531); *C. Schmitt*, BB 2012, 2039; Ekkenga/*Koller/Wöckener*, Hdb. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 1; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 15; Kümpel/*R. Müller/Schmidtbleicher*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 15.155; Hopt/Seibt/*Artzinger-Bolten/Wöckener*, SchVR, 2. Aufl. 2023, SchVG § 1 Rn. 52.

182 Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 556; *Kumpan*, ZGR 2016, 2 (26); *ders.*, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht in der Krise, 2018, 291 (302); Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 1; Kümpel/*R. Müller/Schmidtbleicher*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 15.155 f.

183 Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 38. — Anders noch *C. Schmitt*, BB 2012, 2039 (2040). Vgl. auch die schlank dokumentierten Schuldscheine darlehensnehmender Banken: *Bank Austria Aktiengesellschaft*, nachrangiger Schuldschein, 2001; *HypoVereins Finance NV*, nachrangiger Schuldschein, Nr. 82, 2001; *Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien AG*, nachrangiger Schuldschein 15655, 2013; *dies.*, nachrangiger Schuldschein 16057, 2013; *Raiffeisenlandes-*

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Spannweite der typischen Darlehenssumme dürfte bei einem Schuldschein größer sein als bei einem Konsortialkredit.[184] Als Instrument der Fremdfinanzierung kann der Schuldschein den Konsortialkredit und die Anleihe ergänzen oder ersetzen; in manchen Sektoren hat der Schuldschein den Konsortialkredit weithin verdrängt.[185] Hinsichtlich seiner Umlauffähigkeit bewegt sich der Schuldschein zwischen dem Konsortialkredit und der Anleihe.[186]

Der Schuldschein nähert sich durch seine Ähnlichkeit mit der Anleihe der Finanzierung am Kapitalmarkt an, was den Investorenkreis erweitert.[187] Verglichen mit einer Anleihe sind die Kreditgeber jedoch weniger anonym und deren Zahl ist geringer.[188] Mangels Dokumentations- und Publizitätspflichten kann Kapital schneller, günstiger und nicht öffentlich aufgenommen werden.[189] Anders als Schuldverschreibungen dürfen Schuldscheine

---

bank Oberösterreich AG, Musterdokumentation Schuldschein nach deutschem Recht, August 2019; *Banque Internationale à Luxembourg SA*, Schuldschein, o. J.; *FHH*, Vertragsmuster Schuldschein, o. J.

184 Die Angaben in der Literatur reichen von keiner festen Untergrenze (so Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 561, aber mit Verweis auf die nachfolgend genannten Summen) über regelmäßig mehr als 2,5 Mio. Euro (Derleder/Knops/Bamberger/*Hoffmann*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 24 Rn. 54), 10–200 Mio. Euro oder mehr (*C. Schmitt*, BB 2012, 2039 [2040]), mehr als 15 Mio. Euro (Ekkenga/*Koller/Wöckener*, Hdb. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 4) bis hin zu 50–250 Mio. Euro oder mehr (*Theiselmann*, GmbH-StB 2012, 50 [51]; zuvor nannte *ders.*, Recht für Finanzmanager, 2009, S. 77 noch 50–200 Mio. Euro). — Vgl. demgegenüber die für Konsortialkredite genannten Größenangaben oben § 3 B. I. 1.

185 Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 556; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.1; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 1.

186 *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rn. 1365; *Wehrhahn*, BKR 2012, 363 f.; Ekkenga/*Koller/Wöckener*, Hdb. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 2; Kümpel/*R. Müller/Schmidtbleicher*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 15.155 f.; Hopt/Seibt/*Artzinger-Bolten/Wöckener*, SchVR, 2. Aufl. 2023, SchVG § 1 Rn. 52.

187 Ekkenga/*Koller/Wöckener*, Hdb. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 4; Kümpel/*R. Müller/Schmidtbleicher*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 15.156.

188 Nach Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.7: „nicht anonym". Bei stiller Abtretung kann der wirtschaftliche Kapitalgeber anonym sein. Der Darlehensgeber kann anonym sein bei stiller Übertragung der Vertragsposition; denkbar ist das, wenn der Darlehensnehmer in die Vertragsübernahme eingewilligt hat (siehe zur Einwilligung des Darlehensnehmers in die Vertragsübernahme unten § 3 C. II. 2.).

189 *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rn. 1371; *C. Schmitt*, BB 2012, 2039 (2041); *Wehrhahn*, BKR 2012, 363; (Dokumentation sei „außerordentlich schlank") Hasler/Launer/Wilhelm/*Kuhn*, Debt Relations, 2013, Kap. 36, S. 549; Ekkenga/*Koller/Wöckener*, Hdb. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 4; Haber-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

grundsätzlich zu fortgeführten Anschaffungskosten bilanziert werden,[190] weshalb deren Nachfrage nach der Finanz- und Wirtschaftskrise 2008/2009 stieg.[191] Im Krisenjahr 2022 prosperierte der Schuldscheinmarkt,[192] wohingegen sich Banken und Kreditfonds insbesondere bei der Vergabe risikoreicherer Kredite stärker zurückhielten.[193]

Bei einem Schuldschein sind die Kreditgeber weder einer konsortialvertraglichen Bindung noch einer kollektiven Bindung entsprechend den §§ 5 ff. SchVG unterworfen.[194] Daraus resultiert einerseits für alle Beteiligten eine größere Freiheit: Die Investoren müssen sich nicht untereinander abstimmen; jeder Investor kann individuell mit dem Darlehensnehmer verhandeln.[195] Andererseits gehen damit jedoch in einer Sanierungssituation die typischen Kollektivhandlungsprobleme einher. Während Akkordstörern früher nur im Insolvenzplanverfahren begegnet werden konnte,[196] erlaubt nunmehr § 2 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 StaRUG, die Bedingungen des Schuldscheins auch gegen eine frondierende Minderheit anzupassen.[197]

---

sack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.7; *Ziegenhagen*, Finance Sonderbeil. März/April 2021, 16; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 1; Kümpel/*R. Müller/Schmidtbleicher*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 15.156; Hopt/Seibt/*Artzinger-Bolten/Wöckener*, SchVR, 2. Aufl. 2023, SchVG § 1 Rn. 52.

190 Ausführlich Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.7; siehe ferner Kümpel/*R. Müller/Schmidtbleicher*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 15.156.

191 Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 2; Kümpel/*R. Müller/Schmidtbleicher*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 15.156.

192 *Kögler*, Finance – November/Dezember 2022, 58.

193 *Harder*, Finance – September/Oktober 2022, 26 ff.

194 *Cranshaw*, Solvenz – Insolvenz – Resolvenz, 2013, 117 (126 f.); Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.8 und 26.104; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 46. — Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 565a empfiehlt die Vereinbarung einer Konsortialbindung; in praxi ist das unüblich, *Wehrhahn*, BKR 2012, 363 (366); Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 46 Fn. 287.

195 GDV/*Kemter/Ockenga*, Kreditleitfaden für Solvency II-Versicherer, 3. Aufl. 2022, S. 8.

196 Ekkenga/*Koller/Wöckener*, Hdb. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 103 ff.; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 46.

197 Braun/*Esser*, StaRUG, 2021, StaRUG § 2 Rn. 24; *Naujoks/Schönen*, ZRI 2021, 437 (442); Flöther/*Westpfahl/Dittmar*, StaRUG, 2021, StaRUG § 2 Rn. 50; *Ziegenhagen*, Finance Sonderbeil. März/April 2021, 16 f.; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 46 f. und 52 ff.; Morgen/*Knapp/Wilde*, StaRUG, 2. Aufl. 2022, StaRUG § 2 Rn. 58; ausführlich Seibt/Westpfahl/*Herding/Krafczyk*, StaRUG, 2023, StaRUG § 2 Rn. 162 ff.; Römermann/*Rieger/Schmitz*, InsR, 49. EL Januar 2024, StaRUG § 2 Rn. 21. — *Stephan Madaus* berichtete mir, *Andreas Zie-*

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Die Abwicklung des Schuldscheindarlehensvertrages

Beim (praktisch wohl seltenen)[198] direkten System vermakelt (§§ 93 ff. HGB) die arrangierende Bank (Arrangeur)[199] dem Investor den Darlehensvertrag, den dieser direkt mit dem kapitalsuchenden Unternehmen schließt.[200]

Demgegenüber schließen beim indirekten System der Arrangeur und das kapitalsuchende Unternehmen den Darlehensvertrag. Anschließend platziert der Arrangeur das Schuldscheindarlehen bei Investoren.[201] Dazu überträgt er entweder seine Rechte aus dem Vertrag oder die Vertragsposition selbst.[202] Bei der Platzierung können wie bei der anfänglichen Syndizierung eines Konsortialkredits[203] das Best-Effort- und das in praxi mittler-

---

genhagen habe ihm in einem Gespräch mitgeteilt, dass die Restrukturierung von Schuldscheindarlehen außerhalb der Insolvenz in den letzten Jahren wohl allein wegen des StaRUG gelungen und dieses Gesetz insofern zur rechten Zeit gekommen sei.

198 *Wehrhahn*, BKR 2012, 363 (365); Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 556; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert*/*Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.25 Fn. 53; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 13 und 15.

199 Im Jahre 2022 seien in Deutschland die führenden Arranger von Schuldscheinen die *LBBW*, die *Helaba*, die *Unicredit*, die *BNP Paribas* und die *Commerzbank* (absteigende Reihenfolge) gewesen, *Kögler*, Finance – November/Dezember 2022, 58. Ähnlich Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 8.

200 *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rn. 1366; Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 556; Ekkenga/*Koller*/*Wöckener*, Hdb. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 20; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert*/*Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.2; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 13 und 15.

201 *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rn. 1366; *Wehrhahn*, BKR 2012, 363 (365); Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 558 und 563; Ekkenga/*Koller*/*Wöckener*, Hdb. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 21; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert*/*Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.3; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 13 und 16.

202 Siehe zum Abtretungsmodell Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 557 und 567 ff.; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert*/*Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.4 und 26.91; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 25. — Siehe zum Vertragsübernahmemodell Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 557 und 571 f.; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert*/*Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.5 und 26.107; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 27. — Nach *Wehrhahn*, BKR 2012, 363 (365) sei das Vertragsübernahmemodell praktisch häufiger.

203 Siehe oben § 3 B. I. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weile seltenere Firm-Commitment-Underwriting unterschieden werden.[204] — Im weiteren Verlauf fungiert der Arrangeur oftmals als Paying-Agent und wickelt die Zahlungen zwischen dem Darlehensnehmer und den Kreditgebern ab.[205]

Der für die Forderungen des Darlehensgebers aus einem Schuldscheindarlehen ausgestellte Schuldschein ist kein Wertpapier, sondern eine Beweisurkunde i. S. d. §§ 371, 952 BGB.[206] Sie ist entbehrlich, wenn der Vertrag selbst schriftlich geschlossen wird; nur selten wird daher zusätzlich ein Schuldschein ausgestellt.[207]

C. Übertragungswege bei der Ausplatzierung eines Kredits

Welchen Schranken die Kreditübertragung unterliegt, das kann nur beantworten, wer die Übertragungswege kennt. Daher wird die Ausplatzierung

204 *Wehrhahn*, BKR 2012, 363 (365 Fn. 32); Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 558; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.28 f.; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 2.

205 Siehe dazu und zum Zahlstellenvertrag, der als Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 675, 611 BGB) oder bei Unentgeltlichkeit als Auftrag (§§ 662 ff. BGB) zu qualifizieren ist, *Wehrhahn*, BKR 2012, 363 (366); Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 559 und 573; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.27 und 26.115 ff.; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 30. — Siehe zur vergleichbaren Gestaltung beim unechten Konsortialkredit oben § 3 B. I. 2.

206 *OLG Stuttgart*, Urt. v. 20.10.2004 – 9 U 127/04, WM 2005, 969 (970); *Zahn/Lemke*, BKR 2002, 527 (531); *Wehrhahn*, BKR 2012, 363 (364); Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 564; Ekkenga/*Koller/Wöckener*, Hdb. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 1; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.31; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 17; Kümpel/*R. Müller/Schmidtbleicher*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 15.155; Hopt/Seibt/*Artzinger-Bolten/Wöckener*, SchVR, 2. Aufl. 2023, SchVG § 1 Rn. 52; Ellenberger/Nobbe/*Cranshaw*, Kommentar zum Kreditrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, BGB § 398 Rn. 100. — Anderer Ansicht (Schuldschein sei selbständiges Schuldversprechen oder -anerkenntnis gemäß §§ 780, 781 BGB) *LG Stuttgart*, Urt. v. 20.4.2004 – 15 O 46/04, NJOZ 2004, 4330 (4331).

207 *C. Schmitt*, BB 2012, 2039; Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 556; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.30 f.; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 20; Kümpel/*R. Müller/Schmidtbleicher*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 15.155.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eines Kredits im Wege der Einzel- (dazu I. und II.) und der Gesamtnachfolge (dazu III.) untersucht.

Zuvor sei noch daran erinnert, dass die Ausdrücke Kredit und Ausplatzierung in dieser Arbeit als Oberbegriffe verwendet werden: Von der Übertragung eines Kredits wird gesprochen, wenn es nicht darauf ankommt, ob der (originäre) Darlehensgeber seine Forderungen und anderen Rechte aus dem Darlehensvertrag oder seine Vertragsposition überträgt. Der Ausdruck der Ausplatzierung wird für die Anbahnung und die Durchführung des Verkaufs des Kredits und dessen Übertragung (sei es mittels Asset- oder Share-Deal) verwendet.[208]

I. Ausplatzierung durch Einzelrechtsübertragung

Zwecks Ausplatzierung kann[209] der Darlehensgeber seine Rechte aus dem Darlehen einzeln (Single-Name) oder im Paket[210] mit denen aus anderen Darlehen verkaufen (§ 453 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, § 433 BGB)[211] und gemäß

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

209 Betreffend forderungsbasierte Übernahmen die Ausplatzierung durch Einzelrechtsübertragung als Regelfall bezeichnend *von Sydow/Beyer*, AG 2005, 635 (636); *Reuter/Buschmann*, ZIP 2008, 1003 (1004); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 216 und 229. — *Fiedler*, CFL 2011, 421 nennt betreffend die Veräußerung notleidender Kredite Vertragsübernahme und Abtretung gleichrangig. — Allgemein betreffend Schuldscheine nennt *Wehrhahn*, BKR 2012, 363 (365) die Vertragsübernahme als den häufigeren Fall. — Nach *Rossbach/Fornoff*, BKR 2021, 753 präferiere die Praxis „Kredit(-portfolio)-Transaktionen" mittels Abtretung. — Siehe zur Abtretung im Hinblick auf Schuldscheine *Wehrhahn*, BKR 2012, 363 (366); Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.91 ff.; Kümpel/*R. Müller/Schmidtbleicher*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 15.155.

210 Von einem Basket spricht man, wenn das Paket gleichartige Forderungen gegenüber verschiedenen Personen enthält. Unterscheiden sich die Forderungen auch ihrer Art nach, z. B. Konsumenten- und Immobilienkredit, ist die Rede von einem Portfolio. — Näher zu Single-Name-, Basket- und Portfolio-Transaktionen, *Kuhlwein/Richthammer*, Gestärkt aus der Krise, 2006, 83 (84); *Schalast*, BKR 2006, 193 (195); *Fiedler*, CFL 2011, 421 (422); *Portisch*, Sanierung und Insolvenz aus Bankensicht, 3. Aufl. 2014, S. 223 f.; Derleder/Knops/Bamberger/*Schalast* et al., Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 35 Rn. 12; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 88.

211 Siehe zum Kausalgeschäft *Wulfken*, Grundlagen des NPL-Geschäftes, 2013, 113 (116); Derleder/Knops/Bamberger/*Schalast* et al., Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 35 Rn. 45; betreffend Schuldscheine: Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.95; Kümpel/

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 398 Satz 1 (i. V. m. § 413) BGB an den Käufer abtreten, womit letzterer Gläubiger wird, § 398 Satz 2 BGB.[212]

Von dem Bestand der Forderung abhängige Sicherungsrechte gehen mit dieser kraft Gesetzes über, § 401 Abs. 1, § 1153 Abs. 1, § 1250 Abs. 1 Satz 1 und § 1273 Abs. 2 Satz 1 BGB.[213] Auf die Vormerkung[214] und den Schuldbeitritt[215] findet § 401 Abs. 1 BGB analoge Anwendung. Fiduziarische Sicherungsrechte sind isoliert nach den jeweils anwendbaren Vorschriften zu übertragen, § 398 Satz 1 (i. V. m. § 413), §§ 873 ff., §§ 929 ff. BGB.[216]

Das Eigentum an einem Schuldschein erwirbt der Zessionar gemäß § 952 Abs. 1 Satz 1 BGB.[217] Bei einer Teilabtretung erwirbt er Miteigentum nach Bruchteilen, § 1008 BGB.[218]

R. Müller/Schmidtbleicher, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 15.155. — Dazu im Lichte forderungsbasierter Übernahmen *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 216 f.

212 Mit der Abtretung ist das assignment nach englischem Recht vergleichbar. Im Unterschied zur Zession kann der Zedent (assignor) durch einseitiges Rechtsgeschäft seine Rechte auf den Zessionar (assignee) übertragen. Dabei existieren zwei Arten von assignment: das in Sec. 136 (1) Law of Property Act 1925 normierte sog. statutory/legal assignment und das equitable assignment. Nur das legal assignment ist schriftform- und anzeigebedürftig. Dafür erlaubt es dem Zessionar, den Schuldner im eigenen Namen zu verklagen. Hingegen kann der Zessionar beim equitable assignment grundsätzlich nur mit dem Zedenten klagen (*Rademacher*, Verkehrsschutz im englischen Privatrecht, 2016, S. 137; *Längsfeld/Lürken*, WM 2019, 999 [1000 f.]).

213 *Mot.*, Bd. II, 2. Aufl. 1896, S. 124; *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, 2001, S. 29; Jauernig/*Stürner*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 401 Rn. 1; Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. I.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1345; BeckOK BGB/*Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 401 Rn. 3. Siehe allgemeiner noch zum Übergang unselbständiger sichernder Nebenrechte MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 401 Rn. 9; Jauernig/*Stürner*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 401 Rn. 2.

214 *BGH*, Beschl. v. 21.6.1957 – V ZB 6/57, BGHZ 25, 16 (23); Urt. v. 17.6.1994 – V ZR 204/92, NJW 1994, 2947 (2948); Urt. v. 24.7.2015 – V ZR 275/14, NJW 2015, 2877 (2879 Rn. 14 und 17). Vgl. betreffend den Übergang der Vormerkung und die Möglichkeit, die Forderung ohne die Vormerkung bei Erlöschen derselben zu übertragen, *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, Protokolle, S. 574 a. E.

215 Siehe ausführlich zur analogen Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB auf den Schuldbeitritt *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, 2001, S. 29 ff.

216 *BGH*, Urt. v. 15.6.1964 – VIII ZR 305/62, BGHZ 42, 53 (56): Vorbehaltseigentum; Urt. v. 24.9.1980 – VIII ZR 291/79, BGHZ 78, 137 (143): Sicherungsübereignung und -abtretung; Urt. v. 27.3.1981 – V ZR 202/79, BGHZ 80, 228 (232): Sicherungsgrundschuld. Siehe ferner MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 401 Rn. 14; Jauernig/*Stürner*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 401 Rn. 5; BeckOK BGB/*Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 401 Rn. 4.

217 Siehe zur rechtlichen Einordnung des Schuldscheines und der praktischen Seltenheit seiner Ausstellung bei Schuldscheindarlehensverträgen oben § 3 B. II. 2.

218 *Wehrhahn*, BKR 2012, 363 (366); Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 569; Ekkenga/*Koller/Wöckener*, Hdb. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 13

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Kein Übergang kreditsichernder Informationsansprüche analog § 401 Abs. 1 BGB

Wie oben ausgeführt, verschaffen die Informationsansprüche eines Darlehensgebers[219] einem Investor Einblicke in das Unternehmen, die ihm bei der Übernahme helfen können.[220] Neben bestimmten Informationsansprüchen existieren auch solche, deren Inhalt der Gläubiger zu bestimmen berechtigt ist.[221] Übt der Investor das Bestimmungsrecht intensiv aus, kann dies zu erheblichem Aufwand und hohen Kosten aufseiten des Darlehensnehmers führen. Das erhöht die Wahrscheinlichkeit für einen Covenantverstoß und insofern können diese Rechte dem Investor als Mittel zur Provokation eines Kündigungsgrundes dienen.[222] Dementsprechend groß ist die Bedeutung der Frage nach den Schranken der Übertragung dieser Informationsansprüche auf einen Loan-to-Own-Investor.[223]

Hier gilt es, die Vorfrage zu klären, ob diese Ansprüche mit der gesicherten Forderung analog § 401 Abs. 1 BGB übergehen oder nach § 398 Satz 1 BGB separat abgetreten werden müssen. Dabei handelt es sich um

---

Rn. 63; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.106; Staudinger/*C. Heinze*, BGB, 2020, BGB § 952 Rn. 17. — Der Miteigentümer kann nur eine öffentlich beglaubigte Abschrift verlangen (Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 569; Ekkenga/*Koller/Wöckener*, Hdb. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 63; Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 402 Rn. 19). Teilschuldscheine auszustellen, ist unüblich (Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 564; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.31). Siehe zur Möglichkeit eines Verwahrvertrages mit dem Darlehensgeber *Wehrhahn*, BKR 2012, 363 (366).

219 Im Folgenden wird von dem einfachen Fall eines bilateralen Darlehens ausgegangen, wonach nicht ein Agent, sondern der Darlehensgeber selbst und unmittelbar informationsberechtigt ist. Siehe insofern beispielsweise *vdp*, Mustervertrag für die großvolumige, gewerbliche Immobilienfinanzierung, 2024, Nr. 17.1, insbesondere Buchst. h, S. 23 f.

220 Siehe zu den zahlreichen Auskunfts- und Rechenschaftspflichten, die Information-Covenants statuieren können, zu den daraus resultierenden Informationsvorteilen gegenüber anderen Stakeholdern und zur Anspruchsqualität dieser Informationspflichten oben § 2 C. I. 2. c).

221 Siehe zu diesen ermessensabhängigen Informationsansprüchen oben § 2 C. I. 2. c).

222 Siehe dazu schon § 2 C. III. 1. b); siehe dazu, dass von einem Loan-to-Own-Investor im Vergleich zu einer Bank typischerweise eine höhere Gefahr ausgehen dürfte, dass er ermessensabhängige Informationsrechte missbraucht, um einen Covenantverstoß und damit einen Kündigungsgrund zu provozieren, unten § 6 D. I. 2. b) bb) bbb).

223 Siehe zu den Schranken der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren unten im zweiten Kapitel.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine (soweit ersichtlich) unerforschte Frage, weshalb ihr hier ausführlicher nachgegangen werden soll.

Dazu werden kreditsichernde Informationsansprüche mit Auskunftsansprüchen, auf die § 401 Abs. 1 BGB anerkanntermaßen analoge Anwendung findet, verglichen (dazu a)); nach der Untersuchung der Lückenhaftigkeit des § 401 Abs. 1 BGB (dazu b)) wird eruiert, ob die Interessenlage bei kreditsichernden Informationsansprüchen mit der bei den in § 401 Abs. 1 BGB geregelten Fällen vergleichbar ist (dazu c)).

a) Vergleich kreditsichernder Informationsansprüche mit Hilfsauskunftsansprüchen

Anerkannt ist die analoge Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB auf Ansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung sowie andere Hilfsrechte, die erforderlich sind, um Gegenstand und Betrag der Hauptforderung festzustellen, geltend zu machen oder durchzusetzen.[224] — Zu diesen Zwecken sind kreditsichernde Informationsansprüche nicht erforderlich. Überdies gehen sie ihrem Inhalt nach weit über das zur Geltendmachung der Hauptforderung notwendige Maß hinaus.

Dass sich kreditsichernde Informationsansprüche nicht unter die Gruppe der Hilfsauskunftsansprüche subsumieren lassen, zeigt sich auch an deren geringerem Akzessorietätsgrad:[225] Auf einen der Feststellung, Geltendmachung oder Durchsetzung dienenden Auskunftsanspruch ist der Hauptforderungsinhaber angewiesen. Es besteht gleichsam wechselseitige Abhängigkeit zwischen Haupt- und Hilfsanspruch. Hingegen kommt bei einem (präventiv wirkenden) kreditsichernden Informationsanspruch bloß

224 *BGH*, Beschl. v. 14.2.2003 – IXa ZB 53/03, NJW 2003, 1256 (1257); Beschl. v. 18.7.2003 – IXa ZB 148/03, ZIP 2003, 1771 f.; Beschl. v. 9.2.2012 – VII ZB 117/09, NJW-RR 2012, 434 (435); Beschl. v. 19.12.2012 – VII ZB 50/11, BGHZ 196, 62 (64 Rn. 8); Beschl. v. 19.9.2017 – VII ZB 64/14, NJW 2017, 3525 (3526 Rn. 14); *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, 2001, S. 32 mit Fn. 74; MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 401 Rn. 8 und 13; Jauernig/*Stürner*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 401 Rn. 3; PWW/*H.-F. Müller*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 6.

225 Dem Abhängigkeitsgrad kommt entscheidende Bedeutung zu, *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, 2001, S. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einseitige Abhängigkeit[226] vergleichbar den in § 401 Abs. 1 BGB genannten (postventiv wirkenden) Sicherungsrechten in Betracht.

Festzuhalten bleibt: Ein kreditsichernder Informationsanspruch ist kein gewöhnlicher Hilfsauskunftsanspruch; daher ist eine analoge Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB begründungsbedürftig. Mangels Wechselseitigkeit ist die Abhängigkeit auch nicht zwingend.

b) Regelungslücke: anfängliche bewusste Lücke

Die Untersuchung der Materialien offenbart eine anfängliche bewusste Lücke;[227] der Gesetzgeber befürwortete generell die analoge Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB:[228]

§ 7 Abs. 1 Satz 1 TE-OR ordnete uneingeschränkt an, dass mit der Forderung verbundene Nebenrechte übergehen.[229] Die darauffolgenden Entwürfe schränkten dies ein: Das Nebenrecht müsse zur Verstärkung der Forderung dienen.[230] Diese Fassung änderte die Zweite Kommission. Nach § 297 Abs. 1 E I-VorlZust gingen die Rechte aus Bürgschaften für die Forderung und für die Forderung bestehende Pfandrechte mit der Übertragung

226 Der einseitigen Abhängigkeit hat der Gesetzgeber betreffend das Pfandrecht (§ 1204 Abs. 1 BGB) ausdrücklich Rechnung getragen. Es geht zwar nach § 1250 Abs. 1 Satz 1, § 401 Abs. 1 Var. 3 BGB mit der abgetretenen Forderung über und der Inhaber kann es nach § 1250 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht isoliert übertragen. Jedoch erlaubt § 1250 Abs. 2 BGB, die Forderung ohne das Pfandrecht zu übertragen (wenngleich es dabei erlischt). — Anstelle des Ausschlusses isolierter Forderungsabtretung gemäß § 1153 Abs. 2 BGB könnte eine ähnliche Regelung wie § 1250 Abs. 2 BGB treten. Hingegen führte eine § 1250 Abs. 2 BGB entsprechende Regelung hinsichtlich eines Hilfsanspruches, der notwendig ist, um die Hauptforderung durchsetzen zu können, zu keinem sinnvollen Ergebnis.

227 Siehe zur Figur der anfänglichen, bewussten Regelungslücke *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 279; *Wank*, Methodenlehre, 2020, § 15 Rn. 62.

228 Vgl. *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, 2001, S. 31 Fn. 70.

229 *Von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 7, S. 928; Jakobs/Schubert/*ders.*, Schuldverhältnisse I, 1978, § 401 A I, S. 781 f.

230 Vgl. § 214 Satz 2 RedVorl: „Ein Gleiches [scil.: der Übergang mit der Forderungsübertragung] gilt von den mit der Forderung verbundenen (zur Verstärkung derselben dienenden) Nebenrechten." Nahezu wortgleich § 214 Satz 2 ZustOR und die insofern identischen § 295 Satz 2 KE und § 297 Satz 2 E I. Ähnlich auch noch § 297 Abs. 1 E I-RJA. — Siehe dazu *Prot. II*, Bd. I, 1897, S. 385 f.; Jakobs/Schubert/*ders.*, Schuldverhältnisse I, 1978, § 401 A I, S. 785 ff.; *von Rintelen*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten, 1996, S. 85 ff.; *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, 2001, S. 30; *Schürnbrand*, AcP 204 (2004), 177 (186); Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 401 Rn. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Forderung über.[231] Davon wich § 297 Abs. 1 E I-ZustRedKom erst nur sprachlich ab.[232] Doch dann ergänzte die Redaktionskommission die Aufzählung noch um Hypotheken.[233] § 345 Abs. 1 E II unterschied sich bloß sprachlich von § 395 Abs. 1 E II rev., letzterer entsprach § 395 Abs. 1 E III und § 401 Abs. 1 BGB a. F.[234]

Mit der Änderung von den zur Verstärkung dienenden Nebenrechten hin zu den benannten Rechten sollte die Vorschrift an Verständlichkeit gewinnen.[235] Außerdem wurde die Formulierung für zu allgemein erachtet, da beispielsweise auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, auf das die Vorschrift nicht passe, daruntergefallen wäre. Diese Konkretisierung schließe „selbstverständlich die Anwendung der Bestimmung auf andere Nebenrechte im Wege der Analogie nicht aus"[236], wurde klargestellt.[237]

c) Vergleichbare Interessenlage

Bei den in § 401 Abs. 1 BGB geregelten Fällen handelt es sich um akzessorische Rechte. Von einer vergleichbaren Interessenlage kann daher nur gesprochen werden, wenn ein hinreichender Grad an Abhängigkeit besteht;[238] insofern wird dargelegt, dass kreditsichernde Informationsan-

231 *Prot. II*, Bd. I, 1897, S. 386; *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, Protokolle, S. 574; Jakobs/Schubert/*ders.*, Schuldverhältnisse I, 1978, § 401 C II, S. 787.

232 *Prot. II*, Bd. I, 1897, S. 386; *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, Protokolle, S. 574; Jakobs/Schubert/*ders.*, Schuldverhältnisse I, 1978, § 401 C III 1, S. 788.

233 Jakobs/Schubert/*ders.*, Schuldverhältnisse I, 1978, § 401 C III 2, S. 788.

234 Jakobs/Schubert/*ders.*, Schuldverhältnisse I, 1978, § 401 C IV, S. 788.

235 *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, Protokolle, S. 574; *von Rintelen*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten, 1996, S. 85 f.; *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, 2001, S. 30 a. E.; *Schürnbrand*, AcP 204 (2004), 177 (186); Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 401 Rn. 28.

236 *Prot. II*, Bd. I, 1897, S. 386; *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, Protokolle, S. 574.

237 Siehe dazu *von Rintelen*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten, 1996, S. 86; *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, 2001, S. 30 f.; *Schürnbrand*, AcP 204 (2004), 177 (186); Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 401 Rn. 28.

238 Vgl. Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 401 Rn. 28, der für eine Analogie nur einen gewissen Grad von Abhängigkeit betreffend Inhalt oder Bestand des Rechts fordert. — Überzeugend gegen ein Junktim fehlender selbständiger Übertragbarkeit und analoger Anwendung des § 401 BGB, *von Rintelen*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten, 1996, S. 101 ff. — Anderer Ansicht *Schürnbrand*, Schuldbeitritt, 2003, S. 132 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sprüche diese Voraussetzung erfüllen (dazu aa)). Die Folgen[239] einer Analogie werden betrachtet, um deren Interessengerechtigkeit zu beurteilen (dazu bb)).

aa) Hinreichender Abhängigkeitsgrad

Den für eine analoge Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB erforderlichen Mindestgrad an Akzessorietät[240] weist ein kreditsichernder Informationsanspruch auf. So ist er in der Regel unter der auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) des Bestandes der gesicherten Forderung vereinbart.[241]

Anders als etwa das Sicherungseigentum kann ein kreditsichernder Informationsanspruch jedenfalls nicht völlig unbeschränkt von der gesicherten Forderung getrennt werden. Selbst wenn eine isolierte Abtretung an jemanden ohne Sicherungsinteresse nicht schon nach § 399 Alt. 1 BGB ausgeschlossen sein sollte,[242] wäre dessen Informationsverlangen mangels Sicherungsinteresses zweckwidrig. Das berechtigte den Darlehensnehmer gegenüber dem Zessionar, die Information nach § 242[243] i. V. m. § 404[244] BGB zu verweigern.

bb) Teleologische Folgenbetrachtung

Die Folgen analoger Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB auf kreditsichernde Informationsansprüche zu beurteilen, setzt Klarheit darüber voraus, ob

239 Vgl. zur Folgenorientierung teleologischer Auslegung *Wank*, Methodenlehre, 2020, § 11 Rn. 38 f.

240 Vgl. Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 401 Rn. 28, der für eine Analogie nur einen gewissen Grad von Abhängigkeit betreffend Inhalt oder Bestand des Rechts fordert. — Überzeugend gegen ein Junktim fehlender selbständiger Übertragbarkeit und analoger Anwendung des § 401 BGB, *von Rintelen*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten, 1996, S. 101 ff. — Anderer Ansicht *Schürnbrand*, Schuldbeitritt, 2003, S. 132 f.

241 *Merkel*, Negativklausel, 1985, S. 32.

242 Siehe zur Zweckgebundenheit kreditsichernder Informationsansprüche nach § 399 Alt. 1 BGB unten § 7 C. III. 2.

243 Vgl. betreffend die Zweckwidrigkeit der Einsichtnahme in die Bücher einer Gesellschaft *RG*, Urt. v. 16.7.1935 – II 379/34, RGZ 148, 278 ff.; *Peters*, NJW 1965, 1212 (1214); MüKoBGB/*Schubert*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 242 Rn. 607; BeckOK BGB/*Sutschet*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 242 Rn. 100.

244 Vgl. MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 404 Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 401 Abs. 1 BGB als zwingend i. S. d. § 1153 Abs. 2 BGB auszulegen ist.[245] Dann wären sichernder und gesicherter Anspruch voneinander nicht zu trennen. Hinsichtlich der Folgen einer Analogie bliebe es zu fragen, ob ein Fall denkbar ist, in dem eine Trennung sinnvoll ist. Ist dies zu verneinen, brächte die Analogie nur Vorteile. Ist hingegen ein solcher Fall denkbar, brächte die Analogie mangels Abdingbarkeit des § 401 Abs. 1 BGB auch Nachteile; diese wären dann gegen die Vorteile abzuwägen. Ist § 401 Abs. 1 BGB hingegen nachgiebig,[246] genügt es für eine Analogie, dass Darlehensgeber und Zessionar regelmäßig den Übergang des Informationsanspruches wollen. Denn in Ausnahmefällen bliebe es ihnen unbenommen, Abweichendes zu vereinbaren.

Vor diesem Hintergrund wird zunächst die Vorfrage der Disponibilität des § 401 Abs. 1 BGB bejaht (dazu aaa)) und sodann der teleologischen Frage nachgegangen, ob Darlehensgeber und Zessionar typischerweise den Übergang des Informationsanspruches wollen (dazu bbb)).

aaa) Vorfrage: Disponibilität des § 401 Abs. 1 BGB

Die herrschende Meinung erachtet § 401 Abs. 1 BGB für nachgiebig.[247] Da sie dieses zutreffende Ergebnis nicht näher begründet, wird auf die Frage

245 § 401 Abs. 1 BGB i. S. d. § 1153 Abs. 2 BGB auszulegen, lässt sich systematisch begründen, wenn man § 401 Abs. 1 BGB als lex specialis gegenüber §§ 398, 413 BGB ansieht. Das Nebenrecht separat zu übertragen, schiede damit aus. Mangels Disponibilität des § 401 Abs. 1 BGB wäre ausgeschlossen, die Hauptforderung isoliert zu übertragen. Dann wären § 1153 und § 1250 Abs. 1 Satz 2 BGB überflüssig. Als Ausnahme dazu erweiterte § 1250 Abs. 2 BGB die Möglichkeiten des Rechtsinhabers zu verfügen.

246 Ist § 401 Abs. 1 BGB nachgiebig, beschränken die § 1153 Abs. 2, § 1250 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BGB die Verfügungsmöglichkeiten des Rechtsinhabers.

247 *BGH*, Urt. v. 19.9.1991 – IX ZR 296/90, BGHZ 115, 177 (181): „Bestimmung des § 401 Abs. 1 BGB [sei] nicht zwingend"; *Dempewolf*, NJW 1958, 979; *Medicus*, JuS 1971, 497 (499); *Canaris*, Bankvertragsrecht I, 3. Aufl. 1988, Rn. 1150; *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, 2001, S. 55 und 316; Staudinger/*Wiegand*, BGB, 2019, BGB § 1250 Rn. 1; Staudinger/*Wolfsteiner*, BGB, 2019, BGB § 1153 Rn. 11; Staudinger/*Stürner*, BGB, 2020, BGB § 765 Rn. 243; NK-BGB/*Kreße*, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, BGB § 401 Rn. 1; MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 401 Rn. 1; Jauernig/*Berger*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 1153 Rn. 2; MüKoBGB/*Lieder*, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, BGB § 1153 Rn. 1; Erman/*Martens*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 401 Rn. 1 und 11; jurisPK-BGB/*Protz*, Bd. 3, 10. Aufl. 2023, BGB § 1250 Rn. 1; jurisPK-BGB/*Reischl*, Bd. 3, 10. Aufl. 2023, BGB § 1153 Rn. 4; jurisPK-BGB/*Rosch*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 401 Rn. 23; Erman/*Wenzel*, BGB, Bd. 2, 17. Aufl. 2023, BGB § 1153 Rn. 2; BeckOK BGB/*Schärtl*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 1250 Rn. 1. Siehe

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nach der Disponibilität des § 401 Abs. 1 BGB ausführlicher eingegangen (dazu (1)). Daran anknüpfend werden noch Zwischen- und Folgeüberlegungen dazu angestellt, wie sich die Vorschriften der §§ 399, 401 Abs. 1, 1153 Abs. 2 und 1250 Abs. 2 BGB zueinander verhalten (dazu (2)). An diese Überlegungen wird unmittelbar angeknüpft, wenn es gilt, die teleologische Frage nach der analogen Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB auf kreditsichernde Informationsansprüche zu beantworten.

(1) Begründung der Disponibilität des § 401 Abs. 1 BGB

Ist § 401 Abs. 1 BGB dispositiv, kann die Vorschrift in größerem Umfang zur analogen Anwendung gelangen; es genügte dann, dass der Übergang dem regelmäßigen Parteiwillen entspricht. Dies hätte den Vorteil, dass den Parteien der Abschluss eines weiteren Rechtsgeschäftes erspart bliebe.[248]

Ein noch stärkeres Argument für die Disponibilität des § 401 Abs. 1 BGB wäre es, wenn der dadurch erweiterte Raum zur Analogiebildung auch die Rechtssicherheit erhöhte. Dies dürfte allerdings nicht der Fall sein: Die Annahme von jus cogens verringerte zwar den Raum für eine analoge Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB. Entspricht jedoch der Übergang des

insbesondere Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 401 Rn. 7 und § 399 Rn. 38, wo er feststellt, eine allgemeine Regel, wonach akzessorische Ansprüche nicht selbständig abtretbar sein könnten, existiere nicht. — Restriktiver *Schürnbrand*, Schuldbeitritt, 2003, S. 132 f.; *ders.*, AcP 204 (2004), 177 (187 mit Fn. 46): Der Mitübergang sei disponibel, aber nicht die Gläubigeridentität. Daher könne ein Hilfsrecht, auf das § 401 Abs. 1 BGB analoge Anwendung findet, nicht vom jeweiligen Hauptrecht getrennt werden. Dabei verweist er auf *BGH*, Urt. v. 19.3.1998 – IX ZR 242/97, BGHZ 138, 179 (183 f.); in diesem Urteil betreffend die Kaufpreisabwicklung über ein Notaranderkonto hat der *Bundesgerichtshof* aber nicht gesagt, § 401 Abs. 1 BGB sei unabdingbar, sondern nur auf den Auszahlungsanspruch gegen den Notar § 401 Abs. 1 BGB analog angewendet und dabei festgestellt, dass der Auszahlungsanspruch nicht isoliert abtretbar sei, solange die Kaufpreisforderung noch bestehe. Das kann man damit begründen, dass § 401 Abs. 1 BGB jus cogens ist. Es lässt sich dogmatisch aber ebenso durch einen Ausschluss der isolierten Abtretung des Auszahlungsanspruches gemäß § 399 BGB fassen (siehe zum Ausschluss der Abtretung von Hilfsforderungen und anderen Hilfsrechten nach § 399 Alt. 1 BGB unten § 7 B. I). — § 401 BGB sei zwingend, meint Soergel/*Habersack*, BGB, Bd. 24, 14. Aufl. 2023, BGB § 1250 Rn. 1 mit Fn. 5 a. E. — Es sei „stets allein die Einheit bestehend aus Forderung und akzessorischen Gestaltungsrechten zusammen übertragbar", meint *Chr. Ott*, AcP 220 (2020), 928 (940 f.).

248 Vgl. (betreffend § 401 BGB allgemein) *Canaris*, Bankvertragsrecht I, 3. Aufl. 1988, Rn. 1150; *Schürnbrand*, Schuldbeitritt, 2003, S. 131; (betreffend forderungsbezogene Gestaltungsrechte) *ders.*, AcP 204 (2004), 177 (186 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nebenrechts dem typischen Parteiwillen, bliebe es noch als Möglichkeit, die Abtretung der Hauptforderung (ergänzend)[249] als Übertragung des Nebenrechts auszulegen.[250] — Findet hingegen § 401 Abs. 1 BGB (analog) dispositive Anwendung, stellt sich diese Auslegungsfrage jedoch bloß mit umgekehrten Vorzeichen. Zu prüfen ist dann, ob die analoge Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB konkludent abbedungen wurde: Leicht verneinen lässt sich dies in eben jenen Fällen, in denen zugleich offenbar ist, dass die Parteien den Übergang des Nebenrechts gewollt haben würden.

Das entscheidende Argument für die Nachgiebigkeit des § 401 Abs. 1 BGB liefert die historische Auslegung. Dabei sei vorweggeschickt, dass Formulierungen wie „im Zweifel" die Nachgiebigkeit einer Vorschrift indizieren.[251] Eben diese Formulierung findet sich in § 7 Abs. 1 Satz 3 TE-OR. Danach sollten bestimmte Nebenforderungen im Zweifel nicht übergehen.[252] Die Erste Kommission entschied jedoch, auf die Worte „im Zweifel" zu verzichten,[253] was sie damit begründete, dass der angeordnete Übergang bei der Abtretung „keine lex absoluta sei und das Gegentheil durch Rechtsgeschäft bestimmt werden könne". Dies „brauche nicht vorgesehen zu werden, da, abgesehen von der zweifellosen Zulässigkeit eines Verzichts, die Unzulässigkeit der Ausschließung eines Nebenrechts von der Abtretung vorgeschrieben werden müßte, wenn sie gelten sollte."[254]

249 Siehe zu den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung unten § 10 B. II. 2. b) aa).

250 Darauf weist MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 401 Rn. 1 mit Blick auf „Überlappungen" hin, die sich in „einigen Fällen […] ergeben, in denen einerseits die selbständige Abtretbarkeit anerkannt ist […], andererseits gelegentlich der Übergang mit der Hauptforderung bejaht wird".

251 *Neuner*, BGB AT, 13. Aufl. 2023, § 3 Rn. 11. — Neben dem Normtext und -zweck sind übergeordnete Prinzipien heranzuziehen, um die Indisponibilität der Norm festzustellen, *Hirsch*, BGB AT, 10. Aufl. 2020, Rn. 253; *Brox/Walker*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 2 Rn. 17; *Neuner*, BGB AT, 13. Aufl. 2023, § 3 Rn. 11.

252 *Von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 7, S. 928. — Vgl. auch die von *Kurlbaum* beantragte Änderung, wonach sich die Übertragung „im Zweifel auch auf […] Pfandrechte" erstrecken sollte (Jakobs/Schubert/*ders.*, Schuldverhältnisse I, 1978, § 401 A I 2, S. 782).

253 Jakobs/Schubert/*ders.*, Schuldverhältnisse I, 1978, § 401 A II 1, S. 783.

254 *Mot.*, Bd. II, 2. Aufl. 1896, S. 124; Jakobs/Schubert/*ders.*, Schuldverhältnisse I, 1978, § 401 A II Zu 1, S. 784. — § 1153 Abs. 2 BGB ist eine solche Regelung.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Zwischen- und Folgeüberlegungen

Die historische Auslegung lässt Freiraum, § 401 Abs. 1 BGB analog anzuwenden,[255] und spricht für dessen Disponibilität. Als Grundsatz bleibt damit festzuhalten: Der Zedent und der Zessionar können bei der Abtretung (§ 398 Satz 1 BGB) der Hauptforderung ausschließen, dass das Nebenrecht (analog) § 401 Abs. 1 BGB übergeht. In der Rechtsfolge wird der Zessionar Inhaber der Hauptforderung und der Zedent bleibt Inhaber des Nebenrechts.

Die Übertragung der Hauptforderung ohne das Nebenrecht ist nur ausnahmsweise unwirksam. Dann bleibt der Zedent Inhaber des Haupt- und des Nebenrechts. So verhält es sich im Falle des § 1153 Abs. 2 BGB und ebenso wie nach dieser Vorschrift können auch gemäß § 399 BGB Rechte aneinandergebunden sein.

Ausnahmsweise geht zwar das Hauptrecht über, aber das Nebenrecht erlischt. Diese Rechtsfolge ordnet § 1250 Abs. 2 BGB für das Pfandrecht an. Wegen des Identitätsgebots[256] aus § 765 Abs. 1 BGB ist § 1250 Abs. 2 BGB analog auf die Rechte aus der Bürgschaft anzuwenden, wenn sie nicht gemäß § 401 Abs. 1 Var. 4 BGB mit der abgetretenen Forderung übergehen;[257] sei es, weil der Zedent und der Zessionar den Übergang ausgeschlossen

255 Die Materialien laden zur analogen Anwendung ein, siehe oben § 3 C. I. 1. b).
256 Siehe zum Identitätsgebot BeckOGK ZivR/*Madaus*, 1.8.2024, BGB § 765 Rn. 31.1.
257 BeckOGK ZivR/*Madaus*, 1.8.2024, BGB § 765 Rn. 148.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

haben;[258] sei es, weil die Rechte infolge einer Vereinbarung zwischen Gläubiger und Bürge nach § 399 Alt. 2, § 412 BGB nicht übergehen konnten.[259]

Von den Rechtsfolgen des ausgeschlossenen Übergangs ist die Frage zu trennen, ob der Gläubiger das Nebenrecht isoliert übertragen kann. Eine Antwort darauf geben spezielle Vorschriften wie § 1250 Abs. 1 Satz 2 BGB, sonst § 399 BGB[260].

---

258 *RG*, Urt. v. 22.10.1914 – VI 179/14, RGZ 85, 363 (364); *BGH*, Urt. v. 19.9.1991 – IX ZR 296/90, BGHZ 115, 177 (181 f.); Urt. v. 3.4.2003 – IX ZR 287/99, NJW 2003, 2231 (2232 f.); *Dempewolf*, NJW 1958, 979; Soergel/*Gröschler*, BGB, Bd. 11/2, 13. Aufl. 2016, BGB § 765 Rn. 52; NK-BGB/*Beckmann*, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, BGB § 765 Rn. 42; Jauernig/*Stürner*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 401 Rn. 1; Erman/*Zetzsche*, BGB, Bd. 2, 17. Aufl. 2023, BGB § 765 Rn. 4; Hopt/*Leyens*, HGB, 43. Aufl. 2024, HGB § 349 Rn. 2; BeckOGK ZivR/*Madaus*, 1.8.2024, BGB § 765 Rn. 146 ff.; Oetker/*Pamp*, HGB, 8. Aufl. 2024, HGB § 349 Rn. 4. — Wie die herrschende Meinung, aber mit der Einschränkung, dass die Bürgschaft wieder auflebe, wenn der bisherige Gläubiger die Hauptforderung wiedererlange, Staudinger/*Stürner*, BGB, 2020, BGB § 765 Rn. 243 ff.; *Bülow*, Kreditsicherheiten, 10. Aufl. 2021, Rn. 1020. Mit Recht gegen ein Wiederaufleben BeckOGK ZivR/*Madaus*, 1.8.2024, BGB § 765 Rn. 150. — Zedent und Zessionar könnten über das Erlöschen disponieren, meint *Becker-Eberhard*, Forderungsgebundenheit, 1993, S. 506 f. und 511 f. — Analogie des § 1250 Abs. 2 BGB gänzlich ablehnend *Medicus*, JuS 1971, 497 (499 Fn. 14); *Bydlinski*, ZIP 1989, 953 (958); *ders.*, WM 1992, 1301 (1308 f.); *Larenz/Canaris*, Schuldrecht, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 60 III 2 b, S. 13; *Tiedtke*, ZIP 1995, 521 (526); *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, 5. Aufl. 2006, Rn. 178 ff.

259 *BGH*, Urt. v. 19.9.1991 – IX ZR 296/90, BGHZ 115, 177 (182 ff.); *Dempewolf*, NJW 1958, 979; *Becker-Eberhard*, Forderungsgebundenheit, 1993, S. 512 f.; *Lettl*, WM 2000, 1316 (1324); Soergel/*Gröschler*, BGB, Bd. 11/2, 13. Aufl. 2016, BGB § 765 Rn. 52; NK-BGB/*Beckmann*, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, BGB § 765 Rn. 42; Erman/*Zetzsche*, BGB, Bd. 2, 17. Aufl. 2023, BGB § 765 Rn. 4; BeckOGK ZivR/*Madaus*, 1.8.2024, BGB § 765 Rn. 147 f. — Wie die herrschende Meinung, aber mit der Einschränkung, dass die Bürgschaft wieder auflebe, wenn der bisherige Gläubiger die Hauptforderung wiedererlange, Staudinger/*Stürner*, BGB, 2020, BGB § 765 Rn. 243 ff.; eine Auslegung des Bürgschaftsversprechens, dass es bei Wiederherstellung der Gläubigeridentität durch Rückerwerb der Hauptforderung wiederauflebe, in Betracht ziehend, Ebenroth/Boujong/*Füller*, HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2024, Buchst. D Rn. 479; MüKoBGB/*Habersack*, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, BGB § 765 Rn. 55; Wiederaufleben ablehnend BeckOGK ZivR/*Madaus*, 1.8.2024, BGB § 765 Rn. 150. — Erlöschen gänzlich ablehnend *Bydlinski*, ZIP 1989, 953 (957 ff.); *ders.*, WM 1992, 1301 (1308 ff.); *Tiedtke*, ZIP 1995, 521 (526 f.); *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, 5. Aufl. 2006, Rn. 178 ff.

260 Das Bestimmungsrecht ist gemäß § 399 Alt. 1, § 413 BGB nachgiebig an den kreditsichernden Informationsanspruch gebunden (siehe dazu unten § 7 B. II). Ein kreditsichernder Informationsanspruch kann – unbeschadet seiner Höchstpersönlichkeit im weiteren Sinne (siehe zu dieser unten § 7 C. IV. 3. b)) – nur im Rahmen seiner Zweckbindung abgetreten werden (siehe dazu unten § 7 C. III. 2.).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bbb) Teleologische Frage: Wollen Darlehensgeber und Zessionar typischerweise den Übergang des Informationsanspruches?

§ 401 Abs. 1 BGB ist nachgiebig, sodass auch im Falle analoger Anwendung Darlehensgeber und Zessionar die Möglichkeit bleibt, bei der Abtretung der Darlehensforderungen den Übergang des Informationsanspruches auszuschließen. Somit entscheidet es über die Frage nach der Analogie, ob der Übergang des Informationsanspruches typischerweise im Interesse des Darlehensgebers und des Zessionars liegt. Genauer kann danach gefragt werden, ob das Interesse der Abtretungsparteien am Übergang des kreditsichernden Informationsanspruches ebenso regelmäßig vorliegt wie in den Fällen, in denen § 401 Abs. 1 BGB direkte oder anerkanntermaßen analoge Anwendung findet – die Interessenlage insofern vergleichbar ist. Um dies zu beantworten, wird untersucht, wie es sich auf den Bestand des Informationsanspruches auswirkt, wenn dieser von der gesicherten Forderung getrennt wird (dazu (1)) und wie es sich auf den Informationsanspruch auswirkt, wenn der Darlehensgeber nur einen Teil der gesicherten Forderung(en) abtritt (dazu (2)).

(1) Trennung von Informationsanspruch und Hauptforderung – kein Erlöschen analog § 1250 Abs. 2 BGB

Es spricht dafür, dass der Darlehensgeber und der Zessionar typischerweise den Übergang des Informationsanspruches wollen, sollte dieser analog § 1250 Abs. 2 BGB erlöschen, wenn er von der Hauptforderung getrennt wird. Damit fragt es sich, ob § 1250 Abs. 2 BGB analog anzuwenden ist:

Für eine analoge Anwendung des § 1250 Abs. 2 BGB kann der Schuldnerschutz sprechen: Hat der Darlehensgeber alle seine Hauptforderungen veräußert, sich wirtschaftlich vollständig von dem Kreditengagement gelöst, hat er kein Sicherungsinteresse mehr. Darin könnte ein Nachteil für den Schuldner gesehen werden, vor dem er analog § 1250 Abs. 2 BGB zu schützen ist. — Eine ähnliche Interessenlage ergibt sich aber auch dann, wenn der Darlehensgeber sein Kreditrisiko synthetisch überträgt. Und begründet ein fehlendes eigenes Sicherungsinteresse das Bedürfnis, den Schuldner zu schützen, kann dem auch durch ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 242 BGB Rechnung getragen werden. Mit Blick auf eine Rückabtretung ist dies gegenüber einem Erlöschen verhältnismäßiger. Bei der Sicherungsabtretung ist der Darlehensgeber unverändert daran interessiert, dass der Kre-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dit ordnungsgemäß bedient wird. In diesem Fall ist schon kein Nachteil für den Schuldner ersichtlich. — Ein kreditsichernder Informationsanspruch erlischt daher nicht analog § 1250 Abs. 2 BGB, wenn er von der Hauptforderung getrennt wird.[261]

Aus dieser Betrachtung vom Ende her folgt somit kein Argument für eine analoge Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB.

(2) Teilabtretung der Hauptforderung – Unteilbarkeit des Informationsanspruches

Die zuvor angesprochene Sicherungsabtretung zeigt schon: Darlehensgeber und Zessionar können daran interessiert sein, dass der Darlehensgeber Inhaber der Informationsansprüche bleibt. Gegen die Analogie könnte außerdem der Fall einer Teilabtretung sprechen. Insofern stellt sich die Frage, wozu die analoge Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB führt, wenn der Darlehensgeber nur einen Teil der gesicherten Hauptforderung(en) überträgt:

Bei einem postventiven Sicherungsrecht wie dem Pfandrecht kommt es in Betracht, es aufzuspalten, sodass ranggleiche Pfandrechte entstehen.[262] Dadurch wird die Haftung nicht erweitert und der Sicherungsgeber nicht benachteiligt. — Ein Informationsanspruch ist jedoch natürlich-wirtschaftlich[263] unteilbar.[264] Besonders deutlich zeigt sich dies bei einem Informationsanspruch, dessen Inhalt zu bestimmen der Gläubiger berechtigt ist: So erscheint es unvorstellbar, wie mehrere Gläubiger jeweils nur einen Teil der Informationen, die sie vernünftigerweise benötigen,[265] verlangen. Und

261 Dies gilt, wenn man § 401 Abs. 1 BGB analog anwendet. Wird eine Analogie abgelehnt, gilt dies erst recht, da sich die Analogie hinsichtlich des § 1250 Abs. 2 BGB dann nicht nur auf das Merkmal Pfandrecht, sondern auch auf das Merkmal Übergang bezöge.

262 Bei der Abtretung einer Teilforderung für eine Aufspaltung des Pfandrechts plädierend jurisPK-BGB/*Protz*, Bd. 3, 10. Aufl. 2023, BGB § 1250 Rn. 5; MüKoBGB/*F. Schäfer*, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, BGB § 1250 Rn. 3; Erman/*J. Schmidt*, BGB, Bd. 2, 17. Aufl. 2023, BGB § 1250 Rn. 3; PWW/*Gehrlein*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 1250 Rn. 2; BeckOK BGB/*Schärtl*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 1250 Rn. 5. — Dagegen meinend, ein gemeinschaftliches Pfandrecht entstehe, Staudinger/*Wiegand*, BGB, 2019, BGB § 1250 Rn. 5.

263 Siehe allgemein zur natürlich-wirtschaftlichen Teilbarkeit Staudinger/*Looschelders*, BGB, 2022, BGB § 420 Rn. 14.

264 Siehe zur Definition von Unteilbarkeit MüKoBGB/*Heinemeyer*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 431 Rn. 1; bei Ansprüchen auf Auskunft Unteilbarkeit bejahend MüKoBGB/*Heinemeyer*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 432 Rn. 3.

265 Siehe zu diesen ermessensabhängigen Informationsansprüchen oben § 2 C. I. 2. c).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

steht jedem, der einen Teil der Hauptforderung erwirbt, ein Informationsanspruch zu, ist dieser nicht geteilt, sondern gemehrt. Dieses Ergebnis wäre nicht zu vereinbaren mit dem Grundsatz, dass niemand mehr Recht übertragen kann, als er selbst innehat.[266]

Teilgläubigerschaft scheidet also aus. Aber auch die Gesamtgläubigerschaft gemäß § 428 BGB bietet keine Lösung. Sie benachteiligt den Schuldner[267] und bedürfte dessen Zustimmung.[268] Ohnehin wäre fraglich, ob es im Interesse des Darlehensgebers liegt, dass der Darlehensnehmer nach seinem Belieben nun auch an jeden Erst- oder Folgezessionar leisten können soll, § 428 Satz 1 BGB.[269]

Damit bleibt noch die Mitgläubigerschaft nach § 432 BGB. Bei einem Auskunftsanspruch, auf den der Zessionar angewiesen ist, um seine Teilforderung durchzusetzen, gebieten dessen Interessen, § 401 Abs. 1 BGB analog anzuwenden[270] und im Falle der Teilabtretung eine Mitgläubigerschaft zu begründen. Bei einem kreditsichernden Informationsanspruch besteht jedoch keine Not, den Darlehensgeber[271] in eine Mitgläubigerschaft mit seinen Zessionaren (und deren Zessionaren) zu drängen, die nur zu ver-

266 „Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet" (*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.

267 Siehe zu den Nachteilen der Gesamtgläubigerschaft für den Schuldner *BGH*, Urt. v. 5.3.1975 – VIII ZR 97/73, BGHZ 64, 67 (70 f.); MüKoBGB/*Heinemeyer*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 428 Rn. 7; Staudinger/*Looschelders*, BGB, 2022, BGB § 428 Rn. 12.

268 Siehe zur Zustimmungsbedürftigkeit *BGH*, Urt. v. 5.3.1975 – VIII ZR 97/73, BGHZ 64, 67 (70 f.); bestätigend Urt. v. 20.6.1996 – IX ZR 248/95, NJW 1996, 2859 (2860); Urt. v. 7.6.2005 – XI ZR 311/04, NJW 2005, 2779 (2781); MüKoBGB/*Heinemeyer*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 428 Rn. 7.

269 Siehe allgemein zu den Nachteilen der Gesamtgläubigerschaft für die Gesamtgläubiger Staudinger/*Looschelders*, BGB, 2022, BGB § 428 Rn. 13.

270 Auf diese Art von Hilfsauskunftsansprüchen findet § 401 Abs. 1 BGB unstreitig analoge Anwendung, siehe *BGH*, Beschl. v. 14.2.2003 – IXa ZB 53/03, NJW 2003, 1256 (1257); Beschl. v. 18.7.2003 – IXa ZB 148/03, ZIP 2003, 1771 f.; Beschl. v. 9.2.2012 – VII ZB 117/09, NJW-RR 2012, 434 (435); Beschl. v. 19.12.2012 – VII ZB 50/11, BGHZ 196, 62 (64 Rn. 8); Beschl. v. 19.9.2017 – VII ZB 64/14, NJW 2017, 3525 (3526 Rn. 14); *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, 2001, S. 32 mit Fn. 74; MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 401 Rn. 8 und 13; Jauernig/*Stürner*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 401 Rn. 3; (ohne Analogie) PWW/*H.-F. Müller*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 6. Siehe dazu schon oben § 3 C. I. 1. a).

271 Siehe demgegenüber zu den Nachteilen der Mitgläubigerschaft für den Schuldner MüKoBGB/*Heinemeyer*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 432 Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

meiden wäre, wenn die Parteien den Übergang analog § 401 Abs. 1 BGB ausschlössen.

Es bleibt festzuhalten: Bei einer Sicherungszession können Zedent und Zessionar daran interessiert sein, dass der Zedent Inhaber des Informationsanspruches bleibt. Ein Informationsanspruch ist unteilbar. Tritt der Zedent nur einen Teil der gesicherten Hauptforderung(en) ab, erscheint es überdies zweifelhaft, ob die analoge Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB dem Interesse des Zedenten und des Zessionars gerecht wird. Daher ist die Regelmäßigkeit des Interesses der Abtretungsparteien am Übergang des kreditsichernden Informationsanspruches geringer im Vergleich zu den Fällen, in denen § 401 Abs. 1 BGB direkte oder anerkanntermaßen analoge Anwendung findet; insofern ist die Interessenlage nicht vergleichbar.

d) Ergebnis

Ein kreditsichernder Informationsanspruch geht nicht analog § 401 Abs. 1 BGB über. Liegt dessen Übertragung eindeutig im Interesse der Parteien (so etwa bei der Abtretung aller Hauptforderungen zwecks Ausplatzierung), kann die Abtretung der Hauptforderung (ergänzend) als Abtretung auch des Informationsanspruches auszulegen sein.[272]

2. Übergang forderungsbezogener Gestaltungsrechte analog § 401 Abs. 1 BGB

Bei manch einem kreditsichernden Informationsanspruch ist der Darlehensgeber berechtigt, dessen Inhalt zu bestimmen.[273] Dann stellt sich die Frage, ob das Bestimmungsrecht (§§ 315 f. BGB)[274] nach § 398 Satz 1, § 413 BGB abgetreten werden muss oder ob es analog § 401 Abs. 1 BGB übergeht (dazu a)). Aufgeworfen wird die Frage analoger Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB auch betreffend das Recht zur Darlehenskündigung (dazu b)).

272 Vgl. zu diesem Aspekt oben § 3 C. I. 1. c) bb) aaa) (1).
273 Siehe zu solchen Ansprüchen in der Kreditpraxis oben § 2 C. I. 2. c).
274 Siehe zu dieser rechtlichen Einordnung oben § 2 C. I. 2. c).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Übergang des Bestimmungsrechts bei einem ermessensabhängigen Informationsanspruch

Gemeinhin wird die Frage, ob ein unselbständiges Gestaltungsrecht nach § 398, § 413[275] BGB übertragen werden muss oder analog § 401 Abs. 1 BGB übergeht, danach beantwortet, ob es sich auf einen Vertrag oder eine Forderung bezieht: So entspricht es hinsichtlich unselbständiger[276] vertragsbezogener Gestaltungsrechte wie dem Recht zur Vertragskündigung verbreiteter Ansicht, dass sie (allenfalls)[277] nach §§ 398, 413 BGB abtretbar sind.[278] — Davon abzugrenzen sind unselbständige forderungsbezogene

275 Ein Gestaltungsrecht ist ein anderes Recht i. S. d. § 413 BGB, *BGH*, Urt. v. 17.10.2019 – I ZR 34/18, GRUR 2020, 57 (62 Rn. 58); *Chr. Ott*, AcP 220 (2020), 928 (937 und 955).

276 Siehe zur begrifflichen Natur der Unterteilung unselbständiger und selbständiger sowie forderungs- und vertragsbezogener Gestaltungsrechte *Chr. Ott*, AcP 220 (2020), 928 (937).

277 Der *Bundesgerichtshof* hat 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.). — Diese Argumentation lässt sich noch weiterführen, wenn man auch einer Ermächtigung die Wirksamkeit versagte. Dann könnte sich der Zedent immer noch gegenüber dem Zessionar verpflichten, das Kündigungsrecht auf dessen Geheiß auszuüben, und den Zessionar zur Erklärung der Kündigung gemäß § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB bevollmächtigen. — Die selbständige Abtretbarkeit bejahend und zum Streitstand MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 413 Rn. 12 m. w. N. — Nach *BGH*, Urt. v. 17.10.2019 – I ZR 34/18, GRUR 2020, 57 (62 Rn. 60) sei das Recht zur Kündigung eines Lizenzvertrages jedenfalls unter den im Streitfall erfüllten weiteren Voraussetzungen isoliert abtretbar. — Siehe noch betreffend das Recht zur Darlehenskündigung unten § 7 C. II. 2.

278 *BGH*, Urt. v. 1.6.1973 – V ZR 134/72, NJW 1973, 1793 (1794) bejaht „die Wirksamkeit einer – mit der Abtretung der Forderung verbundenen – Abtretung des Rücktrittsrechts". — Allgemeiner bejahend *OLG Schleswig*, Urt. v. 26.2.2009 – 5 U 71/08, ZIP 2009, 1802 (1803); Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.102; Kümpel/*R. Müller/Schmidtbleicher*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 15.155; Jauernig/*Stürner*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 401 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gestaltungsrechte wie die Fälligkeitskündigung oder das Wahlrecht i. S. d. § 262 BGB; sie gehen analog[279] § 401 Abs. 1 BGB über.[280]

Das Bestimmungsrecht ist ein Gestaltungsrecht[281] und hängt von seinem Bezugsgegenstand ab – es ist unselbständig[282]. Nach der zuvor dargestellten Abgrenzung ist es daher folgerichtig, dass die herrschende Lehre auf das forderungsbezogene Bestimmungsrecht § 401 Abs. 1 BGB analog anwendet.[283]

Der *Bundesgerichtshof* könnte der analogen Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB ablehnend gegenüberstehen. So kann er in einem Urteil aus dem

279 *Chr. Ott*, AcP 220 (2020), 928 (941) meint, einer Analogie bedürfe es nicht, § 401 Abs. 1 BGB finde gemäß § 413 BGB entsprechende Anwendung. — Das kann auch anders gesehen werden: Für entsprechend anwendbar erklärt § 413 BGB die „Vorschriften über die Übertragung von Forderungen" (die Formulierung entspricht abgesehen vom Numerus der 5. Abschnittsüberschrift des 2. Buches) auf die „Übertragung anderer Rechte". Das heißt, gemäß § 413 BGB wird ein anderes Recht entsprechend § 398 BGB übertragen; besteht für dieses andere Recht eines der in § 401 Abs. 1 BGB genannten Nebenrechte, dann geht das Nebenrecht gemäß § 413 BGB entsprechend § 401 Abs. 1 BGB mit der Übertragung des anderen Rechts über.

280 *BGH*, Urt. v. 1.6.1973 – V ZR 134/72, NJW 1973, 1793 (1794); Urt. v. 11.7.1985 – VII ZR 52/83, BGHZ 95, 250 (253); Urt. v. 26.2.1987 – IX ZR 136/86, NJW 1987, 2075. In den zitierten Entscheidungen ist zwar die Rede von Hilfsrechten, die der Ausübung der Forderung dienen, jedoch dürfte das im Grundsatz gleichbedeutend sein mit unselbständigen forderungsbezogenen Gestaltungsrechten. — Siehe aus der Literatur *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, 2001, S. 32 f. Fn. 74; *Schürnbrand*, AcP 204 (2004), 177 (181). — Anderer Ansicht das Wahlrecht nach § 262 BGB betreffend *Steinbeck*, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, 1994, S. 100.

281 Siehe zur Qualifikation der Leistungsbestimmungs- als Gestaltungsrechte im Allgemeinen *BGH*, Urt. v. 30.5.2003 – V ZR 216/02, NJW-RR 2003, 1355 (1356); MüKo-BGB/*Würdinger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 315 Rn. 44; Jauernig/*Stadler*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 315 Rn. 2; Schulze/*Fries*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 315 Rn. 1.

282 Ein Recht ist unselbständig, wenn es sich auf ein anderes Recht bezieht; vgl. die Definition von Selb- und Unselbständigkeit von *Schürnbrand*, AcP 204 (2004), 177 (180 f.).

283 *Schürnbrand*, AcP 204 (2004), 177 (181); *Chr. Ott*, AcP 220 (2020), 928 (932 f. mit Fn. 20 i. V. m. 942); Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 401 Rn. 35 und § 413 Rn. 13; MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 398 Rn. 97, § 399 Rn. 20, § 401 Rn. 10 und § 413 Rn. 12; Jauernig/*Stürner*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 401 Rn. 6; BeckOK BGB/*Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 413 Rn. 4. — Zurückhaltend MüKoBGB/*Würdinger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 315 Rn. 50: Der Gläubiger könne sein Bestimmungsrecht „allenfalls" mit der Forderung übertragen. — Ablehnend wohl auch *Steinbeck*, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, 1994, S. 100 f., da eine Trennung von Forderungs- und Gestaltungsrechtsinhaber möglich sei. — Ausdrücklich anderer Ansicht Staudinger/*Rieble*, BGB, 2020, BGB § 315 Rn. 115.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Jahre 2008 verstanden werden: Zu entscheiden hatte er über die Abtretung anwaltlicher Honorarforderungen (bezüglich dieser berechtigt § 14 Abs. 1 Satz 1 RVG den Anwalt, die Rahmengebühr zu bestimmen). Dem Übergang des Bestimmungsrechts hatte der Schuldner nicht ausdrücklich zugestimmt. Der *Bundesgerichtshof* hat die Übertragung der Honorarforderungen bejaht, nicht aber den Übergang des Bestimmungsrechts.[284]

Dies kann als Ablehnung analoger Anwendung gedeutet werden; ausdrücklich hat er dazu jedoch nichts gesagt. — Richtigerweise hat er auch nicht über die Analogie entscheiden müssen. Denn auch wenn § 401 Abs. 1 BGB auf das forderungsbezogene Bestimmungsrecht analoge Anwendung findet, kann der Übergang gemäß § 399 Alt. 1 i. V. m. §§ 412[285], 413 BGB ausgeschlossen sein. Daher reduziert die Analogie nicht das Schuldnerschutzniveau[286] und folglich braucht man sie nicht abzulehnen, um das „‚Opfer' der Leistungsbestimmung"[287] zu schützen.

Somit benachteiligt eine Analogie den Schuldner nicht, bietet aber bei einem übergangsfähigen Bestimmungsrecht den Vorteil, dass den Parteien der Abtretung der Abschluss eines typischerweise gewollten Rechtsgeschäftes erspart bleibt.[288] Dies spricht dafür, § 401 Abs. 1 BGB auf das forderungsbezogene Bestimmungsrecht analog anzuwenden.

Das Ergebnis lautet daher: Mit der Abtretung eines ermessensabhängigen Informationsanspruches geht das dazugehörige Bestimmungsrecht ana-

284 *BGH*, Urt. v. 4.12.2008 – IX ZR 219/07, NJW-RR 2009, 490 (491 Rn. 11) mit zust. Anm. v. *G. Wolf*, DStR 2009, 1283 f.; zustimmend auch Mayer/Kroiß/*Winkler*, HK-RVG, 8. Aufl. 2021, RVG § 14 Rn. 6; Jauernig/*Stürner*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 401 Rn. 6; Grüneberg/*ders.*, BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 398 Rn. 20.

285 Dessen Rechtsgedanken kann heranziehen, wer daran zweifelt, ob der Ausschluss nach § 399, § 413 BGB auch im Falle des Übergangs und nicht nur im Falle der Übertragung gilt. — *BGH*, Urt. v. 19.9.1991 – IX ZR 296/90, BGHZ 115, 177 (181) zitiert §§ 412, 399 BGB im Falle des zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger vereinbarten Ausschlusses des Übergangs der Rechte aus der Bürgschaft. — Der Gesetzgeber selbst trennt sprachlich nicht konsequent zwischen gesetzlichem Übergang und rechtsgeschäftlicher Übertragung. So ist in der Überschrift des § 412 BGB – kohärent zum Normtext und zur Überschrift des § 401 Abs. 1 BGB – von „Übergang" die Rede. Demgegenüber heißt es im Normtext des § 412 BGB: „Übertragung […] kraft Gesetzes".

286 Siehe zum Schutz des Schuldners vor einer Beeinträchtigung seiner Interessen durch den Übergang des Bestimmungsrechts unten § 6 D. I. 2. c).

287 Staudinger/*Rieble*, BGB, 2020, BGB § 315 Rn. 115; er begründet damit die Ablehnung der Analogie.

288 Siehe allgemein zu diesem Vorteil betreffend die analoge Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB *Schürnbrand*, AcP 204 (2004), 177 (186 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

log § 401 Abs. 1 BGB über; es sei denn, der Übergang ist gemäß §§ 399, 412 f. BGB ausgeschlossen.[289]

b) Kein Übergang des Rechts zur Darlehenskündigung

Eine Ansicht meint, § 401 Abs. 1 BGB sei analog auf das Recht zur Kündigung nach § 488 Abs. 3 Satz 1 BGB anzuwenden, weil es sich um eine Fälligkeitskündigung handele.[290] — Dies vermag nicht zu überzeugen:

Von einer Fälligkeitskündigung kann gesprochen werden, wenn die Kündigung ausschließlich zur Fälligkeit führt.[291] Nach dieser Definition handelt es sich bei der Kündigung nach § 488 Abs. 3 Satz 1 BGB um keine Fälligkeitskündigung. Denn sie bezieht sich wie die außerordentliche Kündigung auf „den Darlehensvertrag" (§ 490 Abs. 1 BGB) und führt den Vertrag in ein Abwicklungsschuldverhältnis. Die Kündigung bewirkt damit nicht nur die Fälligkeit, sondern beendet zugleich das Vertragsverhältnis.[292] Damit ist die Kündigung nicht nur forderungs-, sondern jedenfalls auch vertragsbezogen.

289 Das Bestimmungsrecht bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches ist als ein im weiteren Sinne höchstpersönliches Recht gemäß § 399 Alt. 1, §§ 412 f. BGB nachgiebig personengebunden (siehe dazu unten § 7 C. IV. 3. c)). Relevant wird die Frage nach der analogen Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB, wenn dessen Personengebundenheit aufgehoben ist, z. B. in einer Weitergabeklausel.

290 *BGH*, Urt. v. 22.3.2006 – IV ZR 6/04, NJW-RR 2006, 1091 (1094); MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 146. — Ohne Bezug zu § 401 BGB sprechen von einer Fälligkeitskündigung außerdem Staudinger/*Bittner*/*Kolbe*, BGB, 2019, BGB § 271 Rn. 15; MüKoBGB/*Krüger*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 271 Rn. 30; BeckOK BGB/*Lorenz*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 271 Rn. 20.

291 Anders *Esser*/*Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I/1, 8. Aufl. 1995, § 15 II 3, S. 255: Die Fälligkeitskündigung bezwecke (zwar) lediglich, die Fälligkeit herbeizuführen, doch sei es unschädlich, dass mit der Erfüllung das Schuldverhältnis als Ganzes erlösche. — Unklar MüKoBGB/*Krüger*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 271 Rn. 30, da er einerseits vergleichend auf *Esser*/*Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I/1, 8. Aufl. 1995, § 15 II 3, S. 255 verweist, aber andererseits und an sich überzeugend formuliert: „Dabei kann sich die rechtsgestaltende Wirkung der Kündigung auf die Herbeiführung der Fälligkeit beschränken (Fälligkeitskündigung) oder in der Beendigung des Schuldverhältnisses bestehen (Beendigungskündigung)".

292 *BGH*, Urt. v. 9.7.2002 – XI ZR 323/01, NJW 2002, 2866 (2867); *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447 (488 f.); Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 260, 292 und 306; Grundmann/*M. Renner*, Bankvertragsrecht, Bd. 1, 2020, Teil 4 Rn. 223 und 229; MüKoBGB/*Heinemeyer*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 425 Rn. 4; MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 221; BeckOGK ZivR/*Binder*, 1.8.2024, BGB § 488 Rn. 85 und 320.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das spricht gegen die analoge Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB[293] und für das Erfordernis selbständiger Abtretung gemäß § 398 Satz 1, § 413 BGB.[294]

II. Ausplatzierung durch Vertragsübernahme

Hat die Bank ihre Vertragsposition[295] verkauft, § 453 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, § 433 BGB,[296] kommen als Übertragungswege zur Erfüllung die Novation und die Vertragsübernahme in Betracht.[297]

Während durch die Novation[298] das Schuldverhältnis im weiteren Sinne[299] in Gänze neu geschaffen wird,[300] bleibt bei der Vertragsübernahme die Identität des Vertragsverhältnisses gewahrt. Der neue Vertragspartner

293 Die analoge Anwendbarkeit des § 401 Abs. 1 BGB ablehnend Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 260, 292 und 306; Staudinger/*Mülbert*, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 229; Grundmann/*M. Renner*, Bankvertragsrecht, Bd. 1, 2020, Teil 4 Rn. 229; BeckOGK ZivR/*Binder*, 1.8.2024, BGB § 488 Rn. 85.

294 Siehe zur Frage nach der Personengebundenheit des Kündigungsrechts gemäß § 399 Alt. 1 BGB unten § 7 C. II. 2 und § 7 C. IV. 3. d).

295 Von Vertragsübernahme zu sprechen ist weniger genau; übertragen wird die Rechtsstellung eines Vertragsteiles (Staudinger/*Beckmann*, BGB, 2013, BGB § 453 Rn. 4), und zwar dessen „Vertragsposition" (*Maurer*, BWNotZ 2005, 114).

296 Mit Recht Verträge als sonstige Gegenstände einordnend Erman/*Grunewald*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 453 Rn. 27. Denn die Vertragsposition umfasst nicht nur Rechte. — Anscheinend für Rechtskauf: *Maurer*, BWNotZ 2005, 114 (115 f.); (Forderungskauf) Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert*/*Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.108; Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1323. Staudinger/*Beckmann*, BGB, 2013, BGB § 453 zieht im Falle der Vertragsübernahme § 453 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB heran (Rn. 3 f.), qualifiziert aber „Forderungsbündel" als sonstigen Gegenstand i. S. d. § 453 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB (Rn. 36).

297 *Förl*, RNotZ 2007, 433 f.; *Hanke*/*Socher*, NJW 2010, 1435 (1436); Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 177. — *Andersson-Lindström*, WM 2015, 1553 (1554) meint, dreiseitige Vertragsübernahme und Novation seien Synonyme.

298 Andere Begriffe für die Novation sind Schuldersetzung oder -umschaffung, siehe MüKoBGB/*Emmerich*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 311 Rn. 16; K. Weber/*A. Schmidt*, Rechtswörterbuch, 32. Ed. 2024, Vertrag.

299 Siehe zum Begriff des Schuldverhältnisses im weiteren Sinne *Oetker*/*Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, Rn. 15; MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 4; *Fikentscher*/*Heinemann*, Schuldrecht, 12. Aufl. 2022, Rn. 26. — Zu Unrecht kritisch zu diesem Begriff *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, 2010, Rn. 16.

300 Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 177. — Vgl. auch Buch 1 Abt. 4 Art. 322 HessE, wo Schuldumwandlung (Novation) als Tilgung einer Verbindlichkeit durch Eingehung einer neuen Verbindlichkeit an deren Stelle definiert ist, *Großherzogthum Hessen*, Entw.-BGB, 4. Abt. 1. Buch I. Entw., 1853, S. 83.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tritt vollständig in die Rechtsstellung der ausscheidenden Partei ein;[301] abgesehen vom Parteiwechsel erfährt der Vertrag keine Änderung.[302] Anders als bei einer Novation bleiben daher Einwendungen und akzessorische[303] Sicherheiten erhalten.[304] Haben die Parteien des Kreditvertrages deutsches Recht[305] gewählt, gestalten sie die Übertragung der Vertragsposition des Darlehensgebers deshalb in der Regel als Vertragsübernahme aus.[306]

Nach dem Blick auf die rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme (dazu 1.) wird die vertragliche Ausgestaltung der Einwilligung des Darlehensnehmers in diese beleuchtet (dazu 2.).

---

301 *BGH*, Urt. v. 20.6.1985 – IX ZR 173/84, BGHZ 95, 88 (94 f.); *Fikentscher*/*Heinemann*, Schuldrecht, 12. Aufl. 2022, Rn. 759; Reithmann/Martiny/*ders.*, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, Rn. 3.320.

302 *Wagemann*, AcP 205 (2005), 547 (548); MüKoBGB/*Heinemeyer*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB vor § 414 Rn. 7; *Brox*/*Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 35 Rn. 6.

303 Fiduziarische Sicherheiten müssen jedoch auch bei der Vertragsübernahme gesondert übertragen werden, *Klimke*, Vertragsübernahme, 2010, S. 306; Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 572; Ekkenga/*Koller*/*Wöckener*, Hdb. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 75.

304 Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 264; *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 572; MüKoBGB/*Emmerich*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 311 Rn. 16; BeckOK BGB/*Gehrlein*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 311 Rn. 38a. — Mit ausführlichen rechtshistorischen Überlegungen begründend, dass (entgegen der allgemeinen Ansicht) eine akzessorische Sicherheit auch bei einer Novation bestehen bleiben könne, *Wacke*, DNotZ 2000, 615 ff. — Siehe zu praktischen Lösungen wie Parallel-Debt *Förl*, RNotZ 2007, 433 (450 ff.); *Schnauder*, NJOZ 2010, 1663; Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 177.

305 Bei Anwendung englischen oder US-amerikanischen Rechts muss auf die Novation zurückgegriffen werden, *Förl*, RNotZ 2007, 433 (434); *LMA*, Guide to Syndicated Loans & Leveraged Finance Transactions, 2013, S. 13; Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 177; *Längsfeld*/*Lürken*, WM 2019, 999 (1001); L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 199; *Ward*/*Darley*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 54 (65); Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 101.

306 *Mittendorfer*, Akquisitionsfinanzierung, 2007, S. 205 ff.; *Ballo*, AGB-Kontrolle, 2010, S. 416; *Fiedler*, CFL 2011, 421 (422); Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 177 und 264; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 101; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.160; MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 15; Hopt/*ders.*, HGB, 43. Aufl. 2024, (7) Bankgeschäfte Y 2. — Die Vertragsübernahme anstelle der Novation schlägt das deutschrechtliche LMA-Muster vor, L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 199; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 101 Fn. 574. — Siehe als praktisches Beispiel für einen deutschrechtlichen Konsortialkreditvertrag nach LMA-Standard: *Spark Networks SE* et al., FA, 2018, Klausel 28.1 Buchst. b, S. 98 bezüglich der Vertragsübernahme und Klausel 45, S. 130 bezüglich der Wahl deutschen Rechts.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Die rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme

Im Abschnitt über die einzelnen Schuldverhältnisse finden sich Regelungen der rechtsgeschäftlichen[307] und der gesetzlichen[308] Vertragsübernahme. Auch jenseits dieser normierten Fälle ist die rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme anerkannt.[309] Diese ist zwar ein einheitliches Rechtsgeschäft und damit mehr als die Verbindung von Abtretung (§§ 398 ff. BGB) und Schuldübernahme (§§ 414 ff. BGB);[310] doch finden diese Vorschriften grundsätzlich entsprechende Anwendung.[311]

---

307 Siehe zur Vorschrift des § 651e Abs. 1 Satz 1 BGB, welche die herrschende Meinung als Vertragsübernahme einordnet, *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht BT, 18. Aufl. 2018, § 40 Rn. 18; (gesetzliche Ersetzungsbefugnis) *Looschelders*, Schuldrecht BT, 19. Aufl. 2024, § 36 Rn. 25. — Anders noch MüKoBGB/*Tonner*, Bd. 5/2, 7. Aufl. 2017, BGB § 651b Rn. 5 (Vertrag zugunsten Dritter), der mittlerweile der herrschenden Meinung folgt (vgl. MüKoBGB/*Tonner*, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, BGB § 651e Rn. 8).

308 Siehe § 613a Abs. 1 BGB und dazu *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, 2010, Rn. 423 f.; *Petersen*, Der Dritte im Zivilrecht, 2018, § 19 Rn. 10; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 53 Rn. 19. — § 566 Abs. 1 BGB als gesetzliche Vertragsübernahme einordnend *Streyl*, NZM 2010, 343 (347); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht BT, 18. Aufl. 2018, § 24 Rn. 17; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 12. Aufl. 2022, Rn. 759; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 53 Rn. 19. Anderer Ansicht (beschränkte Vertragsüberleitung) *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, 2010, Rn. 424; (Novation) *Petersen*, Der Dritte im Zivilrecht, 2018, § 32 Rn. 14.

309 *BGH*, Urt. v. 20.6.1985 – IX ZR 173/84, BGHZ 95, 88 (94 f.); Urt. v. 10.5.1995 – VIII ZR 264/94, BGHZ 129, 371 (375); Nörr/Scheyhing/Pöggeler/*Nörr*, Sukzessionen, 2. Aufl. 1999, § 17 I, S. 183; *Klimke*, Vertragsübernahme, 2010, S. 4.

310 Die Einheitstheorie ist heute allgemein anerkannt; siehe *BGH*, Urt. v. 27.11.1985 – VIII ZR 316/84, BGHZ 96, 302 (307 f.); *Larenz*, Schuldrecht, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, § 35 III, S. 618; *Maurer*, BWNotZ 2005, 114 (116); *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 55; *Funken*, Übertragung von Darlehensforderungen durch Kreditinstitute, 2011, S. 43 f.; *Bergjan*, ZIP 2012, 1997; *Heinig*, NJW 2012, 1722; *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 65 f.; *Wulfken*, Grundlagen des NPL-Geschäftes, 2013, 113 (119); L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 199; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 12. Aufl. 2022, Rn. 759. — Auch kollisionsrechtlich findet grundsätzlich keine Aufspaltung in Zession und Schuldübernahme statt, Reithmann/Martiny/*ders.*, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, Rn. 3.320. — Die Zerlegungstheorie seinerzeit vertretend *RG*, Urt. v. 25.11.1927 – (VII) VI 322/27, RGZ 119, 114 (118); *BGH*, Urt. v. 21.4.1959 – VIII ZR 148/58, NJW 1959, 1536 (1538); Urt. v. 10.11.1960 – VIII ZR 167/59, NJW 1961, 453 (454); *Enneccerus/Lehmann*, Schuldrecht, 13. Bearb. 1950, § 87 III 2, S. 336.

311 *Klimke*, Vertragsübernahme, 2010, S. 33; *Funken*, Übertragung von Darlehensforderungen durch Kreditinstitute, 2011, S. 44; *Bergjan*, ZIP 2012, 1997 (1998); *Fikent-*

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eine Möglichkeit, die Vertragsposition zu übertragen, besteht darin, dass der ausscheidende, der eintretende und der im Vertrag verbleibende Teil einen (dreiseitigen) Übertragungsvertrag schließen. Alternativ dazu kann der ausscheidende Teil auch nur mit dem Eintretenden einen Übertragungsvertrag schließen. Entsprechend § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB geht die Vertragsposition dann über, wenn der im Vertrag verbleibende Teil den Übertragungsvertrag genehmigt (§ 184 Abs. 1 BGB).[312] Entgegen dem Wortlaut des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der verbleibende Teil auch einwilligen (§ 183 Satz 1 BGB).[313]

2. Einwilligung des Darlehensnehmers in die Vertragsübernahme

Bei einem syndizierten Konsortialkredit kann es schon am Beginn der Kreditbeziehung zu einer Übertragung der Vertragsposition des Darlehensgebers kommen, und zwar, wenn der Konsortialkreditvertrag vor dessen anfänglicher Syndizierung geschlossen wurde.[314] Bereits in dem Mandatsbrief erteilt der Darlehensnehmer seine Einwilligung in die Übertragung der Vertragsposition des Darlehensgebers zum Zwecke der anfänglichen Syndizierung.[315]

---

scher/Heinemann, Schuldrecht, 12. Aufl. 2022, Rn. 759; Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1330.

312 *Finanzausschuss*, Bericht zum RegE Risikobegrenzungsgesetz u. diesbezüglichen Anträgen, BT-Drs. 16/9821 S. 25; *BGH*, Urt. v. 27.11.1985 – VIII ZR 316/84, BGHZ 96, 302 (308); Urt. v. 15.9.2020 – II ZR 20/19, NJW 2021, 394 Rn. 11; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 12. Aufl. 2022, Rn. 759; Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1330; *Weiler*, Schuldrecht AT, 7. Aufl. 2024, § 39 Rn. 2.

313 *BGH*, Urt. v. 18.10.1995 – VIII ZR 149/94, DtZ 1996, 56 (57); zur Schuldübernahme bereits *RG*, Urt. v. 3.5.1905 – V 520/04, RGZ 60, 415 (416); *Klimke*, Vertragsübernahme, 2010, S. 227 f.; Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 571; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.107; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.160. — Betreffend § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB ist hingegen nur die Einwilligung zulässig, *Klimke*, Vertragsübernahme, 2010, S. 304 f.

314 Siehe dazu oben § 3 B. I. 3 a. E.

315 L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 198 Fn. 972. — 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Davon zu trennen ist die Einwilligung in Folgeübertragungen.[316] Diese Einwilligung erklärt der Darlehensnehmer in einer gesonderten Eintrittsklausel. Solche Eintrittsklauseln[317] finden sich nicht bloß in den Vertragsbedingungen von Syndicated-Loans, sondern auch in Club-Loans,[318] Schuldscheinen[319] und anderen Darlehen.[320] Sie lauten etwa: „Eine Konsortialbank kann jederzeit […] ihre Rechte und Pflichten aus den Finanzdokumenten im Wege der Vertragsübernahme übertragen".[321]

Angesichts der Trennung der in dem Mandatsbrief erklärten Einwilligung des Darlehensnehmers in die Vertragsübernahme einerseits und jener in einer Eintrittsklausel andererseits kann nicht gesagt werden, von Eintrittsklauseln hänge das Geschäftsmodell syndizierter Kredite ab.[322]

316 Siehe L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 198 Fn. 972.

317 Der Begriff Eintrittsklausel stammt aus dem AGB-rechtlichen Bereich. So ist in § 309 Nr. 10 BGB davon die Rede, dass ein Dritter in die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten „eintritt oder eintreten kann". Ein Synonym für Eintrittsklausel ist „Vertragsübernahmeklausel" (Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/*Kuß*/*Leutner*, HdB. Geschäftsraummiete, 5. Aufl. 2023, § 2 Rn. 362). Siehe zur Wirksamkeit formularvertraglicher Weitergabeklauseln unten § 8 B; siehe speziell zur Angemessenheitskontrolle dinglicher Weitergabeklauseln nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unten § 8 B. III. 3.

318 Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 104. — Siehe zu Club-Loans oben § 3 B. I. 3.

319 Siehe zu Syndizierungsklauseln in Schuldscheindarlehensverträgen Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 571; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert*/*Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.107.

320 *Schalast*/*Daynes*, HfB – WPS No. 66, 2005, S. 44; *Kilgus*, BKR 2009, 181 (187); *Andersson-Lindström*, WM 2015, 1553 (1554 Fn. 28); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 219 f. — Betreffend Immobilienfinanzierungen in Deutschland abweichend *Bomhard*/*Kessler*/*Dettmeier*, BB 2004, 2085 (2088).

321 *Kilgus*, BKR 2009, 181 (187 mit Fn. 66) mit Bezug auf das deutschrechtliche LMA-Muster; siehe auch L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 195 ff. — Vgl. aus der Praxis betreffend einen deutschrechtlichen Kreditvertrag nach LMA-Standard, *Spark Networks SE* et al., FA, 2018: „A Lender […] may assign and transfer by assumption of contract (*Vertragsübernahme*) any of its rights and obligations" (Klausel 28.1 Buchst. b, S. 98. Hervorhebung im Original. Siehe bezüglich der Wahl deutschen Rechts, Klausel 45, S. 130). — Bei englischer Rechtswahl lauten die Klauseln im Grunde gleich. Nur heißt es „transfer by novation" (*Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 27.1 Buchst. b, S. 104 und zur Wahl englischen Rechts Klausel 42, S. 142). Siehe zur Novation oben § 3 C. II.

322 Siehe zu dieser Einschätzung L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 198 Fn. 972; siehe dazu noch unten § 8 B. III. 3. a) dd) bbb).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Ausplatzierung durch umwandlungsrechtliche Gestaltung

Das Umwandlungsrecht eröffnet dem Darlehensgeber zwar eine weitere Möglichkeit, wie er den Kredit übertragen kann (dazu 1.).[323] Die Nutzung dieses Übertragungsweges schließt die Pflichtwidrigkeit der Kreditübertragung indes nicht aus (dazu 2.).

1. Ausgründung, § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG

Kommt eine umwandlungsrechtliche Transaktionsstruktur zum Einsatz, geschieht dies wohl meist in Form der Ausgliederung zur Neugründung gemäß § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG (Ausgründung)[324]. Im ersten Schritt überträgt die darlehensgebende Gesellschaft (übertragende Rechtsträgerin) ihre Vertragsposition als Darlehensgeberin oder ihre Rechte daraus als Teil ihres Vermögens auf einen durch die Übertragung gegründeten Rechtsträger. Die übertragende Rechtsträgerin erhält die Anteile an dem neu gegründeten Rechtsträger und überträgt diese im zweiten Schritt auf den Kreditkäufer.[325] Diese Strukturierung ist gemeint, wenn im Folgenden davon die Rede ist, dass der Darlehensgeber seine Rechte/Vertragsposition *ausgründet*.

323 Das Hauptanwendungsfeld dieser Transaktionsform sei die Ausplatzierung eines Kreditportfolios und die eines einzelnen Unternehmenskredits, *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271 (272); *Bredow/Liebscher*, BB 2013, 3081 (3082); *Bredow/Liebscher/Staps*, NZI 2017, 89 (90); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 224. — Vgl. demgegenüber *Schilmar/Breiteneicher/Wiedenhofer*, DB 2005, 1367 (1369).

324 Lutter/*Lieder*, UmwG, Bd. 1, 7. Aufl. 2024, UmwG § 123 Rn. 56.

325 *Schilmar/Breiteneicher/Wiedenhofer*, DB 2005, 1367 (1369); *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271 (272); *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (98); *Reuter/Buschmann*, ZIP 2008, 1003 (1004); *Früh*, FS Hopt, 2010, 1823 (1827); *Heer*, Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken, 2011, S. 63; *Bergjan*, ZIP 2012, 1997 (2002); *Wulfken*, Grundlagen des NPL-Geschäftes, 2013, 113 (121 ff.); *Bredow/Liebscher/Staps*, NZI 2017, 89 (90 mit Fn. 8); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 224 f.; Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1357 f. — Durch Ausgründung waren die Kredite ausplatziert worden in den vom *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 17.6.2010 – 16 U 229/08, BeckRS 2011, 15354 und vom *LG Nürnberg-Fürth*, Urt. v. 25.2.2008 – 10 O 11030/06, WM 2008, 2015 entschiedenen Fällen.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Auf die dingliche Seite begrenzter Vorteil umwandlungsrechtlicher Ausplatzierung

Der Vorteil der Ausgründung gegenüber Abtretung und Vertragsübernahme besteht darin, dass sich Übertragungshindernisse ohne die Mitwirkung des Darlehensnehmers überwinden lassen:

Ausgründen kann ein Darlehensgeber auch Forderungen (und andere Rechte), die gemäß § 399 Alt. 1 (i. V. m. § 413) BGB nachgiebig gebunden sind,[326] oder deren Abtretung er durch eine Vereinbarung mit dem Darlehensnehmer gemäß § 399 Alt. 2 (i. V. m. § 413) BGB ausgeschlossen hat.[327]

Ebenso kann ein Darlehensgeber seine Vertragsposition übertragen – auch ohne die Zustimmung des Darlehensnehmers analog § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB.[328] Dies wirft die Frage auf, ob ein Darlehensgeber gegen § 242 BGB verstößt, wenn er sich der partiellen Gesamtrechtsnachfolge bedient, um bürgerlich-rechtliche Mitwirkungserfordernisse seines Vertragspartners zu umgehen.[329] Für einen Verstoß mag sprechen, dass § 132 UmwG a. F. ge-

326 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/*Leuering*, 2. Aufl. 2024, UmwG § 131 Rn. 27. Die vorgenannten Autoren sprechen von Forderungen nach § 399 Alt. 1 BGB, deren Inhalt sich durch den Übergang zwar ändere, die aber dennoch nicht höchstpersönlich seien. Damit dürften insbesondere jene Rechte gemeint sein, die auch als im weiteren Sinne höchstpersönlich bezeichnet werden (siehe zu diesen unten § 7 C. IV). Trotz der unterschiedlichen Formulierungen dürften in der Sache kaum Differenzen bestehen. Unterschiedliche Formulierungen dürften vielmehr dem Umstand geschuldet sein, dass die Gruppen des § 399 Alt. 1 BGB in Rechtsprechung und Literatur (und innerhalb letzterer) uneinheitlich gebildet und bezeichnet werden; hinzu kommt, dass die Gruppen des § 399 Alt. 1 BGB sich überlagern können und mitunter schwer abzugrenzen sind (siehe dazu auch unten § 7 C. I).

327 *Früh*, FS Hopt, 2010, 1823 (1836); *Heer*, Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken, 2011, S. 64; *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 734 ff.; *Drießnack*, Vertragsübergang, 2020, S. 157 ff.; Semler/Stengel/Leonard/*Schröer/Greitemann*, UmwG, 5. Aufl. 2021, UmwG § 131 Rn. 31; Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1362 f.; Schmitt/Hörtnagl/*ders.*, UmwG, 10. Aufl. 2024, UmwG § 131 Rn. 31. Vgl. betreffend die Verschmelzung *BGH*, Urt. v. 22.9.2016 – VII ZR 298/14, BGHZ 212, 90 (97 ff. Rn. 25 ff.).

328 Siehe dazu (vor Aufhebung von § 132 UmwG a. F. gemäß Art. 1 Nr. 21 UmwG-ÄndG-II) *Werhahn*, Der Kreditvertrag in der Umwandlung, 2007, S. 119; *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (423 ff.); *Schreier/Leicht*, NZG 2011, 121 (123); KöKo UmwG/*Leuering*, 2. Aufl. 2024, UmwG § 131 Rn. 30.

329 Vgl. zum Umgehungsschutz als Aspekt teleologischer Auslegung *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, 2001, S. 66 ff.; *Wank*, Methodenlehre, 2020, § 11 Rn. 107 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rade solche Umgehungen verhindern sollte.[330] Auf der anderen Seite brachte der Gesetzgeber des Risikobegrenzungsgesetzes in seinen Begründungen zu § 492 Abs. 1a Satz 3 BGB und § 799a ZPO zum Ausdruck, dass die Übertragung eines Kredits gleichermaßen durch Abtretung, Vertragsübernahme und Umwandlungsrecht möglich sei.[331] Diese Gleichstellung spricht für die Vereinbarkeit mit § 242 BGB.

Die Gleichstellung verdeutlicht aber auch noch ein Weiteres, nämlich deren Fortsetzung auf schuldrechtlicher Ebene.[332] Hier zeigt sich die Kehrseite: Verletzte der Darlehensgeber durch die Zession seine Pflicht gegenüber dem Darlehensnehmer, verletzt er sie ebenso, wenn er seine Rechte ausgründet und nicht abtritt.[333] Ob durch Abtretung oder Ausgründung: Die pflichtwidrige Ausplatzierung kann den Darlehensnehmer zur Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB[334] und zum Schadensersatz[335] berechtigen. Ein schuldrechtliches Umwandlungsprivileg ist der Umstrukturierung von Unternehmen vorbehalten.[336] Damit beschränkt

330 Siehe zu diesem Zweck des § 132 UmwG a. F. *D. Mayer*, GmbHR 1996, 403 ff.; *K. J. Müller*, BB 2000, 365 (367); *ders.*, NZG 2006, 491 (492 f.). — Vgl. auch *W. Bayer/J. Schmidt*, NZG 2006, 841 (845 a. E.), die im Kontext der Aufhebung des § 132 UmwG a. F. meinen, einem Missbrauch (z. B. der Abspaltung eines einzelnen Gegenstandes) könne durch die allgemeinen Vorschriften begegnet werden. Zurückhaltender *Heidenhain*, ZHR 168 (2004), 468 (480), der meint, Missbrauch „könnte allenfalls" bei der Übertragung von nur einem Gegenstand allein zum Zwecke der Umgehung von Übertragungsbeschränkungen vorliegen.

331 Siehe § 492 Abs. 1a Satz 3 BGB betreffend BT-Drs. 16/9821 S. 14 f. und § 799a ZPO betreffend BT-Drs. 16/9821 S. 18 f. Siehe dazu ausführlich *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (400 f.).

332 *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (401).

333 Pointiert *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (400): „Das umwandlungsrechtliche Kleid der Maßnahme ändert nichts daran, dass es um Einzelübertragungen geht, die der Forderungsabtretung gemäß §§ 398 ff. BGB gleichzustellen sind."

334 Siehe zur Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB infolge pflichtwidriger Ausplatzierung unten § 9 A. I. Siehe zu etwaigen Besonderheiten, wenn der Darlehensgeber nicht zediert, sondern den Kredit ausgründet, unten § 9 B. I.

335 Siehe zum Anspruch auf Schadensersatz infolge pflichtwidriger Ausplatzierung im Falle der Abtretung unten § 9 A. II. Siehe zu etwaigen Besonderheiten, wenn der Darlehensgeber nicht zediert, sondern den Kredit ausgründet, unten § 9 B. I.

336 Mit ausführlicher Begründung *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (397 ff.). — Vgl. zur fehlenden Privilegierung isolierter Abspaltung betreffend den Übergang des Nießbrauchs (§ 1030 BGB), der für den Fall der Gesamtrechtsnachfolge in § 1059a Abs. 1 Nr. 1 BGB angeordnet ist: *Bungert*, BB 1997, 897 (899); sehr deutlich BeckOK BGB/*Reischl*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 1059a Rn. 5: „Es ist unabdingbar, dass neben dem Nießbrauch noch weiteres Vermögen auf den Zielrechtsträger übergeht".

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich der Vorteil[337] einer umwandlungsrechtlichen Ausplatzierung auf die dingliche Seite.

D. Ergebnis

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.[338] Diese Erkenntnis mahnt dazu, die Schranken der Kreditübertragung ausgeglichen zu bemessen.

Die Betrachtung der Grundzüge des Konsortialkredit- und Schuldscheindarlehensgeschäftes zeigt, dass diese Kreditformen gegenüber bilateralen Darlehen von erhöhter Umlauffähigkeit geprägt sind.[339] Festzuhalten ist aber auch: Für die Primärsyndizierung bedarf es einer Vertragsübernahme nur, wenn der Kreditvertrag geschlossen wurde, noch bevor sich das Konsortium bildete. Zudem ist die hierzu erklärte Einwilligung des Darlehensnehmers im Mandatsbrief von jener in einer Eintrittsklausel abzugrenzen, die der Ausplatzierung am Sekundärmarkt dient.[340] Daher kann nicht gesagt werden, eine Eintrittsklausel sei eine Grundvoraussetzung für das Geschäftsmodell syndizierter Kredite.[341]

337 Zu bedenken sind auch die Nachteile. Der Zeit- und Kostenaufwand ist bei einer umwandlungsrechtlichen Transaktionsstruktur höher als bei einer Ausplatzierung durch Abtretung oder Vertragsübernahme. Siehe näher zu diesen Nachteilen *Schalast*, BKR 2006, 193 (197); *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 67; *Reuter/Buschmann*, ZIP 2008, 1003 (1004); *Hohlbein*, Sanierung, 2010, S. 187; *Fiedler*, CFL 2011, 421 (423); *Heer*, Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken, 2011, S. 64; *Bergjan*, ZIP 2012, 1997 (2002); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 227 f.

338 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 an einer materiell-rechtlichen Zession konfligierte, oben § 3 A. V.

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

340 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.

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.[342] 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.[343]

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.[344] Die Gesellschaftsanteile kann er dann beispielsweise einem Loan-to-Own-Investor übertragen. Die Frage der Pflichtwidrigkeit der Ausplatzierung 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 Ausplatzierung auf die dingliche Seite.[345]

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

343 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).

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

In der Diskussion um die Schranken der Kreditübertragung nimmt das Bankgeheimnis eine zentrale Stellung ein. Befeuert, wenn nicht gar entfacht,[1] hat die Diskussion das *Oberlandesgericht Frankfurt am Main*, als es im Frühjahr 2004 geurteilt hat, die *Gontard und Metallbank* habe ihre Darlehensforderungen in Höhe von 200 Mio. Euro gemäß § 399 Alt. 2 BGB nicht an den Fonds *Lone Star* abtreten können. Die vereinbarte Pflicht zur Verschwiegenheit über Bankgeheimnisse schließe konkludent die Abtretung nach § 399 Alt. 2 BGB aus.[2] Einen Teil des Schrifttums überzeugt dies;[3] doch mehrheitlich widersprechen dem die Literatur[4] und die In-

1 Man vergleiche die Zahl der Aufsätze seit der Jahrtausendwende zu dieser Frage vor dem Urteil (namentlich *Früh*, WM 2000, 497) und danach (siehe die Nachweise in der übernächsten Fußnote und der darauffolgenden).

2 *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 25.5.2004 – 8 U 84/04, BKR 2004, 330 f. — Die Annahme eines konkludenten Abtretungsausschlusses aufgebend *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 17.6.2010 – 16 U 229/08, BeckRS 2011, 15354 Rn. 38. — Siehe zur Frage, ob das AGB-Bankgeheimnis als eine Vereinbarung i. S. d. § 399 Alt. 2 BGB auszulegen ist, unten § 5 A. IV.

3 *Ro. Koch*, BKR 2006, 182 (186); *Derleder*, VuR 2007, 81 (86 f.); *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472 (474 f.); *Fuhrmann*, Bankgeheimnis, 2009, S. 174; *Knops*, VuR 2009, 286 (293); *Stoll*, DZWIR 2010, 139 (141); *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014, S. 307; Staudinger/*Wolfsteiner*, BGB, 2019, BGB § 1153 Rn. 19 f.; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 34 Rn. 12.

4 *Böhm*, BB 2004, 1641 (1642 f.); *Bruchner*, BKR 2004, 394 (395 f.); *Cahn*, WM 2004, 2041 (2048 ff.); *Freitag*, EWiR 2004, 741 (742); *St. Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566 (1571 f.); *Klüwer/Meister*, WuB I B 3, Bankgeheimnis/-auskunft, 1.04, 2004, 721 (724 f.); *Langenbucher*, BKR 2004, 333; *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557 (1559 ff.); *Rögner*, NJW 2004, 3230 (3232 f.); *Adolff*, FS Heldrich, 2005, 3 (5 ff.); *Böhm*, BKR 2005, 112 f.; *S. Brandt*, BKR 2005, 71 ff.; *Petersen*, Bankgeheimnis, 2005, S. 38 ff.; *Wand*, WM 2005, 1969 (1979 f.); *Bütter/Aigner*, BB 2007, 798; *Franzmann*, MittBayNot 2007, 487 (490); *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 137 f.; *Lieth*, BKR 2007, 198 (199); *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (100 ff.); *Reifner*, BKR 2008, 142 (146); *Reuter/Buschmann*, ZIP 2008, 1003 (1004 f.); *Aleth/Böhle*, DStR 2010, 1186 (1187); *R. Weber*, Sachenrecht II, 4. Aufl. 2015, § 15 Rn. 23; KöKo InsO/*Hess*, Bd. 1, 2016, InsO § 51 Rn. 31; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.94; 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. 3/1238 und 3/1326; BeckOGK ZivR/*Binder*, 1.8.2024, BGB § 488 Rn. 84.3; PWW/*H.-F. Müller*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stanzgerichte[5]. In einem anderen Rechtsstreit hat der *Bundesgerichtshof* Anfang 2007 geurteilt, die Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses sei rein schuldrechtlichen Charakters.[6] Der Gesetzgeber hat im Jahre 2008 (Risikobegrenzungsgesetz) reagiert. Den Schutz des Bankgeheimnisses näher zu regeln, hat er zwar abgelehnt,[7] dafür hat er aber den Schutz des Darlehensnehmers an anderer Stelle verstärkt, und zwar in § 799a ZPO[8], § 309 Nr. 10 BGB[9] und § 354a Abs. 2 HGB[10]. Um diese Zeit haben einzelne Stimmen angesetzt, die Abtretung von Darlehensforderungen unabhängig vom Schutz des Bankgeheimnisses zu begrenzen.[11] — Wie stark der Fokus auf das Bankgeheimnis gerichtet ist, verdeutlichen Ansätze, welche die Pflicht, bei der Zession auf Interessen abseits der Geheimhaltung Rücksicht zu nehmen, mit dem Bankgeheimnis begründen.[12]

Im Folgenden wird nach einem Blick auf die bankenaufsichts- und kapitalanlagerechtliche Regulierung der Gelddarlehensgewährung (dazu § 4) anknüpfend an die eben umrissene Diskussion die Ausplatzierung 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 aufgegrif-

5 *OLG Köln*, Urt. v. 15.9.2005 – 8 U 21/05, NJW-RR 2006, 263 (264 ff.); *OLG Stuttgart*, Urt. v. 13.12.2005 – 6 U 119/05, NJOZ 2007, 1211 (1218 ff.); *OLG Dresden*, Urt. v. 11.1.2006 – 8 U 1373/05, BKR 2006, 122 LS. 1; *KG*, Urt. v. 6.6.2006 – 4 U 115/05, NZG 2006, 706 f.; *LG Koblenz*, Urt. v. 25.11.2004 – 3 O 496/03, BKR 2005, 108 (110 ff.); *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 17.12.2004 – 2-21 O 96/02, BKR 2005, 67 (70 f.); *LG Nürnberg-Fürth*, Urt. v. 25.2.2008 – 10 O 11030/06, WM 2008, 2015 (2017 f.). — Vgl. auch BT-Drs. 16/2927 S. 5.

6 *BGH*, Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05, BGHZ 171, 180 (184 f. Rn. 17 f.).

7 Das wurde seitens der Fraktion Die Linke beantragt, siehe BT-Drs. 16/8182 S. 3.

8 Siehe zu § 799a ZPO unten § 7 C. IV. 2. b) cc).

9 Siehe zu § 309 Nr. 10 BGB unten § 8 B. III. 2 a. E. und § 8 B. III. 3. a) bb).

10 Siehe zur Einführung des § 354a Abs. 2 HGB durch das Risikobegrenzungsgesetz unten § 7 C. IV. 2. b) cc).

11 So wird der Ausschluss der Abtretung gemäß § 399 Alt. 1 BGB damit begründet, dass dem Zessionar die Bankerlaubnis fehle, *Knops*, VuR 2009, 286 (292 f.); der Zessionar keine Kreditinstitutseigenschaft aufweise, *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472 (473); K. Tonner/Willingmann/Tamm/*dies.*, VertrR Komm., 2010, BGB § 399 Rn. 8; jurisPK-BGB/*Schwintowski*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 101. Siehe dazu noch unten § 7 C. III. 1.

12 So insbesondere *Möhlenkamp*, BB 2007, 1126 f. Siehe dazu noch unten § 6 B. II. 1 a. E.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fen – sie ist ein Bestandteil der Definition der im weiteren Sinne höchstpersönlichen Rechte (dazu § 7).

Sind diese 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.[13] Eine solche Klausel berechtigt den Kreditgeber zu Zwecken der Refinanzierung, Eigenkapitalentlastung oder auch Risikodiversifikation, den Kredit auszuplatzieren, und befreit ihn insoweit vom Bankgeheimnis.[14] 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.[15]

Hinsichtlich der Nebenrechte des Darlehensgebers liegt das Augenmerk auf den Kündigungs- und Informationsrechten. Wie oben zur Forderungs-

13 Siehe zur Verbreitung von Weitergabeklauseln *Heer*, Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken, 2011, S. 90, der meint, in „nahezu jedem Darlehensvertrag einer Bank" finde sich eine Weitergabeklausel. Siehe auch *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 328 f. — Weitergabeklauseln werden auch als Übertragungsklauseln oder Asset-Trading-Clauses bezeichnet, vgl. *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 328 ff.; MAH BankR/*Fandrich*, 3. Aufl. 2024, § 6 Rn. 313.

14 Siehe allgemein zu Weitergabeklauseln *Schilmar*/*Breiteneicher*/*Wiedenhofer*, DB 2005, 1367 (1368); *Wand*, WM 2005, 1932 (1945 f.); *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 229 f.; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 328; Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1245. Siehe zu Weitergabeklauseln speziell in Schuldscheindarlehensverträgen Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert*/*Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.94. — Vgl. zu den genannten Zwecken *BdB*, Musterdarlehensvertrag für gewerbliche Kreditvergaben, 2005, WM 2005, 1942 (1945), Nr. 12 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 und Satz 2; *vdp*, Mustervertrag für die großvolumige, gewerbliche Immobilienfinanzierung, 2024, Nr. 24.1 und 24.2, S. 42 f. — Vgl. zur Befreiung vom Bankgeheimnis durch Weitergabeklauseln *BdB*, Musterdarlehensvertrag für gewerbliche Kreditvergaben, 2005, WM 2005, 1942 (1945), Nr. 12 Abs. 1 Satz 3 und 4; *vdp*, Mustervertrag für die großvolumige, gewerbliche Immobilienfinanzierung, 2024, Nr. 26 Abs. 1 Satz 2, S. 45; siehe dazu *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 329. — Ein Verbot der formularvertraglichen Zustimmung zur Befreiung vom Bankgeheimnis beantragte die Fraktion Die Linke, BT-Drs. 16/8182 S. 3 und 7. Siehe noch ausführlich zum Bankgeheimnis als Schranke der Ausplatzierung unten § 5. — Siehe zur Berechtigung und Beschränkung der Kreditübertragung in Weitergabeklauseln unten § 8 A. und zu deren Vereinbarkeit mit AGB-Recht unten § 8 B.

15 Welche Rechtsfolgen eine wirksame, aber pflichtwidrige Kreditübertragung zeitigt, wird im dritten Kapitel in § 9 behandelt.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

herrschaft ausgeführt,[16] muss ein Loan-to-Own-Investor grundsätzlich auch das Kündigungsrecht erwerben, um ein Druckmittel gegenüber den Gesellschaftern des Darlehensnehmers in der Hand zu haben. Allein die Inhaberschaft der Forderungen nach § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB genügt nur bei einem bereits gekündigten Kredit, um den Gesellschaftern des Darlehensnehmers mit Fälligstellung und Insolvenzantrag drohen zu können, falls sie nicht an einer vorinsolvenzlichen Übernahme mitwirken. Kreditsichernde Informationsansprüche gewähren dem Investor Einsicht in das schuldnerische Unternehmen, was ihm die Übernahme erleichtern kann.[17] Ermessensabhängige Informationsansprüche[18] kann er einsetzen, um dem Darlehensnehmer das operative Geschäft zu erschweren und ihm Kosten zu verursachen. So kann er versuchen, einen Covenantverstoß und damit einen Kündigungsgrund zu provozieren.[19]

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 übertragen, so dürfte er ihm insbesondere[21] nicht seinen Konsortialanteil

16 Siehe § 2 C.

17 Siehe zu den zahlreichen Auskunfts- und Rechenschaftspflichten, die Information-Covenants statuieren können, zu den daraus resultierenden Informationsvorteilen gegenüber anderen Stakeholdern und zur Anspruchsqualität dieser Informationspflichten oben § 2 C. I. 2. c).

18 Siehe zu ermessensabhängigen Informationsansprüchen oben § 2 C. I. 2. c).

19 Siehe dazu schon oben § 2 C. III. 1. b). Von einem Loan-to-Own-Investor dürfte im Vergleich zu einer Bank typischerweise eine höhere Gefahr ausgehen, dass er ermessensabhängige Informationsrechte missbraucht, um einen Covenantverstoß und damit einen Kündigungsgrund zu provozieren, siehe dazu unten § 6 D. I. 2. b) bb) bbb).

20 Siehe dazu im Kontext des auf die dingliche Seite begrenzten Vorteils umwandlungsrechtlicher Ausplatzierung oben § 3 C. III. 2.

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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, dem Investor Einfluss in Betreff dieses Rechts zu verschaffen.

of the foregoing"; knapper *NortonLifeLock Inc.* et al., FA, 2021, Klausel 22.2 Buchst. b, S. 55.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 4 Die bankenaufsichts- und kapitalanlagerechtliche Regulierung der Gelddarlehensgewährung

Jedenfalls vor der Liberalisierung des aufsichtsrechtlichen Rahmens der Gelddarlehensgewährung durch das OGAW-V-UmsG vom 3.3.2016 beteiligten Loan-to-Own-Investoren nicht selten eine Fronting-Bank an einer forderungsbasierten Übernahme.[1] Vor diesem Hintergrund ist Gegenstand der folgenden Betrachtung, inwiefern die heutige bankenaufsichts- und kapitalanlagerechtliche Regulierung der Gelddarlehensgewährung die Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren beschränkt. Welche Aspekte insofern näher zu betrachten sind, wird zunächst überblicksartig dargestellt:

Betreibt ein Unternehmen eines der in § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG aufgeführten Bankgeschäfte, z. B. die Gelddarlehensgewährung (Nr. 2 Alt. 1), gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, ist es gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG ein Kreditinstitut.[2] Diesbezüglich stellt sich die Frage, unter welchen

1 *Richter*, Distressed Debt Investing, 2006, S. 144; *Hohlbein*, Sanierung, 2010, S. 217; *Metze/Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 (108); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 324. Siehe zur Einsetzung einer Fronting-Bank zwecks Darlehensvergabe durch Kreditfonds nach altem Recht *Hanten/von Tiling*, WM 2015, 2122 (2128); *Zetzsche/Marte*, RdF 2015, 4 (5); *Thom/Dürre*, WM 2018, 502 (503). Einer Fronting-Bank bediente man sich früher auch, um Eigenkapital unbemerkt aufzubauen – sog. Anschleichen (siehe dazu und zur Reaktion des Gesetzgebers hierauf statt vieler *Merkner/Sustmann*, NZG 2010, 681 ff.). Ein solches Anschleichen ist zu bedenken, sollte de lege ferenda ein Gläubigertransparenzregime geschaffen werden. Insofern kritisiert *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 689 wohl mit Recht, dass *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 591 f. Gläubigertransparenzpflichten vorschlägt, von denen formelle Kreditinstitute befreit wären. — Manche Loan-to-Own-Investoren übernahmen auch Banken und gelangten damit selbst in den Besitz einer Bankerlaubnis. Siehe dazu *Richter*, Distressed Debt Investing, 2006, S. 144; *Schalast*, BKR 2006, 193 (195); *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 37 Fn. 112; *Hohlbein*, Sanierung, 2010, S. 217; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 324 Fn. 81. — Siehe zur Liberalisierung des aufsichtsrechtlichen Rahmens der Gelddarlehensgewährung unten § 4 B.

2 Siehe dazu, dass der Betrieb eines der Bankgeschäfte aus dem Katalog des § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG genügt, *VG Berlin*, Urt. v. 19.8.1996 – 25 A 41/94, NJW-RR 1997, 808 f.; BeckOGK BilanzR/*Gaber*, 1.9.2023, HGB § 340 Rn. 3; Fischer/Schulte-Mattler/*Schäfer*, KWG, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, KWG § 1 Rn. 13; Kirsch/*Grewe*, Rechnungslegung Kommentar, 128. EL Juni 2024, HGB § 340 Rn. 4 a. E. — Auf das konkret betriebene Bankgeschäft bezieht sich die Gewerbsmäßigkeit bzw. das Erfordernis eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs, *BGH*, Urt. v. 11.9.2002 – 1 StR 73/02,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Voraussetzungen der Erwerb oder auch die Restrukturierung eines Kredits den Tatbestand der Gelddarlehensgewährung gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 KWG erfüllt. Und liegt zwar keine Gelddarlehensgewährung vor, bleibt gleichwohl zu prüfen, ob der Krediterwerb Pflichten nach dem Kreditzweitmarktgesetz begründet (dazu A.).

Ein Unternehmen, das aufgrund des Betriebs eines Bankgeschäfts ein Kreditinstitut nach § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG ist, gilt nach § 2 Abs. 1 KWG nicht als Kreditinstitut, wenn einer der in § 2 Abs. 1 KWG aufgezählten Ausnahmetatbestände erfüllt ist. Von Interesse für die folgende Betrachtung sind die Bereichsausnahmen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3b–3e KWG (dazu B.); diese bestimmen das Konkurrenzverhältnis der bankenaufsichts- und investmentrechtlichen Regulierung[3] (dazu C.).

Will ein Unternehmen, das unter keine der Ausnahmen nach § 2 Abs. 1 KWG fällt,[4] im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben, bedarf es gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 Alt. 1 KWG der schriftlichen Erlaubnis der Aufsichtsbehörde; der Betrieb ohne Erlaubnis ist nach § 54 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 KWG strafbar. Werden diese Gesetze durch die Übertragung eines Kredits verletzt, wirft dies die Frage auf, ob die Übertragung nach § 134 BGB nichtig ist (dazu D.).

A. Gelddarlehensgewährung i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 KWG

Wer einen Darlehensvertrag als Darlehensgeber abschließt, gewährt ein Gelddarlehen i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 KWG.[5] Während dies unstreitig ist, wird es unterschiedlich beurteilt, ob bzw. unter welchen

---

NStZ-RR 2003, 55 (56); Beck/Samm/Kokemoor/*Reschke*, KWG mit CRR, 238. Lfg. August 2024, KWG § 1 Rn. 43 und 47.

3 Siehe zu diesem Abgrenzungszweck und zur Spezialität der investmentrechtlichen Regeln *BaFin*, Schreiben v. 12.5.2015 – WA 41-Wp 2100 – 2015/0001, IV; *von Einem*/*Schlote*, WM 2015, 1925 (1926); Habersack/Mülbert/Schlitt/*Stamm*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 23.43 ff.; Fischer/Schulte-Mattler/*Schäfer*, KWG, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, KWG § 2 Rn. 12 f.; Assmann/Wallach/Zetzsche/*Wieland*, KAGB, 2. Aufl. 2023, KAGB § 20 Rn. 125; Beck/Samm/Kokemoor/*Reschke*, KWG mit CRR, 238. Lfg. August 2024, KWG § 2 Rn. 91.

4 Siehe zum Verhältnis von § 2 Abs. 1 KWG und § 32 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 Alt. 1 KWG Fischer/Schulte-Mattler/*Fischer*/*Krolop*, KWG, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, KWG § 32 Rn. 25; Beck/Samm/Kokemoor/*Reschke*, KWG mit CRR, 238. Lfg. August 2024, KWG § 2 Rn. 2; siehe auch noch unten § 4 B.

5 Siehe nur Fischer/Schulte-Mattler/*Schäfer*, KWG, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, KWG § 1 Rn. 55.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Voraussetzungen in dem Erwerb der Rechte oder der Vertragsposition des Darlehensgebers eine Gelddarlehensgewährung liegt:

Ein kleinerer Teil des Schrifttums meint, schon der Erwerb einer Forderung nach § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB sei eine Gelddarlehensgewährung.[6]

Die überwiegende Ansicht legt das Merkmal Gelddarlehen im Ausgangspunkt als Gelddarlehensvertrag i. S. d. § 488 BGB aus;[7] überdies subsumiert sie nur die erstmalige Darlehensvergabe und Sachverhalte, die dieser aufgrund einer eigenen Kreditentscheidung wirtschaftlich entsprechen, dem Tatbestand der Gelddarlehensgewährung.[8] Dem wird gefolgt:

Dagegen, bereits den Forderungserwerb als Gelddarlehensgewährung zu qualifizieren, spricht die systematische Auslegung: Nicht nur wird der Ankauf von Wechseln und Schecks in § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 KWG und das Factoring in § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG eigens geregelt, sondern mit § 1 Abs. 3

6 So jedenfalls *Teichmann*, BKR 2011, 324 (325 ff.). Wohl auch, aber nicht eindeutig, da untechnisch ausdrückend: *St. Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566 (1568 f.); *Theewen*, WM 2004, 105 (112); *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1548); ähnlich *ders.*, ZIP 2008, 97 (99). — Die eben genannten so verstehend, dass sie meinen, auch die Veräußerung einer Darlehensforderung sei ein Kreditgeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 KWG, namentlich *BGH*, Urt. v. 19.4.2011 – XI ZR 256/10, BKR 2011, 327 (328 Rn. 18); *Fiedler*, CFL 2011, 421 (423); Fischer/Schulte-Mattler/*Schäfer*, KWG, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, KWG § 1 Rn. 57 Fn. 228.

7 *BaFin*, MB Kreditgeschäft, 2009/2023, I. 1. a) aa); *Schilmar/Breiteneicher/Wiedenhofer*, DB 2005, 1367 (1371); *Schantz*, VuR 2006, 464 (469); *Hohlbein*, Sanierung, 2010, S. 215; *Fiedler*, CFL 2011, 421 (423); *Franke*, Debt Equity Swaps, 2011, S. 76; *Heer*, Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken, 2011, S. 55; *ders.*, BKR 2012, 45 (47); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 322 f.; Fischer/Schulte-Mattler/*Schäfer*, KWG, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, KWG § 1 Rn. 55; Luz/Neus/Schaber et al./*M. Weber/Seifert*, KWG und CRR, Bd. 1a, 4. Aufl. 2023, KWG § 1 Rn. 24; Beck/Depré/Ampferl/*Zuleger*, Praxis der Sanierung u. Insolvenz, 4. Aufl. 2023, § 25 Rn. 35; Park/*Gercke/Stirner*, HK-KapMStrafR, 6. Aufl. 2024, Kap. 16.19 Rn. 25.

8 *BaFin*, MB Kreditgeschäft, 2009/2023, I. 1. b) dd) (2); *dies.*, MB Kreditdienstleistungen, 2023, 5.: „Der Ankauf von Darlehensforderungen ist per se kein Kreditgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 KWG. Die Abtretung von Darlehensforderungen begründet für den Zessionar kein Kreditgeschäft, solange er nicht selbst als (Mit-)Darlehensgeber in den Darlehensvertrag eintritt." Die Einschränkung in Satz 2 darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass der Erwerb der Vertragsposition des Darlehensgebers den Tatbestand der Gelddarlehensgewährung erfüllt. So wird an anderer Stelle das Gegenteil betreffend den umwandlungsrechtlichen Erwerb und die Vertragsübernahme klargestellt (*dies.*, MB Kreditgeschäft, 2009/2023, I. 1. b) dd) (4) Abs. 2 und I. 1. b) dd) (5) Abs. 2). — Siehe aus dem Schrifttum Szagunn/Haug/Ergenzinger/*Haug*, KWG, 6. Aufl. 1997, KWG § 1 Rn. 31; *Heer*, BKR 2012, 45 (47); Schwennicke/Auerbach/*Schwennicke*, KWG, 2. Aufl. 2013, KWG § 1 Rn. 36; Fischer/Schulte-Mattler/*Schäfer*, KWG, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, KWG § 1 Rn. 57; Reischauer/Kleinhans/*Brogl*, KWG, Bd. 1, 4. EL Juni 2024, KWG § 1 Rn. 64. — Siehe auch BT-Drs. 16/2927 S. 4 und 7.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Satz 1 Nr. 2 KWG existiert auch ein allgemeiner Tatbestand betreffend den entgeltlichen Erwerb von Geldforderungen.[9] Angesichts dieser Regelungen liegt es näher, dass der Gesetzgeber eine ausdrückliche Anordnung getroffen hätte, wenn er den derivativen Erwerb von Gelddarlehensforderungen eigens hätte regulieren wollen. Diese Sichtweise wird durch die Materialien zum Kreditzweitmarktgesetz bestätigt: In diesen wird eine Erlaubnispflicht für den gewerblichen Krediterwerb ausdrücklich abgelehnt, was auch damit begründet wird, dass mangels Neukreditvergabe keine erheblichen Systemrisiken entstünden.[10]

Damit bleibt es noch zu klären, welche Sachverhalte aufgrund einer eigenen Kreditentscheidung wirtschaftlich einer erstmaligen Darlehensvergabe gleichkommen und daher den Tatbestand der Gelddarlehensgewährung i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 KWG erfüllen und welche bloß eine Kreditdienstleistung nach § 2 Abs. 3 KrZwMG sein können.[11]

---

9 Auf § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 KWG als systematisches Argument verweisend auch *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 391. Er zieht außerdem noch einen Umkehrschluss aus § 13 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 PachtkredG. Darin heißt es: „Die nach Maßgabe dieses Gesetzes gesicherte Forderung kann nur an ein Kreditinstitut abgetreten werden;" diesbezüglich meint er, Pachtkreditforderungen „dürf[t]en" nur an Kreditinstitute abgetreten werden. Daher hätte es dieser Regelung nicht bedurft, wenn der derivative Erwerb von Darlehensforderungen ohnehin ein Bankgeschäft wäre (*Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 392). — Dem wäre zuzustimmen, wäre in der Vorschrift von *darf* anstelle von *kann* die Rede. Wird aber „kann" als Verfügungsbeschränkung verstanden (so auch *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 388), bleibt ein Anwendungsbereich für § 13 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 PachtkredG, auch wenn der derivative Erwerb von Darlehensforderungen ohnehin ein Kreditgeschäft wäre, da aus dieser aufsichtsrechtlichen Qualifikation nicht notwendig eine Verfügungsbeschränkung folgt.

10 Siehe BR-Drs. 507/23 S. 135; BT-Drs. 20/9093 S. 122; die Argumentation entspricht ErwGr. 40 KrZwM-RL; vgl. auch *BaFin*, MB Kreditdienstleistungen, 2023, Ziff. 1.

11 Bezüglich der Darlehensrestrukturierung wäre es denkbar, dass sich die Gelddarlehensgewährung (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 KWG) und die Kreditdienstleistung der Neuverhandlung der Vertragsbedingungen (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 KrZwMG) überschneiden und insoweit dann das Kreditzweitmarktgesetz als lex specialis vorgeht. Dies ist jedoch abzulehnen, da andernfalls dem gesteigerten Aufsichtsbedürfnis, welches der Gesetzgeber im Falle der Neukreditvergabe annimmt (vgl. BR-Drs. 507/23 S. 135; BT-Drs. 20/9093 S. 122; die Argumentation entspricht ErwGr. 40 KrZwM-RL; vgl. auch *BaFin*, MB Kreditdienstleistungen, 2023, Ziff. 1) und das folgerichtig auch bei Geschäften besteht, die wirtschaftlich einer Neukreditvergabe gleichkommen, nicht Rechnung getragen würde. Gegen Überschneidungen spricht zudem die Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 3 Nr. 2 KrZwMG: Bei der Neuverhandlung dürfe keine Prolongation vereinbart werden, weil diese ein erlaubnispflichtiges Kreditgeschäft sei (BR-Drs. 507/23 S. 130; BT-Drs. 20/9093 S. 118; siehe auch *BaFin*, MB Kreditdienstleistungen, 2023, Ziff. 2. b) und 5.).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Keine Gelddarlehensgewährung liegt vor, wenn nach Ablauf eines Festzins-Finanzierungsabschnitts die Verzinsung angepasst wird,[12] da hiermit eine nur schwach ausgeprägte Kreditentscheidung verbunden ist. Gänzlich fehlt eine Kreditentscheidung des Krediterwerbers, wenn der Darlehensnehmer ein mit dem originären Darlehensgeber vereinbartes Prolongationsrecht ausübt.[13] Stundet der Krediterwerber Forderungen, ohne dass damit eine Konditionenanpassung einhergeht, ist auch dies noch nicht als Gelddarlehensgewährung zu betrachten. Denn zum einen bleiben die Verbindlichkeiten bei der Stundung jederzeit und unbedingt ablösbar; zum anderen soll die Stundung die Insolvenzgefahr senken und so die Aussicht auf deren Erfüllung erhöhen. Beides unterscheidet die Stundung von einer Prolongationsvereinbarung.[14]

Trifft der derivative Kreditgeber, auch wenn er nur die Forderungen erworben hat, mit dem Darlehensnehmer eine Prolongations- oder Umschuldungsvereinbarung, erfüllt dies den Tatbestand der Gelddarlehensgewährung.[15] Denn wird das Kapitalnutzungsrecht neu geregelt, gleicht dies einem Vereinbarungsdarlehen i. S. d. § 607 Abs. 2 BGB a. F.[16] Dafür, diesen Sachverhalt als Gelddarlehensgewährung zu behandeln, spricht außerdem ein Umkehrschluss aus § 20 Abs. 9 Satz 2 KAGB a. F. Danach liegt bei einer der Darlehensgewährung nachfolgenden Änderung der Darlehensbedingungen lediglich keine Gelddarlehensgewährung „im Sinne des" § 20 Abs. 9 Satz 1 KAGB a. F. vor.[17]

Eine Gelddarlehensgewährung nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 KWG ist auch der Erwerb einer unvollständig valutierten Vertragsposition des Dar-

12 *BGH*, Beschl. v. 6.12.1994 – XI ZR 99/94, NJW 1995, 527; Urt. v. 7.10.1997 – XI ZR 233/96, NJW 1998, 602 (603).

13 Siehe zu dieser sog. unechten Abschnittsfinanzierung *BaFin*, MB Kreditgeschäft, 2009/2023, I. 1. b) dd) (2); *Heer*, BKR 2012, 45 (47); Fischer/Schulte-Mattler/*Schäfer*, KWG, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, KWG § 1 Rn. 57.

14 *BaFin*, MB Kreditgeschäft, 2009/2023, I. 1. b) dd) (2).

15 *BaFin*, MB Kreditgeschäft, 2009/2023, I. 1. b) dd) (2); *Schilmar/Breiteneicher/Wiedenhofer*, DB 2005, 1367 (1371); *Fiedler*, CFL 2011, 421 (423); *Heer*, BKR 2012, 45 (47). — Siehe zur Umschuldung zwecks Vorbereitung einer forderungsbasierten Übernahme oben § 2 C. III. 1. c).

16 Vgl. *BGH*, Beschl. v. 6.12.1994 – XI ZR 99/94, NJW 1995, 527; Urt. v. 16.10.2007 – XI ZR 132/06, NJW 2008, 1070 f. — § 607 Abs. 2 BGB a. F. regelte die Möglichkeit einer Vereinbarung, dass aus anderem Grunde geschuldetes Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen. Siehe zu diesem sog. Vereinbarungsdarlehen BGB-RGRK/*Wilde*, Bd. II/1, 11. Aufl. 1959, BGB vor § 607 Anm. 3.

17 Vgl. Baur/Tappen/Mehrkhah/Behme/*Bentele*, Investmentgesetze, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, KAGB § 20 Rn. 98. Siehe zu dieser Vorschrift sogleich unten § 4 C.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lehensgebers. Ebenso ist der Erwerb einer ungekündigten revolvierenden Vertragsposition des Darlehensgebers zu beurteilen; denn die periodische Rückführung in Kombination mit der anschließenden erneuten Valutierung entspricht wirtschaftlich der originären Gewährung eines Darlehens.[18]

B. Die Bereichsausnahmen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3b–3e KWG

Ein Unternehmen ist nach § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG ein Kreditinstitut, wenn es gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, ein Bankgeschäft betreibt. Dieser sog. materielle Kreditinstitutsbegriff[19] reicht sehr weit, da er an den Betrieb eines Bankgeschäfts als eine Tätigkeit anknüpft. Infolgedessen erfasst er auch Unternehmen, bei denen es nicht geboten ist, dass sie die für Kreditinstitute geltenden KWG-Vorschriften beachten und dabei von der *BaFin* nach Maßgabe des Kreditwesengesetzes beaufsichtigt werden. Diese Unternehmen werden durch die Ausnahmen nach § 2 Abs. 1 KWG herausgefiltert.[20]

Nach § 2 Abs. 1 KWG gelten die ausgenommenen Unternehmen zwar nicht als Kreditinstitut, sind aber nicht ausdrücklich von der Erlaubnispflicht gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 Alt. 1 KWG befreit. Dennoch ist es wohl unstreitig, dass diese Unternehmen keiner Erlaubnis gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 Alt. 1 KWG bedürfen.[21] Für diese extensive

18 *BaFin*, MB Kreditgeschäft, 2009/2023, I. 1. b) dd) (4) Abs. 2 und I. 1. b) dd) (5) Abs. 2; *Richter*, Distressed Debt Investing, 2006, S. 143; *Reuter/Buschmann*, ZIP 2008, 1003 (1004); *Fiedler*, CFL 2011, 421 (423); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 324; Obermüller/*ders.*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 6.2293.

19 Ein Unternehmen, das gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG ein Kreditinstitut ist, wird *materielles Kreditinstitut* genannt; greift zudem keine Ausnahme gemäß § 2 Abs. 1 KWG, wird es als *formelles Kreditinstitut* bezeichnet. Siehe zu den verschiedenen Kreditinstitutsbegriffen *Schmid/Stoll*, BB 2005, 582 (583); MüKoBilanzR/*Löw*, Bd. 2, 2013, HGB § 340 Rn. 15 f.; Fischer/Schulte-Mattler/*Schäfer*, KWG, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, KWG § 2 Rn. 8, 15 und 26; MüKoHGB/*Böcking/Bär/Morawietz*, Bd. 4, 5. Aufl. 2024, HGB § 340 Rn. 19; (auch zur Geschichte des Kreditinstitutsbegriffs) Beck/Samm/Kokemoor/*Reschke*, KWG mit CRR, 238. Lfg. August 2024, KWG § 1 Rn. 33 f. und § 2 Rn. 91.

20 Fischer/Schulte-Mattler/*Schäfer*, KWG, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, KWG § 2 Rn. 1; Beck/Samm/Kokemoor/*Reschke*, KWG mit CRR, 238. Lfg. August 2024, KWG § 2 Rn. 2.

21 Fischer/Schulte-Mattler/*Fischer/Krolop*, KWG, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, KWG § 32 Rn. 25; Beck/Samm/Kokemoor/*Reschke*, KWG mit CRR, 238. Lfg. August 2024, KWG § 2 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auslegung der Rechtsfolge des § 2 Abs. 1 KWG lässt sich zunächst anführen, dass der Tatbestand der Erlaubnispflicht gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 Alt. 1 KWG und die Definition des Kreditinstituts in § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG nahezu gleich lauten. Vor allem die jeweiligen Zwecke der Ausnahmen sprechen für diese Auslegung. Beispielsweise sollen die Ausnahmen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3b–3e KWG die Anwendungsbereiche von Kapitalanlagegesetzbuch und Kreditwesengesetz abgrenzen, um eine doppelte Regulierung zu vermeiden.[22] Dieser Zweck wird erreicht, wenn die Erlaubnispflichtigkeit gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 Alt. 1 KWG entfällt.

Nicht als Kreditinstitut gelten nach § 2 Abs. 1 Nr. 3b–3e KWG Kapitalverwaltungsgesellschaften (§ 17 KAGB), extern verwaltete Investmentgesellschaften (§ 1 Abs. 13 KAGB), EU-Verwaltungsgesellschaften (§ 1 Abs. 17 KAGB), ausländische AIF-Verwaltungsgesellschaften (§ 1 Abs. 18 KAGB), EU-Investmentvermögen (§ 1 Abs. 8 KAGB), ausländische AIF (§ 1 Abs. 9 KAGB) und – sofern sie als Bankgeschäfte nur die Gewährung von Gelddarlehen betreiben – Kreditvergabezweckgesellschaften (§ 1 Abs. 19 Nr. 24c KAGB).[23]

Die Tatbestände des § 2 Abs. 1 Nr. 3b–3d KWG setzen jeweils voraus, dass die Unternehmen als Bankgeschäfte nur die kollektive Vermögensverwaltung betreiben. Klargestellt wird dabei, dass die kollektive Vermögensverwaltung die Gewährung von Gelddarlehen einschließen kann.[24] Diese Klarstellung wurde durch Art. 2 Nr. 1 Buchst. a und b des eingangs erwähnten OGAW-V-UmsG vom 3.3.2016 eingefügt.[25] Auch vor dieser Klarstellung hätte die Gelddarlehensgewährung der kollektiven Vermögensverwaltung subsumiert werden können. Diese Auslegung hätte der Rechtslage in anderen europäischen Mitgliedstaaten entsprochen und wäre kohärent gewesen mit der Erlaubnis der Gelddarlehensgewährung nach der

22 *Von Einem/Schlote*, WM 2015, 1925 (1926); Assmann/Wallach/Zetzsche/*Wieland*, KAGB, 2. Aufl. 2023, KAGB § 20 Rn. 125.

23 § 2 Abs. 1 Nr. 3c KWG wurde am 22.7.2013 durch Art. 18 AIFM-UmsG eingefügt. § 2 Abs. 1 Nr. 3d KWG wurde durch Art. 2 Nr. 1 Buchst. c OGAW-V-UmsG eingefügt. Siehe zu diesen Ausnahmen Fischer/Schulte-Mattler/*Schäfer*, KWG, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, KWG § 2 Rn. 11 ff. — § 2 Abs. 1 Nr. 3e KWG wurde mit Wirkung zum 16.4.2026 durch Art. 6 FoRiBG eingefügt. — Siehe zu Begriffen wie AIF einführend *Urhahn*, Prozessverträge im Investmentrecht, 2021, S. 49 ff.

24 Siehe dazu, dass Gelddarlehensgewährung i. S. v. „Darlehensvergabe" zu verstehen ist, BT-Drs. 18/6744 S. 41 f. und 80. — Die Legaldefinition der kollektiven Vermögensverwaltung in § 1 Abs. 19 Nr. 24 KAGB wurde durch Art. 1 Nr. 2 Buchst. e FoRiBG mit Wirkung zum 16.4.2026 geändert und umfasst seitdem ausdrücklich die Vergabe von Krediten im Namen eines AIF.

25 Siehe zum OGAW-V-UmsG oben § 4.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

EuVECA-, EuSEF- und ELTIF-VO.[26] So dürfen beispielsweise schon seit dem 22.7.2013 (siehe Art. 28 Abs. 2 EuVECA-VO) qualifizierte Risikokapitalfonds (Art. 3 Abs. 1 Buchst. b EuVECA-VO) Darlehen an bestehende Portfoliounternehmen nach Maßgabe des Art. 3 Abs. 1 Buchst. e Ziff. ii EuVECA-VO gewähren.[27] Die Erforderlichkeit einer Klarstellung erklärt sich vor dem Hintergrund der seinerzeit gegenteiligen Verwaltungspraxis der *BaFin*,[28] welche die Gelddarlehensgewährung nicht als Teil der kollektiven Vermögensverwaltung auffasste.[29] Nach deren Ansicht hätte auch ein nach dem Kapitalanlagegesetzbuch reguliertes Unternehmen einen Kredit nur derivativ erwerben, aber nicht restrukturieren oder prolongieren dürfen.[30] Diese Rechtsauffassung der *BaFin* kann ein Grund sein, warum Loan-to-Own-Investoren bei einer forderungsbasierten Übernahme mitunter eine Fronting-Bank beteiligten.[31]

---

26 *ESMA*, Opinion v. 11.4.2016, ESMA/2016/596; *von Einem/Schlote*, WM 2015, 1925 (1926 f.); *Hanten/von Tiling*, WM 2015, 2122 (2127); *Zetzsche/Marte*, RdF 2015, 4 f.; *Egbers/Loff*, ZBB 2017, 309 (310); Baur/Tappen/Mehrkhah/Behme/*Bentele*, Investmentgesetze, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, KAGB § 20 Rn. 93; *Schott*, Regulierung des Schattenbankwesens, 2021, Rn. 232 ff.; Assmann/Wallach/Zetzsche/*Wieland*, KAGB, 2. Aufl. 2023, KAGB § 20 Rn. 114.

27 Vgl. dazu *El-Qalqili/Offinger*, BKR 2021, 86 (93); Weitnauer/*ders.*, VC, 7. Aufl. 2022, Teil E Rn. 304.

28 BT-Drs. 18/6744 S. 64; Assmann/Wallach/Zetzsche/*Wieland*, KAGB, 2. Aufl. 2023, KAGB § 20 Rn. 115.

29 *BaFin*, Schreiben v. 12.5.2015 – WA 41-Wp 2100 – 2015/0001, II. Siehe dazu *Schalast*, BKR 2006, 193 (195); Baur/Tappen/Mehrkhah/Behme/*Bentele*, Investmentgesetze, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, KAGB § 20 Rn. 14 und 92. — Bemerkenswerterweise änderte die *BaFin* ihre Verwaltungspraxis noch vor der Gesetzesänderung, was sie mit der europäischen Rechtsentwicklung begründete. Sie vertrat nunmehr die Ansicht, zur kollektiven Vermögensverwaltung gehöre auch die Vergabe, Restrukturierung und Prolongation von Darlehen. Die Zulässigkeit dieser Tätigkeiten beurteile sich daher nur nach Maßgabe der Produktregelungen des KAGB. Gegenüber diesen spezielleren Regelungen trete das KWG zurück (*BaFin*, Schreiben v. 12.5.2015 – WA 41-Wp 2100 – 2015/0001, III und IV). — Siehe zur Änderung der Verwaltungspraxis *von Einem/Schlote*, WM 2015, 1925 (1927); *Tusch/Herz*, EuZW 2016, 887 (890); *Zander*, DB 2016, 331 (332); *Egbers/Loff*, ZBB 2017, 309 (311 f.); Assmann/Wallach/Zetzsche/*Wieland*, KAGB, 2. Aufl. 2023, KAGB § 20 Rn. 107. Von einem „dogmatischen Kunstgriff" spricht Baur/Tappen/Mehrkhah/Behme/*Bentele*, Investmentgesetze, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, KAGB § 20 Rn. 93.

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

31 Siehe zur Beteiligung einer Fronting-Bank oben § 4.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Kapitalanlagerechtliche Regulierung der Kreditvergabe

Für OGAW-Kapitalverwaltungsgesellschaften ist es im Grunde bei der Rechtslage vor dem OGAW-V-UmsG geblieben;[32] ihnen ist es gemäß § 20 Abs. 8 Var. 1 KAGB verboten, Kredite für Rechnung des OGAW zu vergeben. Externe Kapitalverwaltungsgesellschaften dürfen nach § 20 Abs. 10 KAGB an ihre Mutter-, Tochter- und Schwesterunternehmen Kredite für eigene Rechnung vergeben.[33] AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften ist die Kreditvergabe nach Maßgabe des § 20 Abs. 9 KAGB erlaubt.[34]

Der Begriff der Kreditvergabe i. S. d. § 20 Abs. 9 Satz 1 KAGB n. F. (zuvor: Gelddarlehensgewährung)[35] bedeutet im Ausgangspunkt den Abschluss eines Darlehensvertrages (§ 488 BGB) als Darlehensgeber.[36] Allerdings reicht der kapitalanlagerechtliche Begriff der Kreditvergabe weiter als der der Gelddarlehensgewährung i. S. d. Kreditwesengesetzes. Er umfasst gemäß § 1 Abs. 19 Nr. 24b KAGB nicht nur die direkte Kreditvergabe durch einen AIF als ursprünglichen Kreditgeber (Buchst. a), sondern kann auch die indirekte Kreditvergabe über einen Dritten oder eine Kreditvergabezweckgesellschaft (Buchst. b) erfassen.[37] Auf den Begriff der Gelddarlehensgewährung nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 KWG kann gleichwohl hinsichtlich der Einzelfragen vorbehaltlich des § 20 Abs. 9 Satz 2 KAGB

32 Baur/Tappen/Mehrkhah/Behme/*Bentele*, Investmentgesetze, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, KAGB § 20 Rn. 89 ff.; Emde/Dornseifer/Dreibus/*Thole*, KAGB, 3. Aufl. 2023, KAGB § 20 Rn. 98 f.; Assmann/Wallach/Zetzsche/*Wieland*, KAGB, 2. Aufl. 2023, KAGB § 20 Rn. 110.

33 Siehe näher dazu BT-Drs. 18/6744 S. 46; Assmann/Wallach/Zetzsche/*Wieland*, KAGB, 2. Aufl. 2023, KAGB § 20 Rn. 134.

34 Siehe näher dazu BT-Drs. 18/6744 S. 45 und 63; Baur/Tappen/Mehrkhah/Behme/*Bentele*, Investmentgesetze, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, KAGB § 20 Rn. 95 f.; Emde/Dornseifer/Dreibus/*Thole*, KAGB, 3. Aufl. 2023, KAGB § 20 Rn. 102 f.; Assmann/Wallach/Zetzsche/*Wieland*, KAGB, 2. Aufl. 2023, KAGB § 20 Rn. 113 ff. — Siehe zur Neufassung des § 20 Abs. 9 KAGB durch Art. 1 Nr. 12 Buchst. f FoRiBG BT-Drs. 21/3510 S. 91 f.

35 Durch Art. 1 Nr. 12 FoRiBG wurde die Terminologie des § 20 KAGB von „Gelddarlehen gewähren" in „Kredite vergeben" geändert.

36 BT-Drs. 18/6744 S. 64; Baur/Tappen/Mehrkhah/Behme/*Bentele*, Investmentgesetze, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, KAGB § 20 Rn. 8; Baur/Tappen/Mehrkhah/Behme/*Hartrott*, Investmentgesetze, Bd. 3, 4. Aufl. 2020, KAGB § 285 Rn. 10; WBA/*Boxberger*, KAGB, 3. Aufl. 2021, KAGB § 285 Rn. 7; Assmann/Wallach/Zetzsche/*Schmolke*, KAGB, 2. Aufl. 2023, KAGB § 285 Rn. 11; Emde/Dornseifer/Dreibus/*Thole*, KAGB, 3. Aufl. 2023, KAGB § 20 Rn. 99.

37 Siehe zur Einführung der Definition der Kreditvergabe in § 1 Abs. 19 Nr. 24b KAGB durch Art. 1 Nr. 2 Buchst. g FoRiBG BT-Drs. 21/3510 S. 86.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rekurriert werden.[38] So liegt gemäß § 20 Abs. 9 Satz 2 Halbsatz 1 KAGB bei einer der Kreditvergabe nachfolgenden Änderung der Kreditbedingungen keine Vergabe eines Kredits vor.[39] Diese Bestimmung entspricht inhaltlich der bisherigen Regelung; als Beispiele nennt die Gesetzesbegründung zum OGAW-V-UmsG die Änderung der Zinslast und der zu leistenden Tilgung, die Prolongation und die Restrukturierung.[40] Auch die Verschärfung von Covenants und eine Nachbesicherung sind der Änderung der Kreditbedingungen zu subsumieren. Demgegenüber ist die Erhöhung der Darlehenssumme mehr als eine Änderung der Kreditbedingungen.[41] Gemäß § 20 Abs. 9 Satz 2 Halbsatz 2 KAGB bleibt § 20 Abs. 3 Satz 1 Nr. 10 KAGB unberührt; danach dürfen externe AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften neben der kollektiven Vermögensverwaltung von AIF Kreditdienstleistungen nach § 2 Abs. 3 KrZwMG erbringen.[42]

D. Erlaubnispflicht gemäß § 32 KWG als Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB?

In manchen, wenngleich seltenen, Fällen erfüllt der Erwerb eines Kredits den Tatbestand der Gelddarlehensgewährung und ist damit ein Bankgeschäft, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 KWG.[43] Wer ein Bankgeschäft im Inland

38 Assmann/Wallach/Zetzsche/*Schmolke*, KAGB, 2. Aufl. 2023, KAGB § 285 Rn. 11.

39 Siehe näher zum Gesetzgebungsverfahren betreffend § 20 Abs. 9 Satz 2 KAGB a. F. Assmann/Wallach/Zetzsche/*Wieland*, KAGB, 2. Aufl. 2023, KAGB § 20 Rn. 118 f. — In § 20 Abs. 9 Satz 2 Halbsatz 1 KAGB heißt es: „liegt nicht vor". Dies könnte als Fiktion zu begreifen sein. Insofern von „gilt" sprechend Patzner/Döser/Kempf/*Döser*, HK-InvestmentR, 3. Aufl. 2017, KAGB § 20 Rn. 8. Vgl. auch BT-Drs. 18/6744 S. 46: „Änderungen der Darlehensbedingungen, die [eigentlich] als Darlehensvergabe zu bewerten" seien. Siehe allgemein zur dogmatischen Einordnung einer Vorschrift als Fiktion *Albrecht*, Fiktionen im Recht, 2020, passim.

40 BT-Drs. 18/6744 S. 46. Siehe dazu auch WBA/*Boxberger*, KAGB, 3. Aufl. 2021, KAGB § 285 Rn. 7; Assmann/Wallach/Zetzsche/*Schmolke*, KAGB, 2. Aufl. 2023, KAGB § 285 Rn. 10; Emde/Dornseifer/Dreibus/*Thole*, KAGB, 3. Aufl. 2023, KAGB § 20 Rn. 107; Assmann/Wallach/Zetzsche/*Wieland*, KAGB, 2. Aufl. 2023, KAGB § 20 Rn. 119.

41 *Brockhaus/Thiessen*, RdF 2017, 31 (34); Baur/Tappen/Mehrkhah/Behme/*Bentele*, Investmentgesetze, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, KAGB § 20 Rn. 99.

42 Siehe zur Einführung des § 20 Abs. 3 Satz 1 Nr. 10 KAGB durch Art. 1 Nr. 12 Buchst. b Doppelbuchst. cc FoRiBG BT-Drs. 21/3510 S. 91. Siehe zu § 2 Abs. 3 KrZwMG oben § 1 B. I.

43 Gedacht sei etwa an den Erwerb der Vertragsposition des Darlehensgebers eines revolvierenden Kredites (vgl. oben § 4 A a. E.) durch einen Investor, der keinen Ausnahmetatbestand nach § 2 Abs. 1 KWG (siehe zu den Bereichsausnahmen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3b–3e KWG oben § 4 B) erfüllt.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, betreiben will, bedarf nach § 32 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 Alt. 1 KWG der schriftlichen Erlaubnis der Aufsichtsbehörde; diese Erlaubnispflicht ist gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 KWG strafbewehrt.[44] Wird dagegen durch die Übertragung eines Kredits verstoßen, stellt sich die Frage, ob dies zur Nichtigkeit des Übertragungsgeschäftes gemäß § 134 BGB führt:

Einem Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, versagt § 134 BGB nur im Grundsatz die Wirksamkeit. Die Nichtigkeitsfolge tritt nicht ein, wenn sich aus dem verletzten Gesetz ein anderes ergibt, § 134 BGB. Selten ordnet die verletzte Verbotsnorm explizit die Nichtigkeit an. Zu fragen ist dann, ob es sich mit dem Zweck der Verbotsnorm vereinbaren lässt, wenn die verbotswidrig geschaffene Rechtslage bestehen bleibt.[45] Dabei spricht es für die Nichtigkeit, wenn sich das verletzte Gesetz gegen den wirtschaftlichen Erfolg richtet, der mit dem Rechtsgeschäft erreicht wurde. Umgekehrt spricht es für den Bestand des Rechtsgeschäfts, wenn das Verbotsgesetz nur den Abschluss des Rechtsgeschäfts missbilligt, namentlich dessen Begleitumstände.[46] So mangelt es etwa an einem Inhaltsverbot, wenn die Verbotsnorm eine bloße Ordnungsvorschrift ist.[47] Gegen die Nichtigkeitsfolge spricht es ferner, wenn sich das Verbot nur gegen eine der am Rechtsgeschäft beteiligten Personen richtet, mithin das Verbot nur auf deren Handlungen einwirken und nur sie vom Abschluss des Rechtsgeschäfts abhalten soll.[48]

---

44 Ist der Erwerber keine natürliche Person, trifft die Strafbarkeit dessen handelnden Vertreter, § 54 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, § 32 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 Alt. 1 KWG, § 14 Abs. 1 StGB, Art. 1 Abs. 1 EGStGB.

45 Vgl. BeckOK BGB/*Wendtland*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 134 Rn. 9.

46 *RGVZ*, Beschl. v. 17.3.1905 – V 213/03, RGZ 60, 273 (275); *BGH*, Urt. v. 30.11.1979 – V ZR 214/77, BGHZ 75, 366 (368); Urt. v. 27.9.1989 – VIII ZR 57/89, BGHZ 108, 364 (368); *Bork*, BGB AT, 4. Aufl. 2016, Rn. 1092 f.; BeckOK BGB/*Wendtland*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 134 Rn. 10 f.

47 *BGH*, Urt. v. 30.11.1979 – V ZR 214/77, BGHZ 75, 366 (368); Urt. v. 27.9.1989 – VIII ZR 57/89, BGHZ 108, 364 (368); *Bork*, BGB AT, 4. Aufl. 2016, Rn. 1095; BeckOK BGB/*Wendtland*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 134 Rn. 13. — Anderer Ansicht *Flume*, BGB AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 17, 4, S. 347.

48 *RGVZ*, Beschl. v. 17.3.1905 – V 213/03, RGZ 60, 273 (276); *BGH*, Urt. v. 10.12.1975 – VIII ZR 306/74, BGHZ 65, 368 (370) m. w. N. zur Rechtsprechung des Reichsgerichts; Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 241/14, NJW 2016, 2561 (2562 Rn. 10); *Brox/Walker*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 14 Rn. 7; *Faust*, BGB AT, 8. Aufl. 2023, § 9 Rn. 3; BeckOK BGB/*Wendtland*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 134 Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nach diesen Maßgaben ist eine gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 Alt. 1 KWG verstoßende Kreditübertragung nicht gemäß § 134 BGB nichtig.[49] Gegen die Nichtigkeitsfolge spricht der Zweck der Erlaubnispflicht des Kreditgeschäftes: Diese gewerbepolizeiliche Vorschrift soll nicht die Gewährung von Gelddarlehen per se verhindern, sondern deren Beaufsichtigung sicherstellen. Damit fehlt es an der Missbilligung des Rechtsgeschäftes als solchen, mithin an einem Inhaltsverbot.[50] Hinzu kommt die Einseitigkeit des Verbotsgesetzes. Es richtet sich nur gegen den Krediterwerber – nur ihm fehlt eine Bankerlaubnis.[51] An der Einseitigkeit änderte sich auch nichts, wenn ein Vertreter der Bank an der Verletzung des Verbotsgesetzes durch die Nicht-Bank teilnimmt (etwa als Gehilfe, § 27 StGB) und dies der Bank nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG zuzurechnen[52] sein sollte: In diesem Fall träfe die Verbotsnorm die Bank zwar mittelbar. Adressat der Verbotsnorm bliebe jedoch allein die Nicht-Bank.[53] Außerdem träfe die Nichtigkeit des Übertragungsgeschäftes Dritte, die den Kredit von der Nicht-Bank erwerben.

49 Ebenso *Fiedler*, CFL 2011, 421 (424 f.); *Teichmann*, BKR 2011, 324 (326); *Heer*, BKR 2012, 45 (47 f.); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 321. — Wohl auch *BGH*, Urt. v. 19.4.2011 – XI ZR 256/10, BKR 2011, 327 (328 Rn. 17). Doch ist das ungewiss, da er nur über Fälle entschied, welche die Zession und die Ausgliederung betrafen. Allerdings führt er vergleichend an, dass der Schuldner bei der Vertragsübernahme durch das Zustimmungserfordernis entsprechend §§ 414 ff. BGB geschützt werde (*BGH*, Urt. v. 19.4.2011 – XI ZR 256/10, BKR 2011, 327 [328 f. Rn. 21]). Dass der *Bundesgerichtshof* betreffend den Schuldnerschutz auf das Zustimmungserfordernis und nicht auf die Erlaubnispflichtigkeit abstellte, spricht dafür, dass er hinsichtlich der Vertragsübernahme zu einem entsprechenden Ergebnis gelangen würde. Den *Bundesgerichtshof* ebenso deutend *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 321 Fn. 67. — Sehr kritisch, aber die Unwirksamkeit nach § 134 BGB letztlich dennoch verneinend *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 403 ff.

50 *BGH*, Urt. v. 19.4.2011 – XI ZR 256/10, BKR 2011, 327 (328 Rn. 20); vgl. auch *BGH*, Urt. v. 5.10.1989 – III ZR 34/88, NJW 1990, 1356; Urt. v. 23.1.1997 – IX ZR 297/95, NJW 1997, 1435 (1436 f.); *Heer*, BKR 2012, 45 (48); siehe allgemein zum gefahrenabwehrrechtlichen Zweck der Bankenaufsicht MüKoBGB/*Lehmann*, Bd. 13, 8. Aufl. 2021, T. 12 Buchst. B Rn. 191.

51 *BGH*, Urt. v. 19.4.2011 – XI ZR 256/10, BKR 2011, 327 (328 Rn. 20); vgl. auch *BGH*, Urt. v. 5.10.1989 – III ZR 34/88, NJW 1990, 1356; Urt. v. 23.1.1997 – IX ZR 297/95, NJW 1997, 1435 (1436 f.); *Heer*, BKR 2012, 45 (48).

52 Vgl. zur Zurechnung *BGH*, Urt. v. 15.5.2012 – VI ZR 166/11, NJW 2012, 3177 (3179 Rn. 19); Park/*Gercke*/*Stirner*, HK-KapMStrafR, 6. Aufl. 2024, Kap. 16.19 Rn. 12.

53 Vgl. *BGH*, Urt. v. 10.7.1991 – VIII ZR 296/90, BGHZ 115, 123 (125 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

E. Ergebnis

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.[54] Allerdings greift die KWG-Erlaubnispflicht wegen der Bereichsausnahme gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3b Alt. 1 KWG nicht gegenüber AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften.[55] Diesen ist die Kreditvergabe nach Maßgabe des § 20 Abs. 9 KAGB gestattet.[56] 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.[57] Damit bleibt insgesamt festzuhalten, dass die bankenaufsichts- und kapitalanlagerechtliche Regulierung der Gelddarlehensgewährung die Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren kaum beschränken dürfte.[58]

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

55 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.

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

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

58 Siehe zu diesem Befund auch *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 325.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 5 Das Bankgeheimnis als Schranke der Ausplatzierung

Nach einem Blick auf die Ursprünge, den Inhalt und die Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses (dazu A.) widmet sich die Untersuchung der Frage, inwiefern das Bankgeheimnis bei der Ausplatzierung eines Kredits verletzt wird (dazu B.).

Nicht behandelt wird die Wirksamkeit der Ausplatzierung von Krediten unter Verstoß gegen die DS-GVO,[1] da vornehmlich juristische Personen zum Ziel einer forderungsbasierten Übernahme werden; die DS-GVO schützt jedoch natürliche Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, Art. 1 Abs. 1 DS-GVO. Daten über juristische Personen fallen nicht unter den Begriff der personenbezogenen Daten nach Art. 4 Nr. 1 DS-GVO.[2] Bei der Ausplatzierung eines Kredits, der einer juristischen Person gewährt wurde, werden daher in aller Regel[3] keine personenbezogenen Daten verarbeitet. Ein Verstoß gegen die DS-GVO scheidet damit aus.[4]

---

1 Zur Frage nach der Wirksamkeit der Ausplatzierung von Krediten unter Verstoß gegen die DS-GVO sei verwiesen auf *Lehmann/Wancke*, WM 2019, 613 ff.; *dies.*, WM 2019, 665 ff.; überzeugend NK-BGB/*Kreße*, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, BGB § 399 Rn. 18. — Vor dem Inkrafttreten der DS-GVO verneinte die herrschende Meinung Nichtigkeit gemäß § 134 BGB, siehe *BGH*, Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05, BGHZ 171, 180 (187 ff. Rn. 27 ff.) – unbeanstandet seitens des *BVerfG*, Beschl. v. 11.7.2007 – 1 BvR 1025/07, BKR 2007, 503; zustimmend *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 177 ff.; *Muckel*, JA 2008, 552 (554). — Anderer Ansicht *LG Lüneburg*, Urt. v. 11.2.2003 – 3 O 141/02, ZVI 2003, 162; *Schantz*, VuR 2006, 464 (467); *Weichert*, VuR 2007, 373 (374 ff.); *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472 (474 f.); *Wulfken*, Grundlagen des NPL-Geschäftes, 2013, 113 (118); *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014, S. 312.

2 *EuGH*, Urt. v. 9.11.2010 – C-92, 93/09, EuZW 2010, 939 (941 Rn. 52); Paal/Pauly/*Ernst*, DS-GVO, 3. Aufl. 2021, DS-GVO Art. 2 Rn. 3, Art. 4 Rn. 3 ff.; Taeger/Gabel/*Arning/Rothkegel*, DS-GVO, 4. Aufl. 2022, DS-GVO Art. 4 Rn. 16; Gola/Heckmann/*Gola*, DS-GVO, 3. Aufl. 2022, DS-GVO Art. 2 Rn. 16 und Art. 4 Rn. 26 ff. — Der Begriff der personenbezogenen Daten nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BDSG ist dem gemäß Art. 4 Nr. 1 DS-GVO identisch, Gola/Heckmann/*Gola/Reif*, DS-GVO, 3. Aufl. 2022, BDSG § 1 Rn. 5.

3 Siehe zur Möglichkeit eines Durchschlagens auf hinter der juristischen Person stehende natürliche Personen Taeger/Gabel/*Arning/Rothkegel*, DS-GVO, 4. Aufl. 2022, DS-GVO Art. 4 Rn. 17; Gola/Heckmann/*Gola*, DS-GVO, 3. Aufl. 2022, DS-GVO Art. 4 Rn. 28. — Vgl. auch *Schalast/Daynes*, HfB – WPS No. 66, 2005, S. 47.

4 Siehe insofern zum alten Recht *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (101); *Franke*, Debt Equity Swaps, 2011, S. 65; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 313 Fn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

A. Inhalt und Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses

Seit langem ist bekannt, wie bedeutsam der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Bank und Kunde für das Bankgeschäft ist.[5] Schon im Jahre 1593 verpflichtete die *Banco Ambrosiano*[6] ihre Angestellten zur Verschwiegenheit in Betreff der Angelegenheiten ihrer Bankkunden.[7] Im Folgenden werden die öffentlich-rechtliche Dimension des Bankgeheimnisses (dazu I.), dessen gewohnheitsrechtliche Anerkennung (dazu II.), dessen Qualifikation als Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB (dazu III.) und dessen Regelung in den AGB der Banken und Sparkassen (dazu IV.) behandelt.

I. Die öffentlich-rechtliche Dimension des Bankgeheimnisses

Die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG schützt den Kunden und die Bank in ihrem Interesse an der Wahrung des Bankgeheimnisses.[8] Bei natürlichen Personen als Bankkunden wird dieses Interesse auch durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt.[9]

---

5 *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1540); Ellenberger/Bunte/*Krepold*/*Zahrte*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 8 Rn. 11.

6 Die *Banco Ambrosiano* mit Sitz in Mailand (Milano) war bis zu ihrem Zusammenbruch im Jahre 1982 die größte italienische Privatbank, siehe dazu *o. V.*, HB v. 7.1.1986, Nr. 4, 1.

7 Sichtermann/*Kirchherr*, Bankgeheimnis, 3. Aufl. 1984, S. 71; *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1540); *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 81 ff.; *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014, S. 94 f. — Siehe zu den historischen Ursprüngen des Bankgeheimnisses im deutschsprachigen Raum *Fuhrmann*, Bankgeheimnis, 2009, S. 10 f.; BeckOK DatenschutzR/*Spoerr*, 48. Ed. 1.5.2024, Grdl. u. bereichsspezifischer Datenschutz, Syst. J. Rn. 20. — Siehe zur Entstehungsgeschichte des AGB-Bankgeheimnisses Ellenberger/Bunte/*ders.*/*Artz*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, AGB-Banken Nr. 2 Rn. 3 ff.

8 *P. Lerche*, ZHR 149 (1985), 165 Fn. 4; *Rehbein*, ZHR 149 (1985), 139 (145); Staub/*Canaris*, HGB, Bd. 5/1, 4. Aufl. 2005, Rn. 38; *Fuhrmann*, Bankgeheimnis, 2009, S. 14; Ellenberger/Bunte/*Krepold*/*Zahrte*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 8 Rn. 27; Fischer/Schulte-Mattler/*Lindemann*, KWG, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, KWG § 9 Rn. 14; Ebenroth/Boujong/*von Spannenberg*, HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2024, Buchst. A Rn. 145; BeckOK DatenschutzR/*Spoerr*, 48. Ed. 1.5.2024, Grdl. u. bereichsspezifischer Datenschutz, Syst. J. Rn. 21.

9 *P. Lerche*, ZHR 149 (1985), 165 (174 f.); *Rehbein*, ZHR 149 (1985), 139 (144 f.); Horn/*ders.*, Die AGB-Banken 1993, 1994, S. 88; *St. Hofmann*/*Walter*, WM 2004, 1566 (1570); *Klüwer*/*Meister*, WM 2004, 1157 (1159); Staub/*Canaris*, HGB, Bd. 5/1, 4. Aufl. 2005, Rn. 37; ausführlich *Fuhrmann*, Bankgeheimnis, 2009, S. 14 ff.; SBL/*Krepold*, BankR-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der einfache Gesetzgeber setzt die Existenz des Bankgeheimnisses in mehreren Vorschriften voraus.[10] So verpflichtete § 30a AO a. F.[11] die Finanzbehörden, auf das „Vertrauensverhältnis zwischen den Kreditinstituten und deren Kunden" besondere Rücksicht zu nehmen.[12] Heute noch gültige Vorschriften, die von einer generellen Anerkennung des Bankgeheimnisses zeugen, sind etwa § 9 Abs. 1 Satz 1 KWG[13], Art. 172 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e Ziff. iii Var. 2 CRR[14] und § 32 Satz 1 BBankG[15]. Im Zivilprozess berechtigt § 383 Abs. 1 Nr. 6 Var. 3 ZPO betreffend das Bankgeheimnis zur Verweigerung des Zeugnisses.[16] Im Strafprozess besteht demgegenüber kein solches Zeugnisverweigerungsrecht, vgl. §§ 53, 161a StPO.[17]

HdB., Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 39 Rn. 5 f.; Fischer/Schulte-Mattler/*Lindemann*, KWG, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, KWG § 9 Rn. 14; Ebenroth/Boujong/*von Spannenberg*, HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2024, Buchst. A Rn. 145. — Ablehnend Ellenberger/Bunte/*Krepold/Zahrte*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 8 Rn. 23 ff.

10 *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1540); *Sa. Hofmann*, BKR 2008, 241 (242); Theewen/*Laule*, Bank- u. KapMR, 2010, S. 12 Rn. 5; Ellenberger/Bunte/*Krepold/Zahrte*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 8 Rn. 18. — Diese Aussage als nicht ganz präzise bezeichnend, da der Gesetzgeber in den insofern angeführten Normen der besonderen Schwere des Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung trage, aber nicht das Verhältnis zwischen Bank und Kunde regele, Schwintowski/*Schantz*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 4.

11 § 30a AO wurde aufgehoben durch Art. 1 Nr. 2 i. V. m. Art. 11 Abs. 2 StUmgBG und gilt seit dem 25.6.2017 nicht mehr.

12 Der Vorschrift wurde nur deklaratorischer Charakter beigemessen und kein Recht zur Auskunftsverweigerung entnommen, siehe *BFH*, Urt. v. 18.2.1997 – VIII R 33/95, DStR 1997, 961 (963); Koenig/*Intemann*, AO, 3. Aufl. 2014, AO § 30a Rn. 11.

13 Vgl. dazu Fischer/Schulte-Mattler/*Lindemann*, KWG, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, KWG § 9 Rn. 13 f.; Erbs/Kohlhaas/*Häberle*, Strafrechtliche Nebengesetze, 251. EL März 2024, KWG § 9 Rn. 1 ff. — Außer § 9 Abs. 1 Satz 1 KWG sei auch § 47 GwG Ausdruck der Anerkennung durch den Gesetzgeber, BeckOK DatenschutzR/*Spoerr*, 48. Ed. 1.5.2024, Grdl. u. bereichsspezifischer Datenschutz, Syst. J. Rn. 21.

14 Vgl. dazu Ellenberger/Bunte/*Krepold/Zahrte*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 8 Rn. 22; Fischer/Schulte-Mattler/*Loch*, KWG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, CRR Art. 172 Rn. 26.

15 Die Wahrung des Dienst- und Bankgeheimnisses bezweckt nicht nur den Schutz der Bundesbank selbst, sondern auch den Schutz ihrer privaten Geschäftspartner, NK-BBankG/*Berger/Rübsamen*, 2. Aufl. 2014, BBankG § 32 Rn. 1. — Siehe auch Ellenberger/Bunte/*Krepold/Zahrte*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 8 Rn. 393 ff.

16 *OLG Naumburg*, Urt. v. 15.3.2012 – 9 U 208/11, GRUR-RR 2012, 388 (389); *LG Göttingen*, Beschl. v. 22.10.2002 – 10 T 57/02, ZIP 2002, 2269 (2270); Wieczorek/Schütze/*Ahrens*, ZPO, Bd. 6, 5. Aufl. 2024, ZPO § 383 Rn. 74.

17 *LG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 25.11.1953 – 5/7 Qs 183/53, NJW 1954, 688 (690); *LG Hamburg*, Beschl. v. 10.1.1978 – (86a) Qs 68/77, NJW 1978, 958 (959); Löwe-Rosenberg/*Ignor/Bertheau*, StPO, Bd. 2, 27. Aufl. 2018, StPO § 53 Rn. 4; Wabnitz/Janovsky/Schmitt/*Knierim*, Wirtschafts- u. Steuerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Kap. 10 Rn. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Das Bankgeheimnis als Gewohnheitsrecht

Angesichts der langen Historie[18] des Bankgeheimnisses verwundert es nicht, dass die herrschende Lehre das Bankgeheimnis als Gewohnheitsrecht einordnet.[19] Damit eine als Rechtssatz formulierbare Regel zu Gewohnheitsrecht erstarkt, muss sie durch länger andauernde und gleichmäßige Übung praktiziert werden. Zudem muss der betroffene Kreis der Rechtsgenossen diese Übung unwidersprochen als Recht anerkennen.[20] Beide Voraussetzungen dürften erfüllt sein: Der Gesetzgeber setzt das

18 Vgl. oben § 5 A.

19 Sichtermann/*Kirchherr*, Bankgeheimnis, 3. Aufl. 1984, S. 62 ff.; *Koberstein-Windpassinger*, WM 1999, 473 (474); *Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 3 Rn. 57; *Paetzmann*, ZfgK 2003, 968 (970); *Böhm*, BB 2004, 1641 (1642); *St. Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566 (1570); *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157; *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557 (1561); *Toth-Feher/Schick*, ZIP 2004, 491 (493); *Kristen/Kreppel*, BKR 2005, 123 (131); *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1540); *Schilmar/Breiteneicher/Wiedenhofer*, DB 2005, 1367 (1369 f.); *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 81 ff.; *Fuhrmann*, Bankgeheimnis, 2009, S. 24 f.; Derleder/Knops/Bamberger/*Beckhusen/Martens*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 8 Rn. 9; *Stainer*, Loan-to-own, 2020, S. 113; Ellenberger/Bunte/*Krepold/Zahrte*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 8 Rn. 14; BeckOK DatenschutzR/*Spoerr*, 48. Ed. 1.5.2024, Grdl. u. bereichsspezifischer Datenschutz, Syst. J. Rn. 24. — Die Anerkennung offenlassend *BGH*, Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05, BGHZ 171, 180 (186 f. Rn. 24). — Die Frage der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung für unerheblich erachtend Schwintowski/*Schantz*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 5 a. E. — Nach *Huhmann*, Bankgeheimnis, 2002, S. 33 f. sei die Anerkennung auf das Kunde-Bank-Verhältnis beschränkt. — Zweifelnd *Fisahn*, CR 1995, 632 (634); *Jobe*, ZIP 2004, 2415 (2416) – letzterer wegen der grundrechtsbeschränkenden Wirkung gegenüber Banken. — Implizit ablehnend *Klüwer/Meister*, WuB I B 3, Bankgeheimnis/-auskunft, 1.04, 2004, 721 (725 f.), da sie § 134 BGB bereits mangels gesetzlicher Regelung des Bankgeheimnisses ablehnen. — Ablehnend *Ungnade*, WM 1976, 1210, da das Bankgeheimnis durch viele gesetzliche Auskunftspflichten durchbrochen werde. Ebenso *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 121, der zudem argumentiert, das Bankgeheimnis sei unbestimmt und dessen Inhalt umstritten.

20 *BVerfG*, Beschl. v. 8.1.1959 – 1 BvR 296/57, BVerfGE 9, 109 (117); Beschl. v. 19.12.1962 – 1 BvR 163/56, BVerfGE 15, 226 (232 f.); Beschl. v. 28.6.1967 – 2 BvR 143/61, BVerfGE 22, 114 (121); Beschl. v. 18.2.1970 – 1 BvR 226/69, BVerfGE 28, 21 (28 f.); Beschl. v. 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248 (269); *BGH*, Urt. v. 8.7.1955 – I ZR 24/55, BGHZ 18, 81 ff.; Urt. v. 16.1.1957 – V ZR 94/55, BGHZ 23, 107 (119); Beschl. v. 19.6.1962 – I ZB 10/61, BGHZ 37, 219 ff.; Wolff/Bachof/Stober/Kluth/*Stober*, VerwR I, 13. Aufl. 2017, § 25 Rn. 15; Staudinger/*Merten*, BGB, 2018, EGBGB Art. 2 Rn. 93; Ehlers/Pünder/*Ehlers/Pünder*, AllgVerwR, 16. Aufl. 2022, § 2 Rn. 64; MüKoBGB/*Säcker*, Bd. 12, 9. Aufl. 2024, EGBGB Art. 2 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bankgeheimnis voraus[21] und die Gerichte erkennen es an,[22] ohne dass dagegen Widerspruch erhoben wird.[23]

III. Das Bankgeheimnis als Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB

Das Bankgeheimnis ist auch eine Ausprägung der Interessenwahrungs-, Loyalitäts- und Schutzpflicht der Bank gegenüber ihrem Kunden i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB.[24] Das nach § 241 Abs. 2 BGB erforderliche Schuldverhältnis sehen die Vertreter eines allgemeinen Bankvertrages in eben diesem.[25] Die herrschende Meinung stellt auf das konkrete vertragliche Schuldver-

21 Siehe oben § 5 A. I.

22 Vgl. *BGH*, Urt. v. 12.5.1958 – II ZR 103/57, BGHZ 27, 241; Urt. v. 19.9.1985 – III ZR 213/83, BGHZ 95, 362; Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05, BGHZ 171, 180; *OLG Naumburg*, Urt. v. 15.3.2012 – 9 U 208/11, GRUR-RR 2012, 388; *LG Göttingen*, Beschl. v. 22.10.2002 – 10 T 57/02, ZIP 2002, 2269.

23 Sichtermann/*Kirchherr*, Bankgeheimnis, 3. Aufl. 1984, S. 64 f.

24 *BGH*, Urt. v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 (93 Rn. 38); *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 122; *Fuhrmann*, Bankgeheimnis, 2009, S. 13; Derleder/Knops/Bamberger/*Häuser*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 3 Rn. 35. — Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 521 spricht von einer Treupflicht. — *Brömmelmeyer*, Schuldrecht AT, 2. Aufl. 2020, § 3 Rn. 19, ordnet die Diskretionspflicht als eine Treu-/Loyalitätspflicht den Rücksichtspflichten zu, wenn sie dem Vermögensschutz dient.

25 *Fisahn*, CR 1995, 632 (634); *Kusserow*/*Dittrich*, WM 1997, 1786 (1792); *Vallender*, FS Uhlenbruck, 2000, 133 (134); *Glauben*, DRiZ 2002, 104; Claussen/*ders.*, Bank- u. BörsR, 4. Aufl. 2008, § 3 Rn. 44; SBL/*Bunte*, BankR-HdB., Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 2 Rn. 11; Derleder/Knops/Bamberger/*Häuser*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 3 Rn. 33 und 35; Staudinger/*Martinek*/*Omlor*, BGB, 2017, BGB § 675 Rn. B39; Staudinger/*Omlor*, BGB, 2020, BGB § 675f Rn. 3; Ellenberger/Bunte/*Hopt*/*Roth*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 1 Rn. 30; Hopt/*ders.*, HGB, 43. Aufl. 2024, (7) Bankgeschäfte Rn. A 6.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hältnis ab.[26] Kam (noch) kein Schuldverhältnis durch Vertrag zustande, kann § 311 Abs. 2 BGB dessen Entstehen begründen.[27]

IV. Das Bankgeheimnis in den AGB der Banken und Sparkassen

Eine Definition des Bankgeheimnisses findet sich seit dem Jahre 1993 in Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 AGB-Banken; dort heißt es: „Die Bank ist zur Verschwiegenheit über alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen verpflichtet, von denen sie Kenntnis erlangt (Bankgeheimnis)."[28] — Gleichsam als Präambel heißt es in Nr. 1 Abs. 1 AGB-Sparkassen, dass die Geschäftsbeziehung zwischen dem Kunden und der Sparkasse durch ein besonderes Vertrauensverhältnis geprägt sei und sich der Kunde darauf verlassen könne, dass die Sparkasse das Bankgeheimnis wahre.

Primär bezwecken diese Klauseln, dem Kunden gegenüber Transparenz zu schaffen.[29] Fehlten sie, würde das Bankgeheimnis dennoch gelten; daher

---

26 *BGH*, Urt. v. 12.5.1958 – II ZR 103/57, BGHZ 27, 241 (246) – Überweisungsauftrag; Urt. v. 19.9.1985 – III ZR 213/83, BGHZ 95, 362 (365) – Kreditvertrag; *Liesecke*, WM 1975, 238 (247); Sichtermann/*Kirchherr*, Bankgeheimnis, 3. Aufl. 1984, S. 114 f.; *Schwark*, ZHR 151 (1987), 325 (329 f.); *Werner*, ZBB 1990, 236 (238); Staub/*Canaris*, HGB, Bd. 5/1, 4. Aufl. 2005, Rn. 4 ff.; *Lang*, ZBB 2006, 115 (119); *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014, S. 105 f.; L/B/S/*Müller-Christmann*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 1 Rn. 58; MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB vor § 488 Rn. 73; MüKoHGB/*Herresthal*, Bd. 6, 5. Aufl. 2024, T. 1 Buchst. A. Rn. 492; Ebenroth/Boujong/*von Spannenberg*, HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2024, Buchst. A Rn. 10 ff. und 97.

27 *Steindorff*, ZHR 149 (1985), 151 (153 f.); Staub/*Canaris*, HGB, Bd. 5/1, 4. Aufl. 2005, Rn. 12 ff. und 42; *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1539); *Petersen*, Bankgeheimnis, 2005, S. 27; *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 122; Kümpel/*Büchel*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 3.236; Ellenberger/Bunte/*Krepold/Zahrte*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 8 Rn. 11; Schwintowski/*Schantz*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 5; MüKoHGB/*Herresthal*, Bd. 6, 5. Aufl. 2024, T. 1 Buchst. A. Rn. 446; Ebenroth/Boujong/*von Spannenberg*, HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2024, Buchst. A Rn. 144; BeckOK DatenschutzR/*Spoerr*, 48. Ed. 1.5.2024, Grdl. u. bereichsspezifischer Datenschutz, Syst. J. Rn. 24. — Das Bankgeheimnis sei keine Rücksichtspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB, sondern eine Nebenleistungspflicht, meint hingegen *Hammen*, Bankrechtstag 2005, 2006, 113 (141 f.).

28 Siehe zu den AGB-Banken als Grundlage des Bankgeheimnisses *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014, S. 107 ff. — Das Bankgeheimnis ähnlich definierend *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).

29 Ellenberger/Bunte/*Krepold/Zahrte*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 8 Rn. 5; Ebenroth/Boujong/*von Spannenberg*, HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2024, Buchst. A Rn. 144.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wird diesen Klauseln verbreitet nur deklaratorischer Charakter beigemessen.[30]

Die Annahme rein deklaratorischen Charakters erscheint fraglich: Verpflichtet sich die Bank in ihren AGB zur Verschwiegenheit, ist diese Bestimmung objektiv und nach Maßgabe des § 305c Abs. 2 BGB auszulegen.[31] Ergibt es sich dann auch nur in einer Konstellation, dass die Rechtslage divergiert, je nachdem, ob die Bestimmung gilt, ist sie nicht mehr nur klarstellend,[32] sondern konkretisiert[33] insoweit die Geheimhaltungspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB.[34]

Vor diesem Hintergrund wird zu Recht die Frage aufgeworfen, ob Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 AGB-Banken als Abtretungsverbot i. S. d. § 399 Alt. 2 BGB auszulegen ist,[35] wenngleich dies angesichts des Wortlauts der Bestimmung

30 Den Bankgeheimnis-Klauseln nur deklaratorischen Charakter beimessend Horn/*ders.*, Die AGB-Banken 1993, 1994, S. 88; *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 122; Theewen/*Laule*, Bank- u. KapMR, 2010, S. 12 Rn. 5; *Franke*, Debt Equity Swaps, 2011, S. 65; Schwintowski/*Schantz*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 5; Bunte/Zahrte/*dies.*, AGB-Banken, 6. Aufl. 2023, AGB-Banken Nr. 2 Rn. 40g; MüKoBGB/*Heermann*, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, BGB § 675 Rn. 79; Hopt/*ders.*, HGB, 43. Aufl. 2024, AGB-Banken Nr. 2 Rn. 1; Ebenroth/Boujong/*von Spannenberg*, HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2024, Buchst. A Rn. 144.

31 Siehe zum AGB-rechtlichen Grundsatz objektiver Auslegung *BGH*, Urt. v. 17.12.1987 – VII ZR 307/86, BGHZ 102, 384 (389 f.); Urt. v. 18.7.2007 – VIII ZR 227/06, NJW-RR 2007, 1697 (1700); Urt. v. 16.6.2009 – XI ZR 539/07, NJW 2009, 2671 (2673 Rn. 23); Urt. v. 13.5.2014 – XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 (176 f. Rn. 25); Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 152/15, NZM 2016, 307 (308 Rn. 17 f.); Urt. v. 19.4.2018 – III ZR 255/17, NJW 2018, 2117 (2118 Rn. 18); Urt. v. 15.11.2022 – XI ZR 551/21, BGHZ 235, 102 (107 Rn. 19); *Köhler*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 16 Rn. 22; Feldhusen/Niebling/*ders.*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 305c Rn. 25. Kritisch zum Grundsatz objektiver Auslegung Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher/Hau*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 305c Rn. 106; Staudinger/*Mäsch*, BGB, 2022, BGB § 305c Rn. 119a. — Siehe dazu noch unten § 8 B. III. 1.

32 Siehe *Ro. Koch*, BKR 2006, 182 (186 f. mit Fn. 52); vgl. zu einer Divergenz mit Blick auf die Einschränkung der Geheimhaltungspflicht bei einem notleidenden Kredit unten § 5 B. II. 2.

33 Siehe zum Vorrang der Parteivereinbarung bei der Konkretisierung von Rücksichtspflichten MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 62 und zur Ableitung des Vorranges der Parteivereinbarung aus der Formulierung „kann nach seinem Inhalt" *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 1 Rn. 19 f.; *Weiler*, Schuldrecht AT, 7. Aufl. 2024, § 5 Rn. 11; dazu noch unten § 6 C. I.

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

35 Diesen Ansatz verfolgend und § 399 Alt. 2 BGB im Ergebnis bejahend *Ro. Koch*, BKR 2006, 182 (186 f.); *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014, S. 109 f. und 309; Staudinger/*Wolfsteiner*, BGB, 2019, BGB § 1153 Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(siehe oben) zu verneinen ist. So liegt es fern, diese Bestimmung als eine Vereinbarung gemäß § 399 Alt. 2 BGB (i. V. m. § 413 BGB) auszulegen, wonach alle[36] Rechte der Bank gegenüber dem Kunden ihrem Inhalt[37] nach unübertragbar entstehen sollen. Und auch bei kundenfreundlicher Auslegung nach § 305c Abs. 2 BGB genügt solch eine entfernte Deutungsmöglichkeit nicht.[38]

B. Verletzung des Bankgeheimnisses bei der Ausplatzierung

Ein Kredit lässt sich kaum ausplatzieren, ohne dabei Informationen über den Darlehensnehmer zu teilen. Vor diesem Hintergrund wird diskutiert, ob bei der Ausplatzierung der Darlehensforderungen[39] die Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses eingeschränkt ist. Ein Teil der Literatur bejaht dies weithin.[40] Die überwiegende Ansicht bejaht nur für notleidende Kre-

36 Bezöge es sich nicht auf alle Rechte, wäre der Bestimmtheitsgrundsatz verletzt.

37 Siehe zur Inhaltsbestimmungslehre oben § 3 A. VII a. E.

38 Damit Zweifel bestehen, muss eine alternative Auslegungsmöglichkeit ernstlich in Betracht kommen; eine fernliegende Deutungsvariante reicht nicht, siehe *BGH*, Urt. v. 9.4.2002 – XI ZR 245/01, BGHZ 150, 269 (275); Urt. v. 30.10.2002 – IV ZR 60/01, BGHZ 152, 262 (265); Urt. v. 16.6.2009 – XI ZR 539/07, NJW 2009, 2671 (2673 Rn. 23); Urt. v. 30.3.2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 (142 Rn. 26); Urt. v. 5.5.2010 – III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 (315 Rn. 14); Urt. v. 18.7.2012 – VIII ZR 337/11, BGHZ 194, 121 (125 Rn. 16); Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 152/15, NZM 2016, 307 (308 Rn. 19); Urt. v. 19.4.2018 – III ZR 255/17, NJW 2018, 2117 (2118 Rn. 20); Urt. v. 19.1.2023 – VII ZR 34/20, BGHZ 236, 96 (105 f. Rn. 30); (ausführlich) *O. Meyer*, ZHR 174 (2010), 108 (128 ff.); *Köhler*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 16 Rn. 22 und 26; Feldhusen/Niebling/*ders.*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 305c Rn. 38; BeckOK BGB/*H. Schmidt*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 305c Rn. 60; siehe auch noch unten § 8 B. III. 1.

39 Ist im Rahmen dieser Diskussion von Krediten oder Darlehensforderungen die Rede, dürften damit vornehmlich Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB nebst Sicherheiten, aber nicht auch kreditsichernde Informationsansprüche gemeint sein; sie finden jedenfalls keine ausdrückliche Erwähnung. Vgl. MüKoBGB/*C. A. Weber*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB vor § 491 Rn. 11. Vgl. auch die Argumentation *Langenbuchers*, NJW 2008, 3169 (3171) betreffend § 496 Abs. 2 Satz 1 BGB (dazu sogleich unten § 5 B. I. 1.). Diese Argumentation impliziert, dass es um Forderungen geht, die auch durch einen Verbraucherdarlehensvertrag begründet werden. — Vgl. dazu, dass die Diskussion seinerzeit mit Fokus auf die Verbriefung von Verbraucherimmobiliarkrediten geführt wurde, *Stainer*, Loan-to-own, 2020, S. 112.

40 *Baums*, WM 1993, 1 (6 f.); *Früh*, WM 2000, 497 (503 f.); *Bruchner*, BKR 2004, 394 (396); *Langenbucher*, BKR 2004, 333 (334); *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557 (1564 f.); *Stiller*, ZIP 2004, 2027 (2030); *Bütter/Tonner*, ZBB 2005, 165 (169); Staub/*Canaris*,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dite[41] eine Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht.[42] Andere lehnen eine Einschränkung gänzlich ab.[43] Der *Bundesgerichtshof* scheint jedenfalls eine generelle Einschränkung abzulehnen; dazu, ob die Verschwiegenheitspflicht eingeschränkt ist, wenn der Kredit Not leidet, hat er noch keine Stellung bezogen.[44]

Im Folgenden wird untersucht, durch welche Handlungen eine Bank im Zuge der Ausplatzierung das Bankgeheimnis verletzen kann (dazu I.) und inwiefern bei einem notleidenden Kredit das Bankgeheimnis ausnahmsweise eingeschränkt ist (dazu II.); insofern sei an dieser Stelle erinnert, dass nach der für diese Untersuchung maßgeblichen zivilrechtlichen Definition ein ungekündigter Kredit Not leidet, wenn der Darlehensgeber zur fristlosen Kündigung gemäß § 490 Abs. 1 BGB berechtigt ist.[45] Schließlich wird der Frage nachgegangen, ob das Bankgeheimnis ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB ist (dazu III.).

HGB, Bd. 5/1, 4. Aufl. 2005, Rn. 61a; *Sester/Glos*, DB 2005, 375 (378); *Langenbucher*, NJW 2008, 3169 (3171).

41 Siehe zur Definition eines notleidenden Kredits oben § 1 B. II.

42 *OLG Celle*, Urt. v. 10.9.2003 – 3 U 137/03, WM 2004, 1384 (1385); *Böhm*, BB 2004, 1641 (1643); *St. Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566 (1573); *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157 (1162); *Theewen*, WM 2004, 105 (113); *Kristen/Kreppel*, BKR 2005, 123 (131); *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1547); *Lützenrath/Peppmeier/Schuppener*, Bankstrategien für Unternehmenssanierungen, 2. Aufl. 2006, S. 162 Fn. 15; *Wittig*, Bankrechtstag 2005, 2006, 145 (184); *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (104); *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 462 ff.; *Aleth/Böhle*, DStR 2010, 1186 (1187); *Becken*, Kreditportfolios, 2017, S. 175 und 194; BeckFormB ZivilR/*Reppenthien*, 5. Aufl. 2022, Form. S. 1. Anm. 15; MüKoHGB/*Herresthal*, Bd. 6, 5. Aufl. 2024, T. 1 Buchst. A. Rn. 461.

43 *Ro. Koch*, BKR 2006, 182 (189); gegen eine Einschränkung mit Blick auf Sparkassen *von Usslar*, BKR 2008, 177 (182). Mit ausführlicher Begründung gegen eine Einschränkung *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 334 ff.; *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014, S. 288 ff. bejaht eine Einschränkung betreffend notleidende Kredite nur, wenn die Ausplatzierung gegenüber der Kündigung das mildere Mittel ist.

44 Vgl. *BGH*, Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05, BGHZ 171, 180 (185 Rn. 19): Erfüllt die Bank ihre Auskunftspflicht gegenüber dem Zessionar aus § 402 Alt. 1 BGB, könne sie infolgedessen gegenüber dem Darlehensnehmer nach § 280 Abs. 1 i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB zum Schadensersatz verpflichtet sein.

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Unmittelbare und mittelbare Verletzungen des Bankgeheimnisses

Das Bankgeheimnis kann bei der Ausplatzierung eines Kredits nicht nur vor (dazu 1.) und nach (dazu 2.) dem Gläubigerwechsel unmittelbar verletzt werden, sondern mittelbar auch durch den Gläubigerwechsel selbst (dazu 3.).

1. Unmittelbare Verletzung des Bankgeheimnisses vor dem Gläubigerwechsel

Die meisten Informationen dürfte eine Bank vor der Abtretung teilen, und zwar bei der Verhandlung des Kausalgeschäfts.[46] Doch auch bei der Abtretung (§ 398 Satz 1 BGB) wird sie Informationen weitergeben. So erfordert die Einigung nach §§ 154 f. BGB bestimmte[47] Angaben über die Forderung als den Gegenstand der Verfügung; die Identität der Forderung wird unter anderem durch die Person des Schuldners bestimmt.[48]

Als Argument zur Rechtfertigung dieser Verletzungshandlungen führt *Katja Langenbucher* § 496 Abs. 2 Satz 1 BGB ins Feld. Danach ist der Darlehensgeber verpflichtet, den Darlehensnehmer über einen Gläubigerwechsel zu informieren. Daraus folgert *Langenbucher*, die Informationsweitergabe könne das Bankgeheimnis nicht verletzen; dies gelte auch für ordnungsgemäß bediente Kredite, weil die Unterrichtungspflicht auch nicht vom Notleiden abhänge.[49] — *Langenbuchers* Argumentation vermag nicht zu überzeugen: Die Informationspflicht nach § 496 Abs. 2 Satz 1 BGB knüpft bloß an den Gläubigerwechsel an. Damit mag sie ein Argument für die

46 Vgl. *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 25.5.2004 – 8 U 84/04, BKR 2004, 330 (331); *Wittig*, Bankrechtstag 2005, 2006, 145 (168 f.); *Schwintowski*/*Schantz*, NJW 2008, 472 (474 f.); *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014, S. 283; MüKoHGB/*Herresthal*, Bd. 6, 5. Aufl. 2024, T. 1 Buchst. A. Rn. 460.

47 Siehe zu den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots betreffend die Forderungsabtretung Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 398 Rn. 7 ff.

48 Siehe dazu, dass Wirksamkeitsvoraussetzung der Zession die Offenlegung der Forderungsidentität und damit auch schuldnerbezogener Daten ist, weshalb bereits durch den Abtretungsvertrag das Bankgeheimnis verletzt wird, *Schwintowski*/*Schantz*, NJW 2008, 472 (473); Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 398 Rn. 7 und 18.

49 So *Langenbucher*, NJW 2008, 3169 (3171); ähnlich Ellenberger/Bunte/*Krepold*/*Zahrte*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 8 Rn. 143.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wirksamkeit der Abtretung sein,[50] lässt aber keinen Schluss auf die Reichweite des vertraglichen Bankgeheimnisses zu.[51] Dafür geben auch die Gesetzesmaterialien nichts her.[52]

Häufiger als mit § 496 Abs. 2 Satz 1 BGB wird die Geheimnisoffenbarung mit § 25a Abs. 2 KWG a. F. (entspricht § 25b KWG n. F.) gerechtfertigt. Dieser Vorschrift (sie regelt aufsichtsrechtliche Pflichten von Instituten bezüglich der Auslagerung) sei die Wertung zu entnehmen, die Bank verletze das Bankgeheimnis nicht, wenn sie Kredite ausplatziere und dabei Informationen weitergebe.[53] — Dieses Argument überzeugt nicht: Bei der Auslegung und Bestimmung von Rücksichtspflichten können aufsichtsrechtliche Vorschriften zwar Orientierung bieten.[54] Doch allein schon, weil die Ausplatzierung keine Auslagerung ist,[55] lässt sich dieser Vorschrift nicht die Wertung entnehmen, die Bank sei bei der Ausplatzierung vom Bankgeheimnis befreit.[56]

Andere stellen die Verschwiegenheitspflicht der Bank unter den Vorbehalt eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses des Darlehensnehmers und begründen dies mit § 242 BGB.[57] Ähnlich dazu plädieren wieder andere für eine Abwägung entsprechend datenschutzrechtlichen Bestimmungen.[58] — Auch dem wird nicht gefolgt: Der Darlehensnehmer allein ist

50 MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 146; MüKoBGB/*C. A. Weber*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 496 Rn. 13; MüKoHGB/*Herresthal*, Bd. 6, 5. Aufl. 2024, T. 1 Buchst. A. Rn. 462.

51 MüKoHGB/*Herresthal*, Bd. 6, 5. Aufl. 2024, T. 1 Buchst. A. Rn. 462 meint, die Persönlichkeitsrelevanz des Bankgeheimnisses hätte zudem eine (ausdrückliche) materielle Regelung erforderlich gemacht.

52 Vgl. insofern BT-Drs. 16/9778 S. 3; 16/9821 S. 14 f. Zu diesem Ergebnis gelangt auch MüKoHGB/*Herresthal*, Bd. 6, 5. Aufl. 2024, T. 1 Buchst. A. Rn. 462.

53 Vgl. *Früh*, WM 2000, 497 (504), der ergänzend § 242 BGB heranzieht; deutlich *Bruchner*, BKR 2004, 394 (396); besonders deutlich *Bütter/Tonner*, ZBB 2005, 165 (169); *Sester/Glos*, DB 2005, 375 (378).

54 MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 65.

55 *Wittig*, Bankrechtstag 2005, 2006, 145 (182) meint zwar, eine Auslagerung i. S. d. § 25a Abs. 2 KWG a. F. verletze das Bankgeheimnis nicht. Dabei weist er jedoch – wie auch *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (103) – darauf hin, dass die Ausplatzierung keine Auslagerung ist.

56 § 25a Abs. 2 KWG a. F. als Argument ablehnend *OLG Schleswig*, Urt. v. 18.10.2007 – 5 U 19/07, BKR 2008, 25 (27); *Hammen*, Bankrechtstag 2005, 2006, 113 (133); *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 280.

57 Deutlich *Früh*, WM 2000, 497 (503 f.); mit Einschränkung auch *Jobe*, ZIP 2004, 2415 (2419).

58 Dahingehend *Toth-Feher/Schick*, ZIP 2004, 491 (494); zu Recht ablehnend *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (103).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Geheimnisherr; daher braucht er kein berechtigtes oder auch nur nachvollziehbares Interesse am Schutz seiner Bankgeheimnisse,[59] zu deren Wahrung sich die Bank in ihren AGB ausdrücklich verpflichtet. Aus diesem Grund ist im Übrigen auch eine Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht für den Fall, dass der Zessionar seinerseits zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, abzulehnen.[60]

2. Unmittelbare Verletzung des Bankgeheimnisses nach dem Gläubigerwechsel

Die Bank ist nach der Abtretung gemäß § 402 Alt. 1 BGB verpflichtet, dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung[61] der Forderung nötige Auskunft zu erteilen. Durch die Erfüllung dieser Pflicht kann sie ihm ein Bankgeheimnis offenbaren.

Eine Ansicht negiert, dass die Bank dadurch ihre Pflicht zur Verschwiegenheit verletze. Sie meint, § 402 Alt. 1 BGB sei eine gesetzliche Begrenzung des Bankgeheimnisses[62] bzw. eine gesetzliche Bestimmung i. S. d. Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 AGB-Banken,[63] welche die Informationsweitergabe gebiete.[64]

---

59 *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (103); *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 458 mit Fn. 412; MüKoBGB/*Heermann*, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, BGB § 675 Rn. 80.

60 So aber *Langenbucher*, BKR 2004, 333 (334). Mit Blick auf ABS-Transaktionen *Stiller*, ZIP 2004, 2027 (2030). — Mit überzeugender Begründung dagegenhaltend *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (103). — Siehe zur Pflicht der Bank, den Krediterwerber zur Verschwiegenheit zu verpflichten (hinsichtlich der Angemessenheit einer zwecks Ausplatzierung vom Bankgeheimnis befreienden Klausel) *Wittig*, Bankrechtstag 2005, 2006, 145 (190); *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 593; siehe auch unten § 10 B. II. 1.

61 In § 402 Alt. 1 BGB ist nur von Geltendmachung und nicht auch von Durchsetzung die Rede. Eng am Wortlaut der Vorschrift auslegend *BGH*, Urt. v. 11.5.2000 – IX ZR 262/98, NZI 2000, 422 (426). — Dagegen von Geltendmachung und Durchsetzung sprechend MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 402 Rn. 5; BeckOK BGB/*Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 402 Rn. 5.

62 So Ellenberger/Bunte/*Krepold*/*Zahrte*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 8 Rn. 142.

63 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 AGB-Banken lautet: „Informationen über den Kunden darf die Bank nur weitergeben, wenn gesetzliche Bestimmungen dies gebieten oder der Kunde eingewilligt hat oder die Bank zur Erteilung einer Bankauskunft befugt ist".

64 *OLG Köln*, Urt. v. 15.9.2005 – 8 U 21/05, BKR 2005, 450 (451); *LG Koblenz*, Urt. v. 25.11.2004 – 3 O 496/03, BKR 2005, 108 (110); *Baums*, WM 1993, 1 (6 f.); *Rinze*/*Heda*, WM 2004, 1557 (1564 f.). Ohne Verweis auf den Wortlaut der Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken für einen Vorrang des § 402 Alt. 1 BGB vor dem Bankgeheimnis, Staub/*Canaris*, HGB, Bd. 5/1, 4. Aufl. 2005, Rn. 61a.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Ergebnis ist dem nicht zu folgen,[65] wenngleich gegen den Ansatz, mit dem AGB-Bankgeheimnis eine Einschränkung der Geheimhaltungspflicht zu begründen, nichts einzuwenden ist. Insofern überzeugt als Gegenargument auch nicht die angeblich rein deklaratorische Bedeutung des AGB-Bankgeheimnisses.[66] Wird nämlich durch eine Bestimmung wie Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 AGB-Banken eine Regelung vereinbart, die von der ohne diese Bestimmung geltenden Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses abweicht,[67] erfüllt dies den Tatbestand des § 307 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 BGB.[68] Dann ist die Bestimmung gerade nicht deklaratorisch.

Gegen eine Rechtfertigung der Informationsweitergabe mit Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 AGB-Banken wird des Weiteren vorgebracht, dass die Bank dann die Voraussetzungen gemäß § 402 Alt. 1 BGB nach Belieben und insbesondere auch bei Forderungen aus ungestörten Krediten schaffen könnte.[69] — Auch dieser Befund spricht nicht gegen den Begründungsansatz, sondern vielmehr dafür, dass Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 AGB-Banken den Bankkunden unangemessen benachteiligt und diese Bestimmung damit gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist.

Hier sei unterstellt, eine solch verwenderfreundliche Auslegung der Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 AGB-Banken führte nicht zu deren Unwirksamkeit gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB und wäre damit nicht die kundengünstigste, § 305c Abs. 2 BGB. Dann bleibt zu fragen, ob Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 AGB-Banken kundengünstig ausgelegt werden kann, sodass § 402 Alt. 1 BGB tatbestandlich nicht erfasst wird.[70] Dies ist zu bejahen: Es liegt nicht fern, unter einem gesetzlichen Gebot i. S. d. Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 AGB-Banken nur zwingende Vorschriften zu begreifen. Die Parteien der Abtretung können die

65 Siehe dazu, dass eine Bank auch durch die Erfüllung der Auskunftspflicht aus § 402 Alt. 1 BGB das Bankgeheimnis verletzen und sich damit gemäß § 280 Abs. 1 i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB schadensersatzpflichtig machen kann, *BGH*, Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05, BGHZ 171, 180 (185 Rn. 19).

66 So *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1546); *ders.*, ZIP 2008, 97 (103). Siehe zur Zweifelhaftigkeit der Annahme eines rein deklaratorischen Charakters des AGB-Bankgeheimnisses *Ro. Koch*, BKR 2006, 182 (186 f. mit Fn. 52); dazu schon oben § 5 A. IV.

67 Siehe zur gewohnheitsrechtlichen Anerkennung des Bankgeheimnisses oben § 5 A. II und zur Geheimhaltungspflicht nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses (§ 241 Abs. 2 BGB) oben § 5 A. III.

68 Siehe zur Feststellung der Kontrollfähigkeit einer Bestimmung nach § 307 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 BGB unten § 8 B. III. 1.

69 *Wittig*, Bankrechtstag 2005, 2006, 145 (183); *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (103); *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 279.

70 Siehe allgemein zur Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB unten § 8 B. III. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auskunftspflicht gemäß § 402 Alt. 1 BGB abbedingen,[71] womit diese kein Gebot i. S. d. Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 AGB-Banken ist.[72]

3. Mittelbare Verletzung des Bankgeheimnisses durch den Gläubigerwechsel

Das Bankgeheimnis wird definiert als die Pflicht der Bank zur Verschwiegenheit über alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen, von denen sie Kenntnis erlangt und deren Geheimhaltung ihr Kunde wünscht.[73] Insofern ließe sich sagen, das Bankgeheimnis gebiete nur zu schweigen, verbiete aber nicht den Gläubigerwechsel selbst.[74] Ob diese Aussage richtig ist, erscheint nicht nur bei einem (kreditsichernden) Informationsanspruch (dazu a)), sondern auch bei einer Geldforderung (dazu b)) zweifelhaft.

a) Kreditsichernder Informationsanspruch: Verpflichtung zur Selbstschädigung

Ein kreditsichernder Informationsanspruch verpflichtet den Darlehensnehmer, der Bank Informationen zu erteilen, welche diese nicht weitergeben darf. Bei einem Anspruch dieses Inhaltes liegt es nahe, in dem Gläubigerwechsel gemäß § 398 Satz 2 BGB einen mittelbaren Verstoß gegen die Vertraulichkeitspflicht zu erblicken.

Dagegen ließe sich vorbringen, die Bank gebe keine Informationen weiter. Der Darlehensnehmer selbst offenbare in Erfüllung des Anspruches

71 Disponibilität des § 402 Alt. 1 BGB bejahend *BGH*, Urt. v. 8.7.1993 – IX ZR 12/93, NJW 1993, 2795 f.; Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05, BGHZ 171, 180 (185 Rn. 19); Urt. v. 21.1.2010 – IX ZR 65/09, BGHZ 184, 101 (104 Rn. 11); Urt. v. 6.6.2019 – IX ZR 272/17, BGHZ 222, 165 (170 Rn. 13); *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 17.12.2004 – 2-21 O 96/02, BKR 2005, 67 (71); *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157 (1160); Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 402 Rn. 7; MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 402 Rn. 2. — Entschieden anderer Ansicht *Fuhrmann*, Bankgeheimnis, 2009, S. 45.

72 *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157 (1160); *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 208; *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 278.

73 *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). — Ähnlich definiert es Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 AGB-Banken. Siehe zum Bankgeheimnis in den AGB der Banken und Sparkassen oben § 5 A. IV.

74 Siehe *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 100 f.; Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 399 Rn. 54.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

seine Geheimnisse dem Zessionar; sei es auch unter Einsatz von Zwangsmitteln gemäß § 888 Abs. 1 ZPO[75]. — Diesem formalen Einwand wäre entgegenzuhalten, dass es der Bank zuzurechnen ist, wenn der Darlehensnehmer den Zessionar informiert. Denn durch die Übertragung des Informationsanspruches gibt sie dem Zessionar das Werkzeug in die Hand, um den Darlehensnehmer zum Geheimnisverrat zu zwingen. Wertungsmäßig gleicht dies dem Fall, dass die Bank den Informationsanspruch geltend macht und dann die erlangten Informationen mit dem Zessionar teilt.

Schließlich könnte man gegen die Pflichtwidrigkeit der Übertragung noch anführen, dass der Gläubigerwechsel bloß die Gefahr einer zurechenbaren Verschwiegenheitsverletzung schaffe. — Richtig ist daran: Die Übertragung eines Rechts ist nicht schon dann pflichtwidrig, wenn sie für ein Interesse des Schuldners, auf das der Gläubiger Rücksicht nehmen muss, eine zusätzliche Gefahr schafft oder eine bestehende Gefahr erhöht.[76] Zu sehen ist jedoch, dass die Übertragung eines Informationsanspruches gerade auf die Verwirklichung des Verletzungserfolges abzielt. Denn dass der Zessionar den Anspruch nicht verfolgt, ist nur eine entfernte Möglichkeit. Bei einem Informationsanspruch kann daher früher angesetzt und dessen Abtretung selbst schon als Verstoß gegen das Bankgeheimnis beurteilt werden.[77]

Bei einem kreditsichernden Informationsanspruch beeinträchtigt somit auch der Gläubigerwechsel als solcher das Geheimhaltungsinteresse des Darlehensnehmers. Damit verletzt auch dessen Übertragung selbst das Bankgeheimnis und insofern folgt aus dem Bankgeheimnis ein schuldrechtliches[78] Abtretungsverbot – eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht.

---

75 Kann nur der Schuldner die Auskunft erteilen, ist die Auskunft eine unvertretbare Handlung i. S. d. § 888 ZPO, *BGH*, Urt. v. 30.10.1967 – VIII ZR 176/65, BGHZ 49, 11 (15 f.); Beschl. v. 3.7.2008 – I ZB 87/06, NJW 2008, 2919 (2920 Rn. 8); Wieczorek/Schütze/*Rensen*, ZPO, Bd. 10/2, 4. Aufl. 2015, ZPO § 887 Rn. 24; MüKoZPO/*Gruber*, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, ZPO § 888 Rn. 3. — Gegenüber dem Organ des Schuldners kann Zwangshaft angeordnet werden, MüKoZPO/*Gruber*, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, ZPO § 888 Rn. 26; Musielak/Voit/*Lackmann*, ZPO, 21. Aufl. 2024, ZPO § 888 Rn. 10.

76 Allgemeiner und ausführlicher zur Gefahrerhöhung als Ansatz zur Begründung eines schuldrechtlichen Abtretungsverbotes unten § 6.

77 Siehe zur sonst erforderlichen Abwägung, um mit einer Gefahrerhöhung ein schuldrechtliches Abtretungsverbot zu begründen, unten § 6 D. II. 3 a. E.

78 Siehe zur Personengebundenheit kreditsichernder Informationsansprüche gemäß § 399 Alt. 1 BGB unten § 7 C. IV. 3. b).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Geldforderung: Entstehen der Auskunftspflicht nach § 402 Alt. 1 BGB

Auch bei einer Geldforderung kann der Gläubigerwechsel als solcher das Geheimhaltungsinteresse des Darlehensnehmers beeinträchtigen, und zwar, wenn es die Parteien der Abtretung unterlassen, die Auskunftspflicht gemäß § 402 Alt. 1 BGB abzubedingen;[79] denn erst mit dem Gläubigerwechsel entsteht die Auskunftspflicht.[80] Und ist die Bank verpflichtet, Informationen weiterzugeben, steigt die Gefahr, dass sie dies auch tut, mithin die Geheimhaltungspflicht verletzt. Auch diese Gefährdung des Vertraulichkeitsinteresses[81] durch den Gläubigerwechsel ist als eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht zu bewerten und auch insofern besteht eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht.

II. Teilweise Einschränkung des Bankgeheimnisses bei einem notleidenden Kredit

Das Bankgeheimnis aufgrund einer Vertragsuntreue des Darlehensnehmers gemäß § 242 BGB einzuschränken, ist zwar abzulehnen (dazu 1.), jedoch kann eine überwiegende Schutzwürdigkeit der Bank eine teilweise Einschränkung des Bankgeheimnisses gemäß § 242 BGB rechtfertigen (dazu 2.).

79 Siehe zur Disponibilität des § 402 Alt. 1 BGB oben § 5 B. I. 2 a. E.

80 Vgl. *BGH*, Urt. v. 8.7.1993 – IX ZR 12/93, NJW 1993, 2795 f. — Wohl zu keinem anderen Ergebnis gelangt MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 402 Rn. 2. Sie sieht die Rechtsgrundlage des Auskunftsanspruches zwar in dem Grundverhältnis zwischen dem Zedenten und dem Zessionar; daher entfalle diese Pflicht bei einem nichtigen Grundgeschäft. Auch sagt sie nicht, die Auskunftspflicht entfalle bei einem wirksamen Grundverhältnis, aber unwirksamer Zession. Das erscheint aber folgerichtig, da der Zessionar dann kein berechtigtes Interesse an einer Auskunft hat, die er zur Durchsetzung der Forderung benötigte. Ausdrücklich für einen Entfall sowohl bei einer unwirksamen Verfügung als auch einer unwirksamen Verpflichtung BeckOK BGB/*Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 402 Rn. 3 f.

81 Vgl. zur Einordnung einer Gefährdung des Vertraulichkeitsinteresses als eine Verletzung des derivativen Vertraulichkeitsinteresses unten § 6 D. I. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Keine Einschränkung aufgrund Vertragsuntreue des Darlehensnehmers

Eine Einschränkung des Bankgeheimnisses bei der Ausplatzierung eines notleidenden Kredits[82] gemäß § 242 BGB[83] wird verbreitet damit begründet, dass der Kredit Not leide: Dann nämlich habe der Darlehensnehmer durch sein vertragswidriges Verhalten die Geheimnisoffenbarung im Zuge der Ausplatzierung veranlasst, sodass er rechtsmissbräuchlich handelte, beriefe er sich auf das Bankgeheimnis.[84]

Diese Begründung wirft die Frage auf, ob ein ungekündigter Kredit nur dann Not leiden kann,[85] wenn der Darlehensnehmer eine Pflicht gegenüber dem Darlehensgeber verletzt hat.[86] Dies ist zu bejahen, wenn der Bonitätsverlust selbst als Pflichtverletzung bewertet wird.[87] Lehnt man eine solche

82 Siehe zur Definition des notleidenden Kredits oben § 1 B. II.

83 Teilweise wird die Einschränkung auch mit § 193 StGB begründet: Dogmatisch § 193 StGB heranziehend – allerdings für eine weitergehende Einschränkung als nur betreffend notleidende Kredite – *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557 (1565). „Teilweise" § 193 StGB als Basis heranziehend *Lützenrath/Peppmeier/Schuppener*, Bankstrategien für Unternehmenssanierungen, 2. Aufl. 2006, S. 162 Fn. 15. § 193 StGB vergleichsweise heranziehend: *Früh*, WM 2000, 497 (503) – der jedoch für eine weitergehende Einschränkung ist als nur betreffend notleidende Kredite; *Theewen*, WM 2004, 105 (113). — Eine Analogie ablehnend, da § 193 StGB als Ausformung des Art. 5 Abs. 1 GG auf Ehrverletzungsdelikte beschränkt sei, *OLG Schleswig*, Urt. v. 18.10.2007 – 5 U 19/07, BKR 2008, 25 (28); *St. Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566 (1573); *Jobe*, ZIP 2004, 2415 (2419); *Wittig*, Bankrechtstag 2005, 2006, 145 (183 f.); *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (103).

84 *OLG Celle*, Urt. v. 10.9.2003 – 3 U 137/03, WM 2004, 1384 (1385); *Böhm*, BB 2004, 1641 (1643); *St. Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566 (1573); *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157 (1162); *Kristen/Kreppel*, BKR 2005, 123 (131); *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1547); *Wittig*, Bankrechtstag 2005, 2006, 145 (184); *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (104); Theewen/*Laule*, Bank- u. KapMR, 2010, S. 14 Rn. 6.

85 Siehe zur Definition des notleidenden Kredits oben § 1 B. II.

86 Von einer Pflichtverletzung ausgehend *St. Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566 (1573); *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157 (1161 f.); nur in der Regel annehmend *Böhm*, BB 2004, 1641 (1643); *Nobbe*, ZIP 2008, 97 (104); Vermögensverschlechterung genügen lassend *Aleth/Böhle*, DStR 2010, 1186 (1187).

87 Mit Recht für eine Bonitätspflicht Ellenberger/Bunte/*Samhat*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 54 Rn. 228; BeckOGK ZivR/*C. A. Weber*, 1.8.2024, BGB § 490 Rn. 87. — Im Ergebnis für eine Bonitätspflicht, aber ohne dies auszusprechen, *Ganter*, WM 2016, 1813 (1814 f.). — Unklar *Krepold/Kropf*, WM 2015, 1 (11 f.), denn einerseits kritisieren sie die Meinung, wonach bei Kündigung seitens der Bank keine Vorfälligkeitsentschädigung anfalle, setzen zugleich aber voraus, dass die Bank infolge Nichtzahlung außerordentlich kündigt. Damit übergehen sie den pathologischen Fall einer Vermögensverschlechterung ohne (sonstige) Pflichtverletzung.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bonitätspflicht ab,[88] ist ein Notleiden ohne Pflichtverletzung zwar nicht zwingend ausgeschlossen, aber bei einem Unternehmenskredit dürfte der Darlehensnehmer auch dann in aller Regel eine Pflicht verletzt haben, und zwar die zur Einhaltung von Finanzkennzahlen.[89]

Damit bleibt zu beantworten, ob sich ein vertragsbrüchig gewordener Darlehensnehmer rechtsmissbräuchlich verhält, wenn er von der Bank weiterhin verlangt, dass sie das Bankgeheimnis wahrt. Ausgehend von dem Grundsatz, dass die Vertragsverletzung des einen Teiles nicht die des anderen rechtfertigt,[90] ist dies zu verneinen. Dass der Darlehensnehmer an Bonität verloren oder auch seine Zahlungspflicht verletzt hat, rechtfertigt es nicht schon aus sich heraus, Bankgeheimnisse zu offenbaren.[91]

2. Teilweise Einschränkung des Bankgeheimnisses aufgrund überwiegender Schutzwürdigkeit der Bank

In Betracht kommt eine Einschränkung der Geheimhaltungspflicht gemäß § 242 BGB aufgrund überwiegender Schutzwürdigkeit des Interesses[92] der

88 Ablehnend *Winneke/Reiff*, VuR 2016, 52 (57 ff.); *Mat. Huber*, WM 2017, 605 (607). MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 20 schließt eine Pflichtverletzung arg. e c. § 490 Abs. 3 Satz 2 BGB aus. Nach Ansicht des *LG Aachen* könne dieser Umkehrschluss durchaus vertreten werden (Urt. v. 19.10.2017 – 1 O 480/16, ZIP 2018, 116 [119] mit zust. Anm. v. *Griesbeck*, EWiR 2018, 35 f.). Überzeugend gegen dieses Argument BeckOGK ZivR/*C. A. Weber*, 1.8.2024, BGB § 490 Rn. 87. — Der *BGH*, Urt. v. 20.2.2018 – XI ZR 445/17, NJW 2018, 1812 (1813 Rn. 16 ff.) lehnte nur obiter und unter Zitierung des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Pflicht zur Erhaltung der Bonität ab; den Anspruch auf eine Vorfälligkeitsentschädigung konnte er ohnehin zusprechen, weil die Bank auch wegen Zahlungsverzuges gekündigt hatte.

89 Siehe zu Financial-Covenants oben § 2 C. I. 2. a).

90 Siehe *RG*, Urt. v. 5.2.1929 – VII 506/28, RGZ 123, 238 (242) und fortführend *BGH*, Urt. v. 14.7.1971 – VIII ZR 49/70, NJW 1971, 1747 (1748): Es sei „einem Vertragsteil niemals eine eigene Vertragsverletzung um einer Vertragsverletzung des anderen Teiles willen gestattet". Siehe ferner *BGH*, Urt. v. 26.11.2004 – V ZR 90/04, NJW-RR 2005, 743 (745 f.); Staudinger/*Looschelders/Olzen*, BGB, 2019, BGB § 242 Rn. 250; Grüneberg/*ders.*, BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 242 Rn. 46; BeckOK BGB/*Sutschet*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 242 Rn. 72.

91 *Ro. Koch*, BKR 2006, 182 (189); ausführlich *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 334 ff.

92 Siehe zu dieser Fallgruppe Staudinger/*Looschelders/Olzen*, BGB, 2019, BGB § 242 Rn. 262 ff.; Jauernig/*Mansel*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 242 Rn. 41; BeckOK BGB/*Sutschet*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 242 Rn. 82 a. E. und 94.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bank.[93] Zur Begründung einer solchen Einschränkung gemäß § 242 BGB bedarf es mehr, als dass das Interesse der Bank etwas schwerer wiegt als das Geheimhaltungsinteresse des Darlehensnehmers. Andernfalls würde übergangen, dass sich die Bank in Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 AGB-Banken zur Verschwiegenheit verpflichtet hat. Insofern ist zu betonen, dass es der Bank freisteht, mit dem Darlehensnehmer eine Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht zwecks Ausplatzierung zu vereinbaren. Nur wenn es, die Bank an ihrer Verschwiegenheitspflicht festzuhalten, „ein unzumutbar unbilliges Ergebnis"[94] bedeutete, rechtfertigt § 242 BGB es, dem Darlehensnehmer die Schutzwürdigkeit seines Interesses abzuerkennen. So muss das Interesse der Bank wesentlich schwerer[95] wiegen als die Beeinträchtigung des Geheimhaltungsinteresses des Darlehensnehmers:

Ohne Informationen über den Darlehensnehmer zu teilen, kann eine Bank einen Kredit kaum ausplatzieren.[96] An der Ausplatzierung eines notleidenden Kredits hat eine Bank ein erhöhtes finanzielles Interesse. Das ist zum einen durch den regulatorischen Rahmen (Basel III und IV; IFRS 9) begründet. Dieser verpflichtet sie, einem notleidenden Kredit mehr Eigenkapital zu unterlegen, was dementsprechend höhere Eigenkapitalkosten mit sich bringt.[97] Zum anderen bereitet ein notleidender Kredit der Bank einen größeren Betreuungsaufwand und führt insoweit zu höheren Personalkos-

93 Eine Interessenabwägung ohne dogmatische Rückbindung an § 242 BGB anstellend *LG Mainz*, Urt. v. 23.7.2003 – 3 S 42/03, BeckRS 2003, 156340 Rn. 9; *St. Hofmann*/*Walter*, WM 2004, 1566 (1573 f.).

94 *BGH*, Urt. v. 27.4.1977 – IV ZR 143/76, BGHZ 68, 299 (304); ähnlich formulierend Jauernig/*Mansel*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 242 Rn. 41; BeckOK BGB/*Sutschet*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 242 Rn. 94.

95 Siehe zur Voraussetzung einer wesentlich höheren Schutzwürdigkeit Soergel/*Teichmann*, BGB, Bd. 2, 12. Aufl. 1990, BGB § 242 Rn. 293; Staudinger/*Looschelders*/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 242 Rn. 262.

96 Siehe zu den Handlungen, durch die eine Bank im Zuge der Ausplatzierung das Bankgeheimnis verletzen kann, oben § 5 B. I.

97 *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 28 ff.; *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 8 f.; Derleder/Knops/Bamberger/*Schalast* et al., Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 35 Rn. 5; *Brinkmann*, NZI-Beil. 2019, 27; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 26; Thierhoff/Müller/*Ringelspacher*/*Ziegenhagen*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 757; Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1213; Dauses/Ludwigs/*Burgard*/*Heimann*, EU-WirtschaftsR-HdB, Bd. 1, 60. EL Februar 2024, E. IV Rn. 139.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten.[98] Wie zuvor ausgeführt, rechtfertigt das Notleiden selbst, auch wenn der Darlehensnehmer eine Pflicht verletzt hat, es nicht schon aus sich heraus, dass die Bank gegen die Verschwiegenheitspflicht verstößt.[99] Das Notleiden als Vertragsstörung ist jedoch dem Verantwortungsbereich des Darlehensnehmers zuzurechnen und daher unter dem Aspekt der Risikozuordnung[100] erschwerend zugunsten der Bank in Ansatz zu bringen.

Von der Schwere der Beeinträchtigung des Geheimhaltungsinteresses hängt es ab, ob das Interesse der Bank wesentlich höher eingeschätzt wird. Wie schwer der Darlehensnehmer in seinem Geheimhaltungsinteresse beeinträchtigt wird, bemisst sich nach dem Inhalt und Umfang der Informationen, welche die Bank bei der Ausplatzierung weitergibt:

Die Bank kann mit dem Forderungskäufer lediglich Informationen teilen, die auch bekannt werden können, wenn sie die Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB einklagt und darüber öffentlich (§ 169 Satz 1 GVG) verhandelt wird.[101] Hinsichtlich der Weitergabe solcher Informationen wird das Interesse der Bank wesentlich höher eingeschätzt als das Geheimhaltungsinteresse des Darlehensnehmers. Insoweit kommt bei einem notleidenden Kredit eine Einschränkung des Bankgeheimnisses gemäß § 242 BGB in Betracht.

In einem anderen Licht erscheint der Fall, dass die Bank Informationen weitergibt, die nicht öffentlich werden könnten, klagte sie ihre Forderungen ein. Das betrifft die Informationsweitergabe im Zuge der Verhandlung des Kausalgeschäfts: Um den Wert einer Forderung einzuschätzen, bedarf es deutlich mehr Informationen über den Darlehensnehmer als zu deren klageweiser Geltendmachung.[102] Dementsprechend schwer ist das Geheimhal-

98 *Von Sydow*/*Beyer*, AG 2005, 635 (636); *Reuter*/*Buschmann*, ZIP 2008, 1003; *Kilgus*, BKR 2009, 181 (187); *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 26.

99 Siehe oben § 5 B. II. 1.

100 Vgl. MüKoBGB/*Schubert*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 242 Rn. 127; BeckOK BGB/*Sutschet*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 242 Rn. 19. — Siehe zum Prinzip vertraglicher Proportionalität unter dem Aspekt der gegenseitigen Vertragsuntreue Wassermann/*Teubner*, AK-BGB, Bd. 2, 1980, BGB § 242 Rn. 42.

101 Mit § 169 Satz 1 GVG argumentierend SBL/*Krepold*, BankR-HdB., Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 39 Rn. 61; MüKoHGB/*Herresthal*, Bd. 6, 5. Aufl. 2024, T. 1 Buchst. A. Rn. 461 Fn. 1431. Vgl. auch *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 464. — Mit beachtlichen Argumenten dagegenhaltend *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 325 ff.

102 Siehe zur Due Diligence vor einem Distressed-Debt-Investment *Schalast*/*Daynes*, HfB – WPS No. 66, 2005, S. 22 ff. — Siehe zur Informationsweitergabe bei der Verhandlung des Kausalgeschäfts oben § 5 B. I. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tungsinteresse des Darlehensnehmers beeinträchtigt, wenn die Bank solche Informationen an einen oder gar mehrere potenzielle Käufer weitergibt. In Anbetracht der Schwere dieser Beeinträchtigung erscheint es als kein „unzumutbar unbilliges Ergebnis“[103], dass die Bank ihre Forderungen selbst durchsetzen muss, wenn sie den Kredit nicht ausplatzieren kann, ohne solche Informationen weiterzugeben. Folglich wird das Interesse der Bank nicht wesentlich höher eingeschätzt und eine Einschränkung des Bankgeheimnisses gemäß § 242 BGB in diesem Fall abgelehnt.[104]

Nach dem zuvor Gesagten wird es erst recht abgelehnt, das Verbot, einen kreditsichernden Informationsanspruch zu übertragen,[105] gemäß § 242 BGB einzuschränken: Zweifelhaft ist schon, ob das Interesse der Bank überhaupt überwiegt. Der Zessionar braucht keinen kreditsichernden Informationsanspruch, um die Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB geltend zu machen.[106] Den Kredit kann die Bank auch ohne diesen Anspruch ausplatzieren. Dementsprechend leicht wiegt deren Übertragungsinteresse. Anders verhält es sich auf der Seite des Darlehensnehmers: Ein kreditsichernder Informationsanspruch vermittelt nicht nur mehr Informationen, als bei der Verhandlung einer Zahlungsklage öffentlich würden, sondern auch zusätzliche und neue Informationen, also solche, welche die Bank dem Zessionar gar nicht geben kann. Erschwerend wirkt außerdem, dass der Darlehensnehmer gezwungen wäre, seine Geheimnisse selbst[107] zu offenbaren.

III. Das Bankgeheimnis – kein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB

Verletzt die Bank bei der Ausplatzierung ihre Verschwiegenheitspflicht, hat dies nicht die Nichtigkeit der hierbei getätigten Rechtsgeschäfte nach § 134

103 *BGH*, Urt. v. 27.4.1977 – IV ZR 143/76, BGHZ 68, 299 (304); ähnlich streng formulierend Jauernig/*Mansel*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 242 Rn. 41; BeckOK BGB/*Sutschet*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 242 Rn. 94.

104 Siehe aber ErwGr. 36 KrZwM-RL, wonach die Weitergabe nur (aber immerhin) der Informationen legitim sei, die erforderlich seien, um den Wert eines notleidenden Kredits sowie die Wahrscheinlichkeit einer Realisierung des Vertragswerts beurteilen zu können.

105 Siehe zu diesem mittelbaren Übertragungsverbot aus dem Bankgeheimnis oben § 5 B. I. 3. a).

106 Vgl. dazu oben § 3 C. I. 1. a).

107 Siehe zum strukturell erhöhten Schutzbedürfnis im Falle der Betroffenheit durch die Leistung im Lichte des § 399 Alt. 1 BGB unten § 7 C. IV. 2. b) dd).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

BGB zur Folge, da das Bankgeheimnis weder ein gewohnheitsrechtliches (dazu 1.) noch ein strafrechtliches (dazu 2.) Verbotsgesetz ist.

1. Kein gewohnheitsrechtliches Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB

Ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB kann auch gewohnheitsrechtlich begründet sein. Gesetz i. S. d. bürgerlichen Rechts ist jede Rechtsnorm, Art. 2 EGBGB. Das schließt das Gewohnheitsrecht ein; es ist grundsätzlich eine dem geschriebenen Recht gleichwertige Rechtsquelle.[108]

Damit eine gewohnheitsrechtliche Norm ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB ist, muss sie sich gegen ein bestimmtes Rechtsgeschäft richten und dieses eindeutig verwerfen.[109] Folglich bedarf es dauernder Übung und allgemeiner Rechtsüberzeugung, dass ein das Bankgeheimnis verletzendes Rechtsgeschäft unwirksam ist. Keine dieser Voraussetzungen ist erfüllt;[110] daher erblickt die herrschende Meinung im Bankgeheimnis mit Recht kein gewohnheitsrechtliches Verbotsgesetz.[111]

2. Kein strafrechtlicher Schutz des Bankgeheimnisses nach § 203 StGB

Das Strafrecht sanktioniert die Verletzung von Privatgeheimnissen in § 203 StGB. Verletzt ein Kreditinstitut bei der Ausplatzierung eines Kredits das

108 *Hoß*/*Laschet*, MDR 1999, 726 (727); Staudinger/*Sack*/*Seibl*, BGB, 2017, BGB § 134 Rn. 17; Soergel/*Meier*, BGB, Bd. 2/1, 14. Aufl. 2023, BGB § 134 Rn. 22; Grüneberg/*Ellenberger*, BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 134 Rn. 2; MüKoBGB/*Säcker*, Bd. 12, 9. Aufl. 2024, EGBGB Art. 2 Rn. 2.

109 *BGH*, Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05, BGHZ 171, 180 (186 f. Rn. 24); *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 137; *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 526 f.; MüKoBGB/*Armbrüster*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, BGB § 134 Rn. 44; Grüneberg/*Ellenberger*, BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 134 Rn. 2; BeckOK BGB/*Wendtland*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 134 Rn. 7.

110 Dazu ausführlich *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 159 ff.; siehe ferner *Zimmermann*, BKR 2008, 95 (96 f.).

111 *BGH*, Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05, BGHZ 171, 180 (186 f. Rn. 24); *Cahn*, WM 2004, 2041 (2049); *Bork*, ZIP 2008, 2049 (2051); *Theiselmann*, Recht für Finanzmanager, 2009, S. 100; *Hohlbein*, Sanierung, 2010, S. 213; Derleder/Knops/Bamberger/*Häuser*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 3 Rn. 20; MüKoBGB/*Armbrüster*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, BGB § 134 Rn. 75. — Dagegen meint *Wulfken*, Grundlagen des NPL-Geschäftes, 2013, 113 (118), aus dem Bankgeheimnis könne ein gesetzliches Abtretungsverbot folgen. — Ausdrücklich für Unwirksamkeit des Kausal- und Verfügungsgeschäftes im Falle der Verletzung des Bankgeheimnisses KöKo InsO/*Hess*, Bd. 1, 2016, InsO § 51 Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bankgeheimnis, stellt sich die Frage, ob dadurch eine Tat nach § 203 StGB begangen wird. Diese Frage muss für privatrechtlich (dazu a)) und öffentlich-rechtlich (dazu b)) verfasste Kreditinstitute getrennt beantwortet werden.

a) Privatrechtliche Kreditinstitute, § 203 Abs. 1 StGB

Platziert ein privatrechtlich verfasstes Kreditinstitut einen Kredit aus, rückt § 203 Abs. 1 StGB in den Blick. Danach wird bestraft, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Angehöriger einer der in § 203 Abs. 1 Nr. 1–7 StGB genannten Berufsgruppen anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist. Bankiers gehören keiner der genannten Berufsgruppen an und können somit keine Tat nach § 203 Abs. 1 StGB begehen.[112]

Eine strafrechtliche Analogie verbieten § 1 StGB und Art. 103 Abs. 2 GG.[113] Gegen eine gespaltene analoge Anwendung spricht die Einheit der Rechtsordnung,[114] sodass es hinsichtlich der Ausplatzierung von Krediten dahinstehen kann, ob § 203 Abs. 1 StGB ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB ist.[115]

b) Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute, § 203 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB

Anders als bei privatrechtlich verfassten Kreditinstituten scheitert eine Strafbarkeit bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten wie Sparkassen und Landesbanken nicht schon an der Wortlautgrenze:

112 *LG Nürnberg-Fürth*, Urt. v. 25.2.2008 – 10 O 11030/06, WM 2008, 2015 (2018); *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 143 f. — De lege ferenda plädiert *Tiedemann*, NJW 2003, 2213 (2215) dafür, den Täterkreis auf Bankiers zu erweitern.

113 *BGH*, Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05, BGHZ 171, 180 (186 Rn. 22); *LG Nürnberg-Fürth*, Urt. v. 25.2.2008 – 10 O 11030/06, WM 2008, 2015 (2018); *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1542).

114 Dazu ausführlich *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 149 f. — Einer gespaltenen Auslegung zuneigend *Weichert*, VuR 2007, 373 (375).

115 § 203 Abs. 1 StGB als Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB beurteilend *BGH*, Urt. v. 10.7.1991 – VIII ZR 296/90, BGHZ 115, 123 (124 ff.); Urt. v. 11.12.1991 – VIII ZR 4/91, BGHZ 116, 268 (272 ff.); Urt. v. 17.5.1995 – VIII ZR 94/94, NJW 1995, 2026; Urt. v. 11.10.1995 – VIII ZR 25/94, NJW 1996, 773 (774); Urt. v. 22.5.1996 – VIII ZR 194/95, NJW 1996, 2087 (2088); Urt. v. 21.1.2010 – IX ZR 65/09, BGHZ 184, 101 (104 Rn. 11); Urt. v. 6.6.2019 – IX ZR 272/17, BGHZ 222, 165 (168 f. Rn. 11).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

So wird nach § 203 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB bestraft, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihm als Amtsträger anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist. Amtsträger ist nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB, wer nach deutschem Recht dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute werden im Interesse staatlicher Daseinsvorsorge tätig. Folglich kann beispielsweise der Vorstand einer Landesbank als Amtsträger begriffen werden.[116] Auch ist es kaum zu bestreiten, dass das Bankgeheimnis ein Geheimnis[117] i. S. d. § 203 Abs. 2 StGB ist.[118]

In der Konsequenz wären somit privatrechtlich und öffentlich-rechtlich organisierte Kreditinstitute ungleich zu behandeln. Ohne sachlichen Grund verstieße dies gegen das Willkürverbot aus Art. 3 Abs. 1 GG. Einen sachlichen Grund könnte man in einer gesteigerten Erwartung des Rechtsverkehrs gegenüber Amtsträgern[119] und der Rechtmäßigkeit der Verwaltung[120] sehen. Auf der anderen Seite ist jedoch zu konstatieren, dass die Kunden privater und öffentlich-rechtlich organisierter Kreditinstitute gleichermaßen schutzbedürftig sind.[121] Angesichts der Aufgabe des Strafrechts, Rechtsgüter zu schützen,[122] kommt diesem Aspekt das größere Gewicht zu. Daher

116 Amtsträgereigenschaft insofern bejahend *BGH*, Urt. v. 10.3.1983 – 4 StR 375/82, BGHSt 31, 264 (267 ff.) – allerdings vor Wegfall der Gewährträgerhaftung; siehe auch BT-Drs. 16/2927 S. 6; Schönke/Schröder/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, StGB § 203 Rn. 72; *Fischer*, StGB, 71. Aufl. 2024, StGB § 203 Rn. 27. — Offenlassend *BGH*, Urt. v. 27.10.2009 – XI ZR 225/08, BGHZ 183, 60 (63 Rn. 16). — Ablehnend *Schalast*/*Safran*/*Sassenberg*, NJW 2008, 1486 (1489); MüKoStGB/*Cierniak*/*Niehaus*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, StGB § 203 Rn. 105 Fn. 580; Lackner/Kühl/Heger/*ders.*, StGB, 30. Aufl. 2023, StGB § 203 Rn. 7.

117 Siehe zum Geheimnisbegriff und dem Gegenstand eines Geheimnisses LK/*Hilgendorf*, StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, StGB § 203 Rn. 32 ff.; siehe dazu, dass § 203 Abs. 1 und 2 StGB ein identischer Geheimnisbegriff zugrunde liegt, *BGH*, Urt. v. 27.10.2009 – XI ZR 225/08, BGHZ 183, 60 (64 f. Rn. 19); *Schalast*/*Safran*/*Sassenberg*, NJW 2008, 1486 (1489).

118 Siehe Schönke/Schröder/*Eisele*, StGB, 30. Aufl. 2019, StGB § 203 Rn. 72; MüKoStGB/*Cierniak*/*Niehaus*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, StGB § 203 Rn. 105 mit Fn. 580; NK-StGB/*Kargl*, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, StGB § 203 Rn. 55. — Anderer Ansicht Matt/Renzikowski/*Altenhain*, StGB, 2. Aufl. 2020, StGB § 203 Rn. 37.

119 Darin einen sachlichen Grund sehend, der die Ungleichbehandlung rechtfertige, *Fuhrmann*, Bankgeheimnis, 2009, S. 27.

120 Unter anderem damit die Ungleichbehandlung rechtfertigend *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 229 ff.

121 *BGH*, Urt. v. 27.10.2009 – XI ZR 225/08, BGHZ 183, 60 (64 f. Rn. 19).

122 Siehe zum Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts Matt/Renzikowski/*ders.*, StGB, 2. Aufl. 2020, StGB, Einl. Rn. 5 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist der herrschenden Meinung zu folgen und § 203 Abs. 2 StGB betreffend das Bankgeheimnis einschränkend auszulegen.[123]

C. Ergebnis

Das Bankgeheimnis kann als Gewohnheitsrecht eingeordnet werden;[124] eine Bank ist jedenfalls nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses gemäß § 241 Abs. 2 BGB zur Verschwiegenheit verpflichtet.[125] 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,[126] versperrt aber eine verwenderfreundliche Auslegung, namentlich die Einordnung des § 402 Alt. 1 BGB als gesetzliche Bestimmung i. S. d. Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 AGB-Banken.[127]

Bei der Ausplatzierung kann eine Bank unmittelbar gegen ihre Geheimhaltungspflicht verstoßen, indem sie vor oder nach dem Gläubigerwechsel vertrauliche Informationen weitergibt.[128] 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.[129] Bei einer Geldforderung liegt die Verletzung in der Entstehung der Auskunftspflicht gemäß § 402 Alt. 1

123 Siehe zur herrschenden Meinung *BGH*, Urt. v. 27.10.2009 – XI ZR 225/08, BGHZ 183, 60 (64 Rn. 19); *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1543); *Sester/Glos*, DB 2005, 375 (379 f.); *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 142; *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 157; *G. Jaeger/Heinz*, BKR 2009, 273 (274); *Laier*, GWR 2009, 467; *Krüger*, EWiR 2010, 97 (98). — Anderer Ansicht NK-StGB/*Kargl*, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, StGB § 203 Rn. 55: „verfehlte Dogmatikkonstrukte".

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

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

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

127 Siehe dazu oben § 5 B. I. 2.

128 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.

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

BGB.[130] Insoweit folgt aus dem Bankgeheimnis eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht.

Bei der Ausplatzierung 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.[131]

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.[132]

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

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

132 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Die Geheimnisse ihres Kunden darf die Bank grundsätzlich *niemandem*[1] verraten und einen kreditsichernden Informationsanspruch darf sie daher auch *niemandem* übertragen.[2] Demgegenüber kommt es im Folgenden auf die Person des Zessionars an:

Untersucht wird, inwiefern sich in Ansehung der Eigenschaft des Zessionars, mit dem Erwerb eine Loan-to-Own-Strategie zu verfolgen, eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht ergeben kann. Dahinter steht die Frage, ob die Rücksichtspflicht dem Gläubiger die Abtretung verbietet, wenn er durch diese die Interessen des Schuldners einer zusätzlichen oder einer höheren Gefahr[3] aussetzt.

Mit einer Gefahrerhöhung[4] ein Abtretungsverbot zu begründen, ist an sich nicht neu: Schon das Verbot der cessio in potentiorem aus dem Jahre 422 n. Chr.[5] lässt diesen Gedanken erkennen. Auf dieses historische Abtretungsverbot, das später durch die lex Anastasiana flankiert wurde, wird daher näher eingegangen (dazu A.). Anschließend werden die Ansichten in Rechtsprechung und Literatur, die die Kreditübertragung in Abhängigkeit von der Person des Erwerbers beschränken, dargestellt, und die Pflicht des Darlehensgebers zur Rücksichtnahme auf die Erforderlichkeit

1 Siehe oben § 5 B. I. 1 a. E.

2 Siehe zur zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht aus dem Bankgeheimnis betreffend kreditsichernde Informationsansprüche oben § 5 B. I. 3. a).

3 Siehe zum Begriff der Gefahr unten § 6 D. I. 2. c) bb) aaa).

4 Wenn in dieser Arbeit von einer Gefahrerhöhung die Rede ist, meint dies nicht den rechtstechnischen Begriff der Gefahrerhöhung i. S. d. § 23 VVG, sondern mehr das, was aus versicherungsvertragsrechtlicher Perspektive als Risikoerhöhung oder Gefahrsteigerung bezeichnet wird. Im Übrigen können jedoch Anleihen im Versicherungsvertragsrecht gemacht werden, vgl. daher *BGH*, Urt. v. 27.6.1951 – II ZR 29/50, BGHZ 2, 360 (365 f.); Urt. v. 18.10.1952 – II ZR 72/52, BGHZ 7, 311 (317 f.); Urt. v. 23.6.2004 – IV ZR 219/03, NJW-RR 2004, 1476 (1477 f.); Beschl. v. 20.6.2012 – IV ZR 150/11, NJW-RR 2012, 1385 Rn. 8; Rüffer/Halbach/Schimikowski/*Karczewski*, VVG, 4. Aufl. 2020, VVG § 23 Rn. 13 f.; Langheid/Rixecker/*Langheid*, VVG, 7. Aufl. 2022, VVG § 23 Rn. 11 ff.; MüKoVVG/*Reusch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2022, VVG § 23 Rn. 21 ff.; Prölss/Martin/*Armbrüster*, VVG, 32. Aufl. 2024, VVG § 23 Rn. 12 ff.

5 *Honorius/Theodosius II*, C. 2,13,2.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der konkreten Ausplatzierung wird behandelt (dazu B.). Die Maßgaben zur Gewinnung einer (vertragsnatürlichen) zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht werden herausgestellt (dazu C.), um anhand dieser vertieft zu behandeln, inwiefern einen Darlehensgeber die Rücksichtspflicht zur Unterlassung der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor trifft (dazu D.).

A. Das Verbot der cessio in potentiorem und die lex Anastasiana

Das Verbot der cessio in potentiorem (dazu I.) wurde rund 80 Jahre nach seinem Inkrafttreten durch die lex Anastasiana verstärkt[6] (dazu II.).

I. Das Verbot der cessio in potentiorem

Das römischrechtliche Verbot der cessio in potentiorem (dazu 1.) wurde während des usus modernus zunehmend restriktiv ausgelegt, womit es mehr und mehr an Bedeutung verlor (dazu 2.), bis es schließlich in den Gesetzen und Entwürfen der Länder aufgegeben wurde (dazu 3.).

1. Das Verbot der cessio in potentiorem im römischen Recht

Das Verbot der cessio in potentiorem (C. 2,13,2) aus dem Jahre 422 n. Chr. geht zurück auf die Kaiser *Honorius* und *Theodosius II.* Danach war es untersagt, Forderungen an Mächtigere (potentiores)[7] abzutreten.[8] Der Verstoß wurde mit dem Verlust der Forderung sanktioniert.[9]

---

6 Siehe zum Zusammenhang des Verbots der cessio in potentiorem und der lex Anastasiana *Mühlenbruch*, Cession, 3. Aufl. 1836, § 30 I 2, S. 367 und § 53 2, S. 531 ff.; *Puchta*, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. 2, 4. Aufl. 1855, § 285, S. 141.

7 Ausführlich zu den Problemen mit den potentiores und wie sie die staatliche Ordnung untergruben, *Mühlenbruch*, Cession, 3. Aufl. 1836, § 30 2, S. 359 ff.; *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 ff.

8 *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 384 f.

9 *Sintenis*, Civilrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1868, § 128 3, S. 814 Fn. 40; *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 (582); *Lodigkeit*, Die Entwicklung des Abtretungsverbotes, 2004, S. 5 f.; *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 384 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Eigenschaften eines potentior wurden in den antiken Rechtsquellen nicht definiert:[10] Potentior kann man wörtlich als einen Komparativ verstehen. Dann qualifiziert sich zum potentior, wer mächtiger als der Zedent (oder der Schuldner)[11] ist[12] (dieses relative Verständnis rezipierten die Vertreter des usus modernus[13]). Potentior kann indes auch als Elativ verstanden werden:[14] Potentiores meint dann gleichsam die Klasse der Mächtigen. Deren Machtstellung war auch rechtlich und durch ihren sozialen Status begründet. In erster Linie resultierte sie jedoch aus ihrer ökonomischen Überlegenheit.[15] Diese wiederum ermöglichte den potentiores Zugang zu politischen Ämtern, womit sie ihre Macht ausbauen konnten.[16]

Ihre Macht missbrauchten die potentiores: Sie beeinflussten Gerichtsverfahren, indem sie Zeugen bestachen und Richter einschüchterten.[17] Danach vollstreckten sie ihre Forderungen mit aller Härte. Obwohl die Vermögensvollstreckung bereits existierte, griffen sie auf die Personalexekution zurück – versprach doch der Zugriff auf den Körper des Schuldners häufig eine schnellere Befriedigung. So wurde der Schuldner eingesperrt und von Exekutoren gefoltert, bis er gab, was er hatte, und zur Tilgung der Schuld neue

10 Siehe dazu *Sintenis*, Civilrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1868, § 128 3, S. 814 f. Fn. 40; *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 (578); *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 385.

11 *Von Glück*, Pandecten, Bd. 16/2, 2. Aufl. 1844, 18. Buch 4. Tit. § 1021, S. 428; *Sintenis*, Civilrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1868, § 128 b, S. 814 f. Fn. 40.

12 *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 (578); dafür *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 385. Die Vertreter des usus modernus rezipierten den Potentior-Begriff als Komparativ.

13 Anknüpfend an ein mit „usus modernus pandectarum" betiteltes Werk von *Samuel Stryk* (1640–1710) werden die deutsche Rechtswissenschaft und -praxis vom 17. Jahrhundert bis zum Erlass des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 als usus modernus pandectarum (verkürzt: usus modernus) bezeichnet. Siehe näher dazu *Schlinker/Ludyga/Bergmann*, Privatrechtsgeschichte, 2019, § 1 Rn. 29; *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 16. Aufl. 2024, Rn. 306. — Siehe zum Potentior-Begriff im usus modernus unten § 6 A. I. 2.

14 *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 (578).

15 *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 (579); *Lodigkeit*, Die Entwicklung des Abtretungsverbotes, 2004, S. 8.

16 *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 (580).

17 *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 (583 f.); vgl. auch *Diocletianus/Maximianus*, C. 4,20,5 (übersetzt bei *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 [583 Fn. 107]); *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 385.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Darlehen bei Wucherern aufnahm.[18] — Vor diesem Hintergrund ist das Interesse des Schuldners an der Person seines Gläubigers evident.[19]

Das Verbot der cessio in potentiorem war nicht die einzige Vorschrift im Kampf gegen den Machtmissbrauch der potentiores. Eine im Streit befangene Sache oder Forderung einem potentior zu vermachen, war ebenfalls verboten.[20] Waren potentiores am Prozess beteiligt, die den Richter unter Druck setzen konnten, wurden außerordentliche Gerichtsstände bestimmt.[21] Potentiores wussten auch, Steuern zu vermeiden, worauf mit Erlassen reagiert wurde.[22] — All diese Maßnahmen zeichnen das Bild eines aktiven Staates, der die Missstände nicht duldet, sondern ihnen entgegentritt.[23]

2. Tatbestandsrestriktionen und Bedeutungsverlust des Verbots der cessio in potentiorem im usus modernus und im 19. Jahrhundert

Während der Zeit des usus modernus wurde das Verbot der cessio in potentiorem komparativ ausgelegt.[24] Potentior war, wer den Zedenten oder den Schuldner[25] an Macht und Ansehen auf irgendeine Art bedeutend übertraf.[26] Ein Faktor konnte der Reichtum des Zessionars sein.[27]

---

18 *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 (604); *Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1996, § 96 III, S. 625 Fn. 18.

19 *F. Schulz*, Classical Roman Law, 1951, S. 628. Vgl. mit Blick auf die Zeit der Zwölftafelgesetze um 450 v. Chr. auch HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 7.

20 *Gratianus/Valentinianus/Theodosius*, C. 8,36,3. Dieses Verbot wurde etwa 40 Jahre nach dem Abtretungsverbot erlassen. Übersetzung und Nachweise zu vergleichbaren Verboten finden sich bei *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 (583 Fn. 106).

21 *Constantinus*, CTh. 1,15,1; dazu *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 (584 Fn. 108).

22 *Gratianus/Valentinianus/Theodosius*, CTh. 11,7,12; dazu *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 (585 mit Fn. 117).

23 *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 (587 f.).

24 Siehe zu diesem komparativen Verständnis *Luig*, Römisches Recht, Naturrecht, Nationales Recht, 1998, S. 182 f.

25 Im gemeinen Recht war umstritten, ob der Zessionar mächtiger als der Schuldner oder der Gläubiger oder einer der beiden sein musste, vgl. *von Baher*, Verh. der Kammer der Reichsräthe des Kgr. Bayern v. Jahre $18^{53}/_{54}$, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (41).

26 *Von Glück*, Pandecten, Bd. 16/2, 2. Aufl. 1844, 18. Buch 4. Tit. § 1021, S. 428; *Sintenis*, Civilrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1868, § 128 b, S. 815 Fn. 40; *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 (578).

27 *Van den Sande*, Commentarii, 1657, de actionum cessione, cap. 4, S. 16; *Stryk*, Juribus et actionibus non cessibilibus, 1697, cap. I § IV, S. 3; dazu *Lodigkeit*, Die Entwicklung des Abtretungsverbotes, 2004, S. 24 und 26.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bald wurde der Tatbestand des Verbots teleologisch restriktiv ausgelegt. Das Mehr an Macht und Würden genügte nicht schon per se, sondern musste zudem entweder es dem Zessionar erleichtern, den (behaupteten) Anspruch durchzusetzen, oder dem Schuldner die Rechtsverteidigung erschweren.[28] Besonders umstritten war die subjektive Tatbestandsvoraussetzung des Vorsatzes des Zedenten.[29]

Die Bedeutung, die das Verbot der cessio in potentiorem in der Frühzeit des usus modernus hatte,[30] nahm in der Folgezeit ab, wozu die immer restriktivere Auslegung des Verbotstatbestandes beitrug. Zum Bedeutungsverlust dürfte insbesondere die sich verändernde Lebenswirklichkeit beigetragen haben: Das mit den potentiores vergleichbare Raubrittertum existierte nicht mehr.[31] Hinzu kamen das verstärkte wirtschaftliche Bedürfnis nach der Verkehrsfähigkeit von Forderungen[32] und die naturrechtlichen Einflüsse[33]. Bald erachtete eine zunehmende Ansicht das Verbot der cessio in potentiorem für nicht mehr gültig.[34]

3. Aufgabe des Verbots der cessio in potentiorem in den Gesetzen und Entwürfen der Länder

In den Landesgesetzen und Länderentwürfen fand das Verbot der cessio in potentiorem in seiner allgemeinen Form keinen Niederschlag. Im Jah-

28 *Mühlenbruch*, Cession, 3. Aufl. 1836, § 30 1, S. 357; *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht, Bd. 2, 9. Aufl. 1906, § 335 2 a, S. 392; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 39; *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 385.

29 Siehe dazu mit Blick auf die Zeit des usus modernus *Luig*, Römisches Recht, Naturrecht, Nationales Recht, 1998, S. 182 f. Siehe zum Streit über die Auslegung des subjektiven Tatbestandes im 19. Jahrhundert *von Holzschuher*, Obligationenrecht, 3. Aufl. 1864, § 221 4 b, S. 133; *Sintenis*, Civilrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1868, § 128 b, S. 814 Fn. 40; *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht, Bd. 2, 9. Aufl. 1906, § 335 2 a, S. 392 f. Fn. 19; siehe ferner *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 385.

30 *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, § 86 I 5, S. 448.

31 *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 (606).

32 Vgl. insofern auch den Einfluss wirtschaftlicher Bedürfnisse auf die Zession im antiken römischen Recht (dazu oben § 3 A. I. 2), auf die Erosion des Unübertragbarkeitsdogmas der Glossatoren (dazu oben § 3 A. III a. E.) und auf die Überwindung *Mühlenbruchs* Ausübungslehre (dazu oben § 3 A. V).

33 Siehe zum naturrechtlichen Begriff von der Forderung und deren Übertragbarkeit oben § 3 A. IV.

34 Siehe die Nachweise bei *Matthiae*, Controversen-Lexikon, 1856, Cession VII, S. 147; *Luig*, SZGerm 93 (1976), 487 (492); *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 (606); *Luig*, Römisches Recht, Naturrecht, Nationales Recht, 1998, S. 182.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

re 1756 wurde das Verbot der cessio in potentiorem in T. II Kap. 3 § 8 Nr. 4 CMBC ausdrücklich für unanwendbar erklärt.

Nach T. I Tit. 11 § 408 ALR galt zwar der Grundsatz, dass „die Verpflichtung des Schuldners durch die Abtretung des Rechts an einen Andern niemals erschwert werden" dürfe. Daher sei „auch die Einwilligung des Schuldners zur Gültigkeit der Cession an sich nicht nothwendig" (T. I Tit. 11 § 409 ALR).[35] Wohl mit Blick auf die cessio in potentiorem statuierte T. I Tit. 11 § 410 ALR jedoch, dass die Zugehörigkeit des Zessionars zu einem anderen Stand, einer anderen Religion[36] oder einem anderen Gewerbe nicht als gefährlicher für den Schuldner angesehen werden könne. Folgerichtig war der Zessionar mit seinen persönlichen Vorrechten gegenüber dem Schuldner nach T. I Tit. 11 § 405 f. ALR ausgeschlossen.

Ausprägungen des Verbots der cessio in potentiorem fanden sich etwa noch in Buch 1 Abt. 4 Art. 263 HessE. Danach sollte die entgeltliche Abtretung streitiger Forderungen an Richter, Anwälte und andere in der Justiz tätige Personen des zuständigen Gerichts verboten sein.[37]

Eine solche Vorschrift nahm *von Kübel* in seinen Schuldrechtsentwurf nicht auf – dies sei angesichts der Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen gemäß §§ 41 ff. ZPO entbehrlich.[38] — Im Übrigen herrschte die Ansicht vor, die cessio in potentiorem werde angesichts der veränderten Verhältnisse ihre praktische Relevanz einbüßen.[39] Mit der unabhängigen Justiz werde sich jeder Missbrauch von selbst erledigen.[40] Ohnehin sei das

35 Das in T. I Tit. 11 §§ 408 f. ALR klargestellte Schlechterstellungsverbot kommt heute in § 399 Alt. 1 (siehe dazu unten § 7 C. IV. 1. a)), § 404 und § 406 BGB (siehe dazu unten § 10 B. I. 2.) zum Ausdruck. Siehe auch unten § 6 D. I. 2. c) aa).

36 Siehe zum Verbot, dass Juden ihre Forderungen gegen Christen an Christen abtreten, *Sintenis*, Civilrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1868, § 128 b 3, S. 816; *Lodigkeit*, Die Entwicklung des Abtretungsverbotes, 2004, S. 32 f.

37 *Großherzogthum Hessen*, Entw.-BGB, 4. Abt. 1. Buch I. Entw., 1853, S. 68. Ähnliche Regelungen enthalten T. I Tit. 11 § 385 ALR und T. II Art. 148 BayE (*Kgr. Bayern*, Entw.-BGB, 1861, T. II, S. 60 f.).

38 *Von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 6, S. 953.

39 *Sintenis*, Civilrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1868, § 128 b, S. 815 Fn. 40; ähnlich *von Holzschuher*, Obligationenrecht, 3. Aufl. 1864, § 221 4 b, S. 134; *von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 6, S. 953; *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht, Bd. 2, 9. Aufl. 1906, § 335 2 a, S. 393 Fn. 19.

40 *Von Baher*, Verh. der Kammer der Reichsräthe des Kgr. Bayern v. Jahre $18^{53}/_{54}$, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (41).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verbot mit der Gleichheit aller vor dem Gesetz unvereinbar – im Verfassungsstaat gebe es keine potentiores.[41]

II. Die lex Anastasiana im römischen Recht, deren Rezeption und Überwindung

Auch mehr als 80 Jahre nachdem die cessio in potentiorem verboten worden war, erwarben potentiores[42] noch immer Forderungen mit Abschlägen und setzten sie rücksichtslos durch. Diesen Missstand wollte Kaiser *Anastasius* im Jahre 506 n. Chr. an der Wurzel packen, indem er versuchte, einem Profit durch den Handel mit Forderungen den Boden zu entziehen.[43] So konnte nach C. 4,35,22, wer eine Forderung durch Kauf[44] erwarb, diese nur in Höhe des gezahlten Preises und der Zinsen davon einfordern.[45] Der

41 Nach *OAG München*, Erl. v. 26.6.1849 – 1241/47/48, SeuffBl. 14 (1849), 351 (352) sei das Verbot der cessio in potentiorem „als nicht mehr anwendbar zu betrachten, da grundgesetzlich die Gleichheit vor dem Gesetz für jeden garantirt [sei]". Siehe aus damaliger Sicht *von Holzschuher*, Obligationenrecht, 3. Aufl. 1864, § 221 4 b, S. 134; *von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 6, S. 953. — Siehe dazu aus heutiger Perspektive insbesondere *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 (605 f.): Er erklärt diese idealistische Sicht vor dem Hintergrund der wilhelminischen Zeit – die feudale Herrschaft der Großgrundbesitzer sei weitgehend überwunden gewesen, und dass jemand der Anwendung des Rechts trotze, habe angesichts des erstarkenden Nationalstaates ferngelegen. — Siehe ferner HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 39; *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 385.

42 Von vermögenden und mächtigen Leuten sprechend *Mühlenbruch*, Cession, 3. Aufl. 1836, § 53 2, S. 550; *Beurmann*, Mittheilungen eines Advocaten, Bd. 2, 1838, Kap. 10, S. 1.

43 *Von Baher*, Verh. der Kammer der Reichsräthe des Kgr. Bayern v. Jahre $18^{53}/_{54}$, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (21); *Wilpert*, Beschränkung der Cession, 1854, § 4, S. 8.

44 Durch Schenkung eines Teiles der Forderung wurde die lex Anastasiana umgangen, was Kaiser *Justinian* im Jahre 531 n. Chr. verbot, C. 4,35,23. — Siehe dazu ausführlich *Brackenhoeft*, AcP 23 (1840), 189 (204 ff.); *Wilpert*, Beschränkung der Cession, 1854, § 2, S. 5 f.; *Sintenis*, Civilrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1868, § 128 b 4, S. 817.

45 Siehe dazu *Schweppe*, Das Römische Privatrecht, 3. Aufl. 1822, IV, S. 519; *Wilpert*, Beschränkung der Cession, 1854, § 2, S. 5; *Luig*, Römisches Recht, Naturrecht, Nationales Recht, 1998, S. 183; *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 385 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rest der Forderung erlosch wohl wie im Falle der cessio in potentiorem[46] zugunsten des Schuldners.[47]

Seit dem usus modernus[48] wurde die lex Anastasiana kontrovers diskutiert,[49] unterschiedlich rezipiert und einschränkend[50] ausgelegt:

Nur für streitige Forderungen sollte die lex Anastasiana einer Ansicht nach gelten – bei unstreitigen entfalle die Gefahr, dass zum Nachteil des Schuldners gehandelt werde.[51] In Frankreich war im 16. Jahrhundert die allgemeine Rechtsüberzeugung von der Gerechtigkeit der auf streitige Forderungen beschränkten lex Anastasiana so groß, dass sie auch in den Gebieten angewendet wurde, in denen eigentlich kein römisches Recht galt.[52] — Umgekehrt galt die lex Anastasiana nach T. II Kap. 3 § 8 Nr. 15 CMBC

46 *Anastasius* ordnete diese Rechtsfolge nicht ausdrücklich an (vgl. C. 4,35,22); siehe dazu auch *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 387. Indes erscheint diese Rechtsfolge als logische Konsequenz, wenn die lex Anastasiana als Weiterentwicklung des Verbotes der cessio in potentiorem begriffen wird; siehe zum Zusammenhang des Verbots der cessio in potentiorem und der lex Anastasiana *Mühlenbruch*, Cession, 3. Aufl. 1836, § 30 I 2, S. 367 und § 53 2, S. 531 ff.; *Puchta*, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. 2, 4. Aufl. 1855, § 285, S. 141; dazu bereits oben § 6 A. — Siehe zum Erlöschen der Forderung im Falle des Verstoßes gegen das Verbot der cessio in potentiorem *Sintenis*, Civilrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1868, § 128 3, S. 814 Fn. 40; *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562 (582); *Lodigkeit*, Die Entwicklung des Abtretungsverbotes, 2004, S. 5 f.; *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 384 f.; dazu bereits oben § 6 A. I. 1.

47 *Preußisches Herrenhaus*, Drucks. 1862–1863, Bd. 1, 1863, No. 10, S. 5; *Puchta*, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. 2, 4. Aufl. 1855, § 285, S. 140 f.

48 Siehe beispielhaft die folgenden Werke: *Manz*, Interpretatio legis Anastasianæ, 1653, passim; *Wendler*, de cessione actionum ex lege Anastasiana, 1668, passim; *Schoepffer*, De cessatione legis Anastasianæ, 1684, passim; *Flörcke*, de lege Anastasiana, 1691, passim; *Pagenstecher*, lege Anastasiana, 1700, passim; *Pestel*, de lege Anastasiana, 1732, passim.

49 Siehe *Herrmann*, AcP 31 (1848), 63 (67): „Man muß erstaunen über das Heer von Schriftstellern, welche sich an deren [scil. der lex Anastasiana] Erklärung versucht haben, besonders wenn man daran denkt, daß trotz aller dieser Bemühungen trotz der Arbeiten großer, gelehrter Juristen die Interpretation dieses Gesetzes immer noch streitig, vielleicht die Wahrheit fortwährend verkannt ist."

50 Siehe *von Baher*, Verh. der Kammer der Reichsräthe des Kgr. Bayern v. Jahre $18^{53}/_{54}$, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (21).

51 *Van den Sande*, Commentarii, 1657, de actionum cessione, cap. 11, S. 74 ff.; *Rep.*, T. 2, 1798, § 3, S. 47 m. w. N. Siehe auch *Lodigkeit*, Die Entwicklung des Abtretungsverbotes, 2004, S. 24. Siehe zu weiteren Ausnahmetatbeständen *von Glück*, Pandecten, Bd. 16/2, 2. Aufl. 1844, 18. Buch 4. Tit. § 1025, S. 473.

52 *Von Baher*, Verh. der Kammer der Reichsräthe des Kgr. Bayern v. Jahre $18^{53}/_{54}$, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (22).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gerade nicht für Forderungen, die strittig, zweifelhaft oder ausfallgefährdet waren.[53]

Die lex Anastasiana widersprach dem naturrechtlichen Prinzip der Verfügungsfreiheit.[54] Folgerichtig wurde sie Ende des 18. Jahrhunderts durch T. I Tit. 11 §§ 390 f. ALR aufgehoben. Danach bestimmten lediglich die Parteien des Kaufvertrages den Preis der Forderung (§ 390) und der Schuldner konnte dem Zessionar den Erwerb unter Nennwert nicht entgegensetzen (§ 391).[55]

Im 19. Jahrhundert setzte sich die Überwindung der lex Anastasiana in den Landesgesetzen fort.[56] Eine Begründung für die Aufhebung der lex Anastasiana ist dabei besonders bemerkenswert – das Verbot der cessio in potentiorem: Da dem Schuldner seine Einreden erhalten blieben, sei eine Schlechterstellung nur denkbar, wenn an einen Mächtigeren zediert werde. Dieser Fall könne aber wegen des Verbotes der cessio in potentiorem nicht eintreten. Deshalb bedürfe es der Begünstigung des Schuldners durch die lex Anastasiana nicht.[57]

Im Übrigen waren die Begründungen dafür, die lex Anastasiana aufzugeben, vielfältig: Die lex Anastasiana passe nicht mehr zu den Verhältnissen der Zeit – hemme den Wirtschaftsverkehr.[58] Sie greife in unüblicher

53 Siehe dazu *von Baher*, Verh. der Kammer der Reichsräthe des Kgr. Bayern v. Jahre $18^{53}/_{54}$, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (24 f.).

54 *Luig*, Römisches Recht, Naturrecht, Nationales Recht, 1998, S. 183. — Der Naturrechtler *Christian Thomasius* lehnte sie aber auch in seinen Werken zum positiven Recht ab, siehe *Thomasius*, Notae ad singulos Institutionum et Pandectarum, Bd. 2, 1713, lib. XVIII tit. IV, S. 202; *ders.*, legis Anastasianae, 1717, passim. — Für die Geltung der lex Anastasiana etwa *Rep.*, T. 2, 1798, § 4, S. 47 ff.; *von Glück*, Pandecten, Bd. 16/2, 2. Aufl. 1844, 18. Buch 4. Tit. § 1025, S. 474 jeweils m. w. N. zum Streitstand. Siehe speziell zu *Thomasius* insbesondere *Luig*, Römisches Recht, Naturrecht, Nationales Recht, 1998, S. 183.

55 Diese Vorschrift rechtspolitisch begrüßend *Mühlenbruch*, Cession, 3. Aufl. 1836, § 53 2, S. 534 f. Siehe auch *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 386.

56 *Preußisches Herrenhaus*, Drucks. 1862–1863, Bd. 1, 1863, No. 10, S. 6; *von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 21, S. 977 m. w. N. — Siehe zum Beispiel Art. 1 des Gesetzes, die Aufhebung der lex anastasiana und anderer bezüglich der Abtretung von Rechten vorgeschriebenen Beschränkungen betr. (Gesetz-Blatt für das Königreich Bayern, No. 9, v. 23.2.1855): Der Zessionar „kann die Bezahlung des vollen Betrages […] von dem Schuldner auch dann verlangen, wenn dieser Betrag die Summe des für die Abtretung der Schuldforderung bezahlten Preises übersteigt".

57 *Großherzogthum Hessen*, Verhandlungen der ersten Kammer im Jahre 1823/24, Heft 1 (1823), Beyl. XXV, S. 55 f.

58 *Preußisches Herrenhaus*, Drucks. 1862–1863, Bd. 1, 1863, No. 10, S. 5; *Wilpert*, Beschränkung der Cession, 1854, § 4, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Weise in die Preisbildung von Wirtschaftsgütern ein und lähme so die Zirkulation des Geldes.[59] Das schade der Wohlfahrt.[60] — Der Forderungseinzug sei eine billigerweise zu vergütende Dienstleistung.[61] Außerdem sei die lex Anastasiana unverhältnismäßig, weil sie auch Fälle redlichen Forderungshandels erfasse, bei denen Abschläge notwendig seien wie bei Verbindlichkeiten, die erst in Jahren fällig würden.[62] Der Dispositionsfreiheit des Gläubigers, der liquide Mittel benötigt, müsse ebenso Rechnung getragen werden.[63] — Auch könne der Schuldner die Einrede der lex Anastasiana gegenüber jedem Zessionar erheben, um Zeit zu gewinnen. Solch missbräuchliches Schuldnerverhalten schrecke redliche Käufer und nicht „gewinnsüchtige Spekulanten" ab.[64] Mit Blick auf diese sei der Zweck der lex Anastasiana zwar keineswegs entfallen, indes fördere sie ihn nur wenig.[65] So falle der Schutz des Schuldners gering aus, weil er nur selten die Voraussetzungen der lex Anastasiana beweisen könne.[66] Infolge der restriktiven Auslegung durch Lehre und Praxis[67] finde die lex Anastasiana ohnehin nur noch selten Anwendung.[68]

In der Tat waren Forderungsklassen nach und nach dem Anwendungsbereich der lex Anastasiana entzogen worden. Erst galt eine Ausnahme für Staatsanleihen,[69] dann auch für Forderungen aus anderen Schuldverschrei-

59 *Mühlenbruch*, Cession, 3. Aufl. 1836, § 53 2, S. 534.
60 *Dankwardt*, Nationalökonomie und Jurisprudenz 3, 1858, VI, S. 87.
61 *Dankwardt*, Nationalökonomie und Jurisprudenz 3, 1858, VI, S. 85.
62 *Mühlenbruch*, Cession, 3. Aufl. 1836, § 53 2, S. 533; *Dankwardt*, Nationalökonomie und Jurisprudenz 3, 1858, VI, S. 85.
63 *Von Baher*, Verh. der Kammer der Reichsräthe des Kgr. Bayern v. Jahre $18^{53}/_{54}$, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (29).
64 *Von Baher*, Verh. der Kammer der Reichsräthe des Kgr. Bayern v. Jahre $18^{53}/_{54}$, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (28).
65 *Von Baher*, Verh. der Kammer der Reichsräthe des Kgr. Bayern v. Jahre $18^{53}/_{54}$, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (23 f.).
66 Der Schuldner musste beweisen, dass der Zessionar weniger als den Nominalwert bezahlt hat, *Burchardi*, AcP 18 (1835), 197 ff.
67 *Preußisches Herrenhaus*, Drucks. 1862–1863, Bd. 1, 1863, No. 10, S. 5; vgl. zur restriktiven Auslegung *OTr*, Entsch. v. 10.5.1864, AOTrE 55 (1865), 102 ff.; *Mühlenbruch*, Cession, 3. Aufl. 1836, § 53 2, S. 534. Siehe ferner die Ausnahmen bei *Sintenis*, Civilrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1868, § 128 b 4, S. 817 ff.
68 *Mühlenbruch*, Cession, 3. Aufl. 1836, § 53 2, S. 534; *von Baher*, Verh. der Kammer der Reichsräthe des Kgr. Bayern v. Jahre $18^{53}/_{54}$, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (25).
69 *Von Baher*, Verh. der Kammer der Reichsräthe des Kgr. Bayern v. Jahre $18^{53}/_{54}$, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (25).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bungen und aus Wechseln.[70] Im Jahre 1869 wurde durch Art. 299 ADHGB die Einschränkung auf Forderungen aus Handelsgeschäften erstreckt. — Nachdem zum Ende des 19. Jahrhunderts die Mehrzahl der deutschen Länder die lex Anastasiana aufgegeben hatte,[71] brauchte[72] sich *von Kübel* nicht veranlasst zu sehen, die lex Anastasiana in seinen Schuldrechtsentwurf aufzunehmen.[73]

Im französischen Recht existiert mit Art. 1699 CC noch heute eine Vorschrift, die auf die lex Anastasiana zurückgeht. Danach kann der Schuldner einer streitbefangenen Forderung diese ablösen, indem er dem Zessionar den Forderungskaufpreis zahlt (retrait litigieux).[74] Für ausfallgefährdete Staatsanleihen belebte Belgien im Jahre 2015 die lex Anastasiana wieder.[75]

III. Fazit

Mit dem Verbot der cessio in potentiorem und der lex Anastasiana wurde missbräuchlichem Forderungshandel begegnet. Die lex Anastasiana kappte den Anspruch gegenüber dem Schuldner auf die Höhe des Kaufpreises der Forderung; die Abtretung an einen potentior führte zum vollständigen Verlust der Forderung. Im usus modernus[76] wurde das Verbot der cessio in potentiorem komparativ rezipiert. Als potentior qualifizierte sich ein im Vergleich zum Zedenten mächtigerer – insofern gefährlicherer – Zessio-

70 *Sintenis*, Civilrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1868, § 128 b 4 b, S. 818; restriktiver noch *Linde*, Zeitschr. f. Zivilr. u. Proz. 3 (1830), 15 (19 ff.).

71 *Von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 21, S. 977; HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 39.

72 Die Vorkommission hatte die Redaktoren beauftragt, die Landesgesetze und -entwürfe mit Rücksicht auf den Stand der Wissenschaft in einer Kodifikation zusammenzufassen, vgl. *Vorkommission*, Vorschlag Nr. II vom 15.4.1874 (Jakobs/Schubert/*ders.*, Materialien, 1978, S. 182); siehe dazu *Schubert*, Vorentwürfe Schuldrecht 1, 1980, Einl., S. XVIII; siehe auch oben § 3 A. VII.

73 *Von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 21, S. 977.

74 Art. 1699 CC lautet: „Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite". — Siehe ausführlich und kritisch zum retrait litigieux *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 55, 155 und 180 f. mit Fn. 5.

75 Loi relative à la lutte contre les activités des fonds vautours, 12.7.2015, C – 2015/03318, Moniteur belge 57357. Siehe BT-Drs. 18/10639 zum belgischen Anti-Geier-Gesetz nebst einem Antrag, es Belgien gleichzutun.

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nar.[77] Dies gibt Anlass, aus heutiger Sicht zu fragen, inwiefern einen Darlehensgeber die Rücksichtspflicht trifft, die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor zu unterlassen, wenn dadurch eine zusätzliche Gefahr für die Interessen des Darlehensnehmers geschaffen oder eine bestehende Gefahr erhöht würde.[78]

B. Meinungsstand zu erwerberbezogenen Übertragungsbeschränkungen

Außer direkt an die Person des Erwerbers anknüpfenden Übertragungsbeschränkungen (dazu I.) wird auch eine Pflicht des Darlehensgebers zur sorgfältigen Auswahl des Zessionars (dazu II.) diskutiert. Im Anschluss an die Untersuchung dieser Diskurse wird kurz erläutert, warum das von der herrschenden Meinung angenommene Verbot der isolierten Abtretung einer Sicherungsgrundschuld dogmatisch mit einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht zu begründen ist (dazu III.).

I. Übertragungsbeschränkungen in Abhängigkeit von der Person des Erwerbers

Die folgenden Ausführungen sollen aufzeigen, inwiefern Rechtsprechung und Literatur die Schranken der Kreditübertragung in Abhängigkeit von der Person des Erwerbers, namentlich Konkurrenten (dazu 1.) und Finanzinvestoren (dazu 2.), bestimmen. Für dieses Anliegen ist es nicht entscheidend, an welche Normen insofern angeknüpft wird. Daher erstreckt sich die Darstellung auch auf jene Ansichten, die personenbezogene Beschränkungen der Kreditübertragung an anderen Vorschriften als § 241 Abs. 2 BGB festmachen. Eine Stellungnahme unterbleibt an dieser Stelle, um nicht den unten zu behandelnden Fragen vorzugreifen.[79]

77 Siehe zur komparativen Rezeption des Verbots der cessio in potentiorem während der Zeit des usus modernus oben § 6 A. I. 2.

78 Siehe zu den vertragsnatürlichen zessionsbeschränkenden Rücksichtspflichten in Betreff der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor unten § 6 D.

79 Siehe zur Frage, inwiefern sich aus der Natur des Darlehens eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB ergibt, wonach ein Darlehensgeber die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor zu unterlassen hat, unten § 6 D. Siehe zur Frage, inwiefern die Übertragung der Darlehensgeberrechte gemäß § 399 Alt. 1 BGB ausgeschlossen ist, unten § 7.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Keine Kreditübertragung auf Konkurrenten

Nach Auffassung des *Landgerichts Lüneburg* sei die Abtretung einer Darlehensforderung an eine Person, die wirtschaftlich mit dem Darlehensnehmer oder einem Bürgen konkurriere, nicht nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG a. F. gerechtfertigt.[80]

Das führt *Volker Lang* weiter aus. Die Interessenabwägung falle bei der Forderungsabtretung an Konkurrenten (erst dann) zugunsten des Schuldners aus, wenn der Konkurrent den Geschäftsbetrieb des Darlehensnehmers einstellen wolle und an dessen Assets interessiert sei. Vorauszusetzen sei außerdem, dass der Zedent dies wisse und nur zediere, um die Übernahme zu ermöglichen.[81]

Unter Verweis auf das *Landgericht Lüneburg* vertritt *Langenbucher* die Ansicht, eine Bank dürfe nicht an jeden abtreten, insbesondere nicht an einen Konkurrenten ihres Kunden; dies begründet sie mit dem Bankgeheimnis.[82] — Mit Blick darauf, dass *Langenbucher* selbst bei der Ausplatzierung ungestörter Kredite die Verletzung des Bankgeheimnisses für gerechtfertigt erachtet,[83] lässt sich sagen: Auch zessionsfreundliche Stimmen bewerten die Abtretung an einen Konkurrenten[84] des Darlehensnehmers als Grenzüberschreitung.

2. Keine Kreditübertragung auf Finanzinvestoren und weitere Beschränkungen

Für einen stärkeren Darlehensnehmerschutz tritt *Kai-Oliver Knops* ein: Er meint, eine Bank verletze ihre Rücksichtspflicht gegenüber dem Darlehensnehmer, wenn sie ohne dessen Einwilligung ihre Rechte aus einem Immobiliarkredit an einen Finanzinvestor veräußere.[85]

---

80 *LG Lüneburg*, Urt. v. 11.2.2003 – 3 O 141/02, ZVI 2003, 162.

81 *Lang*, EWiR 2003, 309 (310).

82 *Langenbucher*, BKR 2004, 333 (334).

83 *Langenbucher*, NJW 2008, 3169 (3171); siehe näher dazu oben § 5 B. I. 1.

84 Dass zwischen einem Konkurrenten und einem Loan-to-Own-Investor ein schmaler Grat verlaufen kann, verdeutlichen personenbezogene Übertragungsbeschränkungen in der Kreditpraxis, die Wettbewerber und Loan-to-Own-Investoren gleichbehandeln. Siehe dazu unten § 8 A. II. 2. b).

85 *Knops*, WM 2008, 2185 (2187); *ders.*, VuR 2009, 286 (293). — Vgl. auch Die Linke, BT-Drs. 16/8182 S. 4 und 8.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hans-Michael Krepold ist der Ansicht, der Zessionar müsse der Bankenaufsicht unterworfen, in derselben Geschäftssprache wie bislang erreichbar und regional vor Ort sein.[86]

Nach § 399 Alt. 1 BGB könne eine Bankdarlehensforderung nicht an einen Zessionar abgetreten werden, dem die Kreditinstitutseigenschaft fehle, meinen *Hans-Peter Schwintowski* und *Peter Schantz*;[87] dem neigt *Marina Tamm* zu.[88]

Die AGB-rechtliche Angemessenheit einer Eintrittsklausel in einem Unternehmenskreditvertrag beurteilt ein Teil des Schrifttums in Abhängigkeit vom Personenkreis, dem die Vertragsposition übertragen werden kann. So sei eine Klausel wirksam, welche die Übertragung nur auf deutsche Kreditinstitute und vergleichbar vertrauenswürdige Personen, z. B. Versicherungsunternehmen,[89] erlaube.[90]

II. Pflicht des Darlehensgebers zur sorgfältigen Auswahl des Zessionars

Der kleine Teil der Literatur, der eine Pflicht des Darlehensgebers zur sorgfältigen Auswahl des Zessionars diskutiert, bejaht diese (dazu 1.), und zwar mit Recht (dazu 2.).

1. Meinungsstand zur Pflicht zur sorgfältigen Auswahl des Zessionars

Mit Blick auf notleidende Kredite diskutiert *Nina Vollborth* ein Abtretungsverbot aufgrund einer Rücksichtspflicht der Bank.[91] Sie verneint zwar ein „allgemeines Abtretungsverbot […] aus der der Bank obliegenden Rück-

86 SBL/*Krepold*, BankR-HdB., Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 39 Rn. 62 f.

87 *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472 (473); jurisPK-BGB/*Schwintowski*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 101. Siehe dazu noch ausführlich unten § 7 C. III. 1.

88 Siehe K. Tonner/Willingmann/Tamm/*dies.*, VertrR Komm., 2010, BGB § 399 Rn. 8.

89 Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 265 nennt Versicherungsunternehmen neben Kreditinstituten und meint außerdem, es sei „entscheidend darauf abzustellen, ob der in der Klausel definierte Kreis der potenziellen Vertragspartner den berechtigten Geheimhaltungsinteressen des Darlehensnehmers im Einzelfall genügt."

90 *Kilgus*, BKR 2009, 181 (188) – ihm wohl folgend *Längsfeld/Lürken*, WM 2019, 999 (1002 mit Fn. 34); *Früh*, FS Hopt, 2010, 1823 (1829 f.); Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1334.

91 *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 170 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sichtnahmepflicht“[92] hinsichtlich ungewollter Gläubiger.[93] Jedoch müsse die Bank den Zessionar sorgfältig auswählen.[94] Außerdem sei die Übertragung rechtsmissbräuchlich, wenn dem Kunden erkennbar ein über die Vertragsbeendigung und die Disposition über eine bestimmte Geldsumme hinausgehender unverhältnismäßiger Schaden drohe.[95]

Vom Ansatz her geht *Petra Wech* noch weiter, wenngleich sie sich dabei ausschließlich auf den Geheimnisschutz bezieht. Zunächst dürfe dem Kreditgeber kein milderes und gleich geeignetes Mittel als die Ausplatzierung unter Verstoß gegen das Bankgeheimnis zur Verfügung stehen, um sein Erfüllungsinteresse zu wahren.[96] Zweitens müsse er dem Darlehensnehmer die Gelegenheit geben, die Durchbrechung des Bankgeheimnisses durch Leistung abzuwenden.[97] Seien diese Stufen geschafft, dürfe die Bank den Kredit an eine sorgfältig ausgewählte Person ausplatzieren.[98]

Im Kontext des Bankgeheimnisschutzes bejaht auch *Andreas Möhlenkamp* eine Pflicht zur sorgfältigen Auswahl des Zessionars. Dabei betont er, die Bank müsse bei der Auswahl beachten, dass der Zessionar die übertragenen Rechte nicht zum Nachteil des Schuldners nutze.[99]

2. Begründung einer Pflicht zur sorgfältigen Auswahl des Zessionars

Bei der Ausplatzierung muss der Kreditgeber, soweit es seine Interessen erlauben, auf die Interessen des Darlehensnehmers Rücksicht nehmen. Das gilt unabhängig davon, ob der Kredit bereits Not leidet oder eine Weitergabeklausel die Ausplatzierung erlaubt.[100] Stehen dem Kreditgeber mehrere gleich geeignete Möglichkeiten offen, den Kredit auszuplatzieren, muss er die für den Darlehensnehmer schonendste Möglichkeit wählen. Sind zu denselben Konditionen mehrere Investoren am Kauf interessiert, muss er an denjenigen veräußern, der die höchste Gewähr dafür bietet, die Interessen des Darlehensnehmers nicht zu verletzen.

92 *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 176.
93 *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 173 ff.
94 *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 176.
95 *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 175.
96 *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 464 ff.
97 *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 466 f.
98 *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 467.
99 *Möhlenkamp*, BB 2007, 1126 f.
100 Siehe zu Weitergabeklauseln unten § 8 A. Vgl. insofern zu den Grenzen der Abdingbarkeit von Loyalitätspflichten MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 62.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eine Pflicht, bei der konkreten Ausplatzierung das Gebot der Erforderlichkeit zu wahren, folgt schon aus den allgemeinen Grundsätzen der §§ 241 Abs. 2 und 242 BGB.[101]

Überdies spricht auch der vergleichende Blick auf die Rücksichtspflichten bei der Verwertung von Sicherheiten für die Annahme einer solchen Pflicht: Als Treuhandverhältnis verpflichtet der Sicherungsvertrag den Sicherungsnehmer, berechtigte Interessen des Sicherungsgebers angemessen zu berücksichtigen, insoweit ihm dies mit Rücksicht auf sein Sicherungsinteresse zuzumuten ist. Das vom Sicherungsgeber[102] bestellte Sicherungsgut muss er daher schonend und bestmöglich verwerten.[103] Diese „Bestverwertungspflicht"[104] schreiben die AGB-Banken und AGB-Sparkassen ausdrücklich vor.[105] — Die Ausplatzierung mag nicht als Sicherungsverwertung im eigentlichen Sinne zu begreifen sein.[106] Aus der Perspektive des Darlehens-

101 Vgl. insbesondere unter dem Gesichtspunkt des gegenseitigen Interessenausgleichs *Teichmann*, JA 1984, 709 (713 f.); Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 497 ff.; MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 183. — Vgl. mit Blick auf das Prinzip vertraglicher Proportionalität Wassermann/*Teubner*, AK-BGB, Bd. 2, 1980, BGB § 242 Rn. 42. — Siehe außerdem *Möhlenkamp*, BB 2007, 1126 f.; *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 175 f.; *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 464 ff. — Siehe zu diesen Stimmen, welche die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl und die Bindung an die Erforderlichkeit vornehmlich im Lichte des Geheimnisschutzes diskutieren, oben § 6 B. II. 1.

102 Bei der Verwertung von Drittsicherheiten träfen den Sicherungsnehmer gegenüber dem Sicherungsgeber keine Sorgfaltspflichten jenseits des Verbots willkürlicher Schädigung (§ 242 BGB), *BGH*, Urt. v. 24.9.1980 – VIII ZR 291/79, BGHZ 78, 137 (143 f.) – bezüglich Bürgschaft; Urt. v. 22.1.1987 – IX ZR 100/86, BGHZ 99, 363 (371) – bezüglich Gesamtsicherungsgrundschuld; Urt. v. 7.5.1987 – IX ZR 198/85, NJW-RR 1987, 1291 (1292 f.) – bezüglich Sicherungsgrundschuld; Urt. v. 20.6.2000 – IX ZR 81/98, NJW 2000, 3273 (3274).

103 *BGH*, Urt. v. 22.6.1966 – VIII ZR 50/66, NJW 1966, 2009; Urt. v. 7.5.1987 – IX ZR 198/85, NJW-RR 1987, 1291 (1292); Urt. v. 5.10.1999 – XI ZR 280/98, NJW 2000, 352 ff.; Urt. v. 20.6.2000 – IX ZR 81/98, NJW 2000, 3273 (3274); Urt. v. 3.2.2012 – V ZR 133/11, NJW 2012, 1142 (1143 Rn. 8); *Samhat*, WM 2019, 805 (806); MüKoBGB/*Lieder*, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, BGB § 1191 Rn. 20.

104 *BGH*, Urt. v. 3.2.2012 – V ZR 133/11, NJW 2012, 1142 (1143 Rn. 8).

105 Nach Nr. 17 Abs. 1 Satz 2 AGB-Banken bzw. Nr. 21 Abs. 5 Satz 3 AGB-Sparkassen muss der Sicherungsnehmer bei der Auswahl und der Verwertung der Sicherheiten auf die berechtigten Belange des Kunden Rücksicht nehmen.

106 Betreffend fiduziarische Sicherheiten die Abtretung als Verwertung begreifend *Rossbach/Fornoff*, BKR 2021, 753 (756).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gebers handelt es sich bei ihr jedoch wirtschaftlich um die Abwicklung des Kreditengagements.[107]

III. Exkurs: Verbot isolierter Abtretung einer Sicherungsgrundschuld

Keine personen-, sondern eine gegenstandsbezogene zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht kann in dem schuldrechtlichen Verbot der isolierten Abtretung einer Sicherungsgrundschuld erblickt werden.

Zum Hintergrund: Um den Schuldner vor doppelter Inanspruchnahme zu schützen, entnimmt die herrschende Meinung aus der wenigstens konkludent verabredeten Zweckbindung der Sicherungsgrundschuld das Verbot, diese ohne die persönliche Forderung zu übertragen.[108] Im Zweifel sei eine solche (konkludente) Vereinbarung[109] jedoch nur als schuldrechtliches Abtretungsverbot auszulegen.[110]

Ebenso lässt sich sagen: Der Gläubiger ist gemäß § 241 Abs. 2 Var. 3 BGB zur Rücksicht auf das Interesse des Schuldners, nicht doppelt in Anspruch genommen zu werden, verpflichtet. Deshalb muss er die isolierte Abtretung unterlassen.

---

107 Vgl. *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 468; sie rekurriert auf die Grundsätze der Sicherungsverwertung im Kontext der Durchbrechung des Bankgeheimnisses bei der Ausplatzierung eines notleidenden Kredits.

108 *BGH*, Urt. v. 4.7.1986 – V ZR 238/84, NJW-RR 1987, 139 (141); Urt. v. 2.10.1990 – XI ZR 205/89, NJW-RR 1991, 305; Erman/*Räfle*, BGB, 9. Aufl. 1993, BGB § 1191 Rn. 54; NK-BGB/*Th. Krause*, Bd. 3, 5. Aufl. 2022, BGB § 1191 Rn. 126; Erman/*Wenzel*, BGB, Bd. 2, 17. Aufl. 2023, BGB § 1191 Rn. 115. — Einschränkend (nur vor Eintritt des Sicherungsfalles) MüKoBGB/*Lieder*, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, BGB § 1191 Rn. 114 und 119; Soergel/*Platschek*, BGB, Bd. 24, 14. Aufl. 2023, BGB § 1191 Rn. 22 und 29. — Nach *André Meyer*, WM 2010, 58 (64) müsse das Verbot isolierter Zession hinterfragt werden, seit § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB gelte; denn aufgrund dessen weitreichender Drittwirkung bestehe die Gefahr doppelter Inanspruchnahme nicht länger.

109 In dem Sachverhalt, über den der *BGH*, Urt. v. 13.5.1982 – III ZR 164/80, NJW 1982, 2768 zu entscheiden hatte, lauteten die AGB der zedierenden Bank: „Grund- und Rentenschulden wird die Bank freihändig mangels Zustimmung des Sicherungsbestellers nur zusammen mit der gesicherten Forderung … verkaufen".

110 *BGH*, Urt. v. 13.5.1982 – III ZR 164/80, NJW 1982, 2768 (2768 f.); Urt. v. 2.10.1990 – XI ZR 205/89, NJW-RR 1991, 305; Erman/*Räfle*, BGB, 9. Aufl. 1993, BGB § 1191 Rn. 55; *R. Weber*, Sachenrecht II, 4. Aufl. 2015, § 15 Rn. 20; MüKoBGB/*Lieder*, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, BGB § 1191 Rn. 114; Erman/*Wenzel*, BGB, Bd. 2, 17. Aufl. 2023, BGB § 1191 Rn. 115. — Dagegen bejaht MüKoBGB/*Eickmann*, Bd. 6, 6. Aufl. 2013, BGB § 1191 Rn. 98 bezüglich gesicherter Forderung und Grundschuld einen dinglich wirkenden Ausschluss isolierter Zession vor dem Sicherungsfall; die Eintragung im Grundbuch als Sicherungsgrundschuld genüge, um gutgläubigen Erwerb zu verhindern. — Kritisch zur Rechtsprechung *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014, S. 307.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Maßgaben zur Gewinnung (vertragsnatürlicher) zessionsbeschränkender Rücksichtspflichten

Rücksichtspflichten[111] gemäß § 241 Abs. 2 BGB werden nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses ermittelt. Insofern kommt es für die Frage, ob den Darlehensgeber die Rücksichtspflicht trifft, die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor zu unterlassen, auf das konkrete darlehensvertragliche Schuldverhältnis an. Um dies und das Folgende zu veranschaulichen, sei an eine Bestimmung in einer formularvertraglichen Weitergabeklausel gedacht, die dem Darlehensgeber die Kreditübertragung uneingeschränkt gestattet. Ohne diese Bestimmung folgte aus dem Inhalt des konkreten darlehensvertraglichen Schuldverhältnisses eine Rücksichtspflicht, wonach der Darlehensgeber die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor zu unterlassen hätte. Bei der Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB stellte sich dann die Frage, ob die besagte Bestimmung eine Pflicht einschränkt, die sich aus der Natur des Vertrages ergibt. Für die Gewinnung einer vertragsnatürlichen Rücksichtspflicht ist allerdings nicht auf das konkrete Schuldverhältnis und den Einzelfall abzustellen. Eine vertragsnatürliche Pflicht wird, davon abstrahiert, im Wege typisierender Betrachtung ermittelt.[112]

Vor diesem Hintergrund wird geklärt, wie eine Rücksichtspflicht nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses gemäß § 241 Abs. 2 BGB zu ermitteln ist (dazu I.); außerdem werden die eben umrissenen Unterschiede gegenüber der Bestimmung einer vertragsnatürlichen Rücksichtspflicht gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB noch näher erläutert (dazu II.).

---

111 Von „Rücksichtspflichten" sprechend Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 155 und 435; *Brömmelmeyer*, Schuldrecht AT, 2. Aufl. 2020, § 3 Rn. 7. Den Ausdruck „Rücksichtnahmepflicht" als Oberbegriff für Schutz-, Obhuts-, Informations- und Verschwiegenheitspflichten gebrauchend *Schwarze*, Leistungsstörungen, 3. Aufl. 2022, § 30 Rn. 6 ff. Den Ausdruck „Rücksichtnahmepflicht" verwendet etwa auch MüKoBGB/*Ernst*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 280 Rn. 19. — Bewusst nur von „Schutzpflichten" sprechend, um auszudrücken, dass leistungsbezogene und leistungssichernde Nebenpflichten nicht Regelungsgegenstand des § 241 Abs. 2 BGB seien, MüKoBGB/*Schubert*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 242 Rn. 192 f.

112 Siehe zur objektiv-generalisierenden Betrachtung bei der Gewinnung vertragsnatürlicher Pflichten gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB *von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 284; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 238 und 245; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 271; Clemenz/Kreft/Krause/*Klumpp*, AGB-ArbR, 3. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 78; Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 32; siehe dazu noch unten § 6 C. II.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses gemäß § 241 Abs. 2 BGB

Die Teile eines Schuldverhältnisses müssen einander oft die gesteigerte Möglichkeit eröffnen, auf ihre Rechte, Rechtsgüter und Interessen (im Folgenden auch kurz: Belange) einzuwirken. Spiegelbildlich[113] dazu trifft sie die gesteigerte Pflicht, auf diese Belange Rücksicht zu nehmen.[114] Diese Rücksichtspflichten brauchen[115] nicht mehr mit § 242 BGB begründet zu werden, seitdem[116] § 241 Abs. 2 BGB vorschreibt, dass das Schuldverhältnis nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Belange des anderen Teils verpflichten kann.[117]

Aus der Formulierung „kann nach seinem Inhalt" lässt sich ableiten, dass die Pflicht zur Rücksicht auch besteht, wenn keine ausdrückliche Vereinbarung[118] getroffen wurde.[119] — An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass sich das Folgende auf Fälle bezieht, in denen die Teile des darlehensvertraglichen Schuldverhältnisses keine individuelle Abrede hinsichtlich

113 Vgl. den Verweis in § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB auf § 241 Abs. 2 BGB.

114 *BGH*, Urt. v. 10.3.1983 – III ZR 169/81, NJW 1983, 2813 (2814); *Stoll*, AcP 136 (1932), 288 (298); MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 63; *Schwarze*, Leistungsstörungen, 3. Aufl. 2022, § 30 Rn. 6; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 1 Rn. 20; Jauernig/*Mansel*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 242 Rn. 24; BeckOK BGB/*Sutschet*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 241 Rn. 90.

115 Der Rückgriff auf die durch Rechtsprechung und Lehre entwickelten Fallgruppen bleibt uneingeschränkt möglich, da inhaltlich keine Änderung beabsichtigt wurde, BT-Drs. 14/6040 S. 125; MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 55; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 2 Rn. 13.

116 Siehe zum Gesetzgebungsprozess Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB Einl. zu § 241 Rn. 197; MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 57.

117 Seit der Kodifikation in § 241 Abs. 2 BGB bedarf es zur Begründung von Rücksichtspflichten keines Rückgriffes mehr auf § 242 BGB, siehe BT-Drs. 14/6040 S. 125; *Brömmelmeyer*, Schuldrecht AT, 2. Aufl. 2020, § 3 Rn. 7; MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 55; BeckOK BGB/*Sutschet*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 241 Rn. 42; *Weiler*, Schuldrecht AT, 7. Aufl. 2024, § 5 Rn. 10 f. Vgl. auch MüKoBGB/*Schubert*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 242 Rn. 192. — Entschieden anderer Ansicht Grüneberg/*ders.*, BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 242 Rn. 23.

118 Siehe zum Vorrang der Parteivereinbarung bei der Konkretisierung von Rücksichtspflichten MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 62 und zur Ableitung des Vorranges der Parteivereinbarung aus der Formulierung „kann nach seinem Inhalt" *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 1 Rn. 19 f.; *Weiler*, Schuldrecht AT, 7. Aufl. 2024, § 5 Rn. 11.

119 Siehe zu diesem weiten Verständnis des Begriffes „Inhalt" Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 417 ff.; MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 59.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zessionsbeschränkender Rücksichtspflichten getroffen haben.[120] Das wird vorausgesetzt, wenn vom Inhalt des Schuldverhältnisses die Rede ist.

Interesse i. S. d. § 241 Abs. 2 Var. 3 BGB meint insbesondere wirtschaftliche Interessen,[121] erfasst aber jedes Interesse[122] des anderen Teils – wohlgemerkt nur des „anderen Teils"; dies folgt aus der Relativität der Schuldverhältnisse[123]. Daher können für wie gegen eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht nur die Interessen der Teile des Schuldverhältnisses in Anschlag gebracht werden.[124]

Angesichts des im Ausgangspunkt unbegrenzten Interessenschutzes bedarf es einer Abwägung der beiderseitigen Interessen, um abschließend zu bestimmen, inwiefern der eine Teil dem anderen zur Rücksicht verpflichtet ist.[125] Dabei beeinflusst der Inhalt des Schuldverhältnisses, mit welchem Gewicht die Interessen in die Abwägung einzustellen sind.

Bei einem vertraglichen Schuldverhältnis zählt zum Inhalt vornehmlich der Vertragszweck, wie die historische Auslegung verdeutlicht: So schlug die Schuldrechtskommission die Formulierung „Inhalt und Natur des

120 Siehe dazu, dass Weitergabeklauseln in aller Regel dem AGB-Begriff nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB unterfallen dürften, unten § 8 B. I und dazu, dass sie auch selten gemäß § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB im Einzelnen ausgehandelt sein dürften, unten § 8 B. II. 2.

121 Vgl. BT-Drs. 14/6040 S. 126; *Canaris*, JZ 2001, 499 (519); Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 423; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 1 Rn. 21 a. E.

122 Der Kreis von Rücksichtspflichten ist nicht auf den Schutz bestimmter Interessen beschränkt, sondern im Ausgangspunkt unbegrenzt, vgl. BT-Drs. 14/6040 S. 126: „Vermögensinteressen *sowie andere Interessen wie zum Beispiel* die Entscheidungsfreiheit". Hervorhebung des Verfassers. — Siehe dazu MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 64.

123 Siehe abseits von Rücksichtspflichten dazu, dass das Schuldverhältnis im weiteren Sinne prinzipiell nur die Parteien desselben etwas angeht, *Larenz*/*Canaris*, Schuldrecht, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 78 IV 1 a, S. 455 f.; *Grigoleit*, AcP 199 (1999), 379 (384 f.); siehe ferner und mit einem Augenmerk auf die verkehrsschützende Wirkung der Relativität der Schuldverhältnisse *von Tuhr*, BGB AT, Bd. II/2, 1918/1957, § 73 III, S. 110 f.; *Petersen*, JURA 2004, 98 (101); *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 277.

124 Insofern mit Recht eine Einschränkung des Bankgeheimnisses aufgrund volkswirtschaftlicher Interessen kritisierend *Möhlenkamp*, BB 2007, 1126. — Siehe mit Blick auf § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders*., AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 307 Rn. 115; dazu noch unten § 8 B. III. 3. a).

125 Vgl. zur Bestimmung der Rücksichtspflichten durch Ausgleich der Interessen beider Teile des Schuldverhältnisses *Teichmann*, JA 1984, 709 (713); Soergel/*Teichmann*, BGB, Bd. 2, 12. Aufl. 1990, BGB § 242 Rn. 185; Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 497 ff.; MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 183.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schuldverhältnisses“[126] vor. „Inhalt“ sollte für das zwischen den Parteien ausdrücklich Vereinbarte stehen. „Natur des Schuldverhältnisses“ sollte für das stehen, was unausgesprochen geblieben, aber zur Erreichung des Zwecks des Schuldverhältnisses erforderlich ist. Dies war dem Gesetzgeber zu lang; mit der Formulierung „Inhalt des Schuldverhältnisses“ sei schon alles gesagt.[127] — Zu berücksichtigen sind außer dem Vertragszweck auch die Verkehrssitte, die Anforderungen an den redlichen Geschäftsverkehr und sonstige Umstände des Einzelfalles wie die Dauer und die Intensität des sozialen Kontaktes der Vertragspartner zueinander.[128]

Mit Blick auf die Darlegungs- und Beweislast gilt für Rücksichtspflichten im Allgemeinen, dass diese der Teil des Schuldverhältnisses trägt, der sich darauf beruft, es bestehe eine Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB und der andere habe sie verletzt.[129] Hinsichtlich der Voraussetzungen gemäß § 399 BGB liegt diese Last bei demjenigen, der die Unabtretbarkeit des Rechts geltend macht.[130] Folgerichtig muss der Darlehensnehmer grundsätzlich[131] die Tatsachen darlegen und gegebenenfalls beweisen, die eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht und einen Verstoß dagegen begründen. Mit Blick auf die Interessenabwägung gilt dies freilich nicht für das Interesse des Darlehensgebers an der Kreditübertragung.

---

126 Angelehnt hätte sich diese Formulierung an § 269 Abs. 1 BGB a. F. (entspricht § 269 Abs. 1 BGB n. F.): „Natur des Schuldverhältnisses“ und an § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG (entspricht § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB): „Natur des Vertrags […] Erreichung des Vertragszwecks“. — Siehe zur Gefährdung der Erreichung des Vertragszwecks gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB betreffend Weitergabeklauseln unten § 8 B. III. 4.

127 BT-Drs. 14/6040 S. 126; siehe dazu Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 417 f.

128 BT-Drs. 14/6040 S. 126; *BGH*, Urt. v. 30.9.2009 – VIII ZR 238/08, NJW 2010, 1135 (1137); *OLG Hamm*, Urt. v. 5.11.2002 – 19 U 41/02, NJW 2003, 760 (761); *LG Heidelberg*, Urt. v. 17.5.2002 – 5 O 19/02, NJW 2002, 2960 (2961); Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 155; MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 55 und 63; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 1 Rn. 19 f.; *Weiler*, Schuldrecht AT, 7. Aufl. 2024, § 5 Rn. 11 f.

129 Baumgärtel/Laumen/Prütting/*Repgen*, HdB. der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, BGB § 241 Rn. 4.

130 Baumgärtel/Laumen/Prütting/*Kellersmann*, HdB. der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, BGB § 399 Rn. 1; jurisPK-BGB/*Rosch*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 399 Rn. 52. Siehe ferner – wenngleich ohne Klarstellung betreffend § 399 BGB – *BGH*, Urt. v. 13.1.1983 – III ZR 88/81, NJW 1983, 2018 f.

131 Nach den Rechtsgedanken der §§ 613 Satz 2 und 664 Abs. 2 BGB kann die Beweislast ausnahmsweise umgekehrt sein. Die Existenz und die Verletzung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht sind dann zu vermuten. Siehe dazu betreffend das Bestimmungsrecht unten § 6 D. I. 2. c) bb) ccc).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Vertragsnatürliche zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB

Die Wege zur Bestimmung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses und einer sich aus der Natur des Vertrages ergebenden verlaufen insofern parallel, als in beiden Fällen die Interessen der Teile des Schuldverhältnisses in Ausgleich zu bringen sind.

Unterschiedlich ist das jeweils heranzuziehende Abwägungsmaterial:[132] Zur Gewinnung der vertragsnatürlichen Pflicht gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB darf gerade nicht auf das konkrete Vertragsverhältnis, die individuellen Interessen und die Umstände des Einzelfalles abgestellt werden.[133] Der konkrete Vertrag markiert nur den Ausgangspunkt; die vertragsnatürlichen Pflichten sind davon abstrahiert zu bestimmen.[134] Dazu sind im Wege objektiv-generalisierender Betrachtung die Interessen der für gewöhnlich beteiligten Verkehrskreise zu ermitteln und unter Berücksichtigung deren

132 Vgl. aus methodischer Sicht zur Auswahl des abwägungserheblichen Materials *Riehm*, RW 2013, 1 (12 ff.).

133 Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 268.

134 Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 239 und 245; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 269.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gerechtigkeitserwartungen[135] sowie des Vertragstyps zu gewichten und abzuwägen.[136] Wegen dieser typisierenden Betrachtung muss kein Gleichlauf zwischen den vertragsnatürlichen Rücksichtspflichten und denen nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses bestehen. So kann aufgrund der Umstände des konkreten Falles das Schuldverhältnis in niedrigerem oder höherem Maße zur Rücksicht verpflichten, als es sich aus der Natur des Vertrages ergibt.

Eine kontrollfähige[137] Bestimmung in AGB, die eine typisiert gewonnene vertragsnatürliche Rücksichtspflicht unangemessen einschränkt, § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB, ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. In der Folge richtet sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschrif-

135 Die Marktüblichkeit einer Klausel kann zwar ein Anhaltspunkt für die Gerechtigkeitserwartungen der typischerweise beteiligten Verkehrskreise sein (siehe Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 153, 266 und 270 f.; Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 32), aber nicht aus sich heraus die Angemessenheit der Bestimmung begründen (siehe *von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 211 und 284; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 251 und 257; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 153, 266 und 270 f.). — Betreffend Konsortialkredite sprechen *M. Renner*/*Leidinger*, BKR 2015, 499 (501) von einem „Auslegungsdilemma"; ein Konsortialkredit sei schwer nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB anhand der §§ 488 ff. BGB zu überprüfen; bezüglich § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB meinen sie, die Frage nach der Vertragsnatur führe dazu, dass der zu kontrollierende Marktstandard zum Kontrollmaßstab würde. — Der LMA-Standard mag zwar in tatsächlicher Hinsicht beeinflussen, was Darlehensnehmer erwarten (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 251). Vor dem Hintergrund, dass die *LMA* vornehmlich Kreditgeberinteressen im Blick hat (*Wenzel*, Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge, 2006, S. 89; *Nouvertné*, ZIP 2012, 2139 [2145]; so auch *M. Renner*/*Leidinger*, BKR 2015, 499 [500]), lässt deren Standard indes nicht auf die Vertragsgerechtigkeit schließen (anders wäre es, wenn der Standard dem beiderseitigen Interessenausgleich diente [vgl. Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 153]). Speziell betreffend Weitergabeklauseln kommt noch hinzu, dass bezüglich des Maßes ihrer Beschränkung fraglich ist, ob insoweit ein einheitlicher Standard existiert. In den untersuchten Kreditverträgen divergieren jedenfalls die Regelungen über den Kreis der zulässigen Erwerber (siehe dazu unten § 8 A. II).

136 Vgl. *von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 284; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 238 und 245; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 271; Clemenz/Kreft/Krause/*Klumpp*, AGB-ArbR, 3. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 78; Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 32.

137 Siehe zur Feststellung der Kontrollfähigkeit nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB unten § 8 B. III. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten, § 306 Abs. 2 Alt. 2 BGB.[138] Nach vorzugswürdiger Ansicht bedeutet dies allerdings nicht, dass nun die zum Zwecke der Angemessenheitskontrolle aufgestellte vertragsnatürliche Rücksichtspflicht Anwendung findet. Vielmehr gilt unverändert § 241 Abs. 2 BGB und damit die nach dem Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses zu ermittelnde Rücksichtspflicht.[139] Denn gilt bei Fehlen einer die Rücksichtspflicht regelnden Bestimmung ein konkreter Maßstab, ist es nur folgerichtig, denselben Maßstab anzulegen, wenn eine solche Bestimmung besteht, aber unwirksam ist. Auch die genetische Auslegung spricht dagegen, bei einer unwirksamen Bestimmung abstrahierend aus der Vertragsnatur entwickelte Rücksichtspflichten anzuwenden: Nach § 5 Abs. 2 Teilsatz 3 RegE-AGBG sollte sich der Inhalt des Vertrages nämlich in der Tat in Ermangelung gesetzlicher Vorschriften nach der Natur des Vertrages richten.[140] Eben diese Regelung fand aber keinen Eingang in § 6 Abs. 2 AGBG, der dem heutigen § 306 Abs. 2 BGB entspricht.[141]

Ausgehend von dem eben dargelegten Verständnis sind vertragsnatürliche Rücksichtspflichten in erster Linie ein AGB-rechtliches Konstrukt – niemand haftet gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil er eine vertragsnatürliche Rücksichtspflicht verletzt. Insofern ist es eine sprachliche Verkürzung, wenn im Folgenden davon die Rede ist, dass einen Darlehensgeber

138 Siehe zu den Rechtsfolgen einer unwirksamen Weitergabeklausel unten § 8 C.

139 Im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung zur Lückenfüllung unwirksamer Bestimmungen in AGB einen konkreten Maßstab anlegend *BGH*, Urt. v. 1.2.1984 – VIII ZR 54/83, BGHZ 90, 69 (75 ff.); Urt. v. 26.10.2005 – VIII ZR 48/05, BGHZ 165, 12 (27). — Demgegenüber für einen abstrahierenden Maßstab *BGH*, Urt. v. 7.3.1989 – KZR 15/87, BGHZ 107, 273 (276); Urt. v. 12.10.2005 – IV ZR 162/03, BGHZ 164, 297 (317); Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 306 Rn. 13. Bei AGB einen stärker abstrahierenden Maßstab zumindest für zulässig erachtend BeckOK BGB/*H. Schmidt*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 306 Rn. 25. — Siehe zur parallelen Frage, ob den Rechtsvorschriften i. S. d. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB die vertragsnatürlichen Rücksichtspflichten (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB) oder die nach dem Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses (§ 241 Abs. 2 BGB) zu subsumieren sind, unten § 8 B. III. 1. b) aa).

140 § 5 Abs. 2 RegE-AGBG: „Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften, in Ermangelung von solchen nach der Natur des Vertrages" (BT-Drs. 7/3919 S. 4).

141 Für eine Streichung hatte sich der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages angesichts der Möglichkeit ergänzender Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB ausgesprochen; siehe BT-Drs. 7/5422 S. 5. Unter Verweis auf diese Materialien bei der ergänzenden Vertragsauslegung zur Lückenfüllung unwirksamer Bestimmungen in AGB einen konkreten Maßstab anlegend *BGH*, Urt. v. 1.2.1984 – VIII ZR 54/83, BGHZ 90, 69 (75 ff.); Urt. v. 26.10.2005 – VIII ZR 48/05, BGHZ 165, 12 (27).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine vertragsnatürliche Rücksichtspflicht trifft. Allerdings können die Rücksichtspflichten nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses den vertragsnatürlichen entsprechen. Praktisch dürften sie auch häufig nahe beieinander liegen, schließlich sind die vertragsnatürlichen Pflichten mit Blick auf den typisierten Fall zu ermitteln.

Die vertragsnatürlichen Pflichten sind zwar abstrahiert vom konkreten Fall zu bestimmen; nichtsdestoweniger gilt prozessual auch für die typisierende Betrachtung der Beibringungsgrundsatz. Hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast gilt Ähnliches wie in Bezug auf § 241 Abs. 2 BGB: Der Darlehensgeber hat das typische Interesse an der Kreditübertragung darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen.[142] Im Übrigen liegt die Darlegungs- und Beweislast beim Darlehensnehmer, da er die Unwirksamkeit der Bestimmung geltend macht.[143] Häufig dürften die zur Beurteilung der typischen Interessenlage maßgeblichen Tatsachen allerdings offenkundig oder unstreitig sein.[144]

D. Vertragsnatürliche zessionsbeschränkende Rücksichtspflichten in Betreff der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor

Wie zuvor ausgeführt, muss eine Rücksichtspflicht nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses unter Würdigung der Umstände des konkreten Falles bestimmt werden.[145] Insofern soll das Folgende einen Weg aufzeigen, wie im Einzelfall eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht hinsichtlich der

142 Das bedeutet nicht, dass die Existenz einer vertragsnatürlichen Pflicht von den Umständen des Einzelfalles oder dem Vortrag der Parteien abhinge. Einfluss hat der Vortrag nur darauf, ob der Entscheidung des konkreten Falles die Existenz einer solchen Pflicht zugrunde gelegt werden kann.

143 Siehe zur Darlegungs- und Beweislast des Kunden betreffend die Voraussetzungen des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 307 Rn. 153; Baumgärtel/Laumen/Prütting/*Laumen*, HdB. der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 3.

144 So betreffend § 307 Abs. 1 BGB *BGH*, Urt. v. 28.2.1985 – IX ZR 92/84, NJW 1985, 2585 (2587); Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB vor § 307 Rn. 136; Baumgärtel/Laumen/Prütting/*Laumen*, HdB. der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 2.

145 Siehe BT-Drs. 14/6040 S. 126; *BGH*, Urt. v. 30.9.2009 – VIII ZR 238/08, NJW 2010, 1135 (1137); *OLG Hamm*, Urt. v. 5.11.2002 – 19 U 41/02, NJW 2003, 760 (761); *LG Heidelberg*, Urt. v. 17.5.2002 – 5 O 19/02, NJW 2002, 2960 (2961); Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 155; MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 55 und 63; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 1 Rn. 19 f.; *Weiler*, Schuldrecht AT, 7. Aufl. 2024, § 5 Rn. 11 f.; siehe dazu auch oben § 6 C. I.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor zu bestimmen ist. — Für die Frage, ob sich eine solche Rücksichtspflicht aus der Natur des Darlehensvertrages gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB ergibt, kommt es zwar nicht auf die Umstände eines konkreten Falles an, aber auch bei typisierender Betrachtung stellen sich Tatsachenfragen. Als Beispiel ist einerseits die Frage zu nennen, ob von einem Loan-to-Own-Investor im Vergleich zu einer Bank typischerweise eine größere Gefahr für die Provokation eines Kündigungsgrundes ausgeht.[146] Auf der anderen Seite sei an die Frage gedacht, wie hoch typischerweise das finanzielle Interesse einer Bank ist, einen Kredit auf einen Loan-to-Own-Investor übertragen zu dürfen.[147] Zu diesen und anderen Aspekten hinsichtlich der typischerweise betroffenen Interessen fehlen empirische Daten. Anhand theoretischer Erwägungen werden daher insoweit Annahmen getroffen und als Prämissen gesetzt.

Der typisierenden Betrachtung wird ein Darlehensvertrag zwischen einem Unternehmen und einer Bank zugrunde gelegt, da überwiegend Banken Unternehmenskredite gewähren;[148] sie sind die typischen Darlehensgeber.[149] Mit Blick auf eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses wird auch auf Besonderheiten eingegangen, die sich ergeben können, wenn der Darlehensgeber keine Bank ist. Zu nennen ist hier insbesondere der Fall, dass das Darlehen nach

146 Siehe dazu unten § 6 D. I. 2. b) bb) bbb).

147 Siehe dazu unten § 6 D. II. 2. a).

148 Man vergleiche nur die Zahlen zur Kreditvergabe durch Banken und durch Kreditfonds: Das Volumen des im Jahre 2017 in *Europa* von Kreditfonds für die originäre Gewährung von Unternehmenskrediten eingeworbenen Kapitals wird mit 21,9 Mrd. Euro beziffert, *Preqin*, Global Private Debt Report, 2018 (zitiert nach *BAI*, Unternehmenskreditfinanzierungen durch Nicht-Banken in Deutschland, März 2019, S. 27). In demselben Jahr gewährten allein *deutsche* Banken an *inländische* Unternehmen und Selbständige Kredite in Höhe von 1.403,1 Mrd. Euro – mehr als das 64-Fache (*Statista*, Kreditaufnahme und Verschuldung, 2023, S. 11). — Allerdings wächst die Darlehensgewährung durch Kreditfonds, siehe zu diesem Trend *o. V.*, Euro am Sonntag v. 8.–13.4.2022, Nr. 14, 35.

149 Siehe zur Maßgeblichkeit der typischerweise beteiligten Verkehrskreise für die objektiv-generalisierende Betrachtung bei der Gewinnung vertragsnatürlicher Pflichten gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB *von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 284; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 238 und 245; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 271; Clemenz/Kreft/Krause/*Klumpp*, AGB-ArbR, 3. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 78; Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 32; siehe dazu bereits oben § 6 C. II.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dem Vertragszweck bei einem Versicherungsunternehmen platziert werden soll.[150]

Was die Person des Erwerbers anbelangt, wird zwar nur die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor in den Blick genommen. Insoweit jedoch der Darlehensgeber aus Rücksicht verpflichtet ist, die Abtretung an einen Loan-to-Own-Investor zu unterlassen, lässt sich dies mutatis mutandis auf andere Personen übertragen, die (in erhöhtem Maße)[151] von einem Forderungsausfall profitieren. Ein solches negatives wirtschaftliches Interesse können Wettbewerber des Darlehensnehmers,[152] aber auch Investoren aufgrund von Kreditderivaten[153] haben.

Auf den Kündigungs- und Informationsrechten liegt, wie bereits erwähnt, ein besonderes Augenmerk. Denn mit Ausnahme eines gekündigten Kredits bedarf es des Kündigungsrechts, um Forderungsherrschaft zu erlangen, und die Informationsrechte können eine forderungsbasierte Übernahme erleichtern.[154] Daher werden außer den Zahlungsforderungen die Kündigungsrechte und Bestimmungsrechte bezüglich ermessensabhängiger kreditsichernder Informationsansprüche näher betrachtet.

Angesichts der mittelbar aus dem Bankgeheimnis folgenden und gegenüber jedermann geltenden Abtretungsverbote betreffend Zahlungs- und Informationsansprüche[155] ist hier vorab noch auf die Rolle, die eine vom Geheimnisschutz unabhängige zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht spielen kann, einzugehen. So ließe sich beispielsweise fragen, welche Relevanz es hat, sollte die Übertragung eines ermessensabhängigen Informati-

150 Siehe zu diesem Fall noch unten § 6 D. I. 1. b). Siehe ferner auch unten § 6 D. II. 1.

151 Siehe zur Zweifelhaftigkeit, ob eine Bank überhaupt ein Interesse am Forderungsausfall hat, unten § 6 D. I. 2. b) bb) bbb) (1).

152 Siehe zum Meinungsstand betreffend den Schutz vor der Übertragung auf Konkurrenten oben § 6 B. I. 1; siehe zu mittelbaren Übertragungsbeschränkungen in Weitergabeklauseln bezüglich Konkurrenten des Darlehensnehmers unten § 8 A. II. 1 und zu expliziten unten § 8 A. II. 2. b).

153 Siehe zum negativen wirtschaftlichen Interesse, das Investoren aufgrund von CDS haben können, *Koa*, Gläubiger ohne Risiko, 2020, S. 51; *C. G. Paulus*, Große Pleiten, 2023, S. 54. Siehe zu Übertragungsbeschränkungen im Hinblick auf diese Personen in Weitergabeklauseln *Ryan/Lakin*, ICLG, L&S Fin., 7th ed. 2019, 63 (68). Vgl. auch *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 54 (66 f.); siehe zu dergleichen Übertragungsbeschränkungen in Weitergabeklauseln noch unten § 8 A. II. 2. a).

154 Siehe oben § 2 C.

155 Siehe zum wegen der Entstehung der Auskunftspflicht gemäß § 402 Alt. 1 BGB mittelbar aus dem Bankgeheimnis folgenden Abtretungsverbot bei Zins- und Rückzahlungsansprüchen oben § 5 B. I. 3. b) und zum mittelbaren Abtretungsverbot bei kreditsichernden Informationsansprüchen oben § 5 B. I. 3. a).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

onsanspruches auf einen Loan-to-Own-Investor dann neben der Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses noch eine weitere verletzen, wenn auch das Bestimmungsrecht übergeht. Hierauf wäre zu antworten: Auf eine vom Geheimnisschutz unabhängige zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht kommt es an, wenn man die hiesige Ansicht ablehnt und meint, bei einem notleidenden Kredit sei es gerechtfertigt, das Geheimhaltungsinteresse des Darlehensnehmers durch die Übertragung eines kreditsichernden Informationsanspruches zu verletzen. Dann stellt sich die Frage, ob dies auch gilt, wenn der Zessionar ein Loan-to-Own-Investor ist, und weiter, ob auch der Übergang des Bestimmungsrechts gerechtfertigt ist. Dies zu beurteilen, erfordert, sich darüber im Klaren zu sein, welche zusätzlichen Interessenbeeinträchtigungen sich für den Darlehensnehmer in Abhängigkeit von der Person des Zessionars ergeben. Bedeutung erlangt eine vom Geheimnisschutz unabhängige zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht jedoch vor allem, wenn eine Weitergabeklausel, wonach der Darlehensgeber seine Rechte einem Loan-to-Own-Investor übertragen darf, an § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB gemessen wird. Denn es macht einen Unterschied, ob eine solche Bestimmung nur die Geheimhaltungspflicht oder noch weitere Rücksichtspflichten einschränkt.[156]

Inwiefern einen Darlehensgeber vertragsnatürliche zessionsbeschränkende Rücksichtspflichten bezüglich der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor treffen, wird in drei Schritten[157] bestimmt: Im Wege typisierender Betrachtung werden das Interesse des Darlehensgebers an der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor einerseits und die mit einer solchen Übertragung einhergehenden Beeinträchtigungen der Interessen des Darlehensnehmers andererseits ermittelt (dazu I.), gewichtet (dazu II.) und abgewogen (dazu III.).

Dabei wird mit Blick auf das einzelne Darlehensgeberrecht ermittelt und gewichtet, inwiefern dessen Übertragung von einer Bank auf einen Loan-to-Own-Investor die Interessen des Darlehensnehmers beeinträchtigt. Demgegenüber wird aufseiten des Darlehensgebers ermittelt und gewichtet, welches Interesse eine Bank an der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor hat. Grund für diesen unterschiedlich weiten Fokus ist die

156 Siehe dazu, dass Übertragungsbeschränkungen aufgrund der Üblichkeit von Weitergabeklauseln ihre praktische Relevanz bei der AGB-Kontrolle von Weitergabeklauseln entfalten, oben vor § 4.

157 Siehe zu den Phasen der Abwägung und verschiedenstufigen Abwägungsmodellen *Erbguth*, JZ 2006, 484 (488 f.); siehe ferner *Riehm*, RW 2013, 1 (11 ff.); *Gast*, Juristische Rhetorik, 5. Aufl. 2015, Rn. 1078.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Annahme, dass eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht, auch wenn sie z. B. nur die Kündigungs- und Informationsrechte betrifft, einer Bank erschwert, die Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB an einen Loan-to-Own-Investor zu veräußern. So wird davon ausgegangen, dass das Interesse eines Loan-to-Own-Investors an deren Erwerb geringer ausfällt, wenn er dadurch keine Forderungsherrschaft erlangte. Zu sehen ist auch das Interesse einer Bank, sich nicht nur des Kreditrisikos, sondern auch der Kreditbetreuung zu entledigen, was sie allein durch die Übertragung der Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht erreicht. — Den vorgenannten Gesichtspunkten Rechnung zu tragen, ist das eine. Es ginge jedoch zu weit, eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht in Bezug auf ein Nebenrecht mit einer solchen hinsichtlich aller Darlehensgeberrechte gleichzusetzen. Schließlich wird die Beschränkung der Übertragung eines Nebenrechts nicht stets de facto die Veräußerbarkeit der übrigen Rechte ausschließen. Ein faktischer Ausschluss der Veräußerbarkeit der übrigen Rechte liegt insbesondere dann fern, wenn Forderungsherrschaft auch ohne das Nebenrecht zu erlangen ist. Und selbst wenn die Veräußerbarkeit faktisch ausgeschlossen sein sollte, bliebe wertungsmäßig immer noch der Unterschied, dass die Übertragung rechtlich unbeschränkt ist. Diese Aspekte werden bei der Interessenabwägung berücksichtigt.[158]

I. Ermittlung des Darlehensgeberinteresses an der Kreditübertragung und der damit verbundenen Beeinträchtigungen der Darlehensnehmerinteressen

Nach der Ermittlung des typischen Darlehensgeberinteresses an der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor (dazu 1.) wird herausgestellt, welche Beeinträchtigungen von Darlehensnehmerinteressen eine solche Kreditübertragung typischerweise hervorruft (dazu 2.).

1. Darlehensgeberinteresse an der Kreditübertragung

Ohne Zweifel beeinträchtigt eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht betreffend die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor das Interesse des Darlehensgebers, frei über seine Rechte verfügen zu dürfen. Insofern wird zuerst geklärt, warum dieses Interesse – die Verfügungsfrei-

158 Siehe unten § 6 D. III. 1. b) und § 6 D. III. 1. c).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

heit des Darlehensgebers als solche – bei der Gewinnung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht grundsätzlich außer Acht zu lassen ist (dazu a)). Im Anschluss wird ein speziellerer Fall betrachtet, und zwar, dass der Kredit nach dem Vertragszweck bei einem Versicherungsunternehmen platziert werden soll. Versicherungsunternehmen könnten aus aufsichtsrechtlichen Gründen ein besonderes und daher ausnahmsweise zu beachtendes Interesse haben, gänzlich frei über ihre Darlehensgeberrechte verfügen zu dürfen (dazu b)). Der Schwerpunkt liegt auf der Untersuchung des finanziellen Interesses einer Bank an der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor (dazu c)).

a) Fehlende Berücksichtigungsfähigkeit der Verfügungsfreiheit als solcher

Das durch eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht beeinträchtigte Interesse des Darlehensgebers, frei über seine Rechte verfügen zu dürfen, kann nicht berücksichtigt werden. Die Verfügungsfreiheit des Darlehensgebers ist schon der Gegenstand, dessen Grenzen bestimmt werden sollen. Es führte zu einem Zirkelschluss, würde die Verfügungsfreiheit gegen ihre eigene Begrenzung in Stellung gebracht.[159]

Wer für zulässig erachtet, die Verfügungsfreiheit als solche zu berücksichtigen, muss bedenken, dass dann auf der Seite des Darlehensnehmers auch die Beeinträchtigung der Kontrahentenwahlfreiheit[160] in Anschlag zu bringen wäre, womit sich zwei abstrakt gleichwertige[161] Interessen gegenüberstünden. Darin läge kein Mehrwert. — Daher bleiben sowohl das allgemeine Interesse des Darlehensgebers, frei verfügen zu dürfen, als auch das allgemeine Interesse des Darlehensnehmers, den gewählten Gläubiger

159 Man stelle sich vor, der Darlehensgeber antwortete auf die Frage, warum ihn interessiere, frei übertragen zu dürfen, er wolle frei übertragen dürfen.

160 Siehe zur Abtretung als Vertrag zulasten Dritter *C. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 242; *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 76; zurückhaltender *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 101 f. und 111 f.; siehe zum mit § 398 BGB verbundenen Eingriff in die Kontrahentenwahlfreiheit Nörr/Scheyhing/Pöggeler/*Scheyhing*/*Nörr*, Sukzessionen, 2. Aufl. 1999, § 1, S. 6 f.; *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 53.

161 Siehe zur hohen Bedeutung der Verfügungsfreiheit *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 83 ff. Siehe zum erhöhten Schutzniveau der Kontrahentenwahlfreiheit als ein Innominatfreiheitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 GG Isensee/Kirchhof/*Kube*, Staatsrecht, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 89; Merten/Papier/*Brenner*, Grundrechte, Bd. V, 2013, § 115 Rn. 5; BeckOK GG/*Lang*, 58. Ed. 15.6.2024, GG Art. 2 Rn. 12 ff. Siehe dazu auch noch unten § 8 B. III. 3. a) aa).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu behalten, außen vor. Es werden nur die dahinterstehenden Interessen berücksichtigt.

Wollte man dennoch die Verfügungsfreiheit als solche berücksichtigen, wäre deren Beeinträchtigung insbesondere unter zwei Gesichtspunkten zu relativieren. Erstens wäre eine unterschiedliche Bewertung je nach dem Gegenstand der Übertragung geboten: Zu den Zins- und Rückzahlungsforderungen ließe sich anführen, dass deren vermögensgegenständliche Seite stärker ausgeprägt ist als das rechtliche Band zwischen Gläubiger und Schuldner.[162] Über die Kündigungs- und Informationsrechte könnte dies nicht gesagt werden. Deren Verkehrsfähigkeit ist im Vergleich zu Geldforderungen weniger schützenswert. Diese Wertung kommt in § 354a Abs. 1 Satz 1 HGB zum Ausdruck, da nur bei einer Geldforderung trotz Abtretungsausschlusses nach § 399 Alt. 2 BGB wirksam abgetreten werden kann.[163] Zweitens wäre zu berücksichtigen, dass die Verfügungsfreiheit in Bezug auf diese Rechte nur partiell eingeschränkt wird. Beschränkt wird nur die Freiheit, die Rechte auf jemanden zu übertragen, dem diese Rechte typischerweise als Mittel zur Übernahme des Schuldners dienen.

b) Besonderes aufsichtsrechtliches Interesse – zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht und Anlagegrundsätze nach § 124 VAG

Bei einem Darlehen, das seinem Vertragszweck nach bei Versicherungsunternehmen platziert werden soll, sind auch deren Interessen bei der Bestimmung der Rücksichtspflicht nach dem Inhalt des Schuldverhältnis-

162 Siehe zum Forderungsbegriff und dessen Doppelnatur oben § 3 A.

163 Geldforderung i. S. d. § 354a Abs. 1 Satz 1 HGB ist eine auf Zahlung von Geld gerichtete Forderung gleich welcher Währung; neben den der Summe nach bezifferten Forderungen (Geldsummenschulden) sind auch auf Leistung oder Ersatz eines Wertes gerichtete Forderungen (Geldwertschulden) erfasst, siehe BT-Drs. 12/7912 S. 24 f.; BeckOK HGB/*Lehmann-Richter*, 43. Ed. 1.7.2024, HGB § 354a Rn. 11. Keine Geldforderungen sind demgegenüber Sach-, Dienst- und Werkleistungsansprüche, auch wenn sie in eine Geldforderung übergehen können, siehe *Bauer*, § 354a HGB, 2001, S. 74; *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 142; MüKoHGB/*K. Schmidt*/*Langenbucher*, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, HGB § 354a Rn. 7; BeckOK HGB/*Lehmann-Richter*, 43. Ed. 1.7.2024, HGB § 354a Rn. 11; Ebenroth/Boujong/*E. Wagner*, HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2024, HGB § 354a Rn. 8. — Dagegen (ohne Begründung) § 354a Abs. 1 Satz 1 HGB analog auf den Ausschluss der Abtretung von Gestaltungsrechten anwendend *Chr. Ott*, AcP 220 (2020), 928 (938).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ses gemäß § 241 Abs. 2 BGB zu würdigen.[164] Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob ein Versicherungsunternehmen i. S. d. § 7 Nr. 33 VAG in ein Darlehen investieren darf, wenn eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht besteht. Eine solche Investition könnte mit den Anlagegrundsätzen nach § 124 VAG unvereinbar sein.

Nach § 124 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Halbsatz 1 VAG[165] muss das Versicherungsunternehmen sämtliche Vermögenswerte so anlegen, dass Sicherheit, Qualität, Liquidität und Rentabilität „des Portfolios als Ganzes" sichergestellt sind.[166] Nicht zum Handel an einem geregelten Finanzmarkt zugelassene Anlagen und Vermögenswerte hat das Versicherungsunternehmen gemäß § 124 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 VAG[167] auf einem vorsichtigen Niveau zu halten.[168] Für die Vermögenswerte des Sicherungsvermögens verlangt § 125 Abs. 1 Satz 3 Var. 2 VAG, dass die in § 125 Abs. 1 Satz 2 VAG genannten Vermögenswerte, unter anderem Darlehensforderungen (Nr. 1), „insgesamt" dem Liquiditätsniveau des Gesamtportfolios entsprechen „sollen".[169] — Somit ist in den §§ 124 f. VAG schon nicht vorgeschrieben, dass jede *einzelne* Vermögensanlage *dinglich uneingeschränkt* übertragbar sein muss. Die Existenz einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht führt daher nicht zur Unvereinbarkeit der Anlage mit den Grundsätzen nach § 124 VAG.

164 Siehe zur Feststellung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses oben § 6 C. I. Siehe dazu, dass wegen der anzustellenden generalisierenden Betrachtung zur Gewinnung einer vertragsnatürlichen Rücksichtspflicht ein Darlehensvertrag mit einer Bank zugrunde zu legen ist, oben § 6 D.

165 Sehr ähnlich lautet Art. 132 Abs. 2 Unterabs. 2 Solvency II-RL.

166 Siehe Prölss/Dreher/*Lipowsky*, VAG, 13. Aufl. 2018, VAG § 124 Rn. 15; Kaulbach/Bähr/Pohlmann/*Lemmer*, VAG, 6. Aufl. 2019, VAG § 124 Rn. 26; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 69; Brand/Baroch Castellvi/*Winter*, HK-VAG, 2. Aufl. 2024, VAG § 124 Rn. 28 f. Vgl. auch BT-Drs. 18/2956 S. 266 f.

167 Wortgleich Art. 132 Abs. 4 Unterabs. 3 Solvency II-RL.

168 Siehe zu § 124 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 VAG Prölss/Dreher/*Lipowsky*, VAG, 13. Aufl. 2018, VAG § 124 Rn. 24 ff.; Brand/Baroch Castellvi/*Winter*, HK-VAG, 2. Aufl. 2024, VAG § 124 Rn. 60 ff.

169 Vgl. (ohne die Betonung der Gesamtheit) Nomos-BR VAG/*Laars*/*Both*, 6. Aufl. 2022, VAG § 125 Rn. 3. — Vgl. auch die Voraussetzungen gemäß § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 1 Nr. 4 AnlV für die Anlage des Sicherungsvermögens von Pensionskassen i. S. d. § 232 VAG, Sterbekassen i. S. d. § 218 VAG und kleinen Versicherungsunternehmen i. S. d. § 211 VAG in Unternehmensdarlehen. — Siehe zur Abgrenzung kleiner und großer Versicherungsunternehmen i. S. d. Versicherungsaufsichtsgesetzes Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 68 f.; Nomos-BR VAG/*Laars*/*Both*, 6. Aufl. 2022, VAG § 211 Rn. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die *BaFin* legt zwar einen strengeren Maßstab an, indem sie stärker auf den einzelnen Vermögensgegenstand abhebt.[170] Aber auch wenn man ihrer Ansicht folgt, führt eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht nicht zur Unvereinbarkeit der Anlage: Nach Ansicht der *BaFin* dürfe das „Verfügungsrecht"[171] nur „grundsätzlich"[172] nicht beschränkt sein. „Grundsätzlich"[173] müssten die Anlagegegenstände uneingeschränkt transferiert werden können. Zudem stellt die *BaFin* auf die dingliche Seite ab. Sie spricht von einem Verfügungsrecht, fordert die „unbeschränkte Abtretungsmöglichkeit"[174] und betont insofern die Unvereinbarkeit eines „Zustimmungserfordernisses"[175].

c) Finanzielles Interesse an der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor

Zur Ermittlung des finanziellen Interesses des Darlehensgebers an der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor wird untersucht, worin sein finanzielles Interesse an der Übertragung eines Kredits im Allgemeinen begründet ist (dazu aa)) und inwiefern dieses Interesse beeinträchtigt wird, wenn er den Kredit nicht auf einen Loan-to-Own-Investor übertragen darf (dazu bb)).

170 *BaFin*, Auslegungsentscheidung v. 1.1.2016 – PPP, Rn. 62; *dies.*, Rundschreiben 11/2017 (VA) v. 12.12.2017 – VA 25–I 3201–2016/0002, B.3.1.b). Vgl. dazu auch Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.93 Fn. 138.

171 *BaFin*, Rundschreiben 11/2017 (VA) v. 12.12.2017 – VA 25–I 3201–2016/0002, B.3.1.b).

172 *BaFin*, Rundschreiben 11/2017 (VA) v. 12.12.2017 – VA 25–I 3201–2016/0002, B.3.1.b). Dass die Bundesanstalt nur „grundsätzlich" freie Übertragbarkeit verlangt, betont auch Kaulbach/Bähr/Pohlmann/*Lemmer*, VAG, 6. Aufl. 2019, VAG § 124 Rn. 26.

173 *BaFin*, Auslegungsentscheidung v. 1.1.2016 – PPP, Rn. 62.

174 *BaFin*, Auslegungsentscheidung v. 1.1.2016 – PPP, Rn. 62.

175 *BaFin*, Rundschreiben 11/2017 (VA) v. 12.12.2017 – VA 25–I 3201–2016/0002, B.3.1.b); im Kontext dinglicher Abtretungsbeschränkungen nach § 399 Alt. 2 BGB zustimmend Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.93 Fn. 138; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 42 Fn. 276.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa) Interesse an der Kreditübertragung

Der aufsichtsrechtliche Rahmen (Basel III, IV, IFRS 9) ist ein Aspekt, der eine Bank motiviert, einen risikoreicheren Kredit zu veräußern. Denn nimmt das Risiko des Kredits zu, muss sie mehr Eigenkapital unterlegen – ihre Eigenkapitalkosten steigen.[176] Zudem muss sie ihre Liquiditätssicherung belegen; auch dies kann sie zur Ausplatzierung motivieren.[177] Und veräußert sie einen ausgereichten Kredit, kann sie mit der gewonnenen Liquidität einen neuen vergeben.[178]

Leidet der Kredit Not, wächst für die Bank der Aufwand, diesen zu betreuen, womit auch deren Personalkosten steigen. Veräußert sie den Kredit frühzeitig, entlastet sie ihre Restrukturierungsabteilung.[179] Insofern wird berichtet, dass die Möglichkeit zur Kreditveräußerung Banken in den vergangenen Jahren dazu veranlasste, Personal in ihren Restrukturierungsabteilungen abzubauen, um so Kosten zu sparen.[180] Damit setzen sich die Banken wiederum unter hohen Veräußerungsdruck, sobald sich eine gesamtwirtschaftliche Krise abzeichnet; denn mangels Personals sind sie dann außerstande, eine größere Zahl kritischer Kredite gleichzeitig zu betreuen.[181]

176 *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 28 ff.; *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 8 f.; Derleder/Knops/Bamberger/*Schalast* et al., Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 35 Rn. 5; *Brinkmann*, NZI-Beil. 2019, 27; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 26; Thierhoff/Müller/*Ringelspacher*/*Ziegenhagen*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 757; Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1213; Dauses/Ludwigs/*Burgard*/*Heimann*, EU-WirtschaftsR-HdB, Bd. 1, 60. EL Februar 2024, E. IV Rn. 139.

177 Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1214.

178 *Von Sydow*/*Beyer*, AG 2005, 635; *Rödding*/*Bühring*, DStR 2009, 1933 (1934); *Bergjan*, ZIP 2012, 1997; *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 117; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 26. — Kritisch zu diesem – politisch wohl gewollten (vgl. ErwGr. 1 ff. KrZwM-RL; BT-Drs. 20/9782 S. 1) – Kreislauf *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 462.

179 *Von Sydow*/*Beyer*, AG 2005, 635 (636); *Reuter*/*Buschmann*, ZIP 2008, 1003; *Kilgus*, BKR 2009, 181 (187); *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 26.

180 *Reifenberger*, Finance Januar/Februar 2021, 10 (13).

181 *Reifenberger*, Finance Januar/Februar 2021, 10 (13). — Siehe zur Aufgabe der Problemkreditbetreuung und zur bankenaufsichtsrechtlichen Zulässigkeit deren Auslagerung *Theewen*, WM 2004, 105 (109 ff.); vgl. auch Derleder/Knops/Bamberger/*Schalast* et al., Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 35 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In Hinsicht auf die nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB anzustellende generalisierende Betrachtung,[182] der ein Darlehensvertrag mit einer Bank zugrunde gelegt wird,[183] bleibt festzuhalten: Darlehensgeber haben ein finanzielles Interesse, einen Kredit veräußern zu dürfen. Dieses Interesse wächst typischerweise, wenn das Kreditrisiko zunimmt.

Wie für eine Bank schafft auch für ein kreditgebendes Versicherungsunternehmen der aufsichtsrechtliche Rahmen ein Motiv zur Ausplatzierung. Es muss (wie erwähnt) seine Vermögenswerte so anlegen, dass Sicherheit, Qualität, Liquidität und Rentabilität des Portfolios als Ganzes sichergestellt sind, § 124 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Halbsatz 1 VAG.[184] Insbesondere wenn das Risikoprofil des Portfolios zu hoch geworden ist, kann es für das Versicherungsunternehmen günstig sein, einen risikoreicheren Kredit zu veräußern.[185]

bb) Interesse an der Übertragung auf einen Loan-to-Own-Investor

Wie stark das finanzielle Interesse des Darlehensgebers beeinträchtigt wird, wenn er den Kredit nicht auf einen Loan-to-Own-Investor übertragen darf, hängt davon ab, wie groß der Anteil an Loan-to-Own-Investoren unter denen ist, die Interesse am Krediterwerb haben. Interessieren sich nur Loan-to-Own-Investoren[186] für den Erwerb, muss der Darlehensgeber den Kredit behalten. Lautet die Antwort, dass auch andere Interessenten exis-

182 Siehe zur objektiv-generalisierenden Betrachtung bei der Gewinnung vertragsnatürlicher Pflichten gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB *von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 284; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 238 und 245; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 271; Clemenz/Kreft/Krause/*Klumpp*, AGB-ArbR, 3. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 78; Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 32; siehe dazu bereits oben § 6 C. II.

183 Siehe dazu, dass wegen der gebotenen abstrahierenden Betrachtung bei der Gewinnung einer vertragsnatürlichen Rücksichtspflicht ein Darlehensvertrag mit einer Bank zugrunde zu legen ist, oben § 6 D.

184 Siehe zur Maßgeblichkeit der Sicherheit des Portfolios als Ganzes gemäß § 124 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Halbsatz 1 VAG Prölss/Dreher/*Lipowsky*, VAG, 13. Aufl. 2018, VAG § 124 Rn. 15; Kaulbach/Bähr/Pohlmann/*Lemmer*, VAG, 6. Aufl. 2019, VAG § 124 Rn. 26; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 69; Brand/Baroch Castellvi/*Winter*, HK-VAG, 2. Aufl. 2024, VAG § 124 Rn. 28 f. Vgl. auch BT-Drs. 18/2956 S. 266 f.; siehe dazu oben § 6 D. I. 1. b).

185 Vgl. auch *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 83.

186 Der Loan-to-Own-Investor steht stellvertretend auch für andere Personen, die ein Interesse am Forderungsausfall haben; siehe dazu oben § 6 D.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tieren, ist zweitens zu fragen, ob sie einen niedrigeren Preis bieten als Loan-to-Own-Investoren. Da zu keiner der beiden Fragen empirische Daten vorliegen, kann diesen nur heuristisch nachgegangen werden. Hierbei wird danach unterschieden, ob der Kredit ungestört (dazu aaa)), ausfallgefährdet (dazu bbb)) oder notleidend (dazu ccc)) ist.[187]

aaa) Übertragungsinteresse bei einem ungestörten Kredit

Als ungestört wird ein Kredit bezeichnet, dessen Risiko seit Vertragsschluss nicht oder nur unerheblich gestiegen ist.[188] Und für eine forderungsbasierte Übernahme ist ein Unternehmen prädestiniert, das zwar im Kern gesund ist, aber sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet.[189] Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob es überhaupt vorkommt, dass ein Loan-to-Own-Investor einen ungestörten Kredit erwirbt.

Dafür könnten in Darlehensverträgen enthaltene Übertragungsbeschränkungen hinsichtlich Loan-to-Own-Investoren sprechen, die unter der auflösenden Bedingung der Verletzung von Financial-Covenants stehen.[190] Daraus kann der Umkehrschluss gezogen werden: Jene, die diese Klauseln vereinbaren, gehen davon aus, dass Loan-to-Own-Investoren auch Interesse am Erwerb von Krediten haben, bei denen keine Financial-Covenants verletzt wurden.[191] Bei der Beantwortung der Frage, ob Loan-to-Own-Investoren am Erwerb eines ungestörten Kredits interessiert sind, hilft das jedoch nur, wenn Financial-Covenants einen ungestörten von einem ausfallgefährdeten Kredit abgrenzen. Diese Grenze markieren sie indes nur, wenn sie sehr eng gefasst sind. Sind sie jedoch lockerer, lösen sie erst in einem Bereich aus, in dem die Grenze zum ausfallgefährdeten Kredit bereits überschritten wurde. Daher liefert die Existenz solcher Übertragungsbeschränkungen keinen Anhaltspunkt dafür, dass Loan-to-Own-Investoren ungestörte Kredite erwerben.

Mit Blick auf Kredite, die schon bei Vergabe etwas risikoreicher waren, liegt es zwar nicht gänzlich fern, dass Loan-to-Own-Investoren an deren

187 Siehe zur Definition ungestörter, ausfallgefährdeter und notleidender Kredite oben § 1 B. II.

188 Siehe zur Definition ungestörter Kredite oben § 1 B. II.

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

190 Siehe zum in Weitergabeklauseln vereinbarten Entfall von Zustimmungsvorbehalten bei einer Pflichtverletzung unten § 8 A. II. 2. c).

191 Davon ausgehend auch *Allert*, Modernes Sanierungsmanagement, 5. Aufl. 2017, 571 (574); *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 78.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erwerb Interesse haben, auch wenn die Ausfallgefahr seit Vertragsschluss noch nicht erheblich zugenommen hat. Insgesamt erscheint es jedoch plausibel, dass Loan-to-Own-Investoren nur ausnahmsweise ungestörte Kredite erwerben.

Bei typisierender Betrachtung wird daher hinsichtlich ungestörter Kredite angenommen: Loan-to-Own-Investoren machen allenfalls einen geringen Anteil der Erwerbsinteressenten aus. Darf der Darlehensgeber einen ungestörten Kredit nicht auf einen Loan-to-Own-Investor übertragen, hat das nur selten zur Folge, dass er den Kredit nicht oder nur zu einem schlechteren Preis veräußern kann. Somit ist zwar ein finanzielles Interesse des Darlehensgebers, einem Loan-to-Own-Investor einen ungestörten Kredit zu übertragen, nicht gänzlich zu verneinen, aber gering einzuschätzen.

bbb) Übertragungsinteresse bei einem ausfallgefährdeten Kredit

Unter den Begriff des ausfallgefährdeten Kredits fallen, wie oben ausgeführt,[192] einerseits beinahe ungestörte Kredite. Hinsichtlich dieser Kredite dürfte ein Übertragungsverbot das finanzielle Interesse des Darlehensgebers nur geringfügig mehr als bei einem noch ungestörten Kredit beeinträchtigen. Zu den ausfallgefährdeten Krediten zählen andererseits auch beinahe notleidende Kredite. Dies sind zum einen Kredite, deren risikobezogene Faktoren ein Maß erreicht haben, das fast schon den Voraussetzungen nach § 490 Abs. 1 BGB genügt. Zum anderen können es aber auch Kredite sein, die allein unter Risikogesichtspunkten betrachtet bereits als notleidend zu qualifizieren wären, aber nicht bei der nach § 490 Abs. 1 BGB anzustellenden Gesamtwürdigung.[193] Hinsichtlich beinahe notleidender Kredite werden die Folgen eines Übertragungsverbotes auf das finanzielle Interesse des Darlehensgebers in den Blick genommen. Betrachtet werden zwei Szenarien; unterschieden wird danach, ob ausschließlich Loan-to-Own-Investoren oder auch andere Investoren am Erwerb eines ausfallgefährdeten Kredits interessiert sind.

192 Siehe zur Definition ausfallgefährdeter Kredite oben § 1 B. II.

193 Siehe zu dieser Gesamtwürdigung, in die Wertungsaspekte einzustellen sind, etwa ob der Kreditgeber den Darlehensnehmer in wirtschaftliche Abhängigkeit geführt hat, oben § 1 B. II.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erstes Szenario: Sind ausschließlich Loan-to-Own-Investoren und andere ausgeschlossene Personen[194] am Erwerb interessiert, zwingt ein Übertragungsverbot den Darlehensgeber, den Kredit zu behalten. Für eine Bank führt dies zu den oben beschriebenen finanziellen Nachteilen – steigende Eigenkapitalkosten, reduzierte Neukreditvergabe und erhöhter Aufwand der Problemkreditbetreuung.[195] — Für ein Versicherungsunternehmen ist, wie erwähnt, die Veräußerung eines ausfallgefährdeten Kredits eine Möglichkeit, um das Risikoprofil des Portfolios zu reduzieren.[196] Darf es dies nicht, kann es gezwungen sein, eine andere Risikoposition zu veräußern, um das nötige Maß an Sicherheit in Bezug auf das Portfolio als Ganzes[197] wiederherzustellen. Insoweit diese Transaktion wirtschaftlich nachteiliger ist, beeinträchtigt das Verbot sein finanzielles Interesse.

Zweites Szenario: Haben an dem Erwerb eines ausfallgefährdeten Unternehmenskredits auch Investoren Interesse, die keine Loan-to-Own-Strategie[198] verfolgen,[199] kann der Darlehensgeber den Kredit noch veräußern.

194 Loan-to-Own-Investoren stehen stellvertretend für andere Personen, die ein Interesse am Forderungsausfall haben können, z. B. Konkurrenten des Darlehensnehmers (siehe dazu oben § 6 D).

195 Siehe zu den steigenden Eigenkapitalkosten *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 28 ff.; *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 8 f.; Derleder/Knops/Bamberger/*Schalast* et al., Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 35 Rn. 5; *Brinkmann*, NZI-Beil. 2019, 27; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 26; Thierhoff/Müller/*Ringelspacher*/*Ziegenhagen*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 757; Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1213; Dauses/Ludwigs/*Burgard*/*Heimann*, EU-WirtschaftsR-HdB, Bd. 1, 60. EL Februar 2024, E. IV Rn. 139; siehe zum erhöhten Aufwand der Problemkreditbetreuung und den damit verbundenen erhöhten Personalkosten *von Sydow*/*Beyer*, AG 2005, 635 (636); *Reuter*/*Buschmann*, ZIP 2008, 1003; *Kilgus*, BKR 2009, 181 (187); *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 26. Siehe zu diesen finanziellen Einbußen bereits oben § 5 B. II. 2.

196 Siehe oben § 6 D. I. 1. c) aa).

197 Siehe zur Maßgeblichkeit der Sicherheit des Portfolios als Ganzes gemäß § 124 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Halbsatz 1 VAG Prölss/Dreher/*Lipowsky*, VAG, 13. Aufl. 2018, VAG § 124 Rn. 15; Kaulbach/Bähr/Pohlmann/*Lemmer*, VAG, 6. Aufl. 2019, VAG § 124 Rn. 26; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 69; Brand/Baroch Castellvi/*Winter*, HK-VAG, 2. Aufl. 2024, VAG § 124 Rn. 28 f. Vgl. auch BT-Drs. 18/2956 S. 266 f.; siehe näher dazu auch oben § 6 D. I. 1. b).

198 Siehe zu passiven und aktiven, nicht-kontrollorientierten Debt-Investment-Strategien oben § 2 B. I und ausführlicher *Schalast*/*Daynes*, HfB – WPS No. 66, 2005, S. 25 ff.; *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 9 ff.

199 Dass nicht nur Loan-to-Own-Investoren zu den Erwerbern zählen, klingt bei *Allert*, Modernes Sanierungsmanagement, 5. Aufl. 2017, 571 (574) an: Er berichtet zunächst, dass sich mittlerweile eine beachtliche Zahl „seriöser Finanzinvestoren, die sich

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Allerdings könnte das Verbot dazu führen, dass er höhere Abschläge gewärtigen muss. Dem ist so, wenn Loan-to-Own-Investoren im Vergleich zu anderen Investoren tendenziell einen höheren Preis bieten.[200] Trifft die verbreitete Einschätzung zu, dass die Renditen bei Loan-to-Own-Strategien höher als bei anderen Debt-Investment-Strategien ausfallen,[201] könnten sich Loan-to-Own-Investoren zumindest einen höheren Preis leisten. Sollten Loan-to-Own-Investoren keine höheren Preise bieten, bliebe immer noch eines zu bedenken: Scheiden Loan-to-Own-Investoren als Erwerber aus, verknappt dies die Nachfrage.[202] Auch dies kann sich für den Verkäufer nachteilig auf den erzielbaren Preis auswirken.

In beiden Szenarien erscheint es plausibel, dass ein Verbot, einen ausfallgefährdeten Kredit auf einen Loan-to-Own-Investor zu übertragen, nicht selten das finanzielle Interesse des Darlehensgebers beeinträchtigen würde. Dies wird der typisierenden Betrachtung als Prämisse zugrunde gelegt.

ccc) Übertragungsinteresse bei einem notleidenden Kredit

Nach zivilrechtlicher Definition leidet ein ungekündigter Kredit Not, wenn der Darlehensgeber zur fristlosen Kündigung gemäß § 490 Abs. 1 BGB berechtigt ist oder, falls § 490 Abs. 1 BGB abbedungen wurde, es wäre.[203]

Bei einem notleidenden Kredit sind die risikobezogenen Faktoren wie die Höhe der Ausfallgefahr oder deren Steigerung regelmäßig[204] stärker ausgeprägt als bei einem ausfallgefährdeten Kredit. Mit dem Kreditrisiko nehmen die finanziellen Nachteile wie die Eigenkapitalkosten und der

mit ‚Turnaround-Situationen' beschäftigen, etabliert" habe und dann, dass es zunehmend auch Loan-to-Own-Investoren gebe.

200 Freilich kein Beleg für tendenziell bessere Angebote, aber in diesem Zusammenhang dennoch erwähnenswert ist, dass Loan-to-Own-Investoren den Verkauf zuweilen durch eine Beteiligung am Übernahmegewinn prämieren, wie Thierhoff/Müller/*Ringelspacher*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 869 berichtet.

201 Siehe dazu, dass die Renditen bei Loan-to-Own wohl höher als bei anderen Distressed-Debt-Investment-Strategien sind, oben § 2 B. III.

202 Preiseffekte bei einer Beschränkung des Erwerberkreises für möglich erachtend *Diem/Jahn*, Akquisitionsfinanzierungen, 4. Aufl. 2019, § 33 Rn. 14.

203 Siehe zur zivilrechtlichen Definition des notleidenden Kredits oben § 1 B. II.

204 Aufgrund der nach § 490 Abs. 1 BGB anzustellenden Gesamtwürdigung muss das Risiko eines notleidenden Kredits nicht immer höher sein als das eines ausfallgefährdeten. Siehe oben § 1 B. II und § 6 D. I. 1. c) bb) bbb).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Betreuungsaufwand zu.[205] Entsprechend dem regelmäßig höheren Kreditrisiko im Vergleich zu einem ausfallgefährdeten Kredit wird damit auch der finanzielle Nachteil für den Darlehensgeber höher ausfallen, wenn er einen notleidenden Kredit halten muss. — Sollten nicht ausschließlich Loan-to-Own-Investoren am Erwerb eines notleidenden Kredits interessiert sein, so wird deren Anteil unter den Erwerbsinteressenten schon im Vergleich zu einem beinahe notleidenden ausfallgefährdeten Kredit eher größer als kleiner sein. Dementsprechend kann sich auch die Nachfrageverknappung stärker auf den Preis auswirken.

Die eben genannten Aspekte legen zum einen nahe, dass der Anteil der Fälle, in denen ein Verbot der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor zu einem finanziellen Nachteil für den Darlehensgeber führt, bei notleidenden Krediten höher ist als bei ausfallgefährdeten. Zum anderen sprechen sie dafür, dass in den Fällen, in denen der Darlehensgeber einen finanziellen Nachteil erleidet, dieser Nachteil bei einem notleidenden Kredit meist größer ist als bei einem ausfallgefährdeten. Hiervon wird bei objektiv-generalisierender Betrachtung ausgegangen.

d) Ergebnis

Eine Bank beeinträchtigt das Interesse des Darlehensnehmers, den gewählten Gläubiger zu behalten, wenn sie den Kredit einem Loan-to-Own-Investor überträgt. Andererseits beeinträchtigt ein Verbot der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor das Interesse der Bank, frei über ihre Rechte verfügen zu dürfen. Diese Darlehensnehmer- und -geberinteressen abstrakt gegeneinander in Stellung zu bringen, führt nicht weit, wenn es darum geht, die Grenzen der Verfügungsfreiheit zu ermitteln. Daher finden

205 Siehe zu den höheren Eigenkapitalkosten *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 28 ff.; *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 8 f.; Derleder/Knops/Bamberger/*Schalast* et al., Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 35 Rn. 5; *Brinkmann*, NZI-Beil. 2019, 27; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 26; Thierhoff/Müller/*Ringelspacher*/*Ziegenhagen*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 757; Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1213; Dauses/Ludwigs/*Burgard*/*Heimann*, EU-WirtschaftsR-HdB, Bd. 1, 60. EL Februar 2024, E. IV Rn. 139; siehe zum Aufwand der Problemkreditbetreuung und der damit verbundenen Personalkostensteigerung *von Sydow*/*Beyer*, AG 2005, 635 (636); *Reuter*/*Buschmann*, ZIP 2008, 1003; *Kilgus*, BKR 2009, 181 (187); *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 26. Siehe zu diesen finanziellen Nachteilen bereits oben § 5 B. II. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

diese beiden Interessen keine Berücksichtigung bei der Bestimmung einer (vertragsnatürlichen) zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht.[206]

Ein besonderes Interesse des Darlehensgebers, frei verfügen zu dürfen, kann in Anschlag gebracht werden. Solch ein besonderes Interesse ergibt sich für ein Versicherungsunternehmen, wenn die Investition in einen Kredit, bei dem eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht besteht, unvereinbar mit den Anlagegrundsätzen nach § 124 VAG ist. Wird dies – abzulehnenderweise – bejaht, liegt darin ein Umstand, der bei der Ermittlung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zu würdigen ist, wenn der Kredit seinem Vertragszweck nach bei Versicherungsunternehmen platziert werden soll.[207]

Berücksichtigt wird bei der Gewinnung einer vertragsnatürlichen zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht somit nur das finanzielle Interesse einer Bank, den Kredit einem Loan-to-Own-Investor übertragen zu dürfen. Empirische Daten zur Größe dieses Interesses und zu den Faktoren, die es beeinflussen, fehlen. Diesbezüglich werden daher Plausibilitätserwägungen angestellt; so wird bei abstrahierender Betrachtung[208] angenommen: Dieses finanzielle Interesse wächst, wenn das Kreditrisiko zunimmt. Folglich beeinträchtigt ein Verbot der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor dieses Interesse kaum, wenn es nur für ungestörte Kredite gilt. Anders verhält es sich, wenn das Verbot auch ausfallgefährdete Kredite erfasst, und am stärksten fällt die Beeinträchtigung aus, wenn es auch noch für notleidende Kredite gilt.[209]

206 Siehe zur fehlenden Berücksichtigungsfähigkeit der Verfügungsfreiheit und der Gläubigerkontinuität oben § 6 D. I. 1. a).

207 Siehe oben § 6 D. I. 1. b).

208 Siehe zur objektiv-generalisierenden Betrachtung bei der Gewinnung vertragsnatürlicher Pflichten gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB *von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 284; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 238 und 245; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 271; Clemenz/Kreft/Krause/*Klumpp*, AGB-ArbR, 3. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 78; Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 32; siehe dazu bereits oben § 6 C. II.

209 Siehe zum finanziellen Interesse des Darlehensgebers an der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor oben § 6 D. I. 1. c).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Beeinträchtigungen der Darlehensnehmerinteressen durch die Kreditübertragung

Das Verbot der cessio in potentiorem und insbesondere dessen komparative Rezeption veranlassen zu fragen, inwiefern die Rücksichtspflicht die Abtretung an einen Zessionar verbietet, von dem eine höhere Gefahr für die Schuldnerinteressen ausgeht als vom Zedenten.[210] So steht im Mittelpunkt der folgenden Betrachtung, inwiefern eine Bank, indem sie den Kredit einem Loan-to-Own-Investor überträgt, die Darlehensnehmerinteressen höheren oder auch neuen Gefahren aussetzt. Mit Blick darauf soll vorab ein Beispiel verdeutlichen, warum die Abtretung an einen gefährlicheren Zessionar ein derivatives Interesse des Schuldners verletzt und welche Besonderheiten bei der Bestimmung einer Pflicht zur Rücksicht auf ein derivatives Interesse schon im Rahmen der Ermittlung der Interessenbeeinträchtigung zu beachten sind:

Beispiel: Den Eigentümer einer Sache interessiert es, dass deren Integrität erhalten bleibt. Wird die Sache beschädigt, ist sein Integritätsinteresse verletzt. Dieser Erfolg soll ausbleiben; das ist sein Hauptinteresse. Aus diesem Hauptinteresse leitet sich sein Interesse an einer möglichst niedrigen Gefahr des Erfolgseintrittes ab. Dieses derivative Interesse wird verletzt, wenn die Gefahr für das Hauptinteresse steigt. Insofern sei weiter angenommen, der Eigentümer habe die Sache vermietet. Nun überträgt der Mieter den Gebrauchsüberlassungsanspruch einer unzuverlässigeren Person. Wird dieser nun der Gebrauch überlassen, ist die Sache noch nicht beschädigt, aber die Gefahr einer Beschädigung ist gestiegen. Verletzt ist damit das derivative Interesse des Eigentümers an der Integrität der Sache.

Der Begriff des derivativen Interesses dient auch als Abkürzung. Ohne ihn hätte es zuvor heißen müssen: Verletzt ist damit das Interesse des Eigentümers, dass die Gefahr der Verletzung der Integrität der Sache nicht steigt. Vor allem jedoch soll der Begriff des derivativen Interesses verdeutlichen, dass das Ausbleiben höherer oder zusätzlicher Gefahren seinerseits ein Interesse i. S. d. § 241 Abs. 2 Var. 3 BGB ist, und diesem einen Namen geben.

Auf einen Zusammenhang ist noch hinzuweisen: Im Grundsatz muss der Zedent zur Rücksicht auf das Hauptinteresse des Schuldners verpflichtet sein, damit aus der Verletzung des derivativen Interesses eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht folgen kann. Geht vom Zessionar eine

210 Siehe dazu bereits oben § 6 A. III.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

höhere oder zusätzliche Gefahr für ein dem Zedenten erlaubtes Verhalten aus, führt dies nur ausnahmsweise zu einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht. Dazu bedarf es einer vom Hauptinteresse losgelösten (selbständigen) Pflicht zur Rücksicht auf das derivative Interesse. — Bei der Untersuchung der durch die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor beeinträchtigten derivativen Darlehensnehmerinteressen wird deshalb jeweils zuerst geklärt, ob der Darlehensgeber überhaupt auf das bezügliche Hauptinteresse Rücksicht nehmen muss. Denn ist bereits dies zu verneinen, und trifft den Darlehensgeber auch nicht ausnahmsweise eine selbständige Pflicht zur Rücksicht auf das derivative Interesse,[211] kann es dahinstehen, ob die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor das derivative Interesse verletzt.

Im Folgenden wird behandelt, ob die Übertragung des Kündigungsrechts das derivative Darlehensnehmerinteresse nur zulässiger Kündigung verletzt, ob also von einem Loan-to-Own-Investor eine höhere Gefahr für eine unzulässige Kündigung ausgeht als von einer Bank (dazu a)). Eine ähnliche Frage stellt sich bei der Übertragung eines ermessensabhängigen kreditsichernden Informationsanspruches mit Blick auf den Übergang[212] des Bestimmungsrechts. Untersucht wird, ob von einem Loan-to-Own-Investor eine höhere Gefahr für ein Informationsverlangen ausgeht, das unberechtigt ist, weil es auf einer nicht der Billigkeit entsprechenden und damit gemäß § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB unverbindlichen Bestimmung fußt (dazu b)). Ebenfalls betreffend ermessensabhängige Informationsansprüche wird untersucht, ob von einem Loan-to-Own-Investor die Gefahr ausgeht, dass er mehr Informationen verlangt, als es eine Bank getan haben würde (dazu c)). Anders als bei den zuvor genannten Fragen geht es hierbei nicht um das Interesse des Darlehensnehmers, dass Rechte ihm gegenüber nur zulässigerweise erklärt bzw. geltend gemacht werden. Es geht um sein Interesse, infolge der Abtretung nicht mehr leisten zu müssen; diesbezüglich erlangt die zuvor erwähnte Ausnahme einer selbständigen Rücksichtspflicht auf das derivative Interesse Bedeutung. Schließlich wird eruiert, inwiefern eine Bank das derivative Reputationsinteresse des Darlehensnehmers verletzt, wenn sie einem Loan-to-Own-Investor den Kredit – seien es auch bloß die Zahlungsforderungen – überträgt (dazu d)).

211 Siehe zu einer (wohl seltenen) Ausnahme betreffend das Bestimmungsrecht unten § 6 D. I. 2. c) aa).

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung

Den Darlehensnehmer interessiert es, dass der Darlehensgeber nur zulässigerweise eine Kündigung ausspricht. Ist geklärt, dass der Darlehensgeber auf dieses Hauptinteresse Rücksicht nehmen muss (dazu aa)), wird untersucht, ob die Übertragung des Kündigungsrechts auf einen Loan-to-Own-Investor typischerweise das daraus folgende derivative Interesse verletzt (dazu bb)).

aa) Rücksichtspflichtwidrigkeit unzulässiger Kündigung

Der Schuldner ist zur vollen Leistung verpflichtet – spiegelbildlich dazu darf der Gläubiger nicht mehr als diese fordern.[213] Daher verletzt der Teil eines Schuldverhältnisses seine Pflicht zur Rücksicht, wenn er Ansprüche unberechtigt geltend macht oder die Ausübung eines nicht bestehenden Gestaltungsrechts erklärt.[214] So ist auch die unzulässige Darlehenskündigung eine Pflichtverletzung, und zwar gleichviel, ob diese wirksam ist.[215]

213 *BGH*, Urt. v. 16.1.2009 – V ZR 133/08, BGHZ 179, 238 (245 f. Rn. 17). — Zutreffend ergänzt *Hösl*, Kostenerstattung, 2004, S. 85 f., dass ein unberechtigtes Verlangen den Leistungserfolg gefährden kann, womit dann auch die Leistungstreuepflicht verletzt wird. — Siehe auch *Haertlein*, MDR 2009, 1 ff.

214 *BGH*, (unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen) Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, NJW 2008, 1147 f.; Urt. v. 16.1.2009 – V ZR 133/08, BGHZ 179, 238 (245 f. Rn. 17); Urt. v. 25.10.2012 – VII ZR 56/11, BGHZ 195, 207 (223 Rn. 45); Urt. v. 9.12.2020 – VIII ZR 238/18, NJW 2021, 1232 (1233 Rn. 13); *LG Zweibrücken*, Urt. v. 10.2.1998 – 3 S 178/97, NJW-RR 1998, 1105 f.; *AG Münster*, Urt. v. 4.5.1994 – 48 C 9/94, NJW-RR 1994, 1261 (1262); Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 524; MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 138. — Kritisch *Sutschet*, JZ 2008, 637 ff.; BeckOK BGB/*Sutschet*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 241 Rn. 54. — Ablehnend *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 18.12.1998 – 22 U 148/98, NJW-RR 1999, 746; *KG*, Urt. v. 18.8.2005 – 8 U 251/04, BeckRS 2005, 10894 Rn. 126.

215 Siehe zur Unbeachtlichkeit des Streits über die Wirksamkeit einer unzulässigen Kündigung für die Frage nach deren Pflichtwidrigkeit *C. A. Weber*, DStR 2014, 213; Ellenberger/Bunte/*Samhat*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 54 Rn. 231; jurisPK-BGB/*Schwintowski*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 30. — Unterschiedslos unzulässige Kündigungen für wirksam erachtend *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 5.275; SBL/*Krepold*, BankR-HdB., Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 79 Rn. 253. — Nur die unzeitige Kündigung für wirksam erachtend *BGH*, Urt. v. 20.5.2003 – XI ZR 50/02, NJW 2003, 2674 (2676); *Kiethe*, KTS 2005, 179 (200); Staudinger/*Mülbert*, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 227; Knops/Bamberger/Lieser/*Knops*, Recht der Sanierungsfinanzierung, 2. Aufl. 2019, § 14 Rn. 26; Ellenberger/Bunte/*Häuser*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 65 Rn. 69 ff.;

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Folglich hat ein Darlehensgeber auf das Hauptinteresse des Darlehensnehmers, dass ihm nur zulässigerweise die Kündigung erklärt wird, Rücksicht zu nehmen.

Fraglich ist, welche Rolle die subjektive Redlichkeit des Kündigenden spielen kann. Hintergrund ist, dass ein subjektiv redlicher Putativgläubiger nach herrschender Meinung dann nicht widerrechtlich handele, wenn er ein staatliches Rechtspflegeverfahren in Anspruch nehme, da solche Verfahren und deren Garantien Schuldner bereits hinreichend schützten, zumal sonst der Zugang zu den Gerichten eingeschränkt würde;[216] Entsprechendes gelte grundsätzlich für Vollstreckungsgläubiger.[217] — Insofern

---

Ellenberger/Bunte/*Samhat*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 54 Rn. 231; Obermüller/*Huber*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.402. — Zu Recht die (temporäre) Unwirksamkeit unzeitiger Kündigung bejahend *Hopt*, ZHR 143 (1979), 139 (163); *van Venrooy*, JZ 1981, 53 ff.; MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 238. — Unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes der Frage nach der Wirksamkeit einer unzulässigen Kündigung untergeordnete Bedeutung beimessend *Bitter/Alles*, WM 2013, 537 (538).

216 *BGH*, Urt. v. 7.3.1956 – V ZR 106/54, BGHZ 20, 169 (171 f.); Urt. v. 3.10.1961 – VI ZR 242/60, BGHZ 36, 18 (20 f.); (Ausnahmen seien denkbar) Urt. v. 13.3.1979 – VI ZR 117/77, BGHZ 74, 9 (15 f.); Urt. v. 23.5.1985 – IX ZR 132/84, BGHZ 95, 10 (18 f.); Urt. v. 12.5.1992 – VI ZR 257/91, BGHZ 118, 201 (206); (wertende Begrenzung sei erforderlich) Urt. v. 25.3.2003 – VI ZR 175/02, BGHZ 154, 269 (271 ff.); Beschl. v. 15.7.2005 – GSZ 1/04, BGHZ 164, 1 (6); Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, NJW 2008, 1147; Urt. v. 16.1.2009 – V ZR 133/08, BGHZ 179, 238 (242 Rn. 12); Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 253 und 524; MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 139. — Eine rechtfertigende Wirkung staatlicher Rechtspflegeverfahren ablehnend *Kaiser*, NJW 2008, 1709 ff.; *Haertlein*, MDR 2009, 1 (4 f.); Kindl/Meller-Hannich/*Haertlein*, Zwangsvollstreckung, 4. Aufl. 2021, Schwerpunktbeitrag 9 Rn. 11.

217 Vollstreckungsgläubiger träfen grundsätzlich keine größeren Sorgfaltspflichten als Kläger (*BGH*, Urt. v. 13.3.1979 – VI ZR 117/77, BGHZ 74, 9 [16 a. E.]; ablehnend Kindl/Meller-Hannich/*Haertlein*, Zwangsvollstreckung, 4. Aufl. 2021, Schwerpunktbeitrag 9 Rn. 11). Dies gelte angesichts § 717 Abs. 2 Satz 1 ZPO auch bei nur vorläufiger Vollstreckbarkeit (*BGH*, Urt. v. 26.5.1970 – VI ZR 199/68, BGHZ 54, 76 [80 f.]; Urt. v. 5.5.2011 – IX ZR 176/10, BGHZ 189, 320 [323 f. Rn. 10]; MüKoZPO/*Götz*, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, ZPO § 717 Rn. 7). Jedoch sei die Vollstreckung aus einer Unterwerfungserklärung, § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, nicht gerechtfertigt (*OLG Düsseldorf*, Urt. v. 8.4.2008 – 24 U 186/06, BeckRS 2010, 9786; MüKoZPO/*Wolfsteiner*, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, ZPO § 799a Rn. 1); schließlich finde § 717 Abs. 2 Satz 1 ZPO auf die Unterwerfungserklärung auch keine analoge Anwendung (*BGH*, Urt. v. 24.6.1994 – V ZR 19/93, NJW 1994, 2755 [2756]; *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 6.9.1972 – 10 W 67/72, NJW 1972, 2311; *Joch*, NJW 1973, 373 [374]; MüKoZPO/*Wolfsteiner*, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, ZPO § 799a Rn. 1). — Siehe zur Ausnahme im Falle eines Vollstreckungsvertrages *BGH*, Urt. v. 30.10.1984 – VI ZR 25/83, NJW 1985, 3080 (3081); Kindl/Meller-Hannich/*Haertlein*, Zwangsvollstreckung,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist zunächst klarzustellen: Selbst wenn man der herrschenden Meinung folgt, besteht die uneingeschränkte Pflicht eines Darlehensgebers, auf das Hauptinteresse des Darlehensnehmers, dass ihm nur zulässigerweise die Kündigung erklärt wird, Rücksicht zu nehmen. So mag nach herrschender Meinung durch die Inanspruchnahme staatlicher Verfahren zwar die Widerrechtlichkeit der Pflichtverletzung entfallen, aber eben nicht die Pflicht als solche. — Gleichwohl kann sich die Möglichkeit einer Rechtfertigung der Verletzung des Hauptinteresses auf die Bestimmung der Pflicht zur Rücksicht auf das derivative Interesse auswirken. Dies ist dann der Fall, wenn nur die Gefahr einer gerechtfertigten Pflichtverletzung steigt. Denn eine Erhöhung der Gefahr für ein dem Zedenten erlaubtes Verhalten begründet, wie gesagt,[218] grundsätzlich keine Pflicht zur Rücksicht auf das derivative Interesse. Dieser Aspekt erscheint hinsichtlich der Verletzung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung indes vernachlässigbar, da eine Rechtfertigung nur schwer vorstellbar ist; denn um die Kündigung zu erklären, wird sich ein Zessionar wohl kaum eines staatlichen Verfahrens bedienen.

Eine ähnlich gelagerte Frage stellt sich auf der Ebene des Vertretenmüssens, und zwar, ob eine Pflicht zur Rücksicht auf das derivative Interesse auch dann noch zu begründen ist, wenn von dem Zessionar bloß eine höhere Gefahr für eine nicht zu vertretende Pflichtverletzung ausgeht. Dafür mag sprechen, dass eben doch ein widerrechtliches Verhalten in Rede steht. Hier kann diese Frage allerdings offenbleiben: Denn sie ist dann vernachlässigbar, wenn ein hoher Sorgfaltsmaßstab gilt, da dann wenig Raum für eine nicht zu vertretende Pflichtverletzung bleibt. So verhält es sich hier: Hinsichtlich der Berechtigung zur Kündigung treffen eine Bank hohe Sorgfaltsanforderungen.[219] Diese resultieren aus der besonderen Vertrauensprägung der Kunde-Bank-Beziehung und dem gesteigerten Professionalitätsgrad einer Bank.[220] Ein noch strengerer Sorgfaltsmaßstab ist

4. Aufl. 2021, Schwerpunktbeitrag 9 Rn. 13. — Siehe zu den Folgen unberechtigter Ausübung von Gestaltungsrechten bei anschließender, an sich rechtmäßiger Vollstreckung *BGH*, Urt. v. 14.1.1988 – IX ZR 265/86, NJW 1988, 1268 (1269).

218 Siehe oben § 6 D. I. 2.

219 *C. A. Weber*, DStR 2014, 213 ff.; jurisPK-BGB/*Schwintowski*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 30.

220 Siehe zur besonderen Vertrauensprägung der 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. Siehe dazu,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

anzulegen, wenn die Bank gegenüber dem Darlehensnehmer eine Machtstellung[221] innehat, z. B. kraft Covenants,[222] was im hiesigen Kontext häufig noch hinzukommen dürfte.

bb) Interessenbeeinträchtigung durch die Kreditübertragung

Im Mittelpunkt der folgenden Betrachtung steht die Frage, ob die Übertragung des Kündigungsrechts auf einen Loan-to-Own-Investor typischerweise das derivative Interesse des Darlehensnehmers an nur zulässiger Kündigung verletzt. Eine vorab zu behandelnde Frage stellt sich dabei mit Blick auf ungekündigte, notleidende Kredite.

Wie bereits erwähnt, wird ein ungekündigter Kredit als notleidend definiert, wenn die Voraussetzungen gemäß § 490 Abs. 1 BGB erfüllt sind.[223] Erwirbt bei einem solchen Kredit ein Zessionar, von dem eine höhere Gefahr für eine unzulässige Kündigung ausgeht als vom Zedenten, das Recht zur Kündigung, fragt es sich, ob sich die erhöhte Gefahr überhaupt realisieren kann. Dies ist zu bejahen, wie die folgenden beiden Konstellationen zeigen:

Erste Konstellation: Die Parteien des Darlehensvertrages vereinbarten, dass der Darlehensgeber nur unter engeren Voraussetzungen als denen des § 490 Abs. 1 BGB zur Kündigung berechtigt ist. Dann leidet der Kredit Not, ohne dass der Zessionar zur Kündigung berechtigt ist, womit sich die erhöhte Gefahr unzulässiger Kündigung verwirklichen kann. — Bei objektiv-generalisierender Betrachtung wird allerdings davon ausgegangen, dass § 490 Abs. 1 BGB uneingeschränkt gilt, sodass ein Kredit, solange er Not leidet, auch kündbar ist. Daher bleibt diese Konstellation unberücksichtigt.

---

dass ein strengerer Sorgfaltsmaßstab gilt, wenn das Schuldverhältnis nach seinem Inhalt von besonderem Vertrauen geprägt ist oder der Anspruchsteller professionell tätig ist, *Haertlein*, MDR 2009, 1 (3). Siehe zur Berücksichtigung eines Vertrauensverhältnisses bei der Gewinnung von Rücksichtspflichten Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 498 a. E. Siehe auch noch unten § 6 D. II. 1.

221 Den Teil eines Schuldverhältnisses, der gegenüber dem anderen eine Machtstellung innehat, treffen gesteigerte Sorgfaltsanforderungen, *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.

222 Vgl. *Bitter/Alles*, WM 2013, 537. Siehe abstrakt von der unzulässigen Kündigung zur gesteigerten Rücksichtspflicht infolge der Macht durch Covenants *G. Hoffmann*, WM 2012, 10 (15); siehe noch allgemeiner zum Einfluss gesteigerter Einwirkungsmöglichkeiten auf das Maß der gebotenen Rücksicht *BGH*, Urt. v. 10.3.1983 – III ZR 169/81, NJW 1983, 2813 (2814).

223 Siehe zur Definition eines notleidenden Kredits oben § 1 B. II.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zweite Konstellation: Der Zessionar übt das Kündigungsrecht nicht aus, die wirtschaftliche Situation des Darlehensnehmers verbessert sich, der Kündigungsgrund entfällt. Nun kann sich die zessionsbedingt erhöhte Gefahr wieder realisieren. — Dabei mag es sich um eine Ausnahmekonstellation handeln, und im Vordergrund steht auch die Übertragung des Kündigungsrechts bei ungestörten und ausfallgefährdeten Krediten. Dies ändert aber nichts an dem Befund, dass die Übertragung des Kündigungsrechts auch bei einem ungekündigten notleidenden Kredit das derivative Interesse des Darlehensnehmers an nur zulässiger Kündigung verletzen kann. Der Umstand, dass sich die Gefahrerhöhung nur ausnahmsweise realisieren dürfte, wird bei der Gewichtung der Interessenbeeinträchtigung in Anschlag gebracht.

Im Vergleich zu einer Bank[224] geht von einem Loan-to-Own-Investor dann eine höhere Gefahr für eine unzulässige Kündigung aus, wenn er die Kündigung noch bei größerer Unsicherheit hinsichtlich deren Zulässigkeit erklärt. Im Folgenden werden zunächst die Voraussetzungen einer zulässigen Kündigung erläutert und die Frage behandelt, inwiefern deren Feststellung mit Unsicherheiten verbunden sein kann (dazu aaa)). Sodann wird mit entscheidungstheoretischen Überlegungen begründet, warum Loan-to-Own-Investoren im Vergleich zu Banken auch noch bei einem höheren Maß an Unsicherheit kündigen dürften (dazu bbb)).

aaa) Unsicherheiten bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Kündigung

Mehrere Tatbestandsmerkmale des § 490 Abs. 1 BGB erschweren es einem Darlehensgeber, der sich entscheiden muss, ob er außerordentlich kündigt, festzustellen, ob er dazu berechtigt ist. Das betrifft zunächst die Frage, welches Maß erreicht sein muss, damit eine drohende oder eingetretene Verschlechterung des haftenden Vermögens eine „wesentliche" ist.[225] Des Weiteren erfordert die Feststellung, dass eine Verschlechterung „einzutreten

224 Siehe dazu, dass wegen der gebotenen abstrahierenden Betrachtung bei der Gewinnung einer vertragsnatürlichen Rücksichtspflicht ein Darlehensvertrag mit einer Bank zugrunde zu legen ist, oben § 6 D.

225 Siehe zum Merkmal der Wesentlichkeit Jauernig/*C. Berger*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 3 f.; MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 9 ff.; BeckOK BGB/*Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 490 Rn. 6 f.; Schulze/*Wiese*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 490 Rn. 3; siehe zu dessen Unbestimmtheit und der daraus folgenden Unsicherheit *Regenfus*, ZBB 2015, 383 (386). Vgl. auch *Obermüller*, ZInsO 2018, 1769 (1775): Tatbestandsbestimmung sei „nicht leicht".

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

droht" und die Rückzahlung akut[226] „gefährdet wird", eine Prognose[227] und eine Bewertung des haftenden Vermögens[228]. Schließlich braucht es noch eine Gesamtwürdigung der Umstände des konkreten Falles und eine Abwägung der Darlehensgeber- und -nehmerinteressen.[229] Dieser Reihe wertungsbedürftiger und einzelfallabhängiger Voraussetzungen ist es geschuldet, dass ein Darlehensgeber, der vor der Entscheidung steht, gemäß § 490 Abs. 1 BGB zu kündigen, nicht sicher beurteilen kann, ob ein Gericht im Nachhinein seiner Rechtsauffassung folgen wird.[230]

Gegenüber dem gesetzlichen Kündigungsrecht nach § 490 Abs. 1 BGB ist zwar die Feststellung der Tatbestandsverwirklichung bei einem vertraglichen Kündigungsrecht, das von einem Verstoß gegen einen Financial-Covenant abhängt, mit weniger Unsicherheit behaftet. So bedarf es weder einer Prognose noch einer Abwägung, um zu beurteilen, ob der Darlehensnehmer eine Finanzkennzahl eingehalten hat. Die Unsicherheiten treten jedoch an anderen Stellen auf. Das beginnt bei der Frage, ob ein solches Kündigungsrecht einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB[231] standhält.[232] Ist die Vereinbarung wirksam und damit das Kündigungsrecht entstanden, heißt dies aber nicht, dass der Darlehensgeber auch zur Kündigung berechtigt ist. So bleibt zu beantworten, ob die Ausübung des Kündi-

226 Siehe zur Voraussetzung akuter Gefährdung der Darlehensrückzahlung Jauernig/*C. Berger*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 5; MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 8; Schulze/*Wiese*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 490 Rn. 4.

227 Siehe zu den prognostischen Elementen des § 490 Abs. 1 BGB und den Prognosebegriffen „einzutreten droht" und „gefährdet wird" *Regenfus*, ZBB 2015, 383 (390 f.).

228 Siehe zum Erfordernis der Bewertung des Haftungsvermögens, um festzustellen, ob die Ansprüche des Darlehensgebers gefährdet sind, *Regenfus*, ZBB 2015, 383 (385 f.).

229 Siehe zur notwendigen Gesamtwürdigung und Interessenabwägung oben § 1 B. II.

230 Nach *Regenfus*, ZBB 2015, 383 (384) könnten „große Unsicherheiten bestehen, ob ein Gericht später den Standpunkt, die Voraussetzungen der Kündigung seien gegeben, teilen wird".

231 Siehe zu den Voraussetzungen gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unten § 8 B. III. 3. a).

232 Ausführlich zur Frage der Wirksamkeit und im Ergebnis eher zweifelnd *Nouvertné*, ZIP 2012, 2139 (2143 ff.). — Hinsichtlich des Erfordernisses gefährdeter Rückzahlung infolge wesentlicher Vermögensverschlechterung hat § 490 Abs. 1 BGB Leitbildfunktion i. S. d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, *LG Aachen*, Urt. v. 19.10.2017 – 1 O 480/16, ZIP 2018, 116 (118); Staudinger/*Piekenbrock/Rodi*, BGB, 2022, BGB Anh. zu §§ 305–310 Rn. F107; Ellenberger/Bunte/*Samhat*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 54 Rn. 211; MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 22; PWW/*Pöschke*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 490 Rn. 2. Ebenso zwingend ist das Verbot, zur Unzeit zu kündigen, *Hopt*, ZHR 143 (1979), 139 (163).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gungsrechts gegen § 242 (i. V. m. § 241 Abs. 2)[233] BGB verstößt, was nun zu vertiefen ist.

Im Ausgangspunkt müssen die Teile eines Schuldverhältnisses ihre gleichrangigen Interessen nicht gegenüber denen des jeweils anderen hintanstellen,[234] doch haben sie ihre „Rechte schonend auszuüben"[235]. Diese allgemeine Rücksichtspflicht wird durch besondere Kündigungsschranken ausgeformt. So hat der Darlehensgeber bei der Ausübung eines vertraglichen Kündigungsrechts das Verbot übermäßiger Schädigung zu beachten.[236] Dabei muss er die besondere Anfälligkeit eines wirtschaftlich angeschlagenen Darlehensnehmers für einen Entzug des Kredits berücksichtigen.[237]

233 Auch § 241 Abs. 2 BGB zitierend Soergel/*Seifert*, BGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2014, BGB § 488 Rn. 194; Schwintowski/*Korff*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 16 Rn. 334 ff. — Vgl. zu den Unterschieden, die sich ergäben, nähme man nicht auch einen Verstoß gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB an, Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 430 ff.

234 *BGH*, Urt. v. 14.3.2012 – VIII ZR 220/11, NJW 2012, 2184 (2185 Rn. 23); *BAG*, Urt. v. 7.2.2019 – 6 AZR 75/18, NJW 2019, 1966 (1967 f. Rn. 33); MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 146.

235 *BGH*, Urt. v. 19.1.2021 – VI ZR 188/17, NJW 2021, 1818 (1820 Rn. 24). — Vgl. in diesem Zusammenhang auch *BGH*, Beschl. v. 4.11.2021 – I ZB 54/20, NJW 2022, 245 (249 Rn. 38): „der aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Freiheitsrechten […] folgende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit […] [beanspruche] auch in der Zivilrechtsordnung Geltung" – dazu MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 153.

236 Siehe zur Einschränkung wegen des Verbotes übermäßiger Schädigung zunächst *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113 (130 ff.), aber insbesondere *Kiethe*, KTS 2005, 179 (204 und 212), da die von ihm beschriebenen Kriterien einer übermäßigen Schädigung Assoziationen an Loan-to-Own hervorrufen. Siehe ferner Ellenberger/Bunte/*Häuser*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 65 Rn. 72; als Schranke außerordentlicher Kündigung behandelnd jurisPK-BGB/*Schwintowski*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 27.

237 *BGH*, Urt. v. 30.9.1968 – II ZR 224/66, WM 1968, 1214 (1215): „Auch ein gefährdeter Betrieb ist gegen pflichtwidrige Handlungen seiner Vertragspartner zu schützen und kann sogar die nach Treu und Glauben gebotene Rücksicht auf seine Lage beanspruchen." Darauf Bezug nehmend *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 5.676; *ders.*, ZInsO 2018, 1769 (1771); Obermüller/*Huber*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.332.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Des Weiteren darf der Darlehensgeber nicht „ohne ernstlichen Anlaß“[238] (zum Beispiel aufgrund einer leichten Covenantverletzung)[239] kündigen und den Darlehensnehmer gleichsam „strategisch beim vertraglichen Wort nehmen“[240]. — Wie ernstlich der Anlass sein muss, hängt davon ab, wie viel Rücksicht der Darlehensgeber nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses schuldet. Zu berücksichtigen sind dabei die Umstände des Einzelfalles, unter anderem die Dauer und die Intensität der Beziehung der Beteiligten zueinander;[241] damit erlangt auch die zwischen Darlehensgeber und -nehmer gewachsene Geschäftsbeziehung Bedeutung.[242] In gesteigertem

238 *BGH*, Urt. v. 28.6.1977 – III ZR 13/75, WM 1977, 834 (835): „Allerdings müssen Sparkassen bei der Ausübung des Kündigungsrechts wie jeder Darlehensgläubiger auf […] Interessen ihrer Schuldner hinlänglich Rücksicht nehmen […]. Daher können gerade die Schuldner eines langfristigen Darlehens erwarten, daß die Sparkassen ein ihnen eingeräumtes ordentliches Kündigungsrecht nicht ohne ernstlichen Anlaß ausüben.“ Zuvor bereits *OLG Hamburg*, Urt. v. 22.10.1964 – 1 U 23/64, MDR 1965, 294 (295). Siehe betreffend die außerordentliche Kündigung *BGH*, Urt. v. 18.12.1980 – III ZR 157/78, NJW 1981, 1363 f. Siehe ferner *BGH*, Beschl. v. 14.7.1983 – III ZR 176/82, WM 1983, 1038; Urt. v. 6.3.1986 – III ZR 245/84, NJW 1986, 1928 (1930); Urt. v. 21.5.1987 – III ZR 38/86, NJW-RR 1987, 1184; Urt. v. 14.12.1989 – III ZR 198/88, NJW-RR 1990, 365 f. Auf der Linie des Bundesgerichtshofes *OLG Hamm*, Urt. v. 21.6.1985 – 11 U 111/84, NJW-RR 1986, 208 (209); *OLG Schleswig*, Urt. v. 27.4.2006 – 5 U 176/05, BKR 2006, 253 (254); *Schneider*, JR 1978, 415 (417); *Obermüller*, ZIP 1980, 337 (341); *Rümker*, KTS 1981, 493 (496 f.); *Möllers*, Die Haftung der Bank bei der Kreditkündigung, 1991, S. 10 f.; *Kiethe*, KTS 2005, 179 (200 f.); Soergel/*Seifert*, BGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2014, BGB § 488 Rn. 194; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 5.676; Schwintowski/*Korff*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 16 Rn. 334 ff.; Obermüller/*Huber*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.331. — Kritisch dazu *M. Renner*, FS Hopt, 2020, 993 (1006); Ellenberger/Bunte/*Häuser*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 65 Rn. 74 f.

239 Siehe *Metze*/*Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 (129); Ekkenga/*Koller*/*Wöckener*, Hdb. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 104; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Kampshoff*/*Lieth*/*Urban-Crell* et al., InsO, 4. Aufl. 2020, Anh. VII Rn. 116; Thierhoff/Müller/*Ringelspacher*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 833.

240 *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 244, der meint, eben das täten Loan-to-Own-Investoren.

241 Vgl. BT-Drs. 14/6040 S. 126; *BGH*, Urt. v. 30.9.2009 – VIII ZR 238/08, NJW 2010, 1135 (1137); *OLG Hamm*, Urt. v. 5.11.2002 – 19 U 41/02, NJW 2003, 760 (761); *LG Heidelberg*, Urt. v. 17.5.2002 – 5 O 19/02, NJW 2002, 2960 (2961); Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 155; MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 55 und 63; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 1 Rn. 19 f.; *Weiler*, Schuldrecht AT, 7. Aufl. 2024, § 5 Rn. 11 f.; siehe dazu auch oben § 6 C. I.

242 Im Ergebnis überzeugt es daher nicht, zu sagen, ein Erwerber müsse auf die „gewachsene [!] Geschäftsbeziehungen […] keine Rücksicht nehmen“ (so aber *Bredow*/

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Maße ist der Darlehensgeber zur Rücksicht verpflichtet, wenn er den Darlehensnehmer durch strenge Covenants[243] in wirtschaftliche Abhängigkeit[244] führte.[245] Und provozierte er den Eintritt der Kündigungsvoraussetzungen vorsätzlich, ist die Kündigung wegen Missbrauchs ausgeschlossen.[246]

Es zeigt sich: Der Verstoß gegen einen Financial-Covenant mag sich klar bestimmen lassen, aber die Zulässigkeit einer darauf gestützten Kündigung festzustellen, kann mit vergleichbaren Unsicherheiten verbunden sein wie die Beurteilung, ob der Tatbestand gemäß § 490 Abs. 1 BGB erfüllt ist. So ist der Begriff der übermäßigen Schädigung nicht minder unbestimmt als der Begriff der wesentlichen Vermögensverschlechterung.[247] Auch bedarf es einer Gesamtwürdigung nicht nur, um festzustellen, ob das Kündigungsrecht gemäß § 490 Abs. 1 BGB besteht, sondern auch, um zu beurteilen, ob die Kündigung ernstlich veranlasst ist. Dabei finden jeweils dieselben Wer-

---

Vogel, BKR 2008, 271 [272]; nahezu wortgleich *Habersack*, NJW 2008, 3173 [3175]). — Wer die Vertragsposition des Darlehensgebers erwirbt, übernimmt dessen Rücksichtspflichten. Der Zessionar ist nicht minder zur Rücksicht verpflichtet als der Zedent. Bloß folgen dessen Rücksichtspflichten aus dem Zessionsschuldverhältnis. Siehe zu diesem Schuldverhältnis unten § 10 B. I.

243 Siehe zu Covenants oben § 2 C. I.

244 Den Aspekt der wirtschaftlichen Abhängigkeit betonend *OLG Hamm*, Urt. v. 21.6.1985 – 11 U 111/84, NJW-RR 1986, 208 (209 f.). Zur Begründung wirtschaftlicher Abhängigkeit lässt *Obermüller*, ZIP 1980, 337 (342 f.) das Verbot der Aufnahme von Drittdarlehen genügen und zieht gar die Nichtigkeit dieses Verbots gemäß § 138 BGB in Betracht. Näher zu diesem Merkmal *Rümker*, KTS 1981, 493 (499 ff.); *Möllers*, Die Haftung der Bank bei der Kreditkündigung, 1991, S. 39 ff.; *Obermüller*, ZInsO 2018, 1769 (1772 f.).

245 *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113 (125); *Obermüller*, ZIP 1980, 337 (342 f.). Vgl. dazu, wie es sich auf das Kündigungsrecht des Kreditgebers auswirken kann, wenn er zum Entstehen des Kündigungsgrundes beiträgt, *BGH*, Urt. v. 6.3.1986 – III ZR 245/84, NJW 1986, 1928 (1930).

246 Siehe zur Unwirksamkeit der Kündigung, die auf einer arglistig herbeigeführten Kündigungslage fußt, *BGH*, Urt. v. 15.6.1959 – II ZR 44/58, BGHZ 30, 195 (202 f.). Schwintowski/*Korff*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 16 Rn. 342 zieht als Rechtsgrundlage dabei § 138 BGB und wahlweise § 226 BGB heran. — Siehe zu den zeitlichen Grenzen des Kündigungsausschlusses Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 314.

247 Dagegen meint *Regenfus*, ZBB 2015, 383 (394), durch einen Covenantverstoß bedingte Kündigungsrechte böten sich an, um der Unsicherheit zu begegnen, die aus den unbestimmten Rechtsbegriffen des § 490 Abs. 1 BGB resultiert. Zugleich betont er jedoch, die Ausübung dieser vertraglichen Kündigungsrechte stehe unter „strengem Vorbehalt von Treu und Glauben". Dass damit gleichfalls Unsicherheit verbunden ist, übergeht er.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tungsaspekte Berücksichtigung, namentlich der Grad an wirtschaftlicher Abhängigkeit und das Vorverhalten des Darlehensgebers.[248]

bbb) Begründung einer Gefahrerhöhung mit entscheidungstheoretischen Überlegungen

Durch die Übertragung des Kündigungsrechts auf einen Loan-to-Own-Investor steigt die Gefahr für eine unzulässige Kündigung, wenn ein Loan-to-Own-Investor eine Kündigung noch bei größerer Unsicherheit hinsichtlich deren Zulässigkeit erklärt, als es eine Bank[249] tun würde. Dafür spricht, wenn sich die Kündigung für einen Loan-to-Own-Investor auch noch bei einem höheren Maße an Unsicherheit lohnt als für eine Bank (dazu (1)), wenn er weniger risikoavers ist als sie (dazu (2)) oder wenn er das Risiko der Unzulässigkeit niedriger einschätzt als sie (dazu (3)).

(1) Gefahrerhöhung und Erwartungswertregel

Ausgehend von der Erwartungswertregel[250] entscheidet sich ein risikoneutral[251] eingestellter Kreditgeber bei steigender Unsicherheit der Zulässigkeit der Kündigung so lange für diese, wie deren Erwartungswert höher ist als der der Unterlassungsalternative: Stillhalten. Liegt der Erwartungswert der Kündigung (dazu (a)) ab einem bestimmten Maße an Unsicherheit noch für einen Loan-to-Own-Investor, aber nicht mehr für eine Bank, über dem des Stillhaltens (dazu (b)), lohnt sich die Kündigung für ihn noch bei größerer Unsicherheit als für sie.

248 Siehe dazu betreffend § 490 Abs. 1 BGB oben § 1 B. II.

249 Siehe dazu, dass wegen der gebotenen abstrahierenden Betrachtung bei der Gewinnung einer vertragsnatürlichen Rücksichtspflicht ein Darlehensvertrag mit einer Bank zugrunde zu legen ist, oben § 6 D.

250 Siehe zur Erwartungswertregel und auch deren Grenzen *Laux/Gillenkirch/Schenk-Mathes*, Entscheidungstheorie, 10. Aufl. 2018, S. 114 ff.; *Bamberg/Coenenberg/Krapp*, Betriebswirtschaftliche Entscheidungslehre, 16. Aufl. 2019, S. 71 ff.; *Kruschwitz/Lorenz*, Investitionsrechnung, 15. Aufl. 2019, S. 264 ff.

251 Eine Gefahrerhöhung ist auch dann anzunehmen, wenn davon ausgegangen wird, dass Banken und Loan-to-Own-Investoren gleichermaßen risikoavers und nicht risikoneutral eingestellt sind, siehe dazu unten § 6 D. I. 2. a) bb) bbb) (1) (c).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(a) Höherer Erwartungswert der Kündigung für einen Loan-to-Own-Investor

Bei gleicher Unsicherheit ist der Erwartungswert der Kündigung für einen Loan-to-Own-Investor höher als für eine Bank, wenn für ihn die Vorteile der zulässigen Kündigung größer (dazu (aa)) oder auch die Nachteile im Falle deren Unzulässigkeit kleiner (dazu (bb)) sind.

(aa)Größere Vorteile der zulässigen Kündigung für einen Loan-to-Own-Investor

Um zu beantworten, ob die zulässige Kündigung für einen Loan-to-Own-Investor typischerweise vorteilhafter ist als für eine Bank, sind die Vor- und Nachteile einer zulässigen Kündigung für eine Bank (dazu (aaa)) mit denen für einen Loan-to-Own-Investor (dazu (bbb)) zu vergleichen (dazu (ccc)).

(aaa)Vor- und Nachteile der zulässigen Kündigung für eine Bank

Erst nach der Darlehenskündigung ist eine Bank berechtigt, Sicherheiten zu verwerten.[252] Auch besteht dann immerhin die Möglichkeit, dass ein Darlehensnehmer den Kredit trotz seiner finanziellen Schwierigkeiten zurückführt, wenngleich diese Chance bei einem krisennahen Darlehensnehmer und einem Kredit von einigem Volumen gering ist.[253] Häufiger wird die Kündigung die Zahlungsunfähigkeit des Darlehensnehmers zur Folge haben.[254] Falls er aber doch einmal zahlt, droht einer Bank immer noch die Anfechtung in einem nachfolgenden Insolvenzverfahren.[255] Insgesamt

252 Siehe zu diesem Vorteil *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 5.266; Obermüller/*Huber*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.391.

253 *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 5.265; Obermüller/*Huber*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.390.

254 Siehe dazu, dass die Fälligstellung regelmäßig zur Zahlungsunfähigkeit führt, *Kiethe*, KTS 2005, 179 (188); (betreffend Leveraged-Buyout-Finanzierungen) *Hiltner/Tunda*, Financial Restructuring, 2011, 66 (81 mit Fn. 42); *Metze/Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 (127); *Regenfus*, ZBB 2015, 383 (384); Ellenberger/Bunte/*Häuser*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 65 Rn. 76; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 78.

255 Siehe zur Anfechtbarkeit und dem Risiko für die Bank, durch die Kündigung ihre Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit zu dokumentieren, *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 5.267; Assies/Beule/Heise/Strube/*Ristelhuber*, Bank- u. KapMR, 5. Aufl. 2019, Kap. 4 Rn. 2418; Obermüller/*Huber*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.392.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dürfte der Vorteil einer Kündigung für sie daher im Wesentlichen darin bestehen, dass ihr diese erlaubt, Sicherheiten zu verwerten.[256]

Diesem Vorteil stehen „gravierende Nachteile“[257] gegenüber. Zu denken ist insbesondere[258] an den Reputationsschaden, der einer Bank trotz Zulässigkeit der Kündigung bei einer sich anschließenden Insolvenz des Darlehensnehmers drohen kann, wenn ihre Kündigung mit dem Verlust von Arbeitsplätzen in Verbindung gebracht wird.[259] Mit einem Ansehensverlust muss eine Bank insbesondere rechnen, wenn das Unternehmen des Darlehensnehmers eine gewisse Bedeutung für den Markt hat, auf dem sie tätig ist.[260] Insofern hat eine Bank auch zu beachten, ob andere ihrer Kunden Geschäftsbeziehungen zu dem Darlehensnehmer unterhalten und durch dessen Insolvenz in Mitleidenschaft gezogen werden.[261] Nicht zuletzt kann die Leitung des Darlehensnehmers, um so die Verantwortung von sich zu weisen, öffentlichkeitswirksam behaupten, die Bank habe vorzeitig gekün-

256 *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 5.266; Obermüller/*Huber*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.391.

257 *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 5.265: „Auch wenn die Bank […] berechtigt ist, ihre Kredite zu kündigen, muss doch sorgfältig überlegt werden, ob eine solche Kündigung zweckmäßig ist. Eine Kündigung, die in der Krise des Unternehmens ausgesprochen wird, hat […] Vorteile, aber auch gravierende Nachteile“; unverändert auch noch Obermüller/*Huber*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.390. Vgl. auch K. Schmidt/Uhlenbruck/*Kuder/Unverdorben*, Die GmbH in Krise, Restrukturierung und Insolvenz, 6. Aufl. 2023, Rn. 39.21: „Wenn auch […] Kreditinstituten bei unmittelbar drohender Insolvenz des Kreditnehmers in aller Regel ein Kündigungsrecht zusteht, werden Kreditinstitute von ihrem Kündigungsrecht nicht leichtfertig Gebrauch machen, auch nicht in der Krise des Kreditnehmers“.

258 Siehe auch unter Nennung weiterer Nachteile *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 5.267; Obermüller/*Huber*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.392.

259 Siehe zur Berücksichtigung sozialpolitischer Auswirkungen Beck/Depré/Ampferl/*Zuleger*, Praxis der Sanierung u. Insolvenz, 4. Aufl. 2023, § 25 Rn. 6.

260 Hess/*ders./Reeh*, Sanierungshandbuch, 6. Aufl. 2013, Kap. 12 Rn. 77.

261 Hinsichtlich der Zweckmäßigkeit eines Insolvenzantrages auf diese Gefahr hinweisend Beck/Depré/Ampferl/*Zuleger*, Praxis der Sanierung u. Insolvenz, 4. Aufl. 2023, § 25 Rn. 32. Siehe auch *Lützenrath/Peppmeier/Schuppener*, Bankstrategien für Unternehmenssanierungen, 2. Aufl. 2006, S. 171, die als Grund dafür, dass Banken selten Insolvenzantrag stellen, den Verlust an Ansehen gegenüber den eigenen Kunden an erster Stelle nennen. Siehe zum Befund, dass Banken in praxi eher selten einen Insolvenzantrag stellen, Beck/Depré/Ampferl/*Zuleger*, Praxis der Sanierung u. Insolvenz, 4. Aufl. 2023, § 25 Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

digt; daher trage sie die Schuld am Scheitern des Unternehmens und dem Verlust von Arbeitsplätzen.[262]

(bbb)Vor-, aber keine Nachteile der zulässigen Kündigung für einen Loan-to-Own-Investor

Einem Loan-to-Own-Investor bietet eine zulässige Kündigung mehrere Vorteile: Reicht die Drohung mit Kündigung – Fälligstellung – Insolvenzantrag[263] nicht aus, um die Gesellschafter zur Mitwirkung an einer vorinsolvenzlichen Übernahme zu bewegen, kann er seiner Drohung Nachdruck verleihen, indem er die Kündigung als den ersten Schritt vollzieht. Bestehen Pfandrechte an den Gesellschaftsanteilen, bereitet er mit der Kündigung zugleich deren Verwertung vor.[264] Und muss er auf eine insolvenzliche Übernahme umschwenken, hat er mit der Fälligkeit der Forderungen nun auch ein rechtliches Interesse an der Stellung eines Gläubigerantrags gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 InsO.[265]

Nachteile einer zulässigen Kündigung für einen Loan-to-Own-Investor sind nicht ersichtlich. Bei einer zulässigen Kündigung dürfte er keinen Imageschaden zu befürchten haben.

(ccc)Vergleich der Vor- und Nachteile einer zulässigen Kündigung für eine Bank mit denen für einen Loan-to-Own-Investor

Für eine Bank hat die zulässige Kündigung im Wesentlichen den Vorteil, dass sie danach Sicherheiten verwerten kann. Allerdings liegt darin für sie kein größerer Vorteil als für einen Loan-to-Own-Investor. Handelt es sich bei den Sicherheiten um Pfandrechte an den Gesellschaftsanteilen, ist der Vorteil für ihn sogar größer als für sie zu bewerten. Schließlich mindert sie durch deren Verwertung nur ihren Kreditausfallschaden, wohingegen er seinem Ziel – der Übernahme des Darlehensnehmers – näherkommt.

---

262 *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 5.267; Obermüller/*Huber*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.392.

263 Siehe zur Drohung mit dieser Kaskade oben § 2 C. II a. E.

264 Siehe zur Kündigung aus diesem Grund *Metze/Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 (117 und 129); *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 181 ff.; siehe auch oben § 2 C. III. 1. c).

265 Die Fälligkeit als Voraussetzung eines rechtlichen Interesses gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 InsO implizierend *BGH*, Beschl. v. 29.11.2007 – IX ZB 12/07, NJW 2008, 1380 (1381); explizit fordernd MüKoInsO/*Vuia*, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, InsO § 13 Rn. 35 und § 14 Rn. 26; Uhlenbruck/*Wegener*, InsO, Bd. 1, 15. Aufl. 2019, InsO § 14 Rn. 80; Gottwald/Haas/*Vuia*, InsR-HdB., 6. Aufl. 2020, § 8 Rn. 37. — Rechtsschutzinteresse bei gestundeter Forderung verneinend (in der Regel) *LG Braunschweig*, Beschl. v. 5.10.1959 – 8 T 683/59, NJW 1961, 2316; *AG Göttingen*, Beschl. v. 28.8.2001 – 74 IN 123/01, NZI 2001, 606. — Siehe dazu bereits oben § 2 C. III. 1. c).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Des Weiteren kann ein Loan-to-Own-Investor mit der Kündigung seiner Drohung gegenüber den Gesellschaftern Nachdruck verleihen, um so den präferierten vorinsolvenzlichen Debt-Equity-Swap zu erreichen. Einer Bank bietet sich kein vergleichbarer Vorteil.

Kommt es zu einem Insolvenzverfahren, kann einer Bank auch bei einer zulässigen Kündigung ein Imageschaden drohen. Einen solchen braucht ein Loan-to-Own-Investor wohl nicht zu fürchten. Vielmehr bietet ihm das Insolvenzverfahren eine weitere Gelegenheit zur Übernahme des Darlehensnehmers.

Die Gegenüberstellung der Vor- und Nachteile einer zulässigen Kündigung für eine Bank mit denen für einen Loan-to-Own-Investor zeigt, dass eine zulässige Kündigung einem Loan-to-Own-Investor nicht nur größere Vorteile bringt als einer Bank, sondern für ihn auch anders als für eine Bank mit keinen Nachteilen verbunden ist.

(bb)Geringere Nachteile der unzulässigen Kündigung für einen Loan-to-Own-Investor

Die Kündigung hat für einen Loan-to-Own-Investor nicht nur dann einen höheren Erwartungswert als für eine Bank, wenn die Vorteile im Falle ihrer Zulässigkeit größer sind, sondern auch dann, wenn die Nachteile im Falle ihrer Unzulässigkeit geringer sind. Dass die Konsequenzen einer unzulässigen Kündigung für einen Loan-to-Own-Investor typischerweise milder sind als für eine Bank, erscheint plausibel:

Ein Loan-to-Own-Investor wird in der Regel mit einem geringeren Reputationsschaden rechnen müssen als eine Bank.[266] Hat sie doch selbst bei einer zulässigen Kündigung einen Ansehensverlust zu fürchten.[267] Zu sehen ist auch, dass selbst eine unzulässige Kündigung einem Loan-to-Own-Investor noch zum Vorteil gereichen kann. So verhält es sich, wenn er kündigt, um seiner Drohung gegenüber den Gesellschaftern Nachdruck zu verleihen,[268] und damit Erfolg hat – die Gesellschafter also einem Debt-Equity-Swap zustimmen. Dann nämlich wird nicht mehr geklärt werden, dass die Kündigung unzulässig war.

---

266 Für möglich erachtend, dass Distressed-Debt-Investoren aufgrund geringerer Reputationsrisiken leichter eine Insolvenz des Darlehensnehmers in Kauf nähmen, *Enders*, Financial Restructuring, 2011, 205 (216). Dass sich Distressed-Debt-Investoren häufig nicht weniger als Banken darum bemühten, Reputationsrisiken zu vermeiden, meinen hingegen *Metze/Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 (123).

267 Siehe dazu mit Blick auf den höheren Erwartungswert der Kündigung für einen Loan-to-Own-Investor als für eine Bank oben § 6 D. I. 2. a) bb) bbb) (1) (a).

268 Siehe zur Kündigung aus diesem Grund auch schon oben § 2 C. III. 1. c).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(cc)Ergebnis

Im Vergleich zu einer Bank dürften die Vorteile einer zulässigen Kündigung für einen Loan-to-Own-Investor größer und die Nachteile im Falle deren Unzulässigkeit kleiner sein. Selbst wenn nur eines von beidem zutreffen sollte, wäre der Erwartungswert der Kündigung bei gleicher Unsicherheit für ihn noch höher als für sie.

(b) Niedrigerer Erwartungswert des Stillhaltens für einen Loan-to-Own-Investor

Damit sich die Kündigung für einen Loan-to-Own-Investor noch bei einem höheren Maße an Unsicherheit lohnt als für eine Bank, muss der Erwartungswert der Kündigung für ihn auch noch bei größerer Unsicherheit höher ausfallen als der Erwartungswert des Stillhaltens. So verhält es sich zum einen, wenn die Kündigung für ihn einen größeren Erwartungswert hat, aber nicht auch das Stillhalten. Zum anderen ist es der Fall, wenn das Stillhalten für ihn einen geringeren Erwartungswert hat, aber nicht auch die Kündigung.

Ausgehend von einem höheren Erwartungswert der Kündigung für einen Loan-to-Own-Investor genügt es folglich schon, wenn das Stillhalten für ihn gleich attraktiv ist wie für eine Bank. Anhaltspunkte dafür, dass das Stillhalten für ihn attraktiver ist als für sie, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil – das Stillhalten dürfte für ihn mit größeren Nachteilen verbunden sein als für sie.[269] Will er sein Ziel erreichen und den Darlehensnehmer übernehmen, wird er es sich mitunter nicht leisten können, passiv die weitere Entwicklung abzuwarten:

Beruht die finanzielle Krise des Darlehensnehmers auf einem externen Effekt, z. B. Preissprüngen oder Lieferschwierigkeiten infolge einer Pandemie oder eines Krieges, kann dieser wieder abklingen.[270] Ebenso wie anderweitige Sanierungsmaßnahmen kann dies die Übernahme vereiteln. Insofern muss er damit rechnen, dass die Chance auf eine Übernahme sinkt und sich das Zeitfenster für deren Vollzug schließt. Damit steigt der Handlungsdruck – er muss sich entscheiden: Er kann stillhalten und

269 Vgl. *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 5.300: Für eine Bank „kann es manchmal das Beste sein, wenn sie sich rein passiv verhält und die weitere Entwicklung abwartet."

270 Siehe zur Bedeutung externer Effekte im Lichte der typischen Eigenschaften einer Zielgesellschaft oben § 2 B. III. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ein Scheitern der Übernahme in Kauf nehmen oder die womöglich letzte Chance zur Übernahme ergreifen und kündigen.

Bei dieser Entscheidung hat er die Konsequenzen zu bedenken, sollte sich ihm keine weitere Gelegenheit mehr zur Übernahme des Darlehensnehmers bieten: Im besseren Falle stabilisiert sich die finanzielle Situation des Darlehensnehmers nicht bloß, sondern hellt sich deutlich auf. Dann legen die Forderungen an Wert zu und er kann den Kredit mit Gewinn veräußern. Im schlechteren Falle bleibt die finanzielle Situation des Darlehensnehmers gleich, aber infolge sich verändernder Marktverhältnisse büßen die Forderungen an Wert ein. Dann kann er den Kredit nur noch mit Verlust verkaufen, um so wenigstens einen Teil des eingesetzten Kapitals für aussichtsreichere Investments zurückzugewinnen; dies setzt freilich voraus, dass er überhaupt einen Kaufinteressenten findet.

(c) Ergebnis und Folgeüberlegung zur Risikoeinstellung von Banken und Loan-to-Own-Investoren

Es erscheint plausibel, dass bei gleicher Unsicherheit der Erwartungswert der Kündigung für einen Loan-to-Own-Investor höher ist als für eine Bank und zudem der Erwartungswert des Stillhaltens für ihn niedriger ist als für sie.[271] Nach der Erwartungswertregel lohnt sich die Kündigung für ihn daher noch bei einem höheren Maße an Unsicherheit als für sie. Prämisse ist dabei, dass beide risikoneutral eingestellt sind.

Eine Gefahrerhöhung ist aber auch dann anzunehmen, wenn stattdessen davon ausgegangen wird, dass beide gleichermaßen risikoavers eingestellt sind und die Kündigung gegenüber dem Stillhalten die risikoreichere Handlungsalternative ist: Für die Kündigung werden sich beide erst entscheiden, wenn sie dafür eine Risikoprämie erhalten.[272] Das heißt, der Erwartungswert der Kündigung muss in einem gewissen Maße über dem des Stillhaltens liegen, z. B. doppelt so hoch sein. Hat die Kündigung für ihn einen höheren oder auch das Stillhalten einen niedrigeren Erwartungswert

271 Siehe zur Plausibilität eines höheren Erwartungswertes der Kündigung für einen Loan-to-Own-Investor als für eine Bank oben § 6 D. I. 2. a) bb) bbb) (1) (a) und zur Plausibilität eines niedrigeren Erwartungswertes des Stillhaltens für einen Loan-to-Own-Investor als für eine Bank oben § 6 D. I. 2. a) bb) bbb) (1) (b).

272 Vgl. *Eisenführ/Weber/Langer*, Rationales Entscheiden, 5. Aufl. 2010, S. 222 f.; *Laux/Gillenkirch/Schenk-Mathes*, Entscheidungstheorie, 10. Aufl. 2018, S. 105 ff.; *Bamberg/Coenenberg/Krapp*, Betriebswirtschaftliche Entscheidungslehre, 16. Aufl. 2019, S. 81 ff. und 91 ff.; *Kruschwitz/Lorenz*, Investitionsrechnung, 15. Aufl. 2019, S. 266 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als für sie, was wie gesagt plausibel erscheint, lohnt sich die Kündigung für ihn noch bei höherer Unsicherheit als für sie. Denn ab einem gewissen Grad an Unsicherheit wird der Erwartungswert der Kündigung noch für ihn, aber nicht mehr für sie, in dem vorausgesetzten Maße über dem des Stillhaltens liegen.

(2) Geringere Risikoaversion als gefahrerhöhender Umstand

Für eine Gefahrerhöhung spricht auch, wenn ein Loan-to-Own-Investor das Risiko weniger scheut als eine Bank. Dann genügt ihm nämlich eine niedrigere Risikoprämie, damit er sich für die Kündigung entscheidet. Beispielsweise könnte sie als Risikoprämie fordern, dass der Erwartungswert der Kündigung doppelt so hoch ist wie der des Stillhaltens, wohingegen es ihm ausreicht, wenn der Erwartungswert der Kündigung das 1,5-Fache des Erwartungswertes des Stillhaltens beträgt. — Loan-to-Own-Investoren dürften weniger risikoavers sein als Banken. So erscheint es plausibel, dass, wer ausfallgefährdete Kredite erwirbt, das Risiko weniger scheut als derjenige, der sie veräußert.

In der Konsequenz ist eine Gefahrerhöhung selbst dann noch anzunehmen, wenn die Erwartungswerte von Kündigung und Stillhalten für Loan-to-Own-Investoren und Banken wider Erwarten gleich hoch sind. — Sind sie es nicht, was wie zuvor ausgeführt näher liegt,[273] ist die gegenüber einer Bank geringere Risikoaversion eines Loan-to-Own-Investors ein die Gefahr unzulässiger Kündigung erhöhender Umstand.

(3) Gefahrerhöhung durch optimistischere Risikoeinschätzung der Unzulässigkeit der Kündigung

Bei den obigen Ausführungen wird angenommen, dass Bank und Loan-to-Own-Investor das Risiko der Unzulässigkeit der Kündigung kennen. Dies geht freilich an der Realität vorbei; das Risiko der Unzulässigkeit der Kün-

273 Siehe zur Plausibilität eines höheren Erwartungswertes der Kündigung für einen Loan-to-Own-Investor als für eine Bank oben § 6 D. I. 2. a) bb) bbb) (1) (a) und zur Plausibilität eines niedrigeren Erwartungswertes des Stillhaltens für einen Loan-to-Own-Investor als für eine Bank oben § 6 D. I. 2. a) bb) bbb) (1) (b).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

digung lässt sich nur bewerten und nicht wie die Wahrscheinlichkeit eines Lotteriegewinnes berechnen.[274]

Insofern steigt die Gefahr für eine unzulässige Kündigung auch dann, wenn ein Loan-to-Own-Investor das Risiko der Unzulässigkeit niedriger einschätzt als eine Bank; die Annahme solch einer optimistischeren Risikoeinschätzung ist begründet (dazu (a)). Wie stark sich diese gefahrerhöhend auswirken kann, hängt zum einen von der Größe des Wertungsspielraumes bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Kündigung ab und zum anderen von der Gewinnung und Analyse der für diese Beurteilung relevanten Informationen (dazu (b)).

(a) Optimistischere Risikoeinschätzung der Unzulässigkeit der Kündigung

Verhaltenspsychologische Überlegungen sprechen dafür, dass ein Loan-to-Own-Investor das Risiko der Unzulässigkeit der Kündigung niedriger einschätzt als eine Bank: Menschen tendieren dazu, Informationen so zu selektieren und zu bewerten, dass diese sich konform zu ihren einmal gebildeten Erwartungen und ihren Interessen und Wünschen verhalten, um kognitive Dissonanzen zu vermeiden.[275]

Zum Zeitpunkt der Kreditvergabe erwartete die Bank, dass der Darlehensnehmer den Kredit später zurückzahlen werde. Zeichnet sich dann eine Krise des Darlehensnehmers ab, kann sie zu der (vermeintlichen) Einsicht gelangen, dass diese bereits so fortgeschritten ist, dass der Kredit Not leidet und sie schon außerordentlich kündigen könnte. Sie kann aber auch davon ausgehen, dass es um ihr Kreditengagement nicht ganz so schlecht bestellt ist, der Kredit doch noch nicht Not leidet und eine Kündigung noch unzulässig ist. Letzteres harmoniert besser mit der Erwartung, die sie bei ihrer Kreditentscheidung bildete, als wenn sie annimmt, dass der Kredit Not leidet. Will der Entscheidungsträger auf Seiten der Bank kognitive Dissonanzen vermeiden, wird er im Ergebnis somit eher zur Annahme der Unzulässigkeit der Kündigung neigen.

274 Siehe zur Bildung eines Wahrscheinlichkeitsurteils *Laux/Gillenkirch/Schenk-Mathes*, Entscheidungstheorie, 10. Aufl. 2018, S. 341 ff.

275 Siehe zur Urteilsverzerrung infolge des Bedürfnisses der Vermeidung kognitiver Dissonanz *Oehler*, ZBB 1992, 97 (100); *Eidenmüller*, JZ 2005, 216 (218); *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 72 und 78; *Orgeldinger*, Behavioral Finance, 2022, S. 73 und 103. Siehe zu weiteren Verhaltensanomalien als Fehlerquellen bei der Bildung subjektiver Wahrscheinlichkeiten *Eisenführ/Weber/Langer*, Rationales Entscheiden, 5. Aufl. 2010, S. 175 ff.; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 70 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erwirbt ein Loan-to-Own-Investor einen Kredit, hegt er die Erwartung, dass in absehbarer Zeit ein Kündigungsgrund eintreten wird. Darin wird er bestätigt, wenn er von der Zulässigkeit der Kündigung ausgeht. Hingegen widerspricht die Annahme, dass die Kündigung (immer noch) unzulässig ist, seiner beim Krediterwerb gebildeten Erwartung, erzeugt also kognitive Dissonanzen bei den Entscheidungsträgern des Loan-to-Own-Investors.

(b) Gefahrerhöhende Wirkung optimistischerer Risikoeinschätzung

Schätzt ein Loan-to-Own-Investor das Risiko der Unzulässigkeit der Kündigung optimistischer ein als eine Bank, wirkt sich dies gefahrerhöhend aus, und zwar selbst wenn er alle Informationen für die Beurteilung der Zulässigkeit der Kündigung hat und diese zutreffend analysiert, also insofern ein bestmögliches Wahrscheinlichkeitsurteil treffen kann.[276] Denn normbedingt bleibt bei der Interessenabwägung nach § 241 Abs. 2, § 242 oder § 490 Abs. 1 BGB ein unvermeidbarer Rest an Dezision;[277] insoweit können sich kognitive Verzerrungen jedenfalls auswirken.

Nun wird ein Loan-to-Own-Investor realistischerweise nicht über alle für die Einschätzung der Zulässigkeit der Kündigung relevanten Informationen verfügen und diese auch nicht perfekt auswerten. Dies vergrößert den Raum, in dem sich seine optimistischere Haltung gefahrerhöhend auswirken kann. Freilich wird auch eine Bank oft zu keinem bestmöglichen Wahrscheinlichkeitsurteil gelangen.[278] Bloß entfällt eine Gefahrerhöhung nicht dadurch, dass sie ein ähnlich schlechtes Wahrscheinlichkeitsurteil treffen würde. Im Gegenteil: Neigt sie nämlich infolge kognitiver Verzer-

276 Siehe zur Verbesserung eines Wahrscheinlichkeitsurteils durch Informationsgewinnung und -bewertung *Laux/Gillenkirch/Schenk-Mathes*, Entscheidungstheorie, 10. Aufl. 2018, S. 341 ff.

277 Siehe zum Raum für Wertungen bei der Interessenabwägung nach § 241 Abs. 2, § 242 bzw. § 490 Abs. 1 BGB oben § 6 D. I. 2. a) bb) aaa). Vgl. auch Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 260, der betreffend das Kündigungsrecht gemäß § 490 Abs. 1 BGB im Grunde früher ansetzt, indem er gleichsam mit der Unbestimmtheit der Tatbestandsvoraussetzungen begründet, dass es gemäß § 399 Alt. 1 BGB nachgiebig an die Person des Darlehensgebers gebunden ist. Siehe zur Frage der Gebundenheit unten § 7 C. II. 2 und § 7 C. IV. 3. d). — Siehe allgemein zum unvermeidbaren Rest an Dezision bei der Abwägung *Riehm*, RW 2013, 1 (17 und 31 f.); *Gast*, Juristische Rhetorik, 5. Aufl. 2015, Rn. 1077 und 1080.

278 Vgl. *Obermüller*, ZInsO 2018, 1769 (1772), der zum Parameter der wirtschaftlichen Abhängigkeit ausführt, dass es zu schwierigen Abgrenzungsproblemen kommen könne, die sich bei der oft gebotenen schnellen Kreditentscheidung nicht stets eindeutig klären ließen.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rungen zu einer eher zu pessimistischen Bewertung der Zulässigkeit der Kündigung, sinkt mit der Qualität ihres Wahrscheinlichkeitsurteiles die Gefahr, dass sie unzulässigerweise die Kündigung erklärt. Folglich nimmt die Gefahr unzulässiger Kündigung selbst dann zu, wenn ein Loan-to-Own-Investor mehr Informationen erfasst und diese besser analysiert. Die Gefahr unzulässiger Kündigung steigt allerdings stärker, wenn er ein schlechteres Wahrscheinlichkeitsurteil fällt, wofür manches spricht:

Zunächst kann ein Loan-to-Own-Investor mit Faktoren, welche die Zulässigkeit der Kündigung beeinflussen, z. B. dem Vorverhalten einer Bank gegenüber dem Darlehensnehmer und der zwischen ihnen gewachsenen Geschäftsbeziehung,[279] in geringerem Maße vertraut sein. Dieses Informationsdefizit wird er auch durch erhöhten Aufwand bei der Informationsgewinnung und -bewertung nicht stets ausgleichen können.[280] So wird selbst eine Bank, die das Darlehen originär gewährte, nicht stets die Zeit haben, alle maßgeblichen Gesichtspunkte umfassend zu prüfen.[281] Ein Loan-to-Own-Investor dürfte typischerweise unter noch höherem Zeitdruck stehen, da er, wie oben erwähnt,[282] einkalkulieren muss, dass die Chancen zur Übernahme (noch) schlechter werden. Und wäre es ihm möglich, durch erhöhten Aufwand sein Informationsdefizit zu beseitigen und die Informationen auszuwerten, ist noch zu sehen, dass er sich den Mehraufwand auch leisten wollen muss; dies ist nicht ausgemacht.[283]

279 Siehe dazu, dass die gewachsene Geschäftsbeziehung zwischen Darlehensgeber und -nehmer das Maß der Rücksichtspflichten ebenso beeinflusst wie die Frage, ob ein ernstlicher Anlass zur Kündigung besteht, oben § 6 C. I und § 6 D. I. 2. a) bb) aaa).

280 Siehe zur Verbesserung eines Wahrscheinlichkeitsurteils durch Informationsgewinnung und -bewertung *Laux/Gillenkirch/Schenk-Mathes*, Entscheidungstheorie, 10. Aufl. 2018, S. 341 ff.

281 Vgl. *Obermüller*, ZInsO 2018, 1769 (1772), der zum Parameter der wirtschaftlichen Abhängigkeit ausführt, dass es zu schwierigen Abgrenzungsproblemen kommen könne, die sich bei der oft gebotenen schnellen Kreditentscheidung nicht stets eindeutig klären ließen.

282 Siehe dazu mit Blick auf die geringere Attraktivität des Stillhaltens oben § 6 D. I. 2. a) bb) bbb) (1) (b).

283 Siehe zum Informationswert und der Beschaffung von Informationen als einem der eigentlichen Entscheidung vorgelagerten Entscheidungsproblem *Laux/Gillenkirch/Schenk-Mathes*, Entscheidungstheorie, 10. Aufl. 2018, S. 355 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cc) Ergebnis

Einen Darlehensnehmer interessiert, dass ihm nur, wenn es zulässig ist, die Kündigung erklärt wird. Auf dieses Interesse hat ein Darlehensgeber Rücksicht zu nehmen.[284]

Das daraus folgende derivative Interesse verletzt eine Bank, indem sie das Kündigungsrecht einem Loan-to-Own-Investor überträgt, wenn dieser eine Kündigung noch bei größerer Unsicherheit hinsichtlich deren Zulässigkeit erklärt, als sie es tun würde. — Die Feststellung der Zulässigkeit der Kündigung kann nicht nur betreffend die Tatbestandsverwirklichung gemäß § 490 Abs. 1 BGB mit Unsicherheit verbunden sein, sondern auch hinsichtlich vertraglicher Kündigungsrechte. Schon deren Wirksamkeit kann mit Blick auf § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB fraglich sein; und sind sie wirksam, kann immer noch deren Ausübung gemäß § 241 Abs. 2, § 242 BGB unzulässig sein.[285] — Dafür, dass ein Loan-to-Own-Investor typischerweise ein höheres Maß an Unsicherheit in Kauf nimmt als eine Bank, sprechen entscheidungstheoretische Überlegungen. Insofern erscheinen folgende Annahmen plausibel: Verglichen mit einer Bank bringt die zulässige Kündigung einem Loan-to-Own-Investor größere Vorteile und die unzulässige Kündigung ist für ihn mit milderen Konsequenzen verbunden; Stillhalten ist für ihn unattraktiver; er ist weniger risikoscheu, und die Wahrscheinlichkeit der Zulässigkeit der Kündigung schätzt er optimistischer ein.[286] Jede dieser Prämissen spricht schon für sich genommen dafür, dass ein Loan-to-Own-Investor noch bei größerer Unsicherheit kündigt als eine Bank. Daher ist bei objektiv-generalisierender Betrachtung[287] die Annahme gerechtfertigt, dass eine Bank das derivative Interesse des Darlehensneh-

284 Siehe zur Rücksichtspflichtwidrigkeit unzulässiger Kündigung oben § 6 D. I. 2. a) aa).

285 Siehe zu den Unsicherheiten bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Kündigung oben § 6 D. I. 2. a) bb) aaa).

286 Siehe zum höheren Erwartungswert der Kündigung für einen Loan-to-Own-Investor als für eine Bank oben § 6 D. I. 2. a) bb) bbb) (1) (a); siehe zur geringeren Attraktivität des Stillhaltens für ihn oben § 6 D. I. 2. a) bb) bbb) (1) (b); siehe zu seiner geringeren Risikoaversion oben § 6 D. I. 2. a) bb) bbb) (2) und dazu, dass er die Wahrscheinlichkeit der Zulässigkeit der Kündigung optimistischer einschätzt, oben § 6 D. I. 2. a) bb) bbb) (3).

287 Siehe zur objektiv-generalisierenden Betrachtung bei der Gewinnung vertragsnatürlicher Pflichten gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB *von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 284; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 238 und 245; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 271; Clemenz/Kreft/Krause/*Klumpp*, AGB-ArbR, 3. Aufl. 2023, BGB

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mers an nur zulässiger Kündigung verletzt, wenn sie einem Loan-to-Own-Investor das Kündigungsrecht überträgt.

b) Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen

Ermessensabhängige Informationsansprüche verpflichten den Darlehensnehmer, dem Darlehensgeber jene Informationen mitzuteilen, die er vernünftigerweise benötigt und verlangt. Bürgerlich-rechtlich handelt es sich hierbei um einen Informationsanspruch, der mit einem Bestimmungsrecht des Gläubigers i. S. d. §§ 315 f. BGB versehen ist.[288] Trifft der Darlehensgeber eine unbillige Bestimmung, ist sie gemäß § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB unverbindlich.[289] Und verlangt der Darlehensgeber gestützt auf eine unverbindliche Bestimmung Informationen, so verletzt er das Interesse des Darlehensnehmers daran, dass Forderungen ihm gegenüber nur zulässigerweise geltend gemacht werden. Auf dieses Hauptinteresse ist der Darlehensgeber zur Rücksicht verpflichtet, wie oben mit Blick auf die Verletzung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung ausgeführt wird.[290]

Damit bleibt zu klären, ob eine Bank das derivative Interesse des Darlehensnehmers nur berechtigter Informationsverlangen verletzt, wenn sie das Bestimmungsrecht bezüglich eines Informationsanspruches auf einen Loan-to-Own-Investor übergehen[291] lässt. Hierzu werden die Maßgaben der Billigkeitskontrolle umrissen und herausgestellt, welche Informationsverlangen typischerweise nicht mehr der Billigkeit entsprechen (dazu aa)). Bezüglich solch unbilliger Informationsverlangen stellt sich die Frage, ob von einem Loan-to-Own-Investor typischerweise eine höhere Gefahr für diese ausgeht als von einer Bank (dazu bb)).

---

§ 307 Rn. 78; Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 32; siehe dazu bereits oben § 6 C. II.

288 Siehe zu diesen Information-Covenants und zu deren rechtlicher Einordnung als Bestimmungsrecht oben § 2 C. I. 2. c). Siehe zum Übergang des Bestimmungsrechts bei einem ermessensabhängigen Informationsanspruch analog § 401 Abs. 1 BGB oben § 3 C. I. 2. a).

289 Siehe zur Unverbindlichkeit MüKoBGB/*Würdinger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 315 Rn. 54.

290 Siehe zur Rücksichtspflichtwidrigkeit unzulässiger Geltendmachung von Ansprüchen oben § 6 D. I. 2. a) aa).

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa) Maßgaben der Billigkeitskontrolle, § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB; Billigkeitsgrenzen der Ausübung ermessensabhängiger Informationsrechte

Bei der Kontrolle, ob eine getroffene Bestimmung gemäß § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB der Billigkeit entspricht, sind die Interessen der Vertragsschließenden anhand des vereinbarten Zwecks des Bestimmungsrechts[292] und unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles abzuwägen.[293] Dabei ist nicht nur der Umfang der getroffenen Bestimmung – das Ergebnis – auf seine Billigkeit hin zu kontrollieren. Angelehnt an die verwaltungsrechtliche Ermessensfehlerlehre führt auch der subjektive (innere) Ermessensfehlgebrauch zur Unbilligkeit der Bestimmung. Das heißt, unbillig ist nicht nur eine exzessive Bestimmung, sondern auch eine, die aus zweckfremden Motiven getroffen wird.[294]

Macht der Kreditgeber einen ermessensabhängigen Informationsanspruch geltend, kann nach diesen Maßgaben als erster Schritt geprüft werden, ob er mit dem Informationsverlangen überhaupt einen Zweck verfolgt, dem das Informationsrecht nach dem Vertrag zu dienen bestimmt ist: Der Zweck kreditsichernder Informationsansprüche besteht darin, den Kreditgeber frühzeitig vor einem Kreditausfall zu warnen;[295] insofern sollen sie ihm Zugang zu den Informationen verschaffen, die er benötigt, um das Kreditrisiko einschätzen zu können.[296] Kein vertraglich vorausgesetzter

292 Siehe zum Geschäftszweck als Kriterium zur Bestimmung der Billigkeit MüKoBGB/*Würdinger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 315 Rn. 41.

293 Die Beurteilung der Billigkeit erfordere im Wesentlichen die Abwägung der wirtschaftlichen Interessen der Vertragsschließenden, *BGH*, Urt. v. 2.4.1964 – KZR 10/62, BGHZ 41, 271 (279); Staudinger/*Rieble*, BGB, 2020, BGB § 315 Rn. 395; MüKoBGB/*Würdinger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 315 Rn. 41; Jauernig/*Stadler*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 315 Rn. 7.

294 Siehe *BGH*, Urt. v. 5.12.2012 – IV ZR 110/10, NZA-RR 2013, 327 (329 Rn. 27); Beschl. v. 18.11.2014 – EnVZ 23/14, RdE 2015, 194; Urt. v. 11.1.2023 – IV ZR 85/20, VersR 2023, 545 (550 Rn. 39); *OLG Köln*, Urt. v. 31.7.2014 – 7 U 194/13, BeckRS 2016, 6377 Rn. 33; *LG Münster*, Urt. v. 9.6.2016 – 115 O 17/16, BeckRS 2016, 124894 Rn. 20; BeckOK BGB/*Gehrlein*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 315 Rn. 18. — Siehe allgemein zur Verfehlung des Ermessenszwecks Stelkens/Bonk/Sachs/*ders.*, VwVfG, 10. Aufl. 2023, VwVfG § 40 Rn. 62 ff.

295 Siehe oben § 2 C. I. 1.

296 Siehe beispielsweise *vdp*, Mustervertrag für die großvolumige, gewerbliche Immobilienfinanzierung, 2024, Nr. 17.1 Abs. 1 Satz 1 und 2 Halbsatz 1, S. 23: „Die Bank ist nach den bankaufsichtsrechtlichen Vorgaben verpflichtet, sich laufend ein umfassendes Bild über das aktuelle Kreditrisiko zu verschaffen. Der Darlehensnehmer ist *daher* verpflichtet, alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die *für die*

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zweck dürfte für gewöhnlich darin liegen, ihm die Übernahme des Darlehensnehmers zu erleichtern.[297] Von einem solchen Vertragszweck wird aufgrund der hier gebotenen typisierenden Betrachtung daher nicht ausgegangen. — Trifft der Kreditgeber eine Bestimmung, um für die Übernahme des Darlehensnehmers hilfreiche Informationen zu erlangen,[298] leidet diese folglich an einem inneren Ermessensfehler. Erst recht sachwidrig ist eine Bestimmung, mit der er darauf zielt, dem Darlehensnehmer möglichst großen Aufwand zu bereiten, um so einen Covenantverstoß zu provozieren.[299]

Leidet die dem Informationsverlangen zugrundeliegende Bestimmung nicht schon an einem subjektiven Ermessensfehler, ist im nächsten Schritt der Wert des Informationsverlangens mit Blick auf den präventiven Sicherungszweck zu beurteilen; es geht darum, das Interesse des Kreditgebers an der begehrten Information zu gewichten. Auf der anderen Seite ist es dann zu betrachten, wie sehr das Informationsverlangen die Interessen des Darlehensnehmers beeinträchtigt. Dies hängt nicht allein von der absoluten Höhe des zur Erfüllung des Verlangens notwendigen Aufwandes ab. Denn ein umfangreiches Informationsverlangen, dessen Erfüllung erhebliche personelle Ressourcen im Unternehmen des Darlehensnehmers bindet oder den Einsatz externer Berater erfordert und damit an seiner Liquidität zehrt,[300] belastet ihn stärker, wenn er sich in einer wirtschaftlich

Einschätzung des Kreditrisikos erforderlich sind". Hervorhebung des Verfassers. Vgl. auch *vdp*, vdp-Standardvertrag für gewerbliche Großfinanzierungen, Leitfaden mit erläuternden Hinweisen, 2018, Buchst. B, Ziff. 16 Abs. 1, S. 4.

297 Die Vertragsparteien können den Informationsansprüchen, vergleichbar einer typischen Sicherheit, solch einen postventiven Sicherungszweck beimessen. Davon ist aber nicht schon im Zweifel auszugehen. Eine dahingehende Zweckbestimmung kann in einer Übertragungsklausel gesehen werden, die dem Kreditgeber erlaubt, kreditsichernde Informationsansprüche auf einen Loan-to-Own-Investor zu übertragen, wenn der Kredit Not leidet (zur Vereinbarkeit einer solchen Bestimmung mit § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB unten § 8 B. III. 4. b)). Dies kann jedoch auch anders gesehen werden, insbesondere wenn es nicht ausdrücklich heißt, dass auf einen Loan-to-Own-Investor übertragen werden darf. Daher sollten die Vertragsparteien es klarstellen, wenn sie solch einen erweiterten Sicherungszweck wollen.

298 Siehe dazu, dass Information-Covenants einem Loan-to-Own-Investor bei der Steuerung der Übernahme helfen und einen Informationsvorteil gegenüber den Gesellschaftern und anderen Stakeholdern verschaffen können, *Levitin*, 4 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 67, 87 (2009); *Bücker/Petersen*, ZGR 2013, 802 (809); *Florstedt*, ZIP 2014, 1513 (1515); *ders.*, ZIP 2015, 2345 (2349); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 261; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 76.

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

300 Siehe oben § 2 C. I. 2. c) a. E.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

angespannten Situation befindet. Dementsprechend gewichtig muss das Interesse des Kreditgebers an einem Informationsverlangen sein, wenn die Erfüllung dem Darlehensnehmer einen Aufwand bereitet, der seine Krise verschärfen kann.[301]

Wie diese Abwägung im Einzelfall ausfällt, ist stets auch eine Wertungsfrage.[302] Hierin liegt eine Gemeinsamkeit zwischen der Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB, der Kündbarkeit gemäß § 490 Abs. 1 BGB und der Unzulässigkeit der Ausübung eines vertraglichen Kündigungsrechts gemäß § 241 Abs. 2, § 242 BGB. Aufgrund der Wertungsbedürftigkeit kann sich der Kreditgeber bei der Einschätzung der Billigkeit der Bestimmung ebenso wie bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Kündigung[303] nicht gewiss sein, dass ein Gericht im Nachhinein seine Auffassung teilen wird. Von der Schwierigkeit, die Billigkeit einzuschätzen, nicht minder betroffen ist der Darlehensnehmer, der mit einem grenzwertigen Informationsverlangen konfrontiert wird und vor der Entscheidung steht, ob er diesem nachkommen soll. Er geht ein hohes Risiko ein, wenn er die Leistung verweigert und eine gerichtliche Auseinandersetzung sucht. Verliert er nämlich den Rechtsstreit, etwa weil es ihm misslingt, dem Kreditgeber einen inneren Ermessensfehler nachzuweisen, kann ihm aufgrund des

301 Vgl. insofern unter Wertungsgesichtspunkten: das allgemeine Gebot schonender Rechtsausübung (siehe dazu *BGH*, Urt. v. 19.1.2021 – VI ZR 188/17, NJW 2021, 1818 [1820 Rn. 24]), das Verbot übermäßiger Schädigung (siehe dazu *Canaris*, ZHR 143 [1979], 113 [130 ff.]; *Kiethe*, KTS 2005, 179 [204 und 212]; Ellenberger/Bunte/*Häuser*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 65 Rn. 72; jurisPK-BGB/*Schwintowski*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 27) und die Berücksichtigung der Vulnerabilität eines wirtschaftlich angeschlagenen Darlehensnehmers gegenüber dem Kreditentzug bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Kündigung (vgl. *BGH*, Urt. v. 30.9.1968 – II ZR 224/66, WM 1968, 1214 [1215]: „Auch ein gefährdeter Betrieb ist gegen pflichtwidrige Handlungen seiner Vertragspartner zu schützen und kann sogar die nach Treu und Glauben gebotene Rücksicht auf seine Lage beanspruchen"; darauf Bezug nehmend *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 5.676; *ders.*, ZInsO 2018, 1769 [1771]; Obermüller/*Huber*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.332). Zu all dem auch oben § 6 D. I. 2. a) bb) aaa).

302 Siehe zum Raum für Wertungen bei der Interessenabwägung nach § 241 Abs. 2, § 242 bzw. § 490 Abs. 1 BGB oben § 6 D. I. 2. a) bb) aaa); siehe zum unvermeidbaren Rest an Dezision bei der Abwägung *Riehm*, RW 2013, 1 (17 und 31 f.); *Gast*, Juristische Rhetorik, 5. Aufl. 2015, Rn. 1077 und 1080; siehe dazu auch oben § 6 D. I. 2. a) bb) bbb) (3) (b).

303 Siehe zu den Unsicherheiten bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Kündigung oben § 6 D. I. 2. a) bb) aaa).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(vermeintlich) verletzten Information-Covenants die Kündigung drohen.[304] Insofern besteht für den Kreditgeber die realistische Chance, dass der Darlehensnehmer auch einem unbilligen Informationsverlangen nachkommt, solange nur die Unbilligkeit nicht offensichtlich ist. In Anbetracht dessen kann von einer erhöhten Ausgangsgefahr für unberechtigte Informationsverlangen gesprochen werden.

bb) Interessenbeeinträchtigung durch die Kreditübertragung

Ein Umstand, der dafür spricht, dass von einem Loan-to-Own-Investor typischerweise eine höhere Gefahr für ein unberechtigtes Informationsverlangen ausgeht als von einer Bank, kann bereits in seiner geringeren Vertrautheit mit der Kreditbeziehung – den Umständen des Einzelfalles – gesehen werden, da dies einen Abwägungsfehler wahrscheinlicher machen kann. Außerdem dürfte von ihm eine höhere Gefahr für ein Informationsverlangen ausgehen, das an einem inneren Ermessensfehler leidet, weil damit die Übernahme des Darlehensnehmers erleichternde Informationen erlangt werden sollen (dazu aaa)) oder ein Covenantverstoß provoziert werden soll (dazu bbb)). Im Zusammenhang mit diesen beiden Gesichtspunkten erscheint jeweils auch die Annahme einer erhöhten Gefahr für ein fahrlässig exzessives Informationsverlangen plausibel.

aaa) Höhere Gefahr für ein unbilliges Informationsverlangen infolge des Interesses an übernahmeerleichternden Informationen

Wie zuvor ausgeführt,[305] leidet eine Bestimmung an einem inneren Ermessensfehler, wenn sie der Kreditgeber trifft, um Informationen zu erlangen, die es ihm erleichtern sollen, den Darlehensnehmer zu übernehmen. Anders als ein Loan-to-Own-Investor will eine Bank den Darlehensnehmer typischerweise nicht übernehmen;[306] an übernahmeerleichternden Infor-

304 Vgl. zu den Schwierigkeiten der Rechtsverteidigung *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 350 f.

305 Siehe oben § 6 D. I. 2. b) aa).

306 Banken sind typischerweise nicht am Erwerb des Eigenkapitals interessiert, *Crone/Kreide*, Modernes Sanierungsmanagement, 5. Aufl. 2017, 154 (192); siehe insofern zu den haftungs- und bankenaufsichtsrechtlichen Problemen, die für eine Bank mit einem Debt-Equity-Swap einhergehen, *Ringelspacher*, Modernes Sanierungsmanagement, 5. Aufl. 2017, 289 (321 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mationen hat sie für gewöhnlich kein Interesse. Folglich ist ein solches Informationsverlangen von einer Bank schon mangels Interesses weniger zu erwarten als von einem Loan-to-Own-Investor.

Ein Loan-to-Own-Investor interessiert sich für Informationen, die ihm bei der Übernahme des Darlehensnehmers nützen können. Dadurch gerät er in einen Interessenkonflikt: Einerseits ist er verpflichtet, kein unbilliges Informationsverlangen an den Darlehensnehmer zu richten. Andererseits nützt ihm ein unbilliges Informationsverlangen angesichts der Chance, dass der Darlehensnehmer es erfüllen wird.[307] Mag es auch (mehrheitlich) Loan-to-Own-Investoren geben, die ihre Pflicht gegenüber dem Darlehensnehmer höher bewerten als ihr wirtschaftliches Interesse – um bei typisierender Betrachtung eine Gefahrerhöhung verneinen zu können, müssten sich Loan-to-Own-Investoren jedoch in aller Regel pflichtgerecht verhalten. Näher liegt es, dass wenigstens ein kleiner, nicht mehr vernachlässigbarer Teil der Loan-to-Own-Investoren den Interessenkonflikt für sich entscheidet. Eine erhöhte Gefahr für *bewusst* unbillige Informationsverlangen ist daher anzunehmen.

Doch auch wenn typischerweise kein Loan-to-Own-Investor dem Anreiz unterliegen sollte, bewusst vom Darlehensnehmer solche sachfremden Informationen zu verlangen, schlösse dies eine Gefahrerhöhung nicht aus. Denn sein Interesse an diesen Informationen dürfte auch die Gefahr für eine *fahrlässig* unbillige Bestimmung erhöhen. Hier sei an ein Informationsverlangen gedacht, bei dem es grenzwertig ist, ob es noch hinreichend vom primären Sicherungszweck gedeckt ist. So läuft ein Loan-to-Own-Investor, der einerseits keine unbillige Bestimmung treffen, aber andererseits auch nicht zu weit vor der Grenze der Billigkeit Halt machen möchte, Gefahr, sich zu verschätzen. Diese Gefahr besteht aufgrund der Wertungsoffenheit selbst dann, wenn er vollkommen objektiv urteilte, was allerdings wegen seines Interesses an eben diesen Informationen aus verhaltenspsychologischer Sicht fernliegt.[308]

307 Siehe oben § 6 D. I. 2. b) aa) a. E.

308 Vgl. insofern die verhaltenspsychologischen Erwägungen betreffend die Erhöhung der Gefahr unzulässiger Kündigung oben § 6 D. I. 2. a) bb) bbb) (3).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bbb) Höhere Gefahr für ein unbilliges Informationsverlangen infolge des Interesses an einem Covenantverstoß

Ein Informationsverlangen leidet, wie oben ausgeführt,[309] an einem inneren Ermessensfehler, wenn es der Provokation eines Covenantverstoßes dient. Hat ein Loan-to-Own-Investor im Vergleich zu einer Bank ein größeres Interesse an einem Covenantverstoß (dazu (1)), kann dies nicht nur die Gefahr für solch subjektiv ermessensfehlerhafte, sondern auch für unbewusst unbillige Verlangen erhöhen (dazu (2)).

(1) Größeres Interesse an einem Covenantverstoß

Verletzt der Darlehensnehmer einen Financial-Covenant, ist das für eine Bank mit Vor- und Nachteilen verbunden: Einerseits profitiert sie von einer Waiver-Fee.[310] Und berechtigt sie der Covenantverstoß zur Kündigung, kann sie damit drohen, um eine Verstärkung ihrer Sicherheiten oder einen höheren Zins durchzusetzen.[311] Andererseits kann sie infolge der schlechteren Finanzkennzahlen aufsichtsrechtlich gezwungen sein, das Kreditrisiko höher zu bewerten. Das führt zu den Nachteilen (höhere Eigenkapitalkosten, mehr Betreuungsaufwand usw.), die eine Bank veranlassen, einen Kredit zu veräußern, bevor er Not leidet.[312] Bei Gegenüberstellung dieser Vor- und Nachteile erscheint es daher zweifelhaft, ob eine Bank typischerweise ein Interesse an einem Covenantverstoß hat.

Hingegen bringt eine Covenantverletzung einem Loan-to-Own-Investor nur Vorteile: Infolge dieser erlangt er Forderungsherrschaft,[313] sodass er den Gesellschaftern des Darlehensnehmers mit Kündigung drohen kann, um sie zur Mitwirkung an einer vorinsolvenzlichen Übernahme (nach seinen Konditionen) zu bewegen.[314] Will er Pfandrechte an den Gesellschafts-

309 Siehe oben § 6 D. I. 2. b) aa).
310 Siehe oben § 2 C. II.
311 *Nouvertné*, ZIP 2012, 2139 (2142); Grundmann/*M. Renner*, Bankvertragsrecht, Bd. 1, 2020, Teil 4 Rn. 948. — Siehe zum Risiko einer Anfechtung gemäß § 134 InsO, wenn der Darlehensnehmer eine höhere Marge im Gegenzug für einen Kündigungsverzicht gewährt, Theiselmann/*Grell*, Restrukturierungsrecht, 5. Aufl. 2024, Kap. 11 Rn. 20.
312 Siehe oben § 6 D. I. 1. c) aa).
313 Siehe zur Forderungsherrschaft oben § 2 C.
314 Siehe zur Covenantverletzung und der Drohung mit Kündigung als Druckmittel oben § 2 C. II.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

anteilen verwerten, muss er zuvor kündigen; auf einen Covenantverstoß kann er seine Kündigung stützen.[315] Kündigen muss er schließlich auch, wenn er zwecks insolvenzlicher Übernahme einen Gläubigerantrag stellen möchte und keine anderen fälligen Forderungen gegen den Darlehensnehmer hat, da ihm sonst das rechtliche Interesse an der Antragstellung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 InsO fehlt.[316] Somit ist er – gleichviel auf welchem Weg er seine Loan-to-Own-Strategie verfolgt – grundsätzlich[317] auf einen Kündigungsgrund angewiesen. Dementsprechend groß ist sein Interesse an einem Covenantverstoß, an den ein vertragliches Kündigungsrecht knüpft.

Festzuhalten bleibt: Aus Sicht einer Bank ist es schon zweifelhaft, ob die Vorteile einer Covenantverletzung deren Nachteile überwiegen, sie also überhaupt Interesse an einem Covenantverstoß hat. Demgegenüber ist ein Covenantverstoß ein zentraler Baustein einer Loan-to-Own-Strategie. Sollte eine Bank überhaupt Interesse an einem Covenantverstoß haben, wovon im Folgenden vorsichtshalber ausgegangen wird, fällt es jedenfalls deutlich kleiner aus als das eines Loan-to-Own-Investors.

(2) Gefahrerhöhende Wirkung eines größeren Interesses

Hat ein Loan-to-Own-Investor ein weit größeres Interesse an einem Covenantverstoß als eine Bank, befindet er sich auch in einem stärkeren Interessenkonflikt: einerseits sich gegenüber dem Darlehensnehmer pflichtgemäß zu verhalten und keine subjektiv ermessensfehlerhafte Bestimmung zu tref-

315 Siehe zur Kündigung aus diesem Grund *Metze/Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 (117 und 129); *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 181 ff.; siehe auch oben § 2 C. III. 1. c).

316 Die Fälligkeit als Voraussetzung eines rechtlichen Interesses gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 InsO implizierend *BGH*, Beschl. v. 29.11.2007 – IX ZB 12/07, NJW 2008, 1380 (1381); explizit fordernd MüKoInsO/*Vuia*, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, InsO § 13 Rn. 35 und § 14 Rn. 26; Uhlenbruck/*Wegener*, InsO, Bd. 1, 15. Aufl. 2019, InsO § 14 Rn. 80; Gottwald/Haas/*Vuia*, InsR-HdB., 6. Aufl. 2020, § 8 Rn. 37. — Rechtsschutzinteresse bei gestundeter Forderung verneinend (in der Regel) *LG Braunschweig*, Beschl. v. 5.10.1959 – 8 T 683/59, NJW 1961, 2316; *AG Göttingen*, Beschl. v. 28.8.2001 – 74 IN 123/01, NZI 2001, 606. — Siehe zur Fälligkeit als Voraussetzung eines rechtlichen Interesses schon oben § 2 C. III. 1. c) und unter dem Aspekt einer höheren Gefahr unzulässiger Kündigung oben § 6 D. I. 2. a) bb) bbb) (1) (a) (aa) (bbb).

317 Sollten einmal die Gesellschafter ohne den Einigungsdruck der drohenden Kündigung zu einem Debt-Equity-Swap bereit sein, ist der Investor zwar nicht auf einen Covenantverstoß angewiesen, um die Loan-to-Own-Strategie umsetzen zu können. Dennoch gereicht ihm auch dann noch ein Covenantverstoß zum Vorteil: Dürften sich doch bessere Konditionen durchsetzen lassen, wenn auch mit Kündigung und Insolvenz gedroht werden kann.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fen, andererseits durch eine solche Bestimmung einen Covenantverstoß zu provozieren. Ein ausgeprägterer Interessenkonflikt spricht abstrakt für eine höhere Gefahr.

Eine Gefahrerhöhung bleibt aus, wenn Loan-to-Own-Investoren trotz größeren Interesses den Konflikt typischerweise nicht häufiger zu ihren Gunsten entscheiden als Banken.[318] Das setzt voraus, dass die allermeisten Loan-to-Own-Investoren notfalls lieber ein Scheitern der Übernahme in Kauf nehmen, als durch eine unbillige Bestimmung einen Covenantverstoß zu provozieren.[319] Dagegen sprechen nicht nur Berichte über provozierte Covenantverstöße,[320] sondern auch, dass in der Kreditpraxis Bestimmungen vereinbart werden, wonach die Übertragung eines nicht notleidenden Kredits auf einen Loan-to-Own-Investor ausgeschlossen ist.[321] Schließlich bräuchte ein Darlehensnehmer bei der Vertragsverhandlung nicht für eine solche Beschränkung zu kämpfen,[322] wenn im Vorfeld des Kreditausfalles von einem Loan-to-Own-Investor keine höhere Gefahr für seine Interessen ausginge als von anderen Kreditgebern. Denkbar ist zwar, dass Darlehensnehmer aus unbegründeter Sorge um solche Beschränkungen kämpfen, doch liegt dies ferner.

Gefahrerhöhend wirkt das größere Interesse eines Loan-to-Own-Investors an einem Covenantverstoß nicht nur, weil er dadurch einem stärkeren Anreiz für subjektiv ermessensfehlerhafte Informationsverlangen ausgesetzt ist. Sein größeres Interesse kann auch die Gefahr erhöhen, dass er unbewusst die Billigkeitsgrenze überschreitet. Wie oben ausgeführt, ist es bei der Interessenabwägung im Rahmen der Billigkeitskontrolle auch zu berücksichtigen, ob der zur Erfüllung des Informationsverlangens erforderliche Aufwand die Krise des Darlehensnehmers verschärfen kann.[323] Von

318 Ebenso verhält es sich umgekehrt, wenn einer Bank ihr vergleichsweise geringes Interesse schon genügender Anreiz ist, um genauso oft wie ein Loan-to-Own-Investor den Interessenkonflikt für sich zu entscheiden.

319 Vgl. insofern zur mit der Erwartungswertregel begründeten Erhöhung der Gefahr für eine unzulässige Kündigung oben § 6 D. I. 2. a) bb) bbb) (1) (a).

320 Siehe zum praktischen Vorkommen provozierter Covenantverstöße *C. G. Paulus*, ZRP 2018, 151 (152); *Beissenhirtz*, ZInsO 2019, 525 (539); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 43 f. und 78, insbesondere S. 238 mit Fn. 262 f., ferner noch S. 274 ff. und 512; *C. G. Paulus*, ZRP 2020, 108 (110); Thierhoff/Müller/*C. G. Paulus*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 594; siehe ferner mit Blick auf die USA *Robertson/Cicarella*, ABA Business Bankruptcy Newsletter January 2009, 1.

321 Siehe zu derartigen Beschränkungen unten § 8 A. II.

322 Zustimmungsvorbehalte und die Ausnahmen davon seien in der Praxis hart umkämpft, Hölters/*Ingenhoven/Eisen*, Unternehmenskauf, 10. Aufl. 2022, Rn. 4.152.

323 Siehe oben § 6 D. I. 2. b) aa).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einem Loan-to-Own-Investor geht eine höhere Gefahr für ein unbilliges Verlangen aus, wenn er diesen Umstand häufiger oder auch stärker als eine Bank untergewichtet. Für diese Annahme sprechen verhaltenspsychologische Überlegungen: Sein (größeres) Interesse an einer Zuspitzung der Krise des Darlehensnehmers harmoniert besser mit einer niedrigen als mit einer hohen Gewichtung dieses Umstandes.[324]

cc) Ergebnis und weitere Bemerkungen

Verlangt der Darlehensgeber gestützt auf eine wegen ihrer Unbilligkeit gemäß § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB unverbindliche Bestimmung Informationen vom Darlehensnehmer, verletzt er dessen Interesse daran, dass Forderungen ihm gegenüber nur zulässigerweise geltend gemacht werden (Hauptinteresse). Unbillig ist nicht nur eine exzessive, sondern auch eine subjektiv ermessensfehlerhafte Bestimmung. An solch einem inneren Ermessensfehler leidet eine Bestimmung, die der Darlehensgeber trifft, um die Übernahme des Darlehensnehmers erleichternde Informationen zu erlangen, oder um so einen Covenantverstoß zu provozieren.[325] Anders als eine Bank hat ein Loan-to-Own-Investor ein Interesse an Informationen, welche die Übernahme erleichtern; und an einem Covenantverstoß hat er jedenfalls ein deutlich größeres Interesse als sie. Damit besteht für ihn ein (ausgeprägterer) Interessenkonflikt. Dass dieser sowohl die Gefahr subjektiv ermessensfehlerhafter als auch die Gefahr fahrlässig unbilliger Informationsverlangen erhöht, erscheint bei objektiv-generalisierender Betrachtung[326] plausibel.[327] Ausgehend davon verletzt eine Bank das derivative Interesse des Darlehensnehmers nur berechtigter Informationsverlangen, wenn sie

324 Siehe oben § 6 D. I. 2. a) bb) bbb) (3).

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

326 Siehe zur objektiv-generalisierenden Betrachtung bei der Gewinnung vertragsnatürlicher Pflichten gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB *von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 284; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 238 und 245; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 271; Clemenz/Kreft/Krause/*Klumpp*, AGB-ArbR, 3. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 78; Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 32; siehe dazu bereits oben § 6 C. II.

327 Ein größerer Interessenkonflikt ist ein abstrakt gefahrerhöhender Umstand. Vor diesem Hintergrund ist zu erwägen, ob nicht erst eine konkrete Gefahrerhöhung, sondern bereits die Vertiefung eines Interessenkonflikts ein derivatives Interesse verletzt.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das Bestimmungsrecht bezüglich eines Informationsanspruches auf einen Loan-to-Own-Investor übergehen[328] lässt.

Ergänzend ist noch zu bemerken, dass die Verletzung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen auch bei einem *nicht* ermessensabhängigen Informationsanspruch in Betracht kommt. Denn auch bei einem ermessensunabhängigen Informationsanspruch kann Unsicherheit ob der Zulässigkeit des Informationsverlangens herrschen. Diese Unsicherheit entsteht, wenn wertungsbedürftige Rechtsbegriffe zu einem niedrigen Konkretisierungsgrad[329] führen. Als Beispiel genannt sei hier das Recht des Darlehensgebers, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Darlehensnehmers prüfen zu lassen, wenn er vernünftigerweise einen Covenantverstoß vermutet.[330] Ob ein hinreichender Verdacht für einen Covenantverstoß besteht, ist eine wertungsbedürftige Frage. Als solche bietet sie einen Angriffspunkt für unzulässige Verlangen; insofern verhält es sich ähnlich wie bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Kündigung.[331]

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass die Begründung, warum von einem Loan-to-Own-Investor eine höhere Gefahr des Missbrauchs ermessensabhängiger Informationsrechte zur Provokation eines Covenantverstoßes ausgeht als von einer Bank, für andere als Provokationsmittel einsetzbare Darlehensgeberrechte entsprechend gilt, insbesondere Zustimmungsrechte. Zu denken ist etwa an die treuwidrige Verweigerung der Zustimmung zu einem Geschäft, durch das der Darlehensnehmer einen Covenantverstoß hätte vermeiden können.[332]

c) Beeinträchtigung des derivativen negativen Äquivalenzinteresses

Betreffend einen ermessensabhängigen Informationsanspruch interessiert es den Darlehensnehmer nicht bloß, keinem unbilligen Informationsverlangen ausgesetzt zu werden, sondern darüber hinaus auch, dass der Darle-

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

329 Vgl. zu den Mindestanforderungen der Bestimmbarkeit unterhalb der Schwelle eines Bestimmungsrechts MüKoBGB/*Busche*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, BGB § 145 Rn. 6; MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 15 f.

330 Vgl. oben § 2 C. I. 2. c) a. E.

331 Siehe zu den Unsicherheiten bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Kündigung oben § 6 D. I. 2. a) bb) aaa).

332 Vgl. den Sachverhalt bei *BGH*, Urt. v. 6.3.1986 – III ZR 245/84, NJW 1986, 1928 (1930). Dazu bereits oben § 2 C. III. 1. b) a. E.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hensgeber eine möglichst geringe Bestimmung trifft. Dahinter steht sein Interesse, sich möglichst leicht von einer Verbindlichkeit lösen zu können (für dieses Interesse scheint sich noch kein Ausdruck etabliert zu haben – hier wird es negatives Äquivalenzinteresse genannt; denn steigt der Aufwand, die geschuldete Leistung zu erbringen, mindert das wirtschaftlich saldiert die Gegenleistung). — Daraus folgt umgekehrt: Je extensiver die Bestimmung ausfällt, desto größer ist der Erfüllungsaufwand für den Darlehensnehmer und desto stärker wird sein negatives Äquivalenzinteresse beeinträchtigt. Trifft ein Loan-to-Own-Investor eine extensivere Bestimmung, als es eine Bank getan haben würde (Mehr-Bestimmung), wird der Darlehensnehmer stärker in seinem negativen Äquivalenzinteresse beeinträchtigt. Der Darlehensnehmer hat ein Interesse, nicht der Gefahr einer stärkeren Beeinträchtigung seines negativen Äquivalenzinteresses ausgesetzt zu sein (im Folgenden kurz: derivatives negatives Äquivalenzinteresse). Schafft[333] der Übergang des Bestimmungsrechts[334] auf einen Loan-to-Own-Investor die Gefahr für eine Mehr-Bestimmung, verletzt dieser das derivative negative Äquivalenzinteresse des Darlehensnehmers.

Oben wird darauf hingewiesen, dass eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht grundsätzlich nicht damit begründet werden kann, dass von dem Zessionar eine (höhere) Gefahr für ein dem Zedenten erlaubtes Verhalten ausgeht.[335] So verhält es sich hier: Der Darlehensgeber darf das negative Äquivalenzinteresse bis zur Grenze der Billigkeit beeinträchtigen. Das soll nicht heißen, dass das negative Äquivalenzinteresse kein schutzwürdiges Interesse i. S. d. § 241 Abs. 2 Var. 3 BGB sei.[336] Es wird jedoch schon bei der Kontrolle der Billigkeit berücksichtigt. Daher kann es nicht

333 Von der Schaffung und nicht der Erhöhung einer Gefahr wird bewusst gesprochen. Eine Erhöhung kann es nicht geben, da die Referenz das ist, was der bisherige Darlehensgeber verlangt hätte. Insofern gibt es keine Gefahr, die steigen könnte. Nach einer Gefahrerhöhung ließe sich nur fragen, wenn auf eine bestimmte extensive (nicht extensivere) Bestimmung Bezug genommen wird, z. B. eine Bestimmung am Rande der Billigkeitsgrenze. Dann könnte betrachtet werden, wie wahrscheinlich eine solche vom bisherigen Bestimmer und vom neuen Bestimmer zu erwarten ist.

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

335 Siehe oben § 6 D. I. 2.

336 Als ein Schutzgut ist das negative Äquivalenzinteresse hinter den Mitwirkungs-, Unterstützungs- und Loyalitätspflichten zu erkennen. Vgl. insofern *RG*, Urt. v. 18.6.1927 – V 405/26, LZ 1927, 1124; *BGH*, Urt. v. 1.6.1973 – V ZR 134/72, NJW 1973, 1793 (1794 f.); Urt. v. 23.3.1983 – IVb ZR 369/81, NJW 1983, 1545 LS. 1; Urt. v. 3.2.2004 – XI ZR 398/02, BGHZ 158, 11 (15); Urt. v. 19.10.2007 – V ZR 211/06, BGHZ 174, 61 (70 Rn. 33); Urt. v. 13.10.2015 – X ZR 126/14, NJW 2016, 491 (492 Rn. 23); Staudinger/

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nochmals dergestalt in Anschlag gebracht werden, dass der Darlehensgeber aus Rücksicht keine Leistung am Rande der Billigkeitsgrenze bestimmen darf.

Damit kommt nur noch in Betracht, dass den Darlehensgeber in Bezug auf den Übergang eines Bestimmungsrechts ausnahmsweise eine selbständige Pflicht zur Rücksicht auf das derivative negative Äquivalenzinteresse trifft (selbständig, da in Bezug auf das Hauptinteresse insoweit keine Rücksichtspflicht besteht). Dabei ist darauf hinzuweisen, dass im Falle des Bestehens dieser Rücksichtspflicht deren Verletzung grundsätzlich ohne weitere Abwägung zur Pflichtwidrigkeit der Zession führt. Denn anders als die Pflicht zur Rücksicht auf ein Hauptinteresse ist eine Pflicht zur Rücksicht auf ein derivatives Interesse selbst schon eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht. Deren Verletzung kann dann nur noch ausnahmsweise gerechtfertigt sein. Insofern besteht ein vergleichbares Regel-Ausnahme-Verhältnis wie bei der Durchbrechung des Bankgeheimnisses.

Im Folgenden wird begründet, warum generell betreffend den Übergang eines Bestimmungsrechts eine selbständige Pflicht zur Rücksicht auf das derivative negative Äquivalenzinteresse anzuerkennen ist (dazu aa)), und dass der Übergang des Bestimmungsrechts bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches von einer Bank auf einen Loan-to-Own-Investor diese Pflicht typischerweise verletzt (dazu bb)).

aa) Selbständige Pflicht zur Rücksicht auf das derivative negative Äquivalenzinteresse

Auf den ersten Blick erscheint es widersprüchlich, ein Abtretungsverbot mit der Gefahr zu begründen, dass der Zessionar etwas tut, was der Zedent gedurft hätte. So könnte man auch sagen, vor einer Mehr-Bestimmung verdiene der Schuldner keinen Schutz, da er bloß darauf hoffen dürfe, der Gläubiger verzichte darauf, eine Leistung nahe der Billigkeitsgrenze zu bestimmen.[337]

Zustimmung verdient insofern, dass der Schuldner auf einen Verzicht nur hoffen darf. Bestimmt der Gläubiger eine Leistung unterhalb der Billigkeitsgrenze, kann von einem Verzicht aber nur gesprochen werden, wenn

Olzen, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 163; MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 83 und 103 f.

337 In diese Richtung argumentierend *Steinbeck*, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, 1994, S. 96 f. und 100 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich der Schuldner zu einer Leistung an der Billigkeitsgrenze verpflichtet hat. Eben das ist nur teilweise der Fall: Der Schuldner hat sich gleichsam zu einer Bandbreite möglicher Leistungen verpflichtet, indem er seinem Vertragspartner Ermessen und damit einen Spielraum gelassen hat.[338] Wegen dieser Verknüpfung von Ermessensspielraum und Vertragspartner ist vielmehr zu sagen: Der Schuldner hat sich zu keiner extensiveren Leistung verpflichtet, als er im Angesicht der Person und der Interessen des Vertragspartners erwarten musste, dass dieser sie bestimmen werde. Trifft der Zessionar eine Mehr-Bestimmung, wird „die Verpflichtung des Schuldners durch die Abtretung des Rechts […] erschwert" (T. I Tit. 11 § 408 ALR) und damit das zessionsrechtliche Schlechterstellungsverbot[339] verletzt.

Um den Schuldner vor einer Mehr-Bestimmung zu schützen, ist eine selbständige Pflicht zur Rücksicht auf das derivative negative Äquivalenzinteresse erforderlich. Ein milderes Mittel als ein solches Abtretungsverbot in Form postventiven Zessionsschutzes fehlt. Denn hinsichtlich der einzelnen Bestimmung ist kaum zu beurteilen, wie sie der Vertragspartner getroffen hätte.

Die Schutzwürdigkeit des derivativen negativen Äquivalenzinteresses kommt in mehreren Vorschriften zum Ausdruck. Als eine sachenrechtliche Vorschrift ist § 1092 Abs. 1 BGB zu nennen. Danach kann eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1090 Abs. 1 BGB) nicht übertragen werden (Satz 1) und deren Ausübung kann der Berechtigte einem anderen nur überlassen, wenn die Überlassung gestattet ist (Satz 2). Und um den Schuldner davor zu schützen, dass durch die Abtretung seine Verpflichtung erschwert wird, darf (§ 241 Abs. 2 BGB) und kann (§ 399 Alt. 1 BGB) auch der Anspruch auf die Bestellung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit nach herrschender Meinung nicht übertragen werden.[340]

---

338 *Neumann-Duesberg*, JZ 1952, 705 (707); Staudinger/*Rieble*, BGB, 2020, BGB § 315 Rn. 389.

339 Siehe zum zessionsrechtlichen Schlechterstellungsverbot mit Blick auf die gemäß § 399 Alt. 1 BGB im weiteren Sinne höchstpersönlichen Forderungen, welche die Leistungshandlung als Bezugspunkt der Interessenbeeinträchtigung haben, unten § 7 C. IV. 1. a). Siehe zu diesem Schlechterstellungsverbot im Hinblick auf §§ 404 und 406 BGB unten § 10 B. I. 2.

340 Vgl. *BGH*, Urt. v. 30.10.2009 – V ZR 42/09, NJW 2010, 1074 (1077 f.); *OLG Nürnberg*, Beschl. v. 26.1.2016 – 15 W 1608/15, MittBayNot 2019, 155 (157 Rn. 17); *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht, Bd. 2, 9. Aufl. 1906, § 335 1 a, S. 387; MüKoBGB/*Mohr*, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, BGB § 1092 Rn. 3. Differenzierend (Unübertragbarkeit gemäß § 399 Alt. 1 BGB sei Frage des Einzelfalles) *BGH*, Urt. v. 9.7.1958 – V ZR 116/57, BGHZ 28, 99 (101 f.). Hingegen die Übertragbarkeit bejahend Jauernig/*Berger*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 1092 Rn. 1. — Siehe zum Ausschluss der Abtretung des An-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für einen präventiven Schutz vor einer Mehr-Bestimmung sprechen insbesondere die Rechtsgedanken der §§ 613 Satz 2 und 664 Abs. 2 BGB. So ist nach § 613 Satz 2 BGB der Anspruch auf Dienstleistung (§ 611 Abs. 1 BGB) im Zweifel nicht übertragbar; Entsprechendes schreibt § 664 Abs. 2 BGB für den Anspruch auf Auftragsausführung (§ 662 BGB) vor.[341] Diese Ansprüche verpflichten regelmäßig zu einer weisungsgebundenen Tätigkeit, vgl. § 611a Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB und arg. e c. § 665 BGB. Somit kommen den Gläubigern dieser Ansprüche Bestimmungsrechte in Gestalt von Weisungsrechten zu.[342] Diese Bestimmungsrechte sind m. E.[343] ein wesentlicher Grund,[344] warum diese Ansprüche im Zweifel personengebunden sind. Un-

spruchs auf die Bestellung eines Nießbrauchs analog § 1059 Satz 1 BGB MüKoBGB/*Pohlmann*, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, BGB § 1059 Rn. 3.

341 Den Dienstleistungsanspruch ohne nähere dogmatische Einordnung als „nicht abtretbar" bezeichnend MüKoBGB/*Müller-Glöge*, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, BGB § 613 Rn. 20; ähnlich („Ausschluss der Abtretbarkeit") ErfK/*Preis*/*Greiner*, 24. Aufl. 2024, BGB § 613 Rn. 13. — Die Ansprüche auf Dienstleistung und Auftragsausführung als solche i. S. d. § 399 Alt. 1 BGB einordnend K. Tonner/Willingmann/Tamm/*dies.*, VertrR Komm., 2010, BGB § 399 Rn. 2; PWW/*H.-F. Müller*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 4. — Ebenso und zum Teil speziell bezüglich § 630a Abs. 1 BGB *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 205 f.; MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 25; BeckOGK ZivR/*Lieder*, 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 32. — Staudinger/*Fischinger*, BGB, 2022, BGB § 613 bejaht die Höchstpersönlichkeit des Dienstleistungsanspruches (Rn. 42), meint aber zugleich, der Dienstleistungsanspruch sei unabhängig von § 399 Alt. 1 BGB im Zweifel unübertragbar (Rn. 31); ähnlich MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 25. — § 613 Satz 2 und § 664 Abs. 2 BGB als Auslegungsregel bezüglich § 399 Alt. 2 BGB verstehend *Dornwald*, Abtretungsverbot gemäß § 399 1. Alt. BGB, 1978, S. 16 ff. — Siehe zur systematischen Einordnung dieser Ansprüche innerhalb der Gruppen des § 399 Alt. 1 BGB unten § 7 C. IV. 1. a).

342 Siehe zur Einordnung des Direktionsrechts des Arbeitgebers nach § 611a Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB als Bestimmungsrecht *BAG*, Urt. v. 12.10.1961 – 5 AZR 423/60, BAGE 11, 318 (324 ff.) – Urlaubszeiten; Urt. v. 24.2.2011 – 2 AZR 636/09, BAGE 137, 164 (168 Rn. 17) – konkrete Tätigkeiten; Staudinger/*Rieble*, BGB, 2020, BGB § 315 Rn. 213 ff.; BeckOK BGB/*Gehrlein*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 315 Rn. 10. — Siehe zur Einordnung des Weisungsrechts nach § 665 BGB als Leistungsbestimmungsrecht Staudinger/*Rieble*, BGB, 2020, BGB § 315 Rn. 205; MüKoBGB/*F. Schäfer*, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, BGB § 665 Rn. 7 und 12.

343 Einen Bezug zwischen der Unübertragbarkeit und dem Weisungsrecht andeutend ErfK/*Preis*/*Greiner*, 24. Aufl. 2024, BGB § 613 Rn. 8; vgl. ferner auch Henssler/Willemsen/Kalb/*Thüsing*, ArbR, 11. Aufl. 2024, BGB § 613 Rn. 12 und 15.

344 In *Prot. II*, Bd. II, 1898, S. 279 wird § 613 Satz 2 BGB mit der „durch das Dienstverhältnis geschaffenen persönlichen Beziehung" begründet. Insofern lässt sich auch sagen, das Weisungsrecht ist ein Grund, warum die Beziehung persönlich ist. — Die Regelung des § 664 Abs. 2 BGB schuf der Gesetzgeber, um einen Umkehrschluss aus § 613 Satz 2 BGB abzuschneiden, siehe *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, Proto-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ter dieser Prämisse sprechen die Rechtsgedanken der §§ 613 Satz 2 und 664 Abs. 2 BGB gegen die Übergangsfähigkeit eines Bestimmungsrechts[345] und argumentum a maiore ad minus[346] für eine selbständige Pflicht zur Rücksicht auf das derivative negative Äquivalenzinteresse.

Im Ergebnis ist daher allgemein im Hinblick auf den Übergang eines Bestimmungsrechts eine vertragsnatürliche Pflicht des Zedenten zur Rücksicht auf das derivative negative Äquivalenzinteresse des Schuldners zu bejahen.

bb) Interessenbeeinträchtigung durch die Kreditübertragung

Es bleibt zu klären, ob eine Bank ihre Pflicht zur Rücksicht auf das derivative negative Äquivalenzinteresse des Darlehensnehmers verletzt, wenn sie das Bestimmungsrecht bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches auf einen Loan-to-Own-Investor übergehen[347] lässt. Dies ist der Fall, wenn der Übergang die Gefahr für eine Mehr-Bestimmung schafft. Im

---

kolle, S. 945. — Staudinger/*Martinek*/*Omlor*, BGB, 2017, BGB § 664 Rn. 19 begründen § 664 Abs. 2 BGB mit dem „persönlichen Vertrauensverhältnis". — Siehe zur gesteigerten Möglichkeit des Gläubigers, auf die Integritätsinteressen des Schuldners einzuwirken, wenn letzterer die Leistungshandlung vornimmt, als einem weiteren Grund für die Zweifelsregelung gemäß § 613 Satz 2 BGB, unten § 7 C. IV. 1. a).

345 Die herrschende Meinung steht der zustimmungsfreien Übertragung vertraglicher Bestimmungsrechte eher ablehnend gegenüber, siehe („ein vertragliches Leistungsbestimmungsrecht gemäß § 315 BGB [könne] allenfalls durch eine Vereinbarung beider Vertragsteile an einen Dritten delegier[t]" werden und „jedenfalls nicht ohne Zustimmung des anderen Vertragsteils mit dem Abtretungsvertrag einem Zessionar zugeschoben werden") *BGH*, Urt. v. 4.12.2008 – IX ZR 219/07, NJW-RR 2009, 490 (491) mit zust. Anm. v. *G. Wolf*, DStR 2009, 1283 f.; zustimmend auch Mayer/Kroiß/*Winkler*, HK-RVG, 8. Aufl. 2021, RVG § 14 Rn. 6; Jauernig/*Stürner*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 401 Rn. 6; Grüneberg/*ders*., BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 398 Rn. 20. In diesem Sinne auch *Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten, 1986, S. 267; Staudinger/*Rieble*, BGB, 2020, BGB § 315 Rn. 115 ff. — Anderer Ansicht *Steinbeck*, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, 1994, S. 100 f. — Siehe zur dispositiven Personengebundenheit gemäß § 399 Alt. 1 BGB des Bestimmungsrechts bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches unten § 7 C. IV. 3. c) bb).

346 Gegenüber der Unübertragbarkeit der Forderung, auf die sich das Bestimmungsrecht bezieht, besteht das Minus einer selbständigen Pflicht zur Rücksicht auf das derivative negative Äquivalenzinteresse zum einen in dem wertungsmäßigen Stufenverhältnis relativer und absoluter Wirkung (dazu unten § 7 C. IV. 2. a) aa)) und zum anderen darin, dass die Gefahr einer Mehr-Bestimmung bestehen muss, damit der Übergang des Bestimmungsrechts pflichtwidrig ist.

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Folgenden wird zunächst auf die Voraussetzungen der Gefahr einer Mehr-Bestimmung eingegangen (dazu aaa)). Sodann wird dargelegt, dass diese Gefahr bei typisierender Betrachtung anzunehmen ist (dazu bbb)), und die entsprechende Anwendung der Beweislastregeln der §§ 613 Satz 2 und 664 Abs. 2 BGB auf den Bestand und die Verletzung der Pflicht zur Rücksicht auf das derivative negative Äquivalenzinteresse begründet (dazu ccc)).

aaa) Voraussetzungen der Gefahr einer Mehr-Bestimmung

Unter welchen Voraussetzungen die Gefahr für eine Mehr-Bestimmung besteht, ist eine Frage des Gefahrbegriffs. Dieser ist im hiesigen Kontext weit zu verstehen – der Schuldner verdient auch Schutz davor, dass er mit einer geringen Wahrscheinlichkeit mehr leisten muss. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ist daher nicht vorauszusetzen. Andererseits genügt aber auch noch keine entfernte, im Grunde theoretische Möglichkeit, dass es zu einer Mehr-Bestimmung kommen wird.[348]

Die Gefahr für eine Mehr-Bestimmung ist nicht mit der Chance auf eine Weniger-Bestimmung zu verrechnen. So mag der Schuldner dem Erwartungswert nach gleich gut oder besser dastehen und dennoch kann sein Interesse beeinträchtigt werden. In diesem Fall eine Interessenbeeinträchtigung auszuschließen, setzt voraus, dass der Schuldner risikoneutral eingestellt ist. Eine solche Risikopräferenz ist ihm aber weder zu unterstellen noch zu oktroyieren.

bbb) Von einem Loan-to-Own-Investor ausgehende Gefahr für eine Mehr-Bestimmung

Bei objektiv-generalisierender Betrachtung ist anzunehmen, dass der Übergang des Bestimmungsrechts bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches von einer Bank auf einen Loan-to-Own-Investor die Gefahr für eine Mehr-Bestimmung schafft – das derivative negative Äquivalenzinteresse des Darlehensnehmers verletzt:

Zum einen hat ein extensives Informationsverlangen, auch wenn es primär dem präventiven Sicherungszweck dienen soll, den aus Sicht eines Lo-

348 Dieser Gefahrbegriff ist angelehnt an den betreffend § 34 StGB vertretenen Gefahrbegriff von *Kühl*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 8 Rn. 40; Schönke/Schröder/*Perron*, StGB, 30. Aufl. 2019, StGB § 34 Rn. 15; LK/*Zieschang*, StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, StGB § 34 Rn. 59 und 113; Matt/Renzikowski/*Engländer*, StGB, 2. Aufl. 2020, StGB § 34 Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

an-to-Own-Investors positiven Nebeneffekt, dass der damit einhergehende Erfüllungsaufwand für den Darlehensnehmer die Chance auf einen Covenantverstoß erhöhen kann. Zum anderen besteht auch bei einem sachgemäßen Informationsverlangen die Aussicht, dass manche der Informationen zugleich bei der Übernahme helfen. Diese Aussicht dürfte sich mit zunehmendem Umfang des Informationsverlangens verbessern. Auch insofern besteht für einen Loan-to-Own-Investor der Anreiz, eine Bestimmung am Rande der Billigkeitsgrenze zu treffen.

ccc) Beweislastumkehr nach den Rechtsgedanken der §§ 613 Satz 2 und 664 Abs. 2 BGB

Der Schuldner muss grundsätzlich die Tatsachen darlegen und gegebenenfalls beweisen, die das Bestehen einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB und deren Verletzung begründen.[349] Ähnliches gilt hinsichtlich der Umstände, auf deren Grundlage eine vertragsnatürliche zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB zu gewinnen ist.[350]

Eine Ausnahme von dieser Lastenverteilung erscheint jedoch betreffend die Verletzung der Pflicht zur Rücksicht auf das derivative negative Äquivalenzinteresse durch den Übergang eines Bestimmungsrechts angezeigt. Hierfür sprechen die Auslegungsregeln gemäß § 613 Satz 2 und § 664 Abs. 2 BGB: Diese enthalten zugleich die Beweislastregel, dass der Dienstberechtigte bzw. der Auftraggeber die für die Übertragbarkeit der Forderung sprechenden Umstände darlegen und gegebenenfalls beweisen muss.[351] Das Bestimmungsrecht des Dienstberechtigten bzw. des Auftraggebers ist ein wesentlicher Grund für die Übertragungsbeschränkung gemäß § 613 Satz 2 BGB bzw. § 664 Abs. 2 BGB.[352] Dies rechtfertigt den induktiven Schluss,

349 Siehe Baumgärtel/Laumen/Prütting/*Repgen*, HdB. der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, BGB § 241 Rn. 4; siehe dazu bereits oben § 6 C. I a. E.

350 Siehe zur Darlegungs- und Beweislast des Kunden betreffend die Voraussetzungen des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders*., AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 307 Rn. 153; Baumgärtel/Laumen/Prütting/*Laumen*, HdB. der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 3; siehe dazu bereits oben § 6 C. II a. E.

351 So betreffend die Auslegungsregel des § 613 Satz 2 BGB Baumgärtel/Laumen/Prütting/*Gäntgen*, HdB. der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, BGB § 613 Rn. 2.

352 Siehe oben § 6 D. I. 2. c) aa); einen Bezug zwischen der Unübertragbarkeit und dem Weisungsrecht andeutend ErfK/*Preis*/*Greiner*, 24. Aufl. 2024, BGB § 613 Rn. 8; vgl. ferner auch Henssler/Willemsen/Kalb/*Thüsing*, ArbR, 11. Aufl. 2024, BGB § 613 Rn. 12 und 15.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die für die Übertragbarkeit der Forderungen gemäß § 611 Abs. 1 und § 662 BGB geltende prozessuale Lastenverteilung entsprechend auf den Übergang eines Bestimmungsrechts anzuwenden.

Damit wird nach den Rechtsgedanken der §§ 613 Satz 2 und 664 Abs. 2 BGB bei objektiv-generalisierender Betrachtung[353] vermutet, dass der Übergang des Bestimmungsrechts die Gefahr für eine Mehr-Bestimmung schafft. Betreffend eine Weitergabeklausel in AGB, die den Übergang eines Bestimmungsrechts erlaubt, wird folglich auch die Einschränkung der vertragsnatürlichen Pflicht vermutet. Dies kann der Verwender widerlegen, indem er darlegt und gegebenenfalls beweist, dass bei abstrahierender Betrachtung von der in der Klausel benannten Person keine Gefahr für eine Mehr-Bestimmung ausgeht.

Hinsichtlich der Pflichten nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses gemäß § 241 Abs. 2 BGB folgt aus der Anwendung der Rechtsgedanken der §§ 613 Satz 2 und 664 Abs. 2 BGB: Wer sein Bestimmungsrecht übergehen lässt, handelt pflichtwidrig, wenn er nicht den Bestand oder die Verletzung der Pflicht zur Rücksicht auf das derivative negative Äquivalenzinteresse des Schuldners widerlegt.

cc) Ergebnis

Nicht nur eine Bank im Hinblick auf einen ermessensabhängigen Informationsanspruch, sondern allgemein die Inhaber eines Bestimmungsrechts trifft die vertragsnatürliche Pflicht, in Bezug auf den Übergang ihres Bestimmungsrechts auf das derivative negative Äquivalenzinteresse des Schuldners Rücksicht zu nehmen.[354] Nach den Rechtsgedanken der §§ 613 Satz 2 und 664 Abs. 2 BGB sind der Bestand dieser Rücksichtspflicht nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses und deren Verletzung durch den Über-

353 Siehe zur objektiv-generalisierenden Betrachtung bei der Gewinnung vertragsnatürlicher Pflichten gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB *von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 284; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 238 und 245; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 271; Clemenz/Kreft/Krause/*Klumpp*, AGB-ArbR, 3. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 78; Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 32; dazu bereits oben § 6 C. II.

354 Siehe zur selbständigen Pflicht zur Rücksicht auf das derivative negative Äquivalenzinteresse oben § 6 D. I. 2. c) aa).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gang des Bestimmungsrechts zu vermuten.[355] Bei typisierender Betrachtung ist anzunehmen, dass der Übergang des Bestimmungsrechts[356] von einer Bank auf einen Loan-to-Own-Investor die Gefahr für eine Mehr-Bestimmung schafft, mithin das derivative negative Äquivalenzinteresse des Darlehensnehmers verletzt.[357] Eine Pflicht zur Rücksicht auf ein derivatives Interesse ist selbst schon eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht; deshalb bleibt bei der Interessenabwägung nur noch zu beantworten, ob die Verletzung des derivativen negativen Äquivalenzinteresses ausnahmsweise gerechtfertigt ist.[358]

d) Beeinträchtigung des derivativen Reputationsinteresses

Den Darlehensnehmer interessiert, dass seine Reputation[359] im Allgemeinen und seine Kreditwürdigkeit[360] im Besonderen keinen Schaden nehmen; auf dieses Hauptinteresse hat eine Bank Rücksicht zu nehmen (dazu aa)). Schafft die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor eine zusätzliche Gefahr für einen Reputationsschaden oder erhöht sie eine bestehende, verletzt sie sein derivatives Reputationsinteresse (dazu bb)).

aa) Rücksichtspflicht auf das Reputationsinteresse

Die Teile eines Schuldverhältnisses haben auf die Reputation des jeweils anderen als ein wirtschaftliches Interesse nach § 241 Abs. 2 Var. 3 BGB Rücksicht zu nehmen.[361] Dass insbesondere eine Bank insoweit zur Rücksicht verpflichtet ist, verdeutlicht der Fall *Kirch* – der Vorstandssprecher

355 Siehe zur Beweislastumkehr nach den Rechtsgedanken der §§ 613 Satz 2 und 664 Abs. 2 BGB oben § 6 D. I. 2. c) bb) ccc).

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

357 Siehe zur von einem Loan-to-Own-Investor ausgehenden Gefahr für eine Mehr-Bestimmung oben § 6 D. I. 2. c) bb) bbb).

358 Siehe oben § 6 D. I. 2. c) a. E.

359 Siehe zum Reputationsbegriff *Eger*, Unternehmensreputation als rechtlicher Parameter, 2020, S. 28.

360 Vgl. zum Begriff der Kreditwürdigkeit im Lichte der Kreditgefährdung gemäß § 824 BGB MüKoBGB/*Wagner*, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, BGB § 824 Rn. 39.

361 Siehe zur Pflicht zur Rücksicht auf die Reputation *LAG Mecklenburg-Vorpommern*, Urt. v. 22.3.2016 – 2 Sa 178/15, BeckRS 2016, 73410 Rn. 26 ff.; *Eger*, Unternehmensreputation als rechtlicher Parameter, 2020, S. 99 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer Bank stellte in einem Interview die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers infrage.[362]

Der *Bundesgerichtshof* urteilte, insbesondere eine Bank[363] sei zur Loyalität und Interessenwahrung verpflichtet; sie dürfe „die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers weder durch Tatsachenbehauptungen, auch wenn sie wahr sind, noch durch Werturteile oder Meinungsäußerungen […] gefährden".[364] Dies gelte auch, wenn sie dabei kein Geheimnis verrate, da die Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses bloß eine Ausprägung dieser Rücksichtspflicht sei.[365]

Weiter geht *Jens Petersen*: Er spricht nicht nur von Äußerungen, sondern von der Pflicht, „*alles* zu unterlassen, was die Kreditwürdigkeit des Bankkunden weiter beeinträchtigen würde".[366] Daran knüpft *Claus-Wilhelm Canaris* an. Er fasst es noch extensiver und meint, dass „beide Teile alles zu unterlassen haben, wodurch der andere Teil geschädigt werden *kann*".[367]

Vor dem eben geschilderten Hintergrund gilt es aufzuzeigen, dass die Reputation des Darlehensnehmers durch die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor geschädigt werden kann. Ob daraus auch die vertragsnatürliche Rücksichtspflicht folgt, diese Übertragung zu unterlassen, kann jedoch erst an späterer Stelle, nämlich nach der Abwägung dieser Interessenbeeinträchtigung mit dem Übertragungsinteresse der Bank, beantwortet werden.

362 Siehe zum Sachverhalt *BGH*, Urt. v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 (87 ff. Rn. 2 ff.).

363 Siehe zur gesteigerten Loyalitätspflicht innerhalb der Kunde-Bank-Beziehung unten § 6 D. II. 1.

364 *BGH*, Urt. v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 (93 Rn. 38 f.).

365 *BGH*, Urt. v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 (92 Rn. 37 ff.); zustimmend *Höpfner/Seibl*, BB 2006, 673 ff. — Insofern ist zu betonen, dass die Geheimhaltung und die Reputation eigenständige Interessen sind. Entbindet etwa der Darlehensnehmer die Bank von ihrer Geheimhaltungspflicht, schließt das insoweit einen Geheimnisverrat aus, aber nicht, dass die Bank ihre Pflicht zur Rücksicht auf die Reputation des Darlehensnehmers verletzt.

366 *Petersen*, BKR 2004, 47. Hervorhebung des Verfassers.

367 *Canaris*, ZIP 2004, 1781 (1785). Hervorhebung des Verfassers. *Canaris* verweist dabei unter anderem auf *BGH*, Urt. v. 18.10.1967 – Ib ZR 169/65, NJW 1968, 37 (38), wo es – nicht betreffend die Kreditgefährdung – heißt: Die Teile eines Girovertrages müssen „alles vermeiden, wodurch der andere geschädigt werden kann".

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Interessenbeeinträchtigung durch die Kreditübertragung

Eine Bank, die einem Loan-to-Own-Investor den Kredit überträgt, seien es auch bloß die Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB, kann dadurch das derivative Reputationsinteresse des Darlehensnehmers auf zwei Arten verletzen. Zum einen verletzt sie es, wenn die Übertragung selbst die Gefahr eines Reputationsschadens schafft (dazu aaa)), und zum anderen, wenn von dem Investor eine höhere Gefahr eines der Reputation des Darlehensnehmers abträglichen Verhaltens ausgeht (dazu bbb)).

aaa) Schaffung der Gefahr eines Reputationsschadens durch die Kreditübertragung selbst

Im Fall *Kirch* antwortete der Vorstandssprecher der Bank auf die Frage des Interviewers, ob man dem Darlehensnehmer helfen werde, weiterzumachen, dass er dies für relativ fraglich halte.[368] — Eine solche skeptische Einschätzung[369] kann auch in dem Verhalten einer Bank erblickt werden, die den Kredit mit hohen Abschlägen[370] veräußert.[371] Ein noch stärkeres Warnsignal sendet eine Bank dabei aus, wenn sie an jemanden veräußert,

368 *BGH*, Urt. v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 (87 f. Rn. 6).

369 Siehe zur Bewertung der Äußerung: „das halte ich für relativ fraglich" als eine skeptische Einschätzung *BGH*, Urt. v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 (94 Rn. 40).

370 Siehe zu den hohen Abschlägen auf den Nominalwert der Forderungen nach einer Verschlechterung des Ratings *Kestler/Striegel/Jesch*, NZI 2005, 417 (419); *Mückl*, FR 2009, 497 (498); *Aleth/Böhle*, DStR 2010, 1186; *Madaus*, Der Insolvenzplan, 2011, S. 25; *Florstedt*, ZIP 2015, 2345 (2346); *Bronger*, Debt Equity Swaps, 2019, S. 35 f. — Nach Thierhoff/Müller/*Ringelspacher*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 864 sei ein Abschlag von 40–50 % nicht ungewöhnlich.

371 Betreffend die Verletzung des Bankgeheimnisses im Zuge der Kreditübertragung gelangt die herrschende Meinung zum pauschalen Befund, ein Vermögensschaden des Darlehensnehmers sei schwer zu konstruieren, siehe 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: „Vermögensschaden des Kunden allerdings nur schwer vorstellbar"; *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. Siehe dazu noch unten § 9 A. II. 1. d) a. E. — Persiflierend ziehen *Bütter/Aigner*, BB 2007, 798 (799) einen Vergleich zum

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dessen Strategie dann aufgeht, wenn der Kredit ausfällt. Wie infolgedessen die Reputation und letztlich auch das Vermögen des Darlehensnehmers Schaden nehmen können, sollen zwei Szenarien verdeutlichen. Das erste Szenario passt auf Unternehmen jeder Größe; das zweite beschreibt eine mehr bei Kapitalmarktunternehmen denkbare Entwicklung.

Erstes Szenario: Der Einstieg des Loan-to-Own-Investors verunsichert die (prospektiven) Geschäftspartner des Darlehensnehmers. Sie zweifeln an der Zukunftsfähigkeit der gemeinsamen Geschäftsbeziehung – noch nicht gesicherte Projekte scheitern. Vor allem bezweifeln sie dessen Kreditwürdigkeit und gewähren ihm keine neuen Geld- und Warenkredite. Die wirtschaftliche Lage des Darlehensnehmers verschlechtert sich. Seine Finanzkennzahlen spiegeln das wider; er verletzt einen Financial-Covenant. Das stellt einen vertraglichen Kündigungsgrund dar. Nun kann der Loan-to-Own-Investor mit Kündigung drohen und erlangt Forderungsherrschaft.

Zweites Szenario: Die Darlehensnehmer-AG und die X-AG sind gegenseitig[372] aneinander beteiligt. Die Bank überträgt einem Loan-to-Own-Investor den Kredit. Das veröffentlicht die Darlehensnehmer-AG in einer Ad-hoc-Mitteilung, woraufhin deren Aktienkurs sinkt. Wegen der gegenseitigen Beteiligung sinkt infolgedessen auch der Aktienkurs der X-AG. Aufgrund der gegenseitigen Beteiligung verliert damit zugleich das Vermögen der Darlehensnehmer-AG an Wert. Mit dem Wertverlust verschlechtern sich wiederum ihre Finanzkennzahlen; sie verletzt einen Financial-Covenant. Der Loan-to-Own-Investor fordert einen Debt-Equity-Swap und droht mit Kündigung.

Herrenreiterfall. — Ein Vergleich zum Fall *Kirch* wird (soweit ersichtlich) nicht angestellt. Das könnte freilich daran liegen, dass der *Bundesgerichtshof* nicht auf die Verletzung der Pflicht zur Geheimhaltung, sondern allgemeiner der zur Loyalität abhob, siehe *BGH*, Urt. v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 (92 Rn. 37 ff.); die Vorinstanzen stellten auf die Verletzung der spezielleren Geheimhaltungspflicht ab, siehe *OLG München*, Urt. v. 10.12.2003 – 21 U 2392/03, NJW 2004, 224 (226 f.); *LG München I*, Urt. v. 18.2.2003 – 33 O 8439/02, NJW 2003, 1046 (1049). — *Nobbe*, WM 2005, 1537 leitet seinen Beitrag mit dem Fall *Kirch* und der Entscheidung des *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 25.5.2004 – 8 U 84/04, BKR 2004, 330 – Bankgeheimnis als konkludentes Abtretungsverbot gemäß § 399 Alt. 2 BGB – ein. — Andeutungsweise findet sich der Gedanke eines Reputationsschadens infolge der Übertragung auf einen Distressed-Debt-Investor bei *Möhlenkamp*, BB 2007, 1126 f.

372 Es ist bewusst von gegenseitig und nicht von wechselseitig beteiligten Unternehmen die Rede. Denn für eine mittelbare Vermögenseinbuße kommt es nicht darauf an, ob ein Unternehmen gemäß der Definition des § 19 Abs. 1 Satz 1 AktG ein wechselseitig beteiligtes Unternehmen ist.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hinsichtlich dieser Szenarien fragt es sich, ob sie bloß sehr fernliegende Entwicklungen beschreiben. Dann wäre bei objektiv-generalisierender Betrachtung nicht davon auszugehen, dass die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor aus sich heraus eine Gefahr für die Reputation und letztlich das Vermögen des Darlehensnehmers schafft. Denn, wie bereits erwähnt, bedarf es hierfür zwar keiner überwiegenden Wahrscheinlichkeit, doch eine im Grunde nur theoretische Möglichkeit reicht nicht aus.[373] Plausibilitätserwägungen sprechen dagegen, dass die beiden Szenarien allzu fernliegende Verläufe beschreiben:

Damit es zu dem ersten Szenario kommen kann, muss ein Geschäftspartner von dem Rückzug der Bank erfahren. Die Gefahr hierfür dürfte typischerweise bestehen. So liegt es schon nicht fern, dass sich die Bank oder der Loan-to-Own-Investor dahingehend äußert. Zudem können deren Beschäftigte den Kreditgeberwechsel nach außen dringen lassen. Lässt der Investor die wirtschaftlichen Verhältnisse des Darlehensnehmers prüfen,[374] oder sucht er vor Ort das Gespräch mit dessen Geschäftsleitung,[375] dürften nicht selten auch die Beschäftigten des Darlehensnehmers den Fremdkapitalgeberwechsel bemerken. Und da die Beschäftigten des Darlehensnehmers mit denen seiner Geschäftspartner (Zulieferer, Kunden usw.) in Kontakt stehen, wird der Rückzug der Bank nicht selten zu den Geschäftspartnern durchdringen. Schließlich kann der Darlehensnehmer gemäß Art. 17 Abs. 1 MAR verpflichtet sein, in einer Ad-hoc-Mitteilung zu veröffentlichen, wer der neue Kreditgeber ist.[376] — Des Weiteren erscheint es auch plausibel, dass ein Geschäftspartner des Darlehensnehmers, nachdem er vom Investoreneinstieg erfahren hat, an der Kreditwürdigkeit des

373 Hier wird derselbe Gefahrbegriff zugrunde gelegt wie bei der Begründung der Gefahr für eine Mehr-Bestimmung im Hinblick auf ermessensabhängige Informationsansprüche, siehe insofern oben § 6 D. I. 2. c) bb) aaa).

374 Vgl. zu solchen Prüfungsrechten oben § 2 C. I. 2. c) a. E. Vgl. mit Blick auf gehäufte Informationsverlangen *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 238.

375 Siehe zum Kontakt zwischen dem Investor und dem Management des Darlehensnehmers oben § 2 C. III. 1. a).

376 Siehe zu materiellen Krisenzeichen und deren Qualifikation als Insiderinformation gemäß Art. 7 Abs. 1 MAR *Kocher/Widder*, NZI 2010, 925 (927 f.); Schwark/Zimmer/*Kumpan/Misterek*, KMRK, 5. Aufl. 2020, MAR Art. 7 Rn. 293 und 313; Klöhn/*ders.*, MAR, 2. Aufl. 2023, MAR Art. 7 Rn. 431; Meyer/Veil/Rönnau/*Krause*, HdB. MarktmissbrauchsR, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 161a; vgl. betreffend formelle Krisenzeichen *Kührt*, BKR 2022, 502 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Darlehensnehmers zweifelt und ihm keinen Geld- oder Warenkredit mehr gewährt.[377]

Betreffend das zweite Szenario ist zu sehen, dass, selbst wenn in Fällen gegenseitig aneinander beteiligter Unternehmen eine Kreditübertragung nur selten aus sich heraus einen Covenantverstoß verursachen mag, dies immer noch mehr als eine bloß theoretische Möglichkeit ist.[378] Ohnehin wäre eine Gefahrschaffung nur abzulehnen, wenn sich die Übertragung in aller Regel nicht oder nur günstig auf die Reputation des Darlehensnehmers auswirkt. Das erscheint wenig realistisch. Vielmehr dürfte in einer nicht mehr vernachlässigbaren Zahl von Fällen die Kreditübertragung der Reputation des Darlehensnehmers zumindest leicht schaden.

bbb) Erhöhung der Gefahr reputationsschädigenden Kreditgeberverhaltens

Die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor kann außer durch eine Gefahrschaffung auch durch eine Gefahrerhöhung das derivative Reputationsinteresse des Darlehensnehmers verletzen. Dafür, dass von einem Loan-to-Own-Investor eine höhere Gefahr reputationsschädigenden Verhaltens ausgeht als von einer Bank, sprechen teils die gleichen Argumente,

377 Vgl. zu solchen Reaktionen der Geschäftspartner auf Krisenzeichen Schwark/Zimmer/*Kumpan/Misterek*, KMRK, 5. Aufl. 2020, MAR Art. 7 Rn. 309; Meyer/Veil/Rönnau/*Krause*, HdB. MarktmissbrauchsR, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 159; Fuchs/Zimmermann/*Pfüller/Nerz*, WpHR, 3. Aufl. 2024, MAR Art. 17 Rn. 294 a. E.; siehe ferner zur krisenverschärfenden Wirkung des Bekanntwerdens von Krisenanzeichen Klöhn/*ders.*, MAR, 2. Aufl. 2023, MAR Art. 7 Rn. 426. Vgl. zur kreditgefährdenden Wirkung, die eine skeptische Einschätzung haben kann, *BGH*, Urt. v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 (94 f. Rn. 41).

378 Vgl. zur Kursrelevanz den Fall der *Kunert AG*: Nachdem die *Kunert AG* eine Ad-hoc-Mitteilung gestützt auf § 15 Abs. 3 Satz 1 WpHG a. F. unterlassen hatte, holte sie dies gemäß § 15 Abs. 3 Satz 2 WpHG a. F. nach, indem sie mitteilte, ein Londoner Investorenkonsortium werde den Großteil der Darlehensforderungen gegen sie (siehe zu den Forderungen oben § 3) erwerben; Sanierungsverhandlungen liefen (*Kunert AG*, Ad-hoc-Mitteilung v. 15.7.2005 um 14:54). Daraufhin verloren die Kunert-Stammaktien über 11 % an Wert (der Kurs der Kunert-Stammaktien mit der WKN: A0XYLX notierte an der Börse München am Tag vor der Ad-hoc-Mitteilung, dem 14.7.2005, bei 18,28 Euro und sank am 15.7.2005 auf 16,25 Euro). — In den darauffolgenden Tagen erholte sich der Kurs jedoch und überstieg mit 22,55 Euro zum 20.7.2005 sogar den Kurs vom 14.7.2005. Passend zur Kursentwicklung bewertet *o. V.*, ECOreporter v. 9.8.2005 den Investoreneinstieg als „Rettung". — Kurse nach *ariva.de*, https://www.ariva.de/aktien/kunert-st-de000a0xylx9-aktie/chart/chartanalyse?t=all&boerse_id=4.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die auch eine Erhöhung der Gefahr unzulässiger Kündigung und unberechtigter Informationsverlangen nahelegen:

Ein Loan-to-Own-Investor dürfte typischerweise einen geringeren Imageverlust zu befürchten haben als eine Bank, wenn er für die Insolvenz des Darlehensnehmers verantwortlich ist – wie schon mit Blick auf die Erhöhung der Gefahr unzulässiger Kündigung ausgeführt.[379] Dementsprechend besteht für ihn ein geringerer Anreiz zu sorgfältigem Verhalten. Das kann nicht nur die Gefahr einer unzulässigen Kündigung, sondern auch die einer fahrlässigen Schädigung der Reputation des Darlehensnehmers erhöhen.[380]

Im Vergleich zu einer Bank dürfte für einen Loan-to-Own-Investor allerdings nicht nur der Anreiz zu sorgfältigem Verhalten geringer ausfallen. Hinsichtlich ungestörter und ausfallgefährdeter Kredite dürfte für ihn zudem noch ein Anreiz bestehen, der Reputation des Darlehensnehmers zu schaden. Denn erleidet der Darlehensnehmer einen Reputationsschaden, steigt die Wahrscheinlichkeit eines Covenantverstoßes, wie die oben geschilderten Szenarien veranschaulichen. Und wie mit Blick auf die der Provokation eines Covenantverstoßes dienenden Informationsverlangen ausgeführt, hat ein Loan-to-Own-Investor ein größeres[381] Interesse als eine Bank an einer Kündigungslage.[382] Er ist auf einen Kündigungsgrund angewiesen, um den Gesellschaftern des Darlehensnehmers mit der Kündigung drohen und so einen Debt-Equity-Swap durchsetzen zu können.[383]

Hinzu kommt, dass es nach der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor weniger braucht, um der Reputation des Darlehensnehmers zu schaden, sei es vorsätzlich oder fahrlässig. So muss der Investor die

379 Siehe mit Blick auf die Erhöhung der Gefahr unzulässiger Kündigung oben § 6 D. I. 2. a) bb) bbb) (1) (a) (bb). — Beispielhaft ist auch insofern der Fall *Kirch*, da über dessen belastende Wirkung für die *Deutsche Bank* auch noch Jahre später in der Tagespresse berichtet wurde, siehe etwa *Obertreis*, Tagesspiegel v. 26.3.2014.

380 Vgl. hinsichtlich der Annahme einer Gefahrerhöhung Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 265 – so erachtet er formularvertragliche Eintrittsklauseln nur dann für wirksam, wenn sie lediglich deutschen Kreditinstituten und ähnlich vertrauenswürdigen Personen den Eintritt erlauben; insofern meint er, es sei „entscheidend darauf abzustellen, ob der in der Klausel definierte Kreis der potenziellen Vertragspartner den berechtigten Geheimhaltungsinteressen des Darlehensnehmers im Einzelfall genügt"; siehe dazu noch unten § 8 B. III. 3. a) dd) aaa).

381 Siehe zur Zweifelhaftigkeit, ob eine Bank Interesse an einem Covenantverstoß hat, oben § 6 D. I. 2. b) bb) bbb) (1).

382 Siehe dazu ausführlich im Lichte eines stärkeren Anreizes für Informationsverlangen zur Provokation eines Covenantverstoßes oben § 6 D. I. 2. b) bb) bbb).

383 Siehe zur Covenantverletzung und der Drohung mit Kündigung als Druckmittel oben § 2 C. II.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers nicht ausdrücklich infrage stellen. Es kann schon genügen, dass er die Kreditübertragung publik macht. Denn der Rückzug der Bank und der Einstieg eines Investors, der einen Kredit dann kauft, wenn er mit dessen baldigem Ausfall rechnet, sprechen bereits für sich. Die einfachere Schädigungsmöglichkeit erhöht schon per se die Gefahr eines Reputationsschadens. Zudem verstärkt sie die gefahrerhöhende Wirkung, die der geringere Anreiz zu sorgfältigem Verhalten und der erhöhte Anreiz, der Reputation zu schaden, entfalten.

cc) Ergebnis

Gerade eine Bank ist zur Rücksicht auf die Reputation des Darlehensnehmers verpflichtet.[384] Bei abstrahierender Betrachtung[385] wird davon ausgegangen, dass eine Bank, die einem Loan-to-Own-Investor den Kredit überträgt, und seien es auch nur die Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB, das derivative Reputationsinteresse des Darlehensnehmers in zweierlei Hinsicht verletzt: Die Übertragung schafft zum einen die Gefahr, dass die Geschäftspartner des Darlehensnehmers den Rückzug der Bank als ein Warnsignal betreffend die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers deuten. Davon ist umso mehr auszugehen, wenn der Erwerber eine Strategie verfolgt, bei welcher der Kredit ausfallen muss.[386] Zum anderen dürfte von einem Loan-to-Own-Investor typischerweise eine höhere Gefahr reputationsschädigenden Verhaltens ausgehen als von einer Bank. Aufgrund seines gesteigerten Interesses an dem Eintritt eines Kündigungsgrundes ist davon insbesondere bezüglich ungestörter und ausfallgefährdeter Kredite auszugehen. Denn verliert der Darlehensnehmer an Reputation, kann darunter seine wirtschaftliche Situation leiden, womit die Wahrscheinlichkeit steigt,

384 Siehe zur Rücksichtspflicht auf das Reputationsinteresse oben § 6 D. I. 2. d) aa).

385 Siehe zur objektiv-generalisierenden Betrachtung bei der Gewinnung vertragsnatürlicher Pflichten gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB *von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 284; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 238 und 245; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 271; Clemenz/Kreft/Krause/*Klumpp*, AGB-ArbR, 3. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 78; Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 32; siehe dazu bereits oben § 6 C. II.

386 Siehe zur Schaffung der Gefahr eines Reputationsschadens durch die Kreditübertragung selbst oben § 6 D. I. 2. d) bb) aaa).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass er gegen einen Covenant verstößt, der den Darlehensgeber nach dem Vertrag zur Kündigung berechtigt.[387]

II. Gewichtung des Darlehensgeberinteresses an der Kreditübertragung und der damit verbundenen Beeinträchtigungen der Darlehensnehmerinteressen

Nach einem Blick auf die die Gewichtung[388] beeinflussenden Faktoren (dazu 1.) werden das Darlehensgeberinteresse an der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor[389] (dazu 2.) und die durch eine solche Übertragung hervorgerufenen Beeinträchtigungen derivativer Darlehensnehmerinteressen[390] (dazu 3.) gewichtet.

1. Einflussfaktoren auf die Gewichtung

Bei der Bestimmung einer Rücksichtspflicht beeinflusst der Inhalt des Schuldverhältnisses das Gewicht, mit dem die Interessen der Teile des Schuldverhältnisses in die Abwägung einzustellen sind. „Inhalt" gemäß § 241 Abs. 2 BGB meint bei einem vertraglichen Schuldverhältnis neben dem Geregelten insbesondere das, was es erfordert, um den Vertragszweck zu erreichen. Dabei sind die Anforderungen an den redlichen Geschäftsverkehr, die Verkehrssitte und die Einzelfallumstände zu berücksichtigen.[391] Vor diesem Hintergrund werden die Faktoren eines darlehensvertraglichen Schuldverhältnisses, die Einfluss auf die Gewichtung haben können, betrachtet und es wird geklärt, von welchen dieser Faktoren auch bei objektiv-generalisierender Betrachtung auszugehen ist; nur diese sind der

387 Siehe zur Erhöhung der Gefahr reputationsschädigenden Kreditgeberverhaltens oben § 6 D. I. 2. d) bb) bbb).

388 Siehe zum Begriff der Gewichtung *E. Hofmann*, Abwägung im Recht, 2007, S. 264 ff.

389 Siehe zum finanziellen Interesse des Darlehensgebers an der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor oben § 6 D. I. 1. c).

390 Siehe zu den durch die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor verletzten Darlehensnehmerinteressen oben § 6 D. I. 2.

391 Siehe BT-Drs. 14/6040 S. 126; *BGH*, Urt. v. 30.9.2009 – VIII ZR 238/08, NJW 2010, 1135 (1137); *OLG Hamm*, Urt. v. 5.11.2002 – 19 U 41/02, NJW 2003, 760 (761); *LG Heidelberg*, Urt. v. 17.5.2002 – 5 O 19/02, NJW 2002, 2960 (2961); Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 155; MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 55 und 63; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 1 Rn. 19 f.; *Weiler*, Schuldrecht AT, 7. Aufl. 2024, § 5 Rn. 11 f.; siehe dazu auch oben § 6 C. I.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

anschließenden Gewichtung der Darlehensgeber- und -nehmerinteressen zugrunde zu legen.

Den Ausgangspunkt der Betrachtung bildet der Darlehensvertrag i. S. d. § 488 BGB. Schon seine Rechtsnatur als ein Dauerschuldverhältnis[392] begründet höhere Rücksichtspflichten verglichen mit einem punktuellen Austauschverhältnis[393] und steigert damit das für ein beeinträchtigtes Interesse anzusetzende Gewicht. Daher muss sich auch ein Darlehensgeber, der keine Bank ist, gegenüber dem Darlehensnehmer loyal verhalten.[394] Allerdings können eine Bank gesteigerte Rücksichtspflichten treffen, da die Kunde-Bank-Beziehung durch ein besonderes und institutionelles Vertrauensverhältnis geprägt ist.[395] Diese besondere Vertrauensprägung kann man auf einen allgemeinen Bankvertrag zurückführen.[396] Doch ebenso lässt sie

392 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.

393 *BGH*, Urt. v. 10.3.1983 – III ZR 169/81, NJW 1983, 2813 (2814); *Runge*, Covenants in Kreditverträgen, 2010, Rn. 7.56; MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB vor § 488 Rn. 12; siehe zur stärkeren Ausprägung von Rücksichtspflichten bei Dauerschuldverhältnissen allgemein *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 2 Rn. 13.

394 Vgl. MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB vor § 488 Rn. 11.

395 *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. — Siehe zur Berücksichtigung eines Vertrauensverhältnisses bei der Gewinnung von Rücksichtspflichten Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 498 a. E. — Freilich muss die Bank auch bei einer besonders vertrauensvollen Kunde-Bank-Beziehung ihre Interessen nicht von vornherein hinter die des Darlehensnehmers stellen, siehe nur MüKoBGB/*Heermann*, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, BGB § 675 Rn. 61.

396 Vgl. Ellenberger/Bunte/*Hopt/Roth*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 1 Rn. 25 f. Vgl. ferner auch die Stimmen, die das vertragliche Bankgeheimnis mit einem allgemeinen Bankvertrag begründen, nämlich *Fisahn*, CR 1995, 632 (634); *Kusserow/Dittrich*, WM 1997, 1786 (1792); *Vallender*, FS Uhlenbruck, 2000, 133 (134); *Glauben*, DRiZ 2002, 104; Claussen/*ders.*, Bank- u. BörsR, 4. Aufl. 2008, § 3 Rn. 44; SBL/*Bunte*, BankR-HdB., Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 2 Rn. 11; Derleder/Knops/Bamberger/*Häuser*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 3 Rn. 33 und 35; Staudinger/*Martinek/Omlor*, BGB, 2017, BGB § 675 Rn. B39; Staudinger/*Omlor*, BGB, 2020,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich mit dem einzelnen Schuldverhältnis[397] und den „Besonderheiten des Bankgeschäfts“[398] begründen.[399]

Auch die Werbung kann die Gewichtung beeinflussen.[400] Wirbt eine Bank damit, auch in schwierigen Zeiten eine treue Partnerin zu sein,[401] darf der Darlehensnehmer von ihr in erhöhtem Maße Loyalität erwarten. Insofern sei etwa auch an einen Kreditfonds gedacht, der für sich reklamiert, nur passive Strategien zu verfolgen.[402]

BGB § 675f Rn. 3; Ellenberger/Bunte/*Hopt*/*Roth*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 1 Rn. 30; Hopt/*ders.*, HGB, 43. Aufl. 2024, (7) Bankgeschäfte Rn. A 6; dazu schon oben § 5 A. III.

397 Dahingehend *BGH*, Urt. v. 24.9.2002 – XI ZR 345/01, BGHZ 152, 114 (119); Staub/*Canaris*, HGB, Bd. 5/1, 4. Aufl. 2005, Rn. 4 ff. Vgl. auch die Stimmen, die das vertragliche Bankgeheimnis nicht einem allgemeinen Bankvertrag, sondern dem konkreten Schuldverhältnis entnehmen, und zwar *BGH*, Urt. v. 12.5.1958 – II ZR 103/57, BGHZ 27, 241 (246) – Überweisungsauftrag; Urt. v. 19.9.1985 – III ZR 213/83, BGHZ 95, 362 (365) – Kreditvertrag; *Liesecke*, WM 1975, 238 (247); Sichtermann/*Kirchherr*, Bankgeheimnis, 3. Aufl. 1984, S. 114 f.; *Schwark*, ZHR 151 (1987), 325 (329 f.); *Werner*, ZBB 1990, 236 (238); Staub/*Canaris*, HGB, Bd. 5/1, 4. Aufl. 2005, Rn. 4 ff.; *Lang*, ZBB 2006, 115 (119); *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014, S. 105 f.; L/B/S/*Müller-Christmann*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 1 Rn. 58; MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB vor § 488 Rn. 73; MüKoHGB/*Herresthal*, Bd. 6, 5. Aufl. 2024, T. 1 Buchst. A. Rn. 492; Ebenroth/Boujong/*von Spannenberg*, HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2024, Buchst. A Rn. 10 ff. und 97; dazu schon oben § 5 A. III.

398 Vgl. Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Sparkassen: „Die Geschäftsbeziehung zwischen dem Kunden und der Sparkasse ist durch die Besonderheiten des Bankgeschäfts und ein besonderes Vertrauensverhältnis geprägt.“

399 Auch jenseits der Diskussion um den allgemeinen Bankvertrag wird – in ebenfalls wohl nur dogmatischer Hinsicht (*Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 1 Rn. 21) – darüber gestritten, ob die Pflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB, wenn ein Vertrag existiert, aus diesem oder einem Begleitschuldverhältnis hervorgehen, MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 57; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 1 Rn. 21. — Diese Streitfrage ließ der Gesetzgeber bewusst offen, als er § 241 Abs. 2 BGB kodifizierte, und überantwortete sie der Wissenschaft, siehe BT-Drs. 14/6040 S. 126. — Vgl. mit Blick auf die Frage nach einem Begleitschuldverhältnis auch die Frage nach einem Zessionsschuldverhältnis (siehe zu letzterem unten § 10 B. I).

400 Vgl. seinem Rechtsgedanken nach § 434 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b BGB; siehe zu dessen Übertragbarkeit betreffend § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 271.

401 Vgl. die Werbezitate bei *Möhlenkamp*, BB 2007, 1126. Siehe allgemein zur Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Darlehensnehmers, dass die Bank ihm auch in schwierigen Zeiten beisteht, *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113 (124 ff.).

402 Vgl. dahingehend *Patrimonium*, Private Debt Fonds vor der Bewährungsprobe, 2020, S. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Insbesondere wirken sich Leistungs- und Äquivalenzstörungen auf die Gewichtung aus. So ist einerseits zu würdigen, ob der Kreditgeber seine Kontrollrechte pflichtwidrig ausgeübt hat, und andererseits, ob der Darlehensnehmer einen Covenant verletzt hat. Von Einfluss ist ferner, ob das Kreditrisiko gestiegen ist, und zwar gleichviel, ob der Darlehensnehmer damit eine Pflicht verletzt.[403] Als Regel formuliert: In Abhängigkeit[404] von der Schwere des Covenantverstoßes und dem Grad der Erhöhung des Kreditrisikos legt das Übertragungsinteresse des Kreditgebers an Gewicht zu.

Der typisierenden Betrachtung wird ein Darlehensvertrag mit einer Bank zugrunde gelegt.[405] Infolgedessen ist hinsichtlich der Vertrauensbeziehung als Parameter der Gewichtung auf die für eine Kunde-Bank-Beziehung typische Vertrauensprägung abzustellen.[406] Der Einfluss von Leistungs- und Äquivalenzstörungen findet Berücksichtigung, indem bei der Gewichtung danach unterschieden wird, ob es sich um einen ungestörten, ausfallgefährdeten oder notleidenden Kredit handelt.

2. Gewichtung des Darlehensgeberinteresses an der Kreditübertragung

Das finanzielle Interesse einer Bank, einem Loan-to-Own-Investor den Kredit zu übertragen, hängt der Größe nach davon ab, ob der Kredit ungestört, ausfallgefährdet oder notleidend ist; hiervon wird, wie gesagt,[407] ausgegangen. Unter den Begriff des ausfallgefährdeten Kredits fällt eine Bandbreite von Krediten: Das eine Extrem sind noch beinahe ungestörte

403 Siehe zum Streit um die Bonitätspflicht oben § 5 B. II. 1.

404 Siehe zum Prinzip vertraglicher Proportionalität unter dem Aspekt der gegenseitigen Vertragsuntreue Wassermann/*Teubner*, AK-BGB, Bd. 2, 1980, BGB § 242 Rn. 42. — Siehe zum Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Verwertung von Sicherheiten Bunte/Zahrte/*dies.*, AGB-Banken, 6. Aufl. 2023, AGB-Banken Nr. 17 Rn. 361 und 364. Vgl. auch *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113 (128 ff.). — Bemerkenswert *BGH*, Beschl. v. 4.11.2021 – I ZB 54/20, NJW 2022, 245 (249 Rn. 38): „der aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Freiheitsrechten […] folgende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit […] [beanspruche] auch in der Zivilrechtsordnung Geltung" – dazu MüKo-BGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 153.

405 Siehe dazu, dass aufgrund der gebotenen abstrahierenden Betrachtung bei der Gewinnung einer vertragsnatürlichen Pflicht ein Darlehensvertrag mit einer Bank zugrunde gelegt wird, oben § 6 D.

406 Siehe zur Vertrauensprägung als einem Einflussfaktor auf die Gewichtung oben § 6 D. II. 1.

407 Siehe zum finanziellen Interesse des Darlehensgebers an der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor oben § 6 D. I. 1. c).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kredite, das andere sind schon beinahe notleidende. Daher wird erst das Übertragungsinteresse bezüglich notleidender (dazu a)) und ungestörter (dazu b)) Kredite gewichtet und dann das hinsichtlich ausfallgefährdeter (dazu c)).

Bei der Gewichtung wird mitunter auf das Interesse der Bank an einer vollständigen Zins- und Rückzahlung (gesamtes Leistungsinteresse) als Vergleichsgröße Bezug genommen. Diese Bezugnahmen dienen lediglich der Orientierung und sollen die Gewichtung nachvollziehbarer gestalten. — Eine Skala mit absoluten Werten[408] lässt sich mit dem gesamten Leistungsinteresse selbst in einem konkreten Fall nicht bilden.[409] Mag das finanzielle Interesse der Bank an der Übertragung eines bestimmten Kredits mit einem bestimmten Risiko auf einen Loan-to-Own-Investor noch zu berechnen sein – den oben genannten Einflussfaktoren auf die Gewichtung, z. B. der Werbung,[410] ist kaum ein absoluter Wert beizumessen.[411] Ebenso wenig lassen sich die durch die Kreditübertragung verletzten derivativen Darlehensnehmerinteressen wertmäßig beziffern. So müssten bei einer Gefahrerhöhung der Grad der Gefahr vor und nach der Übertragung bekannt sein und sich die Folgen der Gefahrverwirklichung vorhersagen lassen.

a) Übertragungsinteresse bei einem notleidenden Kredit

Der Ausschluss der Übertragung notleidender Kredite auf Loan-to-Own-Investoren hätte zur Folge, dass eine Bank notleidende Kredite teilweise nicht mehr oder nur noch mit höheren Abschlägen veräußern kann; hiervon wird, wie bereits erwähnt, bei typisierender Betrachtung ausgegangen.[412]

408 Siehe zu kardinalen und anderen Bewertungsskalen *Riehm*, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 63 ff.

409 Prinzipiell kritisch gegenüber kardinaler Skalenbildung *Riehm*, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 63 ff.; siehe ferner *Gast*, Juristische Rhetorik, 5. Aufl. 2015, Rn. 1079 Fn. 103; *Reimer*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 494. — Demgegenüber sich für eine kardinale, numerische Notation aussprechend *E. Hofmann*, Abwägung im Recht, 2007, S. 5, 243 ff., 272 ff.

410 Siehe zur Werbung und weiteren Einflussfaktoren auf die Gewichtung oben § 6 D. II. 1.

411 Siehe zur Schwierigkeit, einem immateriellen Einflussfaktor eine absolute Größe beizumessen, *Riehm*, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 71 und zur fehlenden Quantifizierbarkeit unter dem Aspekt der Inkommensurabilität *Riehm*, Abwägungsentscheidungen, 2006, S. 69; *Reimer*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 494.

412 Siehe oben § 6 D. I. 1. c) bb) ccc).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Um die Höhe des finanziellen Nachteils zu bestimmen, den eine Bank in diesen Fällen erleidet, bedarf es eines Vergleichs. Auf der einen Seite steht der Preis, den der Loan-to-Own-Investor gezahlt hätte, und auf der anderen Seite der, den ein zulässiger[413] Investor bietet. — Kann dem Preis, den ein Loan-to-Own-Investor bieten würde, kein Vergleichsangebot gegenübergestellt werden, ist stattdessen der Erwartungswert der Rückzahlung in Ansatz zu bringen. Einzubeziehen sind auch positive Nebeneffekte: Die Hilfe beim Turnaround kann die Geschäftsbeziehung zum Darlehensnehmer langfristig stärken[414] und – auch wenn der Turnaround misslingt – das Ansehen der Bank als einer verlässlichen Partnerin steigern.[415] Abzuziehen sind die mit der weiteren Kreditbetreuung verbundenen finanziellen Nachteile (höhere Eigenkapital- und Personalkosten).[416] — Es liegen keine empirischen Daten dazu vor, wie groß der Differenzbetrag, mithin die Höhe des finanziellen Nachteils, in Relation zum gesamten Leistungsinteresse der Bank typischerweise ausfällt. Er dürfte jedenfalls deutlich kleiner sein.[417]

413 Der Loan-to-Own-Investor steht stellvertretend auch für andere Personen (z. B. Konkurrenten des Darlehensnehmers), die ein Interesse am Forderungsausfall haben. Siehe dazu oben § 6 D.

414 Dazu, dass die Kundenbindung ein in die Veräußerungsentscheidung einzubeziehender Parameter ist, siehe Thierhoff/Müller/*Ringelspacher*/*Ziegenhagen*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 757.

415 Hess/*ders.*/*Reeh*, Sanierungshandbuch, 6. Aufl. 2013, Kap. 12 Rn. 77; Thierhoff/Müller/*Ringelspacher*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 863.

416 Siehe zu den höheren Eigenkapitalkosten *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 28 ff.; *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009, S. 8 f.; Derleder/Knops/Bamberger/*Schalast* et al., Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 35 Rn. 5; *Brinkmann*, NZI-Beil. 2019, 27; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 26; Thierhoff/Müller/*Ringelspacher*/*Ziegenhagen*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 757; Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1213; Dauses/Ludwigs/*Burgard*/*Heimann*, EU-WirtschaftsR-HdB, Bd. 1, 60. EL Februar 2024, E. IV Rn. 139; siehe zum Aufwand der Problemkreditbetreuung und der damit verbundenen Personalkostensteigerung *von Sydow*/*Beyer*, AG 2005, 635 (636); *Reuter*/*Buschmann*, ZIP 2008, 1003; *Kilgus*, BKR 2009, 181 (187); *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 26. Siehe zu diesen finanziellen Nachteilen bereits oben § 5 B. II. 2.

417 Einen Eindruck von der Größenordnung soll dieses Beispiel vermitteln: Wenn Loan-to-Own-Investoren einen Abschlag in Höhe von 40 % auf den Nominalwert fordern (nach Thierhoff/Müller/*Ringelspacher*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 864 sei ein Abschlag von 40–50 % nicht ungewöhnlich; im Fall der forderungsbasierten Übernahme der *Deutsche Steinzeug Cremer & Breuer AG* wurden die Forderungen mit einem deutlichen, aber 40 % nicht erreichenden, Abschlag auf den Nominalwert gehandelt, *Deutsche Steinzeug Cremer & Breuer AG*, BAnz v. 31.3.2006, TOP IV. 6), verlangen andere Investoren einen 20 % höheren Abschlag, also 48 %. In diesem Fall beträgt das finanzielle Interesse des Darlehens-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Größe des finanziellen Interesses bildet nur den Ausgangspunkt seiner Gewichtung; Wertungsaspekte sind gewichtserhöhend zu berücksichtigen. Insofern ist in Ansatz zu bringen, dass die Gefährdung des Leistungsinteresses der Bank aus dem Verantwortungsbereich des Darlehensnehmers stammt. Überdies wird der Darlehensnehmer, auch wenn man eine Bonitätspflicht ablehnt,[418] in aller Regel eine Pflicht verletzt haben, und zwar die Pflicht, Financial-Covenants einzuhalten.[419] Außer diesen Äquivalenz- und Leistungsstörungen[420] ist noch zu berücksichtigen, dass die Voraussetzungen gemäß § 490 Abs. 1 BGB erfüllt sind (sonst wäre der Kredit nicht als notleidend zu qualifizieren)[421]. Denn insofern verleiht der Umstand, dass die bei der Beurteilung eines wichtigen Grundes gemäß § 490 Abs. 1 BGB anzustellende Interessenabwägung[422] zugunsten der Bank ausfällt, ihrem finanziellen Interesse zusätzliches Gewicht.

b) Übertragungsinteresse bei einem ungestörten Kredit

Darf ein ungestörter Kredit nicht auf einen Loan-to-Own-Investor übertragen werden, dürfte dies nur selten dazu führen, dass eine Bank den Kredit nicht oder nur zu einem schlechteren Preis veräußern kann.[423] Dementsprechend fällt ihr finanzielles Interesse, einen ungestörten Kredit auf einen Loan-to-Own-Investor übertragen zu dürfen, sehr viel kleiner aus als bei einem notleidenden Kredit. Und anders als bei einem notleidenden Kredit fehlen Wertungsgesichtspunkte, die ihrem finanziellen Interesse zusätzliches Gewicht verleihen.

gebers an der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor 8 % seines gesamten Leistungsinteresses.

418 Siehe zum Streit um die Bonitätspflicht oben § 5 B. II. 1.

419 Siehe dazu bereits oben § 5 B. II. 1.

420 Siehe zum Einfluss von Leistungs- und Äquivalenzstörungen auf die Gewichtung oben § 6 D. II. 1.

421 Siehe zur Definition ungestörter, ausfallgefährdeter und notleidender Kredite oben § 1 B. II.

422 Siehe zur nach § 490 Abs. 1 BGB notwendigen Gesamtwürdigung und Interessenabwägung oben § 1 B. II.

423 Siehe zu dieser Annahme oben § 6 D. I. 1. c) bb) aaa).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Übertragungsinteresse bei einem ausfallgefährdeten Kredit

Im Folgenden wird das finanzielle Interesse einer Bank, einem Loan-to-Own-Investor einen ausfallgefährdeten Kredit übertragen zu dürfen, hinsichtlich beinahe notleidender (dazu aa)) und beinahe ungestörter Kredite (dazu bb)) gewichtet. Zwischen diesen Einzelgewichten ist das Gewicht für die Gruppe der ausfallgefährdeten Kredite insgesamt zu verorten.

Insofern ist allerdings klarzustellen, dass die Gewichtung beinahe notleidender und beinahe ungestörter Kredite nicht mehr als eine gedankliche Hilfestellung sein kann. Solche ausfallgefährdeten Kredite existieren praktisch nicht; die allermeisten ausfallgefährdeten Kredite sind zwischen diesen Extremen anzusiedeln. — Möglich wäre zwar, in eher notleidende und eher ungestörte Kredite zu unterteilen. Jedoch erlaubte das nicht, die für beinahe ungestörte bzw. beinahe notleidende Kredite angesetzten Gewichte zu übernehmen. Denn nicht anders als die Gesamtheit der ausfallgefährdeten Kredite wiesen auch die Gruppen eher notleidender und eher ungestörter Kredite eine Bandbreite auf. Gewonnen wäre nur, aber immerhin, eine halbierte Bandbreite. Hinzu käme dafür jedoch als Nachteil die Schwierigkeit, eine Grenzlinie zwischen eher ungestörten und eher notleidenden Krediten zu ziehen. In Anbetracht dessen erscheint es vorzugswürdig, es bei einer Gewichtung der Gesamtheit der ausfallgefährdeten Kredite zu belassen und auf eine weitere Unterteilung zu verzichten.

aa) Fiktive Gewichtung bezüglich beinahe notleidender Kredite

Ein beinahe notleidender Kredit kommt unter risikobezogenen Gesichtspunkten einem bereits notleidenden nahe. Folglich dürfte auch das finanzielle Interesse einer Bank, einen solchen Kredit einem Loan-to-Own-Investor übertragen zu dürfen, beinahe so groß sein wie bei einem notleidenden.

Der Unterschied zwischen einem beinahe notleidenden und einem bereits notleidenden Kredit besteht darin, dass nur bei letzterem die Voraussetzungen gemäß § 490 Abs. 1 BGB erfüllt sind. Aus diesem Grund erreicht ein beinahe notleidender Kredit kein beinahe so schweres Gewicht wie ein bereits notleidender. So macht es wertungsmäßig einen bedeutenden

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Unterschied, wenn die nach § 490 Abs. 1 BGB erforderliche Interessenabwägung[424] zugunsten des Darlehensnehmers ausfällt.[425]

Das heißt nun nicht, dass ausschließlich das Gewicht des finanziellen Interesses anzusetzen ist: Immerhin haben sich die Umstände seit Vertragsschluss erheblich zum Nachteil der Bank geändert[426] und in der Regel dürfte wenigstens die überwiegende Verantwortung dafür beim Darlehensnehmer liegen. Daher wiegt das Interesse bei einem beinahe notleidenden Kredit immer noch schwerer als das rein finanzielle Interesse bei einem bereits notleidenden.

bb) Fiktive Gewichtung bezüglich beinahe ungestörter Kredite

Das finanzielle Interesse einer Bank, einen beinahe ungestörten Kredit einem Loan-to-Own-Investor übertragen zu dürfen, wird kaum größer sein als bei einem noch ungestörten Kredit. Anders als bei einem ungestörten Kredit haben sich die Umstände seit Vertragsschluss jedoch zumindest ein wenig zulasten der Bank geändert. Daher ist ihr Übertragungsinteresse bei einem beinahe ungestörten Kredit merklich schwerer zu gewichten als bei einem noch ungestörten Kredit – auch wenn es kaum größer ist.

3. Gewichtung der Beeinträchtigungen derivativer Darlehensnehmerinteressen

Überträgt eine Bank den Kredit einem Loan-to-Own-Investor, kommt es bei abstrahierender Betrachtung zu den oben herausgestellten Beeinträchtigungen derivativer Interessen des Darlehensnehmers. Im Folgenden gilt es nun zu bemessen, wie schwer die einzelnen derivativen Interessenbeeinträchtigungen wiegen. Zu gewichten ist die Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung (dazu a)), des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen (dazu b)), des derivativen

424 Siehe zur nach § 490 Abs. 1 BGB notwendigen Gesamtwürdigung und Interessenabwägung oben § 1 B. II.

425 Ein Grund dafür, dass die Gesamtwürdigung zulasten des Darlehensgebers ausfällt, kann dessen Mitverantwortung für die Verschlechterung der finanziellen Situation des Darlehensnehmers sein. Vgl. oben § 1 B. II und § 2 C. III. 1. b) a. E.

426 Vgl. den Rechtsgedanken des § 490 Abs. 1 BGB als Spezialfall der clausula rebus sic stantibus. Siehe zu dieser Einordnung MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

negativen Äquivalenzinteresses (dazu c)) und des derivativen Reputationsinteresses (dazu d)). Das Gewicht dieser derivativen Interessenbeeinträchtigungen wird in zwei Schritten bestimmt:

Im ersten Schritt wird jeweils das Gewicht der Interessenbeeinträchtigung ermittelt, welches sich ergibt, wenn sich die Gefahr verwirklicht. Abzustellen ist hierbei insbesondere auf den abstrakten Wert des betroffenen Rechtsguts[427] und die Größe des möglichen Schadens[428].

Aus dem Gewicht der Interessenbeeinträchtigung im Falle der Gefahrverwirklichung wird dann im zweiten Schritt durch Abschläge das Gewicht der Verletzung des derivativen Interesses bestimmt. Der Abschläge bedarf es, weil die Rechtsübertragung bloß eine Gefahr schafft oder erhöht. So entspricht das Gewicht der Beeinträchtigung eines derivativen Interesses nur dann annähernd dem für die Gefahrverwirklichung veranschlagten, wenn vor der Übertragung keine Gefahr bestand und sich die Gefahr nach der Übertragung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verwirklichen wird. In einem solchen Fall ist eine Abwägung allerdings ohnehin entbehrlich, und zwar wegen der Pflicht zur Rücksicht auf das Hauptinteresse, da eine maximale Gefahrerhöhung einer Verletzung des Hauptinteresses gleichkommt. Als Beispiel kann an die Verletzung der Geheimhaltungspflicht durch die Übertragung eines kreditsichernden Informationsanspruches gedacht werden. Hier lässt sich die Pflichtwidrigkeit der Übertragung ohne Abwägung bejahen. Denn es ist hinreichend wahr-

427 Steigert die Zession einen geringen Ausgangsgefahrengrad für ein höchstpersönliches Rechtsgut auch nur wenig, wiegt das schwerer, als wenn die Gefahr eines kleinen Vermögensschadens stark steigt. Vgl. zu dieser Relation und zur Bedeutung des abstrakten Werts des gefährdeten Rechtsguts bei der Gewinnung von Rücksichtspflichten *BGH*, Urt. v. 22.8.2019 – III ZR 113/18, BGHZ 223, 95 (104 f. Rn. 25); Urt. v. 14.1.2021 – III ZR 168/19, BGHZ 228, 122 (127 Rn. 15); *Teichmann*, JA 1984, 709 (713); Soergel/*Teichmann*, BGB, Bd. 2, 12. Aufl. 1990, BGB § 242 Rn. 185 f. — Vgl. § 34 StGB mit Blick darauf, dass der Grad der Gefahr nicht allein, sondern i. V. m. dem betroffenen Rechtsgut zu sehen ist. Siehe näher zu diesem Abwägungsfaktor betreffend den rechtfertigenden Notstand LK/*Zieschang*, StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, StGB § 34 Rn. 113; Matt/Renzikowski/*Engländer*, StGB, 2. Aufl. 2020, StGB § 34 Rn. 28.

428 Vgl. § 904 Satz 1 BGB, wonach ein unverhältnismäßig großer Schaden vorauszusetzen ist; siehe näher dazu MüKoBGB/*Brückner*, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, BGB § 904 Rn. 9. Siehe zum Umfang des drohenden Schadens als einem bedeutsamen Aspekt bei der Interessenabwägung gemäß § 34 StGB LK/*Zieschang*, StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, StGB § 34 Rn. 116; Matt/Renzikowski/*Engländer*, StGB, 2. Aufl. 2020, StGB § 34 Rn. 28; MüKoStGB/*Erb*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, StGB § 34 Rn. 165 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

scheinlich, dass der Zessionar den Informationsanspruch geltend macht und damit das Geheimhaltungsinteresse des Darlehensnehmers verletzt.[429]

a) Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung

Bei objektiv-generalisierender Betrachtung[430] wird, wie oben erläutert, angenommen, dass ein Loan-to-Own-Investor eine Kündigung noch bei größerer Unsicherheit hinsichtlich deren Zulässigkeit erklärt, als es eine Bank tun würde. Insofern geht von einem Loan-to-Own-Investor eine höhere Gefahr für eine unzulässige Kündigung aus als von einer Bank. Daher verletzt eine Bank das derivative Interesse des Darlehensnehmers an nur zulässiger Kündigung, wenn sie das Recht zur Kündigung einem Loan-to-Own-Investor überträgt.[431]

Wie zuvor erläutert, wird erst das Gewicht der Interessenbeeinträchtigung im Falle der Gefahrverwirklichung, also einer unzulässigen Kündigung, bestimmt (dazu aa)). Davon ausgehend wird das Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen Interesses ermittelt (dazu bb)).

aa) Gewicht einer unzulässigen Kündigung

Eine unzulässige Kündigung hat erhebliches Schadenspotenzial. Einen Schaden stellen die Kosten dar, die einem Darlehensnehmer durch die Rechtsverteidigung gegen eine unzulässige Kündigung entstehen. Gegenüber diesem Schadensposten wohl seltener, aber dafür umso massiver, sind die Substanz-, Kosten- und Gewinnausfallschäden, die er erleidet, wenn die Kündigung zur Insolvenz führt.[432]

429 Siehe dazu oben § 5 B. I. 3. a).

430 Siehe zur objektiv-generalisierenden Betrachtung bei der Gewinnung vertragsnatürlicher Pflichten gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB *von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 284; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 238 und 245; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 271; Clemenz/Kreft/Krause/*Klumpp*, AGB-ArbR, 3. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 78; Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 32; siehe dazu bereits oben § 6 C. II.

431 Siehe zur Verletzung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung oben § 6 D. I. 2. a) bb).

432 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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gerade mit Blick auf die Gefahr der Insolvenzverursachung steigt das Schadenspotenzial grundsätzlich mit der absoluten und der im Verhältnis zur Fremdkapitalstruktur des Darlehensnehmers relativen Kredithöhe. Jedoch macht das Schadenspotenzial eines verhältnismäßig kleinen Kredits einen Sprung, wenn dessen Kündigung einen bedeutenden Kreditgeber aufgrund einer Cross-Default-Klausel zur Kündigung berechtigt.[433] Löst die in Rede stehende Kündigung eine Kette weiterer Kündigungen aus, kann dem Darlehensnehmer ein Vermögensschaden erwachsen, der die Darlehenssumme des in Rede stehenden gekündigten Kredits, mithin das gesamte Leistungsinteresse der Bank, weit übersteigt.

Das mit Blick auf das Schadenspotenzial zu veranschlagende hohe Ausgangsgewicht sinkt angesichts der Schadensersatzansprüche, die dem Darlehensnehmer zustehen können. Doch ist zu bedenken, dass er sie auch durchsetzen können muss. Dies kann ihm schwerfallen, insbesondere wenn er vom Schädiger übernommen wurde.

Ausgeglichen wird der Gewichtsverlust auch in Anbetracht dessen, dass eine unzulässige Kündigung das Leistungsinteresse des Darlehensnehmers gefährdet und nicht selten auch dessen Verletzung nach sich zieht. So verletzt ein Darlehensgeber, der nicht bloß unberechtigt kündigt, sondern

– 11 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/*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*, 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 zur Qualifikation als Gesamtschaden i. S. d. § 92 Satz 1 InsO Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, Bd. 1, 15. Aufl. 2019, InsO § 92 Rn. 6; Assies/Beule/Heise/Strube/*Ristelhuber*, Bank- u. KapMR, 5. Aufl. 2019, Kap. 4 Rn. 2417; BeckOK InsR/*Cymutta*, 36. Ed. 15.7.2024, InsO § 92 Rn. 10; KPB/*Lüke*, InsO, Bd. I, 100. Lfg. Juni 2024, InsO § 92 Rn. 15. — Insolvenzverwaltern empfehlend, Kündigungen, welche die Insolvenz verursachten, auf ihre Zulässigkeit hin zu überprüfen, *Obermüller*, ZInsO 2018, 1769.

433 Siehe zu Cross-Default-Klauseln oben § 2 C. I. 2. b) a. E. Mit Blick auf Cross-Default-Klauseln vor einem Dominoeffekt warnend MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 58. — Dabei stellt sich die (hier nicht zu vertiefende) Frage, ob eine Kündigung wirksam ist, die sich via einer Cross-Default-Klausel auf eine vermeintlich wirksame oder wirksame, aber pflichtwidrige Kündigung stützt. Ist die Kündigung wirksam, sind die Refinanzierungskosten ein Schaden (Schadensersatz neben der Leistung).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

daraufhin auch die (weitere) Valutierung unterlässt, seine Leistungs-,[434] genauer seine Kapitalverschaffungspflicht[435]. Umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob auch ein Darlehensgeber, der unberechtigt die Rückzahlung verlangt, seine Leistungspflicht verletzt, wie es ein Teil der Literatur annimmt.[436] — Zuzustimmen ist der damit verbundenen Aussage, dass einen Geldbetrag zur Verfügung zu stellen (§ 488 Abs. 1 Satz 1 BGB) Verschaffen und Belassen bedeutet.[437] Hierfür sprechen die Materialien[438] und der Zweck eines Darlehens – Kapital temporär zum Einsatz zu überlassen.[439] Nicht überzeugt es jedoch, dass schon ein unberechtigtes Zahlungsverlangen die Kapitalbelassungspflicht verletzen soll.[440] Wie die unzulässige Kündigung verletzt auch ein unberechtigtes Rückzahlungsverlangen nur die Pflicht zur Rücksicht[441] auf das Äquivalenzinteresse – die Leistungs-

434 *C. A. Weber*, DStR 2014, 213; jurisPK-BGB/*Schwintowski*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 490 Rn. 30.

435 Vgl. Staudinger/*Mülbert*, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 228.

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

437 Vgl. *BGH*, Urt. v. 7.6.2011 – XI ZR 388/10, BGHZ 190, 66 (72 f. Rn. 23); Urt. v. 13.5.2014 – XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 (179 Rn. 33, 184 f. Rn. 45 f. und 190 Rn. 56); („Überlassung des Kapitals ist Vorstufe") *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 3.6.1988 – 15 U 147/87, NJW-RR 1989, 1069. Eine Pflicht zur Kapitalüberlassung bejahend *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447 (457 f.); *Nouvertné*, ZIP 2012, 2139; Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 163; (ausführlich zur momentbezogenen Pflicht des Verschaffens und der dynamischen Pflicht des Überlassens) MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 31; Ebenroth/Boujong/*Menges*, HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2024, Buchst. D Rn. 90; Grüneberg/*Weidenkaff*, BGB, 83. Aufl. 2024, BGB vor § 488 Rn. 2; Schulze/*Wiese*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 488 Rn. 1. — Anderer Ansicht (für eine Kapitalbelassungspflicht sei „weder Raum noch Bedürfnis") *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rn. 1322; ablehnend auch *von Wilmowsky*, WM 2008, 1237 (1239 f.); BeckOGK ZivR/*C. A. Weber*, 1.8.2024, BGB § 490 Rn. 184.1.

438 § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB beschreibe „die Pflicht des Darlehensgebers zur Verschaffung und Belassung eines Geldbetrags in der vereinbarten Höhe" (BT-Drs. 14/6040 S. 253).

439 MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 31 führt insofern die Natur des Darlehensvertrages als ein Dauerschuldverhältnis an.

440 Dagegen meint Staudinger/*Mülbert*, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 228, es sei nur für die Schadensentstehung von Bedeutung, ob der Darlehensnehmer zahle.

441 Die unzulässige Kündigung als Rücksichtspflichtverletzung qualifizierend *C. A. Weber*, DStR 2014, 213; Ellenberger/Bunte/*Samhat*, BankR-HdB., Bd. 1,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

treuepflicht.[442] Denn ein unberechtigtes Zahlungsverlangen entzieht dem Darlehensnehmer noch kein Kapital, sondern erhöht (nur) die schon durch die unzulässige Kündigung geschaffene Gefahr des Kapitalentzuges.

Freilich wiegt auch die Gefährdung der Kapitalbelassung schwer. Für den Darlehensnehmer besteht in der Kapitalbelassung ein wesentlicher Zweck des Vertrages. Hinsichtlich der Gewinnung einer vertragsnatürlichen Pflicht verdeutlicht schon der Wortlaut des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, dass einer Gefährdung der Vertragszweckerreichung erhebliches Gewicht zukommt. Nichts anderes gilt für die Bestimmung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB, da zum „Inhalt" eines vertraglichen Schuldverhältnisses insbesondere der Vertragszweck zählt.[443]

Es bleibt festzuhalten: Das große Schadenspotenzial einer unzulässigen Kündigung führt zu einem hohen Ausgangsgewicht. Es sinkt zunächst in Anbetracht der Schadensersatzansprüche, die dem Darlehensnehmer zustehen können. Ausgeglichen wird dieser Gewichtsverlust unter Wertungsaspekten durch die Leistungstreuepflichtverletzung und die Gefährdung der Vertragszweckerreichung. Im Ergebnis wird der Interessenbeeinträchtigung durch eine unzulässige Kündigung daher ein ähnliches Gewicht wie dem gesamten Leistungsinteresse der Bank beigemessen.

bb) Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung

Das Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung kommt dem für den Fall der Gefahrverwirklichung bestimmten Gewicht nur dann nahe, wenn vor der Übertragung keine Gefahr unzulässiger Kündigung bestand und ein Loan-to-Own-Investor, nachdem er das Kündigungsrecht erworben hat, nahezu sicher unberechtigt kündigen

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*, 1.8.2024, BGB § 490 Rn. 183.

442 Vgl. *Hösl*, Kostenerstattung, 2004, S. 85 f. — Die Pflicht zur Rücksicht auf das positive Äquivalenzinteresse, mithin die Leistungstreuepflicht, folgt unmittelbar aus dem Leistungsversprechen, MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 111. Siehe zur Leistungstreuepflicht allgemein *BGH*, Urt. v. 13.11.1953 – I ZR 140/52, BGHZ 11, 80 (84 ff.); Urt. v. 5.4.2016 – XI ZR 440/15, BGHZ 209, 329 (332 f. Rn. 16); BeckOK BGB/*Sutschet*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 241 Rn. 46.

443 Siehe dazu bereits oben § 6 C. I.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wird.[444] Davon ist nicht auszugehen. Auch vor der Übertragung des Kündigungsrechts auf einen Loan-to-Own-Investor besteht eine gewisse Gefahr unzulässiger Kündigung. Schon deshalb, weil auch ein Loan-to-Own-Investor keine offensichtlich unzulässige Kündigung erklären wird,[445] liegt eine extreme Gefahrerhöhung fern. Die oben ausgeführten entscheidungstheoretischen Überlegungen legen zwar nahe, dass die Gefahr steigt,[446] sprechen aber auch nicht für einen besonders starken Anstieg.

Vor diesem Hintergrund ist das Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung weit unter dem für den Fall der Gefahrverwirklichung ermittelten Gewicht anzusetzen. So wird diese Interessenbeeinträchtigung leichter gewichtet als das Interesse einer Bank, einem Loan-to-Own-Investor einen notleidenden Kredit übertragen zu dürfen, aber schwerer als ihr Interesse an der Übertragung eines ausfallgefährdeten Kredits.[447] Diese Gewichtung gilt hinsichtlich ungestörter und ausfallgefährdeter Kredite, aber nicht für notleidende:

Aufgrund der definitorischen Verknüpfung des notleidenden Kredits mit § 490 Abs. 1 BGB[448] kann sich die Erhöhung der Gefahr unzulässiger Kündigung typischerweise[449] nur realisieren, wenn sich die wirtschaftliche Situation des Darlehensnehmers nach der Übertragung des Kündigungsrechts wieder in einem solchen Maße verbessert, dass der Kündigungsgrund wegfällt.[450] Hierbei dürfte es sich um eine seltene Konstellation handeln. Daher wird bei einem notleidenden Kredit der Interessenbeeinträchtigung ein ähnlich niedriges Gewicht beigemessen wie dem Interesse

444 Siehe allgemeiner zu diesem Erfordernis von Abschlägen oben § 6 D. II. 3.

445 Siehe dazu, dass es hinsichtlich der Unzulässigkeit der Kündigung in erster Linie um Fälle geht, in denen die Beurteilung der Zulässigkeit der Kündigung mit Unsicherheit verbunden ist, oben § 6 D. I. 2. a) bb).

446 Siehe zur Begründung einer Gefahrerhöhung mit entscheidungstheoretischen Überlegungen oben § 6 D. I. 2. a) bb) bbb).

447 Siehe zum Gewicht des Interesses des Darlehensgebers, einem Loan-to-Own-Investor einen notleidenden Kredit übertragen zu dürfen, oben § 6 D. II. 2. a) und zum Gewicht seines Interesses, einem Loan-to-Own-Investor einen ausfallgefährdeten Kredit übertragen zu dürfen, oben § 6 D. II. 2. c).

448 Siehe zur Definition notleidender Kredite oben § 1 B. II.

449 Siehe zur bei typisierender Betrachtung außen vor bleibenden Konstellation, dass ein Kredit schon als notleidend zu qualifizieren ist, aber noch nicht gekündigt werden kann, weil die Darlehensvertragsparteien von § 490 Abs. 1 BGB abgewichen sind, oben § 6 D. I. 2. a) bb).

450 Siehe zu dieser Ausnahmekonstellation oben § 6 D. I. 2. a) bb).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer Bank, einem Loan-to-Own-Investor einen ungestörten Kredit übertragen zu dürfen.[451]

b) Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen

Hinsichtlich ermessensabhängiger Informationsansprüche wird, wie oben dargelegt, bei typisierender Betrachtung angenommen, dass von einem Loan-to-Own-Investor eine höhere Gefahr für vorsätzlich und für fahrlässig unbillige Bestimmungen (§ 315 Abs. 3 BGB) ausgeht als von einer Bank. Daher verletzt eine Bank das derivative Interesse des Darlehensnehmers nur berechtigter Informationsverlangen, wenn sie das Bestimmungsrecht bezüglich eines Informationsanspruches auf einen Loan-to-Own-Investor übergehen lässt.[452]

Wie bei der Gewichtung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung wird zunächst das Gewicht der Interessenbeeinträchtigung im Falle der Gefahrverwirklichung bestimmt (dazu aa)) und ausgehend davon wird das Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen Interesses ermittelt (dazu bb)).

aa) Gewicht unberechtigter Informationsverlangen

Sieht sich der Darlehensnehmer mit einem unbilligen Informationsverlangen konfrontiert und verteidigt er sich dagegen, stellen die ihm dabei entstehenden Kosten einen Schaden dar. Im Vergleich zu einer unzulässigen Kündigung dürfte er sich jedoch seltener verteidigen. Dafür spricht die relativ geringe wirtschaftliche Bedeutung des einzelnen Informationsverlangens. Aus ihr erwächst gleichsam eine Hürde für den Darlehensnehmer, sich gegen ein Informationsverlangen zu verteidigen, dessen Unbilligkeit nicht offensichtlich ist. Denn obsiegt er, hat er nur einen verhältnismäßig kleinen Nachteil abgewehrt. Unterliegt er aber, droht ihm, dass der Kredit-

451 Siehe zum Gewicht des Interesses des Darlehensgebers, einem Loan-to-Own-Investor einen ungestörten Kredit übertragen zu dürfen, oben § 6 D. II. 2. b).

452 Siehe zum Übergang des Bestimmungsrechts bei einem ermessensabhängigen Informationsanspruch analog § 401 Abs. 1 BGB oben § 3 C. I. 2. a). Siehe zur Verletzung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen oben § 6 D. I. 2. b) bb).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geber wegen der (bei einem Fehlurteil, das er einkalkulieren muss, nur vermeintlich) verletzten Informationspflicht kündigt.[453]

Erfüllt der Darlehensnehmer ein unbilliges Informationsverlangen, stellen die ihm dabei entstehenden Kosten einen Schaden dar. Verglichen mit den Schäden, die ihm im Falle unzulässiger Kündigung drohen, wird dieser zwar typischerweise klein sein. Häufen sich aber unberechtigte Verlangen, denen der Darlehensnehmer nachgibt, summieren sich die Schäden.

Außer dem unmittelbaren Vermögensschaden sind auch Folgewirkungen zu bedenken: Die Erfüllung des Informationsverlangens bindet personelle Ressourcen im Unternehmen und zehrt an der Liquidität des Darlehensnehmers, wenn er zur Erfüllung externe Berater hinzuziehen muss. Befindet er sich ohnehin in einer wirtschaftlich angeschlagenen Situation, trifft ihn diese Zusatzbelastung in besonderem Maße. Das kann einen Covenantverstoß fördern – die Krise des Darlehensnehmers verschärfen.[454]

Einzubeziehen sind auch Fälle, in denen sich die Erhöhung der Gefahr bewusst unberechtigter Informationsverlangen verwirklicht. Einer bewusst unbilligen Bestimmung kommt stark erhöhtes Gewicht zu. Dies gilt umso mehr, wenn der Loan-to-Own-Investor mit der Bestimmung darauf abzielt, einen Kündigungsgrund zu provozieren, mithin zu vereiteln, dass der Darlehensnehmer seinen Vertragszweck erreicht. Erschwerend wirkt hierbei schon der Bezug zum Vertragszweck als solcher.[455] Zusätzliches Gewicht resultiert aus der absichtlichen Provokation. Dieses subjektive Element wiegt aufgrund der gesteigerten Loyalitätspflichten innerhalb einer Kunde-Bank-Beziehung[456] besonders schwer.

Verglichen mit einer unzulässigen Kündigung drohen dem Darlehensnehmer durch ein einzelnes unbilliges Informationsverlangen viel geringere

453 Siehe dazu bereits oben § 6 D. I. 2. b) aa) und dort auch zur Schwierigkeit, die Billigkeit einzuschätzen. Siehe zu den Schwierigkeiten der Rechtsverteidigung auch *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 350 f. — Vgl. zur niedrigeren Hürde, sich gegen eine unzulässige Kündigung zu verteidigen, oben § 2 C. II.

454 Vgl. *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 238.

455 Vgl. zum Vertragszweckbezug als verstärkender Faktor unter Wertungsgesichtspunkten oben § 6 C. I und § 6 D. II. 1.

456 Siehe zur besonderen Vertrauensprägung der 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. Siehe zur Berücksichtigung eines Vertrauensverhältnisses bei der Gewinnung von Rücksichtspflichten Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 498 a. E. Siehe zu den insofern gesteigerten Loyalitätspflichten auch oben § 6 D. II. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schäden. Wird nur darauf geschaut, ist folglich auch ein viel niedrigeres Gewicht anzusetzen. Die vorgenannten Wertungsaspekte reduzieren diesen Gewichtsunterschied jedoch: Anders als bei einer unzulässigen Kündigung fällt die Verteidigung schwerer, auch können sich unbillige Verlangen häufen, womit ein Erfüllungsaufwand einhergehen kann, der die Krise des Darlehensnehmers mitverursacht.

bb) Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen

Für die Verletzung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen ist – wie schon bei der Gewichtung der Verletzung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung – ein Gewicht anzusetzen, das weit unter dem für den Fall der Gefahrverwirklichung ermittelten liegt.

Verglichen mit der Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung ist hier jedoch eine stärkere Gefahrerhöhung anzunehmen: Hinsichtlich der Provokation eines Covenantverstoßes durch exzessive Informationsverlangen spricht dafür die Abhängigkeit der Loan-to-Own-Strategie von einem Kündigungsgrund. So muss ein Loan-to-Own-Investor nicht kündigen, um seine Strategie umsetzen zu können. Auf einen Kündigungsgrund ist er jedoch angewiesen, um Forderungsherrschaft zu erlangen.[457] Auch eine sehr geringe Ausgangsgefahr führt zu einer starken Gefahrerhöhung. Da eine Bank typischerweise kein Interesse an der Übernahme des Darlehensnehmers hat,[458] verhält es sich so mit Blick auf Informationsverlangen, die an einem inneren Ermessensfehler leiden, weil sie nicht dem präventiven Sicherungszweck[459] dienen, sondern die Übernahme erleichtern sollen.[460]

457 Siehe zur notwendigen Forderungsherrschaft oben § 2 C. und zum daraus resultierenden größeren Interesse an einem Covenantverstoß oben § 6 D. I. 2. b) bb) bbb) (1).

458 Banken sind typischerweise nicht am Erwerb des Eigenkapitals interessiert, *Crone/Kreide*, Modernes Sanierungsmanagement, 5. Aufl. 2017, 154 (192); siehe insofern zu den haftungs- und bankenaufsichtsrechtlichen Problemen, die für eine Bank mit einem Debt-Equity-Swap einhergehen, *Ringelspacher*, Modernes Sanierungsmanagement, 5. Aufl. 2017, 289 (321 f.); siehe dazu auch oben § 6 D. I. 2. b) bb) aaa).

459 In der Regel ist von einem nur präventiven Sicherungszweck auszugehen, siehe oben § 6 D. I. 2. b) aa).

460 Siehe zur höheren Gefahr für ein unbilliges Informationsverlangen infolge des Interesses eines Loan-to-Own-Investors an übernahmeerleichternden Informationen oben § 6 D. I. 2. b) bb) aaa).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die stärkere Gefahrerhöhung genügt nicht, um der Verletzung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen ein ebenso hohes Gewicht beizumessen wie der Verletzung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung. Sie gibt aber den Ausschlag, ein Gewicht anzusetzen, das noch über dem liegt, das dem Interesse einer Bank an der Übertragung eines ausfallgefährdeten Kredits beigemessen wird.[461] Diese Gewichtung gilt nur für den Übergang des Bestimmungsrechts bezüglich eines Informationsanspruches auf einen Loan-to-Own-Investor bei einem ungestörten oder ausfallgefährdeten Kredit.

Bei einem notleidenden Kredit wird die Interessenbeeinträchtigung leichter gewichtet als das Interesse einer Bank, einem Loan-to-Own-Investor einen ausfallgefährdeten Kredit übertragen zu dürfen. Zwar besteht die Gefahr für Informationsverlangen, die dazu dienen, die Übernahme zu erleichtern, fort. Die Gefahr der Provokation eines Kündigungsgrundes ist jedoch so gut wie[462] entfallen.

c) Beeinträchtigung des derivativen negativen Äquivalenzinteresses

Zur Wiederholung: Allgemein trifft den Inhaber eines Bestimmungsrechts die Pflicht, betreffend den Übergang dieses Rechts auf das derivative negative Äquivalenzinteresse des Schuldners Rücksicht zu nehmen.[463] Dieses Interesse wird verletzt, wenn von dem Zessionar die Gefahr ausgeht, dass er eine extensivere Leistung bestimmen wird, als es der Zedent getan haben würde (Mehr-Bestimmung).[464] Der Übergang des Bestimmungsrechts bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches von einer Bank auf einen Loan-to-Own-Investor verletzt das derivative negative Äquivalenzinteresse des Darlehensnehmers. Das wird angenommen[465] und ist nach den

461 Siehe zum Gewicht des Interesses des Darlehensgebers, einem Loan-to-Own-Investor einen ausfallgefährdeten Kredit übertragen zu dürfen, oben § 6 D. II. 2. c).

462 Ausnahmekonstellationen lassen sich auch hier konstruieren; vgl. insofern betreffend die unzulässige Kündigung oben § 6 D. I. 2. a) bb).

463 Siehe zum Übergang des Bestimmungsrechts bei einem ermessensabhängigen Informationsanspruch analog § 401 Abs. 1 BGB oben § 3 C. I. 2. a). Siehe zur selbständigen Pflicht zur Rücksicht auf das derivative negative Äquivalenzinteresse oben § 6 D. I. 2. c) aa).

464 Siehe zum Begriff des (derivativen) negativen Äquivalenzinteresses oben § 6 D. I. 2. c) und zu dessen Verletzung durch die Schaffung der Gefahr einer Mehr-Bestimmung oben § 6 D. I. 2. c) bb).

465 Siehe zur von einem Loan-to-Own-Investor ausgehenden Gefahr für eine Mehr-Bestimmung oben § 6 D. I. 2. c) bb) bbb).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsgedanken der §§ 613 Satz 2 und 664 Abs. 2 BGB zu vermuten[466]. Die Pflicht zur Rücksicht auf ein derivatives Interesse ist eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht; daher bleibt nur noch zu beantworten, ob diese Pflichtverletzung ausnahmsweise gerechtfertigt ist.[467]

Da grundsätzlich ein Abtretungsverbot besteht, wäre es nicht gerechtfertigt, schon bei leichtem Überwiegen des Übertragungsinteresses der Bank eine Ausnahme zuzulassen. So wie auch dem Bankgeheimnis grundsätzlicher Vorrang gebührt und dessen Durchbrechung nur unter engen Voraussetzungen gerechtfertigt ist, muss auch hier das Regel-Ausnahme-Verhältnis berücksichtigt werden. Das könnte geschehen, indem das Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen negativen Äquivalenzinteresses heraufgesetzt wird. Demgegenüber ist es jedoch vorzuziehen, bei der Interessenabwägung ein starkes Überwiegen des Interesses der Bank für eine Einschränkung dieser Pflicht zu fordern. Das Bestehen einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht wird daher bei der Bestimmung des Gewichts der Interessenbeeinträchtigung im Falle der Gefahrverwirklichung (dazu aa)) und des daraus gefolgerten Gewichts der Beeinträchtigung des derivativen Interesses (dazu bb)) ausgeblendet.

aa) Gewicht der Beeinträchtigung des negativen Äquivalenzinteresses

Um ein Gewicht für die Interessenbeeinträchtigung durch ein extensiveres Informationsverlangen (Mehr-Bestimmung) zu ermitteln, bietet sich ein Vergleich mit der Interessenbeeinträchtigung durch ein unbilliges Informationsverlangen an:

Dafür, der Interessenbeeinträchtigung durch eine Mehr-Bestimmung höheres Gewicht beizumessen, spricht, dass sie anders als eine unbillige Bestimmung verbindlich ist. In tatsächlicher Hinsicht wird die Unverbindlichkeit zwar durch die hohe Hürde für den Darlehensnehmer, sich gegen ein nicht offensichtlich unbilliges Informationsverlangen zu verteidigen, geschmälert. Dennoch macht es einen gewichtigen Unterschied, dass der Darlehensnehmer eine Mehr-Bestimmung anders als eine unbillige Bestimmung erfüllen muss (wegen der Unverbindlichkeit beeinträchtigt ein unbilliges Verlangen auch nicht sein negatives Äquivalenzinteresse).

466 Siehe zur Beweislastumkehr nach den Rechtsgedanken der §§ 613 Satz 2 und 664 Abs. 2 BGB oben § 6 D. I. 2. c) bb) ccc).

467 Siehe dazu oben § 6 D. I. 2. c) a. E.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für ein geringeres Gewicht der Interessenbeeinträchtigung durch eine Mehr-Bestimmung spricht, dass die schwerwiegenden Fälle bewusst unberechtigter Informationsverlangen ausgeschlossen sind. Des Weiteren spricht es für ein niedrigeres Gewicht, wenn der Erfüllungsaufwand für ein extensiveres Informationsverlangen geringer ist als für ein unbilliges, dem der Darlehensnehmer nachkommt. Das trifft zu mit Blick auf Informationsverlangen, die allein infolge ihres Umfangs unbillig sind. Hinsichtlich subjektiv ermessensfehlerhafter Bestimmungen kann es sich jedoch auch umgekehrt verhalten. Insofern sei einerseits an das subjektiv ermessensfehlerhafte Verlangen nach einer spezifischen, allein dem Übernahmezweck dienenden Information gedacht und andererseits an eine dem präventiven Sicherungszweck dienende Bestimmung, deren Umfang beinahe die Billigkeitsgrenze überschreitet.[468]

Die Gesamtschau der vorgenannten Aspekte lässt nicht erkennen, dass die Interessenbeeinträchtigung durch extensivere Informationsverlangen schwerer oder leichter als die Interessenbeeinträchtigung durch unbilliges Informationsverlangen wiegt. Ihr wird daher gleiches Gewicht beigemessen.

bb) Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen negativen Äquivalenzinteresses

Die gleiche Gewichtung der Interessenbeeinträchtigung im Falle der Gefahrverwirklichung setzt sich bei der Gewichtung der Beeinträchtigung des derivativen Interesses fort: Der Beeinträchtigung des derivativen negativen Äquivalenzinteresses wird das gleiche Gewicht beigemessen wie der Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen.[469]

d) Beeinträchtigung des derivativen Reputationsinteresses

Bei abstrahierender Betrachtung wird, wie oben ausgeführt, angenommen, dass eine Bank, die einem Loan-to-Own-Investor den Kredit überträgt, und

468 Siehe zu den positiven Nebeneffekten, die solch extensive Informationsverlangen für einen Loan-to-Own-Investor haben können, oben § 6 D. I. 2. c) bb) bbb).

469 Siehe zum Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen oben § 6 D. II. 3. b) bb).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

seien es auch nur die Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB, das derivative Reputationsinteresse des Darlehensnehmers in zweierlei Hinsicht beeinträchtigt: Zum einen begründet die Kreditübertragung die Gefahr, dass die Geschäftspartner des Darlehensnehmers in eben dieser Übertragung ein Warnsignal betreffend die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers sehen (Gefahrschaffung).[470] Zum anderen dürfte von einem Loan-to-Own-Investor typischerweise eine höhere Gefahr reputationsschädigenden Verhaltens ausgehen als von einer Bank (Gefahrerhöhung).[471]

Im Folgenden wird nach der Bestimmung des Gewichts der Schädigung der Reputation (dazu aa)) die Beeinträchtigung des derivativen Reputationsinteresses gewichtet (dazu bb)).

aa) Gewicht der Schädigung der Reputation

Der Fall *Kirch* und die oben mit Blick auf die Schaffung der Gefahr eines Reputationsschadens durch die Kreditübertragung selbst beschriebenen Szenarien[472] verdeutlichen, dass eine Schädigung der Reputation des Darlehensnehmers dessen Insolvenz nach sich ziehen kann. So kann dem Darlehensnehmer ein Schaden entstehen, der das Volumen des übertragenen Kredits und damit das gesamte Leistungsinteresse der Bank übersteigt. Damit besteht ein ebenso hohes Schadenspotenzial wie bei einer unzulässigen Kündigung, was zu einem ebenso hohen Ausgangsgewicht führt.[473]

Das Ausgangsgewicht wird bei der unzulässigen Kündigung zunächst herabgesetzt, weil dem Darlehensnehmer ein Anspruch auf Schadensersatz zustehen kann. Ausgleichend wirkt jedoch der Umstand, dass durch eine unzulässige Kündigung die Pflicht zur Leistungstreue verletzt wird.[474] Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welche Faktoren das für die Reputationsschädigung angesetzte Ausgangsgewicht beeinflussen. Dabei wird erst der Fall der Gefahrschaffung und dann der Fall der Gefahrerhöhung betrachtet:

470 Siehe zur Schaffung der Gefahr eines Reputationsschadens durch die Kreditübertragung selbst oben § 6 D. I. 2. d) bb) aaa).

471 Siehe zur Erhöhung der Gefahr reputationsschädigenden Kreditgeberverhaltens oben § 6 D. I. 2. d) bb) bbb).

472 Siehe zum Fall *Kirch* oben § 6 D. I. 2. d) aa) und zu den hinsichtlich der Gefahrschaffung beschriebenen Szenarien oben § 6 D. I. 2. d) bb) aaa).

473 Siehe zu diesen Einflussfaktoren auf die Gewichtung der unzulässigen Kündigung oben § 6 D. II. 3. a) aa).

474 Siehe zu diesen Einflussfaktoren auf die Gewichtung der unzulässigen Kündigung oben § 6 D. II. 3. a) aa).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gefahrschaffung: Trifft die Bank keine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht, was hier zu unterstellen ist, da diese Pflicht gerade bestimmt wird, erlangt der Darlehensnehmer keinen Ersatz seines Reputationsschadens, wenn als Verletzungshandlung einzig die Kreditübertragung als solche in Betracht kommt. Insofern sind mehrere Konstellationen vorstellbar: Dem Darlehensnehmer kann der Nachweis misslingen, wer die Kreditübertragung publik gemacht hat; Information-Covenants können ihn zur Mitteilung gegenüber anderen Kreditgebern verpflichten;[475] er kann gemäß Art. 17 Abs. 1 MAR zur Veröffentlichung verpflichtet sein.[476] Die eingeschränkte Aussicht auf Schadensersatz spricht für eine höhere Gewichtung gegenüber der unzulässigen Kündigung. Andererseits verletzt die Kreditübertragung im Unterschied zur unzulässigen Kündigung keine Leistungstreuepflicht. Da diesem Aspekt erhebliches Gewicht zukommt,[477] wird der Schädigung der Reputation allein durch die Kreditübertragung kein schwereres Gewicht beigemessen als der unzulässigen Kündigung.

Gefahrerhöhung: Realisiert sich die Gefahrerhöhung, verletzt also der Loan-to-Own-Investor die Reputation des Darlehensnehmers,[478] kann dem Darlehensnehmer aufgrund der Loyalitätspflichtverletzung ein Schadensersatzanspruch[479] zustehen. Wie im Falle unzulässiger Kündigung sinkt dadurch das Ausgangsgewicht. Diese Gewichtsreduktion erfährt indes wiederum einen Ausgleich. Denn ebenso wie die Leistungstreuepflichtverletzung im Falle unzulässiger Kündigung wirkt auch die Loyalitätspflichtverletzung erschwerend.[480] Daher wird auch der Fall, dass sich die Erhöhung der Gefahr reputationsschädigenden Kreditgeberverhaltens verwirklicht, gleich gewichtet wie die unzulässige Kündigung.

475 Siehe zu Information-Covenants oben § 2 C. I. 2. c).

476 Siehe zur Ad-hoc-Pflicht mit Blick auf materielle Krisenzeichen und deren Qualifikation als Insiderinformation gemäß Art. 7 Abs. 1 MAR *Kocher/Widder*, NZI 2010, 925 (927 f.); Schwark/Zimmer/*Kumpan/Misterek*, KMRK, 5. Aufl. 2020, MAR Art. 7 Rn. 293 und 313; Klöhn/*ders.*, MAR, 2. Aufl. 2023, MAR Art. 7 Rn. 431; Meyer/Veil/Rönnau/*Krause*, HdB. MarktmissbrauchsR, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 161a; vgl. betreffend formelle Krisenzeichen *Kührt*, BKR 2022, 502 ff.; dazu auch oben § 6 D. I. 2. d) bb) aaa) a. E.

477 Siehe zu diesem erschwerenden Aspekt oben § 6 D. II. 3. a) aa).

478 Siehe zur Erhöhung der Gefahr reputationsschädigenden Kreditgeberverhaltens oben § 6 D. I. 2. d) bb) bbb).

479 Vgl. zum Anspruch auf Schadensersatz gegenüber der Bank unten § 10 A. und gegenüber dem Investor unten § 10 B.

480 Siehe zur erschwerenden Wirkung der Leistungstreuepflichtverletzung im Falle unzulässiger Kündigung oben § 6 D. II. 3. a) aa). Vgl. insofern auch die Gewichtung oben § 6 D. II. 3. b) aa) a. E. im Hinblick auf die Fälle, in denen sich die Erhöhung der Gefahr bewusst unberechtigter Informationsverlangen realisiert.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Ergebnis wird sonach für die Reputationsschädigung insgesamt das gleiche Gewicht angesetzt wie für eine unzulässige Kündigung.

bb) Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen Reputationsinteresses

Das hinsichtlich der Gefahrverwirklichung ermittelte Gewicht gilt es nun zu reduzieren. Als Erstes stellt sich die Frage, ob Abschläge nicht nur mit Blick darauf geboten sind, dass es sich nur um eine Schaffung/Erhöhung einer Gefahr und noch keine Verletzung handelt,[481] sondern darüber hinaus die Chance zu berücksichtigen ist, dass die Kreditübertragung die Reputation des Darlehensnehmers verbessert. Das ist zu bejahen: Anders als hinsichtlich der Frage danach, ob eine Gefahr geschaffen wird, sind bei der Gewichtung Chancen zu berücksichtigen. Das heißt nicht, dass bei der Gewichtung die Chance mit dem Risiko verrechnet werden kann, sonst hätten Chancen gleich bei der Frage, ob eine Gefahr geschaffen wird, in Ansatz gebracht werden können. Daher können Chancen das Gewicht der Beeinträchtigung eines derivativen Interesses nicht ausgleichen, sondern nur reduzieren. Andernfalls würde der grundsätzliche Schutz der Risikopräferenz entleert.[482]

Das eben Gesagte vorweggeschickt, stellt sich noch die Frage, in welchen Fällen die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor höhere Risiken eines Reputationsschadens birgt und in welchen Fällen auch die erhöhte Chance besteht, dass die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor die Reputation des Darlehensnehmers verbessert. Zur Beantwortung dieser Frage dient das folgende Beispiel:

Der Markt geht davon aus, der Darlehensnehmer stehe kurz vor der Insolvenz – hält ihn also ohnehin nicht für kreditwürdig. Nun überträgt die Bank einem Loan-to-Own-Investor den Kredit, was marktbekannt wird. Die Kreditübertragung weckt keine Zweifel an der Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers, die nicht schon bestehen; sie schadet seiner Reputation nicht. Im Gegenteil: Der Markt wertet die Kreditübertragung als positives Signal, weil angenommen wird, der Loan-to-Own-Investor werde die bevorstehende Insolvenz durch einen Debt-Equity-Swap abwenden.[483]

481 Siehe zum Erfordernis von Abschlägen bei der Gewichtsbestimmung oben § 6 D. II. 3.

482 Siehe zu alledem auch oben § 6 D. I. 2. c) bb) aaa).

483 Vgl. den Fall der *Kunert AG*: Nachdem die *Kunert AG* eine Ad-hoc-Mitteilung gestützt auf § 15 Abs. 3 Satz 1 WpHG a. F. unterlassen hatte, holte sie dies gemäß

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dieses Beispiel dürfte sich in der Tendenz verallgemeinern lassen: Infolge der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor sinkt für den Darlehensnehmer das Risiko eines Reputationsverlustes und steigt für ihn die Chance auf einen Reputationsgewinn, je näher er der Insolvenz gesehen wird.[484] Wie nah der Darlehensnehmer der Insolvenz gesehen wird, hängt zwar nicht stets davon ab, ob der Kredit als ungestört, ausfallgefährdet oder notleidend einzustufen ist, dürfte aber damit korrelieren. Daran orientiert sich die Gewichtung:

Der Verletzung des derivativen Reputationsinteresses durch die Übertragung eines ungestörten Kredits auf einen Loan-to-Own-Investor wird ein Gewicht beigemessen, das dem Gewicht der Verletzung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung bei ungestörten und ausfallgefährdeten Krediten entspricht.

Leicht darunter wird das Gewicht im Falle der Übertragung eines ausfallgefährdeten Kredits verortet.

Leidet der Kredit Not, wird ein Gewicht angesetzt, das deutlich unter dem liegt, das dem Interesse einer Bank, einem Loan-to-Own-Investor einen ausfallgefährdeten Kredit übertragen zu dürfen, beigemessen wird. Dafür sprechen zum einen die veränderten Wahrscheinlichkeiten eines Reputationsverlustes und eines Reputationsgewinnes. Zum anderen spricht der Umstand, dass die Bank kündigen kann,[485] für diese starke Gewichtsreduktion, und zwar in Anbetracht der Kündigungsfolgen: Denn kündigt sie, dürfte das nicht selten die Zahlungsunfähigkeit des Darlehensnehmers

---

§ 15 Abs. 3 Satz 2 WpHG a. F. nach, indem sie mitteilte, ein Londoner Investorenkonsortium werde den Großteil der Darlehensforderungen gegen sie (siehe zu den Forderungen oben § 3) erwerben; Sanierungsverhandlungen liefen (*Kunert AG*, Ad-hoc-Mitteilung v. 15.7.2005 um 14:54). Daraufhin verloren die Kunert-Stammaktien über 11 % an Wert (der Kurs der Kunert-Stammaktien mit der WKN: A0XYLX notierte an der Börse München am Tag vor der Ad-hoc-Mitteilung, dem 14.7.2005, bei 18,28 Euro und sank am 15.7.2005 auf 16,25 Euro). — In den darauffolgenden Tagen erholte sich der Kurs jedoch und überstieg mit 22,55 Euro zum 20.7.2005 sogar den Kurs vom 14.7.2005. Passend zur Kursentwicklung bewertet *o. V.*, ECOreporter v. 9.8.2005 den Investoreneinstieg als „Rettung". — Kurse nach *ariva.de*, https://www.ariva.de/aktien/kunert-st-de000a0xylx9-aktie/chart/chartanalyse?t=all&boerse_id=4.

484 Vgl. Schwark/Zimmer/*Kumpan*/*Misterek*, KMRK, 5. Aufl. 2020, MAR Art. 7 Rn. 310; Klöhn/*ders.*, MAR, 2. Aufl. 2023, MAR Art. 7 Rn. 428 f.; Meyer/Veil/Rönnau/*Krause*, HdB. MarktmissbrauchsR, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 165.

485 Bei typisierender Betrachtung wird davon ausgegangen, dass ein Kredit, der Not leidet, auch gekündigt werden kann. Siehe dazu und auch zu Ausnahmen, die bei typisierender Betrachtung unberücksichtigt bleiben, oben § 6 D. I. 2. a) bb).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nach sich ziehen.[486] Insofern ist sie gleichsam berechtigt, dem Darlehensnehmer den Schaden zuzufügen, der ihm droht, wenn sich die Reputationsschadensgefahr verwirklicht. Und stellt sie einen Insolvenzantrag, dürfte seine Reputation darunter eher noch stärker leiden als unter der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor.

III. Abwägung des Darlehensgeberinteresses an der Kreditübertragung mit den damit verbundenen Beeinträchtigungen der Darlehensnehmerinteressen

Welchen vertragsnatürlichen zessionsbeschränkenden Rücksichtspflichten die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor unterliegt, beantwortet die Abwägung des Darlehensgeberinteresses an einer solchen Übertragung mit den durch diese hervorgerufenen Beeinträchtigungen der Interessen des Darlehensnehmers. Hierbei wird danach unterschieden, ob der Kredit bereits Not leidet (dazu 1.) oder er dieses Stadium noch nicht erreicht hat (dazu 2.).

1. Teilweise vertragsnatürliche Pflichtwidrigkeit der Übertragung eines notleidenden Kredits

Bei der folgenden Abwägung werden die Übertragung der Zahlungsforderungen (dazu a)) und des Kündigungsrechts (dazu b)) und der Übergang des Bestimmungsrechts bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches (dazu c)) separat betrachtet.

486 Siehe dazu, dass die Fälligstellung regelmäßig zur Zahlungsunfähigkeit führt, *Kiethe*, KTS 2005, 179 (188); (betreffend Leveraged-Buyout-Finanzierungen) *Hiltner/Tunda*, Financial Restructuring, 2011, 66 (81 mit Fn. 42); *Metze/Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 (127); *Regenfus*, ZBB 2015, 383 (384); Ellenberger/Bunte/*Häuser*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 65 Rn. 76; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 78.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Keine vertragsnatürliche Pflichtwidrigkeit der Übertragung der Zahlungsforderungen

Eine Bank, die einem Loan-to-Own-Investor ihre Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB überträgt, beeinträchtigt dadurch das derivative Reputationsinteresse des Darlehensnehmers, und zwar auch bei einem notleidenden Kredit.[487] Zudem beeinträchtigt sie sein Interesse an der Wahrung des Bankgeheimnisses. Letzteres kann zwar, wie oben ausgeführt, gerechtfertigt sein,[488] allerdings können mehrere Beeinträchtigungen, die isoliert betrachtet zulässig sind, ihre Rechtfertigung verlieren, wenn sie zusammentreffen. Daher sind sie auch in ihrer Summe zu würdigen.

Hier ändert das am Abwägungsergebnis jedoch nichts: Bei einem notleidenden Kredit erzielen diese beiden Interessenbeeinträchtigungen auch zusammen kein Gewicht, das an jenes heranreicht, das dem Interesse einer Bank, einem Loan-to-Own-Investor einen notleidenden Kredit übertragen zu dürfen, zukommt.[489]

Somit ergibt sich aus der Natur des Darlehens keine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB, wonach ein Darlehensgeber es zu unterlassen hat, seine Zins- und Rückzahlungsforderungen einem Loan-to-Own-Investor zu übertragen, wenn der Kredit Not leidet.

b) Keine vertragsnatürliche Pflichtwidrigkeit der Übertragung des Kündigungsrechts

Auch wenn ein Kredit als notleidend zu qualifizieren ist, beeinträchtigt eine Bank das derivative Interesse des Darlehensnehmers an nur zulässiger Kündigung, indem sie das Kündigungsrecht einem Loan-to-Own-Investor überträgt.[490] Isoliert betrachtet wiegt diese Beeinträchtigung sehr viel leich-

487 Siehe zum Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen Reputationsinteresses oben § 6 D. II. 3. d) bb).

488 Siehe zur Beeinträchtigung des Geheimhaltungsinteresses infolge der Rechtsübertragung oben § 5 B. I; siehe zu deren Rechtfertigung bzw. der teilweisen Einschränkung des Bankgeheimnisses bei einem notleidenden Kredit oben § 5 B. II.

489 Siehe zur Gewichtung des Interesses des Darlehensgebers, einem Loan-to-Own-Investor einen notleidenden Kredit übertragen zu dürfen, oben § 6 D. II. 2. a); siehe auch die Relation zum Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung oben § 6 D. II. 3. a) bb).

490 Siehe dazu oben § 6 D. I. 2. a) bb).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ter als das Interesse einer Bank, einem Loan-to-Own-Investor einen notleidenden Kredit übertragen zu dürfen.[491]

Erschwerend ist zugunsten des Darlehensnehmers jedoch zu berücksichtigen, dass schon die Übertragung der Zahlungsforderungen ihn in seinen (derivativen) Geheimhaltungs- und Reputationsinteressen beeinträchtigt. Diese Beeinträchtigungen dürften durch die Übertragung des Kündigungsrechts zwar nicht merklich verstärkt werden. Mit Blick auf diese Interessenbeeinträchtigungen ist jedoch von dem Gewicht des Interesses an der Kreditübertragung insgesamt gleichsam schon etwas verbraucht.[492]

Noch aus einem weiteren Grund kann das Interesse der Bank nicht mit seinem vollen Gewicht in Ansatz gebracht werden: Es bezieht sich nämlich auf ihr Interesse an der Kreditübertragung insgesamt; wie zuvor festgestellt, darf sie die Zahlungsforderungen jedoch übertragen, und daher ist das Gewicht zu reduzieren. — Wie hoch der Abschlag ausfällt, hängt davon ab, wie sehr ein Übertragungsverbot betreffend das Kündigungsrecht die Veräußerbarkeit der Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB hindert:[493] Forderungsherrschaft vermitteln bei einem ungekündigten Kredit erst die Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB zusammen mit dem Kündigungsrecht; und für eine Loan-to-Own-Strategie ist Forderungsherrschaft von erheblicher Bedeutung.[494] Daher verliert das Übertragungsinteresse nur wenig Gewicht.

Andererseits ist aber auch noch zu bedenken, dass eine Bank den Kredit kündigen und die Zahlungsforderungen dann einem Loan-to-Own-Investor übertragen könnte, der ausdrücklich erklärt, die Forderungen noch nicht ernstlich einzufordern. Der Darlehensnehmer befände sich dann nicht nur in einer ähnlichen Schwebelage, wie wenn der Investor die Zahlungsforderungen und das ausübbare Kündigungsrecht erwirbt, sondern hätte auch die Chance verloren, dass nach der Übertragung des Kündigungsrechts der Grund zur Kündigung entfällt.

Im Ergebnis fällt auch unter Berücksichtigung vorgenannter Gesichtspunkte die Abwägung immer noch sehr deutlich zugunsten der Bank aus. Daher ergibt sich aus der Natur des Darlehens keine Rücksichtspflicht, die

491 Siehe zum Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung bei einem notleidenden Kredit oben § 6 D. II. 3. a) bb); siehe zum Gewicht des Interesses des Darlehensgebers, einem Loan-to-Own-Investor einen notleidenden Kredit übertragen zu dürfen, oben § 6 D. II. 2. a).

492 Vgl. zur Gebotenheit, Summierungseffekte zu würdigen, oben § 6 D. III. 1. a).

493 Siehe allgemein zur Erforderlichkeit einer Gewichtsreduktion oben § 6 D. II. 3.

494 Siehe zur notwendigen Forderungsherrschaft und deren Voraussetzungen oben § 2 C.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bei einem notleidenden Kredit die Übertragung des Kündigungsrechts auf einen Loan-to-Own-Investor verbietet.

c) Vertragsnatürliche Pflichtwidrigkeit des Übergangs des Bestimmungsrechts bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches

Bei einem notleidenden Kredit wird der Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen ein geringeres Gewicht beigemessen als dem Interesse einer Bank, einem Loan-to-Own-Investor einen ausfallgefährdeten Kredit übertragen zu dürfen.[495] Für die Beeinträchtigung des derivativen negativen Äquivalenzinteresses wird das gleiche Gewicht veranschlagt.[496] — Bei isolierter Betrachtung wird das Gesamtgewicht dieser beiden Beeinträchtigungen unter dem Gewicht des Interesses einer Bank, einem Loan-to-Own-Investor einen notleidenden Kredit übertragen zu dürfen,[497] verortet.

Nun ist zugunsten des Darlehensnehmers die Kumulation der übrigen Interessenbeeinträchtigungen in Ansatz zu bringen. Insofern ist zu berücksichtigen, dass schon durch die Übertragung der Zahlungsforderungen und des Kündigungsrechts sein Geheimhaltungsinteresse, sein derivatives Reputationsinteresse und sein derivatives Interesse nur zulässiger Kündigung beeinträchtigt werden.[498]

Des Weiteren ist der von dem für das Interesse an der Kreditübertragung insgesamt angesetzten Gewicht erforderliche Abschlag in Ansatz zu bringen. Um dessen Höhe zu ermitteln, ist zu fragen, inwiefern bei einem notleidenden Kredit der Ausschluss des Übergangs des Bestimmungsrechts bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches[499] die Veräuße-

495 Siehe zum Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen oben § 6 D. II. 3. b) bb).

496 Siehe zum Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen negativen Äquivalenzinteresses oben § 6 D. II. 3. c) bb).

497 Siehe zur Gewichtung des Interesses des Darlehensgebers, einem Loan-to-Own-Investor einen notleidenden Kredit übertragen zu dürfen, oben § 6 D. II. 2. a); siehe auch die Relation zum Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur zulässiger Kündigung oben § 6 D. II. 3. a) bb).

498 Siehe zur Gebotenheit, Summierungseffekte zu würdigen, oben § 6 D. III. 1. a).

499 Hier sei angenommen, dass der Übertragung des Informationsanspruches nicht ohnehin das Bankgeheimnis entgegensteht (siehe zum mittelbaren Abtretungsverbot kreditsichernder Informationsansprüche aus dem Bankgeheimnis oben

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rung der übrigen Darlehensgeberrechte an einen Loan-to-Own-Investor behindert:[500]

Das Bestimmungsrecht kann einem Loan-to-Own-Investor bei der Übernahme des Darlehensnehmers helfen. Allerdings ist für den Erfolg der Übernahme entscheidend, dass er Forderungsherrschaft erlangt. Dazu genügen ihm bei einem notleidenden Kredit die Zahlungsforderungen zusammen mit dem Recht zur Kündigung:[501] Er kann kündigen, Zahlung verlangen und, wenn diese ausbleibt, einen Insolvenzantrag stellen oder etwaige Pfandrechte an den Gesellschaftsanteilen verwerten.[502] All das kann er den Gesellschaftern des Darlehensnehmers für den Fall in Aussicht stellen, dass sie sein Sanierungskonzept ablehnen.[503]

Da das Bestimmungsrecht bei der Übernahme nützen kann, ist es einerseits plausibel, dass ein Loan-to-Own-Investor einen Abschlag fordert, wenn er es nicht miterwerben kann. Da er Forderungsherrschaft auch ohne das Bestimmungsrecht erlangt, erscheint es andererseits fernliegend, dass er beim Ausschluss des Übergangs des Bestimmungsrechts sein Interesse am Krediterwerb insgesamt verliert.

Wegen der Möglichkeit eines höheren Abschlages ist ein finanzielles Interesse der Bank, das Bestimmungsrecht übergehen lassen zu dürfen, anzuerkennen. Jedoch wiegt es sehr leicht verglichen mit dem Interesse, einem Loan-to-Own-Investor einen notleidenden Kredit übertragen zu dürfen, sodass ein erheblicher Abschlag vorzunehmen ist.

Nach diesem Abschlag wird dem Übertragungsinteresse ein Gewicht beigemessen, das noch unter dem Gewicht liegt, das für eine der beiden Beeinträchtigungen der Darlehensnehmerinteressen angesetzt wird. Damit ist die Abwägung zugunsten des Darlehensnehmers zu entscheiden.

Im Übrigen fällt das Ergebnis nicht anders aus, wenn man keinen Abschlag vornimmt und das Übertragungsinteresse der Bank mit vollem Gewicht ansetzt: Deren überwiegendes Interesse rechtfertigt zwar die Be-

---

§ 5 B. I. 3. a)), sodass sich die Frage nach der Rechtmäßigkeit einer Übertragung des Informationsanspruches ohne Bestimmungsrecht stellt (vgl. dazu oben § 6 D).

500 Siehe allgemein zur Erforderlichkeit einer Gewichtsreduktion oben § 6 D a. E.

501 Siehe zur notwendigen Forderungsherrschaft und deren Voraussetzungen oben § 2 C.

502 Siehe zur Verwertung von Pfandrechten an Gesellschaftsanteilen zwecks Übernahme *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 264 ff.; *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022, Rn. 331 ff.; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 181 ff. sowie oben § 2 C. III. 1. c) und dort auch zur Insolvenzantragstellung.

503 Siehe zur Drohung mit Kündigung – Fälligstellung – Insolvenzantrag oben § 2 C. II a. E.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einträchtigung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen. Die Beeinträchtigung des derivativen negativen Äquivalenzinteresses ist jedoch nur gerechtfertigt, wenn das Interesse der Bank weit überwiegt.[504] Und dieses Verhältnis bleibt auch ohne Abschlag unerreicht.

Aus der Natur des Darlehens ergibt sich eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht, wonach es ein Darlehensgeber bei einem notleidenden Kredit zu unterlassen hat, das Bestimmungsrecht bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches auf einen Loan-to-Own-Investor übergehen zu lassen.

2. Vertragsnatürliche Pflichtwidrigkeit der Übertragung eines nicht notleidenden Kredits

Das Interesse einer Bank, einen ausfallgefährdeten Kredit einem Loan-to-Own-Investor übertragen zu dürfen, wiegt leichter als das durch diese Übertragung beeinträchtigte derivative Reputationsinteresse des Darlehensnehmers.[505]

Anders als hinsichtlich notleidender Kredite ergibt sich daher bezüglich eines ausfallgefährdeten Kredits aus der Natur des Darlehens eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht, die dem Darlehensgeber verbietet, einem Loan-to-Own-Investor den Kredit, seien es auch nur die Zahlungsforderungen, zu übertragen. — Erst recht besteht diese Pflicht bei einem ungestörten Kredit.

Dürfen die Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht übertragen werden, erübrigt sich die Frage, ob deren Nebenrechte übertragen werden dürfen. Daher ist bloß anzumerken, dass sich im Hinblick auf die Übertragung des Kündigungsrechts und den Übergang des Bestimmungsrechts bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches nichts anderes ergibt, wenn man in Betreff der Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht ablehnt:

So wiegt bei einem ausfallgefährdeten Kredit die Beeinträchtigung des derivativen Interesses des Darlehensnehmers an nur zulässiger Kündigung

504 Siehe zu diesen qualifizierten Anforderungen oben § 6 D. II. 3. c).

505 Siehe zum Gewicht des Interesses des Darlehensgebers, einem Loan-to-Own-Investor einen ausfallgefährdeten Kredit übertragen zu dürfen, oben § 6 D. II. 2. c); siehe zum Gewicht der Beeinträchtigung des derivativen Reputationsinteresses oben § 6 D. II. 3. d) bb).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schwerer[506] als das Interesse einer Bank, einen ausfallgefährdeten Kredit einem Loan-to-Own-Investor übertragen zu dürfen.

Der Übergang des Bestimmungsrechts bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches auf einen Loan-to-Own-Investor beeinträchtigt das derivative Interesse des Darlehensnehmers nur berechtigter Informationsverlangen und dessen derivatives negatives Äquivalenzinteresse. Da bei einem ausfallgefährdeten Kredit anders als bei einem notleidenden die Gefahr der Provokation eines Kündigungsgrundes unvermindert fortbesteht, wiegt schon die Beeinträchtigung eines der beiden Interessen schwerer als das Interesse einer Bank, einem Loan-to-Own-Investor einen ausfallgefährdeten Kredit übertragen zu dürfen.[507] Anders als bei einem notleidenden Kredit fiele die Abwägung daher selbst dann noch zugunsten des Darlehensnehmers aus, wenn man weder einen Abschlag beim Übertragungsinteresse der Bank vornimmt[508] noch zur Rechtfertigung der Beeinträchtigung des derivativen negativen Äquivalenzinteresses ein weites Überwiegen des Bankinteresses fordert.[509]

E. Ergebnis

Zum Schutz des Schuldners vor Investoren, die Forderungen erwarben und mit illegitimen Mitteln eintrieben, wurde im Jahre 422 n. Chr. die Abtretung an potentiores verboten, C. 2,13,2. Den Begriff des potentior rezipierten zumindest[510] die Vertreter des usus modernus komparativ; sie qualifizierten als potentior einen im Vergleich zum Zedenten mächtigeren – insofern gefährlicheren – Zessionar.[511] 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-

506 Siehe zu dieser Gewichtung oben § 6 D. II. 3. a) bb).

507 Siehe zum Überwiegen bei der Gewichtung der Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen oben § 6 D. II. 3. b) bb); siehe zur gleichen Gewichtung der Beeinträchtigung des derivativen Interesses nur berechtigter Informationsverlangen und der Beeinträchtigung des derivativen negativen Äquivalenzinteresses oben § 6 D. II. 3. c) bb).

508 Siehe zu diesem Abschlag oben § 6 D. III. 1. c).

509 Siehe zu diesen qualifizierten Anforderungen oben § 6 D. II. 3. c).

510 Ob potentior während der Antike komparativ oder als Elativ verstanden wurde, ist umstritten, siehe oben § 6 A. I. 1.

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

to-Own-Investor zu unterlassen, wenn die Übertragung eine zusätzliche Gefahr[512] 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.[513] Auf den Schutz der derivativen Interessen des Darlehensnehmers dürften die Rechtsprechung und die Literatur abzielen, soweit sie die Kreditübertragung in Abhängigkeit von der Person des Zessionars beschränken, auch wenn sie dabei nicht von einer Gefahrschaffung oder einer Gefahrerhöhung sprechen.[514]

Eine Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB wird anhand des konkreten (vertraglichen) Schuldverhältnisses ermittelt.[515] 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 oder

512 Siehe zum Begriff der Gefahr oben § 6 D. I. 2. c) bb) aaa).
513 Siehe zum Begriff des derivativen Interesses oben § 6 D. I. 2.
514 Siehe zur Beschränkung der Kreditübertragung in Abhängigkeit von der Person des Erwerbers in Rechtsprechung und Literatur oben § 6 B. I.
515 Siehe zur Bestimmung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses oben § 6 C. I.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

höherem Maße zur Rücksicht verpflichten als die vertragsnatürliche, aber auch in gleichem Maße wie diese.[516]

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.[517] Die Übertragung des Kündigungsrechts von einer Bank auf einen Loan-to-Own-Investor verletzt den Darlehensnehmer in seinem derivativen Interesse nur zulässiger Kündigung.[518] Geht das Bestimmungsrecht bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches von einer Bank auf einen Loan-to-Own-Investor über,[519] verletzt dies sein derivatives Interesse nur berechtigter Informationsverlangen und sein derivatives negatives Äquivalenzinteresse.[520] 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.[521] Von diesen Prämissen ausgehend ergibt die Abwägung: Einen Darlehensgeber trifft die vertragsnatürliche Rücksichtspflicht, die Übertragung der genannten Rechte auf einen

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

517 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.

518 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).

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

520 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 siehe zum Gewicht dieser Interessenbeeinträchtigung oben § 6 D. II. 3. c).

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.[522]

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Auf der schuldrechtlichen Seite ist die Frage zu verorten, inwiefern eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB den Darlehensgeber verpflichtet, die Übertragung seiner Rechte auf einen Loan-to-Own-Investor zu unterlassen. Im Folgenden ist das Augenmerk auf die dingliche Seite gerichtet. So kann ein Darlehensgeber eine Forderung nicht an einen Loan-to-Own-Investor abtreten, wenn die Leistung an einen anderen nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann, § 399 Alt. 1 BGB; für die Abtretung anderer Rechte gilt dies entsprechend, § 413 BGB. Insofern wird die Gebundenheit der Zahlungsforderungen, Kündigungsrechte, kreditsichernden Informationsansprüche und diesbezüglicher Bestimmungsrechte behandelt. Wie die obige Untersuchung vertragsnatürlicher zessionsbeschränkender Rücksichtspflichten in Betreff der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor,[1] dient auch dies zugleich der Vorarbeit[2] für die AGB-Kontrolle von Weitergabeklauseln in § 8. Diesbezüglich gilt es dann zu klären, ob eine Bestimmung in AGB, welche die Gebundenheit eines Rechts aufhebt, den Darlehensnehmer gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen benachteiligt.[3]

Nach einem Blick auf die historische Entwicklung des Abtretungsausschlusses aufgrund Inhaltsänderung (dazu A.) wird die Gebundenheit der vorgenannten Darlehensgeberrechte untersucht: Der Behandlung der etwas spezielleren Frage, inwiefern das Bestimmungsrecht in Bezug auf einen kreditsichernden Informationsanspruch an diesen Anspruch gebunden ist (dazu B.), folgt der Schwerpunkt des § 7; so wird eruiert, ob die besagten Rechte des Darlehensgebers an seine Person gebunden sind (dazu C.). Schließlich wird noch auf die absolute Unwirksamkeit als Rechtsfolge der Abtretung (§ 398 Satz 1 BGB) einer gemäß § 399 Alt. 1 BGB gebundenen Forderung eingegangen (dazu D.).

---

1 Siehe zu den vertragsnatürlichen zessionsbeschränkenden Rücksichtspflichten in Betreff der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor oben § 6 D.

2 Siehe zu dieser Vorarbeit oben vor § 4.

3 Siehe zur Angemessenheitskontrolle dinglicher Abtretungsklauseln nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unten § 8 B. III. 3. b).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

A. Historische Entwicklung des Abtretungsausschlusses aufgrund Inhaltsänderung

In den Gesetzen und Entwürfen der Länder (dazu I.) und in den Arbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch (dazu II.) ist der Abtretungsausschluss aufgrund Inhaltsänderung teils ausführlicher geregelt. Diese differenzierteren Regelungen finden ihren Niederschlag in den heute zu § 399 Alt. 1 BGB gebildeten Gruppen. Insofern dient die folgende Retrospektive dem Verständnis der stark verdichteten Vorschrift des § 399 Alt. 1 BGB und soll die Untersuchung der Gebundenheit der Darlehensgeberrechte erleichtern. Das betrifft namentlich die Frage, ob die Kreditinstitutseigenschaft eine nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubigers i. S. d. § 3 Abs. 2 Var. 4 TEOR ist, was dafür spräche, dass eine Bankdarlehensforderung nur an eine Bank abgetreten werden kann.[4]

I. Der Abtretungsausschluss aufgrund Inhaltsänderung in den Gesetzen und Entwürfen der Länder

In den Zeiten, zu denen die Forderung als ein unübertragbares Band zwischen Schuldner und Gläubiger begriffen wurde,[5] stellte sich die Frage nach einem Ausschluss der Abtretung entsprechend § 399 Alt. 1 BGB schon nicht. War die Forderung übertragbar, schützten den Schuldner das Verbot der cessio in potentiorem und die lex Anastasiana.[6] Durch die Gesetze und Entwürfe der Länder wurden diese Übertragungsbeschränkungen aufgegeben;[7] dafür finden sich in ihnen nun Vorläufervorschriften[8] zu § 399 Alt. 1 BGB:

T. I Tit. 11 § 382 ALR schrieb ähnlich knapp wie § 399 Alt. 1 BGB vor, dass an die Person des Inhabers gebundene Rechte nicht abgetreten werden können.

4 Diese Ansicht vertreten *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472 f.; siehe dazu unten § 7 C. III. 1.

5 Siehe zur Unübertragbarkeit im römischen Recht oben § 3 A. I. 1 und zur Unübertragbarkeit bei den Glossatoren oben § 3 A. II.

6 Siehe zum Verbot der cessio in potentiorem oben § 6 A. I und zur lex Anastasiana oben § 6 A. II.

7 Siehe zur Überwindung des Verbots der cessio in potentiorem oben § 6 A. I. 3; siehe dazu betreffend die lex Anastasiana oben § 6 A. II.

8 Eine an § 399 Alt. 1 BGB erinnernde Aussage findet sich zuvor bereits bei *von Wolff*, Instit. J. N. & G., 1750, §§ 400 ff., S. 210 (ins Deutsche übersetzt bei von Wolff/*Nicolai*, Nat.- u. VölckerR, 1754, §§ 400 ff., S. 242 f.): Ein auf die Person des Gläubigers beschränktes Recht (ius personale) könne nicht übertragen werden. Siehe dazu schon oben § 3 A. IV.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Differenzierter war die Regelung nach Buch 1 Abt. 4 Art. 265 Abs. 1 Halbsatz 2 HessE. Unübertragbar war danach eine Forderung, deren „Geltendmachung […] an eine besondere, nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubigers geknüpft" ist (Nr. 1). Gleiches galt, wenn „der Inhalt der Forderung verändert würde, wenn [sie] […] von einem anderen, als dem ursprünglichen Gläubiger, geltend gemacht werden sollte" (Nr. 2).[9]

Nahezu gleichlautend heißt es in T. II Art. 146 Abs. 1 BayE: „Die Abtretung der Forderung ist unzulässig, wenn die Geltendmachung derselben an eine besondere unübertragbare Eigenschaft des Gläubigers geknüpft ist, oder wenn der Inhalt der Forderung durch die Geltendmachung derselben von Seite eines Dritten verändert würde." Als Regelbeispiel für einen Anspruch, dessen Abtretung aufgrund einer unübertragbaren Eigenschaft des Gläubigers unzulässig ist (T. II Art. 146 Abs. 1 Alt. 1 BayE), nennt T. II Art. 146 Abs. 2 Halbsatz 1 BayE den Anspruch auf Alimentation.[10]

Als Fälle der Gruppe des Abtretungsausschlusses wegen Inhaltsänderung (T. II Art. 146 Abs. 1 Alt. 2 BayE)[11] zählt T. II Art. 146 Abs. 2 Halbsatz 2 BayE die Ansprüche auf Dienstleistung, Gebrauchsüberlassung und Fruchtgenuss auf. Diese Forderungen sollten arg. e c. T. II Art. 146 Abs. 2 Halbsatz 2 BayE nur mit der „Einwilligung des Schuldners" abtretbar sein.[12]

§ 966 Alt. 1 SächsBGB schloss wie T. II Art. 146 Abs. 1 Alt. 1 BayE die Abtretung einer Forderung aus, deren Geltendmachung eine unübertragbare Eigenschaft des Gläubigers voraussetzt. Parallel zu T. II Art. 146 Abs. 1 Alt. 2 BayE und ähnlich dem Wortlaut des § 399 Alt. 1 BGB erklärte § 966 Alt. 2

9 *Großherzogthum Hessen*, Entw.-BGB, 4. Abt. 1. Buch I. Entw., 1853, S. 68 f.

10 Siehe dazu und auch m. w. N. zu Parallelvorschriften in anderen Ländern *von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 3, S. 951. — Nicht bezüglich T. II Art. 146 BayE, sondern allgemein mit Blick auf die mit dieser Vorschrift aufgegriffene Gruppe von Forderungen wird der Anspruch auf Alimentation des Öfteren als Beispiel für eine persönliche Eigenschaft genannt. So etwa *Siebenhaar*, ZfRpfluVerw. 28 (1866), 289 (328) – ein Verfasser der Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (*Siebenhaar*, Sächsisches Privatrecht, 1872, § 8, S. 17 Fn. 2). Auch *Sintenis*, Civilrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1868, § 128 a 2, S. 810 f. meinte, der Anspruch auf Alimentation verliere durch Leistung an einen anderen seine Identität und sei daher unübertragbar. — Mit dem Anspruch auf Genugtuung nannten *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht, Bd. 2, 9. Aufl. 1906, § 335 1 a, S. 387 ein weiteres Beispiel für Fälle des Abtretungsausschlusses aufgrund einer unübertragbaren Eigenschaft des Gläubigers. — Siehe dazu noch mit Blick auf die Gruppe der im engeren Sinne höchstpersönlichen Forderungen gemäß § 399 Alt. 1 BGB unten § 7 C. I. 1.

11 Die Zuordnung der in T. II Art. 146 Abs. 2 BayE genannten Fälle zu den in T. II Art. 146 Abs. 1 BayE genannten Alternativen folgt nicht explizit aus dem Wortlaut, sondern aus der systematischen Reihenfolge und dem Sinn.

12 *Kgr. Bayern*, Entw.-BGB, 1861, T. II, S. 60. Siehe dazu noch unten § 7 C. IV. 1. b).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

SächsBGB die Abtretung einer Forderung für unzulässig, „würde deren Inhalt durch Leistung an einen Anderen geändert".

II. Der Abtretungsausschluss aufgrund Inhaltsänderung in den Entwürfen zum Bürgerlichen Gesetzbuch

In § 3 Abs. 2 TE-OR-Vorlage 1877 heißt es: „Hat eine Forderung eine solche Beziehung auf die Person eines bestimmten Gläubigers, daß die Leistung nur an Diesen erfolgen kann, so ist die Forderung nicht übertragbar."[13]

Nachdem die Erste Kommission diese Fassung beanstandet hatte,[14] entwarf *von Kübel* eine Vorschrift mit mehreren Varianten. So lautet § 3 Abs. 2 TE-OR: „Forderungen, deren Erfüllung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht möglich ist, oder deren Inhalt durch die Leistung an einen anderen, als den ursprünglichen Gläubiger verändert würde, oder welche vertragsgemäß gerade nur dem ursprünglichen Gläubiger eingeräumt worden sind, oder zu ihrer Geltendmachung eine nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubigers voraussetzen, sind nicht übertragbar."[15]

Bei der Beratung über diesen Entwurf beantragte *Karl Kurlbaum* eine knappere Fassung und schlug vor: „Forderungen, deren Inhalt durch die Leistung an einen andern als den ursprünglichen Gläubiger verändert werden würde, sind nicht übertragbar."[16] Sein Antrag fand keine Zustimmung.[17] — Den vertraglichen Abtretungsausschluss (§ 3 Abs. 2 Var. 3 TE-OR) lehnte die Erste Kommission ab,[18] und so heißt es in § 212 Abs. 3 RedVorl: „Eine Forderung, bei welcher die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht möglich ist, oder deren Inhalt durch die Leistung an einen anderen Gläubiger verändert werden würde oder von einer nicht übertragbaren Eigenschaft des Gläubigers abhängt, ist nicht übertragbar."[19]

Nach leichter sprachlicher Änderung des § 212 Abs. 3 RedVorl lauten § 212 Abs. 1 ZustOR, § 293 Abs. 1 KE und § 295 Abs. 1 E I: „Eine Forderung, welche von einer nicht übertragbaren Eigenschaft des Gläubigers abhängt,

13 *Von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 3, S. 951 Fn. 1.
14 *Von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 3, S. 951 Fn. 1.
15 *Von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 3, S. 927.
16 Jakobs/Schubert/*ders.*, Schuldverhältnisse I, 1978, § 399 A I, S. 770.
17 Jakobs/Schubert/*ders.*, Schuldverhältnisse I, 1978, § 399 A I, S. 771.
18 Jakobs/Schubert/*ders.*, Schuldverhältnisse I, 1978, § 399 A I, S. 772.
19 Jakobs/Schubert/*ders.*, Schuldverhältnisse I, 1978, § 399 A II, III, IV, 1, S. 773.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder bei welcher die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht möglich ist, oder deren Inhalt durch die Leistung an einen anderen Gläubiger verändert werden würde, ist nicht übertragbar."[20] — Mit der ersten Variante hatte *von Kübel* etwa den Anspruch eines Gesellschafters auf Einsicht in die Gesellschaftsbücher vor Augen; die Gesellschafterstellung war die unübertragbare Eigenschaft.[21] Die Regelung dieses Falles wurde für entbehrlich erachtet – sie folge schon aus dem sonstigen Inhalt des Absatzes.[22]

Die Vorkommission des Reichsjustizamtes verdichtete den Text weiter, und so heißt es in § 295 E I-RJA: „Eine Forderung ist nicht übertragbar, wenn die Leistung an einen Anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht oder nicht ohne Veränderung ihres Inhaltes erfolgen kann […];"[23] wortgleich ist § 295 E I-VorlZust.

Die Regelungen der §§ 295 E I-ZustRedKom, 343 E II, 393 E II rev. und 393 E III entsprechen bereits § 399 Alt. 1 BGB, wonach eine Forderung nicht abgetreten werden kann, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann.[24]

B. Gebundenheit des Bestimmungsrechts an den bezüglichen kreditsichernden Informationsanspruch

Eine Forderung oder ein anderes Recht kann nachgiebig oder zwingend an einen Gegenstand (z. B. eine Forderung) oder eine Person gebunden sein. Nach einem kurzen Blick auf die Gegenstandsgebundenheit von Rechten im Allgemeinen (dazu I.) wird darauf eingegangen, inwiefern das Bestimmungsrecht in Bezug auf einen kreditsichernden Informationsanspruch an diesen gemäß § 399 Alt. 1 i. V. m. § 413 BGB gebunden ist (dazu II.); die

20 Jakobs/Schubert/*ders.*, Schuldverhältnisse I, 1978, § 399 A II, III, IV, 2, S. 773.

21 *Von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 3, S. 950; *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, Protokolle, S. 573. Vgl. zu diesem Beispiel auch *Sintenis*, Civilrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1868, § 128 a 2, S. 810 f. Fn. 31. Vgl. zur Unübertragbarkeit von Verwaltungsrechten aufgrund ihrer untrennbaren Verbindung mit dem Stammrecht der Mitgliedschaft Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 399 Rn. 25. — Siehe dazu mit Blick auf Hauptforderungen aus einem Bankdarlehen unten § 7 C. III. 1. a) und betreffend kreditsichernde Informationsansprüche unten § 7 C. III. 2.

22 *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, Protokolle, S. 573.

23 Jakobs/Schubert/*ders.*, Schuldverhältnisse I, 1978, § 399 B II, S. 774.

24 Jakobs/Schubert/*ders.*, Schuldverhältnisse I, 1978, § 399 C III, IV, V 1, S. 774.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bindung dieses Rechts an die Person des Darlehensgebers wird an späterer Stelle behandelt.[25]

I. Zu den gegenstandsgebundenen Rechten im Allgemeinen

Die isolierte Abtretung eines Rechts ist nach § 399 Alt. 1 (i. V. m. § 413) BGB ausgeschlossen, wenn es an einen Gegenstand gebunden ist: Zwingend an eine *Forderung* gebunden sind das Pfandrecht (§ 1250 Abs. 1 Satz 2 BGB) und die Rechte aus der Bürgschaft, § 399 Alt. 1 BGB. Zwingend an das Eigentums*recht* gebunden sind der Anspruch auf Grundbuchberichtigung (§ 894 BGB) und der Herausgabeanspruch (§ 985 BGB).[26] Der Unterlassungsanspruch aus einem Wettbewerbsverbot ist an das Unternehmen – einen sonstigen *Gegenstand* – gebunden.[27] Wie das letzte Beispiel zeigt, muss der Bezugspunkt der Bindung kein Recht sein. Als Oberbegriff wird daher der Ausdruck *gegenstandsgebundene Rechte* vorgeschlagen.[28]

II. Zur nachgiebigen Forderungsgebundenheit des Bestimmungsrechts

Ein Recht, das mit der abgetretenen Forderung analog § 401 Abs. 1 BGB übergeht, kann nach allgemeiner Ansicht nicht isoliert abgetreten werden.[29]

---

25 Siehe dazu unten § 7 C. IV. 3. c).

26 Siehe zu § 894 BGB *BGH*, Urt. v. 14.1.1972 – V ZR 164/69, MittBayNot 1972, 120; siehe zu beiden Folgeansprüchen: Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 399 Rn. 45 f.; MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 21; PWW/*H.-F. Müller*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 7. Ohne diese Ansprüche kann das Eigentum nicht übertragen werden; die Bindung ist dabei wie bei der Hypothek (siehe § 1153 Abs. 2 BGB) wechselseitig.

27 Siehe zu diesem sog. unternehmensgebundenen Anspruch *RG*, Urt. v. 15.6.1935 – I 220/34, RGZ 148, 146 (147); Nörr/Scheyhing/Pöggeler/*Scheyhing*/*Nörr*, Sukzessionen, 2. Aufl. 1999, § 3 II 2, S. 21; MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 22; PWW/*H.-F. Müller*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 8.

28 Von „unselbständigen akzessorischen Ansprüchen" ist die Rede bei *BGH*, Urt. v. 24.10.1985 – VII ZR 31/85, BGHZ 96, 146 (149). Insofern von unselbständigen Ansprüchen und Hilfsrechten sprechend Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 399 Rn. 38. Als „rechtsgebundene oder unselbständige Ansprüche" bezeichnend MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 7. Von unselbständigen Forderungen und Rechten spricht BeckOGK ZivR/*Lieder*, 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 41.

29 *Larenz*, Schuldrecht, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, § 34 II 3, S. 583; MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 19 f.; Schulze/*Fries*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 4; Grüneberg/*ders.*, BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 7; PWW/*H.-*

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Bestimmungsrecht in Bezug auf einen kreditsichernden Informationsanspruch geht, wie oben ausgeführt, analog § 401 Abs. 1 BGB über, wenn der Informationsanspruch abgetreten wird; es sei denn, der Übergang ist gemäß §§ 399, 412 f. BGB ausgeschlossen.[30] Folgerichtig kann das Bestimmungsrecht nicht isoliert abgetreten werden – es ist gemäß § 399 Alt. 1, § 413 BGB forderungsgebunden. Zu beantworten bleibt noch, ob diese Bindung nachgiebig ist:

Dient die Gebundenheit eines Rechts dem Schutz der Interessen Dritter oder der Allgemeinheit, spricht das für eine zwingende Bindung.[31] Bei dem Bestimmungsrecht in Bezug auf einen kreditsichernden Informationsanspruch ist nicht ersichtlich, dass dessen Forderungsgebundenheit auch andere Interessen als die des Darlehensnehmers schützen soll. Generell spricht es für die Zulässigkeit, ein vertragliches Bestimmungsrecht isoliert abtretbar auszugestalten, dass die Vertragsparteien von vornherein einen Dritten zur Bestimmung berechtigen können (siehe §§ 317 f. BGB). Das Bestimmungsrecht hinsichtlich eines kreditsichernden Informationsanspruches kann also isoliert abtretbar ausgestaltet werden. An eine solche Gestaltung ist etwa mit Blick auf folgende Konstellation zu denken:

Das Bestimmungsrecht geht auf den Zessionar über. Dann wird darüber gestritten, wie er das Bestimmungsrecht ausübt. — Als vorausschauende Lösung kann vereinbart werden, dass der Zessionar das Bestimmungsrecht

---

F. Müller, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 6; BeckOK BGB/*Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 9.

30 Siehe zum Übergang des Bestimmungsrechts bei einem ermessensabhängigen Informationsanspruch analog § 401 Abs. 1 BGB oben § 3 C. I. 2. a). Siehe dazu, dass demgegenüber ein kreditsichernder Informationsanspruch nicht analog § 401 Abs. 1 BGB übergeht, wenn die Hauptforderung abgetreten wird, sondern selbständig abgetreten werden muss, oben § 3 C. I. 1. — Siehe zur Frage, ob das Bestimmungsrecht an die Person des Darlehensgebers gebunden ist, unten § 7 C. IV. 3. c).

31 Ein *Beispiel* liefert der Rückforderungsanspruch gemäß § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB. Zum Hintergrund: Diesen Anspruch kann der Schenker dem Beschenkten nicht erlassen. Grund ist das öffentliche Interesse, zu verhindern, dass der Schenker Sozialhilfe benötigt (siehe dazu Staudinger/*Chiusi*, BGB, 2021, BGB § 528 Rn. 35; MüKoBGB/*Koch*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 528 Rn. 18 m. w. N. in Fn. 74). Über das öffentliche Interesse können Gläubiger und Schuldner nicht verfügen. Daher ist eine Abtretung, die dieses Interesse beeinträchtigt, gemäß § 399 Alt. 1 BGB zwingend ausgeschlossen. Vgl. zur begrenzten Abtretbarkeit *BGH*, Urt. v. 9.11.1994 – IV ZR 66/94, BGHZ 127, 354 (355 ff.); Staudinger/*Chiusi*, BGB, 2021, BGB § 528 Rn. 33; MüKoBGB/*Koch*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 528 Rn. 17 m. w. N. in Fn. 68; Jauernig/*Mansel*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB §§ 528, 529 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

isoliert an einen Agenten oder zurück an den Darlehensgeber abtreten können soll.[32]

Hinzuweisen ist schließlich noch darauf, dass der Darlehensnehmer weder in die Abtretung einwilligen (§ 183 Satz 1 BGB) noch diese genehmigen (§ 184 Abs. 1 BGB) kann. Für eine solche Gestaltung muss er mit dem Inhaber des Bestimmungsrechts einen Verfügungsvertrag[33] schließen.[34] Insofern verhält es sich wie bei der Aufhebung eines gemäß § 399 Alt. 2 BGB vereinbarten Abtretungsausschlusses.[35]

C. Personengebundenheit der Darlehensgeberrechte

Dem Überblick über die Gruppen personengebundener Forderungen (dazu I.) folgt die Darstellung des Meinungsstandes zur Personengebundenheit der Darlehensgeberrechte (dazu II.). Auf die im Zuge dieser Diskussion vorgebrachten Gesichtspunkte wird zurückgekommen, und zwar bei der

32 Vgl. zum Sicherheiten-Agenten bei der Konsortialfinanzierung oben § 3 B. I. 3 a. E.

33 Die nachträgliche Vereinbarung eines Abtretungsausschlusses i. S. d. § 399 Alt. 2 BGB ändert ebenso wie dessen spätere Änderung den Inhalt eines Rechts und ist damit ein Verfügungsvertrag (siehe zur Definition des Verfügungsvertrages BeckOK BGB/*Gehrlein*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 311 Rn. 5).

34 *Dornwald*, Abtretungsverbot gemäß § 399 1. Alt. BGB, 1978, S. 151; *Larenz*, Schuldrecht, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, § 34 II 2, S. 582; Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 399 Rn. 23. — Dagegen meint BeckOGK ZivR/*Lieder*, 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 55, der Schuldner könne zustimmen.

35 Siehe betreffend § 399 Alt. 2 BGB zur fehlenden Genehmigungsmöglichkeit auf Grundlage der Inhaltsbestimmungslehre (zu dieser oben § 3 A. VII a. E.): *RG*, Urt. v. 13.1.1911 – VII 92/10, RGZ 75, 142 (145); *BGH*, Urt. v. 1.2.1978 – VIII ZR 232/75, BGHZ 70, 299 (303 f.); Urt. v. 3.12.1987 – VII ZR 374/86, NJW 1988, 1210 (1211); Urt. v. 29.6.1989 – VII ZR 211/88, BGHZ 108, 172 (176 ff.); Urt. v. 2.2.2006 – IX ZR 67/02, BGHZ 166, 125 (135 Rn. 31); *Lehmann/Hübner*, BGB AT, 16. Aufl. 1966, § 37 I 3 d, S. 329; *Henseler*, BB 1995, 5 (7); *Bengelsdorf*, Pfändung und Abtretung von Lohn, 2. Aufl. 2002, Rn. 570; *Boewer*, Lohnpfändung, 2004, Rn. 1211; *Fuhrmann*, Bankgeheimnis, 2009, S. 119 f.; K. Tonner/Willingmann/Tamm/*dies.*, VertrR Komm., 2010, BGB § 399 Rn. 12; Ensthaler/*B. Schmidt*, GK-HGB, 8. Aufl. 2015, HGB § 354a Rn. 3; MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 43; Ellenberger/Nobbe/*Cranshaw*, Kommentar zum Kreditrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, BGB § 399 Rn. 5; Grüneberg/*ders.*, BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 12; PWW/*H.-F. Müller*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 17; BeckOK BGB/*Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 21; von Westphalen/Thüsing/*von Westphalen*, VertrR u. AGB-Klauselwerke, 50. EL März 2024, Vertragsrecht, Abtretungsausschluss Rn. 2. — Anderer Ansicht BeckOGK ZivR/*Lieder*, 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 109 ff. — Auch im schweizerischen Recht sei die Genehmigungsmöglichkeit umstritten; die herrschende Meinung bejahe eine Wirkung ex tunc, *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014, S. 64 Fn. 248.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Untersuchung der Darlehensgeberrechte hinsichtlich ihrer Eigenschafts- und Zweckgebundenheit (dazu III.) sowie hinsichtlich ihrer Höchstpersönlichkeit im weiteren Sinne (dazu IV.).

I. Überblick über die Gruppen personengebundener Forderungen

Die Gruppen der gemäß § 399 Alt. 1 BGB personengebundenen Forderungen werden in Rechtsprechung und Literatur teils uneinheitlich gebildet und bezeichnet, was auch daran liegen mag, dass sie schwer voneinander abzugrenzen sind.[36] Insbesondere die Rechtsprechung nimmt eine Dreiteilung vor. Unterschieden werden können danach im engeren Sinne höchstpersönliche Forderungen[37] (dazu 1.), im weiteren Sinne höchstpersönliche Forderungen[38] (dazu 2.) und eigenschafts- und zweckgebundene Forderungen (dazu 3.).

---

36 *OLG Köln*, Urt. v. 28.4.1999 – 13 U 199/98, NJW 2000, 295; *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 204 f.; *Chr. Ott*, AcP 220 (2020), 928 (938); Jauernig/*Stürner*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 400 Rn. 1; Schulze/*Fries*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 2. Nach Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 399 Rn. 22 sei eine Abgrenzung entbehrlich, da § 399 Alt. 1 BGB die Abtretung unterschiedslos ausschließe. — Eine „nicht ganz" einheitliche Terminologie konstatierend Ellenberger/Nobbe/*Cranshaw*, Kommentar zum Kreditrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, BGB § 399 Rn. 12.

37 Von höchstpersönlichen Ansprüchen i. e. S. spricht MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 7. — Verbreitet werden diese Forderungen schlicht als „höchstpersönlich" bezeichnet, siehe *BGH*, Beschl. v. 8.10.1957 – V BLw 12/57, BGHZ 25, 293 (299); Urt. v. 4.12.2009 – V ZR 9/09, NJW-RR 2010, 1235 (1236 Rn. 12); Urt. v. 24.3.2011 – IX ZR 180/10, BGHZ 189, 65 (75 Rn. 42); Beschl. v. 22.5.2014 – IX ZB 72/12, NZI 2014, 656 (657 Rn. 18); Beschl. v. 18.6.2020 – IX ZB 11/19, NZI 2020, 839 (841 Rn. 20); *BAG*, Urt. v. 22.10.2020 – 6 AZR 566/18, BAGE 172, 377 (382 Rn. 24); Schulze/*Fries*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 2; Grüneberg/*ders.*, BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 6; BeckOK BGB/*Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 4. — Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 399 Rn. 4 ff. spricht zwar von „höchstpersönlichen Forderungen und Rechten", fasst darunter aber z. B. auch den Gebrauchsüberlassungsanspruch (Rn. 8), der nach der Terminologie der Rechtsprechung nicht höchstpersönlich ist (siehe etwa *BGH*, Urt. v. 8.4.2020 – VIII ZR 130/19, NJW-RR 2020, 779 [787 Rn. 77 f.]; dazu unten § 7 C. IV. 1. b)). Forderungen, die nach der Rechtsprechung höchstpersönlich sind, z. B. der Anspruch auf Unterhalt in Natur (siehe *BGH*, Urt. v. 4.12.2009 – V ZR 9/09, FamRZ 2010, 367 [369]; *BAG*, Urt. v. 22.10.2020 – 6 AZR 566/18, BAGE 172, 377 [382 Rn. 24]), fasst er unter die Überschrift „Abtretungsausschluss mit Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnisses" (vor Rn. 22 und Rn. 26).

38 Für diese Gruppe von Forderungen fehlt ein gängiger Begriff – die Rechtsprechung verwendet keinen. In Abgrenzung zu den im engeren Sinne höchstpersönlichen For-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Im engeren Sinne höchstpersönliche Forderungen

Im engeren Sinne höchstpersönlich ist eine Forderung, deren Identität durch die Person des Gläubigers bestimmt wird. So ist etwa in Natur zu leistender Unterhalt schon seinem Wesen nach personengebunden,[39] weil die Leistung auf einer höchstpersönlichen Forderung des Gläubigers beruht, die nur er geltend machen kann.[40] Dies erinnert an § 3 Abs. 2 Var. 1 TE-OR, wonach die Abtretung von „Forderungen, deren Erfüllung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht möglich ist", ausgeschlossen sein sollte. — Dass die Darlehensgeberrechte im engeren Sinne höchstpersönlich sind, kommt nicht in Betracht.

Von den im engeren Sinne höchstpersönlichen Forderungen unterscheiden sich die im weiteren Sinne höchstpersönlichen und die eigenschafts- oder zweckgebundenen Forderungen dadurch, dass bei diesen ein Wechsel des Gläubigers „rechtlich vorstellbar"[41] ist.

---

derungen bezeichnet MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 8 sie als höchstpersönliche Ansprüche i. w. S. Diese Terminologie wird hier aufgegriffen.

39 *BGH*, Urt. v. 4.12.2009 – V ZR 9/09, FamRZ 2010, 367 (369); *BAG*, Urt. v. 22.10.2020 – 6 AZR 566/18, BAGE 172, 377 (382 Rn. 24); *Sintenis*, Civilrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1868, § 128 a 2, S. 810 f.; *Enneccerus/Lehmann*, Schuldrecht, 13. Bearb. 1950, § 78 IV 1 a, S. 300; *Larenz*, Schuldrecht, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, § 34 II 2, S. 582; Nörr/Scheyhing/Pöggeler/*Scheyhing/Nörr*, Sukzessionen, 2. Aufl. 1999, § 3 II 3, S. 23; *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 205 f.; Schulze/*Fries*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 2; Grüneberg/*ders.*, BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 4; BeckOK BGB/*Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 4. — Vgl. aus historischer Sicht T. II Art. 146 Abs. 2 Halbsatz 1 BayE (*Kgr. Bayern*, Entw.-BGB, 1861, T. II, S. 60), siehe dazu oben § 7 A. I. — Siehe zu anderen Beispielen *Lehmann/Hübner*, BGB AT, 16. Aufl. 1966, § 15 II 1 a, S. 114: Inhaberwechsel führe beim Namensrecht oder dem Recht des Ehegatten auf die eheliche Lebensgemeinschaft zu einer Wesensänderung. Siehe außerdem *RG*, Urt. v. 12.10.1932 – II 145/32, BeckRS 1932, 7: Unterlassungsanspruch wegen Ehrverletzung. Siehe schließlich noch die Aufzählung bei MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 9 ff.

40 Vgl. *BGH*, Beschl. v. 8.10.1957 – V BLw 12/57, BGHZ 25, 293 (299); Urt. v. 4.12.2009 – V ZR 9/09, NJW-RR 2010, 1235 (1236 Rn. 12); Urt. v. 24.3.2011 – IX ZR 180/10, BGHZ 189, 65 (75 Rn. 42); Beschl. v. 22.5.2014 – IX ZB 72/12, NZI 2014, 656 (657 Rn. 18); Beschl. v. 18.6.2020 – IX ZB 11/19, NZI 2020, 839 (841 Rn. 20); *BAG*, Urt. v. 22.10.2020 – 6 AZR 566/18, BAGE 172, 377 (382 Rn. 24). — Vgl. zum englischen Recht *Rademacher*, Verkehrsschutz im englischen Privatrecht, 2016, S. 152.

41 *BGH*, Urt. v. 24.10.1985 – VII ZR 31/85, BGHZ 96, 146 (149); Urt. v. 2.7.2003 – XII ZR 34/02, NJW 2003, 2987; Urt. v. 4.12.2009 – V ZR 9/09, NJW-RR 2010, 1235 (1236 Rn. 12); Urt. v. 24.3.2011 – IX ZR 180/10, BGHZ 189, 65 (75 Rn. 42); Beschl. v. 22.5.2014 – IX ZB 72/12, NZI 2014, 656 (657 Rn. 18); Urt. v. 8.4.2020 – VIII ZR 130/19, NJW-RR 2020, 779 (787 Rn. 76); Beschl. v. 18.6.2020 – IX ZB 11/19,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Im weiteren Sinne höchstpersönliche Forderungen

Bei einer im weiteren Sinne höchstpersönlichen Forderung ist die Abtretung ausgeschlossen, weil das Interesse des Schuldners, einen bestimmten Gläubiger zu behalten, besonders schutzwürdig ist.[42] — Dies wird bei der Untersuchung, ob die Darlehensgeberrechte im weiteren Sinne höchstpersönlich sind, noch vertieft.[43]

3. Eigenschafts- und zweckgebundene Forderungen

Drittens ist die Abtretung ausgeschlossen, wenn die Leistung mit der Person des Gläubigers in einer Weise verbunden ist, dass die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger als eine andere erschiene.[44] Zu dieser Gruppe können außer zweckgebundenen Forderungen m. E. auch jene Forderungen gezählt werden, die i. S. d. § 3 Abs. 2 Var. 4 TE-OR „zu ihrer Geltendmachung eine nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubigers

NZI 2020, 839 (841 Rn. 20); *BAG*, Urt. v. 22.10.2020 – 6 AZR 566/18, BAGE 172, 377 (382 Rn. 24); MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 8.

42 *BGH*, Urt. v. 24.10.1985 – VII ZR 31/85, BGHZ 96, 146 (149); 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. 4.12.2009 – V ZR 9/09, NJW-RR 2010, 1235 (1236 Rn. 12); Urt. v. 24.3.2011 – IX ZR 180/10, BGHZ 189, 65 (75 Rn. 42); Urt. v. 31.7.2013 – VIII ZR 162/09, BGHZ 198, 111 (119 Rn. 23); Beschl. v. 22.5.2014 – IX ZB 72/12, NZI 2014, 656 (657 Rn. 18); Urt. v. 8.4.2020 – VIII ZR 130/19, ZIP 2020, 1129 (1136 Rn. 76); Beschl. v. 18.6.2020 – IX ZB 11/19, NZI 2020, 839 (841 Rn. 20); *LG Nürnberg-Fürth*, Urt. v. 25.2.2008 – 10 O 11030/06, WM 2008, 2015 (2017); MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 24; BeckOGK ZivR/*Lieder*, 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 33.

43 Siehe unten § 7 C. IV. 1.

44 *BGH*, Urt. v. 4.12.2009 – V ZR 9/09, NJW-RR 2010, 1235 (1236 Rn. 12); Urt. v. 24.3.2011 – IX ZR 180/10, BGHZ 189, 65 (75 Rn. 42); Beschl. v. 22.5.2014 – IX ZB 72/12, NZI 2014, 656 (657 Rn. 18); Beschl. v. 18.6.2020 – IX ZB 11/19, NZI 2020, 839 (841 Rn. 20).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

voraussetzen“[45]. — Insofern fragt es sich, ob die Kreditinstitutseigenschaft ein Fall des § 3 Abs. 2 Var. 4 TE-OR ist, worauf unten eingegangen wird.[46]

II. Meinungsstand zur Personengebundenheit der Darlehensgeberrechte

Der Meinungsstand zur Personengebundenheit der Darlehensgeberrechte wird hinsichtlich der Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB (dazu 1.), des Rechts zur Darlehenskündigung (dazu 2.) und der kreditsichernden Informationsrechte (dazu 3.) getrennt dargestellt.

1. Personengebundenheit der Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB

Nach herrschender Meinung sind Zins- und Rückzahlungsforderungen nicht gemäß § 399 Alt. 1 BGB personengebunden.[47] Ein kleinerer Teil der Literatur widerspricht dem und begründet dies mit unterschiedlichen Argumenten:

Die Gebundenheit der Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB bejaht *Knops*, wenn für diese ein sofort vollstreckbares umfangreiches Sicherungspaket bestellt ist.[48] Einen weiteren Grund für einen Abtretungs-

45 *Von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 3, S. 927; siehe dazu oben § 7 A. II. — Siehe zur Fallgruppe des Abtretungsausschlusses aufgrund unübertragbarer Gläubigereigenschaft außerdem Buch 1 Abt. 4 Art. 265 Abs. 1 Halbsatz 2 Nr. 1 HessE (*Großherzogthum Hessen*, Entw.-BGB, 4. Abt. 1. Buch I. Entw., 1853, S. 69); T. II Art. 146 Abs. 1 BayE (*Kgr. Bayern*, Entw.-BGB, 1861, T. II, S. 60); § 966 Alt. 1 SächsBGB; siehe dazu oben § 7 A. I.

46 Siehe dazu, dass die Kreditinstitutseigenschaft kein Fall des § 3 Abs. 2 Var. 4 TE-OR ist, unten § 7 C. III. 1. a).

47 *BGH*, Urt. v. 19.4.2011 – XI ZR 256/10, NJW 2011, 3024 (3025 Rn. 25); *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 17.6.2010 – 16 U 229/08, BeckRS 2011, 15354 Rn. 51; *LG Nürnberg-Fürth*, Urt. v. 25.2.2008 – 10 O 11030/06, WM 2008, 2015 (2017); *Baums*, WM 1993, 1 (7); *Bruchner*, BKR 2004, 394 (395); *Jobe*, ZIP 2004, 2415 (2416); *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 90 ff.; *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271 (275); *Reuter/Buschmann*, ZIP 2008, 1003 (1005); *Aleth/Böhle*, DStR 2010, 1186 (1187); *Hohlbein*, Sanierung, 2010, S. 215 f.; *Funken*, Übertragung von Darlehensforderungen durch Kreditinstitute, 2011, S. 138; *Heer*, Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken, 2011, S. 146 f.; *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 419 ff.; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 321; *Stainer*, Loan-to-own, 2020, S. 112; MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 146. — Vgl. auch BT-Drs. 16/2927 S. 3.

48 *Knops*, VuR 2009, 286 (293). — Siehe dazu unten § 7 C. IV. 2. b) cc).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ausschluss erblickt er in dem Fehlen einer Bankerlaubnis des Zessionars;[49] ähnlich dazu verneinen andere die Abtretbarkeit, wenn dem Zessionar die Kreditinstitutseigenschaft fehlt.[50] — Zur Frage der Gebundenheit der Darlehensgeberrechte an die Kreditinstitutseigenschaft wird unten Stellung genommen.[51]

Des Weiteren wird ein Abtretungsausschluss mit der Vertrauensprägung der Beziehung von Kunde und Bank begründet.[52] *Malte F. Kramme* meint, der Tatbestand des § 399 Alt. 1 BGB sei erfüllt, wenn der Darlehensgeber das Bankgeheimnis verletze.[53] Ähnlich sieht es *Michael Becken*, jedoch macht er eine Ausnahme für notleidende Kredite.[54] — Dahinter steht die Frage, inwiefern eine Abtretung gemäß § 399 Alt. 1 BGB unwirksam ist, wenn sie im Falle ihrer Wirksamkeit eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht verletzt; dies wird unten behandelt.[55]

2. Personengebundenheit des Rechts zur Darlehenskündigung

Zur Personengebundenheit des Rechts zur Darlehenskündigung hat der *Bundesgerichtshof* noch keine Stellung genommen. Hinsichtlich anderer Kündigungs- und Gestaltungsrechte hat er die Frage nach der Abtretbarkeit offengelassen, da eine unwirksame Abtretung in eine Ermächtigung zur Kündigung i. S. d. § 185 Abs. 1 BGB umzudeuten (§ 140 BGB) wäre.[56]

In der Literatur wird die Personengebundenheit des Rechts zur Darlehenskündigung unterschiedlich beurteilt. Teils wird dabei sowohl zwischen

49 *Knops*, VuR 2009, 286 (292 f.).

50 *Schwintowski*/*Schantz*, NJW 2008, 472 (473); K. Tonner/Willingmann/Tamm/*dies.*, VertrR Komm., 2010, BGB § 399 Rn. 8; jurisPK-BGB/*Schwintowski*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 101.

51 Siehe zur Frage nach der Gebundenheit der Darlehensgeberrechte an die Kreditinstitutseigenschaft unten § 7 C. III. 1.

52 *Knops*/*Knobloch*/*Dübel*/*Reifner*, Erwerb v. Kreditforderungen durch PE-Unternehmen, 2007, 5.2.2, S. 84; *Knops*, WM 2008, 2185 (2186); *ders.*, VuR 2009, 286 (293); Staudinger/*Wolfsteiner*, BGB, 2019, BGB § 1153 Rn. 17. — Siehe dazu unten § 7 C. IV. 2. b) bb).

53 *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014, S. 309 f.

54 *Becken*, Kreditportfolios, 2017, S. 175 und 194.

55 Siehe zur zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB als Definitionsbestandteil im weiteren Sinne höchstpersönlicher Forderungen unten § 7 C. IV. 2. a).

56 *BGH*, Urt. v. 23.2.1977 – VIII ZR 124/75, BGHZ 68, 118 (124 f.); Urt. v. 10.12.1997 – XII ZR 119/96, NJW 1998, 896 (897). Siehe dazu schon oben § 3 C. I. 2. a).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ordentlichem und außerordentlichem Kündigungsrecht als auch hinsichtlich der Frage differenziert, ob die Bindung nachgiebig oder zwingend ist:

Das außerordentliche Kündigungsrecht erachtet *Robert Freitag* für nachgiebig personengebunden.[57] Hingegen lehnen *Peter O. Mülbert* und *Eva-Maria Bernauer* eine dingliche Bindung ab. Allerdings heben sie bei der Interessenabwägung nach § 490 Abs. 1 BGB[58] nur dann auf die Interessen des Zessionars anstatt auf die des Darlehensgebers ab, wenn der Darlehensnehmer der Abtretung zugestimmt hat.[59]

Das ordentliche Kündigungsrecht erachten die vorgenannten und weitere Autoren für frei übertragbar.[60] — Dagegen erachtet *Jens-Hinrich Binder* selbst das ordentliche Kündigungsrecht für zwingend gebunden; insofern meint er, das Kündigungsrecht könne nur durch Vertragsübernahme übergehen.[61]

Wie die Frage der Personengebundenheit des Rechts zur Darlehenskündigung nach hiesigem Dafürhalten zu beantworten ist, wird unten behandelt.[62]

3. Personengebundenheit kreditsichernder Informationsrechte

Die Personengebundenheit kreditsichernder Informationsansprüche wird, soweit ersichtlich, nicht diskutiert. Erst recht wird nicht diskutiert, ob das Bestimmungsrecht in Bezug auf einen kreditsichernden Informationsanspruch personengebunden ist. Zu erwähnen ist allerdings, dass unabhängig von dieser Konstellation die herrschende Meinung der zustimmungsfreien

57 Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 260.

58 Siehe zur nach § 490 Abs. 1 BGB notwendigen Gesamtwürdigung und Interessenabwägung oben § 1 B. II.

59 Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert*/*Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.102.

60 Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 307; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert*/*Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.102. Die Abtretbarkeit des Kündigungsrechts ohne ausdrückliche Beschränkung auf das ordentliche Kündigungsrecht bejahend *Zimmermann*, BKR 2008, 95 (98); Grundmann/*M. Renner*, Bankvertragsrecht, Bd. 1, 2020, Teil 4 Rn. 229 erwähnt hinsichtlich der Abtretbarkeit nur das „Kündigungsrecht nach § 488 Abs. 3 BGB".

61 BeckOGK ZivR/*Binder*, 1.8.2024, BGB § 488 Rn. 85.

62 Das Recht zur Darlehenskündigung ist nicht im weiteren Sinne höchstpersönlich, siehe unten § 7 C. IV. 3. d).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Übertragung vertraglicher Bestimmungsrechte eher ablehnend gegenübersteht.[63]

Eine Antwort auf die Frage der Personengebundenheit kreditsichernder Informationsansprüche und diesbezüglicher Bestimmungsrechte wird unten gegeben.[64]

III. Eigenschafts- und Zweckgebundenheit der Darlehensgeberrechte

Ein Teil der Literatur meint, wie oben dargestellt, Bankdarlehensforderungen könnten nur an Kreditinstitute bzw. Inhaber einer Bankerlaubnis abgetreten werden;[65] das wirft die Frage auf, ob Bankdarlehensforderungen unter die Gruppe der eigenschafts- und zweckgebundenen Forderungen zu subsumieren sind (dazu 1.). Mit Blick auf diese Gruppe beschränkt abtretbarer Forderungen stellt sich außerdem die Frage, ob ein kreditsichernder Informationsanspruch gemäß § 399 Alt. 1 BGB nur im Rahmen seiner Zweckbindung abgetreten werden kann (dazu 2.).

1. Gebundenheit der Darlehensgeberrechte an die Kreditinstitutseigenschaft?

Nach Ansicht von *Hans-Peter Schwintowski* und *Peter Schantz* schließe § 399 Alt. 1 BGB aus, eine Bankdarlehensforderung an eine Nicht-Bank

63 Nach *BGH*, Urt. v. 4.12.2008 – IX ZR 219/07, NJW-RR 2009, 490 (491) mit zust. Anm. v. *G. Wolf*, DStR 2009, 1283 f. könne „ein vertragliches Leistungsbestimmungsrecht gemäß § 315 BGB allenfalls durch eine Vereinbarung beider Vertragsteile an einen Dritten delegier[t]“ werden und „jedenfalls nicht ohne Zustimmung des anderen Vertragsteils mit dem Abtretungsvertrag einem Zessionar zugeschoben werden“ (zustimmend auch Mayer/Kroiß/*Winkler*, HK-RVG, 8. Aufl. 2021, RVG § 14 Rn. 6; Jauernig/*Stürner*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 401 Rn. 6; Grüneberg/*ders.*, BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 398 Rn. 20; siehe zu dieser Entscheidung bereits oben § 3 C. I. 2. a)). In diesem Sinne auch *Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten, 1986, S. 267; Staudinger/*Rieble*, BGB, 2020, BGB § 315 Rn. 115 ff. — Ablehnend *Steinbeck*, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, 1994, S. 100 f.

64 Siehe zur Personengebundenheit kreditsichernder Informationsansprüche unten § 7 C. IV. 3. b) und zur Personengebundenheit des Bestimmungsrechts bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches unten § 7 C. IV. 3. c).

65 So *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472 (473); *Knops*, VuR 2009, 286 (292 f.); K. Tonner/Willingmann/Tamm/*dies.*, VertrR Komm., 2010, BGB § 399 Rn. 8; jurisPK-BGB/*Schwintowski*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 101; dazu oben § 7 C. II. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

abzutreten:[66] Die Forderung hänge i. S. d. Entwürfe zu § 399 Alt. 1 BGB von einer nicht übertragbaren Eigenschaft des Gläubigers ab, nämlich der Kreditinstitutseigenschaft (dazu a)).[67] An diese Eigenschaft knüpften aufsichtsrechtliche Pflichten (z. B. nach § 25a Abs. 1 Satz 1 KWG), deren Einhaltung die *BaFin* überwache, § 6 Abs. 1 Satz 1 KWG. Daher interessiere den Schuldner die Kreditinstitutseigenschaft; die Rechtsordnung erkenne dieses Interesse an – § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG sei ein Schutzgesetz.[68] Auch liege die Personengebundenheit auf der Linie der Entscheidung des *Reichsgerichts* im Pfandleiher-Fall (dazu b)).

a) Die Kreditinstitutseigenschaft – kein Fall des § 3 Abs. 2 Var. 4 TE-OR

Mit der Normgenese eine Bindung von Bankdarlehensforderungen an die Kreditinstitutseigenschaft zu begründen, überzeugt nicht. Die Kreditinstitutseigenschaft mag „eine nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubigers" (§ 3 Abs. 2 Var. 4 TE-OR) sein. Bloß müssen nach § 3 Abs. 2 Var. 4 TE-OR solchermaßen gebundene Forderungen diese Eigenschaft auch „zu ihrer Geltendmachung […] voraussetzen"[69], und hieran scheitert es.[70]

66 *Schwintowski*/*Schantz*, NJW 2008, 472 (476); jurisPK-BGB/*Schwintowski*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 101.

67 *Schwintowski*/*Schantz*, NJW 2008, 472 f.

68 *Schwintowski*/*Schantz*, NJW 2008, 472 (473). Weiter meinen sie, § 30a AO (nunmehr a. F. – § 30a AO wurde durch Art. 1 Nr. 2 i. V. m. Art. 11 Abs. 2 StUmgBG aufgehoben und gilt seit dem 25.6.2017 nicht mehr) berechtige Banken zur Auskunftsverweigerung gegenüber den Finanzbehörden (anders seinerzeit die herrschende Meinung zu § 30a AO a. F. – sie maß der Vorschrift nur deklaratorischen Charakter bei und entnahm dieser kein Recht zur Auskunftsverweigerung, siehe *BFH*, Urt. v. 18.2.1997 – VIII R 33/95, DStR 1997, 961 [963]; Koenig/*Intemann*, AO, 3. Aufl. 2014, AO § 30a Rn. 11).

69 Diese Voraussetzung des § 3 Abs. 2 Var. 4 TE-OR findet in § 212 Abs. 3 RedVorl, § 212 Abs. 1 ZustOR, § 293 Abs. 1 KE und § 295 Abs. 1 E I nur noch in dem Wort „abhängt" ihren Niederschlag, vgl. *von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 3, S. 927; Jakobs/Schubert/*ders.*, Schuldverhältnisse I, 1978, § 399 A II, III, IV, 2, S. 773; siehe dazu oben § 7 A. II.

70 Darlehensrückzahlungsforderungen sind dann gemäß § 399 Alt. 1 BGB an die Person des Darlehensgebers gebunden, wenn die Zahlungspflicht von der Bedingung abhängt, dass der Darlehensgeber das Geld benötigt, *OLG Köln*, Urt. v. 28.4.1999 – 13 U 199/98, NJW 2000, 295; *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 92; Grundmann/*M. Renner*, Bankvertragsrecht, Bd. 1, 2020, Teil 4 Rn. 189; jurisPK-BGB/*Rosch*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 399 Rn. 12; Jauernig/*Stürner*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 400 Rn. 2; Schulze/*Fries*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 2; Grüneberg/*ders.*, BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 5; BeckOGK ZivR/*Lieder*, 1.8.2024,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Der Schutzzweck des Aufsichtsrechts und der Pfandleiher-Fall

Die Bindung von Bankdarlehensforderungen an die Kreditinstitutseigenschaft mit dem Aufsichtsrecht zu begründen, überzeugt nicht:[71] Die Erlaubnispflichtigkeit nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG schützt Kapitalanleger,[72] aber nicht Darlehensnehmer vor der Abtretung an einen gefährlicheren Gläubiger.[73] Überdies nimmt die *BaFin* ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahr, § 4 Abs. 4 FinDAG.[74]

Die Übertragung von Bankdarlehensforderungen auf Finanzinvestoren lässt sich zwar mit dem Pfandleiher-Fall des *Reichsgerichts* vergleichen,[75] indes überwiegen die Unterschiede und nicht die Gemeinsamkeiten:[76]

Das *Reichsgericht* urteilte, eine Abtretung unter Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 34, 38 a. F. GewO sei gemäß § 134 BGB nichtig. Es ließ

BGB § 399 Rn. 39 Fn. 169. — In diesem Fall setzt die Geltendmachung der Forderung eine unübertragbare Eigenschaft des Darlehensgebers voraus, nämlich dessen Geldbedarf.

71 Zu bemerken ist allerdings, dass ein Umkehrschluss aus § 6 Abs. 3 Satz 1 BauSparkG nicht gegen die Personengebundenheit in Stellung gebracht werden kann. Nach § 6 Abs. 3 Satz 1 BauSparkG „dürfen" Bausparkassen Forderungen aus Bauspardarlehen nur für das Bauspargeschäft und für das Geschäft mit Vor- und Zwischenfinanzierungskrediten veräußern (von einer Einschränkung der „Veräußerbarkeit" sprechen jedoch *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271 [275]; ähnlich *Funken*, Übertragung von Darlehensforderungen durch Kreditinstitute, 2011, S. 139). Daraus zu schließen, der Gesetzgeber müsse grundsätzlich von der Veräußerbarkeit von Bankdarlehensforderungen ausgegangen sein, da es sonst der Einschränkung in § 6 Abs. 3 Satz 1 BauSparkG nicht bedurft hätte (so die vorgenannten Autoren), überzeugt nicht. Denn unterstellt, ein Kreditinstitut kann gemäß § 399 Alt. 1 BGB seine Forderung nur auf ein anderes übertragen, dann darf es das eben nur zu den in § 6 Abs. 3 Satz 1 BauSparkG genannten Zwecken.

72 Vgl. *BGH*, Urt. v. 21.4.2005 – III ZR 238/03, NJW 2005, 2703 f.

73 Siehe *BGH*, Urt. v. 19.4.2011 – XI ZR 256/10, NJW 2011, 3024 (3025 Rn. 25); *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 17.6.2010 – 16 U 229/08, BeckRS 2011, 15354 Rn. 51; *Bork*, ZIP 2008, 2049 (2057 f.); *Buschmann*, BKR 2008, 415 (416 f.); *Reuter/Buschmann*, ZIP 2008, 1003 (1005); *D. Schulz*, ZIP 2008, 1858 (1861 f.); *Funken*, Übertragung von Darlehensforderungen durch Kreditinstitute, 2011, S. 136 ff.; *Heer*, Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken, 2011, S. 147.

74 Siehe dazu *Funken*, Übertragung von Darlehensforderungen durch Kreditinstitute, 2011, S. 139; Nomos-BR FinDAG/*Laars*, 5. Aufl. 2021, FinDAG § 4 Rn. 7. — Im Ergebnis ablehnend auch *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 503; *R. Weber*, Sachenrecht II, 4. Aufl. 2015, § 15 Rn. 23.

75 Hingegen spricht *Funken*, Übertragung von Darlehensforderungen durch Kreditinstitute, 2011, S. 138 schon von mangelnder Vergleichbarkeit.

76 Ähnlich *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 399.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aber dahinstehen, ob § 399 Alt. 1 BGB die Abtretung ausschließt.[77] — Schon dieser Aspekt macht den Vergleich angreifbar.[78]

Überdies erfüllt der Forderungserwerb nicht den Tatbestand der Gelddarlehensgewährung nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 KWG; insofern verstößt die Abtretung schon nicht gegen Aufsichtsrecht.[79] Aber selbst wenn man einen Gesetzesverstoß bejahte, bliebe als Unterschied immer noch, dass dieser nicht zur Nichtigkeit der Abtretung gemäß § 134 BGB führt.[80] Und anders als die §§ 34, 38 a. F. GewO bezwecken diese aufsichtsrechtlichen Vorschriften zumindest nicht „*vorwiegend* den Schutz der Darlehensnehmer“[81].

2. Zweckgebundenheit kreditsichernder Informationsansprüche

Im Unterschied zu Zins- und Rückzahlungsforderungen lässt sich bei einem kreditsichernden Informationsanspruch dessen eingeschränkte Übertragbarkeit unter Verweis auf § 3 Abs. 2 Var. 4 TE-OR begründen:

Ein kreditsichernder Informationsanspruch ähnelt dem Anspruch eines Gesellschafters auf Einsicht in die Gesellschaftsbücher. Solche Ansprüche sollten von § 3 Abs. 2 Var. 4 TE-OR erfasst werden.[82] Aufgrund seiner Bindung an den Sicherungszweck ist zu dessen Geltendmachung auch ein Sicherungsinteresse vorauszusetzen. Daher ist die Abtretung an jemanden ohne Sicherungsinteresse nach § 399 Alt. 1 BGB ausgeschlossen.[83]

---

77 *RG*, Urt. v. 26.4.1904 – III 454/03, RGZ 58, 71 (75).

78 Diesen Punkt betont *D. Schulz*, ZIP 2008, 1858 (1860).

79 Siehe oben § 4 A.

80 Siehe oben § 4 D.

81 *RG*, Urt. v. 26.4.1904 – III 454/03, RGZ 58, 71 (73). Hervorhebung durch den Verfasser.

82 *Von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980, Tit. 4 I § 3, S. 950; *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, Protokolle, S. 573; näher dazu oben § 7 A. II.

83 Siehe zum Grad, in dem die Informationsansprüche von der gesicherten Forderung abhängen, oben § 3 C. I. 1. c) aa). — Vgl. auch *BG*, Urt. v. 17.7.1989, BGE 115 II 264 (266): Es nimmt eine der Abtretung entgegenstehende Natur des Rechtsverhältnisses gemäß Art. 164 Abs. 1 Halbsatz 1 i. V. m. Halbsatz 2 Var. 3 OR an, „wenn die Leistung an den Zessionar nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder wenn der Zweck der Forderung durch die Abtretung vereitelt oder gefährdet wäre“. Siehe zur Unabtretbarkeit wegen Zweckbindung *BGH*, Beschl. v. 10.3.2021 – VII ZB 24/20, BGHZ 229, 94 (97 Rn. 10); jurisPK-BGB/*Rosch*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 399 Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ein eigenes Sicherungsinteresse hat, wer Inhaber der gesicherten Forderung ist. Insofern kann der Informationsanspruch auch als forderungsgebunden angesehen werden, obwohl er nicht analog § 401 Abs. 1 BGB übergeht.[84] Im Übrigen kann auch ein fremdes Sicherungsinteresse genügen: Zu denken ist an eine Gestaltung, wonach ein Zessionar die Informationsansprüche an einen Agenten oder zurück an den Darlehensgeber abtreten können soll. Entsprechend kann auch umgekehrt vereinbart werden, dass ein Agent einen Informationsanspruch, den er originär und isoliert hält, an den Inhaber der gesicherten Forderung abtreten kann.

IV. Darlehensgeberrechte als im weiteren Sinne höchstpersönliche Rechte

Verbreitete Beschreibungen und anerkannte Fälle im weiteren Sinne höchstpersönlicher Forderungen werden systematisiert (dazu 1.), um daraus eine Definition dieser Gruppe von Forderungen zu entwickeln (dazu 2.). Anhand dieser Definition wird beurteilt, ob Darlehensgeberrechte höchstpersönlich im weiteren Sinne sind (dazu 3.).

1. Systematisierung im weiteren Sinne höchstpersönlicher Forderungen

Bei einer im weiteren Sinne höchstpersönlichen Forderung ist „das Interesse des Schuldners an der Beibehaltung einer bestimmten Gläubigerperson […] besonders schutzwürdig".[85] Von dieser Beschreibung einer im weiteren

84 Siehe dazu, dass ein kreditsichernder Informationsanspruch selbständig abgetreten werden muss, oben § 3 C. I. 1.

85 *BGH*, Urt. v. 24.10.1985 – VII ZR 31/85, BGHZ 96, 146 (149); 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. 4.12.2009 – V ZR 9/09, NJW-RR 2010, 1235 (1236 Rn. 12); Urt. v. 24.3.2011 – IX ZR 180/10, BGHZ 189, 65 (75 Rn. 42); Urt. v. 31.7.2013 – VIII ZR 162/09, BGHZ 198, 111 (119 Rn. 23); Beschl. v. 22.5.2014 – IX ZB 72/12, NZI 2014, 656 (657 Rn. 18); Urt. v. 8.4.2020 – VIII ZR 130/19, ZIP 2020, 1129 (1136 Rn. 76); Beschl. v. 18.6.2020 – IX ZB 11/19, NZI 2020, 839 (841 Rn. 20); *LG Nürnberg-Fürth*, Urt. v. 25.2.2008 – 10 O 11030/06, WM 2008, 2015 (2017). Ähnliche Formulierungen finden sich in der Literatur: Von einem „schutzwürdigen Interesse des Schuldners" ohne den Zusatz besonders spricht MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 24. Von „schützenswerten Interessen" spricht BeckOGK ZivR/*Lieder*, 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 33. — Nach *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht, Bd. 2, 9. Aufl. 1906, § 335 1 b, S. 387 f. mit Fn. 4 sei eine Forderung unübertragbar, wenn die Pflicht zur Leistung an den Zessionar für den Schuldner einen

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sinne höchstpersönlichen Forderung ausgehend werden zwei Fälle gebildet. Sie unterscheiden sich durch den Bezugspunkt der Beeinträchtigung des Schuldnerinteresses, zu der es im Falle einer wirksamen Abtretung kommen könnte.[86] So können zum einen die Leistungshandlung (dazu a)) und zum anderen der Leistungsgegenstand (dazu b)) Bezugspunkt der Interessenbeeinträchtigung sein.

a) Die Leistungshandlung als Bezugspunkt der Interessenbeeinträchtigung

Eine Forderung ist personengebunden, wenn „die Leistungshandlung des Schuldners verändert, insbesondere zu seinen Lasten erschwert"[87] würde, leistete er an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger.

Nachteil bedeute, der über den hinausgehe, welcher der Zession per se immanent sei. — Siehe zur Voraussetzung der besonderen Schutzwürdigkeit des Schuldnerinteresses noch unten § 7 C. IV. 2. a) aa).

86 Bei fehlender Interessenbeeinträchtigung kann im Übrigen auch eine nach dem Gesetz im Zweifel unübertragbare Forderung abtretbar sein. Das betrifft etwa den Anspruch auf das Tagesguthaben gemäß § 695 Satz 1, § 700 Abs. 1 Satz 3 BGB aus einem unregelmäßigen Verwahrungsvertrag i. S. d. § 700 BGB i. V. m. einem Girovertrag i. S. d. § 675f BGB (siehe zur Anspruchsgrundlage *BGH*, Urt. v. 8.7.1982 – I ZR 148/80, BGHZ 84, 371 [373]; Urt. v. 30.11.1993 – XI ZR 80/93, BGHZ 124, 254 [257]; BeckOK BGB/*Schmalenbach*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 675f Rn. 43). Die Abtretbarkeit des Anspruches auf das Tagesguthaben bejahend *BGH*, Urt. v. 30.6.1982 – VIII ZR 129/81, BGHZ 84, 325 (328 ff.) m. w. N. auch zur Gegenansicht; Urt. v. 8.7.1982 – I ZR 148/80, BGHZ 84, 371 (373 f. und zum Aspekt fehlender Interessenbeeinträchtigung 374 f. und 377 f.); BeckOK BGB/*Schmalenbach*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 675f Rn. 42. Demgegenüber die Abtretbarkeit dieses Anspruches ablehnend *K. Berger*, ZIP 1980, 946 (949 f.); *ders.*, ZIP 1981, 583 (585 f.).

87 *BGH*, Urt. v. 25.9.1972 – VIII ZR 102/71, NJW 1972, 2036; bestätigt durch Urt. v. 24.10.1985 – VII ZR 31/85, BGHZ 96, 146 (149). Siehe auch BGB-RGRK/*Weber*, Bd. II/1, 12. Aufl. 1976, BGB § 399 Rn. 18. Vgl. Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 399 Rn. 5; BeckOGK ZivR/*Lieder*, 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 31. — Nach *RG*, Urt. v. 25.9.1906 – II 46/06, RGZ 60, 120 (122) werde in § 399 Alt. 1 BGB „der allgemeine Rechtsgrundsatz ausgesprochen, daß eine Abtretung nur insoweit zugelassen ist, als durch sie der Inhalt der dem Schuldner – debitor cessus – obliegenden Leistung nicht zu dessen Nachteil verändert wird". — Vgl. zum Aspekt der Erschwerung der Leistungshandlung T. I Tit. 11 § 408 f. ALR: „Ueberhaupt darf die Verpflichtung des Schuldners [scil. Leistungshandlung] durch die Abtretung des Rechts an einen Andern niemals erschwert werden." „Es ist daher auch die Einwilligung des Schuldners zur Gültigkeit der Cession an sich nicht nothwendig", T. I Tit. 11 § 409 ALR (siehe zu diesen Vorschriften im Kontext der Überwindung des Verbots der cessio in potentiorem oben § 6 A. I. 3.). Vgl. auch *Mot.*, Bd. II, 2. Aufl. 1896, S. 125, wo auf den Satz, „daß die Lage des Schuldners durch die Uebertragung der Forderung nicht ver-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ein Beispiel liefert der Anspruch auf Dienstleistung gemäß § 611 Abs. 1 BGB. Er ist im Zweifel nicht übertragbar, § 613 Satz 2 BGB.[88] Dessen Unübertragbarkeit schützt den Schuldner zum einen vor einer Leistungserschwerung (negatives Äquivalenzinteresse).[89] Zum anderen schützt sie ihn vor einer Verletzung seines derivativen Integritätsinteresses,[90] was sich anhand eines Behandlungsanspruches nach § 630a Abs. 1 BGB verdeutlichen lässt:[91] Oft muss der Schuldner dem Gläubiger physisch nahekommen, um ihn zu behandeln. Damit ist der Schuldner bei der Vornahme der Leistungshandlung gezwungen, dem Gläubiger die gesteigerte Möglichkeit zur Einwirkung auf sein Integritätsinteresse zu gewähren.[92] Und von einem anderen als dem ursprünglichen Gläubiger kann eine höhere Gefahr für das Integritätsinteresse des Schuldners ausgehen.

---

schlechtert werden dürfe", Bezug genommen wird. Dieses allgemeine zessionsrechtliche Schlechterstellungsverbot aufgreifend *BGH*, Urt. v. 25.9.1958 – VII ZR 181/57, NJW 1958, 1915: „Durch die Abtretung einer Forderung darf die Lage des Schuldners nicht zu dessen Nachteil geändert werden." Vgl. auch BT-Drs. 16/8182 S. 8. — Siehe noch unten § 10 B. I. 2.

88 Auch der Anspruch auf Auftragsausführung (§ 662 BGB) ist im Zweifel unübertragbar, § 664 Abs. 2 BGB. — Den Dienstleistungsanspruch ohne nähere dogmatische Einordnung als „nicht abtretbar" bezeichnend MüKoBGB/*Müller-Glöge*, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, BGB § 613 Rn. 20; ähnlich („Ausschluss der Abtretbarkeit") ErfK/*Preis/Greiner*, 24. Aufl. 2024, BGB § 613 Rn. 13. — Die Ansprüche auf Dienstleistung und Auftragsausführung als solche i. S. d. § 399 Alt. 1 BGB einordnend K. Tonner/Willingmann/Tamm/*dies.*, VertrR Komm., 2010, BGB § 399 Rn. 2; PWW/*H.-F. Müller*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 4. — Ebenso und zum Teil speziell bezüglich § 630a Abs. 1 BGB *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 205 f.; MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 25; BeckOGK ZivR/*Lieder*, 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 32. — Staudinger/*Fischinger*, BGB, 2022, BGB § 613 bejaht die Höchstpersönlichkeit des Dienstleistungsanspruches (Rn. 42), meint aber zugleich, der Dienstleistungsanspruch sei unabhängig von § 399 Alt. 1 BGB im Zweifel unübertragbar (Rn. 31); ähnlich MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 25. — § 613 Satz 2 und § 664 Abs. 2 BGB als Auslegungsregel bezüglich § 399 Alt. 2 BGB verstehend *Dornwald*, Abtretungsverbot gemäß § 399 1. Alt. BGB, 1978, S. 16 ff. — Siehe zu den Ansprüchen auf Dienstleistung und Auftragsausführung auch oben § 6 D. I. 2. c) aa).

89 Siehe zum Begriff des negativen Äquivalenzinteresses oben § 6 D. I. 2. c) und zum Schutz vor einer Leistungserschwerung oben § 6 D. I. 2. c) aa).

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

91 § 613 Satz 2 BGB ist direkt anwendbar. Der Behandlungsvertrag ist ein Spezialfall des Dienstvertrags. Siehe BT-Drs. 17/10488 S. 17 unter Rekurs auf *BGH*, Urt. v. 3.2.1967 – VI ZR 114/65, BGHZ 47, 75 (77); Urt. v. 18.3.1980 – VI ZR 247/78, BGHZ 76, 259 (261); Urt. v. 25.3.1986 – VI ZR 90/85, BGHZ 97, 273 (276). Siehe zur systematischen Einordnung des Behandlungsvertrags als lediglich „‚dienstvertragsähnlich[…]'" Erman/*Rehborn/Gescher*, BGB, Bd. 2, 17. Aufl. 2023, BGB vor § 630a Rn. 4.

92 Siehe zur Rücksichtspflicht des Patienten auf dieses Hauptinteresse *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (271).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Der Leistungsgegenstand als Bezugspunkt der Interessenbeeinträchtigung

Im zweiten Fall erschwert der Gläubigerwechsel nicht die Leistungshandlung; der Grund für die Personengebundenheit liegt in der Natur des Gegenstandes der Leistung. So kann eine Forderung auch dann gemäß § 399 Alt. 1 BGB nicht abgetreten werden, wenn es dem Schuldner aufgrund in der Person des Gläubigers liegender Vertrauensgründe entscheidend darauf ankommt, wer die Leistung empfängt.[93]

Ein Beispiel für einen solchen Fall ist der – regelmäßig nachgiebig personengebundene[94] – Anspruch auf Gebrauchsüberlassung gemäß § 535

93 Vgl. *BGH*, Urt. v. 24.10.1985 – VII ZR 31/85, BGHZ 96, 146 (149): „Ebenso bedeutet es eine Inhaltsänderung, wenn die Leistungs*handlung* als solche im Hinblick auf den Empfänger einen besonderen Charakter annimmt, obwohl die geforderte Handlung des Schuldners sich nicht verändert". Hervorhebung des Verfassers. Siehe ferner *BGH*, 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); *LG Nürnberg-Fürth*, Urt. v. 25.2.2008 – 10 O 11030/06, WM 2008, 2015 (2017); Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 399 Rn. 22; MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 25; BeckOK BGB/*Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 5.

94 Nach allgemeiner Ansicht sind der Anspruch auf Gebrauchsüberlassung sowie der Anspruch auf Fruchtgenussgewährung gemäß § 581 Abs. 1 Satz 1 BGB nachgiebig personengebunden. — Vgl. zunächst Art. 146 Abs. 2 Halbsatz 2 BayE (*Kgr. Bayern*, Entw.-BGB, 1861, T. II, S. 60); siehe dazu oben § 7 A. I. — Siehe sodann § 549 BGB a. F. bzw. § 540 Abs. 1 Satz 1; § 553 Abs. 1 Satz 2 BGB. Mit diesen Vorschriften arg. a fortiori den Ausschluss der zustimmungslosen Abtretbarkeit begründend *RG*, Urt. v. 2.10.1930 – 288/30 VIII, JW 1931, 2946 (2947); BGB-RGRK/*Weber*, Bd. II/1, 12. Aufl. 1976, BGB § 399 Rn. 21; Staudinger/*V. Emmerich*, BGB, 2021, BGB § 540 Rn. 62. — Siehe im Ergebnis ferner *RG*, Urt. v. 31.3.1911 – 212/10 III, JW 1911, 487 Nr. 7; *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; *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; 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. — Ausnahmsweise die Abtretbarkeit eines Anspruches, auf einem Übungsgelände Werbung betreiben zu dürfen, bejahend, weil die mietrechtlichen Elemente als nebensächlich zurückträten, *BGH*, Urt. v. 26.1.1994 – XII ZR 93/92, NJW-RR 1994, 558. Ebenso ließe sich sagen, eine Gefahrerhöhung liege so fern oder wiege so leicht, dass die Abtretung schon keine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht verletzte (siehe zur nach hiesigem Dafürhalten vorauszusetzenden Pflichtwidrigkeit der Zession unten § 7 C. IV. 2. a)).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abs. 1 Satz 1 BGB.[95] Diesen Anspruch kann der Schuldner häufig nur erfüllen, indem er dem Gläubiger den unmittelbaren Besitz an der Mietsache einräumt.[96] Damit eröffnet er ihm die gesteigerte Möglichkeit, die Mietsache zu beschädigen, mithin dessen Integritätsinteresse zu verletzen.[97] Von einem anderen als dem ursprünglichen Gläubiger kann eine höhere (freilich auch niedrigere) Gefahr für dieses Interesse ausgehen. Insofern schützt die Personengebundenheit des Gebrauchsüberlassungsanspruches den Schuldner vor einer Risikoveränderung, mithin vor der Möglichkeit, dass der Gläubigerwechsel sein derivatives Integritätsinteresse verletzt.[98]

2. Eigene Definition im weiteren Sinne höchstpersönlicher Forderungen

Die zuvor dargestellte Beschreibung im weiteren Sinne höchstpersönlicher Forderungen und die insofern anerkannten Fälle lassen sich, verknüpft mit einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB, in der folgenden Definition zusammenführen:

Eine Forderung ist im weiteren Sinne höchstpersönlich, wenn erstens deren Übertragung eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB entgegensteht (dazu a)) und zweitens der Schuldner, leistete er an den Zessionar, sein durch diese Pflicht geschütztes Interesse verletzte (dazu b)).

95 Dagegen meint Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 399 Rn. 7, dass „die Überlassung des Gebrauchs der Sache an A eine andere Handlung als die Überlassung des Gebrauchs derselben Sache an B" sei.

96 Siehe etwa *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht BT, 18. Aufl. 2018, § 22 Rn. 6 und 8. — Daher sind die Schutzpflichten des Mieters von besonderer Bedeutung, was die spezielle Regelung von Obhutspflichten wie der Anzeigepflicht nach § 536c Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB verdeutlicht, vgl. *BGH*, Urt. v. 1.4.1963 – VIII ZR 257/61, NJW 1963, 1449 (1450) zur Ratio des § 536c Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB. Siehe zur Einordnung der Vorschrift als spezielle Ausprägung der allgemeinen Obhutspflicht des Mieters *Gramlich*, Mietrecht, 15. Aufl. 2019, BGB § 536c Rn. 1; Blank/Börstinghaus/Siegmund/*dies.*, Miete, 7. Aufl. 2023, BGB § 536c Rn. 1.

97 Bei einer beweglichen Sache schafft die Einräumung des Besitzes an dieser zudem die Gefahr, dass der Schuldner sein Eigentum an derselben nach §§ 929 ff., §§ 932 ff. BGB verliert.

98 Siehe zu diesem Beispielfall bereits oben § 6 D. I. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB

Durch das Erfordernis einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht wird gewährleistet, dass das Schuldnerinteresse besonders schutzwürdig ist (dazu aa)); abzuheben ist hierbei auf eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB und nicht auf eine vertragsnatürliche gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB (dazu bb)).

aa) Die besondere Schutzwürdigkeit des Schuldnerinteresses

Im weiteren Sinne höchstpersönliche Forderungen werden, wie oben dargestellt,[99] verbreitet dahingehend beschrieben, dass „das Interesse des Schuldners an der Beibehaltung einer bestimmten Gläubigerperson […] besonders schutzwürdig" ist.[100] Trifft den Gläubiger eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB, ist dies der Fall:

Denn hat der Gläubiger aus Rücksicht gegenüber dem Schuldner die Abtretung zu unterlassen, darf auch das Interesse des Schuldners, ihn als Gläubiger zu behalten, als besonders schutzwürdig bezeichnet werden.[101] Folgt hingegen aus der Pflicht zur Rücksicht auf die Belange des Schuld-

99 Siehe oben § 7 C. IV. 1.

100 *BGH*, Urt. v. 24.10.1985 – VII ZR 31/85, BGHZ 96, 146 (149); 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. 4.12.2009 – V ZR 9/09, NJW-RR 2010, 1235 (1236 Rn. 12); Urt. v. 24.3.2011 – IX ZR 180/10, BGHZ 189, 65 (75 Rn. 42); Urt. v. 31.7.2013 – VIII ZR 162/09, BGHZ 198, 111 (119 Rn. 23); Beschl. v. 22.5.2014 – IX ZB 72/12, NZI 2014, 656 (657 Rn. 18); Urt. v. 8.4.2020 – VIII ZR 130/19, ZIP 2020, 1129 (1136 Rn. 76); Beschl. v. 18.6.2020 – IX ZB 11/19, NZI 2020, 839 (841 Rn. 20); *LG Nürnberg-Fürth*, Urt. v. 25.2.2008 – 10 O 11030/06, WM 2008, 2015 (2017). Ähnliche Formulierungen finden sich in der Literatur: Von einem „schutzwürdigen Interesse des Schuldners" ohne den Zusatz besonders spricht MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 24. Von „schützenswerten Interessen" spricht BeckOGK ZivR/*Lieder*, 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 33. — Nach *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht, Bd. 2, 9. Aufl. 1906, § 335 1 b, S. 387 f. mit Fn. 4 sei eine Forderung unübertragbar, wenn die Pflicht zur Leistung an den Zessionar für den Schuldner einen Nachteil bedeutet, der über den hinausgeht, welcher der Zession per se immanent ist.

101 Art. 2 Abs. 1 GG schützt zwar nicht nur die vernünftige (vgl. Staudinger/*Bork*, BGB, 2020, BGB Vorbemerkung zu §§ 145 ff. Rn. 15) Kontrahentenwahlfreiheit (zu dieser noch unten § 8 B. III. 3. a) aa)), sodass aus grundrechtlicher Sicht das Interesse des Schuldners an Gläubigerkontinuität schon per se schutzwürdig ist (vgl. insofern Nörr/Scheyhing/Pöggeler/*Scheyhing/Nörr*, Sukzessionen, 2. Aufl. 1999, § 1, S. 6 f.; *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007, S. 53). Den strengeren

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ners noch nicht einmal ein schuldrechtliches Abtretungsverbot, können die Belange des Schuldners auch keinen dinglichen Abtretungsausschluss rechtfertigen,[102] und zwar unter dem Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes erst recht nicht:

Betreffend den Schutz des Erhalts der Verkehrsfähigkeit der Wirtschaftsgüter ist das schuldrechtliche Abtretungsverbot ein Minus zum dinglichen. Insofern belegt die diesem Schutzzweck dienende Vorschrift des § 137 BGB,[103] dass schuldrechtliche und dingliche Verfügungsbeschränkungen unter Verkehrsschutzaspekten in einem Stufenverhältnis stehen.[104] Denn gemäß § 137 Satz 1 BGB kann lediglich nicht die Befugnis, über ein veräußerliches Recht zu verfügen, durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder

---

Maßstab rechtfertigt jedoch die mit § 398 BGB verbundene Wertentscheidung des Gesetzgebers für eine zustimmungslose Zession.

102 Die gleichsam spiegelbildliche Frage, ob eine dingliche Abtretungsausschlussvereinbarung nach § 399 Alt. 2 BGB eine Unterlassungsverpflichtung enthält, wird in der Literatur diskutiert. Diese Frage bejahend *Raible*, Vertragliche Beschränkung der Übertragung von Rechten, 1969, S. 66; *Larenz*, Schuldrecht, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, § 34 II 1, S. 581; (implizit) *Basedow*, ZEuP 1997, 615 (633 f.); *K. Schmidt*, FS Schimansky, 1999, 503 (508 f.); Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 399 Rn. 52. Diese Frage verneinend, da dingliches und schuldrechtliches Abtretungsverbot abstrakt und kategorial verschieden seien, *Baukelmann*, FS Brandner, 1996, 185 (197); *Schütze*, Zession und Einheitsrecht, 2005, S. 180; *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 83 und 181.

103 Siehe dazu, dass § 137 BGB den Erhalt der Verkehrsfähigkeit der Wirtschaftsgüter schützen soll, *BGH*, Beschl. v. 18.6.1971 – V ZB 4/71, BGHZ 56, 275 (278 f.); MüKo-BGB/*Armbrüster*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, BGB § 137 Rn. 4; BeckOK BGB/*Wendtland*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 137 Rn. 2. — Die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches dürften dabei allerdings vornehmlich absolut begrenzte Güter wie Grundstücke im Blick gehabt haben, vgl. *Liebs*, AcP 175 (1975), 1 (19). — Das römische Recht erlaubte zum Teil pacta de non alienando mit absoluter Wirkung (lex dicta, lex privata), z. B. Freilassungsverbote beim Sklavenverkauf, *Paulus*, D. 40,1,9; *Ulpian*, D. 40,4,9,1; *Marcianus*, D. 40,9,9,2; siehe dazu *Kaser*, FG Sontis, 1977, 11 (20 ff.); HKK-BGB/*Dorn*, Bd. I, 2007, §§ 134–137 Rn. 44. — Seinerzeit Verfügungsbeschränkungen absolute Wirkung beimessend *Merenda*, Controversiarvm, 1626, lib. I cap. XXXI, S. 84 ff.; *Hofacker*, Principia, Bd. II/1, 1794, lib. IV cap. I § 891, S. 134; *Thibaut*, System, Bd. 1, 9. Ausg. 1846, II. Buch 1. Abschn. § 273, S. 216. Dagegen für eine relative Wirkung *van den Sande*, Commentarii, 1657, alienatione, pars 4, cap. 2, S. 159 ff.; *Stryk*, Cautelis, 1727, sect. I cap. III §§ XXXII ff., S. 48 f.; siehe zum Streitstand *Braun*, Römisches Recht II, 7. Aufl. 1831, § 584, S. 498 ff.; *Mühlenbruch*, Cession, 3. Aufl. 1836, § 27 II 2. 1, S. 325 ff.; *von Glück*, Pandecten, Bd. 16/1, 2. Aufl. 1844, 18. Buch 1. Tit. § 976 II, S. 62 f. Fn. 99 f.; *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 181. — Vgl. auch T. I Tit. 2 § 1 i. V. m. Tit. 4 § 14, § 15 Var. 2, § 17, § 19 ALR.

104 Siehe noch zum Stufenverhältnis dinglichen und relativen Sukzessionsschutzes betreffend die Inhaltskontrolle dinglicher und schuldrechtlicher Weitergabeklauseln unten § 8 B. III a. E.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beschränkt werden; die Wirksamkeit einer solchen Unterlassungsverpflichtung bleibt indes unberührt, wie § 137 Satz 2 BGB klarstellt.[105]

bb) Voraussetzung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht nach dem Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses

Nach der obigen Definition einer im weiteren Sinne höchstpersönlichen Forderung ist eine der Abtretung entgegenstehende zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB vorauszusetzen. Insofern ist zu überlegen, ob es nicht vorzugswürdig wäre, auf eine vertragsnatürliche zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht entsprechend § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB abzuheben. Bevor erläutert wird, warum dies zu verneinen ist, sei nochmals knapp dargestellt, wodurch sich die beiden Rücksichtspflichten unterscheiden:

Bei § 241 Abs. 2 BGB ist zu fragen, ob der Gläubiger nach dem Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses unter Würdigung der Umstände des Einzelfalles verpflichtet ist, die Übertragung zu unterlassen.[106] Demgegenüber wird bei § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB von dem konkreten Schuldverhältnis abstrahiert. Im Wege generalisierender Betrachtung und mit Blick auf die typischen Interessen der für gewöhnlich beteiligten Parteien wird ermittelt, ob der Gläubiger die Übertragung zu unterlassen hat.[107]

Denkbare Argumente für die Voraussetzung einer vertragsnatürlichen zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht sind der Umgehungs- (dazu aaa)) und der Verkehrsschutz (dazu bbb)).

105 Die Zulässigkeit der Unterlassungsverpflichtung folgt zwar schon aus der Vertragsinhaltsfreiheit (*Flume*, BGB AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 17, 7, S. 363; *C. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 99). Die Vorschrift des § 137 Satz 2 BGB ist aber dennoch nicht überflüssig. Sie stellt nämlich die Unzulässigkeit des teleologischen Einwands, obligatorische Verfügungsbeschränkungen unterliefen die nach § 137 Satz 1 BGB unwirksamen Verfügungsbeschränkungen, klar (*Nefzger*, ZJS 2012, 821 [825]; *ders.*, Abtretungsverbote, 2013, S. 95 f.). Siehe zur Spezialität des § 137 Satz 2 BGB gegenüber § 139 BGB *C. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 99.

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

107 Siehe zur Bestimmung einer vertragsnatürlichen zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht oben § 6 C. II.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aaa) Umgehungsschutz als Argument für die Voraussetzung einer vertragsnatürlichen zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht?

Der Umgehungsschutz könnte dafür sprechen, auf eine objektiv-generalisierend bestimmte zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht entsprechend § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB abzustellen, da die Parteien Rücksichtspflichten i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB frei vereinbaren können. Genügt eine vereinbarte zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht, könnte dies die Möglichkeit schaffen, Ausnahmevorschriften zu § 399 Alt. 2 BGB[108] wie § 851 Abs. 2 ZPO[109] und § 354a Abs. 1 Satz 1 HGB[110] zu umgehen. Dieses Argument ist angreifbar:

---

108 Nicht nur um die Umgehung von Ausnahmevorschriften ginge es, wenn § 399 Alt. 2 BGB gestrichen würde. — Vollständige Streichung der Vorschrift i. V. m. einer Ergänzung des gegenwärtigen Schuldnerschutzsystems sei dringend anzumahnen, BeckOGK ZivR/*Lieder*, 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 23. — Für eine Ausnahme betreffend Geldforderungen eintretend *Eidenmüller*, AcP 204 (2004), 457 (500); *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019, S. 203 f.

109 Nach der Ausnahmevorschrift des § 851 Abs. 2 ZPO können Forderungen i. S. d. § 399 BGB gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden. Die herrschende Meinung reduziert § 851 Abs. 2 ZPO jedoch teleologisch auf Abtretungsausschlussvereinbarungen i. S. d. § 399 Alt. 2 BGB, siehe *BGH*, Urt. v. 30.3.1978 – VII ZR 331/75, JR 1978, 420; Urt. v. 17.3.2016 – IX ZR 303/14, NJW 2016, 1451 (1452 Rn. 32); *K. Berger*, ZIP 1980, 946 (948); PG/*Ahrens*, ZPO, 16. Aufl. 2024, ZPO § 851 Rn. 20; BeckOK ZPO/*Riedel*, 53. Ed. 1.7.2024, ZPO § 851 Rn. 6; jeweils m. w. N. — Mit gewissem Fokus auf § 399 Alt. 2 BGB MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 400 Rn. 1. — *Baumann*, Zwangsvollstreckung, 1975, § 11 II 2a, S. 178 hebt auf die Pfändbarkeit des Gegenstandes der Forderung aus vollstreckungsrechtlicher Perspektive ab. — Anderer Ansicht Wieczorek/Schütze/*Lüke*, ZPO, Bd. 10/1, 4. Aufl. 2015, ZPO § 851 Rn. 3.

110 § 354a Abs. 1 Satz 1 HGB unterfallen trotz der pauschalen Zitation des § 399 BGB nur Abtretungsverbote nach § 399 Alt. 2 BGB, siehe *Henseler*, BB 1995, 5 (7); MüKoHGB/*K. Schmidt*/*Langenbucher*, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, HGB § 354a Rn. 16; Oetker/*Maultzsch*, HGB, 8. Aufl. 2024, HGB § 354a Rn. 11. — Das ergibt sich aus dem identischen Wortlaut in § 354a Abs. 1 Satz 1 HGB und § 399 Alt. 2 BGB, wonach die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen sein muss, siehe *Henseler*, BB 1995, 5 (6); MüKoHGB/*K. Schmidt*, Bd. 5, 4. Aufl. 2018, HGB § 354a Rn. 10. — Die genetische Auslegung stützt dies insofern, als der seinerzeit erwogene Alternativvorschlag vorsah, § 399 Alt. 2 BGB zu streichen, vgl. BT-Drs. 12/7570 S. 1. — Schließlich spricht für dieses Verständnis auch die Vorgeschichte zu § 354a HGB a. F.: Abtretungsverbote in AGB verhinderten, dass Lieferanten ihre Entgeltforderungen zur Refinanzierung einsetzen konnten. Dem sollte begegnet werden, siehe BT-Drs. 12/7570 S. 3; BT-Drs. 12/7912 S. 2 und 24 f.; *von Olshausen*, ZIP 1995, 1950; *Wagner*, NJW 1995, 180; *Saar*, ZIP 1999, 988 f.; *Möller*/*Rupietta*, NZM 2009, 225 (226); Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann/*Klein*/*Theusinger*, Handels- u. GesR, 2. Aufl. 2011, § 2 Rn. 53; *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014, S. 67;

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vor einer Umgehung schützt bereits das zweite Merkmal der Definition. So muss die der Abtretung entgegenstehende zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht ein Schuldnerinteresse schützen, das Schaden nähme, leistete der Schuldner an den Zessionar.[111] Zur Veranschaulichung sei an § 354a Abs. 1 Satz 1 HGB gedacht. Diese Vorschrift setzt tatbestandlich eine Geldforderung voraus. Dass der Schuldner, leistete er Geld an den Zessionar, einem seiner Interessen schadete, auf das der Gläubiger nach § 241 Abs. 2 BGB Rücksicht zu nehmen hat, ist schwer vorstellbar.

Aber selbst dann, wenn sich solche Fälle konstruieren lassen, ist einer Umgehung auch anders beizukommen als durch die Voraussetzung einer vertragsnatürlichen zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht. So genügt es schon, Ausnahmevorschriften zu § 399 Alt. 2 BGB unter dem Aspekt des Umgehungsschutzes teleologisch auszulegen.[112] Als Beispiel dient wieder § 354a Abs. 1 Satz 1 HGB. Dessen Tatbestand setzt eine Vereinbarung mit dem Schuldner gemäß § 399 BGB voraus. Unter eine Vereinbarung i. S. d. Vorschrift kann auch eine solche subsumiert werden, die mittelbar die Rechtsfolge des § 399 BGB auslöst.[113]

bbb) Verkehrsschutz als Argument für die Voraussetzung einer vertragsnatürlichen zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht?

Für die Voraussetzung einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht vertragsnatürlichen Ursprungs könnte schließlich noch angeführt werden, die typisierende Betrachtung erhöhe die Zuordnungssicherheit.[114] — Darauf wäre zu erwidern, dass die Zuordnungssicherheit ohnehin schon durch

MüKoHGB/*K. Schmidt*, Bd. 5, 4. Aufl. 2018, HGB § 354a Rn. 1; *Drießnack*, Vertragsübergang, 2020, S. 116 f.

111 Siehe ausführlich zu diesem Definitionsbestandteil unten § 7 C. IV. 2. b).

112 Siehe zum Umgehungsschutz als Aspekt teleologischer Auslegung *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, 2001, S. 66 ff.; *Wank*, Methodenlehre, 2020, § 11 Rn. 107 ff.; MüKoBGB/*Armbrüster*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, BGB § 134 Rn. 18 ff.; *Wank*/*Maties*, Die Auslegung von Gesetzen, 7. Aufl. 2023, S. 73 f.

113 Für diese Auslegung spricht, dass gemäß § 354a Abs. 1 Satz 3 HGB abweichende Vereinbarungen unwirksam sind.

114 Siehe zur objektiv-generalisierenden Betrachtung bei der Bestimmung einer vertragsnatürlichen Pflicht oben § 6 C. II und zur Zuordnungssicherheit als teleologischem Argument bei der Auslegung des § 399 Alt. 1 BGB unten § 7 C. IV. 2. b) ee).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Möglichkeit konkludenter[115] und komplexer[116] Abtretungsausschlussvereinbarungen gemäß § 399 Alt. 2 BGB beeinträchtigt wird. Daher erscheint es zweifelhaft, dass eine konkrete Betrachtungsweise die Zuordnungssicherheit noch weiter verringert.

Und wer den einzelfallabhängigen Fragen bei der Qualifikation einer Forderung als im weiteren Sinne höchstpersönlich gemäß § 399 Alt. 1 BGB ausweicht, begegnet diesen an anderer Stelle wieder: Divergieren nämlich aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles die Pflichten nach § 241 Abs. 2 und § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB, wäre zu fragen, ob die Parteien konkludent einen Abtretungsausschluss gemäß § 399 Alt. 2 BGB bzw. eine von § 399 Alt. 1 BGB abweichende Regelung vereinbart haben. Ist das zu verneinen, wäre weiter zu fragen, ob der Vertrag insofern ergänzend auszulegen ist.[117] Gegenüber einem solchen Zweischritt ist es vorzuziehen, einzelfallabhängige Fragen schon bei der Beurteilung der Gebundenheit gemäß § 399 Alt. 1 BGB zu beantworten.[118] Im Übrigen dürften bei Fehlen

115 Vgl. zu den Verbindungslinien MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 25: Die Wertungskriterien, anhand deren eine Abtretungsausschlussvereinbarung im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu ermitteln sei, glichen denen der im weiteren Sinne höchstpersönlichen Forderungen. *Früh*, FS Hopt, 2010, 1823 (1831) meint sogar, § 399 Alt. 1 BGB regele den „stillschweigenden Abtretungsausschluss". Vgl. zur Abgrenzung auch BGB-RGRK/*Weber*, Bd. II/1, 12. Aufl. 1976, BGB § 399.

116 Siehe zur Zulässigkeit auch komplexer Abtretungsausschlussvereinbarungen *RG*, Urt. v. 14.6.1932 – VII 43/32, RGZ 136, 395 (399): „Es kann nun keinen Bedenken unterliegen, daß sich § 399 BGB nicht bloß auf den Fall bezieht, wo die Abtretung gänzlich ausgeschlossen ist, sondern auch auf den Fall, wo sie an gewisse sachliche Erfordernisse oder an eine Form oder an beides geknüpft ist"; zustimmend *OLG München*, Beschl. v. 20.10.1937 – Wx. 337/37, BeckRS 1937, 100369 Rn. 6. Siehe ferner *BGH*, Urt. v. 29.6.1989 – VII ZR 211/88, BGHZ 108, 172 (174 f.): „[D]ie Vereinbarung eines abgeschwächten Abtretungsausschlusses ist möglich, z. B. Bindung an bestimmte Formen der Abtretungserklärung, an eine Mitteilung an den Schuldner, an dessen Zustimmung usw." — Dazu kritisch *C. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 259 ff. und insbesondere 264. — Siehe zu den mit komplexen Abtretungsausschlussvereinbarungen verbundenen Nachteilen für die Ausplatzierung unten § 8 B. III. 3. a) dd) ccc) (2) a. E.

117 Vgl. insofern auch die ähnlich gelagerte Argumentation oben § 3 C. I. 1. c) bb) aaa) (1). — Siehe zu den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung unten § 10 B. II. 2. b) aa).

118 Nach einem solchen Zweischritt klingt es, wenn es heißt, für eine Abweichung von den Zweifelsregelungen der §§ 613 Satz 2 und 664 Abs. 2 BGB sei eine Vereinbarung erforderlich, dahingehend Baumgärtel/Laumen/Prütting/*Gäntgen*, HdB. der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, BGB § 613 Rn. 2; Baumgärtel/Laumen/Prütting/*Laumen*, HdB. der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, BGB § 664 Rn. 3; ErfK/*Preis*/*Greiner*, 24. Aufl. 2024, BGB § 613 Rn. 9; Schulze/*Schreiber*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 613 Rn. 3. — Dass zuvor schon anhand des Inhalts des konkreten Schuld-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer ausdrücklichen Regelung (z. B. in einer Abtretungsklausel) die zessionsbeschränkenden Rücksichtspflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB ohnehin häufig den vertragsnatürlichen entsprechen.[119]

b) Interessenbeeinträchtigung durch die Leistung an den Zessionar

Eine Forderung ist nicht schon allein deshalb höchstpersönlich im weiteren Sinne, weil eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB deren Abtretung entgegensteht. Hierfür bedarf es nach dem zweiten Teil der obigen Definition zudem noch, dass der Schuldner, leistete er an den Zessionar, sein durch die der Abtretung entgegenstehende Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB geschütztes Interesse verletzte.

Diese *leistungsbezogene Auslegung* des § 399 Alt. 1 BGB begrenzt die Gruppe der im weiteren Sinne höchstpersönlichen Forderungen auf Fälle, in denen ein Bezug zwischen der Beeinträchtigung der Schuldnerinteressen und der Leistungshandlung[120] oder dem Leistungsgegenstand[121] besteht. Abgelehnt wird damit eine *sukzessionsbezogene Auslegung* des § 399 Alt. 1 BGB, wonach auch eine Interessenbeeinträchtigung genügt, die sich in dem Gläubigerwechsel als solchem erschöpft. Somit ist nicht schon jede rücksichtspflichtwidrige Abtretung nach § 399 Alt. 1 BGB ausgeschlossen.

An dem Erfordernis des Leistungsbezugs lässt sich der Streit um die Personengebundenheit der Zins- und Rückzahlungsforderungen festmachen:[122]

---

verhältnisses zu beurteilen ist, ob die Forderung unübertragbar ist, kommt zum Ausdruck bei Staudinger/*Fischinger*, BGB, 2022, BGB § 613 Rn. 38; Jauernig/*Mansel*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 611 Rn. 6. — Eine konkrete Betrachtung erscheint kohärent zu *BGH*, Urt. v. 26.1.1994 – XII ZR 93/92, NJW-RR 1994, 558: In dieser Entscheidung bejahte er die ausnahmsweise Abtretbarkeit des Anspruches, auf einem Übungsgelände Werbung betreiben zu dürfen, weil die mietrechtlichen Elemente als nebensächlich zurückträten.

119 Siehe zum Verhältnis der Rücksichtspflichten nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses und aus der Natur des Vertrages oben § 6 C. II und unten § 8 B. III. 1. b) aa).

120 Siehe zu den im weiteren Sinne höchstpersönlichen Forderungen, die die Leistungshandlung als Bezugspunkt der Interessenbeeinträchtigung haben, oben § 7 C. IV. 1. a).

121 Siehe zu den im weiteren Sinne höchstpersönlichen Forderungen, die den Leistungsgegenstand zum Bezugspunkt der Interessenbeeinträchtigung haben, oben § 7 C. IV. 1. b).

122 Siehe zum Streitstand betreffend die Personengebundenheit der Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB oben § 7 C. II. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bei sukzessionsbezogener Auslegung, die im Ergebnis Teile der Literatur vertreten,[123] können Zins- und Rückzahlungsforderungen gemäß § 399 Alt. 1 BGB nicht abgetreten werden, wenn die Parteien der Abtretung die Auskunftspflicht gemäß § 402 Alt. 1 BGB nicht abbedingen. Denn ist der Darlehensgeber zur Auskunft verpflichtet, steigt die Gefahr, dass er geschützte Informationen teilt. Insofern beeinträchtigt die Entstehung der Pflicht das derivative Geheimhaltungsinteresse des Darlehensnehmers. Und weil diese Pflicht mit dem Gläubigerwechsel entsteht, trifft den Darlehensgeber eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht.[124]

Hingegen ist bei leistungsbezogener Auslegung, die im Ergebnis der herrschenden Meinung entspricht,[125] die Abtretung nicht gemäß § 399

123 Vgl. betreffend einen Bankdarlehensvertrag *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014, S. 310 f. Erst stellt er fest, dass „der Bestand des Vertrauensverhältnisses […] als wesensbestimmend für den Vertrag anzusehen" sei. Damit begründet er sodann, dass „sich aus einer unter Verletzung der vertraglichen Verschwiegenheitspflicht vorgenommenen Abtretung ein Abtretungsausschluss nach § 399 Alt. 1 BGB folgern" lasse, der jedoch bei „einvernehmliche[r] Auflösung des Vertrauensverhältnisses" entfalle. — Ähnlich klingt es bei *Knops*, WM 2008, 2185 (2186): Er bejaht eine Inhaltsänderung nach § 399 Alt. 1 BGB, „wenn das auf den geschlossenen Vertrag gegründete besondere Vertrauen des Kreditnehmers durch die Übertragung gänzlich missachtet" werde. In VuR 2009, 286 (293) bejaht er betreffend die Veräußerung „einer Kreditforderung an einen Zessionar ohne Bankcharakter" zunächst einen Verstoß gegen „Loyalitäts-, Schutz- und Interessenwahrungspflichten". Dann stellt er fest, dass „Vertragspartner nicht wie Sachen frei verfügbar" seien. „Deswegen" könne ein ungestörter Immobiliarkredit nur mit Zustimmung übertragen werden.

124 Siehe dazu bereits oben § 5 B. I. 3. b).

125 Vgl. die leistungshandlungsbezogene Aussage, eine Forderung sei personengebunden, wenn „die Leistungshandlung des Schuldners verändert, insbesondere zu seinen Lasten erschwert" würde, leistete er an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger (*BGH*, Urt. v. 25.9.1972 – VIII ZR 102/71, NJW 1972, 2036; bestätigend Urt. v. 24.10.1985 – VII ZR 31/85, BGHZ 96, 146 [149]; vgl. auch BGB-RGRK/*Weber*, Bd. II/1, 12. Aufl. 1976, BGB § 399 Rn. 18; dazu oben § 7 C. IV. 1. a)). — Siehe die leistungsgegenstandsbezogene Aussage, eine Forderung sei personengebunden, wenn es dem Schuldner aufgrund in der Person des Gläubigers liegender Vertrauensgründe entscheidend darauf ankomme, wer die Leistung empfange ([„Inhaltsänderung, wenn die Leistungshandlung als solche im Hinblick auf den Empfänger einen besonderen Charakter annimmt, obwohl die geforderte Handlung des Schuldners sich nicht verändert"] *BGH*, Urt. v. 24.10.1985 – VII ZR 31/85, BGHZ 96, 146 [149]; siehe ferner BGH, 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]; *LG Nürnberg-Fürth*, Urt. v. 25.2.2008 – 10 O 11030/06, WM 2008, 2015 [2017]; MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 25; dazu oben § 7 C. IV. 1. b)). — Zwar auf die Natur des Rechts- bzw. des Schuldverhältnisses im weiteren Sinne verweisend, aber doch zum Ausdruck bringend, das Schuldnerinteresse müsse mit Blick auf die Leistungserbringung beeinträchtigt werden, Staudinger/*Busche*, BGB, 2022,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Alt. 1 BGB ausgeschlossen. Schließlich verletzt ein Darlehensnehmer sein Geheimhaltungsinteresse nicht dadurch, dass er zahlt.

Für die Vorzugswürdigkeit der leistungsbezogenen Auslegung gegenüber der sukzessionsbezogenen sprechen die grammatische Auslegung (dazu aa)), die Abstraktheit der Elemente eines Schuldverhältnisses im weiteren Sinne (dazu bb)), § 799a ZPO und § 354a Abs. 2 HGB (dazu cc)), das strukturell erhöhte Schutzbedürfnis des Schuldners bei seiner Betroffenheit durch die Leistung (dazu dd)) und die Zuordnungssicherheit (dazu ee)).

aa) Grammatische Auslegung: Verknüpfung von Inhaltsänderung und Leistung

§ 399 Alt. 1 BGB verknüpft die Inhaltsänderung – den Abtretungsausschluss – mit der „Leistung". Das spricht dafür, tatbestandlich einen Bezug zur Leistung vorauszusetzen. Diesen schafft die leistungsbezogene Auslegung.

Mit Blick auf Zins- und Rückzahlungsforderungen aus einem Bankdarlehensvertrag meinen manche, „Inhalt" i. S. d. § 399 Alt. 1 BGB sei auch die Vertrauensbeziehung.[126] Folgte man dem, wäre doch zu sehen, dass die Vertrauensbeziehung nicht leidet, wenn der Darlehensnehmer an einen anderen zahlt. Dem Schuldner einer Geldforderung kann es gleichgültig sein, wer die Leistung empfängt, solange nur die Verbindlichkeit erlischt, § 362 Abs. 1 BGB.[127] Insofern verhält es sich anders als bei der temporären

---

BGB § 399 Rn. 22; BeckOGK ZivR/*Lieder*, 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 55 bei Fn. 236; BeckOK BGB/*Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 5. — Siehe auch noch jene, die betonen, § 399 Alt. 1 BGB schließe die Abtretung von Zins- und Rückzahlungsforderungen grundsätzlich nicht aus, so *BGH*, Urt. v. 19.4.2011 – XI ZR 256/10, NJW 2011, 3024 (3025 Rn. 25); *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 17.6.2010 – 16 U 229/08, BeckRS 2011, 15354 Rn. 51; *LG Nürnberg-Fürth*, Urt. v. 25.2.2008 – 10 O 11030/06, WM 2008, 2015 (2017); *Baums*, WM 1993, 1 (7); *Bruchner*, BKR 2004, 394 (395); *Jobe*, ZIP 2004, 2415 (2416); *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 90 ff.; *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271 (275); *Reuter/Buschmann*, ZIP 2008, 1003 (1005); *Aleth/Böhle*, DStR 2010, 1186 (1187); *Hohlbein*, Sanierung, 2010, S. 215 f.; *Funken*, Übertragung von Darlehensforderungen durch Kreditinstitute, 2011, S. 138; *Heer*, Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken, 2011, S. 146 f.; *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 419 ff.; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 321; *Stainer*, Loan-to-own, 2020, S. 112; MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 146.

126 So *Knops/Knobloch/Dübel/Reifner*, Erwerb v. Kreditforderungen durch PE-Unternehmen, 2007, 5.2.2, S. 84.

127 *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 17.6.2010 – 16 U 229/08, BeckRS 2011, 15354 Rn. 51 und obiter bestätigt von *BGH*, Urt. v. 19.4.2011 – XI ZR 256/10, NJW 2011, 3024 (3025

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Überlassung einer Sache. Daher kann gesagt werden, dass eine Geldforderung grundsätzlich abgetreten werden kann.[128]

bb) Abstraktheit der Elemente des Schuldverhältnisses im weiteren Sinne

Eine Forderung ist nicht schon deshalb an den Gläubiger gebunden, weil sie einem Schuldverhältnis entspringt, das von besonderem Vertrauen geprägt ist, oder andere Elemente dieses Schuldverhältnisses „personengebundenen Charakter haben"[129]. Die Elemente eines Schuldverhältnisses sind untereinander und diesem gegenüber grundsätzlich abstrakt. Das folgt im Umkehrschluss aus Vorschriften, die eine Verknüpfung schaffen.[130] Dagegen, dass § 399 Alt. 1 BGB eine solche Brückennorm ist, spricht dessen tatbestandliche Verknüpfung der Inhaltsänderung mit der Leistung an einen anderen.

Rn. 25); *LG Nürnberg-Fürth*, Urt. v. 25.2.2008 – 10 O 11030/06, WM 2008, 2015 (2017); *Eidenmüller*, AcP 204 (2004), 457 (471). — Kritisch zu diesem Argument *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 421.

128 *BGH*, Urt. v. 30.6.1982 – VIII ZR 129/81, BGHZ 84, 325 (330); Urt. v. 8.7.1982 – I ZR 148/80, BGHZ 84, 371 (373 f.): „grundsätzlich alle auf Geld gerichteten Zahlungsansprüche sind […] übertragbar". Siehe ferner *Baumgärtel*, AcP 156 (1958), 265 (271); *Jobe*, ZIP 2004, 2415 (2416); *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 91; *Reuter/Buschmann*, ZIP 2008, 1003 (1005); *Funken*, Übertragung von Darlehensforderungen durch Kreditinstitute, 2011, S. 139; *Heer*, Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken, 2011, S. 142; Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1326; BeckOK BGB/*Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 5. — Eine Ausnahme ist dann zu machen, wenn die Zahlungspflicht von der Bedingung abhängt, dass der Darlehensgeber das Geld benötigt, siehe *OLG Köln*, Urt. v. 28.4.1999 – 13 U 199/98, NJW 2000, 295; *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 92; Grundmann/*M. Renner*, Bankvertragsrecht, Bd. 1, 2020, Teil 4 Rn. 189; jurisPK-BGB/*Rosch*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 399 Rn. 12; Jauernig/*Stürner*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 400 Rn. 2; Schulze/*Fries*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 2; Grüneberg/*ders.*, BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 5; BeckOGK ZivR/*Lieder*, 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 39 Fn. 169; in diesem Fall setzt die Geltendmachung der Forderung eine unübertragbare Eigenschaft des Darlehensgebers voraus, nämlich dessen Geldbedarf; dazu bereits oben § 7 C. III. 1. a) a. E.

129 *BGH*, Urt. v. 30.6.1982 – VIII ZR 129/81, BGHZ 84, 325 (330). Im Übrigen scheint das so selbstverständlich, dass es nur selten ausgesprochen wird, siehe etwa BeckOK BGB/*Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 5. Häufiger wird nur die Übertragbarkeit einzelner Ansprüche klargestellt; so etwa betreffend Mietzinsansprüche MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 25 Fn. 83.

130 Siehe zu einer Verknüpfung eines Elements mit dem Schuldverhältnis etwa § 314 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2; § 323 Abs. 1 und § 324 BGB und zu einer Verknüpfung der Elemente untereinander § 320 Abs. 1 Satz 1 und § 326 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BGB.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diese Abstraktion bestreiten die Befürworter einer Bindung der Zahlungsansprüche aus einem Bankdarlehensvertrag zwar nicht ausdrücklich. Allerdings betonen sie die besondere Vertrauensprägung der Kunde-Bank-Beziehung bei der Begründung der Personengebundenheit.[131]

cc) § 799a ZPO und § 354a Abs. 2 HGB als Indiz gegen die sukzessionsbezogene Auslegung

In Reaktion auf die Diskussion um die Abtretung von Darlehensforderungen an Nicht-Banken verstärkte der Gesetzgeber den Schutz des Schuldners vor den Gefahren des Gläubigerwechsels, indem er § 799a ZPO[132] und § 354a Abs. 2 HGB[133] einführte. Diese Vorschriften sprechen eher gegen eine sukzessionsbezogene Auslegung.

---

131 *Knops*, WM 2008, 2185 (2186); Staudinger/*Wolfsteiner*, BGB, 2019, BGB § 1153 Rn. 17; ähnlich, aber im Schwerpunkt auf das Bankgeheimnis abstellend, *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014, S. 310 f. — Ist der Darlehensvertrag mit einer Bank „nach seinem Inhalt" (§ 241 Abs. 2 BGB) von besonderem Vertrauen geprägt (dies etwa außer den eben genannten Stimmen ebenfalls bejahend *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]; *G. Hoffmann*, WM 2012, 10 [15]), kann dies den Darlehensgeber in erhöhtem Maße zur Rücksicht verpflichten (siehe zur Berücksichtigung eines Vertrauensverhältnisses bei der Gewinnung von Rücksichtspflichten Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 498 a. E.; dazu bereits oben § 6 D. II. 1.). Vermittelt über eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht kann die besondere Prägung des forderungsbegründenden Schuldverhältnisses so auch in die Beurteilung der Übertragbarkeit einer Forderung einfließen. Die besondere Vertrauensprägung befreit jedoch nicht von der Voraussetzung, dass der Schuldner, leistete er an den Zessionar, sein durch die zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht geschütztes Interesse verletzte.

132 Diese Vorschrift hat der Gesetzgeber durch Art. 8 Nr. 3 Risikobegrenzungsgesetz eingefügt. — Teile der Opposition plädierten für eine nachgiebige Bindung an die Person des Darlehensgebers, vgl. BT-Drs. 16/8182 S. 4. — Siehe zu § 799a ZPO (im Kontext umwandlungsrechtlicher Ausplatzierung) oben § 3 C. III. 2 und vor § 4.

133 § 354a Abs. 2 HGB wurde durch Art. 10 Nr. 2 i. V. m. Art. 12 Satz 2 Risikobegrenzungsgesetz eingeführt, um Unternehmen vor einer Abtretung der Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB an Finanzinvestoren zu schützen; siehe zu diesem Hintergrund BT-Drs. 16/7438 S. 9; BT-Drs. 16/9778 S. 2; BT-Drs. 16/9821 S. 19 und 26; *Dörrie*, ZBB 2008, 292; *Ra. Koch*, ZBB 2008, 232 (237); *Langenbucher*, NJW 2008, 3169; *Schalast*, BB 2008, 2190 (2194 f.); *Teigelack*, BLJ 2008, 143; *Aleth/Böhle*, DStR 2010, 1186 (1187); *von Ilberg/Tschesche*, BB 2010, 259 (260); *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 159 ff.; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 326; *Bitter/Linardatos*, HandelsR, 4. Aufl. 2022, § 7 Rn. 49.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gemäß § 799a ZPO hat der Schuldner einen verschuldensunabhängigen[134] Anspruch auf Schadensersatz, wenn ein anderer als der originäre Gläubiger[135] aus einer Unterwerfungserklärung (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) widerrechtlich vollstreckt.[136] — Bei sukzessionsbezogener Auslegung erlangte § 799a ZPO nur in Fällen nicht pflichtwidriger Abtretung Relevanz. Namentlich den Fall der Abtretung einer Bankdarlehensforderung unter Verstoß gegen das Bankgeheimnis an eine Nicht-Bank erfasste die Neuregelung nicht. Vor diesem Hintergrund erscheint es näherliegend, dass der Gesetzgeber bei Einführung des § 799a ZPO mit der herrschenden Meinung von der Wirksamkeit der Abtretung einer Bankdarlehensforderung unter Verstoß gegen das Bankgeheimnis an eine Nicht-Bank ausging.[137] — Klargestellt sei an dieser Stelle noch, dass die Personengebundenheit einer Forderung mit einer Vollstreckungsunterwerfung nicht zu begründen ist.[138] Denn die Vollstreckungsunterwerfung ist eine Bewirkungserklärung[139] rein

134 *Bachner*, DNotZ 2008, 644 (648); *Schalast*, BB 2008, 2190 (2194); *Vorwerk*, NJW 2009, 1777 (1780); Wieczorek/Schütze/*C. G. Paulus*, ZPO, Bd. 9, 5. Aufl. 2024, ZPO § 799a Rn. 7.

135 Die Auslegung dieses Merkmals ist umstritten. Angesichts der Vorgeschichte überzeugend für eine teleologische Reduktion des *anderen* gemäß § 799a ZPO auf rechtsgeschäftliche Rechtsnachfolger plädierend Wieczorek/Schütze/*C. G. Paulus*, ZPO, Bd. 9, 5. Aufl. 2024, ZPO § 799a Rn. 6. Siehe zu weiteren einschränkenden Ansätzen MüKoZPO/*Wolfsteiner*, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, ZPO § 799a Rn. 3; Saenger/*Kindl*, ZPO, 10. Aufl. 2023, ZPO § 799a Rn. 3; BeckOK ZPO/*Hoffmann*, 53. Ed. 1.7.2024, ZPO § 799a Rn. 12 ff.

136 Vergleichbar hinsichtlich der Wirksamkeit formularmäßiger Vollstreckungsunterwerfungen argumentierend *BGH*, Urt. v. 30.3.2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 (147 f. Rn. 33); *OLG Schleswig*, Urt. v. 26.2.2009 – 5 U 71/08, ZIP 2009, 1802 (1805); *Binder*/*Piekenbrock*, WM 2008, 1816 (1818); *Habersack*, NJW 2008, 3173 (3176 f.); *Langenbucher*, NJW 2008, 3169 (3172); *Schalast*, BB 2008, 2190 (2194); *D. Schulz*, ZIP 2008, 1858 (1863); *Bork*, ZIP 2009, 1261 (1263); *D. Schulz*, EWiR 2009, 469.

137 Vgl. MAH BankR/*Fandrich*, 3. Aufl. 2024, § 6 Rn. 315 a. E.

138 Gegenteiliges klingt an bei *Knops*, WM 2008, 2185 (2187 f.).

139 *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006, Rn. 11.15; *Lindemeier*, RNotZ 2009, 37 (40).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

prozessualer Natur.[140] Sie berührt, beeinflusst und gestaltet nicht die materiell-rechtliche Forderung, auf die sie sich bezieht;[141] sie ist abstrakt.[142]

140 *RG*, Beschl. v. 22.2.1935 – V B 2/35, RGZ 146, 308 (312); *BGH*, Urt. v. 1.2.1985 – V ZR 244/83, NJW 1985, 2423; Beschl. v. 28.9.1989 – V ZB 17/88, BGHZ 108, 372 (375 f.); Urt. v. 24.6.1994 – V ZR 19/93, NJW 1994, 2755 (2756); Urt. v. 26.3.2003 – IV ZR 222/02, BGHZ 154, 283 (286 f.); Urt. v. 22.10.2003 – IV ZR 398/02, NJW 2004, 59 (60); Urt. v. 18.11.2003 – XI ZR 332/02, NJW 2004, 844; Urt. v. 20.3.2008 – IX ZR 2/07, NJW-RR 2008, 1075 (1076); Stein/Jonas/*Münzberg*, ZPO, Bd. 7, 22. Aufl. 2002, ZPO § 794 Rn. 125; *C. G. Paulus*/*Henkel*, NJW 2003, 1692; Zöller/*Geimer*, ZPO, 35. Aufl. 2024, ZPO § 794 Rn. 32; Musielak/Voit/*Lackmann*, ZPO, 21. Aufl. 2024, ZPO § 794 Rn. 35; Wieczorek/Schütze/*C. G. Paulus*, ZPO, Bd. 9, 5. Aufl. 2024, ZPO § 794 Rn. 89 f. — Wegen des rein prozessualen Charakters der Unterwerfungserklärung und nicht wegen deren Einseitigkeit (so aber *Dietlein*, JZ 1977, 637 [638]) kann sie auch keiner AGB-Kontrolle unterzogen werden (so mit Recht *Wolfsteiner*, DNotZ 1990, 531 [547 ff.]; *Bachner*, DNotZ 2008, 644 [650]). Nur die Verpflichtung zur Unterwerfung ist kontrollfähig, *Binder*/*Piekenbrock*, WM 2008, 1816 (1819). — An der Kontrollfähigkeit zweifelnd *Kümpel*, WM 1978, 746 (746 f. und 752); Stein/Jonas/*Münzberg*, ZPO, Bd. 7, 22. Aufl. 2002, ZPO § 794 Rn. 128 Fn. 631; Staudinger/*Rodi*, BGB, 2019, BGB Anh. zu §§ 305–310 Rn. M 69. — Gaul/Schilken/Becker-Eberhard/*Becker-Eberhard*, ZVR, 12. Aufl. 2010, § 13 Rn. 42 erachtet „zumindest" eine Analogie für gerechtfertigt. — Die Rechtsnatur der Unterwerfungserklärung stehe der Anwendung des § 307 BGB „zumindest nicht grundsätzlich" entgegen Wieczorek/Schütze/*C. G. Paulus*, ZPO, Bd. 9, 5. Aufl. 2024, ZPO § 794 Rn. 101. — Ausdrücklich nur des Ergebnisses wegen bejahend *Becken*, Kreditportfolios, 2017, S. 268. — Die Kontrollfähigkeit implizit bejahend, da AGB-Rechtskonformität klarstellend *BGH*, Urt. v. 18.12.1986 – IX ZR 11/86, BGHZ 99, 274 (283 ff.) mit krit. Anm. v. *Stürner*/*Münch*, EWiR 1987, 323 (324); Urt. v. 5.3.1991 – XI ZR 75/90, BGHZ 114, 9 (12 f.) mit zust. Anm. v. *Clemente*, EWiR 1991, 457 f.; Urt. v. 26.11.2002 – XI ZR 10/00, ZIP 2003, 247 (249) mit überwiegend zust. Anm. v. *R. Weber*/*Madaus*, EWiR 2003, 639 (640); Urt. v. 22.10.2003 – IV ZR 398/02, ZIP 2003, 2346 (2349) mit zust. Anm. v. *R. Weber*, EWiR 2004, 479 (480); Urt. v. 28.10.2003 – XI ZR 263/02, ZIP 2004, 64 (66) mit zust. Anm. v. *M. Weber*, EWiR 2004, 343 (344); Urt. v. 15.3.2005 – XI ZR 135/04, ZIP 2005, 846 (849 f.) mit bezüglich § 9 AGBG zust. Anm. v. *R. Weber*/*Madaus*, EWiR 2005, 531 (532); Urt. v. 22.11.2005 – XI ZR 226/04, ZIP 2006, 119 (120 Rn. 11) mit krit. Anm. v. *Knops*, ZIP 2006, 1965 (1967 mit Fn. 32); Urt. v. 22.5.2007 – XI ZR 338/05, NotBZ 2008, 27 (28); Urt. v. 22.7.2008 – XI ZR 389/07, BGHZ 177, 345 (354 f. Rn. 32) mit im Ergebnis zust. Anm. v. *Gladenbeck*, EWiR 2008, 703 (704); Urt. v. 30.3.2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 (133 f. LS. 3 und 143 ff. Rn. 28 ff.); *OLG Schleswig*, Urt. v. 26.2.2009 – 5 U 71/08, ZIP 2009, 1802 (1803 ff.); *OLG Celle*, Urt. v. 27.5.2009 – 3 U 292/08, ZIP 2009, 1515 (1516 ff.); *Buschmann*, BKR 2008, 415 ff.; *Freitag*, WM 2008, 1813 ff.; *Habersack*, NJW 2008, 3173 (3175 f.); *Koser*/*Werner-Jensen*, BKR 2008, 340 f.; *Langenbucher*, NJW 2008, 3169 (3172); *Lehleiter*/*Hoppe*, BKR 2008, 363 (364 ff.); *Schalast*, BB 2008, 2190 (2194); *D. Schulz*, ZIP 2008, 1858 (1860 ff.); *Selke*, EWiR 2008, 543 (544); *Ra. Koch*, EWiR 2009, 359 (360); *Schelske*, EWiR 2009, 501 (502); *D. Schulz*, EWiR 2009, 469 (470). — Die Kontrollfähigkeit bejahend, da AGB-Rechtskonformität verneinend *LG Ham-*

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nach § 354a Abs. 1 Satz 1 HGB ist die Abtretung einer Geldforderung unter anderem dann trotz vereinbarten Abtretungsausschlusses (damit ist nur § 399 Alt. 2 BGB und nicht auch § 399 Alt. 1 BGB gemeint)[143] wirksam, wenn das forderungsbegründende Rechtsgeschäft für beide Teile ein Handelsgeschäft ist. Diese Vorschrift ist nach § 354a Abs. 2 HGB nicht auf eine Forderung aus einem Darlehensvertrag anzuwenden, deren Gläubiger ein Kreditinstitut im Sinne des Kreditwesengesetzes ist. — Auf Grundlage der sukzessionsbezogenen Auslegung wäre die Abtretung von Zins- und Rückzahlungsforderungen aus einem Bankdarlehensvertrag bei fehlender Befreiung vom Bankgeheimnis schon gemäß § 399 Alt. 1 BGB ausgeschlos-

---

burg, Beschl. v. 9.7.2008 – 318 T 183/07, ZIP 2008, 1466 (1467); *Stürner*, JZ 1977, 431 f.; *ders.*, JZ 1977, 639 f. – wenngleich er heute der herrschenden Meinung folgt, vgl. *ders.*, JZ 2010, 774 (775 f.); *Schimansky*, WM 2008, 1049 (1050 ff.); KöKo InsO/*Hess*, Bd. 1, 2016, InsO § 51 Rn. 31; Derleder/Knops/Bamberger/*Derleder*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 26 Rn. 44.

141 Deutlich *RG*, Beschl. v. 22.2.1935 – V B 2/35, RGZ 146, 308 (312); *Bork*, ZIP 2008, 2049 (2057). Vgl. auch *BGH*, Beschl. v. 28.9.1989 – V ZB 17/88, BGHZ 108, 372 (376).

142 Siehe *RG*, Beschl. v. 22.2.1935 – V B 2/35, RGZ 146, 308 (312); *BGH*, Urt. v. 1.2.1985 – V ZR 244/83, NJW 1985, 2423; Beschl. v. 28.9.1989 – V ZB 17/88, BGHZ 108, 372 (376); Urt. v. 24.6.1994 – V ZR 19/93, NJW 1994, 2755 (2756); Urt. v. 26.3.2003 – IV ZR 222/02, BGHZ 154, 283 (286 f.); Urt. v. 22.10.2003 – IV ZR 398/02, NJW 2004, 59 (60); Urt. v. 18.11.2003 – XI ZR 332/02, NJW 2004, 844; Urt. v. 20.3.2008 – IX ZR 2/07, NJW-RR 2008, 1075 (1076); *C. G. Paulus*/*Henkel*, NJW 2003, 1692; *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006, Rn. 11.15; *Bork*, ZIP 2008, 2049 (2057); Musielak/Voit/*Lackmann*, ZPO, 21. Aufl. 2024, ZPO § 794 Rn. 35; Wieczorek/Schütze/*C. G. Paulus*, ZPO, Bd. 9, 5. Aufl. 2024, ZPO § 794 Rn. 90.

143 MüKoHGB/*K. Schmidt*/*Langenbucher*, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, HGB § 354a Rn. 16; Oetker/*Maultzsch*, HGB, 8. Aufl. 2024, HGB § 354a Rn. 11. — Dass trotz der pauschalen Zitation des § 399 BGB nur Abtretungsverbote nach § 399 Alt. 2 BGB gemeint sind, ergibt sich aus dem identischen Wortlaut in § 354a Abs. 1 Satz 1 HGB und § 399 Alt. 2 BGB, wonach die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen sein muss, siehe *Henseler*, BB 1995, 5 (6); MüKoHGB/*K. Schmidt*, Bd. 5, 4. Aufl. 2018, HGB § 354a Rn. 10. Die genetische Auslegung stützt dies insofern, als der seinerzeit erwogene Alternativvorschlag vorsah, § 399 Alt. 2 BGB zu streichen, vgl. BT-Drs. 12/7570 S. 1. Schließlich spricht für dieses Verständnis auch die Vorgeschichte zu § 354a HGB a. F.: Abtretungsverbote in AGB verhinderten, dass Lieferanten ihre Entgeltforderungen zur Refinanzierung einsetzen konnten. Dem sollte begegnet werden, siehe BT-Drs. 12/7570 S. 3; BT-Drs. 12/7912 S. 2 und 24 f.; *von Olshausen*, ZIP 1995, 1950; *Wagner*, NJW 1995, 180; *Saar*, ZIP 1999, 988 f.; *Möller*/*Rupietta*, NZM 2009, 225 (226); Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann/*Klein*/*Theusinger*, Handels- u. GesR, 2. Aufl. 2011, § 2 Rn. 53; *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014, S. 67; MüKoHGB/*K. Schmidt*, Bd. 5, 4. Aufl. 2018, HGB § 354a Rn. 1; *Drießnack*, Vertragsübergang, 2020, S. 116 f. — Siehe zu § 354a Abs. 1 Satz 1 HGB auch oben § 7 C. IV. 2. a) bb) aaa).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sen; einer Vereinbarung nach § 399 Alt. 2 BGB bedürfte es nicht. Ohne diese lägen die Voraussetzungen des § 354a Abs. 1 Satz 1 HGB nicht vor; § 354a Abs. 2 HGB wäre überflüssig. Hingegen braucht es bei leistungsbezogener Auslegung eine Vereinbarung gemäß § 399 Alt. 2 BGB, was einen Anwendungsbereich für § 354a Abs. 2 HGB eröffnet – dies streitet für die leistungsbezogene Auslegung.

dd) Strukturell erhöhtes Schutzbedürfnis bei der Betroffenheit durch Leistung

Der Schuldner gerät in einen Konflikt, muss er durch die Leistung an den Zessionar sein Interesse verletzen: Leistet er, erfüllt er seine Pflicht, aber verletzt sein Interesse. Leistet er nicht, wahrt er sein Interesse, verletzt aber seine Pflicht. Das steigert das Schutzbedürfnis des Schuldners. Erschöpft sich hingegen die Interessenbeeinträchtigung in dem Gläubigerwechsel, bleibt eine solche Konfliktlage aus. Insofern besteht ein strukturell erhöhtes Schutzbedürfnis des Schuldners bei einer Betroffenheit durch Leistung. Dies spricht für eine leistungsbezogene Auslegung.

ee) Verkehrsschutz: höhere Zuordnungssicherheit bei leistungsbezogener Auslegung

Für die leistungsbezogene Auslegung spricht der Verkehrsschutz. Die Leichtigkeit des Rechts-, insbesondere des Handelsverkehrs, steigt mit der Zuordnungssicherheit; sie ist bei leistungsbezogener Auslegung höher als bei sukzessionsbezogener, da bei ersterer die Abtretbarkeit einer Forderung sichtbarer ist.[144] So ist die Pflichtwidrigkeit der Zession leichter zu beurtei-

144 Vgl. *C. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 259 ff.; *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 122 ff. mit Blick auf die Frage nach der Zulässigkeit komplexer Vereinbarungen nach § 399 Alt. 2 BGB und der höheren Zuordnungssicherheit, wäre nur der vollständige Ausschluss der Abtretung zulässig. — Nach herrschender Meinung sind auch komplexe Vereinbarungen nach § 399 Alt. 2 BGB zulässig, siehe *RG*, Urt. v. 14.6.1932 – VII 43/32, RGZ 136, 395 (399): „Es kann nun keinen Bedenken unterliegen, daß sich § 399 BGB nicht bloß auf den Fall bezieht, wo die Abtretung gänzlich ausgeschlossen ist, sondern auch auf den Fall, wo sie an gewisse sachliche Erfordernisse oder an eine Form oder an beides geknüpft ist"; zustimmend *OLG München*, Beschl. v. 20.10.1937 – Wx. 337/37, BeckRS 1937, 100369 Rn. 6; siehe ferner *BGH*, Urt. v. 29.6.1989 – VII ZR 211/88, BGHZ 108, 172 (174 f.): „[D]ie Verein-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

len und für Dritte eher erkennbar, wenn der Schuldner sein Interesse verletzte, leistete er an den Zessionar. Als Beispiel sei an einen kreditsichernden Informationsanspruch gedacht: Der Darlehensnehmer verletzte sein Geheimhaltungsinteresse, leistete er an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger.[145] Insofern ist es offensichtlich, dass Unternehmensinterna Dritten nicht zugänglich gemacht werden dürfen, und zwar auch nicht durch Abtretung.[146] Gegenbeispiel: Der Gläubigerwechsel verletzte das derivative Reputationsinteresse des Schuldners; daraus folgt eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht. Selbst in Fällen, in denen die Würdigung aller Umstände eindeutig zu einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht führt, ist es nicht ausgemacht, dass dies auch für den Zessionar, geschweige denn einen Zweitzessionar,[147] ersichtlich ist.

Der Schutz der Rechts- und Zuordnungssicherheit wiegt schwer: Die Gefahr einer Kette unwirksamer Verfügungen ist nämlich ohnehin schon erhöht, weil Gutglaubensvorschriften insoweit fehlen.[148] Wird eine Kritik am Abstraktionsprinzip – Gutglaubensvorschriften schützten die Verkehrsinteressen bereits umfangreich[149] – aufgegriffen, ist daher zu sagen: Fehlen

---

barung eines abgeschwächten Abtretungsausschlusses ist möglich, z. B. Bindung an bestimmte Formen der Abtretungserklärung, an eine Mitteilung an den Schuldner, an dessen Zustimmung usw."; siehe auch oben § 7 C. IV. 2. a) bb) bbb).

145 Kreditsichernde Informationsansprüche kann man als eine Forderungsart ansehen, durch „deren Abtretung typischerweise Geheimhaltungsinteressen des Schuldners derart schwerwiegend beeinträchtigt werden, dass das Interesse an der Verkehrsfähigkeit zurückstehen muss" (*BVerfG*, Beschl. v. 11.7.2007 – 1 BvR 1025/07, NJW 2007, 3707 [3708] – zwar betreffend das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, jedoch trifft das auf Geschäftsgeheimnisse ebenso zu; deren Schutz wird durch die Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet, vgl. *BVerfG*, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1 [56]; *BVerwG*, Beschl. v. 21.1.2014 – 6 B 43/13, NVwZ 2014, 790 [791 Rn. 11]; Jarass/Pieroth/*Jarass*, GG, 18. Aufl. 2024, GG Art. 12 Rn. 12).

146 Die Ableitung einer Erlaubnis zur Datenübermittlung aus Vorschriften des Umwandlungsrechts kritisierend *Zöllner*, ZHR 165 (2001), 440 (445); siehe auch *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (394).

147 Vgl. mit Blick auf darauffolgende Abtretungen die ökonomische Analyse des Abstraktionsprinzips von *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 278 ff.

148 § 405 BGB erfasst nur § 399 Alt. 2 BGB. — Siehe zum gutgläubigen Erwerb betreffend Forderungen *Eidenmüller*, AcP 204 (2004), 457 (475 ff.). Siehe zu den Ausnahmekonstellationen gutgläubigen Forderungserwerbs nach deutschem und englischem Recht *Rademacher*, Verkehrsschutz im englischen Privatrecht, 2016, S. 152 ff.

149 In diese Richtung *Beyerle*, FS Boehmer, 1954, 164 (168 f.); *J. Schröder*, FS Bosch, 1976, 875 (891): Gutglaubensschutz übernehme Aufgabe der Abstraktion; *Larenz*, Schuldrecht, Bd. II/1, 13. Aufl. 1986, § 39 II d, S. 20; *Wiegand*, AcP 190 (1990),

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gutglaubensvorschriften, bedarf es umso mehr einer zuordnungsfreundlichen Auslegung.[150] Dafür, dass der Gesetzgeber dem Schutz der Rechts- und Zuordnungssicherheit hohes Gewicht beimisst, spricht schließlich auch die extensive Ausgestaltung verkehrsschützender Regeln. So sind das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft bei Forderungen,[151] Sachenrechten und anderen Gegenständen[152] nicht nur getrennt,[153] sondern ab-

112 (119 f., 125 f. und 136 mit Fn. 96); Westermann/*H. P. Westermann*, SachenR, 8. Aufl. 2011, § 3 Rn. 9; vgl. auch die Kritik von *Kegel*, FS Mann, 1977, 57 (79 ff.), der zu Recht widersprochen wird von *Flume*, BGB AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 12, III, 3, S. 176 f.; *Stadler*, Gestaltungsfreiheit, 1996, S. 252 ff.; *Grigoleit*, AcP 199 (1999), 379 (384 f.); *Baur*/*Stürner*, SachenR, 18. Aufl. 2009, § 51 Rn. 44.

150 Siehe die entsprechende Argumentation hinsichtlich der Bedeutung der Abstraktion der Abtretung von deren Kausalgeschäft aufgrund fehlender Gutglaubensvorschriften bei *Stadler*, Gestaltungsfreiheit, 1996, S. 139, 641 f. und 730; *Grigoleit*, AcP 199 (1999), 379 (383); deutlich *Honsell*, FS Wiegand, 2005, 349 (370): Abstraktheit substituiert fehlenden Gutglaubensschutz im Abtretungsrecht; siehe dazu auch *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 280 und 283; *ders.*, ZfPW 2016, 205 (230). Substitutionswirkung bei seiner grundsätzlichen Kritik am Abstraktionsprinzip teils einräumend Westermann/*H. P. Westermann*, SachenR, 8. Aufl. 2011, § 3 Rn. 9. Relativierend indes *Karner*, Mobiliarerwerb, 2006, S. 142 f. Fn. 778. Dezidiert anderer Ansicht *Koziol*, AcP 212 (2012), 1 (22).

151 Dazu, dass Trennungs- und Abstraktionsprinzip nicht nur für den Erwerb von Rechten an Sachen, sondern für den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Rechten insgesamt gelten, siehe *RG*, Urt. v. 5.2.1908 – V 236/07, RGZ 68, 97 (99 f.); Urt. v. 5.12.1908 – I 44/08, RGZ 70, 88 (89); Urt. v. 23.9.1921 – II 61/21, RGZ 102, 385 (386); *von Tuhr*, BGB AT, Bd. II/2, 1918/1957, § 73 I, S. 103 f.; *Habermeier*, AcP 195 (1995), 283 (285 mit Fn. 7); *Stadler*, Gestaltungsfreiheit, 1996, S. 7; *Baur*/*Stürner*, SachenR, 18. Aufl. 2009, § 5 Rn. 58; Soergel/*Schreiber*, BGB, Bd. 5/3, 13. Aufl. 2010, BGB § 398 Rn. 12; *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 266; Erman/*Martens*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 398 Rn. 4 und 19. — In § 294 Abs. 2 Satz 2, § 290 Abs. 2 Satz 2 E I wird die Abstraktheit der Zession klargestellt, siehe dazu auch *von Tuhr*, BGB AT, Bd. II/2, 1918/1957, § 73 I, S. 104 Fn. 10.

152 Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip gilt auch für die Übertragung einer Vertragsposition, *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 266. Dagegen meinen *Wagemann*, AcP 205 (2005), 547 (551 ff.); *Klimke*, Vertragsübernahme, 2010, S. 81 ff., die Vertragsübernahme könne im Unterschied zu anderen Verfügungen ihren Rechtsgrund in sich tragen.

153 Statt vieler *von Savigny*, System, Bd. 3, 1840, Buch II Kap. III § 140 IV, S. 312 f. und Beyl. VIII Kap. X, S. 354; *von Savigny*, Obligationenrecht, Bd. 2, 1853, Kap. 2 § 78 II.B., S. 256 ff.; *Stadler*, Gestaltungsfreiheit, 1996, S. 7 f. und 46 ff.; *Grigoleit*, AcP 199 (1999), 379 (380 f.); *Strack*, JURA 2011, 5 ff.; *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 265 ff. und 271 ff.; Soergel/*Höpfner*, BGB, Bd. 22, 14. Aufl. 2023, BGB vor § 929 Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

strakt;[154] Gutglaubensvorschriften[155] komplettieren den Verkehrsschutz und die Zuordnungssicherheit.[156]

3. Im weiteren Sinne höchstpersönliche Darlehensgeberrechte

Nach der oben herausgestellten Definition 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.

Im Folgenden wird hinsichtlich der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor untersucht, ob sich Zins- und Rückzahlungsforderungen (dazu a)) und kreditsichernde Informationsansprüche (dazu b)) unter die-

154 Siehe aber die Entwicklung der Ansicht zu § 138 Abs. 1 BGB: Einst war Wertneutralität des Verfügungsgeschäfts der Grundsatz, siehe *RG*, Urt. v. 19.12.1911 – II 82/11, RGZ 78, 282 (285) – kritisch zur Reichsgerichtsrechtsprechung *Lehmann/Hübner*, BGB AT, 16. Aufl. 1966, § 27 III 4, S. 184; *BGH*, Urt. v. 7.5.1953 – 3 StR 485/52, BGHSt 6, 377 (379). Diesen Grundsatz schränkte die Rechtsprechung ein. *Wiegand*, AcP 190 (1990), 112 (135) will ihn ganz aufgeben. — Auch § 139 BGB wird nicht von allen für prinzipiell unanwendbar auf Kausal- und Verfügungsgeschäft erachtet, vgl. *BGH*, Urt. v. 8.12.1959 – VIII ZR 134/58, BGHZ 31, 321 (323); Urt. v. 16.11.1981 – II ZR 150/80, BGHZ 82, 188 (196); Urt. v. 26.10.1990 – V ZR 22/89, BGHZ 112, 376 (378); Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 (175); *Eisenhardt*, JZ 1991, 271 ff.; *Faust*, BGB AT, 8. Aufl. 2023, § 12 Rn. 6. — Für Unanwendbarkeit: *Flume*, BGB AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 12, III, 4, S. 178; § 32 2 a, S. 571 a. E.; *Stadler*, Gestaltungsfreiheit, 1996, S. 93 f.; *Bork*, BGB AT, 4. Aufl. 2016, Rn. 488; Staudinger/*Roth*, BGB, 2020, BGB § 139 Rn. 54; *Neuner*, BGB AT, 13. Aufl. 2023, § 56 Rn. 12 f.

155 Siehe zur Stellvertretung § 170, § 171 Abs. 2 und § 172 Abs. 2 BGB i. V. m. den Grundsätzen der Anscheins- und Duldungsvollmacht; siehe auch § 366 HGB. Siehe zum Verkehrsschutz bei der Vollmacht *Regenfus*, Vorgaben, 2013, S. 313 f. Fn. 221 a. E. — Siehe ferner § 794 Abs. 1 BGB und betreffend den Erwerb von Rechten § 405, § 892, §§ 932 ff., § 1138, § 1155, § 1207, § 1244 und §§ 2366 f. BGB. Dabei findet der Eingriff in Art. 14 GG durch die Schaffung des gutgläubigen Erwerbs des Eigentums an beweglichen Sachen seine Grenze nach § 935 Abs. 1 BGB erst, wenn die Sache abhandengekommen ist, und endet auch nicht stets dort, vgl. § 935 Abs. 2 und § 1244 BGB.

156 *Flume*, BGB AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 12, III, 3, S. 176 f.; *Stadler*, Gestaltungsfreiheit, 1996, S. 252 ff., 353 ff., 390 f. und 728 ff.; *Grigoleit*, AcP 199 (1999), 379 (381 ff.); (unter einem insolvenzrechtlichen Blickwinkel) *Honsell*, FS Wiegand, 2005, 349 (364 f.); *Karner*, Mobiliarerwerb, 2006, S. 63 ff. und 121 ff.; *Regenfus*, Vorgaben, 2013, S. 313 f.; *Lieder*, Sukzession, 2015, S. 271, 275 und 452 ff.; MüKoBGB/*Gaier*, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, BGB Einl. SachenR Rn. 16; *Neuner*, BGB AT, 13. Aufl. 2023, § 29 Rn. 79; MüKoBGB/*Oechsler*, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, BGB § 932 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

se Definition subsumieren lassen. Da diese Definition nur für Forderungen gilt, muss sie modifiziert werden, um zu beantworten, ob das Bestimmungsrecht in Bezug auf einen kreditsichernden Informationsanspruch (dazu c)) und das Recht zur Darlehenskündigung (dazu d)) im weiteren Sinne höchstpersönlich sind. — Hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit der Rechtsübertragung wird von einem darlehensvertraglichen Schuldverhältnis ausgegangen, dessen zessionsbeschränkende Rücksichtspflichten nach § 241 Abs. 2 BGB mit denen übereinstimmen, die sich aus dem Bankgeheimnis und der Natur des Darlehens gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB ergeben. Welche das sind, wird im Zuge der folgenden Betrachtung jeweils kurz wiederholt.

a) Keine Höchstpersönlichkeit im weiteren Sinne der Zins- und Rückzahlungsforderungen

Die erste Voraussetzung einer im weiteren Sinne höchstpersönlichen Forderung – das Bestehen einer der Übertragung entgegenstehenden zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB – kann in Betreff der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor erfüllt sein:

Zum einen kann die Abtretung der Zins- und Rückzahlungsforderungen an einen Loan-to-Own-Investor mit Blick auf das Bankgeheimnis gegen eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht verstoßen. So verletzt diese Abtretung das derivative Geheimhaltungsinteresse des Darlehensnehmers, wenn § 402 Alt. 1 BGB nicht abbedungen wurde.[157] Daraus folgt eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht, außer der Kredit leidet Not.[158] — Zum anderen kommt ein Verstoß gegen eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht unter dem Gesichtspunkt des Reputationsschutzes in Betracht:

Bei typisierender Betrachtung wird angenommen, dass eine solche Abtretung das derivative Reputationsinteresse des Darlehensnehmers verletzt.[159] Unter dieser Prämisse ergibt sich eine vertragsnatürliche zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht; es sei denn, der Kredit leidet Not.[160]

157 Siehe zum Begriff des derivativen Interesses oben § 6 D. I. 2; siehe zur Verletzung des derivativen Geheimhaltungsinteresses durch den Wechsel des Gläubigers einer Geldforderung oben § 5 B. I. 3. b).

158 Siehe zu diesem Ergebnis oben § 5 B. II. 2; siehe zur Definition des notleidenden Kredits oben § 1 B. II.

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

160 Siehe zu diesem Ergebnis oben § 6 D. III. 1. a).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Besteht im konkreten Fall nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses eine entsprechende Pflicht, verletzt die Abtretung auch insofern eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB.

An der zweiten Voraussetzung einer im weiteren Sinne höchstpersönlichen Forderung, nämlich der Beeinträchtigung eines von der zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht geschützten Interesses durch die Leistung, fehlt es jedoch: Der Darlehensnehmer verletzt keines seiner durch die vorgenannten zessionsbeschränkenden Rücksichtspflichten geschützten Interessen, wenn er an einen Loan-to-Own-Investor zahlt. Weder offenbart er ihm dadurch ein Geheimnis noch schadet die Zahlung seiner Reputation.[161]

Als Ergebnis bleibt damit festzuhalten: Die Abtretung von Zins- und Rückzahlungsforderungen an einen Loan-to-Own-Investor ist nicht gemäß § 399 Alt. 1 BGB unwirksam.

b) Höchstpersönlichkeit im weiteren Sinne kreditsichernder Informationsansprüche

Ein kreditsichernder Informationsanspruch setzt, wie oben ausgeführt, zu seiner Geltendmachung ein zumindest fremdes Sicherungsinteresse voraus; an eine Person ohne Sicherungsinteresse kann er gemäß § 399 Alt. 1 BGB nicht abgetreten werden.[162] Wie gerade festgestellt, hindert § 399 Alt. 1 BGB den Darlehensgeber nicht daran, die Zahlungsforderungen einem Loan-to-Own-Investor abzutreten. Mit dem Erwerb der Zahlungsforderungen entsteht bei dem Investor ein Sicherungsinteresse und damit die zur Geltendmachung eines kreditsichernden Informationsanspruches erforderliche Gläubigereigenschaft. — Davon zu trennen ist die hier zu behandelnde Frage, ob ein kreditsichernder Informationsanspruch außerdem eine im weiteren Sinne höchstpersönliche Forderung ist:

Die Übertragung eines kreditsichernden Informationsanspruches verletzt das derivative Interesse des Darlehensnehmers an der Wahrung des Bankgeheimnisses.[163] Hieraus folgt eine zessionsbeschränkende Rücksichts-

161 Siehe zu dieser Feststellung betreffend das Geheimhaltungsinteresse bereits oben § 7 C. IV. 2. b).

162 Siehe dazu oben § 7 C. III. 2.

163 Siehe zur Verletzung des Bankgeheimnisses durch den Wechsel des Gläubigers eines kreditsichernden Informationsanspruches oben § 5 B. I. 3. a).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

pflicht; sie gilt auch bei einem notleidenden Kredit.[164] Somit verstößt die Abtretung gegen eine Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB.

Auch die zweite Voraussetzung, die Beeinträchtigung eines geschützten Schuldnerinteresses durch die Leistung an den Zessionar, ist erfüllt. Der Bezugspunkt der Interessenbeeinträchtigung ist der Leistungsgegenstand.[165] So verletzt der Darlehensnehmer sein Geheimhaltungsinteresse, wenn er dem Zessionar durch das Bankgeheimnis geschützte Informationen mitteilt.[166]

Das Ergebnis lautet somit: Ein kreditsichernder Informationsanspruch ist als eine im weiteren Sinne höchstpersönliche Forderung nachgiebig an die Person des Darlehensgebers gebunden. Die Abtretung ist gemäß § 399 Alt. 1 BGB unwirksam. Im Übrigen betrifft dies nicht bloß die Abtretung an einen Loan-to-Own-Investor; denn die zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht aus dem Bankgeheimnis gilt ohne Ansehung der Person des Zessionars.[167]

c) Höchstpersönlichkeit im weiteren Sinne des Bestimmungsrechts bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches

Das Bestimmungsrecht bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches ist an letzteren gebunden (Forderungsgebundenheit).[168] Und weil der Informationsanspruch an die Person des Darlehensgebers gebunden ist, ist mittelbar auch das bezügliche Bestimmungsrecht an dessen Person gebunden. Entfällt die Personengebundenheit des Informationsanspruches, etwa weil der Darlehensnehmer den Darlehensgeber von der Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses befreit, stellt sich die Frage, ob das Bestimmungsrecht bei der Abtretung des Informationsanspruches analog § 401 Abs. 1 BGB übergeht. So kann das Bestimmungsrecht gemäß § 399 Alt. 1, §§ 412 f. BGB nicht übergehen, wenn es im weiteren Sinne höchstpersönlich ist.

Andere Rechte als Forderungen, namentlich das Bestimmungsrecht als ein Gestaltungsrecht, können der oben aufgestellten Definition im weite-

164 Vgl. zu diesem Abwägungsergebnis oben § 5 B. II. 2.
165 Siehe allgemein zum Leistungsgegenstand als Bezugspunkt der Interessenbeeinträchtigung oben § 7 C. IV. 1. b).
166 Siehe oben § 5 B. II. 2 a. E.
167 Siehe oben § 6.
168 Siehe zur nachgiebigen Forderungsgebundenheit des Bestimmungsrechts oben § 7 B. II.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren Sinne höchstpersönlicher Forderungen naturgemäß nicht direkt subsumiert werden. Es bedarf einer entsprechenden Betrachtungsweise, § 413 BGB. Diese gelingt ohne Weiteres betreffend die erste Voraussetzung – das Bestehen einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB (dazu aa)). Schwierigkeiten ergeben sich mit Blick auf die vorausgesetzte Interessenbeeinträchtigung durch die Leistung, da nur bei einer Forderung eine Leistung zum Rechtsinhalt zählt (dazu bb)).

aa) Zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht, § 241 Abs. 2 BGB

Bei objektiv-generalisierender Betrachtung wird angenommen, dass der Übergang des Bestimmungsrechts hinsichtlich eines kreditsichernden Informationsanspruches von einer Bank auf einen Loan-to-Own-Investor das derivative Interesse des Darlehensnehmers nur berechtigter Informationsverlangen und dessen derivatives negatives Äquivalenzinteresse verletzt.[169] Daraus ergibt sich eine vertragsnatürliche zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht, gleichviel, ob der Kredit Not leidet.[170]

Nach dem Inhalt eines darlehensvertraglichen Schuldverhältnisses kann eine entsprechende Pflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB bestehen. Davon ist nach den Rechtsgedanken der §§ 613 Satz 2 und 664 Abs. 2 BGB im Zweifel auszugehen.[171]

bb) Bezug zwischen Interessenbeeinträchtigung und Leistung

Eine Forderung kann gemäß § 399 Alt. 1 BGB nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann. Diese Vorschrift findet gemäß § 413 BGB auf die Übertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung.

169 Siehe zur Verletzung des derivativen Interesses (siehe zum Begriff des derivativen Interesses oben § 6 D. I. 2.) 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).

170 Vgl. zu diesem Abwägungsergebnis oben § 6 D. III. 1. c).

171 Siehe zur Beweislastumkehr nach den Rechtsgedanken der §§ 613 Satz 2 und 664 Abs. 2 BGB oben § 6 D. I. 2. c) bb) ccc).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dem Merkmal der „Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger" entspricht bei einem Gestaltungsrecht die Ausübung des Rechts durch einen anderen als den ursprünglichen Inhaber. Dementsprechend wird definiert:

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.

Diese Definition grenzt den Fall aus, dass die Interessen des anderen Teils bloß durch den Wechsel des Rechtsinhabers beeinträchtigt werden. Rührt beispielsweise die Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB nur daher, dass der Inhaberwechsel der Reputation des anderen Teils schadete, begründet dies wie bei einer Forderung noch keine Personengebundenheit.

Bei einem Bestimmungsrecht bezüglich eines kreditsichernden Informationsanspruches kann eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB bestehen, weil dessen Übergang die Gefahr schafft, dass der Zessionar eine extensivere Bestimmung trifft, mithin die Verpflichtung des Darlehensnehmers erschwert.[172] In diesem Fall ist die Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB in Ansehung der Rechtsausübung durch den Zessionar begründet. Folglich ist dieses Bestimmungsrecht im weiteren Sinne höchstpersönlich und kann gemäß § 399 Alt. 1, §§ 412 f. BGB nicht analog § 401 Abs. 1 BGB übergehen.[173] Damit es analog § 401 Abs. 1 BGB übergehen kann, muss erst dessen Personengebundenheit durch Vereinbarung aufgehoben werden.[174]

d) Keine Höchstpersönlichkeit im weiteren Sinne des Rechts zur Darlehenskündigung

Betreffend das Recht zur Darlehenskündigung wird bei abstrahierender Betrachtung angenommen, dass dessen Übertragung von einer Bank auf einen

172 Siehe zur Vermutung des Bestandes und der Verletzung der Pflicht zur Rücksicht auf das derivative negative Äquivalenzinteresse bei einem Bestimmungsrecht nach den Rechtsgedanken der §§ 613 Satz 2 und 664 Abs. 2 BGB oben § 6 D. I. 2. c) bb) ccc).

173 Siehe auch die Ausführungen zur Begründung einer selbständigen Pflicht zur Rücksicht auf das derivative negative Äquivalenzinteresse oben § 6 D. I. 2. c) aa). Sie können auch als Argument für die Personengebundenheit eines Bestimmungsrechts ins Feld geführt werden. — Siehe zum Verhältnis der §§ 399 und 412 f. BGB und zur Frage der analogen Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB auf das forderungsbezogene Bestimmungsrecht oben § 3 C. I. 2. a).

174 Vgl. zu den Anforderungen an eine solche Vereinbarung oben § 7 B. II a. E.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Loan-to-Own-Investor das derivative Interesse des Darlehensnehmers an nur zulässiger Kündigung verletzt.[175] Ausgehend von dieser Prämisse ergibt die Interessenabwägung, dass einen Darlehensgeber die vertragsnatürliche Rücksichtspflicht trifft, die Übertragung des Kündigungsrechts auf einen Loan-to-Own-Investor zu unterlassen, es sei denn, der Kredit leidet Not.[176] Eine dementsprechende Pflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB kann nach dem Inhalt eines darlehensvertraglichen Schuldverhältnisses bestehen. Dann stellt sich die Frage, ob das Kündigungsrecht gemäß § 399 Alt. 1, § 413 BGB nicht an einen Loan-to-Own-Investor abgetreten werden kann.

Nach der obigen Definition ist dies danach zu beurteilen, ob die zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB in Ansehung der Rechtsausübung durch den Zessionar besteht. Betreffend die Übertragung des Kündigungsrechts auf einen Loan-to-Own-Investor besteht die zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht in Ansehung der Erhöhung der Gefahr unzulässiger Kündigung. Mit Blick darauf, ob eine unzulässige Kündigung dem Merkmal der Rechtsausübung zu subsumieren ist, fragt es sich zunächst, ob die Rechtsausübung wirksam sein muss.[177] Wird dies bejaht, knüpft daran die Folgefrage nach der Wirksamkeit einer unzulässigen Kündigung an.

Dafür, auch eine unwirksame Rechtsausübung ausreichen zu lassen, kann angeführt werden, dass diese immerhin noch eine Interessenbeeinträchtigung ausgrenzt, die sich im bloßen Rechtsübergang erschöpft. Und faktische Wirkungen kann auch eine unwirksame Rechtsausübung zeitigen. Beispielsweise erhöht auch eine unwirksame Kündigung die Gefahr, dass der Darlehensgeber die (weitere) Auszahlung unterlässt oder auch der Darlehensnehmer eine Rückzahlung tätigt. Auf der anderen Seite ist es eben nur eine faktische und keine rechtliche Wirkung – die unwirksame Kündigung führt nicht zur Fälligkeit der Forderung und verändert deren Inhalt insofern auch nicht. Auch der Vergleich zur Abtretung einer nicht fälligen Forderung spricht dagegen, eine unwirksame Rechtsausübung genügen zu lassen: Besteht eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht, weil

175 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).

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

177 Betreffend das Bestimmungsrecht kommt es auf diese Frage nicht an, weil die zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht nicht nur angesichts der infolge des Übergangs erhöhten Gefahr einer unbilligen und damit unverbindlichen Bestimmung besteht, sondern auch wegen der durch den Übergang geschaffenen Gefahr einer extensiveren und verbindlichen Bestimmung.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Abtretung der Forderung die Gefahr deren unberechtigter Geltendmachung erhöht, begründete dies schließlich auch nicht die Personengebundenheit der Forderung. Vorzugswürdig erscheint daher, die Wirksamkeit der Rechtsausübung vorauszusetzen bzw. unter dem Begriff der Rechtsausübung von vornherein nur die wirksame Geltendmachung eines Rechts zu verstehen.

Damit stellt sich die Folgefrage nach der Wirksamkeit der unzulässigen Kündigung. Nach vorzugswürdiger Ansicht ist die unzulässige Kündigung stets unwirksam.[178]

Ausgehend davon ist das Kündigungsrecht in Betreff der Übertragung auf einen Loan-to-Own-Investor nicht im weiteren Sinne höchstpersönlich gemäß § 399 Alt. 1, § 413 BGB.[179] Denn eine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB besteht nur in Ansehung der unzulässigen Kündigung. Folglich besteht keine zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht in Ansehung der Rechtsausübung, da unter Rechtsausübung nur die wirksame Geltendmachung eines Rechts verstanden und eine unzulässige Kündigung für unwirksam erachtet wird.

D. Die Rechtsfolge der absoluten Unwirksamkeit gemäß § 399 BGB

Schließlich bleibt noch zu klären, welche Rechtsfolgen die Abtretung einer Forderung zeitigt, die nach § 399 BGB nicht abgetreten werden kann. In der Literatur wird dies vornehmlich mit Blick auf § 399 Alt. 2 BGB disku-

178 Die Frage, ob er nur nicht kündigen darf oder auch nicht kündigen kann, ist umstritten: Unterschiedslos unzulässige Kündigungen für wirksam erachtend *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 5.275; SBL/*Krepold*, BankR-HdB., Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 79 Rn. 253. — Nur die unzeitige Kündigung für wirksam erachtend *BGH*, Urt. v. 20.5.2003 – XI ZR 50/02, NJW 2003, 2674 (2676); *Kiethe*, KTS 2005, 179 (200); Staudinger/*Mülbert*, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 227; Knops/Bamberger/Lieser/*Knops*, Recht der Sanierungsfinanzierung, 2. Aufl. 2019, § 14 Rn. 26; Ellenberger/Bunte/*Häuser*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 65 Rn. 69 ff.; Ellenberger/Bunte/*Samhat*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 54 Rn. 231; Obermüller/*Huber*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.402. — Zu Recht die (temporäre) Unwirksamkeit unzeitiger Kündigung bejahend *Hopt*, ZHR 143 (1979), 139 (163); *van Venrooy*, JZ 1981, 53 ff.; MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 238. — Unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes der Frage nach der Wirksamkeit einer unzulässigen Kündigung untergeordnete Bedeutung beimessend *Bitter/Alles*, WM 2013, 537 (538).

179 Siehe zum Meinungsstand zur Personengebundenheit des Rechts zur Darlehenskündigung oben § 7 C. II. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tiert. Unstreitig ist insofern, dass ein Abtretungsverbot gemäß § 399 Alt. 2 BGB dinglich/absolut wirkt.[180] Hingegen ist umstritten, ob eine Abtretung einer Vereinbarung gemäß § 399 Alt. 2 BGB zuwider nur relativ oder absolut unwirksam ist:

Nach einer früher noch stärker vertretenen Ansicht sei die Abtretung einem vereinbarten Abtretungsausschluss zuwider nur relativ gegenüber dem Schuldner unwirksam.[181]

Hingegen herrscht heute die Meinung vor, eine Abtretung ihrem Ausschluss gemäß § 399 Alt. 2 BGB zuwider sei gegenüber jedermann (absolut) unwirksam.[182] Dem ist hinsichtlich beider Alternativen des § 399 BGB zu folgen:

---

180 Die absolute/dingliche *Wirkung* ist unstreitig, siehe nur *Wagner*, JZ 1994, 227 (229); *Bruns*, WM 2000, 505 (506); HKK-BGB/*Hattenhauer*, Bd. II/2, 2007, §§ 398–413 Rn. 55 Fn. 366; *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 96 f.; *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 226; *Bülow/Artz*, HandelsR, 7. Aufl. 2015, Rn. 426.

181 *Enneccerus/Lehmann*, Schuldrecht, 13. Bearb. 1950, § 78 IV 2, S. 301; *H. Scholz*, NJW 1960, 1837; *Bette*, Factoring-Geschäft, 1973, S. 91 f.; *Jakobs*, JuS 1973, 152 (156 f.); *Beer*, Relative Unwirksamkeit, 1975, S. 180 ff.; *Denck*, BB 1978, 1086; *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rn. 1705; *Denck*, JuS 1981, 9 (12); *Wagner*, JZ 1988, 698 (701 ff.); *Cl. Ott*, WuB I F 4, Sicherungsabtretung, 1.90, 1989, 39 (42 f.); *Canaris*, FS Serick, 1992, 9 (13 ff.), der sich jedoch mit der herrschenden Meinung abgefunden zu haben scheint (vgl. *ders.*, HandelsR, 23. Aufl. 2000, § 28 Rn. 6; *ders.*, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 26 II Rn. 15 und 40); *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I/2, 8. Aufl. 2000, § 37 I 2 e, S. 309; *Armgardt*, RabelsZ 73 (2009), 314 (319 ff.); Erman/*Westermann*, BGB, Bd. 1, 15. Aufl. 2017, BGB § 399 Rn. 3a; *J. Wilhelm*, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 1088 bei Fn. 2253; *Neuner*, BGB AT, 13. Aufl. 2023, § 29 Rn. 49.

182 *RG*, Urt. v. 26.3.1915 – III 505/14, RGZ 86, 350 (351 f.); Urt. v. 1.11.1919 – I 86/19, RGZ 97, 76 (78); Urt. v. 14.6.1932 – VII 43/32, RGZ 136, 395 (399); *BGH*, Urt. v. 14.10.1963 – VII ZR 33/62, BGHZ 40, 156 (160); Urt. v. 12.5.1971 – VIII ZR 196/69, BGHZ 56, 173 (176); Urt. v. 27.5.1971 – VII ZR 85/69, BGHZ 56, 228 (230 f.); Urt. v. 1.2.1978 – VIII ZR 232/75, BGHZ 70, 299 (303); Urt. v. 3.12.1987 – VII ZR 374/86, BGHZ 102, 293 (301); Urt. v. 29.6.1989 – VII ZR 211/88, BGHZ 108, 172 (176); Urt. v. 31.10.1990 – IV ZR 24/90, BGHZ 112, 387 (389 f.); *OLG München*, Beschl. v. 20.10.1937 – Wx. 337/37, BeckRS 1937, 100369 Rn. 6; *Serick*, Eigentumsvorbehalt, Bd. IV, 1976, § 51 I 1, S. 491; *Dörner*, Dynamische Relativität, 1985, S. 213 ff.; *Merkel*, Negativklausel, 1985, S. 45; *Larenz*, Schuldrecht, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, § 34 II 1, S. 581 Fn. 19; *C. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 297; *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung, 1999, S. 171 f. mit Fn. 119; *Schneider/Dreibus*, FS Schimansky, 1999, 521 (527); *Boewer*, Lohnpfändung, 2004, Rn. 1199 und 1206; *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 101; *Fuhrmann*, Bankgeheimnis, 2009, S. 66; K. Tonner/Willingmann/Tamm/*dies.*, VertrR Komm., 2010, BGB § 399 Rn. 12; *Nefzger*, ZJS 2012, 821 (822); *ders.*, Abtretungsverbote, 2013, S. 248 f.; Ensthaler/*B. Schmidt*, GK-HGB, 8. Aufl. 2015, HGB § 354a Rn. 3; *Bork*, BGB AT, 4. Aufl. 2016, Rn. 1148; *Lieder*, TFM 2017, 83 (87); Derleder/Knops/Bamberger/*Schanbacher*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 30 Rn. 14; *Brömmelmey-*

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für die Annahme absoluter Unwirksamkeit spricht der Wortlaut des § 399 BGB: „kann nicht abgetreten werden“,[183] und zwar insbesondere im Vergleich zu anderen Vorschriften. So ist in § 135 Abs. 1 Satz 1 BGB die nur gegenüber bestimmten Personen bestehende (relative) Unwirksamkeit ausdrücklich angeordnet. In § 851 Abs. 2 ZPO wird von einer nach § 399 BGB nicht übertragbaren Forderung gesprochen.[184] Für die Rechtsfolge absoluter Unwirksamkeit spricht auch § 354a Abs. 1 Satz 1 und 2 HGB. So hätte die Abtretung nicht erst für gleichwohl wirksam erklärt werden müssen (§ 354a Abs. 1 Satz 1 HGB),[185] um sodann dem Schuldner zu gestatten, mit befreiender Wirkung an den bisherigen Gläubiger zu leisten (§ 354a Abs. 1 Satz 2 HGB), da er dies bei nur relativer Unwirksamkeit gerade könnte.[186] Und auch in den Gesetzgebungsmaterialien zu § 354a HGB wird davon

---

er, Schuldrecht AT, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 26; *Drießnack*, Vertragsübergang, 2020, S. 119 f.; Staudinger/*Hausmann*, BGB, 2021, Rom I Anh. II Rn. 33; Staudinger/*Kohler*, BGB, 2021, BGB § 137 Rn. 17; Staudinger/*Busche*, BGB, 2022, BGB § 399 Rn. 65; Ellenberger/Nobbe/*Cranshaw*, Kommentar zum Kreditrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, BGB § 399 Rn. 5; *Köhler*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 13 Rn. 4; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 52 Rn. 28; Erman/*Martens*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 399 Rn. 25; jurisPK-BGB/*Rosch*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 399 Rn. 44; Koller/Kindler/Drüen/*Roth*/*Huber*, HGB, 10. Aufl. 2023, HGB § 354a Rn. 1; Jauernig/*Stürner*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB §§ 399, 400 Rn. 8; Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1276; Schulze/*Fries*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 7; Grüneberg/*ders*., BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 12; PWW/*H.-F. Müller*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 16; BeckOK BGB/*Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 20; von Westphalen/Thüsing/*von Westphalen*, VertrR u. AGB-Klauselwerke, 50. EL März 2024, Vertragsrecht, Abtretungsausschluss Rn. 2.

183 Siehe zum Wortlautargument *BGH*, Urt. v. 31.10.1990 – IV ZR 24/90, BGHZ 112, 387 (390); *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 101 f.; das Wortlautargument ablehnend *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 232.

184 Siehe zu diesem Argument *BGH*, Urt. v. 31.10.1990 – IV ZR 24/90, BGHZ 112, 387 (390); *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 102. Vgl. insofern auch § 295 E I-RJA und § 295 E I-VorlZust. In diesen Entwurfsvorschriften hieß es noch nicht, die Forderung „kann nicht abgetreten werden“, sondern sie ist „nicht übertragbar“ (siehe Jakobs/Schubert/*ders*., Schuldverhältnisse I, 1978, § 399 B II, S. 774).

185 Aus der Anordnung der Wirksamkeit nach § 354a Abs. 1 Satz 1 HGB folge im Umkehrschluss die Rechtsfolge absoluter Unwirksamkeit nach § 399 Alt. 2 BGB, *Baukelmann*, FS Brandner, 1996, 185 (193); *Bauer*, § 354a HGB, 2001, S. 140 f.; *Ballo*, AGB-Kontrolle, 2010, S. 434 Fn. 1320; dieses Argument ablehnend *von Olshausen*, ZHR 166 (2002), 124 (125 f.).

186 *C. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 297 Fn. 52; *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007, S. 109 f.; dieses Argument stellen *Armgardt*, RabelsZ 73 (2009), 314 (318 f.); *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 245 auch wegen des schnellen Gesetzgebungsprozesses in Frage.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ausgegangen, dass § 399 BGB die absolute Unwirksamkeit der Abtretung zur Folge hat.[187]

E. Ergebnis

Das Verbot der cessio in potentiorem und die lex Anastasiana fanden keinen Eingang in die Gesetze und Entwürfe der Länder.[188] Das zessionsrechtliche Verschlechterungsverbot verwirklichten 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 Gläubigers voraussetzen".[189] 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,[190] aber nicht, dass eine Bankdarlehensforderung nur an ein Kreditinstitut abgetreten werden kann.[191]

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 de-

187 In den Gesetzgebungsmaterialien zu § 354a HGB a. F. heißt es, die Abtretung ihrem Ausschluss zuwider sei „nach gegenwärtiger Rechtslage gemäß ständiger Rechtsprechung absolut unwirksam" (BT-Drs. 12/7570 S. 3; BT-Drs. 12/7912 S. 24). Auch wurde ein Konzept relativer Unwirksamkeit erwogen, aber bewusst verworfen (siehe BT-Drs. 12/7912 S. 2; dazu auch ausführlich *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 174 und 196). Und in den Materialien zu § 354a HGB n. F. steht, eine ausgeschlossene Abtretung bleibe unter den Voraussetzungen des § 354a Abs. 2 HGB „absolut unwirksam" (BT-Drs. 16/9821 S. 19; insoweit zustimmend *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 248).

188 Siehe zur Überwindung des Verbots der cessio in potentiorem oben § 6 A. I. 3; siehe dazu betreffend die lex Anastasiana oben § 6 A. II.

189 *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.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren 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.[192] 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.[193] 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.[194]

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 einem notleidenden Kredit die zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht, ist aber nicht gemäß § 399 Alt. 1 (i. V. m. § 413) BGB ausgeschlossen.[195] Demgegenüber ist ein kreditsichernder Informationsanspruch im weiteren Sinne höchstpersönlich;[196] 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 anspruchsgebunden, sondern überdies im weiteren Sinne höchstpersönlich. Gemäß § 399 Alt. 1, §§ 412 f. BGB könnte es daher, auch wenn der bezügli-

192 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.

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

194 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).

195 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).

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

che Informationsanspruch abtretbar wäre, nicht mit diesem analog § 401 Abs. 1 BGB übergehen.[197]

Die Abtretung einer Forderung, die nach § 399 BGB nicht abgetreten werden kann, ist nicht nur relativ gegenüber dem Schuldner, sondern absolut gegenüber jedermann unwirksam.[198]

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 8 Die AGB-Kontrolle von Weitergabeklauseln

Nach der Darstellung von Berechtigungen und Beschränkungen der Kreditübertragung in Weitergabeklauseln (dazu A.)[1] wird die Wirksamkeit formularvertraglicher Weitergabeklauseln untersucht (dazu B.) und auf die Rechtsfolgen im Falle deren Unwirksamkeit eingegangen (dazu C.).

Wie bei der Beurteilung der Gebundenheit der Darlehensgeberrechte wird auch für die AGB-Kontrolle von einem darlehensvertraglichen Schuldverhältnis ausgegangen, 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.[2] Folglich ist auch davon auszugehen, dass die Darlehensgeberrechte entsprechend den obigen Ergebnissen zu § 7 nach § 399 Alt. 1 (i. V. m. §§ 412 f.) BGB gebunden sind.[3]

Zu bemerken ist noch, dass der Ausdruck *Weitergabeklausel* als Oberbegriff für Eintritts- und Abtretungsklauseln steht. Mit *Eintrittsklausel* ist eine Bestimmung gemeint, die den Darlehensgeber berechtigt, seine Vertragsposition zu übertragen. Als *Abtretungsklausel* wird eine Bestimmung bezeichnet, wonach der Darlehensgeber zur Abtretung nach § 399 Alt. 1 BGB gebundener Rechte berechtigt ist. Des Weiteren wird zwischen dinglichen und schuldrechtlichen Weitergabeklauseln unterschieden, also etwa der Aufhebung der Gebundenheit eines im weiteren Sinne höchstpersönlichen Rechts (dingliche Abtretungsklausel) und der Einschränkung der korrespondierenden zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB (schuldrechtliche Abtretungsklausel).

---

1 Von Berechtigung wird gesprochen, um offenzulassen, ob das Dürfen so weit reicht wie das Können. Siehe zu dieser Unterscheidung bei der AGB-Kontrolle von Weitergabeklauseln unten § 8 B. III. Bei einer Beschränkung stellt sich umgekehrt die Frage, ob außer dem Dürfen auch das Können eingeschränkt ist.

2 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.

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

A. Berechtigung und Beschränkung der Kreditübertragung in Weitergabeklauseln

Die Berechtigungen und Beschränkungen der Kreditübertragung können sich zum einen auf den Gegenstand der Übertragung (dazu I.) und zum anderen auf die Person des Erwerbers (dazu II.) beziehen.

I. Gegenstandsbezogene Übertragungsregeln

In den untersuchten Weitergabeklauseln ist teils unterschiedlich geregelt, welche Gegenstände der Darlehensgeber zu übertragen berechtigt ist. Beispielsweise ist der Darlehensgeber nach dem Musterdarlehensvertrag für gewerbliche Kreditvergaben des *BdB* lediglich berechtigt, „Kreditforderungen“[4] abzutreten. Nach dem Musterdarlehensvertrag für die gewerbliche Immobilienfinanzierung des *vdp* ist der Darlehensgeber ausdrücklich auch zur Abtretung sonstiger Forderungen aus dem Darlehensvertrag berechtigt.[5] Bemerkenswert ist eine Regelung in einem österreichischen Schuldscheindarlehensvertrag, wonach die Abtretung ausgeschlossen, aber der Darlehensgeber zur Übertragung seiner Vertragsposition berechtigt ist.[6]

Jedenfalls in den betrachteten Krediten nach LMA-Standard ist der Darlehensgeber zur Abtretung seiner Rechte wie auch zur Übertragung seiner Vertragsposition berechtigt.[7] Der damit im ersten Schritt hergestellte

4 *BdB*, Musterdarlehensvertrag für gewerbliche Kreditvergaben, 2005, WM 2005, 1942 (1945), Nr. 12 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2. — Siehe zur Auslegung des Begriffs „Kreditforderungen“ unten § 8 B. III. 1. a) bb) bbb).

5 *vdp*, Mustervertrag für die großvolumige, gewerbliche Immobilienfinanzierung, 2024, Nr. 24.2, S. 43. — Siehe zu dieser Bestimmung noch unten § 8 B. III. 1. a) bb) bbb).

6 In *Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien AG*, nachrangiger Schuldschein 16057, 2013 ist die Abtretung ausgeschlossen, § 11, S. 9, aber die Übertragung der Vertragsposition im Ganzen oder in Mindestteilen an bestimmte institutionelle Anleger ohne Zustimmung (§ 10A Abs. 1 und 2, S. 7) und an andere Personen nur mit Zustimmung (§ 10B Abs. 1 und 3, S. 8) erlaubt. Dieser Schuldscheindarlehensvertrag unterliegt österreichischem Recht, § 15 Abs. 1, S. 11. — Vgl. auch *dies.*, nachrangiger Schuldschein 15655, 2013, § 10 Abs. 3 Satz 1 und 3, S. 5; § 15 Abs. 1, S. 8.

7 Vgl. *Spark Networks SE* et al., FA, 2018, Klausel 28.1, S. 98: „A Lender (the ‚Existing Lender‘) may: (a) assign any of its rights; or (b) assign and transfer by assumption of contract (Vertragsübernahme) any of its rights and obligations, under any Finance Document to another bank or financial institution or to a trust, fund or other entity which is regularly engaged in or established for the purpose of making, purchasing or investing in loans, securities or other financial assets (the ‚New Lender‘).“ Hervorhebungen im Original weggelassen. Der Vertrag unterliegt deutschem Recht (siehe Klau-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gleichlauf betreffend die Übertragbarkeit der Rechte und der Vertragsposition setzt sich bei der Beschränkung der Kreditübertragung fort. So werden im zweiten Schritt Abtretung und Vertragsübernahme gleichermaßen unter den Vorbehalt der Zustimmung des Darlehensnehmers gestellt, um sodann im dritten Schritt Ausnahmen von dem Zustimmungsvorbehalt zu definieren.[8]

Auf den Übertragungsgegenstand bezogen sind auch jene Regelungen in den Mustern des *BdB* und des *vdp*, die den Darlehensgeber berechtigen, den Kredit bei der Übertragung zu tranchieren[9] und einzelne Tranchen zu priorisieren[10]. Demgegenüber finden sich in den untersuchten Schuldscheindarlehensverträgen Regelungen, die dem Darlehensgeber Teilabtretungen verbieten,[11] nur in einer Mindeststückelung erlauben[12] oder auch die Zahl der Übertragungen beschränken.[13]

---

sel 45, S. 130). In Verträgen nach englischem Recht lauten die Klauseln entsprechend, vgl. *Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 27.1 Buchst. b, S. 104 und zur Wahl englischen Rechts Klausel 42, S. 142. Siehe zum Vorstehenden auch oben § 3 C. II. 2 a. E. — Nach *vdp*, Mustervertrag für die großvolumige, gewerbliche Immobilienfinanzierung, 2024, Nr. 24.3 Buchst. b, S. 43 ist der Darlehensnehmer verpflichtet, die Bank bei einer Syndizierung zu unterstützen. Eine solche Klausel empfehlen *Rossbach/Fornoff*, BKR 2021, 753 (759).

8 Vgl. *Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 27.2 Buchst. a, S. 104; *Avon International Capital plc* et al., FA, 2019, Klausel 29.2 Buchst. a und b Ziff. i, S. 116; *Inspired Entertainment Inc.* et al., FA, 2019, Klausel 29.3 Buchst. b und c, S. 227 f.

9 *BdB*, Musterdarlehensvertrag für gewerbliche Kreditvergaben, 2005, WM 2005, 1942 (1945), Nr. 12 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1; *vdp*, Mustervertrag für die großvolumige, gewerbliche Immobilienfinanzierung, 2024, Nr. 24.1 Buchst. a, S. 42 berechtigen die Bank, den Kredit „teilweise" zu übertragen.

10 Vgl. *vdp*, Mustervertrag für die großvolumige, gewerbliche Immobilienfinanzierung, 2024, Nr. 24.3 Buchst. a, S. 43.

11 Die Übertragung des Kredits nur im Ganzen erlaubend *Bank Austria Aktiengesellschaft*, 2001, § 6, S. 2; *Erste Group Bank AG*, nachrangiges SSD, 2018, § 9 Satz 1, S. 3; *HSBC Trinkaus & Burkhardt AG*, SSD, o. J., Nr. 7 Satz 1, S. 3. — Teilabtretungen können durch eine Vereinbarung gemäß § 399 Alt. 2 BGB ausgeschlossen werden, *BGH*, Urt. v. 12.5.1971 – VIII ZR 196/69, BGHZ 56, 173 (175); *C. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 264.

12 Die Übertragung nur in einer Stückelung von mindestens einer Million Euro oder ganzzahligen Vielfachen davon erlaubend *Raiffeisenlandesbank Oberösterreich AG*, Musterdokumentation Schuldschein nach deutschem Recht, August 2019, § 7 Abs. 1, S. 6; *Banque Internationale à Luxembourg SA*, Schuldschein, o. J., Nr. 10.1 Abs. 2, S. 8; *FHH*, Vertragsmuster Schuldschein, o. J., Nr. 5 Abs. 1 Satz 1, S. 2.

13 Eine elfmalige Zession, nur in einer Summe und nur mit Einwilligung der Darlehensnehmerin erlaubend *Bank Austria Aktiengesellschaft*, 2001, § 6, S. 2. Ähnliche Abtretungsbeschränkungen finden sich auch in deutschem Recht unterliegenden Schuld-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Personenbezogene Übertragungsregeln

Hinsichtlich personenbezogener Übertragungsregeln kann zwischen einem mittelbaren Ausschluss der Konkurrenten des Darlehensnehmers (dazu 1.) und ausdrücklichen Beschränkungen des Kreises der als Erwerber zugelassenen Personen (dazu 2.) unterschieden werden.

1. Mittelbarer Ausschluss von Konkurrenten des Darlehensnehmers

Banken, Finanzinstitute, Treuhandgesellschaften, Fonds und mit diesen vergleichbare[14] Unternehmen werden in den untersuchten Weitergabeklauseln als zulässige Erwerber genannt.[15] Eine solche Begrenzung schließt mittelbar Konkurrenten des Darlehensnehmers als Erwerber aus.[16] In Schuldscheindarlehensverträgen scheinen dergleichen Beschränkungen weniger verbreitet zu sein.[17]

---

scheindarlehen, vgl. *HypoVereins Finance NV*, nachrangiger Schuldschein, Nr. 82, 2001, Art. 9 Abs. 1 Satz 1 und 2, S. 4 betreffend die Abtretungsbeschränkung und Art. 10 Abs. 1, S. 4 f. hinsichtlich der Rechtswahl. — Mehrfachabtretungen können durch eine Vereinbarung gemäß § 399 Alt. 2 BGB ausgeschlossen werden, *BGH*, Urt. v. 29.6.1989 – VII ZR 211/88, BGHZ 108, 172.

14 In *vdp*, Mustervertrag für die großvolumige, gewerbliche Immobilienfinanzierung, 2024, Nr. 24.1 Buchst. a Spiegelstrich 5, S. 43 ist insofern von einer „andere[n] Gesellschaft, die Darlehen, Wertpapiere oder andere Finanzwerte ausgibt, erwirbt oder in eine derartige Gesellschaft investiert," die Rede.

15 Vgl. *BdB*, Musterdarlehensvertrag für gewerbliche Kreditvergaben, 2005, WM 2005, 1942 (1946), Nr. 12 Abs. 2; *Spark Networks SE* et al., FA, 2018, Klausel 28.1, S. 98; *vdp*, Mustervertrag für die großvolumige, gewerbliche Immobilienfinanzierung, 2024, Nr. 24.1 Buchst. a, S. 42 f. — Dergleichen Beschränkungen sind wohl allgemein üblich, vgl. *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 2nd ed. 2014, 61 (65); *dies.*, ICLG, L&S Fin., 3rd ed. 2015, 55 (60); *dies.*, ICLG, L&S Fin., 4th ed. 2016, 57 (63).

16 Vgl. *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 4th ed. 2016, 57 (63). Einschränkend *Längsfeld/Lürken*, WM 2019, 999 (1002 ff.), da auch eine Zweckgesellschaft, die mit dem Forderungserwerb singulär eine Finanztransaktion durchführt, dem Begriff Finanzinstitut zu subsumieren sei. — Siehe zum ausdrücklichen Ausschluss von Wettbewerbern sogleich unten § 8 A. II. 2. b).

17 Der Schuldscheindarlehensvertrag der *LMA* (Stand: 31.10.2018) enthalte keine solche Beschränkung, *Längsfeld/Lürken*, WM 2019, 999 Fn. 4. Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 des Musterschuldscheindarlehensvertrages von GDV/*Kemter/Ockenga*, Kreditleitfaden für Solvency I-Versicherer, 7. Aufl. 2022, S. 23 ist die Abtretung an (alle) Personen mit Sitz in der Europäischen Union erlaubt; ebenso lautet § 16 Abs. 1 Satz 1 des Musterschuldscheindarlehensvertrages von GDV/*Kemter/Ockenga*, Kreditleitfaden für Solvency II-Versicherer, 3. Aufl. 2022, S. 26. — *Stadt Graz*, Vorzeitiger Rückkauf Schuldscheindarlehen, 2018, Nr. 9 Abs. 1, S. 5 f.; *Banque Internationale à Luxembourg SA*,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Ausdrückliche Beschränkungen des Kreises zulässiger Erwerber

Die in den Blick genommenen Weitergabeklauseln enthalten unterschiedliche und teils ausdifferenzierte personenbezogene Zustimmungsvorbehalte. So finden sich einerseits Bestimmungen, wonach die Übertragung grundsätzlich der Zustimmung des Darlehensnehmers bedarf (dazu a)), und andererseits auch solche, wonach nur die Übertragung auf bestimmte Personen unter einem Zustimmungsvorbehalt steht (dazu b)). Des Weiteren existieren Regelungen, wonach Zustimmungsvorbehalte entfallen, wenn der Darlehensnehmer eine Pflicht verletzt (dazu c)).

a) Ausschluss der Übertragung unter Ausnahme bestimmter Erwerber

In den untersuchten Kreditverträgen sind uneingeschränkte Zustimmungsvorbehalte nur in Schuldscheinen zu finden, bei denen Banken als Darlehensnehmerinnen auftreten.[18] Doch kommt solch einem allgemeinen Zustimmungsvorbehalt eine Beschränkung nahe, die eine zustimmungsfreie Übertragung nur an Konsorten zulässt.[19] Eine etwas lockerere Beschränkung kann darin bestehen, die Übertragung nicht nur auf Konsorten, son-

Schuldschein, o. J., Nr. 10.1 Abs. 3, S. 8 enthalten eine Beschränkung auf Banken, Finanzinstitute usw. – dieser Umstand dürfte jedoch auch mit Rücksicht darauf zu bewerten sein, dass die Darlehensnehmerin eine Gemeinde bzw. eine Bank ist.

18 Siehe etwa *Bank Austria Aktiengesellschaft*, 2001, § 6, S. 2; *HypoVereins Finance NV*, nachrangiger Schuldschein, Nr. 82, 2001, Art. 9 Abs. 1 Satz 1 und 2, S. 4.

19 Eine solche Beschränkung kann lauten: The „prior written consent [is required unless the assignment or transfer is] to another Lender or an Affiliate of a Lender or, in the case of a Lender which is a fund, a Related Fund of such Lender" (*Inspired Entertainment Inc.* et al., FA, 2019, Klausel 29.3 Buchst. c Ziff. i, S. 227). Vgl. auch *Avon International Capital plc* et al., FA, 2019, Klausel 29.2 Buchst. a Ziff. i und ii, S. 116. — *Längsfeld/Lürken*, WM 2019, 999 (1001) verstehen Abtretungsbeschränkungen in Konsortialkreditverträgen als solche i. S. d. § 399 Alt. 2 BGB. — Die Wirksamkeit der Abtretung kann durch Vereinbarung gemäß § 399 Alt. 2 BGB an Formerfordernisse geknüpft werden, siehe *BGH*, Urt. v. 14.10.1963 – VII ZR 33/62, BGHZ 40, 156 f.; Urt. v. 25.5.1979 – I ZR 147/77, NJW 1979, 2037 (2038); Urt. v. 29.6.1989 – VII ZR 211/88, BGHZ 108, 172 f. und 174; Urt. v. 31.10.1990 – IV ZR 24/90, BGHZ 112, 387 f. Anderer Ansicht *C. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 264. — Siehe im Lichte des § 309 Nr. 10 BGB zum Maß der Abweichung einer solchermaßen beschränkten Eintrittsklausel von den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog unten § 8 B. III. 3. a) bb) aaa).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dern auch auf Personen zu gestatten, die auf einer sog. White-List[20] geführt werden.[21]

b) Berechtigung zur Übertragung unter Ausnahme bestimmter Erwerber

Eine White-List-Beschränkung erlaubt die zustimmungsfreie Übertragung nur ausnahmsweise. Invers dazu ist das Regel-Ausnahme-Verhältnis bei einer Black-List-Beschränkung. Bei dieser erfordert nur die Übertragung auf eine Person, die auf der Black-List[22] steht, die Zustimmung des Darlehensnehmers.[23] Mitunter ist dem Darlehensnehmer gestattet, die Black-List fortlaufend zu aktualisieren.[24] Die Häufigkeit von Black-List-Beschränkun-

20 Synonym zu White-List heißt es auch „Approved List" (*Inspired Entertainment Inc.* et al., FA, 2019, Klausel 29.3 Buchst. c Ziff. ii, S. 227), siehe dazu *Thom/Josenhans/Danzmann*, WM 2018, 2162 (2170); *Diem/Jahn*, Akquisitionsfinanzierungen, 4. Aufl. 2019, § 33 Rn. 14; *Thompson/Fevzi*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 22 (25); *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 54 (65).

21 Eine dahingehende Beschränkung kann lauten: The consent is required unless the assignment or transfer is „to an entity included on the Approved List" (*Inspired Entertainment Inc.* et al., FA, 2019, Klausel 29.3 Buchst. c Ziff. ii, S. 227). — Siehe zu White-List-Beschränkungen: bei Unternehmenskrediten allgemein *Längsfeld/Lürken*, WM 2019, 999 (1002); bei Term Loan B *Thompson/Fevzi*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 22 (25); bei Leveraged Loan Agreements *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 54 (65); bei Schuldscheinen Hasler/Launer/Wilhelm/*Kuhn*, Debt Relations, 2013, Kap. 36.3, S. 554 f.; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.93 (Abtretung) und 26.107 (Vertragsübernahme); bei der Start-up-Finanzierung *Thom/Josenhans/Danzmann*, WM 2018, 2162 (2170). — Siehe zum Maß der Abweichung einer durch eine White-List beschränkten Eintrittsklausel von den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog mit Blick auf die Regelung des § 309 Nr. 10 BGB unten § 8 B. III. 3. a) bb) bbb).

22 *Thompson/Fevzi*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 22 (25); *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 54 (65). In den USA häufiger DQ-List genannt, wobei DQ für disqualified steht (ebd.).

23 Siehe zu Black-List-Beschränkungen: bei Unternehmenskrediten allgemein *Metze/Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015, 97 (117); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 327; bei Leveraged Loan Agreements *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 54 (65); bei Schuldscheinen Hasler/Launer/Wilhelm/*Kuhn*, Debt Relations, 2013, Kap. 36.3, S. 554 f.; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert/Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.93 (Abtretung) und 26.107 (Vertragsübernahme); bei der Start-up-Finanzierung *Thom/Josenhans/Danzmann*, WM 2018, 2162 (2170). — Siehe zum Maß der Abweichung einer durch eine Black-List beschränkten Eintrittsklausel von den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog unten § 8 B. III. 3. a) bb) ccc).

24 So *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 54 (65) mit Blick auf US-amerikanische Kreditverträge. *Dies.*, ICLG, L&S Fin., 7th ed. 2019, 46 (55) weisen darauf hin,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen, gerade im Verhältnis zu White-List-Beschränkungen, scheint auch von der Kreditform abzuhängen.[25]

Die als Erwerber ausgeschlossenen Personen müssen nicht individuell auf einer Liste benannt sein, sondern können auch nach abstrakten Kriterien bestimmt sein. So kann insbesondere die Kreditübertragung auf Wettbewerber des Darlehensnehmers,[26] auf Loan-to-Own-[27] und andere Distressed-Debt-Investoren[28] ausgeschlossen sein. Dabei könnte es sich um eine eher junge Gestaltungspraxis handeln:

So berichten *Sarah M. Ward* und *Mark L. Darley*, die ab dem Jahr 2014 jährlich die Entwicklung US-amerikanischer und europäischer Leveraged-Loan-Agreements beschrieben haben,[29] erst mit Blick auf das Jahr 2016 von ausdrücklichen Ausschlüssen der Kreditübertragung auf Wettbewerber.[30] Für das darauffolgende Jahr verzeichnen sie in der Mehrzahl der von ihnen untersuchten großvolumigen europäischen Darlehensverträge einen weiteren Trend, und zwar den Ausschluss der Kreditübertragung auf Lo-

---

dass die Möglichkeit zur laufenden Aktualisierung der Black-List Restrukturierungen behindern könne.

25 Betreffend LMA-Kredite allgemein berichtend, dass White-List-Beschränkungen in der Praxis selten seien, *Längsfeld/Lürken*, WM 2019, 999 (1002). — Mit Blick auf europäische Term Loan B konstatierend, dass 83 % der von ihnen im dritten Quartal 2019 betrachteten Kreditverträge eine White-List, aber nur 17 % eine Black-List enthielten, *Thompson/Fevzi*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 22 (25). — Hinsichtlich der Start-up-Finanzierung äußernd, Black-List-Beschränkungen seien häufig, *Thom/Josenhans/Danzmann*, WM 2018, 2162 (2170). — Betreffend Leveraged-Buyout-Finanzierungen bekundend, White-List-Beschränkungen seien gängig und Black-List-Beschränkungen bezüglich Wettbewerber und Distressed-Debt-Funds kämen oft vor und entfielen hinsichtlich letzterer nur bei wesentlichen Kündigungsgründen, *Diem/Jahn*, Akquisitionsfinanzierungen, 4. Aufl. 2019, § 33 Rn. 13.

26 So kann es heißen: No assignment or transfer shall be made to „an Industry Competitor or private equity sponsor" (*NortonLifeLock Inc.* et al., FA, 2021, Klausel 22.2 Buchst. b Ziff. (ii) Großbuchst. B Ziff. 1, S. 55). — Bei der Start-up-Finanzierung werde oft auch die Übertragung an Konkurrenten des Venture-Capital-Investors ausgeschlossen, *Thom/Josenhans/Danzmann*, WM 2018, 2162 (2170).

27 Entsprechende Formulierungen lauten etwa: No assignment or transfer „shall be made to a Loan to Own/Distressed Investor" (*NortonLifeLock Inc.* et al., FA, 2021, Klausel 22.2 Buchst. b Ziff. (ii) Großbuchst. B a. E., S. 55).

28 In US-amerikanischen Term Loan B bezögen die Übertragungsbeschränkungen Short-Investoren ein, die mittels CDS auf den Forderungsausfall spekulierten, berichten *Ryan/Lakin*, ICLG, L&S Fin., 7th ed. 2019, 63 (68). Vgl. auch *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 54 (66 f.). — Siehe zu dieser Strategie *Koa*, Gläubiger ohne Risiko, 2020, passim.

29 *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 2nd ed. 2014, 61.

30 *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 5th ed. 2017, 46 (55). Siehe zum mittelbaren Ausschluss von Konkurrenten des Darlehensnehmers oben § 8 A. II. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

an-to-Own-Investoren.[31] Für das erste Halbjahr 2018 bekunden sie, dass in den von ihnen betrachteten Darlehensverträgen die Übertragung auf Wettbewerber in über 80 % der Fälle und die Übertragung auf Loan-to-Own-Investoren in rund 67 % der Fälle ausgeschlossen worden seien.[32] Zum ersten Halbjahr 2019 habe sich die Ausschlussquote angeglichen und bei 84 % gelegen.[33] In dem Bericht für das Jahr 2020 wird diese Entwicklung bestätigt.[34] Im darauffolgenden Jahr werden dergleichen Beschränkungen in diesem Marktsegment als üblich bezeichnet.[35]

c) Entfall von Zustimmungsvorbehalten bei einer Pflichtverletzung

Ein Zustimmungsvorbehalt, der von jedweder Pflichtverletzung des Darlehensnehmers unberührt bleibt, dürfte kaum verhandelbar sein.[36] Jedoch kommen Abreden vor, nach denen die Zustimmung nur bei einer schwerwiegenden Leistungsstörung wie dem Zahlungsausfall entbehrlich ist.[37] Dabei finden sich auch in Abhängigkeit von der Schwere der Pflichtverletzung gestufte Regeln hinsichtlich des Kreises zulässiger Erwerber. So kann etwa nur ein qualifizierter Verstoß zur Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor berechtigen, wohingegen sonstige Übertragungen schon bei einer einfachen Pflichtverletzung zustimmungsfrei möglich sind.[38]

Insofern ist zu sehen, dass ein Zustimmungsvorbehalt vor der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor kaum schützen dürfte, wenn er aussetzt, solange der Darlehensnehmer eine von vornherein schwer

31 *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 6th ed. 2018, 50 (58); ebenso betreffend US-amerikanische Term Loan B *Ryan/Lakin*, ICLG, L&S Fin., 7th ed. 2019, 63 (68).

32 *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 7th ed. 2019, 46 (55). Siehe auch *Chesterman/Summers/Seale*, ICLG, L&S Fin., 7th ed. 2019, 70 (71).

33 *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 54 (65). Vgl. insofern betreffend Term Loan B *Ryan/Lakin*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 73 (78).

34 *Ward/Wells*, ICLG, L&S Fin., 9th ed. 2021, 66 (79).

35 *Wells/Chenoweth*, ICLG, L&S Fin., 10th ed. 2022, 63 (76).

36 *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 54 (65).

37 *Chesterman/Summers/Seale*, ICLG, L&S Fin., 7th ed. 2019, 70 (71); *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 54 (65).

38 So heißt es etwa bei *NortonLifeLock Inc.* et al., FA, 2021, Klausel 22.2 Buchst. b Ziff. (ii) Großbuchst. B a. E., S. 55: „[I]n all cases (other than where a Major Event of Default under […] has occurred and is continuing) no assignment, transfer or sub-participation shall be made to a Loan to Own/Distressed Investor".

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einzuhaltende Finanzkennzahl geringfügig unterschreitet.[39] Denn leichte Covenant-Verstöße kommen auch bei gesunden Unternehmen vor, und solange ein Darlehensnehmer selbst hochgesteckte Financial-Covenants einhalten kann, dürfte er ohnehin selten zum Ziel einer forderungsbasierten Übernahme werden.[40]

Für einen Darlehensnehmer kann ein Zustimmungsvorbehalt mit teureren Kreditkonditionen verbunden sein.[41] Inwieweit er diesen überhaupt durchsetzen kann, hängt von seiner Verhandlungsmacht ab;[42] deren Größe wird durch seine Bonität, das Finanzierungsvolumen und nicht zuletzt die Marktverhältnisse bestimmt.[43]

---

39 An der Schutzwirkung einer solchen Regelung zweifelnd *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 7th ed. 2019, 46 (55). Siehe beispielhaft für eine solche Regelung *Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 27.2 Buchst. a, S. 104: „The consent of the Borrower is required for an assignment [or] a transfer […] to any Loan to Own Investor, unless […] [it] is made at a time when an Event of Default is continuing." Siehe dazu, dass insofern die anhaltende Verletzung einer Finanzkennzahl genügen kann, *Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 27.2 Buchst. a, S. 104 i. V. m. Klausel 26.2 Buchst. a, S. 98 i. V. m. Klausel 20, S. 75 f. Ob die Finanzkennzahlen in diesem konkreten Fall schwer einzuhalten waren, kann freilich nicht beurteilt werden.

40 Siehe dazu, dass auch an sich gesunde Unternehmen Financial-Covenants verletzen, *Thießen*, ZBB 1996, 19 (29 mit Fn. 71); *Tung*, 57 UCLA L. Rev. 115, 150 (2009); mit einem instruktiven Beispiel *Nouvertné*, ZIP 2012, 2139 (2141); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 242; *Wang*, Loan-to-Own, 2022, S. 74 f. Siehe zu den typischen Eigenschaften eines Unternehmens, das zum Ziel einer Loan-to-Own-Strategie wird, oben § 2 B. III. 3. Siehe zur Frage, inwieweit es überhaupt vorkommt, dass ein Loan-to-Own-Investor einen ungestörten Kredit erwirbt, oben § 6 D. I. 1. c) bb) aaa).

41 Siehe zur Konditionenverschlechterung mit Blick auf die Einführung des § 354a Abs. 2 HGB, BT-Drs. 16/8548 S. 3; BT-Drs. 16/9821 S. 21; *Langenbucher*, NJW 2008, 3169 (3173); *Schalast*, BB 2008, 2190 (2195); *Zimmermann*, BKR 2008, 95 (101 a. E.); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 327.

42 *Wiehe*, BKR 2011, 329 (330); vgl. auch *Wells/Chenoweth*, ICLG, L&S Fin., 10th ed. 2022, 63 (76). — Mit Blick auf fehlende Verhandlungsmacht der Darlehensnehmer an der Effektivität des § 354a Abs. 2 HGB zweifelnd *Lettl*, JA 2010, 109 (110); *ders.*, HandelsR, 4. Aufl. 2018, § 11 Rn. 7; *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 326.

43 Vgl. betreffend das Finanzierungsvolumen als Einflussfaktor *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 327. Siehe dazu, dass bei günstiger Marktlage auch ein verhandlungsschwächerer Darlehensnehmer auf eine Beschränkung drängen könne, *Thompson/Fevzi*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 22 (25); *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020, 54 (65). Vgl. für die Zeit nach der Zinswende im Jahre 2022 demgegenüber *Harder*, Finance – September/Oktober 2022, 26 ff.: Banken und Debt-Fonds hätten nicht nur zurückhaltender und teurer kreditiert; auch die Vertragsgestaltung habe sich geändert und strengere Covenants seien diskutiert worden.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Wirksamkeit formularvertraglicher Weitergabeklauseln

Ist geklärt, unter welchen Voraussetzungen Weitergabeklauseln wie die oben dargestellten dem AGB-Begriff unterfallen (dazu I.), kreditgeberseitig gestellt und nicht im Einzelnen ausgehandelt sind (dazu II.), wird deren Inhalt anhand § 307 Abs. 2 BGB kontrolliert (dazu III.).

I. Weitergabeklauseln als AGB

Eine Weitergabeklausel fällt unter den AGB-Begriff des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn sie eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte und zum Stellen bestimmte Vertragsbedingung ist.[44] Eine Vertragsbedingung ist vorformuliert, wenn sie bereits vor Abschluss des Vertrages aufgestellt wurde.[45] Wer sie vorformuliert, ist unerheblich; dies kann etwa auch ein Interessenverband oder ein Anwalt sein.[46] Und für eine Vielzahl von Fällen ist sie vorformuliert, wenn *einer* der für sie Verantwortlichen deren Verwendung und Stellung in mehreren Verträgen beabsichtigt.[47] Zu den Verantwortlichen zählen außer dem Verwender etwa auch der Verfasser und der Empfehler.[48]

Die Weitergabeklauseln in den Mustern, die etwa der *BdB*, der *vdp* oder die *LMA* herausgeben, und in denen, auf die Kanzleien hausintern zurückgreifen, unterfallen sonach dem AGB-Begriff des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB.[49]

---

44 Siehe zur Definition der Vertragsbedingungen und dazu, dass das Merkmal des Stellens nicht nur zum Verwenderbegriff zählt, sondern als Zweckbestimmung auch Teil des AGB-Begriffes ist, Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 305 Rn. 7 und 18.

45 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 305 Rn. 14; Staudinger/*Mäsch*, BGB, 2022, BGB § 305 Rn. 25; Feldhusen/Niebling/*ders.*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 305 Rn. 33.

46 *BGH*, Urt. v. 2.11.1983 – IVa ZR 86/82, BGHZ 88, 368 (370); Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 305 Rn. 14; Feldhusen/Niebling/*ders.*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 305 Rn. 33.

47 Absicht meint nicht direkten Vorsatz, Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 305 Rn. 15; eine „gewisse Planmäßigkeit im Vorgehen" genügt, *BGH*, Urt. v. 26.9.1996 – VII ZR 318/95, NJW 1997, 135 f.

48 *BGH*, Urt. v. 16.11.1990 – V ZR 217/89, NJW 1991, 843; Urt. v. 4.5.2000 – VII ZR 53/99, NJW 2000, 2988 (2989); Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 (263 Rn. 10); Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 305 Rn. 15; Staudinger/*Mäsch*, BGB, 2022, BGB § 305 Rn. 31.

49 Siehe *BdB*, Musterdarlehensvertrag für gewerbliche Kreditvergaben, 2005, WM 2005, 1942 (1945), Nr. 12 Abs. 1; *vdp*, Mustervertrag für die großvolumige, gewerbliche Im-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

AGB sind auch die oben dargestellten Weitergabeklauseln, die Verträgen aus der Praxis entnommen sind: Diese orientieren sich stark an dem LMA-Muster und erwecken den Anschein[50] der Absicht vielfacher Verwendung. Insbesondere die Bestimmung, die den Kreditgeber berechtigt, seine Rechte aus dem Vertrag oder seine Vertragsposition zu übertragen, findet sich nahezu wortgleich in den untersuchten Verträgen.[51]

II. Kreditgeberseitig gestellte und nicht im Einzelnen ausgehandelte Weitergabeklauseln

Die Vertragspartei, die der anderen bei Vertragsschluss AGB stellt, wird in § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB als Verwender definiert. Nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB liegen AGB nicht vor, soweit die Vertragsparteien die Vertragsbedin-

mobilienfinanzierung, 2024. Siehe auch die auf der Homepage der *LMA* genannten Musterdarlehensverträge (https://www.lma.eu.com/documents-guidelines/documents#document_index). Der Hinweis zu Beginn dieser Muster, sie sollen nur die Grundlage für die Diskussion sein, ändert nichts daran, dass die darin enthaltenen Vertragsbedingungen tatsächlich dazu bestimmt sind, dem Darlehensnehmer gestellt zu werden, *M. Renner/Leidinger*, BKR 2015, 499 (500). Formelhafte Wendungen, dass es sich nicht um AGB handele, erwecken vielmehr den gegenteiligen Anschein, vgl. betreffend eine Regelung, wonach der Vertrag ausgehandelt sei, *BGH*, Urt. v. 27.11.2003 – VII ZR 53/03, BGHZ 157, 102 (107). — Siehe zu hausinternen Kanzleimustern *Schuhmacher/Radke*, BKR 2021, 204 (206). — Vgl. ferner hinsichtlich der Vertragspraxis (AGB-Eigenschaft von Covenants sei kaum zu bezweifeln) *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung, 1999, S. 151; *Wenzel*, Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge, 2006, S. 88 f.; *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491 (515 ff.); L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 10.

50 Enthält ein Vertrag zahlreiche formelhafte Bedingungen, ist dies ein Gesichtspunkt, der den Anschein der Absicht vielfacher Verwendung erweckt; diesen Anschein kann der Verwender widerlegen. Siehe *BGH*, Urt. v. 14.5.1992 – VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229 (237 ff.); Urt. v. 27.11.2003 – VII ZR 53/03, BGHZ 157, 102 (106 ff.) mit zust. Anm. v. *von Hoyningen-Huene*, EWiR 2004, 411 (412); Beschl. v. 23.6.2005 – VII ZR 277/04, ZIP 2005, 1604; Ulmer/Brandner/Hensen/*Habersack*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305 Rn. 20 und 61. Nach Staudinger/*Mäsch*, BGB, 2022, BGB § 305 Rn. 32 bestehe bei gewerblich tätigen Verwendern stets der Anschein der Mehrfachverwendung.

51 Vgl. hinsichtlich mehr oder weniger wortgleicher Übertragungsberechtigungen *Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 27.1 Buchst. b, S. 104; *Spark Networks SE* et al., FA, 2018, Klausel 28.1 Buchst. b, S. 98. Siehe zu dieser Bestimmung auch oben § 3 C. II. 2 a. E. und § 8 A. I. — Vgl. hinsichtlich mehr oder minder gleichlautender Übertragungsbeschränkungen *Avon International Capital plc* et al., FA, 2019, Klausel 29.2 Buchst. a Ziff. i und ii, S. 116; *Inspired Entertainment Inc.* et al., FA, 2019, Klausel 29.3 Buchst. c Ziff. i, S. 227. Siehe dazu oben § 8 A. II. 2. a).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gungen im Einzelnen ausgehandelt haben. Nur bei Existenz eines Verwenders und fehlendem Aushandeln kann eine Weitergabeklausel nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sein.

Diese Voraussetzungen spielen keine Rolle für die Frage, ob der *BdB*, der *vdp* oder die *LMA* nach § 1 Alt. 2 UKlaG auf Unterlassung und Widerruf in Anspruch genommen werden können,[52] wenn sie Weitergabeklauseln für den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Unternehmern empfehlen,[53] die nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB[54] unwirksam wären. Im Folgenden wird eruiert, unter welchen Voraussetzungen eine Weitergabeklausel vonseiten des Kreditgebers nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt (dazu 1.) und nicht gemäß § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB im Einzelnen ausgehandelt (dazu 2.) ist.

1. Kreditgeberseitig gestellte Weitergabeklauseln

AGB kann nur stellen, wer deren Einbeziehung in den Vertrag veranlasst,[55] etwa durch die Abgabe eines Angebots.[56] Ob zum Stellen das Veranlassen der Einbeziehung genügt, wird unterschiedlich beurteilt:

52 Siehe zum Unterlassungsanspruch gegenüber einem Empfehler Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, UKlaG § 1 Rn. 50; MüKoZPO/*Micklitz*/*Rott*, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, UKlaG § 1 Rn. 46 f. Den Widerrufsanspruch nach § 1 UKlaG konkretisiert § 9 Nr. 4 UKlaG inhaltlich; siehe näher zu diesem Anspruch Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, UKlaG § 1 Rn. 51; MüKoZPO/*Micklitz*/*Rott*, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, UKlaG § 1 Rn. 48; Staudinger/*Piekenbrock*, BGB, 2022, UKlaG § 1 Rn. 15.

53 Siehe zum Merkmal des Empfehlens für den rechtsgeschäftlichen Verkehr und dazu, dass Verbandsempfehlungen der Paradefall sind, Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, UKlaG § 1 Rn. 40 ff.; MüKoZPO/*Micklitz*/*Rott*, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, UKlaG § 1 Rn. 40 ff.; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*/*Alexander*, UWG, 42. Aufl. 2024, UKlaG § 1 Rn. 9.

54 Der Verweis in § 1 UKlaG auf § 307 bis § 309 BGB schließt die Reduktion des Kontrollmaßstabes nach § 310 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB ein, wenn bloß empfohlen wird, die AGB gegenüber einem Unternehmer zu verwenden, Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, UKlaG § 1 Rn. 16; MüKoZPO/*Micklitz*/*Rott*, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, UKlaG § 1 Rn. 16; Staudinger/*Piekenbrock*, BGB, 2022, UKlaG § 1 Rn. 15.

55 *BGH*, Urt. v. 27.1.2017 – V ZR 130/15, NJW 2017, 1540 (1541 Rn. 11); Ulmer/Brandner/Hensen/*Habersack*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305 Rn. 26; Staudinger/*Mäsch*, BGB, 2022, BGB § 305 Rn. 35.

56 Siehe dazu und zu atypischen Konstellationen Ulmer/Brandner/Hensen/*Habersack*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305 Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ein Teil des Schrifttums vertritt die Auffassung, Stellen und Veranlassen seien gleichzusetzen.[57]

Eine verbreitete Literaturansicht versteht demgegenüber Stellen als die einseitige Ausübung von Gestaltungsmacht.[58] Insbesondere der *Bundesgerichtshof* fordert neben dem Veranlassen auch das Verlangen der Einbeziehung;[59] dem ist zu folgen:

Bereits den Vorschlag von AGB als Grundlage der Verhandlung mit deren Stellen gleichzusetzen, ist angesichts der Schutzzwecke der AGB-Kontrolle abzulehnen. Denn es ist nicht erforderlich, um die andere Vertragspartei zu schützen, ein Marktversagen zu verhindern oder Transaktionskosten zu reduzieren.[60] Gegen solch eine extensive Auslegung spricht schließlich auch die historische Auslegung, da nach den Materialien die Voraussetzung des Stellens die „Einseitigkeit der Auferlegung" als „das wesentliche Charakteristikum von AGB"[61] ausdrücken soll.[62]

---

57 Veranlassen und Stellen gleichsetzend Leuschner/*ders*., AGB-Recht, 2021, BGB § 305 Rn. 43; Ulmer/Brandner/Hensen/*Habersack*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305 Rn. 26; Staudinger/*Mäsch*, BGB, 2022, BGB § 305 Rn. 35.

58 Die Umschreibungen einseitiger Ausübung von Gestaltungsmacht variieren: Ausübung unangemessener und einseitiger Gestaltungsmacht voraussetzend *Lischek*/*Mahnken*, ZIP 2007, 158 (162). Einseitige Auferlegung ohne Einflussnahmemöglichkeit verlangend *Kaufhold*, ZIP 2010, 631 (632); ähnlich *F. Kästle*, NZG 2014, 288 (289 ff.). Einseitigkeit rechtfertige den Verwenderbegriff, Feldhusen/Niebling/*ders*., AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 305 Rn. 44. Auf einseitige und diskussionslose Veranlassung der Einbeziehung abstellend Jauernig/*Stadler*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 305 Rn. 6. Bedingung müsse der Gestaltungsmacht des Veranlassers zuzurechnen sein, MüKoBGB/*Fornasier*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 305 Rn. 20; ähnlich Grüneberg/*ders*., BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 305 Rn. 12.

59 *BGH*, Urt. v. 29.1.1982 – V ZR 82/81, BGHZ 83, 56 (58): „abverlangt"; Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 (263 Rn. 11): bezüglich der Zurechnung sei darauf abzustellen, „auf wessen Initiative der verwendete Formularvertrag in die Verhandlungen der Parteien eingebracht worden ist und wer seine Verwendung zum Vertragsschluss verlangt hat"; Urt. v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, NJW-RR 2014, 937 Rn. 9; Urt. v. 13.5.2014 – XI ZR 170/13, NJW-RR 2014, 1133 (1134 Rn. 24); Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, NJW 2016, 1230 (1231 Rn. 24); BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 305 Rn. 26 f.

60 *Lischek*/*Mahnken*, ZIP 2007, 158 (161 ff.); ausführlich *F. Kästle*, NZG 2014, 288 (289 f.); siehe zu den genannten Zwecken der AGB-Kontrolle *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491 (493 ff.).

61 BT-Drs. 7/3919 S. 16.

62 Siehe BT-Drs. 7/3919 S. 15 f. Ebenso historisch argumentierend *Lischek*/*Mahnken*, ZIP 2007, 158 (161 f.). Den besagten Gesetzeszweck betreffend die Voraussetzung des Stellens betonend *BGH*, Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 (264 Rn. 12); Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, NJW 2016, 1230 (1231 Rn. 24); Urt. v. 13.3.2018 – XI ZR 291/16, NJW-RR 2018, 814 (815 Rn. 20); *Hellwege*, All-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Frage, ob der Verwender die Einbeziehung verlangt, ist danach zu beantworten, ob die Umstände des Vertragsschlusses, insbesondere das Verhalten des Verwenders, darauf schließen lassen, dass die eingebrachte Klausel nicht ausgehandelt werden soll.[63] Nahe liegt dies bei einer Klausel, die zum Marktstandard gehört. Demgegenüber fehlt ein Einbeziehungsverlangen des Verwenders, wenn die andere Vertragspartei eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung zum Gegenstand der Verhandlung machen kann.[64] Anzunehmen ist dies bei Klauseln, die üblicherweise ausgehandelt werden.[65] Solche Klauseln sind nur gestellt, wenn die andere Vertragspartei deren Aushandlung erfolglos versucht. Die Voraussetzung eines Aushandlungsversuches verhindert, dass die andere Vertragspartei das erste Angebot des Verwenders unverhandelt annehmen und dann die Unwirksamkeit der Klausel geltend machen kann.[66]

Betreffend Weitergabeklauseln ist zunächst zu konstatieren, dass in der Praxis üblicherweise wohl die Bank einen Kreditvertrag vorlegt, der sich an den bewährten Mustern orientiert.[67] Insoweit veranlasst sie zumindest die Vertragsbedingungen. Sie dürfte auch deren Einbeziehung verlangen: Dafür spricht, dass Weitergabeklauseln als solche zum Marktstandard gehören.[68] Insofern haben Banken und Versicherungen auch ein erhebliches

---

gemeine Geschäftsbedingungen, 2010, S. 570; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 305 Rn. 30; Feldhusen/Niebling/*ders.*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 305 Rn. 42.

63 Siehe *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2010, S. 571; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 305 Rn. 30.

64 *BGH*, Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 (267 f. Rn. 18); Urt. v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, NJW-RR 2014, 937 Rn. 9; Urt. v. 13.5.2014 – XI ZR 170/13, NJW-RR 2014, 1133 (1134 Rn. 25); Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, NJW 2016, 1230 (1231 f. Rn. 25).

65 Gedacht sei hier insbesondere an die Klauseln in einem Unternehmenskaufvertrag; diese sind typischerweise Gegenstand intensiver Verhandlungen, *F. Kästle*, NZG 2014, 288 (291). Deren AGB-Kontrolle grenze ans „Absurde" (Staudinger/*Mäsch*, BGB, 2022, BGB § 305 Rn. 57).

66 Die Sanktionswürdigkeit des taktischen Nichtverhandelns bejahend *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158 (161); *von Westphalen*, BB 2010, 195 (198); MüKoBGB/*Fornasier*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 305 Rn. 41; Staudinger/*Mäsch*, BGB, 2022, BGB § 305 Rn. 57. — Demgegenüber Sanktionswürdigkeit ablehnend Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 305 Rn. 19.

67 *Wenzel*, Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge, 2006, S. 89; *Ballo*, AGB-Kontrolle, 2010, S. 92; *M. Renner/Leidinger*, BKR 2015, 499 (500).

68 *Heer*, Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken, 2011, S. 90 meint sogar, dass sich in „nahezu jedem Darlehensvertrag einer Bank" eine Weitergabeklausel finde; siehe auch *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 328 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Interesse, einen Kredit weiterplatzieren zu können.[69] Zu sehen ist noch, dass Kreditinstitute nach BTO 1.2 Abs. 10 und 12 MaRisk grundsätzlich standardisierte Kreditvorlagen und Texte zu verwenden haben.[70] Dies spricht dagegen, dass der Darlehensnehmer die Möglichkeit hat, alternative Textvorschläge durchzusetzen. Vor diesem Hintergrund dürfte regelmäßig der Darlehensgeber die Weitergabeklausel stellen und somit deren Verwender i. S. d. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB sein.

2. Im Einzelnen ausgehandelte Weitergabeklauseln?

Die Bedingungen eines Vertrages sind nicht schon deshalb im Einzelnen ausgehandelt, weil der andere Teil ein Unternehmen ist und mit dem Verwender den Vertrag verhandelt hat.[71] Nur „soweit" die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien „im Einzelnen ausgehandelt" sind,

69 Siehe zum Übertragungsinteresse eines Versicherungsunternehmens oben § 6 D. I. 1. b) und zum Übertragungsinteresse einer Bank oben § 6 D. I. 1. c) aa). Vgl. auch *M. Renner*/*Leidinger*, BKR 2015, 499 (500), die nicht erst den Verzicht auf eine Weitergabeklausel, sondern schon das Abweichen von Standardklauseln überhaupt für „höchst unklug" halten, weil darunter die Handelbarkeit des Kredites leide.

70 Siehe zu diesem Argument *Wittig*, ZHR 169 (2005), 212 (233 f.); *M. Renner*/*Leidinger*, BKR 2015, 499 (500 mit Fn. 13). Vgl. entsprechend mit Blick auf Financial-Covenants *Nouvertné*, ZIP 2012, 2139 (2144).

71 Vgl. etwa *BGH*, Urt. v. 4.7.2017 – XI ZR 562/15, BKR 2017, 453 (454 Rn. 2 f., 10 und 16): Kein Aushandeln von Bearbeitungsentgelten in einem Fall, in dem eine Bank einem Unternehmen drei Kredite in Höhe von insgesamt 21,8 Mio. Euro gewährte (zu diesem Urteil *Walter*, Bearbeitungsentgelte in Unternehmerdarlehensverträgen, 2020, passim). Siehe ferner den folgenden Haupttext samt Fußnoten und dort insbesondere die Nachweise zur Rechtsprechung. — Dass die Rechtsprechung die Anforderungen an ein Aushandeln für Verträge zwischen Unternehmen nicht lockert, kritisiert ein Gutteil des Schrifttums (siehe aus dem Lager der Kritiker statt vieler *Miethaner*, AGB-Kontrolle, 2010, S. 156 ff., Leuschner/*ders.*, AGB-Recht, 2021, Einl. Rn. 12 ff. und BGB § 305 Rn. 112 ff.). Viele Autoren verteidigen aber auch die Linie der Rechtsprechung (statt vieler und ausführlich *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, passim, aber insbesondere S. 592 ff., 721 ff. und 858 ff.). — Mit dieser Kritik ist die Frage verbunden, ob das AGB-Recht nur die formale oder auch die materielle Vertragsfreiheit schützen soll (vgl. Leuschner/*ders.*, AGB-Recht, 2021, Einl. Rn. 11). — Dieser Grundfrage nach den Schutzzwecken des AGB-Rechts kann in dieser Arbeit nicht nachgegangen werden. Angemerkt sei bloß, dass das Bedürfnis nach einer anderweitigen Regulierung zunimmt, wenn die AGB-Kontrolle abnimmt. Erinnert sei insofern an das Verbot der cessio in potentiorem und die lex Anastasiana (siehe zu diesen Regeln oben § 6 A). Gegenüber der Wiederbelebung dieser starren Verbote ist es vorzugswürdig, die materielle Vertragsfreiheit durch eine intensivere AGB-Kontrolle zu schützen.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

liegen AGB gemäß § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht vor. Die jeweils in Rede stehende Klausel muss im Einzelnen ausgehandelt worden sein.[72] Für dieses Verständnis sprechen die Materialien, wonach der Nachweis des Aushandelns „grundsätzlich hinsichtlich jeder Einzelklausel eines Formulars zu führen (‚soweit')" sei.[73] Diese Sichtweise steht im Einklang damit, dass sich das Stellen auf die einzelne Klausel bezieht.[74]

Bei größeren Finanzierungen werden die Parteien den Kreditvertrag eingehend verhandeln und dabei auch die Weitergabeklausel erörtern.[75] Insofern ist die Voraussetzung „im Einzelnen" erfüllt. Dann bleibt noch zu beantworten, ob ein solches Erörtern auch für ein Aushandeln i. S. d. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB genügt:

Eine Vertragsbedingung ist nicht allein schon deshalb „ausgehandelt"[76], weil sie Gegenstand von Vertragsverhandlungen war. Ein Aushandeln erfordert zwar nicht, dass der Verwender anbietet, auf die Vertragsbedingung gänzlich zu verzichten,[77] jedoch muss er den Kerngehalt der Vertragsbedin-

72 *BGH*, Urt. v. 5.12.1995 – X ZR 14/93, NJW-RR 1996, 783 (787); Urt. v. 23.1.2003 – VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311 (322 f.); Beschl. v. 5.3.2013 – VIII ZR 137/12, NJW 2013, 1668 (1669 Rn. 7 f.); Beschl. v. 19.3.2019 – XI ZR 9/18, NJW 2019, 2080 (2081 Rn. 15); *Habersack*/*Schürnbrand*, FS Canaris, Bd. I, 2007, 359 (374); Ulmer/Brandner/Hensen/*Habersack*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305 Rn. 55; Staudinger/*Mäsch*, BGB, 2022, BGB § 305 Rn. 53; jurisPK-BGB/*Lapp*/*Salamon*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 305 Rn. 61; Feldhusen/Niebling/*ders.*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 305 Rn. 69 f.; Jauernig/*Stadler*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 305 Rn. 9; BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 305 Rn. 34. — Ablehnend *Maier-Reimer*/*Niemeyer*, NJW 2015, 1713 (1717); MüKoBGB/*Fornasier*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 305 Rn. 49.

73 BT-Drs. 7/3919 S. 17.

74 Siehe dazu, dass die Verwendereigenschaft für jede Klausel zu bestimmen ist, Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 305 Rn. 25.

75 Weitergabeklauseln würden in praxi regelmäßig erörtert, berichten *Theiselmann*, Recht für Finanzmanager, 2009, S. 81; *Früh*, FS Hopt, 2010, 1823 (1829); L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 198 Fn. 972.

76 Eine ausführliche grammatische Auslegung des Merkmals des Aushandelns findet sich bei *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 858 ff.

77 Der Verwender müsse die Vertragsbedingung nicht „von Grund auf" zur Disposition stellen, *BGH*, Urt. v. 16.7.1998 – VII ZR 9/97, NJW 1998, 3488 (3489); Urt. v. 25.10.2012 – VII ZR 56/11, BGHZ 195, 207 (213 Rn. 20). Ein Aushandeln ablehnend, weil der Verwender weder Bereitschaft gezeigt habe, „auf eine Verlängerungsoption ganz zu verzichten oder sich mit einem kürzeren als dem im Formular vorgedruckten fünfjährigen Verlängerungszeitraum zu begnügen", *BGH*, Urt. v. 3.11.1999 – VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 103 (112); in diese Richtung auch *BGH*, Urt. v. 6.12.2002 – V ZR 220/02, BGHZ 153, 148 (151). Siehe aus der Literatur *Walter*, Bearbeitungsentgelte in Unternehmerdarlehensverträgen, 2020, S. 96; BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 305 Rn. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gung ernstlich zur Disposition stellen.[78] Dies erfordert mehr als die bloße Bereitschaft, den Umfang der nachteiligen Wirkung der Vertragsbedingung etwas abzuschwächen.[79] Auf der anderen Seite steht einem Aushandeln nicht entgegen, wenn der Verwender die Änderung der einen Vertragsbedingung mit der Verschärfung einer anderen Vertragsbedingung verknüpft oder eine angemessen[80] höhere Gegenleistung fordert.[81] Aushandeln setzt auch nicht voraus, dass die Parteien die Vertragsbedingung letztlich ändern.[82]

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist zu konstatieren, dass der Verwender einer nach AGB-Recht unangemessenen Weitergabeklausel nicht zum Verzicht auf jedwede Weitergabeklausel bereit sein muss, um diese

78 *BGH*, Urt. v. 3.7.1985 – IVa ZR 246/83, NJW-RR 1986, 54 (55); Urt. v. 30.9.1987 – IVa ZR 6/86, NJW 1988, 410; Urt. v. 10.10.1991 – VII ZR 289/90, NJW 1992, 1107 f.; Urt. v. 5.12.1995 – X ZR 14/93, NJW-RR 1996, 783 (787); Urt. v. 23.1.2003 – VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311 (322); Beschl. v. 19.3.2019 – XI ZR 9/18, NJW 2019, 2080 (2081 Rn. 14); Ulmer/Brandner/Hensen/*Habersack*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305 Rn. 47 m. w. N. zur Rechtsprechung in Fn. 169; Staudinger/*Mäsch*, BGB, 2022, BGB § 305 Rn. 52; Feldhusen/Niebling/*ders.*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 305 Rn. 67; BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 305 Rn. 35.

79 *BGH*, Urt. v. 27.3.1991 – IV ZR 90/90, NJW 1991, 1678 (1679); Urt. v. 10.10.1991 – VII ZR 289/90, NJW 1992, 1107 (1108); Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 162/12, NJW 2013, 1431 (1432 Rn. 30); Urt. v. 22.10.2015 – VII ZR 58/14, NZBau 2016, 213 (215 Rn. 26); BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 305 Rn. 36. — Ablehnend MüKo-BGB/*Fornasier*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 305 Rn. 50; Jauernig/*Stadler*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 305 Rn. 9. — Zu bedenken ist, dass eine großzügigere Sichtweise die Möglichkeit eines planmäßigen Entgegenkommens eröffnet; siehe insofern überzeugend BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 305 Rn. 36. Siehe ferner zur Gefahr planmäßigen Entgegenkommens Ulmer/Brandner/Hensen/*Habersack*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305 Rn. 57; Staudinger/*Mäsch*, BGB, 2022, BGB § 305 Rn. 61.

80 Könnte der Verwender die Abänderung von einer unverhältnismäßigen Gegenleistung abhängig machen, stünde der Klauselgegner wieder nur vor der Wahl, die Bedingung anzunehmen oder nicht zu kontrahieren. Diese Wahl genügt jedoch gerade nicht, siehe *BGH*, Urt. v. 15.12.1976 – IV ZR 197/75, NJW 1977, 624 f.; Urt. v. 27.3.1991 – IV ZR 90/90, NJW 1991, 1678 (1679); MüKoBGB/*Fornasier*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 305 Rn. 42; BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 305 Rn. 36.

81 *BGH*, Urt. v. 6.12.2002 – V ZR 220/02, BGHZ 153, 148 (152); BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 305 Rn. 37.

82 *BGH*, Urt. v. 26.2.1992 – XII ZR 129/90, NJW 1992, 2283 (2285); Urt. v. 5.12.1995 – X ZR 14/93, NJW-RR 1996, 783 (787); Urt. v. 3.4.1998 – V ZR 6/97, NJW 1998, 2600 (2601); Urt. v. 3.11.1999 – VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 103 (112); Urt. v. 25.10.2012 – VII ZR 56/11, BGHZ 195, 207 (213 Rn. 20); MüKoBGB/*Fornasier*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 305 Rn. 41; Ulmer/Brandner/Hensen/*Habersack*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305 Rn. 48; Staudinger/*Mäsch*, BGB, 2022, BGB § 305 Rn. 68.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auszuhandeln. Es genügt, dass er eine Weitergabeklausel anbietet, die mit AGB-Recht noch vereinbar ist. Sein Angebot kann er beispielsweise von einem angemessen höheren Zins oder auch schärferen Covenants abhängig machen. Bevorzugt der Darlehensnehmer daraufhin die ursprünglich gestellte, nach AGB-Recht unangemessene Weitergabeklausel, ist sie ausgehandelt. Im Übrigen erscheinen auch Konstellationen möglich, in denen der Darlehensnehmer Interesse an einer nach AGB-Recht unangemessenen Weitergabeklausel hat. Zu denken ist etwa an eine Finanzierung mittels Best-Effort-Underwriting.[83] Eine weite Übertragungsbefugnis erleichtert in diesem Fall die Platzierung des Kredits am Markt. Hier ist vorstellbar, dass sich der Darlehensnehmer von einer solchen Weitergabeklausel verspricht, mehr und schneller Kapital aufnehmen zu können.

Bei einem Kredit geringeren Volumens, der schon nicht nach dem Standard der *LMA* dokumentiert ist, wird eine Weitergabeklausel vermutlich eher selten gemäß den oben dargestellten Vorgaben ausgehandelt sein.[84] Bei LMA-Krediten könnte eine anhand der Finanzstärke des Darlehensnehmers differenzierende Betrachtung richtig sein: Ist der Darlehensnehmer ein Großunternehmen[85] mit einem guten Rating, könnte er durchaus so verhandlungsstark sein, dass die Darlehensgeberseite ernstlich bereit ist, den Kerngehalt einer Weitergabeklausel zur Disposition zu stellen. Dass

83 Siehe zum Best-Effort-Underwriting beim Konsortialkredit oben § 3 B. I. 3 und beim Schuldscheindarlehen oben § 3 B. II. 2.

84 Vgl. *Josenhans/Danzmann/Lübbehüsen*, BKR 2018, 142 (143).

85 Die wenigsten gewerblichen Darlehensnehmer sind Großunternehmen; die allermeisten sind KMU. KMU sind nach Art. 2 Abs. 1 des Anhangs zur Empfehlung 2003/361/EG der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. L 124 S. 36) Unternehmen, die weniger als 250 Personen beschäftigen und die entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. Euro erzielen oder deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Mio. Euro beläuft. Ausgehend von dieser Definition waren im Jahre 2021 lediglich 0,7 % der nicht im finanziellen Gewerbe tätigen deutschen Unternehmen Großunternehmen (*Statista*, Verteilung der Unternehmen in Deutschland nach Unternehmensgröße im Jahr 2021, 2023). Folglich werden sich kapitalsuchende Unternehmen und Kreditgeber nur ausnahmsweise wirtschaftlich auf Augenhöhe begegnen; nach *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 724 ff. werde dieser Aspekt in der Diskussion über eine Liberalisierung des AGB-Rechts betreffend Unternehmensverträge vernachlässigt. Nach *Allert*, Modernes Sanierungsmanagement, 5. Aufl. 2017, 571 (574) komme Loan-to-Own eher im gehobenen Mittelstand und bei Großunternehmen vor.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gegenüber einem verhandlungsschwächeren Darlehensnehmer eine solche Dispositionsbereitschaft besteht, erscheint indes fraglich.[86]

III. Inhaltskontrolle von Weitergabeklauseln

Bevor die Bestimmungen einer Weitergabeklausel auf ihre Angemessenheit kontrolliert werden können, ist deren Kontrollfähigkeit gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB festzustellen (dazu 1.) und zu klären, welche Vorschriften bei der Angemessenheitskontrolle Anwendung finden, § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB (dazu 2.). Gemessen werden die dinglichen Bestimmungen einer Weitergabeklausel an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (dazu 3.) und die schuldrechtlichen an § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB (dazu 4.).[87] Diese Prüfungsfolge ist durch das

86 Betreffend syndizierte Kredite bejahen ein Aushandeln *Josenhans/Danzmann/Lübbehüsen*, BKR 2018, 142 (143); *Längsfeld/Lürken*, WM 2019, 999 (1001 mit Fn. 29); L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 198 Fn. 972. Vgl. auch Hölters/*Ingenhoven/Eisen*, Unternehmenskauf, 10. Aufl. 2022, Rn. 4.152: Zustimmungsvorbehalte und die Ausnahmen von denselben seien hart umkämpft. — Aushandeln der Vertragsbedingungen eines LMA-Kreditvertrages tendenziell verneinend *Döser*, JuS 2000, 972; *Ballo*, AGB-Kontrolle, 2010, S. 101 und 110; *M. Renner/Leidinger*, BKR 2015, 499 (500 f.). — Zu sehen ist auch, dass die Vertragsbedingungen des deutschrechtlichen LMA-Musters mit Rücksicht auf eine AGB-Kontrolle formuliert sind (L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 10); insofern wird antizipiert, dass die Vertragsparteien nicht alle Klauseln im Einzelnen aushandeln; andernfalls könnte es zu keiner Inhaltskontrolle kommen. Dies scheinen auch jene für möglich zu halten, welche die (fehlende) Angemessenheit von Weitergabeklauseln mit Blick auf LMA-Kredite diskutieren; vgl. insofern *Längsfeld/Lürken*, WM 2019, 999 (1001 f. mit Fn. 30); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 221.

87 Rücksichtspflichten regelnde Bestimmungen werden verbreitet an § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB gemessen, siehe *BGH*, Urt. v. 25.3.1982 – III ZR 198/80, BGHZ 83, 301 (308); Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86, BGHZ 103, 316 (322); Urt. v. 5.5.1992 – VI ZR 188/91, NJW 1992, 2016 (2017); Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 249 und 260; MüKoBGB/*Wurmnest*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 82. Vgl. insofern auch die oben unter § 6 C. I. dargestellten genetischen Bezüge zwischen § 241 Abs. 2 BGB und § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. — Mitunter wird zwischen § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB nicht klar getrennt: Eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 „und" 2 BGB bejahend etwa *BGH*, Urt. v. 6.11.2013 – VIII ZR 353/12, NJW 2014, 454 (456 Rn. 20) – dies zu Recht kritisierend *Schwab*, JuS 2014, 836 (837); dagegen unter Verweis auf vorgenanntes Urteil die Existenz von Überschneidungen bemerkend Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 31; vgl. auch MüKoBGB/*Wurmnest*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 78. Mit Recht für eine Unterscheidung zwischen § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 238; siehe auch Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 265.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Stufenverhältnis dinglichen und relativen Sukzessionsschutzes begründet: Benachteiligt es den Darlehensnehmer schon unangemessen, dass der Kreditgeber sein rechtliches Können erweitert – gleichviel, welchen Bindungen er im Innenverhältnis unterliegt –, gilt dies erst recht für eine Bestimmung, wonach der Kreditgeber auch darf, was er kann.[88]

1. Kontrollfähigkeit von Weitergabeklauseln

Nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB gelten § 307 Abs. 1 und 2 und die §§ 308 f. BGB nur für Bestimmungen in AGB, durch die Regelungen vereinbart werden, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Um festzustellen, ob eine solche Regelung von (dispositiven)[89] Rechtsvorschriften abweicht oder diese ergänzt, muss die Rechtslage ohne Anwendung der Bestimmung mit jener bei deren Anwendung verglichen werden.[90] Dieser Rechtslagenvergleich erfordert zum einen, das Recht hinsichtlich des Themas der Bestimmung herauszustellen, und zum anderen, die Bestimmung auszulegen.[91]

Die Bestimmung ist objektiv auszulegen. Das heißt, die Umstände des Einzelfalles bleiben außen vor und es kommt nicht auf den Empfängerhorizont der individuellen anderen Vertragspartei an. Vielmehr ist auf das Verständnis und die Interessen des für gewöhnlich als andere Vertragspartei beteiligten Verkehrskreises abzustellen.[92] Insofern beeinflussen etwa Kredit-

88 Das Stufenverhältnis dinglichen und relativen Sukzessionsschutzes kommt die Abtretung betreffend etwa darin zum Ausdruck, dass der Tatbestand im weiteren Sinne höchstpersönlicher Forderungen (§ 399 Alt. 1 BGB) gegenüber einer zessionsbeschränkenden Rücksichtspflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) qualifiziert ist; siehe dazu oben § 7 C. IV. 2. a) aa) und § 7 C. IV. 2. b).

89 Eine Bestimmung, durch die von zwingendem Recht abgewichen wird, mag zwar kontrollfähig sein (dies betonend Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 307 Rn. 281), ist aber ohnehin unwirksam, weshalb sich eine AGB-Kontrolle erübrigt (vgl. Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 294).

90 Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 25; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 292; MüKoBGB/*Wurmnest*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 6; Feldhusen/Niebling/*ders.*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 7.

91 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher/Hau*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 305c Rn. 112; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 292; MüKoBGB/*Wurmnest*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 6.

92 *BGH*, Urt. v. 17.12.1987 – VII ZR 307/86, BGHZ 102, 384 (389 f.); Urt. v. 18.7.2007 – VIII ZR 227/06, NJW-RR 2007, 1697 (1700); Urt. v. 16.6.2009 – XI ZR 539/07, NJW 2009, 2671 (2673 Rn. 23); Urt. v. 13.5.2014 – XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

art und -volumen, wer der durchschnittliche Darlehensnehmer ist und welche Geschäftskunde, aber auch Rechtskenntnisse,[93] von diesem zu erwarten sind.[94]

Verbleiben bei der Auslegung der Bestimmung Zweifel, gehen diese nach § 305c Abs. 2 BGB zulasten des Verwenders. Diese Unklarheitenregel gilt auch im unternehmerischen Rechtsverkehr,[95] arg. e c. § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB.[96] Damit Zweifel bestehen, muss eine alternative Auslegungsmöglichkeit ernstlich in Betracht kommen; eine fernliegende Deutungsvariante reicht nicht.[97] Zulasten des Verwenders geht die Auslegung, die für die an-

(176 f. Rn. 25); Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 152/15, NZM 2016, 307 (308 Rn. 17 f.); Urt. v. 19.4.2018 – III ZR 255/17, NJW 2018, 2117 (2118 Rn. 18); Urt. v. 15.11.2022 – XI ZR 551/21, BGHZ 235, 102 (107 Rn. 19); *Köhler*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 16 Rn. 22; Feldhusen/Niebling/*ders.*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 305c Rn. 25. — Kritisch zum Grundsatz objektiver Auslegung Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher/Hau*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 305c Rn. 106; Staudinger/*Mäsch*, BGB, 2022, BGB § 305c Rn. 119a. — Allgemein zur normativen Auslegung und deren Subsidiarität gegenüber der natürlichen Auslegung abseits der Auslegung von AGB, *Finkenauer*, AcP 213 (2013), 619 (621 ff.); *Czarnecki*, Vertragsauslegung und Vertragsverhandlungen, 2016, S. 64 ff.; *Mittelstädt*, Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, 2016, S. 66 ff.; *Greiner*, AcP 217 (2017), 492 (493 ff.).

93 Der *Bundesgerichtshof* stellt einerseits darauf ab, wie die Bestimmung von „Vertragspartnern […] der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden" kann, meint andererseits aber, es seien „die Verständnismöglichkeiten eines […] rechtlich nicht vorgebildeten Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen" (*BGH*, Urt. v. 19.4.2018 – III ZR 255/17, NJW 2018, 2117 [2118 Rn. 18 m. w. N.]). Dies führt zu einem Widerspruch, wenn die normalerweise beteiligten Kreise rechtlich vorgebildet sind (vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher/Hau*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 305c Rn. 112).

94 Vgl. § 364 HGB und § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB; vergleichbar hinsichtlich des Transparenzgebots: Staudinger/*Piekenbrock*, BGB, 2019, BGB § 310 Rn. 32; BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 310 Rn. 5 a. E. Vgl. ferner noch Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 310 Rn. 25 f.

95 Feldhusen/Niebling/*ders.*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 305c Rn. 36.

96 Mit entsprechendem Umkehrschluss die Anwendbarkeit des § 305c Abs. 1 BGB im unternehmerischen Verkehr begründend Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher/Hau*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 305c Rn. 95.

97 Siehe zum vorauszusetzenden Maße an Unklarheit *BGH*, Urt. v. 9.4.2002 – XI ZR 245/01, BGHZ 150, 269 (275); Urt. v. 30.10.2002 – IV ZR 60/01, BGHZ 152, 262 (265); Urt. v. 16.6.2009 – XI ZR 539/07, NJW 2009, 2671 (2673 Rn. 23); Urt. v. 30.3.2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 (142 Rn. 26); Urt. v. 5.5.2010 – III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 (315 Rn. 14); Urt. v. 18.7.2012 – VIII ZR 337/11, BGHZ 194, 121 (125 Rn. 16); Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 152/15, NZM 2016, 307 (308 Rn. 19); Urt. v. 19.4.2018 – III ZR 255/17, NJW 2018, 2117 (2118 Rn. 20); Urt. v. 19.1.2023 – VII ZR 34/20, BGHZ 236, 96 (105 f. Rn. 30); (ausführlich) *O. Meyer*, ZHR 174 (2010), 108 (128 ff.); *Köhler*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 16 Rn. 22

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dere Vertragspartei am günstigsten ist. Das kann auch die Auslegungsmöglichkeit sein, welche die andere Vertragspartei (vermeintlich) am stärksten benachteiligt, und zwar wenn die Bestimmung bei dieser Auslegung unwirksam ist.[98] Ebenso günstig ist es, die Bestimmung rechtsdeklaratorisch auszulegen.[99] Gegen eine solche Auslegung spricht nicht schon, dass die Bestimmung dann überflüssig wäre; dieser Einwand ist aufgrund der Formulierungsverantwortung des Verwenders unzulässig.[100]

Ausgehend von diesen Grundsätzen wird die Kontrollfähigkeit dinglicher (dazu a)) und schuldrechtlicher Weitergabeklauseln (dazu b)) untersucht.

a) Kontrollfähigkeit dinglicher Weitergabeklauseln

Bei der Untersuchung der Kontrollfähigkeit dinglicher Weitergabeklauseln wird zwischen dinglichen Eintritts- (dazu aa)) und Abtretungsklauseln (dazu bb)) differenziert.

aa) Kontrollfähigkeit dinglicher Eintrittsklauseln

Analog § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB kann ein Teil seine Vertragsposition einem Dritten durch zweiseitigen Vertrag nur übertragen, wenn der andere Teil zustimmt.[101]

Eine von dieser Rechtsvorschrift abweichende bzw. sie ergänzende Regelung wird durch eine Bestimmung vereinbart, wonach ein Kreditgeber

---

und 26; Feldhusen/Niebling/*ders.*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 305c Rn. 38; BeckOK BGB/*H. Schmidt*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 305c Rn. 60.

98 *BGH*, Urt. v. 30.3.2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 (142 Rn. 26); Urt. v. 22.3.2016 – X ZR 18/15, NJW 2016, 2947 (2948 Rn. 12); Urt. v. 25.10.2016 – XI ZR 9/15, BGHZ 212, 329 (335 f. Rn. 23); Urt. v. 19.1.2023 – VII ZR 34/20, BGHZ 236, 96 (106 Rn. 30); Staudinger/*Mäsch*, BGB, 2022, BGB § 305c Rn. 92 ff.; *Köhler*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 16 Rn. 26; Feldhusen/Niebling/*ders.*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 305c Rn. 39; BeckOK BGB/*H. Schmidt*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 305c Rn. 61.

99 Siehe Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher/Hau*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 305c Rn. 133.

100 Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 343.

101 Siehe zur rechtsgeschäftlichen Vertragsübernahme analog § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB oben § 3 C. II. 1 und zur diesbezüglichen Einwilligung des Darlehensnehmers oben § 3 C. II. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

seine Vertragsposition mittels Vertragsübernahme übertragen kann.[102] Dabei spielt es für die Frage der Kontrollfähigkeit nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB keine Rolle, ob eine solche Bestimmung als Abbedingung des Zustimmungserfordernisses oder als antizipierte (unwiderrufliche)[103] Einwilligung auszulegen ist:[104] Bei ersterer Auslegung enthält die Bestimmung eine abweichende Regelung (§ 307 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 BGB) und bei letzterer eine rechtsergänzende, § 307 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 BGB.[105]

bb) Kontrollfähigkeit dinglicher Abtretungsklauseln

Kontrollfähig gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 BGB sind jene Bestimmungen einer dinglichen Abtretungsklausel, durch die von der Rechtsvorschrift des § 399 Alt. 1 (i. V. m. §§ 412 f.) BGB abweichende Regelungen vereinbart

102 Vgl. zu dergleichen Bestimmungen in Eintrittsklauseln *Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 27.1 Buchst. b, S. 104; *Spark Networks SE* et al., FA, 2018, Klausel 28.1 Buchst. b, S. 98; siehe dazu oben § 3 C. II. 2 a. E. und § 8 A. I.

103 Wer sich zur Einwilligung im Interesse des Berechtigten verpflichtet, willigt in der Regel unter Ausschluss des Rechts zum Widerruf ein, siehe Staudinger/*Klumpp*, BGB, 2019, BGB § 183 Rn. 76; MüKoBGB/*Bayreuther*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, BGB § 183 Rn. 16; Soergel/*Klinck*, BGB, Bd. 2/2, 14. Aufl. 2023, BGB § 183 Rn. 6; vgl. insofern zur Vereinbarung einer unwiderruflichen Verhandlungsvollmacht *BGH*, Urt. v. 13.12.1990 – III ZR 333/89, NJW-RR 1991, 439 (442). — Eine Eintrittsklausel solchermaßen zugunsten des Verwenders auszulegen, kann allerdings § 305c Abs. 2 BGB entgegenstehen, zumal die Widerruflichkeit nach § 183 Satz 1 BGB die Regel ist; siehe zur grundsätzlichen Widerruflichkeit *RG*, Urt. v. 3.7.1931 – III 363/30, RGZ 133, 249 (254); Staudinger/*Klumpp*, BGB, 2019, BGB § 183 Rn. 49 und 76 a. E.; MüKoBGB/*Bayreuther*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, BGB § 183 Rn. 9; Soergel/*Klinck*, BGB, Bd. 2/2, 14. Aufl. 2023, BGB § 183 Rn. 5.

104 Eine Bestimmung, die dazu berechtigt, die vertragliche „Stellung […] auf eine andere Person zu übertragen", als „antizipierte Zustimmung" auslegend *Schüller*, IMR 2010, 472; ebenso betreffend LMA-Klauseln *Längsfeld/Lürken*, WM 2019, 999 (1002); BeckOGK ZivR/*Binder*, 1.8.2024, BGB § 488 Rn. 89.1. Siehe beispielhaft für eine klar als antizipierte Zustimmung gefasste Eintrittsklausel *Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien AG*, nachrangiger Schuldschein 16057, 2013, § 10A Abs. 1, S. 7: „Die Darlehensgeberin […] kann ihre vertragliche Position […] durch Vertragsübernahme übertragen" (Satz 1). „Die Darlehensnehmerin stimmt der Übertragung […] hiermit zu" (Satz 2).

105 Eine Regelung büßt ihren rechtsergänzenden Charakter grundsätzlich nicht dadurch ein, dass das Gesetz eine entsprechende Gestaltung vorsieht, siehe *Löwe*, NJW 1987, 937 (938 f.); Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 32; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 301; (auch zu Ausnahmen) MüKoBGB/*Wurmnest*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 10. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz scheidet für Eintrittsklauseln schon deshalb aus, weil § 309 Nr. 10 BGB andernfalls gegenstandslos wäre.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden. Folglich ist im ersten Schritt festzustellen, inwiefern die Rechte des Darlehensgebers nach § 399 Alt. 1 (i. V. m. §§ 412 f.) BGB gebunden sind (dazu aaa)), um im zweiten Schritt beurteilen zu können, ob die Bestimmungen einer Abtretungsklausel als hiervon abweichende Regelungen auszulegen sind (dazu bbb)).

aaa) Gebundenheit der Darlehensgeberrechte ohne dingliche Abtretungsklausel

Welche Darlehensgeberrechte ohne eine Abtretungsklausel nach § 399 Alt. 1 (i. V. m. §§ 412 f.) BGB gebunden sind, ist im konkreten Fall mit Blick auf die Rechte des jeweiligen Schuldverhältnisses zu beantworten.[106] Insofern wird hier zum Zwecke der Untersuchung ein darlehensvertragliches Schuldverhältnis vorausgesetzt, bei dem die Rechte des Darlehensgebers entsprechend den Ergebnissen zu § 7 dieser Arbeit gebunden sind.[107] Zusammenfassend gilt sonach:

Ein kreditsichernder Informationsanspruch kann an jemanden ohne Sicherungsinteresse nicht abgetreten werden (Zweckgebundenheit).[108] Ein Bestimmungsrecht bezüglich dieses Anspruches ist an denselben gebunden und daher nicht isoliert abtretbar (Anspruchsgebundenheit).[109] Überdies sind ein kreditsichernder Informationsanspruch und ein etwaiges diesbezügliches Bestimmungsrecht jeweils im weiteren Sinne höchstpersönlich (Personengebundenheit).[110] Demgegenüber sind Zins- und Rückzahlungsforderungen und Kündigungsrechte ungebunden.[111]

106 Siehe zur Maßgeblichkeit des konkreten Schuldverhältnisses oben § 7 C. IV. 2. a) bb).
107 Siehe zu dieser Prämisse auch oben § 7 E. und § 8.
108 Siehe zur Zweckgebundenheit kreditsichernder Informationsansprüche oben § 7 C. III. 2.
109 Siehe zur nachgiebigen Forderungsgebundenheit des Bestimmungsrechts oben § 7 B. II.
110 Siehe zur Personengebundenheit kreditsichernder Informationsansprüche oben § 7 C. IV. 3. b) und zur Personengebundenheit des Bestimmungsrechts oben § 7 C. IV. 3. c).
111 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).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bbb) Auslegung dinglicher Abtretungsklauseln

Hinsichtlich der herausgestellten Bindungen der Darlehensgeberrechte ist zu prüfen, ob die Bestimmungen einer Abtretungsklausel als hiervon abweichende Regelungen auszulegen sind.

Dabei stellt sich die Frage, wie eine Bestimmung auszulegen ist, wonach „Kreditforderungen […] abgetreten werden können“[112]. Der Ausdruck Kreditforderungen ist gesetzlich nicht definiert. Wird Kredit i. S. v. Kreditvertrag ausgelegt, sind alle Forderungen aus dem Vertrag erfasst, also auch kreditsichernde Informationsansprüche. Diese Auslegung liegt nicht fern. Fernliegend erscheint jedoch auch nicht, Kredit als Ausdruck für das zur Verfügung gestellte und zur Nutzung belassene Kapital auszulegen. Das heißt, unter Kreditforderungen sind nur Zins- und Rückzahlungsforderungen zu verstehen. Da beide Auslegungen ernstlich in Betracht kommen, bestehen insofern Auslegungszweifel nach § 305c Abs. 2 BGB.

Zweifel hinsichtlich der Abtretbarkeit eines kreditsichernden Informationsanspruches lassen sich durch eine Abtretungsklausel vermeiden, welche die Bank berechtigt, „die Darlehensforderungen und die sonstigen aus dem Darlehensvertrag resultierenden Forderungen und Ansprüche“ abzutreten.[113] Bei einer solchen Klausel stellt sich allerdings die Auslegungsfrage, ob außer dem Informationsanspruch auch ein auf diesen bezogenes Bestimmungsrecht abtretbar ausgestaltet werden soll; schließlich ist ein Bestimmungsrecht weder eine Forderung noch ein Anspruch,[114] sondern ein Gestaltungsrecht.[115] Eine extensive Auslegung, nach der auch die Personengebundenheit des Bestimmungsrechts aufgehoben wird, liegt nicht fern.

112 *BdB*, Musterdarlehensvertrag für gewerbliche Kreditvergaben, 2005, WM 2005, 1942 (1945), Nr. 12 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2.

113 *vdp*, Mustervertrag für die großvolumige, gewerbliche Immobilienfinanzierung, 2024, Nr. 24.2, S. 43.

114 Keine Rolle spielt hier die Frage, ob eine Forderung ein schuldrechtlicher Anspruch (so *Lehmann/Hübner*, BGB AT, 16. Aufl. 1966, § 13 II 2 b, S. 97 f.; Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 113; *Stadler*, BGB AT, 21. Aufl. 2022, § 4 Rn. 2; *Köhler*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 18 Rn. 3; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 2 Rn. 2) oder eine Rechtsposition ist, aus der ein Anspruch entsteht (dafür *Winkelmann*, Der Anspruch, 2021, S. 8 f. und 310; MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 7).

115 Siehe zur Qualifikation der Leistungsbestimmungs- als Gestaltungsrechte im Allgemeinen *BGH*, Urt. v. 30.5.2003 – V ZR 216/02, NJW-RR 2003, 1355 (1356); MüKoBGB/*Würdinger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 315 Rn. 44; Jauernig/*Stadler*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 315 Rn. 2; Schulze/*Fries*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 315 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bei einem abtretbar ausgestalteten Informationsanspruch erscheint es nur konsequent, dass mit dessen Abtretung auch das bezügliche Bestimmungsrecht analog § 401 Abs. 1 BGB übergehen können soll. Auf der anderen Seite muss jedoch auch ernstlich in Betracht gezogen werden, dass Rechtsbegriffe korrekt verwendet werden.[116] Es ergibt außerdem Sinn, dass die Bank zur Bestimmung berechtigt bleibt, weil dies den Darlehensnehmer vor einer Mehr-Bestimmung durch den Zessionar schützt.[117] Somit liegt keine der beiden Auslegungen fern; es bleiben Auslegungszweifel.

Eine klarer formulierte Abtretungsklausel kann lauten:

Die Parteien heben die Gebundenheit der Darlehensgeberrechte nach § 399 Alt. 1 (i. V. m. §§ 412 f.) BGB auf, sodass alle Darlehensgeberrechte abgetreten werden können.[118]

b) Kontrollfähigkeit schuldrechtlicher Weitergabeklauseln

Nach der Begründung, warum unter Rechtsvorschriften i. S. d. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB die Rücksichtspflichten nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses gemäß § 241 Abs. 2 BGB und nicht die vertragsnatürlichen gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB zu verstehen sind (dazu aa)),[119] werden anhand

116 Vgl. zur Bedeutung der Fachsprache für die Auslegung von Willenserklärungen *BGH*, Urt. v. 23.6.1994 – VII ZR 163/93, NJW-RR 1994, 1108 (1109).

117 Siehe zur Verletzung des derivativen negativen Äquivalenzinteresses durch die Schaffung der Gefahr einer Mehr-Bestimmung oben § 6 D. I. 2. c); siehe zum Bestehen einer selbständigen Pflicht zur Rücksichtnahme auf dieses Interesse oben § 6 D. I. 2. c) aa).

118 Vgl. insofern die typische LMA-Klausel: *A Lender may assign any of its rights*. Siehe *Kilgus*, BKR 2009, 181 (187 mit Fn. 66) mit Bezug auf das deutschrechtliche LMA-Muster; siehe auch L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 195 ff. — Vgl. aus der Praxis betreffend einen deutschrechtlichen Kreditvertrag nach LMA-Standard, *Spark Networks SE* et al., FA, 2018: „A Lender […] may assign and transfer by assumption of contract (*Vertragsübernahme*) any of its rights and obligations" (Klausel 28.1 Buchst. b, S. 98. Hervorhebung im Original. Siehe bezüglich der Wahl deutschen Rechts Klausel 45, S. 130). — Bei englischer Rechtswahl lauten die Klauseln im Grunde gleich. Nur heißt es „transfer by novation" (*Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 27.1 Buchst. b, S. 104 und zur Wahl englischen Rechts Klausel 42, S. 142). Siehe zu dieser Bestimmung auch oben § 3 C. II. 2 a. E. und § 8 A. I.

119 Diese Ausführungen knüpfen an die obigen zur Unterscheidung der nach dem Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses bestehenden (§ 241 Abs. 2 BGB) und der sich aus der Natur des Vertrages ergebenden Rücksichtspflichten (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB) an. Siehe insofern oben § 6 C. und insbesondere oben § 6 C. II; siehe auch nochmals zusammenfassend oben § 6 E.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der für den Rechtslagenvergleich angenommenen zessionsbeschränkenden Rücksichtspflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB (dazu bb)) Auslegungsfragen schuldrechtlicher Weitergabeklauseln behandelt (dazu cc)).

aa) Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB – Rechtsvorschriften i. S. d. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB

Der *Bundesgerichtshof* und Teile des Schrifttums legen das Tatbestandsmerkmal der Rechtsvorschriften gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB weit aus und fassen darunter insbesondere auch „die aufgrund ergänzender Auslegung nach §§ 157, 242 BGB und aus der Natur des jeweiligen Schuldverhältnisses zu entnehmenden Rechte und Pflichten“[120].

Eine andere Ansicht erachtet diese weite Auslegung für unnötig; sie meint, nur Bestimmungen, die einer Referenzregel im Gesetz entsprächen, seien der Angemessenheitskontrolle entzogen. Andere Bestimmungen seien als rechtsergänzende Regelungen gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 BGB kontrollfähig.[121] Die weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Rechtsvorschriften griffe der Angemessenheitskontrolle überflüssigerweise vor.[122] — Diese Kritik veranlasst mit Blick auf (zessionsbeschränkende) Rücksichtspflichten zu fragen, ob die Angemessenheitskontrolle wirklich vorweggenommen wird:

Vorgegriffen wird der Angemessenheitskontrolle, wenn unter Rechtsvorschriften gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB die abstrahiert vom konkreten Vertrag zu gewinnenden vertragsnatürlichen Pflichten gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB zu verstehen sind. Hingegen ist es kein Vorgriff, wenn auf die Pflichten abgestellt wird, die aus dem Inhalt des konkreten Schuldver-

120 *BGH*, Urt. v. 10.12.1992 – I ZR 186/90, BGHZ 121, 13 (18); Urt. v. 9.4.2002 – XI ZR 245/01, BGHZ 150, 269 (274 f.). Siehe außerdem *BGH*, Urt. v. 6.2.1985 – VIII ZR 61/84, BGHZ 93, 358 (363); Urt. v. 15.7.1997 – XI ZR 269/96, BGHZ 136, 261 (264); Urt. v. 14.10.1997 – XI ZR 167/96, BGHZ 137, 27 (29 f.); MüKoBGB/*Wurmnest*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 7; jurisPK-BGB/*Lapp*/*Salamon*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 168; Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 39.

121 *Stoffels*, JZ 2001, 843 (846 f.); Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 295; BeckOK BGB/*H. Schmidt*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 307 Rn. 74 a. E.

122 Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 295. — Zwar ebenfalls von einem Vorgriff sprechend, aber diesen als eine Entlastung der Inhaltskontrolle bewertend, Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hältnisses gemäß § 241 Abs. 2 BGB folgen;[123] dies erscheint vorzugswürdig: Für diesen konkreten Maßstab spricht der Zweck des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB – die Angemessenheitskontrolle auszuschließen, wenn die Rechtslage bei Anwendung der fraglichen Bestimmung die gleiche ist wie bei deren Fehlen.[124] Fehlt eine die Rücksichtspflichten regelnde Bestimmung, werden diese Pflichten aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses gewonnen, § 241 Abs. 2 BGB; dabei kommt es namentlich auf die individuellen Interessen der Parteien und die sonstigen Umstände des Einzelfalles an.[125]

Die Frage nach einem abstrahierenden oder konkreten Maßstab stellt sich im Übrigen parallel bei § 306 Abs. 2 Alt. 2 BGB. Danach richtet sich der Inhalt des Vertrages, soweit eine Bestimmung unwirksam ist, nach den gesetzlichen Vorschriften. Darunter sind nach hiesiger Ansicht in Bezug auf die Rücksichtspflichten nicht die vertragsnatürlichen, sondern die nach dem Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses zu verstehen.[126] Insofern ist zu bemerken, dass das Tatbestandsmerkmal der Rechtsvorschriften gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB und das auf Rechtsfolgenseite angesiedelte Merkmal der gesetzlichen Vorschriften gemäß § 306 Abs. 2 BGB kongruent auszulegen sind:

Dafür spricht zunächst, dass eine solche Kongruenz besteht, wenn eine Bestimmung in AGB von einer nicht ausfüllungsbedürftigen Norm (z. B. einer gesetzlichen Frist) abweicht und unwirksam ist: Diese Norm ist dann Rechtsvorschrift i. S. d. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB, gesetzliche Regelung i. S. d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB und gesetzliche Vorschrift i. S. d. § 306 Abs. 2 Alt. 2 BGB.

---

123 Auf das Zitat im Haupttext oben zwar Bezug nehmend, jedoch nicht klarstellend, ob diesbezüglich ein abstrahierender oder konkreter Maßstab angelegt wird, MüKoBGB/*Wurmnest*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 7; jurisPK-BGB/*Lapp*/*Salamon*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 168; Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 39. — Für einen abstrahierenden Maßstab ohne Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 253; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 27 f. — Mit Recht den Regelungsgehalt des jeweiligen Vertrages einschließend Ulmer/Brandner/Hensen/*Brandner*, AGB-Gesetz, 9. Aufl. 2001, AGBG § 8 Rn. 30.

124 Siehe oben § 8 B. III. 1.

125 Vgl. BT-Drs. 14/6040 S. 126; *BGH*, Urt. v. 30.9.2009 – VIII ZR 238/08, NJW 2010, 1135 (1137); *OLG Hamm*, Urt. v. 5.11.2002 – 19 U 41/02, NJW 2003, 760 (761); *LG Heidelberg*, Urt. v. 17.5.2002 – 5 O 19/02, NJW 2002, 2960 (2961); Staudinger/*Olzen*, BGB, 2019, BGB § 241 Rn. 155; MüKoBGB/*Bachmann*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 55 und 63; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023, § 1 Rn. 19 f.; *Weiler*, Schuldrecht AT, 7. Aufl. 2024, § 5 Rn. 11 f.; siehe dazu auch oben § 6 C. I.

126 Siehe dazu bereits oben § 6 C. II.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für eine kongruente Auslegung spricht aber vor allem, dass andernfalls unstimmige Ergebnisse drohen, wie das folgende Beispiel einer inkongruenten Auslegung verdeutlichen soll: Eine Bestimmung weicht von einer vertragsnatürlichen Rücksichtspflicht ab. Entgegen hier vertretener Ansicht wird damit deren Kontrollfähigkeit gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 BGB begründet. Die Bestimmung schränkt diese vertragsnatürliche Rücksichtspflicht auch nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB unangemessen ein; sie ist unwirksam, § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Entsprechend der hiesigen Ansicht wird nun die Rücksichtspflicht gemäß § 306 Abs. 2 Alt. 2 i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB nach dem Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses ermittelt. Im Extremfall ergibt sich dabei, dass diese Rücksichtspflicht nicht nur der entspricht, welche die unwirksame Bestimmung regelt – die Angemessenheitskontrolle also überflüssig war –, sondern sogar günstiger für den Verwender ist.

bb) Rechtslagenvergleich betreffend Rücksichtspflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB

Zum Zwecke der Untersuchung wird von einem darlehensvertraglichen Schuldverhältnis ausgegangen, das zessionsbeschränkende Rücksichtspflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB enthält, die den in § 6 dieser Arbeit herausgestellten vertragsnatürlichen gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB entsprechen.[127] Nach dieser Prämisse treffen den Darlehensgeber hinsichtlich der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor folgende zessionsbeschränkende Rücksichtspflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB, wenn eine schuldrechtliche Weitergabeklausel fehlt:

Er darf einem Loan-to-Own-Investor die Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB – auch ohne Kündigungsrechte – nur übertragen, wenn der Kredit Not leidet; auch bei einem notleidenden Kredit darf er ihm kreditsichernde Informationsansprüche nicht übertragen, und zwar auch nicht ohne ein etwaiges diesbezügliches Bestimmungsrecht.[128]

Hiervon weicht eine schuldrechtliche Weitergabeklausel ab, wonach der Darlehensgeber alle seine Rechte aus dem Vertrag oder seine Vertragspo-

127 Siehe zu dieser Prämisse auch oben § 8.

128 Eine ausführlichere Zusammenfassung dieser Ergebnisse unter Nennung der Darlehensnehmerinteressen, die durch die Übertragung der jeweiligen Rechte auf einen Loan-to-Own-Investor beeinträchtigt werden, findet sich mit Einzelverweisen oben unter § 6 E. Siehe zur Definition des notleidenden Kredits oben § 1 B. II.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sition auf Banken, Finanzinstitute, Treuhandgesellschaften, Fonds und vergleichbare Unternehmen übertragen darf.[129]

cc) Auslegungsfragen hinsichtlich schuldrechtlicher Weitergabeklauseln

In der Weitergabeklausel des *BdB*-Musterkreditvertrages ist sowohl von Können als auch von Dürfen die Rede. Dessen Nr. 12 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 bestimmt: „Die Bank *darf* zum Zwecke der Eigenkapitalentlastung oder der Risikodiversifizierung das wirtschaftliche Risiko der Darlehensgewährung ganz oder teilweise auf Dritte übertragen". Im zweiten Halbsatz heißt es dann, „*dies kann* z. B. durch […] Veräußerung der Kreditforderungen […] erfolgen, wobei die Kreditforderungen […] insbesondere auch abgetreten […] werden können".[130] In dieser Klausel werden Können und Dürfen zwar sprachlich getrennt, allerdings wird die Bank schuldrechtlich nicht stärker als dinglich beschränkt – sie darf, was sie kann.

Von einem Gleichlauf des Könnens und des Dürfens ist auch bei einer (eher) dinglich formulierten Weitergabeklausel auszugehen, die den Kreditgeber zur Übertragung *berechtigt*.[131] Eine rein dingliche Auslegung liegt fern. Es ergäbe keinen Sinn, wenn der Kreditgeber nach § 399 Alt. 1 BGB

129 Siehe zu gegenstandsbezogenen Übertragungsregeln oben § 8 A. I und zu personenbezogenen oben § 8 A. II.

130 *BdB*, Musterdarlehensvertrag für gewerbliche Kreditvergaben, 2005, WM 2005, 1942 (1945). Hervorhebung durch den Verfasser. — Ähnlich strukturiert ist die Weitergabeklausel des *vdp*, Mustervertrag für die großvolumige, gewerbliche Immobilienfinanzierung, 2024, Nr. 24.1, S. 42 f.

131 Das Wort „berechtigt" soll die Doppeldeutigkeit des Verbs „may" ausdrücken, das sowohl „können" als auch „dürfen" bedeuten kann. — Das Modalverb „may" findet in englischsprachigen Übertragungsklauseln Verwendung, so auch in *Spark Networks SE* et al., FA, 2018, einem deutschrechtlichen Kreditvertrag nach LMA-Standard (siehe zur Rechtswahl Klausel 45, S. 130). So heißt es in Klausel 28.1 Buchst. a, S. 98: „A Lender may […] assign any of its rights". In seiner mangelnden Differenzierung zwischen Können und Dürfen gleicht dieser Kreditvertrag solchen nach englischem Recht (vgl. *Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018, Klausel 27.1 Buchst. b, S. 104 und zur Wahl englischen Rechts Klausel 42, S. 142). — Grundsätzlich sind Begriffe, die nicht bloß in englischer Sprache verfasst sind, sondern dem angelsächsischen Rechtsverständnis entstammen, nach Maßgabe dieses Rechtsverständnisses zu interpretieren, *BGH*, Urt. v. 2.12.1991 – II ZR 274/90, NJW-RR 1992, 423 (425); *Längsfeld/Lürken*, WM 2019, 999 (1004). Dieser Auslegungsgrundsatz lässt freilich die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB unberührt.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gebundene Rechte oder seine Vertragsposition übertragen könnte, aber dadurch *stets*[132] eine Pflicht verletzte.

2. Bei der Angemessenheitskontrolle anwendbare Vorschriften

Die besonderen Klauselverbote der §§ 308 Nr. 1, 2–9 und 309 BGB finden gemäß § 310 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB keine Anwendung auf AGB, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden.[133] Diese Voraussetzungen sind bei einer forderungsbasierten Unternehmensübernahme zwar begriffsnotwendig erfüllt, nichtsdestoweniger kommt den besonderen Klauselverboten Bedeutung zu:

So wird in § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB klargestellt, dass die Vorschriften des § 307 Abs. 1 und 2 BGB auch insoweit Anwendung finden, als dies zur Unwirksamkeit einer Bestimmung führt, die auch in § 308 Nr. 1, 2–9 oder § 309 BGB genannt wird. Diese Klarstellung soll den ohne sie denkbaren Umkehrschluss verhindern, gegenüber einem Unternehmer sei es stets zulässig, die in den Klauselkatalogen der §§ 308 Nr. 1, 2–9 und 309 BGB aufgeführten Bestimmungen zu verwenden.[134] Somit spricht die Unanwendbarkeit der §§ 308 Nr. 1, 2–9 und 309 BGB jedenfalls nicht dagegen, bei der Verwendung einer der dort genannten Bestimmungen gegenüber einem Unternehmer eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 oder 2 BGB anzunehmen.

Nun stellt sich umgekehrt die Frage, inwiefern es positiv für die Annahme einer unangemessenen Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 oder 2 BGB spricht, wenn die Bestimmung nach § 308 Nr. 1, 2–9 oder § 309 BGB unwirksam wäre. Die Meinungen hierzu gehen auseinander:

Der *Bundesgerichtshof* misst insbesondere den Klauselverboten nach § 309 BGB positive Indizwirkung hinsichtlich der Unangemessenheit einer Bestimmung nach § 307 Abs. 1 oder 2 BGB zu.[135] In der Literatur stößt

132 Hingegen ist es sinnvoll, wenn das Können *teilweise* weiter reicht als das Dürfen; siehe dazu unten § 8 B. III. 3. a) dd) ccc) (1).

133 Die Legaldefinition des § 14 Abs. 1 BGB gilt, Feldhusen/Niebling/*Krause*/*Schmitt*/*Kummer*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 310 Rn. 5.

134 Siehe BT-Drs. 7/3919 S. 43 f.; BT-Drs. 7/5422 S. 14; siehe zur Klarstellungsfunktion auch *von Westphalen*, NJW 2009, 2977 (2978); MüKoBGB/*Fornasier*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 310 Rn. 11.

135 *BGH*, Urt. v. 8.3.1984 – VII ZR 349/82, BGHZ 90, 273 (278); Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86, BGHZ 103, 316 (328); Urt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, BGHZ 174, 1 (4 f. Rn. 12); Urt. v. 3.2.2021 – XII ZR 29/20, RdTW 2021, 190 (196 Rn. 48).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dies einerseits auf Zustimmung,[136] andererseits aber auch auf deutliche Kritik.[137] Eine vermittelnde Ansicht lehnt eine Indizwirkung zwar ab, will aber den Wertungen der besonderen Klauselverbote bei der Angemessenheitskontrolle Rechnung tragen.[138]

Gegen die Annahme einer positiven Indizwirkung der besonderen Klauselverbote spricht § 310 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB. Danach findet namentlich § 309 BGB „keine Anwendung". Dieser Nichtanwendungsbefehl wird nahezu ins Gegenteil verkehrt, wenn man eine nach § 309 BGB unwirksame Klausel grundsätzlich für unangemessen erachtet, sollte sie nicht ausnahmsweise aufgrund der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Verkehrs als angemessen angesehen werden können.[139] So wenig § 309 BGB zu einem ungeschriebenen Regelbeispiel des § 307 Abs. 2 BGB aufzuwerten ist, so wenig dürfen die gesetzgeberischen Wertungen, die den besonderen Klauselverboten innewohnen, übergangen werden. Daher ist der vermittelnden Ansicht zu folgen: Die den besonderen Klauselverboten inhärenten Wertungen sind im Lichte der Besonderheiten des unternehmerischen Verkehrs zu würdigen (vgl. § 310 Abs. 1 Satz 2 Halb-

136 Siehe *von Westphalen*, NJW 2009, 2977 (2978 ff.). Besondere Klauselverbote „können" Indizien sein, Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 310 Rn. 7. Zubilligung einer Indizwirkung sei „letztlich eine Geschmacksfrage", BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 310 Rn. 2.

137 Kritisch etwa *K. P. Berger*, NJW 2010, 465 ff.; *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010, 309 ff.; *Pfeiffer*, NJW 2017, 913 (917); Jauernig/*Stadler*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 1.

138 *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung, 1999, S. 152; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB Vorbemerkung zu §§ 307–309 Rn. 23 a. E.; Schulze/*Schulte-Nölke*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 310 Rn. 2. — Insofern von einer „Parallelwertung in der Unternehmersphäre" sprechend MüKoBGB/*Fornasier*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 310 Rn. 11 (Hervorhebung im Original weggelassen). — Die besonderen Klauselverbote als „Aufgreifkriterien" bezeichnend Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 382.

139 So aber *BGH*, Urt. v. 8.3.1984 – VII ZR 349/82, BGHZ 90, 273 (278): „Fällt eine Klausel bei Verwendung gegenüber Nichtkaufleuten unter eine der Verbotsnormen des § 11 AGBG, so ist dies ein Indiz dafür, daß sie auch im Falle der Verwendung unter Kaufleuten zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners führt, es sei denn, sie kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des kaufmännischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden". Ganz ähnlich *BGH*, Urt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, BGHZ 174, 1 (4 f. Rn. 12); Urt. v. 3.2.2021 – XII ZR 29/20, RdTW 2021, 190 (196 Rn. 48). — Siehe dazu, dass die Indizwirkung einer Vermutungswirkung nahekommt, und dies zu Recht kritisierend Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 382.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

satz 2 BGB) und bei der Beurteilung der Angemessenheit zu berücksichtigen.[140]

Den besonderen Klauselverboten ist sonach zwar keine positive Indizwirkung beizumessen, eine negative hingegen schon: Ist eine Bestimmung mit einem einschlägigen, aber unanwendbaren besonderen Klauselverbot vereinbar, müssen besondere Umstände hinzutreten, um gemäß § 307 Abs. 1 oder 2 BGB deren Unangemessenheit annehmen zu können.[141]

Vor diesem Hintergrund ist es für die Beurteilung der Unangemessenheit einer Eintrittsklausel nach § 307 Abs. 2 BGB bedeutsam, ob diese gemäß § 309 Nr. 10 Var. 2 BGB unwirksam wäre. Nach dieser Vorschrift ist bei einem Darlehensvertrag eine Bestimmung unwirksam, nach der ein Dritter anstelle des Verwenders in die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten eintritt oder eintreten kann, es sei denn, in der Bestimmung wird der Dritte namentlich bezeichnet (Buchst. a) oder dem anderen Vertragsteil das Recht eingeräumt, sich vom Vertrag zu lösen (Buchst. b).

3. Angemessenheitskontrolle dinglicher Weitergabeklauseln, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Untersucht wird die Unangemessenheit dinglicher Eintritts- (dazu a)) und Abtretungsklauseln (dazu b)) nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB; dem Verständnis kann es dabei helfen, sich eine Eintritts-/Abtretungsklausel mit ausschließlich dinglichem Regelungsgehalt vorzustellen.

Werden dingliche und schuldrechtliche Regelungen in einer Bestimmung vermengt, ändert dies freilich nichts daran, dass beide Seiten getrennt beurteilt werden müssen. Allerdings führt dies zur Unteilbarkeit der Bestimmung,[142] sodass eine unangemessene schuldrechtliche Regelung die Unwirksamkeit einer an sich noch angemessenen dinglichen Regelung

140 Siehe zur Bedeutung des § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB hinsichtlich nach § 309 BGB unwirksamer Bestimmungen bei der Angemessenheitskontrolle Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 255; Feldhusen/Niebling/*Krause/Schmitt/Kummer*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 310 Rn. 13; vgl. auch BT-Drs. 7/5422 S. 14.

141 *BGH*, Urt. v. 29.4.1987 – VIII ZR 251/86, BGHZ 100, 373 (378 f.); Urt. v. 4.12.1996 – XII ZR 193/95, NJW 1997, 739 (740); Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 12.

142 Siehe zu den Anforderungen an die Teilbarkeit einer Bestimmung MüKoBGB/*Fornasier*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 306 Rn. 22 ff.; Feldhusen/Niebling/*Korff/Kummer*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 306 Rn. 16 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nach sich zieht.[143] Daher empfiehlt es sich, beides getrennt zu regeln. Dann führt die Unangemessenheit der schuldrechtlichen Regelung nur zur Pflichtwidrigkeit der Übertragung, gefährdet aber nicht auch deren Wirksamkeit. Eine getrennte Regelung ergibt sich quasi von selbst, wenn die schuldrechtlichen Bindungen des Darlehensgebers enger ausgestaltet werden als die dinglichen.[144]

a) Angemessenheitskontrolle dinglicher Eintrittsklauseln

Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

Das Tatbestandsmerkmal der „gesetzlichen Regelung" ist zwar enger als das der „Rechtsvorschriften" (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB),[145] umfasst aber (wohl unstreitig) auch Rechtsnormen, Art. 2 EGBGB,[146] die nur analoge Anwendung finden.[147] Demnach ist die Zustimmungsbedürftigkeit der Vertragsübernahme analog § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht nur eine Rechtsvorschrift i. S. d. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB, sondern auch eine gesetzliche Regelung i. S. d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Von dieser wird durch eine dingliche Eintrittsklausel abgewichen.[148]

143 Vgl. zum normativen Stufenverhältnis dinglichen und schuldrechtlichen Sukzessionsschutzes auch oben § 8 B. III a. E.

144 Siehe zum Vorteil weitergehenden Könnens unten § 8 B. III. 3. a) dd) ccc) (1).

145 *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 253; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 26.

146 Zur Definition von „gesetzlich" ist bei Art. 2 EGBGB anzusetzen, *von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 247 f.; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 207.

147 (Betreffend allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze) *BGH*, Urt. v. 21.12.1983 – VIII ZR 195/82, BGHZ 89, 206 (211); (betreffend die Analogie) Urt. v. 12.3.1987 – VII ZR 37/86, BGHZ 100, 157 (163); *von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 250; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 207; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 231 und 234 f.

148 Siehe zur Zustimmungsbedürftigkeit der zweiseitigen Vertragsübernahme analog § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB oben § 3 C. II. 1; siehe zur Abweichung davon durch eine dingliche Eintrittsklausel oben § 8 B. III. 1. a) aa).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Unter (wesentlichen)[149] Grundgedanken sind Gerechtigkeitsgebote wie der Schutz der Dispositions-, Integritäts- oder Äquivalenzinteressen des Vertragspartners zu verstehen.[150] Vorausgesetzt, der gesetzlichen Regelung liegt ein solches Gerechtigkeitsgebot zugrunde,[151] sind der Gerechtigkeitsgehalt und insofern das Leitbild der gesetzlichen Regelung zu ermitteln,[152] sodass sich feststellen lässt, in welchem Maße die zu kontrollierende Bestimmung von diesen Grundgedanken abweicht.

Danach gilt es zu beurteilen, ob die Bestimmung in Anbetracht der festgestellten Abweichung noch mit den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung zu vereinbaren ist. Dies ist der Fall, wenn das Interesse des Verwenders schwerer wiegt als das der anderen Vertragspartei.[153] Allerdings

149 Dem Merkmal der Wesentlichkeit kommt keine eigene Bedeutung zu, da es keine unwesentlichen Grundgedanken gibt, Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 247.

150 Siehe zum Schutz des Äquivalenzverhältnisses *BGH*, Urt. v. 28.2.1973 – IV ZR 34/71, BGHZ 60, 243 (245); Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 248. — Siehe dazu, dass es nur um die Interessen des Vertragspartners und nicht um die von Dritten oder der Allgemeinheit geht, Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 307 Rn. 115. Diese Beschränkung auf die Interessen der Teile des Schuldverhältnisses ist auch bei der Gewinnung einer Rücksichtspflicht zu beachten, siehe oben § 6 C. I.

151 Die gesetzliche Regelung muss ein Gerechtigkeitsgebot zum Ausdruck bringen; sie darf nicht *nur* aus Erwägungen der Zweckmäßigkeit heraus geschaffen worden sein, *BGH*, Urt. v. 17.2.1964 – II ZR 98/62, BGHZ 41, 151 (154); Urt. v. 4.6.1970 – VII ZR 187/68, BGHZ 54, 106 (109); Urt. v. 8.11.1974 – V ZR 36/73, BGHZ 63, 238 (239); Urt. v. 21.12.1983 – VIII ZR 195/82, BGHZ 89, 206 (211); Urt. v. 23.4.1991 – XI ZR 128/90, BGHZ 114, 238 (240); Urt. v. 25.6.1991 – XI ZR 257/90, BGHZ 115, 38 (42); Urt. v. 27.6.2007 – VIII ZR 149/06, NJW 2007, 3637 (3640 Rn. 22); siehe dazu auch Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 24. — Den Abgrenzungsansatz des *Bundesgerichtshofes* kritisierend Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 307 Rn. 117 m. w. N. — Siehe zu den Abgrenzungsschwierigkeiten und anderen Ansätzen einer Abgrenzung Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 222 ff.

152 Die Regelung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 RegE-AGBG) ist an die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die sog. Leitbildfunktion des nachgiebigen Rechts angelehnt, BT-Drs. 7/3919 S. 23; siehe zum Begriff des gesetzlichen Leitbildes *BGH*, Urt. v. 8.11.1974 – V ZR 36/73, BGHZ 63, 238 (239); Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 247. Vgl. auch BT-Drs. 7/5422 S. 6, wonach „der Gerechtigkeitsgehalt der gesetzlichen Regelung als Richtschnur dienen soll".

153 Die Interessenabwägung an dem Merkmal der Unvereinbarkeit festmachend *Stoffels*, AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 518; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 227; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 253.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist diese Abwägung bereits dadurch, dass die Bestimmung von dem Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung abweicht, zulasten des Verwenders vorgeprägt;[154] der *Bundesgerichtshof* würde sagen, eine unangemessene Benachteiligung sei indiziert.[155] Diese Vorprägung unterscheidet die Interessenabwägung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB von der nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB; gleichsam als Umkehr der Argumentationslast findet das Merkmal „im Zweifel" (§ 307 Abs. 2 BGB) mit dieser Vorprägung Eingang in die Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.[156]

Die Stärke der Vorprägung hängt insbesondere davon ab, wie groß der Gerechtigkeitsgehalt der gesetzlichen Regelung ist[157] und in welchem Maße die Bestimmung davon abweicht.[158] Die Besonderheiten des unternehmerischen Verkehrs oder auch die Branchenüblichkeit können diese

154 Siehe dazu, dass die Abweichung der Bestimmung von dem Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung schon per se ein Umstand ist, der zuungunsten des Verwenders geht, Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 231; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 253.

155 Während der *BGH*, Urt. v. 18.5.1999 – XI ZR 219/98, BGHZ 141, 380 (390); Urt. v. 21.4.2009 – XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 (266 Rn. 21) noch formulierte, die *Unvereinbarkeit* mit wesentlichen Grundgedanken indiziere eine unangemessene Benachteiligung, meint er nunmehr, die *Abweichung* von wesentlichen Grundgedanken indiziere eine unangemessene Benachteiligung, siehe *BGH*, Urt. v. 13.5.2014 – XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 (195 f. Rn. 69); Urt. v. 4.7.2017 – XI ZR 562/15, BGHZ 215, 172 (184 f. Rn. 40).

156 Siehe *von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 235 ff.; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 253.

157 Mit dem Gerechtigkeitsgehalt steigen die Anforderungen, um eine abweichende Bestimmung für noch vereinbar zu bewerten, *BGH*, Urt. v. 17.2.1964 – II ZR 98/62, BGHZ 41, 151 (154); Urt. v. 4.6.1970 – VII ZR 187/68, BGHZ 54, 106 (110); Urt. v. 8.11.1974 – V ZR 36/73, BGHZ 63, 238 (239); Urt. v. 12.10.1978 – VII ZR 139/75, BGHZ 72, 222 (227). Nach BT-Drs. 7/5422 S. 6 soll „der Gerechtigkeitsgehalt der gesetzlichen Regelung als Richtschnur dienen".

158 Siehe zum Einfluss des Maßes der Abweichung auf die Unvereinbarkeit *BGH*, Urt. v. 1.3.1978 – VIII ZR 183/76, WM 1978, 406 (408); Urt. v. 12.10.1978 – VII ZR 139/75, BGHZ 72, 222 (227 f.); Urt. v. 23.2.1989 – VII ZR 89/87, BGHZ 107, 75 (86); insbesondere Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 229; ferner Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 254.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorprägung zwar erheblich schwächen,[159] aber nicht die Vereinbarkeit der Bestimmung begründen.[160]

Entsprechend dieser Maßgaben gilt es, die Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog herauszuarbeiten (dazu aa)), festzustellen, in welchem Maße dingliche Eintrittsklauseln von diesen Grundgedanken abweichen (dazu bb)) und zu untersuchen, inwieweit diese Abweichung auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten des unternehmerischen Verkehrs die Interessenabwägung vorprägt (dazu cc)). Sind diese Punkte geklärt, lässt sich beantworten, ob dingliche Eintrittsklauseln mit den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog zu vereinbaren sind (dazu dd)).

aa) Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog

Das Genehmigungserfordernis analog § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB schützt das Interesse des Einzelnen, den einmal gewählten Vertragspartner behalten zu können und in der Wahl eines neuen Vertragspartners frei zu sein.[161] Die Vertragspartnerwahlfreiheit zählt zum Kern der nach Art. 2 Abs. 1 GG als ein Innominatfreiheitsrecht geschützten Privatautonomie.[162] Dementsprechend hoch ist der Gerechtigkeitsgehalt der Regelung des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog einzuschätzen.

159 Zutreffend Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 307 Rn. 185 a. E.; weitergehend *M. Renner*/*Leidinger*, BKR 2015, 499 (501 f.); vgl. auch *Armbrüster*, NZA-Beil. 2019, 44 (51); BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 310 Rn. 5.

160 Die Branchenüblichkeit räumt die Unvereinbarkeit nicht aus, *BGH*, Urt. v. 1.12.1981 – KZR 37/80, BGHZ 82, 238 (240); Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 259.

161 Vgl. im mietrechtlichen Kontext *BGH*, Urt. v. 9.6.2010 – XII ZR 171/08, NJW 2010, 3708 (3709 Rn. 24) mit zust. Anm. v. *Ulrich*/*Ghassemi-Tabar*, NJW 2010, 3710. Vgl. zum Zusammenhang des § 309 Nr. 10 BGB und der §§ 414 f. BGB Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Dammann*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 60; siehe betreffend § 309 Nr. 10 BGB insofern BeckOGK ZivR/*Weiler*, 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 7.

162 Siehe zur fundamentalen Bedeutung der Vertragspartnerwahlfreiheit für die privatautonome Rechtsgestaltung MüKoBGB/*Busche*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, BGB vor § 145 Rn. 11; Jauernig/*Stadler*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 311 Rn. 3 f. Siehe dazu, dass die Privatautonomie den Verfassungsrang eines Innominatfreiheitsrechts einnimmt und daher stärker als sonstige Gewährleistungen der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützt ist, Isensee/Kirchhof/*Kube*, Staatsrecht, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 89; Merten/Papier/*Brenner*, Grundrechte, Bd. V, 2013, § 115 Rn. 5; BeckOK GG/*Lang*, 58. Ed. 15.6.2024, GG Art. 2 Rn. 12 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Geprägt ist das Leitbild des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog auch durch die Art und Weise, wie die Vertragspartnerwahlfreiheit geschützt wird, nämlich durch „Genehmigung". Gemeinhin wird zwar auch die Einwilligung für zulässig erachtet,[163] nichtsdestoweniger ist die Genehmigung das gesetzliche Regelungsmodell. Die Genehmigung gewährleistet gegenüber der Einwilligung einen stärkeren Schutz der Vertragspartnerwahlfreiheit. Denn wer unwiderruflich einwilligt,[164] bleibt gebunden,[165] auch wenn sich die Umstände zwischenzeitlich ändern.[166] Damit steht er schlechter, als wenn er genehmigte. Außerdem bezieht sich die Genehmigung, anders als die Einwilligung, notwendig auf einen bestimmten Einzelfall, da sich nur ein abgeschlossenes Rechtsgeschäft genehmigen lässt.[167] Und wer ein Rechtsgeschäft genehmigt, kennt auch für gewöhnlich die daran Beteiligten. Insofern wird das Leitbild des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog zwar nicht durch das Genehmigungserfordernis als solches geprägt, aber durch den damit verbundenen stärkeren Schutz der Vertragspartnerwahlfreiheit schon.

Der Gerechtigkeitsgehalt, der mit den Gesichtspunkten des Einzelfalles und der Kenntnis der Person des Übernehmenden verbunden ist, wird durch die Ausnahme gemäß § 309 Nr. 10 Buchst. a BGB unterstrichen. Danach ist eine Bestimmung dann nicht nach § 309 Nr. 10 BGB unwirksam,

163 Siehe zur Zulässigkeit der Einwilligung *BGH*, Urt. v. 18.10.1995 – VIII ZR 149/94, DtZ 1996, 56 (57); zur Schuldübernahme bereits *RG*, Urt. v. 3.5.1905 – V 520/04, RGZ 60, 415 (416); *Klimke*, Vertragsübernahme, 2010, S. 227 f.; Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 571; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert*/*Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.107; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.160; siehe auch oben § 3 C. II. 1 a. E. — Siehe zu den dogmatischen Unterschieden von Einwilligung und Genehmigung Staudinger/*Klumpp*, BGB, 2019, BGB § 184 Rn. 7 ff.

164 Siehe zur Auslegung der antizipierten Einwilligung in einer Eintrittsklausel als eine unwiderrufliche Einwilligung oben § 8 B. III. 1. a) aa).

165 Umgekehrt geraten die Vertragsschließenden in keine Schwebelage, auch wenn es der Genehmigung bedarf. Denn bis zur Genehmigung können sie den Übernahmevertrag gemäß § 311 Abs. 1 Halbsatz 1 Alt. 2 BGB aufheben, MüKoBGB/*Bayreuther*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, BGB § 184 Rn. 4; MüKoBGB/*Heinemeyer*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 415 Rn. 11 und 18. Betreffend die Schuldübernahme lässt § 415 Abs. 1 Satz 3 BGB dies ausdrücklich zu. Siehe dazu auch Staudinger/*Rieble*, BGB, 2022, BGB § 415 Rn. 71.

166 Die Einwilligung ist analog § 314 BGB aus wichtigem Grund widerruflich, Staudinger/*Klumpp*, BGB, 2019, BGB § 183 Rn. 80 f.

167 Vgl. MüKoBGB/*Bayreuther*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, BGB § 184 Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wenn in der Bestimmung „der Dritte“ (Singular = Einzelfall)[168] „namentlich bezeichnet“ wird. Dabei ist den Aspekten des Einzelfalles und der Kenntnis des übernehmenden Teils ein höherer Gerechtigkeitsgehalt beizumessen als der Ungebundenheit. Schließlich mutet der Gesetzgeber dem verbleibenden Teil die Gebundenheit an seine Einwilligung unter den Voraussetzungen des § 309 Nr. 10 Buchst. a BGB zu.

bb) § 309 Nr. 10 BGB als Gradmesser der Abweichung von den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog

Die Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog werden durch das Klauselverbot des § 309 Nr. 10 BGB ausgeformt. Dementsprechend ist das Maß der Abweichung von den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog in der Regel umso größer, je weiter eine Eintrittsklausel davon entfernt ist, nach § 309 Nr. 10 BGB zulässig zu sein.

Daher wird mit einem Augenmerk auf § 309 Nr. 10 BGB untersucht, in welchem Maße verschieden stark beschränkte Eintrittsklauseln von den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog abweichen. Insofern werden neben Eintrittsklauseln, die nur die Übertragung der Vertragsposition auf Konsorten zulassen (dazu aaa)), auch mittels einer White-List (dazu bbb)) und mittels einer Black-List (dazu ccc)) beschränkte Eintrittsklauseln in den Blick genommen.

aaa) Beschränkung der Übertragung auf Konsorten

Eine Bestimmung, wonach ein Konsortialkreditgeber seine Vertragsposition nur auf andere Konsorten übertragen kann,[169] weicht nur gering von den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog ab, da sie schon

168 Ausdrücklich nur die Benennung einer einzigen Person als Dritten für zulässig erachtend BeckOGK ZivR/*Weiler*, 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 75. — Wohl ebenso, aber nicht ganz klar MüKoBGB/*Wurmnest*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 7. — Wie das Gesetz den Singular verwendend, aber die Zulässigkeit der Benennung mehrerer Dritter nicht problematisierend, NK-BGB/*Kollmann*, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, BGB § 309 Rn. 214; Staudinger/*Coester-Waltjen*, BGB, 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 14; Ulmer/Brandner/Hensen/*Habersack*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 9; BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 9.

169 Siehe zu Übertragungsklauseln, wonach der Kreditgeber ohne Zustimmung des Darlehensnehmers nur berechtigt ist, Konsorten den Kredit zu übertragen, oben § 8 A. II. 2. a).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht den Tatbestand des § 309 Nr. 10 BGB erfüllt. Dieser setzt voraus, dass ein Dritter anstelle des Verwenders in die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten[170] eintritt oder eintreten kann. Der übernehmende Konsorte ist zwar eine andere Person als der übertragende Konsorte. Der übernehmende Konsorte steht aber bereits als Vertragspartei auf der Seite des Verwenders, und wer Verwender ist, ist nicht Dritter.[171]

---

170 Die Abtretung unterfällt nicht § 309 Nr. 10 BGB, siehe nur BT-Drs. 7/3919 S. 38. Das ist nahezu einhellige Meinung, vgl. *Dörrie*, ZBB 2008, 292 (296); *Kilgus*, BKR 2009, 181 (188); Spindler/Schuster/*ders.*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, BGB § 309 Rn. 70; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Dammann*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 12; Staudinger/*Coester-Waltjen*, BGB, 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 12d; Ulmer/Brandner/Hensen/*Habersack*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 6; MüKoBGB/*Wurmnest*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 6; jurisPK-BGB/*Lapp*/*Salamon*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 309 Rn. 215; Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 309 Rn. 135; Jauernig/*Stadler*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 309 Rn. 19; BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 7. — An sich ebenso, aber dennoch meinend, wegen des Klauselverbotes müsse „die Bank ihre Forderung selbst eintreiben", *Lehmann*, ZGS 2009, 214 (215). — Die Abtretung unter § 309 Nr. 10 BGB zu fassen, ergäbe dinglich nur Sinn, wenn von einem gesetzlichen Abtretungsverbot wie § 399 Alt. 1 BGB abgewichen wird, da sonst § 309 Nr. 10 BGB schon mangels Abweichung von einer Rechtsvorschrift gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 BGB nicht anzuwenden ist, siehe oben § 8 B. III. 1 und § 8 B. III. 1. a) bb); vgl. auch Feldhusen/Niebling/*Krause*/*Schmitt*/*Kummer*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 13 Fn. 23 a. E. Siehe zur Frage, ob auf eine Abtretungsklausel, durch die von § 399 Alt. 1 BGB abgewichen wird, § 309 Nr. 10 BGB analog anzuwenden ist, unten § 8 B. III. 3. b) a. E. — Der umwandlungsrechtliche Erwerb bedarf zu seiner Wirksamkeit keiner Beteiligung des Darlehensnehmers, siehe dazu (vor Aufhebung von § 132 UmwG a. F. gemäß Art. 1 Nr. 21 UmwG-ÄndG-II) *Werhahn*, Der Kreditvertrag in der Umwandlung, 2007, S. 119; *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (423 ff.); *Schreier*/*Leicht*, NZG 2011, 121 (123); KöKo UmwG/*Leuering*, 2. Aufl. 2024, UmwG § 131 Rn. 30; siehe auch oben § 3 C. III. 2. Dinglich betrachtet, ist es daher in der Tat „selbstverständlich" (*Dörrie*, ZBB 2008, 292 [296]), dass der umwandlungsrechtliche Erwerb nicht unter § 309 Nr. 10 BGB fällt; siehe auch *Kilgus*, BKR 2009, 181 (188); *Früh*, FS Hopt, 2010, 1823 (1838); Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1364. Ebenso selbstverständlich folgt daraus aber auch nichts für die Frage, ob eine Weitergabeklausel den umwandlungsrechtlichen Erwerb schuldrechtlich legalisiert; siehe insofern wiederum die berechtigte Kritik von *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (427 ff.); auf *Bitter* (ebd.) verweisend Grüneberg/*ders.*, BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 309 Rn. 98.

171 Siehe dazu, dass nur derjenige Dritter ist, der nicht mit dem Verwender identisch ist, Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Dammann*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 16; BeckOGK ZivR/*Weiler*, 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 68. — Verwender kann „immer nur" (Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 305 Rn. 26) die „eine Vertragspartei" (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB) sein. Wird Vertragspartei teleologisch als Vertragsparte*iseite* ausgelegt, sind alle Parteien auf Darlehensgeberseite Verwender.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bbb) White-List-Beschränkung

Anders als die Erlaubnis der Übertragung der Vertragsposition auf Konsorten erfüllt eine Bestimmung, wonach der Darlehensgeber seine Vertragsposition auf Personen übertragen kann, die auf einer genehmigten Liste stehen,[172] den Tatbestand nach § 309 Nr. 10 BGB. Eine solchermaßen beschränkte Eintrittsklausel wird die Ausnahmevoraussetzungen gemäß § 309 Nr. 10 Buchst. a BGB kaum erfüllen. Danach muss „in der Bestimmung" (§ 309 Nr. 10 BGB)[173] „der Dritte namentlich bezeichnet" (§ 309 Nr. 10 Buchst. a BGB) werden.

Eine namentliche Bezeichnung erfordert alle Angaben, die nötig sind, um den Dritten zu identifizieren; dazu gehört in der Regel dessen Anschrift.[174] Ungenügend ist daher die abstrakte Eingrenzung auf verbundene

172 Siehe zu durch eine White-List beschränkten Weitergabeklauseln oben § 8 A. II. 2. a).

173 Das Merkmal „in der Bestimmung" (§ 309 Nr. 10 BGB) erfordert, dass der Dritte zumindest in dem mit der Eintrittsbestimmung verbundenen Text bezeichnet wird, Schuster/Grützmacher/*Hunzinger*, IT-Recht, 2020, BGB § 309 Rn. 72; Ulmer/Brandner/Hensen/*Habersack*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 9; MüKoBGB/*Wurmnest*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 7; („in der gleichen Klausel"; Hervorhebung im Original weggelassen) BeckOGK ZivR/*Weiler*, 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 73. — Angabe „in den AGB" reiche aus, Grüneberg/*ders.*, BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 309 Rn. 99. — Bezeichnung im Vertrag genüge, jurisPK-BGB/*Lapp*/*Salamon*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 309 Rn. 223; (dabei jedoch deutliche Hervorhebung für unerlässlich erachtend) PWW/*K. P. Berger*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 309 Rn. 89. — Bezeichnung in Individualvereinbarung reiche aus, Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Dammann*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 31.

174 Staudinger/*Coester-Waltjen*, BGB, 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 14. — Die Nennung „der Deutschen Telekom" genügen lassend *OLG Koblenz*, Hinweisbeschluss v. 27.2.2010 – 2 U 1331/09, BeckRS 2010, 29329. — Nach herrschender Meinung ist die Anschrift stets anzugeben, siehe *BGH*, Urt. v. 11.6.1980 – VIII ZR 174/79, NJW 1980, 2518; Ulmer/Brandner/Hensen/*Habersack*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 9; MüKoBGB/*Wurmnest*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 7; jurisPK-BGB/*Lapp*/*Salamon*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 309 Rn. 223; Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 309 Rn. 136; Jauernig/*Stadler*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 309 Rn. 19; BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 9. — Eine Klausel, welche die Übertragung ohne Zustimmung erlaubt, „wenn der Dritte ein verbundenes Unternehmen des Lieferanten im Sinne der §§ 15 ff. Aktiengesetz (AktG) ist", genüge mangels namentlicher Nennung nicht den Anforderungen des § 309 Nr. 10 Buchst. a BGB, entschied das *LG Hamburg*, Urt. v. 16.1.2018 – 312 O 514/16, RdE 2018, 390 (392) (bestätigt durch *OLG Hamburg*, Urt. v. 27.8.2020 – 15 U 98/19, BeckRS 2020, 34890).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Unternehmen;[175] gerade dies ist für Weitergabeklauseln in LMA-Kreditverträgen typisch.[176] Vor allem aber erlaubt § 309 Nr. 10 Buchst. a BGB nur die Benennung eines Dritten und nicht mehrerer Dritter.[177]

Eine typische White-List-Beschränkung genügt somit zwar nicht den Ausnahmevoraussetzungen des § 309 Nr. 10 Buchst. a BGB. Jedoch verwirklicht sie den Rechtsgedanken der Norm, dass der Klauselgegner vor Vertragsschluss weiß, wer künftig sein Vertragspartner sein kann.[178] Je nachdem, wie schlank die White-List gehalten ist und ob sie auch bei einer Leistungsstörung fortbesteht (hier sog. harte White-List-Beschränkung), weicht die Eintrittsklausel mehr oder minder stark von den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog ab.

ccc) Black-List-Beschränkung

Bei einer überbordenden White-List-Beschränkung kann ein Darlehensnehmer immerhin theoretisch alle potenziellen Vertragspartner identifizieren. Dies ist unmöglich, wenn die Eintrittsklausel die Übertragung auf einen abstrakt bestimmten Personenkreis zulässt. Dieser qualitative Unterschied besteht auch dann fort, wenn Konkurrenten und Loan-to-Own-In-

175 BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 9.

176 So wird die Erlaubnis zur Übertragung auf Konsorten („to another Lender") regelmäßig um den Passus: „or an Affiliate of a Lender or, in the case of a Lender which is a fund, a Related Fund of such Lender" erweitert; so etwa *Inspired Entertainment Inc.* et al., FA, 2019, Klausel 29.3 Buchst. c Ziff. i, S. 227; siehe auch *Avon International Capital plc* et al., FA, 2019, Klausel 29.2 Buchst. a Ziff. i und ii, S. 116. Siehe dazu oben § 8 A. II. 2. a).

177 Ausdrücklich nur die Benennung einer einzigen Person als Dritten für zulässig erachtend BeckOGK ZivR/*Weiler*, 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 75. — Wohl ebenso, aber nicht ganz klar MüKoBGB/*Wurmnest*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 7. — Wie das Gesetz den Singular verwendend, aber die Zulässigkeit der Benennung mehrerer Dritter nicht problematisierend, NK-BGB/*Kollmann*, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, BGB § 309 Rn. 214; Staudinger/*Coester-Waltjen*, BGB, 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 14; Ulmer/Brandner/Hensen/*Habersack*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 9; BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 9. — Siehe dazu oben § 8 B. III. 3. a) aa).

178 Siehe zu diesem Normzweck BT-Drs. 7/3919 S. 38; Spindler/Schuster/*ders.*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, BGB § 309 Rn. 70; Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 309 Rn. 134; BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 9; BeckOK ArbR/*Jacobs*, 72. Ed. 1.6.2024, BGB § 309 Rn. 32; BeckOGK ZivR/*Weiler*, 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vestoren ausgenommen sind. Eine solche Black-List-Beschränkung[179] verwirklicht zwar kaum noch die gerechtigkeitssensiblen Aspekte des Einzelfalles und der Kenntnis des eintretenden Teils.[180] Dennoch reduziert sie die Abweichung von den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog, wie die Materialien zu § 11 Nr. 13 AGBG (entspricht § 309 Nr. 10 BGB) verdeutlichen: In diesen wird das Interesse, gewisse Personen „gerade nicht als Vertragspartner haben"[181] zu wollen, ausdrücklich benannt.

cc) Stärke der Vorprägung der Unvereinbarkeitsprüfung durch die Abweichung von den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog

Die im Rahmen der Unvereinbarkeitsprüfung vorzunehmende Interessenabwägung wird, wie oben ausgeführt, bereits durch den Umstand, dass die Bestimmung von den Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung abweicht, zuungunsten des Verwenders vorgeprägt. Die Stärke dieser Vorprägung ist dabei nicht allein anhand des Gerechtigkeitsgehaltes der gesetzlichen Regelung und des Maßes der Abweichung, sondern auch mit Rücksicht auf die Besonderheiten des unternehmerischen Verkehrs zu beurteilen.[182] Dementsprechend ist zu fragen, inwiefern die Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog auch im unternehmerischen Verkehr Gebote der Gerechtigkeit sind.

In der Literatur wird diese Frage in abgewandelter Form erörtert. So wird diskutiert, inwiefern § 309 Nr. 10 BGB im unternehmerischen Verkehr indiziell wirkt. Die Meinungen gehen dabei auseinander:

Ein Teil des Schrifttums erachtet eine Bestimmung grundsätzlich für unwirksam, wenn sie den Tatbestand des § 309 Nr. 10 BGB erfüllt.[183]

179 Siehe zu durch eine Black-List beschränkten Weitergabeklauseln oben § 8 A. II. 2. b).

180 Siehe zu diesen Grundgedanken des § 309 Nr. 10 Buchst. a BGB oben § 8 B. III. 3. a) aa).

181 Siehe BT-Drs. 7/3919 S. 38: „Auf Grund derartiger Bestimmungen kann sich der Kunde nachträglich einem Vertragspartner gegenübergestellt sehen, den er aus verschiedenen Gründen, z. B. wegen schlechter Erfahrungen bei einem früheren Vertragsverhältnis, gerade nicht als Vertragspartner haben möchte".

182 Siehe dazu oben § 8 B. III. 3. a).

183 Nach Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Dammann*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 60 seien tatbestandsmäßige Klauseln „grundsätzlich unwirksam"; im Ergebnis ähnlich streng, aber differenzierend Schuster/Grützmacher/*Hunzinger*,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Andere lehnen eine Indizwirkung (nachdrücklich)[184] ab: Der Klauselgegner müsse nach der Art des jeweiligen Vertrages typischerweise an der Person seines Vertragspartners interessiert sein.[185] Zudem seien die Interessen im Einzelfall noch abzuwägen.[186] Kriterien seien dabei der personale Einschlag des Vertragsverhältnisses, dessen Laufzeit und die Einseitigkeit der Eintrittsklausel.[187]

IT-Recht, 2020, BGB § 309 Rn. 73. — Anscheinend noch strenger als bei direkter Anwendung BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 13.

184 Dezidiert gegen eine indizielle Wirkung Leuschner/*ders.*, AGB-Recht, 2021, BGB § 309 Rn. 31; MüKoBGB/*Wurmnest*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 9.

185 Vgl. auch die Formulierung des *BGH*, Urt. v. 29.2.1984 – VIII ZR 350/82, NJW 1985, 53 (54): „[E]ine Vertragsübertragungsklausel, die formularmäßig das Genehmigungserfordernis des § 415 Abs. 1 BGB ersetzen soll, [sei] jedenfalls dann zu beanstanden, wenn dem Kunden des Klauselverwenders nach der Art des geschlossenen Vertrages die Person seines Vertragspartners typischerweise nicht gleichgültig sein kann, er vielmehr daran interessiert sein muß, sich über Zuverlässigkeit und Solvenz des Dritten Gewißheit zu verschaffen"; fortgeführt von *BGH*, Urt. v. 21.3.1990 – VIII ZR 196/89, NJW-RR 1990, 1076 (1078); *BGH*, Urt. v. 9.6.2010 – XII ZR 171/08, NJW 2010, 3708 (3709 Rn. 22). — Dabei ist klarzustellen, dass sich diese Entscheidungen auf andere als die in § 309 Nr. 10 BGB genannten Verträge beziehen. So heißt es bei *BGH*, Urt. v. 9.6.2010 – XII ZR 171/08, NJW 2010, 3708 (3709 Rn. 23) lediglich, dass Eintrittsklauseln gegenüber einem Unternehmer nicht schon generell eine unangemessene Benachteiligung darstellten, da § 309 Nr. 10 BGB diese Klauseln nur in den dort genannten Verträgen missbillige. Siehe zur Indizwirkung, die der *Bundesgerichtshof* den Klauselverboten des § 309 BGB zumisst (*BGH*, Urt. v. 8.3.1984 – VII ZR 349/82, BGHZ 90, 273 [278]; Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86, BGHZ 103, 316 [328]; Urt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, BGHZ 174, 1 [4 f. Rn. 12]; Urt. v. 3.2.2021 – XII ZR 29/20, RdTW 2021, 190 [196 Rn. 48]), oben § 8 B. III. 2. — Die vorstehende Formulierung des *Bundesgerichtshofes* aufgreifend jurisPK-BGB/*Lapp*/*Salamon*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 309 Rn. 227; BeckOGK ZivR/*Weiler*, 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 104. Ähnlich auch Grüneberg/*ders.*, BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 309 Rn. 100.

186 *Kilgus*, BKR 2009, 181 (188); NK-BGB/*Kollmann*, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, BGB § 309 Rn. 217; *Stoffels*, AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 751; Ulmer/Brandner/Hensen/*Habersack*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 15; MüKoBGB/*Wurmnest*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 9; Feldhusen/Niebling/*Krause*/*Schmitt*/*Kummer*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 7; jurisPK-BGB/*Lapp*/*Salamon*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 309 Rn. 227; (Wertung sei bei überwiegendem Kundeninteresse übertragbar) PWW/*K. P. Berger*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 309 Rn. 90; BeckOGK ZivR/*Weiler*, 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 101.

187 Ulmer/Brandner/Hensen/*Habersack*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 15; MüKoBGB/*Wurmnest*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 9; BeckOGK ZivR/*Weiler*, 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 104 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vermittelnde Stimmen wenden bloß den Grundgedanken des § 309 Nr. 10 BGB entsprechend an,[188] sprechen insofern nur von einer gewissen indiziellen Wirkung.[189]

Die Gegner einer Indizwirkung bemerken richtigerweise, dass auf die Besonderheiten des unternehmerischen Verkehrs Rücksicht zu nehmen ist.[190] Grundsätzlich Unwirksamkeit anzunehmen, ginge daher zu weit. Dass die Vertragspartnerwahl und das Vertrauen auf die Leistungsfähigkeit und -treue auch im unternehmerischen Verkehr von großer Bedeutung sind, betonen die Befürworter einer indiziellen Wirkung jedoch mit Recht.[191] Daher überzeugt der vermittelnde Ansatz. — Die Antwort auf die oben aufgeworfene Frage lautet dementsprechend, dass die Interessenabwägung durch die Abweichung von den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog zwar nicht vorentschieden, aber doch leicht vorgeprägt wird.

dd) Vereinbarkeit mit den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog

In der Literatur wird zwar nicht erörtert, ob dingliche Eintrittsklauseln mit den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu vereinbaren sind – ob formularvertragliche Eintrittsklauseln in Unternehmenskreditverträgen zulässig sind, hingegen schon. Nach der Darstellung der diesbezüglich vertretenen Meinungen (dazu aaa)) und der Würdigung der insofern diskutierten Argumente im Lichte dieser allgemeineren Fragestellung (dazu bbb)) wird der Blick wieder allein auf die dingliche Seite gerichtet und erörtert, inwieweit dingliche Eintrittsklauseln mit den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog zu vereinbaren sind (dazu ccc)).

aaa) Meinungsstand zur Angemessenheit von Eintrittsklauseln

So wie die Meinungen in der Literatur über eine generelle Indizwirkung des § 309 Nr. 10 BGB auseinandergehen, wird auch die Angemessenheit for-

188 *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 221; Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 309 Rn. 138.

189 Staudinger/*Coester-Waltjen*, BGB, 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 18.

190 Siehe etwa jurisPK-BGB/*Lapp*/*Salamon*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 309 Rn. 227.

191 Vgl. Staudinger/*Coester-Waltjen*, BGB, 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 18; BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mularvertraglicher Eintrittsklauseln in Unternehmenskreditverträgen unterschiedlich bewertet:

Ein Teil des Schrifttums meint, AGB-Eintrittsklauseln seien auch in Unternehmenskreditverträgen allenfalls nach Maßgabe des § 309 Nr. 10 BGB wirksam.[192] — Demgegenüber drücken sich andere etwas zurückhaltender aus, indem sie angesichts der Ergänzung des § 309 Nr. 10 BGB um Darlehensverträge die Unwirksamkeit formularvertraglicher Eintrittsklauseln bloß in Betracht ziehen.[193]

Im Schrifttum wird allerdings auch die gegenteilige Ansicht vertreten. So erachtet mancher AGB-Eintrittsklauseln generell im Rahmen der Unternehmensfinanzierung für zulässig.[194] — Andere bejahen deren Zulässigkeit jedenfalls hinsichtlich bestimmter Kreditformen.[195]

Schließlich bleiben noch jene Stimmen aus der Literatur zu nennen, die sich zwischen diesen beiden Seiten positionieren. Im Ausgangspunkt beurteilen sie die Wirksamkeit formularvertraglicher Eintrittsklauseln in

192 Nach *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012, S. 66 f. seien Eintrittsklauseln in syndizierten Krediten anzutreffen und die gegenüber der Wirksamkeit entsprechender formularvertraglicher Eintrittsklauseln bestehenden Bedenken habe der Gesetzgeber des Risikobegrenzungsgesetzes durch die Erweiterung des § 309 Nr. 10 BGB bestätigt. K. Schmidt/Uhlenbruck/*Kuder*/*Unverdorben*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.432 meinen mit Blick auf Unternehmenskredite (Rn. 2.430 a. E.), Eintrittsklauseln könnten in AGB „gemäß § 309 Nr. 10 BGB nur sehr eingeschränkt vorab vereinbart werden". — Zu einer ähnlichen Bewertung könnten auch jene Stimmen gelangen, die eine starke Indizwirkung des § 309 Nr. 10 BGB bejahen, und zwar Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Dammann*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 60; Schuster/Grützmacher/*Hunzinger*, IT-Recht, 2020, BGB § 309 Rn. 73; BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 13; siehe dazu oben § 8 B. III. 3. a) cc).

193 Nach *Dörrie*, ZBB 2008, 292 (296) könne eine Eintrittsklausel zwar nicht gemäß § 309 Nr. 10 BGB, aber nach § 307 BGB unwirksam sein. *Heer*, Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken, 2011, S. 61 meint insofern, die Wertung des § 309 Nr. 10 BGB könne Anwendung finden. *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 222 meint, Loan-to-Own-Investoren könnten seit der Ergänzung des § 309 Nr. 10 BGB nicht länger auf die Wirksamkeit formularvertraglicher Eintrittsklauseln vertrauen.

194 BeckOGK ZivR/*Binder*, 1.8.2024, BGB § 488 Rn. 89.

195 *Ballo*, AGB-Kontrolle, 2010, S. 419 f. bejaht die Wirksamkeit bezüglich eines Musterkreditvertrages der LMA zur Akquisitionsfinanzierung; Wirksamkeit betreffend Konsortialkredite bejahend *Diem*/*Jahn*, Akquisitionsfinanzierungen, 4. Aufl. 2019, § 33 Rn. 12; L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 198 Fn. 972 äußert sich in dem Kapitel über die Dokumentation internationaler Konsortialkredite dahingehend, dass eine unangemessene Benachteiligung zweifelhaft sei. Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.162 erachtet Eintrittsklauseln mit Blick auf Konsortialkredite für wirksam.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abhängigkeit vom Kreis der als Erwerber zugelassenen Personen: Wirksam sei eine Klausel, die nur deutschen Kreditinstituten und ähnlich vertrauenswürdigen Personen (z. B. Versicherungsunternehmen)[196] den Eintritt erlaubt.[197] — Ein Teil dieser Stimmen erblickt darin jedoch nur den Grundsatz und hält hinsichtlich notleidender Kredite eine Eintrittsmöglichkeit für unregulierte Finanzunternehmen für zulässig.[198] — Mancher bewertet aber auch gerade umgekehrt ein Vertrauen des Darlehensnehmers, im Krisenfall den gewählten Darlehensgeber an seiner Seite zu haben, als einen Umstand, der gegen die Wirksamkeit einer Eintrittsklausel sprechen könne.[199]

bbb) Würdigung der für die Angemessenheit von Eintrittsklauseln vorgebrachten Argumente

Für die Angemessenheit formularvertraglicher Eintrittsklauseln in Unternehmenskreditverträgen werden verschiedene Argumente vorgebracht; eines ist die Genese des § 309 Nr. 10 Var. 2 BGB. Insofern meint *Emanuel Ballo*, der Gesetzgeber habe, als er den Tatbestand des § 309 Nr. 10 BGB auf Darlehensverträge erstreckte,[200] nur Verbraucher im Blick gehabt.[201] Dieses Argument ist angreifbar: Zunächst ist zu sehen, dass sich die Frage nach der Angemessenheit formularvertraglicher Eintrittsklauseln auch schon vor der Änderung des § 309 Nr. 10 BGB stellte und sich auch ohne diese stellen würde. Eine direkte Anwendung des § 309 Nr. 10 Var. 2 BGB auf Unterneh-

196 Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 265 nennt Versicherungsunternehmen neben Kreditinstituten und meint außerdem, es sei „entscheidend darauf abzustellen, ob der in der Klausel definierte Kreis der potenziellen Vertragspartner den berechtigten Geheimhaltungsinteressen des Darlehensnehmers im Einzelfall genügt".

197 *Kilgus*, BKR 2009, 181 (188) – ihm wohl folgend *Längsfeld/Lürken*, WM 2019, 999 (1002 mit Fn. 34); *Früh*, FS Hopt, 2010, 1823 (1829 f.); Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1334.

198 *Kilgus*, BKR 2009, 181 (188); *Früh*, FS Hopt, 2010, 1823 (1829 f.).

199 So meint BeckOGK ZivR/*Weiler*, 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 108: „Das bekannte Geschäftsverhalten eines Kreditinstituts gerade auch im Fall der Krise kann ein besonderes Vertrauen auf den personellen Fortbestand des Vertragspartners begründen und einer Übertragungsklausel entgegenstehen". Hervorhebung im Original weggelassen.

200 Der Tatbestand des § 309 Nr. 10 BGB wurde durch Art. 6 Nr. 2 Risikobegrenzungsgesetz auf Darlehensverträge erstreckt. — *Knops*, VuR 2009, 286 (287); *Becken*, Kreditportfolios, 2017, S. 78 meinen, die Ergänzung sei überfällig gewesen; kritisch hingegen *Lehmann*, ZGS 2009, 214 f.

201 So aber *Ballo*, AGB-Kontrolle, 2010, S. 419 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

menskreditverträge wollte der Gesetzgeber zwar in der Tat nicht; dies folgt aus § 310 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB. Insofern hat er aber in § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB auch klargestellt, dass daraus nicht auf die Wirksamkeit geschlossen werden darf.[202] Vielmehr wird der Gesetzgeber, als er § 309 Nr. 10 BGB ergänzte, die ständige Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofes* zur Indizwirkung der besonderen Klauselverbote gekannt haben.[203] Und dass der Vorschrift des § 309 Nr. 10 Var. 2 BGB ausnahmsweise keine Wertung für den unternehmerischen Verkehr entnommen werden solle, ist den Materialien nicht zu entnehmen.[204]

Ein weiteres Argument könnte sein, dass Eintrittsklauseln im Markt weit verbreitet und unternehmerischen Darlehensnehmern dementsprechend gut bekannt sein dürften. Dieser Umstand spricht indes nur dagegen, dass eine Eintrittsklausel einen Darlehensnehmer i. S. d. § 305c Abs. 1 BGB überrascht,[205] aber nicht auch für deren inhaltliche Angemessenheit.[206]

Betreffs syndizierter Kredite wäre es ein starkes Argument für die Angemessenheit einer Eintrittsklausel, wenn sie eine Grundvoraussetzung für das Geschäftsmodell dieser Kreditform wäre, wenn sie also die Finanzierung überhaupt erst ermöglichte.[207] Dies ist nicht der Fall: Die hier in Rede

202 Vgl. BT-Drs. 7/3919 S. 43 f.; BT-Drs. 7/5422 S. 14; siehe zur Klarstellungsfunktion auch *von Westphalen*, NJW 2009, 2977 (2978); MüKoBGB/*Fornasier*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 310 Rn. 11; siehe dazu auch oben § 8 B. III. 2.

203 Siehe zur Indizwirkung, die der *Bundesgerichtshof* den Klauselverboten des § 309 BGB zumisst (Urt. v. 8.3.1984 – VII ZR 349/82, BGHZ 90, 273 [278]; Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86, BGHZ 103, 316 [328]; Urt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, BGHZ 174, 1 [4 f. Rn. 12]; Urt. v. 3.2.2021 – XII ZR 29/20, RdTW 2021, 190 [196 Rn. 48]), oben § 8 B. III. 2.

204 Aus den Plenarprotokollen geht zwar nur eine Debatte über Verbraucherkreditverträge hervor, vgl. *Schieder*, BT-PlenProt. 16/173 S. 18464; *Klöckner*, BT-PlenProt. 16/173 S. 18466, aber nicht, dass unternehmerische Darlehensnehmer ausgeklammert werden sollten. Vgl. auch das systematische Verhältnis des zweiten Spiegelstriches zum ersten und zum letzten Unterspiegelstrich der BT-Drs. 16/9778 S. 3; es deutet darauf hin, dass der Schuldnerschutz allgemein und nicht bloß der Verbraucherschutz erhöht werden sollte.

205 Siehe Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 265.

206 Anders womöglich BeckOGK ZivR/*Binder*, 1.8.2024, BGB § 488 Rn. 89: Die Vorschrift des § 309 Nr. 10 BGB diene dem Schutz „vor einer unerwarteten Veränderung auf Darlehensgeberseite", passe daher im unternehmerischen Verkehr in der Regel nicht, da die Ausplatzierungsmöglichkeit dem Interesse des Darlehensnehmers nicht zuwiderlaufe; ihm werde „die bankübliche Praxis, die in der Vertragsdokumentation umfassend abgebildet wird, vielfach bekannt sein".

207 So *Früh*, FS Hopt, 2010, 1823 (1829); ähnlich (Eintrittsklausel ermögliche die Syndizierung und ohne sie gäbe es kein Underwriting) *Diem/Jahn*, Akquisitionsfinanzierungen, 4. Aufl. 2019, § 33 Rn. 12; Hölters/*Ingenhoven/Eisen*, Unternehmenskauf,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stehenden allgemeinen Eintrittsklauseln sollen Transaktionen am Sekundärmarkt ermöglichen und nicht die Primärsyndizierung. In diese willigt der Darlehensnehmer, wie oben ausgeführt,[208] (wohl) ohnehin schon im Mandatsbrief ein.[209] Und sollte dem nicht so sein, bedarf es noch immer keiner allgemeinen Eintrittsklausel; vielmehr genügte dann eine Eintrittsklausel, die eine Übertragung nur zum Zwecke der erstmaligen Syndizierung gestattet.

Bei Krediten, die eine hohe Umlauffähigkeit auszeichnet, z. B. Schuldscheindarlehen,[210] ließe sich anführen, die Möglichkeit zur Weiterplatzierung präge diese Kreditform.[211] Auch wenn die Kreditgeber eines Schuldscheindarlehens dieses für gewöhnlich bis zur Endfälligkeit halten sollten,[212] spricht dieser Aspekt doch für die prinzipielle Zulässigkeit formularvertraglicher Eintrittsklauseln.[213] Die Schrankenlosigkeit formularvertraglicher Eintrittsklauseln rechtfertigt dieser Aspekt indes nicht: So verliert ein Schuldscheindarlehen seine fungible Prägung nicht, wenn dessen Übertragung auf einen Loan-to-Own-Investor ausgeschlossen ist. Dem kann man auch nicht entgegenhalten, Darlehensnehmer müssten bei umlauffähigeren Kreditformen hinnehmen, dass die Vertrauenswürdigkeit der originären und derivativen Kreditgeber geringfügig schwankt. Denn unterscheidet es den Erwerber vom Veräußerer, dass er aufgrund seiner Investmentstrategie

10. Aufl. 2022, Rn. 4.152; ebenfalls in diese Richtung argumentierend Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.162; BeckOGK ZivR/*Binder*, 1.8.2024, BGB § 488 Rn. 89.

208 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; siehe zur Abgrenzung der im Mandatsbrief enthaltenen Einwilligung von der in einer Eintrittsklausel enthaltenen oben § 3 C. II. 2.

209 L/B/S/*Walgenbach*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 198 Fn. 972.

210 Siehe zum Grad der Umlauffähigkeit des Schuldscheindarlehens oben § 3 B. II. 1.

211 Siehe zur Bedeutung der Übertragbarkeit betreffend Schuldscheindarlehen Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 571; Habersack/Mülbert/Schlitt/*Mülbert*/*Bernauer*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.107; Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 42. Siehe Konsortialkredite betreffend *von Bismarck*, Konsortialkredite, 2013, § 5 Rn. 215; Kümpel/*Kropf*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022, Rn. 6.162.

212 Siehe zu diesem Befund Schwintowski/*Glaß*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 42.

213 Vgl. zur einschränkenden Rezeption der lex Anastasiana betreffend verbriefte Forderungen *Sintenis*, Civilrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1868, § 128 b 4 b, S. 818; restriktiver noch *Linde*, Zeitschr. f. Zivilr. u. Proz. 3 (1830), 15 (19 ff.); siehe dazu oben § 6 A. II.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einem (größeren) Interessenkonflikt unterliegt,[214] ist dies mehr als eine geringfügige Schwankung.

ccc) Begründung der Vereinbarkeit dinglicher Eintrittsklauseln mit den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog

Eintrittsklauseln werden nun wieder aus rein dinglicher Perspektive betrachtet; so wird erforscht, inwiefern dingliche Eintrittsklauseln mit den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog zu vereinbaren sind.

Eine Bestimmung ist mit den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht zu vereinbaren, es sei denn, das Interesse des Verwenders an der Abweichung überwiegt das Interesse des Vertragspartners am Bestand des gesetzlichen Regelungsmodells.[215] Entscheidend ist dabei, inwieweit der Verwender die gesetzliche Interessenwertung letztlich zu seinen Gunsten verschoben hat.[216] Daher ist zu fragen, ob am Ende die Rechte und Pflichten ähnlich verteilt sind wie bei der Geltung der gesetzlichen Regelung; maßgeblich ist insofern, dass der Schutz des Vertragspartners im Ergebnis gewährleistet bleibt.[217]

Von diesen Grundsätzen ausgehend erscheinen dingliche Eintrittsklauseln – auch unbeschränkte – mit den Grundgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog vereinbar. Ausschlaggebend für diese Beurteilung ist der unvermindert fortbestehende schuldrechtliche Schutz des Darlehensnehmers (dazu (1)); hinzu kommen Transaktionskostenvorteile und die Erhöhung der Zuordnungssicherheit (dazu (2)).

---

214 Siehe zusammenfassend zum (größeren) Interessenkonflikt oben § 6 D. I. 2. b) cc).

215 Die Interessenabwägung an dem Merkmal der Unvereinbarkeit festmachend *Stoffels*, AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 518; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 227; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 253; siehe zu dieser dogmatischen Anknüpfung oben § 8 B. III. 3. a).

216 Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 254; vgl. zum Aspekt einseitiger Durchsetzung von Interessen auf Kosten des Geschäftspartners auch *BGH*, Urt. v. 11.11.1968 – VIII ZR 151/66, BGHZ 51, 55 (59); Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 229.

217 *Von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 268; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 307 Rn. 126; *Stoffels*, AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 520; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 144, 151 ff. und 229; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 254 und 257 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(1) Unvermindert fortbestehender schuldrechtlicher Schutz des Darlehensnehmers

Aufgrund einer dinglichen Eintrittsklausel kann ein Kreditgeber seine Vertragsposition übertragen. Damit er es auch darf, braucht es zudem eine schuldrechtliche Eintrittsklausel. Nur soweit diese reicht, darf er seine Vertragsposition auch übertragen.[218] Ein Verstoß kann den Darlehensnehmer zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen und Schadensersatzpflichten auslösen.[219] Weil dieser schuldrechtliche Schutz unabhängig von einer dinglichen Eintrittsklausel besteht, ist er für diese zwar keine Kompensation i. S. d. AGB-Rechts,[220] mildert aber dennoch die Abweichung vom Gerechtigkeitsgebot des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog.

Auch erleichtert eine dingliche Eintrittsklausel es dem Kreditgeber bloß, seine Vertragsposition zu übertragen. Durch Ausgründung *kann* er es ohnehin.[221] Ob er es *darf* und welche obligatorischen Rechte dem Darlehensnehmer daraus erwachsen, ist eine davon zu trennende Frage.[222] Insofern zeigt

218 Siehe zur Trennung dinglicher und schuldrechtlicher Weitergabeklauseln oben § 8, § 8 B. III und § 8 B. III. 3.

219 Siehe zur Kündigung des Darlehensvertrages aus wichtigem Grund gemäß § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB wegen einer pflichtwidrigen Kreditübertragung zunächst mit Blick auf die Abtretung unten § 9 A. I; siehe sodann die entsprechenden Erwägungen hinsichtlich der pflichtwidrigen Übertragung der Vertragsposition unten § 9 B. II; anzumerken ist noch, dass die Entstehung eines solchen Kündigungsrechts ein Stück weit dem Gerechtigkeitsgebot des § 309 Nr. 10 Buchst. b BGB Rechnung trägt. Siehe zu den Schadensersatzansprüchen infolge pflichtwidriger Kreditübertragung ebenfalls zunächst betreffend die Abtretung unten § 9 A. II und sodann hinsichtlich der Vertragsübernahme unten § 9 B. II.

220 Siehe zur Kompensation unangemessener Einzelbestimmungen im AGB-rechtlichen Sinne *von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 172 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 144 ff. und 229; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 125 ff. und 257 f.

221 Siehe zur Ausplatzierung durch Ausgründung nach § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG oben § 3 C. III. Vgl. einerseits *Lieder*, TFM 2017, 83 (89), der mit der Existenz dieser Gestaltungsmöglichkeit seine rechtspolitische Kritik an § 354a Abs. 2 HGB begründet, und andererseits *Bitter*, ZHR 173 (2009), 379 (435), der meint, die umwandlungsrechtliche Übertragung von Darlehensforderungen sei schuldrechtlich zu sanktionieren und Eintrittsklauseln in AGB, die diese Sanktionen vermeiden könnten, seien an § 309 Nr. 10 BGB zu messen.

222 Siehe zu dieser Trennung und dem auf die dingliche Seite begrenzten Vorteil umwandlungsrechtlicher Ausplatzierung oben § 3 C. III. 2. Siehe noch zu den schuldrechtlichen Konsequenzen, wenn der Darlehensgeber seine Vertragsposition auf

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch die Möglichkeit, durch Ausgründung zu übertragen, dass nach dem Gesetz kein Gleichlauf von Können und Dürfen bestehen muss.[223]

(2) Transaktionskostenvorteile und erhöhte Zuordnungssicherheit

Die „gerechtigkeitssensiblen Fragen"[224] wie nach der Person des Eintretenden und dem Notleiden des Kredits[225] nur auf relativer Ebene zu berücksichtigen, senkt Transaktionskosten.[226] Denn eine unbeschränkte dingliche Eintrittsklausel bietet dem Eintretenden höhere Gewissheit, die Vertragsposition auch zu erwerben. Welche Unsicherheiten eine dinglich beschränkte Eintrittsklausel hervorrufen kann, soll das folgende Beispiel verdeutlichen:

In einer dinglichen Eintrittsklausel ist die Kreditübertragung auf Investoren ausgeschlossen, deren *hauptsächliches*[227] Geschäft forderungsbasierte Übernahmen sind, es sei denn, der Kredit leidet Not.

Es handelt sich um wertungsbedürftige Fragen, ob forderungsbasierte Übernahmen das Hauptgeschäft einer Person sind und ob ein Kredit bereits Not leidet.[228] Hängt nun die Wirksamkeit der Vertragsübernahme von solchen Fragen ab, schafft dies Unsicherheit, die der Eintretende einkalkulieren muss. Dies muss er umso mehr, wenn er nicht vom originären Darle-

---

eine Zweckgesellschaft ausgründet und dann die Anteile an dieser auf eine ausgeschlossene Person (z. B. einen Loan-to-Own-Investor) überträgt, unten § 9 B. I. 2.

223 Deutlich wird dies auch mit Blick auf die Frage, ob § 399 Alt. 1 BGB sukzessions- oder leistungsbezogen auszulegen ist, siehe dazu oben § 7 C. IV. 2. b).

224 Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 248, aber nur hinsichtlich des Ausdruckes als solchem – er verwendet ihn in anderem Kontext.

225 Diese Aspekte bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Eintrittsklausel in Ansatz bringend, ohne dabei zwischen dinglicher und relativer Seite zu trennen, *Kilgus*, BKR 2009, 181 (188); *Früh*, FS Hopt, 2010, 1823 (1829 f.); Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 265; Hellner/Steuer/*Berger*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1334; siehe dazu oben § 8 B. III. 3. a) dd) aaa).

226 Niedrigere Transaktionskosten sind für den Darlehensnehmer von Vorteil, wenn sie sich in den Kreditkonditionen widerspiegeln. Dann entscheidet der Darlehensgeber durch eine dinglich unbeschränkte Eintrittsklausel den Interessenkonflikt auch nicht einseitig zu seinem Vorteil.

227 Vgl. die Definition bei *NortonLifeLock Inc.* et al., FA, 2021, Schedule 1, Part 1, Definitions, S. 80: „Loan to Own/Distressed Investor means any person […] whose *principal* business or material activity is investing in distressed debt or the purchase of loans or other debt securities with the intention of (or view to) owning the equity or gaining control of a business (directly or indirectly)". Hervorhebung des Verfassers; Hervorhebungen im Original weggelassen.

228 Siehe zur Wertungsbedürftigkeit betreffend die Qualifikation eines Kredits als notleidend oben § 6 D. I. 2. a) bb) aaa); vgl. auch *Regenfus*, ZBB 2015, 383 (384).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hensgeber erwirbt, sondern von jemandem, der (womöglich zu Unrecht) von sich behauptet, derivativer Darlehensgeber zu sein.

Eine dinglich unbeschränkte Eintrittsklausel reduziert diese Unsicherheiten, womit der Nachforschungsaufwand für den Erwerber und somit auch die Transaktionskosten insgesamt sinken. Dies nützt dem Kreditgeber, der seine Vertragsposition veräußern möchte. Auch der Darlehensnehmer profitiert, wenn sich die niedrigeren Transaktionskosten in den Kreditkonditionen widerspiegeln. Aber selbst dann, wenn sie es nicht tun, interessiert es den Darlehensnehmer, sicher zuordnen zu können, wer ihm als Vertragspartner gegenübersteht.[229]

ee) Ergebnis

Es bleibt festzuhalten, dass hinsichtlich dinglicher Eintrittsklauseln (auch unbeschränkter) keine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB anzunehmen ist.

b) Angemessenheitskontrolle dinglicher Abtretungsklauseln

Eine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist hinsichtlich unbeschränkter dinglicher Abtretungsklauseln gleichfalls zu verneinen.

Denn sind selbst unbeschränkte dingliche Eintrittsklauseln keine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, gilt dies arg. a maiore ad minus auch für unbeschränkte dingliche Abtretungsklauseln. Eine Abtretungsklausel ist wertungsmäßig ein Minus zu einer Eintrittsklau-

229 Aus dieser Überlegung heraus ist umgekehrt zu empfehlen, komplexe Abtretungsbeschränkungen nur mit schuldrechtlicher Wirkung zu vereinbaren. Siehe zur Zulässigkeit komplexer dinglicher Abtretungsbeschränkungen *RG*, Urt. v. 14.6.1932 – VII 43/32, RGZ 136, 395 (399): „Es kann nun keinen Bedenken unterliegen, daß sich § 399 BGB nicht bloß auf den Fall bezieht, wo die Abtretung gänzlich ausgeschlossen ist, sondern auch auf den Fall, wo sie an gewisse sachliche Erfordernisse oder an eine Form oder an beides geknüpft ist"; zustimmend *OLG München*, Beschl. v. 20.10.1937 – Wx. 337/37, BeckRS 1937, 100369 Rn. 6; siehe ferner („die Vereinbarung eines abgeschwächten Abtretungsausschlusses ist möglich, z. B. Bindung an bestimmte Formen der Abtretungserklärung, an eine Mitteilung an den Schuldner, an dessen Zustimmung usw.") *BGH*, Urt. v. 29.6.1989 – VII ZR 211/88, BGHZ 108, 172 (174 f.). Siehe dazu auch oben § 7 C. IV. 2. a) bb) bbb) und § 7 C. IV. 2. b) ee).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sel, da bei der Vertragsübernahme nicht nur die Rechte – einschließlich der gemäß § 399 Alt. 1 BGB nachgiebig gebundenen –, sondern auch die Pflichten übergehen.[230]

Vor diesem Hintergrund braucht auch der Frage, ob auf eine Abtretungsklausel, durch die von § 399 Alt. 1 BGB abgewichen wird, § 309 Nr. 10 BGB entsprechend anzuwenden ist, nicht weiter nachgegangen zu werden.[231]

230 Bei einem valutierten Darlehen fällt der Unterschied zwischen den Rechten des Darlehensgebers und seiner Vertragsposition gering aus. Denn die wesentlichen Pflichten, die übergehen, sind solche zur Rücksichtnahme. Solchen unterliegt der Zessionar indes auch im Falle der Abtretung; siehe dazu unten § 10 B. I.

231 Bei direkter Anwendung des § 309 Nr. 10 BGB ist die Abtretung nicht erfasst, siehe nur BT-Drs. 7/3919 S. 38; *Dörrie*, ZBB 2008, 292 (296); *Kilgus*, BKR 2009, 181 (188); Spindler/Schuster/*ders.*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, BGB § 309 Rn. 70; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Dammann*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 12; Staudinger/*Coester-Waltjen*, BGB, 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 12d; Ulmer/Brandner/Hensen/*Habersack*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 6; MüKoBGB/*Wurmnest*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 6; jurisPK-BGB/*Lapp*/*Salamon*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 309 Rn. 215; Erman/*Looschelders*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, BGB § 309 Rn. 135; Jauernig/*Stadler*, BGB, 19. Aufl. 2023, BGB § 309 Rn. 19; BeckOK BGB/*Becker*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 7. — Staudinger/*Coester-Waltjen*, BGB, 2022, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 12d a. E. meint, dass eine Bestimmung, die von einem gesetzlichen Abtretungsverbot abweicht, nur nach § 307 BGB unwirksam sein könne. — Wird die Formulierung des *Bundesgerichtshofes*, unter welchen Voraussetzungen eine Eintrittsklausel unangemessen ist, seiner Beschreibung im weiteren Sinne höchstpersönlicher Forderungen gegenübergestellt, wird die vergleichbare Interessenlage offenbar: So heißt es einerseits, bei einer (hier sog.) im weiteren Sinne höchstpersönlichen Forderung sei „das Interesse des Schuldners an der Beibehaltung einer bestimmten Gläubigerperson […] besonders schutzwürdig", *BGH*, Urt. v. 24.10.1985 – VII ZR 31/85, BGHZ 96, 146 (149); 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. 4.12.2009 – V ZR 9/09, NJW-RR 2010, 1235 (1236 Rn. 12); Urt. v. 24.3.2011 – IX ZR 180/10, BGHZ 189, 65 (75 Rn. 42); Urt. v. 31.7.2013 – VIII ZR 162/09, BGHZ 198, 111 (119 Rn. 23); Beschl. v. 22.5.2014 – IX ZB 72/12, NZI 2014, 656 (657 Rn. 18); Urt. v. 8.4.2020 – VIII ZR 130/19, ZIP 2020, 1129 (1136 Rn. 76); Beschl. v. 18.6.2020 – IX ZB 11/19, NZI 2020, 839 (841 Rn. 20); siehe dazu oben § 7 C. IV. 1. Andererseits sei eine Eintrittsklausel dann „zu beanstanden, wenn dem Kunden des Klauselverwenders nach der Art des geschlossenen Vertrages die Person seines Vertragspartners typischerweise nicht gleichgültig sein" könne, *BGH*, Urt. v. 29.2.1984 – VIII ZR 350/82, NJW 1985, 53 (54).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Angemessenheitskontrolle schuldrechtlicher Weitergabeklauseln, § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB

Die Angemessenheitskontrolle dinglicher Weitergabeklauseln nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB offenbart eine große Freiheit des Darlehensgebers: Er kann sich die uneingeschränkte Einwilligung in die Vertragsübernahme analog § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB ausbedingen und § 399 Alt. 1 BGB unterfallende Rechte übertragbar ausgestalten. Damit er nicht nur übertragen kann, sondern es im Verhältnis zum Darlehensnehmer auch darf, muss er mit ihm eine abweichende Regelung hinsichtlich der nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses bestehenden zessionsbeschränkenden Rücksichtspflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) vereinbaren. Wird diese abweichende Regelung durch eine Bestimmung in AGB vereinbart, eröffnet dies, wie oben ausgeführt, gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 BGB die Angemessenheitskontrolle.[232]

Eine unangemessene Benachteiligung ist gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung wesentliche Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Aus der Natur des Darlehens ergeben sich hinsichtlich der Kreditübertragung auf Loan-to-Own-Investoren die in § 6 dieser Arbeit herausgestellten zessionsbeschränkenden Rücksichtspflichten:

Danach darf der Darlehensgeber kreditsichernde Informationsansprüche (auch ohne ein etwaiges diesbezügliches Bestimmungsrecht) einem Loan-to-Own-Investor nie übertragen. Die Zahlungsforderungen darf er ihm nur übertragen, wenn der Kredit Not leidet, dann aber auch einschließlich der Rechte zur Kündigung des Darlehensvertrages.[233] Diese vertragsnatürlichen Pflichten werden durch eine Bestimmung eingeschränkt, nach welcher der Darlehensgeber alle seine Rechte aus dem Vertrag oder seine Vertragsposition auf Banken, Finanzinstitute, Treuhandgesellschaften, Fonds und vergleichbare Unternehmen übertragen darf.[234] Damit bleibt noch zu klären,

232 Siehe zur Kontrollfähigkeit schuldrechtlicher Weitergabeklauseln oben § 8 B. III. 1. b).

233 Eine ausführlichere Zusammenfassung dieser Ergebnisse unter Nennung der Darlehensnehmerinteressen, die durch die Übertragung der jeweiligen Rechte auf einen Loan-to-Own-Investor beeinträchtigt werden, findet sich mit Einzelverweisen oben unter § 6 E. Siehe zur Definition des notleidenden Kredits oben § 1 B. II.

234 Siehe zu gegenstandsbezogenen Übertragungsregeln oben § 8 A. I und zu personenbezogenen oben § 8 A. II. Das Merkmal *einschränken* entspricht strukturell dem Merkmal *abweichen* in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

inwieweit die Einschränkung der genannten vertragsnatürlichen Pflichten die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet:

Unter dem Vertragszweck i. S. d. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB sind die zentralen und berechtigten Erwartungen des Vertragspartners des Klauselverwenders zu verstehen.[235] Dazu zählt insbesondere der wirtschaftliche Erfolg, den er mit dem Geschäft verfolgt.[236] Gefährdet ist die Erreichung des Vertragszwecks,[237] wenn sie erheblich beeinträchtigt zu werden droht.[238] Dahinter steht letztlich die Wertungsfrage, ob die Bestimmung noch den „Anforderungen eines billigen Ausgleichs"[239] genügt. Ein Wertungsgesichtspunkt ist hierbei das von der Rechtsprechung entwickelte Aushöhlungsverbot,[240] welches der Gesetzgeber durch die Regelung des § 9 Abs. 2 Nr. 2

AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 243; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 277. Siehe näher zum Merkmal des Einschränkens Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 259; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 277.

235 Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 262; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 278; MüKoBGB/*Wurmnest*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 82.

236 *Von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 294; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 262.

237 Das Merkmal der Vertragszweckgefährdung entspricht funktional dem der Unvereinbarkeit in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 243; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 261.

238 (Naheliegende Möglichkeit vollständiger oder teilweiser Nichterreichung) *Von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 295; („Benachteiligungen von einigem Gewicht") Soergel/*Fritzsche*, BGB, Bd. 4, 13. Aufl. 2019, BGB § 307 Rn. 48; (Zweckerreichung müsse „mehr als nur geringfügig in Frage gestellt" sein) *Stoffels*, AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 548; („wohl zumindest eine nicht unerhebliche Gefährdung") Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 262; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 279.

239 *BGH*, Urt. v. 29.10.1962 – II ZR 31/61, BGHZ 38, 183 (185). — Insofern eine Abwägung der Interessen des Vertragspartners und des Verwenders vornehmend *Stoffels*, AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 546 ff.; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 278 und 280. — Zu bedenken ist dabei, dass die Begründung der vertragsnatürlichen Pflichten selbst schon ein überwiegendes Interesse der anderen Vertragspartei voraussetzt. Wird der Maßstab der Interessenabwägung beibehalten, kann das Interesse des Verwenders an deren Einschränkung folglich nicht das Interesse der anderen Vertragspartei an deren Bestand überwiegen.

240 *Von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 279; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 240 mit Fn. 1206; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 262 und 278. — Aushöhlungsverbot und Vertragszweckgefährdung definitorisch gleichzusetzen, geht allerdings zu weit; so aber *BGH*, Urt. v. 19.11.1997 – IV ZR 348/96, BGHZ 137, 174 (176); Urt. v. 25.7.2012 – IV ZR 201/10, BGHZ 194, 208 (216 Rn. 18); Urt. v. 12.7.2017

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

AGBG (entspricht § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB) aufgriff.[241] Nach dem Aushöhlungsverbot darf der Verwender nicht den „Vertrag seines Sinnes entleeren"[242], indem er seinem Vertragspartner das nach dem Vertragszweck Geschuldete durch AGB zugleich wieder nimmt.[243]

Für einen Darlehensnehmer ist die Belassung des zur Verfügung gestellten Kapitals der zentrale Vertragszweck.[244] Ob die Erreichung dieses Vertragszwecks durch die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor erheblich beeinträchtigt zu werden droht, hängt im Wesentlichen davon

– IV ZR 151/15, MDR 2017, 1303 (1303 f. Rn. 15); diese Rechtsprechung mit Recht als zu weitgehend bezeichnend Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*ders.*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, BGB § 307 Rn. 147.

241 Siehe BT-Drs. 7/3919 S. 23, wo ausdrücklich auf die Rechtsprechung zu Freizeichnungsklauseln verwiesen wird, und zwar auf *BGH*, Urt. v. 13.3.1956 – I ZR 132/54, BB 1956, 577; Urt. v. 23.6.1966 – II ZR 81/63, VersR 1966, 871; Urt. v. 29.1.1968 – II ZR 18/65, BGHZ 49, 356; Urt. v. 18.6.1969 – VIII ZR 148/67, NJW 1969, 1708; Urt. v. 24.2.1971 – VIII ZR 22/70, NJW 1971, 1036. — Siehe zur Genese des § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG auch *BGH*, Urt. v. 19.1.1984 – VII ZR 220/82, BGHZ 89, 363 (367 f.); Urt. v. 20.6.1984 – VIII ZR 137/83, NJW 1985, 914 (916); *von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rn. 279; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 238; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 261; jurisPK-BGB/*Lapp*/*Salamon*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 101.

242 BT-Drs. 7/3919 S. 23.

243 Siehe *BGH*, Urt. v. 29.5.1968 – VIII ZR 77/66, BGHZ 50, 200 (207); Urt. v. 19.1.1984 – VII ZR 220/82, BGHZ 89, 363 (367); vgl. auch *BGH*, Urt. v. 20.3.1978 – II ZR 19/76, BGHZ 71, 167 (173); Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 262. — Dabei auf das Verbot des venire contra factum proprium rekurrierend *Stoffels*, AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 523 ff.; kritisch dazu Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 242; Staudinger/*Wendland*, BGB, 2022, BGB § 307 Rn. 262. Vermittelnd vom Vorliegen eines „abstrakt widersprüchlichen Verhaltens" sprechend Feldhusen/Niebling/*ders.*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 307 Rn. 22.

244 Siehe zur Kapitalbelassungspflicht *BGH*, Urt. v. 7.6.2011 – XI ZR 388/10, BGHZ 190, 66 (72 f. Rn. 23); Urt. v. 13.5.2014 – XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 (179 Rn. 33, 184 f. Rn. 45 f. und 190 Rn. 56); („Überlassung des Kapitals ist Vorstufe") *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 3.6.1988 – 15 U 147/87, NJW-RR 1989, 1069. Eine Pflicht zur Kapitalüberlassung bejahend *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447 (457 f.); *Nouvertné*, ZIP 2012, 2139; Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 163; (ausführlich zur momentbezogenen Pflicht des Verschaffens und der dynamischen Pflicht des Überlassens) MüKo-BGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 31; Ebenroth/Boujong/*Menges*, HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2024, Buchst. D Rn. 90; Grüneberg/*Weidenkaff*, BGB, 83. Aufl. 2024, BGB vor § 488 Rn. 2; Schulze/*Wiese*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024, BGB § 488 Rn. 1. — Anderer Ansicht (für eine Kapitalbelassungspflicht sei „weder Raum noch Bedürfnis") *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rn. 1322; *von Wilmowsky*, WM 2008, 1237 (1239 f.); BeckOGK ZivR/*C. A. Weber*, 1.8.2024, BGB § 490 Rn. 184.1. — Siehe zur Kapitalbelassungspflicht auch oben § 6 D. II. 3. a) aa).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ab, ob der Kredit nur ausfallgefährdet ist (dazu a)) oder bereits Not leidet (dazu b)).

a) Ausfallgefährdeter Kredit: Unangemessenheit des Übertragendürfens auf einen Loan-to-Own-Investor

Darf bei einem ausfallgefährdeten Kredit der Darlehensgeber seine Rechte oder seine Vertragsposition einem Loan-to-Own-Investor übertragen, bedeutet dies eine Gefahr für die Kapitalbelassung. So kann bereits die Übertragung der Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB von einer Bank auf einen Loan-to-Own-Investor die Gefahr eines Reputationsschadens begründen und schlimmstenfalls den Kreditausfall verursachen.[245] Mit Blick auf Kündigungsrechte ist zu sehen, dass von einem Loan-to-Own-Investor typischerweise eine höhere Gefahr für eine unzulässige Kündigung ausgehen dürfte als von einer Bank.[246] Aufgrund seines gegenüber einer Bank größeren Interesses an dem Eintritt eines Covenantverstoßes dürfte von ihm auch eine höhere Gefahr für die Provokation eines solchen Verstoßes ausgehen, etwa durch den Missbrauch ermessensabhängiger kreditsichernder Informationsansprüche.[247] Diese Gesichtspunkte sprechen dafür, bei einer Bestimmung, wonach der Darlehensgeber einen ausfallgefährdeten Kredit einem Loan-to-Own-Investor übertragen darf, eine erhebliche Gefahr für die Kapitalbelassung anzunehmen. Diese Annahme erscheint auch im Lichte des Aushöhlungsverbotes gerechtfertigt:

Der Darlehensnehmer nimmt bei einer Bank oder jemandem, der von sich sagt, er verfolge kein Loan-to-Own,[248] Fremdkapital auf. Dafür bezahlt er mit Zinsen – verspricht nicht bloß Dividenden – und räumt womöglich Covenants in einem solchen Umfang ein, dass sie dem Darlehensgeber Herrschaft über ihn vermitteln können.[249] Diese Leistung höhlt ein Darlehensgeber aus, wenn er bereits einen ausfallgefährdeten Kredit einer Person

245 Siehe zur Schaffung der Gefahr eines Reputationsschadens schon durch die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor als solche oben § 6 D. I. 2. d) bb) aaa).
246 Siehe zur Erhöhung der Gefahr unzulässiger Kündigung oben § 6 D. I. 2. a) bb).
247 Siehe zur höheren Gefahr für ein unbilliges Informationsverlangen infolge des Interesses eines Loan-to-Own-Investors an einem Covenantverstoß oben § 6 D. I. 2. b) bb) bbb).
248 Vgl. etwa *Patrimonium*, Private Debt Fonds vor der Bewährungsprobe, 2020, S. 7.
249 Siehe zur Forderungsherrschaft oben § 2 C. I.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

übertragen darf, die in dem Fremdkapital eine Anwartschaft auf das Eigenkapital des Darlehensnehmers erblickt.[250]

Daher lautet das Ergebnis: Eine schuldrechtliche Weitergabeklausel, wonach der Darlehensgeber einen ausfallgefährdeten Kredit einem Loan-to-Own-Investor übertragen darf, benachteiligt den Darlehensnehmer unangemessen gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB; sie ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

b) Notleidender Kredit: keine Unangemessenheit des Übertragendürfens auf einen Loan-to-Own-Investor

Eine schuldrechtliche Weitergabeklausel kann bestimmen, dass der Darlehensgeber nur bei einem notleidenden Kredit die kreditsichernden Informationsansprüche samt etwaiger Bestimmungsrechte oder auch seine Vertragsposition insgesamt auf einen Loan-to-Own-Investor übertragen darf.

Hinsichtlich eines Informationsanspruches ist zu konstatieren, dass die Beschränkung auf notleidende Kredite das Maß der Beeinträchtigung des Geheimhaltungsinteresses des Darlehensnehmers im Grunde nicht beeinflusst.[251] Betreffend ein diesbezügliches Bestimmungsrecht ist mit Blick auf Informationen, die einem Loan-to-Own-Investor die Übernahme erleichtern können, zu sehen, dass der Übergang dieses Rechts auch noch bei einem notleidenden Kredit die Gefahr einer unbilligen Leistungsbestimmung erhöhen und die Gefahr einer Mehr-Bestimmung schaffen kann.[252]

---

250 Siehe zum Interessenkonflikt, in dem sich ein Loan-to-Own-Investor befindet, oben § 6 D. I. 2. b) bb) bbb) (1). Entsprechendes ist für Personen, die sich in einem vergleichbaren Interessenkonflikt wie Loan-to-Own-Investoren befinden, anzunehmen. Zu denken ist hierbei namentlich an Wettbewerber des Darlehensnehmers und andere Personen mit einem negativen wirtschaftlichen Interesse (siehe zum negativen wirtschaftlichen Interesse, das Investoren aufgrund von CDS haben können, *Koa*, Gläubiger ohne Risiko, 2020, S. 51; *C. G. Paulus*, Große Pleiten, 2023, S. 54); siehe auch oben § 8 A. II. 2. b).

251 Siehe zur Definition des notleidenden Kredits oben § 1 B. II. Siehe zur Beeinträchtigung des Geheimhaltungsinteresses des Darlehensnehmers durch die Übertragung kreditsichernder Informationsansprüche und dazu, dass der Übertragung die Informationsweitergabe gleichsteht, oben § 5 B. II. 2.

252 Die Rechtsübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor erhöht die Gefahr unberechtigter Informationsverlangen, verletzt mithin das derivative Interesse nur berechtigter Informationsverlangen, siehe oben § 6 D. I. 2. b) bb). Außerdem schafft sie die Gefahr einer Mehr-Bestimmung, verletzt also das derivative negative Äquivalenzinteresse, siehe oben § 6 D. I. 2. c).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In einem entscheidenden Punkt ist die Betroffenheitsintensität aufseiten des Darlehensnehmers bei einem notleidenden Kredit jedoch deutlich geringer: Es entfällt die Gefahr, dass der Loan-to-Own-Investor die kreditsichernden Informationsansprüche missbraucht, um einen Kündigungsgrund zu provozieren. Die Kapitalbelassung als der zentrale Vertragszweck für den Darlehensnehmer wird durch die Übertragung nicht gefährdet.

Daher genügt eine Weitergabeklausel, nach welcher der Darlehensgeber nur bei einem notleidenden Kredit kreditsichernde Informationsansprüche samt etwaiger Bestimmungsrechte oder auch seine Vertragsposition insgesamt einem Loan-to-Own-Investor übertragen darf, noch den Anforderungen an einen billigen Ausgleich der widerstreitenden Interessen. Sie benachteiligt den Darlehensnehmer nicht unangemessen gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB.

C. Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit formularvertraglicher Weitergabeklauseln

Ist eine Bestimmung in AGB unwirksam, bleibt der Vertrag im Übrigen grundsätzlich wirksam, § 306 Abs. 1 Alt. 2 BGB;[253] insofern richtet sich dessen Inhalt gemäß § 306 Abs. 2 Alt. 2 BGB dann nach den gesetzlichen Vorschriften (dazu I.). Nur wenn nach dieser Maßgabe das Festhalten am Vertrag für eine Vertragspartei eine unzumutbare Härte darstellen würde, ist der gesamte Vertrag nach § 306 Abs. 3 BGB unwirksam (dazu II.).

I. Anwendung der gesetzlichen Vorschriften, § 306 Abs. 2 Alt. 2 BGB

Anstelle einer unwirksamen schuldrechtlichen Weitergabeklausel tritt die schon zur Feststellung der Kontrollfähigkeit gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nach dem Inhalt des jeweiligen Schuldverhältnisses ermittelte zessionsbeschränkende Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB und nicht etwa die vertragsnatürliche gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB.[254] Diese Pflicht muss nicht der eingeschränkten vertragsnatürlichen entsprechen:

253 Siehe zum Grundsatz der Wirksamkeit des Vertrages MüKoBGB/*Fornasier*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 306 Rn. 13 ff.

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Darlehensgeber kann nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses[255] auch in niedrigerem oder höherem Maße zur Rücksicht verpflichtet sein.[256] Insoweit die zessionsbeschränkenden Rücksichtspflichten nach § 241 Abs. 2 BGB und nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB einander entsprechen, ist der Darlehensgeber bei der Kreditübertragung den oben herausgestellten schuldrechtlichen Bindungen unterworfen.[257]

Enthält der Vertrag eine Weitergabeklausel, die die dinglichen und schuldrechtlichen Regelungen in einer Bestimmung vereint, führt die Unangemessenheit der schuldrechtlichen Regelung wegen der fehlenden Teilbarkeit der Bestimmung zu deren Gesamtunwirksamkeit.[258] Infolgedessen besteht die Gebundenheit der Rechte nach § 399 Alt. 1 (i. V. m. §§ 412 f.) BGB fort und die Einwilligung des Darlehensnehmers in die Vertragsübernahme ist unwirksam.

Hat der Darlehensgeber gebundene Rechte abgetreten, ist dies gemäß § 399 BGB absolut unwirksam.[259] Nur ein dinglicher Vertrag mit dem Darlehensnehmer kann der Abtretung zur Wirksamkeit verhelfen, und dies auch nur ex nunc.[260]

---

255 Siehe zur Ermittlung des Inhalts i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB oben § 6 C. I.

256 Siehe dazu schon oben § 6 C. II.

257 Siehe zu den ohne Ansehung der Person des Zessionars aus dem Bankgeheimnis mittelbar folgenden Übertragungsbeschränkungen oben § 5 B. I. 3 und zu den personenbezogenen (vertragsnatürlichen) Schranken der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor oben § 6 D.

258 Siehe oben § 8 B. III. 3.

259 Siehe zur Rechtsfolge der absoluten Unwirksamkeit der Abtretung gemäß § 399 Alt. 1 BGB oben § 7 D.

260 Siehe betreffend § 399 Alt. 2 BGB zur fehlenden Genehmigungsmöglichkeit auf Grundlage der Inhaltsbestimmungslehre (zu dieser oben § 3 A. VII a. E.): *RG*, Urt. v. 13.1.1911 – VII 92/10, RGZ 75, 142 (145); *BGH*, Urt. v. 1.2.1978 – VIII ZR 232/75, BGHZ 70, 299 (303 f.); Urt. v. 3.12.1987 – VII ZR 374/86, NJW 1988, 1210 (1211); Urt. v. 29.6.1989 – VII ZR 211/88, BGHZ 108, 172 (176 ff.); Urt. v. 2.2.2006 – IX ZR 67/02, BGHZ 166, 125 (135 Rn. 31); *Lehmann/Hübner*, BGB AT, 16. Aufl. 1966, § 37 I 3 d, S. 329; *Henseler*, BB 1995, 5 (7); *Bengelsdorf*, Pfändung und Abtretung von Lohn, 2. Aufl. 2002, Rn. 570; *Boewer*, Lohnpfändung, 2004, Rn. 1211; *Fuhrmann*, Bankgeheimnis, 2009, S. 119 f.; K. Tonner/Willingmann/Tamm/*dies.*, VertrR Komm., 2010, BGB § 399 Rn. 12; Ensthaler/*B. Schmidt*, GK-HGB, 8. Aufl. 2015, HGB § 354a Rn. 3; MüKoBGB/*Kieninger*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 399 Rn. 43; Ellenberger/Nobbe/*Cranshaw*, Kommentar zum Kreditrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, BGB § 399 Rn. 5; Grüneberg/*ders.*, BGB, 83. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 12; PWW/*H.-F. Müller*, BGB, 19. Aufl. 2024, BGB § 399 Rn. 17; BeckOK BGB/*Rohe*, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 399 Rn. 21; von Westphalen/Thüsing/*von Westphalen*, VertrR u. AGB-Klauselwerke, 50. EL März 2024, Vertragsrecht, Abtretungsausschluss Rn. 2. — Anderer Ansicht BeckOGK ZivR/*Lieder*,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anders verhält es sich bei der Vertragsübernahme: Genehmigt der Darlehensnehmer einen Vertragsübernahmevertrag, wirkt dies auf den Zeitpunkt dessen Abschlusses zurück, § 184 Abs. 1 BGB.[261] — Hinsichtlich der ungebundenen Rechte kann eine gescheiterte Vertragsübernahme nach § 140 BGB in deren Abtretung umgedeutet werden.[262] Dies ist entbehrlich, wenn der Kreditgeber diese Rechte vorsorglich unter der Bedingung abtritt, dass die Vertragsübernahme unwirksam ist.[263]

II. Keine Unwirksamkeit des gesamten Vertrages, § 306 Abs. 3 BGB

Nach § 306 Abs. 3 BGB ist der Vertrag nur unwirksam, wenn auch unter Berücksichtigung der nach § 306 Abs. 2 BGB vorgesehenen Änderung das Festhalten an ihm für eine Vertragspartei eine unzumutbare Härte darstellen würde. Damit dem Verwender das Festhalten am Vertrag nicht zuzumuten ist, muss der Wegfall der Bestimmung das Äquivalenzverhältnis einschneidend stören.[264]

Dies ist bei der Unwirksamkeit einer Weitergabeklausel nicht der Fall. Deren Unwirksamkeit bedeutet für den Darlehensgeber schon deshalb kei-

---

1.8.2024, BGB § 399 Rn. 109 ff. — Auch im schweizerischen Recht sei die Genehmigungsmöglichkeit umstritten; die herrschende Meinung bejahe eine Wirkung ex tunc, *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014, S. 64 Fn. 248. — Siehe dazu bereits oben § 7 B. II a. E.

261 *RG*, Urt. v. 9.2.1928 – VI 238/27, RGZ 120, 151 (153); Urt. v. 21.11.1931 – V 185/31, RGZ 134, 185 (187); *BGH*, Urt. v. 18.10.2001 – IX ZR 493/00, NJW-RR 2002, 191 (193); MüKoBGB/*Heinemeyer*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, BGB § 415 Rn. 17.

262 Die *Auslegung* einer unwirksamen Vertragsübernahmevereinbarung als eine Abtretung bejahend *BGH*, Urt. v. 11.7.1996 – IX ZR 226/94, NJW 1996, 3147 (3148 f.). — Die *Umdeutung* einer gescheiterten Vertragsübernahme in eine Abtretung bejahend *BGH*, Urt. v. 13.3.1997 – I ZR 215/94, NJW 1998, 156 (158). — Die Möglichkeit der Umdeutung speziell betreffend die Übertragung der Vertragsposition des Darlehensgebers bejahend *OLG München*, Urt. v. 24.10.2007 – 7 U 1707/07, WM 2008, 1151 (1153); *Bergjan*, ZIP 2012, 1997 (1999); *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 223; BeckOGK ZivR/*Binder*, 1.8.2024, BGB § 488 Rn. 89.

263 Sehr ausführlich zur Konversion und zu Konversionsklauseln *Flume*, BGB AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 32, 9, S. 589 ff.; siehe auch MüKoBGB/*Busche*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, BGB § 140 Rn. 6. — Zu solchen Konversionsklauseln rät *Bergjan*, ZIP 2012, 1997 (1999 f.). Von deren Verwendung in der Praxis berichtend *Palenker*, Loan-to-own, 2019, S. 223. Siehe auch MüKoBGB/*K. P. Berger*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, BGB § 488 Rn. 15.

264 *BGH*, Urt. v. 9.5.1996 – III ZR 209/95, NJW-RR 1996, 1009 (1010); Urt. v. 22.2.2002 – V ZR 26/01, NJW-RR 2002, 1136 (1137); MüKoBGB/*Fornasier*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 306 Rn. 47.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ne unzumutbare Härte, weil ihm dinglich die Möglichkeit bleibt, seine Forderungen gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB abzutreten. Eine unwirksame Weitergabeklausel hat somit nicht die Unwirksamkeit des gesamten Darlehensvertrages nach § 306 Abs. 3 BGB zur Folge.

D. Ergebnis

Weitergabeklauseln in Unternehmenskreditverträgen dürften regelmäßig unter den AGB-Begriff des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB zu subsumieren und darlehensgeberseitig gestellt sein.[265] 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.[266]

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 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.[267] 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.[268] Da diese Annahme auch der Beurteilung der Gebundenheit der Darlehensgeberrechte nach § 399 Alt. 1 BGB zugrunde liegt, ist folglich auch davon auszugehen, dass die Darlehensge-

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

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

267 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).

268 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

berrechte ohne eine Weitergabeklausel entsprechend den Ergebnissen zu § 7 gebunden sind.[269]

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.[270] 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.[271]

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 Rücksichtspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB.[272] 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.[273] 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.[274] Doch auch dann ist nicht der gesamte Darlehensvertrag gemäß § 306 Abs. 3 BGB unwirksam.[275]

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

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

271 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).

272 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).

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

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

275 Siehe oben § 8 C. II.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 3: Die Rechtsfolgen eines Schrankenverstoßes: 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 Unterlassungs*anspruch*[1] korrespondiert, der durch einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO gesichert werden kann.[2]

---

1 Inwiefern Rücksichts*pflichten* klagbare Unterlassungs*ansprüche* 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*,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Ausplatzierung[5] 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 Erinnert 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 9 Die Rechtsfolgen pflichtwidriger Ausplatzierung durch den Darlehensgeber

Nach der Klärung der Rechtsfolgen des Ausgangsfalles, 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 Dauerschuldverhältnis[1] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Abtretung[8] 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 außerdem 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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)).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 oder[14] 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).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Geheimnisverrates oben § 9 A. I. 1. Siehe zur Verletzung derivativer Darlehensnehmerinteressen durch die Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor oben § 6 D. I. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Erwarten[20] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 BGB[28] und das seiner Gehilfen gemäß § 278 Satz 1 Alt. 2 BGB[29] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 hat[43] oder (zudem) statt der Leistung Ersatz des Auflösungsschadens 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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. 1.1, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 restituiere.[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.*,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 annähernd[62] 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. 11.

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/*Kohler*, 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.);

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 berechtigte 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 vorzugswürdig, § 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 – 11 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/*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/*Sam-*

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es stellt sich die Frage, ob der Darlehensnehmer[67] 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/*Mülbert*, 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 Schuldbeitrittes, 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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 unwahrscheinlich[72] – 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 Fälligstellung des Darlehens sowie Eintreibung der Darlehensschuld bewirken können". — Nach ganz herrschender Meinung sind Reserveursachen 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nehmer infolgedessen einen Schaden[78] 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 Insolvenzschäden 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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*, 1.8.2024, 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/Mülbert*, BGB, 12. Aufl. 1998, BGB § 609 Rn. 141, die schon die unzulässige Kündigung als Leistungspflichtverletzung einordnen. Davon

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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; *Kiethe*, 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-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 1.) 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Krediterwerber 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/Klumpp/Rose/*Raible*, UmwG, 2. Aufl. 2017, UmwG § 133 Rn. 6; MHdB 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/

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/*Leuering*, 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).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Vervielfältigung der 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/*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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lösten 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 Gerechtigkeitserwägungen 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/*Klumpp*, 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,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 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 beitritt (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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 *Zehelein*, 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.).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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".

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 personengebundenen[13] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 beitritt.[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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 beitritt, 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 beitritt.[22] Hiervon ausgehend bleibt zu beantworten, ob eine an sich bestehende Gehilfenstellung des Zessionars/Ermächtigten insoweit entfällt, als dieser den Pflichten des Zedenten beitritt. 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.). Dementsprechend 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 hafte 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 Schuldbeitrittes 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-

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Zessionsschuldverhältnis 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*, 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. — 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 1.) wird begründet, warum das zessionsrechtliche Schlechterstellungsverbot die Annahme inhaltsgleicher Rücksichtspflichten des Zessionars gegenüber dem Schuldner gebietet (dazu 2.) und warum ein Zessionsschuldverhältnis 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*, BWNotZ 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 zedierte Forderung bezogene Schutzpflichtverhältnis iSd § 241 Abs. 2 nunmehr zwischen Zessionar und Schuldner".

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Krediterwerber bestehen" bleibe, was darauf schließen lässt, dass sie unter einem Krediterwerber (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).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 haberet" (*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*, 1.8.2024, 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".

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/*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, 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 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.

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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Zessionsschuldverhältnis – 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)).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 auszuscheiden.[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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Ausplatzierung[45] 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-*

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Friktionen:

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 verletzte 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 Friktion 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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorzugswürdig ist die Annahme eines solchen Zessionsschuldverhältnisses eigener Art außerdem, weil mit dessen partiell derivativem Charakter[56] 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/*Sickinger*/*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 zedierte Recht aus dem zessionsrechtlichen Schlechterstellungsverbot oben § 10 B. I. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Krediterwerbers 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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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. unberechtigt 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 Schuldbeitrittes *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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„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 Grundschuld, dass die Abtretung nicht ohne Weiteres[74] 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 Grundschuld (§ 1191 Abs. 1 BGB) ein Sachenrecht, und § 1192 Abs. 1a Satz 1 Halbsatz 2 BGB, der den einredefreien Erwerb einer Sicherungsgrundschuld (§ 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*, Urt. v. 25.9.1996 – VIII ZR 76/95, NJW 1997, 461 (463).
75 *BGH*, Urt. v. 25.10.1984 – IX ZR 142/83, NJW 1985, 800 (801); Urt. 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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]

Planwidrig[78] 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

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Schuldbeitrittes 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 beitritt.[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 Rechtsfolgenseite 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 Zessionsschuldverhältnisses sui generis verdient daher den Vorzug.[93]

Darlehensgeber und Zessionar können eine Vereinbarung treffen, wonach der Zessionar den Rücksichtspflichten des Darlehensgebers gegenüber dem Darlehensnehmer beitritt 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 Zessionsschuldverhältnis 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 Zessionsschuldverhältnis sui generis oben § 10 B. I. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Krediterwerb 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Schuldscheindarlehensgeschäftes 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Ausplatzierung 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 Ausplatzierung 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 Ausplatzierung 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 Ausplatzierung oben § 3 C. III. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Ausplatzierung 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 auszuplatzieren, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

übertragen, so dürfte er ihm insbesondere[21] 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 Krediterwerber 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 verwenderfreundliche 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 Ausplatzierung 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 Ausplatzierung 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 potentiores verboten, C. 2,13,2. Den Begriff des potentior rezipierten zumindest[35] die Vertreter des usus modernus komparativ; sie qualifizierten als potentior 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 Gefahr[37] 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 potentior während der Antike komparativ oder als Elativ verstanden wurde, ist umstritten. Siehe oben § 6 A. I. 1.

36 Siehe zum komparativen Begriff des potentior 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 potentiorem und die lex Anastasiana fanden keinen Eingang in die Gesetze und Entwürfe der Länder.[48] Das zessionsrechtliche Verschlechterungsverbot verwirklichten 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 potentiorem oben § 6 A. I. 3; siehe diesbezüglich zur lex Anastasiana oben § 6 A. II.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 anspruchsgebunden, 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 Forderungsgebundenheit 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Schrankenverstoßes: 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,

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Auflösungsschadens 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).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 beitritt.[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 Rechtsfolgenseite 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 Zessionsschuldverhältnisses sui generis verdient daher den Vorzug.[85]

Der Darlehensgeber kann mit dem Zessionar vereinbaren, dass er seinen Rücksichtspflichten gegenüber dem Darlehensnehmer beitritt 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 Zessionsschuldverhältnis 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 Zessionsschuldverhältnis 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.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die konkludente Vereinbarung eines solchen Schuldbeitrittes 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).

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schluss

Ein Darlehensnehmer wird durch § 241 Abs. 2 BGB, § 399 Alt. 1 BGB und § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB analog vor der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor geschützt.

Nicht um diesen Schutz herzustellen, sondern damit eine Weitergabeklausel der Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB standhält, bedarf es einer einschränkenden Bestimmung wie: *No assignment, transfer or sub-participation shall be made to a Loan-to-Own-Investor, unless it is made at a time when a Major Event of Default is continuing.*

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

Adolff, Johannes, Abtretungsverbot und Bankgeheimnis, in: Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Stephan Lorenz, Alexander Trunk, Horst Eidenmüller et al., München 2005, 3–9, zit.: *Adolff*, FS Heldrich, 2005.

Ahlers, Martin / *Grimm*, Thorsten, Übernahmen und Squeeze-outs 2009 – Staat sorgt für interessantesten Fall, AG 2010, R128–R131.

Ahrens, Martin / *Gehrlein*, Markus / *Ringstmeier*, Andreas (Hrsg.), Insolvenzrecht, Kommentar, 4. Auflage, Hürth 2020, zit.: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/*Bearbeiter*, InsO, 4. Aufl. 2020.

Albrecht, Kristin Y., Fiktionen im Recht, Baden-Baden 2020, zugl. Paris Lodron Universität Salzburg, Diss. 2019, zit.: *Albrecht*, Fiktionen im Recht, 2020.

Aleth, Franz / *Böhle*, Jens, Neue Transaktionsformen als Folge der Finanzmarkt-/ Wirtschaftskrise – handels-, gesellschafts- und insolvenzrechtliche Aspekte, DStR 2010, 1186–1193.

Allert, Arnd, Mergers & Acquisitions in Krisen- und Insolvenzsituationen, in: Modernes Sanierungsmanagement, Sanierungskonzepte, Finanzinstrumente, Insolvenzverfahren, Haftungsrisiken, Arbeitsrecht und Verhandlungsführung, 5. Auflage, hrsg. v. Andreas Crone und Henning Werner, München 2017, 571–596, zit.: *Allert*, Modernes Sanierungsmanagement, 5. Aufl. 2017.

Altmeppen, Holger, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 11. Auflage, München 2023, zit.: *Altmeppen*, GmbHG, 11. Aufl. 2023.

Alvarez, Manuel / *Büttner*, Manuel, Das Diskussionspapier des IASB zur Bilanzierung von Leistungen an Arbeitnehmer, Erste Ansichten zu möglichen Änderungen des IAS 19, IRZ 2008, 463–469.

Andersson-Lindström, Nils, Wem gehört der Haircut? – Neue Risiken für Distressed Debt-Investoren bei der Krisen-Umschuldung, WM 2015, 1553–1557.

Andres, Dirk / *Leithaus*, Rolf, Insolvenzordnung, (InsO), Kommentar, 4. Auflage, München 2018, zit.: Andres/Leithaus/*Bearbeiter*, InsO, 4. Aufl. 2018.

Apathy, Peter / *Klingenberg*, Georg / *Pennitz*, Martin, Einführung in das römische Recht, 7. Auflage, Wien/Köln 2022, zit.: *Apathy*/*Klingenberg*/*Pennitz*, Einführung in das römische Recht, 7. Aufl. 2022.

Armbrüster, Christian, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, NZA-Beil. 2019, 44–52.

Armgardt, Matthias, Die Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote im deutschen und ausländischen Privatrecht, RabelsZ 73 (2009), 314–335.

Assies, Paul H. / *Beule*, Dirk / *Heise*, Julia / *Strube*, Hartmut (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts, Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage, Köln 2019, zit.: Assies/Beule/Heise/Strube/*Bearbeiter*, Bank- u. KapMR, 5. Aufl. 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Assmann, Heinz-Dieter / *Wallach*, Edgar / *Zetzsche*, Dirk A. (Hrsg.), Kapitalanlagegesetzbuch, Kommentar, KAGB, ELTIF-VO, EuSEF-VO, EuVECA-VO, MMF-VO, Offenl-VO, PRIIP-VO, TAX-VO, DerivateV, 2. Auflage, Köln 2023, zit.: Assmann/Wallach/Zetzsche/*Bearbeiter*, KAGB, 2. Aufl. 2023.

Avenarius, Martin, Struktur und Zwang im Schuldvertragsrecht, Zur funktionellen Bedeutung des § 241 S 1 BGB, JR 1996, 492–496.

Ayotte, Kenneth M. / *Morrison*, Edward R., Creditor Control and Conflict in Chapter 11, 1 J. Leg. Anal. (2009), 511–551.

Bachmann, Gregor / *Schirmer*, Jan-Erik, Leistungs- und Schutzpflichten in der Zivilrechtsdogmatik, Zum Erfüllungsanspruch aus Schutzpflichten, in: Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, hrsg. v. Marietta Auer, Hans Christoph Grigoleit, Johannes Hager et al., Berlin/Boston 2017, 371–401, zit.: *Bachmann/Schirmer*, FS Canaris, 2017.

Bachner, Ralph-Roman, Notarrelevante Änderungen durch das Risikobegrenzungsgesetz – Schutz des grundpfandrechtlich gesicherten Darlehensnehmers bei Forderungsabtretung, DNotZ 2008, 644–652.

Baher, Hieronymus von, Vortrag im ersten Ausschusse der Kammer der Reichsräthe über den Gesetzentwurf, die Aufhebung der lex Anastasiana und anderer bezüglich der Abtretung einer Schuldforderung (Cession) vorgeschriebenen Beschränkungen betreffend, in: Verhandlungen der Kammer der Reichsräthe des Königreichs Bayern vom Jahre $18^{53}/_{54}$, zweiter Beilagen-Band, München 1854, 19–42, zit.: *von Baher*, Verh. der Kammer der Reichsräthe des Kgr. Bayern v. Jahre $18^{53}/_{54}$, Beil.-Bd. 2, 1854.

Baird, Douglas G., Priority Matters, Absolute Priority, Relative Priority, and the Costs of Bankruptcy, 165 U. Pa. L. Rev. (2017), 785–829.

Bales, Klaus, Sanierungs- und sonstige Handlungsoptionen für Banken im Krisenstadium und der Insolvenz, ZInsO 2023, 3–25.

Ballo, Emanuel H. F., Die AGB-Kontrolle von Kreditverträgen in der Akquisitionsfinanzierung, Eine Untersuchung am Beispiel des Senior Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, Frankfurt a. M. 2010, zugl. Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a. M., Diss. 2010, zit.: *Ballo*, AGB-Kontrolle, 2010.

Bamberg, Günter / *Coenenberg*, Adolf G. / *Krapp*, Michael, Betriebswirtschaftliche Entscheidungslehre, 16. Auflage, München 2019, zit.: *Bamberg/Coenenberg/Krapp*, Betriebswirtschaftliche Entscheidungslehre, 16. Aufl. 2019.

Bangha-Szabo, Attila, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, NZI 2013, 486.

Bar, Christian von, „Nachwirkende" Vertragspflichten, AcP 179 (1979), 452–474.

Basedow, Jürgen, Internationales Factoring zwischen Kollisionsrecht und Unidroit-Konvention, ZEuP 1997, 615–642.

Bauer, Astrid, § 354a HGB – eine geglückte gesetzgeberische Lösung eines rechtspolitischen Problems?, Berlin 2001, zugl. Universität Leipzig, Diss. 2000, zit.: *Bauer*, § 354a HGB, 2001.

Baukelmann, Peter, Der Ausschluß der Abtretbarkeit von Geldforderungen in AGB – Fragen zu § 354a HGB, in: Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Gerd Pfeiffer, Joachim Kummer und Silke Scheuch, Köln 1996, 185–205, zit.: *Baukelmann*, FS Brandner, 1996.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Baumann, Jürgen, Zwangsvollstreckung, ein Lehrbuch, Bielefeld 1975, zit.: *Baumann*, Zwangsvollstreckung, 1975.

Baumbach, Adolf (Begr.) / *Hueck*, Alfred, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 20, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 21. Auflage, München 2017, zit.: Baumbach/Hueck/*Bearbeiter*, GmbHG, 21. Aufl. 2017.

Baumgärtel, Gottfried, Die Unzumutbarkeit der Forderungsabtretung, AcP 156 (1958), 265–290.

Baumgärtel, Gottfried (Begr.) / *Laumen*, Hans-Willi / *Prütting*, Hanns (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Band 2, §§ 1–811 BGB, 5. Auflage, Hürth 2023, zit.: Baumgärtel/Laumen/Prütting/*Bearbeiter*, HdB. der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023.

Baums, Theodor, Asset-Backed Finanzierungen im deutschen Wirtschaftsrecht, WM 1993, 1–12.

Baur, Fritz (Begr.) / *Baur*, Jürgen F. / *Stürner*, Rolf, Sachenrecht, 18. Auflage, München 2009, zit.: *Baur*/*Stürner*, SachenR, 18. Aufl. 2009.

Baur, Jürgen / *Tappen*, Falko / *Mehrkhah*, Elnaz / *Behme*, Caspar (Hrsg.), Investmentgesetze, Großkommentar, Erster Band, §§ 1–90 KAGB, 4. Auflage, Berlin/Boston 2020, zit.: Baur/Tappen/Mehrkhah/Behme/*Bearbeiter*, Investmentgesetze, Bd. 1, 4. Aufl. 2020.

–: Investmentgesetze, Großkommentar, Dritter Band, §§ 214–360 KAGB, 4. Auflage, Berlin/Boston 2020, zit.: Baur/Tappen/Mehrkhah/Behme/*Bearbeiter*, Investmentgesetze, Bd. 3, 4. Aufl. 2020.

Bayer, Walter / *Graff*, Simone, Das neue Eigenkapitalersatzrecht nach dem MoMiG, DStR 2006, 1654–1659.

Bayer, Walter / *Schmidt*, Jessica, Der Regierungsentwurf zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, Eine kritische Stellungnahme, NZG 2006, 841–846.

Bayreuther, Frank, Wirtschaftlich-existenziell abhängige Unternehmen im Konzern-, Kartell- und Arbeitsrecht, Zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Erfassung moderner Unternehmensverträge, Berlin 2001, zugl. Freie Universität Berlin, Diss. 1999, zit.: *Bayreuther*, Wirtschaftlich-existenziell abhängige Unternehmen im Konzern-, Kartell- und Arbeitsrecht, 2001.

BdB, Musterdarlehensvertrag für gewerbliche Kreditvergaben, WM 2005, 1942–1946.

Becken, Michael, Die rechtlichen Grenzen der Veräußerung von Kreditportfolios, Einschränkungen bei der Übertragung von Kreditforderungen und Sicherungsgrundschulden an „Nicht-Banken", Baden-Baden 2017, zugl. Universität Bremen, Diss. 2016, zit.: *Becken*, Kreditportfolios, 2017.

Becker-Eberhard, Ekkehard, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, Bielefeld 1993, zugl. Universität Bonn, Habil. 1990/1991, zit.: *Becker-Eberhard*, Forderungsgebundenheit, 1993.

Becker, Ralph, Gesellschaftsrechtliche Probleme der Finanzierung von Leveraged-Buy-Outs, DStR 1998, 1429–1434.

Beck, Heinz (Begr.) / *Samm*, Carl-Theodor / *Kokemoor*, Axel (Hrsg.), Kreditwesengesetz mit CRR, 238. Lieferung, August 2024, Heidelberg 2024, zit.: Beck/Samm/Kokemoor/*Bearbeiter*, KWG mit CRR, 238. Lfg. August 2024.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

BeckOK Arbeitsrecht, 72. Edition, 1.6.2024, hrsg. v. Christian Rolfs, Richard Giesen, Miriam Meßling und Peter Udsching, München 2024, zit.: BeckOK ArbR/*Bearbeiter*, 72. Ed. 1.6.2024.

BeckOK BGB, 71. Edition, 1.8.2024, hrsg. v. Wolfgang Hau und Roman Poseck, München 2024, zit.: BeckOK BGB/*Bearbeiter*, 71. Ed. 1.8.2024.

BeckOK Datenschutzrecht, DS-GVO, DA, DGA, BDSG. Datenschutz und Datennutzung, 48. Edition, 1.5.2024, hrsg. v. Heinrich Amadeus Wolff, Stefan Brink und Antje v. Ungern-Sternberg, München 2024, zit.: BeckOK DatenschutzR/*Bearbeiter*, 48. Ed. 1.5.2024.

BeckOK Grundgesetz, 58. Edition, 15.6.2024, hrsg. v. Volker Epping und Christian Hillgruber, München 2024, zit.: BeckOK GG/*Bearbeiter*, 58. Ed. 15.6.2024.

BeckOK HGB, 43. Edition, 1.7.2024, hrsg. v. Martin Häublein, Roland Hoffmann-Theinert und Jens Poll, München 2024, zit.: BeckOK HGB/*Bearbeiter*, 43. Ed. 1.7.2024.

BeckOK Insolvenzrecht, InsO, EGInsO, SanInsKG, InsVV, EuInsVO, Spezialthemen und Länderberichte, 36. Edition, 15.7.2024, hrsg. v. Alexander Fridgen, Arndt Geiwitz und Burkard Göpfert, München 2024, zit.: BeckOK InsR/*Bearbeiter*, 36. Ed. 15.7.2024.

BeckOK StaRUG, 13. Edition, 1.7.2024, hrsg. v. Dominik Skauradszun und Alexander Fridgen, München 2024, zit.: BeckOK StaRUG/*Bearbeiter*, 13. Ed. 1.7.2024.

BeckOK VwVfG, mit VwVG und VwZG, 64. Edition, 1.7.2024, hrsg. v. Johann Bader und Michael Ronellenfitsch, München 2024, zit.: BeckOK VwVfG/*Bearbeiter*, 64. Ed. 1.7.2024.

BeckOK ZPO, 53. Edition, 1.7.2024, hrsg. v. Volkert Vorwerk und Christian Wolf, München 2024, zit.: BeckOK ZPO/*Bearbeiter*, 53. Ed. 1.7.2024.

beck-online.Großkommentar zum Aktienrecht, 1.6.2024, hrsg. v. Martin Henssler, München 2023/2024, zit.: BeckOGK AktG/*Bearbeiter*, 1.6.2024.

beck-online.Großkommentar zum Bilanzrecht, 1.9.2023, hrsg. v. Martin Henssler als Gesamtherausgeber, München 2023, zit.: BeckOGK BilanzR/*Bearbeiter*, 1.9.2023.

beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht, 1.8.2024, hrsg. v. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz und Christoph Reymann, München 2024, zit.: BeckOGK ZivR/*Bearbeiter*, 1.8.2024.

Beck'scher Bilanz-Kommentar, Handels- und Steuerbilanz, §§ 238–339, 342–342r HGB, 14. Auflage, hrsg. v. Bernd Grottel, Petra Justenhoven, Bernd Kliem und Wolfgang J. Schubert, München 2024, zit.: Beck Bil-Komm./*Bearbeiter*, 14. Aufl. 2024.

Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, Deutsch – Englisch, 5. Auflage, hrsg. v. Robert Walz, München 2022, zit.: BeckFormB ZivilR/*Bearbeiter*, 5. Aufl. 2022.

Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Auflage, hrsg. v. Heribert Heckschen, Sebastian Herrler und Christof Münch, München 2024, zit.: BeckNotar-HdB/*Bearbeiter*, 8. Aufl. 2024.

Beck, Siegfried / *Depré*, Peter / *Ampferl*, Hubert (Hrsg.), Praxis der Sanierung und Insolvenz, Ein Handbuch für die Beteiligten und ihre Berater, 4. Auflage, München 2023, zit.: Beck/Depré/Ampferl/*Bearbeiter*, Praxis der Sanierung u. Insolvenz, 4. Aufl. 2023.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beer, Hubert, Die relative Unwirksamkeit, Eine Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Interessen- und Wertungsjurisprudenz, Berlin 1975, zugl. Ludwig-Maximilians-Universität München, Diss. 1973, zit.: *Beer*, Relative Unwirksamkeit, 1975.

Beissenhirtz, Volker, Bedingt sanierungsbereit, Restrukturierung, Sanierung und Insolvenzverwaltung im Umbruch, ZInsO 2016, 1778–1796.

–: 2019 – Cassandras Blick in die Glaskugel, ZInsO 2019, 525–542.

Bengelsdorf, Peter, Pfändung und Abtretung von Lohn, 2. Auflage, Neuwied/Kriftel 2002, zit.: *Bengelsdorf*, Pfändung und Abtretung von Lohn, 2. Aufl. 2002.

Berens, Wolfgang / *Brauner*, Hans U. / *Knauer*, Thorsten / *Strauch*, Joachim (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 8. Auflage, Stuttgart 2019, zit.: Berens/Brauner/Knauer/Strauch/*Bearbeiter*, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 8. Aufl. 2019.

Berger, Christian, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, Tübingen 1998, zugl. Universität Bayreuth, Habil. 1996, zit.: *C. Berger*, Verfügungsbeschränkungen, 1998.

Berger, Klaus, Pfändung von Girokontoguthaben, ZIP 1980, 946–952.

–: Nochmals: Pfändung von Giroguthaben, Bemerkung zum Urteil des OLG Celle vom 18.2.1981 – 3 U 138/80 – ZIP 1981, 496, ZIP 1981, 583–586.

Berger, Klaus Peter, Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr, NJW 2010, 465–470.

Bergjan, Ralf, Zivilrechtliche Probleme bei der Übertragung von Kreditportfolien, ZIP 2012, 1997–2002.

Bette, Klaus, Das Factoring-Geschäft, Praxis und Rechtsnatur in Deutschland im Vergleich zu anderen Formen der Forderungsfinanzierung, Stuttgart/Wiesbaden 1973, zugl. Universität zu Köln, Diss. 1971, zit.: *Bette*, Factoring-Geschäft, 1973.

Beucher, Klaus / *Räther*, Philipp C. / *Stock*, Stefan, Non-Performing Loans: Datenschutzrechtliche Aspekte der Veräußerung von risikobehafteten Krediten, AG 2006, 277–284.

Beurmann, Eduard, Mittheilungen aus dem Leben eines Advocaten, zweiter Band, Frankfurt a. M. 1838, zit.: *Beurmann*, Mittheilungen eines Advocaten, Bd. 2, 1838.

Beyerle, Franz, Der dingliche Vertrag, in: Festschrift für Gustav Boehmer, Dem Siebziger von Freunden und Kollegen dargebracht, Bonn 1954, 164–176, zit.: *Beyerle*, FS Boehmer, 1954.

BGB-RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar, II. Band, 1. Teil, Einzelne Schuldverhältnisse, §§ 433–704, 11. Auflage, hrsg. v. Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Berlin 1959, zit.: BGB-RGRK/*Bearbeiter*, Bd. II/1, 11. Aufl. 1959.

–: II. Band, 1. Teil, §§ 241–413, 12. Auflage, hrsg. v. Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Berlin/New York 1976, zit.: BGB-RGRK/*Bearbeiter*, Bd. II/1, 12. Aufl. 1976.

Binder, Jens-Hinrich, Nachsorgende Vertragspflichten?, Begründung und Reichweite fortdauernder Schutzpflichten nach Leistungsaustausch in Schuldverhältnissen, AcP 211 (2011), 587–625.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Binder, Jens-Hinrich / *Piekenbrock*, Andreas, AGB-rechtliche Unwirksamkeit einer formularmäßigen Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ohne vertraglichen Abtretungsausschluss?, Anmerkungen zum Beschluss des LG Hamburg vom 9.7.2008 = WM 2008, 1450, WM 2008, 1816–1825.

Bismarck, Moritz von, Die Besicherung internationaler Konsortialkredite, Eine Untersuchung der Rechtswirksam- und Insolvenzfestigkeit typischer und atypischer Kreditsicherheiten aus Sicht der Kreditgeber, Köln 2013, zugl. Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover, Diss. 2013, zit.: *von Bismarck*, Konsortialkredite, 2013.

Bitter, Georg, Kreditverträge in Umwandlung und Umstrukturierung, ZHR 173 (2009), 379–435.

–: Sanierung in der Insolvenz, Der Beitrag von Treue- und Aufopferungspflichten zum Sanierungserfolg, ZGR 2010, 147–200.

–: Gesellschafterdarlehen; insolvenzrechtliche Behandlung von Mezzanine-Geldgebern, § 135 InsO, Anmerkung zu: OLG Düsseldorf v. 20.5.2014 – 12 U 87/13, WuB 2015, 115–119.

–: Die typische und atypische stille Gesellschaft im Recht der Gesellschafterdarlehen, ZIP 2019, 146–158.

–: Banken als Adressaten des Gesellschafterdarlehensrechts bei einer Doppeltreuhand zur Sanierung – Kritische Anmerkungen zum Urteil des BGH v. 25.6.2020 = WM 2020, 1368, WM 2020, 1764–1774.

Bitter, Georg / *Alles*, Matthias, Schadensersatzpflichten bei unberechtigter Kündigung von Sanierungskrediten, WM 2013, 537–544.

Bitter, Georg / *Laspeyres*, Anne, Kurzfristige Waren- und Geldkredite im Recht der Gesellschafterdarlehen, Kritische Anmerkungen zu den BGH-Urteilen v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, ZInsO 2013, 717 und v. 4.7.2013 – IX ZR 229/12, ZInsO 2013, 1686, ZInsO 2013, 2289–2296.

Bitter, Georg / *Linardatos*, Dimitrios, Handelsrecht, mit UN-Kaufrecht, 4. Auflage, München 2022, zit.: *Bitter/Linardatos*, HandelsR, 4. Aufl. 2022.

Black's Law Dictionary, hrsg. v. Bryan A. Garner, 11. Edition, Saint Paul Minnesota 2019, zit.: *Black's Law Dictionary*, 11. Ed. 2019.

Blank, Hubert (Begr.) / *Börstinghaus*, Ulf P. / *Siegmund*, Astrid (Hrsg.), Miete, Kommentar, 7. Auflage, München 2023, zit.: Blank/Börstinghaus/Siegmund/*Bearbeiter*, Miete, 7. Aufl. 2023.

Blaurock, Uwe (Hrsg.), Handbuch Stille Gesellschaft, Gesellschaftsrecht – Steuerrecht, 9. Auflage, Köln 2020, zit.: Blaurock/*Bearbeiter*, HdB. Stille Gesellschaft, 9. Aufl. 2020.

Blöse, Jochen, Haftung der Geschäftsführer und Gesellschafter nach dem ESUG, GmbHR 2012, 471–478.

Bochmann, Christian, Covenants und die Verfassung der Aktiengesellschaft, Aktienrechtliche Legitimationsbedürftigkeit und Legitimationsfähigkeit von Kreditsicherungsklauseln mit korporativen Bezügen, Tübingen 2012, zugl. Bucerius Law School Hamburg, Diss. 2012, zit.: *Bochmann*, Covenants, 2012.

Boecken, Winfried, BGB – Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Stuttgart 2019, zit.: *Boecken*, BGB AT, 3. Aufl. 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Boemke, Burkhard / *Ulrici*, Bernhard, BGB Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg 2014, zit.: *Boemke/Ulrici*, BGB AT, 2. Aufl. 2014.

Boewer, Dietrich, Handbuch Lohnpfändung, unter Berücksichtigung von Abtretung und Restschuldbefreiung, Frechen 2004, zit.: *Boewer*, Lohnpfändung, 2004.

Böhling, Frank, Samuel Pufendorf, De jure naturae et gentium, Dritter Teil: Materialien und Kommentar, in: Samuel Pufendorf, Gesammelte Werke, Band 4, De jure naturae et gentium, Dritter Teil, hrsg. v. Wilhelm Schmidt-Biggemann, Berlin 2014, zugl. Freie Universität Berlin, Diss. 2011, zit.: *Böhling*, Pufendorf, Bd. 4.3, 2014.

Böhm, Michael, Asset Backed Securities und die Wahrung des Bankgeheimnisses, Anmerkung zum Urteil OLG Frankfurt a. M. v. 25.5.2004 – 8 U 84/04, BB 2004, 1641–1644.

–: Kreditverkauf und Bankgeheimnis, Anmerkung zu LG Koblenz, Urt. v. 25.11.2004 – 3 O 496/03, BKR 2005, 112 f.

Bomhard, Roland / *Kessler*, Oliver / *Dettmeier*, Michael, Wirtschafts- und steuerrechtliche Gestaltungsfragen bei der Ausplatzierung Not leidender Immobilienkredite, BB 2004, 2085–2092.

Bork, Reinhard, Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zugunsten des Insolvenzrechts?, ZGR 2007, 250–270.

–: Die Wirksamkeit von Unterwerfungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zugleich Besprechung LG Hamburg v. 9.7.2008 – 318 T 183/07, ZIP 2008, 1466, ZIP 2008, 2049–2059.

–: Neues zur Wirksamkeit von Unterwerfungsklauseln?, Zugleich Besprechung BGH v. 16.4.2009 – VII ZB 62/08, ZIP 2009, 855, ZIP 2009, 1261–1263.

–: Anfechtung bei Rücktritt in den Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 4 ½ InsO, ZIP 2012, 2277–2281.

–: Nachrang der Darlehensforderung eines Gesellschafter-Gesellschafters – auch bei Abtretung an Nichtgesellschafter – Gesellschafter und Zessionar als Anfechtungsgegner, Anmerkung zu: BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, EWiR 2013, 217 f.

–: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Auflage, Tübingen 2016, zit.: *Bork*, BGB AT, 4. Aufl. 2016.

–: Zur Anwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts bei einer lediglich tatsächlichen bestimmenden Einflussnahme durch ein Organ, Anmerkung zu: BGH, Urt. v. 15.11.2018 – IX ZR 39/18, EWiR 2019, 81 f.

Bork, Reinhard / *Schäfer*, Carsten (Hrsg.), Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5. Auflage, Köln 2022, zit.: Bork/Schäfer/*Bearbeiter*, GmbHG, 5. Aufl. 2022.

Bormann, Michael / *Hösler*, Markus, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 6.4.2009 – II ZR 277/07, GmbHR 2009, 879–881.

Born, Alexander, Aktuelle Steuerfragen im Zusammenhang mit Debt-Equity-Swap-Transaktionen, BB 2009, 1730–1735.

Brackenhoeft, T., Inwiefern ist das Berufen auf die s. g. Lex Anastasiana eine Einrede und der Beweis vom debitor cessus zu führen?, AcP 23 (1840), 189–216.

Brand, Oliver, Schadensersatzrecht, 3. Auflage, München 2021, zit.: *Brand*, Schadensersatzrecht, 3. Aufl. 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Brand, Oliver / *Baroch Castellvi*, Manuel (Hrsg.), Handkommentar, Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG, VAG-InfoV, FinDAG, EIOPA-VO, 2. Auflage, Baden-Baden 2024, zit.: Brand/Baroch Castellvi/*Bearbeiter*, HK-VAG, 2. Aufl. 2024.

Brandt, Pascal W. F., Beteiligungstransparenz bei Finanzinstrumenten, Ökonomische und rechtsvergleichende Analyse der Beteiligungstransparenz bei Finanzinstrumenten und ihrer Rolle in der Übernahmeregulierung, Tübingen 2020, zugl. Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a. M., Diss. 2019, zit.: *P. Brandt*, Beteiligungstransparenz, 2020.

Brandt, Sven, Anmerkung zu LG Frankfurt a. M., Urt. v. 17.12.2004 – 2-21 O 96/02, BKR 2005, 71–73.

Brandt, Sven / *Sonnenhol*, Jürgen, Verträge für Konsortialkredite, WM 2001, 2329–2337.

Braun, Eberhard (Hrsg.), StaRUG, Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz, Kommentar, München 2021, zit.: Braun/*Bearbeiter*, StaRUG, 2021.

–: Insolvenzordnung, (InsO), InsO mit EuInsVO, Kommentar, 10. Auflage, München 2024, zit.: Braun/*Bearbeiter*, InsO, 10. Aufl. 2024.

Braun, J. R. (Hrsg.), Erörterungen über die bestrittensten Materien des römischen Rechts in Zusätzen zu Thibaut's Pandectensystem, zweiter Theil, siebente Auflage, Stuttgart 1831, zit.: *Braun*, Römisches Recht II, 7. Aufl. 1831.

Bredow, Günther M. / *Liebscher*, Finn-Michael, Kreditportfoliotransaktionen – Probleme nach Erwerb und deren Vermeidung, BB 2013, 3081–3087.

Bredow, Günther M. / *Liebscher*, Finn-Michael / *Staps*, Christian, NPL-Verkäufe von Insolvenzforderungen in der Praxis, NZI 2017, 89–93.

Bredow, Günther M. / *Vogel*, Hans-Gert, Kreditverkäufe in der Praxis – Missbrauchsfälle und aktuelle Reformansätze, BKR 2008, 271–281.

Breidenstein, Matthias, Covenantgestützte Bankdarlehen in der Insolvenz, ZInsO 2010, 273–283.

Brinkmann, Moritz, Wege aus der Insolvenz eines Unternehmens, WM 2011, 97–103.

–: Der strategische Eigenantrag – Missbrauch oder kunstgerechte Handhabung des Insolvenzverfahrens?, ZIP 2014, 197–207.

–: Zum Anschleichen bei schuldenbasierten Übernahmen – Ein Plädoyer für die Einführung von Transparenzregeln im Hinblick auf Loan-to-own-Strategien –, WM 2017, 1033–1041.

–: Der präventive Restrukturierungsrahmen als trojanisches Pferd für Finanzinvestoren, Zur Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019, NZI-Beil. 2019, 27–29.

–: Die Haftung der Geschäftsleiter in der Krise nach dem Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG), ZIP 2020, 2361–2369.

–: Die Solvenzsicherungspflicht der Geschäftsleiter, Zur Haftungs- und Organisationsverfassung der juristischen Person nach dem StaRUG, KTS 2021, 303–325.

Brockhaus, Henning / *Thiessen*, Alexander, Unverbriefte Darlehensforderungen – seit der KAGB-Änderung eine attraktive Anlageklasse?, RdF 2017, 31–37.

Brömmelmeyer, Christoph, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Baden-Baden 2020, zit.: *Brömmelmeyer*, Schuldrecht AT, 2. Aufl. 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bronger, Björn, Debt Equity Swaps als finanzwirtschaftliches Sanierungsinstrument, Baden-Baden 2019, zugl. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Diss. 2019, zit.: *Bronger*, Debt Equity Swaps, 2019.

Brox, Hans (Begr.) / *Walker*, Wolf-Dietrich, Allgemeines Schuldrecht, 48. Auflage, München 2024, zit.: *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 48. Aufl. 2024.

–: Allgemeiner Teil des BGB, 47. Auflage, München 2023, zit.: *Brox/Walker*, BGB AT, 47. Aufl. 2023.

Bruchner, Helmut, Kein „stillschweigender" Abtretungsausschluss bei Bankforderungen, BKR 2004, 394–397.

Brünkmans, Christian, Geschäftsleiterpflichten und Geschäftsleiterhaftung nach dem StaRUG und SanInsFoG, ZInsO 2021, 1–21.

–: Überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine fehlende Schlechterstellung i. S. v. § 26 Abs. 1 Nr. 1 StaRUG ausreichend („Spark Networks SE"), ZIP 2024, 557 f.

Brünkmans, Christian / *Thole*, Christoph (Hrsg.), Handbuch Insolvenzplan, 2. Auflage, Köln 2020, zit.: Brünkmans/Thole/*Bearbeiter*, Insolvenzplan, 2. Aufl. 2020.

Brünkmans, Christian / *Uebele*, Sebastian, Rechtsschutz gegen missbräuchliche Insolvenzanträge und insolvenzzweckwidrige Insolvenzpläne?, ZInsO 2014, 265–275.

Bruns, Alexander, Die Dogmatik rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote im Lichte des § 354a HGB und der UNIDROIT Factoringkonvention, WM 2000, 505–514.

Bücker, Thomas / *Petersen*, Sven, Kapitalmarkttransparenz bei Restrukturierungen, Loan-to-own-Strategien im Lichte des derzeit geltenden Melderegimes, ZGR 2013, 802–831.

Budde, Matthias, Finanzielle Restrukturierung von Private Equity-Portfoliounternehmen, ZInsO 2010, 2251–2276.

Bülow, Peter, Grundfragen der Verfügungsverbote, JuS 1994, 1–8.

–: Recht der Kreditsicherheiten, Sachen und Rechte, Personen, 10. Auflage, Heidelberg 2021, zit.: *Bülow*, Kreditsicherheiten, 10. Aufl. 2021.

Bülow, Peter / *Artz*, Markus, Handelsrecht, 7. Auflage, Heidelberg 2015, zit.: *Bülow/Artz*, HandelsR, 7. Aufl. 2015.

Bungert, Hartwin, Die Übertragung beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten bei der Spaltung, BB 1997, 897–901.

Bunte, Hermann-Josef / *Zahrte*, Kai, AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen, Kommentar, 6. Auflage, München 2023, zit.: Bunte/Zahrte/*Bearbeiter*, AGB-Banken, 6. Aufl. 2023.

Burchardi, N. N., Beweislast in Betreff der Lex Anastasiana, AcP 18 (1835), 197–224.

Buschmann, Marco, Keine unangemessene Benachteiligung durch Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung bei veräußerbaren Darlehen, BKR 2008, 415–417.

Buth, Andrea K. / *Hermanns*, Michael (Hrsg.), Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, Handbuch, 4. Auflage, München 2014, zit.: Buth/Hermanns/*Bearbeiter*, RSI, 4. Aufl. 2014.

–: Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, Handbuch, 5. Auflage, München 2022, zit.: Buth/Hermanns/*Bearbeiter*, RSI, 5. Aufl. 2022.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bütter, Michael / *Aigner*, Kathrin, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05, BB 2007, 798 f.

Bütter, Michael / *Tonner*, Martin, Übertragung von Darlehensforderungen und Bankgeheimnis, Anmerkungen zur jüngeren Rechtsprechung, ZBB 2005, 165–173.

–: Bankgeheimnis und Schadensersatzhaftung der Bank – Der Fall Kirch gegen Deutsche Bank und Breuer, BKR 2005, 344–353.

Bydlinski, Peter, Die Übertragung von Gestaltungsrechten, Wien 1986, zugl. Johannes Kepler Universität Linz, Habil. 1985/1986, zit.: *Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten, 1986.

–: Verjährung und Abtretbarkeit von Bürgschaftsansprüchen, ZIP 1989, 953–961.

–: Die aktuelle höchstgerichtliche Judikatur zum Bürgschaftsrecht in der Kritik – Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung?, WM 1992, 1301–1310.

Cahn, Andreas, Bankgeheimnis und Forderungsverwertung, WM 2004, 2041–2051.

–: Gesellschafterfremdfinanzierung und Eigenkapitalersatz, AG 2005, 217–227.

Canaris, Claus-Wilhelm, Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden, ZHR 143 (1979), 113–138.

–: Bankvertragsrecht, 2. Auflage, Berlin/New York 1981, zit.: *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981.

–: Bankvertragsrecht, Erster Teil, 3. Auflage, Berlin/New York 1988, zit.: *Canaris*, Bankvertragsrecht I, 3. Aufl. 1988.

–: Die Rechtsfolgen rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote, in: Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Ulrich Huber und Erik Jayme, Heidelberg 1992, 9–35, zit.: *Canaris*, FS Serick, 1992.

–: Der Schutz obligatorischer Forderungen nach § 823 I BGB, in: Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995, Der Schadensersatz und seine Deckung, hrsg. v. Erwin Deutsch, Ernst Klingmüller und Hans Josef Kullmann, Berlin 1995, 85–99, zit.: *Canaris*, FS Steffen, 1995.

–: Handelsrecht, ein Studienbuch, 23. Auflage, München 2000, zit.: *Canaris*, HandelsR, 23. Aufl. 2000.

–: Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499–524.

–: Bankgeheimnis und Schutzwirkungen für Dritte im Konzern, Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Urteil des OLG München vom 10.12.2003, ZIP 2004, 1781–1790.

–: Handelsrecht, ein Studienbuch, 24. Auflage, München 2006, zit.: *Canaris*, HandelsR, 24. Aufl. 2006.

Carli, Winfried M. / *Rieder*, Markus S. / *Mückl*, Norbert, Debt-to-Equity-Swaps in der aktuellen Transaktionspraxis, ZIP 2010, 1737–1743.

Chesterman, James / *Summers*, Jane / *Seale*, Daniel, The Continued Growth of European Covenant Lite, in: The International Comparative Legal Guide to: Lending & Secured Finance, 7th edition, London 2019, 70–72, zit.: *Chesterman*/*Summers*/*Seale*, ICLG, L&S Fin., 7th ed. 2019.

Claussen, Carsten Peter (Hrsg.), Bank- und Börsenrecht, für Studium und Praxis, 4. Auflage, München 2008, zit.: Claussen/*Bearbeiter*, Bank- u. BörsR, 4. Aufl. 2008.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Claussen, Carsten Peter (Begr.) / *Erne*, Roland (Hrsg.), Bank- und Kapitalmarktrecht, 6. Auflage, München 2023, zit.: Claussen/Erne/*Bearbeiter*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2023.

Clemente, Clemens, § 1191 BGB 3/91, BGH, Urt. v. 5.3.1991 – XI ZR 75/90, Kurzkommentar, EWiR 1991, 457 f.

Clemenz, Susanne / *Kreft*, Burghard / *Krause*, Rüdiger (Hrsg.), AGB-Arbeitsrecht, Kommentar zu den §§ 305–310 BGB, 3. Auflage, München 2023, zit.: Clemenz/Kreft/Krause/*Bearbeiter*, AGB-ArbR, 3. Aufl. 2023.

Coing, Helmut, Europäisches Privatrecht, Band I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985, zit.: *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985.

–: Europäisches Privatrecht, Band II, 19. Jahrhundert, Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, München 1989, zit.: *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. II, 1989.

Cranshaw, Friedrich L., Schuldscheindarlehen und Anleihen – Aspekte der Restrukturierung, in: Solvenz – Insolvenz – Resolvenz, hrsg. v. Werner Ebke, Christopher Seagon und Michael Blatz, Baden-Baden 2013, 117–140, zit.: *Cranshaw*, Solvenz – Insolvenz – Resolvenz, 2013.

Cranshaw, Friedrich L. / *Paulus*, Christoph G. / *Michel*, Nicole (Hrsg.), Bankenkommentar zum Insolvenzrecht, Praxiskommentar zu allen für die Bank als Insolvenzgläubiger relevanten Vorschriften der Insolvenzordnung, Band 1, §§ 1–119, 3. Auflage, Heidelberg 2016, zit.: Cranshaw/Paulus/Michel/*Bearbeiter*, Bankenkommentar zum Insolvenzrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2016.

Crone, Andreas / *Kreide*, Raoul, Finanzwirtschaftliche Sanierungsmaßnahmen, in: Modernes Sanierungsmanagement, Sanierungskonzepte, Finanzinstrumente, Insolvenzverfahren, Haftungsrisiken, Arbeitsrecht und Verhandlungsführung, hrsg. v. Andreas Crone und Henning Werner, 5. Auflage, München 2017, 154–208, zit.: *Crone/Kreide*, Modernes Sanierungsmanagement, 5. Aufl. 2017.

Czarnecki, Mark Andre, Vertragsauslegung und Vertragsverhandlungen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Tübingen 2016, zugl. Goethe-Universität Frankfurt a. M., Diss. 2015, zit.: *Czarnecki*, Vertragsauslegung und Vertragsverhandlungen, 2016.

Dahl, Michael / *Taras*, Raul, Gruppenübergreifende Mehrheitsentscheidung nach StaRUG, NJW-Spezial 2024, 279.

Daimer, Andreas, Distressed Debt Investments: Debt-Equity-Swaps am deutschen Markt, Hamburg 2009, zugl. Ludwig-Maximilians-Universität München, Diplomarbeit 2007, zit.: *Daimer*, Distressed Debt Investments, 2009.

Damler, Daniel, Rechtsästhetik, Sinnliche Analogien im juristischen Denken, Berlin 2016, zit.: *Damler*, Rechtsästhetik, 2016.

Dankwardt, Heinrich, Nationalökonomie und Jurisprudenz, Drittes Heft, Rostock 1858, zit.: *Dankwardt*, Nationalökonomie und Jurisprudenz 3, 1858.

Dauner-Lieb, Barbara / *Axer*, Constantin, Quo vadis AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr?, ZIP 2010, 309–314.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dauses, Manfred A. (Begr.) / *Ludwigs*, Markus (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, 60. Ergänzungslieferung, Februar 2024, München 2024, zit.: Dauses/Ludwigs/*Bearbeiter*, EU-WirtschaftsR-HdB, Bd. 1, 60. EL Februar 2024.

de Chapeaurouge, Ami / *Hafner*, Till, Loan-to-Control als Strukturalternative des Praxisgebietes Distressed Mergers and Acquisitions, Zugleich ein Beitrag zum Debt Aktivismus in Deutschland, in: Handbuch Unternehmensrestrukturierung, Grundlagen – Konzepte – Maßnahmen, 2. Auflage, hrsg. v. Thomas C. Knecht, Ulrich Hommel und Holger Wohlenberg, Wiesbaden 2018, 845–904, zit.: *de Chapeaurouge*/*Hafner*, HdB. Unternehmensrestrukturierung, 2. Aufl. 2018.

De Meo, Francesco, Bankenkonsortien, Eine Untersuchung zum Innen- und Außenrecht von Emissions-, Kredit- und Sanierungskonsortien sowie zu deren Haftung für das Handeln von Konsortialvertretern, München 1994, zugl. Eberhard Karls Universität Tübingen, Diss. 1994, zit.: *De Meo*, Bankenkonsortien, 1994.

Dempewolf, Günter, Übertragung von Sicherheiten auf den zahlenden Bürgen, NJW 1958, 979 f.

Denck, Johannes, Wirksamkeit einer zwischen abredewidriger Forderungsabtretung und nachträglicher Genehmigung liegenden Pfändung, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 1.2.1978 – VIII ZR 232/75, BB 1978, 1086 f.

–: Die Relativität im Privatrecht, JuS 1981, 9–14.

Denkhaus, Stefan / *Ziegenhagen*, Andreas / *Demisch*, Dominik, Konzerninsolvenzrecht, Köln 2019, zit.: *Denkhaus*/*Ziegenhagen*/*Demisch*, Konzerninsolvenzrecht, 2019.

Derleder, Peter, Das Outsourcing notleidender Bankkredite und seine rechtlichen Grenzen, VuR 2007, 81–88.

Derleder, Peter / *Knops*, Kai-Oliver / *Bamberger*, Heinz Georg (Hrsg.), Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, Band 1, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg 2017, zit.: Derleder/Knops/Bamberger/*Bearbeiter*, Bank- u. KapMR, Bd. 1, 3. Aufl. 2017.

Dieckmann, Johann Andreas, Die Einführung des § 799a ZPO durch das Risikobegrenzungsgesetz, Zur Erläuterung einer Sondernorm der Schadensersatzhaftung bei unberechtigter Zwangsvollstreckung aus Sicherungsrechten vor dem Hintergrund der allgemeinen Regeln, BWNotZ 2008, 166–182.

Diem, Andreas / *Jahn*, Christian H., Akquisitionsfinanzierungen, Kredite für Unternehmenskäufe, 4. Auflage, München 2019, zit.: *Diem*/*Jahn*, Akquisitionsfinanzierungen, 4. Aufl. 2019.

Dießelhorst, Malte, Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen, Köln/Graz 1959, zugl. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Diss. 1959, zit.: *Dießelhorst*, Grotius Lehre vom Versprechen, 1959.

–: Zum Vermögensrechtssystem Samuel Pufendorfs, Göttingen 1976, zit.: *Dießelhorst*, Vermögensrechtssystem Pufendorfs, 1976.

Dietlein, Max Josef, Kreditsicherung der Banken und das neue AGBG, JZ 1977, 637–639.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dörhöfer, Andreas / *Haufler*, Harald, Workout-Management in der Unternehmensrestrukturierung, in: Handbuch Unternehmensrestrukturierung, Grundlagen – Konzepte – Maßnahmen, 2. Auflage, hrsg. v. Thomas C. Knecht, Ulrich Hommel und Holger Wohlenberg, Wiesbaden 2018, 1455–1474, zit.: *Dörhöfer/Haufler*, HdB. Unternehmensrestrukturierung, 2. Aufl. 2018.

Dörner, Heinrich, Dynamische Relativität, Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten, München 1985, zugl. Ludwig-Maximilians-Universität München, Habil. 1982/1983, zit.: *Dörner*, Dynamische Relativität, 1985.

Dornwald, Werner, Grenzen und Umfang des Abtretungsverbots gemäß § 399 1. Alt. BGB, Universität zu Köln, Diss. 1978, zit.: *Dornwald*, Abtretungsverbot gemäß § 399 1. Alt. BGB, 1978.

Dörrie, Robin, Immobilienfinanzierungen und Verkauf von Kreditforderungen nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes, Auswirkungen auf Verbraucherdarlehens-/Sicherheitenverträge und auf die Vertragsabwicklung, ZBB 2008, 292–306.

Döser, Wulf H., Einführung in die Gestaltung internationaler Wirtschaftsverträge, JuS 2000, 972–982.

Dreher, Meinrad, Pfandrechtsgläubiger von Geschäftsanteilen als gesellschafterähnliche Dritte im Sinne von § 32a Abs. 3 GmbHG – Besprechung der Entscheidung BGHZ 119, 191, ZGR 1994, 144–152.

Drießnack, Marie, Der Vertragsübergang im Rahmen der umwandlungsrechtlichen Universalsukzession, Baden-Baden 2020, zugl. Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Diss. 2019, zit.: *Drießnack*, Vertragsübergang, 2020.

Ebenroth, Carsten Thomas / *Boujong*, Karlheinz (Begr.) / *Joost*, Detlev et al. (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, Band 2, §§ 343–475h, Transportrecht, Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage, München 2024, zit.: Ebenroth/Boujong/*Bearbeiter*, HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2024.

Eckl, Markus, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03, JR 2007, 157–159.

Edenfeld, Stefan, Offene Fragen des Beitritts zur Dauerschuld, JZ 1997, 1034–1042.

Egbers, Bernd / *Loff*, Detmar, Kreditfonds, ZBB 2017, 309–316.

Eger, Julia, Unternehmensreputation als rechtlicher Parameter, Systematisierung rechtlicher Schutzmechanismen, Berlin 2020, zugl. Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Diss. 2018, zit.: *Eger*, Unternehmensreputation als rechtlicher Parameter, 2020.

Ehlers, Dirk / *Pünder*, Hermann (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage, Heidelberg 2022, zit.: Ehlers/Pünder/*Bearbeiter*, AllgVerwR, 16. Aufl. 2022.

Ehricke, Ulrich / *Rotstegge*, Jochen P., Drittschutz zu Gunsten anderer Konzerngesellschaften bei Verletzung des Bankgeheimnisses, Zugleich Besprechung BGH v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03, ZIP 2006, 925–934.

Eidenmüller, Horst, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, Mechanismen der Unternehmensreorganisation und Kooperationspflichten im Reorganisationsrecht, Köln 1999, zugl. Ludwig-Maximilians-Universität München, Habil. 1998, zit.: *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung, 1999.

–: Die Dogmatik der Zession vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung, AcP 204 (2004), 457–501.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216–224.

–: Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, ZGR 2007, 168–211.

–: Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band II, hrsg. v. Andreas Heldrich, Jürgen Prölss, Ingo Koller et al., München 2007, 49–70, zit.: *Eidenmüller*, FS Canaris, Bd. II, 2007.

–: Leveraged Buyouts und die Effizienz des deutschen Restrukturierungsrechts, ZIP 2007, 1729–1737.

–: Reformperspektiven im Restrukturierungsrecht, ZIP 2010, 649–660.

Einem, Christoph von / *Schlote*, Andrea, Neue rechtliche Rahmenbedingungen für Private Debt Fonds, WM 2015, 1925–1929.

Eisenführ, Franz / *Weber*, Martin / *Langer*, Thomas, Rationales Entscheiden, 5. Auflage, Berlin/Heidelberg 2010, zit.: *Eisenführ/Weber/Langer*, Rationales Entscheiden, 5. Aufl. 2010.

Eisenhardt, Ulrich, Die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts und die Überwindung des Abstraktionsprinzips, JZ 1991, 271–277.

Ekkenga, Jens, Sachkapitalerhöhung gegen Schuldbefreiung, ZGR 2009, 581–622.

Ekkenga, Jens (Hrsg.), Handbuch der AG-Finanzierung, 2. Auflage, Köln 2019, zit.: Ekkenga/*Bearbeiter*, HdB. AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019.

Ellenberger, Jürgen / *Bunte*, Hermann-Josef (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, Band I, 6. Auflage, München 2022, zit.: Ellenberger/Bunte/*Bearbeiter*, BankR-HdB., Bd. 1, 6. Aufl. 2022.

–: Bankrechts-Handbuch, Band II, 6. Auflage, München 2022, zit.: Ellenberger/Bunte/*Bearbeiter*, BankR-HdB., Bd. 2, 6. Aufl. 2022.

Ellenberger, Jürgen / *Nobbe*, Gerd (Hrsg.), Kommentar zum Kreditrecht, Praxiskommentar zum Darlehens- und Kreditsicherungsrecht des BGB, Band 1, §§ 13–655e BGB, 4. Auflage, Heidelberg 2023, zit.: Ellenberger/Nobbe/*Bearbeiter*, Kommentar zum Kreditrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2023.

–: Kommentar zum Kreditrecht, Praxiskommentar zum Darlehens- und Kreditsicherungsrecht des BGB, Band 2, §§ 765–1296, 4. Auflage, Heidelberg 2023, zit.: Ellenberger/Nobbe/*Bearbeiter*, Kommentar zum Kreditrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2023.

El-Qalqili, Joel / *Offinger*, Maximilian, Zebras, Einhörner und die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Finanzierung nachhaltiger Start-ups, BKR 2021, 86–94.

Emde, Thomas / *Dornseifer*, Frank / *Dreibus*, Alexandra, KAGB, Kapitalanlagegesetzbuch, Kommentar, 3. Auflage, München 2023, zit.: Emde/Dornseifer/Dreibus/*Bearbeiter*, KAGB, 3. Aufl. 2023.

Emmerich, Volker / *Habersack*, Mathias, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Kommentar, 10. Auflage, München 2022, zit.: Emmerich/Habersack/*Bearbeiter*, Aktien- u. GmbH-KonzernR, 10. Aufl. 2022.

Emmerich, Volker / *Sonnenschein*, Jürgen, Miete, Handkommentar, §§ 535 bis 580a des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 11. Auflage, Berlin/Boston 2014, zit.: Emmerich/Sonnenschein/*Bearbeiter*, HK-Miete, 11. Aufl. 2014.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Enders, Christoph, Restrukturierung von Krediten aus Sicht der Banken, in: Financial Restructuring, Sanierung von Unternehmenskrediten durch Debt Equity Swaps und Treuhandlösungen, hrsg. v. Thomas Reifert, Stuttgart 2011, 205–218, zit.: *Enders*, Financial Restructuring, 2011.

Engert, Andreas, Drohende Subordination als Schranke einer Unternehmenskontrolle durch Kreditgeber, Zugleich zum Regelungszweck der Subordination von Gesellschafterdarlehen, ZGR 2012, 835–874.

Enneccerus, Ludwig (Begr.) / *Lehmann*, Heinrich, Recht der Schuldverhältnisse, Ein Lehrbuch, Dreizehnte Bearbeitung, Tübingen 1950, zit.: *Enneccerus/Lehmann*, Schuldrecht, 13. Bearb. 1950.

Ensthaler, Jürgen (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht, 8. Auflage, Köln 2015, zit.: Ensthaler/*Bearbeiter*, GK-HGB, 8. Aufl. 2015.

Erbguth, Wilfried, Abwägung auf Abwegen? – Allgemeines und Aktuelles –, JZ 2006, 484–492.

Erbs, Georg (Begr.) / *Kohlhaas*, Max (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 251. Ergänzungslieferung, März 2024, München 2024, zit.: Erbs/Kohlhaas/*Bearbeiter*, Strafrechtliche Nebengesetze, 251. EL März 2024.

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hrsg. v. Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis, Inken Gallner und Ingrid Schmidt, 24. Auflage, München 2024, zit.: ErfK/*Bearbeiter*, 24. Aufl. 2024.

Erman, Walter (Begr.) / *Westermann*, Harm Peter (Hrsg.), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, Verbraucherkreditgesetz, Gesetz zur Regelung der Miethöhe, Produkthaftungsgesetz, Haustürwiderrufsgesetz, AGB-Gesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Schiffsrechtegesetz, Ehegesetz, Hausratsverordnung, Beurkundungsgesetz (teilkommentiert), in zwei Bänden, 9. Auflage, Münster 1993, zit.: Erman/*Bearbeiter*, BGB, 9. Aufl. 1993.

Erman, Walter (Begr.) / *Westermann*, Harm Peter / *Grunewald*, Barbara / *Maier-Reimer*, Georg (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, Band 1, §§ 1–761, AGG, 15. Auflage, Köln 2017, zit.: Erman/*Bearbeiter*, BGB, Bd. 1, 15. Aufl. 2017.

–: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar mit Nebengesetzen (AGG, BeurkG, BVersTG, EGBGB, ErbbauRG, ProdhaftG, VBVG, VersAusglG, WEG – teils in Auszügen) und Internationalem Privatrecht, Band 1, §§ 1–597 BGB, 17. Auflage, Köln 2023, zit.: Erman/*Bearbeiter*, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023.

–: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar mit Nebengesetzen (AGG, BeurkG, BVersTG, EGBGB, ErbbauRG, ProdhaftG, VBVG, VersAusglG, WEG – teils in Auszügen) und Internationalem Privatrecht, Band 2, §§ 598–1588 BGB, BVersTG, Dtfrz WZGA, VersAusglG, 17. Auflage, Köln 2023, zit.: Erman/*Bearbeiter*, BGB, Bd. 2, 17. Aufl. 2023.

Ernst, Patrick, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, Köln 2022, zugl. Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Diss. 2021, zit.: *Ernst*, Publizitätspflichten für schuldenbasierte Übernahmen, 2022.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Esser, Josef / *Schmidt*, Eike, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, Ein Lehrbuch, 8. Auflage, Heidelberg 1995, zit.: *Esser*/*Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I/1, 8. Aufl. 1995.

–: Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis, Ein Lehrbuch, 8. Auflage, Heidelberg 2000, zit.: *Esser*/*Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I/2, 8. Aufl. 2000.

Fastrich, Lorenz, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München 1992, zugl. Ludwig-Maximilians-Universität München, Habil. 1988/1989, zit.: *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992.

Faust, Florian, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Baden-Baden 2023, zit.: *Faust*, BGB AT, 8. Aufl. 2023.

Feldhusen, Claire / *Niebling*, Jürgen (Hrsg.), AGB, Kommentar, 4. Auflage, Hürth 2023, zit.: Feldhusen/Niebling/*Bearbeiter*, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023.

Fervers, Matthias, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, NZM 2018, 324 f.

Fiedler, Bernhard, Abtretung von Darlehensforderungen an Nicht-Banken – Besprechung der Entscheidung BGH XI ZR 256/10 zur Wirksamkeit der Abtretung von Darlehensforderungen im Hinblick auf deren Auswirkungen auf NPL und Distressed Debt-Transaktionen, CFL 2011, 421–426.

Fikentscher, Wolfgang / *Heinemann*, Andreas, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 12. Auflage, Berlin/Boston 2022, zit.: *Fikentscher*/*Heinemann*, Schuldrecht, 12. Aufl. 2022.

Finkenauer, Thomas, Ergänzende Auslegung bei Individualabreden, AcP 213 (2013), 619–651.

Fisahn, Andreas, Bankgeheimnis und informationelle Selbstbestimmung, CR 1995, 632–636.

Fischer, Reinfrid / *Schulte-Mattler*, Hermann (Hrsg.), KWG, CRR, Kommentar zu Kreditwesengesetz, VO (EU) Nr. 575/2013 (CRR) und Ausführungsvorschriften, Band 1, 6. Auflage, München 2023, zit.: Fischer/Schulte-Mattler/*Bearbeiter*, KWG, Bd. 1, 6. Aufl. 2023.

–: KWG, CRR, Kommentar zu Kreditwesengesetz, VO (EU) Nr. 575/2013 (CRR) und Ausführungsvorschriften, Band 2, 6. Auflage, München 2023, zit.: Fischer/Schulte-Mattler/*Bearbeiter*, KWG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023.

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch, mit Nebengesetzen, 71. Auflage, München 2024, zit.: *Fischer*, StGB, 71. Aufl. 2024.

Fleischer, Holger, Covenants und Kapitalersatz, ZIP 1998, 313–321.

–: Finanzinvestoren im ordnungspolitischen Gesamtgefüge von Aktien-, Bankaufsichts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2008, 185–224.

Fleischer, Holger / *Schmolke*, Klaus Ulrich, Faktische Geschäftsführung in der Sanierungssituation – Zugleich Besprechung von OLG München, Urt. v. 8.9.2010 = WM 2011, 40, WM 2011, 1009–1016.

Flörcke, Heinrich Ernst, Dissertatio iuridica de lege Anastasiana, Jena 1691, zit.: *Flörcke*, de lege Anastasiana, 1691.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Florstedt, Tim, Neue Wege zur Sanierung ohne Insolvenz, ZIP 2014, 1513–1520.

–: Der Aufbau von Fremdkapitalpositionen mit dem Ziel einer schuldenbasierten Unternehmensübernahme, Eine kapitalmarktrechtliche Beurteilung des Distressed-Debt Takeover nach geltendem Recht und de lege ferenda, ZIP 2015, 2345–2354.

Flöther, Lucas F. (Hrsg.), StaRUG, Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz, Kommentar, München 2021, zit.: Flöther/*Bearbeiter*, StaRUG, 2021.

Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Erster Teil, Die Personengesellschaft, Berlin/Heidelberg/New York 1977, zit.: *Flume*, BGB AT, Bd. 1/1, 1977.

–: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin/Heidelberg 1992, zit.: *Flume*, BGB AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992.

Fölsing, Philipp, Zur Glaubhaftmachung der wesentlichen Benachteiligung als Zulässigkeitsvoraussetzung für eine sofortige Beschwerde gegen die Bestätigung des Insolvenzplans („IVG"), EWiR 2015, 125 f.

Förl, Thomas, Die Absicherung von Neukonsorten in Share Pledge Agreements, RNotZ 2007, 433–455.

Francke, Bernhard (Hrsg.), Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, bearbeitet durch die Regierungen von Oesterreich, Bayern, Sachsen, Hannover, Württemberg, Hessen-Darmstadt, Meklenburg-Schwerin, Nassau, Meiningen und Frankfurt hierzu abgeordneten Commissaren, Dresden 1866, zit.: *Francke*, Dresdner Entwurf, 1866.

Franke, Peter, Debt Equity Swaps, Finanzielle Sanierung von börsennotierten Aktiengesellschaften, Baden-Baden 2011, zugl. Universität Rostock, Diss. 2010, zit.: *Franke*, Debt Equity Swaps, 2011.

Fränkel, Richard, Zur Zessionslehre der Glossatoren und Postglossatoren, Teil 1, ZHR 66 (1910), 305–348.

–: Zur Zessionslehre der Glossatoren und Postglossatoren, Teil 2, ZHR 67 (1910), 79–126.

Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, mit EuInsVO, InsVV und weiteren Nebengesetzen, 9. Auflage, hrsg. v. Klaus Wimmer, Köln 2018, zit.: FK-InsO/*Bearbeiter*, 9. Aufl. 2018.

Franzmann, Till, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05, MittBayNot 2007, 487–490.

Frege, Michael C. / *Keller*, Ulrich / *Riedel*, Ernst, Handbuch Insolvenzrecht, 9. Auflage, München 2022, zit.: *Frege/Keller/Riedel*, InsR, 9. Aufl. 2022.

Freitag, Robert, Verstoß gegen Bankgeheimnis durch Abtretung von Verbraucherdarlehensansprüchen, Anmerkung zu OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 25.5.2004 – 8 U 84/04, EWiR 2004, 741 f.

–: Wirksamkeit vorformulierter Vollstreckungsunterwerfungen auch bei freier Abtretbarkeit der besicherten Kreditforderung – Erwiderung auf Schimansky, WM 2008, 1049, WM 2008, 1813–1815.

Frey, Johannes / *Mückl*, Norbert, Sanierungen – steuerliche Fallstricke und Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis, GmbHR 2010, 1193–1200.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Friese, Jan, Anmerkung zu OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 8.8.2018 – 4 U 49/17, NZI 2018, 891 f.

Fromm, Rüdiger, Banken als faktische Gesellschafter bei Turnaround-Finanzierungen, Gefahren für Unternehmen und Kreditinstitute, GmbHR 2003, 1114–1120.

Früh, Andreas, Abtretungen, Verpfändungen, Unterbeteiligungen, Verbriefungen und Derivate bei Kreditforderungen vor dem Hintergrund von Bankgeheimnis und Datenschutz, WM 2000, 497–504.

–: Übergang von Kreditrisiken – Einzelübertragungen, Umwandlungsmaßnahmen, in: Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Unternehmen, Markt und Verantwortung, hrsg. v. Stefan Grundmann, Brigitte Haar, Hanno Merkt et al., Berlin/New York 2010, 1823–1844, zit.: *Früh*, FS Hopt, 2010.

Fuchs, Andreas / *Zimmermann*, Martin (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, WpHG, MAR, Kommentar, 3. Auflage, München 2024, zit.: Fuchs/Zimmermann/*Bearbeiter*, WpHR, 3. Aufl. 2024.

Fuchs, Maximilian / *Pauker*, Werner / *Baumgärtner*, Alex, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Auflage, Berlin/Heidelberg 2017, zit.: *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Aufl. 2017.

Fuhrmann, Sebastian, Das Bankgeheimnis als Abtretungsverbot, Frankfurt a. M./Berlin/Bern u. a. O. 2009, zugl. Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Diss. 2009, zit.: *Fuhrmann*, Bankgeheimnis, 2009.

Funken, Thora Katharina, Übertragung von Darlehensforderungen durch Kreditinstitute, Hamburg 2011, zugl. Universität zu Köln, Diss. 2010, zit.: *Funken*, Übertragung von Darlehensforderungen durch Kreditinstitute, 2011.

Ganter, Hans Gerhard, Die Vorfälligkeitsentschädigung – ein zivilrechtliches Chamäleon?, WM 2016, 1813–1821.

–: Erweiterungen und Einschränkungen des Anwendungsbereichs von § 39 I Nr. 5 InsO, NZI 2021, 1–11.

Gast, Wolfgang, Juristische Rhetorik, 5. Auflage, Heidelberg 2015, zit.: *Gast*, Juristische Rhetorik, 5. Aufl. 2015.

Gaul, Hans Friedhelm / *Schilken*, Eberhard / *Becker-Eberhard*, Ekkehard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Auflage, München 2010, zit.: Gaul/Schilken/Becker-Eberhard/*Bearbeiter*, ZVR, 12. Aufl. 2010.

Gehrer, Judith / *Krakuhn*, Joachim / *Weichert*, Sebastian, Möglichkeiten der Umsetzung der Neuregelungen zur Default-Definition der CRR II im Kontext eines einheitlichen Prozesses mit dem IFRS 9-Impairment, IRZ 2019, 299–305.

Gehrlein, Markus, Der Konsortialkredit als Modell einer Innengesellschaft, DStR 1994, 1314–1318.

–: Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG, BB 2008, 846–854.

Gehrlein, Markus / *Born*, Manfred / *Simon*, Stefan (Hrsg.), GmbHG, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 6. Auflage, Köln 2024, zit.: Gehrlein/Born/Simon/*Bearbeiter*, GmbHG, 6. Aufl. 2024.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gehrlein, Stefan, Die Veräußerung und Übertragung eines Kreditportfolios unter der Berücksichtigung der Übertragungsstrukturen, des Bankgeheimnisses und des Datenschutzes, Baden-Baden 2007, zugl. Universität Augsburg, Diss. 2006, zit.: *S. Gehrlein*, Veräußerung eines Kreditportfolios, 2007.

Gerstmayr, Moritz, Kreditzweitmarktgesetz: Neuregelungen beim Kauf und Verkauf von Krediten, DB 2023, 2683–2684.

Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V. (Hrsg.) / *Kemter*, Christian / *Ockenga*, Tim, Kreditleitfaden für Solvency I-Versicherer, Grundsätze für die Vergabe von Unternehmenskrediten durch Versicherer und EbAV unter Solvency I, Schuldscheindarlehen, 7. Auflage, Berlin September 2022, zit.: GDV/*Kemter*/*Ockenga*, Kreditleitfaden für Solvency I-Versicherer, 7. Aufl. 2022.

–: Kreditleitfaden für Solvency II-Versicherer, Orientierungshilfe für die Vergabe von Unternehmenskrediten durch Versicherer, Schuldscheindarlehen, 3. Auflage, Berlin September 2022, zit.: GDV/*Kemter*/*Ockenga*, Kreditleitfaden für Solvency II-Versicherer, 3. Aufl. 2022.

Gilson, Stuart C., Investing in Distressed Situations: A Market Survey, Financial Analysts Journal 1995, Vol. 51, No. 6, 8–27.

gj, Investorengruppe übernimmt Mehrheit an Kunert, AG 2005, R439.

Gladenbeck, Martin, Keine Kondiktion eines bestellten abstrakten vollstreckbaren Schuldversprechens trotz Nichtangabe in Verbraucherkreditvertrag, Anmerkung zu: BGH, Urt. v. 22.7.2008 – XI ZR 389/07, EWiR 2008, 703 f.

Glauben, Paul, Das Bankgeheimnis – Rechtsgrundlagen, Inhalt und Grenzen, DRiZ 2002, 104–106.

Glos, Alexander / *Hildner*, Alicia / *Kühne*, Carolin / *Schneider*, Eva, Ausblick auf das Finanzaufsichtsrecht 2024, BKR 2024, 127–135.

Glück, Christian Friedrich von, Ausführliche Erläuterungen der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar, zweiter Theil, 2. Auflage, Erlangen 1800, zit.: *von Glück*, Pandecten, Bd. 2, 2. Aufl. 1800.

–: Ausführliche Erläuterungen der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar, sechzehnten Theils erste Abtheilung, 2. Auflage, Erlangen 1844, zit.: *von Glück*, Pandecten, Bd. 16/1, 2. Aufl. 1844.

–: Ausführliche Erläuterungen der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar, sechzehnten Theils zweite Abtheilung, 2. Auflage, Erlangen 1844, zit.: *von Glück*, Pandecten, Bd. 16/2, 2. Aufl. 1844.

Gmür, Rudolf (Begr.) / *Roth*, Andreas, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 16. Auflage, München 2024, zit.: *Gmür*/*Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 16. Aufl. 2024.

Göb, Marc Alexander / *Nebel*, Thomas, Aktuelle gesellschaftsrechtliche Fragen in Krise und Insolvenz Juni/Juli 2016, NZI 2016, 727–731.

Gola, Peter / *Heckmann*, Dirk (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, VO (EU) 2016/679, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2022, zit.: Gola/Heckmann/*Bearbeiter*, DS-GVO, 3. Aufl. 2022.

Gordon, William M., Studies in the transfer of property by traditio, Aberdeen 1970, zit.: *Gordon*, Studies in the transfer of property, 1970.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gottwald, Peter / *Haas*, Ulrich (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Auflage, München 2020, zit.: Gottwald/Haas/*Bearbeiter*, InsR-HdB., 6. Aufl. 2020.

Graf-Schlicker, Marie Luise (Hrsg.), InsO, Kommentar zur Insolvenzordnung, 6. Auflage, Köln 2022, zit.: Graf-Schlicker/*Bearbeiter*, InsO, 6. Aufl. 2022.

Gramlich, Bernhard, Mietrecht, Bürgerliches Gesetzbuch (§§ 535 bis 580a), Betriebskostenverordnung, Heizkostenverordnung, 15. Auflage, München 2019, zit.: *Gramlich*, Mietrecht, 15. Aufl. 2019.

Greiner, Stefan, Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen zwischen „Normativität" und subjektivem Empfängerhorizont, AcP 217 (2017), 492–533.

Griesbeck, Michael F., Unwirksamkeit einer Klausel zur außerordentlichen Kündigung eines Darlehens allein aufgrund (drohender) Vermögensverschlechterung, Anmerkung zu: LG Aachen, Urt. v. 19.10.2017 – 1 O 480/16, EWiR 2018, 35 f.

Grigoleit, Hans Christoph, Abstraktion und Willensmängel – Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts, AcP 199 (1999), 379–420.

Grigoleit, Hans Christoph (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 2020, zit.: Grigoleit/*Bearbeiter*, AktG, 2. Aufl. 2020.

Großherzogthum Hessen, Verhandlungen in der ersten Kammer der Landstände des Großherzogthums Hessen im Jahre 1823/24, 1tes bis 3tes Heft, Darmstadt 1824, zit.: *Großherzogthum Hessen*, Verhandlungen der ersten Kammer im Jahre 1823/24.

–: Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen, nebst Motiven. Vierte Abtheilung, Erstes Buch: Von den Verbindlichkeiten im Allgemeinen, I. Gesetzesentwurf, Darmstadt 1853, zit.: *Großherzogthum Hessen*, Entw.-BGB, 4. Abt. 1. Buch I. Entw., 1853.

–: Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen, nebst Motiven. Vierte Abtheilung, Erstes Buch: Von den Verbindlichkeiten im Allgemeinen, II. Motive, Darmstadt 1853, zit.: *Großherzogthum Hessen*, Entw.-BGB, 4. Abt. 1. Buch II. Motive, 1853.

Grotius, Hugo, De jure belli ac pacis, libri tres, in quibus jus naturæ & gentium, item juris publici præcipua explicantur, editio novissima, Hagæ 1860, zit.: *Grotius*, De jure belli ac pacis, editio novissima 1860.

Grotius, Hugo (Verf.) / *Kirchmann*, Julius Hermann von (Hrsg.), Des Hugo Grotius drei Bücher über das Recht des Krieges und Friedens, in welchem das Natur- und Völkerrecht und das Wichtigste aus dem öffentlichen Recht erklärt werden. Aus dem Lateinischen des Urtextes übersetzt, mit erläuternden Anmerkungen und einer Lebensbeschreibung, Erster Band, Berlin 1869, zit.: *Grotius*/*Kirchmann*, Recht: Krieg u. Frieden, Bd. 1, 1869.

Gruber, Joachim, Die Cross-default-Klausel und das Bankgeheimnis, NJW 1991, 1099 f.

Grundmann, Stefan, Bankvertragsrecht, Grundlagen und Commercial Banking, Kommentar, Band 1, Berlin/Boston 2020, zit.: Grundmann/*Bearbeiter*, Bankvertragsrecht, Bd. 1, 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grüneberg, Christian, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 7, Bürgerliches Gesetzbuch, mit Nebengesetzen, insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie EU-Güterrechtsverordnungen, Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (GrünHome), Unterlassungsklagengesetz (GrünHome), Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz (GrünHome), Gewaltschutzgesetz, 83. Auflage, München 2024, zit.: Grüneberg/*Bearbeiter*, BGB, 83. Aufl. 2024.

Haarmeyer, Hans / *Huber*, Michael / *Schmittmann*, Jens M. (Hrsg.), Praxis der Insolvenzanfechtung, 5. Auflage, Hürth 2023, zit.: HHS/*Schmittmann*, Insolvenzanfechtung, 5. Aufl. 2023.

Haas, Ulrich, Das neue Kapitalersatzrecht nach dem RegE-MoMiG, ZInsO 2007, 617–629.

–: Mehr Gesellschaftsrecht im Insolvenzplanverfahren, Die Einbeziehung der Anteilsrechte in das Insolvenzverfahren, NZG 2012, 961–967.

Haas, Ulrich / *Göb*, Marc Alexander, Die Unternehmensleiterpflichten nach der EU-Restrukturierungsrichtlinie, NZI 2020, 200–202.

Haas, Ulrich / *Vogel*, Oliver, Der atypisch stille Gesellschafter als nachrangiger Insolvenzgläubiger – Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.6.2012 – IX ZR 191/11, NZI 2012, 860, NZI 2012, 875–877.

Habermeier, Stefan, Das Trennungsdenken: Ein Beitrag zur Europäischen Privatrechtstheorie, AcP 195 (1995), 283–294.

Habersack, Mathias, Grundfragen der freiwilligen oder erzwungenen Subordination von Gesellschafterkrediten, ZGR 2000, 384–419.

–: Gesellschafterdarlehen nach MoMiG: Anwendungsbereich, Tatbestand und Rechtsfolgen der Neuregelung, ZIP 2007, 2145–2153.

–: Die Erstreckung des Rechts der Gesellschafterdarlehen auf Dritte, insbesondere im Unternehmensverbund, ZIP 2008, 2385–2392.

–: Die Vollstreckungsunterwerfung des Kreditnehmers im Lichte des Risikobegrenzungsgesetzes, NJW 2008, 3173–3177.

Habersack, Mathias / *Casper*, Matthias / *Löbbe*, Marc (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar, Band II, §§ 29 bis 52, 3. Auflage, Tübingen 2020, zit.: H/C/L/*Bearbeiter*, GmbHG, Bd. II, 3. Aufl. 2020.

Habersack, Mathias / *Mülbert*, Peter O. / *Schlitt*, Michael (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 4. Auflage, Köln 2019, zit.: Habersack/Mülbert/Schlitt/*Bearbeiter*, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019.

Habersack, Mathias / *Schürnbrand*, Jan, Unternehmenskauf im Wege des Auktionsverfahrens aus AGB-rechtlicher Sicht, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, hrsg. v. Andreas Heldrich, Jürgen Prölss, Ingo Koller et al., München 2007, 359–377, zit.: *Habersack/Schürnbrand*, FS Canaris, Bd. I, 2007.

Habersack, Mathias / *Wicke*, Hartmut (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2023, zit.: Habersack/Wicke/*Bearbeiter*, UmwG, 3. Aufl. 2023.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Haedicke, Maximilian, Der bürgerlich-rechtliche Verfügungsbegriff, JuS 2001, 966–973.

Haertlein, Lutz, Haftung bei unbegründeter Geltendmachung vertraglicher Ansprüche, MDR 2009, 1–5.

Halász, Christian / *Kloster*, Lars, Abgestimmtes Verhalten im Sinne des § 30 Abs. 2 WpÜG im Zusammenhang mit einem Debt-Equity Swap, WM 2006, 2152–2160.

Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, InsO, InsVV, SchVG, Haftungsrecht, Steuerrecht, Strafrecht, 10. Auflage, hrsg. v. Andreas Schmidt, Hürth 2024, zit.: HambKo-InsR/*Bearbeiter*, 10. Aufl. 2024.

Hamburger Kommentar zum Restrukturierungsrecht, StaRUG, Krisen-Compliance, IDW S6, Exit-Strategien, Arbeitsrecht, Steuerrecht, 3. Auflage, hrsg. v. Andreas Schmidt, Hürth 2022, zit.: HambKo-RestR/*Bearbeiter*, 3. Aufl. 2022.

Hammen, Horst, Bankgeheimnis und Abtretungsausschluss, in: Verbraucherkredite, insbesondere für Immobilienanlagen, Forderungsübertragungen, insbesondere im Lichte von Bankgeheimnis und Datenschutz, Bankrechtstag 2005, hrsg. v. Walther Hadding, Klaus J. Hopt und Herbert Schimansky, Berlin 2006, 113–144, zit.: *Hammen*, Bankrechtstag 2005, 2006.

Hanke, Kerstin / *Socher*, Oliver, Fachbegriffe aus M & A und Corporate Finance, Der Unternehmenskauf in der Planungs- und Bieterphase, NJW 2010, 664–666.

–: Fachbegriffe aus M & A und Corporate Finance, Syndizierung von Krediten, NJW 2010, 1435 f.

Hanten, Mathias / *Tiling*, Annke von, Kreditfonds, WM 2015, 2122–2132.

Harder, Olivia, Vor verschlossenen Türen, Finance – September/Oktober 2022, 26–29.

Harke, Jan Dirk, Allgemeines Schuldrecht, Berlin/Heidelberg 2010, zit.: *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, 2010.

–: Römisches Recht, Von der klassischen Zeit bis zu den modernen Kodifikationen, 3. Auflage, München 2024, zit.: *Harke*, Römisches Recht, 3. Aufl. 2024.

Harner, Michelle M., Activist Distressed Debtholders, The New Barbarians at the Gate?, 89 Wash. U. L. Rev. (2011), 155–206.

Hase, Karl von, Fristlose Kündigung und Abmahnung nach neuem Recht, NJW 2002, 2278–2283.

Hasler, Peter Thilo / *Launer*, Markus A. / *Wilhelm*, Martin K. (Hrsg.), Praxishandbuch Debt Relations, Wiesbaden 2013, zit.: Hasler/Launer/Wilhelm/*Bearbeiter*, Debt Relations, 2013.

Hattenhauer, Christian, Aktuelles zum pactum de non cedendo, Deutsche Dogmatik und internationale Entwicklungen, in: Recht als Erbe und Aufgabe, Heinz Holzhauer zum 21. April 2005, hrsg. v. Stefan Chr. Saar, Andreas Roth und Christian Hattenhauer, Berlin 2005, 549–561, zit.: *Hattenhauer*, Recht als Erbe und Aufgabe, 2005.

Heer, Philipp E., Die Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken zu Refinanzierungszwecken, Eine Untersuchung nach deutschem und amerikanischem Recht, Baden-Baden 2011, zugl. Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a. M., Diss. 2010, zit.: *Heer*, Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken, 2011.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: Die Übertragung von Darlehensforderungen – eine systematische Übersicht – zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 19.4.2011 – XI ZR 256/10, BKR 2012, 45–51.

Heidenhain, Martin, Partielle Gesamtrechtsnachfolge bei der Spaltung, Bemerkungen zu § 132 Umwandlungsgesetz, ZHR 168 (2004), 468–482.

Heinig, Jens, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 1.2.2012 – VIII ZR 307/10, NJW 2012, 1722.

Hellner, Thorwald / *Steuer*, Stefan (Begr.), Bankrecht und Bankpraxis, Band 1.1, Kreditformen, 169. Ergänzungslieferung, Juni 2024, Köln 2024, zit.: Hellner/Steuer/*Bearbeiter*, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024.

Hellwege, Phillip, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, Tübingen 2010, zugl. Universität Regensburg, Habil. 2009, zit.: *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2010.

Henseler, Peter, Die Neuregelung des Abtretungsverbots, BB 1995, 5–9.

Henssler, Martin / *Strohn*, Lutz (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 62, Gesellschaftsrecht, BGB, PartGG, HGB, GmbHG, AktG, DCGK, GenG, UmwG, InsO, AnfG, IntGesR, 6. Auflage, München 2024, zit.: Henssler/Strohn/*Bearbeiter*, GesR, 6. Aufl. 2024.

Henssler, Martin / *Willemsen*, Heinz Josef / *Kalb*, Heinz-Jürgen (Hrsg.), Arbeitsrecht, Kommentar, 11. Auflage, Köln 2024, zit.: Henssler/Willemsen/Kalb/*Bearbeiter*, ArbR, 11. Aufl. 2024.

Hentschel, Olaf M., Der außergerichtliche Sanierungskonsortialkredit, Haftung des Sanierungskreditkonsortiums und der Sanierungskreditkonsorten bei der Kündigung des Sanierungskonsortialkredites, Berlin 2008, zugl. Universität Hamburg, Diss. 2008, zit.: *Hentschel*, Der außergerichtliche Sanierungskonsortialkredit, 2008.

Herrmann, A., Noch einige Bemerkungen über die lex Anastasiana, AcP 31 (1848), 63–83.

Hess, Harald (Hrsg.), Sanierungshandbuch, 6. Auflage, Köln 2013, zit.: Hess/*Bearbeiter*, Sanierungshandbuch, 6. Aufl. 2013.

Heymann, Ernst (Begr.), Handelsgesetzbuch, (ohne Seerecht), Kommentar, Band 4, Viertes Buch, §§ 343–475h, 2. Auflage, hrsg. v. Norbert Horn, Berlin 2005, zit.: Heymann/*Bearbeiter*, HGB, Bd. 4, 2. Aufl. 2005.

Hilbert, Patrick, An welche Normen ist der Richter gebunden?, JZ 2013, 130–136.

Hiltner, Elmar / *Tunda*, Dennis, Verstoß gegen Financial Covenants im Rahmen von LBO-Finanzierungen als Anlass für finanzielle Restrukturierungen, in: Financial Restructuring, Sanierung von Unternehmenskrediten durch Debt Equity Swaps und Treuhandlösungen, hrsg. v. Thomas Reifert, Stuttgart 2011, 66–82, zit.: *Hiltner/Tunda*, Financial Restructuring, 2011.

Himmelsbach, Rainer / *Achsnick*, Jan, Investments in Krisenunternehmen im Wege sanierungsprivilegierter debt-equity-swaps, NZI 2006, 561–564.

Hinrichs, Mark / *Jaeger*, Gerold M., Die Zwangsvollstreckung durch den Zessionar einer Sicherungsgrundschuld, NJW 2010, 2017 f.

Hirsch, Christoph, BGB, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Baden-Baden 2020, zit.: *Hirsch*, BGB AT, 10. Aufl. 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Baden-Baden 2018, zit.: *Hirsch*, Schuldrecht AT, 11. Aufl. 2018.

Hirte, Heribert, Neuregelungen mit Bezug zum gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz und im Insolvenzrecht durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), ZInsO 2008, 689–702.

Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I, Allgemeiner Teil, §§ 1–240, hrsg. v. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert und Reinhard Zimmermann, Tübingen 2007, zit.: HKK-BGB/*Bearbeiter*, Bd. I, 2007.

–: Band II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 1. Teilband, vor § 241–§ 304, hrsg. v. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert und Reinhard Zimmermann, Tübingen 2007, zit.: HKK-BGB/*Bearbeiter*, Bd. II/1, 2007.

–: Band II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 2. Teilband, §§ 305–432, Tübingen 2007, zit.: HKK-BGB/*Bearbeiter*, Bd. II/2, 2007.

Hofacker, Karl Christoph, Principia iuris civilis romano-germanici, tomi II, pars prior, Tubingæ 1794, zit.: *Hofacker*, Principia, Bd. II/1, 1794.

Hoffmann, Guido, Financial Covenants bei Akquisitionskrediten – Eine Bestandsaufnahme, ZBB 2007, 413–416.

–: Grenzen der Einflussnahme auf Unternehmensleitungsentscheidungen durch Kreditgläubiger, WM 2012, 10–19.

Hofmann, Ekkehard, Abwägung im Recht, Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im Öffentlichen Recht, Tübingen 2007, zugl. Universität Hamburg, Habil. 2006, zit.: *E. Hofmann*, Abwägung im Recht, 2007.

Hofmann, Franz, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, Tübingen 2017, zugl. Ludwig-Maximilians-Universität München, Habil. 2016, zit.: *F. Hofmann*, Unterlassungsanspruch, 2017.

Hofmann, Sandra, Einwilligung zur Abtretung und Befreiung vom Bankgeheimnis in AGB der Bank, BKR 2008, 241–243.

Hofmann, Stefan / *Walter*, Bernhard, Die Veräußerung Not leidender Kredite – aktives Risikomanagement der Bank im Spannungsverhältnis zwischen Bankgeheimnis und Datenschutz, WM 2004, 1566–1574.

Hohlbein, Carmen, Sanierung insolventer Unternehmen durch Private Equity, Eine rechtspolitische Untersuchung auf empirischen Grundlagen mit rechtspolitischen Empfehlungen, Jena 2010, zugl. Friedrich-Schiller-Universität Jena, Diss. 2010, zit.: *Hohlbein*, Sanierung, 2010.

Hölters, Wolfgang (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 10. Auflage, Köln 2022, zit.: Hölters/*Bearbeiter*, Unternehmenskauf, 10. Aufl. 2022.

Hölters, Wolfgang / *Weber*, Markus (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar, 4. Auflage, München 2022, zit.: Hölters/Weber/*Bearbeiter*, AktG, 4. Aufl. 2022.

Holzamer, Thomas, US-Banken in der Offensive, Finance – November/Dezember 2022, 26–30.

Holzschuher, Rudolf Freiherr von, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, Ein Handbuch für Praktiker, Dritter Band, Obligationenrecht, 3. Auflage, Leipzig 1864, zit.: *von Holzschuher*, Obligationenrecht, 3. Aufl. 1864.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Honsell, Heinrich, Tradition und Zession – kausal oder abstrakt?, in: Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Eugen Bucher, Claus-Wilhelm Canaris, Heinrich Honsell und Thomas Koller, Bern/München 2005, 349–372, zit.: *Honsell*, FS Wiegand, 2005.

Honsell, Heinrich / *Fargnoli*, Iole, Römisches Recht, 9. Auflage, Bern 2021, zit.: *Honsell/Fargnoli*, Römisches Recht, 9. Aufl. 2021.

Honsell, Heinrich / *Mayer-Maly*, Theo / *Selb*, Walter, Römisches Recht, 4. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York u. a. O. 1987, zit.: *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987.

Höpfner, Clemens / *Seibl*, Maximilian, Bankvertragliche Loyalitätspflicht und Haftung für kreditschädigende Äußerungen nach dem Kirch-Urteil, Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03, BB 2006, 673–679.

Hopt, Klaus J., Rechtspflichten der Kreditinstitute zur Kreditversorgung, Kreditbelassung und Sanierung von Unternehmen, Wirtschafts- und bankrechtliche Überlegungen zum deutschen und französischen Recht, ZHR 143 (1979), 139–173.

–: Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 9, Handelsgesetzbuch, mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 43. Auflage, München 2024, zit.: Hopt/*Bearbeiter*, HGB, 43. Aufl. 2024.

Hopt, Klaus J. / *Seibt*, Christoph H. (Hrsg.), Schuldverschreibungsrecht, Kommentar, Handbuch, Vertragsmuster, 2. Auflage, Köln 2023, zit.: Hopt/Seibt/*Bearbeiter*, SchVR, 2. Aufl. 2023.

Horn, Norbert (Hrsg.), Die AGB-Banken 1993, Berlin/New York 1994, zit.: Horn/*Bearbeiter*, Die AGB-Banken 1993, 1994.

Hösl, Thomas, Kostenerstattung bei außerprozessualer Verteidigung gegen unberechtigte Rechtsverfolgung, Köln/Berlin/München 2004, zugl. Universität Augsburg, Diss. 2003, zit.: *Hösl*, Kostenerstattung, 2004.

Hoß, Dirk / *Laschet*, Remo, Die Einführung des Euro in der vertrags- und wettbewerbsrechtlichen Praxis, MDR 1999, 726–730.

Hoyningen-Huene, Gerrick von, Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, Ein Kommentar, zugleich Ergänzung des Großkommentars zum AGB-Gesetz von Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, 2. Aufl., Bd. II 1983, Bd. III 1985, Heidelberg 1991, zit.: *von Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991.

–: Unwirksamkeit des formularmäßigen Ausschlusses nicht auf schriftlichen Zusatz- und Nachtragsaufträgen des Bauherren beruhenden Nachforderungen, Anmerkung zu: BGH, Urt. v. 27.11.2003 – VII ZR 53/03, EWiR 2004, 411 f.

Huber, Markus / *Baier*, Maximilian, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, NZI 2020, 796 f.

Huber, Matthias, Die aktuelle Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Vorfälligkeitsentschädigung – Eine kritische Stellungnahme, WM 2017, 605–613.

Huber, Ulrich, Finanzierungsfolgenverantwortung de lege lata und de lege ferenda, in: Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Peter Hommelhoff, Peter Rawert und Karsten Schmidt, Köln 2007, 259–283, zit.: *U. Huber*, FS Priester, 2007.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Huhmann, Marcus, Die verfassungsrechtliche Dimension des Bankgeheimnisses, Frankfurt a. M./Berlin/Bern u. a. O. 2002, zugl. Christian-Albrechts-Universität Kiel, Diss. 2001, zit.: *Huhmann*, Bankgeheimnis, 2002.

Huwiler, Bruno, Der Begriff der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht, Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung der vermögensrechtlichen Lehren, Zürich 1975, zugl. Universität Zürich, Diss. 1975, zit.: *Huwiler*, Begriff der Zession, 1975.

Ilberg, Philipp von / *Tschesche*, Frank, Rechtliche und steuerliche Betrachtung des Rückkaufs von Schulden (Debt-Buy-Back), BB 2010, 259–264.

Isensee, Josef / *Kirchhof*, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, Freiheitsrechte, 3. Auflage, Heidelberg 2009, zit.: Isensee/Kirchhof/*Bearbeiter*, Staatsrecht, Bd. VII, 3. Aufl. 2009.

Jacoby, Florian / *Hinden*, Michael von, Bürgerliches Gesetzbuch, Studienkommentar, 18. Auflage, München 2022, zit.: *Jacoby/von Hinden*, BGB, 18. Aufl. 2022.

Jacoby, Florian / *Madaus*, Stephan / *Sack*, Detlef et al., ESUG – Evaluierung, Forschungsbericht zur Evaluierung des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011, im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), Köln 2019, zit.: *Jacoby/Madaus/Sack* et al., ESUG – Evaluierung, 2019.

Jaeger, Ernst (Begr.), Jaeger, Insolvenzordnung, Großkommentar, Zweiter Band, §§ 35–55, 2. Auflage, hrsg. v. Walter Gerhardt, Diederich Eckardt, Peter A. Windel, Berlin/Boston 2023, zit.: Jaeger/*Bearbeiter*, InsO, Bd. 2, 2. Aufl. 2023.

Jaeger, Gerold M. / *Heinz*, Annette, Risikobegrenzungsgesetz untermauert Abtretbarkeit von Sparkassendarlehensforderungen!, BKR 2009, 273–277.

Jaffé, Michael / *Friedrich*, Andreas, Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des Insolvenzstandorts Deutschland, ZIP 2008, 1849–1858.

Jakobs, Horst Heinrich, Die Verlängerung des Eigentumsvorbehalts und der Ausschluß der Abtretung der Weiterveräußerungsforderung – BGHZ 56, 228, JuS 1973, 152–157.

Jakobs, Horst Heinrich / *Schubert*, Werner (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, Einführung, Biographien, Materialien, Berlin/New York 1978, zit.: Jakobs/Schubert/*Bearbeiter*, Materialien, 1978.

–: Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, §§ 241 bis 432, Berlin/New York 1978, zit.: Jakobs/Schubert/*Bearbeiter*, Schuldverhältnisse I, 1978.

Jarass, Hans D. / *Pieroth*, Bodo (Begr.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 18. Auflage, München 2024, zit.: Jarass/Pieroth/*Bearbeiter*, GG, 18. Aufl. 2024.

Jauernig, Othmar (Begr.) / *Stürner*, Rolf (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und EuErbVO, Kommentar, 19. Auflage, München 2023, zit.: Jauernig/*Bearbeiter*, BGB, 19. Aufl. 2023.

Jesch, Thomas A. / *Striegel*, Andreas / *Boxberger*, Lutz (Hrsg.), Rechtshandbuch Private Equity, 2. Auflage, München 2020, zit.: Jesch/Striegel/Boxberger/*Bearbeiter*, RHdB. PE, 2. Aufl. 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Jobe, Clemens J., Verkauf und Abtretung von Kreditforderungen und das Bankgeheimnis, Zugleich Besprechung OLG Frankfurt/M., Urt. v. 25.5.2004 – 8 U 84/04, ZIP 2004, 2415–2420.

Joch, Axel Rainer, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.9.1972 – 10 W 67/72, NJW 1973, 373 f.

Josenhans, Michael / *Danzmann*, Max / *Krampe*, Christoph, Die Auswirkungen des EZB-Leitfadens für Leveraged-Transaktionen auf Akquisitionsfinanzierungen, BKR 2017, 265–273.

Josenhans, Michael / *Danzmann*, Max / *Lübbehüsen*, Georg, Kautelarjuristische Gestaltungsoptionen bei Gebührenvereinbarungen für Konsortialkreditfinanzierungen – Implikationen der BGH-Rechtsprechung zu AGB-Bearbeitungsentgelten, BKR 2018, 142–149.

Jostarndt, Philipp, Equity Offerings in Financial Distress – Evidence from German Restructurings, SBR 2009, 84–111.

Joussen, Jacob, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Stuttgart 2018, zit.: *Joussen*, Schuldrecht I, 5. Aufl. 2018.

juris Praxiskommentar BGB, Band 1, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, hrsg. v. Maximilian Herberger, Michael Martinek, Helmut Rüßmann et al., Saarbrücken 2023, zit.: jurisPK-BGB/*Bearbeiter*, Bd. 1, 10. Aufl. 2023.

–: Band 2, Schuldrecht, 10. Auflage, hrsg. v. Maximilian Herberger, Michael Martinek, Helmut Rüßmann et al., Saarbrücken 2023, zit.: jurisPK-BGB/*Bearbeiter*, Bd. 2, 10. Aufl. 2023.

–: Band 3, Sachenrecht, 10. Auflage, hrsg. v. Maximilian Herberger, Michael Martinek, Helmut Rüßmann et al., Saarbrücken 2023, zit.: jurisPK-BGB/*Bearbeiter*, Bd. 3, 10. Aufl. 2023.

Kähler, Lorenz, Unterlassungsansprüche gegen algorithmische Fehlentscheidungen, NJW 2020, 113–118.

Kaiser, Dagmar, Pflichtwidriges Mangelbeseitigungsverlangen, NJW 2008, 1709–1713.

Kallmeyer, Harald, Umwandlungsgesetz, Kommentar, Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel bei Handelsgesellschaften, 8. Auflage, Köln 2024, zit.: Kallmeyer/*Bearbeiter*, UmwG, 8. Aufl. 2024.

Kammeter, Roland / *Geißelmeier*, Werner, Der Rangrücktritt – Bestandsaufnahme und Auswirkungen des MoMiG im Handelsbilanz- und Steuerrecht, NZI 2007, 214–220.

Kämper, Lukas, Forderungsbegriff und Zession, Geschichte und Dogmatik der Abtretung in Frankreich und Deutschland, Tübingen 2019, zugl. Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Diss. 2018, zit.: *Kämper*, Forderungsbegriff, 2019.

Kampshoff, Matthias, Behandlung von Bankdarlehen in der Krise der GmbH, GmbHR 2010, 897–904.

Karner, Ernst, Gutgläubiger Mobiliarerwerb, Zum Spannungsverhältnis von Bestandschutz und Verkehrsinteressen, Wien/New York 2006, zugl. Universität Wien, Habil. 2004, zit.: *Karner*, Mobiliarerwerb, 2006.

Kaser, Max, Das römische Privatrecht, erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht, 2. Auflage, München 1971, zit.: *Kaser*, Das römische Privatrecht, 1. Abschn., 2. Aufl. 1971.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: Das römische Privatrecht, zweiter Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen, 2. Auflage, München 1975, zit.: *Kaser*, Das römische Privatrecht, 2. Abschn., 2. Aufl. 1975.

–: Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht, in: Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht, Festgabe für Johannes Sontis, hrsg. v. Fritz Baur, Karl Larenz und Franz Wieacker, München 1977, 11–31, zit.: *Kaser*, FG Sontis, 1977.

Kaser, Max / *Hackl*, Karl, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, München 1996, zit.: *Kaser*/*Hackl*, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1996.

Kaser, Max / *Knütel*, Rolf / *Lohsse*, Sebastian, Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch, 22. Auflage, München 2021, zit.: *Kaser*/*Knütel*/*Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021.

Kästle, Florian, M&A-Verträge unterliegen nicht der AGB-Kontrolle, NZG 2014, 288–295.

Kästle, Martina, Rechtsfragen der Verwendung von Covenants in Kreditverträgen, Berlin 2003, zugl. Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a. M., Diss. 2002, zit.: *M. Kästle*, Covenants, 2003.

Kaufhold, Sylvia, Kein Stellen von AGB bei einvernehmlicher Verwendung eines Mustervertrags, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, ZIP 2010, 631–635.

Kaulbach, Detlef / *Bähr*, Gunne W. / *Pohlmann*, Petra, Versicherungsaufsichtsgesetz mit Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz, Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 (EIOPA-Verordnung) und Versicherungs-Vergütungsordnung, Kommentar, 6. Auflage, München 2019, zit.: Kaulbach/Bähr/Pohlmann/*Bearbeiter*, VAG, 6. Aufl. 2019.

Kayser, Godehard / *Thole*, Christoph (Hrsg.), Insolvenzordnung, 11. Auflage, Heidelberg 2023, zit.: Kayser/Thole/*Bearbeiter*, InsO, 11. Aufl. 2023.

Kegel, Gerhard, Verpflichtung und Verfügung – Sollen Verfügungen abstrakt oder kausal sein?, in: Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, Festschrift für F. A. Mann zum 70. Geburtstag am 11. August 1977, hrsg. v. Werner Flume, Hugo J. Hahn, Gerhard Kegel und Kenneth R. Simmonds, München 1977, 57–86, zit.: *Kegel*, FS Mann, 1977.

Keßler, Jürgen / *Herzberg*, Anja, Vertragliche Neben- und Schutzpflichten im Rahmen eines Darlehensvertrages, Haftung des Kreditinstituts wegen Verletzung des Bankgeheimnisses im Fall einer Zession, BB 2009, 1145–1148.

Kestler, Matthias / *Striegel*, Andreas / *Jesch*, Thomas A., Distressed Debt Investments – Insolvenzrechtliche Instrumentarien der Unternehmenssanierung über Fremdkapital, NZI 2005, 417–424.

Kiethe, Kurt, Der Sanierungskredit in der Insolvenz, KTS 2005, 179–212.

Kilgus, Stefan, Auswirkungen der Finanzkrise auf das Konsortialkreditgeschäft, BKR 2009, 181–190.

Kindl, Johann / *Meller-Hannich*, Caroline (Hrsg.), Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, ZPO, ZVG, Nebengesetze, Europäische Regelungen, Kosten, Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2021, zit.: Kindl/Meller-Hannich/*Bearbeiter*, Zwangsvollstreckung, 4. Aufl. 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kirsch, Hanno (Hrsg.), Rechnungslegung, Textsammlung, Einführung, Kommentierung, 2. Auflage, 128. Ergänzungslieferung, Juni 2024, Bonn 1994, zit.: Kirsch/*Bearbeiter*, Rechnungslegung Kommentar, 128. EL Juni 2024.

Klein, Martin, Projektfinanzierung, ertragsorientierte Kredite und Kreditsicherungspflichten (Covenants) unter deutschem Recht, Baden-Baden 2004, zugl. Universität Hamburg, Diss. 2004, zit.: *Klein*, Projektfinanzierung, 2004.

Kleindiek, Detlef, Das reformierte Recht der Gesellschafterdarlehen – eine Zwischenbilanz, ZGR 2017, 731–758.

Klimke, Dominik, Die Vertragsübernahme, Tübingen 2010, zugl. Freie Universität Berlin, Habil. 2008/2009, zit.: *Klimke*, Vertragsübernahme, 2010.

Kloepfer, Michael, Informationsrecht, München 2002, zit.: *Kloepfer*, Informationsrecht, 2002.

Klöhn, Lars / *Brellochs*, Michael / *Schmolke*, Klaus Ulrich / *Semrau*, Stephan (Hrsg.), Marktmissbrauchsverordnung, Verordnung (EU) Nr. 596/2014 über Marktmissbrauch, 2. Auflage, München 2023, zit.: Klöhn/*Bearbeiter*, MAR, 2. Aufl. 2023.

Klüwer, Arne / *Meister*, Matthias, Frage der Wirkung des Bundesdatenschutzgesetzes als Verbotsgesetz in Bezug auf die Abtretung von Forderungen; Frage der Wirkung des Bankgeheimnisses als stillschweigendes Abtretungsverbot, Anmerkung zu OLG Celle, Urt. v. 10.9.2003 – 3 U 137/03; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 25.5.2004 – 8 U 84/04, WuB I B 3, Bankgeheimnis/ -auskunft, 1.04, 2004, 721–726.

–: Forderungsabtretung und Bankgeheimnis, WM 2004, 1157–1163.

Knof, Béla, Modernisierung des GmbH-Rechts an der Schnittstelle zum Insolvenzrecht – Zukunft des Eigenkapitalersatzrechts, ZInsO 2007, 125–133.

Knops, Kai-Oliver, Die „weite" Sicherungszweckerklärung des persönlich schuldenden Eigentümers in der AGB-Kontrolle, ZIP 2006, 1965–1972.

–: Kreditnehmerschutz bei der Verbriefung von Forderungen, WM 2008, 2185–2194.

–: Neuregelungen zum Kredithandel durch das Risikobegrenzungsgesetz: Kein großer Wurf, VuR 2009, 286–295.

Knops, Kai-Oliver / *Bamberger*, Heinz Georg / *Lieser*, Jens (Hrsg.), Recht der Sanierungsfinanzierung, 2. Auflage, Berlin 2019, zit.: Knops/Bamberger/Lieser/*Bearbeiter*, Recht der Sanierungsfinanzierung, 2. Aufl. 2019.

Koa, Kenny, Gläubiger ohne Risiko, Der Empty Creditor im deutschen Insolvenzrecht, Baden-Baden 2020, zugl. Humboldt-Universität zu Berlin, Diss. 2019, zit.: *Koa*, Gläubiger ohne Risiko, 2020.

Koberstein-Windpassinger, Carmen, Wahrung des Bankgeheimnisses bei Asset-Backed Securities-Transaktionen, WM 1999, 473–482.

Koch, Jens, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 53, Aktiengesetz, 18. Auflage, München 2024, zit.: *J. Koch*, AktG, 18. Aufl. 2024.

Koch, Raphael, Der Schutz des Eigenheims vor den Finanzinvestoren – Die Neuregelungen zur Verbesserung des Schuldner- und Verbraucherschutzes bei der Abtretung und beim Verkauf von Krediten auf dem Prüfstand, ZBB 2008, 232–238.

–: Keine AGB-Kontrolle einer formularmäßigen Vollstreckungsunterwerfung im Klauselerinnerungsverfahren, Anmerkung zu: BGH, Beschl. v. 16.4.2009 – VII ZB 62/08, EWiR 2009, 359 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Koch, Robert, Abtretbarkeit von Darlehensforderungen im Lichte des AGB-Rechts, BKR 2006, 182–192.

Kocher, Dirk / *Widder*, Stefan, Ad-hoc-Publizität in Unternehmenskrise und Insolvenz, NZI 2010, 925–932.

Koenig, Ulrich (Hrsg.), Abgabenordnung, §§ 1 bis 368, Kommentar, 3. Auflage, München 2014, zit.: Koenig/*Bearbeiter*, AO, 3. Aufl. 2014.

Kögler, Antonia, Verschnaufpause am Schuldscheinmarkt, Finance – November/Dezember 2022, 58.

Köhler, Helmut, Vertragliche Unterlassungspflichten, AcP 190 (1990), 496–537.

–: BGB Allgemeiner Teil, 47. Auflage, München 2023, zit.: *Köhler*, BGB AT, 47. Aufl. 2023.

Köhler, Helmut / *Bornkamm*, Joachim / *Feddersen*, Jörn, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 13a, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, GeschGehG, PAngV, UKlaG, DL-InfoV, P2B-VO, VDuG, 42. Auflage, München 2024, zit.: Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Bearbeiter*, UWG, 42. Aufl. 2024.

Koller, *Ingo* / *Kindler*, Peter / *Drüen*, Klaus-Dieter, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 10. Auflage, München 2023, zit.: Koller/Kindler/Drüen/*Bearbeiter*, HGB, 10. Aufl. 2023.

Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1–75 AktG, 3. Auflage, hrsg. v. Wolfgang Zöllner und Ulrich Noack, Köln 2011, zit.: KöKo AktG/*Bearbeiter*, Bd. 1, 3. Aufl. 2011.

–: Band 4/1, §§ 179–191 AktG, 3. Auflage, hrsg. v. Wolfgang Zöllner und Ulrich Noack, Köln 2017–2020, zit.: KöKo AktG/*Bearbeiter*, Bd. 4/1, 3. Aufl. 2017–2020.

Kölner Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1, §§ 1–55 InsO, hrsg. v. Harald Hess, Köln 2016, zit.: KöKo InsO/*Bearbeiter*, Bd. 1, 2016.

Kölner Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 2. Auflage, hrsg. v. Barbara Dauner-Lieb, Dieter Leuering und Hans-Ulrich Wilsing, Köln 2024, zit.: KöKo UmwG/*Bearbeiter*, 2. Aufl. 2024.

Kölner Kommentar zum WpÜG, mit AngebVO, 3. Auflage, hrsg. v. Heribert Hirte, Christoph Seibt, Sebastian Mock und Simon Schwarz, Hürth 2022, zit.: KöKo WpÜG/*Bearbeiter*, 3. Aufl. 2022.

Königreich Bayern, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern. Theil I. Hauptstück… Von den Rechtsgeschäften. Theil II. Recht der Schuldverhältnisse, München 1861, zit.: *Kgr. Bayern*, Entw.-BGB, 1861.

–: Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern. (Fortsetzung.), München 1864, zit.: *Kgr. Bayern*, Entw.-BGB, Fortsetzung, 1864.

Koppensteiner, Hans-Georg, GmbH-rechtliche Probleme des Management Buy-Out, ZHR 155 (1991), 97–119.

Korch, Stefan, Leistungs- und Schutzpflichten – Ein Beitrag zur dogmatischen Erfassung des § 241 Abs. 2 BGB, ZfPW 2020, 189–219.

Koser, Stefan / *Werner-Jensen*, Alma, Unwirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung bei weiter Syndizierungsabrede, Anmerkung zu: LG Hamburg, Beschl. v. 9.7.2008 – 318 T 183/07, BKR 2008, 340 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Koziol, Helmut, Glanz und Elend der deutschen Zivilrechtsdogmatik, Das deutsche Zivilrecht als Vorbild für Europa?, AcP 212 (2012), 1–62.

Kramme, Malte Friedrich, Der Konflikt zwischen dem Bankgeheimnis und Refinanzierungsabtretungen, Deutschland – Frankreich – Schweiz, Tübingen 2014, zugl. Universität Bayreuth, Diss. 2013, zit.: *Kramme*, Bankgeheimnis, 2014.

Krause, Nils, Debt-Equity Swaps, in: Distressed Mergers & Acquisitions, Kauf und Verkauf von Unternehmen in der Krise, 2. Auflage, hrsg. v. Christoph Bauer und Jens-Eric von Düsterlho, Wiesbaden 2016, 119–150, zit.: *Krause*, Distressed M&A, 2. Aufl. 2016.

Krepold, Hans-Michael / *Kropf*, Christian, Vorfälligkeitsentschädigung als Grundlage des deutschen Pfandbriefsystems, WM 2015, 1–14.

Kresser, Matthias, Debt-equity-swaps im Insolvenzplanverfahren de lege ferenda, ZInsO 2010, 1409–1418.

Kristen, Sebastian / *Kreppel*, Ulf, NPL-Transaktionen aus Sicht des Verkäufers – Risiken und Lösungsansätze, BKR 2005, 123–134.

Krolop, Kaspar, Zur Anwendung der MoMiG-Regelungen zu Gesellschafterdarlehen auf gesellschaftsfremde Dritte, Von der Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters zur Risikoübernahmeverantwortung des Risikokapitalgebers?, GmbHR 2009, 397–405.

Krüger, Stefan, Wirksamkeit der Abtretung von Darlehensforderungen durch eine Sparkasse, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 27.10.2009 – XI ZR 225/08, EWiR 2010, 97 f.

Kruschwitz, Lutz / *Lorenz*, Daniela, Investitionsrechnung, 15. Auflage, Berlin/Boston 2019, zit.: *Kruschwitz/Lorenz*, Investitionsrechnung, 15. Aufl. 2019.

Kübel, Franz Philipp von, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Buch. Recht der Schuldverhältnisse. I. Allgemeiner Theil mit Begründung. Berlin, 1882, in: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, Allgemeiner Teil, hrsg. v. Werner Schubert, Berlin/New York 1980, zit.: *von Kübel*, Entw.-Schuldrecht AT v. 1882, 1980.

Kübler, Bruno M. / *Prütting*, Hanns / *Bork*, Reinhard / *Jacoby*, Florian (Hrsg.), InsO, Kommentar zur Insolvenzordnung, Band I, 100. Lieferung, Juni 2024, Köln 2024, zit.: KPB/*Bearbeiter*, InsO, Bd. I, 100. Lfg. Juni 2024.

Kühbacher, Uli, Darlehen an Konzernunternehmen, Besicherung und Vertragsanpassung, Berlin 1993, zugl. Technische Hochschule zu Darmstadt, Diss. 1992, zit.: *Kühbacher*, Darlehen an Konzernunternehmen, 1993.

Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München 2017, zit.: *Kühl*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017.

Kuhlwein, Nils von / *Richthammer*, Michael, Distressed Debt in Deutschland aus Sicht der Banken, in: Gestärkt aus der Krise, Unternehmensfinanzierung in und nach der Restrukturierung, hrsg. v. Michael Blatz, Karl-J. Kraus und Sascha Haghani, Berlin/Heidelberg 2006, 83–98, zit.: *Kuhlwein/Richthammer*, Gestärkt aus der Krise, 2006.

Kühne, Joachim, Kapitalersatz und Konsortialkredite – Insolvenzausfallrisiko für Konsortialführer und Konsorten, NZI 2007, 560–566.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kührt, Johannes, Die Insolvenz als veröffentlichungspflichtige Insiderinformation, BKR 2022, 502–508.

Kumpan, Christoph, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, Eine Untersuchung zur Fremdinteressenwahrung und Unabhängigkeit, Tübingen 2014, zugl. Universität Hamburg, Habil. 2013, zit.: *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014.

–: Die Europäische Kapitalmarktunion und ihr Fokus auf kleinere und mittlere Unternehmen, ZGR 2016, 2–35.

–: Europäische Kapitalmarktunion – marktorientierte Regulierung zur Bewältigung von Krisenfolgen, in: Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht in der Krise, hrsg. v. Jens-Hinrich Binder und Georgios Psaroudakis, Tübingen 2018, 291–308, zit.: *Kumpan*, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht in der Krise, 2018.

Kümpel, Siegfried, Persönliche Haftung und Vollstreckungsunterwerfung bei Grundpfandrechten und das AGB-Gesetz, WM 1978, 746–752.

Kümpel, Siegfried (Begr.) / *Mülbert*, Peter O. / *Früh*, Andreas / *Seyfried*, Thorsten (Hrsg.), Bankrecht und Kapitalmarktrecht, 6. Auflage, Köln 2022, zit.: Kümpel/*Bearbeiter*, Bank- u. KapMR, 6. Aufl. 2022.

Kuna, Heiner, Der gesellschaftergleiche Dritte im Recht der Gesellschafterfinanzierung – Entsprechungsklausel des § 39 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO, Zugleich Anmerkungen zu den Entscheidungen des OLG Thüringen vom 18.11.2015 – 1 U 503/15 und des OLG Koblenz vom 26.1.2016 – 3 U 891/15, GmbHR 2016, 284–288.

Kusserow, Berthold / *Dittrich*, Kurt, Rechtsprobleme bei Asset-Backed Securities-Transaktionen deutscher Kreditinstitute unter besonderer Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Aspekte, WM 1997, 1786–1796.

–: Die Begebung von High Yield-Anleihen unter deutschem Recht, WM 2000, 745–761.

Lackner, Karl / *Kühl*, Kristian / *Heger*, Martin, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Auflage, München 2023, zit.: Lackner/Kühl/Heger/*Bearbeiter*, StGB, 30. Aufl. 2023.

Laier, Matthias, Abtretung von Darlehensforderungen durch eine Sparkasse wirksam, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 27.10.2009 – XI ZR 225/08, GWR 2009, 467 f.

Lang, Volker, Nichtigkeit der Abtretung einer Darlehensforderung samt Bürgschaft an Geschäftskonkurrenten des Darlehensnehmers, Anmerkung zu: LG Lüneburg, Urt. v. 11.2.2003 – 3 O 141/02, EWiR 2003, 309 f.

–: Inhalt, Umfang und Reichweite des Bankgeheimnisses, ZBB 2006, 115–128.

Langenbucher, Katja, Anmerkung zu OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 25.5.2004 – 8 U 84/04, BKR 2004, 333 f.

–: Kredithandel nach dem Risikobegrenzungsgesetz, NJW 2008, 3169–3173.

Langenbucher, Katja / *Bliesener*, Dirk H. / *Spindler*, Gerald (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar, 3. Auflage, München 2020, zit.: L/B/S/*Bearbeiter*, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020.

Langheid, Theo / *Rixecker*, Roland, Versicherungsvertragsgesetz, mit Einführungsgesetz und VVG-Informationspflichtenverordnung, Kommentar, 7. Auflage, München 2022, zit.: Langheid/Rixecker/*Bearbeiter*, VVG, 7. Aufl. 2022.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Längsfeld, Alexander M. H. / *Lürken*, Sacha, Financial Institutions und Finanzinstitute – Zur Auslegung von Übertragungsvorschriften in Kreditverträgen, WM 2019, 999–1006.

Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987, zit.: *Larenz*, Schuldrecht, Bd. 1, 14. Aufl. 1987.

–: Zweiter Band, Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Auflage, München 1986, zit.: *Larenz*, Schuldrecht, Bd. II/1, 13. Aufl. 1986.

–: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin/Heidelberg 1991, zit.: *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991.

Larenz, Karl (Begr.) / *Canaris*, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage, München 1994, zit.: *Larenz/Canaris*, Schuldrecht, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994.

–: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg 1995, zit.: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995.

Laux, Helmut / *Gillenkirch*, Robert M. / *Schenk-Mathes*, Heike Y., Entscheidungstheorie, 10. Auflage, Berlin 2018, zit.: *Laux/Gillenkirch/Schenk-Mathes*, Entscheidungstheorie, 10. Aufl. 2018.

Leenen, Detlef / *Häublein*, Martin, BGB Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin/Boston 2021, zit.: *Leenen/Häublein*, BGB AT, 3. Aufl. 2021.

Lehmann, Heinrich / *Hübner*, Heinz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Auflage, Berlin 1966, zit.: *Lehmann/Hübner*, BGB AT, 16. Aufl. 1966.

Lehmann, Matthias, Die Änderungen im Darlehens- und Grundschuldrecht durch das Risikobegrenzungsgesetz, ZGS 2009, 214–221.

Lehmann, Matthias / *Wancke*, Anselm-Leander, Abtretung von Darlehensforderungen und Datenschutz – Neues zu einer problematischen Beziehung, Teil I, WM 2019, 613–620.

–: Abtretung von Darlehensforderungen und Datenschutz – Neues zu einer problematischen Beziehung, Teil II, WM 2019, 665–671.

Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Großkommentar, Dritter Band, §§ 32 bis 37, 13. Auflage, hrsg. v. Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan et al., Berlin/Boston 2019, zit.: LK/*Bearbeiter*, StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019.

–: Strafgesetzbuch, Großkommentar, Zehnter Band, §§ 174 bis 210, 13. Auflage, hrsg. v. Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan et al., Berlin/Boston 2023, zit.: LK/*Bearbeiter*, StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023.

Lendermann, Urs Benedikt, Darlehensveräußerungen durch Banken, Ein Beitrag zum Schuldner-, Daten- und Funktionsschutz, Berlin 2012, zugl. Universität Zürich, Diss. 2011, zit.: *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken, 2012.

Lerche, Niklas / *Plank*, Leo, Anleihegläubiger, in: Stakeholder Management in der Restrukturierung, Perspektiven und Handlungsfelder, 2. Auflage, hrsg. v. Michael Baur, Jan Kantowsky und Axel Schulte, Wiesbaden 2015, 177–204, zit.: *N. Lerche/Plank*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015.

Lerche, Peter, Bankgeheimnis – verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen, ZHR 149 (1985), 165–176.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lettl, Tobias, Akzessorietät contra Sicherungszweck – Rechtsfragen bei der Gestaltung von Bürgschaftserklärungen, WM 2000, 1316–1326.

–: Die Wirksamkeit der Abtretung einer Geldforderung trotz wirksamen Abtretungsverbots nach § 354a HGB, JA 2010, 109–112.

–: Handelsrecht, ein Studienbuch, 4. Auflage, München 2018, zit.: *Lettl*, HandelsR, 4. Aufl. 2018.

Leuschner, Lars, Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle, Weshalb M&A-Verträge nicht der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. AGB unterliegen, AcP 207 (2007), 491–529.

Leuschner, Lars (Hrsg.), AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Kommentar zu den §§ 305–310 BGB mit Klauselteil, Erläuterungen zur Rechtswahl und Länderberichten, München 2021, zit.: Leuschner/*Bearbeiter*, AGB-Recht, 2021.

Levitin, Adam J., Bankruptcy Markets: Making Sense of Claims Trading, 4 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. (2009), 67–112.

Levy, Ernst, Weströmisches Vulgarrecht, Das Obligationenrecht, Weimar 1956, zit.: *Levy*, Weströmisches Vulgarrecht, 1956.

Li, Kai / *Wang*, Wei, Debtor-in-possession financing, loan-to-loan, and loan-to-own, 39 J. Corp. Fin. (2016), 121–138.

Liebs, Rüdiger, Die unbeschränkbare Verfügungsbefugnis, AcP 175 (1975), 1–43.

Lieder, Jan, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, Eine methodenpluralistische Grundlagenuntersuchung zum deutschen Zivilrecht und Zivilprozessrecht sowie zum Internationalen und Europäischen Privatrecht, Tübingen 2015, zugl. Friedrich-Schiller-Universität Jena, Habil. 2013, zit.: *Lieder*, Sukzession, 2015.

–: Die rechtsgeschäftliche Nachfolge in Gesellschaftsanteile – Grundsatzfragen und aktuelle Probleme der Verfügung über Anteile an Personengesellschaften, ZfPW 2016, 205–232.

–: Die Übertragung von Bankdarlehen, transfer of bank loans, TFM 2017, 83–102.

Liesecke, Rudolf, Das Bankguthaben in Gesetzgebung und Rechtsprechung, WM 1975, 238–248.

Lieth, Oliver, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05, BKR 2007, 198–200.

Linde, von, Beiträge zur rechtlichen Beurtheilung des Verkehrs mit Staatspapieren, Fortsetzung der im B. II h. 3 Nr. XIV abgebrochenen Abhandlung, Zeitschr. f. Zivilr. u. Proz. 3 (1830), 15–30.

Lindemeier, Jörg, Unterwerfungserklärung durch Bevollmächtigte und § 79 ZPO bzw. § 13 FGG – ein Beispiel für Prozesshandlungen außerhalb eines streitigen Prozessrechtsverhältnisses, RNotZ 2009, 37–46.

Lindner-Figura, Jan / *Oprée*, Frank / *Stellmann*, Frank (Hrsg.), Handbuch Geschäftsraummiete, 5. Auflage, München 2023, zit.: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/*Bearbeiter*, HdB. Geschäftsraummiete, 5. Aufl. 2023.

Lischek, Jan / *Mahnken*, Volker, Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmen und AGB – Anmerkungen aus der Sicht der Praxis, ZIP 2007, 158–163.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Löbbe, Marc, Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten des Debt Equity Swap, in: Liber amicorum für Martin Winter, hrsg. v. Michael Hoffmann-Becking, Uwe Hüffer und Jochem Reichert, Köln 2011, 423–446, zit.: *Löbbe*, Liber amicorum Winter, 2011.

Lodigkeit, Klaus, Die Entwicklung des Abtretungsverbotes bis zum § 354a HGB, Münster 2004, zugl. Universität Hamburg, Diss. 2003, zit.: *Lodigkeit*, Die Entwicklung des Abtretungsverbotes, 2004.

Looschelders, Dirk, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 21. Auflage, München 2023, zit.: *Looschelders*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2023.

–: Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Auflage, München 2024, zit.: *Looschelders*, Schuldrecht BT, 19. Aufl. 2024.

Lorenz, Stephan, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?, NJW 2002, 2497–2505.

Löwe, Walter, Keine Inhaltskontrolle von Tilgungsverrechnungsklauseln beim Annuitätendarlehen?, NJW 1987, 937–940.

Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Zweiter Band, §§ 48–93, 27. Auflage, hrsg. v. Jörg-Peter Becker, Volker Erb, Robert Esser et al., Berlin/Boston 2018, zit.: Löwe-Rosenberg/*Bearbeiter*, StPO, Bd. 2, 27. Aufl. 2018.

Luig, Klaus, Zur Geschichte der Zessionslehre, Köln/Graz 1966, zugl. Georg-August-Universität Göttingen, Diss. 1963, zit.: *Luig*, Geschichte der Zessionslehre, 1966.

–: Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht, Goldbach 1998, zit.: *Luig*, Römisches Recht, Naturrecht, Nationales Recht, 1998.

–: Rezension: Bruno Huwiler, Der Begriff der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht, SZGerm 93 (1976), 487–494.

Lutter, Marcus (Begr.) / *Bayer*, Walter / *Vetter*, Jochen (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Kommentar, mit MgVG, MgFSG, SpruchG, Systematische Darstellung des Umwandlungssteuerrechts und der Umwandlungsmaßnahmen im Insolvenzplan, Band I, §§ 1–173, 7. Auflage, Köln 2024, zit.: Lutter/*Bearbeiter*, UmwG, Bd. 1, 7. Aufl. 2024.

Lutter, Marcus / *Hommelhoff*, Peter, GmbH-Gesetz, Kommentar, 16. Auflage, Köln 2004, zit.: Lutter/Hommelhoff/*Bearbeiter*, GmbHG, 16. Aufl. 2004.

–: GmbH-Gesetz, Kommentar, 20. Auflage, Köln 2020, zit.: Lutter/Hommelhoff/*Bearbeiter*, GmbHG, 20. Aufl. 2020.

Lützenrath, Christian / *Peppmeier*, Kai / *Schuppener*, Jörg, Bankstrategien für Unternehmenssanierungen, Erfolgskonzepte zur Früherkennung und Krisenbewältigung, 2. Auflage, Wiesbaden 2006, zit.: *Lützenrath*/*Peppmeier*/*Schuppener*, Bankstrategien für Unternehmenssanierungen, 2. Aufl. 2006.

Luz, Günther / *Neus*, Werner / *Schaber*, Mathias et al. (Hrsg.), KWG und CRR, Kommentar zu KWG, CRR, FKAG, SolvV, WuSolvV, GroMiKV, LiqV und weiteren aufsichtsrechtlichen Vorschriften, Teilband 1a, 4. Auflage, Stuttgart 2023, zit.: Luz/Neus/Schaber et al./*Bearbeiter*, KWG und CRR, Bd. 1a, 4. Aufl. 2023.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Madaus, Stephan, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, Die Zulässigkeit von Analogien zum Recht der Schuldübernahme und der Bürgschaft, Berlin 2001, zugl. Universität Rostock, Diss. 2000, zit.: *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, 2001.

–: Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten im neuen Schuldrecht, JURA 2004, 289–292.

–: Die Prospekthaftung, JURA 2006, 881–888.

–: Der Insolvenzplan, Von seiner dogmatischen Deutung als Vertrag und seiner Fortentwicklung in eine Bestätigungsinsolvenz, Tübingen 2011, zugl. Universität Rostock, Habil. 2010/2011, zit.: *Madaus*, Der Insolvenzplan, 2011.

–: Keine Reorganisation ohne die Gesellschafter, Von den Grenzen der Gläubigermacht in der Insolvenz, ZGR 2011, 749–775.

–: Umwandlungen als Gegenstand eines Insolvenzplans nach dem ESUG, Zugleich eine Untersuchung der Grenzen der gesellschaftsrechtlichen Regelungsmacht des neuen Insolvenzplans, ZIP 2012, 2133–2139.

–: Schutzschirme für streitende Gesellschafter? Die Lehren aus dem Suhrkamp-Verfahren für die Auslegung des neuen Insolvenzrechts, ZIP 2014, 500–508.

–: Schulden, Entschuldung, Jubeljahre – vom Wandel der Funktion des Insolvenzrechts, JZ 2016, 548–556.

–: Europäische Ideen für einen präventiven Restrukturierungsrahmen und Handlungsspielräume für das deutsche Recht, in: Unternehmensrestrukturierung im Umbruch?!, Europäische und internationale Herausforderungen, hrsg. v. Werner F. Ebke, Christopher Seagon und Michael Blatz, Baden-Baden 2017, 43–70, zit.: *Madaus*, Unternehmensrestrukturierung im Umbruch?!, 2017.

–: Die Vorgaben der EU-Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen an den deutschen Gesetzgeber, Handlungsspielräume und -grenzen, DB 2019, 592–598.

–: Der Funken des StaRUG zündet – die Restrukturierung ausländischer Forderungen in Deutschland bei Spark Networks, Zugleich Besprechung von AG Berlin-Charlottenburg, NZI 2024, 225, NZI 2024, 193–195.

Maier, Georg H., Zur Geschichte der Zession, in: Festschrift für Ernst Rabel, Band II, Geschichte der antiken Rechte und allgemeine Rechtslehre, hrsg. v. Wolfgang Kunkel und Julius Wolff, Tübingen 1954, 205–233, zit.: *Maier*, FS Rabel, Bd. II, 1954.

Maier-Reimer, Georg / *Niemeyer*, Christoph, Unternehmenskaufvertrag und AGB-Recht, NJW 2015, 1713–1719.

Majic, Maximilian, Covenants und Insolvenz, Risiken covenant-gesicherter Kreditgeber im Falle der Insolvenz des Kreditnehmers, Berlin/Boston 2013, zugl. Christian-Albrechts-Universität Kiel, Diss. 2012, zit.: *Majic*, Covenants, 2013.

Manz, Caspar, Resolvtio qvaestionis an nomina, chirographa, vel instrumenta obligationum, salva lege Anastasiana, minori pretio cedi & redimi, ijsque redemptis actiones in solidum, an vero juxta concurrentem duntaxat quantitatem exerceri possint? Adjecto responso juris, et explicatione legis Anastasianæ, Erffurt 1653, zit.: *Manz*, Interpretatio legis Anastasianæ, 1653.

Matt, Holger / *Renzikowski*, Joachim (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Auflage, München 2020, zit.: Matt/Renzikowski/*Bearbeiter*, StGB, 2. Aufl. 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Matthiae, C., Controversen-Lexikon des römischen Civilrechts, Ein Hülfsbuch für praktische Juristen derjenigen Länder, in welchen römisches Recht gilt, Leipzig 1856, zit.: *Matthiae*, Controversen-Lexikon, 1856.

Maulbetsch, Hans-Christoph / *Klumpp*, Axel / *Rose*, Klaus-Dieter (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, 2. Auflage, Heidelberg 2017, zit.: Maulbetsch/Klumpp/Rose/*Bearbeiter*, UmwG, 2. Aufl. 2017.

Maurer, Frank, Die rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme, BWNotZ 2005, 114–125.

Mayer, Dieter, Spaltungsbremse?, Ein Vorschlag zur sachgerechten Auslegung des § 132 UmwG, GmbHR 1996, 403–413.

Mayer, Hans-Jochem / *Kroiß*, Ludwig (Hrsg.), Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, mit Streitwertkommentar und Tabellen, Handkommentar, 8. Auflage, Baden-Baden 2021, zit.: Mayer/Kroiß/*Bearbeiter*, HK-RVG, 8. Aufl. 2021.

Mazza, Francesca, Kausale Schuldverträge: Rechtsgrund und Kondizierbarkeit, Tübingen 2002, zugl. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Diss. 2001, zit.: *Mazza*, Kausale Schuldverträge, 2002.

Medicus, Dieter, Durchblick: Die Akzessorietät im Zivilrecht, JuS 1971, 497–504.

–: Zur Anwendbarkeit des Allgemeinen Schuldrechts auf Schutzpflichten, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, hrsg. v. Andreas Heldrich, Jürgen Prölss, Ingo Koller et al., München 2007, 835–855, zit.: *Medicus*, FS Canaris, Bd. I, 2007.

Medicus, Dieter (Begr.) / *Lorenz*, Stephan, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 22. Auflage, München 2021, zit.: *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 22. Aufl. 2021.

–: Schuldrecht II, Besonderer Teil, Ein Studienbuch, 18. Auflage, München 2018, zit.: *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht BT, 18. Aufl. 2018.

Medicus, Dieter / *Petersen*, Jens, Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 29. Auflage, München 2023, zit.: *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023.

Meincke, Eberhard / *Hingst*, Kai-Michael, Der Kreditbegriff im deutschen Recht – de lege lata und de lege ferenda, WM 2011, 633–640.

Meiners, Gerd / *Reifert*, Thomas, Charakteristika und Stakeholder auf dem Markt für finanzielle Restrukturierungen, in: Financial Restructuring, Sanierung von Unternehmenskrediten durch Debt Equity Swaps und Treuhandlösungen, hrsg. v. Thomas Reifert, Stuttgart 2011, 24–36, zit.: *Meiners/Reifert*, Financial Restructuring, 2011.

Merenda, Antonio, controversiarvm ivris, libri sex, Francofvrti 1626, zit.: *Merenda*, Controversiarvm, 1626.

Merkel, Helmut, Die Negativklausel: Recht und Praxis einer schuldrechtlichen Sicherungsvereinbarung, Berlin 1985, zugl. Technische Hochschule zu Darmstadt, Diss. 1984, zit.: *Merkel*, Negativklausel, 1985.

Merkner, Andreas / *Sustmann*, Marco, Vorbei mit dem unbemerkten Anschleichen an börsennotierte Unternehmen?, NZG 2010, 681–688.

Merten, Detlef / *Papier*, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V, Heidelberg 2013, zit.: Merten/Papier/*Bearbeiter*, Grundrechte, Bd. V, 2013.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Metze, Fredrik / *Westpfahl*, Lars, Hedgefonds und Distressed-Debt-Investoren, in: Stakeholder Management in der Restrukturierung, Perspektiven und Handlungsfelder, 2. Auflage, hrsg. v. Michael Baur, Jan Kantowsky und Axel Schulte, Wiesbaden 2015, 97–133, zit.: *Metze/Westpfahl*, Stakeholder Management, 2. Aufl. 2015.

Meyer, André, Die Regelung der Sicherungsgrundschuld in § 1192 Abs. 1a BGB – ein nicht durchdachter Schnellschuss des Gesetzgebers, WM 2010, 58–65.

Meyer, Andreas / *Veil*, Rüdiger / *Rönnau*, Thomas (Hrsg.), Handbuch zum Marktmissbrauchsrecht, 2. Auflage, München 2023, zit.: Meyer/Veil/Rönnau/*Bearbeiter*, HdB. MarktmissbrauchsR, 2. Aufl. 2023.

Meyer, Olaf, Contra Proferentem? Klares und weniger Klares zur Unklarheitenregel, ZHR 174 (2010), 108–143.

Michaels, Ralf, Sachzuordnung durch Kaufvertrag, Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht, Berlin 2002, zugl. Universität Passau, Diss. 2000, zit.: *Michaels*, Sachzuordnung durch Kaufvertrag, 2002.

Michalski, Lutz (Begr.) / *Heidinger*, Andreas / *Leible*, Stefan / *Schmidt*, Jessica (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band I, Systematische Darstellungen, §§ 1–34 GmbHG, 3. Auflage, München 2017, zit.: MHLS/*Bearbeiter*, GmbHG, Bd. I, 3. Aufl. 2017.

–: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band I, Systematische Darstellungen, §§ 1–34 GmbHG, 4. Auflage, München 2023, zit.: MHLS/*Bearbeiter*, GmbHG, Bd. I, 4. Aufl. 2023.

Miethaner, Tobias, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, Zweck und Grenzen der Inhaltskontrolle vorformulierter Klauseln, Tübingen 2010, zugl. Universität Regensburg, Diss. 2008/2009, zit.: *Miethaner*, AGB-Kontrolle, 2010.

Mittelstädt, Morten, Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, Eine Kritik des herrschenden Methodendualismus, Tübingen 2016, zugl. Bucerius Law School Hamburg, Diss. 2016, zit.: *Mittelstädt*, Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, 2016.

Mittendorfer, Roland, Praxishandbuch Akquisitionsfinanzierung, Erfolgsfaktoren fremdfinanzierter Unternehmensübernahmen, Wiesbaden 2007, zit.: *Mittendorfer*, Akquisitionsfinanzierung, 2007.

Möhlenkamp, Andreas, Besteht ein ersatzfähiger Schaden durch Verletzung des Bankgeheimnisses?, BB 2007, 1126–1128.

–: Flucht nach vorn in die Insolvenz – funktioniert Suhrkamp?, Zugleich Besprechung LG Frankfurt, Urt. v. 10.9.2013, und OLG Frankfurt, Beschl. v. 1.10.2013, BB 2013, 2828–2831.

Möller, Thilo / *Rupietta*, Dirk, Abtretungsverbote in Gewerbemietverträgen, NZM 2009, 225 f.

Möllers, Thomas M. J., Die Haftung der Bank bei der Kreditkündigung, Ein Beitrag zu den Verhaltenspflichten der Banken bei der Kündigung von Krediten im deutschen und amerikanischen Recht, Berlin 1991, zugl. Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Diss. 1989, zit.: *Möllers*, Die Haftung der Bank bei der Kreditkündigung, 1991.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Morgen, Christoph (Hrsg.), StaRUG, Kommentar zum Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen, 2. Auflage, Köln 2022, zit.: Morgen/*Bearbeiter*, StaRUG, 2. Aufl. 2022.

Mösinger, Daniel, OLG Frankfurt: Zur gesellschaftergleichen Stellung eines Dritten, GWR 2019, 33.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, Zweite unveränderte Auflage, Berlin 1896, zit.: *Mot.*, Bd. II, 2. Aufl. 1896.

Motzer, Stefan, Schutzpflichtverletzung und Leistungsunmöglichkeit, JZ 1983, 884–889.

Muckel, Stefan, Informationelle Selbstbestimmung bei der Abtretung von Forderungen, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 11.7.2007 – 1 BvR 1025/07, JA 2008, 552–554.

Mückl, Norbert, Der Debt-Equity-Swap als Sanierungsinstrument im Steuerrecht, FR 2009, 497–506.

Mugdan, Benno (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899, zit.: *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899.

–: III. Band, Sachenrecht, Berlin 1899, zit.: *Mugdan*, Materialien, Bd. III, 1899.

Mühlenbruch, Christian Friedrich, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, Nach den Grundsätzen des Römischen Rechts, 3. Auflage, Greifswald 1836, zit.: *Mühlenbruch*, Cession, 3. Aufl. 1836.

Mülbert, Peter O., Das verzinsliche Darlehen: Konsensualvertrag statt Realkontrakt – oder: synallagmatisches Entgelt statt akzessorischer Zinsen, AcP 192 (1992), 447–515.

Müller, Hans-Friedrich, Der Debt-Equity-Swap als Sanierungsinstrument, KSzW 2013, 65–69.

Müller, Klaus J., Spaltung nach dem Umwandlungsgesetz und Übergang von Verträgen mit Abtretungsbeschränkungen, BB 2000, 365–368.

–: Neues zur Spaltung: die geplante Streichung von §§ 131 I Nr. 1 S. 2, 132 UmwG, NZG 2006, 491–493.

Müller-Stewens, Günter / *Kunisch*, Sven / *Binder*, Andreas (Hrsg.), Mergers & Acquisitions, Handbuch für Strategen, Analysten, Berater und Juristen, 2. Auflage, Stuttgart 2016, zit.: Müller-Stewens/Kunisch/Binder/*Bearbeiter*, M&A, 2. Aufl. 2016.

Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 4. Auflage, hrsg. v. Matthias Schüppen und Bernhard Schaub, München 2024, zit.: MAH AktienR/*Bearbeiter*, 4. Aufl. 2024.

Münchener Anwaltshandbuch Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Auflage, hrsg. v. Ines Karper, Andreas Fandrich und Hervé Edelmann, München 2024, zit.: MAH BankR/*Bearbeiter*, 3. Aufl. 2024.

Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 5. Auflage, hrsg. v. Volker Römermann, München 2023, zit.: MAH GmbHR/*Bearbeiter*, 5. Aufl. 2023.

Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, 4. Auflage, hrsg. v. Jörg Nerlich, Georg Kreplin und Holger Rhode, München 2023, zit.: MAH Insolvenz/*Bearbeiter*, 4. Aufl. 2023.

Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, 4. Auflage, hrsg. v. Hans Gummert, München 2023, zit.: MAH PersGesR/*Bearbeiter*, 4. Aufl. 2023.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, EWIV, 6. Auflage, hrsg. v. Hans Gummert und Carsten Schäfer, München 2024, zit.: MHdB GesR/*Bearbeiter*, Bd. 1, 6. Aufl. 2024.

–: Band 2, Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft, 6. Auflage, hrsg. v. Hans Gummert und Carsten Schäfer, München 2024, zit.: MHdB GesR/*Bearbeiter*, Bd. 2, 6. Aufl. 2024.

–: Band 4, Aktiengesellschaft, 5. Auflage, hrsg. v. Michael Hoffmann-Becking, München 2020, zit.: MHdB GesR/*Bearbeiter*, Bd. 4, 5. Aufl. 2020.

–: Band 8, Umwandlungsrecht, Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, Steuerrecht, Bilanzrecht, Arbeitsrecht, Kartellrecht, Öffentliches Recht, 5. Auflage, hrsg. v. Jan Lieder, Cornelius Wilk und Nima Ghassemi-Tabar, München 2018, zit.: MHdB GesR/*Bearbeiter*, Bd. 8, 5. Aufl. 2018.

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1–75, 6. Auflage, hrsg. v. Wulf Goette, Mathias Habersack und Susanne Kalss, München 2024, zit.: MüKoAktG/*Bearbeiter*, Bd. 1, 6. Aufl. 2024.

Münchener Kommentar zum Anfechtungsgesetz, §§ 1–20, 2. Auflage, München 2022, verfasst v. Alexander Weinland, zit.: MüKoAnfG/*Weinland*, 2. Aufl. 2022.

Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, hrsg. v. Joachim Hennrichs, Detlef Kleindiek und Christoph Watrin, Band 2, Bilanzrecht, §§ 238–342e HGB, München 2013, zit.: MüKoBilanzR/*Bearbeiter*, Bd. 2, 2013.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1–240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 9. Auflage, hrsg. v. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, München 2021, zit.: MüKoBGB/*Bearbeiter*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021.

–: Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, 9. Auflage, hrsg. v. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, München 2022, zit.: MüKoBGB/*Bearbeiter*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022.

–: Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 4. Auflage, hrsg. v. Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker und Roland Rixecker, München 2003, zit.: MüKoBGB/*Bearbeiter*, Bd. 2a, 4. Aufl. 2003.

–: Band 3, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, 9. Auflage, hrsg. v. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, München 2022, zit.: MüKoBGB/*Bearbeiter*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022.

–: Band 4/2, Schuldrecht – Besonderer Teil I/2, §§ 481–534, Finanzierungsleasing, 9. Auflage, hrsg. v. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, München 2023, zit.: MüKoBGB/*Bearbeiter*, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023.

–: Band 5, Schuldrecht – Besonderer Teil II, §§ 535–630h, BetrKV, HeizkostenV, WärmeLV, EFZG, TzBfG, KSchG, MiLoG, 9. Auflage, hrsg. v. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, München 2023, zit.: MüKoBGB/*Bearbeiter*, Bd. 5, 9. Aufl. 2023.

–: Band 5/2, Schuldrecht – Besonderer Teil III/2, 7. Auflage, hrsg. v. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, München 2017, zit.: MüKoBGB/*Bearbeiter*, Bd. 5/2, 7. Aufl. 2017.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: Band 6, Sachenrecht, §§ 854–1296, WEG, ErbbauRG, 6. Auflage, hrsg. v. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker und Hartmut Oetker, München 2013, zit.: MüKoBGB/*Bearbeiter*, Bd. 6, 6. Aufl. 2013.

–: Band 6, Schuldrecht – Besonderer Teil III, §§ 631–704, 9. Auflage, hrsg. v. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, München 2023, zit.: MüKoBGB/*Bearbeiter*, Bd. 6, 9. Aufl. 2023.

–: Band 7, Schuldrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 9. Auflage, hrsg. v. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, München 2024, zit.: MüKoBGB/*Bearbeiter*, Bd. 7, 9. Aufl. 2024.

–: Band 8, Sachenrecht, §§ 854–1296, WEG, ErbbauRG, 9. Auflage, hrsg. v. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, München 2023, zit.: MüKoBGB/*Bearbeiter*, Bd. 8, 9. Aufl. 2023.

–: Band 12, Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–26), 9. Auflage, hrsg. v. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, München 2024, zit.: MüKoBGB/*Bearbeiter*, Bd. 12, 9. Aufl. 2024.

–: Band 13, Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50–253), 8. Auflage, hrsg. v. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, München 2021, zit.: MüKoBGB/*Bearbeiter*, Bd. 13, 8. Aufl. 2021.

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 4, Drittes Buch, Handelsbücher, §§ 238–342r HGB, 5. Auflage, hrsg. v. Ingo Drescher, Holger Fleischer und Karsten Schmidt, München 2024, zit.: MüKoHGB/*Bearbeiter*, Bd. 4, 5. Aufl. 2024.

–: Band 5, Viertes Buch, Handelsgeschäfte, Erster Abschnitt, Allgemeine Vorschriften, Zweiter Abschnitt, Handelskauf, Dritter Abschnitt, Kommissionsgeschäft, §§ 343–406, Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG, 4. Auflage, hrsg. v. Karsten Schmidt, München 2018, zit.: MüKoHGB/*Bearbeiter*, Bd. 5, 4. Aufl. 2018.

–: Band 5, Viertes Buch, Handelsgeschäfte, Erster Abschnitt, Allgemeine Vorschriften, Zweiter Abschnitt, Handelskauf, Dritter Abschnitt, Kommissionsgeschäft, §§ 343–406, CISG, 5. Auflage, hrsg. v. Ingo Drescher, Holger Fleischer und Karsten Schmidt, München 2021, zit.: MüKoHGB/*Bearbeiter*, Bd. 5, 5. Aufl. 2021.

–: Band 6, Bankvertragsrecht, Recht des Zahlungsverkehrs, Kapitalmarkt- und Wertpapiergeschäft, Ottawa Übereinkommen über Internationales Factoring, 5. Auflage, hrsg. v. Ingo Drescher, Holger Fleischer und Karsten Schmidt, München 2024, zit.: MüKoHGB/*Bearbeiter*, Bd. 6, 5. Aufl. 2024.

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1–37, 4. Auflage, hrsg. v. Volker Erb und Jürgen Schäfer, München 2020, zit.: MüKoStGB/*Bearbeiter*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020.

–: Band 4, §§ 185–262, 4. Auflage, hrsg. v. Volker Erb und Jürgen Schäfer, München 2021, zit.: MüKoStGB/*Bearbeiter*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021.

Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1, §§ 1–99, VVG-InfoV, 3. Auflage, hrsg. v. Theo Langheid und Manfred Wandt, München 2022, zit.: MüKoVVG/*Bearbeiter*, Bd. 1, 3. Aufl. 2022.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1, §§ 1–79, Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV), 4. Auflage, hrsg. v. Rolf Stürner, Horst Eidenmüller und Heinrich Schoppmeyer, München 2019, zit.: MüKoInsO/*Bearbeiter*, Bd. 1, 4. Aufl. 2019.

–: Band 3, §§ 217–359 (mit Art. 103a–110 EGInsO), Insolvenzsteuerrecht, 4. Auflage, hrsg. v. Rolf Stürner, Horst Eidenmüller und Heinrich Schoppmeyer, München 2020, zit.: MüKoInsO/*Bearbeiter*, Bd. 3, 4. Aufl. 2020.

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, §§ 355–954b, 6. Auflage, hrsg. v. Wolfgang Krüger und Thomas Rauscher, München 2020, zit.: MüKoZPO/*Bearbeiter*, Bd. 2, 6. Aufl. 2020.

–: Band 3, §§ 946–1120, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht, 6. Auflage, hrsg. v. Wolfgang Krüger und Thomas Rauscher, München 2022, zit.: MüKoZPO/*Bearbeiter*, Bd. 3, 6. Aufl. 2022.

Müntefering, Michael, Zivilrechtliche Schranken der partiellen Universalsukzession, Die Grenzen umwandlungsrechtlicher Spaltungsfreiheit bei der Überleitung von Verbindlichkeiten, subjektiven Rechten, Vertragsverhältnissen und Mitgliedschaften, Berlin 2003, zugl. Universität Konstanz, Diss. 2002, zit.: *Müntefering*, Zivilrechtliche Schranken der partiellen Universalsukzession, 2003.

Musielak, Hans-Joachim (Begr.) / *Voit*, Wolfgang (Hrsg.), Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 21. Auflage, München 2024, zit.: Musielak/Voit/*Bearbeiter*, ZPO, 21. Aufl. 2024.

Naujoks, Andreas / *Schönen*, Simone, Die Anpassung von Einzelbestimmungen in Finanzierungsverträgen nach dem StaRUG, ZRI 2021, 437–446.

Nefzger, Alexander, Entscheidungsanmerkung zu BGH, Urt. v. 6.7.2012 – V ZR 122/11, ZJS 2012, 821–825.

–: Vertragliche Abtretungsverbote, Berlin 2013, zugl. Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover, Diss. 2012, zit.: *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013.

Neumann-Duesberg, Horst, Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff. BGB, JZ 1952, 705–711.

Neuner, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Auflage, München 2023, zit.: *Neuner*, BGB AT, 13. Aufl. 2023.

Nikoleyczik, Tobias, Gläubigerschutz zwischen Gesetz und Vertrag, Alternativen zum System eines festen Nennkapitals, Lohmar 2007, zugl. Universität Hamburg, Diss. 2006, zit.: *Nikoleyczik*, Gläubigerschutz zwischen Gesetz und Vertrag, 2007.

Noack, Ulrich, Der Regierungsentwurf des MoMiG – Die Reform des GmbH-Rechts geht in die Endrunde, DB 2007, 1395–1400.

–: Das Aktienrecht der Krise – das Aktienrecht in der Krise?, AG 2009, 227–236.

Noack, Ulrich / *Servatius*, Wolfgang / *Haas*, Ulrich, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 20, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 23. Auflage, München 2022, zit.: Noack/Servatius/Haas/*Bearbeiter*, GmbHG, 23. Aufl. 2022.

Nobbe, Gerd, Bankgeheimnis, Datenschutz und Abtretung von Darlehensforderungen, WM 2005, 1537–1548.

–: Der Verkauf von Krediten, ZIP 2008, 97–106.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: Veräußerung und Vollstreckung Not leidender Grundpfandkredite unter Berücksichtigung des Risikobegrenzungsgesetzes, in: Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Unternehmen, Markt und Verantwortung, hrsg. v. Stefan Grundmann, Brigitte Haar, Hanno Merkt et al., Berlin/New York 2010, 2301–2316, zit.: *Nobbe*, FS Hopt, 2010.

Nomos Bundesrecht Erläuterungen Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz, 5. Online-Auflage, Entspricht der 1380. Lieferung der Loseblattsammlung „Das deutsche Bundesrecht" (12/2021), Rechtsstand: 15.12.2021, Baden-Baden 2021, verfasst v. Reinhard Laars, zit.: Nomos-BR FinDAG/*Laars*, 5. Aufl. 2021.

Nomos Bundesrecht Erläuterungen Versicherungsaufsichtsgesetz, 6. Online-Auflage, Entspricht der 1388. Lieferung der Loseblattsammlung „Das deutsche Bundesrecht" (4/2022), Rechtsstand: 15.4.2022, Baden-Baden 2022, verfasst v. Reinhard Laars und David Both, zit.: Nomos-BR VAG/*Laars*/*Both*, 6. Aufl. 2022.

Nomos Kommentar BGB, Band 2/1, BGB, Schuldrecht, §§ 241–487, 4. Auflage, hrsg. v. Barbara Dauner-Lieb und Werner Langen, Baden-Baden 2021, zit.: NK-BGB/*Bearbeiter*, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021.

–: Band 2/3, BGB, Schuldrecht, ProdHaftG, UKlaG, §§ 662–853, 4. Auflage, hrsg. v. Barbara Dauner-Lieb und Werner Langen, Baden-Baden 2021, zit.: NK-BGB/*Bearbeiter*, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021.

–: Band 3, BGB, Sachenrecht, § 854–1296, 5. Auflage, hrsg. v. Herbert Grziwotz, Baden-Baden 2022, zit.: NK-BGB/*Bearbeiter*, Bd. 3, 5. Aufl. 2022.

Nomos Kommentar Bundesbankgesetz, verfasst v. Henning Berger und Katrin Rübsamen, 2. Auflage, Baden-Baden 2014, zit.: NK-BBankG/*Berger*/*Rübsamen*, 2. Aufl. 2014.

Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Band 2, Besonderer Teil, §§ 80–231, 6. Auflage, hrsg. v. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen und Frank Saliger, Baden-Baden 2023, zit.: NK-StGB/*Bearbeiter*, Bd. 2, 6. Aufl. 2023.

Nomos Kommentar Umwandlungsrecht, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Verfahrensrecht, 3. Auflage, hrsg. v. Lars Böttcher, Oliver Habighorst und Christian Schulte, Baden-Baden 2024, zit.: NK-UmwR/*Bearbeiter*, 3. Aufl. 2024.

Nörr, Knut Wolfgang / *Scheyhing*, Robert / *Pöggeler*, Wolfgang, Sukzessionen, Forderungszession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme, 2. Auflage, Tübingen 1999, zit.: Nörr/Scheyhing/Pöggeler/*Bearbeiter*, Sukzessionen, 2. Aufl. 1999.

Nouvertné, Richard, Der Interessenausgleich zwischen Bank und Kreditnehmer bei Financial Covenants, ZIP 2012, 2139–2147.

Nufer, Günther, Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Diss. 1969, zit.: *Nufer*, Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker, 1969.

Obermüller, Manfred, Kredite vor Konkurseröffnung, ZIP 1980, 337–344.

–: Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Auflage, Köln 2016, zit.: *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016.

–: Die Anwendung der Regeln über Gesellschafterdarlehen auf Bankkredite, ZInsO 2017, 134–139.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: Kündigungsmöglichkeiten und -schranken bei notleidenden Unternehmenskrediten in der Bankpraxis, ZInsO 2018, 1769–1782.

Obermüller, Manfred (Hrsg.), Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Auflage, Köln 2023, zit.: Obermüller/*Bearbeiter*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023.

Oechsler, Jürgen, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Auflage, Tübingen 2017, zit.: *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017.

Oehler, Andreas, „Anomalien", „Irrationalitäten" oder „Biases" der Erwartungsnutzentheorie und ihre Relevanz für Finanzmärkte, ZBB 1992, 97–124.

Oetker, Hartmut (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, Kommentar, 8. Auflage, München 2024, zit.: Oetker/*Bearbeiter*, HGB, 8. Aufl. 2024.

Oetker, Hartmut / *Maultzsch*, Felix, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Auflage, Berlin 2018, zit.: *Oetker*/*Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018.

Olshausen, Eberhard von, Konkursrechtliche Probleme des neuen § 354a HGB, ZIP 1995, 1950–1965.

–: Astrid Bauer, § 354a HGB – eine geglückte gesetzgeberische Lösung eines rechtspolitischen Problems?, ZHR 166 (2002), 124–128.

Orgeldinger, Jörg, Behavioral Finance, Wie Emotionen Anlageentscheidungen beeinflussen, Stuttgart 2022, zit.: *Orgeldinger*, Behavioral Finance, 2022.

Orthmann, Sebastian / *Weber*, Philipp, Leitfaden für die Bestellung von Kreditsicherheiten im Rahmen von Bankdarlehen, Darstellung am Beispiel des mittelständischen GmbH-(& Co. KG)-Konzerns, BB 2012, 1039–1044.

Ott, Christoph, Die isolierte Übertragung von Gestaltungsrechten, AcP 220 (2020), 928–955.

Ott, Claus, Abtretungsverbot, Genehmigung des Schuldners, Rückwirkung, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 29.6.1989 – VII ZR 211/88, WuB I F 4, Sicherungsabtretung, 1.90, 1989, 39–43.

o. V., Private Equity für Privatanleger, ELTIFs, Geschlossene Spezialfonds gewinnen an Attraktivität, Euro am Sonntag v. 8.–13.4.2022, Nr. 14, 35.

Paal, Boris P. / *Pauly*, Daniel A. (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage, München 2021, zit.: Paal/Pauly/*Bearbeiter*, DS-GVO, 3. Aufl. 2021.

Paetzmann, Karsten, Zur Übertragung von US-Konzepten eines Distressed Debt Investing auf Deutschland, ZfgK 2003, 968–973.

Pagenstecher, Alexander Arnold, De praescriptione feudi ecclesiastici, lege Anastasiana, vacca & vitulo lactente, pignore contractu consensuali, quasi contractibus vero consensu constantibus, & tigno iuncto, Coloniae Agrippinae 1700, zit.: *Pagenstecher*, lege Anastasiana, 1700.

Palandt, Otto (Begr.), Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 7, Bürgerliches Gesetzbuch, mit Nebengesetzen, 28. Auflage, München 1969, zit.: Palandt/*Bearbeiter*, BGB, 28. Aufl. 1969.

Palenker, Nicholas R., Loan-to-own, Schuldenbasierte Übernahmen in Zeiten moderner Restrukturierungen und mangelnder Gläubigertransparenz, Baden-Baden 2019, zugl. Humboldt-Universität zu Berlin, Diss. 2018, zit.: *Palenker*, Loan-to-own, 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: Ist das Akteneinsichtsgesuch eines Distressed-Debt-Investors illegitim, rechtsmissbräuchlich, verfahrensfremd oder schlicht erfolgreich?, Eine Besprechung und Verortung von LG München I v. 9.9.2019 – 14 T 10502/19, ZIP 2020, 230, ZIP 2020, 1109–1114.

Pape, Gerhard / *Reichelt*, Daniel / *Schultz*, Volker / *Voigt-Salus*, Joachim, Insolvenzrecht, 3. Auflage, München 2022, zit.: PRSV/*Bearbeiter*, InsR, 3. Aufl. 2022.

Park, Tido (Hrsg.), Kapitalmarktstrafrecht, Straftaten, Ordnungswidrigkeiten, Finanzaufsicht, Compliance, Handkommentar, 6. Auflage, Baden-Baden 2024, zit.: Park/*Bearbeiter*, HK-KapMStrafR, 6. Aufl. 2024.

Parzinger, Josef, Gruppenübergreifende Mehrheitsentscheidung nach dem StaRUG und Übernahme der Anteile durch den Finanzgläubiger (Spark Networks SE), FD-InsR 2024, 803065.

Patzner, Andreas / *Döser*, Achim / *Kempf*, Ludger J. (Hrsg.), Investmentrecht, Kapitalanlagegesetzbuch, Investmentsteuergesetz, Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2017, zit.: Patzner/Döser/Kempf/*Bearbeiter*, HK-InvestmentR, 3. Aufl. 2017.

Paulus, Christoph G., Insolvenzverwalter und Gläubigerorgane, NZI 2008, 705–710.

–: § 1 InsO und sein Insolvenzmodell, NZI 2015, 1001–1006.

–: Gedanken zur Effizienz der Insolvenzordnung, in: Festschrift für Dr. Klaus Wimmer, hrsg. v. Christoph G. Paulus und Angelika Wimmer-Amend, Baden-Baden 2017, 475–487, zit.: *C. G. Paulus*, FS Wimmer, 2017.

–: Von zahlungsunfähigen Staaten und tickenden Bomben, ZRP 2018, 151 f.

–: Warum benötigen wir ein Resolvenzverfahren?, ZIP 2019, 637–645.

–: Frühwarnsysteme, NZI 2020, 659–662.

–: Corona-Krise, Solidarität und Insolvenz, Warum wir wirklich ein Resolvenzverfahren brauchen, ZRP 2020, 108–111.

–: Der Wandel von einem gläubigerzentrierten zum einem schuldnerzentrierten Sanierungsansatz unter dem StaRUG, NZI-Beil. 2021, 9–11.

–: Die „Aufgabe" des Insolvenzrechts, ZRI 2022, 45–51.

–: Große Pleiten und die Wege des Insolvenzrechts, München 2023, zit.: *C. G. Paulus*, Große Pleiten, 2023.

Paulus, Christoph G. / *Henkel*, Thomas, Rechtsschein der Prozessvollmacht, NJW 2003, 1692–1694.

Paulus, Christoph G. / *Knecht*, Thomas C. (Hrsg.), Gerichtliche Sanierung, München 2018, zit.: Paulus/Knecht/*Bearbeiter*, Gerichtliche Sanierung, 2018.

Paulus, Christoph G. / *Palenker*, Nicholas R., Mit Krediten bieten – Credit Bidding, Überlegungen zum Selbsteintritt der Gläubiger gem. § 168 Abs. 3 InsO, WM 2020, 1181–1188.

Pentz, Andreas, Abgetretene Forderungen aus Gesellschafterdarlehen und Zurechnung in der Insolvenz, Zugleich Anmerkungen zum BGH-Urteil v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, GmbHR 2013, 393–404.

Pestel, Friedrich Ulrich, Dissertatio iuridica inauguralis de lege Anastasiana, Rinteliu m 1732, zit.: *Pestel*, de lege Anastasiana, 1732.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Peters, Egbert, Entziehung des Informationsrechts des Gesellschafters einer OHG analog § 117 HGB?, NJW 1965, 1212–1214.

Petersen, Jens, Das Abstraktionsprinzip, JURA 2004, 98–102.

–: Kirch versus Breuer im Lichte der Heberger-Rechtsprechung, BKR 2004, 47–50.

–: Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionsschutz, Tübingen 2005, zit.: *Petersen*, Bankgeheimnis, 2005.

–: Der Dritte im Zivilrecht, Berlin 2018, zit.: *Petersen*, Der Dritte im Zivilrecht, 2018.

Pfeifer, Karl-Nikolaus, Schuldrecht, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 7. Auflage, Baden-Baden 2023, zit.: *Pfeifer*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 7. Aufl. 2023.

Pfeiffer, Thomas, Entwicklungen und aktuelle Fragestellungen des AGB-Rechts, NJW 2017, 913–918.

Piekenbrock, Andreas, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, LMK 2013, 346571.

Plate, Jürgen / *Geier*, Anton, Das gesamte examensrelevante Zivilrecht, 7. Auflage, Berlin 2021, zit.: *Plate/Geier*, Zivilrecht, 7. Aufl. 2021.

Pleister, Christian C.-W. / *Kindler*, Steffi, Kapitalmaßnahmen in der Insolvenz börsennotierter Gesellschaften, ZIP 2010, 503–512.

Preußisches Herrenhaus, Sammlung sämmtlicher Drucksachen des Herrenhauses, Sitzungsperiode von 1862–1863, Band I, Nr. 1 bis 40, Berlin 1863, zit.: *Preußisches Herrenhaus*, Drucks. 1862–1863, Bd. 1, 1863.

Prinz, Ulrich / *Kahle*, Holger (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, 5. Auflage, München 2020, zit.: Prinz/Kahle/*Bearbeiter*, Beck HdB. PersG, 5. Aufl. 2020.

Prinz, Ulrich / *Winkeljohann*, Norbert (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der GmbH, 6. Auflage, München 2021, zit.: Prinz/Winkeljohann/*Bearbeiter*, Beck HdB. GmbH, 6. Aufl. 2021.

Prölss, Erich R. (Begr.) / *Dreher*, Meinrad (Hrsg.), Versicherungsaufsichtsgesetz mit Nebengesetzen, 13. Auflage, München 2018, zit.: Prölss/Dreher/*Bearbeiter*, VAG, 13. Aufl. 2018.

Prölss, Erich R. (Begr.) / *Martin*, Anton, Versicherungsvertragsgesetz, mit Nebengesetzen, europäischem Recht, Vertriebsrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen, 32. Auflage, München 2024, zit.: Prölss/Martin/*Bearbeiter*, VVG, 32. Aufl. 2024.

Proske, Stefan / *Streit*, Georg, Rettende Restrukturierung durch Rechtsrahmen? Lob und Kritik zum Regierungsentwurf des StaRUG, NZI 2020, 969–975.

Prosteder, Dorothee / *Grotebrune*, Björn, Anforderungen an die Einordnung einer Bank als gesellschaftergleicher Dritter im Rahmen von § 135 InsO bei doppelseitigen Treuhandverhältnissen – Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 25.6.2020 – IX ZR 243/18, DB 2020, 1673, DB 2020, 2562–2568.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I, Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse Abschn. I, Abschn. II Tit. I, Berlin 1897, zit.: *Prot. II*, Bd. I, 1897.

–: Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Abschn. II, Tit. 2–20, Abschn. III, IV, Berlin 1898, zit.: *Prot. II*, Bd. II, 1898.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Prütting, Hanns / *Gehrlein*, Markus (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Kommentar, 16. Auflage, Hürth 2024, zit.: PG/*Bearbeiter*, ZPO, 16. Aufl. 2024.

Prütting, Hanns / *Wegen*, Gerhard / *Weinreich*, Gerd (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, mit Internationalem Privatrecht und nationalen, unionsrechtlichen sowie völkerrechtlichen Neben- oder Ergänzungsgesetzen, EGBGB, Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie Internationales Gesellschaftsrecht, EuGüVO, EuPartVO, EuUntVO, HaagUntProt, KSÜ, HKÜ, EuErbVO, HTÜ sowie AGG, GewSchG, LpartG, VersAusglG, WEG (zT in Auszügen), Kommentar, 19. Auflage, Hürth 2024, zit.: PWW/*Bearbeiter*, BGB, 19. Aufl. 2024.

Puchta, Georg Friedrich, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Zweiter Band, 4. Auflage, hrsg. v. Adolf August Friedrich Rudorff, Leipzig 1855, zit.: *Puchta*, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. 2, 4. Aufl. 1855.

Pufendorf, Samuel Freiherr von, De jure naturæ et gentium, libri octo, Frankfurt a. M. 1716, zit.: *von Pufendorf*, De J. N. & G., 1716.

Pufendorf, Samuel Freiherr von / *Hertius*, Johann Nikolaus / *Barbeyrac*, Jean, Acht Bücher, vom Natur- und Völcker-Rechte, mit vielen nützlichen Anmerckungen erläutert und in die teutsche Sprach übersetzt, Frankfurt a. M. 1711, zit.: *von Pufendorf/Hertius/Barbeyrac*, Nat.- u. VölckerR, 1711.

Pühl, Helge, Der Debt Equity Swap im Insolvenzplanverfahren, Die Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital per Insolvenzplan nach Reform durch das ESUG, Köln 2016, zugl. Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Diss. 2015, zit.: *Pühl*, Debt Equity Swap, 2016.

Quast, Anna, Rechtskräftiger Titel des Zedenten und Schutz des Schuldners, Vorgaben der Vertragsfreiheit zur Argumentation im Schuldrecht, Tübingen 2009, zugl. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Diss. 2008/2009, zit.: *Quast*, Titel des Zedenten und Schutz des Schuldners, 2009.

Rademacher, Lukas, Verkehrsschutz im englischen Privatrecht, Zur Beständigkeit von Erwerbsvorgängen nach englischem Sachen-, Stellvertretungs-, Abtretungs- und Bereicherungsrecht, Tübingen 2016, zugl. Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Diss. 2016, zit.: *Rademacher*, Verkehrsschutz im englischen Privatrecht, 2016.

Raible, Adalbert, Vertragliche Beschränkung der Übertragung von Rechten, Eine Untersuchung zum Verhältnis von §§ 413, 399 2. Alt. BGB zu § 137 Satz 1 BGB, Tübingen 1969, zugl. Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Diss. 1968, zit.: *Raible*, Vertragliche Beschränkung der Übertragung von Rechten, 1969.

Rauch, Carsten / *Kaufmann*, Tobias, Das Kreditkonsortium bei internationalen Konsortialkreditverträgen – Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts?, WM 2018, 652–657.

Redeker, Rouven, Kontrollerwerb an Krisengesellschaften: Chancen und Risiken des Debt-Equity-Swap, BB 2007, 673–680.

Regenfus, Thomas, Vorgaben des Grundgesetzes für die Lösung sachenrechtlicher Zuordnungs- und Nutzungskonflikte, Berlin 2013, zugl. Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Habil. 2011, zit.: *Regenfus*, Vorgaben, 2013.

–: Die Kündigung des Kredits wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse – Voraussetzungen, Erkenntnisdefizite und Risiken für den Darlehensgeber, ZBB 2015, 383–395.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Reger, Gerald / *Stenzel*, Igor, Der Kapitalschnitt auf Null als Mittel zur Sanierung von Unternehmen – Gesellschaftsrechtliche, börsenzulassungsrechtliche und kapitalmarktrechtliche Konsequenzen, NZG 2009, 1210–1214.

Rehbein, Dieter, Rechtsfragen zum Bankgeheimnis, ZHR 149 (1985), 139–150.

Reifenberger, Sabine, Apocalypse now, Finance, Januar/Februar 2021, 10–14.

Reifert, Thomas / *Meiners*, Gerd, Loan to Own, Wertsteigerung durch Debt Equity Swaps, in: Financial Restructuring, Sanierung von Unternehmenskrediten durch Debt Equity Swaps und Treuhandlösungen, hrsg. v. Thomas Reifert, Stuttgart 2011, 107–123, zit.: *Reifert/Meiners*, Financial Restructuring, 2011.

Reifner, Udo, Der Verkauf notleidender Verbraucherdarlehen, BKR 2008, 142–154.

Reimer, Franz, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, Baden-Baden 2020, zit.: *Reimer*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020.

Reinicke, Dietrich / *Tiedtke*, Klaus, Kreditsicherung, durch Schuldbeitritt, Bürgschaft, Patronatserklärung, Garantie, Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung, Eigentumsvorbehalt, Pool-Vereinbarungen, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten, Hypothek und Grundschuld, 5. Auflage, Neuwied 2006, zit.: *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, 5. Aufl. 2006.

Reischauer, Friedrich / *Kleinhans*, Joachim (Begr.), Kreditwesengesetz (KWG), Kommentar für die Praxis nebst CRR, Nebenbestimmungen und Mindestanforderungen, Band 1, 4. Ergänzungslieferung, Juni 2024, Berlin 2024, zit.: Reischauer/Kleinhans/*Bearbeiter*, KWG, Bd. 1, 4. EL Juni 2024.

Reithmann, Christoph (Begr.) / *Martiny*, Dieter (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, Das internationale Privatrecht der Schuldverträge, 9. Auflage, Köln 2022, zit.: Reithmann/Martiny/*Bearbeiter*, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022.

Renner, Cornelius, Die Stellung des atypisch stillen Gesellschafters in der Insolvenz des Geschäftsinhabers, ZIP 2002, 1430–1436.

Renner, Moritz, Die rechtsmissbräuchliche Kündigung im Kredit- und Anleiherecht, in: Festschrift für Klaus J. Hopt zum 80. Geburtstag am 24. August 2020, hrsg. v. Stefan Grundmann, Hanno Merkt, Peter O. Mülbert et al., Berlin/Boston 2020, 993–1007, zit.: *M. Renner*, FS Hopt, 2020.

Renner, Moritz / *Leidinger*, Andreas, Zur AGB-Kontrolle standardisierter Unternehmenskreditverträge, BKR 2015, 499–505.

Renner, Moritz / *Schmidt*, Daniela, Kollektiver Gläubigerschutz bei Covenants, ZHR 180 (2016), 522–551.

Repertorium des gesammten positiven Rechts der Deutschen, besonders für practische Rechtsgelehrte, Zweyter Theil, Leipzig 1798, zit.: *Rep.*, T. 2, 1798.

Reul, Adolf / *Heckschen*, Heribert / *Wienberg*, Rüdiger (Hrsg.), Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Immobilien-, Gesellschafts-, Erb- und Familienrecht, 3. Auflage, München 2022, zit.: Reul/Heckschen/Wienberg/*Bearbeiter*, InsR, 3. Aufl. 2022.

Reuter, Alexander / *Buschmann*, Marco, Sanierungsverhandlungen mit Krediterwerbern: Strategien „alternativer Investoren" auf dem rechtlichen Prüfstand, ZIP 2008, 1003–1011.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Richter, Nicholas, Möglichkeiten und Grenzen des Distressed Debt Investing in Deutschland, Am Beispiel von Unternehmensverbindlichkeiten, Wiesbaden 2006, zugl. Universität Rostock, Diss. 2006, zit.: *Richter*, Distressed Debt Investing, 2006.

Rieble, Volker, Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen und ihre Folgen für Schuldverhältnisse mit Dritten, ZIP 1997, 301–314.

Riehm, Thomas, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, Argumentation – Beweis – Wertung, München 2006, zugl. Ludwig-Maximilians-Universität München, Diss. 2006, zit.: *Riehm*, Abwägungsentscheidungen, 2006.

–: Die „Würdigung aller Umstände des Einzelfalls" – ein unbekanntes Phänomen, RW 2013, 1–39.

Ringelspacher, Eva, Krisenmanagement aus Bankensicht, in: Modernes Sanierungsmanagement, Sanierungskonzepte, Finanzinstrumente, Insolvenzverfahren, Haftungsrisiken, Arbeitsrecht und Verhandlungsführung, hrsg. v. Andreas Crone und Henning Werner, 5. Auflage, München 2017, 289–346, zit.: *Ringelspacher*, Modernes Sanierungsmanagement, 5. Aufl. 2017.

Rintelen, Claus von, Der Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten bei der Forderungszession, zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur des Pfandschuldverhältnisses, Bielefeld 1996, zugl. Universität Bonn, Diss. 1994/1995, zit.: *von Rintelen*, Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten, 1996.

Rinze, Jens / *Heda*, Klaudius, Non-Performing Loan und Verbriefungs-Transaktionen: Bankgeheimnis, Datenschutz, § 203 StGB und Abtretung – zugleich eine Besprechung des Urteils des OLG Frankfurt a.M. vom 25. Mai 2004, WM 2004, 1557–1566.

Risse, Jörg / *Kästle*, Florian, M&A und Corporate Finance von A–Z, 3. Auflage, München 2018, zit.: *Risse/Kästle*, M&A und Corporate Finance von A–Z, 3. Aufl. 2018.

Robertson, Jean R. / *Cicarella*, Jeffrey T., Developments in the World of „Loan-to-own", ABA Business Bankruptcy Newsletter January 2009, 1–10.

Rödding, Adalbert / *Bühring*, Franziska, Neue Transaktionsformen als Folge der Finanzmarktkrise – Überblick über die steuerlichen Aspekte, DStR 2009, 1933–1940.

Roe, Mark J. / *Venezze*, Frederico Cenzi, A Capital Market, Corporate Law Approach to Creditor Conduct, 112 Mich. L. Rev. (2013), 59–109.

Roggemann, Christoph, Zivilrechtlicher Anlegerschutz bei bedingten Pflichtwandel- und Herabschreibungsanleihen, Zugleich ein Beitrag zur Harmonisierung des Gläubigerschutzes in der Europäischen Bankenunion unter Berücksichtigung eines Vergleiches mit dem US-amerikanischen und dem schweizerischen Recht, Berlin 2020, zugl. EBS Law School Wiesbaden, Diss. 2019, zit.: *Roggemann*, Zivilrechtlicher Anlegerschutz, 2020.

Rögner, Herbert, Bankgeheimnis im Spannungsverhältnis mit dem Kapitalmarktrecht?, NJW 2004, 3230–3233.

Römermann, Volker (Hrsg.), Insolvenzrecht (InsR), Kommentar, 49. Ergänzungslieferung, Januar 2024, München 2024, zit.: Römermann/*Bearbeiter*, InsR, 49. EL Januar 2024.

Rossbach, Oliver / *Fornoff*, Martin, Kreditübertragung durch Abtretung oder Vertragsübernahme?, Risiken und Gestaltungsmöglichkeiten, BKR 2021, 753–760.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rowedder, Heinz (Begr.) / *Pentz*, Andreas (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 7. Auflage, München 2022, zit.: Rowedder/Pentz/*Bearbeiter*, GmbHG, 7. Aufl. 2022.

Rowedder, Heinz (Begr.) / *Schmidt-Leithoff*, Christian (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 4. Auflage, München 2002, zit.: Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Bearbeiter*, GmbHG, 4. Aufl. 2002.

Rüffer, Wilfried / *Halbach*, Dirk / *Schimikowski*, Peter (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz, VVG, EGVVG, VVG-InfoV, AltZertG, PflVG, KfzPflVV, allgemeine Versicherungsbedingungen, Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2020, zit.: Rüffer/Halbach/Schimikowski/*Bearbeiter*, VVG, 4. Aufl. 2020.

Ruhwedel, Edgar, Grundlagen und Rechtswirkungen sogenannter relativer Verfügungsverbote, JuS 1980, 161–168.

Rümker, Dietrich, Verhaltenspflichten der Kreditinstitute in der Krise des Kreditnehmers, KTS 1981, 493–512.

Runge, Julia C., Covenants in Kreditverträgen, Grenzen der Einflussnahme von Kreditgebern, Köln 2010, zugl. Universität Hamburg, Diss. 2009, zit.: *Runge*, Covenants in Kreditverträgen, 2010.

Runkel, Hans P. / *Schmidt*, Jens M. (Hrsg.), Anwalts-Handbuch, Insolvenzrecht, 4. Auflage, Köln 2022, zit.: Runkel/J. M. Schmidt/*Bearbeiter*, Anw.-HdB. InsR, 4. Aufl. 2022.

Rusch, Konrad / *Brocker*, Till, Debt Mezzanine Swap bei Unternehmensfinanzierungen – rechtliche und steuerliche Rahmenbedingungen, ZIP 2012, 2193–2198.

Ryan, Denise / *Lakin*, Kyle, Recent Developments in U.S. Term Loan B, in: The International Comparative Legal Guide to: Lending & Secured Finance, 7th edition, London 2019, 63–69, zit.: *Ryan*/*Lakin*, ICLG, L&S Fin., 7th ed. 2019.

–: Recent Developments in U.S. Term Loan B, in: The International Comparative Legal Guide to: Lending & Secured Finance, 8th edition, London 2020, 73–80, zit.: *Ryan*/*Lakin*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020.

Saar, Stefan C., Zur Rechtsstellung des Schuldners nach § 354a Satz 2 HGB, ZIP 1999, 988–994.

Saenger, Ingo (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht, Handkommentar, 10. Auflage, Baden-Baden 2023, zit.: Saenger/*Bearbeiter*, ZPO, 10. Aufl. 2023.

Saenger, Ingo / *Aderhold*, Lutz / *Lenkaitis*, Karlheinz / *Speckmann*, Gerhard (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht, Praxishandbuch, 2. Auflage, Baden-Baden 2011, zit.: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann/*Bearbeiter*, Handels- u. GesR, 2. Aufl. 2011.

Saenger, Ingo / *Inhester*, Michael (Hrsg.), GmbHG, Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2020, zit.: Saenger/Inhester/*Bearbeiter*, HK-GmbHG, 4. Aufl. 2020.

Samhat, Abbas, Der Grundschuldsicherungsvertrag – Teil I –, WM 2019, 805–810.

Sande, Johan van den, Commentarii duo singulares, quorum primus est de actionvm cessione, Leovardiæ 1657, zit.: *van den Sande*, Commentarii, 1657.

Savigny, Friedrich Carl von, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840, zit.: *von Savigny*, System, Bd. 1, 1840.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: System des heutigen Römischen Rechts, Dritter Band, Berlin 1840, zit.: *von Savigny*, System, Bd. 3, 1840.

–: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1851, zit.: *von Savigny*, Obligationenrecht, Bd. 1, 1851.

–: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Zweiter Band, Berlin 1853, zit.: *von Savigny*, Obligationenrecht, Bd. 2, 1853.

Schack, Haimo, Der Schutzzweck als Mittel der Haftungsbegrenzung im Vertragsrecht, JZ 1986, 305–314.

Schäfer, Carsten / *Wüstemann*, Jens, Unternehmensbewertung, Kapitalmaßnahmen und Insolvenzplan, ZIP 2014, 1757–1768.

Schalast, Christoph, Veräußerung von Einzelforderungen (Single Names) und Portfolios notleidender Kredite – Markttrends und Entwicklungen, BKR 2006, 193–198.

–: Das Risikobegrenzungsgesetz – Konsequenzen für die Kreditvergabe und für Kredittransaktionen, BB 2008, 2190–2195.

Schalast, Christoph / *Safran*, Robert / *Sassenberg*, Thomas, Strafbarkeit von Sparkassenvorständen beim Verkauf notleidender Kredite, NJW 2008, 1486–1490.

Schantz, Peter, Die Vereinbarkeit der Abtretung von Darlehensforderungen mit Bankgeheimnis und Datenschutzrecht, VuR 2006, 464–469.

Scharpf, Hans, Risiken des Handels mit notleidenden Krediten – Von non performing loans zu non existing loans, NJW 2009, 3476–3480.

Schelske, Uwe, Wirksamkeit einer formularmäßigen Vollstreckungsunterwerfung auch bei Abtretung von Grundschuld und Darlehensforderung, Anmerkung zu: OLG Celle, Urt. v. 27.5.2009 – 3 U 292/08, EWiR 2009, 501 f.

Schilling, Alexander, Finanzierungen modernisiert, Finance Sonderbeilage – November/Dezember 2021, 9.

Schilpp, Benjamin, Gesellschafterfremdfinanzierte Auslandsgesellschaften, Kollisionsrechtliche Behandlung des Gesellschafterdarlehensrechts, Tübingen 2017, zugl. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Diss. 2016, zit.: *Schilpp*, Gesellschafterfremdfinanzierte Auslandsgesellschaften, 2017.

Schimansky, Herbert, Verkauf von Kreditforderungen und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung, WM 2008, 1049–1052.

Schimansky, Herbert / *Bunte*, Hermann-Josef / *Lwowski*, Hans Jürgen (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, Band I, 3. Auflage, München 2007, zit.: SBL/*Bearbeiter*, BankR-HdB., Bd. 1, 3. Aufl. 2007.

–: Bankrechts-Handbuch, Band I, 5. Auflage, München 2017, zit.: SBL/*Bearbeiter*, BankR-HdB., Bd. 1, 5. Aufl. 2017.

Schlichting, Lisa / *Fornoff*, Martin, Schuldänderungsverträge nach Forderungszession, Wer sind die „Beteiligten" nach § 311 Abs. 1 BGB?, BKR 2024, 517–521.

Schlinker, Steffen / *Ludyga*, Hannes / *Bergmann*, Andreas, Privatrechtsgeschichte, Ein Studienbuch, München 2019, zit.: *Schlinker/Ludyga/Bergmann*, Privatrechtsgeschichte, 2019.

Schluck-Amend, Alexandra, Non Performing Loans nach der EU-Richtlinie, Zur Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019, NZI-Beil. 2019, 14–17.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schmid, Hubert / *Stoll*, Heiko, Zweifelsfragen bei der Auslegung von § 19 Abs. 3 GewStDV, BB 2005, 582–587.

Schmidt, Karsten, Zur Rechtsfolgenseite des § 354a HGB, in: Bankrecht – Schwerpunkte und Perspektiven, Festschrift für Herbert Schimansky, hrsg. v. Norbert Horn, Hans-Jürgen Lwowski und Gerd Nobbe, Köln 1999, 503–520, zit.: *K. Schmidt*, FS Schimansky, 1999.

–: Eigenkapitalersatz, oder: Gesetzesrecht versus Rechtsprechungsrecht? Überlegungen zum Referentenentwurf eines GmbH-Reformgesetzes (MoMiG) von 2006, ZIP 2006, 1925–1934.

–: Normzwecke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, Grundfragen zur Neufassung der §§ 39, 135 InsO durch das MoMiG, GmbHR 2009, 1009–1019.

–: Gesellschafterdarlehen im GmbH- und Insolvenzrecht: Was hat sich geändert?, in: Liber amicorum für Martin Winter, hrsg. v. Michael Hoffmann-Becking, Uwe Hüffer und Jochem Reichert, Köln 2011, 601–626, zit.: *K. Schmidt*, Liber amicorum Winter, 2011.

–: Schöne neue Sanierungswelt: Die Gläubiger okkupieren die Burg!, Recht und Realität der ESUG-Reform, ZIP 2012, 2085–2088.

–: Handelsrecht, 6. Auflage, Köln 2014, zit.: *K. Schmidt*, HandelsR, 6. Aufl. 2014.

Schmidt, Karsten (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 27, Insolvenzordnung, InsO mit EuInsVO, 20. Auflage, München 2023, zit.: K. Schmidt/*Bearbeiter*, InsO, 20. Aufl. 2023.

Schmidt, Karsten / *Uhlenbruck*, Wilhelm (Hrsg.), Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Bankrecht und Organisation bei Krisenvermeidung, Krisenbewältigung und Abwicklung, 5. Auflage, Köln 2016, zit.: K. Schmidt/Uhlenbruck/*Bearbeiter*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016.

–: Die GmbH in Krise, Restrukturierung und Insolvenz, Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, Restrukturierungsrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Bankrecht und Organisation bei Krisenvermeidung, Krisenbewältigung und Abwicklung, 6. Auflage, Köln 2023, zit.: K. Schmidt/Uhlenbruck/*Bearbeiter*, Die GmbH in Krise, Restrukturierung und Insolvenz, 6. Aufl. 2023.

Schmitt, Christoph, Schuldscheindarlehen als Alternative zum Bankkredit – Voraussetzungen und praktische Hinweise, BB 2012, 2039–2042.

Schmitt, Joachim / *Hörtnagl*, Robert (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 10. Auflage, München 2024, zit.: Schmitt/Hörtnagl/*Bearbeiter*, UmwG, 10. Aufl. 2024.

Schmolke, Klaus Ulrich, Institutionelle Anleger und Corporate Governance – Traditionelle institutionelle Investoren vs. Hedgefonds, ZGR 2007, 701–744.

Schnapp, Friedrich E., Logik für Juristen, Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung, 7. Auflage, München 2016, zit.: *Schnapp*, Logik für Juristen, 7. Aufl. 2016.

Schnauder, Franz, Die Parallelverpflichtung als Sicherungsinstrument der Konsortialkreditpraxis, NJOZ 2010, 1663–1670.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schneider, Uwe H., Anmerkung zum Urteil des BGH v. 10.11.1977 – III ZR 39/76, JR 1978, 415–417.

Schneider, Uwe H. / *Dreibus*, Alexandra, Die Kettenabtretung, in: Bankrecht – Schwerpunkte und Perspektiven, Festschrift für Herbert Schimansky, hrsg. v. Norbert Horn, Hans-Jürgen Lwowski und Gerd Nobbe, Köln 1999, 521–544, zit.: *Schneider/Dreibus*, FS Schimansky, 1999.

Schoepffer, Johann Joachim, Disputatio juridica, de cessatione legis Anastasianæ, Francofurti ad Viadrum 1684, zit.: *Schoepffer*, De cessatione legis Anastasianæ, 1684.

Scholz, Franz (Begr.), Kommentar zum GmbH-Gesetz, mit Anhang Konzernrecht, I. Band, §§ 1–34, Anh. § 13 Konzernrecht, Anh. § 34 Austritt und Ausschließung eines Gesellschafters, 10. Auflage, Köln 2006, zit.: Scholz/*Bearbeiter*, GmbHG, Bd. I, 10. Aufl. 2006.

–: Kommentar zum GmbH-Gesetz, mit Anhang Konzernrecht, III. Band, §§ 53–88, Anh. § 64 Gesellschafterdarlehen, EGGmbHG, 12. Auflage, Köln 2021, zit.: Scholz/*Bearbeiter*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021.

Scholz, Hellmut, Die verbotswidrige Abtretung, NJW 1960, 1837–1839.

Schönke, Adolf (Begr.) / *Schröder*, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Auflage, München 2019, zit.: Schönke/Schröder/*Bearbeiter*, StGB, 30. Aufl. 2019.

Schoppmeyer, Heinrich, Rechtssystematische Überlegungen zum Insolvenzanfechtungsrecht nach der Reform – 11 Thesen und eine Schlussfolgerung, Teil II, WM 2018, 353–360.

Schott, Jens-Christian, Regulierung des Schattenbankwesens, Bewältigung systemischer Risiken von alternativen Kreditgebern nach dem KAGB und den SFT-, STS- und MMF-Verordnungen, Berlin 2021, zugl. Georg-August-Universität Göttingen, Diss. 2020, zit.: *Schott*, Regulierung des Schattenbankwesens, 2021.

Schreier, Torsten / *Leicht*, Michael, Übertragung von Verträgen bei Carve-Outs, NZG 2011, 121–126.

Schröder, Jens-Sören / *Grau*, Jörg, Plädoyer für die „Krise" – ein Beitrag zur geplanten Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG, ZInsO 2007, 353–359.

Schröder, Jochen, Kauf und Übereignung im neuen Zivilgesetzbuch der DDR, in: Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag, 2. Dezember 1976, hrsg. v. Walther J. Habscheid, Hans Friedhelm Gaul und Paul Mikat, Bielefeld 1976, 875–891, zit.: *J. Schröder*, FS Bosch, 1976.

Schubert, Werner (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, Allgemeiner Teil, Berlin/New York 1980, zit.: *Schubert*, Vorentwürfe Schuldrecht 1, 1980.

Schuhmacher, Michael / *Radke*, Fabian, Änderungen und Anpassungen von Kreditverträgen und deren Auswirkungen auf sog. „Tag eins"-Kreditsicherheiten, BKR 2021, 204–212.

Schülke, Thilo, Überwindung der Krise: Die Restrukturierung mit dem neuen StaRUG – ein Überblick, DStR 2021, 621–626.

Schüller, Peter, Übertragbarkeit der Vermieterstellung durch Formularklausel!, IMR 2010, 472.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schulte, Louis-Philipp, Zum Beitrag von Insolvenzeröffnungsgründen und Financial Covenants zum Gläubigerschutz, Eine empirische Analyse ihrer Warnfunktion und ihres Einflusses auf den Wert der Ansprüche von Fremd- und Eigenkapitalgebern, Berlin 2016, zugl. Universität der Bundeswehr München, Diss. 2014, zit.: *Schulte*, Zum Beitrag von Insolvenzeröffnungsgründen und Financial Covenants zum Gläubigerschutz, 2016.

Schulz, Dietmar, Kreditverkauf – diesmal: Zur sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Grundschuldbestellungsurkunde, Zugleich Besprechung LG Hamburg v. 9.7.2008 – 318 T 183/07, ZIP 2008, 1466, ZIP 2008, 1858–1864.

–: Unterwerfungserklärung unter sofortige Zwangsvollstreckung in AGB, Anmerkung zu: OLG Schleswig, Urt. v. 26.2.2009 – 5 U 71/08, EWiR 2009, 469 f.

Schulz, Fritz, Classical Roman Law, Oxford 1951, Nachdruck 1961, zit.: *F. Schulz*, Classical Roman Law, 1951.

Schulz, Patrick, Der Debt Equity Swap in der Insolvenz, Berlin 2015, zugl. Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Diss. 2014, zit.: *P. Schulz*, Debt Equity Swap, 2015.

Schulze, Reiner, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 12. Auflage, Baden-Baden 2024, zit.: Schulze/*Bearbeiter*, HK-BGB, 12. Aufl. 2024.

Schulze De la Cruz, Julian, Der neue Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen und seine Auswirkungen auf den persönlichen Anwendungsbereich, Gesellschafterfremdfinanzierung im Spannungsfeld zwischen Haftungsbeschränkung und Gläubigerschutz, Berlin 2015, zugl. Ludwig-Maximilians-Universität München, Diss. 2014, zit.: *Schulze De la Cruz*, Der neue Normzweck des Rechts der Gesellschafterdarlehen, 2015.

Schürnbrand, Jan, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, Berlin 2003, zugl. Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Diss. 2002, zit.: *Schürnbrand*, Schuldbeitritt, 2003.

–: Gestaltungsrechte als Verfügungsgegenstand, AcP 204 (2004), 177–207.

Schuster, Fabian / *Grützmacher*, Malte (Hrsg.), IT-Recht, Köln 2020, zit.: Schuster/Grützmacher/*Bearbeiter*, IT-Recht, 2020.

Schütze, Elisabeth, Zession und Einheitsrecht, Tübingen 2005, zugl. Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Diss. 2005, zit.: *Schütze*, Zession und Einheitsrecht, 2005.

Schwab, Martin, Schuldrecht: Gefahrtragung in AGB eines Möbelversandhauses, JuS 2014, 836 f.

Schwark, Eberhard, 100 Bände BGHZ: Bank- und Wertpapierrecht, ZHR 151 (1987), 325–354.

Schwark, Eberhard / *Zimmer*, Daniel (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar, Börsengesetz mit Börsenzulassungsverordnung, Wertpapierprospektgesetz, Wertpapierhandelsgesetz, Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, Europäische Marktmissbrauchsverordnung, 5. Auflage, München 2020, zit.: Schwark/Zimmer/*Bearbeiter*, KMRK, 5. Aufl. 2020.

Schwarze, Roland, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Auflage, Berlin/Boston 2022, zit.: *Schwarze*, Leistungsstörungen, 3. Aufl. 2022.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schweppe, Albrecht, Das Römische Privatrecht in seiner Anwendung auf Teutsche Gerichte, als Leitfaden zu den Vorlesungen über die Pandecten, 3. Auflage, Altona 1822, zit.: *Schweppe*, Das Römische Privatrecht, 3. Aufl. 1822.

Schwintowski, Hans-Peter (Hrsg.), Bankrecht, 6. Auflage, Hürth 2022, zit.: Schwintowski/*Bearbeiter*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022.

Schwintowski, Hans-Peter / *Dannischewski*, Johannes, Eigenkapitalersetzende Darlehen durch den gesellschaftergleichen Dritten nach § 32a Abs. 3 GmbHG, ZIP 2005, 840–846.

Schwintowski, Hans-Peter / *Schantz*, Peter, Grenzen der Abtretbarkeit grundpfandrechtlich gesicherter Darlehensforderungen, NJW 2008, 472–476.

Seibt, Christoph H. / *Westpfahl*, Lars (Hrsg.), StaRUG, Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz, Kommentar, Mit systematischen Darstellungen zu Restrukturierungsverfahren in den Niederlanden und Großbritannien und zum Steuerrecht, Köln 2023, zit.: Seibt/Westpfahl/*Bearbeiter*, StaRUG, 2023.

Selke, Olav, Unwirksamkeit einer formularmäßigen Vollstreckungsunterwerfung bei Abtretung der gesicherten Darlehensforderung an Finanzinvestor, Anmerkung zu: LG Hamburg, Beschl. v. 9.7.2008 – 318 T 183/07, EWiR 2008, 543 f.

Semler, Johannes / *Stengel*, Arndt / *Leonard*, Nina (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare, Umwandlungsgesetz, 5. Auflage, München 2021, zit.: Semler/Stengel/Leonard/*Bearbeiter*, UmwG, 5. Aufl. 2021.

Serick, Rolf, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band II, Die einfache Sicherungsübertragung – Erster Teil, 2. Auflage, Heidelberg 1986, zit.: *Serick*, Eigentumsvorbehalt, Bd. II, 2. Aufl. 1986.

–: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band IV, Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes und der Sicherungsübertragung – Erster Teil, Verlängerungsformen und Kollisionen, Heidelberg 1976, zit.: *Serick*, Eigentumsvorbehalt, Bd. IV, 1976.

Servatius, Wolfgang, Gläubigereinfluss durch Covenants, Hybride Finanzierungsinstrumente im Spannungsfeld von Fremd- und Eigenfinanzierung, Tübingen 2008, zugl. Ludwig-Maximilians-Universität München, Habil. 2007/2008, zit.: *Servatius*, Covenants, 2008.

–: Covenants in der Restrukturierung, CFL 2013, 14–22.

Sester, Peter / *Glos*, Alexander, Wirksamkeit der Veräußerung notleidender Darlehensforderungen durch Sparkassen: Keine Verletzung von Privatgeheimnissen gem. § 203 StGB, DB 2005, 375–380.

Sethe, Henning von, Eigenkapitalersetzende Wirkung bei Verpfändung von Geschäftsanteilen an Tochtergesellschaften?, BKR 2006, 396–401.

Sethe, Rolf, Kapitalmarktrechtliche Konsequenzen einer Kapitalherabsetzung, ZIP 2010, 1825–1832.

Sichtermann, Siegfried (Begr.), Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland sowie in wichtigen ausländischen Staaten, 3. Auflage, Frankfurt a. M. 1984, zit.: Sichtermann/*Bearbeiter*, Bankgeheimnis, 3. Aufl. 1984.

Siebenhaar, Eduard, Einige Bemerkungen zu der Lehre von der Cession der Forderungen, ZfRpfluVerw. 28 (1866), 289–330.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: Lehrbuch des Sächsischen Privatrechts, Leipzig 1872, zit.: *Siebenhaar*, Sächsisches Privatrecht, 1872.

Sieker, Susanne, Umgehungsgeschäfte, Typische Strukturen und Mechanismen ihrer Bekämpfung, Umgehungsgeschäfte, Tübingen 2001, zugl. Freie Universität Berlin, Habil. 1999, zit.: *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, 2001.

Siemon, Klaus, Sanierungsfall Leveraged Buyout in der deutschen Insolvenz, ZInsO 2013, 1549–1562.

–: Das Eigenverwaltungsverfahren der USA auf dem Prüfstand und die Systemfrage für das deutsche Recht, ZInsO 2013, 1861–1876.

–: Konzerninsolvenzverfahren – wird jetzt alles besser?, NZI 2014, 55–61.

–: Das Distressed Debt Investing in der deutschen Insolvenz 2013, ZInsO 2014, 172–182.

Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand, Zur Frage von den Civilgesetzbüchern, Ein Votum in Veranlassung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, Leipzig 1853, zit.: *Sintenis*, Civilgesetzbücher, 1853.

–: Das practische gemeine Civilrecht, Zweiter Band: Das Obligationenrecht, 3. Auflage, Leipzig 1868, zit.: *Sintenis*, Civilrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1868.

Smid, Stefan (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO) mit Insolvenzrechtlicher Vergütungsverordnung (InsVV), Kommentar, 2. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln 2001, zit.: Smid/*Bearbeiter*, InsO, 2. Aufl. 2001.

–: Strukturvorgaben der Restrukturierungsrichtlinie für den „Bestätigten Restrukturierungsplan" und seine Umsetzung im deutschen Recht, ZInsO 2020, 266–282.

Soergel, Hans Theodor (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2/1, Allgemeiner Teil 2/1, §§ 104–157, 14. Auflage, Stuttgart 2023, zit.: Soergel/*Bearbeiter*, BGB, Bd. 2/1, 14. Aufl. 2023.

–: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2/2, Allgemeiner Teil 2/2, §§ 158–240, 14. Auflage, Stuttgart 2023, zit.: Soergel/*Bearbeiter*, BGB, Bd. 2/2, 14. Aufl. 2023.

–: Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Schuldrecht 1, §§ 241–432, 12. Auflage, Stuttgart 1990, zit.: Soergel/*Bearbeiter*, BGB, Bd. 2, 12. Aufl. 1990.

–: Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 4, Schuldrecht 2, §§ 305–310, UKlaG, 13. Auflage, Stuttgart 2019, zit.: Soergel/*Bearbeiter*, BGB, Bd. 4, 13. Aufl. 2019.

–: Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 5/3, Schuldrecht 3/3, §§ 328–432, 13. Auflage, Stuttgart 2010, zit.: Soergel/*Bearbeiter*, BGB, Bd. 5/3, 13. Aufl. 2010.

–: Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 7, Schuldrecht 5, §§ 481–534, 13. Auflage, Stuttgart 2014, zit.: Soergel/*Bearbeiter*, BGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2014.

–: Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 11/2, Schuldrecht 9/2, §§ 759–779, 13. Auflage, Stuttgart 2016, zit.: Soergel/*Bearbeiter*, BGB, Bd. 11/2, 13. Aufl. 2016.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 22, Sachenrecht 1, §§ 854–984, 14. Auflage, Stuttgart 2023, zit.: Soergel/*Bearbeiter*, BGB, Bd. 22, 14. Aufl. 2023.

–: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 24, Sachenrecht 3, §§ 1018–1296, 14. Auflage, Stuttgart 2023, zit.: Soergel/*Bearbeiter*, BGB, Bd. 24, 14. Aufl. 2023.

Soudry, Rouven / *Löb*, Moritz, Der Begriff des abhängigen Unternehmens im Sinne des § 17 AktG – Zur Einbeziehung rein wirtschaftlich vermittelter Abhängigkeiten in den Anwendungsbereich des Konzernrechts, GWR 2011, 127–130.

Spickhoff, Andreas, Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus, VersR 2013, 267–282.

Spindler, Gerald / *Schuster*, Fabian (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 4. Auflage, München 2019, zit.: Spindler/Schuster/*Bearbeiter*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019.

Spliedt, Jürgen D., Debt-Equity-Swap und weitere Strukturänderungen nach dem ESUG, GmbHR 2012, 462–471.

Stadler, Astrid, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts, Tübingen 1996, zugl. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Habil. 1993, zit.: *Stadler*, Gestaltungsfreiheit, 1996.

–: Allgemeiner Teil des BGB, 21. Auflage, München 2022, zit.: *Stadler*, BGB AT, 21. Aufl. 2022.

Stainer, Peter, Rechtliche Rahmenbedingungen des Geschäftsmodells Loan-to-own im Lichte der Reformbestrebungen zur Bekämpfung von notleidenden Krediten auf europäischer und nationaler Ebene, München 2020, zugl. Universität Bayreuth, Diss. 2020, zit.: *Stainer*, Loan-to-own, 2020.

Staub, Hermann (Begr.), Staub, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Fünfter Band, Bankvertragsrecht, 4. Auflage, hrsg. v. Claus-Wilhelm Canaris, Wolfgang Schilling und Peter Ulmer, Erster Teil, Berlin 2005, zit.: Staub/*Bearbeiter*, HGB, Bd. 5/1, 4. Aufl. 2005.

–: Staub, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Elfter Band, Bankvertragsrecht, Erster Teilband, Investment Banking I, 5. Auflage, hrsg. v. Claus-Wilhelm Canaris, Mathias Habersack und Carsten Schäfer, Berlin/Boston 2017, zit.: Staub/*Bearbeiter*, HGB, Bd. 11/1, 5. Aufl. 2017.

Staudinger, Julius von (Begr.), Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 21–79a, Vereine, Berlin 2023, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2023.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 90–124; §§ 130–133, Sachbegriff, Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung, Anfechtung, Auslegung, Berlin 2021, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 134–138; ProstG, Gesetzliches Verbot, Verfügungsverbot, Sittenwidrigkeit, Berlin 2021, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2021.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 139–163, Teilnichtigkeit, Anfechtung, Vertrag, Bedingung und Zeitbestimmung, Berlin 2020, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2020.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 164–240, Stellvertretung, Zustimmung, Fristen, Verjährung, Selbsthilfe, Sicherheitsleistung, Berlin 2019, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2019.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241–243, Treu und Glauben, Berlin 2019, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2019.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 249–254, Schadensersatzrecht, Berlin 2021, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2021.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255–304, Leistungsstörungsrecht 1, Berlin 2019, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2019.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305–310, UKlaG, AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz, Berlin 2022, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2022.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Anhang zu §§ 305–310, AGB-Recht 2, Ausgewählte Verträge, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, Internationaler Geschäftsverkehr, Berlin 2022, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2022.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315–326, Leistungsstörungsrecht 2, Berlin 2020, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2020.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397–432, Erlass, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern, Berlin 2022, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2022.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433–480, Kaufrecht, Berlin 2013, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2013.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 488–490, 607–609, Darlehensrecht, Berlin 2015, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2015.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 535–556g, Mietrecht 1 – Allgemeine Vorschriften, Wohnraummiete, Berlin 2021, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2021.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 581–597; Landpacht; §§ 598–610, 12. Auflage, Berlin 1998, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 12. Aufl. 1998.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 611–613, Dienstvertrag und Arbeitsvertrag, Berlin 2022, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2022.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 662–675b, Auftrag und Geschäftsbesorgung, Berlin 2017, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2017.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 765–778, Bürgschaft, Berlin 2020, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2020.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823 A–D, Unerlaubte Handlungen 1 – Rechtsgüter und Rechte, Persönlichkeitsrecht, Gewerbebetrieb, Berlin 2017, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2017.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, Einleitung zum Sachenrecht, §§ 854–882, Besitz und Allgemeines Liegenschaftsrecht 1, Berlin 2018, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2018.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, §§ 925–984, Anh. zu §§ 929–931, Erwerb und Verlust des Eigentums, Berlin 2020, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2020.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, §§ 1113–1203, Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Berlin 2019, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2019.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, §§ 1204–1296, SchiffsRG, Pfandrecht 1, Berlin 2019, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB, Einleitung zu Art. 1 ff. EGBGB, Art. 1–2, 50–218 EGBGB, Inkrafttreten, Verhältnis zu anderen Vorschriften, Übergangsvorschriften, Berlin 2018, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2018.

–: Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/Internationales Privatrecht, Art. 1–10 Rom I-VO, Internationales Vertragsrecht 1 – Internationales Devisenrecht, Berlin 2021, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, 2021.

Staudinger, Julius von (Begr.) / *Herresthal*, Carsten / *Kaiser*, Dagmar / *Stoffels*, Markus (Hrsg.), Eckpfeiler des Zivilrechts, 8. Auflage, Berlin 2022, zit.: Staudinger/*Bearbeiter*, Eckpfeiler, 8. Aufl. 2022.

Stein, Friedrich / *Jonas*, Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 7, §§ 704–827, 22. Auflage, Tübingen 2002, zit.: Stein/Jonas/*Bearbeiter*, ZPO, Bd. 7, 22. Aufl. 2002.

Steinbeck, Anja Verena, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, Berlin 1994, zugl. Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Diss. 1992, zit.: *Steinbeck*, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, 1994.

Steindorff, Ernst, Zivilrechtliche Grundfragen von Bankgeheimnis, Bankauskunft und Persönlichkeitsschutz, ZHR 149 (1985), 151–164.

Stelkens, Paul / *Bonk*, Heinz Joachim (Begr.) / *Sachs*, Michael (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 10. Auflage, München 2023, zit.: Stelkens/Bonk/Sachs/*Bearbeiter*, VwVfG, 10. Aufl. 2023.

Stiller, Dirk, Asset-Backed-Securities und das Bankgeheimnis, Zugleich Besprechung zu OLG Frankfurt/M., Urt. v. 25.5.2004 – 8 U 84/04, ZIP 2004, 1449, ZIP 2004, 2027–2032.

Stöber, Michael, Die Kompetenzverteilung bei Kapitalerhöhungen im Insolvenzverfahren, ZInsO 2012, 1811–1821.

–: Strukturmaßnahmen im Insolvenzplanverfahren und gesellschaftsrechtliche Treuepflicht – der Fall Suhrkamp, ZInsO 2013, 2457–2466.

Stöcker, Otmar / *Stünkel*, Kerstin, Syndizierungen mit EU-ausländischen Kreditinstituten unter Rückgriff auf das Refinanzierungsregister, BKR 2008, 50–54.

Stoffels, Markus, Schranken der Inhaltskontrolle, JZ 2001, 843–849.

–: AGB-Recht, 4. Auflage, München 2021, zit.: *Stoffels*, AGB-Recht, 4. Aufl. 2021.

Stoll, Heinrich, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre, AcP 136 (1932), 288–320.

Stoll, Ralf, Die Abtretbarkeit von Darlehensforderungen durch eine Bank bzw. Sparkasse vor dem Hintergrund des Bankgeheimnisses und der §§ 134 BGB, 203 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StGB – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 27.10.2009 – XI ZR 225/08, DZWIR 2010, 139–144.

Strack, Astrid, Hintergründe des Abstraktionsprinzips, JURA 2011, 5–9.

Streyl, Elmar, Kauf bricht nicht Miete, Grundlagen und Regelungszusammenhang der §§ 566 bis 566c BGB, NZM 2010, 343–355.

Stryk, Samuel, Dissertatio de juribus et actionibus non cessibilibus, Halæ/Magdeburgicæ 1697, zit.: *Stryk*, Juribus et actionibus non cessibilibus, 1697.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: Prælectiones viadrinæ de cautelis contractuum necessariis, Wittenbergæ 1727, zit.: *Stryk*, Cautelis, 1727.

Stürner, Rolf, Die Kreditsicherung der Banken und das neue AGBG, JZ 1977, 431 f.

–: Kreditsicherung der Banken und das neue AGBG, JZ 1977, 639 f.

–: Der Darlehensrückzahlungsanspruch der Banken und der Schutz des Eigentümers belasteter Grundstücke, Zum Urteil des BGH vom 30.3.2010 – XI ZR 200/09, JZ 2010, 774–779.

Stürner, Rolf / *Münch*, Joachim, § 11 Nr. 15 AGBG 2/87, BGH, Urt. v. 18.12.1986 – IX ZR 11/86, Kurzkommentar, EWiR 1987, 323 f.

Sutschet, Holger, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, JZ 2008, 637–639.

Sydow, Christian von / *Beyer*, Oliver, Erwerb von notleidenden Krediten und anschließende Kapitalerhöhung mit Sacheinlage – Rechte und Pflichten nach dem WpÜG, AG 2005, 635–644.

Szagunn, Volkhard (Begr.) / *Haug*, Ulrich / *Ergenzinger*, Wilhelm, Gesetz über das Kreditwesen, in der Fassung vom 22.1.1996, Kommentar, 6. Auflage, Stuttgart 1997, zit.: Szagunn/Haug/Ergenzinger/*Bearbeiter*, KWG, 6. Aufl. 1997.

Taeger, Jürgen / *Gabel*, Detlev (Hrsg.), DSGVO – BDSG – TTDSG, Kommentar, 4. Auflage, Frankfurt a. M. 2022, zit.: Taeger/Gabel/*Bearbeiter*, DS-GVO, 4. Aufl. 2022.

Tasma, Martin, Leveraged Buyout und Gläubigerschutz, Tübingen 2012, zugl. Bucerius Law School Hamburg, Diss. 2010, zit.: *Tasma*, Leveraged Buyout und Gläubigerschutz, 2012.

Teichmann, Arndt, Nebenverpflichtungen aus Treu und Glauben, 2. Teil: Vertragliche und „nachvertragliche" Leistungspflichten, Schutzpflichten, JA 1984, 709–714.

–: Die Fortführung von Bankkrediten durch Nichtbanken – ein Bankgeschäft? – zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt/M. vom 16.12.2010 – 3 U 11/10, BKR 2011, 324–326.

Teigelack, Lars, „Heuschrecken und Häuslebauer" – Neuerungen bei Immobilienfinanzierungen durch das Risikobegrenzungsgesetz, BLJ 2008, 143–148.

Theewen, Eckhard M., Problemkredite und die „Mindestanforderungen an das Kreditgeschäft der Kreditinstitute" – Workout, Outsourcing oder Bad Bank?, WM 2004, 105–114.

Theewen, Eckhard M. (Hrsg.), Bank- und Kapitalmarktrecht, Handbuch für Fachanwaltschaft und Bankpraxis, Köln 2010, zit.: Theewen/*Bearbeiter*, Bank- u. KapMR, 2010.

Theiselmann, Rüdiger, Corporate Finance Recht für Finanzmanager, Unternehmenstransaktionen, Finanzierungs- und Optimierungslösungen, München 2009, zit.: *Theiselmann*, Recht für Finanzmanager, 2009.

–: Schuldscheindarlehen – ein alternatives Instrument zur Fremdfinanzierung, Teil 1 der Serie: „Corporate Finance Lösungen entlang der GmbH-Unternehmensbilanz", GmbH-StB 2012, 50–54.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: Syndizierte Kredite – ein alternatives Instrument zur Fremdfinanzierung, Teil 3 der Serie „Corporate Finance Lösungen entlang der GmbH-Unternehmensbilanz", GmbH-StB 2012, 119–123.

Theiselmann, Rüdiger (Hrsg.), Praxishandbuch des Restrukturierungsrechts, 5. Auflage, Hürth 2024, zit.: Theiselmann/*Bearbeiter*, Restrukturierungsrecht, 5. Aufl. 2024.

Thibaut, Anton Friedrich Justus, System des Pandekten-Rechts, Erster Band, Neunte Ausgabe, Jena 1846, zit.: *Thibaut*, System, Bd. 1, 9. Ausg. 1846.

Thierhoff, Michael / *Müller*, Renate (Hrsg.), Unternehmenssanierung, 3. Auflage, Heidelberg 2022, zit.: Thierhoff/Müller/*Bearbeiter*, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022.

Thießen, Friedrich, Covenants in Kreditverträgen: Alternative oder Ergänzung zum Insolvenzrecht?, ZBB 1996, 19–37.

Thole, Christoph, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, Anfechtung und verwandte Regelungsinstrumente in der Unternehmensinsolvenz, Tübingen 2010, zugl. Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Habil. 2009, zit.: *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010.

Thom, Matthias / *Dürre*, Pia, Venture Debt: Gewährung von Gelddarlehen durch Investmentfonds nach dem KAGB – ein Erfolgsrezept?, WM 2018, 502–508.

Thom, Matthias / *Josenhans*, Michael / *Danzmann*, Max, Venture Debt – Grundlagen, Struktur und Vertragsgestaltung von Kreditfinanzierungen für Start-ups, WM 2018, 2162–2171.

Thomasius, Christian, Notae ad singulos Institutionum et Pandectarum, Titulos varias iuris Romani antiquitates imprimis usum eorum hodiernum in foris Germaniae ostendentes: in usum auditorii Thomasiani, Band 2, Halae Magdeburgicae 1713, zit.: *Thomasius*, Notae ad singulos Institutionum et Pandectarum, Bd. 2, 1713.

–: Dissertatio iuridica de aequitate cerebrina et exiguo usu practico legis Anastasianae, Halae Magdeburgicae 1717, zit.: *Thomasius*, legis Anastasianae, 1717.

Thompson, Joshua W. / *Fevzi*, Korey, Global Trends in Leveraged Lending, in: The International Comparative Legal Guide to: Lending & Secured Finance, 8th edition, London 2020, 22–30, zit.: *Thompson*/*Fevzi*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020.

Thurow, Christian, Überwachung von Kennzahlen in Kreditverträgen: Financial Covenants als Herausforderung für das Controlling, BC 2011, 545–548.

Tiedemann, Klaus, Neue Aspekte zum strafrechtlichen Schutz des Bankgeheimnisses, NJW 2003, 2213–2215.

Tiedtke, Klaus, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bürgschaftsrecht seit 1990, ZIP 1995, 521–535.

Tillmann, Tobias, Kreditinstitute als gesellschafterähnliche Darlehensgeber: Anwendbarkeit des Sanierungsprivilegs des § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG?, DB 2006, 199–204.

–: Der Entwurf des „MoMiG" und die Auswirkungen auf die Gesellschafterfremdfinanzierung – Verstrickte und privilegierte Darlehen, GmbHR 2006, 1289–1295.

Timme, Michael, Christian Wolff (1679–1754) – Einführung in Leben und Werk des vernunftrechtlichen Philosophen, JuS 2004, 1042–1045.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Töller, Andreas Christian, Die MoMiG-Reform und ihre Auswirkungen auf den Gläubigerschutz im nationalen sowie internationalen Kontext, Frankfurt a. M. 2013, zugl. Universität zu Köln, Diss. 2012, zit.: *Töller*, Die MoMiG-Reform, 2013.

Tonner, Klaus / *Willingmann*, Armin / *Tamm*, Marina (Hrsg.), Vertragsrecht Kommentar, Köln 2010, zit.: K. Tonner/Willingmann/Tamm/*Bearbeiter*, VertrR Komm., 2010.

Tonner, Martin / *Krüger*, Thomas, Bankrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2023, zit.: *M. Tonner/Krüger*, Bankrecht, 4. Aufl. 2023.

Toth-Feher, Geza M. / *Schick*, Olaf, Distressed Opportunities – Rechtliche Probleme beim Erwerb notleidender Forderungen von Banken, ZIP 2004, 491–497.

Tuhr, Andreas von, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Zweite Hälfte, Berlin 1957 (Original: 1918), zit.: *von Tuhr*, BGB AT, Bd. II/2, 1918/1957.

Tung, Frederick, Leverage in the Board Room, The Unsung Influence of Private Lenders in Corporate Governance, 57 UCLA L. Rev. (2009), 115–181.

Tusch, Sebastian / *Herz*, Benjamin, Die Entwicklung des europäischen Bankaufsichtsrechts in den Jahren 2015/2016, EuZW 2016, 887–894.

Uhlenbruck, Wilhelm / *Hirte*, Heribert / *Vallender*, Heinz (Hrsg.), Insolvenzordnung, Kommentar, Band 1, 15. Auflage, München 2019, zit.: Uhlenbruck/*Bearbeiter*, InsO, Bd. 1, 15. Aufl. 2019.

Ulmer, Peter / *Brandner*, Hans E. / *Hensen*, Horst-Diether / *Schmidt*, Harry, AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 9. Auflage, Köln 2001, zit.: Ulmer/Brandner/Hensen/*Bearbeiter*, AGB-Gesetz, 9. Aufl. 2001.

Ulmer, Peter / *Brandner*, Hans E. / *Hensen*, Horst-Diether, AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305–310 BGB und zum UKlaG, 13. Auflage, Köln 2022, zit.: Ulmer/Brandner/Hensen/*Bearbeiter*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022.

Ulrich, Leo / *Ghassemi-Tabar*, Nima, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 9.6.2010 – XII ZR 171/08, NJW 2010, 3710.

Unger, Joseph, Der revidirte Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen. Kritisch besprochen, Leipzig 1861, zit.: *Unger*, Der revidirte Entwurf, 1861.

Ungnade, Dieter, Bankgeheimnis gegenüber den Strafverfolgungsbehörden, WM 1976, 1210–1220.

Urhahn, Alexander Matthias, Prozessverträge im Investmentrecht, Baden-Baden 2021, zugl. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Diss. 2020/2021, zit.: *Urhahn*, Prozessverträge im Investmentrecht, 2021.

Urlaub, Jasmin, Notwendige Änderungen im Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) zur Verhinderung von Missbräuchen, ZIP 2011, 1040–1045.

Usslar, Ludolf von, Die Abwicklung von Problemkrediten im Lichte des öffentlichen Auftrags der Sparkassen, BKR 2008, 177–183.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vallender, Heinz, Bankgeheimnis und Auskunftspflicht der Kreditinstitute im Insolvenzeröffnungsverfahren, in: Insolvenzrecht in Wissenschaft und Praxis, Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Hanns Prütting und Heinz Vallender, Köln 2000, 133–147, zit.: *Vallender*, FS Uhlenbruck, 2000.

Vaupel, Christoph F. / *Reers*, Ulrich, Kapitalerhöhungen bei börsennotierten Aktiengesellschaften in der Krise, AG 2010, 93–105.

Venrooy, Gerd J. van, Unwirksamkeit der unzeitigen Kündigung in den gesetzlich geregelten Fällen, JZ 1981, 53–58.

Verse, Dirk A., Anteilseigner im Insolvenzverfahren, Überlegungen zur Reform des Insolvenzplanverfahrens aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, ZGR 2010, 299–324.

Vollborth, Nina, Forderungsabtretung durch Banken im Lichte von Bankgeheimnis und Datenschutz, Baden-Baden 2007, zugl. Humboldt-Universität zu Berlin, Diss. 2007, zit.: *Vollborth*, Forderungsabtretung, 2007.

Vorwerk, Volkert, Schutz in der Finanzmarktkrise – Welche Rechte hat der Verbraucher?, NJW 2009, 1777–1782.

Wabnitz, Heinz-Bernd / *Janovsky*, Thomas / *Schmitt*, Lothar (Hrsg.), Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Auflage, München 2020, zit.: Wabnitz/Janovsky/Schmitt/*Bearbeiter*, Wirtschafts- u. Steuerstrafrecht, 5. Aufl. 2020.

Wacke, Andreas, Die potentiores in den Rechtsquellen, Einfluß und Abwehr gesellschaftlicher Übermacht in der Rechtspflege der Römer, in: Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung, II. Principat, dreizehnter Band, Recht, Normen, Verbreitung, Materien, hrsg. v. Hildegard Temporini und Wolfgang Haase, Berlin/New York 1980, 562–607, zit.: *Wacke*, ANRW II, Bd. 13, 1980, 562.

–: Erzwingt eine Novation den Verlust bestehender Sicherheiten?, Für eine Forderungsauswechselung auch beim Mobiliarpfand, DNotZ 2000, 615–635.

Wagemann, Christian F., Die gestörte Vertragsübernahme, AcP 205 (2005), 547–579.

Wagner, Eberhard, Zur Kollision von verlängertem Eigentumsvorbehalt und eingeschränktem Abtretungsverbot, Zugleich zu BGH, Urt. v. 3.12.1987 – VII ZR 374/86, JZ 1988, 698–706.

–: Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse, Tübingen 1994, zugl. Eberhard Karls Universität Tübingen, Diss. 1992, zit.: *Wagner*, Abtretungsverbote, 1994.

–: Absolute Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote gleich absolute Unwirksamkeit verbotswidriger Abtretung?, JZ 1994, 227–233.

–: Rechtsgeschäftliche Unübertragbarkeit und § 137 S. 1 BGB, Zur Teleologie einer „Fundamentalnorm", AcP 194 (1994), 451–478.

–: Abtretbarkeit von Geldforderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften und Aufträgen der öffentlichen Hand nach § 354a HGB, NJW 1995, 180 f.

–: Vertragliche Abtretungsverbote im kaufmännischen Geschäftsverkehr (§ 354a HGB), in: Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen, hrsg. v. Walther Hadding und Uwe H. Schneider, Berlin 1999, 27–97, zit.: *Wagner*, Forderungsabtretung, 1999.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wallner, Jürgen, Partielle Universalsukzession durch Insolvenzplan, Ein Beitrag zur Diskussion um den debt to equity swap, ZInsO 2010, 1419–1426.

Walter, Tim Fabian, Bearbeitungsentgelte in Unternehmerdarlehensverträgen, Eine Untersuchung der AGB-Kontrolle von Entgeltklauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter besonderer Berücksichtigung der BGH-Urteile vom 4.7.2017 – XI ZR 562/15 und XI ZR 233/16, Berlin/Bern/Bruxelles u. a. O. 2020, zugl. Universität zu Köln, Diss. 2020, zit.: *Walter*, Bearbeitungsentgelte in Unternehmerdarlehensverträgen, 2020.

Wälzholz, Eckhard, Die insolvenzrechtliche Behandlung haftungsbeschränkter Gesellschaften nach der Reform durch das MoMiG, DStR 2007, 1914–1921.

Wand, Lothar, Musterdarlehensvertrag für gewerbliche Kreditvergaben – Zinsanpassung wegen veränderter Refinanzierungsmöglichkeiten am Geld- und Kapitalmarkt, risikoadjustierte Zinsgestaltung im Hinblick auf Basel II und Ausplatzierung des Kreditrisikos, Teil I, WM 2005, 1932–1946.

–: Musterdarlehensvertrag für gewerbliche Kreditvergaben – Zinsanpassung wegen veränderter Refinanzierungsmöglichkeiten am Geld- und Kapitalmarkt, risikoadjustierte Zinsgestaltung im Hinblick auf Basel II und Ausplatzierung des Kreditrisikos, Teil II, WM 2005, 1969–1980.

Wang, Donatus, Loan-to-Own, fremdkapitalbasierte Übernahmen sanierungsbedürftiger Unternehmen, Tübingen 2022, zugl. Justus-Liebig-Universität Gießen, Diss. 2021, zit.: *Wang*, Loan-to-Own, 2022.

Wank, Rolf, Juristische Methodenlehre, Eine Anleitung für Wissenschaft und Praxis, München 2020, zit.: *Wank*, Methodenlehre, 2020.

Wank, Rolf / *Maties*, Martin, Die Auslegung von Gesetzen, 7. Auflage, München 2023, zit.: *Wank*/*Maties*, Die Auslegung von Gesetzen, 7. Aufl. 2023.

Ward, Sarah M. / *Darley*, Mark L., A Comparison of Key Provisions in U. S. and European Leveraged Loan Agreements, in: The International Comparative Legal Guide to: Lending & Secured Finance 2014, 2nd edition, London 2014, 61–66, zit.: *Ward*/*Darley*, ICLG, L&S Fin., 2nd ed. 2014.

–: A Comparison of Key Provisions in U. S. and European Leveraged Loan Agreements, in: The International Comparative Legal Guide to: Lending & Secured Finance 2015, 3rd edition, London 2015, 55–62, zit.: *Ward*/*Darley*, ICLG, L&S Fin., 3rd ed. 2015.

–: A Comparison of Key Provisions in U. S. and European Leveraged Loan Agreements, in: The International Comparative Legal Guide to: Lending & Secured Finance 2016, 4th edition, London 2016, 57–65, zit.: *Ward*/*Darley*, ICLG, L&S Fin., 4th ed. 2016.

–: A Comparison of Key Provisions in U. S. and European Leveraged Loan Agreements, in: The International Comparative Legal Guide to: Lending & Secured Finance 2017, 5th edition, London 2017, 46–55, zit.: *Ward*/*Darley*, ICLG, L&S Fin., 5th ed. 2017.

–: A Comparison of Key Provisions in U. S. and European Leveraged Loan Agreements, in: The International Comparative Legal Guide to: Lending & Secured Finance 2018, 6th edition, London 2018, 50–60, zit.: *Ward*/*Darley*, ICLG, L&S Fin., 6th ed. 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: A Comparison of Key Provisions in U. S. and European Leveraged Loan Agreements, in: The International Comparative Legal Guide to: Lending & Secured Finance 2019, 7th edition, London 2019, 46–58, zit.: *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 7th ed. 2019.

–: A Comparison of Key Provisions in U. S. and European Leveraged Loan Agreements, in: International Comparative Legal Guides, Lending & Secured Finance 2020, 8th edition, London 2020, 54–69, zit.: *Ward/Darley*, ICLG, L&S Fin., 8th ed. 2020.

Ward, Sarah M. / *Wells*, Clive J., A Comparison of Key Provisions in U. S. and European Leveraged Loan Agreements, in: International Comparative Legal Guides, Lending & Secured Finance 2021, 9th edition, London 2021, 66–83, zit.: *Ward/Wells*, ICLG, L&S Fin., 9th ed. 2021.

Wassermann, Rudolf (Gesamt-Hrsg.), Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in sechs Bänden, Band 1, Allgemeiner Teil, Neuwied/Darmstadt 1987, zit.: Wassermann/*Bearbeiter*, AK-BGB, Bd. 1, 1987.

–: Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in sechs Bänden, Band 2, Allgemeines Schuldrecht, Neuwied/Darmstadt 1980, zit.: Wassermann/*Bearbeiter*, AK-BGB, Bd. 2, 1980.

Weber, Christoph Andreas, Schadensersatz wegen unberechtigter Kündigung von Darlehensverträgen, Eigene Ansprüche des Darlehensnehmers und vertraglicher Drittschutz, DStR 2014, 213–219.

Weber, Dominic, Bericht zur 3. Jahrestagung des Instituts für Insolvenz- und Sanierungsrecht (ISR) am 7.10.2016 an der Heinrich-Heine-Universität in Düsseldorf, ZInsO 2016, 2240–2247.

Weber, Klaus (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 32. Edition, München 2024, zit.: K. Weber/*Bearbeiter*, Rechtswörterbuch, 32. Ed. 2024.

Weber, Martin, Erstreckung der einer Grundschuld mit persönlicher Haftungsübernahme zugrunde liegenden Sicherungsabrede auf Ansprüche des Kreditgebers aus § 3 HWiG a. F. nach Widerruf des Darlehensvertrages, Anmerkung zu: BGH, Urt. v. 28.10.2003 – XI ZR 263/02, EWiR 2004, 343 f.

Weber, Ralph, Keine Berufung auf Unwirksamkeit einer durch Treuhänderin abgegebenen unwirksamen Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung bei Verpflichtung zur Unterwerfung im Darlehensvertrag, Anmerkung zu: BGH, Urt. v. 22.10.2003 – IV ZR 398/02, EWiR 2004, 479 f.

–: Sachenrecht II, Grundstücksrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2015, zit.: *R. Weber*, Sachenrecht II, 4. Aufl. 2015.

Weber, Ralph / *Madaus*, Stephan, Wirksamkeit einer formularmäßigen Vollmacht zur persönlichen Haftungsübernahme und Vollstreckungsunterwerfung bei Grundschuldbestellung, Anmerkung zu: BGH, Urt. v. 26.11.2002 – XI ZR 10/00, EWiR 2003, 639 f.

–: Keine vorwerfbare Unkenntnis der Bank von Unwirksamkeit einer Treuhändervollmacht für StB-Gesellschaft im Steuersparmodell von 1993, Anmerkung zu: BGH, Urt. v. 15.3.2005 – XI ZR 135/04, EWiR 2005, 531 f.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wech, Petra, Das Bankgeheimnis, Struktur, Inhalt und Grenzen einer zivilrechtlichen Schutzpflicht, Berlin 2009, zugl. Universität Regensburg, Diss. 2007, zit.: *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009.

Wehrhahn, Torsten, Unternehmensfinanzierung durch Schuldscheindarlehen, BKR 2012, 363–368.

Weichert, Thilo, Die datenschutzrechtlich bedingte Unwirksamkeit einer Forderungsabtretung, VuR 2007, 373–376.

Weichsler, Christoph, Die Kreditbörse RMX – Funktionsweise und Relevanz für Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, DStR 2008, 1938–1943.

Weiler, Frank, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Baden-Baden 2024, zit.: *Weiler*, Schuldrecht AT, 7. Aufl. 2024.

Weitnauer, Wolfgang, Handbuch Venture Capital, Von der Innovation zum Börsengang, 7. Auflage, München 2022, zit.: Weitnauer/*Bearbeiter*, VC, 7. Aufl. 2022.

Weitnauer, Wolfgang / *Boxberger*, Lutz / *Anders*, Dietmar (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare, Kapitalanlagegesetzbuch, mit Investmentsteuergesetz, EuVECA-VO, EuSEF-VO und ELTIF-VO, 3. Auflage, München 2021, zit.: WBA/*Bearbeiter*, KAGB, 3. Aufl. 2021.

Weitzmann, Jörn, Die Transparenz des Verfahrens, Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters und Unparteilichkeit des Gerichts sind wesentliche Säulen eines funktionierenden Insolvenzrechts, ZInsO 2017, 2491–2496.

–: Recht im Wandel?(!), ZInsO 2022, 447–455.

Wells, Clive J. / *Chenoweth*, Tracey L., A Comparison of Key Provisions in U. S. and European Leveraged Loan Agreements, in: International Comparative Legal Guides, Lending & Secured Finance 2022, 10th edition, London 2022, 63–80, zit.: *Wells*/*Chenoweth*, ICLG, L&S Fin., 10th ed. 2022.

Wendland, Matthias, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, Subjektive und objektive Gestaltungskräfte im Privatrecht am Beispiel der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Tübingen 2019, zugl. Ludwig-Maximilians-Universität München, Habil. 2016, zit.: *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019.

Wendler, Johann Christoph, Dissertatio inauguralis de cessione actionum ex lege Anastasiana, Argentorati 1668, zit.: *Wendler*, de cessione actionum ex lege Anastasiana, 1668.

Wengert, Georg / *Widmann*, Andreas / *Wengert*, Katharina, Bankenfusionen und Datenschutz, NJW 2000, 1289–1295.

Wenzel, Jens, Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge, Deutsches und englisches Recht, Baden-Baden 2006, zugl. Universität zu Köln, Diss. 2005/2006, zit.: *Wenzel*, Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge, 2006.

Werhahn, Nikolaus, Der Kreditvertrag in der Umwandlung, Eine Untersuchung der umwandlungsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten kreditnehmender Unternehmen sowie des Gläubigerschutzsystems für Kreditinstitute, Berlin 2007, zugl. Universität zu Köln, Diss. 2005/2006, zit.: *Werhahn*, Der Kreditvertrag in der Umwandlung, 2007.

Werner, Winfried, Ein neues Kompendium des Kreditrechts, ZBB 1990, 236–243.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Westermann, Harm Peter, Gesellschaftsrechtliche Risiken bei der bankmäßigen Projektfinanzierung, in: Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Reinhard Böttcher, Götz Hueck und Burkhard Jähnke, Berlin/New York 1996, 897–923, zit.: *H. P. Westermann*, FS Odersky, 1996.

Westermann, Harry (Begr.) / *Westermann*, Harm Peter / *Gursky*, Karl-Heinz / *Eickmann*, Dieter, Sachenrecht, 8. Auflage, Heidelberg/München/Landsberg u. a. O. 2011, zit.: Westermann/*Bearbeiter*, SachenR, 8. Aufl. 2011.

Westpfahl, Lars, Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren, ZGR 2010, 385–436.

Westphalen, Friedrich Graf von, Wider einen Reformbedarf beim AGB-Recht im Unternehmerverkehr, NJW 2009, 2977–2982.

–: Wider die angebliche Unattraktivität des AGB-Rechts, BB 2010, 195–202.

Westphalen, Friedrich Graf von / *Thüsing*, Gregor (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 50. Ergänzungslieferung, März 2024, München 2024, zit.: von Westphalen/Thüsing/*Bearbeiter*, VertrR u. AGB-Klauselwerke, 50. EL März 2024.

Widmann, Siegfried / *Mayer*, Dieter (Hrsg.), Umwandlungsrecht, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, Spruchverfahrensgesetz, Einbringung, Realteilung, Umsatzsteuer, Grunderwerbsteuer, Vertragsmuster, Kommentar, 213. Ergänzungslieferung, Juli 2024, Bonn 2024, zit.: Widmann/Mayer/*Bearbeiter*, UmwR, 213. EL Juli 2024.

Wieacker, Franz, Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, hrsg. v. Günter Stratenwerth, Armin Kaufmann, Gerd Geilen et al., Berlin/New York 1974, 7–29, zit.: *Wieacker*, FS Welzel, 1974.

Wieczorek, Bernhard (Begr.) / *Schütze*, Rolf A. (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, Zehnter Band, Teilband 1, §§ 803–863, 4. Auflage, Berlin/Boston 2015, zit.: Wieczorek/Schütze/*Bearbeiter*, ZPO, Bd. 10/1, 4. Aufl. 2015.

–: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, Zehnter Band, Teilband 2, §§ 864–915h, 4. Auflage, Berlin/Boston 2015, zit.: Wieczorek/Schütze/*Bearbeiter*, ZPO, Bd. 10/2, 4. Aufl. 2015.

Wieczorek, Bernhard (Begr.) / *Schütze*, Rolf A. / *Gebauer*, Martin (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, Sechster Band, §§ 355–510c, 5. Auflage, Berlin/Boston 2024, zit.: Wieczorek/Schütze/*Bearbeiter*, ZPO, Bd. 6, 5. Aufl. 2024.

–: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, Neunter Band, §§ 724–802l, 5. Auflage, Berlin/Boston 2024, zit.: Wieczorek/Schütze/*Bearbeiter*, ZPO, Bd. 9, 5. Aufl. 2024.

Wiegand, Wolfgang, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht, AcP 190 (1990), 112–138.

Wiehe, Herbert, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19.4.2011 – XI ZR 256/10, BKR 2011, 329 f.

–: Die Bank als Gesellschaftern gleichgestellte Dritte bei der Insolvenzanfechtung, Zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BKR 2020, 643, BKR 2020, 636–643.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wieneke, Laurenz / *Hoffmann*, Thomas, Der Erhalt der Börsennotierung beim echten und unechten Debt Equity Swap in der Insolvenz der börsennotierten AG, ZIP 2013, 697–708.

Wilhelm, Alexander, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, Zur Anwendung der allgemeinen mitglied- und organschaftlichen Verhaltensbindungen auf Außenstehende unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter Corporate Governance-Probleme, Tübingen 2020, zugl. Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Diss. 2017, zit.: *A. Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2020.

–: Grundsätze der Haftung Dritter im Recht der Gesellschafterdarlehen, Eine Bestandsaufnahme im Lichte der BGH-Entscheidung v. 27.2.2020 – IX ZR 337/18, ZIP 2020, 72, ZIP 2020, 2210–2218.

Wilhelm, Jan, Sachenrecht, 7. Auflage, Berlin/Boston 2021, zit.: *J. Wilhelm*, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021.

Willoweit, Dietmar, Das obligatorisch wirkende Zessionsverbot, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Hermann Lange, Knut Wolfgang Nörr und Harm Peter Westermann, Tübingen 1993, 549–561, zit.: *Willoweit*, FS Gernhuber, 1993.

Wilmowsky, Peter von, Darlehensnehmer in Insolvenz – Teil II, WM 2008, 1237–1244.

Wilpert, Victor Ewald, Beschränkung der Cession in Kurland durch die const. 22 und 23 Cod. mandanti vel contra (4. 35), Dorpat 1854, zugl. Kaiserliche Universität zu Dorpat, Magister 1854, zit.: *Wilpert*, Beschränkung der Cession, 1854.

Windscheid, Bernhard, Die Singularsuccession in Obligationen, Krit. Ueberschau 1 (1853), 27–46.

–: Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856, zit.: *Windscheid*, Actio, 1856.

–: Lehrbuch des Pandektenrechts, Zweiter Band, erste Abtheilung, 1. Auflage, Düsseldorf 1865, zit.: *Windscheid*, Pandektenrecht, Bd. 2/1, 1. Aufl. 1865.

–: Lehrbuch des Pandektenrechts, Zweiter Band, 5. Auflage, Stuttgart 1879, zit.: *Windscheid*, Pandektenrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 1879.

Windscheid, Bernhard / *Kipp*, Theodor, Lehrbuch des Pandektenrechts, Zweiter Band, 9. Auflage, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, Frankfurt a. M. 1906, zit.: *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht, Bd. 2, 9. Aufl. 1906.

Winkelmann, Thomas, Der Anspruch, Funktion, Entstehung, Anknüpfungen, Tübingen 2021, zugl. Ludwig-Maximilians-Universität München, Diss. 2020, zit.: *Winkelmann*, Der Anspruch, 2021.

Winneke, Maik / *Reiff*, Andreas, Anspruch auf eine Vorfälligkeitsentschädigung bei bankseitiger Kündigung eines Verbraucherdarlehensvertrages?, VuR 2016, 52–60.

Witt, Tim, Die nachrangige Behandlung von Krediten gesellschaftsfremder Dritter in der Insolvenz der GmbH, Zur Auslegung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO aufgrund eines Vergleichs mit dem US-Recht sowie ökonomischer Abwägungen, Baden-Baden 2018, zugl. Christian-Albrechts-Universität Kiel, Diss. 2017, zit.: *Witt*, Die nachrangige Behandlung von Krediten gesellschaftsfremder Dritter, 2018.

Wittig, Arne, Kritische und notleidende Kreditengagements – Änderungen auf Grund der Schuldrechtsreform, NZI 2002, 633–642.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: Bankaufsichtsrechtliche Grundlagen des (internen) Ratings und seine Transformation in das Darlehensverhältnis mit Unternehmen, ZHR 169 (2005), 212–241.

–: Distressed Debt Trading – Handel mit notleidenden Krediten unter besonderer Berücksichtigung von Bankgeheimnis und aufsichtsrechtlichen Anforderungen, in: Verbraucherkredite, insbesondere für Immobilienanlagen, Forderungsübertragungen, insbesondere im Lichte von Bankgeheimnis und Datenschutz, Bankrechtstag 2005, hrsg. v. Walther Hadding, Klaus J. Hopt und Herbert Schimansky, Berlin 2006, 145–192, zit.: *Wittig*, Bankrechtstag 2005, 2006.

Wolf, George Alexander, Grenzen der Abtretung von Gebührenforderungen, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 4.12.2008 – IX ZR 219/07, DStR 2009, 1283 f.

Wolf, Manfred (Begr.) / *Lindacher*, Walter F. / *Pfeiffer*, Thomas (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 7. Auflage, München 2020, zit.: Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Bearbeiter*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020.

Wolff, Christian von, Jus naturæ methodo scientifica pertractatvm, pars tertia, de modo derivativo acqvirendi dominivm et jvs qvodcvnqve præsertim in re alterivs, vbi et agitvr de officiis circa sermonem, jvramentis ac votis, nec non usvcapione et præscriptione, Halæ Magdebvrgicæ 1743, zit.: *von Wolff*, Jur. Nat., pars III, 1743.

–: Institutiones juris naturæ et gentium, in quibus ex ipsa hominis natura continuo nexu omnes obligationes et jura omnia dedvcvntvr, Halæ Magdebvrgicæ 1750, zit.: *von Wolff*, Instit. J. N. & G., 1750.

Wolff, Christian von (Hrsg.) / *Nicolai*, Gottlob Samuel (Übersetzer), Grundsätze des Natur- und Völckerrechts, worinn alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden, Halle im Magdeburgischen 1754, zit.: von Wolff/*Nicolai*, Nat.- u. VölckerR, 1754.

Wolff, Hans J. (Begr.) / *Bachof*, Otto / *Stober*, Rolf / *Kluth*, Winfried, Verwaltungsrecht I, Ein Studienbuch, 13. Auflage, München 2017, zit.: Wolff/Bachof/Stober/Kluth/*Bearbeiter*, VerwR I, 13. Aufl. 2017.

Wolfsteiner, Hans, Die Zwangsvollstreckung findet aus Urkunden statt, Zur Rechtsnature [!] der vollstreckbaren Urkunde (zugleich eine Besprechung von Entscheidungen des OLG Koblenz, des LG Mainz, des LG München II, des LG Waldshut-Tiengen, des LG Köln und des AG Köln zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag), DNotZ 1990, 531–552.

–: Die vollstreckbare Urkunde, Handbuch mit Praxishinweisen und Musterformulierungen, 2. Auflage, München 2006, zit.: *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006.

Wulfken, Jörg, Übertragungstechniken – Abtretung, Vertragsübernahme, Abspaltung, in: Grundlagen des NPL-Geschäftes, hrsg. v. Marcel Köchling und Christoph Schalast, Frankfurt a. M. 2013, 113–129, zit.: *Wulfken*, Grundlagen des NPL-Geschäftes, 2013.

Zahn, Andreas / *Lemke*, Rudolf, Anleihen als Instrument der Finanzierung und Risikosteuerung, BKR 2002, 527–535.

Zander, Oliver, Einführung von Kreditfonds durch das OGAW-V-Umsetzungsgesetz – Zugleich Überblick über die wesentlichen Neuregelungen, DB 2016, 331–334.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zehelein, Kai, Verdeckt, ermächtigt, konkludent handelnd – oder verloren?, Die Grundlagen des Handelns für Dritte oder im eigenen Namen ohne Offenlegung am Beispiel der aktuellen BGH-Rechtsprechung zum Miet(erhöhungs)recht, NZM 2015, 31–41.

Zetzsche, Dirk / *Marte*, Thomas, Kreditfonds zwischen Anleger- und Systemschutz, RdF 2015, 4–14.

Ziegenhagen, Andreas, Magische Mehrheitsentscheidungen, Finance Sonderbeilage, März/April 2021, 16 f.

Zimmermann, Steffen, Geierfonds erwerben ungekündigte Darlehensverträge und Grundschulden ohne fiduziarische Zweckbindung – Zur Rechtslage nicht notleidender Kreditengagements im Dreieck Kunde/Investor/Hausbank, BKR 2008, 95–101.

Zöller, Richard (Begr.), Zivilprozessordnung, mit FamFG (§§ 1–150, 231–270) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EuGVVO und weiteren EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen, Kommentar, 35. Auflage, Köln 2024, zit.: Zöller/*Bearbeiter*, ZPO, 35. Aufl. 2024.

Zöllner, Wolfgang, Umwandlung und Datenschutz, ZHR 165 (2001), 440–452.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Quellen des Internets

Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e. V., Stellungnahme zu ESUG, https://www.ak-inso-koeln.de/658/stellungnahme-zu-esug, zit.: *AKr InsW Köln e. V.*, Stellungnahme zu ESUG.

Avon International Capital plc et al., Multicurrency Revolving Facility Agreement, € 200,000,000, 12.2.2019, https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/8868/000095012719000009/a19-7_ex10point1.htm, zit.: *Avon International Capital plc* et al., FA, 2019.

Bank Austria Aktiengesellschaft, Schuldschein der Bank Austria Aktiengesellschaft, Wien, über ein nachrangiges Darlehen in Höhe von USD 27.500.000, 11.12.2001, https://www.unicreditgroup.eu/content/dam/unicreditgroup-eu/documents/en/investors/funding-and-ratings/funding-programs/bank-capital1/tier2/2015/A111_SL0040.pdf, zit.: *Bank Austria Aktiengesellschaft*, nachrangiger Schuldschein, 2001.

Banque Internationale à Luxembourg SA, Schuldschein Loan Agreement, Schuldschein-Darlehensvertrag, o. J., https://www.bil.com/Documents/documentation-legale/Schuldschein-FIXED_RATE.pdf, zit.: *Banque Internationale à Luxembourg SA*, Schuldschein, o. J.

Bayer, Jan D., IVG Immobilien – Rheingold in Bonn gefunden!, manager-magazin.de v. 6.3.2014, https://www.manager-magazin.de/finanzen/immobilien/insolvenzplan-ivg-immobilien-ag-a-957211.html.

Bender, René / *Nagel*, Lars-Marten / *Votsmeier*, Volker, Ringen um die Datingportale von Spark: Aktionäre fürchten Enteignung, HB v. 21.12.2023, https://archiv.handelsblatt.com/document/HBON__HB_100003622.

bes, Die vielgeschmähten „Heuschrecken" bringen oft begehrte Liquidität, FAZ v. 15.12.2005, https://www.faz.net/aktuell/finanzen/hedge-fonds-die-vielgeschmaehten-heuschrecken-bringen-oft-begehrte-liquiditaet-1115765.html.

Blome-Drees, Johannes / *Rang*, Reiner, Private Equity-Investitionen in deutsche Unternehmen und ihre Wirkungen auf die Mitarbeiter, Eine konzeptionelle und empirische Analyse, Dokumentation auf der Grundlage von leitfadengestützten Interviews mit Aufsichts- und Betriebsräten der Grohe AG & Co. KG im Herbst 2005 im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, Oktober 2006, https://www.studocu.com/de/document/fom-hochschule/finanzmanagement/pe-grohe/64965198, zit.: *Blome-Drees/Rang*, Private Equity-Investitionen in deutsche Unternehmen, 2006.

Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA, Geschäftsbericht Juli 2005–Juni 2006, 2006, https://www.yumpu.com/de/document/view/27397785/geschaftsbericht-2005-2006-kgaa-konzern-bvb-aktie-borussia-, zit.: *Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA*, GB 2006, 2006.

–: Einladung zur außerordentlichen Hauptversammlung am 15.8.2006, BAnz v. 5.7.2006.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA: Kapitalmaßnahme – Sämtliche 17.550.000 neuen Aktien werden platziert, Ad-hoc-Mitteilung v. 1.9.2006 um 12:17, https://www.eqs-news.com/de/news/adhoc/borussia-dortmund-gmbh-co-kgaakapitalmasnahme-samtliche-17-550-000-neuen-aktien-werden-platziert/63110, zit.: *Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA*, Ad-hoc-Mitteilung v. 1.9.2006 um 12:17.

–: Borussia Dortmund löst das Morgan Stanley Darlehen vollständig ab, Ad-hoc-Mitteilung v. 23.6.2008 um 17:15, https://www.eqs-news.com/de/news/corporate/borussia-dortmund-lost-das-morgan-stanley-darlehen-vollstandig-ab/234188, zit.: *Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA*, Ad-hoc-Mitteilung v. 23.6.2008 um 17:15.

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Veröffentlichung des Tenors einschließlich der Nebenbestimmungen und der wesentlichen Gründe des Bescheids der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht vom 21.1.2014 über die Befreiung gemäß § 37 Abs. 1 und Abs. 2 WpÜG i. V. m. § 9 Satz 1 Nr. 3 WpÜG-Angebotsverordnung von den Pflichten nach § 35 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 WpÜG in Bezug auf die SolarWorld AG, Bonn (ISIN DE0005108401), https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Befreiungsentscheidung/solarworld_0116, zit.: *BaFin*, Befreiungsbescheid in Bezug auf die SolarWorld AG v. 21.1.2014.

–: Änderung der Verwaltungspraxis zur Vergabe von Darlehen sowie zur sog. „Restrukturierung" und Prolongation von Darlehen für Rechnung des Investmentvermögens, Schreiben vom 12.5.2015, Geschäftszeichen: WA 41-Wp 2100 – 2015/0001, https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fges%2Fkwg_306139%2Fcont%2Fkwg_306139.anriv.htm&anchor=Y-100-G-KWG_306139-ANR-IV, zit.: *BaFin*, Schreiben v. 12.5.2015 – WA 41-Wp 2100 – 2015/0001.

–: Auslegungsentscheidung zum Grundsatz der unternehmerischen Vorsicht (Prudent Person Principle, PPP), 1.1.2016, https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Auslegungsentscheidung/dl_ae_grundsatz_unternehmerischer_Vorsicht_va, zit.: *BaFin*, Auslegungsentscheidung v. 1.1.2016 – PPP.

–: Hinweise zur Anlage des Sicherungsvermögens von Erstversicherungsunternehmen, auf welche die Vorschriften für kleine Versicherungsunternehmen (§§ 212 bis 217 VAG) Anwendung finden, sowie von inländischen Pensionskassen und Pensionsfonds (Kapitalanlagerundschreiben), Rundschreiben 11/2017 (VA) vom 12.12.2017, Geschäftszeichen: VA 25–I 3201–2016/0002, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2017/rs_1711_hinweise_anlage_sicherungsvermoegen_va, zit.: *BaFin*, Rundschreiben 11/2017 (VA) v. 12.12.2017 – VA 25–I 3201–2016/0002.

–: Hinweise zum Tatbestand des Kreditgeschäfts, Merkblatt vom 8.1.2009, geändert am 21.4.2023, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_090108_tatbestand_kreditgeschaeft.html, zit.: *BaFin*, MB Kreditgeschäft, 2009/2023.

–: Hinweise zur Erbringung von Kreditdienstleistungen gemäß § 2 Abs. 3 KrZwMG, Merkblatt vom 18.12.2023, https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Merkblatt/BA/dl_anlage_Merkblatt_Kreditdienstleistungen_BA.html, zit.: *BaFin*, MB Kreditdienstleistungen, 2023.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bundesverband Alternative Investments e. V., BAI-Studie, Unternehmenskreditfinanzierungen durch Nicht-Banken in Deutschland – Die Sichtweise der drei Marktakteure, März 2019, Bonn, https://www.bvai.de/fileadmin/Veroeffentlichungen/BAI_Publikationen/BAI_Studie_Private_Debt/BAI-Studie_2019_-_Unternehmenskreditfinanzierungen_durch_Nicht-Banken.pdf, zit.: *BAI*, Unternehmenskreditfinanzierungen durch Nicht-Banken in Deutschland, März 2019.

Burgmaier, Stefanie / *Haacke*, Brigitte von, Ungewohnter Druck, WW v. 18.9.2006, Nr. 38, 66, https://archiv.handelsblatt.com/document/WW__0000335783.

Charltons, M&A in China, 2009, https://www.charltonslaw.com/legal/china/M-and-A-in-China.pdf, zit.: *Charltons*, M&A in China, 2009.

Deutsche Kreditmarkt-Standards e. V., Standards für die Transaktionsvorbereitung, 2024, https://kreditmarkt-standards.de/?page_id=42, zit.: *DKS*, Standards für die Transaktionsvorbereitung, 2024.

–: Standards für die Transaktionsdurchführung, 2024, https://kreditmarkt-standards.de/?page_id=44, zit.: *DKS*, Standards für die Transaktionsdurchführung, 2024.

–: Standards für die Abwicklung (Closing), 2024, https://kreditmarkt-standards.de/?page_id=46, zit.: *DKS*, Standards für die Abwicklung (Closing), 2024.

Deutsche Steinzeug Cremer & Breuer AG, Einladung zur außerordentlichen Hauptversammlung am 11.5.2006, BAnz v. 31.3.2006.

–: Deutsche Steinzeug platziert erfolgreich Kapitalerhöhung – Überbezug stark überzeichnet, Ad-hoc-Mitteilung v. 11.8.2006 um 8:45, https://www.eqs-news.com/de/news/adhoc/deutsche-steinzeug-cremer-breuer-ag-deutsche-steinzeug-platziert-erfolgreich-kapitalerhohung-uberbezug-stark-uberzeichnet/62490, zit.: *Deutsche Steinzeug Cremer & Breuer AG*, Ad-hoc-Mitteilung v. 11.8.2006 um 8:45.

–: Konzernabschluss zum 31.12.2006, BAnz v. 1.10.2007.

Dierig, Carsten, Goldman Sachs übernimmt Drogeriekette „Ihr Platz", DIE WELT v. 30.9.2005, https://www.welt.de/print-welt/article168047/Goldman-Sachs-uebernimmt-Drogeriekette-Ihr-Platz.html.

Eich, Jakob, Kiekert-CFO Kranz blickt in den Rückspiegel, Finance v. 18.12.2018, https://www.finance-magazin.de/cfo/fuehrung-karriere/kiekert-cfo-kranz-blickt-in-den-rueckspiegel-2029061.

Erste Group Bank AG, nachrangiges Schuldscheindarlehen 2018–2028, 2.1.2018, https://cdn0.erstegroup.com/content/dam/at/eh/www_erstegroup_com/de/ir/Reg_Veroeff/Kapitalinstrumente_2020/Darlehensvertrag_SSD158_2018-2028_HP.pdf, zit.: *Erste Group Bank AG*, nachrangiges SSD, 2018.

Europäische Zentralbank, Leitfaden für Banken zu notleidenden Krediten, März 2017, https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/guidance_on_npl.de.pdf, zit.: *EZB*, Leitfaden für Banken zu notleidenden Krediten, März 2017.

–: FAQs on the measures to support bank lending and money market activity, 2021, https://www.ecb.europa.eu/paym/coll/html/questions.en.html, zit.: *EZB*, FAQs on the measures to support bank lending and money market activity, 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

European Banking Authority, Leitlinien zur Anwendung der Ausfalldefinition gemäß Artikel 178 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013, GL/2016/07, 18.1.2017, https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/documents/10180/1721448/41a1848e-2e79-4d7a-825e-a060754f42fd/Guidelines%20on%20default%20definition%20(EBA-GL-2016-07)_DE.pdf, zit.: *EBA*, GL/2016/07, 18.1.2017.

European Securities and Markets Authority, Opinion v. 11.4.2016, Key principles for a European framework on loan origination by funds, ESMA/2016/596, https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2016-596_opinion_on_loan_origination.pdf, zit.: *ESMA*, Opinion v. 11.4.2016.

Freie und Hansestadt Hamburg, Vertragsmuster für einen fest verzinslichen Schuldschein, o. J., https://www.hamburg.de/resource/blob/261926/7cc3dbfdeb60a97c29b6c7ec0fba3fba/vertragsmuster-fuer-einen-fest-verzinslichen-schuldschein-data.pdf, zit.: *FHH*, Vertragsmuster Schuldschein, o. J.

Global Ship Lease Investments Inc. et al., Facility Agreement, Secured Term Loan Facility of up to US$ 65,000,000, 7.9.2018, https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/0001430725/000119312520096272/d900470dex422.htm, zit.: *Global Ship Lease Investments Inc.* et al., FA, 2018.

Groth, Julia, Umstrittenes StaRUG-Gesetz: Hoffnung für Aktionäre, WW v. 18.1.2024, https://archiv.handelsblatt.com/document/WWON__WW_29609502.

Haacke, Brigitte von, Störenfriede raus, WW v. 7.5.2007, Nr. 19, 130, https://archiv.handelsblatt.com/document/WW__0000401547.

Haghani, Sascha / *Holzamer*, Matthias / *Zülch*, Henning et al., Studie, Financial Covenants in der Unternehmensfinanzierung, München 2014, https://www.rolandberger.com/publications/publication_pdf/roland_berger_financial_covenants_unternehmensfinanzierung_20141210.pdf, zit.: *Haghani/Holzamer/Zülch* et al., Covenants, 2014.

Hecking, Mirjam, Insolvenzfall Kunert, Geiwitz [!] brisante Mission, manager-magazin v. 31.5.2013, https://www.manager-magazin.de/unternehmen/industrie/insolventer-strumpfhersteller-wie-kunert-die-pleite-ueberwinden-will-a-902576.html.

Herz, Carsten / *Koenen*, Jens, Kiekert und Co., Finanzinvestoren scheitern bei Autozulieferern, HBON v. 4.10.2006, https://archiv.handelsblatt.com/document/HBON__HB-1316634.

HSBC Trinkaus & Burkhardt AG, Schuldscheindarlehen, o. J., https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj08NWXgLGHAxVLcfEDHfYiCj4QFnoECBMQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.hsbc.com%2F-%2Ffiles%2Fhsbc%2Finvestors%2Ffixed-income-investors%2Ffixed-income-securities%2Fsubsidiaries%2F2025%2Fjuly%2Fhsbc-trinkaus-burkhardt-ag-subordinated-schuldscheindarlehen-generic-template.pdf&usg=AOvVaw00GWxS57AEe9BZiRd5j9sT&opi=89978449, zit.: *HSBC Trinkaus & Burkhardt AG*, SSD, o. J.

HypoVereins Finance NV, nachrangiger Schuldschein, lfd. Nr. 82, EUR 25.000.000, Auszahlungstag: 22.8.2001, https://www.hypovereinsbank.de/content/dam/hypovereinsbank/ueber-uns/pdf/investor-relations/Ergaenzungskapital/Vertrag_A1982_SL0100.pdf, zit.: *HypoVereins Finance NV*, nachrangiger Schuldschein, Nr. 82, 2001.

Inspired Entertainment Inc. et al., Senior Facilities Agreement, 27.9.2019, https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1615063/000121390019019458/f8k092719ex10-1_inspired.htm#m_025, zit.: *Inspired Entertainment Inc.* et al., FA, 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IVG Immobilien AG, IVG Immobilien AG stellt Eckpunkte des Refinanzierungsplans vor, Ad-hoc-Mitteilung v. 31.5.2013 um 21:07, https://www.eqs-news.com/de/news/adhoc/ivg-immobilien-ag-ivg-immobilien-ag-stellt-eckpunkte-des-refinanzierungsplans-vor/758304, zit.: *IVG Immobilien AG*, Ad-hoc-Mitteilung v. 31.5.2013 um 21:07.

–: Ladung der Aktionäre zum gerichtlichen Erörterungs- und Abstimmungstermin im Insolvenzverfahren, Ad-hoc-Mitteilung v. 26.2.2014 um 10:01, https://www.eqs-news.com/de/news/corporate/ivg-immobilien-ag-ladung-der-aktionare-zum-gerichtlichen-erorterungs-und-abstimmungstermin-im-insolvenzverfahren/789703, zit.: *IVG Immobilien AG*, Ad-hoc-Mitteilung v. 26.2.2014 um 10:01.

–: Gläubiger und Aktionäre stimmen dem Insolvenzplan zu, Ad-hoc-Mitteilung v. 20.3.2014 um 17:14, https://www.eqs-news.com/de/news/adhoc/ivg-immobilien-ag-glaubiger-und-aktionare-stimmen-dem-insolvenzplan-zu/793213, zit.: *IVG Immobilien AG*, Ad-hoc-Mitteilung v. 20.3.2014 um 17:14.

–: Jahresabschluss zum Geschäftsjahr vom 1.1.2013 bis zum 31.10.2013, BAnz v. 17.12.2014.

Kiekert AG, Ad hoc-Service: Kiekert AG, Ad-hoc-Mitteilung v. 7.6.2000 um 7:43, https://www.eqs-news.com/de/news/adhoc/ad-hoc-service-kiekert-ag/14127, zit.: *Kiekert AG*, Ad-hoc-Mitteilung v. 7.6.2000 um 7:43.

–: Jahresabschluss zum 31.12.2006, BAnz v. 17.4.2008.

Knops, Kai-Oliver / *Knobloch*, Michael / *Dübel*, Hans-Joachim / *Reifner*, Udo, Erwerb von Kreditforderungen durch Private Equity-Unternehmen: Mögliche Gefahren für Verbraucher, Studie im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. (VZBV), Hamburg, 12.10.2007, https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/studie_forderungsverkaeufe_iff_10_2007.pdf, zit.: *Knops/Knobloch/Dübel/Reifner*, Erwerb v. Kreditforderungen durch PE-Unternehmen, 2007.

Kunert AG, Anzeige des Erwerbs der Darlehensforderungen des Bankenpools der Kunert AG, Ad-hoc-Mitteilung v. 15.7.2005 um 14:54, https://www.eqs-news.com/de/news/adhoc/anzeige-des-erwerbs-der-darlehensforderungen-des-bankenpools-der-kunert-ag/53837, zit.: *Kunert AG*, Ad-hoc-Mitteilung v. 15.7.2005 um 14:54.

–: Einladung zur ordentlichen Hauptversammlung am 31.7.2007, BAnz v. 22.6.2007.

–: Einladung zur ordentlichen Hauptversammlung am 26.8.2008, BAnz v. 18.7.2008.

–: Kunert AG/Kapitalmaßnahme/Kapitalerhöhung, Ad-hoc-Mitteilung v. 20.2.2009 um 17:22, https://www.eqs-news.com/de/news/adhoc/kunert-ag/449098, zit.: *Kunert AG*, Ad-hoc-Mitteilung v. 20.2.2009 um 17:22.

Latham & Watkins, The Book of Jargon, European Capital Markets and Bank Finance, The Latham & Watkins Glossary of European Capital Markets and Bank Finance Slang and Terminology, 2. Edition, 2017, https://www.lw.com/en/book-of-jargon/boj-european-capital-markets-and-bank-finance, zit.: *Latham & Watkins*, The Book of Jargon, European Capital Markets and Bank Finance, 2. Ed. 2017.

Loan Market Association, Guide to Syndicated Loans & Leveraged Finance Transactions, 2013, https://www.lma.eu.com/application/files/1614/7749/3386/LMA_Guide_to_Syndicated_Loans.pdf, zit.: *LMA*, Guide to Syndicated Loans & Leveraged Finance Transactions, 2013.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Maisch, Michael, Mögliche Trendwende bei Firmenbonds, Angst vor Bond-Krise wächst, HBON v. 11.12.2006, https://archiv.handelsblatt.com/document/HBON__HB-1359784.

mwb/hz, Autozulieferer geraten in die Klemme, HB v. 24.1.2007, Nr. 17, 16, https://archiv.handelsblatt.com/document/HB__010724717%7CHBPM__010724717.

NortonLifeLock Inc. et al., Interim Facilities Agreement, 10.8.2021, https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/849399/000110465921102969/tm2123199d1_10-01.htm, zit.: *NortonLifeLock Inc.* et al., FA, 2021.

Obertreis, Rolf, Fitschen und Jain angezählt: Wie der Fall Kirch die Deutsche Bank belastet, Der Tagesspiegel v. 26.3.2014, https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/wie-der-fall-kirch-die-deutsche-bank-belastet-4815952.html.

o. V., Banco Ambrosiano, Angenehme Ueberraschung fuer die 109 internationalen Glaeubigerbanken, HB v. 7.1.1986, Nr. 4, 1, https://archiv.handelsblatt.com/document/HB__018607099%7CHBPM__018607099.

–: Goldman Sachs herrscht nun über Ihr Platz, NOZ v. 30.5.2005, http://www.noz.de/artikel/404725.

–: "Ihr Platz" geht in Insolvenz, NWZonline v. 31.5.2005, https://www.nwzonline.de/wirtschaft/ihr-platz-geht-in-insolvenz_a_6,1,4051282837.html.

–: Strumpfhersteller Kunert AG hofft auf britische Investoren – Kapitalschnitt und anschließende Kapitalerhöhung geplant, ECOreporter v. 9.8.2005, https://www.ecoreporter.de/artikel/982005-strumpfhersteller-kunert-ag-hofft-auf-britische-investoren-kapitalschnitt-und-anschlieende-kapitalerhhung-geplant-09-08-2005.

–: Ihr Platz – Hilfe von unerwarteter Seite, Focus Online v. 3.9.2013, https://www.focus.de/finanzen/news/tid-18529/insolvenzen-ihr-platz-hilfe-von-unerwarteter-seite_aid_516672.html.

Patrimonium, Private Debt Fonds vor der Bewährungsprobe, Frankfurt a. M. 2020, https://finance-thinktank.de/wp-content/uploads/uv-pdfs/FFM2020_Patrimonium.pdf, zit.: *Patrimonium*, Private Debt Fonds vor der Bewährungsprobe, 2020.

Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien AG, SSD Ref. Nr.: 15655, nachrangiger Schuldschein, 2.9.2013, https://www.raiffeisenholding.com/wp-content/uploads/1021234568466-NA-1238548884875624185-1-37-NA.pdf, zit.: *Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien AG*, nachrangiger Schuldschein 15655, 2013.

–: SSD Ref. Nr.: 16057, nachrangiger Schuldschein, 18.9.2013, https://www.raiffeisenholding.com/wp-content/uploads/1021234568466-NA-1238549270885810057-1-37-NA.pdf, zit.: *Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien AG*, nachrangiger Schuldschein 16057, 2013.

Raiffeisenlandesbank Oberösterreich Aktiengesellschaft, Musterdokumentation für Schuldscheindarlehen nach deutschem Recht, Stand: August 2019, https://www.hyposalzburg.at/resources/ooe/rlb/downloads/privatplatzierungen/musterdokumentationen/Musterdoku_Schuldschein-2019.pdf, zit.: *Raiffeisenlandesbank Oberösterreich AG*, Musterdokumentation Schuldschein nach deutschem Recht, August 2019.

RINOL AG, Hauptgläubiger erweitert Finanzierungszusage, Ad-hoc-Mitteilung v. 2.9.2005 um 17:34, https://www.eqs-news.com/de/news/adhoc/rinol-ag-hauptglaeubiger-erweitert-finanzierungszusage/53651, zit.: *RINOL AG*, Ad-hoc-Mitteilung v. 2.9.2005 um 17:34.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schalast, Christoph / *Daynes*, Christian, Working Paper, Distressed debt-investing in Deutschland: Geschäftsmodelle und Perspektiven, HfB – Working Paper Series, No. 66, 2005, urn:nbn:de:101:1-20080825178, http://hdl.handle.net/10419/27825, zit.: *Schalast/Daynes*, HfB – WPS No. 66, 2005.

Schefenacker plc, Proposal for a Company Voluntary Arrangement for Schefenacker plc v. 9.3.2007, https://www.bondcompro.com/schefenackercva/genDocumentStreamUS.asp?DocumentID=67, zit.: *Schefenacker plc*, CVA, 2007.

Schlautmann, Christoph / *HB*, Investmentbank Goldman Sachs beendet Engagement in der Drogeriebranche, Die Traditionsmarke soll erhalten bleiben, Der Tagesspiegel v. 5.10.2007, https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/schlecker-uebernimmt-ihr-platz/1060166.html.

Smith, Michael, The Howard Marks mantra: ‚good company, bad balance sheet', The Australian Financial Review v. 11.11.2016, https://www.afr.com/chanticleer/the-howard-marks-mantra-good-company-bad-balance-sheet-20161110-gsml75.

SolarWorld AG, Einladung zur außerordentlichen Hauptversammlung, BAnz v. 28.6.2013.

–: Konzernabschluss zum Geschäftsjahr vom 1.1.2012 bis zum 31.12.2012, BAnz v. 25.3.2014.

Spark Networks SE et al., Senior Facilities Agreement, 28.3.2018, https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1705338/000114420418018602/tv490058_ex10-1.htm, zit.: *Spark Networks SE* et al., FA, 2018.

Stadt Graz, Bericht an den Gemeinderat, GZ: A8 – 25167 /2006-65A8, vorzeitiger Rückkauf Schuldscheindarlehen, Graz 15.3.2018, https://www.graz.at/cms/dokumente/10310569_7768145/3c1d237d/23.pdf, zit.: *Stadt Graz*, Vorzeitiger Rückkauf Schuldscheindarlehen, 2018.

Statista, Verteilung der Unternehmen in Deutschland nach Unternehmensgröße im Jahr 2021, 2023, https://de.statista.com/statistik/daten/studie/731901/umfrage/verteilung-unternehmen-in-deutschland-nach-unternehmensgroesse/, zit.: *Statista*, Verteilung der Unternehmen in Deutschland nach Unternehmensgröße im Jahr 2021, 2023.

–: Kreditaufnahme und Verschuldung, 2023, Artikel-Nr.: did-6688-1, https://de.statista.com/statistik/studie/id/6688/dokument/kreditaufnahme-und-verschuldung-statista-dossier, zit.: *Statista*, Kreditaufnahme und Verschuldung, 2023.

vdp, vdp-Standardvertrag für gewerbliche Großfinanzierungen, Leitfaden mit erläuternden Hinweisen, Stand: 26.10.2018, https://www.pfandbrief.de/site/de/vdp/immobilie/recht_immobilienfinanzierung/musterkreditvertrag_gewerbe.html, zit.: *vdp*, vdp-Standardvertrag für gewerbliche Großfinanzierungen, Leitfaden mit erläuternden Hinweisen, 2018.

–: Mustervertrag für die großvolumige, gewerbliche Immobilienfinanzierung, Stand: 30.4.2024, https://www.pfandbrief.de/site/de/vdp/immobilie/recht_immobilienfinanzierung/musterkreditvertrag_gewerbe.html, zit.: *vdp*, Mustervertrag für die großvolumige, gewerbliche Immobilienfinanzierung, 2024.

Weyand, Florian, So wehren sich Aktionäre der Dating-Plattform gegen eine mögliche Übernahme, WW v. 29.12.2023, https://archiv.handelsblatt.com/document/WWON__WW_29575208.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

–: Zum Schnäppchenpreis: Hedgefonds übernimmt deutsche Dating-Plattform, WW v. 9.1.2024, https://archiv.handelsblatt.com/document/WWON__WW_29590114.

Wnuck, Corinna, Befreiungsschlag für Schefenacker – Zinslast halbiert, Finance v. 9.2.2007, https://www.finance-magazin.de/finanzierungen/kredite-anleihen/befreiungsschlag-fuer-schefenacker-zinslast-halbiert-1192512.

Die in dieser Arbeit genannten Internetadressen sind auf dem Stand vom 3.9.2024 angegeben.

https://doi.org/10.5771/9783748973355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY