

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 Literatur⁴ 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.

stanzgerichte⁵. 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 (Risikobegrenzungs-gesetz) 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 ZPO⁸, § 309 Nr. 10 BGB⁹ und § 354a Abs. 2 HGB¹⁰. 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 Risikobegrenzungs-gesetz 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.

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 Schulscheindarlehenverträgen *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.

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 Fälligestellung und Insolvenzantrag drohen zu können, falls sie nicht an einer vorinsolvenzlichen Übernahme mitwirken. Kredit-sichernde Informationsansprüche gewähren dem Investor Einsicht in das schuldenrische Unternehmen, was ihm die Übernahme erleichtern kann.¹⁷ Ermessensabhängige Informationsansprüche¹⁸ 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 insbesondere²¹ nicht seinen Konsortialanteil

16 Siehe § 2 C.

17 Siehe zu den zahlreichen Auskunft- und Rechenschaftspflichten, die Informations-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

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.

§ 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,

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 Kreditweitmarktgesetz 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 Regulierung³ (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 unstrittig ist, wird es unterschiedlich beurteilt, ob bzw. unter welchen

NSfZ-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.

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/Wiedenhöfer*, 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-KapM-StrafR, 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/Kleinhaus/Brogli*, KWG, Bd. 1, 4. EL Juni 2024, KWG § 1 Rn. 64. — Siehe auch BT-Drs. 16/2927 S. 4 und 7.

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 Kreditzeitmarktgesetz 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 Kreditzeitmarktgesetz 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.).

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 Kreditwerbers, wenn der Darlehensnehmer ein mit dem originären Darlehensgeber vereinbartes Prolongationsrecht ausübt.¹³ Stundet der Kreditwerber 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 valuierten 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.

lehensgebers. Ebenso ist der Erwerb einer ungekündigten revolvingierenden 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 Kreditinstitutsbegriff¹⁹ 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.

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.

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/Löff, 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/Löff, 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.

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.

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 revolvingierenden 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.

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.

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 Kreditgeber – 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 zuzurechnen⁵² 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.).

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.

§ 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 Regel³ 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/Krefße, 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 Durchschlages 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.

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-

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 KWG¹³, Art. 172 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e Ziff. iii Var. 2 CRR¹⁴ und § 32 Satz 1 BBankG¹⁵. 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 regelt, *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 StUmGB 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.

II. Das Bankgeheimnis als Gewohnheitsrecht

Angesichts der langen Historie¹⁸ 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-Windpasinger, 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/Beckhuse/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; MüKo-BGB/Säcker, Bd. 12, 9. Aufl. 2024, EGBGB Art. 2 Rn. 2.

Bankgeheimnis voraus²¹ 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.

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.

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 konkretisiert³³ 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, 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.

(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 alle³⁶ Rechte der Bank gegenüber dem Kunden ihrem Inhalt³⁷ 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 Darlehensforderungen³⁹ 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*,

dite⁴¹ 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.

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 bestimmte⁴⁷ 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 abhängt.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.

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 Rückspflichten 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).

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 Geltendmachung⁶¹ 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 Bankgeheimnisses⁶² 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 Kreditnehmer 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.

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 verwerderfreundliche 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*, Ur. 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 Zweifelhafteit 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.

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.

seine Geheimnisse dem Zessionar; sei es auch unter Einsatz von Zwangsmitteln gemäß § 888 Abs.1 ZPO⁷⁵. — 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 schuldrechtliches⁷⁸ 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); Wiecek/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).

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 Vertraulichkeitsinteresses⁸¹ 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.

1. Keine Einschränkung aufgrund Vertragsuntreue des Darlehensnehmers

Eine Einschränkung des Bankgeheimnisses bei der Ausplatzierung eines notleidenden Kredits⁸² gemäß § 242 BGB⁸³ 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, beziehe 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 genügender 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.

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 Interesses⁹² 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.

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 schwerer⁹⁵ 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/Ringespacher/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.

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 Risikoordnung¹⁰⁰ 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 Schallast/Daynes, HfB – WPS No. 66, 2005, S. 22 ff. — Siehe zur Informationsweitergabe bei der Verhandlung des Kausalgeschäfts oben § 5 B. I. 1.

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 selbst¹⁰⁷ 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/Sut-schet, 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).

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 *Wulfsen*, 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.

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 gesplattene 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).

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 Geheimnis¹¹⁷ 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 Amtsträgern¹¹⁹ und der Rechtmäßigkeit der Verwaltung¹²⁰ 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 rechtfertigt, *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.

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 verwerderfreundliche 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).

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.

§ 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 Gefahr³ aussetzt.

Mit einer Gefahrerhöhung⁴ ein Abtretungsverbot zu begründen, ist an sich nicht neu: Schon das Verbot der *cessio in potestatem* 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.

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 potestatem* und die *lex Anastasiana*

Das Verbot der *cessio in potestatem* (dazu I.) wurde rund 80 Jahre nach seinem Inkrafttreten durch die *lex Anastasiana* verstärkt⁶ (dazu II.).

I. Das Verbot der *cessio in potestatem*

Das römischrechtliche Verbot der *cessio in potestatem* (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 potestatem* im römischen Recht

Das Verbot der *cessio in potestatem* (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 (*potestatores*)⁷ abzutreten.⁸ Der Verstoß wurde mit dem Verlust der Forderung sanktioniert.⁹

6 Siehe zum Zusammenhang des Verbots der *cessio in potestatem* 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 *potestatores* 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.

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 ist¹² (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 *Schlinder/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.

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 potestatem* war nicht die einzige Vorschrift im Kampf gegen den Machtmissbrauch der *potestatores*. Eine im Streit befangene Sache oder Forderung einem *potestator* zu vermachen, war ebenfalls verboten.²⁰ Waren *potestatores* am Prozess beteiligt, die den Richter unter Druck setzen konnten, wurden außerordentliche Gerichtsstände bestimmt.²¹ *Potestatores* 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 potestatem* im *usus modernus* und im 19. Jahrhundert

Während der Zeit des *usus modernus* wurde das Verbot der *cessio in potestatem* komparativ ausgelegt.²⁴ *Potestator* war, wer den Zedenten oder den Schuldner²⁵ 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 Reichsräte des Kgr. Bayern v. Jahre 18⁵³/₅₄, 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.

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 potestatem* 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 *potestates* vergleichbare Raubrittertum existierte nicht mehr.³¹ Hinzu kamen das verstärkte wirtschaftliche Bedürfnis nach der Verkehrsfähigkeit von Forderungen³² und die naturrechtlichen Einflüsse³³. Bald erachtete eine zunehmende Ansicht das Verbot der *cessio in potestatem* für nicht mehr gültig.³⁴

3. Aufgabe des Verbots der *cessio in potestatem* in den Gesetzen und Entwürfen der Länder

In den Landesgesetzen und Länderentwürfen fand das Verbot der *cessio in potestatem* in seiner allgemeinen Form keinen Niederschlag. Im Jah-

28 *Mühlenbruch*, Cession, 3. Aufl. 1836, § 30 I, 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.

re 1756 wurde das Verbot der *cessio in potestatem* in T. II Kap. 3 § 8 Nr. 4 CMBC ausdrücklich für unanwendbar erklärt.

Nach T. I Tit. II § 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 notwendig“ (T. I Tit. II § 409 ALR).³⁵ Wohl mit Blick auf die *cessio in potestatem* statuierte T. I Tit. II § 410 ALR jedoch, dass die Zugehörigkeit des Zessionars zu einem anderen Stand, einer anderen Religion³⁶ 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. II § 405 f. ALR ausgeschlossen.

Ausprägungen des Verbots der *cessio in potestatem* fanden sich etwa noch in Buch I 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 potestatem* 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. II §§ 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 Abtretungsverbot*, 2004, S. 32 f.

37 *Großherzogthum Hessen*, Entw.-BGB, 4. Abt. 1. Buch I. Entw., 1853, S. 68. Ähnliche Regelungen enthalten T. I Tit. II § 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 1853/54*, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (41).

Verbot mit der Gleichheit aller vor dem Gesetz unvereinbar – im Verfassungsstaat gebe es keine *potestates*.⁴¹

II. Die *lex Anastasiana* im römischen Recht, deren Rezeption und Überwindung

Auch mehr als 80 Jahre nachdem die *cessio in potestatem* verboten worden war, erwarben *potestates*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 Kauf⁴⁴ 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 potestatem* „als nicht mehr anwendbar zu betrachten, da grundgesetzlich die Gleichheit vor dem Gesetz für jeden garantiert [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 erstarken Nationalstaates fernelegen. — 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 1853/54*, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (21); *Wilpert*, *Beschränkung der Cession*, 1854, § 4, S. 8.

44 Durch Schenkung eines Theiles 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 *Schweppé*, *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.

Rest der Forderung erlosch wohl wie im Falle der *cessio in potestatem*⁴⁶ zugunsten des Schuldners.⁴⁷

Seit dem *usus modernus*⁴⁸ wurde die *lex Anastasiana* kontrovers diskutiert,⁴⁹ unterschiedlich rezipiert und einschränkend⁵⁰ 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 potestatem* begriffen wird; siehe zum Zusammenhang des Verbots der *cessio in potestatem* 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 potestatem 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 Anastasianae*, 1653, passim; *Wendler*, de *cessione actionum ex lege Anastasiana*, 1668, passim; *Schoepffer*, De *cessatione legis Anastasianae*, 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 1853/54, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (21).

51 *Van den Sande*, *Commentarii*, 1657, de *actionum cessione*, cap. II, 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 1853/54, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (22).

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. II §§ 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 potentiorum*: 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 potentiorum* 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 Anastasiana*, 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. I 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.

Weise in die Preisbildung von Wirtschaftsgütern ein und lähme so die Zirkulation des Geldes.⁵⁹ Das schade der Wohlfahrt.⁶⁰ — Der Forderungszug sei eine billigerweise zu vergütende Dienstleistung.⁶¹ Außerdem sei die lex Anastasiana unverhältnismäßig, weil sie auch Fälle redlichen Forderungshandels erfasse, bei denen Abschlüsse 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 Praxis⁶⁷ 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 18⁵³/₅₄, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (29).

64 *Von Baher*, Verh. der Kammer der Reichsräthe des Kgr. Bayern v. Jahre 18⁵³/₅₄, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (28).

65 *Von Baher*, Verh. der Kammer der Reichsräthe des Kgr. Bayern v. Jahre 18⁵³/₅₄, 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 18⁵³/₅₄, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (25).

69 *Von Baher*, Verh. der Kammer der Reichsräthe des Kgr. Bayern v. Jahre 18⁵³/₅₄, Beil.-Bd. 2, 1854, 19 (25).

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 brauchte⁷² 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 potestatem* 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 *potestator* führte zum vollständigen Verlust der Forderung. Im *usus modernus*⁷⁶ wurde das Verbot der *cessio in potestatem* komparativ rezipiert. Als *potestator* 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 I, 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 *potestator* während der Antike komparativ oder als Elativ verstanden wurde, ist umstritten. Siehe oben § 6 A. I. 1.

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 potestatem* 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.

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 Konkurrenten⁸⁴ 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.

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*, Forderungsbetretung, 2007, S. 170 ff.

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.

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, berechnete Interessen des Sicherungsgebers angemessen zu berücksichtigen, insoweit ihm dies mit Rücksicht auf sein Sicherungsinteresse zuzumuten ist. Das vom Sicherungsgeber¹⁰² 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 trafen 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).

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) Vereinbarung¹⁰⁹ 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. — Einschränkung (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.

C. Maßgaben zur Gewinnung (vertragsnatürlicher) zessionsbeschränkender Rücksichtspflichten

Rücksichtspflichten¹¹¹ 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.

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. Spiegelbildlich¹¹³ dazu trifft sie die gesteigerte Pflicht, auf diese Belange Rücksicht zu nehmen.¹¹⁴ Diese Rücksichtspflichten brauchen¹¹⁵ nicht mehr mit § 242 BGB begründet zu werden, seitdem¹¹⁶ § 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 Vereinbarung¹¹⁸ 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.

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 Interesse¹²² des anderen Teils – wohl-gemerkt nur des „anderen Teils“; dies folgt aus der Relativität der Schuld-verhältnisse¹²³. 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 be-darf 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 verkehrerschützende 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.

Schuldverhältnisses¹²⁶ 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 grundsätzlich¹³¹ 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/Reppen, 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).

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.

Gerechtigkeitserwartungen¹³⁵ 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 verpflichtet, als es sich aus der Natur des Vertrages ergibt.

Eine kontrollfähige¹³⁷ 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 diene [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/Klump, 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.

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).

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.

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/Klump*, 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.

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 Kreditderivaten¹⁵³ 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 Informationsansprüche¹⁵⁵ 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 Zweifelhaftheit, 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).

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 Schritten¹⁵⁷ 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.

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).

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 Kontrahentenwahlfreiheit¹⁶⁰ in Anschlag zu bringen wäre, womit sich zwei abstrakt gleichwertige¹⁶¹ 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 III 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).

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 Satz1 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 Satz1 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 Satz1 HGB analog auf den Ausschluss der Abtretung von Gestaltungsrechten anwendend *Chr. Ott*, AcP 220 (2020), 928 (938).

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 VAG¹⁶⁵ 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 VAG¹⁶⁷ 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.

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.

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; Dausen/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/Bühning, 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.

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-Investoren¹⁸⁶ 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.

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.

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.

Erstes Szenario: Sind ausschließlich Loan-to-Own-Investoren und andere ausgeschlossene Personen¹⁹⁴ 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 Problemerkreditbetreuung.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 Ganzes¹⁹⁷ 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-Strategie¹⁹⁸ 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.; Daimler, 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/Ringespacher/Ziegenhagen, Unternehmenssanierung, 3. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 757; Hellner/Steuer/Berger, BuB, Bd. 1.1, 169. EL Juni 2024, Rn. 3/1213; Dausen/Ludwigs/Burgard/Heimann, EU-WirtschaftsR-HdB, Bd. 1, 60. EL Februar 2024, E. IV Rn. 139; siehe zum erhöhten Aufwand der Problemerkreditbetreuung 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 Castelli/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.; Daimler, 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

Allerdings könnte das Verbot dazu führen, dass er höhere Abschlüsse 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 regelmäßig²⁰⁴ 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 prämiieren, 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).

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.; *Daimler*, 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.

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 Plausibilitätsabwägungen angestellt; so wird bei abstrahierender Betrachtung²⁰⁸ 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; *Clemenzen/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).

2. Beeinträchtigungen der Darlehensnehmerinteressen durch die Kreditübertragung

Das Verbot der *cessio in potestatem* 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 Erfolgeintrittes 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.

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 Übergang²¹² 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).

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.;

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 handle, 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 trafen 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,

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-Spar-kassen und dazu *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB, 2019, BGB § 1153 Rn. 17. Siehe dazu,

anzulegen, wenn die Bank gegenüber dem Darlehensnehmer eine Machtstellung²²¹ 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.

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 Bank²²⁴ 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“.

droht“ und die Rückzahlung akut²²⁶ „gefährdet wird“, eine Prognose²²⁷ und eine Bewertung des haftenden Vermögens²²⁸. 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 BGB²³¹ 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 Nouvert-né, 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).

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.

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); *Ekken-ga/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*/

Maße ist der Darlehensgeber zur Rücksicht verpflichtet, wenn er den Darlehensnehmer durch strenge Covenants²⁴³ in wirtschaftliche Abhängigkeit²⁴⁴ 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 – II 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.

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 Bank²⁴⁹ 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 Erwartungswertregel²⁵⁰ entscheidet sich ein risikoneutral²⁵¹ 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).

(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 Fälligestellung 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.

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 insbesondere²⁵⁸ 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.

dig; 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 – Insolvenzantrag²⁶³ 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).

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 reichen 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 nehmen, Enders, *Financial Restructuring*, 2011, 205 (216). Dass sich Distressed-Debt-Investoren häufig nicht weniger als Banken darum bemühten, Reputationsrisiken zu vermeiden, meinen hingegen Metzger/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).

(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*, Insolvenzsrecht 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.

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.

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).

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.

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 bestmöglichsten 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.

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.

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 mildereren 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 Betrachtung²⁸⁷ 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/Klump*, AGB-ArbR, 3. Aufl. 2023, BGB

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 übergehen²⁹¹ 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).

- 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 Bestimmungsrechts²⁹² 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) Ermessensfehlergebrauch 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

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.

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 Kündigung³⁰³ 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).

(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.).

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, schliesse 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 Wertungs-offenheit 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).

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 schlechten 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. II 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.

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 – grundsätzlich³¹⁷ 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.

fen, andererseits durch eine solche Bestimmung einen Covenantverstoß zu provozieren. Ein ausgeprägter 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) (I) (a).

320 Siehe zum praktischen Vorkommen provozierte 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, I.

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).

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 (ausgeprägter) Interessenkonflikt. Dass dieser sowohl die Gefahr subjektiv ermessensfehlerhafter als auch die Gefahr fahrlässig unbilliger Informationsverlangen erhöht, erscheint bei objektiv-generalisierender Betrachtung³²⁶ 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.

das Bestimmungsrecht bezüglich eines Informationsanspruches auf einen Loan-to-Own-Investor übergehen³²⁸ 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 Konkretisierungsgrad³²⁹ 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.

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). Schafft³³³ der Übergang des Bestimmungsrechts³³⁴ 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. I; Urt. v. 3.2.2004 – XI ZR 398/02, BGHZ 158, II (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/

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.

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. II § 408 ALR) und damit das zessionsrechtliche Schlechterstellungsverbot³³⁹ 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 I 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-

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 I. 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-

ter dieser Prämisse sprechen die Rechtsgedanken der §§ 613 Satz 2 und 664 Abs. 2 BGB gegen die Übergangsfähigkeit eines Bestimmungsrechts³⁴⁵ und argumentum a maiore ad minus³⁴⁶ 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 übergehen³⁴⁷ 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).

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.

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.

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 Betrachtung³⁵³ 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; *Clemenzenz/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).

gang des Bestimmungsrechts zu vermuten.³⁵⁵ Bei typisierender Betrachtung ist anzunehmen, dass der Übergang des Bestimmungsrechts³⁵⁶ 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 Reputation³⁵⁹ im Allgemeinen und seine Kreditwürdigkeit³⁶⁰ 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.

einer Bank stellte in einem Interview die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers infrage.³⁶²

Der *Bundesgerichtshof* urteilte, insbesondere eine Bank³⁶³ 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“.

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 Einschätzung³⁶⁹ kann auch in dem Verhalten einer Bank erblickt werden, die den Kredit mit hohen Abschlägen³⁷⁰ 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); *Mücll*, 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/Ringespacher, 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

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 gegenseitig³⁷² 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*, Ur. 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*, Ur. v. 10.12.2003 – 21 U 2392/03, NJW 2004, 224 (226 f.); *LG München I*, Ur. 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.*, Ur. 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.

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.

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/Kumpian/Mistereck, 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/chartanalyselyst=all&bourse_id=4.

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 größeres³⁸¹ 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 Zweifelhafteigkeit, 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.

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 Betrachtung³⁸⁵ 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 reputations-schädigenden 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).

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 Gewichtung³⁸⁸ beeinflussenden Faktoren (dazu 1.) werden das Darlehensgeberinteresse an der Kreditübertragung auf einen Loan-to-Own-Investor³⁸⁹ (dazu 2.) und die durch eine solche Übertragung hervorgerufenen Beeinträchtigungen derivativer Darlehensnehmerinteressen³⁹⁰ (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.

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 Dauerschuldverhältnis³⁹² begründet höhere Rücksichtspflichten verglichen mit einem punktuellen Austauschverhältnis³⁹³ 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,

sich mit dem einzelnen Schuldverhältnis³⁹⁷ 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 Werbeziele 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.

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 Abhängigkeit⁴⁰⁴ 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).

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 Werten⁴⁰⁸ 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).

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 zulässiger⁴¹³ 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 stärken⁴¹⁴ 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.; Daimler, 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; Dausen/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-

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 Leistungsstörungen⁴²⁰ 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 Interessenabwägung⁴²² 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).

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

Unterschied, wenn die nach § 490 Abs.1 BGB erforderliche Interessenabwägung⁴²⁴ 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 geändert⁴²⁶ 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.

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 Rechtsguts⁴²⁷ und die Größe des möglichen Schadens⁴²⁸.

Aus dem Gewicht der Interessenbeeinträchtigung im Falle der Gefahrverwirklichung wird dann im zweiten Schritt durch Abschlüsse das Gewicht der Verletzung des derivativen Interesses bestimmt. Der Abschlüsse 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.

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 Betrachtung⁴³⁰ 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

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/Mülbart, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 231; Grundmann/M. Renner, Bankvertragsrecht, Bd. 1, 2020, Teil 4 Rn. 265 (vgl. aber auch Rn. 147 i. V. m. 149); Ellenberger/Bunte/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).

daraufhin auch die (weitere) Valutierung unterlässt, seine Leistungs-,⁴³⁴ genauer seine Kapitalverschaffungspflicht⁴³⁵. 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 Materialien⁴³⁸ 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 Rücksicht⁴⁴¹ 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/Mülberr, BGB, 2015, BGB § 490 Rn. 228.

436 Siehe zunächst Staudinger/Hopt/Mülberr, BGB, 12. Aufl. 1998, BGB § 609 Rn. 141, die schon die unzulässige Kündigung als Leistungspflichtverletzung einordnen. Davon distanziert sich Staudinger/Mülberr, 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 Mülberr (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 Mülberr, 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 Wil-mowsky, 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/Mülberr, 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,

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. III. 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.

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 BGB⁴⁴⁸ kann sich die Erhöhung der Gefahr unzulässiger Kündigung typischerweise⁴⁴⁹ 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 Abschlüssen 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).

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).

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-Beziehung⁴⁵⁶ 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. I.

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. I.

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 Sicherungszweck⁴⁵⁹ 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 übernahmeeleichternden Informationen oben § 6 D. I. 2. b) bb) aaa).

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 wie⁴⁶² 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 angenommen⁴⁶⁵ 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).

Rechtsgedanken der §§ 613 Satz 2 und 664 Abs. 2 BGB zu vermuten⁴⁶⁶. 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.

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 Übernahmезweck 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).

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 Szenarien⁴⁷² 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).

Gefahrsschaffung: 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 Schadensersatzanspruch⁴⁷⁹ 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.

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 Abschlüsse 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 Abschlüssen 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

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).

nach sich ziehen.⁴⁸⁶ Insofern ist sie gleichsam berechtigt, dem Darlehensnehmer den Schaden zuzufügen, der ihm droht, wenn sich die Reputations- schadensgefahr verwirklicht. Und stellt sie einen Insolvenzantrag, dürfte seine Reputation darunter eher noch stärker leiden als unter der Kredit- übertragung 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 Fälligestellung 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.

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 leicht-

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).

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 ausübbares 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.

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 Informationsanspruches⁴⁹⁹ 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

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 – Fälligkeitstellung – Insolvenzantrag oben § 2 C. II a. E.

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).

schwerer⁵⁰⁶ 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 vornimmt⁵⁰⁸ 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 zumindest⁵¹⁰ 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.

to-Own-Investor zu unterlassen, wenn die Übertragung eine zusätzliche Gefahr⁵¹² 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.

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).

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.

§ 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 Vorarbeit² 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).

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 differenzierten 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 potestatem* und die *lex Anastasiana*.⁶ Durch die Gesetze und Entwürfe der Länder wurden diese Übertragungsbeschränkungen aufgegeben;⁷ dafür finden sich in ihnen nun Vorläufervorschriften⁸ 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 potestatem* oben § 6 A. I und zur *lex Anastasiana* oben § 6 A. II.

7 Siehe zur Überwindung des Verbots der *cessio in potestatem* 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. VölkerR.*, 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.

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*, ZfRpflVerw. 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 I 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).

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, I, S. 773.

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 Inhaltes erfolgen kann.²⁴

B. Gebundenheit des Bestimmungsrechts an den bezüglich den 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 *Sintenís*, 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.

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 Eigentumsrecht 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.-*

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.

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 Verfügungsvertrag³³ 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, Ur. v. 13.1.1911 – VII 92/10, RGZ 75, 142 (145); BGH, Ur. v. 1.2.1978 – VIII ZR 232/75, BGHZ 70, 299 (303 f.); Ur. v. 3.12.1987 – VII ZR 374/86, NJW 1988, 1210 (1211); Ur. v. 29.6.1989 – VII ZR 211/88, BGHZ 108, 172 (176 ff.); Ur. 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.

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 Forderungen³⁷ (dazu 1.), im weiteren Sinne höchstpersönliche Forderungen³⁸ (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-

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); *Sinten*, 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,

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).

voraussetzen⁴⁵. — 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).

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).

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. Mülbart* und *Eva-Maria Bernauer* eine dingliche Bindung ab. Allerdings heben sie bei der Interessenabwägung nach § 490 Abs. 1 BGB⁵⁸ 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/Mülbart/Schlitt/Mülbart/Bernauer, Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. 2019, Rn. 26.102.

60 Staudinger/*Freitag*, BGB, 2015, BGB § 488 Rn. 307; Habersack/Mülbart/Schlitt/Mülbart/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).

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.

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,

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.

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 Geld-darlehensgewährung 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.

Ein eigenes Sicherungsinteresse hat, wer Inhaber der gesicherten Forderung ist. Insofern kann der Informationsanspruch auch als forderungsgelungen 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 I b, S. 387 f. mit Fn. 4 sei eine Forderung unübertragbar, wenn die Pflicht zur Leistung an den Zessionar für den Schuldner einen

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. II § 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. II § 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-

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 Leistungser schwerung (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 I. 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 Leistungser schwerung 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[...]“ *Ermann/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).

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 personengebundene⁹⁴ – 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 *Leistungshandlung* 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. I, 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 Gefährderhöhung 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)).

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 verletzt (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.

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 I 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 strengerem

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 behandelnd *Raible*, Vertragliche Beschränkung der Übertragung von Rechten, 1969, S. 66; *Larenz*, Schuldrecht, Bd. I, 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. I, 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), I (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, II (20 ff.); *HKK-BGB/Dorn*, Bd. I, 2007, §§ 134–137 Rn. 44. — Seinerzeit Verfügungsbeschränkungen absolute Wirkung beimessend *Merenda*, *Controversiarum*, 1626, lib. I cap. XXXI, S. 84 ff.; *Hofacker*, *Principia*, Bd. II/1, 1794, lib. IV cap. I § 891, S. 134; *Thibaut*, *System*, Bd. I, 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 I. 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.

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 unterliefern 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.

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 BGB¹⁰⁸ wie § 851 Abs. 2 ZPO¹⁰⁹ und § 354a Abs. 1 Satz 1 HGB¹¹⁰ 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 verhiinderten, 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;

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, Ausnahmenvorschriften 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; Driefßnack, 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.; MüKo-BGB/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).

die Möglichkeit konkludenter¹¹⁵ und komplexer¹¹⁶ 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, gleichen denen der im weiteren Sinne höchstpersönlichen Forderungen. *Früh*, FS Hopt, 2010, 1823 (1831) meint sogar, § 399 Alt. 1 BGB regle 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) cc) (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-

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 verletzt.

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 Leistungshandlung¹²⁰ oder dem Leistungsgegenstand¹²¹ 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 zurücktraten.

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.

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 empfangt („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,

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

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.

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 ZPO¹³² und § 354a Abs. 2 HGB¹³³ 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 Risikobegrenzungs-gesetz 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 Risikobegrenzungs-gesetz 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/Linar-datos*, HandelsR, 4. Aufl. 2022, § 7 Rn. 49.

Gemäß § 799a ZPO hat der Schuldner einen verschuldensunabhängigen¹³⁴ Anspruch auf Schadensersatz, wenn ein anderer als der originäre Gläubiger¹³⁵ 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 Bewirkungserklärung¹³⁹ 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).

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 Kümpe, 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.; Langenbacher, 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-

Nach § 354a Abs.1 Satz1 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; Wiczorek/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; Driefßnack, Vertragsübergang, 2020, S. 116 f. — Siehe zu § 354a Abs. 1 Satz 1 HGB auch oben § 7 C. IV. 2. a) bb) aaa).

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, Urf. 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*, Urf. v. 29.6.1989 – VII ZR 211/88, BGHZ 108, 172 (174 f.): „[D]ie Verein-

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 Unternehmensinterne 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 Zweitcessionar,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 umfangreich¹⁴⁹ – 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),

Gutgläubensvorschriften, 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 Gegenständen¹⁵² 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 Gutgläubensvorschriften 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 Gutgläubensschutz 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*, Mobiliärerwerb, 2006, S. 142 f. Fn. 778. Deziidiert anderer Ansicht *Koziol*, AcP 212 (2012), I (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*, Ur. v. 5.2.1908 – V 236/07, RGZ 68, 97 (99 f.); Ur. v. 5.12.1908 – I 44/08, RGZ 70, 88 (89); Ur. 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.; *Habermeyer*, 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.

strakt,¹⁵⁴ Gutgläubensvorschriften¹⁵⁵ 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.

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).

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).

pfligt; 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.

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).

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 schadet, 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.

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.

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.

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; *Armgarth*, RabelsZ 73 (2009), 314 (319 ff.); *Ermann/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-*

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; *Driefsnack*, Vertragsübergang, 2020, S. 119 f.; Staudinger/*Hausmann*, BGB, 2021, Rom I Anh. II Rn. 33; Staudinger/*Köhler*, 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 *Armgaradt*, *RabelsZ* 73 (2009), 314 (318 f.); *Nefzger*, Abtretungsverbote, 2013, S. 245 auch wegen des schnellen Gesetzgebungsprozesses in Frage.

ausgegangen, dass § 399 BGB die absolute Unwirksamkeit der Abtretung zur Folge hat.¹⁸⁷

E. Ergebnis

Das Verbot der *cessio in potestatem* 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 potestatem* 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 Kreditinstituteigenschaft oben § 7 C. III. 1. a).

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 anspruchsgelunden, 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).

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.

§ 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.

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-

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 tranchieren⁹ und einzelne Tranchen zu priorisieren¹⁰. Demgegenüber finden sich in den untersuchten Schuldscheindarlehensverträgen Regelungen, die dem Darlehensgeber Teilabtretungen verbieten,¹¹ nur in einer Mindeststückelung erlauben¹² 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 gantzahligen 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-

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 vergleichbare¹⁴ Unternehmen werden in den untersuchten Weitergabeklauseln als zulässige Erwerber genannt.¹⁵ Eine solche Begrenzung schließt mittelbar Konkurrenten des Darlehensnehmers als Erwerber aus.¹⁶ In Schuld-scheindarlehenverträgen 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 Schuldscheindarlehenvertrag der *LMA* (Stand: 31.10.2018) enthalte keine solche Beschränkung, *Längsfeld/Lürken*, WM 2019, 999 Fn. 4. Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 des Musterschuldscheindarlehenvertrages 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 Musterschuldscheindarlehenvertrages 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*,

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).

dern auch auf Personen zu gestatten, die auf einer sog. White-List²⁰ 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-List²² 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,

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-Own²⁷ und andere Distressed-Debt-Investoren²⁸ 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.

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“.

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 teuren 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.

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 Stells 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-

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 Anschein⁵⁰ 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-

mobiliendarlehenfinanzierung, 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 handle, 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).

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 BGB⁵⁴ 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 Parafall 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.

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 rechtfertigt 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-

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.

Interesse, einen Kredit weiterplatzen 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 Verwenden 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. Erinnt sei insofern an das Verbot der *cessio in potestorem* 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.

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/Henksen/*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.

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 angemessen⁸⁰ 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 MüKoBGB/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.

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 Großunternehmen⁸⁵ 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.

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.

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

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

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.

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.

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).

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 Personeingebundenheit 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.

Bei einem abtretbar ausgestalteten Informationsanspruch erscheint es nur konsequent, dass mit dessen Abtretung auch das bezüglichliche 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.

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.

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.

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.

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.

gebundene Rechte oder seine Vertragsposition übertragen könnte, aber dadurch stets¹³² 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 begriffsnötig 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. II.

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).

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 Klauselverböten innewohnen, übergangen werden. Daher ist der vermittelnden Ansicht zu folgen: Die den besonderen Klauselverböten 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 Klauselverböte „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 Klauselverböte 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 Verbötsnormen 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.

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/Forstner, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, BGB § 306 Rn. 22 ff.; Feldhusen/Niebling/Korff/Kummer, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 2023, BGB § 306 Rn. 16 ff.

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 Zustimmungsbefähigung 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 Sukzessionschutzes 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 Zustimmungsbefähigung 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).

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.

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 ist¹⁵⁷ 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.

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.

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/Klumpff*, *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/Klumpff*, *BGB*, 2019, *BGB* § 183 Rn. 80 f.

167 Vgl. *MüKoBGB/Bayreuther*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, *BGB* § 184 Rn. 11.

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).

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 Pflichten¹⁷⁰ 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 Vertragspartei^{seite} ausgelegt, sind alle Parteien auf Darlehensgeberseite Verwender.

bbb) White-List-Beschränkung

Anders als die Erlaubnis der Übertragung der Vertragsposition auf Konsortien 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, Grünberg/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).

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.

vestoren ausgenommen sind. Eine solche Black-List-Beschränkung¹⁷⁹ 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,

Andere lehnen eine Indizwirkung (nachdrücklich)¹⁸⁴ ab: Der Klauselgeber 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 Deziert 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.

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.

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/Grützma-cher/*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.

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 Risikobegrenzungs-gesetz 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.

mens Kreditverträge 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; *Klößner*, 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 Ausplatziierungsmöglichkeit 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*, Akquisitionsfina-
nzierungen, 4. Aufl. 2019, § 33 Rn. 12; *Hölters/Ingenhoven/Eisen*, Unternehmenskauf,

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 entgehen, 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 verbrieft 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.

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.

(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 Ausplatzerung 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 Ausplatzerung oben § 3 C. III. 2. Siehe noch zu den schuldrechtlichen Konsequenzen, wenn der Darlehensgeber seine Vertragsposition auf

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 Kredits²²⁵ 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 Ausdrucks 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. I.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).

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).

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).

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,

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

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 Wilmsky*, WM 2008, 1237 (1239 f.); *BeckOGK ZivR/C. A. Weber*, 1.8.2024, BGB § 490 Rn. 184.I. — Siehe zur Kapitalbelassungspflicht auch oben § 6 D. II. 3. a) aa).

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 Covenantverstößes dürfte von ihm auch eine höhere Gefahr für die Provokation eines solchen Verstößes 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 Aushöhlungsverbot es 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.

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).

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).

Der Darlehensgeber kann nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses²⁵⁵ 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 Gesamtnichtigkeit.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,

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.

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.

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 verpflichtet.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.