

Emanuel H. F. Ballo

Die AGB-Kontrolle von Kreditverträgen in der Akquisitionsfinanzierung

Eine Untersuchung am Beispiel des *Senior
Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement*



95

Frankfurter wirtschaftsrechtliche Studien

PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXV
1. Kapitel Einführung	1
§ 1 Einleitung.....	1
§ 2 Zielsetzung.....	5
§ 3 Gang der Untersuchung.....	6
§ 4 Terminologie in dieser Arbeit – Begriffsbestimmung.....	8
§ 5 Zur praktischen Relevanz der AGB-Kontrolle von Akquisitionskreditverträgen.....	11
2. Kapitel Akquisitionsfinanzierungen	17
§ 6 Grundlagen.....	17
I. Entstehung und Entwicklung	17
II. Vorteile und Nachteile.....	20
III. Typische Transaktionsstruktur	22
IV. Typischer Ablauf	24
1. Beginn der Mandatierungsbemühungen.....	24
2. <i>Commitment Letter</i>	27
3. Erarbeiten der Vertragsdokumentation.....	30
4. Syndizierung.....	32
5. Ausreichen der Kreditvaluta	35
6. Vertragsdurchführung.....	36
V. Strukturierung.....	37
1. Verhältnis von Fremd- und Eigenkapital	37
2. Risikoverteilung	39
VI. Der Eurokredit	40

VII. Besonderheiten in der Akquisitionsfinanzierung.....	41
1. Schwache Position der kreditgebenden Banken.....	41
2. Rechtsprobleme infolge der Kapitalerhaltungsvorschriften.....	44
a) Rechtsprobleme im Fall einer „Ziel-GmbH“.....	44
b) Rechtsprobleme im Fall einer „Ziel-AG“.....	45
3. Rechtsprobleme infolge des Eigenkapitalersatzrechts.....	46
§ 7 Das <i>Senior Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement</i> der LMA.....	48
I. Entstehen eines Standardvertragsmusters für Kreditverträge in der Akquisitionsfinanzierung.....	48
II. Aufbau und Inhaltsübersicht des LMA-Mustervertrages.....	51
§ 8 Zur Rechtsnatur des LMA-Mustervertrages.....	56
3. Kapitel Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB).....	59
§ 9 Das Recht der AGB.....	59
I. Entstehung des AGB-Gesetzes – ein historischer Abriss.....	59
II. Bedeutung des AGB-Rechts in Theorie und Praxis.....	63
III. Schutzzweckbestimmung der AGB-Kontrolle.....	65
IV. Modifikationen der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr.....	69
1. Die Auswirkungen der §§ 308 und 309 BGB.....	70
2. Der Maßstab der Inhaltskontrolle.....	73
3. Das Gebot der Transparenz von AGB.....	74
4. Gewohnheiten und Gebräuche im Handelsverkehr.....	75
§ 10 Die Qualifizierung der LMA-Mustervertragsklauseln als AGB.....	78
I. Die Anwendung des AGB-Rechts in der Akquisitions- finanzierung.....	78

1. Erster Einwand: Kein Marktversagen und keine Informationsasymmetrie	80
2. Zweiter Einwand: Systemwidrigkeit der AGB-Kontrolle von Finanzprodukten	85
3. Dritter Einwand: Fehlen eines tauglichen normativen Kontrollmaßstabes	87
II. Die Klauseln des LMA-Mustervertrages als AGB gemäß § 305 Abs. 1 BGB.....	89
1. „Für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Bedingungen“	90
2. „Stellen“	91
3. „Aushandeln“	94
a) Die Anforderungen der Rechtsprechung.....	95
b) Das Meinungsbild im Schrifttum	96
c) Die Vertragsverhandlungen im Rahmen der Akquisitionsfinanzierung	99
d) Das Preisargument als Begründung für das Merkmal des Aushandelns.....	104
e) Kein verallgemeinerungsfähiger Befund	106
f) Die Reaktion der Kautelarpraxis	107
III. Zwischenbefund	109
4. Kapitel Die AGB-Kontrolle der LMA-Mustervertragsklauseln	113
§ 11 Die Verzugszinsklausel (<i>Default Interest Clause</i>)	115
I. Inhalt der Verzugszinsklausel	116
II. Zweck der Verzugszinsklausel.....	117
III. Qualifizierung der Verzugszinsklausel als AGB	119
IV. Kontrollfähigkeit der Verzugszinsklausel.....	119
V. Wirksamkeit und Inhaltskontrolle der Verzugszinsklausel.....	120

1. Das Verbot des Anatozismus	120
2. Das Konzept des pauschalierten Schadensersatzes im deutschen <i>Investment Grade</i> -Mustervertrag.....	121
3. Zwischenbefund.....	123
VI. Rechtsfolgen.....	124
VII. Rechtlich wirksame Alternativmodelle	125
§ 12 Die Kostenerhöhungsklausel (<i>Increased Costs Clause</i>).....	127
I. Inhalt der Kostenerhöhungsklausel	127
II. Zweck der Kostenerhöhungsklausel.....	128
III. Qualifizierung der Kostenerhöhungsklausel als AGB	130
IV. Kontrollfähigkeit der Kostenerhöhungsklausel.....	131
1. Die Vorschrift des § 307 Abs. 3 BGB	131
2. Die Kostenerhöhungsklausel als Leistungsbeschreibung gemäß § 307 Abs. 3 BGB.....	132
V. Inhaltskontrolle der Kostenerhöhungsklausel	133
1. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Zulässigkeit formularmäßiger Zinsanpassungsklauseln.....	134
2. Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf die Kostenerhöhungs- klausel	139
a) Wirtschaftliche und strukturelle Ähnlichkeiten	139
b) Rechtsdogmatische Einwände gegen die Übertragbarkeit	140
3. Inhaltskontrolle der Kostenerhöhungsklausel gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB	142
a) Auslegung im Sinne der Rechtsprechung des Bundes- gerichtshofes.....	143
b) Kompensation durch andere Klauseln des LMA- Mustervertrages	144

c) Das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.....	146
4. Zwischenbefund.....	147
VI. Rechtsfolge.....	148
VII. Rechtlich wirksame Alternativmodelle	149
§ 13 Die Steuerausgleichsklausel (<i>Tax Gross-Up Clause</i>).....	151
I. Inhalt der Steuerausgleichsklausel	151
II. Zweck der Steuerausgleichsklausel.....	153
III. Qualifizierung der Steuerausgleichsklausel als AGB.....	154
IV. Inhaltskontrolle der Steuerausgleichsklausel	155
1. Vergleich mit der Kostenerhöhungsklausel	155
2. Weiterreichen von Steuervorteilen (<i>Tax Credits</i>).....	156
3. Ermessen der Kreditgeber	156
4. Zwischenbefund.....	161
V. Rechtsfolge.....	161
VI. Rechtlich wirksame Alternativmodelle	163
§ 14 Die Nichtabnahmeentschädigungsklausel (<i>Broken Funding Indemnity Clause</i>)	164
I. Inhalt der Klausel	164
II. Zweck der Klausel.....	164
III. Qualifizierung der Klausel als AGB.....	165
IV. Inhaltskontrolle der Klausel.....	165
1. Die Nichtabnahmeentschädigung als pauschalierter Schadensersatz im Sinne des § 309 Nr. 5 BGB?.....	165
2. Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.....	166
V. Zwischenbefund.....	167

§ 15 Die Garantie auf erstes Anfordern (<i>Guarantee on first Demand</i>)	168
I. Einführung und Ursprung der Garantie auf erstes Anfordern.....	168
II. Inhalt der Garantie auf erstes Anfordern	168
III. Zweck der Garantie auf erstes Anfordern.....	172
IV. Rechtsnatur der Garantie auf erstes Anfordern.....	174
V. Vergleich mit der Bürgschaft auf erstes Anfordern	176
1. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern	177
2. Taugliches Abgrenzungskriterium.....	179
VI. Qualifizierung der Garantie auf erstes Anfordern als AGB.....	180
VII. Inhaltskontrolle der Garantie auf erstes Anfordern.....	181
1. Die Kasuistik des Bundesgerichtshofes zur formularvertraglich vereinbarten Bürgschaft auf erstes Anfordern.....	181
a) Urteil vom 5. Juli 1990	182
b) Urteile vom 12. März 1992 und 23. Januar 1997.....	184
c) Urteile vom 18. April und 4. Juli 2002.....	184
d) Urteil vom 13. November 2003	185
e) Urteil vom 25. März 2004	186
f) Urteil vom 28. Februar 2008	186
g) Zwischenbefund.....	187
2. Parallelität der Rechtsprobleme	187
a) Für die Übertragbarkeit der Grundsätze zur Bürgschaft auf erstes Anfordern.....	189
b) Gegen die Übertragbarkeit der Grundsätze zur Bürgschaft auf erstes Anfordern.....	192
c) Interessenabwägung.....	194
3. Zwischenbefund	197

§ 16 Die Zusicherungen (<i>Representations</i>).....	198
I. Einführung und Ursprung der Zusicherungen.....	198
II. Inhalt der Zusicherungen.....	200
1. Die einzelnen Zusicherungen.....	200
a) Vertragsparteien und Verträge.....	200
b) Steuerpflicht und Kosten.....	201
c) Geschäftstätigkeit.....	201
d) Negativverklärungen.....	201
e) Abgrenzung zu den allgemeinen Verhaltensauflagen (<i>General Undertakings</i>).....	202
2. Die <i>Repeating Representations</i>	203
III. Rechtsfolgen im Fall der Falschabgabe von Zusicherungen.....	204
IV. Zweck der Zusicherungen.....	206
1. Die einzelnen Zusicherungen.....	206
a) Bestätigung von Annahmen.....	207
b) „ <i>Investigative Function</i> “.....	207
c) Vermeidung von Unklarheiten in der Rechtsfolge.....	208
d) Schutz des guten Glaubens.....	209
2. Die <i>Repeating Representations</i>	209
V. Verzichtserklärung.....	210
VI. Qualifizierung der Zusicherungen als AGB.....	211
1. Die einzelnen Zusicherungen.....	211
2. Die <i>Repeating Representations</i>	212
VII. Inhaltskontrolle der Zusicherungen.....	213
1. Die einzelnen Zusicherungen.....	213
2. Die <i>Repeating Representations</i>	214

a) Anwendbarkeit und Reichweite des § 308 Nr. 5 BGB.....	214
b) Der Wertungsgedanke des § 308 Nr. 5 BGB	216
c) Die <i>Repeating Representations</i> des LMA-Mustervertrages als Erklärungsfiktion im Sinne des § 308 Nr. 5 BGB?.....	219
d) Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB	222
aa) Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.....	222
bb) Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.....	224
cc) Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.....	224
(i) Zu berücksichtigende Interessen der Kreditgeber.....	226
(ii) Zu berücksichtigende Interessen der Kreditnehmer.....	229
(iii) Interessenabwägung im Rahmen des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB	231
dd) Zwischenbefund.....	233
VIII. Rechtsfolge.....	233
IX. Rechtlich wirksame Alternativvorschläge.....	234
§ 17 Die Auflagen (<i>Covenants</i>)	237
I. Einführung und Ursprung der Auflagen	237
II. Inhalt der Auflagen	239
1. Informationspflichten (<i>Information Undertakings</i>)	239
2. <i>Financial Covenants</i>	240
3. Allgemeine Verhaltensaufgaben (<i>General Undertakings</i>).....	241
4. Negativklärung (<i>Negative Pledge</i> -Klausel) und Veräußerungs- beschränkungen.....	242
III. <i>Covenant lite</i> -Kreditverträge – der „schnelle Tod einer Mode- erscheinung“	244
IV. Rechtsfolgen im Fall der Nichteinhaltung der Auflagen	247
V. Zweck der Auflagen.....	248

1. Auflagen als Frühwarnsystem	248
2. Auflagen als Mittel zur Senkung von Kreditrisiken	251
3. Auflagen als Mittel zur Einflussnahme auf die Geschäftsführung..	251
VI. Auflagen und Eigenkapitalersatzrecht	252
VII. Qualifizierung der Auflagen als AGB	253
VIII. Kontrollfähigkeit der Auflagen gemäß § 307 Abs. 3 BGB.....	255
IX. Inhaltskontrolle der Auflagen gemäß § 307 BGB	255
1. Inhaltskontrolle der Informationspflichten.....	256
2. Inhaltskontrolle der <i>Financial Covenants</i>	258
3. Inhaltskontrolle der allgemeinen Verhaltensauflagen	261
4. Wirksamkeit und Inhaltskontrolle der Negativerklärung (<i>Negative Pledge</i> -Klausel) und der Veräußerungsbeschränkung	264
a) Unwirksamkeit gemäß § 1136 BGB.....	264
b) Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Verbindung mit § 1136 BGB – zugleich: zur Wirksamkeit sogennanter Fälligkeitsklauseln	266
c) Sonstige Unwirksamkeitsgründe – insbesondere über das Grundvermögen hinaus.....	269
5. Knebelungswirkung infolge des Zusammenspiels aller Auflagen ...	271
6. Zwischenbefund	274
X. Rechtsfolge.....	274
XI. Rechtlich wirksame Alternativvorschläge.....	275
§ 18 Die <i>Event of Default</i> -Klauseln	276
I. Einführung und Ursprung der <i>Event of Default</i> -Klauseln	276
II. Inhalt der <i>Event of Default</i> -Klauseln	276
1. Verletzung einer Zahlungspflicht	277

2. Unrichtigkeit einer Zusicherung (<i>Misrepresentation</i> -Klausel).....	277
3. Verletzung einer Auflage.....	277
4. <i>Cross Default</i> -Klausel.....	278
5. <i>Material Adverse Change</i> -Klausel.....	279
6. Sonstige <i>Event of Default</i> -Klauseln.....	281
III. Rechtsfolgen der Kündigung.....	281
IV. Ausübung der Kündigungsrechte.....	282
V. Beschränkung der Kündigungsrechte.....	283
1. <i>Clean-up Period</i>	283
2. Einschränkung wegen des Gebots von Treu und Glauben.....	284
3. Keine Wesentlichkeitsschwelle.....	286
VI. Vergleich mit den AGB der deutschen Banken.....	287
1. Nr. 19 Abs. 3 AGB-Banken.....	288
2. Nr. 17 Abs. 1 Satz 2 AGB-Banken (alt).....	290
VII. Inhaltskontrolle der <i>Event of Default</i> -Klauseln.....	291
1. Inhaltskontrolle der <i>Misrepresentation</i> -Klausel.....	292
a) Zweck der <i>Misrepresentation</i> -Klausel.....	293
b) Qualifizierung der <i>Misrepresentation</i> -Klausel als AGB.....	293
c) Übertragung der im Rahmen der AGB-Banken gewonnenen Erkenntnisse auf die <i>Misrepresentation</i> -Klausel.....	294
d) Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.....	297
aa) Abweichung.....	297
bb) Unvereinbarkeitsprüfung als abschließende Wertungsstation.	301
cc) Keine kundenfreundliche Auslegung.....	307
e) Zwischenbefund.....	311
f) Rechtsfolge.....	312
g) Rechtlich wirksame Alternativmodelle.....	313

2. Inhaltskontrolle des Kündigungsrechtes wegen des Verstoßes gegen Auflagen	314
a) Zweck der Klausel	315
b) Qualifizierung der Klausel als AGB.....	315
c) Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.....	316
aa) Abweichung.....	316
bb)Unvereinbarkeitsprüfung als abschließende Wertungsstation.	319
d) Zwischenbefund.....	323
e) Rechtsfolge	324
f) Rechtlich wirksame Alternativmodelle	325
3. Inhaltskontrolle der <i>Cross Default</i> -Klausel.....	327
a) Zweck der <i>Cross Default</i> -Klausel	327
b) Qualifizierung der <i>Cross Default</i> -Klausel als AGB	331
c) Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.....	332
aa) Abweichung.....	333
bb)Unvereinbarkeitsprüfung als abschließende Wertungsstation.	337
cc) Kompensation durch andere Klauseln des LMA- Mustervertrages.....	340
d) Zwischenbefund.....	342
e) Rechtsfolge	342
f) Rechtlich wirksame Alternativmodelle	343
4. Inhaltskontrolle der <i>MAC</i> -Klausel.....	345
a) Zweck der <i>MAC</i> -Klausel	345
b) Qualifizierung der <i>MAC</i> -Klausel als AGB	347
c) Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.....	349
aa) Abweichung.....	350
bb)Unvereinbarkeitsprüfung als abschließende Wertungsstation.	353

d) Zwischenbefund.....	358
e) Rechtsfolge	358
f) Rechtlich wirksame Alternativmodelle	359
5. Inhaltskontrolle sonstiger Kündigungsgründe.....	360
VIII. Gesamtbefund	361
§ 19 Das Kündigungsrecht des Kreditnehmers.....	363
I. Inhalt der Kündigungsklauseln	363
II. Zweck der Kündigungsklauseln.....	365
III. Qualifizierung der Kündigungsklauseln als AGB.....	365
IV. Wirksamkeit und Inhaltskontrolle der Kündigungsklauseln	366
1. Die Vorschrift des § 489 BGB – Festzins versus variabler Zins	366
2. Die Vorschrift des § 490 Abs. 2 BGB	369
3. Unwirksamkeit gemäß § 134 BGB und unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	370
a) Wirksamkeit der Kündigungsklauseln im Lichte des § 489 Abs. 2 BGB	370
b) Wirksamkeit der Kündigungsklauseln im Lichte des § 489 Abs. 1 BGB	371
c) Wirksamkeit der Kündigungsklauseln im Lichte des § 490 Abs. 2 BGB	373
4. Zwischenbefund	374
V. Rechtsfolge.....	375
VI. Rechtlich wirksame Alternativmodelle	375
1. Muttergesellschaft oder andere Konzerngesellschaften des Kreditnehmers als Verpflichtete der Vorfälligkeitsentschädigung ..	375
2. Synthetische Zinsvereinbarungen – Tausch fester gegen variabler Zinssatz (Kupon- <i>Swap</i>).....	377

3. Teilrechtswahlklauseln.....	379
4. Zwischenbefund.....	380
§ 20 Die Haftungsklauseln.....	381
I. Einführung und Ursprung der Haftungsklauseln.....	381
II. Inhalt der Haftungsklauseln.....	381
III. Zweck der Haftungsklauseln.....	383
IV. Reichweite der Haftungsklauseln.....	384
V. Qualifizierung der Haftungsklauseln als AGB.....	385
VI. Kontrollfähigkeit der Haftungsklauseln.....	386
VII. Inhaltskontrolle der Haftungsklauseln gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.....	387
1. Die Haftung der arrangierenden Bank.....	388
2. Die Haftung der administrierenden Bank.....	391
VIII. Zwischenbefund.....	394
IX. Rechtsfolge.....	394
X. Rechtlich wirksame Alternativmodelle.....	395
§ 21 Änderungen auf Seiten der Kreditgeber.....	397
I. Einführung und Ursprung der Klauseln.....	397
II. Inhalt der Klauseln.....	399
III. Zweck der Klauseln.....	402
IV. Wirtschaftlicher Hintergrund der Klauseln und ihre Bedeutung für die Finanz- und Kreditkrise.....	404
V. Exkurs: <i>Debt Repurchases</i>	405
VI. Qualifizierung der Klauseln als AGB.....	407
VII. Kontrollfähigkeit der Klauseln.....	409

VIII. Inhaltskontrolle der Klauseln.....	409
1. Zulässigkeit der formularvertraglichen Zustimmung zur Weitergabe von Kreditnehmerinformationen.....	411
a) Das <i>SCHUFA</i> -Urteil des Bundesgerichtshofes	412
b) Interessenabwägung.....	413
2. Die Vertragsübernahme des deutschen <i>Investment Grade</i> - Mustervertrages vor dem Hintergrund des § 309 Nr. 10 BGB.....	416
a) Das Regelungsanliegen des § 309 Nr. 10 BGB	416
b) Übertragbarkeit des § 309 Nr. 10 BGB in den unternehme- rischen Geschäftsverkehr?	419
c) Zur Konsequenz für die Vertragsübernahmeklausel des deutschen <i>Investment Grade</i> -Mustervertrages.....	420
3. Die fingierte Zustimmung des Kreditnehmers.....	422
IX. Zwischenbefund	425
§ 22 Änderungen auf Seiten des Kreditnehmers	425
I. Inhalt der Klauseln.....	426
II. Zweck der Klauseln	426
III. Qualifizierung der Klauseln als AGB.....	426
IV. Kontrollfähigkeit der Klauseln	427
V. Inhaltskontrolle der Klauseln gemäß § 307 Abs. 1 BGB.....	428
1. Unzulässigkeit der Abtretung von Kreditgewährungsansprüchen gemäß § 399 1. Alt. BGB?.....	428
a) Gegen die Zulässigkeit der Abtretung des allgemeinen Kredit- gewährungsanspruches	429
b) Gegen die Zulässigkeit der Abtretung des konkretisierten Kreditgewährungsanspruches	430

c) Für die Zulässigkeit der Abtretung des allgemeinen und des konkretisierten Kreditgewährungsanspruches.....	431
d) Stellungnahme.....	431
2. Das formularvertragliche Abtretungsverbot im Lichte des § 354a HGB	433
a) Vorüberlegungen.....	434
b) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu formularvertraglichen Abtretungsverboten.....	436
c) Das Schrifttum	438
d) Interessenabwägung vor dem Hintergrund der Besonderheiten in der Akquisitionsfinanzierung	440
e) Schuldrechtliches Abtretungsverbot.....	442
aa) Gegen die Wirksamkeit des schuldrechtlich wirkenden Abtretungsverbotes.....	444
bb) Für die Wirksamkeit des schuldrechtlich wirkenden Abtretungsverbotes.....	444
cc) Stellungnahme	445
3. Zwischenbefund	446
§ 23 Gesamtnichtigkeit des LMA-Mustervertrages.....	448
§ 24 Zusammenfassung in Thesen.....	450
Literaturverzeichnis	459
Anhang: Auszüge aus dem <i>Senior Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement for Leveraged Acquisition Finance Transactions</i> (LMA-Mustervertrag).	525