

## Sachverhalt

Die Bank B gewährte der Firma S, die mit Neufahrzeugen, mit Gebrauchtwagen und Ersatzteilen sowie Pkw- Zubehör handelt, einen Kredit in Höhe von 1.000.000,-- DM. Zur Sicherung dieses Kredites und weiterer künftiger Verbindlichkeiten übereignet die Firma S der Bank gemäß Sicherungsvertrag:

*“Zur Sicherung übereignet werden alle Neuwagen und Gebrauchtfahrzeuge, die sich auf dem Betriebsgelände der Firma S (Sicherungsgeber), gelegen in Pinneberg, Reiserstraße 2, gegenwärtig befinden und in Zukunft befinden werden. Die Lageskizze ist wesentlicher Bestandteil dieses Vertrages.*

*Ferner übereignet der Sicherungsgeber alle Zubehörware für PKW, die sich gegenwärtig und zukünftig im gemäß Lageskizze bezeichneten Sicherungsgebiet befinden.”*

Der realisierbare Wert aller Gegenstände beträgt DM 1.200.000,--. Für einen weiteren Kredit in Höhe von DM 100.000,-- übereignet die Firma S der Bank einige Zeit später eine Computeranlage. Zur Individualisierung der Anlage heißt es im Sicherungsvertrag:

*“Bei der Computeranlage im Werte von DM 150.000,-- handelt es sich um die von der Firma IBM im Frühjahr 1994 gelieferte Anlage.”*

Neben der Vereinbarung eines Besitzkonstitutes enthält der Sicherungsvertrag u. a. folgende Klauseln:

*“Verfügungsbefugnis: Die Firma S ist befugt, die zur Sicherung übereigneten Gegenstände bis auf Widerruf aus wichtigem Grund zu verkaufen. Die Verkaufsbefugnis erlischt, wenn der realisierbare Wert des gesamten Sicherungsgutes 130 % der gesicherten Forderung unterschreitet.”*

*“Zweckerklärung: Die Sicherheiten dienen als Sicherung aller bestehenden und künftigen - auch bedingten oder befristeten - Ansprüche der Bank aus der Geschäftsverbindung (insbesondere aus laufender Rechnung und aus der Gewährung von Krediten jeder Art), aus Bürgschaften und aus abgetretenen oder kraft Gesetzes übergegangenen Forderungen gegen den Sicherungsgeber.”*

*“Verwertung: Die Bank ist befugt, das Sicherungsgut an sich zu nehmen und durch freihändigen Verkauf zu verwerten. Gebrauchtfahrzeuge darf sie zum Händlereinkaufspreis verkaufen.”*

*“Freigabe und Rückgewähr: Sobald die Bank wegen aller ihrer Ansprüche gegen den Kreditnehmer befriedigt ist, ist sie verpflichtet, ihre Rechte an den sicherungsübereigneten Gegenständen freizugeben. Sie ist hierzu schon vorher bereit, soweit sie diese Gegenstände nach ihrem billigen Ermessen zur Sicherung ihrer Ansprüche nicht mehr benötigt.”*

Im Spätherbst 1994 geht die Firma S in Konkurs. Die Bank verlangt das Sicherungsgut vom Konkursverwalter heraus. Dieser bestreitet die Rechtswirksamkeit der Verträge.

Außerdem verlangt er Schadensersatz für einen von der Bank verwerteten fast neuwertigen BMW 520i, den sie zum Händlereinkaufspreis einem ihrer Mitarbeiter verkauft hatte. Der BMW gehörte zum Sicherungsgut und war von der Firma S noch vor Konkurseröffnung der Bank zur Verwertung herausgegeben worden.

Wie ist die Rechtslage?

**Inhaltsverzeichnis**

<b>SACHVERHALT</b>	<b>II</b>
<b>INHALTSVERZEICHNIS</b>	<b>III</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS</b>	<b>IV</b>
<b>GUTACHTEN ZUR RECHTSLAGE</b>	<b>1</b>
<b>I. ERSTE TEILAUFGABE</b>	<b>1</b>
<b>A. Anspruch aus § 43 KO</b>	<b>1</b>
1. B müßte Sicherungseigentümerin sein	1
a) Einigung	1
(1) Fahrzeuge, etc.	2
(a) allgemeine Regeln	2
(b) Bestimmtheit	2
[i] bei Vertragsschluß	2
[ii] zukünftig	3
(2) Computeranlage	3
(a) allgemeine Regeln	3
(b) Bestimmtheit	3
(3) Zwischenergebnis	4
b) Übergabe	4
(1) schon befindliche	4
(a) AGB	5
[i] Anwendbarkeit, §§ 1, 23, 24 AGBG	5
[a] § 1 AGBG	5
(α) Übereignungsklausel	5
(β) Verfügungsbefugnis	5
(γ) Verwertung	6
[b] § 23 AGBG	7
[c] § 24 AGBG	7
[ii] Unklarheiten, § 5 AGBG	7
[iii] Überraschung, § 3 AGBG	7
[a] gesetzliches Vertragsleitbild	7
[b] im Geschäftskreis üblich	7
[c] konkrete Umstände	8
(α) alle bestehenden und künftigen	8
(β) Bürgschaften	9
(γ) abgetretene oder kraft Gesetz übergegangene	9
[iv] Vorrang der Individualabrede, § 4 AGBG	13
[v] Zulässig der Kontrolle, § 8 AGBG	13
[vi] Verstoß gegen § 9 AGBG	16
[a] Übereignungsklausel	16
[b] Verfügungsbefugnis	17
[c] Verwertungsklausel	19
(α) zeitliche Voraussetzungen	19
(β) sachliche Voraussetzungen	20
(γ) zum Händlereinkaufspreis	20
[d] Freigabe und Rückgewähr	21
[vii] Rechtsfolge, § 6 AGBG	23
[a] § 6 I AGBG	23
[b] § 6 II AGBG	23

(α) Lücke	24
aa) Zweckerklärung	24
bb) Verfügungsbefugnis	24
cc) Verwertungsklausel	24
dd) Freigabe	25
ee) Zwischenergebnis	25
(β) Füllung der Lücke	25
aa) Verfügungsbefugnis	25
bb) Verwertungsklausel	25
cc) Freigabe und Rückgewähr	27
[c] § 6 III AGBG	28
(α) für den Verwender	28
aa) Verfügungsbefugnis	28
bb) Verwertungsklausel	29
cc) Freigabe und Rückgewähr	29
(β) für den Kunden	30
[viii] Zwischenergebnis	30
(b) § 138	30
[i] Übereignungsklausel	31
[ii] Zweckerklärung	31
[a] weitere Forderungen	31
[b] übergegangene Forderungen	32
[iii] Verfügungsbefugnis	32
[iv] Verwertung	32
[v] Freigabe und Rückgewähr	33
(c) Zwischenergebnis	33
(2) zukünftig	33
c) Einig sein	33
d) Berechtigung	33
2. Zwischenergebnis	33
3. Anwendbarkeit von § 43 KO	34
<b>B. Anspruch aus § 48 KO i. V. mit §§ 4 II, 127 II KO, 985</b>	<b>35</b>
1. Sicherungseigentum	35
2. Besitz des Anspruchsgegners	35
3. kein Recht zum Besitz, § 986	35
4. Ergebnis	35
<b>II. ZWEITE TEILAUFGABE</b>	<b>36</b>
<b>A. Anspruch aus positiver Vertragsverletzung</b>	<b>36</b>
1. Sicherungsvertrag	36
2. Nebenpflichtverletzung	36
a) Verwertungsberechtigung	36
b) kaufmännische Sorgfalt	37
3. Schaden	37
4. Verschulden	37
5. Kausalität	38
6. Ergebnis	38
<b>B. Anspruch aus § 826</b>	<b>38</b>
1. Schaden	38
2. Vorsatz	38
3. Verstoß gegen die “Guten Sitten”	39
4. Ergebnis	39
<b>C. Endergebnis</b>	<b>39</b>

## Literaturverzeichnis

- Baumbach, Adolf  
Hopt, Klaus - Jürgen  
Kommentar zum Handelsgesetzbuch  
29. Auflage  
München, 1995
- Baur, Fritz  
Stürner, Rolf  
Lehrbuch des Sachenrechts  
16. Auflage  
München, 1992
- Baur, Fritz  
Stürner, Rolf  
Zwangsvollstreckungsrecht, Konkursrecht  
und Vergleichsrecht  
11. Auflage  
Heidelberg, 1983  
*zitiert: Baur / Stürner, Konkurs,...*
- Böhle - Stammschräder, A.  
Kilger, Joachim  
Kommentar zur Konkursordnung  
14. Auflage  
München, 1983
- Bruse, Matthias  
Die Berücksichtigung Allgemeiner  
Geschäftsbedingungen bei der  
Sittenwidrigkeit von  
Konsumentenkreditverträgen  
in: Betriebsberater, BB 1986, 478 (484)
- Bülow, Peter  
Recht der Kreditsicherheiten  
3. Auflage  
Heidelberg, 1993
- Canaris, Claus - Wilhelm  
Bankvertragsrecht  
3. Auflage, 2. te Bearbeitung  
Berlin, 1981
- Clemente, Clemens  
Sicherungsabreden im Spiegel der neuen  
Rechtsprechung  
in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht  
ZIP 1985, 193 (201)
- Clemente, Clemens  
Die Sicherungsabrede der  
Sicherungsgrundschuld - eine  
Bestandsaufnahme  
in: ZIP 1990, 969 (976)

- Clemente, Clemens Die Zweckerklärung der  
Sicherungsgrundschuld  
in: Neue Juristische Wochenschrift  
NJW 1983, 6 (10)
- Erman, Walter Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
Band I + II  
9. Auflage  
Münster, 1993
- Früh, Andreas Zur Notwendigkeit von Freigabeklauseln in  
vorformulierten Sicherheitenverträgen  
in: Der Betrieb, DB 1994, 1860 (1863)
- Ganter, Hans Gerhard Die nachträgliche Übersicherung eines  
Kredites  
in. ZIP 1994, 257 (264)
- Göbel, Jürgen Übersicherung und Freigabeklauseln in  
vorformulierten Kreditsicherungsverträgen  
Berlin, 1993
- Grunsky, Wolfgang Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung  
und Eigentumsvorbehalt in der  
Zwangsvollstreckung und im Konkurs des  
Schuldners  
in: Juristische Schulung, JuS 1984, 497 (504)
- Hess, Harald Kommentar zur Konkursordnung  
Kropshofer, Birger 3. Auflage  
Frankfurt, 1989
- Jauernig, Othmar Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
7. Auflage  
München, 1994
- Jauernig, Othmar Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht  
18. Auflage  
München 1987  
*zitiert: Jauernig, Konkus, ...*
- Kötz, Hein .  
Deliktsrecht  
6. Auflage  
Berlin 1994

- Kuhn, Georg  
Uhlenbruck, Wilhelm  
Kommentar zur Konkursordnung  
10. Auflage  
München, 1986
- Lauer, Jörg  
Freigabeklausel und Deckungsgrenze bei  
variablen Kreditsicherheiten  
in: ZBB 1992, 310 (313)
- Lindacher, Walter F.  
Anmerkung zu OLG Düsseldorf Juristische  
Rundschau 1984, 331 (333) in Juristische  
Rundschau 1984, 333 (334)
- Lohmann, Herbert  
Rechtsprobleme der Globalzweckerklärung  
insbesondere in Formularverträgen  
Düsseldorf, 1988
- Musielak, Hans - Joachim  
Grundkurs BGB  
3. Auflage  
München 1992
- Neuhof, Rudolf  
Inhaltskontrolle formularmäßig  
bestellter Kreditsicherheiten  
in: NJW 1984, 841 (843)
- Palandt, Otto  
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
54. Auflage  
München, 1995
- Pottschmidt, Günter  
Rohr, Ulrich  
Kreditsicherungsrecht  
4. Auflage  
München, 1992
- Pottschmidt, Günter  
Rohr, Ulrich  
Rechtsgrundlagen für den Kaufmann  
5. Auflage  
München, 1983  
*zitiert: Pottschmidt / Rohr, Kaufmann, ...*

- Rebmann, Kurt  
Säcker, Franz - Jürgen  
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen  
Gesetzbuch  
München,  
Band I:  
§§ 1- 240; AGBG  
3. Auflage, 1994  
Band II:  
§§ 241- 432  
3. Auflage, 1994  
Band IV:  
§§ 854- 1296  
2. Auflage, 1986
- Rehbein, Dieter  
Anmerkung zu BGH in Juristische Rundschau  
1982, 451 (452) in Juristische Rundschau  
JR 1982, 452 (453)
- Rehbein, Dieter  
Sicherung und Sicherungszweck, S. 659 (689)  
in Festschrift für Theodor Heinsius  
Berlin 1991
- Reinicke, Dietrich  
Tiedke, Klaus  
Übersicherung und Freigabeklauseln bei der  
Sicherungsübereignung  
in: Wirtschaftliche Beratung  
WiB 1994, 2601 (2609)
- Reithmann, Christoph  
Die Zweckerklärung bei der Grundschuld  
Sicherungsgut, Sicherungsmittel,  
Deckungsbereich  
in: Wertpapiermitteilungen; Zeitschrift für  
Wirtschafts- und Bankrecht  
WM 1985, 441(448)
- RGRKG  
Das BGB mit besonderer Berücksichtigung  
der Rechtsprechung des Reichsgerichts und  
des Bundesgerichtshofes  
Band III: 1. Teil §§ 854 - 1011  
12. Auflage  
Berlin, 1979
- Schlosser, Peter  
Entwicklungstendenzen im Recht der AGB  
in: ZIP 1985, 449 ( 462)
- Scholz, Helmut  
Lwowski, Hans - Jürgen  
Das Recht der Kreditsicherung  
7. Auflage  
Berlin, 1994

- Serick, Rolf  
Eigentumsvorbehalt und  
Sicherungsübereignung  
Band II:  
Die einfache Sicherungsübertragung, 1. Teil  
Heidelberg, 1966  
Band III:  
Die einfache Sicherungsübertragung, 2. Teil  
Heidelberg, 1970
- Soergel, Hans - Theodor  
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
Band III: §§ 433 - 515, AGBG  
12. Auflage  
Stuttgart, 1991  
Band VI: §§ 854 - 1296  
12. Auflage  
Stuttgart, 1990
- Staudinger, Julius v.  
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
Zweites Buch, §§ 241, 242, AGBG  
12. Auflage  
Berlin, 1983  
Drittes Buch, §§ 903 - 936  
12. Auflage  
Berlin, 1989
- Ulmer, Peter  
Brandner, Hans - Erich  
Hensen, Horst - Diether  
Kommentar zum Gesetz zur Regelung des  
Rechts der Allgemeinen  
Geschäftsbedingungen  
7. Auflage  
Köln, 1993
- Weber, Hans - Jörg  
Kreditsicherheiten  
Recht der Sicherungsgeschäfte  
4. Auflage  
München, 1994
- Weber, Hans - Jörg  
Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes  
zu Freigabeklauseln bei Kreditsicherheiten  
in: WM 1994, 1549 (1560)
- Wenzel, Frank  
Bankrechtstag 1994 der Bankrechtlichen  
Vereinigung e.V. am 24. Juni 1994 in  
Schwerin  
in: Zeitschrift für Bankrecht und  
Bankwirtschaft, ZBB 1994, 278 (282)

- Westermann, Harm - Peter  
Abgrenzung von Neben- und  
Hauptleistungspflichten im Hinblick auf die  
Inhaltskontrolle, S. 135 (153)  
in:  
10 Jahre Allgemeine Geschäftsbedingungen  
Köln, 1987
- Westermann, Harry  
Sachenrecht  
Band I:  
§§ 1 - 76; Grundlagen und Recht der  
beweglichen Sachen  
6. Auflage  
Heidelberg, 1990
- Westphalen, Friedrich Graf von  
Die AGB der Privatbanken im Licht der  
jüngsten Judikatur und Literatur  
in: WM 1980, 1406 (1427)
- Westphalen, Friedrich Graf von  
Grundsulddarlehen - Kontrollkriterien des  
AGB  
in: ZIP 1984, 1 (10)
- Westphalen, Friedrich Graf von  
Vertragsrecht und AGB Klauselwerke  
1. Ergänzungslieferung  
München, Mai 1994
- Wieling, Hans - Josef  
Sachenrecht  
2. Auflage  
Berlin, 1994
- Wolf, Manfred  
Inhaltskontrolle von Sicherungsgeschäften  
S. 148 (168)  
in Festschrift für Baur  
Tübingen, 1981
- Wolf, Manfred  
Horn, Norbert  
Lindacher, Walter F.  
Kommentar zum Gesetz zur Regelung des  
Rechts der Allgemeinen  
Geschäftsbedingungen  
3. Auflage  
München, 1994
- Wolf, Manfred  
Sachenrecht  
12. Auflage  
München, 1994

## **Gutachten zur Rechtslage**

### **I. Erste Teilaufgabe**

Die Bank verlangt das Sicherungsgut vom Konkursverwalter heraus. Zur Konkursmasse gehört nach § 1 I KO das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört. Bei beweglichen Sachen, die bei Konkurseröffnung im Besitz des Gemeinschuldners sind wird dessen Eigentum und damit Zugehörigkeit zur Konkursmasse nach § 1006 I BGB<sup>1</sup> vermutet.<sup>2</sup> Die Firma S ist Besitzerin im Sinne des § 854 des von der Bank beanspruchten Sicherungsgutes, bei dem es sich ausschließlich um bewegliche Sachen im Sinne des § 90 handelt. Als Anspruchsgrundlage in Betracht kommt insofern einerseits ein Anspruch auf Aussonderung aus § 43 KO in Betracht. Desweiteren könnte gem. §§ 4, 48 KO ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung bestehen..

#### **A. Anspruch aus § 43 KO**

Die Bank könnte gegen den Konkursverwalter der Firma S<sup>3</sup> einen Anspruch auf Aussonderung gemäß § 43 KO haben. Umstritten ist, ob der Sicherungseigentümer einen Anspruch auf Aussonderung nach § 43 KO oder einen Anspruch auf Herausgabe zum Zwecke der abgesonderten Befriedigung gem. §§ 985, 4 II KO, 127 II KO hat. Dieser Streit braucht nicht entschieden zu werden, falls die B nicht Sicherungseigentümerin ist.

Fraglich ist zunächst also, ob die Bank B<sup>4</sup> Sicherungseigentümerin geworden ist.

#### **1. B MÜßTE SICHERUNGSEIGENTÜMERIN SEIN**

Ursprünglich war die S Eigentümerin der jetzt von der B als Sicherungseigentum beanspruchten Gegenstände. Die S könnte jedoch ihr Eigentum gem. § 929 I S.1 an B verloren haben. Die Übereignung gem. § 929 I S.1 erfordert zunächst einmal eine Einigung.

##### **a) Einigung**

Die Einigung ist ein formfreier abstrakt dinglicher Vertrag,<sup>5</sup> und unterliegt grundsätzlich den Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB<sup>6</sup> Die Einigung erfordert also zwei übereinstimmende

---

<sup>1</sup> §§ ohne nähere Bezeichnung sind solche des BGB

<sup>2</sup> Kilger, § 43, Anm.: 1

<sup>3</sup> die Firma im Folgenden S

<sup>4</sup> im Folgenden B

<sup>5</sup> Bassenge in Palandt, § 929, Rz. 2

<sup>6</sup> Baur / Stürner, § 51 II 1

Willenserklärungen (§§ 133, 157) über den Übergang des Eigentums.<sup>7</sup> Auch eine antizipierte Einigung ist ausreichend.<sup>8</sup>

(1) *Fahrzeuge, etc.*

Die B und die S erklärten in ihrem Sicherungsvertrag, daß das “*Eigentum an allen Neuwagen und Gebrauchtfahrzeugen, und ferner dessen Zubehör, daß sich gegenwärtig und zukünftig im gemäß Lageskizze bezeichneten Sicherungsgebiet übereignet werden solle*”.

Die S und die B haben sich über den Übergang der sich auf dem Sicherungsgebiet befindlichen Neu- und Gebrauchtfahrzeuge, sowie dessen Zubehör geeinigt.

Eine Einigung ist somit gegeben.

Bezüglich der zukünftig gleichartigen Gegenstände haben sie ihre Einigung vorweggenommen. Auch eine antizipierte Einigung liegt vor.

(a) *allgemeine Regeln*

Bezüglich der allgemeinen Regeln des Allgemeinen Teils sind Probleme nicht ersichtlich.

(b) *Bestimmtheit*

Die Einigung müßte bezüglich der sofort bei Vertragsschluß und der folgenden zukünftig übereigneten Sachen bestimmt sein.

[i] *bei Vertragsschluß*

Ein Vertrag über den Übergang von Eigentum an einer Sache bedarf der Bestimmtheit,<sup>9</sup> die hinreichend gegeben ist, wenn infolge der Wahl einfacher äußerlicher Abgrenzungskriterien für jeden, der die Parteiabreden kennt, ohne weiters ersichtlich ist, welche Sachen übereignet wurden.<sup>10</sup> Eine hinreichende Bestimmtheit ist bei Sachgesamtheiten durch “All - Formeln” bezüglich räumlicher und zeitlicher Verhältnisse und auch Beschreibungen der Eigenschaften gewährleistet.<sup>11</sup>

Die S und die B beschließen gemeinsam die Übereignung aller sich auf dem Betriebsgelände der S befindenden Neu- und Gebrauchtfahrzeuge. Sie haben sich über eine “All - Formel” mit räumlichen Bezug geeinigt. Die Einigung ist bezüglich der Fahrzeuge hinreichend bestimmt.

Fraglich ist, ob die Einigung auch hinsichtlich der Zubehörware als hinreichend bestimmt angesehen werden kann. Als Zubehör kommen nur bewegliche Sachen in Betracht.<sup>12</sup> Sie sind dazu bestimmt, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen.<sup>13</sup> Eine hinreichende Bestimmtheit in dem Falle der Mitübereignung von Fahrniszubehör wird durch die Bezeichnung

---

<sup>7</sup> Quack in MüKo, § 929, Rz. 73

<sup>8</sup> Baur / Stürner, § 51 IV 2

<sup>9</sup> Quack in MüKo, § 929, Rz. 75

<sup>10</sup> BGH in NJW 1991, 2144 (2146)

<sup>11</sup> Quack in MüKo, § 929, Rz. 9

<sup>12</sup> Heinrichs in Palandt, § 97, Rz. 2

<sup>13</sup> Heinrichs in Palandt, § 97, Rz. 6

der Hauptsache erreicht.<sup>14</sup>Die Hauptsache, nämlich die Fahrzeuge, sind hinreichend bestimmt bezeichnet. Eine hinreichende Bestimmtheit des Zubehörs ist somit gegeben.

[ii] *zukünftig*

Fraglich ist, ob auch die Gegenstände, die sich erst zukünftig auf dem Betriebsgelände befinden, bestimmt sind.

Die bei Vertragsschluß übereigneten Sachen sind hinreichend bestimmt. Die hinzukommenden Sachen sind, da es sich der Art nach um die gleichen handelt, hinreichend bestimmbar.

Mit der bereits beschriebenen “All - Formel” ist auch der zukünftige Bestand eines Lagers hinreichend bestimmt (Raumsicherungsklausel).<sup>15</sup>Auch ein Grundstück ist ein Raum i.S. eines Raumsicherungsvertrages.<sup>16</sup>

Die B und die S einigen sich darüber, daß auch alle Fahrzeuge und deren Zubehör in dem Moment, in dem sie sich auf dem Betriebsgelände der S befinden, an die B übereignet werden sollen.

Auch zum vereinbarten Zeitpunkt des Eigentumsüberganges sind die Sachen hinreichend bestimmt.

(2) *Computeranlage*

Die S und die B haben sich über die Übergabe des Eigentums an der von der Firma IBM gelieferten Computeranlage geeinigt.

(a) *allgemeine Regeln*

Hinsichtlich der Regeln des Allgemeinen Teils sind keine Probleme ersichtlich.

(b) *Bestimmtheit*

Fraglich ist jedoch, ob diese Einigung hinreichend bestimmt ist. Übergeben werden sollte die gelieferte Computeranlage.

Eine gattungsmäßige Bezeichnung ist nur hinreichend bestimmt, wenn aus der Angabe der Gattung das Sicherungsgut hinreichend gekennzeichnet ist und als solcher individuell gemeint ist.<sup>17</sup>Die Herkunft des Sicherungsgutes gibt zwar kein ausreichendes Individualisierungsmerkmal ab.<sup>18</sup>Es ist jedoch davon auszugehen, daß die S als Autohändlerin nur eine Computeranlage besitzen wird. Insofern ist die Angabe der Gattung des Sicherungsgutes individuell gemeint und hinreichend bestimmt.

Das Sicherungsgut selbst muß aus der Angabe der Gattung jedoch hinreichend gekennzeichnet sein. Eine Computeranlage setzt sich aus mehreren Einzelgeräten zusammen. Welche Einzelgeräte zwingend zu einer “Computeranlage” gehören ist

---

<sup>14</sup> Scholz / Lwowski, Rz. 513

<sup>15</sup> Quack in MüKo, § 929, Rz. 83

<sup>16</sup> OLG Köln in WM 1985, 119 (119)

<sup>17</sup> Quack in MüKo, § 929, Rz. 80

<sup>18</sup> Scholz / Lwowski, Rz. 514

jedoch nicht ohne weiteres ersichtlich. Eine Gattung “Computeranlage” ist somit nicht hinreichend gekennzeichnet.

Eine hinreichend bestimmte Einigung liegt also bezüglich der Computeranlage nicht vor.

(3) *Zwischenergebnis*

Eine hinreichend bestimmte Einigung liegt nur bezüglich der Kraftfahrzeuge und deren Zubehör vor.

Die B ist nicht Sicherungseigentümerin der “Computeranlage” geworden

b) Übergabe

Fraglich ist, ob die Vertragsparteien anstelle der Übergabe ein Besitzmittlungsverhältnis bezüglich der im Sicherungsgebiet befindlichen und noch hinzukommenden Sachen vereinbart haben.

(1) *schon befindliche*

Die Übergabe soll durch ein im Sicherungsvertrag vereinbartes Besitzkonstitut gemäß § 930 ersetzt werden. Dazu müßte die Veräußerin S die Besitzerin des Sicherungsgutes geblieben, und ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 begründet worden sein.

S ist unmittelbare Besitzerin im Sinne des § 854.

Fraglich ist, ob ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 begründet worden ist. Der Sicherungsvertrag ist ein ähnliches Rechtsverhältnis im Sinne des § 868<sup>19</sup>. Umstritten ist, ob die abstrakte Sicherungsübereignung gültig ist, wenn der das Besitzkonstitut umfassende Sicherungsvertrag nichtig ist, oder ob in diesem Falle das Tatbestandsstück des § 930 für die Übereignung fehlt.

So wird zum Einen vertreten, daß der Sicherungsnehmer auch dann Eigentum erwerbe, wenn die Sicherungsabrede nichtig sei, der Übereignungs- und Fremdbesitzwille jedoch vorhanden sei.<sup>20</sup> Das Erfordernis des Besitzkonstituts könne immer als erfüllt angesehen werden, wenn die Parteien die Sicherungsübereignung ernsthaft gewollt haben.<sup>21</sup>

Demgegenüber wird vertreten, daß das Besitzmittlungsverhältnis des § 868 einen Herausgabeanspruch des Sicherungsnehmers gegenüber dem Sicherungsgeber erfordere. An diesem jedoch fehle es, wenn auch die Vereinbarung des Besitzkonstituts nichtig sei. In diesem Falle könne der Sicherungsnehmer unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt die Herausgabe des Sicherungsgutes verlangen. Da aber das Besitzmittlungsverhältnis einen Herausgabeanspruch verlange, fehle das Tatbestandsstück des § 930 für die Übereignung, so daß der Sicherungsgeber Eigentümer geblieben sei.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Westermann / Gursky § 41 II 2 b

<sup>20</sup> Wiegand in Staudinger, Anh. § 929, Rz. 90

<sup>21</sup> Wiegand in Staudinger, Anh. § 929, Rz. 50

<sup>22</sup> Jauernig in Jauernig, § 930 Anm. 5 D c

Entscheidungserheblich ist der Streit nur, falls festgestellt wird, daß der Sicherungsvertrag nichtig ist, anderenfalls ist in jedem Falle ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 begründet worden. Nichtig könnte der Sicherungsvertrag nach § 138 und § 6 III Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz<sup>23</sup> sein. Zwar ist der Vertrag nach § 6 III AGBG nur “unwirksam”, dieser Terminus wird jedoch auch für die Bezeichnung von Nichtigkeitsgraden gebraucht<sup>24</sup>. Nach § 6 III AGBG tritt Gesamtnichtigkeit des Vertrages ein.<sup>25</sup>

(a) *AGB*

Fraglich ist, ob der Sicherungsvertrag nach § 6 III AGBG nichtig ist. Dazu müßte zunächst eine unangemessene oder nicht Vertragsbestandteil nach dem AGBG gewordene Klausel vorliegen.

[i] *Anwendbarkeit, §§ 1, 23, 24 AGBG*

Fraglich ist, ob das AGB- Gesetz auf den zwischen der Firma S und der Bank geschlossenen Vertrag anwendbar ist.

[a] *§ 1 AGBG*

Dazu müßte es sich zunächst einmal um AGB im Sinne des § 1 I AGBG handeln. Diesem zufolge fallen alle vom Verwender gestellten, für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte Vertragsbestandteile unter die Kontrolle des AGBG.<sup>26</sup>

Der Inhalt der Klauseln der “Zweckerklärung” und der “Freigabe und Rückgewähr” ist allgemein und vielfach verwendbar gestaltet. Die Bank wird diese vielfach verwenden bzw. verwenden wollen. Der Verwender muß die Klauseln auch gestellt haben, daß heißt ; die Einbeziehung der vorformulierten Bedingungen in den Vertrag veranlaßt hat.<sup>27</sup> Davon ist auszugehen. Diese Klauseln sind vorformuliert.

Für Formularverträge bedeutet die Formulierung des § 1 II AGBG allerdings weiterhin, daß ausschließlich die vorformulierten Klauseln einer AGBG- Kontrolle unterliegen, nicht hingegen solche Vertragsbestandteile, die einzelvertraglich hinzugefügt werden.<sup>28</sup> Fraglich ist die Vorformulierung bei den Klauseln “Verfügungsbefugnis”, ”Verwertung” und der “Übereignungsklausel” der Kraftfahrzeuge.

(α) *Übereignungsklausel*

Regelmäßig wird in den Formularen bei Sicherungsübereignungen ein Raum zur genaueren Bezeichnung der übereigneten Sachen freigelassen. Insofern handelt es sich um unselbständige Ergänzungen, die den AGB - Charakter der

---

<sup>23</sup> im folgenden : AGBG

<sup>24</sup> Heinrichs in Palandt, vor § 104, Rz. 29

<sup>25</sup> Heinrichs in Palandt, § 6 AGBG, Rz. 8

<sup>26</sup> Göbel, S. 61

<sup>27</sup> Ulmer in Ulmer / Brandner / Hensen, § 1 , Rz. 27

<sup>28</sup> BGH in WM 1992, 50 (51)

vorgedruckten Klauseln nicht ändern.<sup>29</sup> Die konkrete Vereinbarung über die sicherungshalber übertragenen Gegenstände stellt jedoch eine individuelle Vereinbarung dar, die insoweit nicht dem AGBG unterliegt.<sup>30</sup> Es darf davon ausgegangen werden, daß es sich um einen Formularvertrag handelt. Nur der vorgedruckte Teil der Klausel ist AGB.

(β) *Verfügungsbefugnis*

Fraglich ist desweiteren, ob es sich bei der Klausel der Verfügungsbefugnis um eine vorformulierte handelt, da explizit von der Befugnis der "Firma S" die Rede ist. Zwar sind Klauseln mit ausfüllungsbedürftigen Leeräumen sind unzweifelhaft AGB, wenn es sich unselbständige Ergänzungen, wie etwa die Einfügung von Namen handelt.<sup>31</sup> Es darf aber davon ausgegangen, daß die Marge von "130 %" auch ergänzt wurde.

Umstritten ist, wie sich Ergänzungen dieser Art auf den AGB-Charakter der Klauseln auswirken. Zum einen wird vertreten, daß individuell ausgehandelte Ergänzungen, die selbst den wesentlichen Inhalt der Klausel modifizieren, den AGB-Charakter berühren.<sup>32</sup>

Demgegenüber steht die Meinung, daß der ausgefüllte Teil grundsätzlich als Bestandteil der AGB zu behandeln sei, da anzunehmen sei, daß die in der Verwendung von AGB zum Ausdruck kommende einseitige Gestaltungsmacht auch auf das Ausfüllen auswirke.<sup>33</sup>

Fraglich ist, ob der ausgefüllte Teil individuell ausgehandelt wurde. Dann müßte der Verwender seine AGB ernsthaft zur Disposition gestellt und dem anderen Teil Gestaltungsfreiheit zur Wahrung der eigenen Interessen eingeräumt haben.<sup>34</sup>

Der Sachverhalt gibt für ein solches Aushandeln keinen Anhaltspunkt. Der Streit ist also nicht zu entscheiden. Es ist daher davon auszugehen, daß dieses individuelle Aushandeln nicht stattgefunden hat. Nach beiden vertretenen Ansichten ist die Klausel somit vorformuliert. Es ist auch davon auszugehen, daß die Bank diese Klausel vielfach verwendet bzw. verwenden will und sie gestellt hat. Die Klausel ist AGB.

(χ) *Verwertung*

Fraglich ist ebenfalls, ob die Verwertungsklausel vorformuliert ist. Der zweite Satz der Klausel dürfte hinzugefügt worden sein, da er zu speziell für einen allgemeinen Formularvertrag ist.

---

<sup>29</sup> Wolf in FS für Baur, S. 147 (150)

<sup>30</sup> Wolf in FS für Baur, S. 147 (150)

<sup>31</sup> Heinrichs in Palandt, § 1 AGBG, Rz. 5

<sup>32</sup> Ulmer in Ulmer / Brandner / Hensen, § 1, Rz. 56

<sup>33</sup> Wolf in Wolf / Horn / Lindacher, § 1, Rz. 39

<sup>34</sup> BGH in NJW 92, 1107 (1108)

Heinrichs in Palandt, § 1 AGBG, Rz. 8

Zusätze die selbständige Klauseln bilden, sind Einzelvereinbarungen, soweit sie nicht für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert sind (oder der zu ergänzende Text nicht zum Gegenstand der Verhandlungen bei Vertragsschluß gemacht wurde<sup>35</sup>). Sie ändern jedoch nicht den AGB- Charakter der übrigen vorformulierten Teile.<sup>36</sup>

Ob die Bank den Formularvertrag üblicherweise oder gegenüber mehreren Kunden ergänzt, kann anhand des Sachverhaltes nicht beurteilt werden. Bereits oben (siehe I. A. 1. b) (1) (a) [i] [a] (β)) wurde davon ausgegangen, daß nicht individuell ausgehandelt wurde. Die Verwertungsklausel ist somit vorformuliert.

Bis auf die konkrete Bezeichnung des Sicherungsguts bei der Übereignungsklausel handelt es sich um AGB.

[b] § 23 AGBG

Das AGBG ist auf formularmäßige Sicherungsverträge nach § 23 AGBG sowohl auf den schuld- als auch auf den sachenrechtlichen Teil anwendbar.<sup>37</sup>

[c] § 24 AGBG

Nach § 24 I Nr. 1 AGBG finden die §§ 2, 10, 11 und 12 AGBG keine Anwendung auf AGB, wenn die AGB gegenüber einem Kaufmann verwendet werden und der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört. Nach § 1 II 1 HGB gilt ein Gewerbebetrieb der bewegliche Sachen (Waren) anschafft und weiterveräußert als Handelsgewerbe. An- und Verkauf von Gebrauchtfahrzeugen ist ein Handelsgewerbe. Die Firma S gehört zum Handelsgewerbe. Fraglich ist ob es sich bei der Kreditaufnahme um ein Handelsgeschäft im Sinne des § 343 I HGB handelt. Dies sind alle Geschäfte, die dem Interesse des Handelsgewerbes, der Erhaltung seiner Substanz und Erzielung von Gewinn dienen sollen.<sup>38</sup> Die Aufnahme eines Kredites erhält die Substanz des Handelsgewerbes.<sup>39</sup> Die Voraussetzungen des § 24 AGBG liegen vor.

Die Anwendung der §§ 2, 10, 11 und 12 AGBG ist somit ausgeschlossen.

[ii] *Unklarheiten*, § 5 AGBG

Unklarheiten sind nicht ersichtlich.

[iii] *Überraschung*, § 3 AGBG

Die der Kontrolle durch das AGBG offenen Klauseln könnten überraschend im Sinne des § 3 AGBG sein. Maßgeblich für die Qualifizierung einer Klausel als überraschend sind der Grad der Abweichung des Klauselinhalts von einem dispositiv-gesetzlichen Vertragsleitbild oder von dem für den

---

<sup>35</sup> Ulmer in Ulmer / Brandner / Hensen, § 1, Rz. 63

<sup>36</sup> Wolf in Wolf / Horn / Lindacher, § 1, Rz. 39

<sup>37</sup> Wolf in FS für Baur, 147 (151)

<sup>38</sup> Baumbach/ Hopt, § 343, Rz. 3

<sup>39</sup> Baumbach/ Hopt, § 343, Rz. 3

Geschäftskreis Üblichen sowie die konkreten Umstände des einzelnen Vertragsabschlusses.<sup>40</sup>

[a] *gesetzliches Vertragsleitbild*

Der Kreis der sicherbaren Forderungen wird durch keine Vorschrift, die Anforderungen an Art und Höhe der sicherbaren Forderungen stellt, bezüglich der gesetzlich geborenen Sicherungsrechte mit Ausnahme der Hypothek beschränkt. Dies trifft erst recht auf die gekorenen Sicherheiten, wie die Sicherheitsübereignung, zu, denn bei ihnen fehlt jede gesetzliche Regelung zum Sicherungscharakter.<sup>41</sup>

[b] *im Geschäftskreis üblich*

Die Vereinbarung eines möglichst allumfassenden Sicherungszweckes gehört in Formularsicherungsverträgen seit vielen Jahren zur ständigen Praxis der Kreditinstitute. Die Zweckabrede umfaßt dabei stets die Forderungen der Bank aus der Geschäftsverbindung mit dem Kreditnehmer, ganz unabhängig von der Art der bestellten Sicherheit, der Person des Sicherungsgebers und dem konkreten Anlaß der Sicherheitenbestellung.<sup>42</sup> Daß das Sicherungsgut den bestehenden und künftigen Ansprüchen dienen soll, ist im Kreditgewerbe seit jeher allgemein üblich.<sup>43</sup> In den Formularsicherungsverträgen sind üblicherweise Ansprüche aus "abgetretenen oder kraft Gesetzes übergegangenen Forderungen" Bestandteil, die bestimmen, daß auch von Dritten auf die Bank übergegangene Forderungen gegen den Kunden gesichert sind.<sup>44</sup>

[c] *konkrete Umstände*

Bei den Formularverträgen der Kreditsicherungspraxis ist eine überraschende Bestimmung anzunehmen, wenn eine formularmäßige Zweckerklärung den Sicherungszweck über den durch den Anlaß des Geschäfts bestimmten Rahmens in einem nicht zu erwartenden Rahmen erweitert.<sup>45</sup>

Die Erweiterung des Sicherungszwecks in einem nicht zu erwartenden Rahmen könnte sowohl in der Erstreckung des gesicherten Forderungskreises auch auf "*alle bestehenden und künftigen Forderungen*" der Bank, der Erstreckung auf Bürgschaften als auch in der Erstreckung auf "*abgetretene oder kraft Gesetzes übergegangene*" Forderungen liegen.

(α) *alle bestehenden und künftigen*

Die B und die S haben sich bei Vertragsschluß dahingehend geeinigt, daß die Sicherheitsübereignung zur Sicherung "*dieses Kredites und weiterer künftiger Verbindlichkeiten*" diene. Die

---

<sup>40</sup> Hefermehl in Erman, § 3 AGB, Rz. 7

<sup>41</sup> BGH in ZIP 1987, 695 (696)

<sup>42</sup> Rehbein in JR 1982, 452 (452)

Reithmann in WM 1985, 441 (445)

<sup>43</sup> Rehbein in FS für Heinsius 1991, 659 (668/ 669)

<sup>44</sup> Lohmann, S. 7

<sup>45</sup> Scholz / Lwowski, Rz. 113  
BGHZ 109, 197 (201 ff)

Zweckabrede erweitert diese Vereinbarung auf alle bestehenden Forderungen der Bank. Insofern könnte die Klausel überraschend sein. Der Klausel müßte dann ein Überraschungs- oder Überrumpelungsmoment innewohnen.<sup>46</sup>

Umstritten ist, ob die Erweiterung des Sicherheitszweckes auch auf weitere Forderungen durch den Sicherungsvertrag überraschend im Sinne des § 3 AGBG ist.

So wird in der Literatur vertreten, daß es überraschend sei, wenn eine Sicherheit für einen bestimmten Zweck geleistet werde, die vorgedruckten Bestandteile des Sicherungsvertrages jedoch bestimmen, daß die Sicherheit auch für weitere dem Sicherungsgeber gewährten Kredite gelten solle.<sup>47</sup>

Demgegenüber vertritt der BGH die Auffassung, daß die Erstreckung der Sicherheit der Bank auf alle Forderungen gegen den Kreditnehmer, die im Laufe der Geschäftsverbindung entstehen, nicht überraschend sein könne, weil die Sicherheiten das Kreditverhältnis in der Regel insgesamt absichern sollen, auch wenn die Erstreckung auf formularmäßigen Klauseln beruhe.<sup>48</sup>

Allein der Umstand, daß der Kreditnehmer die Sicherheit aus Anlaß der Gewährung eines bestimmten Darlehens bestellt, genügt nicht für die Überraschung im Sinne des § 3 AGBG. Der Darlehensnehmer wird nicht überrumpelt oder übertölpelt, wenn die von ihm bestellte Sicherheit auch zur Absicherung seiner übrigen Verbindlichkeiten aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung herangezogen wird, da er ohnehin für seine Schulden mit seinem ganzen Vermögen haftet.<sup>49</sup> Da der Sicherungsgeber den Umfang seiner Verbindlichkeiten nicht nur kennt, sondern diesen und damit den Haftungsumfang der von ihm bestellten Sicherheit selbst beherrschen kann, kann von einer "Überrumpelung" des Bestellers im Sinne von § 3 AGBG schlechterdings die Rede sein.<sup>50</sup>

Die S ist also nicht durch die Erstreckung des Sicherungszweckes auch auf alle bestehenden Verbindlichkeiten durch den Sicherungsvertrag überrascht worden.

### (β) *Bürgschaften*

Fraglich ist, ob eine Überraschung hinsichtlich der Aufnahme von Bürgschaften in den Sicherungszweck gegeben ist.

Zu den Ansprüchen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung gehören auch die, die der Bank gegen einen Kunden erwachsen, der die Bankschuld eines anderen übernimmt oder ihr beitrifft.<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> Heinrichs in Palandt, § 3 AGBG, Rz. 2

<sup>47</sup> Schlosser in Staudinger, § 3 AGBG, Rz. 29

<sup>48</sup> Clemente in ZIP 1985, 193 (203)

BGH in NJW 1981, 756 (756)

<sup>49</sup> Lohmann, S. 56

<sup>50</sup> Rehbein in FS für Heinsius 1991, 659 (669)

<sup>51</sup> BGH in WM 1969, 1275 (1276)

Eine Formulierung mit dem Wortlaut “insbesondere aus ..” kann nur dahingehend verstanden werden, daß sich eine beispielhafte Aufzählung einzelner von jeher zur Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunde gehörender Anspruchsarten anschließt.<sup>52</sup>

Die B hat durch die Aufnahme der Bürgschaften den gesicherten Forderungskreis der “bankmäßigen Geschäftsverbindung” nicht erweitert.

Eine Überraschung der S liegt also nicht vor (siehe I. A. 1. b) (1) (a)[iii][c] ( $\alpha$ )).

( $\chi$ ) *abgetretene oder kraft Gesetz übergegangene*  
Eine Überraschung könnte jedoch in der Erstreckung des Forderungskreises auf abgetretene oder kraft Gesetz übergegangene Forderungen liegen.

Die Sicherungsabrede erstreckt sich regelmäßig auch auf “Ansprüche aus abgetretenen oder kraft Gesetzes übergegangenen Forderungen” gegen den Schuldner.<sup>53</sup> Sofern der Erwerb in banküblicher Weise erfolgt ist, muß der Kunde damit rechnen, daß gegen ihn gerichtete Forderungen auf Grund normaler Umsatz- und Sicherungsgeschäfte in die Hand anderer Gläubiger, wie z.B. seiner Bank gelangen.<sup>54</sup>

Eine Überraschung hinsichtlich der Erweiterung des Forderungskreises auf Ansprüche Dritter liegt somit grundsätzlich nicht vor.

Jedoch kommt Klauselbestandteilen, die im Anschluß an die Geschäftsverbindungsabrede weitere Forderungen unter Verwendung eines additiven Begriffs (“und”, “oder”) in den Sicherungszweck einbezogen werden, kommt Bedeutung zu.<sup>55</sup> Hinsichtlich dieser von Dritten auf die Bank übergehenden Forderungen fehlt regelmäßig eine ausdrückliche Beschränkung auf einen Erwerb im bankmäßigen Geschäftsverkehr.<sup>56</sup>

Auch in der Zweckerklärung des Sicherungsvertrages der B und der S fehlt diese Beschränkung.

Dieser Teil der Zweckerklärung könnte überraschend im Sinne des § 3 AGBG ist.

Eine nicht einschränkende Auslegung könnte der Klausel in der Tat einen überraschenden Inhalt geben.<sup>57</sup> Der BGH legt nach gefestigter Rechtsprechung<sup>58</sup> die Zweckerklärungsklausel jedoch insoweit einschränkend aus.<sup>59</sup> Die Zugriffsmöglichkeit der Bank

---

<sup>52</sup> Lohmann, S. 11

<sup>53</sup> Rehbein in FS für Heinsius 1991, 659 (666)  
Clemente ZIP 1990, 969 (972)

<sup>54</sup> Canaris, Rz. 2672

<sup>55</sup> Lohmann, S. 56

<sup>56</sup> Lohmann, S. 82

<sup>57</sup> BGH in NJW 1987, 2228 (2229)

<sup>58</sup> BGH in ZIP 1985, 149 (149)

<sup>59</sup> BGHZ 101, 30 (34)

bedürfe einer einschränkenden Auslegung dahin, daß die auf die Bank übergegangenen Forderungen Dritter der Sicherung nur dann unterfallen, wenn sie aus einer bankmäßigen Geschäftsverbindung herrühren.<sup>60</sup> Diese Beschränkung der Banken in der Inanspruchnahme von Sicherheiten leitet die Rechtsprechung aus der Natur des Rechtsverhältnisses der Bank her.<sup>61</sup> Dieser liefe es nämlich zuwider, wenn die Bank solche Sicherheiten, die sie als Bank nicht benötige, allein deshalb, weil sie als Bank Zugang zu ihnen habe, für sich auszunutzen suche.<sup>62</sup> Es sei in einem solchen Falle grundsätzlich treuwidrig und rechtsmißbräuchlich im Sinne von § 242, wenn die Bank gegen eine Guthabenforderung ihres Kunden mit einer nicht im Rahmen ihres üblichen Geschäftsverkehrs erworbenen Forderung eines Dritten aufrechne, die mit dem Verhältnis zu ihrem Kunden nichts zu tun habe und mit deren Erwerb durch die Bank der Kunde auch nicht zu rechnen brauchte. Nicht unter den Deckungsbereich der Sicherungsabrede fallen demnach also Forderungen, die ein Institut auf bankunübliche Weise erwerbe.<sup>63</sup>

In der Literatur wird diese Ansicht zumeist bestätigt. So wird vertreten, daß die Zweckbestimmung nicht in uferlose ausgeweitet werden dürfe und nicht auf alle denkbaren Forderungen ohne jede sachliche Begrenzung erstreckt werden dürfe. Sie sei im Formularvertrag deshalb regelmäßig dahingehend auszulegen, daß nur Forderungen aus dem bankmäßigen Geschäftsverkehr gesichert sein sollen.<sup>64</sup>

Die einschränkende Auslegung der Rechtsprechung wird jedoch kritisiert. Eindeutig vom Wortlaut gedeckte Verhaltensweisen behandle der BGH als ein Problem der mißbräuchlichen Vertragsauslegung im Einzelfall, statt die Klausel, ihrem Inhalt und der ihr zugeordneten Funktion entsprechend zu bewerten. Der BGH praktiziere damit Techniken der geltungserhaltenden Reduktion unzulässiger AGB Klauseln, die er in anderen Bereichen seiner Rechtsprechung aus guten Gründen ablehne.<sup>65</sup> AGB müßten transparent formuliert sein und dürften auch in ihrem Wortlaut nicht über den zulässigen Inhalt hinausgehen. Nach dem Wortlaut unzulässige AGB könnten faktische Wirkungen erzeugen, weil der Verwender der AGB seinen Vertragspartner damit beeindrucken, die Rechtslage für ihn undurchsichtig machen und so zum Verzicht auf Rechtsverteidigung veranlassen könne.<sup>66</sup> Desweiteren entfielen für den Verwender unzulässiger Klauseln jedes Risiko, da der

---

<sup>60</sup> BGH in WM 1987, 834 (835)

<sup>61</sup> BGH in WM 1987, 834 (835)

<sup>62</sup> BGH WM 1987, 834 (835)

<sup>63</sup> Clemente, ZIP 1990, 969 (972)

<sup>64</sup> Scholz / Lwowski, Rz. 168

Wiegand in Staudinger, Anh. zu § 1257, Rz. 19  
von Westphalen, WM 1980, 1406 (1422)

<sup>65</sup> Pottschmidt / Rohr, Rz. 560

<sup>66</sup> Pottschmidt / Rohr, Rz. 560

Richter die Klauseln nur so weit reduziere, daß dem Verwender die möglichen rechtlichen Vorteile erhalten blieben.<sup>67</sup> Auch hätte der Verwender unzulässiger Klauseln die gleiche Rechtsstellung wie ein Konkurrent, der sich gesetzestreu von vornherein auf zulässige AGB beschränke.<sup>68</sup>

Es wird jedoch auch vertreten, daß die geltungserhaltende Reduktion zulässig sei. Insbesondere dort, wo auch das Urteil Vernünftiger schwanken könne, also auch ein redlicher Verwender die Klausel für wirksam oder die Rechtslage für zweifelhaft halten könnte, sei die geltungserhaltende Reduktion zulässig. Von Rechtsprechung und h.L. werde gern das Horrorbild des Richters entworfen, im Falle der Zulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion, sich zum Erfüllungsgehilfen des Verwenders zu machen; dieses Argument verkenne jedoch beharrlich, daß es nicht um eine Reduktion der Klausel auf ihren gerade noch eben zulässigen Umfang gehe, sondern immer nur - ebenso wie in den gesetzlichen Reduktionsfällen - um eine Aufrechterhaltung der Klausel nach dem Maßstab des Angemessenen.<sup>69</sup>

Vermittelnd wird im Schrifttum gefordert, eine AGB Klausel jedenfalls dann nicht zur Gänze zu kassieren, wenn der Verwender es unterlassen hat, einem ganz fernliegenden und ganz untypischen Ausnahmefall oder etwas völlig Selbstverständliches in gesetzeskonformer Weise ausdrücklich zu behandeln.<sup>70</sup>

Die Argumente der Gegner der geltungserhaltenden Reduktion vermögen zwar durchaus zu überzeugen. Es ist nicht Sinn des Gesetzes, dem Vertragspartner des Verwenders nicht erst im Prozeß zu seinem Recht zu verhelfen, sondern schon zu verhindern, daß er in der Vertragsabwicklungspraxis mit überzogenen Klauseln konfrontiert wird.<sup>71</sup> Zutreffend wird angemerkt, daß nach dem Wortlaut unzulässige AGB faktische Wirkungen, wie z. B. den Verzicht auf die Rechtsverteidigung, erzeugen könnten.<sup>72</sup>

Faktische Auswirkungen erscheinen bei der hier auftretenden Fallkonstellation jedoch nicht möglich. Die nicht erworbenen oder kraft Gesetzes übergegangenen Forderungen sind nur dann gesichert, wenn sie aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung herrühren. Der Sicherungsgeber, gleichgültig ob Kaufmann oder Nichtkaufmann, muß und wird die formularmäßige Zweckabrede nicht in dem Sinne verstehen, daß die Forderungen, die nicht unmittelbar im Verhältnis Bank- Kreditnehmer entstehen, auch dann gesichert sind, wenn sie nicht in banküblicher Weise

---

<sup>67</sup> Pottschmidt / Rohr, Kaufmann..., Rz. 201

<sup>68</sup> Pottschmidt / Rohr, Kaufmann..., Rz. 201

<sup>69</sup> Kötz in MüKo, § 6 AGBG, Rz. 8

<sup>70</sup> Kötz in MüKo, § 6 AGBG, Rz. 9

<sup>71</sup> Staudinger in Schlosser, § 6 AGBG, Rz. 16

<sup>72</sup> siehe bereits Fn. 66

erworben wurden.<sup>73</sup> Aus diesem Grunde wird er auch nicht auf die Rechtsverteidigung verzichten. Die Möglichkeit, daß Forderungen gegen den Kreditnehmer außerhalb des bankmäßigen Geschäftsverkehrs von Dritten auf die Bank übergehen überaus fern liegt. Bereits im unmittelbaren Verhältnis zwischen Bank und Kreditnehmer werden Ansprüche außerhalb der bestehenden Geschäftsverbindung nur äußerst selten entstehen.<sup>74</sup> Um so ungewöhnlicher ist es, daß eine nicht zum bankmäßigen Geschäftsverkehr zu zählende Rechtsbeziehung zwischen Bank und Dritten besteht und in diesem Rahmen auch noch eine Forderung des Dritten gegen den Kreditnehmer auf die Bank übergeht. Es besteht kein Grund, anzunehmen, daß die Bank mehr als ihre Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung sichern wolle<sup>75</sup>, auch wenn der Wortlaut der Klausel dies nicht enthalte.<sup>76</sup> Es ist insofern wohl selbstverständlich, daß die Bank, die ihren unmittelbaren zur Sicherung dienenden Forderungskreis aufgrund der Rechtsprechung des BGH<sup>77</sup> auf solche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung begrenzt zu begrenzen hat, und diese Begrenzung in die Zweckabrede bezüglich der unmittelbaren Forderungen gegen den Kreditnehmer aufnimmt, nicht den Forderungskreis bezüglich der mittelbaren Forderungen wieder erweitern zu versucht. Es ist nicht erforderlich ist, ein Rechtsgeschäft, daß alle Beteiligten für wirksam gehalten haben, für unwirksam zu erklären, wenn es durch einschränkende Auslegung in einem Sinne aufrechterhalten werden kann, der gleichermaßen dem Geschäftswillen der Beteiligten und den Sicherheitsbedürfnis des geschäftlichen Verkehrs entspricht.<sup>78</sup>

Die geltungserhaltende Reduktion hier zu rechtfertigen. Der einschränkenden Auslegung des BGH ist zu folgen.

Die Zweckerklärung ist nach einschränkender Auslegung nicht überraschend im Sinne des § 3 AGBG. Die S ist nicht überrascht worden.

[iv] *Vorrang der Individualabrede, § 4 AGBG*

Der Vorrang des § 4 AGB setzt nach gesetzlicher Regelung voraus, daß die Vertragsparteien von einzelnen Klauseln durch individuelle Vertragsabreden abgewichen sind.<sup>79</sup> Soweit AGB einer Individualvereinbarung zur Gänze oder aber auch nur teilweise ihren wirtschaftlichen Sinn nehmen, sind sie als individualvertragswidrig unwirksam nach § 4 AGBG.<sup>80</sup>

<sup>73</sup> Lohmann, S. 83

<sup>74</sup> Lohmann, S. 83

<sup>75</sup> BGH in WM 1965, 230 (231)

<sup>76</sup> BGH in WM 1981, 162 (162)

<sup>77</sup> erstmals schon BGH in WM 1965, 230 (231)

<sup>78</sup> BGH in WM 1965, 230 (231)

<sup>79</sup> Ulmer in Ulmer / Brandner / Hensen, § 4 Rz. 10

<sup>80</sup> Lindacher in Wolf / Horn / Lindacher, § 3, Rz. 10

Die Firma S übereignet laut Sachverhalt der B das *“zur Sicherung dieses Kredites und weiterer künftiger Verbindlichkeiten”*.

Fraglich ist, ob es sich hier um eine Individualabrede handelt, die anstelle der Formularvertrag- Zweckerklärung gilt, die *“alle bestehenden und künftigen Ansprüche”* der Bank gesichert haben will, gilt.

In aller Regel reicht eine engere mündliche Sicherungsabrede nicht für die Annahme einer Individualabrede aus. Denn selbst eine vollständige Willenseinigung genügt nicht, wenn zwischen Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber eine Beurkundung i. S. d. § 154 II verabredet worden ist. Der Sicherungsvertrag ist im Zweifel erst mit der Beurkundung, nicht jedoch schon mit den mündlichen Absprachen getroffen.<sup>81</sup> Bloße Verhandlungen reichen nicht aus, um der formularmäßigen Zweckvereinbarung die Geltung zu nehmen. Durch diese werden Umfang und Inhalt der Sicherheitenhaftung auch dann maßgeblich bestimmt, wenn die Parteien nur ganz pauschal über die Sicherung von *“Schulden”* oder *“Verbindlichkeiten”* gesprochen haben.<sup>82</sup>

Die Bank und die Firma S haben nicht bestimmt, daß die Sicherheiten der Sicherung einer oder mehrerer im einzelnen genau bestimmter Forderungen dienen soll. Vielmehr haben sie nur pauschal über die Sicherung von Verbindlichkeiten gesprochen.

Die Firma S und die Bank B haben keine Individualabrede geschlossen.

[v] *Zulässig der Kontrolle, § 8 AGBG*

Fraglich ist, ob alle Klauseln des Sicherungsvertrags der AGBG - Kontrolle nach § 9 AGBG zugänglich sind.

Nach dem Wortlaut des § 8 AGBG werden nur solche Klauseln von der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG erfaßt, die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen enthalten. Die volle Bedeutung des § 8 AGBG erschließt sich allerdings erst dann, wenn man die Begründung des Gesetzgebers zur Einführung des § 8 AGBG in die Beurteilung der Frage nach der Kontrollunterworfenheit einer AGB Klausel mit einfließen läßt, denn aus ihr geht hervor, daß § 8 AGBG über den Wortlaut hinaus auch solche Klauseln von der Inhaltskontrolle freistellen soll, die sich unmittelbar auf den Leistungsgegenstand des Vertrages beziehen.<sup>83</sup>

Abreden über den unmittelbaren Leistungsgegenstand der Hauptleistungen, also insbesondere über die Art und Umfang des von einem Teil zu leistenden Wirtschaftsgut und die vom anderen Teil zu erbringende Gegenleistung, sind wegen der

---

<sup>81</sup> Clemente in ZIP 1990, 969 (975)

BGH in ZIP 1990, 299 (301)

<sup>82</sup> Lohmann, S. 41

<sup>83</sup> Göbel, S. 72

Vorschrift des § 8 AGBG zumindestens grundsätzlich einer AGB -Inhaltskontrolle entzogen<sup>84</sup>, insoweit als ohne sie der Vertrag mangels Bestimmtheit nicht mehr als wirksam angesehen werden kann.<sup>85</sup> Solche Klauseln müßten im marktwirtschaftlichen System von den Parteien in Ausübung ihrer Vertragsfreiheit festgelegt werden.<sup>86</sup>

Umstritten, ob es sich bei der Zweckerklärung um eine leistungsbestimmende Klausel handelt. Alle anderen Klauseln des Sicherungsvertrages unterliegen zweifelsohne der Inhaltskontrolle.

Einer Meinung zufolge seien die Zweckerklärungsklausel der AGB - Inhaltskontrolle entzogen. Bei nichtakzessorischen Sicherheiten (wie der Sicherungsübereignung<sup>87</sup>), sei die Zweckerklärung Bestandteil der schuldrechtlichen Sicherungsabrede. Auch wenn es sich um einen gesetzlich nicht geregelten Vertragstyp handele, könne eine Angemessenheitsprüfung zwar grundsätzlich unter Würdigung der wesentlichen Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, nach § 9 II Nr. 2 stattfinden.<sup>88</sup> Die Inhaltskontrolle dürfe jedoch bei unregulierten Vertragstypen nicht weitergehen als im gesetzlich normierten Bereich. Essentielle Bestandteile des jeweiligen Vertragstyps seien aber nicht auf ihre Vereinbarkeit mit den Anforderungen der §§ 9 ff. AGBG hinzu überprüfen.<sup>89</sup> Die Bestimmung über den Umfang der gesicherten Forderung sei das charakteristische Element des Sicherungsvertrages, der denknötwendig eine Vereinbarung darüber voraussetze, welche Forderungen durch die zu bestellende Sicherheit gesichert werden sollten,<sup>90</sup> wobei Art und Umfang der Zweckbindung freier Vereinbarung unterlägen.<sup>91</sup> In dem Falle des Fehlens der Zweckbestimmung sei der Sicherungsvertrag unwirksam<sup>92</sup>, so daß bei der Bestellung nichtakzessorischer Sicherheiten die Geschäftsverbindungsabrede stets zu den essentiellen Bestandteilen des Sicherungsvertrages gehöre.<sup>93</sup> Die nähere Ausgestaltung der zu leistenden Sicherheit diene der Ausgestaltung einer Hauptleistungspflicht. Sie müsse der

---

<sup>84</sup> Wolf in Wolf / Horn / Lindacher, § 8 AGBG, Rz. 10  
Brander in  
Ulmer / Brandner / Hensen, § 8 AGBG, § 8, Rz. 7  
BGH in NJW 1993, 2369 (2369)

<sup>85</sup> Wolf in Wolf / Horn / Lindacher, § 8 AGBG, Rz. 10

<sup>86</sup> Wolf in Wolf / Horn / Lindacher, § 8 AGBG, Rz. 8

<sup>87</sup> Bassenge in Palandt, § 930, Rz. 11

<sup>88</sup> Lohmann, S. 74

<sup>89</sup> Lohmann, S. 74

dem zustimmend: Göbel, S. 72 ff

<sup>90</sup> Lohmann, S. 75

<sup>91</sup> BGH in NJW 1987, 2228 (2229)

<sup>92</sup> BGHZ 55, 248 (251)

<sup>93</sup> Lohmann, S. 75

Serick II, § 18 I 1, S. 44 ff.

Inhaltskontrolle nach dem AGBG entzogen sein.. Dieser Meinung zufolge wäre die Zweckbestimmungsklausel der Kontrolle des § 9 AGBG entzogen.

Der gegenteiligen Meinung zufolge unterfallen Zweckbestimmungserklärungen stets der Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGBG.<sup>94</sup> Wenn sich aus der amtlichen Begründung zu § 8 AGBG ergebe, daß Vereinbarungen über den Leistungsgegenstand als solchen der AGB Kontrolle entzogen werden sollen, dann beziehe sich diese Ansicht in erster Linie auf die Leistung des AGB - Verwenders innerhalb eines gewöhnlichen Austauschvertrags, bei dem der Kunde für die Leistung des Verwenders eine entsprechende Gegenleistung erbringe. Beim Sicherungsvertrag handle es sich jedoch um einen Vertrag "sui generis", bei dem nur den Sicherungsgeber eine Hauptleistungspflicht trifft, während den Kreditgeber hieraus nur Nebenpflichten treffen.<sup>95</sup> "Leistender" des Sicherungsvertrages sei also nicht der AGB- Verwender sondern dessen Vertragspartner. Deshalb passe beim Sicherungsvertrag die Argumentation, daß der Richter aus verfassungsrechtlichen und marktwirtschaftlichen Gründen die Angemessenheit von Leistung und Preis nicht im Wege der AGB Inhaltskontrolle überprüfen dürfe, nicht.<sup>96</sup> Letztlich entscheidend sei jedoch die Frage, ob der Schutzzweck des AGBG die Inhaltskontrolle dieser Klausel fordere.<sup>97</sup> Angesichts des Schutzbedürfnisses für die Interessen des Sicherungsgebers sollte es hinsichtlich der grundsätzlichen Kontrollunterworfenheit keine Zweifel geben.<sup>98</sup>

Die Argumentation, daß es hinsichtlich des Schutzbedürfnisses des Sicherungsgebers keine Zweifel hinsichtlich der Kontrollunterworfenheit geben sollte, ist zumindestens fragwürdig. Denn es kann nicht angehen, daß der Richter seine Anschauung von marktgerechter Leistung oder allgemein seine Einschätzung eines angemessenen Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung an die Stelle der Pateivereinbarung setzt, und die vom AGBG geübte Zurückhaltung mißachten darf. Die Inhaltskontrolle sollte nicht nach dem etwas paradoxen Motto: "Erlaubt ist's , wenn's mißfällt" erfolgen.<sup>99</sup> Es ist nicht nachvollziehbar, warum die Zweckerklärung des Sicherungsvertrages der Inhaltskontrolle unterliegen soll, wenn dies im gesetzlich normierten Bereich nicht der Fall ist. In dem

---

<sup>94</sup> von Westphalen, ZIP 1984, 1 (7)  
Clemente, NJW 1983, 6 (8f.)  
Lindacher, JR 1984, 333 (334)  
Hefermehl in Erman, § 9 AGBG, Rz. 18

<sup>95</sup> Göbel, S. 75

Bülow, Rz. 855

<sup>96</sup> Göbel, S. 75

<sup>97</sup> Göbel, S. 76

Kötz in MüKo, § 8 AGBG, Rz. 3

<sup>98</sup> Göbel, S. 76

<sup>99</sup> H. P. Westermann in 10 Jahre AGB, S. 135 (144)

Falle, daß die Sicherungsvereinbarung ein eigenständiger Vertrag sei, handelt es sich bei der Zweckerklärung um eine Beschreibung der Hauptleistungspflicht.<sup>100</sup> Somit ist die Zweckerklärung der AGB - Inhaltskontrolle entzogen.<sup>101</sup> Es ist davon auszugehen, daß der Kreditvertrag hier unabhängig von dem (deshalb so genannten:) Sicherungsvertrag geschlossen wurde.

Die Zweckerklärung des zwischen der B und der S geschlossenen Sicherungsvertrages ist somit der Inhaltskontrolle gem. § 9 AGBG entzogen.

[vi] *Verstoß gegen § 9 AGBG*

Fraglich ist, ob die “Übereignungsklausel” sowie die Klauseln “Verfügungsbefugnis”, “Verwertungsbefugnis” und “Freigabe und Rückgewähr” den Vertragspartner in unangemessener Art und Weise nach § 9 AGBG benachteiligen. § 9 II 1 AGBG greift nicht ein, weil die Sicherungsübereignung nicht gesetzlich geregelt ist.<sup>102</sup> Gegen § 9 II 2 AGBG verstößt eine Klausel, wenn sie wesentliche Rechte oder Pflichten des Vertragspartners, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Dies ist, wenn eine die Rechte des Sicherungsgebers bei Übersicherung des Sicherungsnehmers konkretisierende Klausel fehlt, nicht ohne weiteres der Fall, so daß von der Generalklausel in § 9 I AGBG auszugehen ist.<sup>103</sup>

Führt die formularmäßig vorgesehene Verteilung der beiderseitigen Recht und Pflichten zu einem erheblichen Ungleichgewicht, daß den Verwender begünstigt, ist in der Regel ein Verstoß gegen § 9 I AGBG zu bejahen.<sup>104</sup> Eine Sicherungsübereignung ist demnach nach § 9 I AGBG zu beanstanden, sofern die dem Sicherungsnehmer eingeräumten Rechte geeignet sind, den Sicherungsgeber über die mit jeder Sicherungsübereignung notwendigerweise verbundene Einschränkung seiner Rechte hinaus erheblich zu belasten, weil zugleich dessen schutzwürdige Interessen nicht hinreichend berücksichtigt sind.<sup>105</sup>

[a] *Übereignungsklausel*

Hinsichtlich des vorformulierten Teils der Übereignungsklausel sind keine Probleme ersichtlich.

[b] *Verfügungsbefugnis*

Die Sicherungsübertragung wird als Sicherungsmittel u.a. gewählt, um die wirtschaftliche Position des Sicherungsgebers zu erhalten: Er soll seinen Betrieb unbehindert fortführen können. Der Sicherungsvertrag muß daher schuldrechtliche

---

<sup>100</sup> Schlosser, ZIP 1985, 449 (454)

<sup>101</sup> Lohmann, S. 75

<sup>102</sup> BGH in WM 94, 419 (419)

<sup>103</sup> BGH in WM 1994, 419 (420)

<sup>104</sup> BGH in WM 94, 414 (415)

<sup>105</sup> BGH in WM 94, 414 (415)

Vereinbarungen enthalten, die die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Sicherungsgebers gewährleisten regeln.<sup>106</sup>

Eine unangemessene Benachteiligung der S könnte bezüglich der Klausel der "Verfügungsbefugnis" in der übermäßigen Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit liegen. Umstritten ist, inwiefern eine solche Einschränkung vorliegt.

Zumeist wird auf das Verhältnis zwischen der gesicherten Forderung und des Wertes des Sicherungsgutes abgestellt. Das Maß der übermäßigen Einschränkung ergebe sich aus einem Vergleich zwischen Kredithöhe und Sicherheitenhöhe. Der Überhang müsse ein Ausmaß haben, daß einerseits der Sicherungszweck nicht erfordere und das andererseits den Kreditschuldner mangels freier Sicherheiten an anderweitiger Kreditaufnahme hindere, welcher er jedoch bedarf, damit sein Betrieb funktioniere (Übersicherung).<sup>107</sup>

Dagegen wird ausgeführt, daß bei einer Anknüpfung der Einwilligung zur Verfügung über das Sicherungsgut an den jeweiligen Bestand der Sicherheiten in unangemessener Weise in die Geschäftsführung des Sicherungsgebers eingegriffen werde. Der Sicherungsnehmer könne nicht den Sicherungsgeber über den Widerruf der Verfügungsbefugnis zwingen, Waren nachzukaufen, wenn er durch Verkäufe unter vereinbarten Wert der Sicherheiten gerate.<sup>108</sup>

Hinsichtlich des ersten Satzes der Klausel sind keine Probleme ersichtlich. Fraglich ist jedoch, ob das Erlöschen der Verfügungsbefugnis, angeknüpft an die Marge von 130 % des realisierbaren Wertes, zulässig ist.

Falls der vereinbarte Gesamtwert des Bestandes der Sicherheiten eine Übersicherung darstellen würde, wäre dieser Streit nicht zu entscheiden.

Fraglich ist also, ob eine Marge von 130% des realisierbaren Wertes als Übersicherung angesehen werden würde.

Bei der Beurteilung der Übersicherung muß der im Zeitpunkt der Verwertung realisierbare Wert zugrunde gelegt werden. Ab welcher Übersicherungsmarge der Sicherungsgeber unangemessen benachteiligt wird; also die Grenze zwischen einer zulässigen und einer unausgewogenen Übersicherung ist zu sehen ist, nur für den Einzelfall zu ziehen.<sup>109</sup>

Jede Form der Übersicherung beeinträchtigt den Sicherungsgeber in der freien Verwendung seines Vermögens und behindert seine Teilnahme am Geschäftsverkehr. Eine Übersicherung ist als unangemessen i. S. d. § 9 I AGBG zu

---

<sup>106</sup> Scholz / Lwowski, Rz. 148b

<sup>107</sup> Bülow, Rz. 801

BGHZ in NJW 1991, 2768 (2769)

<sup>108</sup> Scholz / Lwowski, Rz. 148c

<sup>109</sup> Scholz / Lwowski, Rz. 148d

bewerten, wenn nicht zumindestens gleichwertige Interessen des Sicherungsnehmers diese Benachteiligung zu rechtfertigen vermögen.<sup>110</sup> Solche Interessen des Sicherungsnehmers sind aber grundsätzlich nicht ersichtlich, wenn man für die Übersicherung auf den bei der Verwertung realisierbaren Wert abstellt, da das Risiko eines Wertverlustes dann bereits berücksichtigt ist.<sup>111</sup> Eine Übersicherung ist nur bis zu der Wertgrenze zulässig, die zur Absicherung etwaiger Risiken der Verwertung unerlässlich ist.<sup>112</sup>

Nach der Rechtsprechung sei die Grenze, ab welcher eine im Sinne des § 9 I AGBG unangemessene Übersicherung vorliegt, im Regelfall, sofern auf den realisierbaren Wert abgestellt wird, mit 120% anzusetzen.<sup>113</sup> Eine Übersicherung von 130% werde dann als nicht unangemessen erachtet, wenn in der betreffenden Branche ein nicht unerheblicher Wertverlust möglich sei.<sup>114</sup>

In der Literatur wird vertreten, daß als gleichwertiges Interesse des Sicherungsnehmers, das die Übersicherung rechtfertigen könnte, an die Einräumung eines Bewertungsspielraums, der die Marge auf 110% erhöht, zu denken sei.<sup>115</sup> Jedoch lasse das auch AGBG hinsichtlich der Frage der Übersicherung, trotz der bei der Inhaltskontrolle grundsätzlich gebotenen generalisierenden Betrachtungsweise, gewisse Differenzierungen nach der Art der sicherungsübereigneten Waren zu.<sup>116</sup> Es liege auf der Hand, daß bei der Sicherungsübereignung relativ wertbeständiger Waren, wie es z.B. Kraftfahrzeuge sind, eine geringere Deckungsgrenze akzeptiert werden könne, als dies bei Waren, deren Werthaltigkeit starken Schwankungen unterliegen kann, der Fall sei.<sup>117</sup> Auf dem Bankrechtstag 1994 wurde gefordert, daß die Rechtsprechung wegen der Eingriffe in die Mobiliarsicherungsrechte durch die in naher Zukunft in Kraft tretende Insolvenzrechtsreform und der damit verbundenen Mehrkosten für die gesicherten Gläubiger bereit sein müsse, einen Beitrag von ca. 30% durch Übersicherung abdecken zu lassen.<sup>118</sup>

Die S hat der B Kraftfahrzeuge übereignet. Kraftfahrzeuge sind relativ wertbeständige Waren. Ein erheblicher Wertverlust ist in dieser Branche nicht möglich. Daß die Kreditinstitute wegen der bald in Kraft tretenden Insolvenzrechtsreform fordern, daß eine Übersicherung von 130% wegen der entstehenden Mehrkosten als angemessen betrachtet werden müsse<sup>119</sup>, spricht ebenfalls

---

<sup>110</sup> Wolf in FS für Baur, 147 (166)

<sup>111</sup> Wolf in FS für Baur, 147 (166)

<sup>112</sup> Weber, S. 166

<sup>113</sup> BGH in NJW 1993, 533 (534)

<sup>114</sup> BGH in NJW 1993, 533 (534)

<sup>115</sup> Wolf in FS für Baur, 147 (166)

<sup>116</sup> Göbel, S. 196

<sup>117</sup> Göbel, S. 196

<sup>118</sup> Obermüller zitiert nach:

Wenzel, ZBB 1994, 278 (282)

<sup>119</sup> wohl im Regelfall

dafür, daß eine Übersicherung von 130% bezüglich der jetzigen Rechtsordnung nicht als angemessen betrachtet werden kann.

Die Übereignung von Sicherungsgut in der Höhe von 130% des realisierbaren Wertes über der Höhe der Forderung würde als unangemessen i.S.d. § 9 AGBG betrachtet werden.

Der obige Streit braucht demnach nicht entschieden zu werden.

Die S ist durch die Klausel "Verfügungsbefugnis" in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeschränkt.

Die Klausel ist unangemessen i.S.d. § 9 I AGBG.

[c] *Verwertungsklausel*

Die Klausel könnte unwirksam nach § 9 I AGBG sein. In Betracht für eine Unwirksamkeit kommt, daß sie die Verwertungsbefugnis der B nicht an zeitliche und sachliche Voraussetzungen knüpft, sowie der B erlaubt, Gebrauchtfahrzeuge nicht zum bestmöglichen Erlös zu verkaufen.

(α) *zeitliche Voraussetzungen*

Der BGH hat die formularmäßige Sicherungssabtretung aller Ansprüche eines Kreditnehmers aus seinem Arbeitsverhältnis gem. § 9 I AGBG für unwirksam erklärt, wenn abweichend von der gesetzlichen Regelung für die Verwertung verpfändeter Gegenstände eine Verwertung ohne vorherige Androhung und Einhaltung bestimmter Fristen vorgesehen ist, da der Schuldner bei einer stillen Zession in noch höherem Maße als der Pfandgläubiger ein Interesse habe, rechtzeitig vor der Offenlegung und Einbeziehung benachrichtigt zu werden.<sup>120</sup>

Auf den Fall der Bestellung anderer Sicherungsrechte als einer Globalzession können die vom BGH zu den Anforderungen an eine Verwertungsklausel entwickelten Grundsätze dagegen nicht übertragen werden, da der BGH ausdrücklich auf die besonders einschneidenden Wirkungen der Globalzession abgestellt hat, die bei anderen Sicherungsgeschäften so nicht vorliegen.<sup>121</sup> Im Gegensatz zur Globalzession müsse der Sicherungsgeber wenn er unmittelbarer Besitzer sei, nicht befürchten, daß das Sicherungsgut verwertet werde, ohne daß er zuvor davon erfahre oder sich dagegen zur Wehr setzen könne. Denn dem Sicherungsnehmer sei der freie Zugriff auf das übertragene Gut rechtlich wie faktisch verwehrt.<sup>122</sup> Der BGH läßt in seiner Entscheidung jedoch offen, ob eine Verwertungsklausel, die eine Frist für die Verwertung des Sicherungsgutes nicht vorsieht, bei der Prüfung nach § 9 I AGBG i. V. mit der Vorschrift des § 1234 BGB als unwirksam anzusehen ist.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> BGH in NJW 1992, 2626 (2627)

<sup>121</sup> Scholz / Lwowski, Rz. 148q

<sup>122</sup> BGH in WM 1994, 414 (418)

<sup>123</sup> BGH in WM 1994, 414 (418)

Der Sicherungsnehmer könne die Herausgabeansprüche an einen Dritten gem. § 931 BGB abtreten, und sich so Befriedigung für seine Forderungen verschaffen, während er von dieser Möglichkeit ohne vorherige Androhung keinen Gebrauch machen dürfte, wenn eine der Vorschrift des § 1234 BGB entsprechende Regelung vereinbart worden wäre,<sup>124</sup> was eher für eine Unwirksamkeit spräche.

Eine solche Abtretung nach § 931 wird in der Regel als Rechtsgeschäft gem. §§ 398, 413 erfolgen. Die Forderung geht auf den neuen Gläubiger in dem Rechtszustand über, den sie beim Zedenten gehabt hat.<sup>125</sup> Auch dem neuen Gläubiger bleibt aber somit im Falle des unmittelbaren Besitzes des Sicherungsgebers der freie Zugriff auf das Sicherungsgut rechtlich wie faktisch verwehrt. Das Sicherungsgut kann demnach tatsächlich, gleich ob vom Sicherungsnehmer oder von einem neuen Gläubiger, nicht endgültig verwertet werden, ohne daß der Sicherungsgeber sich dagegen zur Wehr setzen kann. Die endgültige Verwertung des Sicherungsgutes kann also nicht ohne vorherige Unterrichtung des Sicherungsgebers von der Verwertung des Sicherungsgutes erfolgen. Dem Sicherungsgeber bleibt somit die Möglichkeit, die Verwertung abzuwenden.<sup>126</sup>

Eine Frist für die Inbesitznahme und Verwertung in der „*Verwertungsklausel*“ ist somit nicht zu fordern, so daß die Klausel insofern auch ohne Vereinbarung einer Frist nicht als unangemessen im Sinne des § 9 I AGBG anzusehen ist.

#### (β) *sachliche Voraussetzungen*

Die vertragliche Begründung eines in das Belieben des Sicherungsnehmers gestellten Rechts, das Sicherungsgut vor Fälligkeit der Kreditforderung zu verwerten, läßt die Interessen des Kreditnehmers unberücksichtigt und ist in AGBG unzulässig.<sup>127</sup> AGB- Verwertungsklauseln sind immer dann zu beanstanden, wenn sie darauf hinauslaufen, daß der Sicherungsnehmer zur Verwertung des Sicherungsgutes „jederzeit“ berechtigt sein soll.<sup>128</sup> Satz 1 der Verwertungsklausel berechtigt die Bank jederzeit nach Belieben ohne sachliche Voraussetzungen das Sicherungsgut zu verwerten.

Satz 1 der Verwertungsklausel ist insofern unwirksam nach § 9 I AGBG, als das Verwertungsrecht nicht an sachliche Voraussetzungen, wie z.B. Fälligkeit geknüpft ist.

Satz 1 der Verwertungsklausel ist unangemessen im Sinne des § 9 AGBG.

#### (χ) *zum Händlereinkaufspreis*

---

<sup>124</sup> BGH in WM 1994, 414 (418)

<sup>125</sup> Musielak, Rz. 800

<sup>126</sup> vgl. dazu Scholz / Lwowski, Rz. 148p

<sup>127</sup> Pottschmidt / Rohr, Rz. 577

<sup>128</sup> von Westphalen, Vertragsrecht, Sicherungsübereignung Rz. 19

Aus dem Treuhandverhältnis zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer erwächst für den Sicherungsnehmer die vertragliche Pflicht, bei der Verwertung des ihm aus fremden Vermögen anvertrauten Sicherungsguts auf das Interesse des Sicherungsgebers angemessen und zumutbar Rücksicht zu nehmen. Diese Pflicht zur angemessenen Wahrung des Interesses des Sicherungsgebers zwingt den Sicherungsnehmer, bei der Verwertung des Sicherungsguts mit kaufmännischer Sorgfalt umzugehen, und den bestmöglichen Erlös zu erzielen.<sup>129</sup>

Die klauselmäßige Freistellung von dieser Pflicht, insofern als das Gebrauchtfahrzeuge grundsätzlich zum Händlereinkaufspreis verkauft werden dürfen, entbindet die B von der Pflicht den bestmöglichen Erlös zu erzielen.

Sie stellt somit eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 9 I AGBG dar.

[d] *Freigabe und Rückgewähr*

Satz 2 der Klausel "Freigabe und Rückgewähr" könnte die Firma S gem. § 9 AGBG unangemessen benachteiligen, wenn diese Klausel eine Übersicherung nicht vermeidet.

Eine Übersicherung liegt vor, wenn der Wert der Sicherheit den Betrag der zu sichernden Forderung nicht nur vorübergehend weit übersteigt, so daß zwischen Sicherheit und Forderung kein ausgewogenes, die beiderseitigen berechtigten Interessen berücksichtigendes Verhältnis besteht.<sup>130</sup> Grundsätzlich kann eine anfängliche und / oder eine nachträgliche Übersicherung gegeben sein. Zu einer nachträglichen Übersicherung kann es durch ein Abnehmen der Forderungen oder ein Anwachsen der Sicherheit kommen.<sup>131</sup> Umstritten ist, ob zum Schutz des Sicherungsgebers eine Freigabeklausel mit konkreter Deckungsgrenze vereinbart sein muß.

Der BGH hat für ein Warenlager mit wechselndem Bestand eine Freigabeklausel mit konkreter Deckungsgrenze, die eine Bezugsgröße zur Berechnung des Warenwerts enthält, gefordert,<sup>132</sup> da infolge der ständig möglichen Vermehrung des Sicherungsgutes eine Übersicherung der Bank eintreten könne.<sup>133</sup> Werden Sachen einbezogen, die im Zeitpunkt der Formularvereinbarung noch nicht zum Vermögen des Sicherungsgebers gehören, sei die Belastung in ihrer Entwicklung für den Sicherungsgeber nicht überschaubar.<sup>134</sup> Für den Sicherungsgeber sei es aber von wesentlicher wirtschaftlicher Bedeutung, über Teile seines Vermögens ohne eine Beschränkung aus dem Kreditvertrag frei zu verfügen, falls sie nicht mehr zur Sicherung des Kreditgebers benötigt

---

<sup>129</sup> Pottschmidt / Rohr, Rz. 586

<sup>130</sup> BGH in WM 1994, 419 (420)

<sup>131</sup> Scholz / Lwowski, Rz. 148e

<sup>132</sup> BGH in ZIP 1992, 629 (629)

<sup>133</sup> Scholz / Lwowski, Rz. 148g

<sup>134</sup> BGH in WM 1994, 414 (416); 418 (421)

würden.<sup>135</sup> Bei Überschreitung der Deckungsgrenze müsse sich der Sicherungsnehmer zur Freigabe verpflichten. So werde ein zeit- und kostenaufwendiger Streit um die Bewertung von Sicherungsgut vermieden.<sup>136</sup>

Diese Auffassung wird jedoch von der Literatur kritisiert. Eine konkrete Deckungsgrenze sei für die Angemessenheit nach dem AGBG nicht erforderlich, da aus dem Sicherungsvertrag selbst im Wege der Auslegung ein hinreichender Freigabeanspruch für den Sicherungsgeber folge.<sup>137</sup>

Der BGH selbst hat im Wege der Auslegung einen solchen Freigabeanspruch aus dem Sicherungsvertrag bezüglich der Sicherungsübereignung von Sachgesamtheiten als für vereinbar mit § 9 AGBG betrachtet.<sup>138</sup> Eine solche unterschiedliche Behandlung sei gerechtfertigt, da bei der Übertragung von Sachgesamtheiten, die ohne weiteres überschaubar seien, der Sicherungsgeber nicht in dem gleichen Maße schutzbedürftig sei, wie dies bei der formularmäßigen Übereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestand sei.<sup>139</sup> Die Freigabeklausel sei aber bei einer solchen erforderlich - obwohl der Freigabeanspruch aus der Sicherungsabrede ohnehin gegeben sei - um besonders nachteilige Wirkungen für den Sicherungsgeber auszugleichen.<sup>140</sup>

Diese Rechtsprechung kritisierend wird vertreten, daß die unterschiedliche Behandlung von Sachgesamtheiten und Warenlagern mit wechselndem Bestand nicht zu rechtfertigen sei.<sup>141</sup> Der Sicherungsgeber habe typischerweise nämlich kein oder wenigstens kein erhebliches Interesse an der teilweisen Freigabe von Sicherheiten vor Tilgung der gesicherten Forderung. Das Fehlen einer Freigabeklausel mit bestimmter Deckungsgrenze und Regeln für die Bewertung von Sicherheiten belaste ihn wirtschaftlich auch nicht nennenswert. Diese Rechtsprechung diene nicht dem Sicherungsgeber, sondern vor allem den ungesicherten Konkursgläubigern.<sup>142</sup> Auch der erhoffte Vorteil, zeit- und kostenaufwendige Streitigkeiten zu vermeiden, könne durch die Vereinbarung einer konkreten Deckungsgrenze nicht erreicht werden.<sup>143</sup> Die Rechtsprechung des BGH basiere im weitesten Sinne auf Kundenschutzaspekten, ihr Effekt sei aber die Lähmung der Flexibilität der Betriebsmittelkreditaufnahme.<sup>144</sup> Betrachte man diese Schwierigkeiten, so sei die vom BGH geforderte Freigabeklausel

---

<sup>135</sup> BGH in ZIP 1992, 629 (630)

<sup>136</sup> BGH in WM 1990, 51 (52)

<sup>137</sup> Früh in DB 1994, 1860 (1863)

<sup>138</sup> BGH in WM 1994, 418 (420)

<sup>139</sup> BGH in WM 1994, 418 (421 / 422)

<sup>140</sup> BGH in WM 1994, 418 (421 / 422)

<sup>141</sup> Früh in DB 1994, 1860 (1862)

<sup>142</sup> Früh in DB 1994, 1860 (1862)

<sup>143</sup> Weber in WM 1994, 1549 (1553)

<sup>144</sup> Lauer in ZBB 1994, 310 (313)

unverständlich, zumal in der Praxis in Fällen wirklicher Übersicherung die Kreditinstitute die Sicherheiten freigeben würden.<sup>145</sup> Besondere Nachteile bestünden für den Sicherungsgeber somit nicht ohne Freigabeklausel, sondern erst dadurch, daß der BGH sie fordere.

Die Rechtsprechung des BGH, die für die formularmäßige Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand eine konkrete Deckungsgrenze verlangt, ist als problematisch anzusehen.<sup>146</sup> Ob eine konkrete Deckungsgrenze angemessen ist, ist anhand des Einzelfalls zu beurteilen.<sup>147</sup> Diese Überprüfung wird in der Regel von einem Gericht vorgenommen werden müssen, so daß das vom BGH erhoffte Ziel, zeitaufwendige und kostspielige Streitigkeiten zu vermeiden, mit dem Erfordernis einer konkreten Deckungsgrenze nicht erreicht werden kann. Die Freigabeklausel mit konkreter Deckungsgrenze ist nach Ansicht des BGH nötig, um besondere Nachteile des Sicherungsgebers bei der Übereignung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand auszugleichen. Sie führt jedoch in der Tat zu Benachteiligungen des Sicherungsgebers, dessen Kreditaufnahme verkompliziert, dessen Freigabeansprüche in der Praxis jedoch nicht verbessert werden. Nutznießer der Rechtsprechung, die im Rahmen des § 9 AGBG entworfen wurde, sind die ungesicherten Gläubiger im Konkurs.<sup>148</sup> Die Besserstellung Dritter ist jedoch nicht Sinn des AGBG.<sup>149</sup> Die Kritik an der Rechtsprechung des BGH vermag zu überzeugen.

Die Klausel "Freigabe und Rückgewähr" im Sicherungsvertrag der S und B ist somit bezüglich der fehlenden konkreten Deckungsgrenze nicht unwirksam gem. § 9 AGBG.

Eine Unwirksamkeit des 2. ten Satzes der Klausel könnte jedoch dadurch gegeben sein, daß sie sich zur Freigabe nur "*nach ihrem billigen Ermessen bereit erklärt*".

Die Freigabe darf nicht in das Ermessen des Kreditgebers gestellt sein,<sup>150</sup> da eine auf das billige Ermessen abstellende Freigabeklausel keinen ausreichenden Schutz des Sicherungsgebers bietet.<sup>151</sup>

Die B verpflichtet sich aus dem Sicherungsvertrag mit der S nicht, das Sicherungsgut freizugeben. Sie erklärt sich lediglich nach ihrem Ermessen dazu bereit. Die Klausel "Freigabe und Rückgewähr" auf das Ermessen des Kreditgebers gestellt.

Satz 2 der Verwertungsklausel ist somit unwirksam im Sinne des § 9 AGBG.

---

<sup>145</sup> Bruchner zitiert nach Wenzel ZBB 1994, 278 (279)

<sup>146</sup> BGH in ZIP 1995, 367 (368)

<sup>147</sup> siehe Fn.. 120

<sup>148</sup> Früh in DB 1994, 1860 (1863)

<sup>149</sup> BGH in WM 1994, 1283 (1284)

<sup>150</sup> BGH in ZIP 1992, 629 (631)

<sup>151</sup> Scholz / Lwowski, Rz. 148g

[vii] *Rechtsfolge, § 6 AGBG*

[a] *§ 6 I AGBG*

Nach § 6 I AGBG bleibt der Vertrag im übrigen wirksam, wenn einzelne oder alle AGB ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden sind.<sup>152</sup>

[b] *§ 6 II AGBG*

An die Stelle von Klauseln, die ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder aufgrund der Inhaltskontrolle rechtsunwirksam sind, tritt das dispositive Gesetzesrecht, vorausgesetzt, der Vertrag weist durch den Wegfall der betreffenden Klausel eine Lücke auf, die durch dispositives Recht geschlossen werden kann.<sup>153</sup>

(α) *Lücke*

Fraglich ist, ob durch den Wegfall der unwirksamen (oder nur unter bestimmten Voraussetzungen nicht Vertragsbestandteil gewordenen) Klauseln eine Vertragslücke entstanden ist. Ob eine Lücke besteht, ist eine Wertungsfrage, für die es auf den Sinn und Zweck der Vertragsabreden und auf die Interessen der typischerweise an Vertragsschlüssen der streitigen Art beteiligten Verkehrskreise ankommt.<sup>154</sup>

aa) *Zweckerklärung*

Die "eigentlich überraschende" Zweckerklärung ist nach den Grundsätzen der geltungserhaltenden Reduktion auf einen nicht überraschenden Inhalt nach § 3 AGBG reduziert worden. Die Geschäftsverbindungsabrede gehört stets zu den essentiellen Bestandteilen des Sicherungsvertrages.<sup>155</sup> Im Falle ihres Fehlens läge somit eine Vertragslücke vor. Eine Lücke liegt aber dort nicht vor, wo die zu beanstandende AGB - Klausel mit ihrem wirksamen Teil aufrechterhalten werden kann.<sup>156</sup> Die geltungserhaltende Reduktion ist bereits (siehe I. A. 1. b) (1) (a) [iii] [c] (χ)) für diesen Fall gerechtfertigt worden. Eine Vertragslücke liegt somit nicht vor.

Nach § 6 II AGBG gilt die Zweckerklärung insofern modifiziert weiter, als daß nur bankübliche von Dritten übergegangene Forderungen gesichert sind.

bb) *Verfügungsbefugnis*

Die Sicherungsübereignung wird als Sicherungsinstrument gewählt, um die wirtschaftliche Position des Sicherungsgebers zu erhalten. Aus diesem Grund muß der Sicherungsvertrag Vereinbarungen enthalten, die die Verfügungsbefugnis gewährleisten bzw. regeln, unter welchen Umständen dem

---

<sup>152</sup> Kötz in MüKo, § 6 AGBG, Rz. 3

<sup>153</sup> Schmidt in Ulmer / Brandner / Hensen, § 6, Rz. 26 ff

<sup>154</sup> Kötz in MüKo, § 6 AGBG, Rz. 6

<sup>155</sup> Lohmann, S. 75

<sup>156</sup> Kötz in MüKo, § 6 AGBG, Rz. 8

Sicherungsgeber die Verfügungsbefugnis widerrufen werden kann.<sup>157</sup>

Durch die Unwirksamkeit der Verfügungsbefugnis ist eine Vertragslücke entstanden.

*cc) Verwertungsklausel*

Auch das Verwertungsrecht gehört zum notwendigen Inhalt des Sicherungsvertrages, da es den Kern der Rechtsstellung des Sicherungsnehmers bildet.<sup>158</sup>

Durch die Unwirksamkeit der Verwertungsklausel ist eine Vertragslücke entstanden.

*dd) Freigabe*

Der Freigabeanspruch des Sicherungsgebers ist wegen seines wirtschaftlichen Interesses, über das nicht mehr zur Sicherung der Gläubigerforderung benötigte Sicherungsgut, frei zu verfügen, ein zu regelnder Bestandteil des Sicherungsvertrages.

*ee) Zwischenergebnis*

Lücken im Vertrag sind bezüglich der Verfügungsbefugnis, der Verwertungsklausel und Freigabeklausel entstanden.

(β) *Füllung der Lücke*

Die entstandenen Lücken sind im Vertrag dadurch zu schließen, daß die Regeln des dispositiven Rechts herangezogen werden.<sup>159</sup>

*aa) Verfügungsbefugnis*

Eine Regelung des dispositiven Rechts kommt zur Schließung der Vertragslücke nicht in Betracht.

Satz 1 der Klausel gibt dem Sicherungsgeber die grundsätzliche Verfügungsbefugnis über das Sicherungsgut, die jedoch aus wichtigem Grund widerrufen werden kann.

Soweit eine Klausel in einen inhaltlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil sinnvoll trennbar ist, ist nach der Rechtsprechung des BGH eine Aufrechterhaltung des zulässigen Teil rechtlich unbedenklich.<sup>160</sup>

Satz 1 der Klausel ist inhaltlich unbedenklich. Der Satz ist sinnvoll von dem zweiten zu trennen. Satz 1 der Klausel kann demnach, zum Schließen der Lücke verwandt werden.

*bb) Verwertungsklausel*

Fraglich ist, ob die durch das Fehlen der Verwertungsklausel entstandene Lücke im Sicherungsvertrag zwischen der S und der B geschlossen werden kann. Streitig ist, ob die Bestimmungen des BGB über den Pfandverkauf für die Verwertung des Sicherungseigentums analog gelten mit der Modifikation, daß sie

---

<sup>157</sup> Scholz / Lwowski, Rz. 148b

<sup>158</sup> Pottschmidt / Rohr, Rz. 577

<sup>159</sup> Kötz in MüKo, § 6 AGBG, Rz. 12

<sup>160</sup> Scholz / Lwowski, Rz. 168

als dispositives Recht im Innenverhältnis zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer anzuwenden sind.<sup>161</sup>

So wird vertreten, daß die Vorschriften über die Pfandverwertung entsprechend herangezogen werden können, und in Ermangelung anderer Regelungen den Pfandrechtsregeln entsprechend eine öffentliche Versteigerung notwendig sei.<sup>162</sup>

Die dies strikt ablehnende Meinung vertritt demgegenüber, daß sich die Sicherungsübereignung gerade auch wegen der strengen Vorschriften über die Verwertung der Pfandsache gegenüber der Pfandrechtsregelung durchgesetzt habe, und deshalb die Vorschriften der §§ 1233 auch dann nicht als dispositives Recht gelten, wenn eine besondere Vereinbarung über die Verwertung des Sicherungsguts fehle.<sup>163</sup> Es sei nicht sachgemäß, den Sicherungsnehmer an die Vorschrift über die öffentliche Versteigerung in § 1235 I zu binden. Der Schutz des Sicherungsgebers sei hinreichend durch die Bindung an den in der Sicherungsabrede zum Ausdruck gelangenden Sicherungszweck und die Pflicht zur Rücksichtnahme und Wahrung der Interessen des Sicherungsgebers, gewährleistet.<sup>164</sup>

Vermittelnd wird vertreten, daß die analoge Anwendung der pfandrechtlichen Vorschriften geboten sei, falls die Interessenlage des Verpfänders und Sicherungsgebers vergleichbar sei, und der rechtliche Schutz des Sicherungsgebers nicht durch die treuhänderische Bindung des Sicherungseigentümers für beide Seiten interessengerechter gewährleistet sei.<sup>165</sup> Ein Rückgriff auf Pfandrechtsvorschriften im Innenverhältnis sei demnach nur möglich, soweit sie Treuepflichten bestimmen.<sup>166</sup>

Der Sicherungsnehmer ist verpflichtet bei der Verwertung des Sicherungsguts den bestmöglichen Erlös zu erzielen. Nach dieser Leitlinie hat er auch die Modalitäten des Verkaufs zu wählen. Öffentliche Versteigerungen erbringen regelmäßig einen geringeren Erlös als kaufmännisch richtig durchgeführte freihändige Verkäufe.<sup>167</sup> Daß der Sicherungsnehmer, wenn über die Art des Verwertungsverkaufs keine Regelung getroffen ist, allgemein verpflichtet sei, die öffentliche Versteigerung nach § 1235 zu wählen, läßt sich wegen der entsprechenden Interessen beider Parteien demnach nicht rechtfertigen.<sup>168</sup> Die analoge Anwendung aller Pfandrechtsbestimmungen widerspricht den Interessen beider Vertragspartner und ist somit abzulehnen.

---

<sup>161</sup> Pottschmidt / Rohr, Rz. 584

<sup>162</sup> Westermann / H. P. Westermann, § 44 V 2b  
Baur / Stürner, § 57 VII 1

<sup>163</sup> Weber, S. 129

<sup>164</sup> Mühl in Soergel, § 930, Rz. 59

<sup>165</sup> Pottschmidt / Rohr, Rz. 585

<sup>166</sup> Bassenge in Palandt, § 930, Rz. 17

<sup>167</sup> Pottschmidt / Rohr, Rz. 586  
Serick, Bd. III, S. 459

<sup>168</sup> Pottschmidt / Rohr, Rz. 586

Ob man die analoge Anwendung von Pfandrechtsbestimmungen verneint und den Schutz des Sicherungsgebers bezüglich des Erfordernisses einer Fristsetzung und der Fälligkeit allein aus der Pflicht der Rücksichtnahme seitens des Sicherungsnehmers und aus dem Sicherungszweck herleitet, oder aber ob man die Analogie grundsätzlich bejaht, sofern die Interessenlage vergleichbar ist, führt hier (dieser Frage kommt keine große praktische Bedeutung zu<sup>169</sup>) zu gleichen Ergebnissen.

Da es sich bei der ersteren Möglichkeit jedoch um eine ergänzende Vertragsauslegung handelt, ist der analogen Anwendung des Pfandrechts (des dispositiven Rechts) gem. der §§ 1228, 1234 der Vorzug zu geben.

Die entstandene Lücke im Sicherungsvertrag der S und der B durch das Wegfallen der Verwertungsklausel ist durch die analoge Anwendung der §§ 1228, 1234 zu schließen.

*cc) Freigabe und Rückgewähr*

Dispositives Recht kommt zur Schließung der Lücke nicht in Betracht.

Auch eine Teilunwirksamkeit ist nicht möglich, da durch Streichung die Klausel nicht in einen zulässigen und einen unzulässigen Teil bezüglich des Freigabeanspruchs vor gänzlicher Forderungsbefriedigung sinnvoll getrennt werden kann.

Die Lücke könnte jedoch durch ergänzende Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 geschlossen werden.<sup>170</sup>

Nach der Rechtsprechung ergibt sich aus dem Sicherungsvertrag im Wege der Auslegung (§§ 133, 157) der Freigabeanspruch für den Sicherungsgeber (siehe I. A. 1.b) (1) (a)[vi][c])<sup>171</sup>, so daß dem Interesse des Sicherungsgebers bereits durch die Beseitigung der unzulässigen Klausel entsprochen sei.<sup>172</sup> Insofern könnte die Vertragslücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden.

Dieser Standpunkt wird jedoch kritisiert. Aus der Sicherungsabrede könne dann kein Freigabeanspruch hergeleitet werden, wenn ein solcher gerade durch die Freigabeklausel ausgeschlossen sei. Der Freigabeanspruch aus der Sicherungsabrede werde im Wege der Auslegung nach den §§ 133, 157 aus dem Willen der Vertragsparteien abgeleitet. Dieser könne jedoch nicht hergeleitet werden, wenn sich in der Freigabeklausel ein entgegenstehender Wille der Parteien zeige.<sup>173</sup> Billige man dem Sicherungsgeber trotzdem einen

---

<sup>169</sup> Mühl in Soergel, § 930, Rz. 59

<sup>170</sup> vgl. Kötz in MüKo, § 6 AGBG, Rz. 13

<sup>171</sup> BGH in WM 1994, 418 (420)

<sup>172</sup> vgl. BGH in WM 1994, 414 (417)

<sup>173</sup> Reinicke / Tiedke in WiB 1994, 497 (501)

Freigabeanspruch zu, bediene man sich der Technik der geltungserhaltenden Reduktion.<sup>174</sup>

Die Gegenmeinung vertritt den Standpunkt, daß der sich aus dem Sicherungsvertrage im Wege der Auslegung ergebende Freigabeanspruch von Freigabeklauseln allenfalls überlagert werde. Sei der Freigabeanspruch aus der Freigabeklausel jedoch unwirksam, trete nur der (sowieso) gegebene Freigabeanspruch aus der Sicherheitsabrede unverhüllt zutage.<sup>175</sup> Dadurch werde aber nicht der Anspruch aus der Freigabeklausel auf einen eben noch zulässigen Inhalt reduziert, sondern es trete nur der grundsätzlich gegebene Freigabeanspruch wieder hervor, was mit geltungserhaltender Reduktion nichts zu tun habe.<sup>176</sup>

Eine geltungserhaltende Reduktion ist das Aufrechterhalten einer unwirksamen Klausel mit ihrem wirksamen Teil.<sup>177</sup> Die Freigabeklausel entfällt aber durch ihre Unwirksamkeit. Die von der Rechtsprechung in § 6 II AGBG durchgeführte Schließung der Vertragslücke hat mit der ursprünglichen vereinbarten Freigabeklausel nichts gemein. Somit wird sie also nicht mit einem eventuell wirksamen Teil aufrechterhalten, sondern durch einen anderen von ihr völlig unabhängigen Freigabeanspruch ersetzt. Eine geltungserhaltende Reduktion liegt somit in der ergänzenden Vertragsauslegung gem. § 6 II AGBG nicht vor.

Die Vertragslücke kann über den Weg der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden.

Die Freigaberegulation ergibt sich aus der Sicherheitsabrede.

[c] § 6 III AGBG

Ausnahmsweise unwirksam ist der Vertrag nach § 6 III AGBG dann, wenn es für den Verwender der AGBG oder den Kunden eine "unzumutbare Härte" darstellen würde, falls man sie an dem Vertrag in der gem. § 6 II modifizierten Form festhielte.<sup>178</sup>

(α) für den Verwender

Für den Verwender kann die Aufrechterhaltung des modifizierten Vertrages eine Härte darstellen, wenn ihn infolge des Wegfalls von AGBG Klauseln nunmehr Risiken treffen, die er bei der Kalkulation seines Preises oder der sonstigen Vertragsgestaltung nicht berücksichtigt hat.<sup>179</sup>

aa) Verfügungsbefugnis

Der Sicherungsnehmer bindet die Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers an eine vertraglich festgelegte Deckungsgrenze, um sicherzustellen, daß er, wenn der Sicherungsgeber den Kredit nicht zurückzahlt, seine Forderung gänzlich aus dem Sicherungsgut befriedigen kann.

---

<sup>174</sup> Reinicke / Tiedke in WiB 1994, 497 (501)

<sup>175</sup> Ganter in ZIP 1994, 257 (260)

<sup>176</sup> Ganter in ZIP 1994, 257 (260)

<sup>177</sup> Kötz in MüKo, § 6 AGBG, Rz. 8

<sup>178</sup> Kötz in MüKo, § 6 AGBG, Rz. 18

<sup>179</sup> Kötz in MüKo, § 6 AGBG, Rz. 18

Der Sicherungsgeber ist nach dem modifizierten Vertrag berechtigt, über das Sicherungsgut zu verfügen, solange der Sicherungsnehmer nicht aus wichtigen Gründen widerrufen kann. Das Interesse des Sicherungsnehmers, das die Höhe des realisierbaren Wertes zumindestens der Höhe der Forderung entspricht, müßte jedoch gewährleistet sein.

Sofern im Wege antizipierter Übereignung dem Sicherungsnehmer neue Sicherungsgüter zugeführt werden, ist die Verfügungsberechtigung - wenn auch dadurch beschränkt, daß der Sicherungsgeber verpflichtet ist, den Bestand an Sicherungsgut wertmäßig zu erhalten<sup>180</sup> - selbst dann gegeben, wenn eine ausdrückliche Erklärung darüber fehlt.<sup>181</sup>

Wenn keine Verfügungsbefugnis verabredet wurde, ist der Sicherungsgeber gehalten, den Wert der Sicherheiten nicht unter den der Forderung sinken zu lassen. Fällt das Sicherungsgut also unter den Wert der Forderung, liegt ein wichtiger Grund vor, so daß die Verfügungsbefugnis widerrufen werden kann. Den Sicherungsnehmer trifft also kein unberücksichtigtes Risiko, sein Interesse, die Möglichkeit zu haben, seine Ansprüche zu befriedigen, ist gewährleistet.

Die modifizierte Klausel der Verfügungsbefugnis des Sicherungsvertrages der S und der B führt somit nicht zur Gesamtenunwirksamkeit des Sicherungsvertrages.

#### *bb) Verwertungsklausel*

Nach der Rechtsprechung des BGH ist bei einer unangemessenen Verwertungsklausel bei formularmäßigen Vorausabtretungen von Lohn- und Gehaltsansprüchen der Sicherungsvertrag nach § 6 III AGBG unwirksam, da diese wegen ihrer besonders einschneidenden Bedeutung für die Betroffenen nur dann gültig sei, wenn zugleich eine Regelung darüber getroffen sei, unter welchen Voraussetzungen der Verwender von der Abtretung Gebrauch machen dürfe, und dabei den schutzwürdigen Interessen beider Vertragspartner angemessen Rechnung getragen worden sei.<sup>182</sup>

Der BGH<sup>183</sup> vertritt jedoch die Ansicht, daß eine Unwirksamkeit der Verwertungsklausel nach § 9 AGBG bei der Sicherungsübereignung lediglich zur Folge habe, daß insoweit die gesetzliche Regelung zur Anwendung käme.

Die Literatur stimmt der Auffassung des BGH zu. Der BGH habe die Schutzbedürftigkeit des Kreditnehmers bei der Lohnzession zutreffend ausgeführt; dort führe - im Gegensatz zur Sicherungsübereignung<sup>184</sup> - die Unwirksamkeit der

---

<sup>180</sup> Quack in MüKo, Anh. §§ 929 - 936, Rz. 48

<sup>181</sup> Pottschmidt / Rohr, Rz. 569

<sup>182</sup> vgl. BGH in WM 1994, 414 (418)

<sup>183</sup> BGH WM 1994, 414 (418)

<sup>184</sup> Scholz / Lwowski, Rz. 148q

Verwertungsklausel zur Totalnichtigkeit des Vertrages.<sup>185</sup> Ein weiteres Schreckgespenst für die Kreditgeber dergestalt, daß praktisch sämtliche sei Inkrafttreten des AGBG abgeschlossenen Kreditsicherungsverträge an der Verwertungsregelung scheitern, sei damit vom Tisch.<sup>186</sup>

Eine unangemessene Verwertungsklausel führt somit nicht zur Totalnichtigkeit des Vertrages.

Der Sicherungsvertrag der S und der B ist somit nicht wegen der vereinbarten Verwertungsklausel nichtig.

*cc) Freigabe und Rückgewähr*

Anstelle der ursprünglich verabredeten Freigabeklausel gilt jetzt eine Freigaberegung, die sich nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157) nach dem Willen der Vertragsparteien richtet. Eine Freigabeklausel, die sich auch nach dem Willen des AGB - Verwenders richtet, kann ihm selbst gegenüber jedoch keine unbillige Härte darstellen.

Insofern ist eine besondere Härte für die B nicht ersichtlich.

Der Vertrag ist nicht wegen einer Härte für die B gesamtunwirksam.

*(β) für den Kunden*

Eine für den Kunden unzumutbare Härte kann darin liegen, daß im Falle einer Vielzahl von unwirksamen AGB das Vertragswerk von Grund auf geändert werden müßte, damit es eine billigenswerte Gestalt erhält; und der Vertrag so einen für ihn ungewissen Ausgang erfährt.<sup>187</sup>

Der modifizierte Vertrag zwischen der B und der S hat seine wesentliche Gestalt beibehalten. Die Vertragsabreden der Parteien sind in ihrem Wesensgehalt beibehalten worden.

Die modifizierten Bestandteile führen nicht zu einem ungewissen Ausgang des Vertrages für die S.

Der geschlossene Sicherungsvertrag ist nicht wegen einer Härte für die S gesamtunwirksam.

*[viii] Zwischenergebnis*

Der Vertrag ist nicht nach § 6 III AGBG nichtig.

*(b) § 138*

Fraglich ist, ob neben der AGB - Inhaltskontrolle überhaupt eine Kontrolle nach § 138 zulässig ist.

Selbstverständlich ist, daß § 138 bei der Kontrolle vorformulierter Klauseln dort zur Anwendung kommt, wo eine Anwendung der AGBG - Inhaltskontrolle nicht möglich ist.<sup>188</sup>

Die "Übereignungsklausel" ist der Kontrolle nach § 138 zugänglich.

---

<sup>185</sup> Scholz / Lwowski 148p

<sup>186</sup> Neuhof in NJW 1994, 841 (842 / 843)

<sup>187</sup> Kötz in MüKo, § 6 AGBG, Rz. 20

<sup>188</sup> Göbel, S. 56

Fraglich ist jedoch, inwieweit Klauseln neben der AGBG-Inhaltskontrolle auch der gem. § 138 unterliegen.

Sind einzelne AGB Klauseln wegen Verstoß gegen § 9 AGBG unwirksam, kommt eine Nichtigkeit des Gesamtvertrages gem. § 138 nicht in Betracht, dieser bleibt vielmehr gem. § 6 I AGBG wirksam.<sup>189</sup> Der § 138 ist für die Wirksamkeit von AGB aber, wenn auch nur noch dann maßgeblich, wenn ihre Sittenwidrigkeit sich aus anderen als in § 9 AGBG genannten Gründen ergibt<sup>190</sup>, nämlich Schutzgesichtspunkte betroffen sind, auf die sich die §§ 9 ff. AGBG nicht beziehen, insbesondere Drittinteressen.<sup>191</sup> Gleiches gilt für nicht einbezogene AGB nach § 3 AGBG - die Wirksamkeit des Vertrages bleibt im übrigen nach § 6 I AGBG unberührt - § 138 tritt wie im Verhältnis zu den §§ 9 ff. zurück.<sup>192</sup>

Gleiches gilt für angemessene Klauseln im Sinne des § 9 AGBG. Es ist nicht vorstellbar, daß ein vorformulierter Vertragsbestandteil, der nach § AGBG zwar kontrolliert, aber nicht beanstandet werden kann, dennoch als sittenwidrig anzusehen wäre<sup>193</sup>, mit Ausnahme der Fälle in denen die Klauseln in erster Linie zum Schutz der Interessen anderer Gläubiger des Vertragspartners zu überprüfen sind.<sup>194</sup>

Festzuhalten bleibt schließlich, daß alle Klauseln des Vertrages der Kontrolle nach § 138 unterliegen. Die bereits nach § 9 ff. AGBG überprüften Klauseln des Sicherungsvertrages jedoch nur, insofern sie auf eine sittenwidrige Benachteiligung Dritter abzielen.

#### [i] *Übereignungsklausel*

Bei der individualvertraglich ausgehandelten Übereignungsklausel könnte eine Sittenwidrigkeit durch anfängliche Übersicherung vorliegen.

Eine anfängliche Übersicherung liegt vor, wenn ein sittlich anstößiges Mißverhältnis zwischen den Forderungen der Bank und den Sicherheiten besteht.<sup>195</sup> Eine Übersicherung in der Höhe von 120% des realisierbaren Wertes wird als angemessen im Sinne des § 9 AGBG angesehen.<sup>196</sup>

Die B hat sich zur Sicherung eines Kredites in Höhe von 1.000.000 DM Sicherungsgut mit dem realisierbaren Wert von 1200000 DM übertragen lassen.

---

<sup>189</sup> Kötz in MüKo, vor § 8 AGBG, Rz. 7

<sup>190</sup> Kötz in MüKo, vor § 8 AGBG, Rz. 7

<sup>191</sup> Bruse in BB 1986, 478 (482)

<sup>192</sup> Bruse in BB 1986, 478 (483)

<sup>193</sup> Göbel, S. 57

<sup>194</sup> Göbel, S. 60

<sup>195</sup> Scholz / Lwowski, Rz. 148d

<sup>196</sup> siehe dazu Fn. 113

Diese Übersicherung in Höhe von 120% des realisierbaren Wertes ist angemessen i.S. des § 9 AGBG und somit auch nicht sittenwidrig.

Eine anfängliche Übersicherung ist nicht gegeben.

Sonstige Verstöße gegen die guten Sitten sind bezüglich der Übereignungsklausel nicht ersichtlich.

[ii] *Zweckerklärung*

Fraglich ist, ob die Zweckerklärung des Sicherungsvertrages gegen die guten Sitten verstößt. Der Kontrolle nach § 138 ausgenommen ist jedoch die Klausel insofern, als das der Erwerb von Forderungen Dritter ursprünglich nicht auf die Banküblichkeit beschränkt war.

Eine Sittenwidrigkeit könnte jedoch in der Erweiterung des Sicherungszwecks auf weitere Forderungen und auf von Dritten übergegangenen Forderungen liegen.

[a] *weitere Forderungen*

Sinn einer Sicherheitenbestellung, auch für künftige Forderungen ist es regelmäßig, das gesamte Kreditverhältnis zwischen Bank und Kunde abzusichern.<sup>197</sup> Ein legitimes Interesse der Bank, verbunden mit dem Vorteil des Kunden, ohne erneuten Zeit- und Kostenaufwand jederzeit Kredite in Anspruch nehmen zu können, künftige Ansprüche aus der Geschäftsverbindung zu sichern, ist gegeben, so daß die Ausdehnung des Sicherungszwecks auf weitere Forderungen nicht gegen die guten Sitten verstößt.<sup>198</sup>

[b] *übergegangene Forderungen*

Die Absicherung von Forderungen gegen den Kreditnehmer, die im bankmäßigen Geschäftsverkehr auf das Kreditinstitut übergehen, verstößt nicht gegen das Anstandsgefühl aller Billig- und Gerechtdenkenden; auch hier läßt sich ein legitimes Interesse der Bank, auch solche Forderungen, die sie bankmäßig erwirbt unter der Sicherheitenschutz zu stellen, nicht leugnen.<sup>199</sup>

[iii] *Verfügungsbefugnis*

Die Verfügungsbefugnis ist bereits anhand des AGBG überprüft worden. Eine Benachteiligung der Interessen anderer Gläubiger der Sicherungsgebers ist nicht ersichtlich.

[iv] *Verwertung*

Die Verwertungsklausel ist bereits anhand des AGBG überprüft worden.

Eine Sittenwidrigkeit könnte nur in der Benachteiligung der Interessen anderer Gläubiger liegen. Daß der Sicherungsnehmer berechtigt ist, daß Sicherungsgut - wenn auch ohne sachliche und zeitliche Voraussetzungen - zu verwerten, schmälert die Interessen der anderen Gläubiger nicht.

---

<sup>197</sup> BGH in ZIP 1981, 147 (148)

<sup>198</sup> Lohmann, S. 35

<sup>199</sup> Lohmann, S. 85 / 86

Eine mittelbare Benachteiligung könnte jedoch darin liegen, daß die B befugt ist, Sicherungsgut in Form von Gebrauchtfahrzeugen zum Händlereinkaufspreis zu verwerten, und so die Interessen der Anspruchsbefriedigung anderer Gläubiger - ganz gleich, wie diese entstanden sind - gefährden könnte.

Dem Sicherungsnehmer obliegt stets die Verpflichtung das Gläubigerinteresse an der günstigsten Verwertung zu beachten.<sup>200</sup> Er ist jedoch bei der Verwertung von Sicherungsgut grundsätzlich nicht verpflichtet, an einen Endverbraucher zu veräußern; er verletzt seine Pflichten desweiteren nicht, wenn er zum Händlereinkaufspreis verkauft, und ein höherer Preis ohne besonderen Aufwand nicht zu erzielen ist.<sup>201</sup> Regelmäßig wird ein Kreditinstitut einen höheren, als den Händlereinkaufspreis ohne größeren Aufwand nicht erzielen können. Ein Autohandel kann einem solchen auch nicht zugemutet werden.<sup>202</sup>

Fraglich ist unter diesen Voraussetzungen, ob eine Vereinbarung, die den Verkauf von Sicherungsgut in Form von Gebrauchtfahrzeugen zum Händlereinkaufspreis grundsätzlich gestattet, die Interessen anderer Gläubiger des Sicherungsgebers mittelbar, in einer gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßenden Weise, gefährdet.

Die Interessen anderer Gläubiger werden durch diese Klausel, insofern, als das das Vermögen des Sicherungsgebers geschmälert wird, mittelbar gefährdet.

Da jedoch aus dem Sicherungsvertrag grundsätzlich keine Verpflichtung besteht, zu einem besseren als dem Händlereinkaufspreis zu verwerten, kann eine klauselmäßige Vereinbarung eines solchen Rechts nicht als gegen die guten Sitten verstoßend im Sinne des § 138 angesehen werden.

[v] *Freigabe und Rückgewähr*

Diese Klausel ist bereits anhand des AGBG überprüft worden. Eine Benachteiligung der Interessen anderer Gläubiger der Sicherungsgebers ist nicht ersichtlich.

(c) *Zwischenergebnis*

Der Sicherungsvertrag ist nicht gem. § 138 nichtig.

Er ist somit weder nach § 6 III AGBG noch § 128 nichtig.

Ob im Falle eines nichtigen Sicherungsvertrages ein wirksames Besitzmittlungsverhältnis geschlossen worden ist, kann daher dahingestellt bleiben.

S und B haben ein wirksames Besitzmittlungsverhältnis bezüglich der sich auf dem Betriebsgelände befindlichen Fahrzeuge und dessen Zubehör geschlossen.

---

<sup>200</sup> BGH in NJW 1966, 2007 (2009)

<sup>201</sup> OLG Düsseldorf in BB 1990, 1016 (1017)

<sup>202</sup> vgl. LG Wiesbaden in NJW RR 1987, 1270 (1270)

(2) *zukünftig*

Bezüglich der Neu- und Gebrauchtwagen und der Zubehörware für PKW die die Firma S erst noch erwirbt, haben die Vertragsparteien ein vorweggenommenes Besitzmittlungsverhältnis vereinbart.

Eine Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses kann erfolgen bevor der Veräußerer Eigentümer und / oder Besitzer der Sache ist, zum Beispiel bei künftigem Erwerb.<sup>203</sup>

Ein wirksames Besitzmittlungsverhältnis ist auch in Zusammenhang mit den zukünftig auf das Betriebsgelände befindlichen Sachen geschlossen.

c) Einig sein

In dem Zeitpunkt, in dem der Veräußerer Besitz erlangt, müssen Einigung und Besitzmittlungsverhältnis fortbestehen. Davon darf ausgegangen werden.

S und B sind sich in dem Zeitpunkt, in dem S Besitz erlangt, einig.

d) Berechtigung

Die Veräußerung nach den §§ 929 - 931 setzt voraus, daß der Veräußerer Eigentümer ist, und kein Verfügungsverbot besteht.<sup>204</sup>

Probleme diesbezüglich sind nicht ersichtlich.

Die S ist zur Verfügung berechtigt.

**2. ZWISCHENERGEBNIS**

Die B ist Sicherungseigentümerin.

**3. ANWENDBARKEIT VON § 43 KO**

Fraglich ist jedoch, ob dem Sicherungseigentümer ein Aussonderungsrecht gem. § 43 KO zusteht.

Die herrschende Meinung stellt darauf ab, daß der Sicherungsnehmer im Konkurs des Sicherungsgebers von der Interessenlage her wie ein Pfandgläubiger zu behandeln sei.<sup>205</sup> Zwar müßte dem Sicherungsnehmer als Eigentümer ein Aussonderungsrecht gemäß § 43 KO zugebilligt werden, aus praktischen Gründen werde er aber wie ein Pfandberechtigter behandelt.<sup>206</sup>

Kritisiert wird die herrschende Meinung insofern, als das in dem Fall, in dem man den Sicherungsnehmer als Eigentümer behandle,

---

<sup>203</sup> Bassenge in Palandt, § 930, Rz. 9

<sup>204</sup> Wieling, § 9 VI a)

<sup>205</sup> Baur, § 57 V 1

Wolf, Sachenrecht, Rz. 45

Jauernig, Konkurs, § 45 II 1 b

Bassenge in Palandt, § 930, Rz. 25

Serick III, § 35 I 1 b, S. 266 ff.

st. Rechtspr.: z.B.: BGH in NJW 1962, 46 (46)

<sup>206</sup> Baur / Stürner, § 57 V 1

er sich vom Konkursverwalter nach § 43 KO i. V. mit den materiellrechtlichen Ansprüchen ( vor allem § 985 BGB) Herausgabe des Sicherungsgutes verlangen und dieses dann in der Sicherungsvertrag vereinbarten Form veräußern. Aus dem Erlös könne sich der Sicherungsnehmer befriedigen, liege der Erlös höher als die noch offene Darlehensforderung, stehe der Überschuß der Konkursmasse zu, wo er zur Befriedigung der Konkursgläubiger zu verwenden sei.<sup>207</sup> Stelle man der h.L. folgend auf die pfandrechtsähnliche Funktion des Sicherungsnehmers ab, so habe der Sicherungsnehmer nur ein Absonderungsrecht aus § 48 KO, doch das liefe im Ergebnis praktisch auf dasselbe hinaus. Bei der abgesonderten Befriedigung nach § 48 müsse der Berechtigte sein Recht nicht nach den Bestimmungen geltend machen, die für Konkursforderungen gelten, und könne überdies, falls im Sicherungsvertrag zugunsten des Sicherungsnehmers die Befugnis vorgesehen ist, Herausgabe des Sicherungsgutes verlangen und es im Wege des freihändigen Verkaufs zu verwerten, wobei er den Überschuß selbstverständlich wieder an die Konkursmasse abzuführen hätte.<sup>208</sup> Im Ergebnis bliebe es also praktische gleich, ob man sich für ein Aussonderungs- oder ein Absonderungsrecht entschiede, wobei die Gründe der Systemreinheit für ein Aussonderungsrecht sprechen.

Ihre Grundlage findet die h.L. hauptsächlich in der Berücksichtigung der schuldrechtlichen Seite der Sicherungstreuhand. Denn hiernach kann der Sicherungsnehmer den Wert des Treuguts nur insoweit beanspruchen, als seine gesicherte Forderung reicht. Dieser Vertragszweck wird aber durch die Absonderung nach § 48 KO erreicht.<sup>209</sup> Desweiteren spricht für das Absonderungsrecht des Sicherungseigentümers die neue Insolvenzordnung, die voraussichtlich am 1.1.1999 in Kraft tritt,<sup>210</sup> regelt in den Vorschriften der §§ 54 ff. InsO die Aus- und Absonderungsrechte, wobei das geltende Konkursrecht der §§ 43 ff. KO weitgehend übernommen worden ist. Jedoch wird im Gegensatz zum geltenden Recht die Sicherungsübereignung als Absonderungsrecht ausdrücklich gesetzlich normiert (§ 58 I InsO).<sup>211</sup>

Dem Sicherungseigentümer steht kein Anspruch auf Aussonderung gem. § 43 KO zu.

Die B hat keinen Anspruch auf Aussonderung gem. § 43 KO.

## **B. Anspruch aus § 48 KO i. V. mit §§ 4 II, 127 II KO, 985**

Nach geltendem Recht wird die abgesonderte Befriedigung außerhalb und unabhängig vom Konkursverfahren realisiert (§ 4 II KO).

---

<sup>207</sup> Grunsky in JuS, 1984, 497 (500)

<sup>208</sup> Grunsky in JuS 1984, 497 (500)

<sup>209</sup> Baur / Stürner, Konkurs, Rz. 1076

<sup>210</sup> Scholz / Lwowski, Rz. 989

<sup>211</sup> Scholz / Lwowski, Rz. 1003

Die B könnte einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus § 48 KO i.V. mit 127 II KO und § 985 haben.

Damit also die B die das Sicherungsgut herausverlangen kann, müßte sie die Eigentümerin sein, und S (bzw. deren Konkursverwalter) dürfte kein Recht zum Besitz gem. § 986 haben.

### 1. SICHERUNGSEIGENTUM

B ist Sicherungseigentümerin. (siehe I. A. 2.)

### 2. BESITZ DES ANSPRUCHSGEGNER

Das Sicherungsgut ist im unmittelbaren Besitz der S des Konkursverwalters. (siehe I. A. 1. b )

### 3. KEIN RECHT ZUM BESITZ, § 986

Mit dem Eintritt der Verwertungsreife entfällt das Besitzrecht des Sicherungsgebers.<sup>212</sup>

Die Verwertungsreife tritt nach § 65 KO auch mit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Sicherungsgebers ein.<sup>213</sup>

Die S (bzw. deren Konkursverwalter) hat kein Recht zum Besitz gem. § 986.

### 4. ERGEBNIS

Der Konkursverwalter der S ist nach § 127 II KO verpflichtet das Sicherungsgut herauszugeben.

Die B kann die Herausgabe des Sicherungsguts gem. der §§ 48 KO, 4 II KO, 127 II KO, 985 verlangen.

## II. Zweite Teilaufgabe

Der Konkursverwalter verlangt Schadensersatz für einen fast neuwertigen, von der B zum Händlereinkaufspreis verwerteten BMW 520i.

Grundsätzlich könnte der Konkursverwalter die Verwertung des BMW gem. §§ 36, 29 ff. KO anfechten. Nach § 37 KO handelt es sich hier jedoch nur um einen Rückgewähr- und nicht um einen Schadensersatzanspruch. Gleiches gilt für eventuell bestehende Ansprüche gem. §§ 812 ff.

Als Schadenersatzansprüche, die der Konkursverwalter geltend machen könnte, kommen somit nur ein Anspruch aus pVV sowie aus § 826 in Betracht.

---

<sup>212</sup> Pottschmidt / Rohr, Rz. 578

<sup>213</sup> Pottschmidt / Rohr, Rz. 577

### A. **Anspruch aus positiver Vertragsverletzung**

Nach § 6 II KO wird das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens durch den Konkursverwalter ausgeübt. In die Konkursmasse nach § 1 KO fallen auch Schadensersatzansprüche aufgrund schon vor der Konkurseröffnung erworbener Rechte.<sup>214</sup>

Ein eventuell gegebener Anspruch auf Schadensersatz aus pVV, bezüglich des Verkaufs des BMW 520i wäre bereits vor der Konkurseröffnung rechtlich begründet worden, und würde demnach zur Konkursmasse gehören.

Der Konkursverwalter<sup>215</sup> ist nach § 6 KO berechtigt, diesen möglichen Anspruch anstelle des Gemeinschuldners geltend zu machen.

K könnte einen Anspruch aus pVV aus der Verletzung einer Nebenpflicht seitens der B haben.

#### 1. SICHERUNGSVERTRAG

Ein wirksamer Sicherungsvertrag zwischen S und B liegt vor.

#### 2. NEBENPFLICHTVERLETZUNG

Eine Nebenpflichtverletzung könnte begründet sein in der Tatsache, daß die B zum Zeitpunkt der Verwertung zu dieser noch nicht berechtigt war. Desweiteren könnte sie in der Verletzung der Pflicht bei der Verwertung des Sicherungsguts mit kaufmännischer Sorgfalt vorzugehen liegen

##### a) Verwertungsberechtigung

Die B hätte eine vertragliche Nebenpflicht verletzt, wenn sie verwertet hätte, obwohl sie nicht zur Verwertung nach dem Sicherungsvertrag nicht berechtigt war. Nach dem modifizierten Sicherungsvertrag ist die B zur Verwertung analog gem. § 1228 berechtigt, wenn der Sicherungsgeber mit der Stundung der Forderung fällig ist.

Aus dem Sachverhalt kann die Fälligkeit der S nicht entnommen werden. Voraussetzung der Konkurseröffnung ist die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners, von derer sich das Konkursgericht nach § 105 I KO Gewißheit Verschaffen muß.<sup>216</sup> Von der tatsächlichen Zahlungsunfähigkeit der S ist demnach auszugehen. Auch auszugehen ist davon, daß von der Zahlungsunfähigkeit der S alle Gläubiger, mithin auch die B, betroffen waren. Das die S gegenüber der B mit der Stundung der Forderung fällig war, ist demnach anzunehmen.

Die B war zur Verwertung berechtigt; eine Nebenpflichtverletzung liegt insofern nicht vor.

---

<sup>214</sup> Jauernig, Konkurs, § 47 II

<sup>215</sup> im Folgenden K

<sup>216</sup> Baur / Stürner, Konkurs, Rz. 956, 970

b) kaufmännische Sorgfalt

Dem Sicherungsnehmer trifft bei der Verwertung von Sicherungseigentum die vertragliche Nebenpflicht zur wirtschaftlichen Verwertung.<sup>217</sup> Zwar ist der Sicherungsnehmer grundsätzlich nicht verpflichtet, an einen Endverbraucher mit höherem Erlös als dem Händlereinkaufspreis zu veräußern. Findet der Sicherungsnehmer jedoch in der eigenen "Firma" einen Käufer, so verletzt er das Interesse des Sicherungsgebers, wenn er nicht zumindestens versucht, dem Käufer ein Fahrzeug mit außergewöhnlich geringer Fahrleistung zu einem "Endverbraucherpreis" anzubieten, da mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, daß der Endverbraucher bereit gewesen wäre, daß Fahrzeug zu einem solchen Preis zu kaufen.<sup>218</sup>

Die B hat das Fahrzeug einem ihrer Mitarbeiter, also einem Endverbraucher verkauft. Es handelte sich um einen fast neuwertigen BMW 520i, also um ein Fahrzeug mit außergewöhnlich geringer Fahrleistung. Die B wird in Anbetracht der Lage, daß sie dies im ursprünglichen Sicherungsvertrag vereinbart hatte, den gebrauchten BMW 520i zum Händlereinkaufspreis verwertet haben, ohne zu versuchen, den höheren "Endverkaufspreis" zu verlangen.

Die B hat ihre Pflicht bei der Verwertung des Sicherungsguts den bestmöglichen Erlös zu erzielen verletzt.

Die B hat eine Nebenpflicht verletzt.

**3. SCHADEN**

Ein Schaden ist der S in der Höhe der Differenz zwischen dem Händlereinkaufspreis und dem erzielbaren "Endverkaufspreis" entstanden.

**4. VERSCHULDEN**

Die B müßte die Pflichtverletzung durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu vertreten haben. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt.<sup>219</sup> Nimmt eine Bank bei der Verwertung von Sicherungsgut auf die Interessen ihrer Kunden keine Rücksicht, handelt sie fahrlässig.<sup>220</sup>

Die B hat auf die Interessen der S keine Rücksicht genommen.

Sie hat die Pflichtverletzung fahrlässig begangen, also zu vertreten.

**5. KAUSALITÄT**

Der Schaden ist adäquat kausal auf die Pflichtverletzung zurückzuführen.

---

<sup>217</sup> LG Frankfurt in ZIP 1988, 767 (768)

<sup>218</sup> OLG Düsseldorf in BB 1990, 1016 (1017)

<sup>219</sup>Heinrichs in Palandt, § 276, Rz. 12

<sup>220</sup>Heinrichs in Palandt, § 276, Rz. 33

## 6. ERGEBNIS

Der K hat Anspruch auf Schadensersatz aus pVV wegen einer Nebenpflichtverletzung der B gegenüber der S in Höhe der Differenz zwischen dem Händlereinkaufspreis und dem erzielbaren "Endverkaufspreis"

### **B. Anspruch aus § 826**

Der Konkursverwalter ist ersatzberechtigt nach § 826, wenn eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung den Gemeinschuldner oder die Gesamtheit der Konkursgläubiger durch Verkürzung der Konkursmasse getroffen hat.<sup>221</sup>

Der Konkursverwalter könnte einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 826 geltend machen.

### 1. SCHADEN

Der S und die Gemeinschuldner haben einen Vermögensschaden (siehe II. A. 3.) erlitten der adäquat kausal von der B verursacht wurde.

"Bloße Vermögensschäden" sind ersatzfähig im Sinne des § 826.<sup>222</sup>

### 2. VORSATZ

Der Schädiger muß den Eintritt des Schadens zumindestens mit bedingtem Vorsatz gewollt haben. Es reicht also aus, wenn jemand für möglich hielt, daß sein Verhalten einen anderen schädigen werde, sofern er nur den Schaden des anderen für den Fall seines Eintritts billigend in Kauf nahm.<sup>223</sup>

Einer im Geschäftsleben erfahrenen Bank, ist bewußt, daß sie ihren Kreditnehmer oder mittelbar dessen Konkursgläubiger schädigt, wenn sie das Sicherungsgut nicht zum bestmöglichen Erlös verkauft. Wenn sie das Sicherungsgut zu einem geringeren als dem bestmöglichen verkauft, nimmt sie billigend in Kauf, daß der Sicherungsgeber oder dessen Gläubiger um diese Differenz schädigt.

Die B hat den Schaden der S und deren Gläubiger billigend in Kauf genommen, und somit bedingt vorsätzlich gehandelt.

### 3. VERSTOß GEGEN DIE "GUTEN SITTEN"

Die Haftung desjenigen nach § 826, der einen Schaden vorsätzlich herbeigeführt hat, ist an die weitere Voraussetzung geknüpft, daß das für den Schaden ursächliche Verhalten einen Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 darstellt.<sup>224</sup>

Das für den Schaden ursächliche Verhalten ist die Verwertung von einem Gebrauchtfahrzeug zum nicht bestmöglichen Erlös.

---

<sup>221</sup>Thomas in Palandt, § 826, Rz. 13

<sup>222</sup>Kötz, Rz. 188

<sup>223</sup>Kötz, Rz. 188

<sup>224</sup>Kötz, Rz. 189

Fraglich ist, ob ein solches Verhalten einen Verstoß gegen die guten Sitten verstößt. Die B handelt bei der Verwertung des BMW so, wie sie es im ursprünglichen Sicherungsvertrag vorsah; sie verkaufte zum Händlereinkaufspreis.

Bei der Beurteilung der Frage, ob hierin ein Verstoß gegen die guten Sitten zu sehen ist, kann deshalb in die Prüfung der Sittenwidrigkeit der Verwertungsklausel verwiesen werden. (siehe I. A. 1. b) (1) (b) [iv])

Das Handeln der B verstößt somit nicht gegen die guten Sitten.

#### **4. ERGEBNIS**

Der Konkursverwalter hat keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 826.

#### **C. Endergebnis**

Der Konkursverwalter kann Schadensersatz in der genannten Höhe bezüglich der Verwertung des BMW von der B aus pVV verlangen.