

Vorlesung Kreditsicherungsrecht

Unwirksamkeitsgründe bei Sicherungsübertragung (Folien 96 – 106)

I. Einführung

Die Vereinbarung von Sachsicherheiten (verstanden im weiteren Sinne unter Einschluss der Sicherungsabtretung) ist im Grundsatz – wie alle anderen Rechtsgeschäfte auch – von der Privatautonomie gedeckt. Ihre Grenzen findet sie daher nur im Typenzwang des Sachenrechts und darüber hinaus in den allgemeinen Regeln zur Zulässigkeit von Rechtsgeschäften, insbesondere in § 138 BGB und den §§ 305 ff. BGB. Jene Normen hat die Rechtsprechung im Laufe der Zeit immer weitergehend zur Einschränkung der meist von professionellen Kreditgebern in ihrem Interesse ausgeübten Gestaltungsmacht bei Sicherheitenverträgen herangezogen. Dadurch haben sich im Rahmen des § 138 BGB bzw. der §§ 305 ff. BGB (insbesondere § 307 BGB) bestimmte Fallgruppen entwickelt, deren Kenntnis bei Studierenden vorausgesetzt wird.

Für das Verhältnis des § 138 BGB insbesondere zu § 307 BGB ist dabei zu beachten, dass die einschlägige Rechtsprechung teilweise schon älter ist und damit aus einer Zeit stammt, als es das AGB-Recht in seiner heutigen Form der §§ 305 ff. BGB (und auch die Vorläuferregelung im AGB-Gesetz von 1976) noch nicht gab. In jener Zeit wurde daher die Inhaltskontrolle – neben § 242 BGB – ausschließlich am Maßstab des § 138 BGB vorgenommen. Bei einer Falllösung nach heutigem Recht ist jedoch zu beachten, dass die §§ 305 ff. BGB vorrangig vor § 138 BGB geprüft werden sollten, weil sich die Unwirksamkeit einer Regelung nach jenen Vorschriften aufgrund des niedrigeren Kontrollmaßstabs (Unangemessenheit statt Sittenwidrigkeit) i.d.R. leichter begründen lässt als nach der Regel des § 138 BGB. Die Anwendung der §§ 305 ff. BGB kommt freilich nur bei einer AGB-mäßigen Ausgestaltung der Sicherheitenverträge in Betracht, die jedoch aufgrund der Gestaltungsmacht der professionellen Kreditgeber durchaus häufig ist. In solchen Fällen sollte daher grundsätzlich insbesondere die Unwirksamkeit wegen unangemessener Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1 und 2 BGB im Gutachten vorrangig vor § 138 BGB angesprochen werden.

Allerdings gilt es insoweit jeweils im Einzelfall sorgsam die – in Klausurlösungen von Studierenden oft vernachlässigte – Vorschrift des § 307 Abs. 3 BGB zu beachten, nach der die Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 Abs. 1 und 2, 308, 309 BGB nur für Bestimmungen in AGB

möglich ist, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Nicht kontrollfähig ist danach insbesondere der Hauptgegenstand des Vertrags.

Beispiel 1: Die B-Bank gewährt Kreditnehmer K einen Betriebsmittelkredit über 1 Mio. € und lässt sich im Gegenzug die Forderungen des K gegen dessen Kunden zur Sicherheit abtreten, eine Grundschuld auf dem Betriebsgrundstück bestellen und zudem das Warenlager des K zur Sicherheit übereignen. Diese dinglichen Übertragungsgeschäfte können in ihrem Hauptgegenstand – der Abtretung, Bestellung einer Grundschuld bzw. Übereignung – nicht gemäß § 307 Abs. 1 und 2, 308, 309 BGB kontrolliert werden, weil es sich dabei um den Hauptgegenstand des (Sicherungs-)Vertrags handelt. Bei einer gedachten Unwirksamkeit gäbe es keine gemäß § 306 Abs. 2 BGB an die Stelle tretende gesetzliche Regelung.

Beispiel 2: Das Warenhaus W wird von Lieferant L mit Waren für den Verkauf im Warenhaus beliefert. Die Verkaufsbedingungen des L enthalten die Vereinbarung eines – ggf. verlängerten oder erweiterten – Eigentumsvorbehalts. In diesem Fall ist der Abschluss des Kaufvertrags der (nicht kontrollfähige) Hauptgegenstand des Vertrags, während die Sicherheitenbestellung dazu eine Nebenabrede ist, die folglich am Maßstab der §§ 307 ff. BGB kontrollierbar ist.

Beispiel 3: Zulieferer Z beliefert den Autohersteller A mit Bremsen oder Glasscheiben für die von A hergestellten Autos. In seine Verkaufsbedingungen nimmt Z einen Eigentumsvorbehalt mit Verarbeitungsklausel auf. Danach soll die Verarbeitung des von A unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Materials durch A (partiell) für Z erfolgen, um dem A so entgegen der Grundregel des § 950 BGB eine Eigentumsposition an dem Fertigprodukt, den Autos, zu sichern. Nicht anders als im Beispiel 2 ist der Abschluss des Kaufvertrags in diesem Fall der (nicht kontrollfähige) Hauptgegenstand des Vertrags, während die Sicherheitenbestellung dazu eine Nebenabrede ist, die folglich am Maßstab der §§ 307 ff. BGB kontrollierbar ist.¹

II. Ansatzpunkte für eine Sittenwidrigkeit von Verträgen über Creditsicherheiten

1. Grundlagen

Als wichtigste Fallgruppen des § 138 BGB sind im Recht der Sicherungsübertragung einerseits die das Interesse des Vertragspartners – des Sicherungsgebers – in den Blick nehmende sittenwidrige *Schuldnerknebelung* mit dem Hauptanwendungsfall der Übersicherung sowie andererseits die vorrangig das Interesse von Dritten schützende *Gläubigergefährdung* anerkannt, die insbesondere in den Fällen der Kollision verschiedener Sicherheiten relevant werden kann. Auch wenn in der Regel auf diese Fallgruppen zurückgegriffen werden kann, sollte bei der Fallbearbeitung das Grundlagenwissen zu § 138 BGB keinesfalls außer Acht gelassen werden.²

a) *Tatbestand der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)*

Bei der Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB ist die Definition der Sittenwidrigkeit durch das Reichsgericht als „Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden

¹ Siehe dazu den in der Vorlesung besprochenen Fall Nr. 11 – Das geteilte Segelboot.

² Siehe dazu *Bitter/Röder*, BGB AT, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 35 ff.

Menschen“³ der Ausgangspunkt.⁴ Aufbauend darauf können die Voraussetzungen der einzelnen Fallgruppen erörtert werden. Ob darüber hinaus ein subjektives Element vorliegen muss, wird nicht einheitlich beurteilt.⁵ Die Rechtsprechung und Teile der Literatur verlangen, dass der sittenwidrig Handelnde wenigstens die Umstände kannte, die das Sittenwidrigkeitsurteil stützen.⁶

Auch der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB teilt sich in ein objektives und (in diesem Fall unstreitiges) subjektives Element. Neben dem objektiven Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung wird das Ausbeuten einer Schwächesituation verlangt.⁷ Die subjektiven Anforderungen sind insoweit höher als beim allgemeinen Sittenwidrigkeitstatbestand.

b) Verhältnis der Tatbestände des § 138 Abs. 1 und 2 BGB zueinander

Grundsätzlich ist – wie im Lern- und Fallbuch zum BGB AT ausgeführt – § 138 Abs. 2 BGB als Sonderfall der Sittenwidrigkeit⁸ gegenüber § 138 Abs. 1 BGB spezieller; er sollte daher im Gutachten vorrangig geprüft werden.⁹

Jedoch bereiten die hohen subjektiven Anforderungen des Absatzes 2 bei dessen Anwendung in der Praxis oft Schwierigkeiten, so dass die Rechtsprechung auch bei Geschäften, die eigentlich unter den Wuchertatbestand zu fassen wären, häufig direkt auf § 138 Abs. 1 BGB zurückgreift.¹⁰ Diese Durchbrechung des Spezialitätsgrundsatzes begründet der Bundesgerichtshof teleologisch damit, dass auch § 138 Abs. 1 BGB die Funktion habe, die Rechtsordnung vor dem Missbrauch der Vertragsfreiheit zu schützen.¹¹

c) Problematische Anwendbarkeit des § 138 Abs. 2 BGB auf die Kreditbesicherung

Davon abgesehen erscheint es ohnehin problematisch, § 138 Abs. 2 BGB auf die Bestellung einer Sicherheit anzuwenden, weil die Vorschrift ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung verlangt. Die dafür erforderliche Gegenseitigkeit des Vertrages – das

³ RGZ 48, 114, 124; für das Kreditsicherungsrecht wird teilweise auf das Anstandsgefühl der Kaufleute (BGHZ 19, 12, 17) oder Bankleute (BGHZ 20, 43, 50) abgestellt. Materielle Unterschiede entstehen dadurch nicht.

⁴ Siehe dazu *Bitter/Röder* (Fn. 2), § 6 Rn. 36.

⁵ Dazu *Bitter/Röder* (Fn. 2), § 6 Rn. 39; ausführlicher zum Meinungsstand MünchKommBGB/*Armbrüster*, 8. Aufl. 2018, § 138 Rn 129 ff.

⁶ Siehe aus der Rspr. etwa BGH NJW 2005, 2991, 2992.

⁷ Palandt/*Ellenberger*, BGB, 80. Aufl. 2021, § 138 Rn. 69.

⁸ Palandt/*Ellenberger* (Fn. 7), § 138 Rn. 24.

⁹ *Bitter/Röder* (Fn. 2), § 6 Rn. 42.

¹⁰ Siehe auch dazu *Bitter/Röder* (Fn. 2), § 6 Rn. 42.

¹¹ BGHZ 80, 153, 157 = NJW 1981, 1206, 1207; siehe ferner die Argumentation bei *Bitter/Röder* (Fn. 2) in der Lösung zur Abwandlung des Falles Nr. 34 – Pecunia non olet (S. 268).

Synallagma – fehlt jedenfalls bei der Sicherheitenbestellung durch Dritte, die nicht selbst Kreditnehmer sind, weil diese Sicherungsgeber nur eine einseitige Leistung erbringen.¹²

Aber auch bei einer Sicherheitenbestellung durch den Kreditnehmer selbst erscheint es nicht zweifelsfrei, § 138 Abs. 2 BGB anzuwenden. Im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen beim Kreditvertrag i.S.v. § 488 BGB zunächst einmal die Kapitalüberlassung auf Zeit und die Zinszahlung¹³, weshalb § 138 Abs. 2 BGB z.B. auf Wucherzinsen Anwendung finden kann.¹⁴ Selbst wenn man im Einzelfall zusätzlich die Bestellung der vereinbarten Sicherheit als gegenseitig im Sinne des Synallagmas ansehen wollte¹⁵, was freilich nur in Betracht kommt, falls die Partivereinbarung Anhaltspunkte für eine echte Zug-um-Zug-Verknüpfung von Auszahlungsanspruch und Sicherheitenbestellung bietet¹⁶, ist doch fraglich, inwieweit dann von einem „auffälligen Missverhältnis“ i.S.d. § 138 Abs. 2 BGB die Rede sein kann. Ein solches Missverhältnis müsste wohl zwischen Darlehenssumme und Sicherheit bestehen, wobei jedoch zu berücksichtigen ist, dass die Sicherheit – anders als bei sonstigen gegenseitigen Verträgen – nicht zum Verbleib beim Vertragspartner bestimmt ist. Die Übertragung des Vermögenswertes erfolgt vielmehr von vorneherein nur treuhänderisch zu Sicherungszwecken. Der Sicherungsnehmer kann deshalb aus der Sicherheit Befriedigung immer nur in Höhe der gesicherten Schuld erlangen, weil einer weitergehenden Inanspruchnahme aus der Sicherheit die Einrede des fehlenden Sicherungsfalls entgegensteht. Vor diesem Hintergrund kann sich schwerlich ein „auffälliges Missverhältnis“ i.S.d. § 138 Abs. 2 BGB einstellen, das sich ja explizit auf die ausgetauschten Leistungen bezieht.¹⁷

Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass die Rechtsprechung § 138 Abs. 2 BGB – soweit ersichtlich – niemals zur Begründung der Nichtigkeit von Kreditsicherheiten herangezogen, sondern sich ausschließlich auf § 138 Abs. 1 BGB gestützt hat.

¹² Vgl. für die Bürgschaft Palandt/*Ellenberger* (Fn. 7), § 138 Rn. 66 m.N. zur Rspr.

¹³ Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 7), Vorb v § 488 Rn. 2; MünchKommBGB/*Berger*, 8. Aufl. 2019, Vor § 488 Rn. 10.

¹⁴ Zu Wucherkrediten siehe *Bitter/Röder* (Fn. 2), § 6 Rn. 42 f.

¹⁵ So Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 7), Vorb v § 488 Rn. 2; MünchKommBGB/*Berger* (Fn. 13), Vor § 488 Rn. 10.

¹⁶ Siehe MünchKommBGB/*Berger* (Fn. 13), § 488 Rn. 58.

¹⁷ Damit ist nicht gesagt, dass ein auffälliges Missverhältnis zwischen Forderung und Sicherheit gar nicht existieren und anderweitig – nämlich im Rahmen des ersten Absatzes des § 138 BGB unter dem Stichwort der Übersicherung – Bedeutung erlangen könnte; der Vorwurf an den Sicherungsnehmer geht in diesen Fällen aber nicht dahin, sich über die Gewährung der Sicherheit einen höheren Betrag als die Forderung zu verschaffen, sondern dem Sicherungsgeber die Sicherheiten als Grundlage für seine geschäftlichen Aktivitäten zu entziehen; vgl. unten Ziff. II. 4. bei Fn. 37.

c) Rechtsfolgen

Ein Verstoß gegen § 138 BGB begründet grundsätzlich die Nichtigkeit des Sicherungsvertrages, d.h. des schuldrechtlichen Vertrags, im Ganzen.¹⁸ Das Verfügungsgeschäft ist davon unabhängig zu betrachten und gilt grundsätzlich als sittlich neutral.¹⁹ Jedoch sind beide Geschäfte dann unwirksam (Fehleridentität), wenn die Sittenwidrigkeit gerade im dinglichen Vollzug liegt. Und genau dies ist bei sittenwidrigen Sicherungsübertragungen der Fall²⁰, deren Sinn ja gerade auf die Einräumung einer *dinglichen* Rechtsposition gerichtet ist, um als Sicherungsnehmer in der Insolvenz des Sicherungsgebers einen Vorrang (Aus- oder Absonderungsrecht) zu genießen.

Ein Verstoß gegen § 138 Abs. 2 BGB begründet, wie sich aus dem Wortlaut ergibt („versprechen oder gewähren lässt“), dagegen immer die Nichtigkeit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft. Die Norm kommt aber – wie dargelegt – im Kreditsicherungsrecht kaum jemals zu Anwendung.

2. Knebelung

Eine sittenwidrige Knebelung²¹ liegt vor, wenn die wirtschaftliche Entfaltung einer Vertragspartei in einem Maße beschnitten wird, dass diese ihre Selbständigkeit und wirtschaftliche Entschließungsfreiheit im Ganzen oder in einem wesentlichen Teil einbüßt.²² Der Tatbestand der sittenwidrigen Knebelung ist dabei nicht auf Kreditsicherungsverträge beschränkt, sondern begegnet uns auch in sonstigen Konstellationen, z.B. den bekannten Fällen der langfristigen Bierbezugsverträge:²³ Bis zum Einschreiten der Rechtsprechung war es nicht unüblich, dass Brauereien die von ihnen mit Bier belieferten Gastwirte mit Vertragslaufzeiten von 25 oder 30 Jahren sehr lange an sich zu binden suchten und ihnen damit fast für ihr gesamtes Leben als Gastwirt die Möglichkeit nahmen, zu einem Konkurrenzunternehmen zu wechseln.²⁴

Bei Kreditsicherungsverträgen liegt eine Knebelung vor, wenn der Gläubiger seine wirtschaftliche Machtposition gegenüber dem Schuldner derart ausnutzt, dass dieser ihm sein

¹⁸ Zu – nicht speziell auf Sicherheitenverträge bezogenen – Ausnahmen, in denen eine teilweise Aufrechterhaltung über § 139 BGB angenommen wird, siehe Palandt/*Ellenberger* (Fn. 7), § 138 Rn. 19.

¹⁹ BGH NJW 1990, 384, 385 = WM 1989, 1673, 1674 = ZIP 1989, 1382, 1383; vgl. auch Palandt/*Ellenberger* (Fn. 7), § 138 Rn. 20.

²⁰ BGHZ 19, 12, 18; BGHZ 30, 149, 153.

²¹ Siehe dazu BGHZ 19, 12 = WM 1955, 1667; OLG Köln ZIP 1985, 1472 = WM 1986, 452.

²² BGH NJW 1993, 1587, 1588; siehe auch RGZ 130, 143, 145; BGHZ 19, 12, 18; BGHZ 44, 158, 161.

²³ Palandt/*Ellenberger* (Fn. 7), § 138 Rn. 39 mit Verweis auf Rn. 81.

²⁴ Siehe die Nachweise zur Rechtsprechung, die Vertragslaufzeiten über 15 Jahre für grundsätzlich sittenwidrig erklärt, bei Palandt/*Ellenberger* (Fn. 7), § 138 Rn. 81.

gesamtes (Rest-)vermögen als Sicherheit überträgt²⁵ und dadurch jegliche wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit verliert. Aber auch Fälle, in denen eine Partei durch Vertrag sämtliche Einwirkungsmöglichkeiten auf ihr eigenes Vermögen aufgibt, ohne dass ihr die Möglichkeit eingeräumt wird, sie eigenständig wieder zu erlangen, führen zu einer sittenwidrigen Knebelung.²⁶

Für die Annahme einer sittenwidrigen Knebelung ist weder notwendig noch ausreichend, dass der Schuldner infolge der Sicherungsübertragung kein freies Vermögen mehr besitzt.²⁷ Vielmehr ist durch eine Würdigung der Umstände zu ermitteln, ob dem Schuldner die Freiheit für eigene wirtschaftliche und kaufmännische Entschlüsse genommen wird.²⁸ Die Übertragung des gesamten Vermögens ist ein Umstand, der in diese Bewertung mit einfließt; eine Knebelung kann jedoch auch schon vorliegen, wenn Vermögensgegenstände zwar im Schuldnervermögen verbleiben, diese aber im wirtschaftlichen Verkehr nicht als Haftungsobjekt geeignet sind. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, inwiefern der Sicherungsnehmer in die Steuerung des Unternehmens eingreift, sei es durch wirtschaftliche Abhängigkeit, durch das Verbot, anderweitig Kredite aufzunehmen, selbstständig über Einnahmen zu verfügen oder wenn es allein in seiner Hand liegt, dem Unternehmen jederzeit das wesentliche Vermögen zu entziehen.²⁹ Auf der anderen Seite kann gerade der ausgekehrte Kredit wieder die wirtschaftliche Freiheit des Schuldners in ausreichendem Maße sichern, wenn er hoch genug ist.³⁰

Subjektiv ist erforderlich, dass der Sicherungsnehmer in sittenwidriger Weise eigennützige Ziele verfolgt.³¹ Jedoch muss er dafür nicht vorsätzlich oder gar arglistig handeln. Ausreichend ist vielmehr, wenn er die Folgen seines Handelns kannte³² oder grob fahrlässig verkannte, indem er es unterlässt, die wirtschaftliche Lage des Sicherungsgebers sorgfältig zu prüfen. Eine solche Prüfpflicht wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn er aufgrund besonderer Umstände Zweifel an der geschäftlichen Lauterkeit des Sicherungsgebers hegen musste.³³

²⁵ BGHZ 19, 12, 17.

²⁶ Siehe dazu BGHZ 44, 158 und BGH NJW 1993, 1587.

²⁷ BGHZ 20, 43, 49 f.

²⁸ BGHZ 19, 12, 18.

²⁹ OLG Köln ZIP 1985, 1472, 1474.

³⁰ BGHZ 19, 12, 18.

³¹ BGHZ 19, 12, 17.

³² BGHZ 19, 12, 18.

³³ OLG Köln ZIP 1985, 1472, 1474 m.w.N.

3. Gläubigergefährdung

Die Sittenwidrigkeit kann sich aber nicht nur aus dem Verhältnis zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer ergeben, sondern auch daraus, dass der Sicherungsnehmer die Befriedigungsmöglichkeit *anderer Gläubiger* aus eigensüchtigen Gründen verhindert. Allerdings ist insoweit eine durchaus hohe Schwelle für die Annahme einer Sittenwidrigkeit zu beachten, weil mehrere Kreditgeber desselben Schuldners untereinander mangels Sonderbeziehung i.S.d. §§ 241, 280 ff. BGB grundsätzlich nicht verpflichtet sind, aufeinander Rücksicht zu nehmen. Konkurrenz im Sinne eines Strebens nach dem eigenen Vorteil ist in einer freien Marktwirtschaft vielmehr grundsätzlich erwünscht und erlaubt. Es müssen daher besondere Umstände hinzukommen, die es als „Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerechten Denkenden“ erscheinen lassen, dass ein Gläubiger auf die Interessen anderer Gläubiger des Schuldners keine Rücksicht nimmt.

Angenommen hat dies der BGH z.B. im Fall der Globalzession eines *Abfertigungsspediteurs* an die kreditgebende Bank.³⁴ Die Besonderheit eines solchen Abfertigungsspediteurs besteht nämlich darin, dass er Frachtgut nicht selbst befördert, sondern für die Beförderung Frachtführer einschaltet, die – wie die kreditgebende Bank wusste – ihre Forderungen auf Frachtlohn gegen den Abfertigungsspediteur mit Rücksicht auf dessen Ansprüche gegen die Versender kreditierten. Der Bank war folglich bekannt, dass die ihr abgetretenen Forderungen des Spediteurs gegen die Versender auf Frachtlohn benötigt wurden, um die den Transport tatsächlich durchführenden Frachtführer zu entlohnen. In dieser besonderen Situation kann in der kompletten Abtretung jener Ansprüche des Spediteurs gegen die Versender an die kreditgebende Bank ein sittenwidriges Verhalten liegen, weil auf die Interessen der Frachtführer keinerlei Rücksicht genommen wird und mittelbar auch nicht auf das Interesse des Abfertigungsspediteurs, der für sein Geschäftsmodell darauf angewiesen ist, die den Transport durchführenden Frachtführer aus dem von ihm bei den Versendern eingezogenen Frachtlohn bezahlen zu können.

Die Abgrenzung zwischen den Fällen der Knebelung und der Gläubigerbefriedigung ist trotz des theoretisch anderen Ausgangspunktes – Schuldnerinteresse einerseits, Gläubigerinteresse andererseits – fließend. Dies zeigt etwa der vorgenannte Fall des Abfertigungsspediteurs, weil durch die Globalzession an die Bank nicht nur die Interessen der anderen Gläubiger – der Frachtführer – betroffen sind, sondern mittelbar auch das Interesse des Schuldners – des Spediteurs. Dessen Geschäftsmodell wäre nämlich nicht mehr realisierbar, sobald die Frachtführer erfahren würden, dass ihnen die Ansprüche gegen die Versender als Haftungsgrundlage für ihre

³⁴ BGH NJW 1996, 847 mit Hinweis auf OLG Hamm NJW-RR 1987, 235 ff.

eigenen Ansprüche auf Frachtlohn entzogen werden. Häufig werden deshalb tatbestandlich beide Fälle einschlägig sein, wenn die Sicherheiten – wie üblich – bei Vereinbarung eines Darlehens bestellt werden.

Die sittenwidrige Knebelung liegt nur in solchen Fällen allein vor, in denen eine relevante Gläubigergefährdung gerade nicht anzunehmen ist, insbesondere wenn Sicherungsübertragungen *nachträglich* zur Tilgung des Darlehens vorgenommen werden. Eine vom Gesetz (§ 138 BGB) missbilligte Gläubigergefährdung liegt dann nicht vor, weil es dem Schuldner grundsätzlich nicht verwehrt ist, einzelne Gläubiger vorrangig zu befriedigen. Im Missbrauchsfall steht den anderen Gläubigern dann nur die Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz oder in der Insolvenz nach §§ 129 ff. InsO zu; ein Fall des § 138 Abs. 1 BGB liegt jedoch nicht vor.³⁵

4. Übersicherung

Übersicherung – der für die Praxis und Klausur relevanteste Fall der Knebelung – liegt vor, wenn der realisierbare Wert der Sicherheit das gesicherte Risiko in unangemessener Weise übersteigt. Bei akzessorischen Sicherheiten (Bürgschaft, Pfandrecht, Hypothek) kann eine solche Situation von vorneherein nicht auftreten, weil die Sicherheit immer exakt dem Umfang der gesicherten Forderung entspricht. Anders ist dies hingegen bei den erst nachträglich von der Vertragspraxis entwickelten Sicherungsformen der Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung und Sicherungsgrundschuld, bei denen keine direkte Beziehung zwischen Forderung und Sicherheit besteht, sondern die Sicherheit grundsätzlich abstrakt ist. Wegen dieser Abstraktheit der Sicherheitenbestellung von der gesicherten Forderung kann sich die Situation ergeben, dass der Kreditgläubiger treuhänderisch (deutlich) mehr Gegenstände des Schuldners als Sicherheit erhält, als er zur Sicherung seiner Forderung benötigt. Er kann sich zwar auch dann im Verwertungsfall keinen höheren Erlös verschaffen, als ihm aufgrund seiner kreditierten Forderung zusteht, weil er den Übererlös an den Sicherungsgeber auszukehren hat.³⁶ Allerdings blockiert er während der Dauer des Kreditverhältnisses Werte im Vermögen des Schuldners und verhindert so, dass dieser sie gewinnbringend (und sei es nur als Kreditsicherheit gegenüber anderen Gläubigern) einsetzen kann.³⁷

Beispiel: Bank B gewährt Unternehmer U einen Betriebsmittelkredit i.H.v. 1 Mio. €. Sie lässt sich auf dem Betriebsgrundstück eine Grundschuld über 1 Mio. € nebst Zinsen einräumen, zusätzlich das Warenlager des U im Wert von 800.000 € zur Sicherheit übereignen und schließlich Forderungen des U gegen Dritte im Wert von

³⁵ BGHZ 19, 12, 16; ausführlich zum Verhältnis der allgemeinen Vorschriften (wie §§ 134, 138 BGB) zu den speziellen Anfechtungsregeln *Gehrlein* DB 2016, 1177 ff.

³⁶ Siehe dazu – im Zusammenhang mit § 138 Abs. 2 BGB – bereits oben II. 1. c).

³⁷ *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Aufl., 2017, Rn. 1106.

700.000 € zur Sicherheit abtreten. Werden die gewährten Sicherheiten verwertet (durch B oder den Insolvenzverwalter), darf B selbstverständlich von dem Erlös nie mehr behalten, als zur Rückführung des Betriebsmittelkredits i.H.v. 1 Mio. € nebst Zinsen erforderlich ist. U kann aber während seiner Geschäftstätigkeit alle gewährten Kreditsicherheiten nicht mehr für sein Geschäft einsetzen, insbesondere nicht zur Besicherung weiterer Kredite. Dadurch wird er in unangemessener Weise in seiner Bewegungsfreiheit beeinträchtigt, wenn – wie in dem hiesigen Beispiel im Regelfall anzunehmen ist³⁸ – der (realisierbare) Wert der Sicherheiten das Kreditvolumen deutlich übersteigt.

Übersicherung kann sowohl vorliegen, weil von Anfang an eine unangemessen hohe Sicherheit vereinbart wurde (anfängliche Übersicherung), als auch in Fällen, in denen sich im Nachhinein das Verhältnis von Sicherheit und besicherter Forderung ändert (nachträgliche Übersicherung). Eine nachträgliche Übersicherung tritt ein, wenn entweder der Kredit zurückgeführt wird, ohne dass entsprechend Sicherheiten freigegeben werden, oder sich alternativ der Wert der Sicherheit ohne gleichzeitige Ausweitung des Kreditvolumens erhöht und dadurch die Grenze der Unangemessenheit überschritten wird. Letzteres kommt insbesondere bei Sicherheiten an einer Gesamtheit von Gegenständen wie der Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestand oder der Sicherungsabtretung aller Kundenforderungen eines Unternehmens (sog. Globalzession) in Betracht ist, bei denen sich der Umfang der Sicherheit ständig verändert (sog. revolvingende Sicherheiten).³⁹ Aber auch bei Sicherheiten an einzelnen Gegenständen ist im Ausnahmefall eine nachträgliche Übersicherung denkbar, wenn der Wert des Gegenstandes und damit auch der Wert der gewährten Sicherheit steigt.

Beispiel: In dem vorgenannten Beispielfall erhöht sich der Wert der Sicherheit, wenn in das zur Sicherheit übereignete Warenlager zusätzliche Waren verbracht werden. Auch der Wert der Grundschuld kann ansteigen, wenn der realisierbare Verkaufserlös des Grundstücks zunächst den Betrag der Grundschuld von 1 Mio. € nebst Zinsen nicht voll gedeckt hat, dies aber später durch eine Wertsteigerung des Grundstücks der Fall ist.

³⁸ Siehe zum Problem der Bewertung aber noch sogleich unter Ziff. II. 4. a).

³⁹ Die Problematik der nachträglichen Übersicherung ergibt sich hier daraus, dass künftig erst entstehende Sachgesamtheiten und Forderungen dem Bestimmtheitsgrundsatz genügend übertragen werden können, ohne dass jeder Gegenstand einzeln bezeichnet werden müsste, wenn sich aus der dinglichen Einigung eindeutig ergibt, welche Sachen bzw. Forderungen übertragen sein sollen. Es muss nur für jeden, der die Sicherungsabreden kennt, ohne weiteres klar ersichtlich sein, welche Gegenstände betroffen sind. So ist bei der Sicherungsübereignung z.B. erforderlich, dass eine räumliche Abgrenzung der Sachen vorgenommen wird, beispielsweise alle Waren eines bestimmten Typs in einem bestimmten Lagerraum oder einem klar abgrenzbaren Teil eines Lagerraums übereignet werden (sog. Raumsicherungsvertrag). Möglich ist auch die Vereinbarung, dass der Sicherungsübertragung unterfallende Sachen vom Sicherungsgeber auf bestimmte Art und Weise markiert werden (sog. Markierungsvertrag). Bei Forderungen ist dem Bestimmtheitsgrundsatz schon dann genüge getan, wenn *alle* bestehenden und zukünftigen Forderungen des Sicherungsgebers übertragen werden (sog. Globalzession); aber auch eine Abgrenzung nach Forderungen aus einer bestimmten Geschäftsart oder einem bestimmten Kundenkreis ist ausreichend.

a) Das Problem der Bewertung

Der regelmäßige Zweck eines Sicherungsvertrages, den Gläubiger abzusichern, wird nur erreicht, wenn der *realisierbare* Verwertungserlös der Sicherheiten die gesicherte Forderung abdeckt. Erst wenn dieser im späteren Sicherungsfall tatsächlich erzielbare Erlös die gesicherte Forderung überschreitet, kann von einer Übersicherung geredet werden. Deshalb darf nicht einfach vergrößernd der Nominalwert der gewährten Sicherheit in Ansatz gebracht, sondern es muss konkret bestimmt werden, welcher Erlös sich im Verwertungsfall tatsächlich ergeben wird.

Beispiel: Wenn in dem o.g. Beispielsfall des Betriebsmittelkredits der B an U i.H.v. 1 Mio. € das Grundstück nur einen realistischen Verkaufspreis von 500.000 € hat, das Warenlager im Insolvenzfall nur deutlich unter Wert verkäuflich ist und zudem die Drittschuldner der von U an B abgetretenen Forderungen von zweifelhafter Bonität sind, liegt trotz des Nominalwertes aller Sicherheiten von 2,5 Mio. € im Vergleich zu dem Kreditbetrag von 1 Mio. € ggf. keine Übersicherung vor, wenn sich aus allen Sicherheiten realistisch nur ein Betrag in ähnlicher oder niedriger Höhe wie der Kreditbetrag erzielen lässt.

Dies führt zu dem Problem, wie die gesicherte Forderung und die Sicherheit zu bewerten sind. Dazu hat sich der Große Senat des Bundesgerichtshofes in seinem später noch in Bezug auf die nachträgliche Übersicherung zu besprechenden Grundsatzbeschluss BGHZ 137, 212 aus dem Jahr 1997⁴⁰ umfassend geäußert: Es gilt auf der einen Seite das Sicherungsinteresse des Kreditgebers – die sog. Deckungsgrenze – zu bestimmen und auf der anderen Seite den realisierbaren Wert der Sicherheiten.

Die gesicherte Forderung kann ohne weiteres mit ihrem aktuellen Nennwert angesetzt werden, d.h. mit dem im Kreditvertrag vereinbarten Darlehensbetrag oder – wenn der Kredit bereits teilweise getilgt wurde – dem Forderungsbetrag, mit dem der Kredit im Streitfall noch valutiert.⁴¹ Damit ist allerdings noch nicht das gesamte Sicherheitsbedürfnis abgedeckt, denn im Sicherungsfall kommen zu dem Forderungsausfall in der Regel noch Verfahrenskosten hinzu, die auch dem Gläubiger zur Last fallen. Der Gesetzgeber hat für ähnliche Kosten – wie im Skript „Insolvenzrechtliche Grundlagen des Kreditsicherungsrechts“ näher ausgeführt – in § 171 InsO eine pauschalisierende Regelung getroffen. Demnach werden die Kosten der Feststellung pauschal mit 4 % der gesicherten Forderung (§ 171 Abs. 1 S. 2 InsO), die der Verwertung pauschal mit 5 % angesetzt (§ 171 Abs. 2 S. 1 InsO). Der Große Senat des BGH hielt demgegenüber im Jahr 1997 im Hinblick auf die Kosten für Verwaltung und Verwertung der Sicherheit einen pauschalen Aufschlag von 10 % auf die gesicherte Forderung für gerechtfertigt,

⁴⁰ BGHZ 137, 212, 230 = NJW 1998, 671 = ZIP 1998, 235, = JuS 1999, 740.

⁴¹ *Bülow* (Fn. 37), Rn. 1108.

um das schützenswerte Sicherungsbedürfnis des Kreditgebers zu ermitteln.⁴² Den so aus der Forderung zuzüglich der Kosten ermittelten Wert bezeichnet man auch als Deckungsgrenze, die nach der Lösung des Großen Senats bei 110 % des Nennwertes der gesicherten Forderung liegt (= Nennwert zuzüglich 10 % für die Kosten).

Falls zu erwarten ist, dass bei der Verwertung vom Verkaufserlös noch Umsatzsteuer abzuführen ist (vgl. §§ 170 Abs. 2, 171 Abs. 2 S 3 InsO), muss auch diese beim Sicherungsbedürfnis des Kreditgebers berücksichtigt werden. Es sei insoweit an den Beispielsfall der Verwertung eines LKW aus o.g. Skript erinnert:

Beispiel: Der Schuldner erhält von seiner Bank einen Kredit und übereignet zur Sicherheit an diese einen LKW nach §§ 929, 930 BGB. Im Insolvenzverfahren des Schuldners verwertet der Insolvenzverwalter gemäß § 166 Abs. 1 InsO den LKW zugunsten der Bank gesondert und erlöst 50.000 € (incl. Umsatzsteuer). Die Feststellungskosten betragen dabei 2.000 € (= 4 % von 50.000 €) und die Verwertungskostenpauschale 2.500 € (= 5 % von 50.000 €). Abzüglich dieser Beträge und der Umsatzsteuer in Höhe von 7.983,19 € (19 % von 42.016,81 €) verbleibt ein an die Bank als absonderungsberechtigte Gläubigerin auszukehrender Resterlös von 37.516,81 €.

Ausgehend von diesem im Vergleich zum Verkaufspreis nicht unerheblich reduzierten Erlös ergibt sich ein Sicherungsbedürfnis von insgesamt 133 % der gesicherten Forderung. Wie das vorgenannte Beispiel zeigt, benötigt man nämlich zur Realisierung eines Erlöses von 37.516,81 € einen Gegenstand im Wert (= Verkaufspreis) von 50.000 € (= 133 %).

Bei der Bewertung der Sicherheiten dagegen stößt man auf evidentere Probleme. So ist für die Bewertung der Sicherheit darauf abzustellen, welchen Wert sie gegebenenfalls bei einer etwaigen Verwertung für den Sicherungsnehmer erzielen könnte (realisierbarer Wert oder Sicherungswert). Es ist also eine Prognose über den potentiellen Verwertungserlös notwendig.⁴³ Ausgangspunkt ist dafür bei sicherungsübereigneten Waren der Marktpreis zum relevanten Zeitpunkt⁴⁴ oder – wenn ein solcher nicht zu ermitteln ist – der Einkaufspreis. Bei sicherungsabgetretenen Forderungen kann im Grundsatz auf den Nennwert abgestellt werden.⁴⁵ Davon sind jedoch Risikoabschläge für zu erwartende Mindereinnahmen bei der endgültigen Verwertung zu machen.⁴⁶ Da es hierfür jedoch keine allgemeingültigen, branchenunabhängigen

⁴² BGHZ 137, 212, 224 ff.; s. auch schon BGHZ 94, 105, 115.

⁴³ *Bülow* (Fn. 37), Rn. 1108.

⁴⁴ Im Falle anfänglicher Übersicherung ist das der Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit, bei nachträglicher Übersicherung der Zeitpunkt des Freigabeverlangens; vgl. dazu unten II. 4. b).

⁴⁵ BGHZ 137, 212, 234 f. (Großer Senat).

⁴⁶ Gründe für diese Mindereinnahmen liegen z.B. im Anwachsen vorrangiger Rechte Dritter in der Krisensituation – insbesondere von Eigentumsvorbehalten –, ferner in der Stilllegung des Unternehmens, so dass Sachwerte nur noch zum Zerschlagungswert und nicht mehr zum häufig höheren Fortführungswert verwertet werden können, schließlich auch in einem allgemeinen Preisverfall des Sicherungsgutes; vgl. detailliert *Tetzlaff*, ZIP 2003, 1826, 1830; weitere Gründe bei *Schröter*, WM 1997, 2193, 2195 und *Rellermeyer*, WM 1994, 1009, 1012.

Maßstäbe gibt⁴⁷, hat sich der Große Senat des Bundesgerichtshofs aus Gründen der Vereinfachung und Rechtssicherheit für eine pauschalisierende Lösung entschieden und aus § 237 S. 1 BGB die widerlegliche Vermutung abgeleitet, dass sich der realisierbare Wert durch einen Abschlag von einem Drittel auf den Ausgangswert der Sicherheit ermitteln lässt.⁴⁸

Wenn also beispielsweise ein Kredit i.H.v. 10.000 € mit einer Sicherungsübereignung von Waren im Wert von 20.000 € gesichert wird, ergeben sich (ohne Berücksichtigung der Umsatzsteuer) folgende Wertansätze:

Nennwert der Forderung:	10.000 €
Sicherungsbedürfnis + 10 %:	11.000 €
Warenwert:	20.000 €
Realisierbarer Wert 2/3:	13.333 €

Damit ist der realisierbare Wert der Sicherheit, der Sicherungswert, größer als das geschützte Sicherungsbedürfnis. Übersicherung liegt damit grundsätzlich vor. Wären demgegenüber nur Waren im Wert von 15.000 € sicherungsübereignet worden, ergäbe sich nach der in § 237 S. 1 BGB zugrunde gelegten Berechnungsweise ein realisierbarer Wert von 10.000 € (2/3 von 15.000 €), der exakt dem Nennwert der Forderung entspricht, sodass keine Übersicherung vorläge. Es ergäbe sich aber auch keine Untersicherung, da die Berechnungsweise des § 237 S. 1 BGB bereits die Kosten der Verwertung und Verwaltung impliziert und folglich der Ansatz von zwei Dritteln des Schätzwertes auf den Nennwert der Forderung und nicht auf das um 10 % erhöhte Sicherungsbedürfnis zu beziehen ist. Danach ergeben sich im Ergebnis zwei Methoden der Feststellung einer Übersicherung: (1) Ist der beim Verkauf des Sicherungsguts erzielbare Erlös exakt bekannt, darf dieser um 10 % über dem Nennwert der Forderung liegen, um neben der Forderung auch die Kosten der Verwaltung und Verwertung (z.B. die Maklerkosten) abzudecken. (2) Ist der erzielbare Erlös nicht bekannt und existiert nur ein Schätzwert, darf dieser um 50 % über dem Nennwert der Forderung liegen. Dann nämlich entsprechen zwei Drittel des Schätzwertes dem Nennwert der Forderung.⁴⁹

⁴⁷ So BGHZ 137, 212, 230 (Großer Senat).

⁴⁸ BGHZ 137, 212, 233 (Großer Senat).

⁴⁹ Werden zwei Sicherheiten gestellt, von denen nur für eine der realisierbare Wert bekannt ist, gilt diese Berechnungsmethode ebenso: Nach den obenstehenden Grundsätzen ist zunächst für jede Sicherheit auszurechnen, welchen Forderungswert sie absichern kann, ohne die Sittenwidrigkeitsschwelle zu überschreiten. Sodann sind die beiden Werte zu addieren und in einen Vergleich mit dem tatsächlichen Wert der Forderung des Sicherungsgebers einzustellen.

b) Rechtsfolgen der Übersicherung

Wenn eine Übersicherung vorliegt, ist im Hinblick auf deren rechtliche Konsequenzen danach zu differenzieren, ob diese anfänglich oder nachträglich ist.⁵⁰ Denn auf der Rechtsfolgen-ebene ergeben sich nach der Rechtsprechung des BGH deutliche Unterschiede:

aa) Anfängliche Übersicherung

Nur bei der anfänglichen, bereits bei Vertragsschluss vorliegenden Übersicherung stellt sich die Frage nach einer Wirksamkeit der Sicherheitenbestellung (gemäß § 138 I BGB bzw. – in AGB-Fällen – gemäß § 307 BGB⁵¹). Dabei stellt sich jedoch die Frage, ab welchem Maß der Übersicherung von einer Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit auszugehen ist und welche Rolle insoweit die vom Großen Senat des BGH entwickelten Grundsätze spielen.

Der Große Senat des BGH hatte sich nur mit den sogleich unter bb) noch darzustellenden Rechtsfolgen der nachträglichen Übersicherung zu befassen⁵², weshalb sich im Anschluss an jenen Beschluss sogleich eine Diskussion ergab, ob die vom Großen Senat entwickelten Grundsätze auch auf die anfängliche Übersicherung übertragbar sind. Der IX. Zivilsenat des BGH entschied insoweit nur wenig später im Jahr 1998, dass die aus § 237 S. 1 BGB hergeleitete 150 %-Grenze nicht auf die anfängliche Übersicherung anwendbar sei, da die dort von der Rechtsprechung befürwortete Sanktion der Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB zu scharf für eine derart pauschalierende Lösung sei; stattdessen sei auf die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles abzustellen.⁵³

Dies wird zwar in der Literatur kritisiert, weil auch im Fall der nachträglichen Übersicherung das Bedürfnis nach einer pauschalisierenden Lösung zur Schaffung von Rechtssicherheit und -vereinfachung bestehe.⁵⁴ Doch kann dies natürlich nicht bedeuten, bei jeder nach der Formel des § 237 S. 1 BGB festgestellten Übersicherung von einer Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB (bzw. Unwirksamkeit gemäß § 307 BGB) auszugehen. Vielmehr greift die Nichtigkeit (oder Unwirksamkeit) zum einen erst ab einer *deutlichen* Übersicherung ein (unten aaa); zum anderen ist die in § 237 S. 1 BGB enthaltene Vermutung widerlegbar (unten bbb).

⁵⁰ Siehe zur Unterscheidung oben II. 4.

⁵¹ Zur (begrenzten) Anwendbarkeit des § 307 BGB siehe oben Ziff. I.

⁵² BGHZ 137, 212.

⁵³ BGH NJW 1998, 2047.

⁵⁴ Dazu – m.N. aus der Literatur – *Brünink*, in Lwowski/Fischer/Langenbacher, Das Recht der Kreditsicherung, 10. Aufl., 2018, § 3 Rn. 64.

aaa) Erfordernis einer krassen Übersicherung

Allein der Tatbestand einer – ggf. geringfügigen – Übersicherung ist für das scharfe Schwert der Nichtigkeitsfolge des § 138 BGB nicht ausreichend. Hinzukommen muss vielmehr ein Umfang der Übersicherung, der gerade die Sittenwidrigkeit begründet. Erforderlich ist also – nicht anders als in anderen Fällen der Sittenwidrigkeit (Wucherdarlehen, überhöhte Kaufpreise für Immobilien etc.⁵⁵) –, ein besonders auffälliges Missverhältnis, welches sich bei der Sicherheitenbestellung zwischen dem realisierbaren Wert der Sicherheit und der gesicherten Forderung ergeben muss.⁵⁶ Wann ein solch auffälliges Missverhältnis besteht, ist nicht abschließend geklärt.⁵⁷ Als Orientierung wird ausgehend vom Institut der *laesio enormis*⁵⁸ allgemein auf das Doppelte des Üblichen abgestellt, bei den im Lern- und Fallbuch zum BGB AT behandelten Wucherdarlehen also z.B. auf einen im Vergleich zum marktüblichen um 100 % überhöhten Vertragszins.⁵⁹ Die Verdoppelung muss sich dann bei der Sicherheitenbestellung konsequent auf das vom Großen Senat anerkannte Sicherheitsbedürfnis (110 % des Forderungsnennwertes) beziehen, womit man ab einem sicher erwartbaren Verkaufserlös von 220 % der gesicherten Forderung zur Sittenwidrigkeit gelangt, alternativ bei einer Verdoppelung des gemäß § 237 S. 1 BGB ermittelten Wertes, d.h. bei einem Schätzpreis des Sicherungsgutes i.H.v. 300 % der gesicherten Forderung.⁶⁰

Abzustellen ist für die gesamte Betrachtung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Die Nichtigkeitsfolge tritt daher nur ein, wenn bereits bei Vertragsschluss absehbar ist, dass im (noch ungewissen) Verwertungsfall ein derart auffälliges Missverhältnis zwischen dem tatsächlich realisierbaren Verkaufserlös bzw. Schätzwert des Sicherungsgutes und der gesicherten Forderung bestehen wird.⁶¹

⁵⁵ Dazu *Bitter/Röder* (Fn. 2), § 6 Rn. 43 ff.

⁵⁶ BGH NJW 1998, 2047; zur problematischen Anwendung des § 138 Abs. 2 BGB in diesem Fall siehe oben Ziff. II. 1. c).

⁵⁷ Siehe zu einem besonders eindeutigen Fall BGH NJW 1998, 2047.

⁵⁸ Die *laesio enormis* bezeichnet den Grundsatz, dass ein Vertragspartner, der nicht einmal die Hälfte dessen erhält, was sein Vertragspartner bekommt, den Vertrag aufheben kann. Sie hat ihren Ursprung im römischen Recht, wurde jedoch nicht ins BGB übernommen, sondern durch die flexiblere Regelung des § 138 BGB ersetzt, die auch subjektive Voraussetzungen fordert. Anders ist dies z.B. im österreichischen Recht, vgl. § 934 ABGB.

⁵⁹ Dazu *Bitter/Röder* (Fn. 2), § 6 Rn. 43 mit der zusätzlichen Grenze von 12 % absoluter Überschreitung des Marktpreises. Siehe dort in Rn. 43 ff. auch zu dem wenig überzeugenden Ansatz der jüngeren Rechtsprechung, die bei überhöhten Immobilienpreisen nun auf eine 90 %ige Überschreitung des Verkehrswertes abstellen will, obwohl richtigerweise auch dort die 100 %-Marke (= Verdoppelung) relevant sein sollte (Rn. 43b).

⁶⁰ Siehe zu den verschiedenen Ansätzen *Tetzlaff*, ZIP 2003, 1826, 1829 ff., der aber statt auf 220 % m.E. inkonsequent auf 200 % abstellen will (S. 1832).

⁶¹ BGH NJW 1998, 2047.

bbb) Widerlegung der Vermutung aus § 237 S. 1 BGB

Geht man von der 300 %-Grenze in Bezug auf den *Schätzwert* des Sicherungsgutes aus, ist weiter zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des Großen Senates der Wert des § 237 S. 1 BGB nur eine widerlegliche Vermutung begründet.⁶² Hiervon sollte in der Klausur zunächst ausgegangen werden und im Anschluss eine etwaige Widerlegung der Vermutung geprüft werden.

Für die Praxis bedeutet dies: Bei Anwendung der Vermutung des § 237 S. 1 BGB muss der Sicherungsnehmer ab dem Erreichen der 300 %-Grenze beweisen, dass ausnahmsweise kein Fall der Übersicherung vorliegt; nicht hingegen muss der Sicherungsgeber den schwer zu führenden Beweis erbringen, dass im Einzelfall eine unangemessen hohe Sicherheit vorlag.

ccc) Gesamtnichtigkeit als Konsequenz anfänglicher Übersicherung

Ist nach den vorgenannten Grundsätzen eine krasse Übersicherung festgestellt, ist unabhängig von der Rechtsgrundlage (§ 138 Abs. 1 BGB bzw. § 307 BGB) die gesamte Sicherheitenbestellung nichtig bzw. unwirksam und nicht nur der überschießende, die (krasse) Übersicherung begründende Teil. Sowohl im Bereich des § 138 Abs. 1 BGB als auch bei der Anwendung des § 307 BGB gilt nämlich das **Verbot geltungserhaltender Reduktion**, wonach ein Vertrag bzw. eine Vertragsklausel nicht von der Rechtsprechung auf das gerade noch zulässige Maß zurückgeführt wird.⁶³ Andernfalls hätten nämlich Kreditgeber einen Anreiz, sich immer möglichst viele Sicherheiten vom Kreditnehmer bestellen zu lassen, weil sie im Konfliktfall nicht mehr befürchten müssten, als dass ihnen der überschießende Teil „weggekürzt“ wird. Droht demgegenüber eine Gesamtnichtigkeit bzw. -unwirksamkeit der Sicherheitenbestellung, besteht von vorneherein ein Anreiz, auf eine mögliche Übersicherung zu achten und folglich die Sicherheitenbestellung auf das nötige Maß zu beschränken.

bb) Nachträgliche Übersicherung

Aus dem treuhänderischen Charakter der Sicherungsübertragung (Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung, Sicherungsgrundschuld) ergibt sich die Pflicht des Kreditgebers, die abstrakt, d.h. unabhängig von der gesicherten Forderung, bestellte Sicherheit zurückzugewähren, wenn diese ganz oder teilweise nicht mehr für ihren bisherigen Zweck – die Besicherung der Kreditforderung – benötigt wird, insbesondere weil der Kredit ganz oder teilweise vom

⁶² Siehe oben bei Fn. 48.

⁶³ Zu § 138 BGB siehe z.B. BGHZ 146, 37 = NJW 2001, 815 (juris-Rn. 37) m.w.N. (und Abgrenzung zu Fällen der partiellen Aufrechterhaltung eines Vertragsteils gemäß § 139 BGB); zur Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB siehe Palandt/*Grüneberg* (Fn. 7), § 306 Rn. 6 m.w.N.

Kreditnehmer zurückgeführt wurde. Bei einer nachträglich eintretenden Übersicherung steht folglich dem Sicherungsgeber ein Anspruch auf Freigabe von Sicherheiten zu, die die Deckungsgrenze überschreiten.

Bis zur Entscheidung des Großen Senats des BGH aus dem Jahr 1997 war in der Rechtsprechung der verschiedenen Zivilsenate des BGH umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Sicherheitenbestellung gänzlich unwirksam ist, wenn jener Anspruch auf Sicherheitenfreigabe nicht ausdrücklich im Sicherungsvertrag enthalten war oder er nicht vom Ermessen der Bank unabhängig ab einer bestimmten Deckungsgrenze gewährt wurde.⁶⁴ Die von verschiedenen Senaten des BGH entwickelten Anforderungen an die konkrete Formulierung des Freigabeanspruchs im Sicherungsvertrag waren immer weiter gesteigert worden, woraus sich für die Praxis der Kreditbesicherung ein erhebliches wirtschaftliches Risiko ergab, musste ein Kreditgeber doch immer damit rechnen, aufgrund einer fehlerhaften Formulierung im Sicherungsvertrag am Ende in der Insolvenz des Kreditnehmers gänzlich ohne Sicherheit dazustehen.

Von diesen Sorgen hat der Große Senat des BGH die Praxis in dem Beschluss BGHZ 137, 212 befreit. Der Sicherungsgeber hat danach bei formularmäßig bestellten, revolvingierenden Globalsicherungen im Falle nachträglicher Übersicherung einen ermessensunabhängigen Freigabeanspruch auch dann, wenn der Sicherungsvertrag keine oder eine ermessensabhängig ausgestaltete Freigabeklausel enthält (Leitsatz 1). Den ermessensunabhängigen Freigabeanspruch entnimmt der Große Senat des BGH den Sicherungsverträgen nämlich aufgrund ihres treuhänderischen Charakters im Wege ergänzender Vertragsauslegung; er ist der fiduziarischen Sicherheitenbestellung gleichsam vertragsimmanent.⁶⁵ In der Folge sind bei formularmäßig bestellten, revolvingierenden Globalsicherungen weder eine ausdrückliche Freigaberegulation noch eine zahlenmäßig bestimmte Deckungsgrenze noch eine Klausel für die Bewertung der Sicherungsgegenstände Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Sicherheitenbestellung (Leitsatz 2).

Diese Feststellung der Wirksamkeit aller bestellten Kreditsicherheiten ließ die Banken und Sparkassen aufatmen. Sie mussten (und müssen) in Zukunft nicht mehr befürchten, dass ihnen ihre Sicherheit von der Rechtsprechung nur deshalb aus der Hand geschlagen wird, weil der Freigabeanspruch nicht explizit und konkret genug im Vertrag geregelt ist.

Der Beschluss des Großen Senats enthält aber noch eine zweite, für die Praxis der Kreditinstitute freilich weniger wichtige Aussage: Er konkretisiert den vertragsimmanenten

⁶⁴ Für die Unwirksamkeit einer Globalsicherheit bei fehlendem Freigabeanspruch mit zahlenmäßig bestimmter Deckungsgrenze BGHZ 109, 240 (VIII. Zivilsenat) und BGHZ 117, 374 (IX. Zivilsenat); a.A. BGHZ 133, 25 (XI. Zivilsenat); siehe auch die Darstellung des Meinungsstandes in der damaligen BGH-Rechtsprechung in BGHZ 137, 212, 214 ff. (Großer Senat).

⁶⁵ BGHZ 137, 212, 218.

Freigabeanspruch des Kreditnehmers anhand der oben bereits dargestellten Prozentsätze. Wenn also der Bestand an revolvingenden Sicherheiten entweder ausgehend vom *tatsächlich* realisierbaren Erlös 110 % oder ausgehend vom *Schätzwert* des Sicherungsgutes 150 % der gesicherten Forderungen übersteigt, steht dem Sicherungsgeber der vertragsimmanente Freigabeanspruch zu, d.h. unabhängig davon, ob eine wirksame Freigabegrenze vereinbart wurde. Diese betragsmäßige Konkretisierung des im Grundsatz bereits vor dem Beschluss des Großen Senats des BGH anerkannten Freigabeanspruchs hat für die Praxis keine so große Bedeutung, weil Freigabeverlangen von Kreditnehmern insgesamt eher selten sind. Sind überschüssige Sicherheiten tatsächlich vorhanden, wird dies eher in Verhandlungen mit dem Kreditinstitut als Argument für eine Bitte um Ausweitung des Kreditrahmens genutzt. Verlangt ein Unternehmer hingegen partiell seine Sicherheiten vom Kreditgeber unter Hinweis auf den vertragsimmanenten Freigabeanspruch zurück, kann dies bei seinem Kreditgeber den Verdacht auslösen, dass es um die Bonität des Kreditnehmers nicht gut bestellt sei, weil er offenbar anderweitig Sicherheiten benötigt. In einem solchen Fall kommt es dann eher zu einer allgemeinen Umschuldung auf ein anderes Kreditinstitut oder sonstigen Finanzier.

Wird der Freigabeanspruch im Einzelfall tatsächlich einmal geltend gemacht, kann er bei einer größeren und einheitlichen Sicherheit – etwa einer Grundschuld – auch auf partielle Rückgewähr gerichtet sein, soweit nur ein Teil zur Sicherung der verbleibenden Darlehensschuld nicht mehr benötigt wird.⁶⁶

III. Sicherungskonflikte

Unter dem Schlagwort der Sicherungskonflikte werden Fälle zusammengefasst, in denen die Sicherungsrechte mehrerer Gläubiger kollidieren. Relevant wird das insbesondere in Fällen, in denen Globalzessionen oder Factoringvereinbarungen mit der Vereinbarung von verlängerten Eigentumsvorbehalten kollidieren.

1. Kollision zwischen Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt

Beim verlängerten Eigentumsvorbehalt wird zwischen dem Verkäufer (i.d.R. ein industrieller Lieferant) und dem Käufer (i.d.R. ein Händler) zunächst – wie beim einfachen Eigentumsvorbehalt – vereinbart, dass der Eigentumsübergang unter die aufschiebende Bedingung der Kaufpreiszahlung gestellt wird (§§ 929, 158 BGB). Zusätzlich wird der Händler vom Lieferant gemäß § 185 BGB dazu ermächtigt, die Ware im ordnungsgemäßen Geschäftsgang weiter zu veräußern. Im Gegenzug tritt der Händler die Kaufpreisforderungen gegen seine Abnehmer zur

⁶⁶ BGH ZIP 2013, 1113 (Rn. 12) m.w.N.

Sicherung des Kaufpreisanspruches antizipiert an den Lieferanten ab. Dieser ermächtigt ihn wiederum zur Einziehung der dem Lieferanten rechtlich zustehenden Forderungen (erneut § 185 BGB). Die Abnehmer des Händlers erfahren also im Grundsatz nichts von der Forderungsabtretung, sondern zahlen schlicht an ihren Händler, der aus den bei ihm eingehenden Kaufpreisen seinerseits den Lieferanten bezahlt.

a) Vertragsbruchtheorie

Diese Vorausabtretung der Kaufpreisansprüche des Händlers gegen seine Abnehmer kann jedoch im Wirtschaftsverkehr mit einer zeitlich früher vereinbarten Sicherungsglobalzession an eine den Händler finanzierende Bank kollidieren, wenn jene Globalzession ebenfalls die Kaufpreisansprüche des Händlers gegen seine Abnehmer umfasst. Wird eine Forderung mehrfach – hier an die Bank und an den Lieferanten – abgetreten, gilt grundsätzlich das Prioritätsprinzip, welches auch bei der Abtretung zukünftiger Forderungen anwendbar ist.⁶⁷ Eine schon einmal abgetretene (zukünftige) Forderung kann also nicht erneut abgetreten werden, weil der bisherige Forderungsinhaber nach der ersten Abtretung nicht mehr der Berechtigte ist und auch ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten bei der Abtretung von Forderungen nicht möglich ist. Es fehlt nämlich bei Forderungen – anders als bei beweglichen Sachen (vgl. § 1006 BGB) oder Grundstücken (vgl. § 891 BGB) – an einem Rechtsscheinsträger, auf den sich ein Vertrauen des Erwerbers stützen könnte. In der Folge ist nur die erste Abtretung wirksam, während alle anderen ins Leere gehen.

Da nun in der Praxis die Globalzessionen mit den Kreditinstituten regelmäßig früher vereinbart werden als die verlängerten Eigentumsvorbehalte mit den Lieferanten, weil das Kreditinstitut den Händler oftmals bereits von Anbeginn seiner Geschäftstätigkeit begleitet und der Lieferant erst später ausgewählt wird, würden nach dem Prioritätsprinzip jeweils die Kreditinstitute und kaum jemals die Lieferanten die Forderungen aus dem Weiterverkauf der Waren durch den Händler erwerben. Dies aber würde bedeuten, dass der Händler seine im verlängerten Eigentumsvorbehalt übernommene Verpflichtung, dem Lieferanten im Gegenzug zur Gestattung der Veräußerung der Vorbehaltsware die Forderung aus dem Weiterverkauf zu verschaffen, niemals erfüllen könnte.

Aus diesem Grund nimmt der BGH seit langem an, das Kreditinstitut, welches eine Globalzession ohne Rücksicht auf die Forderungen aus verlängerten Eigentumsvorbehalten

⁶⁷ Heute ganz h.M.; früher wurden hingegen auch andere Lösungen entwickelt, mit denen die Forderungen aus dem Weiterverkauf entweder zwischen Lieferant und Bank aufgeteilt werden sollten (sog. Teilungsprinzips) oder ein Vorrang des Lieferanten mit dem Hinweis darauf begründet werden sollte, dass die Forderungen aus dem Weiterverkauf Surrogat des Eigentumsvorbehalt seien und folglich der Lieferant der Forderung näher stehe als die Bank (sog. Surrogationsprinzip); vgl. dazu die Lösung zu Fall Nr. 13 – Vertragsbruch.

hereinnehme, verleite seinen Kreditnehmer zum Vertragsbruch gegenüber seinen Lieferanten; die Globalzession sei daher sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB), wenn der Kreditnehmer in einer Branche tätig ist, in der solche verlängerten Eigentumsvorbehalte branchenüblich sind (sog. Vertragsbruchtheorie).⁶⁸ Später hat er diese Rechtsprechung dann auch auf das Verhältnis des Vorbehaltsverkäufers zu anderen Warenlieferanten ausgedehnt, welche sich die Forderungen ihres Käufers gegen seine Abnehmer global zedieren lassen.⁶⁹ Der Vertragspartner der Globalzession muss also nicht notwendig ein Kreditinstitut sein, auch wenn dies in der Praxis der Regelfall sein dürfte.

b) Erfordernis einer dinglich wirkenden Verzichtsklausel

Die Sittenwidrigkeit der Globalzession wird auch nicht dadurch beseitigt, dass der mit dem Lieferanten konkurrierende Sicherungsnehmer – i.d.R. ein Kreditinstitut – dem Lieferanten im Zessionsvertrag im Sinne eines Vertrags zugunsten Dritter (§ 328 BGB) einen *Anspruch* auf Freigabe derjenigen Forderungen einräumt, die Gegenstand des Eigentumsvorbehalts sind (sog. schuldrechtliche Teilverzichtsklausel).⁷⁰

Formulierungsbeispiel aus BGHZ 72, 308: „Falls eine Forderung abgetreten ist, die künftig ganz oder teilweise Gegenstand des branchenüblichen verlängerten Eigentumsvorbehalts eines Lieferanten ist, wird die Bank auf Verlangen des Lieferanten – soweit zu diesem Zeitpunkt sein durch den verlängerten Eigentumsvorbehalt gesicherter Anspruch aus seinen Lieferungen noch nicht getilgt ist – entsprechend dem Umfang des verlängerten Eigentumsvorbehalts entweder die Forderung an den Lieferanten abtreten oder ihn aus dem von ihr aufgrund der Globalzession eingezogenen Erlös befriedigen (Vertrag zugunsten Dritter).“

Durch eine solche Klausel wird nämlich die unangemessene Risikoverteilung nicht beseitigt: Der Lieferant des Sicherungsgebers/Händlers trägt nun nicht nur das Insolvenzrisiko seines Vertragspartners, sondern aufgrund seines nur schuldrechtlichen Anspruchs auch noch das Insolvenzrisiko der Bank⁷¹, wenn er die Freigabe „seiner“ Forderung durchsetzen will.⁷² Durch die Zwischenschaltung der Bank läuft der Lieferant zudem Gefahr, den Beweis zweimal führen zu müssen, gegebenenfalls sogar in zwei Prozessen, nämlich einmal der Bank gegenüber, um von ihr die Abtretung der dem verlängerten Eigentumsvorbehalt zugrunde liegenden Kundenforderungen zu erreichen, und zum andern, wenn ihm das gelungen ist, dem Drittschuldner

⁶⁸ Grundlegend BGHZ 30, 149; bestätigend u.a. BGHZ 72, 308, 310 (juris-Rn. 10) m.w.N.; nachfolgend z.B. BGH NJW 1999, 940.

⁶⁹ BGH NJW 1999, 2588.

⁷⁰ BGHZ 72, 308 = NJW 1979, 365 = JuS 1979, 365.

⁷¹ Schuldrechtliche Ansprüche berechtigen als schlichte Insolvenzforderungen (§ 38 InsO) nur zur quotalen Befriedigung und genießen keinerlei Vorrang (Aus- oder Absonderung); vgl. dazu das Skript „Insolvenzrechtliche Grundlagen der Kreditsicherung“ unter Ziff. III. und V.

⁷² BGHZ 72, 308, 312 (juris-Rn. 16).

gegenüber.⁷³ Erforderlich ist daher eine sog. *dingliche* Verzichtsklausel, die von vorneherein verhindert, dass kollidierende Forderungen überhaupt an den Sicherungsnehmer – i.d.R. ein Kreditinstitut – abgetreten werden.

Formulierungsbeispiel: „Die Globalzession erstreckt sich nicht auf Forderungen, die im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehaltes an einen Lieferanten des Kreditnehmers abgetreten sind.“

In der Frage, welche Rechtsfolge sich für die Globalzession bei der (unzureichenden) Vereinbarung einer nur schuldrechtlichen Teilverzichtsklausel ergeben, hat der BGH zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich geurteilt:

In drei älteren Urteilen aus den Jahren 1959 und 1978 hat das Gericht angenommen, die Globalzession bleibe trotz der gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtigen Vertragsgestaltung teilweise wirksam, nämlich insoweit, wie es tatsächlich nicht zu einer Kollision zwischen der Bank und einem Lieferanten komme.⁷⁴ Danach würde die Bank immerhin noch solche Forderungen gegen die Drittschuldner ihres Kreditnehmers erwerben können, die nicht aus der Veräußerung von Vorbehaltsware (mit verlängertem Eigentumsvorbehalt) entstanden sind. Später hat der BGH dann allerdings im Jahr 1999 – ohne auf die früheren gegenteiligen Entscheidungen einzugehen – angenommen, die Globalzession sei bei Vereinbarung einer nur schuldrechtlichen Verzichtsklausel zur Gänze nichtig.⁷⁵ Danach erwirbt die Bank also keinerlei Sicherheit aus den Forderungsabtretungen, wenn ihre Globalzession keine dinglich wirkende Verzichtsklausel enthält.

Die unterschiedliche Entscheidungspraxis kann man sich wohl nur historisch erklären: Nachdem der BGH den Banken mit seinem Urteil BGHZ 30, 149 aus dem Jahr 1959 die Vertragsbruchproblematik vor Augen geführt hatte, waren diese in ihren Sicherungsverträgen ersichtlich bemüht, jener Rechtsprechung Rechnung zu tragen und hatten deshalb zunächst die schuldrechtliche Verzichtsklausel aufgenommen.⁷⁶ Als der BGH im Jahr 1978 auch jene Vertragspraxis für unwirksam erklärte, war er nun seinerseits bemüht, den Banken damit nicht jegliche Sicherheit aus den Händen zu schlagen, sondern ihnen zumindest solche Forderungen zu erhalten, bei denen sich der Konflikt zu einem Vorbehaltsverkäufer gar nicht ergab. Er stützte sich dabei auf die im Sicherungsvertrag enthaltene sog. *salvatorische* Klausel.⁷⁷ Mit ihr wollten

⁷³ BGHZ 72, 308, 313 (juris-Rn. 22).

⁷⁴ Angedeutet in BGHZ 30, 149, 153; deutlich ausgesprochen sodann in BGHZ 72, 308, 315 = WM 1979, 11, 13 (juris-Rn. 27 ff.); BGH BB 1980, 336, 337.

⁷⁵ BGH NJW 1999, 940, 941.

⁷⁶ Siehe den bei BGHZ 72, 308, 310 f. (juris-Rn. 12) zitierten Vorschlag von *Hellner*, Bank-Betrieb 1969, 50, 53.

⁷⁷ Wortlaut bei BGHZ 72, 308, 315 (juris-Rn. 28): „Sollten Vereinbarungen, die in diesem Vertrag getroffen sind, ganz oder teilweise unwirksam sein, so wird die Wirksamkeit der Vereinbarung im übrigen hiervon nicht

die Vertragspartner die Globalabtretung ersichtlich insoweit retten, als ihr der Makel der Sittenwidrigkeit nicht anhaftet.⁷⁸

Später im Jahr 1999 war bereits seit zwei Jahrzehnten bekannt, dass die Rechtsprechung eine dingliche Verzichtsklausel fordert, weshalb solche Kreditinstitute, die nach wie vor nur mit schuldrechtlichen Verzichtsklauseln arbeiteten, deutlich weniger schutzwürdig erschienen. Zudem war im Bereich des § 138 BGB sowie des AGB-Rechts das **Verbot geltungserhaltender Reduktion** zwischenzeitlich für viele andere Fälle deutlicher herausgearbeitet worden.⁷⁹ Nur ganz knapp heißt es daher in dem jüngeren Urteil aus dem Jahr 1999, es sei ohne Belang, dass die im konkreten Fall verklagte Partei – ebenfalls eine Bank – keine Vorbehaltslieferantin ist; die aus der Sittenwidrigkeit folgende Nichtigkeit der Globalzession wirke für und gegen jedermann.⁸⁰

⇒ *Fall Nr. 13 – Vertragsbruch*

c) Keine Übertragbarkeit auf die Kollision mehrerer gleichartiger Globalzessionen

Die vorgenannten Grundsätze, die von der Rechtsprechung speziell für das Verhältnis zwischen einer Globalzession – i.d.R. an ein Kreditinstitut – und dem verlängerten Eigentumsvorbehalt aufgestellt worden sind, lassen sich nicht ohne weiteres auf sonstige Fälle übertragen, in denen mehrere (Global-)Zessionen miteinander konkurrieren. Die Kreditinstitute müssen sich also mit ihrem Sicherungsinteresse nicht etwa generell hintanstellen, sondern dürfen dieses – außer auf Kosten von Vorbehaltslieferanten – durchaus im Eigeninteresse verfolgen.

Entschieden hat der BGH dies im Jahr 2004 für die Kollision einer Globalzession an eine Bank mit der Sicherungszession eines Bauunternehmers an einen Vermieter von Baumaschinen; dieser Vermieter hatte sich ebenfalls zur Sicherung seiner Mietzinsansprüche die Werklohnforderungen des mietenden Bauunternehmers gegen seine Kunden – die Bauherren – abtreten lassen.⁸¹ Die Vertragsbruchtheorie ist nach Ansicht des BGH auf diesen Fall nicht übertragbar. Anders als dem Vorbehaltseigentümer, dem der endgültige Substanz- bzw. Wertverlust der Sache drohe, könne dem Vermieter von Baumaschinen lediglich temporär die Nutzung der

berührt; – das gilt insbesondere, wenn die Unwirksamkeit sich nur auf einzelne Forderungen oder Forderungsteile bezieht.“

⁷⁸ BGHZ 72, 308, 315 (juris-Rn. 29).

⁷⁹ Siehe die Nachweise oben in Fn. 63.

⁸⁰ BGH NJW 1999, 940, 941 (juris-Rn. 26).

⁸¹ BGH NJW 2005, 1192.

Mietsache verlorengelassen. Die Mietsache selbst bleibe ihm hingegen erhalten.⁸² Der Vermieter einer Sache sei daher weniger schutzwürdig als der Vorbehaltseigentümer, woraus sich auch eine geringere Reflexwirkung zu Lasten des Mieters ergebe, weil dessen Zwangslage (im Verhältnis zum Vermieter) weniger knebelnd sei. Der Mieter behalte auch im Falle einer Offenlegung der zeitlich früheren Globalzession an seine Bank weiter die Möglichkeit, die benötigten Baumaschinen zu mieten oder zu leihen. Hinzu komme, dass sich hier – anders als beim Zusammentreffen einer Vorausabtretung im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts einerseits mit einer Globalzession andererseits – zwei nach Art und Umfang gleichartige Globalzessionen (zugunsten der Bank und zugunsten des Vermieters) gegenüberstünden, bei denen die Interessenlage der beiden Globalzessionäre gleichartig sei. Damit aber ergebe sich kein Unterschied zu dem Normalfall, dass von zwei miteinander konkurrierenden Abtretungen nach dem Prioritätsgrundsatz lediglich die zeitlich frühere zum Rechtsübergang führen kann.⁸³

2. Kollision zwischen Factoring und verlängertem Eigentumsvorbehalt

Die gleiche Problematik, die sich im Verhältnis zwischen der Abtretung im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehalts und einer Globalzession an eine Bank ergeben kann (oben 1.), ist grundsätzlich auch bei einer Globalzession an ein Factoringunternehmen denkbar, über das sich ein Händler die Forderungen gegen seine Abnehmer vorfinanzieren lässt.

Beispiel: Händler H vereinbart mit dem Factoringunternehmen F, dass H täglich die in seinem Betrieb neu entstehenden Forderungen gegen seine Abnehmer an F meldet, F dem H daraufhin den Forderungsbetrag (abzüglich einer Bearbeitungsgebühr = Disagio) sogleich gutschreibt und F später nach Eingang der Zahlungen von den Abnehmern aus jenen Erlösen befriedigt wird. Die Forderungen des H gegen seine Abnehmer werden dabei global an F zediert.

Bei der Frage, ob die Vertragsbruchtheorie auf derartige Globalzessionen im Rahmen von Factoringverträgen übertragbar ist, hat die Rechtsprechung zwischen zwei Arten des Factorings unterschieden: dem echten und unechten Factoring.

a) Kein Vertragsbruch beim echten Factoring

Von echtem Factoring spricht man, wenn der Gläubiger einer Forderung diese an einen Dritten (den Factor) unbedingt verkauft (§ 433 BGB) und abtritt (§ 398 BGB). Der Factor übernimmt die Forderung dabei auf eigenes Risiko, weil der Verkäufer einer Forderung nur für die Verität (den Bestand der Forderung), nicht aber für die Bonität des Forderungsschuldners

⁸² Dem Vermieter steht in der Insolvenz des Mieters ein Aussonderungsrecht gemäß § 47 InsO zu, unabhängig davon, ob sein Herausgabeanspruch auf § 985 BGB oder auf § 546 BGB beruht; vgl. dazu das Skript „Insolvenzrechtliche Grundlagen des Kreditsicherungsrechts“ unter Ziff. VII. 1.

⁸³ BGH NJW 2005, 1192, 1194 (juris-Rn. 16).

haftet. Das vom Factor übernommene Ausfallrisiko in Bezug die Forderungsschuldner deckt dieser über das beim echten Factoring in aller Regel höhere Disagio ab, in der Praxis ferner über einen Warenkreditversicherer (Marktführer: Euler Hermes).

Der echte Verkauf einer Forderung entspricht – auch wenn sie von einem verlängerten Eigentumsvorbehalt umfasst ist – nach Ansicht der Rechtsprechung wirtschaftlich deren Einziehung, obwohl aufgrund des Disagios ein Kaufpreis unter dem Forderungsnennwert vereinbart wird. Die Einziehung sei dem Händler jedoch aufgrund des verlängerten Eigentumsvorbehaltes gestattet (§ 185 BGB). Folglich werde der Händler beim echten Factoring auch nicht zum Vertragsbruch mit seinem Lieferanten verleitet, sodass es für eine Sittenwidrigkeit und daraus folgende Nichtigkeit der Globalzession gemäß § 138 Abs. 1 BGB im Rahmen des echten Factorings keinen Ansatzpunkt gibt.⁸⁴

b) Anwendbarkeit der Vertragsbruchtheorie beim unechten Factoring

Anders ist die Sachlage jedoch beim sog. unechten Factoring zu bewerten. Hierbei tritt der Gläubiger/Händler seine Forderung nur vorläufig an den Factor ab. Bei einem Zahlungsausfall wegen Uneinbringlichkeit der abgetretenen Forderung kann der Factor jedoch Rückgriff beim abtretenden Gläubiger/Händler nehmen, der folglich das Bonitätsrisiko seiner Abnehmer trägt. Der BGH hat ein solches Geschäft nicht als Kauf-, sondern als Kreditgeschäft eingestuft. Dieses sei von der im verlängerten Eigentumsvorbehalt erteilten Einziehungsermächtigung des Vorbehaltsverkäufers nicht gedeckt, vielmehr mit der Abtretung an eine den Händler kreditierende Bank vergleichbar. Die Globalzession im Rahmen des unechten Factorings führt daher nach Ansicht der Rechtsprechung dazu, dass der Vorbehaltskäufer seinen Vertrag mit dem Vorbehaltsverkäufer bricht, weshalb sie der Vertragsbruchtheorie und damit dem Verdikt der Sittenwidrigkeit unterfällt.⁸⁵

Bei der Anwendung der Vertragsbruchtheorie ist folglich immer genau zu fragen, ob die Einräumung der Sicherheit den Sicherungsgeber zu einem Verhalten zwingt, dass ihm im Rahmen der Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts verboten ist. Erlaubt sind ihm jeweils die Einziehung der Forderung und deshalb auch der unbedingte Verkauf im Rahmen des echten Factorings, der wirtschaftlich der Einziehung der Forderung entspricht. Nicht erlaubt ist ihm dagegen die Hingabe der Forderung als Sicherheit im Rahmen einer Globalzession oder des unechten Factorings. Bei letzterem wird er daher vom Sicherungsnehmer zu

⁸⁴ BGHZ 69, 254.

⁸⁵ BGHZ 82, 50.

vertragsbrüchigem Verhalten verleitet, weshalb solche Vereinbarungen ohne *dingliche* Verzichtsklausel objektiv sittenwidrig sind.

Auf subjektiver Ebene ist zu fordern, dass die Vereinbarung von verlängerten Eigentumsvorbehalten zumindest branchenüblich ist. Dann nämlich kann davon ausgegangen werden, dass der Sicherungsnehmer die Kollision zumindest billigend in Kauf genommen hat.

Hinweis: Die Kollision zwischen verlängertem Eigentumsvorbehalt und Factoring wird von mir im Examensrepetitorium Rep² (Teil: Schuldrecht AT – Dreipersonenverhältnisse) in den letzten vier Wochen des HWS anhand eines Falles mit detaillierter Lösung besprochen.

IV. Formularmäßige Ausdehnung der dinglichen Haftung

Die Bestellung einer Sicherheit kann auch nach den Regeln des AGB-Rechts gemäß §§ 305 ff. BGB unwirksam sein. Dabei ist selbstverständlich in allen Fällen, in denen die Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB angenommen wird, auch von einer unangemessenen Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1 und 2 BGB auszugehen, wenn die Abrede in AGB enthalten ist. Doch ist die Vereinbarung einer Sicherheit – wie eingangs ausgeführt⁸⁶ – in vielen Fällen die vertragliche Hauptleistung und deshalb gemäß § 307 Abs. 3 BGB nicht der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht unterworfen.⁸⁷ Aus diesem Grund haben die §§ 305 ff. BGB im Kreditsicherungsrecht vor allem dort ihren Anwendungsbereich, wo die Haftung einer Sicherheit im Sicherungsvertrag formularmäßig auf andere Forderungen ausgedehnt wird als jene, die Anlass für die Bestellung der Sicherheit waren.

Auch diese Problematik ist – wie jene der Übersicherung⁸⁸ – Ausfluss der Abstraktheit der Sicherungsübertragung, während sie bei akzessorischen Sicherheiten von vorneherein nicht auftreten könnte. Dort nämlich erlischt die Sicherheit – z.B. ein Pfandrecht oder eine Hypothek – automatisch mit der Tilgung der (ursprünglich) gesicherten Forderung und müsste für eine weitere Forderung demgemäß neu bestellt werden. Eine abstrakt gewährte Sicherheit wie die Sicherungsübereignung, die Sicherungsabtretung und die Sicherungsgrundschuld ist hingegen allein über den schuldrechtlichen Sicherungsvertrag mit der gesicherten Forderung verknüpft, weshalb sich in jenem Sicherungsvertrag nach dem Grundsatz der Privatautonomie prinzipiell jede beliebige Forderung als gesichert vereinbaren lässt. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob jener Privatautonomie nicht jedenfalls dann Grenzen gesetzt sind, wenn die Vereinbarung in AGB enthalten ist. Dabei ist nach der Rechtsprechung im Ansatz zu unterscheiden zwischen

⁸⁶ Siehe oben Ziff. I.

⁸⁷ Siehe aber zur Verarbeitungsklausel oben Ziff. I (Beispiel 3) sowie zu der insoweit denkbaren Übersicherungsproblematik den in der Vorlesung besprochenen Fall Nr. 11 – Das geteilte Segelboot.

⁸⁸ Dazu oben Ziff. II. 4.

einer Haftung der Sicherheit für die Schulden eines Dritten (unten 1.) sowie der Haftung für eigene Schulden (unten 2.).

1. Haftung der Sicherheit für Verbindlichkeiten eines Dritten

Denkbar ist zunächst, dass eine dingliche Sicherheit für die Verbindlichkeiten eines Dritten gewährt wird.

Beispiel: Ehemann M nimmt bei der Bank B zur Finanzierung einer neuen Lagerhalle für sein Bauunternehmen einen Kredit i.H.v. 500.000 € auf. Als Sicherheit bestellt Ehefrau F der B eine Grundschuld an ihrem privaten Grundstück. In der formularmäßigen Grundschuldzweckerklärung findet sich folgender Satz: „Die Sicherheit dient der Besicherung aller bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten der Bank gegen den Kreditnehmer.“ Nachdem der Kredit für die Lagerhalle von M in den folgenden fünf Jahren weitgehend zurückgezahlt ist, gewährt B dem M einen Betriebsmittelkredit i.H.v. 1 Mio. €. Als das Unternehmen des M später in die Krise gerät und B den Betriebsmittelkredit deshalb gegenüber M kündigt, will B die von F bestellte Grundschuld verwerten, weil diese nach der Vertragsklausel auch für den Betriebsmittelkredit hafte.

Eine solche Klausel, bei der die Haftung der Sicherheit auf alle Verbindlichkeiten *eines Dritten* ausgedehnt wird, ist von der Rechtsprechung als überraschend i.S.v. § 305 c BGB angesehen worden, wenn der Sicherungsgeber die Sicherheit aus Anlass einer ganz bestimmten Kreditgewährung bestellt hat und er deshalb nicht mit einer solchen Ausdehnung rechnen musste.⁸⁹ Die Sicherheit haftet dann nur für den sog. Anlasskredit, nicht hingegen für sonstige Verbindlichkeiten des Dritten gegenüber dem Kreditgeber.

Beispiel: Im o.g. Beispielsfall würde die Grundschuld der F nur für den ursprünglichen Kredit zur Errichtung der Lagerhalle haften (Anlasskredit), nicht hingegen für den späteren Betriebsmittelkredit.

Nicht hingegen hat der BGH in einer solchen formularmäßigen Ausdehnung der Haftung auf sonstige Verbindlichkeiten eines Dritten auch eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1 und 2 BGB gesehen. Die gegenteilige, im Bürgschaftsrecht noch näher zu besprechende Rechtsprechung zu § 767 Abs. 1 S. 3 BGB⁹⁰, lasse sich insoweit nicht übertragen.⁹¹

⁸⁹ Sog. Anlassrechtsprechung; vgl. BGH NJW 2001, 1416 (juris-Rn. 15) mit Hinweis u.a. auf das zum Bürgschaftsrecht ergangene Grundlagengerichtsurteil BGHZ 126, 174 = NJW 1994, 2145; nach BGH ZIP 2017, 12, 13 ist die formularmäßige Erweiterung des Sicherungszwecks einer zwei Jahre zuvor zur Sicherung einer bestimmten Drittverbindlichkeit bestellten Grundschuld auf bestehende und künftige Verbindlichkeiten mehrerer Dritter jedoch nicht schon deshalb überraschend, weil sie nicht durch eine konkrete Darlehensgewährung veranlasst ist (zur Abgrenzung S. 14).

⁹⁰ Im Bürgschaftsrecht entnimmt der BGH der speziellen Regelung des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB das Erfordernis einer klaren Begrenzung des Umfangs der Bürgenhaftung, welche bei einer klauselmäßigen Ausdehnung der Bürgenhaftung auf sonstige (zukünftige) Verbindlichkeiten als den Anlasskredit nicht gewährleistet sei; vgl. BGHZ 130, 19 = NJW 1995, 2553; BGHZ 143, 95 = NJW 2000, 658 und dazu Fall Nr. 23 – Bürgschaft ohne Grenzen.

⁹¹ BGH NJW 1997, 2677.

Diese zwischen § 305 c BGB und § 307 BGB differenzierende Rechtsprechung hat zur Folge, dass der Kreditgeber die Ausdehnung der Haftung einer dinglichen Sicherheit auf sonstige Schulden eines Dritten auch in AGB wirksam vereinbaren kann, wenn er den Überraschungseffekt beim Sicherungsgeber beseitigt und damit die Anwendbarkeit des § 305 c BGB ausschaltet. Allerdings muss der Sicherungsgeber dann bei der Bestellung seiner Sicherheit deutlich auf das von ihm übernommene (zusätzliche) Risiko hingewiesen werden. Erfolgt die vertragliche Ausdehnung des Sicherungszwecks erst später im Rahmen einer neuen Sicherungsvereinbarung für eine bereits früher bestellte Sicherheit, ist der Überraschungseffekt ohnehin reduziert, weil der Sicherungsgeber bei Abschluss des neuen Sicherungsvertrags Anlass hat zu schauen, für welche Verbindlichkeiten die Sicherheit (zukünftig) dienen soll.⁹²

2. Haftung der Sicherheit für eigene Verbindlichkeiten

Die vorgenannten, von der Rechtsprechung in Fällen der Haftung einer Sicherheit für Drittschulden entwickelten Grundsätze zu § 305 c BGB hat sie nicht auf Konstellationen übertragen, in denen die Sicherheit für *eigene* Verbindlichkeiten des Sicherungsgebers bestellt wird. Wird also die Haftung der Sicherheit auf alle derzeitigen und zukünftigen *eigenen* Verbindlichkeiten des Sicherungsgebers ausgedehnt, liegt darin keine überraschende Klausel i.S.v. § 305 c BGB, weil der Sicherungsgeber in diesen Fall den Umfang der Haftung grundsätzlich selbst steuern kann.⁹³ Er ist ja als Sicherungsgeber nicht gezwungen, weitere Kredite aufzunehmen, für die sodann die von ihm bestellte Sicherheit ebenfalls haftet.

Beispiel: In o.g. Beispielsfall bestellt nicht die Ehefrau F, sondern M selbst eine Grundschuld an einem ihm gehörenden Privatgrundstück zur Sicherung des Kredits der B für die Lagerhalle. Dann haftet die Grundschuld aufgrund der formularmäßigen Ausdehnung der Haftung auch für den später von M selbst aufgenommenen Betriebsmittelkredit mit.

Von einem hinreichenden Einfluss auf das mit der weiteren Kreditgewährung verbundene Risiko ist aber nicht nur bei rechtlicher Personenidentität zwischen Kreditnehmer und Sicherungsgeber auszugehen, sondern auch in Fällen einer Gesellschaftsverbindlichkeit, falls der Sicherungsgeber als Geschäftsführer und Gesellschafter maßgeblichen Einfluss auf die Art und Höhe der gesicherten Geschäftsverbindlichkeiten der Gesellschaft hat; dann wird er von einer

⁹² Siehe auch dazu BGH NJW 2001, 1416, 1417 (juris-Rn. 16): „Je größer der zeitliche Abstand zwischen der Darlehensgewährung und den für eine Grundschuld abgegebenen neuen formularmäßigen Zweckerklärungen ist, desto wahrscheinlicher ist es aber, daß der ursprüngliche, auf die Absicherung eines bestimmten Darlehens gerichtete Sicherungszweck durch einen anderen ersetzt oder erweitert worden ist.“

⁹³ BGH NJW 2000, 2675.

in AGB enthaltenen weiten Zweckerklärung regelmäßig nicht überrascht, die die Haftung über den konkreten Anlass der Kreditaufnahme hinaus auf weitere Forderungen erstreckt.⁹⁴

Beispiel: In o.g. Beispielsfall betreibt die M-GmbH, an welcher M als Allein- oder Mehrheitsgesellschafter beteiligt ist, das Bauunternehmen. Die M-GmbH nimmt, vertreten durch M in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der M-GmbH, zunächst bei B den Kredit für die Lagerhalle auf. Als Sicherheit bestellt M der B eine Grundschuld an einem ihm privat, also nicht der M-GmbH, gehörenden Grundstück. Auch in diesem Fall haftet die Grundschuld aufgrund der formularmäßigen Ausdehnung der Haftung für den später von der M-GmbH aufgenommenen Betriebsmittelkredit mit, ohne dass sich M auf eine überraschende Klausel berufen könnte.

Nicht ausreichend ist es hingegen, dass der Sicherungsgeber – etwa der Ehegatte – als kaufmännischer Angestellter im Geschäft des Kreditnehmers beschäftigt ist und in dieser Eigenschaft über die Geschäftskonten verfügen kann. Damit ist nämlich keine Einflussmöglichkeit verbunden, die der eines Allein- bzw. Mehrheitsgesellschafters oder eines Geschäftsführers entspricht.⁹⁵

⁹⁴ Siehe BGH NJW 2001, 1416 (juris-Rn. 13) mit Hinweis auf die Rechtsprechung zum Bürgschaftsrecht (BGHZ 130, 19, 30; BGH ZIP 1997, 449 m.w.N.).

⁹⁵ Siehe auch dazu BGH NJW 2001, 1416 (juris-Rn. 13).