

## Professor Dr. Peter Krebs

### Gutachten:

#### **A. Anspruch des B gegen die D-Bank aus Vertrag, aus vertragsähnlicher Verbindung, aus § 985 BGB oder aus § 823 Abs. 1 BGB**

Vertragliche Ansprüche, vertragsähnliche Ansprüche oder ein Anspruch aus § 985 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB kommen nicht in Betracht. Letzteres gilt, solange man mit der ganz h.M. die Forderungszuständigkeit nicht als durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt ansieht.

#### **B. Anspruch des Alufelgenherstellers B gegen die D-Bank auf Zahlung von 42.000,-- € aus § 816 Abs. 2 BGB**

B könnte gegen die D-Bank ein Anspruch auf Zahlung von 42.000,-- € gemäß § 816 Abs. 2 BGB zustehen.

#### **I. Nichtberechtigung der D-Bank**

Dies setzt zunächst voraus, dass die D-Bank Nichtberechtigte i.S.d. § 816 Abs. 2 BGB ist.

Folglich dürfte sie nicht Gläubigerin der Kaufpreisforderung aus § 433 Abs. 2 BGB gegen den Autoclub C geworden sein.

Einen Anspruch auf Kaufpreisforderung nach § 433 Abs. 2 BGB könnte die D-Bank jedoch im Wege der Abtretung gemäß § 398 BGB i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB von A erworben haben. Dies setzt voraus, dass zwischen A und C ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen ist und der Zahlungsanspruch aus diesem Vertrag wirksam von A an die D-Bank abgetreten wurde.

#### **1. Vorliegen eines wirksamen Kaufvertrages zwischen A und C**

Zwischen A und C ist ein Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB über die Alufelgensätze geschlossen. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass der Kaufvertrag wirksam ist.

Folglich liegt zwischen A und C ein wirksamer Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB vor.

## **2. Wirksame Abtretung von A an die D-Bank gemäß § 398 BGB**

Fraglich ist jedoch, ob der Zahlungsanspruch aus dem Kaufvertrag wirksam gemäß § 398 BGB von A an die D-Bank abgetreten worden ist.

Dies ist der Fall, wenn A und die D-Bank einen Abtretungsvertrag geschlossen haben, dieser wirksam ist und A auch über diese Forderung Verfügungsbefugter war.

### **a) Abtretungsvertrag zwischen A und der D-Bank**

Zwischen A und der D-Bank müsste folglich ein Abtretungsvertrag vereinbart worden sein.

*[Hinweis: Die Abtretung ist ein Vertrag zwischen dem bisherigen Gläubiger (Zedent) und dem neuen Gläubiger (Zessionar), durch den der Zedent die Forderung auf den Zessionar überträgt. Die Abtretung stellt ein Verfügungsgeschäft dar und ist daher von dem schuldrechtlichen Grundgeschäft zu unterscheiden (Palandt – Heinrichs, BGB, § 398 Rn. 3).]*

Gemäß § 7 des Vertrages zwischen A und der D-Bank hat A alle Forderungen, die ihm aus dem Betrieb seines Gewerbes gegenüber Dritten entstanden sind, im Voraus an die D-Bank abgetreten.

Folglich besteht zwischen A und der D-Bank ein Abtretungsvertrag.

### **b) Nichtigkeit des Abtretungsvertrages wegen mangelnder Bestimmtheit**

Fraglich ist jedoch, ob der Abtretungsvertrag wirksam ist.

Zweifel diesbezüglich könnten sich daraus ergeben, dass hier u.U. der Bestimmtheitsgrundsatz nicht erfüllt ist.

Die Abtretung nach § 398 BGB unterliegt als Verfügungsgeschäfte dem Bestimmtheitsgrundsatz.

Der Bestimmtheitsgrundsatz ist erfüllt, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von einem Dritten anhand der Vertragsbestimmungen oder aus anderen objektiven Umständen eindeutig erkennbar ist, welche Forderungen abgetreten sind.

Laut Sachverhalt werden vorliegend alle zukünftig entstehenden Forderungen von der Abtretung des A an die D-Bank erfasst. Mithin liegt hier eine sog. Vorausabtretung vor.

Da weder A noch die D-Bank wissen, wer die künftigen Käufer des A sein werden, sind die betreffenden zukünftigen Forderungen nicht bestimmt.

Mithin könnte eine Vorausabtretung regelmäßig gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen. Daher stellt sich die Frage, ob im Fall der Vorausabtretung die Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz zu relativieren sind, so dass hier Bestimmbarkeit ausreicht. Bestimmbarkeit liegt vor, wenn ein objektiver Dritter die abgetretene Forderung im Zeitpunkt ihrer Entstehung zweifelsfrei identifizieren kann, was voraussetzt, dass die Forderung der Art nach bestimmt sein muss und dass sie aus einem festgelegten Kreis von Rechtsbeziehungen stammt (BGHZ 7, 365 [367]; 26, 178 [183]).

Durch § 7 des Vertrages zwischen A und der D-Bank wurde bestimmt, dass alle „durch den Betrieb des Gewerbebetriebes Dritten gegenüber erwachsenden Forderungen“ abgetreten werden sollten. Hierdurch wurde sowohl die Art der Forderung bestimmt als auch der Kreis der Rechtsbeziehungen festgelegt, aus welchem die abzutretende Forderung stammen sollte. Sobald A Waren verkauft, kann die D-Bank anhand der Geschäftsunterlagen des A sowohl den Käufer als auch den Schuldgrund ermitteln. Damit ist hier dem Grundsatz der Bestimmbarkeit genüge getan.

Der BGH (BGHZ 7, 365 [367]; 26, 178 [183]; BGH NJW 2000, 276) lässt in ständiger Rechtsprechung bei einer Vorausabtretung eine Bestimmbarkeit der Forderung ausreichen. Dagegen spricht zwar der dogmatische Grundsatz, dass alle Verfügungsgeschäfte dem Bestimmtheitsgrundsatz unterliegen. Für diese Ausnahme lässt sich jedoch anführen, dass anderenfalls jede Globalzession einer Bank, die regelmäßig eine Vorausabtretung enthalten wird, als Rechtsinstitut und Sicherungsmittel nicht mehr haltbar wäre. Der BGH betont ausdrücklich, dass es jedoch eine „praktische Notwendigkeit für die Globalzession als Kreditsicherungsmittel“ gibt.

*[Hinweis: Hier handelt es sich um ein Musterbeispiel einer Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs.]*

Um daher keine volkswirtschaftlichen Nachteile entstehen zu lassen, ist mit dem BGH eine Bestimmbarkeit bei der Vorausabtretung als ausreichend anzusehen.

Folglich tritt vorliegend keine Nichtigkeit des Abtretungsvertrages wegen mangelnder Bestimmtheit ein.

### **c) Nichtigkeit wegen Übersicherung**

#### **aa) Nichtigkeit wegen Übersicherung nach § 138 Abs. 1 BGB**

Vorliegend könnte die Abtretung nach § 138 Abs. 1 BGB wegen nachträglicher Übersicherung sittenwidrig und damit nichtig sein.

Eine Übersicherung liegt vor, wenn der Gläubiger dauerhaft mehr Sicherheiten bekommt oder behalten darf, als er bei Verwertung zur Abdeckung seiner Forderung benötigt.

Dabei ist zu beachten, dass im Rahmen von § 138 Abs. 1 BGB für die Beurteilung der Übersicherung eine *konkrete* Betrachtungsweise maßgeblich ist.

Mangels entsprechender Anhaltspunkte im Sachverhalt ist hier nicht davon auszugehen, dass bereits eine konkrete Übersicherung stattgefunden hat.

Mithin ist die Abtretung auch nicht nach § 138 Abs. 1 BGB wegen nachträglicher Übersicherung sittenwidrig.

*[Hinweis: Das Verhältnis zwischen der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB und § 138 Abs. 1 BGB wird in der Rechtswissenschaft kontrovers beurteilt. Die h.M. geht davon aus, dass bei der Überprüfung formularmäßiger Verträge die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB im Vordergrund steht (Palandt/Heinrichs, BGB, § 138 Rn. 16; MüKo/Mayer-Maly/Armbrüster, BGB, § 138 Rn. 8; AnwK-BGB/Looschelders, § 138 Rn. 29; BGB-RGRK/Krüger-Nieland/Zöller, § 138 Rn. 18). Demgegenüber wird von einer Ansicht in der Literatur (Staudinger/Sack, BGB, § 138 Rn. 161) vorgebracht, dass § 138 Abs. 1 BGB und die §§ 307 ff. BGB nebeneinander anwendbar seien. Dies folge aus dem unterschiedlichen Zweck dieser Regelungen: Die §§ 307 ff. BGB bezwecken nur den Schutz des Vertragspartners, während § 138 Abs. 1 BGB den umfassenden Schutz aller schutzwürdigen Interessen, d.h. auch aller schutzwürdigen Interessen Dritter und der Allgemeinheit ermöglichen. Dieser Tatsache wird jedoch von der h.M. dadurch Rechnung getragen, dass § 138 Abs. 1 BGB ohne weiteres anwendbar sein soll, wenn die Verwendung von AGB zu einer Benachteiligung dritter Personen oder der Allgemeinheit führt.]*

#### **bb) Nichtigkeit wegen Übersicherung nach § 307 Abs. 1 BGB**

Die Abtretung könnte jedoch wegen Übersicherung nach § 307 Abs. 1 BGB unangemessen und damit nichtig sein.

#### **(1) Eröffnung der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB**

Dies setzt zunächst voraus, dass die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB eröffnet ist.

#### **(a) Sachlicher Anwendungsbereich**

Mithin müsste es sich bei den Bestimmungen der §§ 7 ff. des Vertrages zwischen A und der D-Bank um Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB handeln. All-

gemeine Geschäftsbedingungen sind nach § 305 Abs. 1 BGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Partei bei Abschluss eines Vertrages stellt.

Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt ist hier davon auszugehen, dass es sich bei den Bestimmungen um vorformulierte Vertragsbestimmungen der D-Bank handelt, welche sie typischerweise bei Abschluss von Darlehens- bzw. Kreditsicherungsverträgen zu verwenden pflegt. Bei den Bestimmungen der §§ 7 ff. BGB handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB.

### **(b) Persönlicher Anwendungsbereich**

Nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB werden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur dann Bestandteil des Vertrages, wenn der Verwender ausdrücklich auf sie hinweist, oder falls ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch einen deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses und ein Einverständnis der anderen Partei mit ihrer Geltung. Ob diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind, kann offen bleiben, da hier aufgrund der Unternehmereigenschaft des A die Vorschrift des § 305 Abs. 2 BGB nach § 310 Abs. 1 S. 1 BGB nicht greift.

*[Hinweis: Beachten Sie hier § 310 Abs. 1 S. 2 BGB. Bei der Verwendung von AGB gegenüber Unternehmern findet eine Inhaltskontrolle nach §§ 308, 309 BGB nicht statt. Unberührt hiervon bleibt aber eine Kontrolle nach § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB zulässig.]*

### **(c) Kein Ausschluss nach § 305 b BGB bzw. § 305 c BGB**

Aus dem Sachverhalt ergeben sich keine Anhaltspunkte für Individualabreden gemäß § 305 b BGB zwischen A und der D-Bank. Da die Vereinbarung einer Globalzession als Kreditsicherungsmittel durch den Kreditgeber im Rechtsverkehr üblich ist und den einzelnen Klauseln auch kein besonderes Überraschungsmoment innewohnt, liegt auch kein Verstoß gegen § 305 c Abs. 1 BGB vor.

Folglich sind die Bestimmungen der §§ 7 ff. Bestandteil des Vertrages geworden.

### **(d) Abweichung von Rechtsvorschriften gemäß § 307 Abs. 3 BGB**

Die Inhaltskontrolle des § 307 BGB ist nach § 307 Abs. 3 BGB nur insoweit eröffnet, als durch die verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen Regelungen vereinbart werden, die von den gesetzlichen Rechtsvorschriften abweichen bzw. diese ergänzen.

Zwischen A und der D-Bank wurde die Gewährung eines Kredits i.H.v. 60.000,-- € nach § 488 Abs. 1 BGB vereinbart. Die Vereinbarung einer Globalzession als Sicherung eines Kredits im Rahmen eines Darlehensvertrages ist dem gesetzlichen Leitbild des Darlehensvertrages unbekannt.

Folglich ist hier die Inhaltskontrolle der §§ 7 ff. nach § 307 Abs. 1 BGB eröffnet.

## **(2) Übersicherung bei Überschreitung der Deckungsgrenze**

Nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ist eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

Die unangemessene Benachteiligung wird damit begründet, dass ein Gläubiger sich zu viele Sicherheiten verschafft, was zu Lasten der übrigen Gläubiger geht, da diese hierdurch keine Möglichkeit mehr haben, sich Sonderrechte für den Fall der Insolvenz zu sichern. Überdies belastet eine Übersicherung den Kreditkunden selbst, da dieser bei neuen Kreditverhandlungen gegenüber anderen Kreditgebern keine bzw. nur noch extrem eingeschränkte Möglichkeiten hat, Sicherungen anzubieten.

Eine Übersicherung ist nach der Rspr. des BGH in Anlehnung an § 237 S. 1 BGB anzunehmen, sofern der effektive Wert der gewährten Sicherheiten die zu sichernde Forderung um mehr als 10 % übersteigt (BGH WM 1998, 227 [231]). Bei der Marge von 10 % wird dabei auf den realisierbaren Wert der Sicherheit abgestellt (BGH NJW 1998, 674 f.). Dieser ist vom Nominalwert der Sicherheit bzw. bei Waren vom Schätzwert zu unterscheiden. Der realisierbare Wert liegt regelmäßig unter dem Nominalwert (vgl. § 237 BGB und § 234 Abs. 3 BGB). Sofern auf den Nominalwert der Forderung abgestellt wird, liegt eine Übersicherung vor, sofern und solange die Summe der gewährten Sicherheiten die zu sichernde Forderung um 50 % übersteigt (BGH NJW 1990, 716 [718] – *Vermutung einer 2/3-Verwertung*; vgl. § 237 BGB).

Vorliegend stellt sich jedoch die Frage, ob für die Beurteilung der Übersicherung eine konkrete oder eine abstrakte Betrachtungsweise maßgeblich ist.

Im zugrunde liegenden Fall geht es um die Beurteilung einer Klausel nach den §§ 305 ff. BGB. Dabei hat eine abstrakt-generelle Prüfung zu erfolgen, um den Interessen aller typischerweise beteiligten Kunden gerecht zu werden (Palandt – *Heinrichs*, BGB, § 307 Rn. 4).

*[Hinweis: Beachten Sie, dass bei Verbraucherverträgen im Gegensatz dazu nach § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB auch konkret-individuelle Umstände zu berücksichtigen sind.]*

Vorliegend könnte eine Übersicherung deshalb in Betracht kommen, weil § 7 des Vertrages zwischen A und der D-Bank alle Forderungen, die im Geschäftsbetrieb des Darlehensnehmers A entstehen, abgetreten werden. Abstrakt ist folglich denkbar, dass A gegenüber zukünftigen Kunden im Laufe der Zeit Forderungen i.H.v. von möglicherweise mehreren 100.000,-- € haben könnte. Auch in diesem Fall wären alle diese Forderungen für die Sicherheit eines Kredits i.H.v. 60.000,-- € abgetreten.

Mithin ist hier zunächst eine Übersicherung festzustellen.

### **(3) Abwendung der Übersicherung**

Fraglich ist jedoch, ob vorliegend durch die Bestimmung des § 8 im Vertrag zwischen A und der D-Bank eine Übersicherung abgewendet wurde.

Eine Globalzession ist dadurch gekennzeichnet, dass alle Forderungen abgetreten werden. Somit besteht die Gefahr, dass eine Übersicherung nachträglich eintritt und somit die Abrede regelmäßig sittenwidrig sein könnte.

Demzufolge lässt die h.M. es zu, dass die Sittenwidrigkeit durch eine schuldrechtliche Freigabeklausel abgewendet werden kann (BGH NJW 1995, 2221; BGH NJW 1996, 388; Canaris ZIP 1997, 813 [817]).

Hiernach reicht zur Abwendung der Übersicherung ein allgemeiner schuldrechtlicher Freigabeanspruch aus, der sich bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung sogar aufgrund des Treuhandcharakters durch ergänzende Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB aus jeder Sicherungsabrede ermitteln lässt (BGH NJW 1995, 2221; BGH NJW 1996, 388).

Vorliegend ist eine solche schuldrechtliche Freigabeklausel in § 8 des Vertrages getroffen worden, so dass eine Übersicherung hier nicht in Betracht kommt.

*[Hinweis: Nach der Rspr. des BGH besteht ein Freigabeanspruch, wenn der realisierbare Wert der Sicherheiten 110 % (unter Berücksichtigung der Kosten für Verwaltung und Verwertung) des Wertes der gesicherten Forderung beträgt. Die Grenze für das Entstehen des Freigabeanspruchs liegt regelmäßig bei 150 % des Schätzwertes (=des geschätzten aktuellen Verkehrswertes; § 237 S. 1 BGB), der bei 2/3 des*

*Nominalwertes anzusiedeln ist, wenn nicht seitens des Sicherungsnehmers belegt wird, dass bei Verwertung wesentlich geringere Erlöse zu erwarten sind (BGH NJW 1998, 671 [677]).*

*Der Freigabeanspruch steht nicht im Ermessen des Sicherungsnehmers. Eine derartige Regelung würde nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen wesentlicher Beschränkung der Rechte aus dem Sicherungsvertrag unwirksam sein. Ermessen besteht nur bei der Auswahl des freizugebenden Sicherungsgutes.]*

#### **d) Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB wegen Verleitung zum Vertragsbruch**

Da Banken in der Praxis regelmäßig zuerst die Globalzession mit dem Darlehensnehmer vereinbaren und erst anschließend zwischen Vorbehaltskäufer (=Darlehensnehmer) und Vorbehaltsverkäufer eine Sicherungsabtretung vereinbart wird, würden die Banken in solchen Konstellationen regelmäßig Inhaberin der Forderungen werden, während die spätere Abtretung des Vorbehaltskäufers an den Vorbehaltsverkäufer ins Leere geht.

Dieses Ergebnis wird allgemein als unbillig empfunden, weil die Entstehung des abgetretenen Zahlungsanspruchs aus Kaufvertrag unmittelbar aus der Lieferung der Kaufsache seitens des Vorbehaltskäufers resultiert (bereits: Flume NJW 1959, 913 [918]). Der Warenkreditgeber würde demnach gegenüber Banken benachteiligt.

Daher wird vertreten, dass in derartigen Konfliktfällen die Erstabtretung an die Bank wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein kann.

Dies ist im Einzelnen jedoch streitig.

*[Hinweis: Diese Herleitung bezüglich der Lehre vom Vertragsbruch kann im Rahmen einer Fallbearbeitung kürzer ausfallen. Beachten Sie jedoch, dass eine Herleitung in dieser Konstellation unablässig ist, da die Lösung zum vorliegenden Problemkreis dem Gesetz nicht entnehmbar ist.]*

#### **aa) Lösung nach der h.M.**

##### **(1) Lehre vom Vertragsbruch**

Nach BGH und h.L. (BGHZ 32, 361 [365]; 55, 34 [36]; 55, 34 [36]; 56, 173 [176]; 72, 308 [310]; Leible/Sosnitza JuS 2001, 449 [452]) gilt das Prioritätsprinzip.

Danach soll bei mehrfacher Abtretung nur die zeitlich zuerst vorgenommene Abtretung wirksam sein (und damit im Regelfall die Globalzession an die Bank).

Dieses Ergebnis korrigiert die h.M jedoch nach § 138 Abs. 1 BGB durch die Lehre vom Vertragsbruch.

Danach ist die Erstabtretung nichtig, sofern die Bank den Kreditnehmer zum Vertragsbruch verleitet.

Dieser Tatbestand dürfte regelmäßig erfüllt sein, wenn der Kreditnehmer mit Waren handelt, da Warenlieferungen in der Regel nur bei Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts erfolgen, also gegen Abtretung der aus der Weiterveräußerung resultierenden Forderungen. Aufgrund der vorher erfolgten Zession eben auch dieser Forderungen an die Bank, ist dem Schuldner eine solche Vereinbarung gar nicht möglich.

Klärt nun der Vorbehaltskäufer den Vorbehaltsverkäufer über diesen Umstand auf, wird dieser mangels Sicherungsmöglichkeit und möglicher Insolvenzgefahren häufig von dem Vertrag Abstand nehmen. Verschweigt der Schuldner hingegen die vorherige Globalzession, könnte er sich strafbar machen. Zumindest hätte er seine vertragliche Sorgfaltspflicht gegenüber dem Vorbehaltsverkäufer verletzt.

In diesem letzten Fall verleitet die Bank nach h.M. den Schuldner zum Vertragsbruch, da dieser ohne Verschweigen keine Ware beziehen könnte.

Im vorliegenden Fall hat A einen Kaufvertrag unter Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts mit B geschlossen, ohne ihn über die Globalzession zugunsten der D-Bank aufzuklären. Folglich ist er aufgrund der Globalzession an die D-Bank zu einem Vertragsbruch verleitet worden.

Weiterhin verlangt der Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB als subjektives Merkmal Kenntnis der Bank. Dabei werden an die Kenntnis jedoch keine hohen Anforderungen gestellt. Sofern ein verlängerter Eigentumsvorbehalt branchenüblich ist, kann daraus geschlossen werden, dass die Bank damit rechnen musste.

Folglich liegen grundsätzlich die Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB vor.

## **(2) Abwendung durch dingliche Verzichtsklausel**

Nach diesem Zwischenergebnis wären grundsätzlich alle Globalzessionen zugunsten einer Bank nichtig, sofern der Kunde seine Geschäfte unter Vereinbarung von Eigentumsvorbehalten betreibt. Um das Rechtsinstitut der Globalzession zu erhalten, besteht nach Rspr. und Lit. aber die Möglichkeit, den Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB durch

eine dingliche Teilverzichtsklausel abzuwenden (BGH NJW 1999, 940; Palandt – *Heinrichs*, § 398 Rn. 25).

Die dingliche Teilverzichtsklausel ist dadurch gekennzeichnet, dass von Anfang an nicht alle Forderungen zugunsten der Bank abgetreten werden, sondern nur diejenigen Forderungen, die nicht von der Vorausabtretung eines Vorbehaltsverkäufers erfasst werden. Die dingliche Teilverzichtsklausel wirkt also wesentlich schärfer, nämlich auf Verfügungsebene, während die schuldrechtlich Freigabeklausel dadurch gekennzeichnet ist, dass die Bank zunächst Forderungsinhaberin wird und nur schuldrechtlich zur Rückübertragung verpflichtet ist.

*[Hinweis: Das Erfordernis einer dinglichen Teilverzichtsklausel wird damit begründet, dass nur in diesem Fall der Vorbehaltsverkäufer auch Inhaber der Forderung werden kann und somit im Insolvenzfall des Käufers geschützt ist. Eine schuldrechtlich Freigabeklausel würde ihn nicht vor dieser Gefahr schützen, weil der schuldrechtliche Freigabeanspruch nur dem Vorbehaltskäufer gegenüber der Bank zusteht.]*

In § 8 des Vertrages ist zwischen A und der D-Bank nur eine schuldrechtliche Freigabeklausel vereinbart worden. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, der lediglich von der Verpflichtung der D-Bank spricht.

Mangels wirksamer dinglicher Teilverzichtsklausel konnte vorliegend die Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nach h.M. nicht abgewendet werden.

Demzufolge wäre die Globalzession nichtig.

Die D-Bank wäre mithin Nichtberechtigter i.S.v. § 816 Abs. 2 BGB.

### **bb) Lösung nach dem Surrogationsprinzip**

Nach einer Auffassung in der Literatur setze sich immer die Vorausabtretung des Vorbehaltsverkäufers gegenüber der Globalzession durch, da der Warenkreditgeber immer *näher* an der Forderung sei als der Geldkreditgeber (Flume NJW 1959, 913 [918]).

Nach dieser Auffassung wäre B Inhaber der Forderung geworden, nicht die D-Bank.

Auch hiernach wäre die D-Bank folglich Nichtberechtigte i.S.v. § 816 Abs. 2 BGB.

### **cc) Lösung nach dem Trennungsprinzip**

Schließlich wird die Auffassung vertreten, dass die sicherungshalber abgetretene Forderung zwischen dem Vorbehaltskäufer und der Bank verhältnismäßig aufzuteilen ist (Esser JZ 1968, 281 [283]; Beuthien BB 1971, 375 [376]).

Diese Auffassung wird damit begründet, dass sowohl die Sicherheit des Warenkreditgebers als auch diejenige des Geldkreditgebers auf dem gleichen Rechtsgrund der Sicherungsabtretung beruhen, so dass weder der Warenkreditgeber noch der Geldkreditgeber eine Vorrangstellung beanspruchen dürfe.

Bezogen auf die vorliegende Fallkonstellation wäre die D-Bank mithin lediglich als teilweise nichtberechtigt anzusehen.

#### **dd) Stellungnahme**

Da die aufgeführten Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist ein Streitentscheid erforderlich.

Gegen die Teilungstheorie spricht vor allem, dass eine gesetzliche Grundlage fehlt, welche ihre Konzeptionen legitimiert. Weil letztlich nicht deutlich wird, welche Forderung wie aufgeteilt wird, ist diese Lösung auch wenig praktikabel. Somit könnte hier auch ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz vorliegen.

Für die Auffassung der h.M. spricht, dass der Prioritätsgrundsatz in § 185 Abs. 2 S. 2 BGB verankert ist (und auch sonst als allgemeines sachenrechtliches Prinzip gilt).

Mithin ist hier der Auffassung der h.M. zu folgen.

Somit war die Abtretung der Kaufpreisforderung von A an die D-Bank wegen Verleitung zum Vertragsbruch sittenwidrig und damit nichtig nach § 307 Abs. 1 BGB.

Die D-Bank ist Nichtberechtigte i.S.v. § 816 Abs. 2 BGB.

#### **II. Leistungsbewirkung durch C**

Der Automobilclub C müsste eine Leistung bewirkt haben.

Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.

Durch die Zahlung an die D-Bank liegt eine Leistungsbewirkung des C vor.

#### **III. Berechtigung des B**

B müsste des Weiteren Berechtigter i.S.d. § 816 Abs. 2 BGB sein.

Dies ist der Fall, wenn B im Wege der Abtretung nach § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 398 BGB von A den Zahlungsanspruch gegen C erworben hat.

### **1. Wirksamer Kaufpreisanspruch des A gegen C**

Wie bereits dargelegt liegt zwischen A und C ein Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB vor. Gemäß § 433 Abs. 2 BGB ist C gegenüber A zur Zahlung von 42.000,-- € verpflichtet. Ein wirksamer Kaufpreiszahlungsanspruch ist mithin hier entstanden.

### **2. Wirksame Abtretung von A an B nach § 398 BGB**

Es stellt sich jedoch die Frage, ob eine wirksame Abtretung zwischen A und B vereinbart wurde.

#### **a) Abtretungsvertrag zwischen A und B**

A und B haben die Abtretung aller Forderungen, die A durch die Veräußerung der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Felgensätze erzielen wird, vereinbart.

Ein Abtretungsvertrag zwischen A und B liegt mithin vor.

#### **b) Unwirksamkeit wegen mangelnder Bestimmtheit**

Fraglich ist, ob dieser Vertrag wegen mangelnder Bestimmtheit unwirksam ist.

Dabei genügt es bei einer Vorausabtretung, dass die Forderung bestimmbar ist (s.o.). In dem Zeitpunkt, in dem der A die Felgensätze weiterverkauft, kann anhand der Geschäftsunterlagen der Käufer und der Kaufgegenstand ermittelt werden.

Demnach ist auch hier dem Grundsatz der Bestimmbarkeit genüge getan.

#### **c) Unwirksamkeit wegen Übersicherung nach § 307 Abs. 1 BGB**

Fraglich ist, ob die Vorausabtretung wegen Übersicherung nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist.

#### **(1) Eröffnung der Inhaltskontrolle**

Die Inhaltskontrollen ist vorliegend nach den §§ 305 ff. BGB eröffnet.

#### **(2) Übersicherung**

Fraglich ist, ob hier eine Unwirksamkeit der Abtretung nach § 307 Abs. 1 BGB wegen Übersicherung einschlägig ist.

Bei der Vorausabtretung beim verlängerten Eigentumsvorbehalt gelten die gleichen Grundsätze, die auch bei der Vorausabtretung im Rahmen der Globalzession entwickelt wurden.

Somit liegt eine Übersicherung vor, wenn die Summe der realisierbaren abgetretenen Forderungen um mehr als 10 % über dem Kaufpreisanspruch liegt. Stellt man dagegen auf den Nominalwert ab, so gilt die Marge von 50 %. Auch hier ist bei der Überprüfung nach §§ 305 ff. BGB eine abstrakt-generelle Betrachtungsweise anzulegen.

Abstrakt ist es durchaus möglich, dass eine Übersicherung dadurch eintreten kann, dass die abgetretenen Ansprüche in der Summe ganz erheblich über den Zahlungsansprüchen des Lieferanten liegen.

Damit besteht die Gefahr, dass die 10 bzw. 50 %-Marge überschritten wird.

Folglich kommt auch vorliegend eine Übersicherung in Betracht.

### **(3) Abwendung der Übersicherung**

Beim verlängerten Eigentumsvorbehalt gelten die allgemeinen Grundsätze, welche zur nachträglichen Übersicherung bei revolvingierenden Sachgesamtheiten oder Einzelgegenständen von der Rspr. entwickelt wurden. Zur Abwendung einer Übersicherung ist also ein schuldrechtlicher Freigabeanspruch notwendig. Sollte dieser nicht vertraglich geregelt sein, wird er von der h.M. im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung hergeleitet.

Folglich besteht auch hier ein Freigabeanspruch, soweit der realisierbare Wert der abgetretenen Sicherheiten 110 % der zu sichernden Forderungen übersteigt.

Danach liegt hier keine Unwirksamkeit der Abtretung nach § 307 Abs. 1 BGB wegen Übersicherung vor.

### **3. Verfügungsberechtigung des A**

Fraglich ist, ob A zum Zeitpunkt der Abtretung an B noch Verfügungsbefugter war.

Wie bereits dargelegt, war die Vorausabtretung des A an die D-Bank unwirksam.

Folglich konnte A noch über die zukünftigen Forderungen verfügen.

B hat damit gegen C einen Zahlungsanspruch nach §§ 433 Abs. 2, 398 BGB erworben und ist folglich als Berechtigter i.S.d. § 816 Abs. 2 BGB anzusehen.

## **IV. Wirksamkeit der Leistung gegenüber dem Berechtigten**

Schließlich müsste die Bewirkung der Leistung an die D-Bank dem Berechtigten B gegenüber wirksam sein.

### **1. Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB i.V.m. § 407 Abs. 1 Fall 1 BGB**

Fraglich ist, ob hier Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB i.V.m. § 407 Abs. 1 Fall 1 BGB eingetreten ist. Demnach müsste der neue Gläubiger eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung (von A an B) an den bisherigen Gläubiger bewirkt hat, gegen sich gelten lassen.

In Anbetracht der Tatsache, dass C an die D-Bank geleistet hat, die eine Gläubigerstellung niemals innehatte, fehlt es hier an einer Leistung *an den alten Gläubiger*.

Folglich scheidet auch nach dieser Vorschrift eine Erfüllung aus.

### **2. Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB i.V.m. § 407 Abs. 1 Fall 2 BGB**

Fraglich ist, ob hier Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB i.V.m. § 407 Abs. 1 Fall 2 BGB eingetreten ist.

Da C nach Rücksprache mit A an die D-Bank gezahlt hat, könnte hierin eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen A und C im Sinne des § 407 Abs. 1 Fall 2 BGB gesehen werden. Unter Rücksprache muss man hier jedoch verstehen, dass A den C auf die Globalzession zugunsten der D-Bank hingewiesen hat. Dies stellt keine rechtsgeschäftliche Vereinbarung im Sinne von § 407 Abs. 1 Fall 2 BGB dar (a.A. gut vertretbar – in Form einer *konkludenten Regelung über die Erfüllung*).

Demnach ist vorliegend auch keine Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB i.V.m. § 407 Abs. 1 Fall 2 BGB eingetreten.

### **3. Erfüllung nach § 362 Abs. 2 BGB i.V.m. § 185 Abs. 2 BGB durch Genehmigung**

Schließlich könnte vorliegend Erfüllung nach § 362 Abs. 2 BGB i.V.m. § 185 Abs. 2 BGB durch Genehmigung eingetreten sein.

Ausdrücklich hat B gegenüber der D-Bank keine Genehmigung erteilt, dass die D-Bank die Forderungen einziehen darf.

In dem Herausgabeverlangen des B gegenüber der D-Bank liegt jedoch die konkludente Erteilung einer Genehmigung, weil nur so der Anspruch auf Rückgewähr realisiert werden kann kann.

Damit ist die Zahlung des Geldes an die D-Bank gegenüber dem Berechtigten B wirksam geworden.

#### **V. Entreichungseinwand nach § 818 Abs. 3 BGB**

Fraglich ist, ob sich die D-Bank auf den Einwand der Entreichung nach § 818 Abs. 3 BGB berufen kann. Dies hätte zur Folge, dass über § 818 Abs. 3 BGB der angestrebte Schutz des Warenlieferanten wieder zunichte gemacht würde. Der Bank soll es jedoch verwehrt sein, das Risiko, das sich aus der Nichtigkeit ihres Formularvertrages ergibt, über § 818 Abs. 3 BGB auf den Lieferanten zu übertragen (BGHZ 56, 173 [179]).

Ein Entreichungseinwand der D-Bank nach § 818 Abs. 3 BGB wegen der im Gegenzug zur Globalzession erfolgten Kreditvergabe ist hier folglich unzulässig.

#### Ergebnis:

B steht gegen die D-Bank daher ein Anspruch auf Zahlung von 42.000,-- € nach § 816 Abs. 2 BGB zu.

*[Hinweis: Beachten Sie, dass B lediglich 35.000,-- € zustehen. Ob die restlichen 7.000,-- € an A gezahlt werden müssen oder ob hier eine Verrechnung mit der D-Bank stattzufinden hat, hängt davon ab, inwieweit von einer Nichtigkeit der Globalzession der D-Bank nach § 307 Abs. 1 BGB auszugehen ist. Verftendiert dazu, hier (gerade im Hinblick auf § 306 BGB) von einer vollständigen Nichtigkeit auszugehen.]*