

A. Fragestellung, Ziel der Regelung

Die Rechtsabteilung der Allgemeinen Verkehrsbank (A) hat die Aufgabe einen Vertrag für zukünftig abzuschließende Kreditverträge mit Herstellern von Schienenfahrzeugen (nachfolgend: Hersteller) zu entwerfen, welche insbesondere Regelungen zu den nachfolgenden Punkten enthalten sollen:

- Globalzession zur Sicherung der zu gewährenden Kredite
- Sicherungsabrede und Zweckbestimmung
- Stille Zession zur „Gesichtswahrung“ der Hersteller
- Forderungseinziehung und Prozessführung durch die Hersteller
- Forderungsüberblick, Haftung und Verwertung
- Folgen bei Übersicherung

Hinweis zur Lösung: Auf die numerische Darstellung der Punkte kann verzichtet werden, sofern im Gutachten darauf übersichtlich bzw. gegliedert hingewiesen wird. Es ist jedenfalls nicht hilfreich, wenn das Gutachten keinen Aufschluss darüber gibt, was geregelt werden soll. Idealerweise kann man anhand der Lösung die Herangehensweise von der Sachverhaltsermittlung über die Begutachtung bis hin zum Entwurf des Gestaltungstextes systematisch ablesen, vgl. Sikora/Mayer, Kautelarjuristische Klausuren Zivilrecht, 2014, Rz. 121ff.

B. Gutachten

I. Globalzession

Die Abtretung von Forderungen ist grundsätzlich möglich, § 398 BGB. Es ist allgemein anerkannt, dass der Wortlaut des Gesetzes dem nicht entgegensteht. Hernach ist die Abtretung mehrerer bzw. der Gesamtheit von Forderungen (Globalzession) ebenso zulässig, inhaltlich dazu MüKo/Roth, BGB-Kommentar, 6. Auflage 2012, § 398 Rz. 145. Darüber hinaus ist auch die Abtretung von zukünftigen Forderungen möglich (argumentum a fortiori aus § 185 Abs. 2 BGB). Diese künftigen Forderung, d. h. bedingte und befristete Forderungen oder Forderungen aus erst künftig entstehenden Rechtsverhältnissen, können regelmäßig schon vor ihrer Entstehung abgetreten werden, hierzu m. w. N. Jauernig/Stürner, BGB-Kommentar, 15. Auflage 2014, Rz. 8 a. E. Voraussetzung ist jedoch, dass diese Forderungen im Moment der Abtretung hinreichend bestimmt oder bestimmbar sein müssen, lesenswert die Entscheidung des BGH zur Frage des Bestimmtheitserfordernisses bei den (üblicherweise) abgegebenen Abtretungserklärungen wg. der Gutachterkosten nach KFZ-Unfall, Urteil vom 7. Juni 2011 – VI ZR 260/10, NJW 2011, 2713ff.

Nach den von der Rechtsprechung dazu entwickelten Grundsätzen empfiehlt es sich daher, den Gegenstand der Forderungen grob zu umschreiben, d. h. den Kreis der Drittschuldner, Geschäfte etc. Im hiesigen Fall sind alle Forderungen der Hersteller gegenüber den Abnehmern (z. B. Verkehrsbetriebe) von Straßenbahnfahrzeugen betroffen, welche vom Hersteller gefertigt und an die Abnehmer geliefert und teilweise auch dort in Betrieb genommen werden.

Hinweis zur Lösung: Ob man im Aufbau mit der Globalzession beginnt, ist nicht zwingend gesagt. Aber hier empfiehlt es sich, da das Thema der Abtretung für die Aufgabenstellung durchaus prominent ist. Im Extremfall könnte man sich sogar den Rest der Erörterungen ersparen, wenn man (warum auch immer) zu dem Ergebnis käme (Konjunktiv mit !!!!!), dass die hier vorgesehene Art der Abtretung gar nicht möglich wäre. Durch die gefestigten Ansichten in Rechtsprechung und Literatur wird man kaum zu einem abweichenden Ergebnis kommen. Gute Bearb. können dazu noch erörtern, ob es möglich ist, ob die A als Sicherungsmittel auf das jeweils zur Sicherung der Forderungen der Hersteller gegen ihre Kunden vereinbarte Vorbehaltseigentum zurückgreifen kann. Da das Vorbehaltseigentum kein akzessorisches Sicherungsrecht ist, geht dies nicht nach § 401 Abs. 1 BGB, in diesem Sinne MüKo/Roth, a. a. O., § 401 Rz. 14, danach ist der Eigentumsvorbehalt kein Nebenrecht im Sinne von § 401 BGB. Es kann jedoch vereinbart werden, dass das Vorbehaltseigentum nach § 931 BGB durch die Abtretung der bedingten Herausgabeansprüche aufgrund des Eigentumsvorbehaltes vom Sicherungsgeber auf die Bank übergeht.

II. Sicherungszweckbestimmung

1. Erforderlichkeit einer Sicherungszweckabrede

Da es sich bei der Zession um ein abstraktes dingliches Verfügungsgeschäft handelt, stellt diese Verfügung für sich allein keine Beziehung zum abzusichernden Kredit her, insofern ist die Lage ähnlich wie beim Eigentumsvorbehalt, siehe dort. Damit man also aus der Regelung erkennen kann, was durch die Abtretung überhaupt besichert werden soll, muss man dies (ausdrücklich) schuldrechtlich regeln, so z. B. auch bei der nichtakzessorischen Grundschild, dazu Schimanski/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Auflage 2011, Rz. 294.

2. „Weite“ Zweckbestimmungserklärung

Angesichts der vorgesehenen Art und Weise, wie Kreditmittel ausgereicht werden sollen (also auch mal auf „kurzem Wege“), ist es sinnvoll, eine Besicherung oder Haftung für bereits ausgereichte, sondern auch für zukünftige Kredite vorzusehen. Das Mittel der Wahl ist eine „weite“ Sicherungszweckerklärung. Der „weite“ Sicherungszweck erfasst alle Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung. Dies sind alle gegenwärtigen, künftigen und bedingten Ansprüche, die der Bank mit ihren

sämtlichen Geschäftsstellen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung entstehen, Schimanski u. a., a. a. O., Rz. 313.

Hinweis zur Lösung: Es kann nicht verlangt werden, dass diese Definition bekannt ist. Viel wichtiger für die Überlegungen im Gutachten ist, die Grenzen einer solchen Abrede mit Hilfe der allgemein bekannten „Werkzeuge“ der Vertragsgestaltung „abzuklopfen“, also von A wie AGB-Recht bis Z wie Sittenwidrigkeit (und das ist die äußerste Grenze und sollte nicht vorschnell „ins Rennen gebracht“ werden!!). Von daher sollte zunächst eine „AGB-Prüfung“ eingeschoben werden.

- a) Es dürften AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegen. Im Ergebnis dürfte die Abrede auch gemäß § 307 Abs. 1 BGB wirksam sein, da es die Kreditnehmer, also die Hersteller, jeweils selbst in der Hand haben, wie die Kredite ausgestaltet und erweitert werden. Es läuft auch nicht den Interessen der Hersteller zuwider, da diese selbst an einem Instrumentarium interessiert sind, welches ihnen den kurzfristigen Zugang zu weiteren Krediten gewährt. Mit Blick auf die oben genannte Definition der „weiten“ Sicherungszweckabrede, sollte diese jedoch mit dem Wortlaut „Geschäftsverbindung“ derart eingegrenzt werden, dass die Abrede nicht uferlos wird. Dies könnte in solch einem Fall durchaus dazu führen, dass die Abrede unwirksam wird und eine Besicherung nicht stattfindet, zum Problem unter dem AGB-Gesetz, Keim. MittBayNot 1994, 406ff.
- b) Eine weitere Grenze der Sicherungszweckbestimmung bildet § 138 BGB, sofern es sich um einen „Knebelvertrag“ handelt. Mit der Begründung zu § 307 BGB kann man dies ablehnen. Überhaupt sollte man, wie bereits gesagt, mit der Annahme, dass die Voraussetzungen des § 138 BGB vorliegen, sehr vorsichtig sein, problematisch wäre es, wenn die Zulieferer an die Hersteller ebenfalls unter (verlängertem) Eigentumsvorbehalt liefern würden. Dieses Konkurrenzproblem müsste dann gestalterisch aufgelöst werden, dazu mehr MüKo/Roth, a. a. O., § 398 Rz. 149ff.

III. Stille Zession

1. Zulässigkeit

Es ist durchaus üblich, dass Hersteller bzw. Händler Wert darauf legen, dass derartige Zession still behandelt werden. Schließlich würde darunter nicht nur der Ruf leiden, sondern die Kreditwürdigkeit ganz besonders, wenn allgemein bekannt würde, dass alle gegenwärtigen und künftigen Außenstände global an die finanzierende Bank abgetreten sind.

Die stille Zession ist möglich, d. h. auf die Kenntnis des Forderungsschuldners der abgetretenen Forderung kommt es nicht an.

Dies wiederum führt jedoch zu einigen Problemen, welche gestaltungstechnisch untersucht werden müssen.

2. Wirtschaftliche Gefahren

Es liegt auf der Hand, dass der Schuldner bei Unkenntnis der Abtretung Gefahr läuft, an den „falschen Gläubiger“, nämlich den Zedenten zu leisten. § 407 Abs. 1 BGB sieht in so einem Fall vor, dass der Leistung des Schuldners befreiende Wirkung zukommt. Die Folge ist, dass der Bank wiederum ein Kondiktionsanspruch gegen den Zedenten zustehen soll. Der Sicherungszweck wäre demnach mit Blick auf die Interessen der A verfehlt, da die Bank nun erst ihren Anspruch gegen den Zedenten aus § 816 Abs. 2 BGB geltend machen müsste. Die gängige Lösung in der Praxis ist, die Rechtswirkung des § 409 BGB herbeizuführen. Hernach wäre es anzudenken, dass die Abtretung solange „im Verborgenen“ bleibt, bis der Rückgriff auf die jeweilige Forderung erforderlich wird. Dies kann dadurch zügig abgewickelt werden, indem die Bank den Händlern eine „Blankoanzeige“ zur Verfügung stellt, welche dann zu Einsatz käme. In jedem Fall muss man den jeweiligen Schuldner Kenntnis von der Abtretung verschaffen.

Hinweis zur Lösung: Dies ist ein Beispiel für Kreativität und Anwendung von Praxiserfahrung. Zwar kennt nicht jeder die gängige Vorgehensweise der Banken, aber man sollte schon erkennen, dass es § 409 BGB gibt und irgendwann die „Katze aus dem Sack“ muss. Dies ist wegen der hier skizzierten wirtschaftlichen Gefahren im vordringlichen Interesse der A. In den einschlägigen „Formularbüchern“ zur Vertragsgestaltung wird mit Blick auf die Wirkungen der §§ 407, 409 BGB dazu angemerkt, um dem Sicherungsnehmer zu ermöglichen, seine Interessen ohne Verzögerungen zu wahren und sie nicht dem Risiko der Kooperationsverweigerung seitens des Sicherungsgebers auszusetzen, werden Blankoanzeigen bei Vertragsschluss ausgehändigt. Auf diesen Anzeigen ist der Name des Drittschuldners offen gelassen, sie sind mit der Unterschrift des Sicherungsnehmers zu versehen und können bei Bedarf vervielfältigt werden, vgl. Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 34. Edition 2015, 34. Globalzessionsvertrag (Fn. 9).

3. Forderungseinziehung

Eine Folge der stillen Zession ist die Forderungseinziehung durch den Hersteller selbst, jedoch im Namen der Bank. Gemäß § 185 Abs. 1 BGB ist es möglich, dass der Zedent als nunmehr Nichtberechtigter die Forderung mit Einwilligung des Zessionars (hier: der A) einziehen kann. An dieser Stelle gibt es also weniger ein rechtstheoretisches Problem als vielmehr eines der praktischen Ausgestaltung. Hier wäre eine Einzugsermächtigung im Sinne des § 185 BGB zu erteilen, dass die Hersteller die Forderung der A im eigenen Namen geltend machen kann. Dies kann bereits in der Vertragsurkunde zweckentsprechend niedergelegt werden.

Um Missbrauch zu vermeiden, sollte die Einzugsermächtigung widerruflich erteilt und an tatbestandliche Voraussetzungen geknüpft werden (z. B. Verzug).

Die materiellrechtliche Einzugsermächtigung steht auch nicht im Widerspruch zum Prozessrecht, da diese in den Grenzen der gewillkürten Prozesstandschaft erteilt wird.

4. Überblick über den Forderungsbestand (Haftung)

Aus einer analogen Anwendung des § 666 BGB kann man ableiten, dass es eine Nebenpflicht des mit Einziehungsermächtigung ausgestatteten Zedenten sein soll, den Zessionar über den (aktuellen) Forderungsbestand zu informieren. Aber im Gestaltungsrecht gilt zur Streitvermeidung der Grundsatz „sicher ist sicher“. Daher empfiehlt es sich, diese Verpflichtung im Kreditvertrag ausdrücklich zu vereinbaren, zumal das Gesetz zu den Einzelheiten sowieso schweigt. Hier kann die Regelmäßigkeit der Abfrage durch die A, die Werthaltigkeit der Forderungen u. v. m. geregelt werden.

Hinweis zur Lösung: An dieser Stelle kann man sich als Bearb. „so richtig austoben“. Schlüpfen Sie in die Rolle einer „ums liebe Geld besorgten Bank“. Sie wollen auf dem Laufenden bleiben und das dürfen Sie.

Hier wird empfohlen, dem Sicherungsgeber eine (verschuldensunabhängige) Garantiehafung aus dem Rechtsgedanken des § 437 a. F. BGB (in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung des BGB) aufzuerlegen, welche sich auf den Bestand der Forderung (Verität) bezieht. Allerdings ist es unter der geltenden Rechtslage nicht unstrittig, ob solch eine verschuldensunabhängige Haftung überhaupt noch Bestand haben kann, denn das geltende Recht kennt nur eine Haftung nach den Maßstäben des § 276 BGB (Verschulden). Wenn eine Garantiehafung vereinbart werden soll, dann muss dies jedoch ausdrücklich geschehen, vgl. BeckOK BGB/Faust § 453 Rz. 18. Inwiefern eine solche Vereinbarung letztlich wirksam ist, das ist nach derzeitigem Stand strittig, jedoch sprechen einige Argumente für die Wirksamkeit, da beispielsweise in Fällen der sogenannten Abtretungsketten die Sicherung durch die Forderung praktisch unmöglich wird, wenn die Haftung nicht mehr „durchgereicht“ werden kann. Unter dem Gebot des § 307 Abs. 1 BGB scheint es auch wenig vertretbar, eine jahrzehntelang als Gesetzesrecht einhellig anerkannte Regelung benachteilige den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, wenn sie nach einer Gesetzesänderung per AGB vereinbart wird. Außerdem hat der BGH auch bisher schon anerkannt, dass die Beherrschbarkeit eines Risikos ausschließlich durch eine Vertragspartei es rechtfertigen kann, dieser das Risiko durch AGB aufzuerlegen, BeckOK a. a. O., Rz. 19, BGHZ 114, 238, 243 = NJW 1991, 1886, 1888; die

Garantiehftung erkennt auch Schulze/Saenger, BGB, 8. Auflage 2014, § 453 Rz. 5, an; bei der Formulierung im Rahmen sogenannter Fortfaiertierveträge (Forderungsankauf aus Exportgeschäften) werden solche Garantieklauseln wegen der Gesetzesänderung sogar empfohlen, zur ausdrücklichen Regelung im Vertrag, vgl. Ziegler/Rieder, ZIP 2001, 1795; Brink, WM 2003, 1355, 1359.

Hinweis zur Lösung: Wer dieses Problem nicht in allen Einzelheiten kennt, sollte zumindest die Haftungsfragen zur Übertragung bzw. dem Verkauf einer Forderung unter § 453 BGB ansprechen, da der Sicherungszweck aus Sicht der A ins Leere läuft, wenn nicht sichergestellt ist, dass die abzutretende Forderung auch (einrede- und aufrechnungsfrei) besteht. Dies wird selbstredend dadurch erreicht, dass auch eine verschuldensunabhängige Haftung vereinbart wird.

5. Verwertungsklausel

Es muss zur stillen Zession noch geregelt werden, unter welchen Umständen die Bank die Abtretung offen legen muss. Schließlich darf die A mit Rücksicht auf die Interessen der Hersteller nicht jederzeit die Abtretung offen legen dürfen, sondern nur im „Sicherungsfall“. Die Verwertungsklausel ist also auch dazu da, diesen Fall zu definieren, z. B. Verzug der Kreditrückzahlung, schwerwiegende Vertragsverletzungen, Insolvenz des Kreditnehmers. Da der Vertrag systematisch „stimmig“ sein sollte, ist dies idealerweise auch zugleich der Fall, zu dem die Prozessführungs- und Einzugsermächtigung (siehe oben) widerrufen wird.

IV. Übersicherung

1. Freigabeklausel

Es entspricht durchaus der Natur solcher Kreditverhältnisse, dass die die Kredite besichernden Forderungen „schwanken“. Es steht ja gerade bei zukünftigen Forderungen nicht fest, wann diese entstehen, wie hoch diese sind und welche Einwendungen den Schuldner fallweise zustehen würden. Gemäß der dazu gefestigten Rechtsprechung, führt die infolge der Schwankung ggf. eintretende (nachträgliche!) Übersicherung nicht mehr zur Nichtigkeit der Sicherungsabrede, sondern gibt dem Sicherungsgeber einen Freigabeanspruch. Auch hier bieten sich klarstellende Regelungen zur Verhinderung der Übersicherung an.

Denkbar wäre eine Vereinbarung mit einer auflösenden Bedingung. In diesem Fall würde dem Hersteller ein Anwartschaftsrecht auf Rückfall der Forderung(en) eingeräumt. Oder man bemüht eine schuldrechtliche Freigabeverpflichtung bei Eintritt der Übersicherung, wobei es sich dabei lediglich um einen schwächeren schuldrechtlichen Anspruch handelt. Aus Sicht der A ist dies „eigentlich egal“: Kümern soll sich der jeweilige

Hersteller, denn mit Blick auf die Rechtsprechung ist die Übersicherung für den Kreditgeber zunächst nicht nachteilig („viel hilft viel“). Von daher ist der zweitgenannte Weg zu gehen, also eine schuldrechtlich verankerte Freigabeverpflichtung.

2. Definition

Und auch hier muss definiert werden, wann diese Verpflichtung eintritt, z. B. bei einer Übersicherung von mehr als 50 Prozent, da zugleich die Wertminderung und die Kosten der Geltendmachung der Forderungen damit abgedeckt würden. Geht man allein vom realisierbaren Wert aus, läge die Grenze mit 110 Prozent des Nennwerts der Forderung deutlich niedriger.

C. Vertragsentwurf (Formulierung)

§ 1

Globalzession

Der Sicherungsgeber tritt hiermit der A seine sämtlichen bestehenden und künftigen Forderungen aus der Lieferung von Straßenbahnfahrzeugen, welche durch den Sicherungsgeber gefertigt und ggf. beim Kunden gegen Aufpreis in Betrieb genommen worden sind, gegen seine Kunden ab.

Hinweis zur Lösung: Es dürfen auch detaillierte und weniger verschachtelte Formulierungen gewählt werden. Wichtig ist nur, dass durch die Formulierung einzelne Forderungen nicht aus der Globalzession herausfallen, ggf. kann man in einem Absatz 1 die Abtretung und in einem Absatz 2 die betroffenen Forderungen regeln bzw. definieren.

§ 2

Einziehungsbefugnis, Widerruf der Einziehungs- und Prozessführungsbefugnis

- (1) Dem Sicherungsgeber ist es gestattet, die an die A abgetretenen Forderungen im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes einzuziehen und ggf. einzuklagen.
- (2) Wenn der Sicherungsgeber mit fälligen Zahlungen auf die durch diesen Vertrag gesicherten Forderungen in Verzug ist, seine Zahlungen eingestellt hat, die Eröffnung eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens über sein Vermögen beantragt worden ist oder eine ihm obliegende wesentliche Verpflichtung aus diesem Vertrag verletzt hat, ist die A berechtigt, die Einziehungs- und Prozessführungsbefugnis zu widerrufen und die Forderungsabtretung auch im Namen des Sicherungsgebers gegenüber den jeweiligen Drittschuldnern offenzulegen.

- (3) Der Sicherungsgeber hat der A auf ihre Anforderung Blanko-Benachrichtigungsschreiben zur Unterrichtung der Drittschuldner über die Abtretung auszuhändigen. Die A ist berechtigt, vom Sicherungsgeber unterschriebene Blanko-Benachrichtigungsschreiben zu vervielfältigen.

Hinweis zur Lösung: Dies stellt nur ein Formulierungsbeispiel dar. Der Bearbeitervermerk war zu beachten und nur die dort angesprochenen Punkte auszuformulieren. Wer auch alle anderen Punkte ausformuliert, erwirbt keine Zusatzpunkte, sondern lässt eher erkennen, die Bearbeitervermerke nicht zu lesen oder richtig zu deuten. Allgemein ist noch zu den Literaturnachweisen zu sagen, dass die Lösung mit den zugelassenen Hilfsmitteln erarbeitet werden kann (Palandt, Thomas/Putzo, das Gesetz). Sofern hier andere Quellennachweise erbracht worden sind, dient dies nur der Möglichkeit der Vertiefung von Problemfragen, welche von der Klausur umfasst sind.