

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Notwendiges Umdenken bei Poolverträgen?

– Hommage für Rolf Serick zum 65. Geburtstag –

Der Abschluß von Poolverträgen gehört heutzutage zur täglichen Praxis, die Lieferanten, Banken, Konkurs- oder Vergleichsverwalter – in offener Kongruenz der gegenseitigen Interessen – an einen Tisch bringt, um notleidende Unternehmen fortzuführen, oft auch mit dem Ziel, die unnötige, konkursbedingte Zerschlagung von Werten zu vermeiden. Inzwischen hat auch die Judikatur¹ die Zulässigkeit von Poolverträgen anerkannt: Poolverträge verfolgen einen legitimen Zweck, weil sie etwa bestehende Beweisschwierigkeiten zu beseitigen geeignet sind, die sich immer dann einstellen, wenn und soweit verlängerte Eigentumsvorbehaltsrechte von mehreren Vorbehaltslieferanten – auf der gleichen Verarbeitungsstufe – geltend gemacht werden². Gleichwohl gilt der Grundsatz: Der Sicherheitenpool als BGB-Gesellschaft³ – oder wie immer er strukturiert sein mag⁴ – kann nicht mehr Rechte erwerben, als dem einzelnen Pool-Mitglied selbst zustehen. Im folgenden soll es darum gehen, diesen selbstverständlichen Rechtsgrundsatz in verschiedener Hinsicht – ausgerichtet an Beispielfällen der Poolpraxis – zu hinterfragen, weil keineswegs immer vor Abschluß eines Poolvertrages geprüft wird, ob die Sicherungsrechte auch wirksam entstanden sind.

I. Die Kollision von Einkaufs- und Verkaufsbedingungen

1. Die bisherige BGH-Judikatur

Gerade unter Berücksichtigung der bisherigen BGH-Judikatur stellt sich die Frage, ob bei der üblichen Kollision zwischen Einkaufs- und Verkaufs-AGB ein erweiterter oder verlängerter Eigentumsvorbehalt zugunsten eines Pool-Mitgliedes überhaupt wirksam entstanden sein kann.

1 BGH, BB 1982 S. 890, 892; OLG Karlsruhe, NJW 1979 S. 2317, 2318; OLG Frankfurt a. M., WM 1986 S. 27, 29.

2 Insbes. OLG Frankfurt, WM 1986 S. 27 ff.; vgl. auch Kuhn/Uhlenbruck, KO, 10. Aufl., § 4 Rdnrn. 13 ff.; Graf Lambsdorff, Handbuch des Eigentumsvorbehalts, Rdnrn. 422 ff.; Reinicke/Tiedtke, WM 1979 S. 186 ff.; Jauernig, ZIP 1980 S. 318 ff.

3 Vgl. Bohlen, Der Sicherheiten-Pool, 1984, S. 10; Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O., § 4 Rdnr. 13; Schröter/Graf von Westphalen, Sicherheiten-Poolverträge der Banken und Warenlieferanten, S. 7 ff.

4 Vgl. auch Weimauer, Festschrift Baur, 1981, S. 709, 710 ff.

a) Die BGH-Entscheidung vom 20. 3. 1985⁵

Es ist von hoher Wichtigkeit festzustellen, daß die Einkaufs-AGB in diesem Urteil eine typische Abwehrklausel enthielten, die auch – wie der Wortlaut im einzelnen ausweist – in besonderem Maße qualifiziert war, weil sie den Lieferanten verpflichtete, der Nicht-Anerkennung der Einkaufs-AGB „sofort in einem besonderen Schreiben ausdrücklich“⁶ zu widersprechen⁷. Unter dieser Prämisse ist es sehr naheliegend, daß der BGH zu dem Ergebnis gelangte: Verkaufs-AGB, in denen ein verlängerter und erweiterter Eigentumsvorbehalt vorgesehen ist, sind nicht wirksam Vertragsbestandteil geworden; denn die Bestellerin hatte klar und unmißverständlich zu verstehen gegeben, sie wolle ausschließlich zu ihren Einkaufs-AGB kontrahieren. Gleichwohl ließ der BGH – entsprechend seiner ständigen Judikatur⁸ – den Vertragsabschluß nicht wegen des fehlenden Konsenses über die anwendbaren AGB scheitern. Vielmehr stellte er fest, daß es an einer „offensichtlichen Willensübereinstimmung“⁹ auch dann fehlt, wenn – wie es üblicher Praxis entspricht – in den Einkaufs-AGB im Gegensatz zu den Verkaufs-AGB keine besondere Regelung betreffend den verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt vorgesehen ist. Denn die Funktion der in den Einkaufs-AGB enthaltenen Abwehrklausel zielt dahin, schlechthin die Verkaufs-AGB zum Scheitern zu bringen, soweit nicht – zufällig – eine inhaltliche Übereinstimmung vorliegt. Zwar läßt der BGH die Frage offen, ob nicht unter gewissen Umständen die Vereinbarung eines stillschweigenden verlängerten oder erweiterten Eigentumsvorbehalts – trotz kollidierender AGB – in Betracht kommt¹⁰. Doch ist hierfür ersichtlich dann kein Raum, wenn und soweit in den Einkaufs-AGB eine umfassende Abwehrklausel enthalten ist. An dieser Klausel scheitert schließlich auch die Annahme, die Vereinbarung eines verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts sei „branchenüblich“.

b) Die BGH-Entscheidung vom 5. 3. 1986¹¹

Auch hier enthielten die Einkaufs-AGB – neben der üblichen Ausschließlichkeitsklausel – eine weitergehende Abwehrklausel¹². In Übereinstimmung mit der früheren Judikatur¹³ bestätigte der BGH erneut, der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt des Lieferanten sei wegen der in den Einkaufs-AGB enthaltenen Abwehrklauseln nicht Vertragsbestandteil geworden – ein Ergebnis, welches sodann auch auf die nicht näher ventilierte Frage negativ durchschlägt, ob der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt nicht wegen Branchenüblichkeit wirksam geworden sei¹⁴.

2. Die instanzgerichtliche Judikatur

Unter Berücksichtigung dieser BGH-Entscheidungen¹⁵ könnte man der Auffassung sein, der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt scheitere nur dann, wenn in den Einkaufs-AGB mindestens eine Abwehrklausel enthalten sei, weil ja nur unter dieser Voraussetzung der Lieferant nicht damit rechnen kann, daß der ausschließlich in seinen Verkaufs-AGB enthaltene verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt wirksam Vertragsbestandteil wird. Indessen weisen die instanzgerichtlichen Entscheidungen in eine andere Richtung: Zwar enthält die Entscheidung des LG Hagen¹⁶ auch eine Abwehrklausel, liegt also auf der Linie der BGH-Entscheidungen. Demgegenüber aber läßt das Urteil des OLG Hamm vom 6. 7. 1978¹⁷ erkennen, daß letzten Endes grundsätzliche Erwägungen¹⁸ dazu geführt haben, von der früher allgemein vertretenen „Theorie des letzten Wortes“¹⁹ gemäß § 150 Abs. 2 BGB Abschied zu nehmen: Wegen der einander widersprechenden Verkaufs- und Einkaufs-AGB gelten die Bestimmungen des dispositiven Rechts auch im Hinblick auf den dann nicht wirksam vereinbarten verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt – vorausgesetzt selbstverständlich, die Parteien haben sich über den „eigentlichen ‚Kern‘ des Kaufvertrages“²⁰ verständigt. Von großer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des OLG Köln vom

19. 3. 1980²¹: Selbst eine in den Verkaufs-AGB enthaltene Abwehrklausel ist nicht geeignet, – trotz einer Kollision mit den Einkaufs-AGB – diese im Hinblick auf den verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt des Lieferanten wirksam werden zu lassen. Denn wenn das Schweigen auf eine Abwehrklausel nicht gleichbedeutend ist mit der – unbedingten – Unterwerfung unter eben diese AGB, dann dürfe – so das OLG Köln²² – auch nicht entscheidend darauf abgestellt werden, „ob die Abwehrklausel als solche mehr oder weniger scharf formuliert ist“. Noch drastischer ist schließlich das Urteil des OLG Stuttgart vom 16. 10. 1980²³. Bereits der Leitsatz Nr. 2 weist aus: „Treten Vertragsparteien trotz kollidierender Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) mit Abwehrklauseln in die Vertragserfüllung ein, dann ist anstelle der kollidierenden AGB dispositives Vertragsrecht anzuwenden.“ Zur Konsequenz hatte dies, daß selbst der einfache Eigentumsvorbehalt – wegen der Kollision der Verkaufs- und Einkaufs-AGB – nicht wirksam Vertragsbestandteil wurde, zumal auch hier der Besteller in seinen Einkaufs-AGB eine typische Abwehrklausel vorgesehen hatte, welche allerdings auf eine entsprechende Abwehrklausel in den Verkaufs-AGB des Lieferanten stieß.

Zu unterstreichen bleibt freilich, daß weitere instanzgerichtliche Entscheidungen²⁴ die allgemeine Tendenz stützen, wonach bei widerstreitenden AGB dispositives Recht gilt, sofern erkennbar ist, daß keine der beteiligten Parteien den Abschluß des Individualvertrages an der fehlenden Einigung über die AGB scheitern lassen will.

3. Die Auffassung in der Literatur

Verschiedentlich wird in der Literatur nach wie vor die Auffassung vertreten, bei der Kollision von AGB bei Vertragsabschluß komme es entscheidend darauf an, ob – und wenn ja: welche Partei – eine Ausschließlichkeits- und Abwehrklausel verwendet hat, weil ja dann die andere Partei nicht mit der Geltung der AGB rechnen konnte und rechnen durfte²⁵. Die

5 BGH, BB 1985 S. 1150.

6 Ebenda.

7 Der gesamte Klauseltext lautet: „Abweichende Geschäftsbedingungen. Durch die Annahme unseres Auftrags erklärt der Lieferant sein Einverständnis mit diesen Einkaufsbedingungen. Wird unser Auftrag vom Lieferer abweichend von unseren Bedingungen bestätigt, so gelten auch dann nur unsere Einkaufsbedingungen, selbst wenn wir nicht widersprechen. Abweichungen gelten also nur, wenn sie von uns ausdrücklich schriftlich anerkannt worden sind. Ist der Lieferer mit vorstehender Handhabung nicht einverstanden, so hat er sofort in einem besonderen Schreiben ausdrücklich darauf hinzuweisen. Wir behalten uns für diesen Fall vor, den Auftrag zurückzuziehen . . . Unsere Bedingungen gelten auch für künftige Geschäfte, selbst wenn nicht ausdrücklich auf sie Bezug genommen ist. Sofern sie nur dem Besteller bei einem von uns bestätigten Auftrag zugegangen sind.“

8 BGHZ 61 S. 282; BGH, BB 1974 S. 1136; BGH, WM 1977 S. 451.

9 BGH, BB 1985 S. 1150, 1151.

10 Hierzu auch Löwel/Graf von Westphalen/Trinkner, AGBG, § 2 Rdnr. 47.

11 BGH, WM 1986 S. 643.

12 Nach dem nicht näher mitgeteilten Text dieser Abwehrklausel (WM 1986 S. 643) steht jedenfalls soviel fest, daß die Einkaufs-AGB für die Aufträge der Bestellerin ausschließlich gelten sollten, ohne daß es eines Widerspruchs gegenüber abweichenden AGB des Lieferanten bedurfte.

13 Siehe Fn. 8.

14 BGH, WM 1986 S. 643, 644.

15 Siehe Fn. 5, 11.

16 LG Hagen, BB 1976 S. 723.

17 OLG Hamm, BB 1979 S. 701.

18 S. 701 f.

19 BGH, LM-Nr. 3 zu § 150 BGB; BGH, LM-Nr. 6 zu § 150 BGB; BGHZ 18 S. 212, 216; vgl. auch BGH, LM-Nr. 2 zu § 150 BGB.

20 OLG Hamm, BB 1979 S. 701, 702.

21 OLG Köln, BB 1980 S. 1237.

22 OLG Köln, BB 1980 S. 1237, 1239.

23 OLG Stuttgart, ZIP 1981 S. 176.

24 OLG Karlsruhe, BB 1972 S. 1162; OLG Karlsruhe, BB 1973 S. 816;

OLG Hamm, BB 1983 S. 814; OLG Koblenz, WRP 1984 S. 426.

25 Hierzu Wolff/Horn/Lindacher, AGBG, § 2 Rdnr. 75; Stein, AGBG, § 24 Rdnr. 6; vgl. auch Grasmann, DB 1971 S. 561, 563.

überwiegende Meinung in der Literatur geht jedoch weiter als die eingangs dargestellte BG-Judikatur. Danach ist wegen der Kollision von Einkaufs- und Verkaufs-AGB bei Vertragsabschluss zu prüfen, ob die Parteien den Individualvertrag überhaupt gewollt haben – ein Resultat, daß immer dann bejaht wird, wenn und soweit die Parteien über die wesentlichen Gesichtspunkte eines Geschäfts Einvernehmen erzielt haben²⁶. Danach ist der Dissens wegen der AGB irrelevant; unter dieser Voraussetzung werden die AGB durch die Geltung des dispositiven Rechts ersetzt²⁷. Dabei kommt es – so die in der Literatur vertretene Auffassung²⁸ – bei konträrem Einbeziehungsbegehren widerstreitender AGB nicht entscheidend darauf an, ob Ausschließlichkeits- oder Abwehrklauseln in den jeweils fremden AGB enthalten sind. Die Begründung liegt nahe. Ausschließlichkeits- und Abwehrklauseln folgen – gleiches gilt für die typischen Geltungsklauseln²⁹ – den Kriterien von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz. In allen diesen Fällen handelt es sich um vorformulierte Vertragsbestimmungen; die Voraussetzungen des „Aushandelns“ im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz sind in keinem Fall erfüllt³⁰. Ausreichend, aber auch erforderlich ist es deshalb lediglich, daß beide Parteien ihre jeweiligen AGB in wirksamer Weise – also: unter Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen des Einbeziehungsvertrages³¹ – zum Gegenstand ihrer jeweiligen Angebots- oder Annahmeerklärung machen. Unter dieser Voraussetzung ist dann auf das Dissens-Konsens-Prinzip der §§ 154, 155 BGB zu rekurrieren, so daß wegen des Dissenses im Hinblick auf die Geltung der einander widersprechenden AGB – und damit als Konsequenz des individualvertraglichen Verhaltens beider Parteien – dispositives Recht gilt³².

4. Eigene Auffassung

Unter Berücksichtigung der dargestellten BGH-Judikatur³³ stellt sich deshalb die Frage, ob Klauseln des verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts auch dann am dispositiven Recht scheitern, wenn in den Einkaufs-AGB lediglich eine Geltungs-, nicht aber eine Ausschließlichkeits- oder Abwehrklausel enthalten ist. Geht man mit der in der Literatur vertretenen Auffassung³⁴ davon aus, daß Geltungs-, Ausschließlichkeits- und Abwehrklauseln – in der Sache übereinstimmend – den Rechtsregeln des § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz folgen, so liegt es auf der Hand, daß es zwischen ihnen und dem jeweiligen Individualvertrag keine Zwischenstufe gibt.

Die Richtigkeit dieses Resultats wird durch zwei Erwägungen erhärtet: Dogmatisch trennt § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz die Voraussetzungen von AGB-Klauseln gegenüber solchen Klauseln ab, die „im einzelnen ausgehandelt“ sind, was § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz vorschreibt³⁵. Ein „Aushandeln“ vorformulierter AGB-Klauseln im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz liegt jedoch nur dann vor, wenn der „gesetzesfremde“ Inhalt der jeweiligen Klausel vom AGB-Verwender ernsthaft zur Disposition gestellt und dem Kunden die „reale Möglichkeit“³⁶ eröffnet wurde, seinerseits auf die Vertragsgestaltung Einfluß zu nehmen. Mit anderen Worten: Die mit der Vertragsabschlußfreiheit korrelierende Vertragsgestaltungsfreiheit ist Ausfluß der rechtsgeschäftlichen – individualvertraglich verankerten – Freiheit. Nehmen aber – und davon ist bei der Kollision von AGB auszugehen – beide Parteien durch rechtsgeschäftlich wirksame Hinweise auf die Geltung ihrer AGB die Vertragsgestaltungsfreiheit einseitig für sich in Anspruch, so können AGB-Klauseln unter Berücksichtigung von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz weder die Funktion noch die Kraft haben, entgegenstehende AGB-Klauseln der anderen Partei abzuwehren, um den Einbeziehungsvertrag ausschließlich unter Berücksichtigung des eigenen Geltungswillens zustande zu bringen, soweit die eine Partei – mehr oder weniger zufällig – neben der Geltungsklausel noch eine Ausschließlichkeits- oder Abwehrklausel aufwies.

Gestützt wird dieser Gedanke durch eine zweite Erwägung: Notwendigerweise hat auch im kaufmännischen Verkehr die Einbeziehung von AGB-Klauseln rechtsgeschäftlichen Cha-

rakter³⁷. Wegen der Kollision der jeweils in Bezug genommenen AGB scheidet indessen die wirksame Einbeziehung, weil und soweit – auf der Ebene des jeweiligen Individualvertrages – kein Konsens über die Geltung der AGB erzielt wurde. Beschränkt sich nämlich dieser Konsens – und davon ist in der Praxis auszugehen – auf die typischen „essentialia negotii“, so gilt eben im Hinblick auf die widerstreitenden AGB dispositives Recht, soweit der Widerspruch der AGB reicht³⁸. Dieses Ergebnis ist die unmittelbare Konsequenz der rechtsgeschäftlichen Verankerung des Einbeziehungsvertrages sowie der weiteren – praktisch verorteten – Erkenntnis, daß die Parteien den Individualvertrag als solchen ohne Rücksicht auf die Geltung der AGB gewollt haben.

Demzufolge ist die BGH-Judikatur folgerichtig auch auf die Fälle zu erweitern, daß in den Bestell-AGB lediglich eine Geltungsklausel, nicht aber eine Ausschließlichkeits- oder Abwehrklausel verankert war³⁹. Dies gilt auch gerade dann, wenn und soweit in den Bestell-AGB – und davon ist in der Praxis regelmäßig auszugehen – keine unmittelbare Bestimmung über den verlängerten oder erweiterten Eigentumsvorbehalt vorgesehen war. Unter dieser Voraussetzung ist notwendigerweise auf das Instrumentarium der Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu rekurrieren und mangels eindeutiger – individualvertraglich verankerter – Indizien wird man deshalb davon ausgehen müssen:

Soweit der Besteller in seinen Bestell-AGB zu einer bestimmten Klausel in den Verkaufs-AGB „schweigt“, gilt deshalb dispositives Recht. Dies gilt für Klauseln des verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts genauso wie für solche des einfachen Eigentumsvorbehalts⁴⁰, nicht minder aber für die in den Verkaufs-AGB essentiellen Klauseln, in denen zugunsten des Verwenders die gesetzliche Haftung begrenzt oder ausgeschlossen wird. So gesehen ist es auch – jedenfalls in der Regel – unerheblich, ob die Verwendung bestimmter AGB weithin verbreitet, üblich oder gebräuchlich ist⁴¹; denn dies läßt sich für nahezu alle AGB behaupten und ist daher kein ausreichendes Abgrenzungsmerkmal: Haftungsbegrenzungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln sind ebenso gebräuchlich und üblich wie die Klauseln des verlängerten und erweiterten

26 Löwel/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar, Bd. III – Vertragsabschlußklauseln, Rdnrn. 10 ff.; Erman/Hefermehl, AGBG, § 2 Rdnrn. 47, 49; Staudinger/Schlosser, AGBG, § 2 Rdnr. 83; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 2 Rdnr. 97; Schlechtriem, Festschrift für Wahl, S. 67, 71.

27 Vgl. auch OLG Koblenz, WRP 1984 S. 426.

28 Siehe Fn. 26.

29 Hierzu im einzelnen Löwel/Graf von Westphalen/Trinkner, a.a.O.

30 BGH, NJW 1977 S. 624, 625; BGH, WM 1982 S. 871, 872; BGH, WM 1984 S. 1610, 1611 f.; BGH, ZIP 1986 S. 1466, 1467; BGH, ZIP 1987 S. 448, 449.

31 Hierzu Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 2 Rdnr. 80; Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 2 Rdnr. 61.

32 Hierzu auch Löwel/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar, Bd. III – Vertragsabschlußklauseln, Rdnrn. 10 ff.

33 Siehe Fn. 5, 11; vgl. auch BGH, NJW 1980 S. 1749; BGH, NJW 1982 S. 1751; hierzu im einzelnen auch de Lousanoff, NJW 1982 S. 1727.

34 Hierzu Löwel/Graf von Westphalen/Trinkner, a.a.O.; insbesondere auch OLG Köln, BB 1980 S. 1237 ff.

35 Siehe Fn. 30.

36 Insbesondere BGH, ZIP 1986 S. 1466, 1467; vgl. auch BGH, ZIP 1987 S. 448, 449.

37 Hierzu Fn. 31.

38 OLG Köln, BB 1980 S. 1237, 1240; OLG Hamm, BB 1983 S. 1814; Löwel/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar, Bd. III – Vertragsabschlußklauseln, Rdnr. 11; Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 2 Rdnr. 77.

39 Vgl. OLG Koblenz, WRP 1984 S. 426.

40 Freilich ist es möglich, daß der einfache Eigentumsvorbehalt – stillschweigend – vereinbart wird, möglicherweise auch als „nachträglicher“ Eigentumsvorbehalt. Hierzu BGH, NJW 1953 S. 217, 218; BGH, NJW 1975 S. 1699, 1700; BGH, NJW 1979 S. 213; BGH, NJW 1979 S. 2199, 2200; insbesondere BGH, NJW 1982 S. 1749; BGH, NJW 1982 S. 1751; hierzu im einzelnen auch Ulmer/Schmidt, JuS 1984 S. 18 ff.; Kemper, BB 1983 S. 94; im übrigen auch Schulte, BB 1977 S. 269 ff.

41 So aber Erman/Hefermehl, AGBG, § 2 Rdnr. 48.

Eigentumsvorbehalts. Gerade wenn man von der dogmatisch gebotenen, strikten Trennung zwischen dem Dissens betreffend die AGB und dem Konsens betreffend den jeweiligen Individualvertrag ausgeht, wird man unter Berücksichtigung der §§ 133, 157 BGB in der Regel nicht so weit gehen dürfen, eine in den Verkaufs-AGB enthaltene Haftungsbegrenzungs- oder Haftungsfreizeichnungsklausel, aber auch eine Klausel des verlängerten oder erweiterten Eigentumsvorbehalts nur deswegen als stillschweigend vereinbart anzusehen, weil der Besteller in seinen AGB darauf „geschwiegen“ hat. Denn daß der Besteller keine vom dispositiven Recht abweichende Regelung in seinen AGB verankert hat, belegt gerade – auch unter Berücksichtigung der Üblichkeit und Gebräuchlichkeit derartiger Klauseln in den Verkaufs-AGB –, daß der Besteller den Bestimmungen des dispositiven Rechts Wirkung verschaffen wollte. So gesehen aber besteht zwischen den Parteien – sofern nicht in den jeweiligen AGB Konsens besteht – Dissens, der einen Rückgriff auf das Instrumentarium der Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB versperrt.

Gerade weil der Lieferant zur Begrenzung seiner Risiken vital darauf angewiesen ist, Haftungsbegrenzungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln, ebenso aber Klauseln des verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts wirksam zu vereinbaren, wird und muß man – ganz im Gegenteil – von ihm verlangen, daß er auf der Ebene des jeweiligen Individualvertrages einen positiven Konsens herbeiführt. Unterläßt er dies, weil er – in Kenntnis entgegenstehender AGB – den Vertragsabschluß gleichwohl gemäß §§ 154, 155 BGB will, so steht der Abschluß des jeweiligen Individualvertrages für ihn eindeutig im Vordergrund. Es ist eben dann Ausdruck der altbewährten Philosophie, die keinen substantiellen Unterschied danach macht, „whether to make business or money“. Daran ist auch der Lieferant festzuhalten; mangels eines individualvertraglichen Konsenses mit dem Besteller gilt folglich weder der verlängerte noch der erweiterte Eigentumsvorbehalt als wirksam vereinbart, sofern der Besteller in seinen Bestell-AGB in rechtsgeschäftlich erheblicher Weise zum Ausdruck gebracht hat, seiner Bestellung/Angebot seine Bestell-AGB dem Vertrag zugrundezulegen.

5. Zwischenergebnis

Wenn es zutreffend ist, daß der Pool als Gesamthandsvermögen der Pool-Mitglieder nicht mehr Rechte auf sich vereinigen kann als seinen einzelnen Mitgliedern jeweils zustehen, dann fehlt es für die Einbringung einer Lieferantensicherheit an der erforderlichen wirksamen Vereinbarung eines verlängerten oder erweiterten Eigentumsvorbehalts, sofern die jeweiligen Lieferanten/Pool-Mitglieder gegenüber ihrem Kunden lediglich auf Basis kollidierender AGB kontrahiert haben. Dieser Gesichtspunkt hat inzwischen auch die Kreditversicherer auf den Plan gerufen: Sie verlangen von ihren Versicherungsnehmern, daß diese gegenüber ihren Kunden – individualvertraglich – klarstellen, daß Lieferungen nur unter Berücksichtigung des in den Lieferanten-AGB niedergelegten, verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts vorgenommen werden. Ob freilich solche Vereinbarungen wirksam sind, steht auf einem anderen Blatt, braucht aber hier nicht näher untersucht zu werden.

II. Konkurrenzsituationen beim verlängerten Eigentumsvorbehalt

1. Der Tatbestand der Verarbeitungsklausel gemäß § 950 BGB

Durch Verarbeitung geht das Eigentum des Vorbehaltsverkäufers gemäß § 950 BGB unter. Die entscheidende Frage ist jedoch: Kann die Rechtswirkung von § 950 BGB durch Vereinbarung ausgeschaltet werden? Hierbei steht die BGH-Judikatur auf dem Standpunkt⁴², daß die Parteivereinbarung darüber entscheidet, wer „Hersteller“ gemäß § 950 BGB ist – ein

dogmatischer Ansatz, dem die h. M. folgt⁴³. Obwohl die Begriffsmerkmale der „Verarbeitung“ im Sinn von § 950 BGB vielgestaltig sind, entscheidet stets, daß durch Verarbeitung eine neue bewegliche Sache entstanden ist. So gesehen gibt die Verkehrsanschauung Maß, wobei wirtschaftliche Gesichtspunkte ausschlaggebend sind⁴⁴. Dabei ist ein wesentlicher Anhaltspunkt, ob der – verarbeiteten – Sache im Geschäftsleben ein neuer Name zuerkannt wird⁴⁵. Doch sind auch die Zeit und die Intensität des Produktionsprozesses sowie die Erheblichkeit der Änderungen – insbesondere Form- und Substanzänderungen – zu berücksichtigen⁴⁶. Ist indessen der Wert der Verarbeitung erheblich geringer als der Wert der verarbeiteten/umgebildeten Sache, so erwirbt der „Hersteller“ einer neuen Sache kein Eigentum, wie sich unmittelbar aus § 950 BGB ergibt⁴⁷. Als Wert der Verarbeitung ist dabei der Wertzuwachs zu verstehen, den der verarbeitete Stoff durch die Verarbeitung zu einer anderen, neuen Sache erfährt; der tatsächliche Aufwand für die Arbeitsleistung ist unerheblich⁴⁸. Als Faustregel gilt: Der Wert der Verarbeitung ist dann im Sinn von § 950 BGB wesentlich geringer als der Wert der verarbeiteten/umgebildeten Sache, wenn ersterer halb so groß ist wie letzterer⁴⁹. Dieser Gesichtspunkt wird regelmäßig durch Parteivereinbarung dahingehend geregelt, daß die Verarbeitung „für“ den Lieferanten vorgenommen wird⁵⁰.

2. Zusammentreffen mehrerer Verarbeitungsklauseln

Gerade weil es darum geht, daß Pool-Verträge dem Zweck dienen, etwa bestehende Beweisschwierigkeiten mehrerer Pool-Mitglieder auf der gleichen Verarbeitungsstufe zu beseitigen⁵¹, ist festzuhalten und zu unterstreichen: Jede Verarbeitungsklausel, welche die Rechtsfolge des § 950 BGB zugunsten des durch Parteivereinbarung bestimmten „Herstellers“ abbedingt, führt zu einer tendenziellen Übersicherung des Vorbehaltsverkäufers: Er erwirbt das Eigentum an der neuen Sache, das mindestens um den Verarbeitungswert wertvoller geworden ist als der neue Rohstoff war. Notwendigerweise werden die hier auftretenden Probleme noch dadurch verschärft, wenn andere Vorbehaltsverkäufer auf der gleichen Stufe und in gleicher Weise – durch Vereinbarung einer entsprechenden Verarbeitungsklausel im Sinn von § 950 BGB – eine Warenkreditsicherung anstreben⁵². Es ergeben sich hierbei folgende Konstellationen:

a) Zusammentreffen uneingeschränkter Verarbeitungsklauseln

aa) Der Standpunkt der h. M.

Wenn zwei oder mehrere Vorbehaltslieferanten – als Stoffeigentümer – eine uneingeschränkte Verarbeitungsklausel im Sinn von § 950 BGB „für sich“ reklamieren⁵³, trägt bislang die Judikatur den Satz: Beim Zusammentreffen mehrerer – uneingeschränkter – Verarbeitungsklauseln entsteht Miteigentum der einzelnen Lieferanten, und zwar nach dem Verhältnis der

42 BGHZ 14 S. 114, 117 f.; BGHZ 20 S. 159, 163 f.

43 *Serick*, BB 1975 S. 381, 384; *ders.*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. IV, S. 138 ff.; *Staudinger/Honsell*, BGB, § 455 Rdnr. 63; *Graf Lambsdorff*, Handbuch des Eigentumsvorbehalts, Rdnrn. 210 f.; *Thamm*, Der Eigentumsvorbehalt im deutschen Recht, S. 37; a. M. *Palandt/Bassenge*, BGB, § 950 Anm. 3 a.

44 *BGH*, WM 1971 S. 564, 565.

45 *Serick*, a.a.O., Bd. IV, S. 118 f.

46 *Graf Lambsdorff*, a.a.O., Rdnr. 204.

47 *BGH*, BB 1972 S. 197, 198; *Thamm*, a.a.O., S. 38 f.

48 BGHZ 46 S. 117, 120; BGHZ 56 S. 88, 90; insbesondere auch *Serick*, a.a.O., Bd. IV, S. 120 f.

49 *Serick*, a.a.O., Bd. IV, S. 123; einschränkend freilich *Graf Lambsdorff*, a.a.O., Rdnr. 208.

50 Hierzu neuestens auch *BGH*, BB 1987 S. 222.

51 Hierzu Fn. 1 f.

52 Hierzu *Bohlen*, Der Sicherheiten-Pool, S. 15 ff.; *Reinicke/Tiedtke*, WM 1979 S. 186 ff.; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 4 Rdnr. 18.

53 *BGH*, BB 1985 S. 1085; *BGH*, BB 1987 S. 222, 223.

jeweiligen Stoffwerte zueinander⁵⁴. Das Schrifttum stützt – nahezu einhellig – diese Auffassung⁵⁵. Freilich ist diese nicht unbestritten⁵⁶. Serick selbst⁵⁷ teilt das von der h. M. gefundene Ergebnis mit der Erwägung: Wenn und soweit sich mehrere – unbeschränkte – Verarbeitungsklauseln überschneiden, so daß überhaupt ein Erwerb des angestrebten Alleineigentums der verschiedenen Stofflieferanten aufgrund des strengen Wortlauts der jeweiligen Verarbeitungsklauseln ausscheidet, so entspricht es dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen eines jeden Vorbehaltslieferanten, an der neu hergestellten Sache jedenfalls einen „größtmöglichen Miteigentumsanteil“⁵⁸ zu erhalten. So gesehen ergeben sich auch bei Vereinbarung eines Sicherheiten-Pool-Vertrages keinerlei Besonderheiten. Vielmehr – so ließe sich argumentieren – belegt der Abschluß des Pool-Vertrages, daß der „wahre“ Wille eines jeden Pool-Mitgliedes dahin zielt, Miteigentumsanteile trotz Vereinbarung einer unbeschränkten Verarbeitungsklausel in einem größtmöglichen Umfang zu erhalten.

bb) Eigene Auffassung

Die BGH-Entscheidung vom 8. 10. 1986⁵⁹ enthält, so scheint es, wesentliche Kriterien, die mit Erfolg gegen die h. M. ins Feld geführt werden können: Notwendigerweise ist die – unbeschränkte – Verarbeitungsklausel eines jeden Vorbehaltslieferanten/Pool-Mitgliedes an § 9 AGB-Gesetz zu messen⁶⁰. Demzufolge scheidet eine jede dieser – unbeschränkten – Verarbeitungsklauseln an § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz, wenn sie eine unverhältnismäßige und nicht gerechtfertigte Übersicherung des einzelnen Vorbehaltslieferanten/AGB-Verwenders ermöglicht und demzufolge den jeweiligen Kunden übermäßig und unangemessen benachteiligt, und zwar auch gegenüber anderen Vorbehaltslieferanten oder sonstigen Kreditgebern⁶¹. Damit hat der BGH zum einen anerkannt, daß auch Klauseln der Eigentumsvorbehaltssicherung nicht mehr nur an § 138 BGB, sondern vornehmlich – es handelt sich ja um AGB-Klauseln im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz – an § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz zu messen sind⁶²; des weiteren hat der BGH konzidiert, daß gerade bei Eigentumsvorbehaltssicherungen typische „Drittinteressen“ im Rahmen von § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz Berücksichtigung finden müssen – eine Auffassung, die freilich in der Literatur umstritten ist⁶³. Darüber hinaus ist allgemein gesichert⁶⁴, daß eine „geltungserhaltende Reduktion“ unangemessener, weil übermäßiger AGB-Klauseln grundsätzlich ausscheidet, und daß auf das Instrument der ergänzenden Vertragsauslegung im Sinn der §§ 133, 157 BGB nur dann zur Lückenfüllung zurückgegriffen werden darf, wenn und soweit das dispositive Recht keine typische Regelung enthält⁶⁵.

Gerade bei der Verwendung – uneingeschränkter – Verarbeitungsklauseln ist der jeweilige Vorbehaltslieferant/Pool-Mitglied gehalten und verpflichtet, die typischen Drittinteressen anderer – gleichrangiger – Vorbehaltslieferanten im Sinn von § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz zu berücksichtigen. Es reicht nicht aus, daß dies im nachhinein durch die Gerichte geschieht; vielmehr ist es Sache des Vorbehaltslieferanten/AGB-Verwenders, schon bei der ursprünglichen Klauselfassung darauf Rücksicht zu nehmen, daß nicht andere Vorbehaltslieferanten deswegen leer ausgehen müssen, weil er – ohne Rücksicht auf die zu sichernde Forderung – eine umfassende – uneingeschränkte – Verarbeitungsklausel vereinbart hat⁶⁶. So gesehen trägt jeder Vorbehaltslieferant das typische „Verwenderrisiko“⁶⁷. Notwendigerweise folgt daraus: Kollidieren mehrere – uneingeschränkte – Verarbeitungsklauseln im Sinn von § 950 BGB miteinander, welche allesamt darauf abzielen, zugunsten des jeweiligen „Herstellers“ das Alleineigentum an der verarbeiteten, neu hergestellten Sache zu begründen, so verstoßen alle diese Klauseln gegen § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz und sind deshalb unwirksam. Demzufolge greift die Sanktionswirkung von § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz ein; es fehlt dann an einer wirksamen Eigentumsvorbehaltssicherung im Sinn von § 950 BGB.

Notwendigerweise setzen sich dann die Banken aufgrund etwaiger Globalzessionen uneingeschränkt durch. Auf etwa von ihnen vereinbarte dinglich wirkende Teilverzichtsklauseln⁶⁸ kommt es nicht entscheidend an, weil die Eigentumsvorbehaltssicherung des jeweiligen Vorbehaltslieferanten/Pool-Mitgliedes wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz nicht wirksam begründet ist. Demzufolge gilt auch im Hinblick auf die in den verlängerten Eigentumsvorbehaltsklauseln vorgesehene Sicherungszession⁶⁹ das Prioritätsprinzip uneingeschränkt⁷⁰.

b) Zusammentreffen uneingeschränkter und eingeschränkter Verarbeitungsklauseln

Soweit ersichtlich, hat der BGH Konflikte dieser Art bislang noch nicht bewältigen müssen. Graf Lambsdorff⁷¹ bezeichnet diese Problemlage als einen „kaum lösbaren Konfliktfall“⁷². Serick⁷³ hat im Ergebnis vorgeschlagen, die Rechtsregel des § 947 BGB zur Anwendung zu berufen, so daß sich der Miteigentumsanteil eines jeden nach dem Verhältnis „des (objektiven) Wertes“ bemißt, „den jede der einzelnen Sachen, aus denen die neue hergestellt worden ist, vor der Verarbeitung gehabt hat“⁷⁴. Dabei soll auch eine – eingeschränkte – Verarbeitungsklausel im Sinn von § 950 BGB entweder vergrößert oder verringert werden, so daß der Bruchteil dem jeweiligen objektiven Wert der einzelnen Sache vor deren Verarbeitung entspricht⁷⁵.

Unter Berücksichtigung des zuvor entwickelten Lösungsansatzes ergibt sich indessen: Auch dann, wenn uneingeschränkte Verarbeitungsklauseln mit eingeschränkten kollidieren, erweist sich, daß die – uneingeschränkten – Verarbeitungsklauseln im Sinn von § 950 BGB wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz unwirksam sind. Demzufolge setzen sich dann lediglich diejenigen Vorbehaltslieferanten/Pool-Mitglieder durch, welche eingeschränkte, d. h. auf dem Rechnungswert der Vorbehaltsware abgestellte Verarbeitungsklauseln verwenden. Denn nur diese berücksichtigen die typischen

54 RG, JW 1936 S. 2881, 2883; KG, JW 1930 S. 2798.

55 Palandt/Bassenge, BGB, § 950 Anm. 3 a cc; Erman/Hefermehl, BGB, § 950 Rdnr. 6; Flume, NJW 1950 S. 841, 844; im einzelnen auch Serick, a.a.O., Bd. IV, S. 234 ff.

56 Hilger, Miteigentum der Vorbehaltslieferanten gleichartiger Ware, 1983, S. 22.

57 Siehe Fn. 55.

58 Serick, a.a.O., Bd. IV, S. 235.

59 BGH, BB 1987 S. 222.

60 Vgl. insbesondere BGH, BB 1987 S. 222, 223.

61 S. 223.

62 Ebenda.

63 Hierzu auch Graf Lambsdorff/Hübner, Eigentumsvorbehalt und AGB-Gesetz, Rdnrn. 158 f.; Wolf, Festschrift Baur, S. 147, 154; Löwel/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar, Bd. III – Eigentumsvorbehaltssicherung, Rdnr. 32.

64 BGH, WM 1982 S. 871; BGH, WM 1983 S. 360; BGH, WM 1984 S. 309; BGH, WM 1985 S. 31; BGH, WM 1986 S. 229.

65 BGH, WM 1986 S. 229, 231 m. w. N.

66 Hierzu Graf Lambsdorff, ZIP 1981 S. 242, 249; Graf von Westphalen, DB 1978 S. 68, 70.

67 Die Sanktion des „Verwenderrisikos“ ergibt sich insbesondere aus der BGH-Entscheidung vom 24. 9. 1985, WM 1986 S. 229 ff.

68 BGH, BB 1974 S. 526; BGH, BB 1979 S. 17; BGH, BB 1980 S. 336; vgl. auch Serick, a.a.O., Bd. V, S. 407 f.

69 BGH, BB 1987 S. 222, 224.

70 BGHZ 30 S. 149, 151 f.; BGH, BB 1970 S. 821; vgl. auch Löwel/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar, Bd. III – Globalzession und Kollisionsfälle, Rdnr. 3 m. w. N.

71 Graf Lambsdorff, a.a.O., Rdnr. 217.

72 Graf Lambsdorff, a.a.O., gelangt zu dem Resultat, daß in diesem Fall die Vereinbarungen unwirksam sind, weil sie teilweise auf eine unmögliche Leistung gerichtet sind; allerdings will er Remedur unter Anwendung von § 139 BGB schaffen, so daß aufgrund der getroffenen Vereinbarungen Miteigentum aller Zulieferanten an der hergestellten Sache im Verhältnis des Rechnungswertes der von ihnen beigesteuerte Sachen entsteht.

73 Hierzu im einzelnen Serick, Bd. IV, S. 238 ff.

74 Ebenda, S. 240.

75 Serick, a.a.O., Bd. IV, S. 240.

Drittinteressen sonstiger Vorbestandslieferanten in ausreichender Weise und vermeiden eine übermäßige unangemessene Übersicherung.

c) Zusammentreffen eingeschränkter Verarbeitungsklauseln

Es kann durchaus sein, daß auch – eingeschränkte – Verarbeitungsklauseln in der Summe zugunsten der Gesamtheit der Vorbestandslieferanten/Pool-Mitglieder eine Sicherung reklamieren, die zusammen mehr als das Ganze ausmacht⁶⁶. Dies ist z. B. dann zu bejahen, wenn jeder der verschiedenen Rohstofflieferanten das Miteigentum an dem Fertigfabrikat auch zu dem Anteil erwerben will, der sich aus dem Verhältnis des Wertes des von ihm gelieferten Rohstoffes, zuzüglich des jeweiligen Verarbeitungswertes zu dem Wert des Fertigfabrikates (neuen Produktes) ergibt.

Ob man unter diesem Betracht die Rechtsregel des § 947 Abs. 1 BGB eingreifen lassen kann⁷⁷, erscheint indessen fraglich, weil damit keineswegs die Antwort gegeben ist, wie denn der „Verarbeitungswert“ im Sinn von § 950 Abs. 1 BGB aufzuteilen ist. Gerade für den Fall, daß alle Vorbestandslieferanten aufgrund einer – freilich: eingeschränkten – Verarbeitungsklausel den Verarbeitungswert für sich reklamieren, würden sie ja letzten Endes in der Sache mehr erhalten, als ihnen insgesamt zusteht. Demzufolge muß auch hier eine Kürzung im Sinn von § 947 Abs. 1 BGB ausscheiden, weil die Anwendung dieser Norm in der Sache eine – unzulässige – „geltungserhaltende Reduktion“ wäre, die darüber hinaus legitime Drittinteressen anderer Vorbestandslieferanten oder sonstiger Kreditgeber oder Konkursgläubiger im Sinn von § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz unangemessen benachteiligt.

Demzufolge können überhaupt nur solche – eingeschränkten – Verarbeitungsklauseln im Sinn von § 950 BGB im Rahmen und aufgrund eines Pool-Vertrages wirksam vereinbart werden, deren Wert ausschließlich an der jeweiligen Vorbestandsware, nicht aber an dem Verarbeitungswert ausgerichtet ist.

d) Vereinbarung einer Freigabeklausel: Ersatzlösung?

Aufgrund der BGH-Entscheidung vom 8. 10. 1986⁷⁸ dürften auch die vielfältigen Fragen – jedenfalls weitestgehend – bewältigt sein, die im Zusammenhang mit Übersicherungsklauseln als notwendiger Bestandteil von Eigentumsvorbestandsklauseln in der Vergangenheit entstanden waren⁷⁹. Ist nämlich im Rahmen der Eigentumsvorbestandsversicherung – dies ergibt sich aus der BGH-Entscheidung vom 20. 3. 1985⁸⁰ – eine Freigabeklausel vereinbart, so ist sie nur dann wirksam, wenn sie in der Sache eine unverhältnismäßige Übersicherung des Vorbestandslieferanten vermeidet. Wo die Grenzen liegen, bei deren Erreichen eine nach § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz zu beurteilende unangemessene Übersicherung vorliegt, ist abhängig von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls⁸¹; generelle Regeln verbieten sich hier⁸². Fehlt hingegen eine Freigabeklausel, so steht nunmehr aufgrund der BGH-Entscheidung vom 8. 10. 1986⁸³ fest, daß sie nicht in die Verkaufs-AGB „hineingelesen“ werden darf und sich auch nicht aus § 242 BGB ergibt⁸⁴. Insbesondere kann eine die Übersicherung ausmachende Abtretung der Gesamtforderung nicht in eine – die Übersicherung verneinende – Teilabtretung „umgedeutet“ werden, sofern es hierfür an ausreichend deutlichen Anhaltspunkten in den Verkaufs-AGB fehlt.

Damit stellt sich die Frage, ob nicht eine Freigabeklausel in den jeweiligen Verkaufs-AGB der Vorbestandslieferanten/Pool-Mitglieder geeignet sein könnte, die zuvor diagnostizierte Unwirksamkeit der Klauselgestaltung zu sanieren. Dabei ist an der Erkenntnis festzumachen: Verarbeitungsklauseln im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbestands basieren zum einen auf der horizontalen Erstreckung der – dinglichen – Vorbestandsversicherung in das Alleineigentum/Miteigentum an der neu hergestellten Sache bei gleichzeitiger Vereinbarung darüber, wer „Hersteller“ im Sinn von § 950 BGB sein

soll; zum anderen basieren sie auf einer korrespondierenden Forderungsabtretung, die als stille Zession ausgeprägt und als Einziehungsermächtigung zugunsten des Vorbestandskäufers angewandt wird⁸⁵. Wenn aber nach der hier vertretenen Auffassung die unangemessene Benachteiligung im Sinn von § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz bereits in der eine Übersicherung bewirkenden Verarbeitungsklausel im Sinn von § 950 BGB begründet ist, so kann eine – die Übersicherung verhindernde – Freigabeklausel dieses Ergebnis jedenfalls dann nicht beseitigen, wenn und soweit sie sich lediglich auf die im voraus abgetretene Forderung (Gesamtforderung/Teilforderung) bezieht. Dies folgt – jedenfalls im Verbund mehrerer, gleichrangiger Vorbestandslieferanten/Pool-Mitglieder – zwingend daraus, daß eine uneingeschränkte Verarbeitungsklausel im Sinn von § 950 BGB auf das Alleineigentum an der neu hergestellten Sache abzielt und daß die Durchsetzung einer (wirksamen) Freigabeklausel im dinglichen Bereich einschließt, daß anteiliges Miteigentum sowohl zugunsten des Kunden/Verarbeiters als auch zugunsten des jeweiligen anderen, gleichrangigen Vorbestandslieferanten/Pool-Mitglieds entsteht. Eine solche „Drittwirkung“ kann aber eine wie auch immer geartete obligatorische Freigabeklausel nicht erzielen; denn der jeweilige, gleichrangige Vorbestandslieferant/Pool-Mitglied ist nicht Partei dieser Abrede.

III. Konsequenzen für die Praxis

Es stellt sich deshalb die Frage, in welcher Weise Pool-Verträge – bei Vorliegen der vorerwähnten lieferanten-spezifischen AGB-Probleme – überhaupt noch wirksam vereinbart werden können.

1. Der Pool-Vertrag als Novation

Da Pool-Verträge – wie die Praxis beweist – auf anerkanntenswerten Interessen beruhen⁸⁶, können die zuvor aufgezeigten Schwierigkeiten nur dadurch überwunden werden, daß der Pool-Vertrag eindeutig und unmißverständlich als Novation aufgebaut wird. Diese Vertragsgestaltung ist dadurch charakterisiert, daß der ursprüngliche Schuldgrund aufgehoben und ein neuer, an die Stelle des alten tretender Schuldgrund begründet wird – mit der Folge, daß keiner der Beteiligten mehr auf den alten Schuldgrund zurückgreifen darf⁸⁷. Voraussetzung ist deshalb, daß alle Beteiligten darin übereinstimmen, ein neues, das bisherige Schuldverhältnis ablösendes Vertragsverhältnis zu begründen⁸⁸.

Soweit allerdings – unbeschränkte – Verarbeitungsklauseln im Sinn von § 950 BGB in Konkurrenz mit anderen, gleichrangigen Vorbestandsversicherungen reklamiert werden, muß eine Novation zur Begründung des Pool-Vertrages notwendigerweise auch eine entsprechende Quotenregelung einschließen. Diese muß Teil des novatorischen Rechtsgeschäfts sein; da sie der Begründung eines neuen und der Ersetzung des alten Schuldverhältnisses dient, reicht die übliche Quotenregelung in den Pool-Verträgen hierfür nicht aus. Ist nicht sichergestellt, daß alle Vorbestandslieferanten Mitglieder des Pools sind, so ist es von vornherein ausgeschlossen, eine Novation zu vereinbaren.

76 Hierzu insbesondere Serick, a.a.O., Bd. IV, S. 245.

77 Vgl. Schröter/Graf von Westphalen, Sicherheiten-Poolverträge der Banken und Warenlieferanten, S. 90.

78 BGH, BB 1987 S. 222.

79 Hierzu im einzelnen Graf Lambsdorff, ZIP 1986 S. 1524 ff.

80 Hierzu Fn. 5.

81 Hierzu umfassend Graf Lambsdorff, ZIP 1986 S. 1524, 1529 ff. m. w. N.

82 Vgl. auch BGH, BB 1987 S. 222, 226 m. w. N.

83 Siehe Fn. 78.

84 BGH, BB 1987 S. 222, 224.

85 BGH, BB 1987 S. 222, 224.

86 Insbesondere OLG Frankfurt a. M., WM 1986 S. 27 ff.

87 Statt aller Erman/Battes, BGB, § 305 Rdnrn. 12 ff.

88 Grundlegend RGZ 134, 153, 155.

2. Anfechtung gemäß § 30 Nr. 2 KO

Die besondere Konkursanfechtung gemäß § 30 Nr. 2 KO macht solche Rechtshandlungen anfechtbar, durch die einem Konkursgläubiger eine Sicherheit oder Befriedigung gewährt wird, die er nicht in der Art oder nicht in der Zeit zu beanspruchen hatte. Es handelt sich hierbei um den Tatbestand der „inkongruenten“ Deckung⁸⁹. Notwendigerweise ist deshalb danach zu differenzieren, welche Werte in das Gesamtvermögen des Pools eingebracht worden sind⁹⁰. So gesehen ist auch unter dem Gesichtswinkel der erforderlichen Novation entscheidend, daß kein Konkursgläubiger Anspruch darauf hat, daß der Pool durch die Neubestellung nicht bestehender Sicherungsrechte „angereichert“ wird. Zwar ist nach § 30 Nr. 2 KO erforderlich, daß die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligt wird, weil die Benachteiligung einzelner Gläubiger insoweit nicht ausreicht⁹¹, doch ist dieses Tatbestandselement allemal erfüllt, wenn zugunsten eines oder mehrerer Pool-Mitglieder nicht existente Rechte des verlängerten oder erweiterten Eigentumsvorbehalts begründet worden sind. Benachteiligt sind nämlich dann alle übrigen Gläubiger, die Sicherungsrechte am Umlaufvermögen des Gemeinschuldners erworben haben. Dabei ist selbstverständlich die 10-Tagesfrist gemäß § 30 Nr. 2 KO zu berücksichtigen.

Aber auch dann, wenn im Rahmen eines Sanierungs-Pools eine Weiterbelieferung zugunsten des Schuldners erfolgt, so hängt die Anwendbarkeit von § 30 Nr. 2 KO entscheidend davon ab, ob Kongruenz zwischen der Begründung der neuen Verbindlichkeit einerseits und den neu gewährten Sicherheiten seitens des Schuldners andererseits gegeben ist⁹². Auch unter diesem Betracht kommt es maßgebend darauf an, ob in wirksamer Weise die Rechte des verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts vereinbart sind. Festzuhalten ist also im Ergebnis: Wird ein Novationsvertrag zwischen den Beteiligten innerhalb der Frist von § 30 Nr. 2 KO abgeschlossen, so handelt es sich notwendigerweise um ein anfechtbares Rechtsgeschäft.

3. Novation – Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB

Gerade unter Berücksichtigung der Tatsache, daß wegen der weithin üblichen Kollision von Einkaufs- und Verkaufs-AGB beim Vertragsabschluß die wirksame Begründung von Sicherungsrechten im Rahmen des verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts problematisch ist, stellt sich die Frage, ob eine an sich zulässige Novation ihrerseits nicht gegen § 138 BGB verstößt, weil und soweit dies zu einer Gläubigergefährdung im Sinn von § 138 BGB führt. Es ist hier sicherlich nicht der Ort, der Frage im einzelnen nachzugehen, unter welchen tatbestandlichen Voraussetzungen – objektiven wie subjektiven⁹³ – eine Gläubigergefährdung im Sinn von § 138 BGB anzunehmen ist⁹⁴. Nach der gängigen Faustregel des BGH⁹⁵ kommt es maßgebend darauf an, ob die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung Dritter mehr oder weniger naheliegend ist. Geht man von dieser Formel aus, so liegt der Befund auf der Hand: Gerade die Tatsache, daß eine Novation zwischen den Mitgliedern des Poolvertrages vereinbart worden ist, belegt, daß beiden Parteien die Tatbestände bekannt waren, aus denen – objektiv – eine Gefährdung der sonstigen Gläubiger (insbesondere der Banken, aber auch gewöhnlicher Konkursgläubiger) resultieren kann. Denn ihnen werden durch die Neubegründung der in den Pool einzubringenden Sicherungsrechte Vermögenswerte entzogen, zumal es genügt, daß den Pool-Mitgliedern zumindest grobfahrlässig die Erkenntnis verschlossen blieb, daß solche Schäden auch tatsächlich eintreten könnten⁹⁶.

Bezweckt der Abschluß eines Poolvertrages die Sanierung eines notleidenden Unternehmens, so sind notwendigerweise alle Gläubiger dieses Unternehmens im Sinn von § 138 BGB davor geschützt, daß keine Sicherungsrechte geltend gemacht werden, die nicht zweifelsfrei in wirksamer Weise begründet worden sind. Soweit etwaige Zweifel durch eine Novation ausgeschaltet werden, gilt § 138 BGB erst recht, weil dann die Gläubigergefährdung vorsätzlich in Kauf genommen oder doch zumindest grobfahrlässig nicht beachtet wird. Betroffen sind damit vor allem auch die Lieferanten, die dem Pool nicht von vornherein beigetreten sind, sofern ihre Eigentumsvorbehaltssicherung nicht eindeutig nachgewiesen werden kann und vom Poolvertrag nicht erfaßt ist. Dabei liegt der Gefährdungstatbestand darin, daß zugunsten der Pool-Mitglieder nicht existente Sicherungsrechte entweder ohne ausreichende Prüfung bejaht oder novatorisch begründet werden. Auch eine zwischen Kreditversicherern und Banken vereinbarte Quotenregelung ist in diesen Fällen nicht von vornherein geeignet, den Tatbestand des § 138 BGB auszuschalten, zumal es in der Praxis keineswegs sicher ist, ob der Kreditversicherer bei Vereinbarung der jeweiligen Pool-Quote ausreichende Vollmachten aller in Betracht kommenden Lieferanten besitzt – ganz abgesehen davon, daß notwendigerweise eine jede Quotenregelung ein Blick auf die von § 138 BGB geschützten Gläubiger nach der Existenz wirksamer begründeter Eigentumsvorbehaltssicherungen differenzieren müßte, was in der Praxis kaum geschieht.

IV. Ergebnis

Notwendigerweise ist bei Abschluß von Pool-Verträgen darauf zu achten, ob und inwieweit Sicherungsrechte im Rahmen des verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts zugunsten der Pool-Mitglieder in wirksamer Weise begründet worden sind. Bei widerstreitenden Bestell-AGB ist die wirksame Vereinbarung eines verlängerten oder erweiterten Eigentumsvorbehalts grundsätzlich ausgeschlossen; daran kann auch eine novatorisch wirkende Pool-Vereinbarung nichts ändern. Soweit zugunsten einzelner Pool-Mitglieder – ungeachtet der Konkurrenz mit anderen Sicherungsgebern – uneingeschränkte Verarbeitungsklauseln im Sinn von § 950 BGB vereinbart sind, scheitert deren Wirksamkeit an § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz. Folglich ist auch dies bei Abschluß eines Pool-Vertrages im Auge zu behalten. Denn soweit Sicherungsrechte im Rahmen eines Pool-Vertrages bestehen oder novatorisch begründet werden, die nicht wirksam zugunsten des jeweiligen Vorbehaltslieferanten/Pool-Mitglieds vereinbart worden sind, greift der Tatbestand der Gläubigergefährdung gemäß § 138 BGB ein, so daß der Pool-Vertrag nichtig ist. Innerhalb der 10-Tagesfrist des § 30 Nr. 2 KO besteht darüber hinaus ein Anfechtungsrecht des Konkursverwalters. Beteiligt sich dieser – in Fortführung eines in Konkurs gefallenen Unternehmens – an einem Pool-Vertrag, ohne die hier aufgezeigten Fragen abschließend geprüft zu haben, macht er sich nach § 82 KO schadensersatzpflichtig.

89 BGH, LM-Nr. 1 zu § 30 KO; im einzelnen auch Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 30 Rdnr. 45.

90 Bohlen, a.a.O., S. 72 ff.

91 BGH, ZIP 1981 S. 1230, 1231.

92 Böhle-Stamschräder/Kilger, KO, § 30 Anm. 8, 14; im Ergebnis auch Bohlen, a.a.O., S. 76.

93 Hierzu Soergel/Hefermehl, BGB, § 138 Rdnr. 145.

94 Hierzu im einzelnen auch Serick, a.a.O., Bd. III, S. 65 ff.

95 BGHZ 10 S. 228, 233 ff.

96 Hierzu auch Serick, a.a.O., Bd. III, S. 63 f.