

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

---

BGB § 139

Sind das Geschäft, aus dem die zu sichernde Forderung erwächst, und die Sicherungsabrede durch den Parteiwillen zu einer rechtlichen Einheit verbunden, hat die Nichtigkeit des ersten Geschäfts auch die Nichtigkeit der Sicherungsabrede zur Folge.

BGB § 387

Hat der Sicherungsnehmer eine ihm zur Sicherung eines bestimmten Anspruchs übereignete Sache verwertet, kann er gegen den Anspruch auf Auskehrung des Mehrerlöses grundsätzlich nicht mit anderen, ungesicherten Ansprüchen aufrechnen.

BGH, Urt. v. 14. Juli 1994 - IX ZR 110/93 - OLG München

LG München I

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 110/93

URTEIL

Verkündet am:  
14. Juli 1994  
Vetter-Haschke  
Justizobersekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 1994 durch den Vorsitzenden Richter Brandes und die Richter Dr. Schmitz, Dr. Kreft, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 23. März 1993 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten zu 2) auf Freigabe des Guthabens bei der B.-Bank AG in Höhe von 362.500 DM nebst Zinsen, hilfsweise auf Zahlung von 350.000 DM nebst Zinsen abgewiesen worden sind.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Kläger trägt die außergerichtlichen Kosten der Revisionsinstanz der Beklagten zu 1), 3) und 4). Über die übrigen Kosten dieser Instanz entscheidet das Berufungsgericht.

Von Rechts wegen



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

### Tatbestand

Mit notariellem Vertrag vom 2. März 1988 kaufte der Beklagte zu 2) (im folgenden: der Beklagte) vom Kläger eine noch auszubauende Dachgeschoßwohnung in M., R.-Straße. Ausweislich des notariellen Vertrages sollte der Kaufpreis 349.635 DM betragen. Ebenfalls am 2. März 1988 schlossen der Kläger und der Beklagte eine privatschriftliche Vereinbarung, in der es heißt:

1. "Herr R. kauft von Herrn P. die Wohnung Dachgeschoß im Anwesen R.-Straße 48 (...). Aufgrund der wirtschaftlichen Gesamtsituation des Herrn P. ... hat sich Herr R. zum Kauf der vorgenannten Wohnung bereit erklärt, um Herrn P. bei der Bewältigung seiner derzeitigen wirtschaftlichen Probleme zu helfen. ...

Herr P. erkennt dieses Entgegenkommen des Herrn R. an, das er mit einem Betrag von 100.000 DM beziffert.

2. Dementsprechend verpflichtet sich Herr P., an Herrn R. einen Betrag in Höhe von 100.000 DM in monatlichen Raten ... zu bezahlen ...
3. Zur Sicherheit für die vorangegangenen Zahlungsverpflichtungen des Herrn P. gegenüber Herrn R. übereignet Herr P. an Herrn R. das ... Aquarell "M." des Malers E. N. ... Herr P. übergibt und übereignet das vorgenannte Bild mit Unterzeichnung des Vertrages. Die Parteien sind sich darüber einig, daß das Eigentum - zur Sicherheit - an dem Bild nunmehr Herrn R. zusteht.  
...
7. Die Parteien stellen klar, daß diese Vereinbarung nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit dem notariellen Kaufvertrag vom 29. Februar 1988 steht, dessen Wirksamkeit in keinerlei Weise betreffen und

regeln soll. Mit dieser Regelung wird lediglich klargestellt, daß eine notarielle Beurkundung dieser Vereinbarung nicht erforderlich ist."

Nachdem sich Zweifel an der Echtheit des übereigneten Bildes ergeben hatten, kam es am 29. März 1988 zu einer ebenfalls privatschriftlichen Zusatzvereinbarung, aufgrund derer der Beklagte statt des zunächst übereigneten Bildes das Aquarell "Mo." von E. N. erhielt. In Ziffer 3 dieser Zusatzvereinbarung heißt es am Ende in bezug auf den Beklagten:

"Nach Wegfertigung der Schuld, die Gegenstand des Vertrages vom 02.03.1988 ist, stehen keine weiteren Rechte von seiner Seite einer Aushändigung des Bildes an Herrn P. im Wege."

Der Kläger zahlte einige Raten und stellte dann die Zahlungen ein. Der Beklagte behauptet, das Aquarell zu einem Preis von 350.000 DM veräußert zu haben - dieses Vorbringen hat der Kläger sich hilfsweise zu eigen gemacht -, und rechnet hilfsweise hinsichtlich des die Restforderung übersteigenden Erlöses mit Gegenforderungen auf.

Am 9. Juli 1991 vereinbarten unter anderem der Beklagte und der Kläger die Hinterlegung eines Betrages von 362.500 DM auf einem Konto der B.-Bank. Dieser Betrag dient zur Sicherung von Forderungen, die dem Kläger oder seiner Mutter im Zusammenhang mit der Sicherungsübereignung gegen den Beklagten zustehen könnten.

Der Kläger hat unter anderem Freigabe des Guthabens und Zahlung von 350.000 DM verlangt. Die Klage hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt der Kläger dieses Begehren weiter.

### Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### I.

Das Berufungsgericht hat einen Anspruch des Klägers auf Freigabe des auf dem Konto bei der H.-Bank hinterlegten Geldes sowie auf Auskunft hinsichtlich des veräußerten N.-Aquarells nur unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen §§ 138, 826 BGB geprüft. Das war rechtsfehlerhaft.

Aufgrund des derzeitigen Sach- und Streitstandes können ein Anspruch des Klägers auf Auskehrung des gesamten bei der Veräußerung des Aquarells erzielten Erlöses gemäß §§ 677, 681 Satz 2, 667 BGB und ein Wertersatzanspruch gemäß §§ 812, 818 Abs. 2 BGB nicht verneint werden.

1. Die Vereinbarungen vom 2. und 29. März 1988 sind gemäß §§ 313, 125 BGB nichtig.

Allerdings ist ein auf eine Sicherungsübereignung gerichteter Sicherungsvertrag grundsätzlich formfrei wirksam. Er muß aber gemäß § 313 Satz 1 BGB notariell beurkundet werden, wenn er mit einem Grundstückskaufvertrag rechtlich zusammenhängt. Das ist dann der Fall, wenn die Vereinbarungen nach dem Willen der Vertragsparteien derart voneinander abhängig sind, daß sie miteinander stehen und fallen sollen (st. Rspr., vgl. BGHZ 76, 43, 48 f; 101, 393, 396; BGH, Urt. v. 10. Oktober 1986 - V ZR 247/85, WM 1987, 215, 216; v. 7. Dezember 1989 - VII ZR 343/88, WM 1990, 764, 765 f; v. 30. September 1993 - VII ZR 178/91, NJW 1993, 3196). Ob ein in diesem Sinne einheitliches Rechtsgeschäft vorliegt, hat im Einzelfall der Tatrichter zu entscheiden (BGHZ 76, 43, 49; 101, 393, 397; BGH, Urt. v. 9. Juli 1992 - IX ZR 209/91, WM 1992, 1662, 1664). Da die Instanzgerichte sich mit dieser Frage nicht befaßt haben und die maßgeblichen Tatsachen feststehen, ist der Senat jedoch an einer eigenen Auslegung nicht gehindert (vgl. Senatsurt. v. 30. Oktober 1990 - IX ZR 9/90, NJW 1991, 353, 354).

Die Verpflichtung in Ziffer 2 der Vereinbarung vom 2. März 1988 hängt rechtlich mit dem am selben Tage (die Bezugnahme auf einen "notariellen Kaufvertrag vom 29. Februar 1988" in Ziffer 7 beruht auf einem offensichtlichen Versehen) beurkundeten Kaufvertrag über die Dachgeschoßwohnung zusammen. Deren Preis sollte gegenüber dem notariellen Vertrag im Ergebnis um 100.000 DM gemindert werden. Anhaltspunkte dafür, daß die Vereinbarung selbständige Bedeutung haben, der Kläger also ohne Bezug zu dem Wohnungskauf dem Beklagten 100.000 DM zahlen sollte, sind nicht ersichtlich. Dieser Kauf war ja aus der damaligen Sicht der Par-

teilen das "Entgegenkommen", das mit 100.000 DM honoriert werden sollte. An diesen Zusammenhängen vermag die "Klarstellung" in Ziffer 7 der Vereinbarung nichts zu ändern.

Der Formzwang des § 313 BGB - und damit die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gemäß § 125 BGB - erfaßt gemäß § 139 BGB auch die in Ziffer 3 der Vereinbarung vom 2. März 1988 enthaltene Abrede, daß die Zahlungsverpflichtung gemäß Ziffer 2 durch die Sicherungsübereignung des N.-Aquarells gesichert werden sollte. Zwar läßt die Nichtigkeit des Geschäfts, aus dem die zu sichernde Forderung erwächst, den auf eine Sicherungsübereignung gerichteten schuldrechtlichen Sicherungsvertrag grundsätzlich unberührt (MünchKomm/Quack, BGB 2. Aufl. Anh. §§ 929 - 936 Rdnr. 34; Scholz/Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung 6. Aufl. Rdnr. 219). Dieser soll das Schicksal der Sicherheit auch und gerade dann regeln, wenn die zu sichernde Forderung nicht besteht. Die Begründung der zu sichernden Forderung und die Sicherungsabrede können aber durch den Parteiwillen zu einer rechtlichen Einheit verbunden werden; dann hat die Nichtigkeit der einen die Nichtigkeit der anderen zur Folge (vgl. Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung Bd. I § 4 II 3 (S. 60); § 4 II 4 (S. 63); Soergel/Mühl, BGB 12. Aufl. § 930 Rdnr. 31; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten 3. Aufl. Rdnr. 810). So verhielt es sich im vorliegenden Fall. Die Übertragung des Eigentums an dem Gemälde sollte nur zur Sicherung der Forderung gemäß Ziffer 2 der Vereinbarung vom 2. März 1988 dienen. Andere, gegenwärtige oder künftig entstehende Forderungen haben die Parteien ausgenommen. Ebensowenig war an einen Bereicherungsanspruch zu denken, falls die Forderung gemäß Ziffer 2 der Vereinba-

rung nicht wirksam entstanden war. Ohne eine zu sichernde Forderung war die Sicherungsabrede aber sinnlos. Die Nichtigkeit der Forderung hat daher im vorliegenden Fall die Nichtigkeit auch der Sicherungsabrede zur Folge. Diese Rechtsfolge entfällt nicht deshalb, weil den Vertragsparteien die Formnichtigkeit jedenfalls der Zahlungsverpflichtung bewußt gewesen wäre (vgl. BGHZ 45, 376, 379 f; Staudinger/Dilcher, BGB 12. Aufl. § 139 BGB Rdnr. 28, jeweils m.w.N.). Daß der Kläger die Nichtigkeit der Vereinbarung gekannt habe, ist nicht behauptet und auch nicht ersichtlich.

Für die Voraussetzungen einer Heilung des Vertrages gemäß § 313 Satz 2 BGB ist nichts festgestellt.

2. Da kein wirksamer Sicherungsvertrag vorliegt, hatte der Beklagte das Sicherungsgut ohne Rechtsgrund erlangt. Es war deshalb an den Sicherungsgeber zurückzugewähren (§ 812 BGB) und durfte nicht verwertet werden. Geschah dies dennoch, schuldete der Sicherungsnehmer Wertersatz (§ 818 Abs. 2 BGB). Der Kläger konnte den Beklagten außerdem aufgrund der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag auf Herausgabe des Verwertungserlöses in Anspruch nehmen. Für das Verhältnis zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer gelten im Rahmen der Sicherungsabrede die Vorschriften des Auftragsrechts, insbesondere die §§ 666, 667 BGB entsprechend (vgl. BGH, Urt. v. 4. März 1993 - IX ZR 151/92, NJW 1993, 2041, 2042; Serick, aaO II § 18 I 1 (S. 46)). Ist die Sicherungsabrede unwirksam, sind die §§ 677, 681 Satz 2 BGB anwendbar (vgl. BGH, Urt. v. 28. Oktober 1992 - VIII ZR 210/91, LM § 677 BGB Nr. 31

m.w.N.). Daß der Geschäftsführer sich zur Geschäftsführung für berechtigt oder verpflichtet hielt, schließt allein die Anwendbarkeit der §§ 677 ff BGB nicht aus (vgl. BGH, Urt. v. 2. März 1972 - VII ZR 143/70, WM 1972, 616, 618; v. 30. September 1993 - VII ZR 178/91, aaO).

3. Die Sachbefugnis des Klägers kann nicht verneint werden. Zwar hat er am 10. Januar 1989 sämtliche Rechte aus der Vereinbarung vom 2./29. März 1988 an seine Mutter abgetreten. Das Landgericht hat deshalb gemeint, der Kläger sei zur Geltendmachung des Anspruches nicht befugt. In der Berufungsinstanz hat der Kläger indessen vorgetragen, seine Mutter habe ihm sämtliche Ansprüche - also nicht etwa bloß Schadensersatzansprüche - in bezug auf die Sicherungsübereignung zurückabgetreten. Dem hat der Beklagte nicht mehr widersprochen. Sein Vortrag, alles, was nicht zugestanden sei, werde bestritten, reicht nicht aus.

## II.

Das angefochtene Urteil ist damit teilweise aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Da die Frage einer Heilung des Vertrages vom 2./29. März 1988 bisher noch nicht angesprochen worden ist und auch der vom Beklagten erklärten Aufrechnung nachgegangen werden muß, wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (§ 565 ZPO). Für die erneute Verhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

1. Falls der Beklagte mittlerweile als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden sein sollte, ist der gesamte Grundstückskaufvertrag einschließlich der nicht beurkundeten Nebenabreden und der mit ihm zusammenhängenden anderen Rechtsgeschäfte gemäß § 313 Satz 2 BGB wirksam geworden (vgl. BGH, Urt. v. 2. November 1973 - V ZR 201/71, WM 1974, 52, 53). Dann besteht ein Anspruch des Klägers auf Auskehrung des Verkaufserlöses nur insoweit, als dieser die gesicherte Forderung übersteigt (vgl. Serick, aaO III § 38 II 7 (S. 477), II § 18 I 1 (S. 46); Scholz/Lwowski, aaO Rdnr. 292).

2. Die vom Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung ist nur zu einem geringen Teil zulässig.

Zwar fehlt es nicht an der Gleichartigkeit der aufgerechneten Forderungen (vgl. BGH, Urt. v. 19. Oktober 1988 - IVb ZR 70/87, NJW-RR 1989, 173, 174; v. 4. März 1993 - IX ZR 151/92, aaO).

Die Aufrechnungsbefugnis des Beklagten ist jedoch durch die Sicherungsabrede vom 2./29. März 1988 beschränkt. Eine Aufrechnung kann ausgeschlossen sein, wenn dies wegen der besonderen Natur der Rechtsbeziehung als mit Treu und Glauben unvereinbar erscheint. So ist zum Beispiel einem Treuhänder, der auf Herausgabe des aus dem Treuhandauftrag Erlangten in Anspruch genommen wurde, versagt worden, mit Gegenforderungen aufzurechnen, die mit dem Treuhandverhältnis in keinem tatsächlichen oder rechtlichen Zusammenhang stehen (BGHZ 14, 342, 347; 71, 380, 383; Senatsurt. v. 4. März 1993 - IX ZR 151/92, aaO; Liebich/Mathews, Treuhand

und Treuhänder in Recht und Wirtschaft 2. Aufl. S. 113; Serick, aaO III § 37 II 3 (S. 412); Scholz/Lwowski, aaO Rdnr. 292). Entscheidend ist, ob der Treuhänder die Zweckbindung des aus der Geschäftsführung Erlangten nach Sinn und Inhalt des Geschäftes als vorrangig hinzunehmen hat. Das ist hier der Fall. Das Aquarell wurde ausdrücklich nur zur Sicherung des "Rückzahlungsanspruchs" des Beklagten in Höhe von 100.000 DM übereignet und sollte - wie sich insbesondere aus Ziffer 4 Satz 2 der Vereinbarung vom 2. März 1988 und Ziffer 3 der Zusatzvereinbarung vom 29. März 1988 ergibt - gerade nicht auch der Sicherung anderer Ansprüche dienen. Von den jetzt zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüchen des Beklagten haben jedenfalls die meisten mit der gekauften Wohnung nichts zu tun. Insoweit würde die Aufrechnung die ursprüngliche Sicherungsabrede durch eine einseitige Erklärung des Beklagten erweitern. Dazu ist dieser nach Inhalt, Sinn und Zweck der ursprünglichen Vereinbarung nicht befugt.

Falls die Sicherungsabrede unwirksam geblieben ist, besteht zwar keine treuhänderische Bindung des Beklagten. Ihm ist es dann jedoch wegen des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf die Nichtigkeit der Vereinbarung zu berufen. Es ist davon auszugehen, daß der Beklagte als Rechtsanwalt die anfängliche Formnichtigkeit der Vereinbarung vom 2./29. März 1988 kannte. Solange sie ihm zum Vorteil gereichte, hat er sich entsprechend dieser Vereinbarung verhalten, nämlich die Ratenzahlungen des Klägers entgegengenommen und später das Sicherungsgut verwertet. Dann muß er sich auch hinsichtlich des Erlöses wie ein Treuhänder behandeln lassen.

Die Berufung auf ein Aufrechnungsverbot kann allerdings im Einzelfall ausgeschlossen sein, wenn über das Vermögen des durch das Verbot Begünstigten das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet worden, der Aufrechnungsgegner in Vermögensverfall geraten ist oder die zur Aufrechnung gestellten Forderungen aus anderen Gründen uneinbringlich sind. Andernfalls liefe das Verbot wirtschaftlich auf einen durch die Vereinbarung nicht beabsichtigten Forderungsverzicht hinaus (vgl. BGH, Urt. v. 26. Februar 1987

- I ZR 110/85, WM 1987, 732, 733 f; v. 7. Juli 1988
- VII ZR 320/87, WM 1988, 1592, 1593). Eine solche Einschränkung kommt im vorliegenden Fall jedoch nicht in Betracht. Sowohl der Kläger als auch der Beklagte haben vorgetragen, daß die wirtschaftliche Lage des Klägers schon im März 1988 "desolat" gewesen sei. Nach dem Vorbringen des Beklagten haben ihm auch schon zu diesem Zeitpunkt erhebliche Forderungen gegen den Kläger zugestanden. Dennoch hat er mit dem Kläger vereinbart, daß das Aquarell nur für die

Rückzahlung des Betrages von 100.000 DM haften solle. Dann ist ihm zuzumuten, daß ihm der Zugriff auf den Mehrerlös im Wege der Aufrechnung versagt bleibt.

Brandes

Schmitz

Kreft

RiBGH Dr. Zugehör  
ist urlaubshalber  
gehindert zu unter-  
schreiben.

Ganter

Brandes