

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XI ZR 257/94

vom

23. Januar 1996

in dem Rechtsstreit

Sparkasse G[REDACTED], vertreten durch den Vorstand, B[REDACTED]
Straße [REDACTED], G[REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

gegen

Burghard S[REDACTED], P[REDACTED] Straße [REDACTED], Verl, als
Konkursverwalter über das Vermögen der H[REDACTED]-R[REDACTED] GmbH,

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den
Vorsitzenden Richter Schimansky und die Richter
Dr. Halstenberg, Dr. Schramm, Nobbe und Dr. van Gelder

am 23. Januar 1996

beschlossen:

An den VIII. und IX. Zivilsenat soll gemäß
§ 132 Abs. 3 GVG folgende Anfrage gerichtet
werden:

Wird an der Rechtsauffassung festgehalten, daß
eine formularvertragliche Globalabtretung ohne
ausdrückliche und ermessensunabhängig aus-
gestaltete Regelung der Verpflichtung des Siche-
rungsnehmers zur Freigabe überschießender Dek-
kung insgesamt unwirksam ist?

Gründe:

I.

Die Parteien streiten u.a. über die Wirksamkeit einer
Globalabtretung.

Die beklagte Sparkasse gewährte der H- R GmbH
(künftig: Gemeinschuldnerin), deren Konkursverwalter der
Kläger ist, Kredit im Rahmen von 300.000 DM. Als Sicherhei-

- 3 -

ten dienten drei Höchstbetragsbürgschaften über insgesamt 110.000 DM zuzüglich Zinsen sowie die formularmäßige Globalabtretung vom 10. Januar 1990. In dieser heißt es u.a.:

Nr. 1 a ...

"Der Mindestbetrag der abgetretenen Forderungen, bei dessen Unterschreitung sich der Zedent gemäß Nr. 5.1. dieses Vertrages zur Abtretung weiterer Forderungen verpflichtet, soll 300.000 DM, i.W. dreihunderttausend DM, betragen. Die abgetretenen Forderungen dürfen diesen Betrag nicht länger als 2 Wochen unterschreiten. Wird er während der Dauer von 1 Monat ununterbrochen überschritten, kann die Sparkasse gem. Nr. 8 dieses Vertrages Forderungen freigeben."

Nr. 8

"Sobald die Sparkasse wegen aller ihrer Ansprüche gegen den Kreditnehmer befriedigt ist, ist sie verpflichtet, ihre Rechte aus der Forderungsabtretung freizugeben. Sie ist hierzu schon vorher bereit, sobald und soweit sie diese Rechte nach ihrem billigen Ermessen zur Sicherung ihrer Ansprüche nicht mehr benötigt. Das gilt insbesondere, wenn und soweit der im Rahmen vorsichtiger Beleihungsgrundsätze von der Sparkasse festgesetzte Deckungswert der abgetretenen Forderungen, wie in Nr. 1 a) bestimmt, überschritten wird."

Am 29. Juni 1990 fiel die Gemeinschuldnerin in Konkurs. Vereinbarungsgemäß zog der Kläger die von ihr abgetretenen Forderungen ein und stellte die Erlöse, rd. 235.000 DM, der Beklagten als Zessionarin zur Verfügung. Diese verrechnete die Summe auf ihre Kreditforderung von etwa 300.000 DM und entließ die Bürgen im Dezember 1991 nach Zahlung von insgesamt 70.347,12 DM aus ihren Verpflichtungen.



Der Kläger ist der Ansicht, die Globalabtretung sei unwirksam, da die ermessensabhängig ausgestaltete Freigabeklausel eine Übersicherung der Beklagten nicht ausschließe.

Das Landgericht hat seiner Klage auf Herausgabe der Erlöse aus den eingezogenen Forderungen nur in Höhe von 151.271,17 DM zuzüglich Zinsen stattgegeben. Die Abweisung im übrigen hat es damit begründet, daß die Beklagte nicht mehr bereichert sei, insbesondere wegen Freigabe der Bürgschaften.

Auf die beschränkten Berufungen beider Parteien hat das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in ZIP 1995, 140 ff. veröffentlicht ist, das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Beklagte zur Zahlung von 224.769,89 DM zuzüglich Zinsen verurteilt. Insoweit stehe dem Kläger der geltend gemachte Bereicherungsanspruch zu, da die Globalabtretung unwirksam sei. Auf den Wegfall der Bereicherung infolge Freigabe der Bürgschaften könne die Beklagte sich nicht berufen; ihr Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit der Globalabtretung sei nicht schutzwürdig, da sie deren Unwirksamkeit als Verwenderin des Abtretungsformulars allein zu vertreten habe. Dagegen wendet sich die Revision der Beklagten.

II.

1. Der streitige Bereicherungsanspruch hängt von der Unwirksamkeit der formularmäßigen Globalabtretung ab. Ist sie wirksam, muß der Revision stattgegeben werden. Ist sie

nichtig, kann der Revision auch dann nicht in vollem Umfang entsprochen werden, wenn den Ausführungen des Berufungsgerichts zum Entreichungseinwand (§ 818 Abs. 3 BGB) nicht zu folgen ist. Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus konsequent - keine Feststellungen über den Streitpunkt getroffen, ob die Beklagte entreichert ist, d.h. ihre Ansprüche aus den Bürgschaften in Höhe des freigegebenen Teils hätte realisieren können.

2. Auf der Grundlage der neueren Rechtsprechung des VIII. und des IX. Zivilsenats ist die Globalabtretung vom 10. Januar 1990 nichtig.

a) Nach Ansicht des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs benachteiligt eine formularvertragliche Globalabtretung ohne qualifizierte Freigabeklausel den Sicherungsgeber unangemessen (§ 9 Abs. 1 AGBG). Ausreichend ist danach eine Freigabeklausel nur dann, wenn darin eine konkrete Deckungsgrenze bestimmt ist, bei deren nicht nur vorübergehender Überschreitung der Sicherungsnehmer zur Freigabe der überschießenden Deckung verpflichtet ist. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, konkrete Deckungsgrenze einerseits sowie ausdrückliche ermessensunabhängig ausgestaltete Freigabeverpflichtung andererseits, so wird die Globalabtretung insgesamt als unwirksam angesehen (BGHZ 109, 240, 245 ff.; 125, 83, 87 sowie Urteile vom 19. Juni 1991 - VIII ZR 244/90, WM 1991, 1499, 1500, vom 25. November 1992 - VIII ZR 176/91, WM 1993, 213, 216 und vom 8. Dezember 1993 - VIII ZR 166/93, WM 1994, 104, 105).

Der IX. Zivilseant hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen und sie auf formularmäßige Sicherungsübereignungen von Warenlagern mit wechselndem Bestand erstreckt. Formularmäßige Sicherungsübereignungen einzelner Sachen oder von Sachgesamtheiten mit im wesentlichen festen Bestand sind seiner Ansicht nach dagegen auch ohne ausdrückliche Freigabeklausel grundsätzlich wirksam. Schränkt in einem solchen Fall eine AGB-Klausel den Freigabeanspruch des Sicherungsgebers ein, so soll nur sie nichtig sein; die Sicherungsübereignung als solche bleibt dagegen anders als die eines Warenlagers mit wechselndem Bestand wirksam (§ 6 Abs. 1 AGBG; BGHZ 117, 374, 377 ff.; 124, 371, 374 ff.; 124, 380, 385 ff. sowie Urteile vom 18. April 1991 - IX ZR 149/90, WM 1991, 1273, 1278, vom 28. April 1994 - IX ZR 248/93, WM 1994, 1161, 1162, vom 11. Mai 1995 - IX ZR 170/94, WM 1995, 1394 f. und vom 9. November 1995 - IX ZR 179/94, WM 1995, 2173, 2174 f.).

Der VII. Zivilsenat hat unter Berufung u.a. auf die Entscheidung des VIII. Zivilsenats vom 29. November 1989 (BGHZ 109, 240 ff.), die sich auf § 9 Abs. 1 AGBG stützt, in zwei Fällen formularmäßige Globalabtretungen als sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB) angesehen, weil diese "keinerlei Deckungsgrenze" enthielten (Urteile vom 26. April 1990 - VII ZR 39/89, WM 1990, 1326, 1327 und vom 6. Dezember 1990 - VII ZR 334/89, WM 1991, 276). Zur Frage, ob eine formularvertragliche Globalabtretung allein deshalb nichtig ist, weil sie keine ausdrückliche ermessenunabhängig ausgestaltete Regelung der Freigabepflicht bei Überschreiten der festgelegten Deckungsgrenze enthält, hat der VII. Zivilsenat nicht Stellung genommen, da die verschiedenen Fälle da-

zu keinen Anlaß boten. Insbesondere ist seinen Urteilen nicht zu entnehmen, daß er das Fehlen einer derartigen Freigabeverpflichtung, die Sicherungsverträgen über nicht-akzessorische Sicherheiten immanent ist (s. dazu unten S. 12), als Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden ansieht.

b) Den Anforderungen, die der VIII. und IX. Zivilsenat an Freigabeklauseln bei formularvertraglichen Globalzessionen stellen, genügt die Globalabtretung vom 10. Januar 1990 nur hinsichtlich der Deckungsgrenze.

aa) Nr. 1 a) des Formularvertrages legt diese auf 300.000 DM konkret fest. Daß mit diesem Betrag nicht lediglich die Mindest-, sondern auch die Obergrenze bestimmt ist, ergibt sich aus der Bezugnahme in Nr. 1 a) letzter Satz auf die Freigaberegung in Nr. 8.

Die Deckungsgrenze entspricht dem eingeräumten Kreditrahmen. Nach diesem und nicht lediglich nach dessen aktueller Inanspruchnahme bestimmt sich grundsätzlich das Sicherungsinteresse der Beklagten. Die Ausschöpfung des eingeräumten Kreditrahmens muß die kreditgebende Bank grundsätzlich jederzeit hinnehmen, ohne weitere Sicherheiten verlangen zu können. Wird der eingeräumte Kreditrahmen (teilweise) nicht mehr benötigt, kann der Kunde darauf verzichten und so auf die Deckungsgrenze Einfluß nehmen (Senatsurteil vom 12. Dezember 1995 - XI ZR 10/95, WM 1996, 251, 252). Gegen die Angemessenheit der vom VII., VIII. und IX. Zivilsenat für notwendig erachteten konkreten Deckungsgrenze bestehen daher keine Bedenken.

Das gilt unabhängig davon, ob unter "Mindestbetrag der abgetretenen Forderungen" in Nr. 1 a) deren Nennwert oder deren realisierbarer Wert zu verstehen ist. Eine Deckungsgrenze von lediglich 100%, hier 300.000 DM bei einem entsprechend hohen Kredit, ist in keinem Falle zu beanstanden. Einer Regelung zur Bestimmung des realisierbaren Wertes der abgetretenen Ansprüche bedarf es nicht (Senatsurteil vom 27. Juni 1995 - XI ZR 8/94, WM 1995, 1264, 1266).

bb) Die Regelung der Freigabe überschießender Deckung in Nr. 8 Satz 2 der Globalabtretung wird den Anforderungen, die der VIII. und IX. Zivilsenat aufgestellt haben, dagegen nicht gerecht. Die Freigabeverpflichtung der Beklagten ist nicht ermessensunabhängig ausgestaltet. Der VIII. Zivilsenat hat eine formularmäßige Globalabtretung mit einer fast wortgleichen Freigabeklausel insgesamt als nichtig angesehen (Urteil vom 19. Juni 1991 - VIII ZR 244/90, WM 1991, 1499, 1500 f.). Auch der IX. Zivilsenat ist bei einer völlig wortgleichen Klausel zu dem Ergebnis gekommen, sie genüge den Anforderungen nicht (Urteil vom 9. November 1995 - IX ZR 179/94, WM 1995, 2173, 2176).

3. Der XI. Zivilsenat möchte, wie bereits in mehreren obiter dicta angedeutet (insbesondere Senatsurteile vom 10. Mai 1994 - XI ZR 65/93, WM 1994, 1283, 1284 und vom 17. Januar 1995 - XI ZR 192/93, BGHZ 128, 295 ff. = WM 1995, 375, 376), der genannten Rechtsprechung des VIII. und IX. Zivilsenats nicht folgen. Er hält formularvertraglich vereinbarte Globalabtretungen auch dann für wirksam, wenn sie die Verpflichtung zur Freigabe überschießender Deckung nicht ausdrücklich regeln. Wenn eine aus-

drückliche Freigaberegeln den Sicherungsgeber unangemessen benachteiligt und deshalb gegen § 9 Abs. 1 AGBG verstößt, wovon bei der Klausel Nr. 8 Satz 2 der Globalabtretung vom 10. Januar 1990 - wegen ihrer ermessensabhängigen Ausgestaltung - ausgegangen werden mag, ist nur die Freigaberegeln als solche unwirksam, nicht aber die Globalabtretung insgesamt (§ 6 Abs. 1 AGBG).

Der XI. Zivilsenat möchte der Revision der Beklagten daher stattgeben, sieht sich daran jedoch durch die oben angeführten Entscheidungen des VIII. und IX. Zivilsenats gehindert. Dies ist der Grund für die auf § 132 Abs. 3 GVG beruhende Anfrage.

4. Die Divergenz betrifft sowohl die Auffassung des VIII. und IX. Zivilsenats, eine formularmäßige Globalabtretung müsse eine ausdrückliche Regelung der Freigabeverpflichtung enthalten, als auch deren Ansicht, eine Globalabtretung ohne eine solche Regelung sei insgesamt nichtig.

a) Der VIII. Zivilsenat hat zur Begründung seiner Grundsatzentscheidung BGHZ 109, 240, 246 ausgeführt: Eine allein auf das billige Ermessen ohne objektive Orientierungsgröße abstellende Freigabeklausel biete keinen ausreichenden Schutz gegen eine Übersicherung der kreditgewährenden Bank und benachteilige den Sicherungsgeber unangemessen (§ 9 Abs. 1 AGBG). Ohne eine konkrete Deckungsgrenze drohe die Gefahr, daß ein durch die unerläßliche Hinzuziehung von Sachverständigen kosten- und zeitaufwendiger, dem Schuldner unzumutbarer Streit darüber entstehe, ob und in welchem Umfang der Gläubiger die ihm überlassenen Sicherheiten nicht

mehr benötige (s. auch Urteil vom 19. Juni 1991 - VIII ZR 244/90, WM 1991, 1499, 1500).

Der IX. Zivilsenat hat die Notwendigkeit einer qualifizierten Freigabeklausel bei revolvierenden Globalsicherheiten damit begründet, daß solche Sicherungsverträge die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Sicherungsgebers außerordentlich einschränkten und dazu führten, daß er nur schwer erkennen könne, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine Übersicherung eingetreten sei. Daher stelle in solchen Fällen die Gewährung der Sicherheit selbst eine unbillige Benachteiligung des Schuldners dar, sofern der Formularvertrag nicht eine ausdrückliche Regelung enthalte, die gewährleiste, daß der Sicherungsgeber seinen Freigabeanspruch mit zumutbaren Mitteln festzustellen und durchzusetzen vermöge (BGHZ 124, 371, 376 f.; 124, 380, 386 f.). Eine formularmäßige Globalabtretung ohne qualifizierte Freigabeklausel sei daher grundsätzlich insgesamt unwirksam (§§ 9 Abs. 1, 6 Abs. 3 AGBG; Urteil vom 9. November 1995 - IX ZR 179/94, WM 1995, 2173, 2174).

b) Nur eine Mindermeinung in der Literatur stimmt dem zu (Bülow ZBB 1992, 29, 30 ff.; Göbel, Übersicherung und Freigabeklauseln in vorformulierten Kreditsicherungsverträgen S. 159 ff.; Ganter ZIP 1994, 257, 259 ff.; grundsätzlich Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung 3. Aufl. S. 165 ff.; dies. WiB 1994, 497 ff.; teilweise auch Wiegand/Brunner NJW 1995, 2513, 2516 ff.).

Überwiegend übt das Schrifttum aus verschiedenen Gründen - zum Teil vehemente - Kritik an der Rechtsprechung des

VIII. und IX. Zivilsenats (Hansjörg Weber JZ 1990, 493, 494; ders. WM 1994, 1549, 1553 ff.; Manfred Wolf, in: Verbrauchercredit, AGB-Gesetz und Kreditwirtschaft (Bankrechtstag 1990) S. 85 f.; Wolf/Ungeheuer JZ 1995, 176, 184 f.; Rehbein JR 1991, 325, 326; Neuhof NJW 1993, 2840 ff.; ders. 1994, 1763, 1765 ff.; ders. NJW 1995, 937, 939; ders. NJW 1995, 1068, 1070; Rellermeyer WM 1994, 1009 ff. und 1053 ff.; Bruchner, in: Sicherheitenfreigabe und Unternehmenssanierung (Bankrechtstag 1994) S. 35 ff.; Früh DB 1994, 1860, 1861 ff.; Herget BuB Rdn. 4/721; Serick ZIP 1995, 789, 792 ff.; ders. BB 1995, 2013, 2017 ff.; ders. WM 1995, 2017, 2021 ff.; Pfeiffer WM 1995, 1565, 1568 ff.; Klanten Sparkasse 1995, 439, 444; Vetter WiB 1995, 986, 989 ff.; Richrath, Die Übersicherungsproblematik bei nichtakzessorischen Kreditsicherheiten Diss. Bayreuth 1995 S. 133 ff.; Claussen, Bank- und Börsenrecht Rdn. 178; s. auch Brandner, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG 7. Aufl. Anh. §§ 9 - 11 Rdn. 658). Auch das Oberlandesgericht Hamm (31. Zivilsenat) ist ihr nicht gefolgt (OLG Hamm WM 1994, 1840, 1842, 1844 und WM 1995, 129, 132).

c) Der XI. Zivilsenat teilt die Auffassung, eine formularvertragliche Globalabtretung müsse eine ausdrückliche Freigaberegung enthalten, vor allem deshalb nicht, weil eine strikte (Teil-)Freigabeverpflichtung des Sichernehmers in jeder Sicherungsabrede über eine nichtakzessorische Sicherheit immanent enthalten ist (aa) und es eine Rechtsvorschrift, die eine ausdrückliche Regelung dieser Verpflichtung vorschreibt, nicht gibt (bb). Die Gesamtnichtigkeit formularvertraglicher Globalabtretungen ohne ausdrückliche ermessensunabhängig ausgestaltete Freigaberege-

lung hält der XI. Zivilsenat für mit § 6 AGBG unvereinbar (cc) und jedenfalls bei Altverträgen für verfassungsrechtlich nicht unbedenklich (dd).

aa) Sicherungsabtretungen sind ebenso wie Sicherungsübereignungen und Sicherungsgrundschulden nichtakzessorische fiduziarische Sicherheiten. Jeder Vertrag über die Bestellung einer derartigen Sicherheit begründet auch ohne ausdrückliche Vereinbarung ein Treuhandverhältnis (allg. Meinung, vgl. statt aller: Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung 3. Aufl. S. 128 f., 188 f.; Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht Rdn. 6.293; Palandt/Heinrichs, BGB 55. Aufl. § 398 Rdn. 20). Das gilt ohne Rücksicht darauf, ob Gegenstand des Sicherungsvertrages eine Singular- oder eine revolvierende Globalsicherheit ist.

(1) Aus dem Treuhandverhältnis ergibt sich auch ohne ausdrückliche Regelung die Verpflichtung des Sicherungsnehmers, die Sicherheit zurückzugewähren, wenn und soweit sie endgültig nicht mehr benötigt wird. Das ist nicht erst dann der Fall, wenn die gesicherte Forderung insgesamt erloschen ist, sondern - beschränkt auf den überschießenden Teil des Sicherungsgutes - schon dann, wenn und soweit eine endgültige Übersicherung eingetreten ist. Dann ist das weitere Verbleiben der überschießenden Deckung beim Sicherungsnehmer durch den Sicherungszweck nicht mehr gerechtfertigt und dieser zur Teilfreigabe verpflichtet (ständ. Rspr.; vgl. BGHZ 110, 241, 246; BGH, Urteil vom 30. Mai 1960 - VII ZR 257/59, WM 1960, 855, 856 f.; BGH, Urteil vom 10. Juni 1983 - V ZR 252/80, WM 1983, 961, 963; BGH, Urteil vom 8. Dezember 1989 - V ZR 53/88, WM 1990, 423, 424). Die Existenz ei-

ner solchen vertragsimmanenten (Teil-)Freigabeverpflichtung ohne ausdrückliche Regelung erkennt auch der IX. Zivilsenat bei Sicherungsübereignungen einzelner Sachen oder bestimmter Sachgesamtheiten an (BGHZ 124, 371, 374 ff.; 124, 380, 385 f.).

(2) Nichts spricht dafür, daß die Rechtslage bei Globalabtretungen oder Sicherungsübereignungen von Warenlagern anders ist, d.h. eine vertragsimmanente Freigabeverpflichtung dort nicht existiert. Diese folgt aus der fiduziarschen Rechtsnatur des Sicherungsvertrages. Ob Gegenstand des Vertrages eine Singular- oder eine revolvierende Globalsicherheit ist, ist für dessen Rechtsnatur ohne Bedeutung. Es ist deshalb davon auszugehen, daß eine vertragsimmanente (Teil-)Freigabeverpflichtung ohne ausdrückliche Regelung auch bei revolvierenden Globalsicherheiten besteht. Diese Ansicht liegt im übrigen auch der Entscheidung des IX. Zivilsenats vom 9. November 1995 (IX ZR 179/94, WM 1995, 2173, 2175) zugrunde. Dort wurde eine ausdrückliche Regelung der Freigabeverpflichtung bei einer Globalabtretung ausnahmsweise für nicht erforderlich gehalten, weil die Interessen des Sicherungsgebers durch den "allgemeinen Freigabeanspruch" ausreichend gewahrt seien.

(3) Festzuhalten ist danach, daß es für die Existenz der (Teil-)Freigabeverpflichtung des Sicherungsnehmers ohne Bedeutung ist, ob eine formularmäßige Globalabtretung eine ausdrückliche ermessensunabhängig gestaltete Freigaberegulation enthält oder nicht. Eine solche Regelung hat nur deklaratorische Wirkung.

8

bb) Ob Vertragsparteien eine aus der Rechtsnatur des Vertrages ohne weiteres folgende Verpflichtung ausdrücklich regeln, steht in ihrem Belieben. Das ergibt sich aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit. Das Recht, die mehr oder minder große Regelungsdichte eines Vertrages zu bestimmen, ist wesentlicher Bestandteil dieses Prinzips. Die Notwendigkeit einer ausdrücklichen vertraglichen Freigaberegulung könnte deshalb nur dann anerkannt werden, wenn eine Rechtsvorschrift dies verlangte. Eine derartige Vorschrift wird vom VIII. und IX. Zivilsenat indes nicht aufgezeigt und ist nicht ersichtlich.

(1) Die in den genannten Entscheidungen enthaltenen Begründungen sind auf die - hier vorhandene - konkrete Dekkungsgrenze zugeschnitten. Die Forderung nach einer ausdrücklichen Freigaberegulung vermögen sie nicht zu tragen. Eine solche Regelung verbessert den Überblick über das eingesetzte Sicherungsgut nicht und erleichtert die Feststellung einer Übersicherung in keiner Weise (Wolf/Ungeheuer JZ 1995, 176, 184).

Auch zur Durchsetzung des Freigabeanspruchs oder zur Vermeidung zeit- und kostenaufwendiger Streitigkeiten ist eine deklaratorische Freigaberegulung weder erforderlich noch vermag sie dazu nennenswert beizutragen. Die Freigabeverpflichtung, die - wie dargelegt - fiduziarischen Sicherungsverträgen anerkanntermaßen immanent ist, schützt den Sicherungsgeber genauso effektiv wie eine ausdrückliche Freigabeklausel. Abgesehen davon spricht nichts dafür, daß ein vollkaufmännischer Sicherungsgeber, darum handelt es sich bei revolvierenden Globalsicherheiten nahezu aus-

schließlich, einer Belehrung über seine aus dem Sicherungsvertrag folgenden Rechte bedürfte oder eine solche auch nur erwartete (vgl. Manfred Wolf, in: Verbrauchercredit, AGB-Gesetz und Kreditwirtschaft (Bankrechtstag 1990) S. 85).

(2) Aus welcher Rechtsnorm gleichwohl eine Rechtspflicht zur ausdrücklichen deklaratorischen Regelung der Freigabeverpflichtung folgen soll, ist nicht ersichtlich.

§ 9 Abs. 1 AGBG scheidet insoweit von vornherein aus. Nach dem Wortlaut des § 8 AGBG gelten die §§ 9 - 11 AGBG nur für Allgemeine Geschäftsbedingungen, "durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden." Gemeint sind damit nach dem Zweck des § 8 AGBG, der sicherstellen will, daß auf dem Wege der Inhaltskontrolle die Vorschriften anderer Gesetze nicht modifiziert werden (Begründung des Entwurfs des AGBG BT-Drucks. 7/3919 S. 22; BGHZ 93, 358, 360 (VIII. Zivilsenat), Rechtsvorschriften außerhalb der §§ 9 - 11 AGBG. Eine Globalabtretung ohne ausdrückliche Freigaberegeln verändert indes die Rechtslage nicht.

Aus § 138 Abs. 1 BGB läßt sich eine Verpflichtung zur ausdrücklichen Regelung der Freigabepflicht schwerlich herleiten. § 138 Abs. 1 BGB gilt uneingeschränkt auch für Individualverträge. Das Recht, die mehr oder minder große Regelungsdichte eines Vertrages zu bestimmen, ist - wie dargelegt - wesentlicher Bestandteil des Prinzips der Vertragsfreiheit. Daß ein vollkaufmännisches Unternehmen und ein Kreditinstitut gleichwohl durch § 138 Abs. 1 BGB gehindert sein sollten, individualvertraglich eine Globalabtretung

tung wirksam zu vereinbaren, ohne die Freigabeverpflichtung ausdrücklich zu regeln, läßt sich schwerlich vertreten. Nichts spricht dafür, daß sich daran etwas ändert, wenn eine Globalabtretung nicht individual-, sondern formularvertraglich vereinbart wird.

(3) Das AGBG setzt Maßstäbe für die Kontrolle von Regelungen, die vom (dispositiven) Recht abweichen oder dieses ergänzen (§ 8 AGBG). Es enthält dagegen kein Gebot, aus dem Gesetz oder aus der Rechtsnatur eines Vertrages folgende Rechte ausdrücklich zu regeln oder den Vertragspartner darüber zu belehren (Rellermeyer WM 1994, 1053, 1056 f.).

Das Transparenzgebot greift insoweit nicht ein. Es will verhindern, daß Rechte und Pflichten durch unklar oder schwer verständlich gefaßte Klauseln verschleiert oder für den Vertragspartner schwer durchschaubar werden (vgl. BGHZ 106, 259, 264; 118, 126, 131). Dadurch, daß die vertragsimmanente Freigabeverpflichtung nicht ausdrücklich geregelt wird, wird die Rechtslage weder verschleiert noch für den Vertragspartner unübersichtlich. Das gilt insbesondere, wenn es sich - wie bei einer Globalabtretung in aller Regel - um ein vollkaufmännisches Unternehmen handelt.

(4) Eine Verpflichtung des Formularverwenders zur deklaratorisch wirkenden ausdrücklichen Regelung der Freigabepflicht ist danach aus einer gesetzlichen Bestimmung nicht ableitbar, mit dem Prinzip der Vertragsfreiheit unvereinbar und auch bei revolvierenden Globalsicherheiten nicht anzuerkennen.

cc) Erst recht leuchtet es nicht ein, daß das Fehlen einer solchen deklaratorischen Regelung grundsätzlich zur Nichtigkeit einer formularvertraglich vereinbarten revolutionierenden Globalsicherheit insgesamt führen soll. Eine Rechtsnorm, die eine solche Rechtsfolge rechtfertigen könnte, ist nicht ersichtlich.

(1) Ein Verstoß gegen § 9 Abs. 1 AGBG führt grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages, sondern nur zu der unangemessenen Klausel (§ 6 Abs. 1 AGBG). An deren Stelle treten die gesetzlichen Vorschriften (§ 6 Abs. 2 AGBG). Die Lücke, die im Falle der Unwirksamkeit einer unangemessenen Freigabeklausel entsteht, wird durch den aus dem Sicherungsvertrag folgenden Freigabeanspruch geschlossen (BGHZ 124, 380, 389 f., für Singularsicherungsübereignung; Senatsurteil vom 30. Mai 1995 - XI ZR 78/94, WM 1995, 1219, 1221, für Singularabtretung).

(2) Die Berücksichtigung dieses vertragsimmanenten Freigabeanspruchs läuft nicht auf eine geltungserhaltende Reduktion einer unangemessenen Freigaberegung auf den eben noch zulässigen Inhalt hinaus. Rechte und Pflichten, die sich im Wege der (ergänzenden) Vertragsauslegung aus der Natur eines bestimmten Vertrages ergeben, stehen ihrem Rechtscharakter nach dem vertragsergänzenden dispositiven Gesetz gleich, das nach § 6 Abs. 2 AGBG an die Stelle einer fehlenden oder unwirksamen Klausel tritt (Manfred Wolf, in Verbrauchercredit, AGB-Gesetz und Kreditwirtschaft (Bankrechtstag 1990) S. 86; Früh DB 1994, 1860, 1863). Der VIII. Zivilsenat hat deshalb in mehreren anderen Entscheidungen keine Bedenken getragen, eine durch die Unwirksam-

keit einer AGB-Klausel entstandene Vertragslücke im Wege ergänzender Vertragsauslegung gemäß §§ 157, 133 BGB zu schließen, wenn - wie hier - dispositive gesetzliche Regelungen, die die entstandene Lücke schließen könnten, fehlen (BGHZ 90, 69, 74 ff.; 120, 108, 122; Urteile vom 31. Oktober 1984 - VIII ZR 220/83, WM 1984, 1644, 1645 und vom 12. Juli 1989 - VIII ZR 297/88, WM 1989, 1729, 1732).

Der IX. Zivilsenat hat dementsprechend entschieden, bei formularmäßigen Sicherungsübereignungen von Sachgesamtheiten führe das Fehlen, der Ausschluß oder die Einschränkung der Freigabeverpflichtung des Sicherungsnehmers grundsätzlich nicht zur Nichtigkeit der Sicherungsübereignung insgesamt. Die Unwirksamkeit einer Freigabeklausel erfasse den gesamten Vertrag vielmehr nur dann, wenn es eine unzumutbare Härte (§ 6 Abs. 3 AGBG) darstellen würde, eine Vertragspartei daran festzuhalten (BGHZ 124, 371, 376). Daß bei formularmäßigen Sicherungsverträgen über revolvierende Globalsicherheiten mit einer unangemessenen Freigaberegung etwas anderes gelten soll, ist nicht einzusehen.

(3) Die eng auszulegende Ausnahme des § 6 Abs. 3 AGBG, auf den der IX. Zivilsenat die Totalnichtigkeit solcher Verträge zu stützen versucht (Urteil vom 9. November 1995 - IX ZR 179/94, WM 1995, 2173, 2174), greift nicht ein.

Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob das Festhalten am Vertrag für eine Vertragspartei eine unzumutbare Härte wäre, ist nicht der des Vertragsschlusses, sondern der der Geltendmachung von Rechten aus dem Vertrag, d.h. hier der Globalabtretung (Senatsurteil vom

27. Juni 1995 - XI ZR 8/94, WM 1995, 1264, 1266; Lindacher, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG 3. Aufl. § 6 Rdn. 53; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG 7. Aufl. § 6 Rdn. 47; Staudinger/Schlosser, BGB 12. Aufl. § 6 AGBG Rdn. 19; Soergel/U. Stein, BGB 12. Aufl. § 6 AGBG Rdn. 24; Eрман/H. Hefermehl, BGB 9. Aufl. § 6 AGBG Rdn. 23; Palandt/Heinrichs, BGB 55. Aufl. § 6 AGBG Rdn. 8). Für diese - soweit ersichtlich - allgemein geteilte Ansicht spricht neben dem Gesetzeswortlaut ("Festhalten" am Vertrag) insbesondere, daß ein Klauselwerk oder eine einzelne Klausel durch den konkreten Geschehensablauf ganz oder teilweise an Bedeutung verlieren kann.

Der Fortbestand der Globalabtretung mit dem nach § 6 Abs. 2 AGBG aus dem Sicherungsvertrag ergänzten Freigabeanspruch stellt für die Gemeinschuldnerin keine unzumutbare Härte dar. Die Gemeinschuldnerin, eine GmbH, ist am 29. Juni 1990 in Konkurs gefallen und damit aufgelöst worden (§ 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG). Der Streit zwischen ihrem Verwalter und der beklagten Sparkasse betrifft ausschließlich Erlöse aus abgetretenen Ansprüchen, die nach Zustellung des allgemeinen Veräußerungsverbots am 18. Juni 1990 eingezogen worden sind. Ob die Erlöse unter Verrechnung auf die gesicherten Ansprüche der beklagten Sparkasse verbleiben oder aber an den Konkursverwalter herauszugeben sind, ist für die aufgelöste Gemeinschuldnerin von minderm Interesse.

Die Nichtigkeit der formularmäßigen Globalabtretung würde ausschließlich den (ungesicherten) Gläubigern der Gemeinschuldnerin zugute kommen. Deren Schutz bezwecken indes § 6 Abs. 3 und § 9 Abs. 1 AGBG nicht, auch nicht mittelbar

(Senatsurteil vom 10. Mai 1994 - XI ZR 65/93, WM 1994, 1283, 1284). In § 9 Abs. 1 AGBG wird ausdrücklich nur auf die unangemessene Benachteiligung des "Vertragspartners des Verwenders", nicht aber irgendwelcher Dritter abgestellt. Nach § 6 Abs. 3 AGBG wird eine unzumutbare Härte gerade für eine "Vertragspartei" vorausgesetzt.

(4) Die Nichtigkeit der Globalabtretung insgesamt läßt sich auch nicht mit der Erwägung rechtfertigen, eine ausdrückliche ermessensunabhängige Ausgestaltung der Freigabeverpflichtung sei bei revolvierenden Globalsicherheiten unbedingt erforderlich, um damit für den Sicherungsgeber verbundene besonders nachteilige Wirkungen auszugleichen, ohne eine solche Regelung stelle die Globalabtretung selbst eine unbillige Benachteiligung des Schuldners im Sinne des § 9 Abs. 1 AGBG dar.

Nach dem klaren Wortlaut des § 9 Abs. 1 AGBG sind "Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen" unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Die ermessensabhängig ausgestaltete Freigaberegung in Nr. 8 Satz 2 der Globalabtretung vom 10. Januar 1990 ist eine solche Bestimmung. Sie läßt sich von anderen Klauseln der formularmäßigen Globalabtretung genauso problemlos trennen wie etwa eine entsprechende ermessensabhängig ausgestaltete Freigabeklausel in einem Formularvertrag über die Sicherungsübereignung einer Sachgesamtheit mit festem Bestand. Die Globalabtretung hat verfügungsrechtlichen Charakter, die Freigabeverpflichtung ist rein schuldrechtlicher Natur. Nichts spricht dafür, daß sie eine einheitli-

che, unteilbare "Bestimmung" im Sinne des § 9 Abs. 1 AGBG bildeten.

dd) Nach Ansicht des XI. Zivilsenats handelt es sich bei der Rechtsprechung des VIII. und IX. Zivilsenats, die gleichwohl die Unwirksamkeit der Globalabtretung insgesamt fordert, um eine nicht gesetzeskonforme Rechtsfortbildung. Diese erscheint unter dem Gesichtspunkt der Art. 2 Abs. 1 und 20 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich nicht unbedenklich (vgl. BVerfGE 65, 196, 215 ff.).

Schimansky

Dr. Halstenberg

Dr. Schramm

Nobbe

Dr. van Gelder