

## Eigentumsvorbehalt und AGB-Gesetz

Von Rechtsanwalt Dr. Friedrich GRAF VON WESTPHALEN, Köln

An dieser Stelle hat sich kürzlich *Thamm*<sup>1</sup> kritisch mit den Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf Eigentumsvorbehaltsklauseln auseinandergesetzt und dabei verschiedene von mir vertretene Thesen kritisiert. Leider bezieht sich dabei *Thamm* auf Ausführungen, die ich in dieser Form nicht getan habe, so daß einige korrigierende Anmerkungen erforderlich sind – ganz abgesehen davon, daß *Thamm* sich nur recht oberflächlich mit den dogmatisch-systematischen Besonderheiten dieses Problemkreises an Hand der AGB-Literatur befaßt.

### 1. Zu § 3 AGB-Gesetz

Es trifft nicht zu, daß ich Kontokorrent-Eigentumsvorbehaltsklauseln schlechthin als überraschend im Sinn von § 3 AGB-Gesetz qualifiziert hätte<sup>2</sup>, wie *Thamm* meint<sup>3</sup>. Ganz im Gegenteil: Kontokorrent-Eigentumsvorbehaltsklauseln halte ich nur dann regelmäßig für überraschend im Sinn von § 3 AGB-Gesetz, wenn kein Kontokorrentverhältnis gemäß § 355 HGB zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart worden ist oder stillschweigend praktiziert wird. Ist dies allerdings der Fall, dann sind Kontokorrent-Eigentumsvorbehaltsklauseln (Saldo-Vorbehaltsklauseln) nicht als überraschend zu bewerten, weil es für die Beurteilung des Überraschungseffekts gemäß § 3 AGB-Gesetz jeweils auf den individualvertraglich vorgegebenen Parameter ankommt, was auch in der übrigen AGB-Literatur – losgelöst von Eigentumsvorbehaltsklauseln – so gesehen wird<sup>4</sup>. Ebenso unrichtig ist es, wenn *Thamm* mir unterstellt, nach meiner Ansicht seien Eigentumsvorbehaltsklauseln, die auf Sicherung zukünftiger Forderungen gerichtet sind, als überraschende Klauseln nach § 3 AGB-Gesetz zu qualifizieren<sup>5</sup>. Nach der von mir vertretenen Auffassung ist der Überraschungseffekt des § 3 AGB-Gesetz vielmehr nur dann zu prüfen, wenn sich die jeweilige Klausel auf Forderungen erstreckt, die im Zeitpunkt des jeweiligen Vertragsabschlusses weder entstanden

noch fällig waren<sup>6</sup>. Sind aber die zu sichernden Forderungen im Rahmen einer erweiterten Eigentumsvorbehaltsklausel bereits bei Vertragsabschluß entstanden, so scheidet der Überraschungseffekt nach § 3 AGB-Gesetz – von der Üblichkeit derartiger Klauseln einmal abgesehen – schon deswegen aus, weil sich Inhalt und Umfang der durch einen erweiterten Eigentumsvorbehalt zu sichernden Forderungen jeweils bei Vertragsabschluß genau ermitteln lassen. Es ist schon etwas merkwürdig, daß *Thamm* – sowohl bei den Kontokorrent-Vorbehaltsklauseln als auch bei den erweiterten Eigentumsvorbehaltsklauseln – die von mir ausführlich begründete Differenzierung nicht nachvollzieht, sondern – immer wieder und ganz pauschal – von „Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts“ redet, so daß seine Kritik schon aus diesem Grunde ins Leere geht. Mehr noch – auch wenn dies eine etwas boshafte Unterstellung meinerseits ist –, *Thamm* selbst scheint die von mir vertretene Auffassung im Ergebnis zu teilen. Er sagt nämlich, ein Überraschungseffekt sei dann im Ergebnis zu verneinen, wenn „der Kunde den Eigentumsübergang ohne weiteres errechnen kann“, vorausgesetzt, „er begleicht alle bisherigen Forderungen“<sup>7</sup>. Genau das ist der Punkt: Alle „bisherigen Forderungen“ können, da

<sup>1</sup> *Thamm*, BB 1978 S. 20 ff.

<sup>2</sup> *Graf von Westphalen*, DB 1977 S. 1637, 1638 f.

<sup>3</sup> *Thamm*, BB 1978 S. 21.

<sup>4</sup> *Koch/Stübing*, § 3 Anm. 11; *Palandt/Heinrichs*, § 3 Anm. 2 a; *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 3 Anm. 8 a; *Schlosser/Coester-Waltjen/Graba*, § 3 Anm. 11; *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, § 3 Anm. 12 f.; teilweise wird allerdings auch die Auffassung vertreten, es komme auf eine Objektivierung des subjektiven Elements in § 3 AGB-Gesetz („nicht zu rechnen braucht“) an, vgl. *Dietlein/Rebmann*, § 3 Anm. 4; *Dittmann/Stahl*, Rdnr. 218. Daraus ergibt sich aber in der Sache kein Unterschied für die hier anstehende Frage.

<sup>5</sup> *Graf von Westphalen*, DB 1977 S. 1637, 1640.

<sup>6</sup> *Ebenda*.

<sup>7</sup> *Thamm*, BB 1978 S. 21.

es sich um Eigentumsvorbehaltsklauseln in AGB handelt, eben nur solche sein, die – bezogen auf den jeweiligen Vertragsabschluß – das Adjektiv „bisherig“ verdienen. Systematisch-logisch setzt dies aber voraus, daß diese Forderungen dann aber auch bei Abschluß des jeweiligen Individualvertrages bereits entstanden sind. Umgekehrt: Die von Thamm gelieferte Begründung trägt natürlich dann nicht, um den Überraschungseffekt nach § 3 AGB-Gesetz auszuschalten, wenn Forderungen durch eine Eigentumsvorbehaltsklausel gesichert werden sollen, die im Zeitpunkt des jeweiligen Vertragsabschlusses weder entstanden noch fällig sind, sondern irgendwann – im Laufe einer langandauernden Geschäftsverbindung – zur Entstehung gelangen. Denn dann kann der Kunde gar nichts „errechnen“; bei dieser Fallkonstellation – und nur diese kann überraschend im Sinn von § 3 AGB-Gesetz sein – ist der Besteller eben nicht „Herr über den Eigentumsübergang“<sup>8</sup>.

## 2. Zu §§ 4, 9 AGB-Gesetz

Thamm kritisiert die Interpretation des § 4 AGB-Gesetz, wonach AGB-Klauseln den „individualvertraglich abgesteckten Funktionsbereich“ nicht überschreiten dürfen. Indessen wird diese Auffassung von der ganz überwiegenden Meinung in der AGB-Literatur vertreten, insbesondere auch von Schlosser<sup>9</sup> und von Dittmann/Stahl<sup>10</sup>. Aus dieser dogmatisch-systematischen Erwägung ist aber durchaus der Schluß zu ziehen, daß Konzern-Eigentumsvorbehaltsklauseln mit dem Vorrangprinzip von § 4 AGB-Gesetz nicht vereinbar sind – eine Meinung, die auch von Koch/Stübing vertreten wird<sup>11</sup>, obwohl Thamm diese Meinung als „unklar“<sup>12</sup> apostrophiert. Es hätte daher schon sehr überzeugender und sehr detaillierter Argumentationen bedurft, den Konzern-Eigentumsvorbehalt in AGB-Klauseln so unumwunden zu rechtfertigen, wie Thamm dies getan hat<sup>13</sup>. Die gleichen Erwägungen zur Begrenzung von AGB-Klauseln im Rahmen des „individualvertraglich abgesteckten Funktionsbereichs“ gelten natürlich auch für den Kontokorrent-Eigentumsvorbehalt – freilich nicht allgemein, sondern eben nur dann, wenn individualvertraglich kein Kontokorrentverhältnis begründet ist<sup>14</sup>.

Auch die von Thamm zu § 9 AGB-Gesetz im Zusammenhang mit Eigentumsvorbehaltsklauseln vertretene Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Dies gilt in erster Linie deswegen, weil Thamm bei seinen Darlegungen offenbar nur eine Fallgestaltung im Auge hat: Der Besteller erhält Ware, die er noch nicht bezahlt hat, so daß der Eigentumsvorbehalt den Lieferanten schützen soll. Zutreffend weist Thamm darauf hin, daß bei der von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz gebotenen Abwägung auch die Position des Lieferanten zu berücksichtigen ist, „weil dieser vorgeleistet hat“<sup>15</sup>. Dies steht außer Frage. Dann kann man im Hinblick auf Eigentumsvorbehaltsklauseln durchaus auch von einer „theoretischen Verschlechterung der Position des Bestellers“<sup>16</sup> reden. Doch: Liegt nicht dann eine unangemessene Benachteiligung des Bestellers vor, wenn dieser einer Kontokorrent-Eigentumsvorbehaltsklausel oder einer erweiterten Eigentumsvorbehaltsklausel unterworfen wird, die – in beiden Fällen – auf die Sicherung von Forderungen abstellen, die „aus der Geschäftsverbindung entstehen“, wo also die wesentliche Einschränkung fehlt, daß eben ein Kontokorrent-Verhältnis individualvertraglich begründet worden ist oder daß sich im Rahmen der erweiterten Eigentumsvorbehaltsklausel die Sicherung nur auf solche Forderungen bezieht, die bereits bei Abschluß des jeweiligen Vertrags entstanden waren? Nur um die Bewältigung dieser Eigentumsvorbehaltsklauseln ging es mir; nur diese habe ich wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz für unwirksam erklärt<sup>17</sup>. Von anderen Klauseln – ausgenommen der Konzern-Eigentumsvorbehaltsklausel – war insoweit nie die Rede. Die Interessen des vorleistungspflichtigen Lieferanten sind aber in vollem Umfang berücksichtigt, wenn sich die Sicherung – bei einer erweiterten Eigentumsvorbehaltsklausel – auf solche Forderungen erstreckt, die bereits bei Abschluß des Vertrages entstanden waren. Eine weitergehende Sicherung – im Hinblick auf künftig erst entstehende Forderungen – braucht der Lieferant nicht. Sie – und nur sie – ist als unangemessene Benachteiligung im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz zu qualifizieren, weil diese Klauseln den Eigentumserwerbstatbestand auf unbestimmte Zeit hinausschieben – mit der Folge, daß

dadurch die Erreichung des Vertragszwecks im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz gefährdet wird.

Es überzeugt nicht, wenn Thamm geltend macht, im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz sei der Besitz der „primäre Vertragszweck“, und diesen erhalte der Besteller ja, so daß er darüber hinaus offenbar nicht schutzwürdig ist. Denn § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz qualifiziert die Rechte und Pflichten des AGB-unterworfenen Kunden (Bestellers) nicht einseitig nach dem durch die AGB-Klauseln geprägten Willen der Parteien, sondern mißt sie schlechthin an der „Natur des Vertrages“. Diese aber ist – für die Gestaltung von AGB-Klauseln bindend – in § 433 BGB im Kern verankert. Danach aber kommt es nicht nur auf die Besitzübertragung, sondern – und dies ist auch entscheidend – auf die Eigentumsverschaffung an.

Wenn Thamm demgegenüber meint, das Gesetz selbst rede in § 433 Abs. 2 BGB zunächst von der Zahlungspflicht und sodann erst von der Abnahmepflicht<sup>18</sup>, so ist dies schwerlich überzeugend. Denn es kommt im Rahmen von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz entscheidend auf die synallagmatisch verbundenen Rechte und Pflichten von Käufer und Verkäufer an. Eine unangemessene Benachteiligung des Käufers im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz liegt – im Hinblick auf die von mir kritisierten Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalt und des Kontokorrent-Vorbehalt – dann jedenfalls vor, wenn der Besteller seiner Zahlungspflicht bereits nachgekommen ist, Eigentum aber dessen ungeachtet aufgrund der Klausel weiterhin vorbehalten bleiben soll, wenn sich z. B. die Vorbehaltsklausel auch auf die Sicherung künftiger, d. h. noch nicht entstandener und noch nicht fälliger Forderungen „aus der Geschäftsverbindung“ erstreckt. Gerade dann aber kommt es zu den in der Praxis sehr häufigen Fällen, in denen der BGH bereits eine „Verschwommenheit der Eigentumsverhältnisse“ diagnostiziert hat<sup>19</sup> und deutlich das Instrumenta-

<sup>8</sup> Ebenda.

<sup>9</sup> Schlosser/Coester-Wattjen/Graba, § 4 Anm. 9, 15 – allerdings mit einer Differenzierung bei Konzernklauseln, § 3 Anm. 25. Dort bringt indessen Schlosser im Hinblick auf den Konzernvorbehalt eine wichtige Einschränkung: Er hält eine Konzernvorbehaltsklausel dann nicht für ungewöhnlich und unvernünftig, wenn die begünstigten Unternehmen namentlich aufgeführt sind, schränkt jedoch dann ein: „wenn man ihn (den Konzernvorbehalt) schon für zulässig hält“.

<sup>10</sup> Dittmann/Stahl, Rdnr. 235.

<sup>11</sup> Koch/Stübing, § 4 Anm. 10.

<sup>12</sup> Thamm, BB 1978 S. 20 ff.; Koch/Stübing, a.a.O., wollen dann einen „Konzern-Eigentumsvorbehalt zur Sicherung von Forderungen anderer, konzernverbundener Gläubiger“ für unwirksam erklären, wenn „Barzahlung des Kunden“ vorliegt. Daraus ist m. E. der Schluß zu ziehen, daß die Verfasser die Meinung vertreten, daß ein Konzern-Eigentumsvorbehalt – ebenso aber ein Kontokorrentvorbehalt zur Sicherung anderer Forderungen desselben Gläubigers – durch AGB-Eigentumsvorbehaltsklauseln insoweit nicht mehr begründet werden können, als die Sicherungsabrede auch künftige Forderungen anderer Gläubiger oder desselben Gläubigers erfaßt. Ulmer/Brandner/Hensen, § 4 Anm. 21, vertreten die Auffassung, daß „insbesondere Kontokorrent- und Konzernklauseln“ gemäß § 4 AGB-Gesetz unwirksam sind, „soweit Individualabreden über die gegenseitigen Hauptleistungen dahin zu verstehen sind, daß mit der vollständigen Kaufpreiszahlung auch das Eigentum an der Kaufsache auf den Kunden übergehen soll (§§ 320, 455 BGB)“. Da in Individualabreden regelmäßig über den Eigentumsvorbehalt nichts gesagt wird, reduziert sich die Frage, ob Kontokorrent- und Konzernklauseln nach der von Ulmer vertretenen Auffassung mit § 4 AGB-Gesetz vereinbar sind dahin, ob stillschweigend der Individualabrede der Zweck entnommen werden kann, daß bei vollständiger Kaufpreiszahlung – bezogen auf den jeweiligen Individualvertrag – auch Eigentum nach den gesetzlichen Bestimmungen übergehen soll. Dies wird man m. E. regelmäßig annehmen können, sofern keine laufende Geschäftsverbindung besteht, vgl. Graf von Westphalen, DB 1977 S. 1685 – für das Hauptproblem des erweiterten Eigentumsvorbehalt; vgl. im einzelnen Braun, BB 1978 S. 22 ff.

<sup>13</sup> Thamm, BB 1978 S. 21; bei Behandlung von § 9 AGB-Gesetz untersucht allerdings Thamm nicht mehr präzise und konkret die Frage, inwieweit eine Konzern-Eigentumsvorbehaltsklausel mit der Generalklausel des AGB-Gesetzes vereinbar ist; seine Ausführungen erschöpfen sich in pauschalen Argumenten, weil Thamm lediglich von „generellen Bedenken gegen bestimmte Formen des Eigentumsvorbehalt“ spricht, gleichzeitig aber einräumt, daß durchaus „bestimmte Klauseln als Übertreibungen gegen allgemeine rechtliche Grundsätze verstoßen und demnach als unwirksam anzusehen“ sein können (S. 21).

<sup>14</sup> Graf von Westphalen, DB 1977 S. 1685 – mit ganz deutlicher und eindeutiger Beschränkung, rechte Spalte, 1. Absatz.

<sup>15</sup> Thamm, BB 1978 S. 22.

<sup>16</sup> Ebenda.

<sup>17</sup> Graf von Westphalen, DB 1977 S. 1685, 1686.

<sup>18</sup> Thamm, BB 1978 S. 20 ff.

<sup>19</sup> BGH, 14. 2. 1968, NJW 1968 S. 885.

rium der „richterlichen Inhaltskontrolle“ zur Anwendung brachte<sup>20</sup>.

Thamm versucht offenbar, dieses Ergebnis dadurch zu korrigieren, daß er darauf hinweist, daß gemäß § 24 Satz 2 letzter Halbsatz AGB-Gesetz auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen ist, was auch für die Beurteilung von Eigentumsvorbehaltsklauseln gilt. Indessen ist dieser Einwand dogmatisch-systematisch verfehlt. Denn die Kritik an bestimmten Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts/Kontokorrent-Vorbehaltsklauseln und Konzern-Eigentumsvorbehaltsklauseln rechtfertigt sich aus unmittelbarer Anwendung des § 9 AGB-Gesetz; es bedarf keines Rückgriffs auf die mittelbare Geltung der §§ 10 und 11 AGB-Gesetz im kaufmännischen Verkehr gemäß § 24 Satz 2 AGB-Gesetz. Der in § 24 Satz 2 letzter Halbsatz AGB-Gesetz enthaltene Hinweis auf die im Handelsverkehr zu beachtenden Gewohnheiten und Gebräuche bezieht sich nämlich lediglich auf die zuletzt erwähnten Fallkonstellationen. Des weiteren besteht in der Literatur Einigkeit, daß der in § 24 Satz 2 letzter Halbsatz AGB-Gesetz aufgenommene Rechtsgedanke des § 346 HGB<sup>21</sup> nicht die Üblichkeit von AGB-Klauseln zu rechtfertigen geeignet ist<sup>22</sup>, insbesondere aber, daß Handelsbräuche und Gewohnheiten nicht in der Lage sind, wesentliche Gerechtigkeitsgebote und Schutzfunktionen zu verdrängen und einen Mißbrauch in der vertragsrechtlichen Gestaltung zu sanktionieren<sup>23</sup>. Der Hinweis von Thamm auf § 24 Satz 2 letzter Halbsatz AGB-Gesetz trägt also nicht. Dies ist offenbar auch die Auffassung von Thamm selbst, denn er bemüht § 24 Satz 2 letzter Halbsatz AGB-Gesetz an keiner Stelle, um etwaige unwirksame Ausgestaltungen von Eigentumsvorbehaltsklauseln zu rechtfertigen. Im Gegenteil: Thamm erklärt verschiedentlich „bestimmte Formen des Eigentumsvorbehalts“ können unwirksam im Sinn von § 9 AGB-Gesetz sein. Förderlich und einer sachlichen Auseinandersetzung dienlich wäre es daher gewesen, hätte Thamm im einzelnen dargelegt, welche Eigentumsvorbehaltsklauseln von ihm nach den Bestimmungen des AGB-Gesetzes zu beanstanden sind; ein lediglich pauschaler Hinweis, daß dies „im Einzelfall“<sup>24</sup> so sein könne, überzeugt wenig, zumal er selbst ausführt: „Bei der Diskussion der Erweiterungsform des Eigentumsvorbehalts muß je-

weils sehr genau festgestellt werden, welche Klauseln im Einzelfall wirklich gemeint sind“<sup>25</sup>. An der Stelle, an der Thamm aufgrund pauschaler Erwägungen und unter nicht ausreichender Berücksichtigung der von mir vorgenommenen Klauseldifferenzierungen seine Überlegungen abbricht, hätte die Diskussion beginnen müssen, zumal sich Thamm schon an anderer Stelle ihr entzogen hat, indem er die Bestimmungen des AGB-Gesetzes schlechthin bei der Erörterung von Eigentumsvorbehaltsklauseln für unanwendbar erklärt hat<sup>26</sup> – ein Ergebnis, das auch von der neuesten BGH-Entscheidung kaum gedeckt sein dürfte<sup>27</sup>.

<sup>20</sup> Unabhängig von allen ebenfalls vorhandenen Auslegungskriterien stellt der BGH fest: „Ein Bedürfnis, die Beklagte auch wegen Ansprüchen aus später abgeschlossenen Kaufverträgen zu sichern, besteht um so weniger, als sie an dem später verkauften Kraftfahrzeug ebenfalls das Eigentum bis zur vollständigen Abdeckung aller aus dem Kaufvertrage entstandenen Verbindlichkeiten sich vorbehält“; dies übersieht allerdings Thamm, Der Eigentumsvorbehalt im deutschen Recht, 4. Aufl. 1977, S. 43 f.

<sup>21</sup> Löwe Graf von Westphalen Trinkner, § 24 Anm. 14 f.

<sup>22</sup> So ausdrücklich Brandner, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Anm. 78.

<sup>23</sup> Ebenda. Thamm selbst erklärt allerdings an anderer Stelle, es komme darauf an, für jeden einzelnen Wirtschaftszweig zu ermitteln, inwieweit Eigentumsvorbehaltsklauseln als Handelsbrauch gemäß § 346 HGB in Betracht kommen, zumal es einen diesbezüglichen generellen Handelsbrauch nicht gibt (Der Eigentumsvorbehalt im deutschen Recht, S. 13 ff.). Doch auch in diesem Zusammenhang beziehen sich die von Thamm referierten Urteile in erster Linie auf den verlängerten Eigentumsvorbehalt, der jedoch nicht Gegenstand der hier ausgetragenen Kontroverse ist.

<sup>24</sup> Thamm, BB 1978 S. 21.

<sup>25</sup> Thamm, BB 1978 S. 20.

<sup>26</sup> Der Eigentumsvorbehalt im deutschen Recht, S. 18, obwohl Thamm auch hier nur ganz generell von Bedenken „gegen den Eigentumsvorbehalt“ spricht. Dabei trägt allerdings die Berufung auf Palandt/Heinrichs, 36. Aufl., § 9 AGB-Gesetz Anm. 7, nicht, weil Heinrichs zunächst (Anm. 5) feststellt, daß nicht mehr § 138 BGB als Wertungsmaßstab, sondern § 9 AGB-Gesetz in bezug auf Sicherungsklauseln heranzuziehen ist und dann (Anm. 7) feststellt, wegen des neuen Beurteilungsmaßstabs gemäß § 9 AGB-Gesetz sei zu prüfen, „ob die bisherige, in der Erweiterung und Ausgestaltung dieses Sicherungsmittels (Eigentumsvorbehalt) großzügige Praxis in vollem Umfang aufrechterhalten werden kann“. Diese Auffassung hat nunmehr Heinrichs in der neuesten Auflage des Palandt unter Hinweis auf die von mir vertretene Auffassung konkretisiert (Palandt/Heinrichs, § 9 Anm. 7).

<sup>27</sup> BGH, 23. 11. 1977, BB 1978 S. 18.