

DEUTSCHE ZEITSCHRIFT FÜR

WIRTSCHAFTS- UND INSOLVENZRECHT

Herausgeber: Hermann-Wilfried Bayer, Wilhelm Bichlmeier, Rainer Funke, Reinfrid Fischer, Volker Grub, Norbert Horn, Hartmut Oetker, Dieter Reuter, Rolf A. Schütze, Stefan Smid, Harm Peter Westermann

Korrespondierender Beirat: Rainer M. Bähr, Christian Graf Brockdorff, Peter Depré, Norbert Fehl, Volkhard Frenzel, Ottmar Hermann, Klaus Hubert Görg, Horst M. Johlke, Wulf-Gerd Joneleit, Harro Mohrbutter, Peter Mohrbutter, Hans-Jürgen Papier, Horst Piepenburg, Michael Pluta, Rolf Rattunde, Harald Schliemann, Ulrich Weisemann, Tobias Wellensiek, Frank M. Welsch, Wilhelm Wessel, Klaus Wimmer, Mark Zeuner

Schriftleitung: Michael Schmidt

AUFsätze

Christoph Becker*

Die zur Sicherheit abgetretene Forderung in der Insolvenz des Zedenten

– Zugleich Besprechung der Urteile des BGH vom 23. 4. 2009 – IX ZR 19/08 und IX ZR 65/08**

I. Kreditsicherung: Steigerung der Befriedigungsaussicht

Mit Kreditsicherungsgeschäften versuchen Gläubiger, die Aussicht auf Befriedigung ihrer Ansprüche zu erhöhen. Eine solche Steigerung kann sich quantitativ danach bestimmen, wie weitreichend die Schuld mutmaßlich gedeckt sein wird. Die Steigerung kann sich aber auch qualitativ aus bequemerem, rascherem, kostengünstigerem, mehr selbstbestimmtem Ablauf der Befriedigung ergeben.

Kreditsicherung beginnt bereits mit geschickter Anordnung der Leistungszeitpunkte. Je nach Verhandlungsgewicht gelingt es dem Gläubiger aber auch, zusätzliche Haftungsmassen im Ganzen seinem Zugriff zu eröffnen (Personalsicherheit) oder einzelne Haftungsobjekte (des Schuldners oder eines anderen Sicherungsgebers) für sich zu reservieren (Sachsicherheit). Im günstigsten Fall bleiben die Haftungsmassen oder die Haftungsobjekte unangetastet, weil der Schuldner seine Verpflichtung freiwillig aus seinen vorhandenen Kräften begleicht. Im Falle einer Störung hingegen muss das Kreditsicherungsgeschäft seine Wirksamkeit beweisen. Die Störung kann unmittelbar in Nichtbedienung der besicherten und fällig gewordenen Schuld bestehen. Eine Störung ist es aber auch, wenn die besicherte Schuld noch nicht fällig wurde, somit der Gläubiger bislang keine Pflichtverletzung erlitt, aber der Schuldner in Konkurs fällt und der Gläubiger zum Insolvenzgläubiger wird (§ 38 InsO), welcher als solcher keine vollständige Erfüllung mehr erwarten darf. Auch kann es sein, dass eben die besicherte Schuld bei Prüfung von Überschuldung (§ 19 InsO) oder (wenn bereits fällig) von Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) das

Insolvenzverfahren mit auslöst, vielleicht sogar auf Eröffnungsantrag des gesicherten Gläubigers (§ 13 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Fall 1 InsO). Insbesondere im Insolvenzverfahren zeigt sich nun der Grad an Steigerung von Befriedigungsaussicht aus der Vorsorge.

II. Separatverwertung zedierter Forderungen nach Insolvenz des Sicherungsgebers

1. Sonderstellung der Forderungen in der Insolvenzmasse zugunsten des Sicherungsnehmers

Sicherungsübertragungen sind im Konkurs des Schuldners aus Gläubigersicht günstige Instrumente. Gab ein Dritter die Sicherheit, vermag der Gläubiger als Sicherungsnehmer ungehindert die Befriedigung aus dem Gut zu suchen. Das Sicherungsgut ist, da schuldnerfremdem Vermögen entstammend, vom Konkursbeschlagnicht betroffen. Gab der Schuldner selbst die Sicherheit, zählt das Sicherungsgut zwar zur Insolvenzmasse (§ 35 InsO), weil es trotz der Sicherungsübertragung an den Gläubiger noch als der Masse zugehörig angesehen wird. Denn aus der Masse ausgegliedert und daher gemäß § 47 InsO auszusondern wäre nur die ohne schuldrechtliche Beschränkung abgetretene Forderung¹ oder die unbeschränkt übereignete Sache. Der die Forderung (oder einen näher be-

* Prof. Dr. iur., Universität Augsburg.

** DZWIR 2010, 149 und 150 (jeweils in diesem Heft).

¹ Betont von BGH, Urt. v. 23. 4. 2009 – IX ZR 65/08, Tz. 20, DZWIR 2010, 150 (in diesem Heft).

schriebenen Bestand an Forderungen) oder die Sache (oder einen näher beschriebenen Bestand an Sachen) zur Sicherheit² empfangende Gläubiger hingegen ist lediglich ein (eigennützig)er Treuhänder. Seinem Vermögen ist der Gegenstand nicht für eine Aussonderung hinreichend eng zugeordnet. Aber er genießt immerhin eine abgesonderte Befriedigung aus den zur Sicherheit übereigneten Sachen (§ 51 Nr. 1 Fall 1 InsO) oder abgetretenen Rechten (§ 51 Nr. 1 Fall 2 InsO). Quantitativ erweisen sich damit die Sicherungsübereignung und die Sicherungsabtretung als wirkungsvoll. Außer Betracht soll hierbei das Risiko einer Anfechtbarkeit des Sicherungsgeschäfts oder eines »Werthaltigmachens« sicherungszedierter Forderungen³ gemäß §§ 129 ff. InsO bleiben.

2. Hemmnisse zu Lasten des Sicherungsnehmers

In qualitativer Hinsicht hingegen fällt das Lob schwächer aus. Abgesonderte Befriedigung aus sicherungsübertragenen Mobilien fällt – anders als der Zugriff auf Sicherungsgut ohne Insolvenzverfahren – grundsätzlich nicht in die Regie des Gläubigers, sondern in die Kompetenz des Insolvenzverwalters (§§ 159, 166 Abs. 1, Abs. 2 InsO). Ausnahmen bilden das sog. Kleinverfahren (§ 313 Abs. 3 InsO) und, auf rechtspolitischen Druck der Banken, gewisse Sicherungszessionen im Finanzgewerbe (§ 166 Abs. 3 InsO). Diese Ausnahmen rekonstruieren die frühere weitgehende Verwertungsautonomie des Sicherungsnehmers unter Geltung der Konkursordnung⁴. Auf die grundsätzliche Verdrängung des Sicherungsnehmers aus der Verwertungsregie nach § 166 Abs. 1, Abs. 2 InsO haben Absprachen zwischen Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber über die Verteilung der Aufgaben bei der Forderungspflege einschließlich der Einziehung keinen Einfluss. Gleichviel, ob der Zessionar den Zedenten zur Einziehung ermächtigte (§ 185 Abs. 1 BGB analog) oder nicht, weist mit Verfahrenseröffnung § 166 Abs. 2 InsO dem Verwalter die Einziehung zu⁵.

Zu dieser Verdrängung treten als weitere den Gläubiger belastende Hemmnisse die dem Insolvenzverwalter mögliche Verzögerung (siehe § 169 InsO) und Abnutzung (siehe § 172 InsO). Schon während des Eröffnungsverfahrens kann der Sicherungsnehmer mit vorläufigen Maßnahmen an der Haftungsverwirklichung gehindert werden (§ 21 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 5 InsO) – und zwar (jenseits der Entkräftung zugunsten des Finanzgewerbes in § 21 Abs. 2 Satz 2 InsO) selbst dann, wenn im eröffneten Verfahren die Verwertungskompetenz gar nicht beim Verwalter zu liegen käme.

Als zumindest theoretisch problematisch erweist sich auch die prinzipiell vorfällige Abrechnung von Insolvenzforderungen (§ 41 Abs. 1 InsO). Bezieht sich nun das Absonderungsrecht auf eine Insolvenzforderung, so führt die Sicherungsabrede nicht notwendig, sondern nur bei entsprechender Vorkehrung zu einem Gleichlauf des Befriedigungsrechts⁶. Praktisch freilich ist bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens meistens ohnehin die reguläre Verwertungsreife schon gegeben, indem die gesicherte Schuld längst fällig wurde. Bezieht sich das Absonderungsrecht nicht auf eine gegen den Insolvenzschuldner, sondern gegen einen Dritten gerichtete Forderung, stellt sich die Frage der Vorfälligkeit nach § 41 Abs. 1 InsO ohnehin nicht⁷. Von einem gleichwohl durch ihn nach §§ 159, 166 InsO schon erzielten Verwertungserlös hält der Insolvenzverwalter denjenigen Teil zurück, welchen er möglicherweise später bei

Verwertungsreife dem Gläubiger auszukehren hat. Schließlich schmälern auch Kostenabzüge einschließlich Umsatzsteuerbelastung (§§ 170 f. InsO) die Deckungskraft der Sicherheit.

III. Wirksamkeit verdeckter oder offener Sicherungszession

Die Wirksamkeit einer Zession hängt – anders als gemäß § 1280 BGB eine Forderungsverpfändung – nicht davon ab, ob dem Drittschuldner die Abtretung kundgetan wird. Zedent oder Zessionar befinden frei darüber, ob die Zession offengelegt wird oder diskret bleibt. Verschweigen beide die Zession, genießt freilich der Drittschuldner den Schutz des § 407 BGB. Solange er nicht vom Wechsel der Forderungsinhaberschaft erfährt, darf er den ursprünglichen Gläubiger für den rechten Adressaten halten. Insbesondere kann er gemäß § 362 Abs. 1 BGB befreiend an ihn leisten. Diese Entlastung des Drittschuldners gilt unabhängig vom Konkurs. Der Drittschuldner ist sowohl bei unwissender Leistung an den Zedenten vor der Eröffnung geschützt als auch bei Leistung zur Masse (an den Insolvenzverwalter) nach Eröffnung.

Diese Regeln gelten auch für die Sicherungszession. Sie besteht ebenfalls unabhängig davon, ob der Drittschuldner von ihr erfährt oder nicht. Auch sie ist mit dem Schutz des unwissenden an den Zedenten Leistenden gemäß § 407 BGB verknüpft. Und auch für sie gilt im Grundsatz, dass die unwissende Leistung an den Insolvenzverwalter als gemäß § 80 Abs. 1 InsO an die Stelle des Schuldners Treten befreit. Allerdings tritt bei der Sicherungszession die besondere Ordnung der Verwertungskompetenz hinzu und überlagert im Einzelfall die bürgerlich-rechtliche Beurteilung:

IV. Verwertung sicherungszedierter Forderung im Konkurs des Zedenten

Die oben⁸ schon erwähnte alleinige Verwertungsbefugnis nach § 166 Abs. 2 InsO hat im Konkurs des Sicherungsgebers (Zedenten) der Insolvenzverwalter nach herrschender Meinung unabhängig davon, ob dem Drittschuldner die Sicherungszession bekannt ist oder nicht. Der Verfasser vertritt hiergegen die Auffassung, dass wie bei der Forderungsverpfändung die Verwalterkompetenz entfällt, wenn die Zession dem Drittschuldner bekannt ist; er spricht in diesem Falle die Verwertungskompetenz dem Sicherungsnehmer (Absonderungsgläubiger)

² Nicht selten unter Abgrenzungsschwierigkeiten im Sicherheitenumfang oder im Sicherungszweck; siehe zum Letzteren BGH, Urt. v. 18. 11. 2008 – XI ZR 590/07, DZWIR 2008, 192 ff.

³ Dazu *Cranshaw*, Weitere Entwicklungslinien in der aktuellen Rechtsprechung des BGH zur Globalzession, DZWIR 2008, 397 ff.

⁴ Zur Entwicklung von § 166 Abs. 2 InsO als Gegenmodell zu §§ 4, 127 KO siehe *Ch. Berger*, Die Einziehung zur Sicherheit abgetretener Forderungen nach § 166 Abs. 2 InsO durch den Insolvenzverwalter, in: *Haftung und Insolvenz*, in: FS Gero Fischer, 2008, S. 1 ff.

⁵ BGH, Urt. v. 23. 4. 2009 – IX ZR 19/08, Tz. 10, DZWIR 2010, 149 (in diesem Heft).

⁶ Siehe *Becker*, *Insolvenzrecht*, 2. Aufl. 2008, Rdn. 1231 f.

⁷ *Becker*, *Insolvenzrecht*, aaO (Fn. 6), Rdn. 1233.

⁸ Siehe oben zu II.

zu⁹. Der Bundesgerichtshof schloss sich indessen dieser Auffassung nicht an und sieht als Teil der herrschenden Meinung den Verwalter mit dem uneingeschränkten Wortlaut von § 166 Abs. 2 InsO stets verwertungsbefugt – mit und ohne Kenntnis des Drittschuldners¹⁰, außerdem gefeit gegen abweichende Vereinbarungen zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer mit dem Inhalt ausschließlicher Zuständigkeit des Sicherungsnehmers¹¹. Die Annahme uneingeschränkter Geltung von § 166 Abs. 2 InsO vermeidet vordergründig Streit um die Kompetenz des Verwalters und gewährleistet gleichmäßige Kostenbeteiligung des Absonderungsgläubigers nach §§ 170, 171 InsO. Sowohl die materielle Berechtigung an der Forderung als auch die Verwertungszuständigkeit liegen damit ohne Rücksicht auf die Kenntnis immer gleich – unabhängig vom Kenntnisstand des Sicherungsnehmers.

Bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat der Sicherungsnehmer die Forderung inne und mit ihr auch das Verwertungsrecht. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beraubt ihn der Verwertungszuständigkeit zugunsten des Verwalters, mag auch der Drittschuldner die Zession, ihren Sicherungszweck oder die Eröffnung noch nicht kennen. Die Frage nach gemäß § 407 Abs. 1 BGB befreiender Wirkung einer Leistung des von der Zession nicht wissenden Drittschuldners an den Insolvenzverwalter stellt sich in den Fällen des § 166 Abs. 2 InsO nicht. Der Mangel an Forderungsinhaberschaft wird stets ausgeglichen durch die von der Forderungsinhaberschaft abgelöste gesetzliche Einziehungsermächtigung des Verwalters. Letztlich leistet der Drittschuldner an die Masse als zwar falsche, aber mit Empfangszuständigkeit ausgestattete Adresse. Gleichgültig ist, ob der Drittschuldner sich dieses Zusammenhangs bewusst ist oder nicht. Das Problem gutgläubiger (von der Zession nicht wissender) Leistung an den Insolvenzverwalter beschränkt sich auf diejenigen Fälle, in welchen das Gesetz die Verwertungskompetenz dem Sicherungsgläubiger belässt (§§ 166 Abs. 3, 313 Abs. 3 InsO).

V. Leistung des Drittschuldners an den Sicherungszessionar oder an den insolventen Schuldner

Die klare Haltung der herrschenden Meinung zur Verwalterkompetenz nach § 166 Abs. 2 InsO zieht freilich die Sorge nach sich, ob der Drittschuldner gemäß § 362 Abs. 1 BGB durch Erfüllung frei werde, wenn er nicht an den Insolvenzverwalter leistet, sondern an den die Zession aufdeckenden Sicherungsnehmer. Dieser Fall ist nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt.

Zwar beschäftigt sich § 82 Satz 1 InsO mit gutgläubiger Leistung an einen wegen Konkurseröffnung nicht mehr Empfangsbefugten. Dort geht es aber um die nichtwissende Leistung an den Insolventen. § 82 Satz 1 InsO bewahrt den unwissenden Drittschuldner vor den Folgen, die der Verlust der Empfangszuständigkeit des Schuldners nach § 80 Abs. 1 InsO eigentlich nach sich zöge. § 82 Satz 1 InsO ist auf der insolvenzrechtlichen Ebene der Empfangszuständigkeit eine Parallele zu § 407 Abs. 1 BGB auf der bürgerlich-rechtlichen Ebene der Forderungsinhaberschaft. Beide Vorschriften überdecken einen Mangel. Nicht betrifft § 82 Satz 1 InsO die Leistung an eine Person, der der Schuldner vor dem Verfahren die Gläubiger-

stellung weitergegeben hatte. Eigentlich bedürfte es auch keiner schützenden Regelung, denn der Drittschuldner leistet an den wahren Inhaber. Darin liegt kein Fehler.

VI. Schutz des irrig an den Sicherungszessionar leistenden Drittschuldners

1. Gesamtanalogie zu §§ 407 f., 412 BGB, 82 InsO

Allein der von § 166 Abs. 2 InsO bewirkte Verlust der Empfangszuständigkeit des Sicherungszessionars macht die Leistung des Drittschuldners an den Sicherungszessionar fehlerhaft und weckt das Schutzbedürfnis. In dieser Situation liegt es am nächsten, die in §§ 407 Abs. 1, 408 Abs. 2 Fall 1 BGB, 82 Satz 1 InsO erkennbare Parallelität von bürgerlichem Recht und Verfahrensrecht fortzuschreiben und auch den nichtwissenden Drittschuldner zu schützen, der an den Zessionar leistet¹². Deswegen ist dem Bundesgerichtshof beizupflichten¹³, wenn er eine Gesamtanalogie zu §§ 407 Abs. 1, 408, 412 BGB und 82 Satz 1 InsO herstellt¹⁴. Der nichtwissend an den Sicherungszessionar leistende Drittschuldner wird von seiner Verpflichtung gemäß § 362 Abs. 1 BGB frei, weil ihm der verfahrensrechtliche Missgriff nachzusehen ist. Die Befreiungswirkung ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung von §§ 407 Abs. 1 BGB, 82 Satz 1 InsO. Den Analogieschritt überhaupt zu wagen, erleichtern zusätzlich Vergleiche mit den auf § 407 verweisenden Tatbeständen der §§ 408 und 412 BGB: Die gesetzliche Einziehungsermächtigung für den Insolvenzverwalter aus § 166 Abs. 2 InsO hat nach Herkunft und Wirkung für den Drittschuldner Ähnlichkeit mit einer Legalzession, wofür gemäß § 412 BGB die Schutzregelung des § 407 BGB ebenso gilt wie bei rechtsgeschäftlicher Abtretung. Und es ist die Zuweisung der Verwertungskompetenz gemäß § 166 Abs. 2

⁹ Nerlich/Römermann/Becker, InsO, Loseblatt, Stand: März 2009, § 166 Rdn. 40. Ebenso Mitlehner, Verwertung sicherungszedierter Forderungen durch den Insolvenzverwalter, ZIP 2001, 677, 679 f.; Weis, Kostenpauschalen für die Insolvenzmasse bei Verwertung von Lebensversicherungen, ZInsO 2002, 170, 175 f.; HK-InsO/Landfermann, 5. Aufl., § 166 Rdn. 28 f., mit dem Vorschlag einer Umdeutung offengelegter Sicherungszession in Forderungsverpfändung. Siehe auch OLG Hamm, Urt. v. 20. 9. 2001 – 27 U 54/01, NZI 2002, 50, 51, das Verwertungsrecht dem Sicherungszessionar zuordnend, wenn Einziehung durch den Verwalter unzumutbar ist und deshalb nicht dem Sinn von § 166 Abs. 2 InsO entspricht.

¹⁰ BGH, Urt. v. 11. 7. 2002 – IX ZR 262/01, NJW 2002, 3475 ff. Bekräftigt in BGH, Urt. v. 23. 4. 2009 – IX ZR 65/08, Tz. 13, DZWIR 2010, 150, 151 (in diesem Heft). Stimmen für ungeteiltes Verwalter-Verwertungsrecht aus der Literatur sind beispielsweise Ch. Berger, aaO (Fn. 4), S. 3 ff.; Braun/Dithmar, InsO, 3. Aufl. 2007, § 166 Rdn. 12; Kübler/Prütting/Flöther, InsO, Loseblatt, Bd. II, Stand: September 2009, § 166 Rdn. 14; Häcker, Abgesonderte Befriedigung aus Rechten, 2001, Rdn. 219 f.; Hess, Insolvenzrecht. Großkommentar, Bd. II, 2007, § 166 Rdn. 33; MK-InsO/Lwoowski/Tetzlaff, Bd. 2, 2. Aufl. 2008, § 166 Rdn. 45, dem an Selbstverwertung interessierten Gläubiger Verpfändung empfehlend; Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. 2003, § 166 Rdn. 13; jeweils m. w. N.

¹¹ BGH, Beschl. v. 24. 3. 2009 – IX ZR 112/08, DZWIR 2009, 348.

¹² Nerlich/Römermann/Becker, aaO (Fn. 9), § 166 Rdn. 10, 42; Ch. Berger, aaO (Fn. 4), S. 7, mit Bevorzugung von § 82 InsO wegen Beweisbelastung des Drittschuldners.

¹³ Ablehnend Gundlach/Frenzel, Anm. zu BGH, Urt. v. 23. 4. 2009 – IX ZR 65/08 (DZWIR 2010, 150), NJW 2009, 2306, mit der Ansicht, der engefasste Schutz des § 82 InsO verträge keine Ausweitung.

¹⁴ Siehe BGH, Urt. v. 23. 4. 2009 – IX ZR 65/08, Tz. 20 ff., DZWIR 2010, 150, 152 (in diesem Heft); bekräftigt BGH, Urt. v. 23. 4. 2009 – IX ZR 19/08, Tz. 18, DZWIR 2010, 149, 150 (in diesem Heft). Der Verweis auf einen Abs. 1 innerhalb des § 82 InsO ist nur redaktionelles Versehen.

BGB als zweite Zuständigkeitsänderung nach der Sicherungsabtretung außerdem mehrfacher Abtretung oder gerichtlicher Überweisung (§ 835 ZPO) ähnlich, wofür gemäß § 408 Abs. 1 oder Abs. 2 Fall 1 BGB den Schutz des § 407 BGB anordnen. Ist hiernach die Leistung des Drittschuldners an den Absonderungsgläubiger wirksame Erfüllung der zedierten Forderung, ergibt sich zugunsten der Insolvenzmasse für den Verwalter ein Ausgleichsanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach § 816 Abs. 2 BGB.

2. Schutzbedürftige Unkenntnis des leistenden Drittschuldners

Das den Schutz für den Drittschuldner auslösende Merkmal Nichtwissen bedeutet hier nicht, dass der Drittschuldner die Abtretung verkennt. Vielmehr ist Kenntnis von der Abtretung der regelmäßige Ausgangspunkt. Denn sie veranlasst den Drittschuldner, an den Zessionar zu leisten. Hätte er die Kenntnis nicht, wäre allenfalls eine separat vom Schuldner dem Sicherungsnehmer erteilte und dem Drittschuldner mitgeteilte Einziehungsermächtigung analog zu § 185 Abs. 1 BGB oder eine vom Schuldner dem Drittschuldner erteilte Weisung zur Leistung an den Sicherungsnehmer als einen Dritten im Sinne von § 362 Abs. 2 BGB Erklärung für eine Adressierung an den Sicherungsnehmer.

Schutzbedürftige Unkenntnis bedeutet hier, dass der Drittschuldner keine Kenntnis von den Umständen hat, woraus sich das exklusive Einziehungsrecht des Insolvenzverwalters herleitet¹⁵. Der Schuldner weiß also nicht von der Sicherungsfunktion der Abtretung, mag er auch die Konkursöffnung kennen¹⁶. Oder er weiß nicht von der Verfahrenseröffnung¹⁷. Oder er weiß nicht davon, dass es sich um ein Normalverfahren handelt, sondern stellt sich die Situation eines Kleinverfahrens vor¹⁸. Kein schützenswertes Unwissen ist es hingegen, wenn der Drittschuldner sowohl die Sicherungsfunktion der Abtretung als auch die Verfahrenseröffnung kennt und sich überdies kein Kleinverfahren vorstellt, sondern schlicht nicht auf den Gedanken kommt, dass im Konkurs der Insolvenzverwalter den Sicherungsnehmer aus der Verwertungsbefugnis verdrängt. Das Gesetz schützt den Zedenten stets nur bei Fehlvorstellungen zu den tatbestandserheblichen Umständen, nicht bei abweichender rechtlicher Würdigung richtig erkannter Umstände.

VII. Beweislast betreffend Unkenntnis

Die Beweislast verteilt der Bundesgerichtshof je nach dem Umstand, den der Drittschuldner verkannte. Er lehnt sich dabei jeweils an diejenige aus dem Kreis der in der Gesamtanalogie herangezogenen Regelungen, welche in ihrem Tatbestand dem an den fraglichen Umstand am nächsten steht. Das ist gleichfalls zu befürworten. Geht es um Unkenntnis von der Konkursöffnung, ist bei Leistung vor öffentlicher Bekanntmachung der Eröffnung (§ 30 Abs. 1 Satz 1 InsO) der Insolvenzverwalter beweislaster, bei Leistung nach der Bekanntmachung hingegen der Drittschuldner¹⁹ – so wie sich in unmittelbarer Anwendung von § 82 InsO anhand der Vermutungsregelung des Satzes 2 Beweisbelastung des Verwalters bei Leistung vor Bekanntmachung ergibt und danach gemäß den allgemeinen

Regeln Beweisbelastung des Drittschuldners²⁰. Geht es um Unkenntnis von dem die Einziehungsermächtigung des Insolvenzverwalters auslösenden Sicherungszweck der Zession, steht dies näher an der Unkenntnis von einer Zession oder von einer gerichtlichen Überweisung. Die Beweislast liegt daher wie in den direkten Anwendungsfällen von §§ 407 Abs. 1, 408, 412 BGB beim Übergangenen. Das ist hier der Insolvenzverwalter; er muss dem Leistenden Kenntnis nachweisen, um ihm die Erfüllungswirkung zu nehmen²¹. Dasselbe wird über die Unkenntnis von den Umständen zu sagen sein, aus denen sich die Einstufung des Insolvenzverfahrens als Regelverfahren ergibt. Die Einstufung als Regelverfahren oder als Kleinverfahren ist ein zu dem Sicherungszweck der Zession hinzutretendes weiteres abgrenzendes Element in der Kompetenzverteilung zwischen Absonderungsgläubiger und Verwalter. Der Insolvenzverwalter muss daher dem Drittschuldner nachweisen, dass er bei seiner Leistung die Umstände kannte, welche den Konkurs aus der Ebene des Kleinverfahrens in die Ebene des Regelverfahrens emporheben.

VIII. Keine befreiende Leistung an den Sicherungszessionar bei Kenntnis der Verwalterzuständigkeit

Kennt der Drittschuldner die Umstände, aus denen sich die Zuständigkeit des Insolvenzverwalters für die Verwertung der gegen ihn gerichteten und sicherungshalber abgetretenen Forderung ergibt, befreit seine Leistung an den Sicherungsnehmer ihn nicht. Es bleibt dann bei der mit der Verfahrenseröffnung bewirkten Trennung von Inhaberschaft kraft Sicherungszession einerseits und gesetzlicher Einziehungsermächtigung an den Verwalter nach § 166 Abs. 2 InsO andererseits. Der Drittschuldner trägt das Risiko, dass der Insolvenzverwalter seine Leistung an den Sicherungsnehmer nicht als Erfüllung anerkennt. Der Sicherungsnehmer ist der Gewalt beraubt, die Forderung geltend zu machen. Er kann zwar als ihr derzeitiger Inhaber trotz des Insolvenzverfahrens die Forderung noch wei-

¹⁵ BGH, Urt. v. 23. 4. 2009 – IX ZR 65/08, Tz. 20, DZWIR 2010, 150, 152 (in diesem Heft); BGH, Urt. v. 23. 4. 2009 – IX ZR 19/08, Tz. 18, DZWIR 2010, 150, 151 (in diesem Heft).

¹⁶ BGH, Urt. v. 23. 4. 2009 – IX ZR 65/08, Tz. 21, DZWIR 2010, 150, 152 (in diesem Heft).

¹⁷ Diese Unkenntnis setzt als geschützt BGH, Urt. v. 23. 4. 2009 – IX ZR 19/08, Tz. 22, DZWIR 2010, 150, 152 (in diesem Heft), bei den Ausführungen zur Beweislastverteilung voraus.

¹⁸ Dieser Fall nicht ausdrücklich von BGH, Urt. v. 23. 4. 2009 – IX ZR 65/08, DZWIR 2010, 150 (in diesem Heft), erwähnt.

¹⁹ BGH, Urt. v. 23. 4. 2009 – IX ZR 65/08, Tz. 22, DZWIR 2010, 150, 152 (in diesem Heft). *Ch. Berger*, aaO (Fn. 4), S. 7, spricht sich mit Bevorzugung von § 82 InsO als alleiniger Analogiegrundlage für Belastung des Verwalters oder Drittschuldners je nach dem Leistungszeitpunkt wegen aller Beweispunkte aus.

²⁰ Zur Beweisbelastung des gemäß § 82 InsO an den Schuldner leistenden Drittschuldners siehe Nerlich/Römermann/Witkowski, aaO (Fn. 9), § 82 Rdn. 18 f.

²¹ BGH, Urt. v. 23. 4. 2009 – IX ZR 65/08, Tz. 22, DZWIR 2010, 150, 152 (in diesem Heft). Zur Beweisbelastung des wahren Gläubigers in den Fällen der §§ 407 Abs. 1, 408 BGB siehe *Grüneberg*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, BGB, Schuldrecht AT, 3. Aufl. 2008, § 407 BGB Rdn. 1, § 408 BGB Rdn. 1.

terübertragen²². Daran würde ihn nur eine mit dem Drittschuldner getroffene Vereinbarung der Unabtretbarkeit im Sinne von § 399 Fall 2 BGB hindern. Sollte der Sicherungsnehmer mit Weitergabe der Forderung den mit dem Schuldner geschlossenen Sicherungsvertrag verletzen, so würde das der Abtretung die Wirksamkeit nicht nehmen. Aber ebensowenig wie der weiterzedierende Sicherungsnehmer könnte der zweite Zessionar die Forderung entgegen § 166 Abs. 2 InsO einziehen. Die insolvenzverfahrensrechtliche Fesselung der Forderung hinsichtlich ihrer Durchsetzung ist unabstreifbar. Guter Glaube helfe dem zweiten Erwerber nicht.

Wenn aber die Forderung für keinen Inhaber mehr durchsetzbar ist, verliert die Grundregel ihren Sinn, dass eine Forderung bei Zession an den Schuldner wegen Vereinigung von Gläubiger- und Schuldnerstellung (Konfusion) zu bestehen aufhört²³. Gegen sich selbst kann in der Tat niemand vorgehen. Wo eine Forderung besteht, muss auch eine Leistungsklage möglich sein. Identität von Kläger und Beklagtem gibt es jedoch nicht. Nimmt man aber von der Forderung die Durchsetzung ab, verbleibt dem Inhaber ein verfügbarer Gegenstand, der einer Sache in der Hand eines Eigentümers ähnelt, welcher einem anderen den Nießbrauch (§ 1030 Abs. 1 BGB) einräumte und sich damit selbst von der Nutzung ausschloss. Diesen durchsetzungsentkleideten Gegenstand nun dem Drittschuld-

ner selbst in die Hand zu geben, nötigt nicht zur Annahme des Erlöschens. Dem Bundesgerichtshof ist zuzustimmen, wenn er Konfusion bei Weiterabtretung der sicherungsbedingten Forderung an den Drittschuldner nach Konkurseröffnung, das heißt nach Übergang der Einziehungsmacht auf den Insolvenzverwalter verneint²⁴. Der Drittschuldner kann die Forderung an sich nehmen und sie als fortexistierend nach seinem Belieben seinerseits weitergeben oder behalten. Insoweit nähert die Sicherungsabtretung sich der Forderungsverpfändung (§ 1273 Abs. 1 BGB) an. Sie kann zum Pfandgläubiger ohne Konfusion auch den Schuldner der zum Pfande abgetretenen Forderung machen; das nutzen die Banken und Sparkassen in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen und sehen für sich Pfandrechte an gegen sie selbst gerichtete Forderungen des Kunden vor.

22 BGH, Urt. v. 23. 4. 2009 – IX ZR 19/08, Tz. 13 f., DZWIR 2010, 149 (in diesem Heft).

23 Zur Konfusion siehe BGH, Urt. v. 23. 4. 2009 – IX ZR 19/08, Tz. 19, DZWIR 2010, 149, 150 (in diesem Heft); Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, Rdn. 311, 344.

24 BGH, Urt. v. 23. 4. 2009 – IX ZR 19/08, Tz. 16 ff., DZWIR 2010, 149 f. (in diesem Heft).