



„Rehabilitation der revolvierenden Sicherheit“ oder „Das Warten hat ein Ende“

Es dürfte unbestritten sein, dass wir schon lange nicht mehr nur in einer industriell und technologisch geprägten Dienstleistungsgesellschaft leben: Das Informationszeitalter hat uns vollkommen eingeholt. Wir sind süchtig nach Einzelheiten, seien sie nun wichtig, wie der durchs Nachtsichtgerät in grün gehaltene nächtliche Einschlag einer amerikanischen Patriot-Rakete auf CNN, sei es die für die Allgemeinheit vielleicht weniger wichtige misslungene Brust-OP im Nachmittagsprogramm des Privatfernsehens. Immer muss man alles als Erster, in Farbe und Stereo, gestochen scharf und möglichst noch mit HD-Auflösung mitbekommen.

Ein besonders gutes Beispiel hierfür ist die Entscheidung des *BGH* vom 29. 11. 2007 (NZI 2008, 89 [in diesem Heft]) zum Umfang der Anfechtbarkeit des Entstehens sowie der Werthaltigmachung von Forderungen im Rahmen einer Globalzession. Wäre nicht eine Entscheidung des *OLG Karlsruhe* mit viel Wirbel durch die Fachpresse gegangen (NZI 2006, 103), in welcher das Gericht das Entstehen einer Forderung im kritischen Zeitraum als inkongruente Deckung ansah und damit die Bankenwelt in leichtes Wanken versetzt hatte, kaum jemand hätte Notiz von der soeben erwähnten *BGH*-Entscheidung genommen, geschweige denn wäre diese in die Amtliche Sammlung aufgenommen worden. Schließlich gibt sie doch nur die vor der Entscheidung des *OLG Karlsruhe* bereits absolut herrschende Meinung in der Literatur und diejenige des *BGH* – wenn auch von diesem bisher in dieser Deutlichkeit unausgesprochen – wider. Da wir aber alle die *OLG*-Rechtsprechung kennen und diese besprochen, analysiert, hinterfragt und in Großaufnahme betrachtet wurde, Aufsätze darüber geschrieben, Vorträge gehalten und dabei unter anderem tiefgehende volkswirtschaftliche Überlegungen angestellt wurden, artete schon die mündliche Verhandlung des *IX. Senats* des *BGH* vom

29. 11. 2007 zu einem für dieses Gericht seltenen Medienereignis aus.

Aber nicht nur das: Die insolvenzrechtliche Fachöffentlichkeit wurde nach der Verhandlung noch auf eine lange Folterbank gespannt. Eine Pressemeldung, die im Grunde bereits (aus Bankensicht) „Entwarnung“ bzw. (aus Verwaltersicht) „Enttäuschung“ signalisierte, war schon am Nachmittag des Tages der mündlichen Verhandlung verfügbar. Aber was war mit den Einzelheiten? Wo hatte der *IX. Senat* Punkte, Kommata und Semikolons gesetzt, wen und warum zitiert, wen und warum nicht? Natürlich setzt auch ein erfahrener *BGH*-Richter eine solche Entscheidung, von der er weiß (s. o.), dass sie von vielen klugen und verwöhnten Lesern gelesen, besprochen, analysiert, hinterfragt und in Großaufnahme betrachtet wird, nicht etwa nebenher ab. Und dann kamen auch noch das Jahresendgeschäft, die Weihnachtsfeiertage und der gewöhnlich schleppende Jahresanfang hinzu. Gerüchten aus wohl informierten Kreisen zufolge sollte es aber am 10. 1. 2008 endlich soweit sein: Die Entscheidung sei mit Leitsätzen auf der Homepage des *BGH* abzurufen. Aber nein, weit gefehlt! Sooft man das Aktenzeichen anklickte (und man klickte es oft an!), erschien nur der nicht gerade freundliche Hinweis, dass die Entscheidung noch nicht erreichbar sei und man von weiteren Anfragen absehen möge. Und das bei einer solch viel beachteten und sehnlichst erwarteten Entscheidung, bei der man sich doch vielleicht einen differenzierteren Hinweis gewünscht hätte. Aber: Veröffentlichungspolitik ist Veröffentlichungspolitik, basta!

Wie soll schon *Goethe* eines Abends gesagt haben: „Hier und heute wird Geschichte geschrieben und Ihr könnt später sagen, Ihr seid dabei gewesen.“ An diesen Satz wurde der Autor am 14. 1. 2008 erinnert, nämlich auf der ersten Sitzung des Kölner Arbeitskreises für Insolvenz-

wesen e. V. des Jahres, bei der just ein Vortrag zum Bankinsolvenzrecht von *Karen Kuder* und *Manfred Obermüller* auf dem Programm stand und im Grunde alle nun endlich die Entscheidung in Großaufnahme sehen und besprochen haben wollten. Dort erschien, mit wohlgeimter Verspätung, der bekannte Insolvenzverwalter und Verleger *Dr. Bruno M. Kübler* und vermochte es, mit einem unscheinbaren Ausdruck herumwedelnd, die Fachöffentlichkeit, angeführt vom Vorsitzenden des Arbeitskreises, vom exzellenten Vortrag der Bankrechtler abzulenken. Auf Grund der guten Kontakte zu dem eine der Parteien vertretenden BGH-Anwalt und des Umstands, dass die Entscheidung den Parteien bereits zugestellt worden sei, habe er die Entscheidung jetzt doch schon erhalten. Endlich! Was für eine Erleichterung!

Ach ja, hat sich das Warten gelohnt? Nach einer ersten Analyse der Entscheidung: eigentlich nicht! Der *BGH* hat, wie schon aus der Pressemitteilung zu entnehmen war, im Grunde der die revolvierende Sicherheit gefährdenden Auffassung, nach der das Entstehen bzw. die Werthaltigmachung einer revolvierenden Sicherheit im kritischen Drei-Monatszeitraum der §§ 130, 131 InsO inkongruent sei, eine deutliche Absage erteilt und stattdessen die „alte“ herrschende Meinung, wonach dem Sicherungsnehmer ein entsprechender Anspruch vertraglich zusteht, höchststrichterlich auch ausdrücklich abgesegnet. Die – zugegeben – komplizierte und vielleicht auch in manchen Einzelfällen nicht besonders praktikable Lösung des die Gläubiger nicht gefährdenden „bargeschäftsähnlichen“ Sicherheitenaustauschs, der auch der Verfasser zuneigt, wurde abgelehnt. Konsequenterweise ist die Ablehnung wohl, weil es dann, wenn eine Sicherheit als kongruent angesehen wird, in den allermeisten Fällen auf eine Gläubigerbenachteiligung (und gar eine Kenntnis davon) nicht mehr ankommt. Enttäuschend ist die Ablehnung jedoch deshalb, weil systematisch und denklogisch die Gläubigerbenachteiligung vor den übrigen Anfechtungstatbeständen zu prüfen wäre. Aber auch inhaltlich kann die Begründung des *Senats* nicht gänzlich überzeugen. So nimmt er den Standpunkt ein, ein Bargeschäft liege nicht vor, weil es an einer rechtsgeschäftlichen Verknüpfung

zwischen Leistung (Aufgabe einer Sicherheit) und Gegenleistung (Hereinnahme einer neuen Sicherheit) fehle. Das Entstehen und der Untergang der Vorausabtretung von Forderungen erfolge unabhängig voneinander. Das aber steht bei erster Analyse der Entscheidungsgründe im Widerspruch zu anderen Entscheidungen des *BGH*, in denen auch ein ungeplanter bzw. im jeweiligen Einzelfall unabhingestimmter Austausch von – selbst inkongruenten – Sicherheiten als nicht gläubigergefährdend angesehen wurde. Auch in der viel zitierten Entscheidung *BGHZ* 150, 122 (= *NJW* 2002, 1722 = *NZI* 2002, 311) kam es dem *BGH* für die Bejahung eines Bargeschäfts nicht darauf an, dass Zahlungseingänge und Verfügungen in einem ungekündigten Kontokorrentkonto aufeinander abgestimmt erfolgen.

Wie dem auch sei, in der Praxis wird jetzt erst einmal wieder Normalität einkehren. In aller Regel wird eine Bank die Rechte aus einer Globalzession (Entsprechendes wird für andere revolvierende Sicherheiten wie die Raumsicherungsübereignung gelten) im Insolvenzverfahren ungestört geltend machen können. Anfechtbar sind regelmäßig nur die Forderungen, die nach Fälligkeitstellung des Kontokorrentkredits durch die Bank entstehen bzw. werthaltig werden, da das in aller Regel der Zeitpunkt ist, mit dem die Bank quasi aus erster Hand Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit erhält. Ob eine solche Kenntnis schon vorher vorlag, wird für den Insolvenzverwalter in den meisten Fällen nicht oder nur schwer beweisbar sein.

Vorbei sind aber die Zeiten, in denen der Insolvenzverwalter unter Hinweis auf die Entscheidung des *OLG Karlsruhe* eine Bank im Vergleichswege zu einem Teilverzicht auf an sie abgetretene Forderungen bewegen konnte. Und vorbei ist die Zeit, in der man über die Werthaltigkeit der Globalzession in der Insolvenz sinnieren konnte und musste. Die Fachöffentlichkeit muss sich also bis zum nächsten insolvenzrechtlichen Medienereignis – vielleicht dem Inkrafttreten des *MoMiG* – gedulden ...

Rechtsanwalt Dr. Rolf Leithaus, Köln