

**Aktuelles Insolvenzanfechtungsrecht  
- ausgewählte Problemstellungen in vier Teilen und ein  
5-Minuten Sketch als Schluss-**

**Vortrag für den  
Berlin Brandenburger Arbeitskreis für Insolvenzrecht e.V.  
am 27.August 2014 in Berlin**

**von**

***Prof. Dr. Michael Huber  
Präsident des Landgerichts Passau***

1

**Übersicht**

- 1. Teil:** Zwei, drei oder wie viele Rechtswege für Insolvenzanfechtungsklagen?
  - 2. Teil:** Anfechtungsgegner bei mittelbaren Zuwendungen und Neues zur Vorsatzanfechtung gegen Leistungsmittler
  - 3. Teil:**
    - Prolog: Kennen Sie „Anastasia“?
    - Neueste Rechtsprechung zur Vorsatzanfechtung im Zusammenhang mit Indiz „Inkongruenz“ nach BAG und BGH sowie zur Vorsatzanfechtung im Zusammenhang mit Indiz „Zahlungsunfähigkeit und Kenntnis“ bei Entgeltzahlung im Rahmen eines Bargeschäfts nach BAG
    - Exkurs: Bargeschäftsbegriff bei Lohn/Vergütung nach BGH (gegen BAG)
  - 4. Teil - Diverses:**
    - Verjährung bei tarifvertraglicher Ausschlussfrist (BAG)
    - Verfristung/Verjährung des Anfechtungsanspruchs in Zweitverfahren (BGH) und
    - Anfechtbarkeit der Vergütung eines vorläufiger Insolvenzverwalters
- Zum Schluss der 5-Minuten-Sketch:** Die Gläubigerbenachteiligung – ein anfechtungsrechtliches Chamäleon

2

## 1. Teil: Zwei, drei oder wie viele Rechtswege für Insolvenzanfechtungsklagen?

Zwei gibt es schon – einen zu den ordentlichen und einen zu den Arbeitsgerichten!

- Ausgangspunkt: Bürgerlich-rechtliche Natur des insolvenzrechtlichen Anfechtungsanspruch (§ 13 GVG).
- An sich logische Folge: Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.
- Problem: Gilt das auch im Verhältnis zur Arbeitsgerichtsbarkeit?
- Das war früher absolut hM, bis zu den Differenzen zwischen IX. ZS des BGH und 5. Senat des BAG.
- Hand auf's Herz: Wer wettete auf wen – nach der Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes?
- Und der entschied bekanntlich durch Beschluss v. 27.9.2010 (GmS-OGB 1/09, BGHZ 187, 105 = ZIP 2012, 2418 = ZInsO 2010, 2400 = NZI 2012, 1211), dass für die Klage auf Rückgewähr vom Schuldner geleisteter Vergütung die Arbeitsgerichte zuständig sind.

Und Achtung: Diese Entscheidung hält als Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG für **verfassungswidrig**  
**Kreff**, Der Rechtsweg für Insolvenzanfechtungsklagen, ZIP 2013, 241.

3

..... und die Begründung lautet im wesentlichen – *horribile dictu*:

- Zwar handle es sich um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 2 ArbGG und des § 13 GVG, was zwischen den beteiligten Senaten außer Streit stehe und der ständigen Rechtsprechung des Gemeinsamen Senats zur Abgrenzung öffentlich- und bürgerlich-rechtlicher Streitigkeiten entspreche.
- Der Streit über die Rückgewähr vom Schuldner geleisteter Arbeitsvergütung nach § 143 Abs. 1 InsO sei aber eine Rechtsstreitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer müsse nämlich zugunsten der Masse das verdiente Arbeitsentgelt zurückgewähren, dann lege seine Forderung wieder auf, könne nach § 174 InsO zur Tabelle angemeldet und bei Bestreiten durch Feststellungsklagen nach § 180 InsO vor den Gerichten für Arbeitssachen verfolgt werden.
- Ein solches Verständnis gebiete auch der Zweck der Zuweisung des Rechtswegs an die Gerichte für Arbeitssachen, denn die Arbeitsgerichtsbarkeit zeichne sich neben der schnelleren und kostengünstigeren Abwicklung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten und der Nutzung der besonderen Kenntnisse von im Arbeitsleben erfahrenen Personen als ehrenamtliche Richtern in allen Instanzen vor allem durch einen vom Gesetzgeber gewollten spezifischen Arbeitnehmerschutz aus.
- Doch das Beste kommt zum Schluss:  
Schließlich sei der Insolvenzverwalter für die Dauer des Insolvenzverfahrens faktisch Arbeitgeber.

4

**Aber Achtung:** Der IX. ZS gibt nicht auf–oder: Das Imperium schlägt zurück!  
Rechtsweg bei Insolvenzanfechtung von durch Dritte entrichtete  
Arbeitsvergütung

BGH, Urt. v. 19.7.2012 - IX ZB 27/12, NZI 2013, 33 m. Anm. *Huber*

1. Sachverhalt: Auf der Baustelle der (später insolventen) F-GmbH war ein bei einer anderen Gesellschaft, der GK GmbH (künftig: GK G.) beschäftigter Arbeitnehmer über etwa drei Monate hinweg (November 2006 bis Januar 2007) eingesetzt. Den Lohn dafür von insgesamt ca. 6000 € entrichtete anstelle der GK G. in der Zeit vom 25.01.2007 bis 22.03.2007 die F-GmbH (künftig: Schuldnerin). Diese Zahlung fordert nun deren Insolvenzverwalter vom Arbeitnehmer als Beklagten im Wege der Insolvenzanfechtung zurück.
2. Leitsatz: Entrichtet ein Dritter an Stelle des Arbeitgebers die dem Arbeitnehmer geschuldete Arbeitsvergütung, ist für eine Insolvenzanfechtung dieser Zahlung der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben.
3. Entscheidungsgründe, in denen der IX ZS ohne weiteres den Beschluss des GemS-OGB zugrunde legt, dann aber im wesentlichen folgende drei Gründe für die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bringt:

5

- Eine Zuständigkeit des Arbeitsgerichts gemäß GemS-OGB scheidet aus, weil die spätere Insolvenzschuldnerin im Verhältnis zu dem bei der GK G. beschäftigten Beklagten nicht Arbeitgeber, sondern Dritter gewesen sei,
  - auf ein *faktisches Arbeitsverhältnis* habe sich im Rechtsbeschwerdeverfahren der Beklagte nicht mehr berufen,
  - eine *konkludente Arbeitsvertragsvereinbarung* sei alleine wegen der Tätigkeit des Beklagten auf der Baustelle der Insolvenzschuldnerin nicht zustande gekommen,
4. Und was sind die Folgeprobleme:
- Die Rechtszersplitterung schreitet fort. Kreft hat schon recht, so geht es nicht weiter. Ein weiterer Beweis – siehe aE der Folie- folgt sogleich.
  - In der Sache selbst hat der Tatrichter jetzt das Wort. Das anfechtungsrechtliche Problem lautet: War der Vergütungsanspruch des Beklagten gegen die GK als seine Arbeitgeberin im Zeitpunkt der Zahlung noch werthaltig?
  - Und Ausblick: Welche materiell-rechtliche Variante könnte sich in ähnlichen Fällen jetzt ergeben, die doch die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte begründen würde?

**Und doppelt Achtung:**

- Ansonsten hat sich der IX. ZS aber „unterworfen“- Beschl. v. 9.6.2011- IX ZB 247/09, ZInsO 2011, 1365 Rn. 5: Zuständigkeit der Arbeitsgerichte auch bei im Wege der Zwangsvollstreckung beigetriebener Leistungen.
- Widerstand wird freilich jetzt geleistet zum Bargeschäftsbegriff des BAG, wie man im Exkurs zum 3. Teil sehen wird!

6

### Und was ist mit dem dritten Rechtsweg?

Sie werden es kaum glauben, nämlich dem zum Familiengericht nach § 23b GVG, § 266 Abs. 1 FamFG?

- Achtung - Es handelt sich wegen § 17a Abs. 6 um ein Rechtswegeproblem!
- Das LG Kleve hat mit Beschluss vom 4.4.2013 (4 O 258/12, NZI 2013, 700 = ZInsO 2013, 1364) bei einer Insolvenzanfechtungsklage auf Rückgewähr der vom später insolventen Ehegatten an den anderen (angeblich) anfechtbar geleisteten Unterhaltszahlungen den Rechtsweg zu den „Gerichten der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit“ für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das „AG Kleve – Familiengericht – als zuständiges Gericht für Familiensachen“ verwiesen.
  - Und wie argumentiert die Kammer zu der von ihr propagierten „entsprechenden Geltung der Grundsätze der Entscheidung des GemS-OGB“? Sie setzt an die Stelle des „vom Gesetzgeber gewollten Arbeitnehmerschutzes“ (im Arbeitsrecht) die Behauptung, Kernstück der Reform des familiengerichtlichen Verfahrens sei die Schaffung des „großen Familiengerichts“ gewesen, bei dem die Entscheidung familienrechtlicher Komplexe gebündelt werden solle, und zwar unter dem Gesichtspunkt der Fürsorge des Gerichts für die Beteiligten. Schier unglaublich!
  - Es fehlt nur die Analogie zum Insolvenzverwalter als faktischen Ehemann!
  - Vgl. dazu meine Satire „JUSTITA, oh IUSTITIA, Du manchmal unergründlich Ordentliche! ZInsO 2013, 1683 und nüchtern, ernst: *Huber*, Keine Zuständigkeit des Familiengerichts für Insolvenzanfechtungsklagen, NZI 2013, 680.
  - Und was fällt „ordentlichen“ Zivilrichter erst noch zur KfH ein, wo es doch ehrenamtliche Richter gibt, die der GemS-OGB so rühmt?

7

### Und was ist mit dem anderen Rechtswegen?

- Was steht dem Anfechtungsrecht erst noch bevor, wenn sich die Annahme des GemS-OGB durchsetzt, dessen Rechtsfolge sei die „Umkehr“ des ursprünglichenschuldrechtlichen (Erfüllungs-) Vorgangs? Aber:
- Dass die Entscheidung des GemS-OGB für Insolvenzanfechtungsklagen gegen Sozialversicherungsträger nicht gilt, hat der IX ZS des BGH schon entschieden (Beschl. v. 14.3.2011, ZInsO 2011, 693);
- so zuvor schon und ausführlicher und zugleich auch für Klagen gegen Finanzämter *Huber* Kein Rechtsweg für Insolvenzanfechtungsklagen gegen Sozialversicherungsträger zum Sozialgericht, ZInsO 2011, 519 ff (dort auch zu den Ausnahmen aufgrund **gesetzlicher (!)** Zuweisung, insbesondere in der Einzelgläubigeranfechtung wegen § 191 Abs. 2 S. 2 AO; vgl. *Huber* AnFG § 2 Rn. 15 ff.).
- Und der BFH hat auch schon entschieden, dass der Anspruch auf Rückgewähr in anfechtbarer Weise geleisteter Steuern kein Anspruch aus dem Schuldverhältnis, sondern davon wesensverschieden und bürgerlich-rechtlicher Natur ist ( vgl. insges. zur Problemlage mit w.Nachw. Graf-Schlicker/Huber, 4. Aufl. 2014, § 143 Rz. 5)
- Aber worauf ist heute noch Verlass? Und die Sozialkassen ruhen bestimmt nicht!
- Und nebenbei: Was gilt eigentlich für die VG?

8

## 2. Teil: Anfechtungsgegner bei mittelbaren Zuwendungen und Neues zur Vorsatzanfechtung gegen Leistungsmittler

### I. Ausgangspunkte

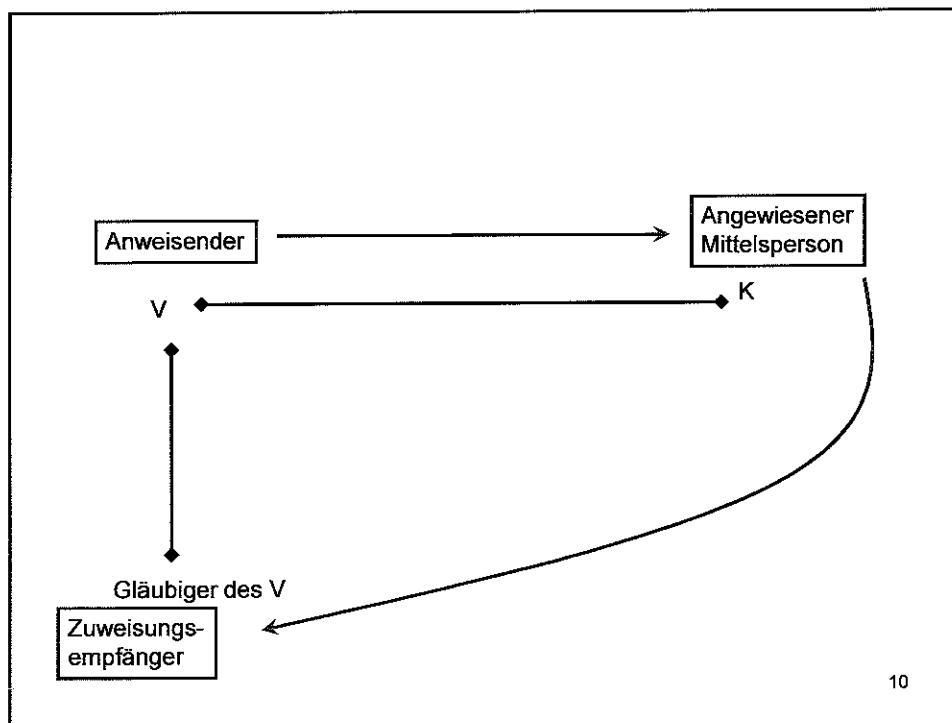
#### 1. Regelfall

- Anfechtungsgegner = wer etwas aus dem Vermögen des Schuldners erlangt hat, vgl. Formulierungen in §§ 143, 144 InsO.
- Bei anfechtbarem Rechtsgeschäft mit mehreren Personen, haften diese nicht schon wegen des gemeinsamen Erwerbsvorgangs als Gesamtschuldner, sondern nur, wenn eine unteilbare Leistung zurückzugewähren ist (§ 431 BGB).
- Ist das Rückgewährschuldverhältnis teilbar, insbesondere bei Wertersatz, haftet jeder einzelne nur im Verhältnis seiner Beteiligung am Anfechtungsgegenstand.

#### 2. Mittelbare Zuwendung

- Begriff und typische Fallgestaltung: Auf Anweisung des Verkäufers (späterer Insolvenzschuldner) zahlt der Käufer (Mittelsperson, Leistungsmittler) an einen Dritten (regelmäßig Gläubiger des Verkäufers, Zuwendungsempfänger)
- Alte Rechtslage: Anfechtungsgegner = nur der Zuwendungsempfänger, nicht Mittelsperson, außer bei – über die bloße Leistungsbefreiung hinaus gehendem – eigenen Vorteil.
- Wer sehen will, der sieht sie, die mittelbare Zuwendung:

9

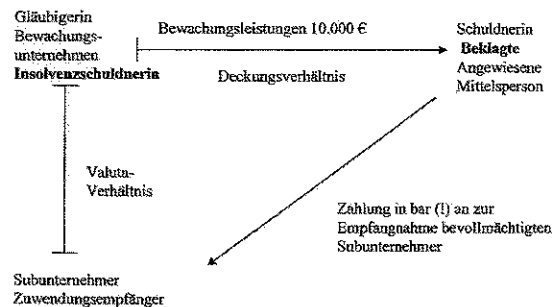


10

3. Neue Rechtslage: Anfechtungsgegner bei Vorsatzanfechtung im Dreiecksverhältnis (Schrifttumshinweis: *Huber* Insolvenzanfechtung im Dreiecksverhältnis – vier Fallstudien für eine Erfolg versprechende Anfechtungsklage des Insolvenzverwalters bei Tilgung fremder Schuld, ZInsO 2010, 977.

**Bewachungsunternehmer-Fall:** BGHZ 174,314 = ZInsO 2008, 814 = NZI 2008, 167 = ZIP 2008, 190

a) Sachverhalt



11

b) „Preisfragen“:

- Wie ist die Rechtslage bei Zuwendung innerhalb der Krise? Inkongruenzanfechtung gegen Zuwendungsempfänger. Warum kommt eine Deckungsanfechtung nicht auch gegen Mittelsperson in Betracht?
- Was gilt bei Zuwendung außerhalb der Krise? Wie ist für diesen Fall die Konstruktion der mittelbaren Zuwendung? Was gilt für die Vorsatzanfechtung gegen Zuwendungsempfänger?
- Und was für die gegenüber der Mittelsperson?

c) Entscheidungsaussagen des neuen Grundsatzurteils

- LS 1: Veranlasst der spätere Insolvenzschuldner mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz seinen Schuldner, unmittelbar an seinen Gläubiger zu zahlen, kommt die Vorsatzanfechtung auch gegen den Angewiesenen in Betracht.
- LS 2: Die Anfechtungsansprüche gegen den Angewiesenen und den Zuwendungsempfänger stehen im Verhältnis der Gesamtschuld zueinander.
- LS 3: Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners kann im Valuta- und im Deckungsverhältnis nur einheitlich bestimmt werden.
- LS 4: Die Kenntnis des Angewiesenen von der Inkongruenz der Deckung im Valuta-Verhältnis begründet kein Beweisanzeichen für die Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners.

d) Analysen und Rätsel zu LS 4: Was ist dessen „Normzweck“?

12

## II. Weitere Fallgruppen:

- „**Treuhand-Fall**“ des BGH, Ur. v. 26.4.2012 – IX ZR 74/11, BGHZ 139, 129 = ZInsO 2012, 924 = ZIP 2012, 1038 = NZI 2012, 453 – zugleich des Rätsel's Lösung zum Bewachungsunternehmer-Fall: Mitwirkung an selektiver Befriedigung bevorzugter Gläubiger
- „**Original-Banken-Fall**“ des BGH, Ur. v. 24.1.2013 – IX ZR 11/12, ZInsO 2013, 384 = ZIP 2013, 371
- **Versicherungsmakler-Fall** des BGH, Ur. v. 25.4.2013 – IX ZR 235/12, ZIP 2013, 1127 = ZInsO 2013, 1077 = NZI 2013, 1583
- Ergebnis: Eine Vorsatzanfechtung gegen den Leistungsmittler verspricht Erfolg, wenn dieser erkennt, dass der Schuldner in Absprache mit ihm nur bestimmte Gläubiger befriedigt, oder wenn eine Bank selbst ohne Absprache lediglich einzelne Zahlungsaufträge an bevorzugte Gläubiger ausführt. Für andere Leistungsmittler - als Treuhänder, Banken, Versicherungsmakler - gilt grundsätzlich Entsprechendes.
- Eine Anfechtung scheidet demgegenüber aus, wenn sich der Schuldner ihnen gegenüber gerade nicht als Leistungsmittler bedient hat, wie beispielsweise bei Umbuchungen und Verrechnungen der kontoführenden Bank im Cash Pool (BGH, Ur. v. 13.6.2013 – IX ZR 259/12, ZIP 2013, 1826 = ZInsO 2013, 1898 = NZI 2013, 896) oder bei Zahlungen im LKW-Maut-Gebührenabrechnungsverfahren (BGH, Ur. v. 10.10.2013 – IX ZR 319/12, ZIP 2013, 2271 = ZInsO 2013, 2271 = NZI 2013, 1068 m. Am, Lange).

13

### 3. Teil – Prolog: Kennen Sie „Anastasia“? BGH, Ur. v. 17.2.1970 – III ZR 139/67, BGHZ 53, 245

Oder kennen Sie wenigstens **Huber**, Indiztatsachen und ihre Beweiskraft im insolvenzrechtlichen Anfechtungsprozess, ZInsO 2012, 53?

Oder kennen Sie - noch besser - das *grundlegende Schrifttum* = *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 3. Aufl. 2007, Rn. 627 ff. zum Denkmodell jeder Indizienbeweisführung - in welchem Verfahrensrecht auch immer:

Stufe 1: Was ist die gesuchte Haupttatsache?

Stufe 2: Welches Indiz liegt hierzu vor?

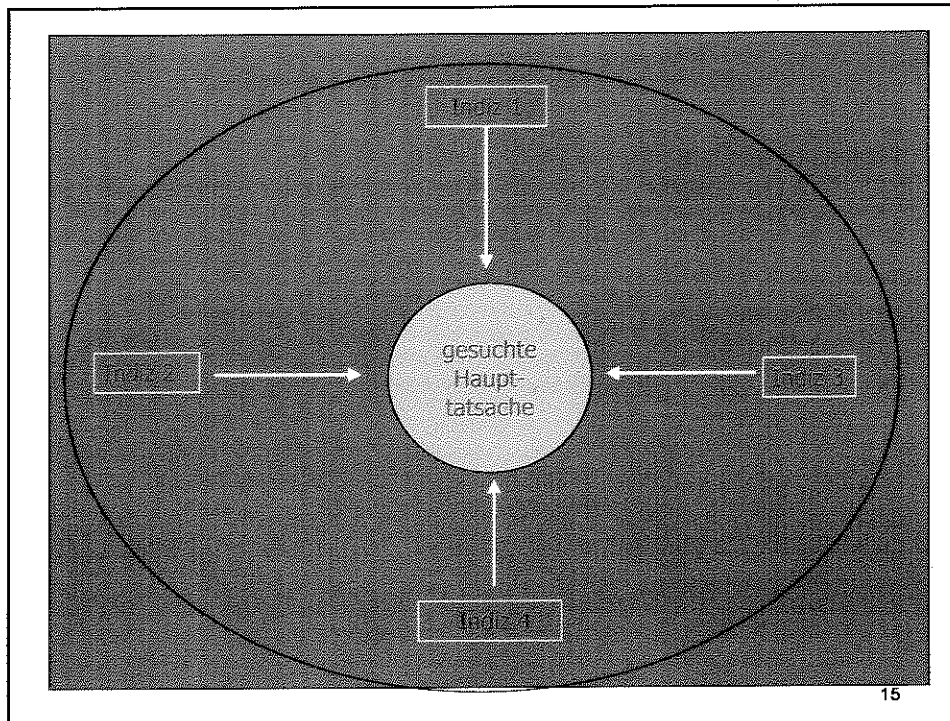
Stufe 3: Welche Beweisrichtung hat dieses Indiz und wird dadurch die Wahrscheinlichkeit für die Existenz der Haupttatsache erhöht oder ist es (bloß) wertneutral?

Stufe 4: Wie ist dessen Beweiskraft (Beweisstärke) zu beurteilen?

Stufe 5: Liegen mehrere Indizien für eine Hauptsache vor, muss nach der Bestimmung des Beweismerts für jedes einzelne Indiz nach dem Gesamtbeweismert aller gefragt werden. Die Grundregel dazu lautet: Deutet jedes Indiz auf die gesuchte Haupttatsache hin (sog. Beweisring) erhöht sich der Gesamtbeweismert aller Indizien

**Wer sehen will, der sieht ihn – den Beweisring:**

14



**Wenn Sie das verinnerlicht haben, werden Sie verstehen, dass ich keinerlei Probleme habe mit**  
**Teil 3: Neueste Rechtsprechung zur Vorsatzanfechtung in Zusammenhang mit .....**

**I. Indiz der Inkongruenz**

**1. BAG, Urt. v. 12.9.2013 – 6 AZR 98o/11, ZIP 2014, 37 = ZInsO 2014, 91 („Quimonda“- Halteprämie).**

- Dessen LS 2 lautet: „*Eine inkongruente Deckung bildet in der Regel ein erhebliches Beweisanzeichen sowohl für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners i.S.d. § 133 Abs. 1 S. 1 InsO als auch für die nach § 133 Abs. 1 erforderliche Kenntnis des Anfechtungsgegners von diesem Vorsatz.*“
- *Einwände? Vom IX. ZS des BGH bestimmt nicht, denn auf ihn beruft sich das BAG in Rn. 56 ausdrücklich, von mir natürlich auch nicht, denn insoweit gilt das Gleiche.*
- *Aber das Erstaunliche beim BGH kommt gleich!*
- *Übrigens: Verfassungsrechtliche Bedenken (Art. 14 Abs. 1 S. 2, Art. 3 GG) bestehen bei der Inkongruenzanfechtung nicht, BAG, Urt. 27.2.2014 – 6 AZR 367/13, ZIP 2014, 1396 = ZInsO 2014, 1108; anders ist das nach Meinung des Senats (mE richtig!) für die Kongruenzanfechtung – vgl. näher sogleich bei II!*

16



2. BGH, Urt. v. 07.11.2013 – IX ZR 248/12, ZIP 2013, 2368 = ZInsO 2013, 2376 = NZI 2014, 68; dazu *Huber* EWiR 2013, 781. Die Leitsätze lauten:
1. *Das einen Benachteiligungsvorsatz und dessen Kenntnis nahelegende Beweiszeichen der Inkongruenz setzt voraus, dass ernsthafte Zweifel an der Liquiditätslage des Schuldners bestehen.*
  2. *Ein Benachteiligungsvorsatz und dessen Kenntnis kann nicht allein aus dem Umstand hergeleitet werden, dass der Schuldner seinem Gläubiger eine sofort bei Bestellung und nicht erst im Insolvenzfall wirksame Sicherung gewährt.*
    - Das Urteil ist so bemerkenswert, weil der BGH zur Indizregel bei Inkongruenz nach eigener Aussage „in Abkehr früherer Rechtsprechung“ geurteilt hat.
    - Aber (vgl. meine zitierte Urteilsanmerkung): Die Bemerkung, es sei „in Abkehr früherer Rechtsprechung“ entschieden worden, war nicht zwingend veranlassend, kann vielmehr zu Missverständnissen führen. Zwar heißt es in dem als Nachweis zitierten Urteil (BGH ZIP 1997, 513, 515) tatsächlich, von einer Liquiditätskrise hänge diese Beweiserleichterung nicht ab. Davon hatte sich der Senat der Sache nach aber längst verabschiedet. Denn nach seiner neueren Rechtsprechung bildet eine inkongruente Deckung **nur** ein Beweiszeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und für die Kenntnis des Gläubigers davon, wenn die Wirkungen der Rechtshandlung zu einem Zeitpunkt eintraten, als zumindest aus Sicht des Empfängers der Leistung Anlass bestand, an der Liquidität des Schuldners zu zweifeln (so ausdrücklich auch hier Rn. 12). Gerade daran fehlte es aber ganz offenkundig. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war nämlich das Unternehmen „nach Überwindung einer Jahre zurückliegenden Krise ... schuldenfrei“ übertragen worden!

17

**II. Indiz „Zahlungsunfähigkeit und Kenntnis“ bei einer Entgeltzahlung im Rahmen eines Bargeschäfts: BAG, Urt. v. 29.1.2014 – 6 AZR 345/12, ZIP 2014, 628 = ZInsO 2014, 659; dazu *Huber* EWiR 2014, 201.**

- Sachverhalt: Die spätere Beklagte arbeitete als Alleinbuchhalterin in einem Unternehmen, über dessen Vermögen nach Insolvenzantrag vom 18.7. wenig später das Verfahren eröffnet wurde; die Schuldnerin war, wie sie wusste, seit Jahresanfang zahlungsunfähig, beglich aber den Lohn jeweils termingerecht zu Beginn des Folgemonats bis zur betriebsbedingten Kündigung durch den Insolvenzverwalter. Dieser verlangte nun von der Beklagten Rückzahlung des für Januar bis Juli geleisteten Nettoentgelts, weil sie als „Insider“ ebenfalls Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit gehabt habe, weshalb auch bei Gehaltszahlungen im Rahmen eines Bargeschäfts die Vorsatzanfechtung durchgreife. Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab, die vom BAG zugelassene Revision blieb ohne Erfolg.
- Achtung: Zu den beiden Vorfällen – Anfechtungsgegner bei Entgeltzahlungen im Insolvenzgeldzeitraum und mögliche Verfassungswidrigkeit der Rechtsfolgen einer Insolvenzanfechtung Lohnzahlungen wegen fehlenden anfechtungsfreien Existenzminimums – vgl. meine Urteilbesprechung!
- Aber Achtung: Verfassungsrechtliche Bedenken (Art. 14 Abs. 1 S. 2, Art. 3 GG) bestehen aber zur Inkongruenzanfechtung auch nach BAG – wie schon erwähnt (Urt. 27.2.2014 – 6 AZR 367/13, ZIP 2014, 1396 = ZInsO 2014, 1108) **nicht**.

18

- Der LS lautet: „Die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung sind nicht stets schon dann zu bejahen, wenn der Arbeitgeber zahlungsunfähig war und der Arbeitnehmer dies wusste. Vielmehr muss das Indiz der Zahlungsunfähigkeit und ihrer Kenntnis einzelfallbezogen auf seine Beweiskraft hin geprüft werden. Dies gilt sowohl für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz auf Seiten des Schuldners als auch für die Kenntnis des Anfechtungsgegners davon. Bei Zahlungen im Rahmen eines Bargeschäfts oder in bargeschäftsähnlicher Lage ist darauf zu achten, dass die Vorsatzanfechtung nicht über ihren Normzweck hinaus ausgedehnt und dass dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Stufenverhältnis von § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und § 133 InsO Rechnung getragen wird.“
- Bewertung zu Aussage 1 und 2 – Richtig!
- Das wundert aber doch bestimmt niemand, der die Regeln zur Indizienbeweiskraft kennt, wovon soeben die Rede war.
- Bewertung zu Aussage 3 – Problem: Was ist mit bargeschäftsähnlich gemeint? Und was gilt zum angeblichen Stufenverhältnis?
- Ausblick auf den nach dem Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode auf den „Prüfstand“ Insolvenzanfechtungsrecht und
- Rückblick auf den 2006 freilich gescheiterten „Entwurf zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung“ (dazu *Huber ZIP 2007, 501 ff.*)

19

### **Exkurs: Begriff des Bargeschäfts nach BGH und BAG**

#### **Ausgangspunkt: Was § 142 InsO sagt –**

gemäß der alten Rechtsregel, wonach der Blick in's ..... (Sie wissen schon!)

1. Begriff nach **IX.ZS des BGH** zum problematischen Merkmal „Unmittelbarkeit“ (im Übrigen vgl. II 3): Faustformel = 30 Tage-Regel (vgl. § 286 Abs. 3 S. 1 BGB). Und Achtung: Gerade deshalb stellte sich das Problem in den einschlägigen Entscheidungen zur Anfechtung rückständiger Lohnzahlungen für den IX. ZS nicht.
2. Um was meint der erst anschließend (!) zuständig gewordene **6. Senat des BAG**? Kaum zu glauben, aber wahr! Er sagt in seinem ersten Urteil nach der Entscheidung des GemS-OGB:  
*„Zahlt der Arbeitgeber in der Krise Arbeitsentgelt für vom Arbeitnehmer in den vorhergehenden drei Monaten erbrachte Arbeitsleistungen, liegt grundsätzlich ein Bargeschäft im Sinn von § 142 InsO vor.“*  
 BAG, Ur. v. 6.10.2011 – 6 AZR 262/10 (LAG Nürnberg), ZIP 2011, 2366 = NZI 2011, 981 = ZInsO 2012, 37; dazu *Huber EWIR 2011, 817*  
 Schrifttumshinweise: *Ganter*, Bargeschäfte (§ 142 InsO) von Dienstleistern, ZIP 2012, 2037; *Huber*, Das anfechtungsrechtlich privilegierte, aber janusköpfige Bargeschäft nach § 142 InsO, ZInsO 2013, 1049 (ergänzte Fassung aus FS Haarmeyer, 2013, S. 111 ff.)

**Und jetzt aufgepasst: Was ist das, was Sie jetzt gleich sehen?**

20



**Doch der IX. ZS des BGH positioniert sich nun dagegen**  
Im Urf. v. 10.7.2014 – IX ZS 192/13, BGHZ ..... = ZIP 2014, 1491:

*Bargeschäftsprivileg nur bei Lohnzahlungen binnen 30 Tagen nach Fälligkeit*  
(in Zustimmung (vgl. Urteil Rn 16) zur einhelligen Kritik des insolvenzrechtlichen Schrifttums am Standpunkt des BAG).

Achtung: Der Fall betraf einen Dienstvertrag des (auf Rückgewähr von Lohnzahlungen in Anspruch genommenen) beklagten kaufmännischen Leiters der Schuldnerin, der zudem an deren Stammkapital beteiligt war!

**Da kann man nur sagen: Hört, hört!**

Und zwar doppelt!

- Denn der IX. ZS bejaht die Voraussetzungen des § 142 InsO, weil die Zahlungen innerhalb von 30 Tagen **nach Fälligkeit** (= Ablauf jedes einzelnen Vergütungsabschnitts gem. § 614 Satz 2 BGB!) erfolgt seien (Rn. 31 ff.), vermeint als die vom BG angenommene Anfechtbarkeit gem. § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO,
- prüft dann § 133 Abs. 1 InsO, wozu Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und Kenntnis des anderen Teils mangels ausreichender Beweisanzeichen wegen der Kongruenz der Deckung (!) vermeint werden!

**Was – horrible dictu – droht folglich wieder?!**

23

#### **Teil 4: Diverses**

**I. Verjährung des Anfechtungsanspruchs bei tarifvertraglicher  
Ausschlussfrist: BAG, Urf. v. 24.10. 2013 – 6 AZR 466/12, ZIP 2014, 91  
= ZInsO 2014, 141 = NZI 2014, 129.**

- In der Rechtsprechung verschiedener LAG und im Schrifttum war sehr streitig, ob für den anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch (nur) die Verjährungsfrist des § 146 Abs. 1 InsO gilt, oder er (auch) tarifvertragliche Ausschlussfristen unterliegt. Das ist nunmehr durch die zitierte Entscheidung des BAG erledigt (*Graf-Schlicker/Huber* § 146 Rn. 2).
- Der Leitsatz lautet: „*Insolvenzgerichtliche Rückgewähransprüche unterliegen keinen tariflichen Ausschlussfristen: Der Insolvenzverwalter kann daher auch bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen von einem Arbeitnehmer die Rückzahlung von Arbeitsvergütungen verlangen, die dieser im Wege der Zwangsvollstreckung erlangt hat.*“
- Achtung! Bedenken Sie die Folgen für den Richter, wenn das BAG tariflichen Ausschlussfristen für maßgeblich erklärt hätte. Denn anders als bei der Verjährung – auf die sich der Gegner mit der Folge eines bloßen Leistungsverweigerungsrechts berufen muss (§ 214 Abs. 1 BGB) – hätte der Richter eine Ausschlussfrist mit der Folge des Erlöschens des Anspruchs von Amts wegen zu beachten gehabt.

24

**II. Verfristung/Verjährung des Anfechtungsanspruchs im Zweitverfahren:  
BGH, Urt. v. 11.4.2013 – IX ZR 268/12, ZIP 2013, 1088; dazu Huber  
EWiR 2013, 455**

- Sachverhalt: Ein Schuldner hatte im April 1996 sein mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück an seine Kinder verschenkt (Eigentumsumschreibung im Grundbuch: Oktober 1996); das im Mai 1998 über sein Vermögen eröffnete Gesamtvollstreckungsverfahren endete im Dezember 2003 durch Einstellung. Im Juni 2005 eröffnete das AG auf Eigenantrag des Schuldners ein zweites (jetzt:) Insolvenzverfahren und bestellte den späteren Kläger zum Insolvenzverwalter, der nun die Grundstücksübertragung anfechtet und von den verklagten Kindern Rückgewähr zur Masse forderte.
- Und nun der Leitsatz:

*„Ist das Anfechtungsrecht des Verwalters in einem ersten Konkurs-, Gesamtvollstreckungs- oder Insolvenzverfahren verfristet oder verjährt, ist dadurch der Anspruch auf anfechtungsrechtliche Rückgewähr zur Masse eines Zweitverfahrens nicht betroffen.“*

25

- Praktische Konsequenz ist für Fälle, in denen die Anfechtbarkeit im Erstverfahren aus welchen Gründen auch immer nicht fristgerecht geltend gemacht wurde: Der Verwalter des Zweitverfahrens kann den Anfechtungsprozess nachholen, sofern die Rechtshandlung innerhalb der Anfechtungsfrist des jetzt angewendeten Anfechtungstatbestandes liegt und die Verjährungsfrist – die gemäß § 146 Abs. 1 InsO i.V.m. §§ 195, 199 Abs. 1 BGB erst mit den neuen Verfahren beginnt – noch nicht verstrichen ist. Der entschiedene Fall belegt das eindrucksvoll für die im zweiten Durchgang vom OLG nunmehr (an Stelle einer „Schenkungsanfechtung“) zu prüfende Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO.

*Neues Spiel, neues Glück – sozusagen!*

26

### III. Anfechtbarkeit der Vergütung eines vorläufiger Insolvenzverwalters

(Hinweis: Es geht um BGH, Urt. v. 15.12. 2011 – IX ZR 118/ 11, ZIP 2012, 333 = NZI 2012, 135 m. Bespr. *Graeber/Graeber* NZI 2012, 129 ff.)

- Ansatz: Die Vergütung eines vorläufigen Insolvenzverwalters ist Masseanspruch nach §§ 53, 54 Nr. 2 InsO **nur im eröffneten** Verfahren.
- Also kann die Vereinnahmung der Vergütung durch diesen in einem letztlich **nicht eröffneten** Verfahren in einem späteren erneuten, also anderem Insolvenzverfahren als kongruente Deckung anfechtbar sein.
- § 142 InsO steht dem an sich schon deshalb nicht entgegen, weil es an einer Vereinbarung der Vergütung mit dem Schuldner fehlt (es bestellt ja das Gericht!).
- Ob diese Vorschrift – wie bei sonstigen Dienstleistern (vgl. dazu *Ganter* ZIP 2012, 2037) – wenigstens ihrem Grundgedanken nach (wie auch immer begründbar?) anwendbar sein könnte, hat der BGB in der zitierten Entscheidung offen gelassen, aber als „erwägenswert“ bezeichnet.
- Und welcher WISO-Tipp folgt daraus: „Wenn schon, denn schon“! Das heißt: Ein vorläufiger Verwalter sollte schon deshalb die Eröffnung zwecks Vermeidung eines Eigentors „generieren“ – vorbehaltlich der späteren Anwendung der §§ 207 ff InsO!

27

### Zum Schluss der 5-Minuten-Sketch: Die Gläubigerbenachteiligung nach § 129 InsO – ein anfechtungsrechtliches Chamäleon

Vorweg die Frage, die Sie jetzt bestimmt bewegt:

Nicht: Was ist ein Chamäleon? Die Antwort darauf kennt man vermutlich seit Kindertagen!

Sondern: Was, bitte schön, sucht das Chamäleon hier im Vortragstitel?

Das erhellt, wenn man weiß, warum das Tier die Farbe wechselt!

Die landläufige Antwort dazu lautet: Zur Tarnung. Und was gilt für die Insolvenzanfechtung?

Wussten Sie aber schon, dass der Farbwechsel auch der Kommunikation dient? Und was gilt für die Insolvenzanfechtung?

Nun – alle diese Frage beantworten sich nach dem Sketch von selbst, Sie werden sehen - hoffentlich!

28