

DEUTSCHE ZEITSCHRIFT FÜR

# WIRTSCHAFTS- UND INSOLVENZRECHT

**Herausgeber:** 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, Tobias Wellensiek, Frank M. Welsch, Wilhelm Wessel, Klaus Wimmer, Mark Zeuner

**Schriftleitung:** Michael Schmidt

## Aufsatz

Univ.-Prof. Dr. iur. utr. Christoph Becker

## Arbeitnehmervorzug in der Krise?

Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23

DOI 10.1515/dwir-2015-0143

### I. Auszudehnende oder zurückzunehmende Handhabung des Bargeschäftsprivilegs für Arbeitsentgelte?

Die diesem Beitrag in Frageform vorangestellte Überschrift ist zweideutig. Genießt der Arbeitnehmer in der wirtschaftlichen Krise seines Arbeitgebers einen Vorzug – etwa weil Arbeitsentgelte, wenn die Krise zum Insolvenzverfahren wurde (§ 27 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 InsO), weniger leicht im Anfechtungswege (§§ 129ff. InsO) zurückgerufen (§ 143 Abs. 1 Satz 1 InsO) werden können? Oder befindet sich ein zu unterstellender Arbeitnehmervorzug in der Krise – etwa weil der Bundesgerichtshof einer arbeitnehmerfreundlichen Haltung des Bundesarbeitsgerichts nicht folgt? Zweideutige Kennzeichnung einer zu besprechenden Ent-

scheidung kann eindeutiger Absicht des Rezensenten entspringen oder ein Versehen desselben sein. Sollte es Absicht des Rezensenten sein, will er (zweideutig) den Leser dazu bewegen, entweder mit der Lektüre von Besprechung und Besprochenem eine Deutung (eindeutig) auszuscheiden oder in der Entscheidung einen (eindeutig) zweideutigen Gehalt zu entdecken.

Letzteres erweist sich als der Fall. Der Arbeitnehmer hat nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts in der Krise seines Arbeitgebers einen günstigeren Stand als andere Gläubiger. Aber diese Begünstigung steckt in einer Krise, weil eine Misshelligkeit zwischen Bundesarbeitsgericht und Bundesgerichtshof ausbrach. Der IX. Senat des Bundesgerichtshofes verfasst mit seinem Urteil vom 10. 7. 2014 eine wahre Streitschrift gegen eine arbeitnehmerfreundliche, in der Literatur stark missbilligte<sup>1</sup> Aus- und Überdehnung des Zeitraums, innerhalb dessen Zahlung von Entgelt für zurückliegende Arbeitsleistung (§ 611 BGB) noch als bloße Auswechslung von Vermögenspositionen einzuschätzen ist und so dem sog. Bargeschäftsprivileg (§ 142 InsO) unterfällt. Warum der Fall überhaupt in die all-

**Christoph Becker**, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilverfahrensrecht, Römisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte, Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

<sup>1</sup> Siehe nur HK-InsO/*Kreft*, 7. Aufl. 2014, § 142 Rn. 5, mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 74.

gemeine Zivilgerichtsbarkeit und nicht in die nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a ArbGG auch für Anfechtungsklagen ausschließlich zuständige Arbeitsgerichtsbarkeit<sup>2</sup> gelangte, geht aus dem Urteil nicht hervor.

## II. Gesellschafter-Arbeitnehmer

### 1. Rollentrennung

Der beurteilte Fall ist kein idealer, um an ihm die Anwendung des Bargeschäftsprivilegs auf Arbeitslohn zu exemplifizieren. Der vom klagenden Insolvenzverwalter auf Erstattung von Arbeitsentgelt wegen Insolvenzanfechtung in Anspruch genommene Arbeitnehmer war zugleich Gesellschafter der in Insolvenz gefallenen Arbeitgeberin, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.<sup>3</sup> Soll die Entscheidung eine verallgemeinerungsfähige, auf Arbeitsverhältnisse ohne Doppelrolle übertragbare Aussage über die Anfechtbarkeit von Entgeltzahlungen an Arbeitnehmer machen, müssen die beiden Rollen getrennt voneinander betrachtet werden. Der Bundesgerichtshof tut dies. Am Schluss des Urteils behandelt er die Frage, ob das an den Gesellschafter-Arbeitnehmer gezahlte Gehalt einer Erstattung von Gesellschafterdarlehen gleichzusetzen sei und deswegen der Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO unterfalle. Diese Frage verneint das Gericht. Zwar ist jede Stundung einer aus einem Austauschgeschäft herrührenden Forderung darlehensgleich. Das trifft auch absprachegemäß oder rein tatsächlich unbeglichene (stehengelassene) Gehälter.<sup>4</sup> Denn Nichteinfordern von Leistungen, Verzögern der Leistungsabwicklung kommt einer Kreditierung gleich, und dies zerreißt den engen zeitlichen Zusammenhang des Leistungsaustauschs.<sup>5</sup> Aber eine als Bargeschäft eingeschätzte Entgeltzahlung kann nicht zugleich als Zahlung nach Stundung eingeordnet werden. Und weil das Gericht vorangehend ein Bargeschäft annimmt, scheidet Anfechtung nach § 135 InsO aus.<sup>6</sup> Die kurze Auseinandersetzung mit § 135 InsO bildet nicht den Schwerpunkt der Entscheidung. Dieser liegt vielmehr in der Bargeschäftsfrage, die jeden Arbeitnehmer trifft – auch die Vielzahl

derjenigen, die sich nicht gleichzeitig des Gesellschafterstatus erfreuen dürfen oder die gemäß der Ausnahmeregelung von § 39 Abs. 5 InsO mit § 139 Abs. 1 InsO ohne Geschäftsführungsaufgaben allenfalls kleine Beteiligungen an ihrem Unternehmen halten.

### 2. Rollenschicksale

Einer gleichwohl von eben der Doppelrolle des Beklagten als Mitinhaber und als Beschäftigter angeregten kleinen Spitze gegen eine vielleicht als zu stark empfundene Rücksichtnahme auf die Interessen von Arbeitnehmern in der Insolvenz des Arbeitgebers kann sich der Bundesgerichtshof freilich nicht enthalten. Seiner Ansicht nach kann, wenn in der Branche genügende Nachfrage nach Arbeitskräften herrscht, ein Arbeitnehmer den Ausfall seines Arbeitgebers in vielen Fällen leichter überstehen als ein Kleinunternehmer, dessen Hauptkunde in Zahlungsnot gerät<sup>7</sup>. Dem ist insoweit beizupflichten, als eine Privatperson ihre persönliche Lebenshaltung zu einem Teil rasch verringern kann, wenn die bisher stetig eingehenden Geldmittel ausbleiben, wohingegen ein Unternehmen sich nur sehr zögerlich anzupassen vermag. Und stellt man sich gar eine natürliche Person als Unternehmer vor, so ist zweimalige Reduktion erforderlich: zunächst im betrieblichen Bereich und anschließend im privaten, der mittels Entnahme aus den betrieblichen Erträgen zu finanzieren ist.

Andererseits muss man die Sorge des Arbeitnehmers um den existenzsichernden Arbeitsplatz bedenken. §§ 121 ff. InsO enthalten gegenüber den gewöhnlichen Verfahrensabläufen bei Abbau von Belegschaft nach Betriebsverfassungsgesetz und Kündigungsschutzgesetz Erleichterungen zugunsten einer Auflösung von Arbeitsverträgen im Insolvenzverfahren. Nicht in allen Branchen werden stets Kräfte gesucht. Möglicherweise ist gerade in der Branche des Falliten der Arbeitskräftebedarf gesättigt. Und auch wenn Kräfte gesucht werden, ist nicht sicher, dass sich für den Arbeitnehmer ein zeitlich nahtloser Wechsel einrichten lässt. Einer je nach dem Geschäftszweig eigenem Arbeitskräftemangel oder -überhang sowie branchengemäßer Neueinstellungsgeschwindigkeit differierenden Handhabung des Anfechtungsrechts kann der Bundesgerichtshof nicht das Wort reden wollen. Deswegen eignet sich eine in bestimmten Situationen feststellbare Entgeltausfalltoleranz nicht dazu, generell Zurückhaltung in der

<sup>2</sup> Siehe BAG, Beschl. v. 25. 11. 2014 – 10 AZB 52/14, ZInsO 2015, 306.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23 (Rn. 2).

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 28, Gründe zu III.3.a (Rn. 50) und Leitsatz 3.

<sup>5</sup> FK-InsO/*Dauernheim*, 8. Aufl. 2015, § 142 Rn. 6; MK-InsO/*Kirchhof*, Bd. 2, 3. Aufl. 2013, § 142 Rn. 15. Vgl. auch *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, InsO, Stand Januar 2015, § 135 Rn. 40, betreffend bewusstes Stehenlassen von Forderungen eines Gesellschafters.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 28, Gründe zu III.3. b) (Rn. 51).

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 26, Gründe zu II.4. c) bb) (3) (Rn. 27).

Anwendung des Bargeschäftsprivilegs auf Arbeitsentgelt zu gebieten.

Wiederum in die erste Waagschale indessen fällt freilich auch noch, dass es für Unternehmen oder Unternehmer persönlich kein Insolvenzgeld gibt, wie Arbeitnehmer es beanspruchen dürfen (§§ 165 ff. SGB III). Und wiederum andererseits haben Unternehmer eher die Möglichkeit zur Anlage finanzieller Reserven für die private Lebenshaltung als Arbeitnehmer mit ihrem tarif- oder individualvertraglich definierten endlichen Entgelt, mag diese auch um gewisse erfolgsbezogene Komponenten ergänzt sein.

Alles in allem ist dem Bundesgerichtshof darin beizupflichten, dass eine besondere Begünstigung von Arbeitsvergütungen gegenüber anderen Leistungsbeziehungen des Gemeinschuldners in der Handhabung der Anfechtungsregeln nicht angezeigt ist. Die Anfechtungsregeln sind nicht das richtige Instrument für Wirtschafts- oder Sozialpolitik. Näher daran liegen beispielsweise die Regeln über Fortsetzung oder Nichtfortsetzung rechtsgeschäftlicher Beziehungen des Gemeinschuldners (§§ 103 ff. InsO), über Rangverhältnisse (§§ 39, 53 ff. InsO) und über Gelegenheit zur Mitwirkung an Maßnahmen im Insolvenzverfahren (§§ 67, 77, 156 ff. InsO) sowie über Gruppenbildung beim Insolvenzplan (§ 222 InsO). Wenn der Bundesgerichtshof sozialpolitische Zielsetzungen als Kriterium bei der Handhabung von § 142 InsO ausdrücklich verwirft, so steht er sichtlich unter dem Eindruck ihm bekannter Vorstöße zur Fortentwicklung des Anfechtungsrechts.<sup>8</sup>

### III. Kein Vorrang von Arbeitnehmerforderungen

Die bis zum Ende des Jahres 1998 geltende alte Rangordnung für Konkursforderungen gemäß § 61 KO kannte eine Spitzenstellung von Arbeitsentgelten (§ 61 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a KO) bis zu einem Rückstand von einem Jahr. Das

<sup>8</sup> So auch und mit näherer Darlegung *Marotzke*, Anm. zu BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, JZ 2014, 1118 ff., 1119 f. Weitere Stellungnahmen veröffentlichten der Verband Insolvenzverwalter Deutschlands (2. 10. 2014 und 17. 12. 2014), die Industriegewerkschaft Metall (31. 3. 2014), Mitglieder des Deutschen Bundestages und andere Interessierte. Die rege und konträre Diskussion zeigt die Brisanz der Thematik. Ein unter dem 10. 9. 2014 vom Bundesjustizministerium publiziertes Papier über Eckpunkte für eine Reform des Anfechtungsrechts erörtert *Bork*, Neues Insolvenzanfechtungsrecht: Verschärfung oder Entmachtung?, ZIP 2014, 1905 ff. (1907 f. betreffend Lohnnachzahlung als Bargeschäft). Zu den rechtspolitischen Anstrengungen auch *Windel*, Das Bargeschäftsprivileg für Lohnnachzahlungen, ZIP 2014, 2167 ff., 2172 f.

entsprach längerer Tradition.<sup>9</sup> Dem Vorrang von Arbeitslohn unter den Konkursforderungen hatte das Bundesarbeitsgericht gar noch eine Rangstufe für Sozialplanforderungen voranzustellen versucht.<sup>10</sup> Diese Rechtsschöpfung verwarf das Bundesverfassungsgericht als Verstoß gegen die Bindung des Richters an Recht und Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG.<sup>11</sup> Jenen in § 61 KO gebildeten Rangkatalog aber gab der Gesetzgeber mit der Insolvenzordnung auf und begnügt sich seitdem mit Ergänzung des prinzipiellen Gleichrangs aller Insolvenzforderungen um einzelne Fälle von Nachrang (§ 39 InsO). Dem Bundesgerichtshof ist dieser Wandel ein wichtiges Glied in seiner Argumentationskette gegen die großzügige Annahme eines dreimonatigen Zeitraums für die Einstufung von Arbeitsentlohnung als Bargeschäft.<sup>12</sup>

## IV. Zeitliche Dehnung des Bargeschäftsprivilegs als Arbeitnehmerprivileg

### 1. Wiederherstellung eines Lohnvorzuges als Billigkeitsjustiz

Die aus Arbeitnehmersicht sanfte Anfechtungsjudikatur des Bundesarbeitsgerichts lässt die im Gesetz beseitigte Begünstigung von Lohnforderungen faktisch wiederaufleben. Man möchte meinen, die Arbeitsgerichtsbarkeit mache Sozial- und Rechtspolitik nach eigenen Vorstellungen in Missachtung einer Entscheidung des Gesetzgebers. Der Bundesgerichtshof greift diese Praxis vehement an.<sup>13</sup> Anfechtungsvoraussetzungen nach Gläubigergruppen unterschiedlich aufzufassen, hält der Bundesgerichtshof für

<sup>9</sup> Siehe zur Bevorzugung von Lidlöhnen (Vergütung für Tagelöhner, Gesinde, Dienstboten) beispielsweise die gegen Ende des 16. Jahrhunderts verfasste Denkschrift zur Reformation des Augsburger Stadtrechts von *Georg Tradel*, Notwendigs Bedenckhen, Nr. 27, wo ebenfalls eine Jahresfrist vorgesehen ist (Ausgabe in: *Consuetudines almae Reipublicae Augustanae* von *Matthaeus Laimann* und *Georg Tradel* mit *Notwendigs Bedenckhen* von *Georg Tradel*, herausgegeben und bearbeitet von *Christoph Becker*, Berlin, 2008, S. 32 ff.); ferner *Catherine Jilek*, Priorität im bayerischen Konkurs seit der Frühen Neuzeit, Berlin, 2015, S. 12 und öfters.

<sup>10</sup> BAG, Beschl. des Großen Senats v. 13. 12. 1978 – GS 1/77, KTS 1979, 150, 160 ff.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl. v. 19. 10. 1984 – 2 BvR 485 u. 486/80, KTS 1984, 101, 103 ff. Siehe dazu auch *Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl. 1994, § 61 Rn. 6.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 25, Gründe zu II.4. c) aa) (1) und (2) (Rn. 22 f.).

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 25 f., Gründe zu II.4. c) bb) (Rn. 24 ff.).

Massezuteilung in unerlaubter richterlicher Billigkeitsentscheidung.<sup>14</sup>

Die Kritik scheint sich vordergründig gegen Billigkeitsjustiz überhaupt zu wenden. Das klingt nach übereifriger Buchstaben-treue, die zumindest in anderen Fällen ungute Ergebnisse hervorzubringen vermag. So darf man aber wahrscheinlich die Aussage des Bundesgerichtshofes nicht verstehen. Bemängelt ist nicht, dass das Bundesarbeitsgericht sich um eine Entscheidung nach Billigkeit bemüht. Die Rüge geht vielmehr darauf, dass eine vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung, welche – wenngleich abstrakt getroffen – Billigkeit auszudrücken versucht, von einem Gericht nicht übergangen werden kann, ohne neue Unausgewogenheit zu schaffen. Die Entscheidungsrichtschnur Billigkeit ist in dem Vorhalt des Bundesgerichtshofes nicht wegen guter Auswirkung positiv besetzt, sondern mit Billigkeit bezeichnet der Bundesgerichtshof hier Willkür und Unberechenbarkeit, die Billigkeit nur vorschützt und in Wahrheit das Gegenteil einer billigen Entscheidung bewirkt.

## 2. Unbillige Ungleichbehandlung

Eine für bis zu drei Monate in die Vergangenheit zurückreichende Zahlung von monatlich abzurechnendem Arbeitsentgelt im Gegensatz zu allen anderen Leistungen generell noch als Bargeschäft anfechtungsfrei zu stellen, heißt Judizieren nach Gutdünken und ist unbillig. Handeln gegen die Rationalität eines wohlwogenen Gesetzes lässt, wie der Bundesgerichtshof richtig ausführt,<sup>15</sup> alle anderen Gläubiger leiden. Sie leiden umso mehr, je weniger ihrer sind, die als Nichtprivilegierte übrig bleiben, um in dem gemäß § 1 InsO aus Solidarität abbrechenden Gläubigerwettbewerb das Insolvenzrisiko zu tragen. Statt des Wettlaufs aller Gläubiger in der Einzelzwangsvollstreckung gibt es im Insolvenzverfahren einen Wettlauf um Anerkennung einer Vorzugsstellung. Den darf aber nur der Gesetzgeber eröffnen, nicht die Rechtsprechung. Jede Bevorzugung mindert für die verbleibenden Gläubiger die Insolvenzquote. An diese schlichte Wahrheit erinnert der Bundesgerichtshof eindringlich.<sup>16</sup> Drastisch ausgedrückt heißt dies: »Den Letzten beißen die Hunde.« Forderungsausfall aber bedeutet

Existenznot nicht notwendig nur für Arbeitnehmer, sondern kann auch Unternehmer ruinieren.<sup>17</sup>

Hinzu kommt, dass undefinierte und undifferenzierte Annahme eines dreimonatigen Schutzzeitraums für vor Eröffnung empfangene Lohnzahlungen auch erhebliche Ungleichbehandlung innerhalb der Gläubigergruppe der Arbeitnehmer bewirken kann. Die mit Hilfe von § 142 InsO hergestellte Unanfechtbarkeit kommt nicht notwendig allen Arbeitnehmern zugute. Der Arbeitgeber könnte nämlich auf den naheliegenden Gedanken verfallen, seine Weiterzahlung von Löhnen auf ausgewählte Beschäftigte zu beschränken, namentlich auf diejenigen, welche ihm als für die Produktion wichtig erscheinen.<sup>18</sup> Die Willkür des Arbeitgebers kann dabei, so mag man ergänzen, nicht nur darauf gerichtet sein, über bestimmte Arbeitskraft weiterhin verfügen zu können. Auch sich das Wohlwollen gewisser Mitarbeiter zu erhalten oder sie in konfliktträchtiger Situation gewogen zu stimmen, könnte die Auswahl beeinflussen.

## V. Drei Monate in arbeitsgerichtlicher Sichtweise

### 1. Dreimonatiger Zahlungszeitraum nach einmonatigem Arbeitszeitraum

Nach arbeitsrichterlicher Auffassung genießen Arbeitnehmer ihre Vergütung als Bargeschäft, wenn sie sie binnen dreier Monate empfangen, nachdem die Periode endete, in welcher sie ihre Arbeit verrichteten. Die fragliche Arbeitsperiode ist dabei offensichtlich selbst als nach Monaten abgegrenzt aufzufassen, weil Arbeit regelmäßig in monatlichen Abschnitten abgerechnet wird – insbesondere was das Entgelt anbelangt, aber auch in vielerlei anderer Hinsicht. Was diese Grundannahme für die Beurteilung von Zahlungen nach kürzeren Arbeitszeitabschnitten bedeutet, wird später noch auszuführen sein<sup>19</sup>. Bleibt man im Rhythmus von Monaten, so bedeutet die Annahme, es stehe anfechtungsfrei ein dreimonatiger Zahlungszeitraum zur Verfügung, dass der Beschäftigte für seine im November geleistete Arbeit vom Arbeitgeber noch bis Ende Februar des folgenden Jahres ohne Gefahr der Rückforderung durch den Insolvenzverwalter Vergütung empfangen kann. Die Tage im November geleisteter Arbeit (oder Krankheitstage

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 25f., Gründe zu II.4. c) bb) (1) (Rn. 25).

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 26, Gründe zu II.4. c) bb) (2) und (3) (Rn. 26f.).

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 26, Gründe zu II.4. c) bb) (3) (Rn. 27).

<sup>17</sup> Siehe oben zu II.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2015 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 26, Gründe zu II.4. c) cc) (2) (Rn. 30).

<sup>19</sup> Siehe unten zu IX.

oder im November genommene Urlaubstage) sind rechnerisch zu einer Einheit zusammengefasst. Sie altern erst mit Ablauf des Monats November. Es wird also nicht Tag für Tag oder Stunde für Stunde in Teilvergütungen gerechnet. Das heißt, dass eine am Ende des Monats Februar geleistete Zahlung für den November des vorangegangenen Jahres Arbeit (oder Zeit im Krankenstand oder im Urlaub) vergütet wird, die bis zu annähernd vier Monaten zurückliegt.

## 2. Keine Anknüpfung dreier Monate an die Fälligkeit

Lohn bis zu drei Monaten nach Ende der Arbeits- und Abrechnungsperiode anfechtungsfrei empfangen zu können, ist nicht dasselbe wie Lohn anfechtungsfrei empfangen zu können, der in den zurückliegenden drei Monaten fällig wurde. Letzteres würde auch noch Arbeit des vierten Monats vor der tatsächlichen Zahlung betreffen können. Wenn beispielsweise der Lohn für November am 10.12. fällig wurde<sup>20</sup>, könnte er noch im März des Folgejahres als Bargeschäft beglichen werden, falls der geschützte Zeitraum erst mit Ende des Monats begönne, in welchem die Fälligkeit des Entgelts eintrat. So weit scheint nicht einmal das Bundesarbeitsgericht gehen zu wollen. Der bei Vernachlässigen des Fälligkeitszeitpunktes für die Bestimmung eines dreimonatigen Bargeschäft-Zeitraums theoretisch vorkommende Problemfall, dass Arbeitsentgelt vereinbarungsgemäß erst später als drei Monate nach Ende der abzurechnenden Arbeitsperiode fällig werde, darf wohl als unrealistisch außer Betracht bleiben. Und auf der anderen Seite gibt es bei Bezugnahme auf Abschluss eines Arbeitszeitraums und nicht etwa auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch nicht ein Problem mit bereits seit mehr als drei Monaten bestehenden Beschäftigungsverhältnissen.<sup>21</sup>

## 3. Kumulation des Schutzes mit dreimonatigem Insolvenzgeld

Nimmt man zu einem dreimonatigen Schutzzeitraum nach § 142 InsO noch das (regelmäßig gebündelt schon vom vorläufigen Insolvenzverwalter, je nach den Umständen aufgrund von § 168 SGB III vorschussweise, das heißt zur Auszahlung schon vor dem Eröffnungsbeschluss angeforderte und mit Hilfe eines Kreditinstitutes vorfinanzierte<sup>22</sup>) dreimonatige Insolvenzgeld<sup>23</sup> gemäß §§ 165 ff. SGB III hinzu, ergeben sich für die Beschäftigten schon bei nur einmaliger Nutzung des Bargeschäftsprivilegs insgesamt bis zu sechs Monate gesicherten Lohnempfangs in der Insolvenz des Arbeitgebers. Und je öfter Lohnzahlungen nachgeholt werden, desto länger würde der Schutzzeitraum. Die vor Eröffnung befriedigten Forderungen auf Arbeitsentgelt wären in der Rückschau aus der Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht etwa die Arbeitnehmer bei der Stange haltende Konkursverschleppung, sondern sie wären sozusagen alles andere zurückdrängende vorweggelaufene und vorwegbefriedigte außergesetzliche Masseverbindlichkeiten. Die arbeitsrichterliche Annahme eines dreimonatigen Schutzes nach § 142 InsO lässt für die ebenfalls dreimonatige Frist der Anfechtung kongruenter Deckung gemäß § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO keinen Platz. Damit gelangten Arbeitnehmer auf eine Stufe mit den in § 130 Abs. 1 Satz 2 wegen vereinbarungsgemäßer Nachbesicherung – ebenfalls nicht unzweifelhaft – privilegierten Kreditinstituten. Das Bundesarbeitsgericht will ausdrücklich die von ihm als unzureichend empfundene Deckung dreier Monatslöhne durch das Insolvenzgeld durch Dehnung des nach § 142 InsO begünstigten Zeitraums für Lohnnachzahlung ergänzen.<sup>24</sup>

## VI. Gesetzesvorbehalt

Sieht man die großzügige Einstufung vorkonkurslich gezahlter Arbeitsentgelte nicht als Bargeschäft, sondern als außergesetzlich vorwegbediente Quasi-Masseverbindlichkeiten, so ist es zwingend, den Gesetzesvorbehalt aus Art. 20 Abs. 3 GG in Erinnerung zu rufen, den das Bundes-

<sup>20</sup> So im Fall BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 27, Gründe zu II.4. d) cc) (Rn. 39).

<sup>21</sup> Vernachlässigung des Zeitpunktes, in dem ein Dienst- oder ein Werkvertrag abgeschlossen wurde, fordern beispielsweise FK-InsO/*Dauernheim*, 8. Aufl. 2015, § 142 Rn. 8; Jaeger/*Henckel*, InsO, Bd. 4, 2008, § 142 Rn. 31 ff. Freilich mit Bevorzugung der Fälligkeit als Anknüpfungspunkt für Einstufung als Bargeschäft (*Dauernheim*, aaO; *Henckel*, aaO, Rn. 37), wie es auch die Ansicht des BGH für Arbeitsentgelt ist (siehe unten zu VIII.).

<sup>22</sup> Hierzu *W. Uhlenbruck*, Die Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. Aufl. 2009, Kap. 6, Rn. 38 f.

<sup>23</sup> Kritisch zur Übertragung des dreimonatigen Zeitrahmens aus dem Insolvenzgeldanspruch in die Bargeschäftslösung *Windel*, aaO (Fn. 8), ZIP 2014, 2167 ff., 2168, 2169 f.

<sup>24</sup> BAG, Urt. v. 29. 1. 2014 – 6 AZR 345/12, DZWIR 2014, 308 ff., 310 f. (Rn. 28 ff.).

verfassungsgericht bereits der arbeitsrichterlichen Vorranggewährung in der Handhabung von § 61 KO entgegensetzte<sup>25</sup>. Der Bundesgerichtshof tut dies in ausführlicher Darlegung.<sup>26</sup> Einen schwereren Vorwurf als die Verletzung des Rechtsstaatsprinzips kann der Bundesgerichtshof gegen das Bundesarbeitsgericht als Institution nicht erheben.<sup>27</sup> Der Leser ist versucht, zwischen den Zeilen zusätzlich den jeden beteiligten Richter (sofern er nicht in der geheimen Beratung gegen das Urteil stimmte) persönlich treffenden Vorwurf einer Rechtsbeugung (§ 339 StGB) wahrzunehmen. Die ausführliche Schilderung der Vorgeschichte aus der Zeit der Konkursordnung<sup>28</sup> ist geeignet, den Verdacht eines Vorsatzes zu insinuieren.

Zugleich mit dem Hinweis auf den Gesetzesvorbehalt gibt der Bundesgerichtshof eine bedenkenwerte inhaltliche Empfehlung. Anstatt die übrigen ungesicherten Gläubiger zu belasten, müsste eine sozialpolitisch motivierte Begünstigung der Arbeitsentgelte von der Allgemeinheit getragen werden. Das Sozialstaatsprinzip vermag mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts nicht zur richterlichen Korrektur jeglichen als unbillig empfundenen Ergebnisses herzuhalten, sondern muss mit gesetzlichen Regelungen ausgeführt werden.<sup>29</sup>

## VII. Unanzweifelbarkeit des Bargeschäftsprivileges überhaupt

### 1. Ruin bei Verzicht auf Hinnahme von Bargeschäften

Der Bundesgerichtshof spricht keine grundsätzlichen Bedenken gegen den Regelungsgehalt von § 142 InsO aus. Das sog. Bargeschäftsprivileg bestätigt er vielmehr als eine Notwendigkeit. Fehlte es, würde zwangsläufig die Krise den Ruin des Schuldners bedeuten. Denn der Schuldner wäre vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen, sobald seine Geschäftspartner die Insolvenz fürchten müssen.<sup>30</sup> In der

<sup>25</sup> Siehe oben zu III.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 25, Gründe zu II.4. c) (Rn. 20 ff.).

<sup>27</sup> Windel, aaO (Fn. 8), ZIP 2014, 2167, 2172: Anicht eben dezent@.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 25, Gründe zu II.4. c) aa) (Rdn.21 ff.).

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 26, Gründe zu II.4. c) cc) (1) und (2) (Rn. 29 f.), mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

<sup>30</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 24, Gründe zu II.1. (Rn. 9).

Sorge, empfangene Leistungen in einem Insolvenzverfahren zurückgewähren zu müssen, kämen weder neue Geschäfte zustande noch würden bestehende weiter ausgeführt. Insbesondere Betriebe gerieten im Nu in Stillstand. Die Befreiung der Bargeschäfte von dem Anfechtungsrisiko ist Instrument wünschenswerter Konkursvermeidung. Sie vereitelt bei zweckentsprechender Auslegung und Handhabung der Merkmale Unmittelbarkeit und Gleichwertigkeit nicht das mit einem am Ende gegebenenfalls doch unvermeidbaren Insolvenzverfahren verfolgte Ziel der Gläubigergleichbehandlung.

Mit Entwicklung einer Sanierungsplanung oder gar mit einem schon ausgearbeiteten Rettungskonzept muss das als Bargeschäft gedachte Geschäft nicht gestützt werden. Namentlich greift § 142 InsO nicht nur unter einem Eigenverwaltung vorbereitenden Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO), während Schuldenbereinigungsbemühungen vor dem Eröffnungsantrag in der Verbraucherinsolvenz (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO) oder bei Vorlage eines Entwurfs für einen Schuldenbereinigungsplan zum Eigenantrag zum Verbraucherinsolvenzverfahren (§ 305 Abs. 1 Nr. 4 InsO). Im Gegenteil grenzt der Bundesgerichtshof Sanierungsversuch und Bargeschäft ausdrücklich gegeneinander ab.<sup>31</sup>

### 2. Verzicht auf Fragen nach Zahlungsunfähigkeit und konkretem Nutzen der Arbeitskraft für den gefährdeten Schuldner

Der vom Bundesarbeitsgericht erhobene Befund »Bargeschäft« entband (vorbehaltlich der in § 142 InsO für vorsätzliche Benachteiligungen nach § 133 Abs. 1 InsO angebrachten Ausnahme) von der in den Anfechtungsregeln angelegten Prüfung, ob die Schuldnerin zahlungsunfähig war und der Zahlungsempfänger dies erkannt hatte. Das Bundesarbeitsgericht verzichtete überdies bei seiner großzügigen Fristbemessung für Lohnzahlungen als Bargeschäft auch auf die Prüfung, ob für den wirtschaftlich schwankenden Betrieb mittels der Lohnnachzahlung wirklich ein Nutzen entstand. Arbeitsgerichtlich findet keine Differenzierung danach statt, ob der einzelne Arbeitnehmer in dem Vergütungszeitraum tatsächlich Dienst verrichtete oder ob er sich im akuten Krankenstand, in Rehabilita-

<sup>31</sup> Nämlich bei der (negativ verlaufenden) Prüfung von Benachteiligungsvorsatz gemäß § 133 Abs. 1 InsO. Siehe BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 27 f., Gründe zu III.1. a) aa) und bb) (Rn. 43 f.).

tion, in Urlaub, in Bereitschaft hielt. Ebenso wenig wird danach differenziert, ob im Einzelfall weitere Dienstleistung, zu der die Nachzahlung animieren möchte, wirklich bevorsteht, oder ob sie wegen Krankheit oder aus einem anderen Grunde, insbesondere wegen Beendigung des Arbeitsvertrages, nicht zu erwarten ist. Grundsätzliche Vorkhaltung der Arbeitskraft in dem Vergütungszeitraum genügt der Arbeitsgerichtsbarkeit. Sie ist schon in ihrer Abstraktheit ein genügender Wert für den Betrieb des Schuldners.

Der Bundesgerichtshof scheint die Frage nach dem baren Leistungsaustausch ein wenig kritischer zu sehen. Er stellt ausdrücklich fest, dass die Dienste des Arbeitnehmers mangels abweichender Feststellbarkeit ihr nachgezahltes Geld wert waren<sup>32</sup>. Möglicherweise würde der Bundesgerichtshof Entgelt für nicht erbrachte Arbeitsleistung nicht als Bargeschäft akzeptieren oder allenfalls bei zwischenzeitlichem Wiederantritt der unterbrochenen Arbeit, welche auch der Periode von Nichtarbeit aus Arbeitgeberseite einen Wert beschert (das Warten wurde nicht enttäuscht). Zumindest müsste es schwer fallen, den Wert der Nichtarbeit in der jüngsten, nunmehr entlohnten Vergangenheit und auf diese Weise die Bargeschäftseignung einer Entgeltnachzahlung damit zu belegen, dass die Vergütung für Nichtarbeit rechnerisch mit der Vergütung für Arbeit vor der Arbeitsunterbrechung zusammengefasst werden müsse. Denn dann gelangte man doch wieder zu einem langen Betrachtungszeitraum für die Würdigung als Bargeschäft (möglicherweise zu einem ganzen Jahr, weil Urlaubsansprüche regelmäßig auf Jahressicht definiert sind), den doch der Bundesgerichtshof ablehnt.

## VIII. Reduzierter Zeitraum eines Bargeschäfts: Arbeitslohn nach 30 Tagen

### 1. 30 Tage nach Fälligkeit

Der beurteilte Fall fügte sich genau in einen vom Bundesgerichtshof bevorzugten Zeitrahmen von 30 Tagen nach Fälligkeit des Arbeitsentgelts anstatt von drei Monaten nach Ende der Arbeitsperiode ein.<sup>33</sup> Offen lässt der Bundesgerichtshof, ob die in den ersten Januartagen erbrachte

Teilzahlung für den November oder für den Dezember des vorausgegangenen Zeitraumes zu verrechnen war. In jedem Fall war eine dreißigtägige Frist gewahrt. Handelte es sich um Vergütung für November, die erst am 10.12. fällig geworden war, so lag Nachzahlung am 5.1. innerhalb des Bargeschäftszeitraums, weil die dreißig Tage erst mit dem 11. 12. anliefen. Und sollte am 5. 1. im Dezember geleistete Arbeit vergütet werden, so lag die Zahlung sogar noch vor der Fälligkeit am 10. 1.

Den zehnten Tag eines Folgemonats als den spätesten Fälligkeitszeitpunkt zu bezeichnen, ist wohl kein Hinweis auf weitere Fälligkeitsvoraussetzungen, welche einen bereits vor dem zehnten Tag und vielleicht sogar vor dem fünften Tag liegenden Fälligkeitszeitpunkt nach sich ziehen könnten und deshalb hätten untersucht werden müssen. Vielmehr dürfte hier bloß eine flüchtige Ausdrucksweise vorliegen und immer vom zehnten Tag als Fälligkeitszeitpunkt auszugehen sein. Und da Einverständnis des Beschäftigten als des Gläubigers besteht, verstößt die Teilzahlung auch nicht gegen § 266 BGB und wirkte deshalb erfüllend. Allenfalls mag man noch erwägen wollen, dass eine am 5. 1. geleistete Zahlung für Dezember, weil sie vor Fälligkeit am 10. 1. geschah, inkongruente Deckung (§ 131 Abs. 1 InsO) war. Doch tritt diese Frage hinter die gelingende Feststellung als Bargeschäft zurück. Auch noch am 10. 1. hätte der Beschäftigte das Geld für seine im Dezember geleisteten Dienste als Baraustausch vereinnahmen dürfen. Die zu frühe Zahlung bedeutete deshalb keinen Nachteil für die Gläubiger. Und ohne Nachteil gibt es keine Anfechtung (§§ 129 Abs. 1 InsO).

### 2. Unmittelbarkeit des Austauschs

§ 142 InsO verlangt mit dem Ausdruck »unmittelbar« einen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung.<sup>34</sup> Nahtlosigkeit wie in einer Zug-um-Zug-Leistung nach §§ 273f. BGB oder §§ 320, 322 BGB verlangt die Unmittelbarkeit nicht.<sup>35</sup> Es steht eine Zeitspanne zur Verfügung. Eine bestimmte Grenze zieht § 142 InsO jedoch nicht. Damit bleibt Raum für eine den Gepflogenheiten und den Umständen des Einzelfalles angemessene Differenzierung. Das Ergebnis muss stets sein, dass unter Berücksichtigung der Üblichkeit das Geschäft nicht den Charakter

<sup>32</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 24, Gründe zu II.2. und 3. (Rn. 10 bis 13).

<sup>33</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 24, Sachverhalt (Rn. 2), Gründe zu I (Rn. 6f.) und II.4. d) cc) (Rn. 39).

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 24, Gründe zu II.4.a (Rn. 15); Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO, Stand Januar 2015, § 142 Rn. 11.

<sup>35</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 27, Gründe zu II.4. a) (Rn. 15).

einer Kreditierung annimmt.<sup>36</sup> Demnach sind beispielsweise Zeiträume von ein bis zwei Wochen, innerhalb deren sich Lieferung, Rechnungstellung und Zahlung ereignen, in der Regel unter Bargeschäfte zu subsumieren.<sup>37</sup> Andererseits erscheint ein zweimonatiger Abstand zwischen der Fälligkeit eines Anwaltshonorars für Sanierungsanstrengungen und der Zahlung als zu lang.<sup>38</sup> Erblickt man in der Regelung des § 286 Abs. 3 BGB über mahnungslosen Schuldnerverzug bei dreißigtägigem Rückstand mit Begleichen einer Rechnung einen Maßstab für Verlust zeitlicher Nähe von Leistung und Gegenleistung, so ergibt sich: Zu lang ist auch eine Zeit von mehr als dreißig Tagen zwischen Beginn anwaltlicher Tätigkeit (vorläufige Insolvenzverwaltung inbegriffen) und vorschussweiser erster Bezahlung oder ein längerer Zeitraum als dreißig Tage zwischen Fortsetzung der Anwaltstätigkeit und weiterer Vorschusszahlung (gleichviel, ob die Zahlung der Anwaltstätigkeit nachfolgt oder umgekehrt).<sup>39</sup>

Die auf § 286 Abs. 3 BGB gestützte Beurteilung von Anwaltsvergütung nimmt der Bundesgerichtshof zum Muster für die Beurteilung des Arbeitsentgeltes. Zu lang ist nicht nur ein dreimonatiger Zeitraum nach Abschluss einer Arbeitsperiode. Bereits Lohnzahlungen, die der Arbeitgeber mehr als zwei Monate nach der zugehörigen Arbeit leistet, sind nicht mehr Bargeschäft.<sup>40</sup> Das Gericht überträgt die dreißigtägige Frist vom anwaltlichen Dienstverhältnis auf das Arbeitsverhältnis, für welches monatliche Entgeltzahlung vorgesehen ist.<sup>41</sup> Da das Arbeitsentgelt nicht fortlaufend zu zahlen ist, sondern von Intervall zu Intervall, lässt der Bundesgerichtshof den maximal für ein Bargeschäft tauglichen Zeitraum nicht mit der Arbeitsleistung beginnen, so dass der Arbeit jeden Tages, jeder Stunde oder jeder Minute ein je eigener Zahlungszeitraum

zuzuweisen wäre. Vielmehr wird die Arbeit gemäß den vorgesehenen regulären Abrechnungszeitpunkten in Abschnitte zusammengefasst, und erst der dazu jeweils gehörige gesetzliche (§ 614 Satz 2 BGB) oder vertragliche Fälligkeitszeitpunkt löst die dreißigtägige Frist aus. Dieser Analogieschluss erzeugt ein Ergebnis, das nicht allein dem Geschäftsverkehr einzuleuchten vermag. Vielmehr stellt der Analogieschluss auch in systematischer Hinsicht zufrieden, weil die insolvenzrechtliche gemeinsame Betrachtung einer Vergütung für selbständige Tätigkeit (Anwaltstätigkeit) und Vergütung für Tätigkeit im Arbeitsverhältnis der bürgerlich-rechtlichen Gleichstellung von selbständiger und unselbständiger Arbeit unter dem Typus Dienstvertrag entspricht.

### 3. Berücksichtigung künftiger Arbeitsbereitschaft?

Keine Rechtfertigung erfährt in den Augen des Bundesgerichtshofes die Lohnnachzahlung aus der naheliegenden Überlegung des Bundesarbeitsgerichts<sup>42</sup>, dass sie in der Krise die Loyalität der Belegschaft zu festigen geeignet ist. Die Beschäftigten »bei der Stange« zu halten, muss nach Meinung des Bundesgerichtshofes in der Beurteilung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung nach zeitlicher Zuordnung und Gewicht außer Ansatz bleiben, weil die noch bevorstehende Arbeitsleistung ihrerseits in einen eigenständigen Vergleich mit einer etwa nachfolgenden Entlohnung einzustellen sein wird.<sup>43</sup>

Die strenge Scheidung der Arbeits- und Vergütungsabschnitte hat zur gedanklichen Bewältigung der komplexen Vermögenssituation eines wankenden Unternehmens vieles für sich. Die nachträgliche Betrachtung muss nicht mit einer fiktiven Prognose von einem vergangenen Ausgangspunkt belastet werden. Anders ausgedrückt: Hinterher ist man immer klüger, und es ist nur schwer möglich, sich später unbefangen in die betrachtete Zeit zurückzusetzen. Auf der anderen Seite verlangen die Anfechtungsregeln ohnehin eben dieses nachträgliche Einschätzen der wirtschaftlichen Bedeutung eines Tuns für eine vom Standpunkt der Vergangenheit noch bevorstehende Zukunft. Anfechtbar ist, was Gläubiger benachteiligt (§ 129 Abs. 1 InsO). Diese Benachteiligung stellt sich aber notwendig erst später heraus, weil die Anfechtung nur nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stattfinden kann. Erst mit Eröff-

36 HK-InsO/Kreft, 7. Aufl. 2014, § 142 Rn. 6; Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO, Stand Januar 2015, § 142 Rn. 11.

37 Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO, Stand Januar 2015, § 142 Rn. 12. Offen HK-InsO/Kreft, InsO, 7. Aufl. 2014, § 142 Rn. 5.

38 Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO, Stand Januar 2015, § 142 Rn. 12.

39 BGH, Urt. v. 13. 4. 2006 – IX ZR 158/05, DZWIR 2006, 502, 504f.; BGH, Urt. v. 6. 12. 2007 – IX ZR 113/06, DZWIR 2008, 127, 128f.; BGH, Urt. v. 15. 12. 2011 – IX ZR 118/11, DZWIR 2012, 367, 369. BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 26f., Gründe zu II.4. d) aa) (Rn. 33), greift ausdrücklich auf diese Judikatur zurück. Ebenfalls auf Vorschüsse innerhalb je dreißigtägiger Zeiträume verweisend HK-InsO/Kreft, 7. Aufl. 2014, § 142 Rn. 5. Eigenschaft von § 286 Abs. 3 BGB als auf § 142 InsO übertragbarer Rechtsgedanke betont von Braun/Riggert, InsO, 6. Aufl. 2014, § 142 Rn. 18.

40 BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 24, Gründe zu II.4. a) (Rn. 15).

41 BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 26f., Gründe zu II.4. d) (Rn. 31 bis 39).

42 Siehe oben zu V.

43 BGH, Urt. v. 10. 7. 2015, – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 35, Gründe zu II.4. b) cc) (Rn. 19).



nung des Insolvenzverfahrens lassen sich die bestehenden und die vereitelten Befriedigungschancen ermitteln und vergleichen. Unter diesen Umständen aber wäre es keine Überdehnung der Merkmale »Unmittelbarkeit« und »Gleichwertigkeit«, wenn man bei der Beurteilung von Lohnzahlungen auch die zukunftsbezogene Stärkung des Arbeitsverhältnisses im Ganzen berücksichtigen wollte.

Natürliche Anschauung ist sicherlich nicht in jedem Problem ein Argument, mit dem man Bedenken fortweisen kann.<sup>44</sup> Aber in diesem Fall scheint es hilfreich, sich zumindest auch natürlicher Anschauung zu bedienen. Und diese wird im zuverlässigen Bestand der mit dem Unternehmen und seinen Abläufen vertrauten Belegschaft einen eigentümlichen Wert sehen, der über die Produktion der zurückliegenden Zeitabschnitte hinausreicht. Zuverlässiger Personalbestand ist ein Wert, der mit anderen Komponenten im Unternehmenswert zusammenfließt, welcher mehr ausmacht als nur die Summe der Werte aller im Unternehmen versammelten körperlichen und unkörperlichen Gegenstände. Jener Wert des Personalbestandes aber wird im Arbeitslohn mitgekauft. Folglich sollte auch die (vom Standpunkt der Vergangenheit feststellbare) Aussicht auf weitere Arbeitsbereitschaft in die Beurteilung der Lohnzahlung nach § 142 InsO einbezogen werden. Die im Nachhinein einzunehmende Zukunftsperspektive erlaubt außerdem angemessene Berücksichtigung einer Solidarisierung der Belegschaft. Damit darf auch nachgereichte Vergütung für Nichtarbeit einzelner Arbeitnehmer (Krankenstand, Mutterschutz) oder gar des ganzen Personals (Betriebsferien) in einem für § 142 InsO notwendigen Gegenwertzusammenhang gesehen werden.

## IX. Bargeschäftszeitraum bei Beschäftigungen mit nichtmonatlicher Abrechnung?

### 1. Abweichende Abrechnungsperioden

Die Regel eines dreißigtägigen Zahlungszeitraums bezieht sich auf die in Abschnitten von je einem Monat abgerechnete Arbeit. Den für die Einstufung als Bargeschäft tolerablen Zahlungszeitraum bemisst der Bundesgerichtshof na-

<sup>44</sup> Zu Möglichkeit und Grenzen umgangssprachlicher Deutung der im Gesetz verwendeten Worte lies *Bydlinski/Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2. Aufl. 2012, B.I.3; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl. 2011, § 5.I; *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 19 ff. (mit Bezug auf »natürliche Betrachtungsweise« in der Judikatur des Bundesgerichtshofes).

hezu genau so lang wie den abzurechnenden Zeitraum selbst. Auf Arbeitsentgelt für kürzer oder länger bemessene Zeiträume wird die Dreißig-Tage-Regel nicht unmittelbar anzuwenden sein. Weder erscheint der Zeitraum von dreißig Tagen nach Fälligkeit des Lohns als für alle Beschäftigungszeiträume absolut angemessen noch wird man sagen können, dass der Zeitraum für unanfechtbare Nachentrichtung von Lohn immer genau so lang ist wie der fragliche Arbeitszeitraum. Nicht eine allgemeine Festlegung gilt, sondern eine Lösung anhand der Zeitspannen für die ausgetauschten Leistungen und der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs.<sup>45</sup>

### 2. Kürzere als monatliche Arbeitsabschnitte

Es gibt viele Beschäftigte, die nicht in einem Arbeitsverhältnis mit tarifvertraglichem Monatsrhythmus stehen. Zwar ist der dauerhaft beschäftigte Arbeiter längst Geschichte, der am Ende einer jeden Woche seine sprichwörtliche Lohntüte empfängt. Aber es gibt unzählige kurzfristige Beschäftigungsverhältnisse zur Aushilfe oder für einmalige Ereignisse, welche mit nur unregelmäßigem Einsatz an wenigen Wochen, Tagen oder Stunden verbunden sind oder die insgesamt nur wenige Wochen oder Tage oder gar nur Stunden umfassen. Man denke zum Beispiel an Ferienaushilfen, gelegentlich abgerufene Helfer für Messebetrieb, Catering, Theater und Konzert oder an Helfer bei einem Wochenendfestival und unterstelle dabei, dass nicht unabhängig von dem Umfang des Einsatzes stets erst am Monatsende abgerechnet werde. Je nach Branche und Usancen mögen auch nun in gewissen Situationen dreißig Tage nach Fälligkeit einen angemessenen Zeitraum für die Beurteilung als Bargeschäft darstellen. Meistens aber wird man bei Beschäftigungsperioden, die unter einem Monat liegen, den für § 142 InsO einschlägigen Leistungszeitraum kürzer fassen müssen.

Allerdings wird der anfechtungsfreie Zeitraum nicht notwendig so kurz sein wie der Einsatz. Nach Erledigung zweistündiger Beschäftigung, deren Ende gemäß § 614 Satz 1 oder Satz 2 BGB das Entgelt fällig macht, gegebenenfalls nur zwei Stunden Zeit für anfechtungsfreie Zahlung zu gestatten, wäre zu streng und ist vom Gläubigerschutz nicht geboten. Der Beschäftigte sollte die Möglichkeit haben, nach Fälligkeit den Zahlungseingang überprüfen, den Arbeitgeber nötigenfalls erinnern und auch noch die übliche Zeit eines Zahlungsvorgangs überdauern zu können,

<sup>45</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 24, Gründe zu II.4. a) (Rn. 15).

ohne dass die Vergütung ihr Wesen als Bargeschäft verliert. Dazu muss man mindestens eine Woche Zeit lassen.

### 3. Längere als monatliche Arbeitsabschnitte

Neben kürzeren kommen auch längere als monatliche Vergütungsabschnitte vor (zwei Monate, Quartal, Halbjahr, Jahr, mehrere Jahre). Es mag sich um die komplette Vergütung handeln oder auch nur um gewisse Vergütungsbestandteile wie beispielsweise Zulagen, welche lediglich in längeren als monatlichen Abständen anhand von Unternehmensdaten ermittelt werden. Wiederum muss man auf Branche und Gepflogenheiten schauen. Es mag Fälle längerer Berechnungszeiträume geben, in denen dreißig Tage ebenfalls eine angemessene Frist darstellen. Überwiegend dürfte aber ein größerer Abrechnungszeitraum auch einen längeren anfechtungsfreien Zahlungszeitraum nach sich ziehen. Nicht also müssen längere Abrechnungszeiträume in der Krise (die abzurechnenden Leistungen seien inhaltlich teilbar oder nicht) in maximal einen Monat umfassende zerlegt werden.<sup>46</sup> Der Bargeschäftszeitraum wächst allerdings nicht proportional mit dem Abrechnungszeitraum.

Eine äußerste Grenze ist schwer zu setzen. Doch wird man sich an der in den Anfechtungsvorschriften der §§ 130, 131 InsO sichtbaren Größe von drei Monaten ausrichten können. Die Anfechtungsregelungen wägen das gemeinsame Gläubigerinteresse an noch zu bewirkender gleichmäßiger Befriedigung mit dem individuellen Interesse eines Gläubigers an Konservierung einer schon geschehenen besseren Befriedigung ab. Kongruente und inkongruente Deckung ist nur in einem Zeitraum von maximal drei Monaten vor dem Eröffnungsantrag relevant. Begreift man das Bargeschäft als spiegelbildlich, so können maximal drei Monate als Zeitraum für eine Nachzahlung von Arbeitsentgelt anfechtungsfrei gestellt werden. Je nach Lage des Fälligkeitszeitpunktes im Verhältnis zum Zeitpunkt des Eröffnungsantrages könnte so im Einzelfall der gesamte Anfechtungszeitraum durch den Bargeschäftszeitraum überdeckt werden. Eines längeren Schutzes bedarf der Beschäftigte nicht. Somit kann auch der Empfang von Arbeitsentgelt für einen sehr langen Abrechnungszeitraum anfechtbar sein. Wenn sich also in einer späteren Rückverfolgung der Abläufe ergibt, dass eine alle drei Jahre anfallende (Zusatz-)Vergütung fünf Monate vor dem Eröffnungs-

<sup>46</sup> Ähnlich plädiert Jaeger/Henckel, InsO, Bd. 4, 2008, § 142 Rn. 32, dafür, dass der Schuldner Werkleistungen, welche einen längeren Zeitraum als 30 Tage ausfüllten, trotz mittlerweile eingetretener Krise anfechtungsfrei vergüten kann.

antrag fällig wurde, dann kann der Beschäftigte eine im vorletzten Monat vor dem Eröffnungsantrag (mehr als drei Monate nach der Fälligkeit) geleistete Zahlung nicht mehr als Bargeschäft, geschützt gegen eine Anfechtung als kongruente Deckung, vereinnahmen. Vielmehr ist in einem solchen Fall die Zeit zwischen Fälligkeit und wirklicher Zahlung des Lohns als Kreditgewährung einzustufen. Kreditgewährung kann aber nicht Bargeschäft sein.<sup>47</sup>

### 4. Gesetzliche Festlegung dreimonatigen Nachzahlungszeitraums für jegliche Beschäftigungsperiode?

Die Differenz zwischen der aus Arbeitnehmersicht strengen Interpretation des Bundesgerichtshofes und der milden Haltung des Bundesarbeitsgerichts löste bei der Bundesregierung das Bedürfnis aus, mit einer Gesetzesänderung Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Rechtsunsicherheit zu entlasten. Zusammen mit Eingriffen in Vorschriften des in der Praxis unter hochkomplexer Differenzierung angewandten Anfechtungsrechts soll die Regelung des Bargeschäfts geändert werden. Ein Gesetzentwurf der Bundesregierung wurde am 29. 9. 2015 veröffentlicht.<sup>48</sup> Die Bundesregierung meint, es solle in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts § 142 InsO um einen zweiten Absatz ergänzt werden, worin die Unmittelbarkeit des Austausches von Leistung und Gegenleistung näher beschrieben werde. Darin möge zunächst ein enger zeitlicher Zusammenhang nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs angefordert werden.<sup>49</sup>

Diese Definition wird man kaum beanstanden können. Doch schließt der Entwurf ihr einen zweiten Satz an, wonach, falls ein Schuldner seinem Arbeitnehmer Arbeitsent-

<sup>47</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 24, Gründe zu II.4. a) (Rn. 15); Jaeger/Henckel, InsO, Bd. 4, 2008, § 142 Rn. 31; Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO, Stand Januar 2015, § 142 Rn. 11.

<sup>48</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung (noch ohne Nummer als Parlamentsdrucksache): Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz, S. 1, 2, 5, 11. Zugänglich über die Internetseiten des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz unter [http://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/RegE\\_Anfechtungsrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/RegE_Anfechtungsrecht.pdf?__blob=publicationFile) (aufgerufen am 20. 10. 2015). Fortgang beim Bundesrat mit BR-Drs. 495/15 sowie mit Empfehlung von Rechtsausschuss, Finanzausschuss und Wirtschaftsausschuss in BR-Drs. 495/1/15.

<sup>49</sup> § 142 Abs. 2 Satz 1 InsO gemäß dem Regierungsentwurf vom 29. 9. 2015.

gelt gewähre, unterschiedslos ein enger zeitlicher Zusammenhang anzunehmen sei, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgeltes drei Monate nicht übersteige.<sup>50</sup> Eine solche schematische Lösung scheint transparent und somit leicht handhabbar. Sie widerspricht jedoch zutiefst dem vorangehenden grundsätzlichen Gebot einer Rücksichtnahme auf die geschäftlichen Gepflogenheiten. Die Bundesregierung übt Sozialpolitik mit dem falschen Instrument. Die übrigen Gläubiger werden entgegen dem in § 1 Satz 1 InsO niedergelegten Grundsatz gemeinschaftlicher Befriedigung in die Funktion einer ergänzenden Sozialkasse bei massiver Reduktion ihrer ohnehin dürftigen Erfüllungsaussicht genötigt. Überdies bleibt die Unsicherheit, ob ein längerer zeitlicher Abstand in jedem Falle die Einschätzung als Bargeschäft würde ausschließen müssen. Wenn es wirklich eines Tages im Gesetz hieße, ein Zeitraum von drei Monaten sei enger Zusammenhang, erlaubt das nicht ohne weiteres den Umkehrschluss, dass ein Zeitraum von dreieinhalb Monaten – unter welchen Umständen auch immer – keinen engen Zusammenhang darstelle.

## X. Zahlungsfrist vor der Bargeschäftsfrist

Noch keine Kreditgewährung im Sinn des Gegenteils zum Bargeschäft nach § 142 InsO stellt dar, dass der Arbeitnehmer mit seinen Diensten während des Abrechnungsabschnitts in Vorleistung geht.<sup>51</sup> Anfechtungsrechtlich ist lediglich die Zeit nach Fälligkeit relevant. Der vereinbarte Fälligkeitszeitpunkt – die Regelung sofortiger Fälligkeit mit Ende des Dienstes oder des Dienstabschnittes in § 614 BGB ist disponibel – darf auch ein wenig nach Beendigung des Abrechnungszeitraums liegen. Im Fall monatlicher Abrechnung toleriert der Bundesgerichtshof bis zu fünfzehn Tage.<sup>52</sup> Der Bargeschäftszeitraum hat also noch eine Anlaufhemmung durch die Zahlungsfrist.

<sup>50</sup> § 142 Satz 2 InsO gemäß dem Regierungsentwurf vom 29. 9. 2015.

<sup>51</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 27, Gründe zu II.4. d) bb) (3) (Rn. 37).

<sup>52</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 27, Gründe zu II.4. d) bb) (3) (Rn. 37).

## XI. Disponibilität des Befundes Bargeschäft?

Wenn der Bundesgerichtshof den Zeitpunkt der Fälligkeit an den Beginn eines Zeitraums für anfechtungsfreie Entlohnung setzt, gewährt er den Parteien des Arbeitsvertrages Gestaltungsspielraum, welcher sich auf die Befugnisse von Insolvenzgläubigern und Insolvenzverwalter auswirkt. Das heißt aber nicht, dass die Eigenschaft eines Geschäfts als Bargeschäft disponibel wäre. In vielerlei Hinsicht fußt das Insolvenzrecht auf Begründung oder Änderung von Rechtsverhältnissen, die die Beteiligten in eigener Willkür begründeten. Das Insolvenzverfahren muss diese Vorgaben grundsätzlich respektieren und ist gerade dazu geschaffen, den in mehr oder weniger freier Entschließung erzeugten, aber noch unerledigten Forderungen zur Durchsetzung zu verhelfen. Nicht aber steht die insolvenzrechtliche Beurteilung zur Wahl der Beteiligten. Was in der Frage einer Fortsetzung schwebender Geschäfte § 119 InsO ausdrücklich bestimmt, gilt unausgesprochen auch für die Frage, ob der nachmalige Gemeinschuldner eine Gegenleistung wertgleich und unmittelbar für eine eingehende Leistung erbringt. Arbeitgeber und Arbeitnehmer mögen mündlich ausdrücken oder urkundlich niederlegen, dass sie lediglich einen Baraustausch vornehmen wollen. Wenn es nach den Umständen kein Bargeschäft ist, wird es auch nicht durch die Prävention zu einem solchen.

## XII. Keine Vorsatzanfechtung

Richtigerweise nimmt der Bundesgerichtshof der Entlohnung den Anfechtungsschutz aus § 142 InsO nicht wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung nach § 133 InsO. Die Zahlungsunfähigkeit erkannt zu haben, ist Beweisanzeichen für Benachteiligungsvorsatz des Schuldners. Dieses Indiz genügt aber nicht für die Annahme von Vorsatz, weil unter den gegebenen Umständen die Nachzahlung als von einer anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willensrichtung, nämlich Sanierungsabsicht oder unmittelbare Gewinnung unerlässlicher gleichwertiger Leistung, getragen anzusehen ist.<sup>53</sup> Abgesehen davon wies der Insolvenzverwalter dem Zahlungsempfänger auch nicht nach, die wirtschaftliche Situation des Schuldners und einen Benachteiligungsvorsatz erkannt zu haben.<sup>54</sup> Wie bei der

<sup>53</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 27 f., Gründe zu III.1. a) (Rn. 42ff.).

<sup>54</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 28, Gründe zu III.1. b) (Rn. 45).

auf Wissen des Anfechtungsgegners vorsatzgestützten Anfechtung in der Einzelzwangsvollstreckung gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 AnfG<sup>55</sup> genügt (abgesehen von gesetzlicher Vermutung unter gewissen Umständen) nur sicheres Wissen, nicht jedoch bloße Mutmaßung des Leistungsempfängers oder sein Kennenmüssen.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> Siehe BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 50/12, DZWIR 2016, 23, 25, (Rn. 20).

<sup>56</sup> Der oben zu IX.4 erwähnte Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 29. 9. 2015, aaO (Fn. 48), will die in § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO angelegte gesetzliche Vermutung von Kenntnis des Schuldnervorsatzes abschwächen. Dazu soll ein neuer § 133 Abs. 3 InsO bestimmen, dass im Falle kongruenter Deckung nicht schon die Kenntnis von drohender Zahlungsunfähigkeit die Vermutung einer Kenntnis von Schuldnervorsatz auslöst, sondern nur die Kenntnis bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit (§ 133 Abs. 3 Satz 1 InsO RegEntw). Und falls der Gläubiger dem Schuldner eine Zahlungserleichterung gewährt hatte, soll sogar eine gegenläufige, Verzichtsbereitschaft belohnende Vermutung gelten, wonach der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit nicht kannte (§ 133 Abs. 3 Satz 2 InsO RegEntw). Siehe RegEntw 29. 9. 2015, aaO (Fn. 48), S. 4, 11. Zur beabsichtigten Vereinfachung des Anfechtungsrechts trägt das nicht bei.

Da der Verweis aus § 142 InsO auf § 133 Abs. 1 InsO die Bestimmung in § 133 Abs. 2 InsO als eine Beweislastregelung miterfasst<sup>57</sup>, muss allerdings auch die Vorsatzvermutung bei einer Angehörigenstellung im Sinn von § 138 InsO i. V. m. § 133 Abs. 2 Satz 1 InsO überwunden werden. Der entlohnte Beschäftigte war als Anteilseigner eine dem Schuldner (eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung) nahestehende Person gemäß § 138 Abs. 2 Nr. 1 Fall 4 InsO.<sup>58</sup> Das Arbeitsverhältnis war ein entgeltlicher Vertrag; die Erfüllung durch Entgeltzahlung hat an dieser Entgeltlichkeit teil.<sup>59</sup> Doch fehlt es wegen der Gleichwertigkeit an einer unmittelbaren Benachteiligung der Gläubiger, wie § 133 Abs. 2 Satz 1 InsO sie voraussetzt.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Jaeger/Henckel, InsO, Bd. 4, 2008, § 142 Rn. 55; Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO, Stand Januar 2015, § 142 Rn. 14.

<sup>58</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 28, Gründe zu III.2. a) (Rn. 47).

<sup>59</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 28, Gründe zu III.2. a) (Rn. 47).

<sup>60</sup> BGH, Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, DZWIR 2016, 23, 28, Gründe zu III.2.b) (Rn. 48).