

**Unregelmäßige Zahlungen bedeuten nicht gleichzeitig das "Aus"**

Auch wenn einem Mitarbeiter ausstehende Gehälter (hier für 3 Monate) in einer Summe bar ausgezahlt worden sind, so musste er nicht davon ausgehen, dass sein Arbeitgeber kurz vor der Insolvenz steht. Er habe nicht zwingend damit rechnen müssen, diese Gelder an den Insolvenzverwalter zurückzahlen zu müssen. Die Information über die Zahlungsrückstände (auch bei Kollegen) ließen kein eindeutiges Urteil über die Liquiditäts- und Zahlungslage des Brötchengebers zu. Ein Mitarbeiter (hier ging es immerhin um einen Betriebsleiter), der keinen Einblick in die Finanzbuchhaltung der Firma hat, stattdessen jedoch mitbekommt, dass der Firma noch Waren auf Rechnung geliefert wurden, hat keinen Grund, eine akute Zahlungsunfähigkeit anzunehmen. (Ansonsten wäre er verpflichtet gewesen, das empfangene Geld an den Insolvenzverwalter herauszurücken, weil sonst andere Gläubiger seines Chefs unzulässig benachteiligt worden wären.)

Quelle: Wolfgang Büser

**Arbeitsentgeltzahlung des Arbeitgebers in der Krise für vom Arbeitnehmer in den vorhergehenden drei Monaten erbrachte Arbeitsleistungen als Bargeschäft i.S.v. § 142 InsO**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 06.10.2011

**Aktenzeichen:** 6 AZR 262/10

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2011, 29147

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

ArbG Bayreuth - 14.07.2009 - AZ: 1 Ca 488/08

LAG Nürnberg - 31.03.2010 - AZ: 3 Sa 379/09

**Rechtsgrundlagen:**

§ 133 Abs. 1 InsO

§ 142 InsO

§ 286 Abs. 1 S. 1 ZPO

**Fundstellen:**

BAGE 139, 235 - 251

ArbR 2011, 666

ArbRB 2011, 361

AuA 2011, 671

AuR 2012, 40

AUR 2012, 40

BB 2011, 2611 (Pressemitteilung)

BB 2012, 582  
BB 2011, 3125  
DB 2011, 2779-2782  
EWiR 2011, 817  
EzA-SD 21/2011, 11 (Pressemitteilung)  
EzA-SD 25/2011, 14-15  
FA 2011, 378-379 (Pressemitteilung)  
FA 2012, 57-58  
GmbHR 2011, 344-346  
GWR 2012, 22  
MDR 2011, 15  
MDR 2012, 372-373  
NJ 2011, 9  
NJW 2011, 8  
NJW-Spezial 2012, 55  
NWB 2011, 3510  
NWB direkt 2011, 1104  
NZA 2012, 330-337  
NZG 2011, 7  
NZI 2011, 981-987  
StuB 2011, 927-928  
StX 2011, 671-672  
ZBB 2012, 71  
ZInsO 2012, 37-43  
ZIP 2011, 6  
ZIP 2011, 2366-2372

---

## **BAG, 06.10.2011 - 6 AZR 262/10**

### **Amtlicher Leitsatz:**

1. Zahlt der Arbeitgeber in der Krise Arbeitsentgelt für vom Arbeitnehmer in den vorhergehenden drei Monaten erbrachte Arbeitsleistungen, liegt grundsätzlich ein Bargeschäft im Sinne von § 142 InsO

vor.

2. Ob der Arbeitnehmer bei einer Entgeltzahlung seines Arbeitgebers wusste, dass dessen Zahlungsunfähigkeit drohte (*§ 133 Abs. 1 InsO*), kann regelmäßig nur mittelbar aus objektiven Tatsachen hergeleitet werden und ist deshalb vom Tatrichter nach *§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO* im Rahmen einer Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls auf der Grundlage des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden.

In Sachen

Beklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp. Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 6. Oktober 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge sowie den ehrenamtlichen Richter Klapproth und die ehrenamtliche Richterin Lorenz für **Recht** erkannt:

#### Tenor:

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 31. März 2010 - 3 Sa 379/09 - wird zurückgewiesen.
2. Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

#### Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Verpflichtung des Klägers zur Rückzahlung von Arbeitsvergütung aufgrund einer Insolvenzanfechtung.
- 2 Der Beklagte ist Insolvenzverwalter in dem mit Beschluss des Amtsgerichts Hof - Insolvenzgericht - am 10. September 2007 (- *IN 382/07* -) über das Vermögen der N e. K. (*Schuldnerin*) eröffneten Insolvenzverfahren. Dem Eröffnungsbeschluss liegt ein am 10. Juli 2007 von der A gestellter Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugrunde. Der Kläger war vom 3. November 2003 bis zum 15. Juni 2007 bei der Schuldnerin gegen eine monatliche Gesamtbruttovergütung iHv. zuletzt 4.361,08 Euro beschäftigt. Im Arbeitsvertrag vom 3. November 2003 ist vereinbart, dass dem Kläger die handwerklich-technische Leitung des Betriebs in R obliegt und der Kläger als handwerklicher Betriebsleiter insbesondere den handwerklich-technischen Arbeitsablauf zu steuern, zu betreuen und zu überwachen hat und für das Installateur- und Heizungsbauerhandwerk verantwortlich ist.
- 3 Im Jahr 2006 geriet die Schuldnerin mit den Lohn- und Gehaltszahlungen in Rückstand. Sie zahlte die Vergütung für Januar 2006 am 27. März 2006, die Vergütung für Februar 2006 am 10. April 2006, die Vergütung für März 2006 am 25. April 2006, die Vergütung für April 2006 am 31. Mai 2006, die Vergütung für Mai 2006 am 30. Juni 2006, die Vergütung für Juni 2006 am 26. Juli 2006, die Vergütung für Juli 2006 am 4. September 2006, die Vergütung für August 2006 am 4. Oktober 2006, die Vergütung für September 2006 am 18. Oktober 2006, die Vergütung für Oktober 2006 am 24. November 2006, die Vergütung für November 2006 am 19. Dezember 2006 und die Vergütung für Dezember 2006 am 8. März 2007. Als im April 2007 ein Großteil der Arbeitnehmer der Schuldnerin die Vergütung für die Monate Januar bis März 2007 noch nicht erhalten hatte, kam es wegen der ausstehenden Lohn- und Gehaltszahlungen zu einer Betriebsversammlung. In dieser erklärte die Schuldnerin, dass Fördermittel beantragt worden seien, die Auszahlung der Fördermittel bevorstehe und dass im Falle der Bewilligung der Fördermittel alle Lohn- und Gehaltsrückstände auf einmal beglichen würden. Die Schuldnerin zahlte dem Kläger am 4. Mai 2007 Vergütung für Januar 2007 iHv. 900,00 Euro netto und am 7. Mai 2007 iHv. 310,12 Euro netto. Seine Vergütung für Februar 2007 iHv. 2.342,19 Euro netto erhielt der Kläger von der Schuldnerin ebenfalls am 7. Mai 2007. Am 10. Mai 2007 zahlte die Schuldnerin dem Kläger Vergütung für März 2007 iHv. 2.310,89 Euro netto. Der Beklagte focht mit Schreiben vom 1. Oktober 2007 die dem Kläger von der Schuldnerin am 4., 7. und 10. Mai 2007 geleisteten Gehaltszahlungen iHv. insgesamt 5.863,20 Euro

netto an und forderte den Kläger zugleich ohne Erfolg auf, die erhaltenen Beträge zur Insolvenzmasse zurückzuerstatten.

- 4 Der Kläger ist der Ansicht, er habe der Insolvenzmasse die ihm im Mai 2007 von der Schuldnerin gezahlte Vergütung nicht zurückzugewähren. Die Schuldnerin sei zum Zeitpunkt der Zahlungen nicht zahlungsunfähig gewesen, jedenfalls habe er keine Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin oder von Umständen gehabt, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin hätten schließen lassen. An der Betriebsversammlung im April 2007 habe er wegen Urlaubs nicht teilgenommen. Im Übrigen würde seine Kenntnis von Lohn- und Gehaltsrückständen gegenüber einem Großteil der Arbeitnehmer der Schuldnerin eine Insolvenzanfechtung nicht rechtfertigen. Er habe weder Einblick in die Finanzbuchhaltung der Schuldnerin gehabt noch Leitungsaufgaben im kaufmännischen Bereich wahrgenommen. Der tägliche Arbeitsablauf im Mai 2007 habe keine Rückschlüsse auf eine drohende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin zugelassen. Lieferanten der Schuldnerin, z.B. die Firmen B, Niederlassung Z, oder H, hätten bis Anfang/Mitte Juni 2007 Waren gegen Rechnung geliefert. Schließlich sei es auch in der Vergangenheit schon zu Verzögerungen bei der Lohn- und Gehaltszahlung gekommen, die rückständigen Löhne und Gehälter seien jedoch jeweils ordnungsgemäß nachbezahlt worden.
- 5 Der Kläger hat beantragt:
- Es wird festgestellt, dass der Beklagte keinen Anspruch auf Rückzahlung von Arbeitsentgelt der Monate Januar 2007, Februar 2007 und März 2007 in Höhe von 5.863,20 Euro gegen den Kläger hat.
- 6 Der Beklagte hat zu seinem Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, die Gehaltszahlungen der Schuldnerin an den Kläger im Mai 2007 seien anfechtbare Rechtshandlungen im Sinne der § 130 Abs. 1 , § 133 Abs. 1 InsO . Die Schuldnerin sei im Mai 2007 zahlungsunfähig gewesen. Die Kreditlinie der Schuldnerin bei der Sparkasse F sei nahezu ausgeschöpft gewesen.
- Auf der anderen Seite hätten Verbindlichkeiten der Schuldnerin aus Lieferung und Leistung sowie aufgrund rückständiger Lohn- und Gehaltszahlungen und nicht abgeführter Sozialversicherungsbeiträge iHv. mehr als drei Millionen Euro bestanden. Der Kläger habe bei der Entgegennahme der Gehaltszahlungen im Mai 2007 gewusst, dass sich die Schuldnerin mit der Zahlung der Vergütung auch gegenüber einem Großteil der anderen Arbeitnehmer mehrere Monate im Rückstand befunden habe. Aufgrund der Informationen der Schuldnerin in der Betriebsversammlung im April 2007 habe der Kläger auch davon Kenntnis gehabt, dass mit Lohn- und Gehaltszahlungen der Schuldnerin nur im Falle der Gewährung von Fördermitteln habe gerechnet werden können. Über die Mitteilungen der Schuldnerin in der Betriebsversammlung im April 2007 sei der Kläger trotz seines Urlaubs informiert gewesen. Der Kläger habe deshalb gewusst, dass die Schuldnerin ihre Arbeitnehmer frühestens Ende Mai 2007 wieder vergüten werde können, so dass es sich nicht um eine vorübergehende Zahlungsstockung von bis zu drei Wochen gehandelt habe. Auch die Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO seien erfüllt. Der Kläger habe bei den Gehaltszahlungen im Mai 2007 Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin gehabt, weil er zumindest gewusst habe, dass die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin gedroht und die Gehaltszahlung der Schuldnerin an ihn andere Gläubiger benachteiligt habe.
- 7 Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der negativen Feststellungsklage des Klägers weiter. Der Kläger beantragt, die Revision des Beklagten zurückzuweisen.

### **Entscheidungsgründe**

- 8 Die Revision des Beklagten ist unbegründet. Die Annahme der Vorinstanzen, der Kläger sei nicht gemäß § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO iVm. § 130 Abs. 1 InsO bzw. iVm. § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO verpflichtet, 5.863,20 Euro zur Insolvenzmasse zurückzugewähren, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

9

I.

Die Klage ist zulässig. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse für die negative Feststellungsklage liegt vor. Zwischen den Parteien besteht Streit, ob der Kläger die im Mai 2007 von der Schuldnerin erhaltenen Gehaltszahlungen iHv. insgesamt 5.863,20 Euro netto zur Insolvenzmasse zurückzugewähren hat, wie dies der Beklagte in seinem an den Kläger gerichteten Schreiben vom 1. Oktober 2007 verlangt hat. Die Entscheidung über die negative Feststellungsklage des Klägers ist geeignet, den Streit der Parteien über die Anfechtbarkeit der Gehaltszahlungen der Schuldnerin an den Kläger im Mai 2007 zu beenden.

10

II.

Der Beklagte hat keinen Anspruch gemäß § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO iVm. § 130 Abs. 1 InsO auf Rückzahlung von 5.863,20 Euro zur Insolvenzmasse.

11

1.

Die Regelungen in § 130 InsO gelten allerdings uneingeschränkt auch für Anfechtungsklagen eines Insolvenzverwalters bei Lohnzahlungen eines Arbeitgebers in der Krise. Zwar waren im Geltungsbereich der Konkursordnung rückständige Lohnansprüche aus den letzten sechs Monaten vor Verfahrenseröffnung gemäß § 59 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a KO als Masseschulden vom Insolvenzverwalter voll zu befriedigen, so dass sich die Frage einer Anfechtung von Lohnzahlungen während dieses Zeitraums mangels einer Gläubigerbenachteiligung grundsätzlich nicht stellte (*Huber NJW 2009, 1928, 1929*). Dieses Arbeitnehmerprivileg hat der Gesetzgeber der Insolvenzordnung mit Wirkung zum 1. Januar 1999 jedoch abgeschafft und Arbeitnehmer mit Ansprüchen wegen rückständiger Arbeitsvergütung bezüglich der Deckungsanfechtung ungesicherten Insolvenzgläubigern gleichgestellt. Die Deckungsanfechtung dient der Anreicherung der Insolvenzmasse (*zu diesem Hauptziel der Insolvenzrechtsreform vgl. Windel Anm. AP ArbGG 1979 § 2 Zuständigkeitsprüfung Nr. 14*) und fußt auf dem das Insolvenzrecht beherrschenden Grundsatz, dass im Insolvenzverfahren alle Gläubiger gleichmäßig befriedigt werden sollen (*par conditio creditorum, vgl. zum insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz BAG 19. Mai 2011 - 6 AZR 736/09 - ZIP 2011, 1628*). Die gleiche Zugriffslage der Gläubiger soll dadurch sichergestellt werden, dass während der wirtschaftlichen Krise vorgenommene Vermögensverschiebungen rückgängig gemacht werden können. Allerdings soll auch der redliche Verkehr in seinem Vertrauen geschützt werden, dass vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgte Verfügungen des Schuldners Bestand haben (*KPB/Schoppmeyer InsO Stand Mai 2011 § 130 Rn. 104; Klinck Anm. AP InsO § 130 Nr. 1*). Ein komplexer Rechtsund damit Wirtschaftsverkehr ist nicht zu gewährleisten, wenn die Teilnehmer letztlich auf gar nichts mehr vertrauen können und damit faktisch gezwungen werden, sogar jeden bereits erhaltenen Vermögensvorteil nochmals durch ein Sicherungsrecht oder durch ein - wie auch immer eingekleidetes - Vorrecht zu befestigen (*Windel Anm. AP ArbGG 1979 § 2 Zuständigkeitsprüfung Nr. 14*).

12

2.

Der Kläger hat am 4., 7. und 10. Mai 2007 den Betrag iHv. insgesamt 5.863,20 Euro nicht durch anfechtbare Rechtshandlung im Sinne von § 130 Abs. 1 InsO erlangt.

13

a)

Bei der Zahlung des Gehalts für Januar 2007 iHv. 900,00 Euro netto am 4. Mai 2007 und iHv. 310,12 Euro netto am 7. Mai 2007 handelt es sich allerdings nicht um ein Bargeschäft iSv. § 142 InsO, das nach dieser Bestimmung nur anfechtbar ist, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO gegeben sind. Auch soweit die Schuldnerin mit der Gehaltszahlung iHv. 2.342,19 Euro netto am 7. Mai 2007 Arbeitsleistungen des Klägers in der Zeit vom 1. bis zum 6. Februar 2007 vergütet hat, liegt kein Bargeschäft iSv. § 142 InsO vor. Die Zahlung der Schuldnerin iHv. 2.342,19 Euro netto ist dagegen nicht nach § 130 Abs. 1 InsO anfechtbar, soweit diese Zahlung der

Vergütung vom Kläger in der Zeit vom 7. bis zum 28. Februar 2007 erbrachter Arbeitsleistungen diene. Auch die Zahlung des Gehalts für März 2007 iHv. 2.310,89 Euro netto am 10. Mai 2007 unterliegt als Bargeschäft iSv. § 142 InsO nicht der Anfechtung nach § 130 Abs. 1 InsO .

14 aa)

Gemäß § 142 InsO ist eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO gegeben sind. Dem Erfordernis der Unmittelbarkeit entsprechen auch solche Geschäfte, bei denen der Schuldner in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit seiner Leistung aufgrund einer Vereinbarung mit dem Anfechtungsgegner eine gleichwertige Gegenleistung erhält ( *BGH 13. April 2006 - IX ZR 158/05 - BGHZ 167, 190 ; 8. Dezember 2005 - IX ZR 182/01 - WM 2006, 190 ; ErfK/Müller-Glöge 11. Aufl. InsO Einführung Rn. 24*). Einigkeit besteht, dass Leistung und Gegenleistung beim Bargeschäft nicht Zug um Zug erbracht werden müssen ( *BGH 13. April 2006 - IX ZR 158/05 - a.a.O.; Leithaus in Andres/Leithaus InsO 2. Aufl. § 142 Rn. 4*). Anerkannt ist auch, dass länger andauernde Vertragsbeziehungen nicht von vornherein als Bargeschäft ausscheiden, sondern auch Dienstleistungen Bargeschäfte sein können. Allerdings ist bei länger währenden Vertragsbeziehungen für die Annahme eines Bargeschäfts zu verlangen, dass die jeweiligen Leistungen und Gegenleistungen zeitlich oder gegenständlich teilbar sind und zeitnah ausgetauscht werden ( *BGH 13. April 2006 - IX ZR 158/05 - a.a.O.*). Wie lange der Charakter eines Bargeschäfts erhalten bleibt, lässt sich nicht allgemeingültig bestimmen, sondern ist nach der Verkehrsauffassung zu entscheiden ( *Huber in Graf-Schlicker InsO 2. Aufl. § 142 Rn. 3*). Ob eine Leistung von der Privilegierung des § 142 InsO erfasst wird, hängt wesentlich von der Art der ausgetauschten Leistungen und davon ab, in welcher Zeitspanne sich der Austausch nach den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs vollzieht ( *BGH 13. April 2006 - IX ZR 158/05 - a.a.O.; ErfK/Müller-Glöge 11. Aufl. InsO Einführung Rn. 24*).

15 bb)

Unter welchen zeitlichen Voraussetzungen verspätete Entgeltzahlungen des Arbeitgebers noch Bargeschäfte im Sinne von § 142 InsO sind und damit der Privilegierung dieser Vorschrift unterliegen, ist im Schrifttum umstritten ( *vgl. Windel Anm. AP ArbGG 1979 § 2 Zuständigkeitsprüfung Nr. 14*). So soll ein Bargeschäft bereits dann ausgeschlossen sein, wenn die Vergütung nicht nur einige Tage verspätet ( *Zwanziger BB 2007, 42, 43*) oder nicht einigermaßen pünktlich ( *Klinck Anm. AP InsO § 130 Nr. 1*) gezahlt wird. Als zeitliche Grenze des Bargeschäftscharakters einer verspäteten Lohnzahlung werden auch Fristen von drei Wochen ( *Huber NJW 2009, 1928, 1929; Vollrath ZInsO 2011, 1665, 1666 ; Wegener NZI 2009, 225 [BGH 19.02.2009 - IX ZR 62/08]* ), von ca. vier Wochen ( *Abele FA 2009, 133* ), von nicht mehr als 30 Tagen ( *Bichlmeier/Wroblewski Das Insolvenzhandbuch für die Praxis 3. Aufl. Teil 1 Rn. 52; Bork ZIP 2007, 2337, 2338 f.* ) und von nicht mehr als einem Kalendermonat ( *ErfK/Müller-Glöge 11. Aufl. InsO Einführung Rn. 24*) genannt.

16 cc)

Die genannten Zeitspannen sind zu kurz bemessen. Die für die abschnittsweise Vergütung abschnittsweise erbrachter Leistungen entwickelten Grundsätze passen nicht für Arbeitsverhältnisse ( *Windel Anm. AP ArbGG 1979 § 2 Zuständigkeitsprüfung Nr. 14*). Bei verspäteten Entgeltzahlungen des Arbeitgebers überzeugt für die Frage eines Bargeschäfts auch die Heranziehung der in § 286 Abs. 3 Satz 1 BGB geregelten Verzugsfrist von 30 Tagen nicht ( *vgl. zur Anlehnung an diese Frist bei Zahlung der Anwaltsgebühr BGH 13. April 2006 - IX ZR 158/05 - BGHZ 167, 190 sowie Henckel in Jaeger InsO § 142 Rn. 30 und 34*).

17 (1)

Wenn die Frage, ob eine Leistung von der Privilegierung des § 142 InsO erfasst wird, wesentlich von der Art der ausgetauschten Leistungen und davon abhängt, in welcher Zeitspanne sich der Austausch nach den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs vollzieht, spricht als

rechtstatsächliches Argument für eine längere Frist bereits, dass in nicht wenigen Branchen eine verzögerte Zahlung der Vergütung schon fast die Regel ist und die nicht selten schlechte Zahlungsmoral der Auftraggeber und Schuldner von Arbeitgebern bewirkt, dass die verspäteten Eingänge von Forderungen auch zu verzögerten Lohn- und Gehaltszahlungen führen (*vgl. Bandte FS Beuthien S. 401, 405*).

Dass im Falle einer Kreditgewährung ein Bargeschäft nicht in Betracht kommt, rechtfertigt zwar noch nicht den Umkehrschluss, ein Bargeschäft liege immer dann vor, wenn kein Kredit gewährt werde (*BGH 13. April 2006 - IX ZR 158/05 - BGHZ 167, 190*). Jedoch sind nach der Verkehrsanschauung Entgeltzahlungen von Arbeitgebern für Arbeitsleistungen in den letzten drei Monaten, die Arbeitnehmer im Hinblick auf den in § 183 Abs. 1 Satz 1 SGB III festgesetzten Insolvenzgeldzeitraum zumeist als abgesichert anzusehen pflegen, nicht nur nicht Tilgung eines Kredits, sondern noch Leistungen im engen zeitlichen Zusammenhang mit der von den Arbeitnehmern erbrachten Gegenleistung.

18 (2)

Hinzu kommt, dass im Arbeitsverhältnis Arbeit dauernd und nicht abschnittsweise geleistet wird und die Masse nicht nur von den erbrachten Arbeitsleistungen, sondern vor allem auch vom Fortbestand des Betriebs als funktionaler Einheit profitiert. Dazu ist erforderlich, dass die einzelnen Arbeitnehmer überhaupt "bei der Stange bleiben" - und auch dies wird mit der Berichtigung von Lohnrückständen "erkauft" (*so zutreffend Windel Anm. AP ArbGG 1979 § 2 Zuständigkeitsprüfung Nr. 14; a.A. Wegener NZI 2009, 225, 226 [BGH 19.02.2009 - IX ZR 62/08]*). Zwar trifft es zu, dass der Arbeitgeber nach § 614 Satz 2 BGB eine nach Zeitabschnitten bemessene Vergütung nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten hat, der Arbeitnehmer damit Vorleistungen zu erbringen hat und im Allgemeinen derjenige, der an den Schuldner Vorleistungen erbracht hat, wegen seines Anspruchs auf die Gegenleistung nur eine Insolvenzforderung hat (*BGH 13. April 2006 - IX ZR 158/05 - BGHZ 167, 190*). Allerdings bezweckt die Regelung in § 142 InsO, dem in der Krise befindlichen Schuldner eine weitere Teilnahme am Geschäftsverkehr zu ermöglichen, wenn dies die Gläubigersamtheit nicht beeinträchtigt. Wenn aber § 142 InsO den Zweck erfüllen soll, dass der Schuldner auch in der Krise vorsichtig weiterwirtschaften kann, ist es in aller Regel erforderlich, dass der Betrieb des Arbeitgebers als funktionale Einheit fortbesteht und die Arbeitnehmer bereit sind, die ihnen obliegenden Arbeitsleistungen trotz des Zahlungsverzugs zu erbringen. Ein Unternehmen in der Krise, das die Unterstützung seiner Arbeitnehmer verliert, weil es sie in die Kündigung oder in die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts treibt, wird umso schneller am Ende sein, so dass die Perspektive einer sanierenden Insolvenz schon im Vorfeld der Antragstellung verloren ginge (*Abele FA 2009, 133, 135*).

In der Regel ist die Mehrzahl der Arbeitnehmer trotz des Zahlungsverzugs des Arbeitgebers zur Weiterarbeit bereit, sofern sie ihre Entgeltansprüche als durch das Insolvenzgeld gesichert ansehen, das nach § 183 Abs. 1 Satz 1 SGB III für die dem Insolvenzereignis vorausgehenden drei Monate gezahlt wird. Hätten Arbeitnehmer Entgeltzahlungen des Arbeitgebers für Arbeitsleistungen, die sie in den letzten drei Monaten erbracht haben, an die Insolvenzmasse zurückzugewähren, würde das der Regelung in § 142 InsO zugrunde liegende Ziel, dass der Schuldner in der Krise nicht praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen ist und seine Geschäfte fortführen kann (*FK-InsO/Dauernheim 6. Aufl. § 142 Rn. 1*), in aller Regel verfehlt.

19 b)

Die Gehaltszahlungen der Schuldnerin am 4. und 7. Mai 2007 für die Zeit vom 1. Januar bis zum 6. Februar 2007 stellen kongruente Deckungen im Sinne von § 130 Abs. 1 InsO dar. Dem Kläger standen die gezahlten Beträge zu. Dieser erlangte die Zahlungen auch innerhalb der Krise. Die Zahlungen am 4. und 7. Mai 2007 erfolgten innerhalb der letzten drei Monate vor dem am 10. Juli 2007 von der A gestellten Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (*§ 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO*).

20 c)

Das Landesarbeitsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Schuldnerin bei den Gehaltszahlungen an den Kläger im Mai 2007 zahlungsunfähig war. Es hat sich jedoch in vollem Umfang die Entscheidungsgründe des Arbeitsgerichts zu eigen gemacht. Dieses hat zu Gunsten des Beklagten unterstellt, dass die Schuldnerin zum Zeitpunkt der an den Kläger im Mai 2007 geleisteten Zahlungen zahlungsunfähig im Sinne von § 17 Abs. 2 InsO gewesen ist. Davon ist deshalb auch im Revisionsverfahren auszugehen, zumal der Kläger die vom Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht unterstellte Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin nicht mit Gegenrügen angegriffen hat und Umstände, die die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin bereits im Mai 2007 in Frage stellen könnten, nicht ersichtlich sind.

21 d)

Allerdings setzt die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung nach § 130 Abs. 1 InsO nicht nur voraus, dass der objektive Tatbestand dieser Bestimmung vorliegt und der Schuldner bei Vornahme der Deckungshandlung zahlungsunfähig war. Anfechtbar ist eine Rechtshandlung nach § 130 Abs. 1 InsO nur dann, wenn auch der subjektive Tatbestand dieser Bestimmung erfüllt ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Gläubiger zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ( § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO ) oder bei einer nach dem Eröffnungsantrag vorgenommenen Handlung die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag ( § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO ) kannte.

22 aa)

Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe am 4. und 7. Mai 2007 keine positive Kenntnis im Sinne von § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO von der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin gehabt, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

23 (1)

Gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist nach § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn ein Verhalten des Schuldners nach außen hervorgetreten ist, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen ( *BGH 8. Oktober 2009 - IX ZR 173/07 - Rn. 11, ZInsO 2009, 2148* ). Die Vermutung des § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO gilt auch im Rahmen des § 130 Abs. 1 InsO ( *BGH 19. Februar 2009 - IX ZR 62/08 - Rn. 13, BGHZ 180, 63 ; 20. November 2001 - IX ZR 48/01 - zu II 3 der Gründe, BGHZ 149, 178 ; FK-InsO/Dauernheim 6. Aufl. § 130 Rn. 38* ). Auf die Merkmale der "Dauer" und der "Wesentlichkeit" hat der Gesetzgeber der Insolvenzordnung bei der Umschreibung der Zahlungsunfähigkeit verzichtet ( *vgl. Gottwald/ Uhlenbruck/Gundlach Insolvenzrechts-Handbuch 4. Aufl. § 6 Rn. 8* ). Nach der Gesetzesbegründung ( *Begr. zu § 20 Eröffnungsgrund und § 21 Zahlungsunfähigkeit RegE, BT-Drucks. 12/2443 S. 114* ) versteht es sich von selbst - und braucht deshalb nicht besonders zum Ausdruck gebracht zu werden -, dass eine vorübergehende Zahlungsstockung keine Zahlungsunfähigkeit begründet.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt eine Zahlungsunfähigkeit, die sich voraussichtlich innerhalb kurzer Zeit beheben lässt, lediglich als Zahlungsstockung ( *24. Mai 2005 - IX ZR 123/04 - BGHZ 163, 134* ). Der Zeitraum, innerhalb dessen die Zahlungsstockung beseitigt sein musste, andernfalls sie als Zahlungsunfähigkeit behandelt wurde, war unter der Geltung der Konkursordnung und der Gesamtvollstreckungsordnung auf etwa einen Monat begrenzt worden ( *BGH 20. November 2001 - IX ZR 48/01 - BGHZ 149, 178* ).

Da der Gesetzgeber der Insolvenzordnung diesen Zeitraum verkürzen wollte, kann eine Illiquidität nur noch dann als Zahlungsstockung angesehen werden, wenn sie den Zeitraum nicht überschreitet, den eine kreditwürdige Person zur Kreditbeschaffung benötigt ( *FK-InsO/Schmerbach 6. Aufl. § 17 Rn. 20 f.* ). Die Grenze liegt bei drei Wochen ( *BGH 24. Mai 2005 - IX ZR 123/04 - a.a.O.* ). Dies bedeutet freilich noch nicht, dass ein Schuldner generell bereits dann zahlungsunfähig



ist, wenn er seine fälligen Verbindlichkeiten nicht binnen einer dreiwöchigen Frist zu 100% erfüllen kann. Kann er innerhalb dieser Frist seine Verbindlichkeiten bis auf einen geringfügigen Rest bedienen, ist er nicht als zahlungsunfähig anzusehen ( *BGH 24. Mai 2005 - IX ZR 123/04 - a.a.O.* ). Eine nur geringfügige Liquiditätslücke liegt in der Regel dann nicht mehr vor, wenn innerhalb von drei Wochen 10% oder mehr der fälligen Gesamtverbindlichkeiten nicht erfüllt werden können ( *BGH 8. Oktober 2009 - IX ZR 173/07 - ZInsO 2009, 2148* ). Allerdings erlaubt diese Quote für sich allein genommen noch keine abschließende Bewertung des wirtschaftlich komplexen Sachverhalts der Zahlungsunfähigkeit. Der prozentuale Schwellenwert hat die Bedeutung, dass sein Erreichen eine widerlegbare Vermutung für die Zahlungsunfähigkeit begründet. Liegt eine Unterdeckung von weniger als 10% vor, genügt sie allein nicht zum Beleg der Zahlungsunfähigkeit. Wenn diese gleichwohl angenommen werden soll, müssen besondere Umstände vorliegen, die diesen Standpunkt stützen ( *BGH 24. Mai 2005 - IX ZR 123/04 - a.a.O.* ). Eine Zahlungseinstellung kann aber auch dann schon vorliegen, wenn der Schuldner noch einzelne beträchtliche Zahlungen erbringt, sofern daneben wesentliche fällige und eingeforderte Schulden unerfüllt bleiben ( *vgl. zur Zahlungseinstellung im Sinne von § 102 Abs. 2 KO BGH 10. Juli 2003 - IX ZR 89/02 - ZInsO 2003, 755* ).

24 (2)

Kenntnis bedeutet für sicher gehaltenes, positives Wissen ( *BGH 19. Februar 2009 - IX ZR 62/08 - BGHZ 180, 63* ; *MünchKommInsO/Kirchhof 2. Aufl. § 130 Rn. 33*; *Kreft in HK-InsO 6. Aufl. § 130 Rn. 24*; *zur positiven Kenntnis von der Zahlungseinstellung im Sinne von § 30 KO vgl. BGH 15. November 1990 - IX ZR 92/90 - WM 1991, 150* ). Der Gläubiger kennt die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung als komplexen Rechtsbegriff nur, wenn er selbst die Liquidität oder das Zahlungsverhalten des Schuldners wenigstens laienhaft so bewertet ( *BGH 19. Februar 2009 - IX ZR 62/08 - a.a.O.* ).

Dieses positive Wissen muss bei der Vornahme der Rechtshandlung und damit grundsätzlich in dem Zeitpunkt vorhanden sein, in dem die rechtlichen Wirkungen der Rechtshandlung eintreten ( *§ 140 Abs. 1 InsO* ). Dazu ist regelmäßig erforderlich, dass dem Gläubiger zum einen Informationen über den Gesamtbestand der gegen den Schuldner gerichteten, in den nächsten drei Wochen fällig werdenden Verbindlichkeiten und über die in dieser Zeit vorhandenen Geldmittel vorliegen. Zum anderen muss der Gläubiger aus diesen Informationen den Schluss ziehen, dass der Schuldner wesentliche Teile seiner in den nächsten drei Wochen fällig werdenden Verbindlichkeiten nicht wird tilgen können ( *KPB/Schoppmeyer InsO Stand Mai 2011 § 130 Rn. 110*; *Klinck Anm. AP InsO § 130 Nr. 1* ). Die Kenntnis allein der einzelnen Tatsachen, die eine Zahlungsunfähigkeit begründen, genügt damit für sich nicht ( *MünchKommInsO/Kirchhof 2. Aufl. § 130 Rn. 33* ). Nicht ausreichend ist es auch im Einzelfall, wenn der Gläubiger nur die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens fürchtet oder Zweifel an der Kreditwürdigkeit des Schuldners hat ( *FK-InsO/Dauernheim 6. Aufl. § 130 Rn. 44* ). Bei der Beurteilung, ob der Gläubiger über ausreichende Informationen über den Gesamtbestand der Verbindlichkeiten und über das vorhandene Vermögen verfügt, kann auch die Rechtsform des Unternehmens von Bedeutung sein, wobei die Unternehmensform des eingetragenen Kaufmanns den Überblick über die Liquiditäts- und Zahlungslage nicht erleichtern muss, sondern auch erschweren kann.

25 (3)

Regelmäßig muss der Insolvenzverwalter nicht nur alle objektiven, sondern auch alle subjektiven Voraussetzungen der Deckungsanfechtung beweisen ( *BGH 12. Juli 2007 - IX ZR 210/04 - ZInsO 2007, 1046* ; *MünchKomm- InsO/Kirchhof 2. Aufl. § 130 Rn. 61* ). Dazu hat er substantiiert die im konkreten Einzelfall einschlägigen Tatsachen vorzutragen, aus denen sich die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit oder dem Eröffnungsantrag ergibt ( *FK-InsO/Dauernheim 6. Aufl. § 130 Rn. 57*; *eingehend zum Beweisrecht bei Kongruenzanfechtung rückständiger Lohnzahlungen an Arbeitnehmer Huber FS Ganter S. 203, 204 ff.* ). Nur gegenüber einer dem Schuldner zur Zeit der Handlung nahestehenden Person im Sinne von § 138 InsO wird gemäß § 130 Abs. 2 InsO vermutet, dass sie die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte.

26 bb)

Gemessen an diesen Grundsätzen hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, der Beklagte habe keine Tatsachen vorgetragen, aus denen eine positive Kenntnis des Klägers von der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin bei den Gehaltszahlungen am 4. und 7. Mai 2007 abgeleitet werden könnte. Der Beklagte rügt zwar, das Landesarbeitsgericht habe rechtsfehlerhaft eine Kenntnis des Klägers von der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin verneint. Er hat jedoch auch im Revisionsverfahren nicht dargetan, aufgrund welcher Umstände oder Indizien sicheres Wissen des Klägers zur Liquiditätslage der Schuldnerin im Zeitpunkt der Gehaltszahlungen am 4. und 7. Mai 2007 anzunehmen ist. Der Hinweis des Beklagten auf die Kenntnis des Klägers von den Lohn- und Gehaltsrückständen und die Mitteilungen der Schuldnerin in der Betriebsversammlung im April 2007 ist dazu unzureichend. Aufgrund der Auskünfte der Schuldnerin mussten ihre Arbeitnehmer zwar damit rechnen, dass ihre Lohn- und Gehaltsansprüche frühestens Ende Mai 2007 und damit nicht innerhalb von drei Wochen erfüllt werden. Jedoch ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht daraus noch keinen Gesamtüberblick der Arbeitnehmer der Schuldnerin über die Liquiditäts- oder Zahlungslage des Unternehmens abgeleitet hat.

27 e)

Allerdings steht nach § 130 Abs. 2 InsO der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder des Eröffnungsantrags die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag schließen lassen (*Vermutungstatsachen*). Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe keine Kenntnis von solchen Tatsachen gehabt, ist jedoch entgegen der Ansicht des Beklagten nicht rechtsfehlerhaft.

28 aa)

§ 130 Abs. 2 InsO bezweckt eine Beweiserleichterung für den Insolvenzverwalter (*Klinck Anm. AP InsO § 130 Nr. 1*). Der Rechtsanwendungsvorteil des Insolvenzverwalters besteht darin, dass die Vermutung des § 130 Abs. 2 InsO unwiderleglich ist (*Huber in Graf-Schlicker InsO 2. Aufl. § 130 Rn. 23*). Die Vorschrift lässt jedoch die grob fahrlässige Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit nicht genügen (*BGH 19. Februar 2009 - IX ZR 62/08 - BGHZ 180, 63*). Der Gesetzgeber hat den Begriff der grob fahrlässigen Unkenntnis bewusst vermieden, um Rechtssicherheit zu erzeugen (*Bandte FS Beuthien S. 401, 404*). Der Begriff der grob fahrlässigen Unkenntnis in § 145 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des Regierungsentwurfs einer Insolvenzordnung wurde gestrichen und durch die neue Formulierung in § 145 Abs. 2 der Beschlussempfehlung ersetzt (*Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages zum Entwurf einer Insolvenzordnung, BT-Drucks. 12/7302 S. 173 zu § 145 Abs. 1 und 2*). Vorausgesetzt wird demgemäß, dass der Insolvenzgläubiger die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen bei zutreffender rechtlicher Bewertung die Zahlungsunfähigkeit zweifelsfrei folgt. Erforderlich ist auch hier positive Kenntnis. Der Tatbestand des § 130 Abs. 2 InsO ist nur dann erfüllt, wenn der Anfechtungsgegner - gleichgültig aus welchen Quellen - die tatsächlichen Umstände positiv kennt, aus denen die Zahlungsunfähigkeit objektiv folgt (*MünchKommInsO/Kirchhof 2. Aufl. § 130 Rn. 34*). Ob aufgrund dieser Kenntnis von Umständen der Schluss auf die Zahlungsunfähigkeit bzw. den Eröffnungsantrag zwingend war, ist eine Rechtsfrage. Der Einwand, er habe den Schluss nicht gezogen, hilft dem Anfechtungsgegner deshalb nicht weiter, wenn ein redlich und vernünftig Denkender, der vom Gedanken auf den eigenen Vorteil nicht beeinflusst ist, angesichts der festgestellten Umstände sich der Einsicht nicht hätte verschließen können, dass der Schuldner tatsächlich zahlungsunfähig oder ein Eröffnungsantrag gestellt war (*vgl. BGH 15. Oktober 2009 - IX ZR 201/08 - ZInsO 2009, 2244*; *19. Februar 2009 - IX ZR 62/08 - BGHZ 180, 63*; *Kreft in HK-InsO 6. Aufl. § 130 Rn. 29*; *Huber FS Ganter S. 203, 208*). Maßgebend ist nicht der individuelle Schuldvorwurf, sondern der individuelle Wissensstand (*Vollrath ZInsO 2011, 1665, 1670*).

29 bb)

§ 130 Abs. 2 InsO spricht von der Kenntnis von Umständen, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag schließen lassen, ohne die Tatsachen, deren Kenntnis die Vermutung auslösen kann, näher zu beschreiben oder Beispiele für Indizien zu nennen, aus denen regelmäßig auf die Zahlungsunfähigkeit bzw. den Eröffnungsantrag geschlossen werden kann.

Wann derartige Umstände gegeben sind, lässt sich generell auch nur schwer umschreiben (*Kreft in HK-InsO 6. Aufl. § 130 Rn. 34*).

**30** (1)

Im Schrifttum (*MünchKommInsO/Kirchhof 2. Aufl. § 130 Rn. 37 ff.*; *Huber in Graf-Schlicker InsO 2. Aufl. § 130 Rn. 20 und 23*; *FKInsO/ Dauernheim 6. Aufl. § 130 Rn. 41*; *Ries/Doebert ZInsO 2009, 2367, 2370*) werden als Anhaltspunkte und Beweiszeichen für die Kenntnis des Anfechtungsgegners von Vermutungstatsachen ua. genannt: Die Kenntnis des Anwachsens von Rückständen, die Kenntnis der Nichteinhaltung von Zahlungszusagen, insbesondere vom Schuldner selbst vorgeschlagener Ratenzahlungen, die Kenntnis des Rückstands mit fälligen Sozialversicherungsbeiträgen, die Kenntnis des erneuten Entstehens von Rückständen nach vorheriger (teilweiser) Befriedigung des Gläubigers, die Kenntnis der Nichtzahlung oder der schleppenden Zahlung von Löhnen und Gehältern, die Kenntnis der Häufung von Klagen und Zwangsvollstreckungen, die Kenntnis der verstärkten Inanspruchnahme von Bürgen des Schuldners, Informationen durch den Schuldner, z.B. bei Betriebsversammlungen, sowie Presseberichte über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens des Schuldners. Eine mit kurzfristigen Engpässen begründete bloße Stundungsbitte des Schuldners reicht dagegen allein regelmäßig nicht als Zurechnungsgrundlage aus (*MünchKommInsO/Kirchhof 2. Aufl. § 130 Rn. 39*).

**31** (2)

Vor der Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 27. September 2010 (- *GmS-OGB 1/09 - BGHZ 187, 105*), wonach für die Klage des Insolvenzverwalters gegen einen Arbeitnehmer des Schuldners auf Rückgewähr vom Schuldner geleisteter Vergütung nach § 143 Abs. 1 InsO der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen gegeben ist, hat der Bundesgerichtshof ( *19. Februar 2009 - IX ZR 62/08 - BGHZ 180, 63* ) angenommen, dass die Kenntnis des Arbeitnehmers, dem der Arbeitgeber in der Krise noch Zahlungen auf rückständige Lohnforderungen erbringt, dass der Arbeitgeber außerdem noch anderen Arbeitnehmern Lohn schuldig ist, allein nicht den Schluss auf die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung des Arbeitgebers rechtfertigt. Sei der Gläubiger ein Arbeitnehmer des Schuldners ohne Einblick in die Liquiditäts- oder Zahlungslage des Unternehmens, also ein Arbeitnehmer ohne "Insiderkenntnisse", treffe ihn keine Erkundigungspflicht. An diesen Grundsätzen hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 15. Oktober 2009 (- *IX ZR 201/08 - Rn. 1, ZInsO 2009, 2244* ), die die Anfechtung von Entgeltzahlungen desselben Schuldners an einen anderen Arbeitnehmer betraf, festgehalten. Allerdings hat der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung hervorgehoben, dass jener Arbeitnehmer in seiner Funktion als Bauleiter in der Informationshierarchie nicht auf unterster Ebene gestanden sei, und hat die Würdigung der Vorinstanz nicht beanstandet, die bezüglich der positiven Kenntnis des Beklagten von Vermutungstatsachen maßgeblich auf die zeitliche Dauer und Höhe der eigenen Lohnrückstände, die erheblichen Lohnrückstände bei anderen Arbeitnehmern sowie die Kenntnis des Beklagten von den ökonomischen und wirtschaftlichen Hintergründen des Unternehmens aufgrund seiner langjährigen Stellung als Bauleiter abgestellt hatte.

**32** (3)

Die Stellung oder Funktion des Arbeitnehmers im Unternehmen des Schuldners ist bei der Beurteilung, ob der Arbeitnehmer positive Kenntnis von Vermutungstatsachen hatte, allerdings nicht per se maßgebend (*vgl. Abele FA 2009, 133, 135*; *Schulz Anm. DZWIR 2009, 256, 257*; *kritisch wohl auch Vollrath ZInsO 2011, 1665, 1674*; *a.A. Dahl NJW-Spezial 2010, 661, 662*). Es trifft zwar

zu, dass Arbeitnehmer in herausgehobenen Funktionen in aller Regel eher in der Lage sind, sich über die Liquiditätsgesamtlage des Schuldners zu informieren, als Arbeitnehmer auf unteren Ebenen oder dass sie aufgrund ihrer leitenden Stellung eher um die Situation des Unternehmens wissen (vgl. *Bork ZIP 2007, 2337, 2338*). Auch mögen Arbeitnehmer, die in der Finanzbuchhaltung tätig sind oder Leitungsaufgaben im kaufmännischen Bereich wahrnehmen, häufig über "Insiderkenntnisse" verfügen (*Huber NJW 2009, 1928, 1931*).

Wenn § 130 Abs. 2 InsO anordnet, dass die Kenntnis von Umständen, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag schließen lassen, der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder des Eröffnungsantrags gleichsteht, schließt dies jedoch nicht die Vermutung ein, dass Arbeitnehmer in herausgehobenen Funktionen oder Arbeitnehmer, die im kaufmännischen Bereich oder in der Finanzbuchhaltung tätig sind, positive Kenntnis von Umständen haben, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag schließen lassen. Der Unterschied zwischen der nach § 130 Abs. 1 InsO und der nach § 130 Abs. 2 InsO erforderlichen positiven Kenntnis liegt nur im Bezugspunkt. Bei letztgenannter Vorschrift geht es um die Feststellung der positiven Kenntnis der (tatbestandsfremden) Vermutungstatsachen, von denen dann der Schluss auf die Haupttatsache gesetzlich vermutet wird (*Huber FS Ganter S. 203, 208*). Auch bei Arbeitnehmern ohne herausgehobene Funktion kommt eine positive Kenntnis von Vermutungstatsachen in Betracht, wenn sie z.B. als Sekretärin oder Chauffeur des Schuldners Umstände erfahren, die zwingend auf dessen Zahlungsunfähigkeit schließen lassen (*Abele FA 2009, 133, 135*; vgl. dazu auch *Ries/Doebert ZInsO 2009, 2367, 2369*). Da § 130 Abs. 2 InsO seinem eindeutigen Wortlaut nach auf die Kenntnis von Umständen und gerade nicht auf die (grob) fahrlässige Unkenntnis von Umständen abstellt, trifft Arbeitnehmer unabhängig davon, ob sie Einblick in die Liquiditäts- oder Zahlungslage des Unternehmens haben, keine Erkundigungspflicht. Ein Verstoß gegen eine Erkundigungspflicht könnte zudem keine positive Kenntnis, sondern nur eine schuldhaftige Unkenntnis von Vermutungstatsachen begründen (vgl. *Klinck Anm. AP InsO § 130 Nr. 1; Vollrath ZInsO 2011, 1665, 1669*). § 130 Abs. 2 InsO ändert nichts daran, dass der Insolvenzverwalter dem Anfechtungsgegner eingehende Kenntnis über die seinerzeitige Vermögenslage des Schuldners nachweisen muss und damit beweisen muss, dass dem Anfechtungsgegner alle für die Erstellung einer Liquiditätsprognose erforderlichen Informationen über Bestand und Entwicklung der Verbindlichkeiten und kurzfristig verwertbaren Aktiva vorlagen (*Klinck Anm. AP InsO § 130 Nr. 1*).

33 cc)

Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass dem Beklagten dieser Nachweis nicht gelungen ist.

34 (1)

Es hat zunächst in Übereinstimmung mit den vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 19. Februar 2009 (- IX ZR 62/08 - BGHZ 180, 63) aufgestellten Grundsätzen angenommen, dass der Kläger am 4. und 7. Mai 2007 die zeitliche Dauer und Höhe der eigenen Gehaltsrückstände gekannt und gewusst hat, dass die Schuldnerin auch gegenüber einem Großteil der anderen Arbeitnehmer seit mehreren Monaten mit den Lohn- und Gehaltszahlungen in Rückstand geraten ist, habe noch kein eindeutiges Urteil über die Liquiditäts- und Zahlungslage der Schuldnerin zugelassen, weil für den Kläger nicht erkennbar gewesen sei, welchen Anteil die Lohn- und Gehaltsrückstände an den insgesamt fälligen und eingeforderten Geldschulden hatten. Diese Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, zumal das Landesarbeitsgericht berücksichtigen durfte, dass der Kläger keinen Einblick in die Finanzbuchhaltung der Schuldnerin hatte und keine Leitungsaufgaben im kaufmännischen Bereich wahrgenommen hat. Deshalb hilft dem Beklagten auch seine Rüge nicht weiter, das Landesarbeitsgericht habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör (*Art. 103 Abs. 1 GG*) dadurch verletzt, dass es über seine Behauptung, der Kläger sei über die Lohn- und Gehaltsrückstände informiert gewesen, nicht den von ihm angebotenen Zeugenbeweis erhoben habe.

35 (2)

Gegen die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, dass der Schuldnerin bis Anfang/Mitte Juni 2007 Material noch auf Rechnung geliefert worden ist, richtet sich kein Angriff der Revision. Wenn das Landesarbeitsgericht aus der Materialversorgung der Schuldnerin gegen Rechnung während der Krise abgeleitet hat, dass der Kläger nicht annehmen musste, die Schuldnerin sei zahlungsunfähig, ist diese tatrichterliche Würdigung revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Dies gilt auch, soweit das Landesarbeitsgericht durch Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des Arbeitsgerichts angenommen hat, die Informationen der Schuldnerin in der Betriebsversammlung im April 2007, insbesondere ihr Hinweis auf Fördermittel, hätten nicht zwingend auf eine Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin schließen lassen.

36 III.

Entgegen der Ansicht des Beklagten überschreitet auch die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Anfechtungsvoraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO seien nicht erfüllt, nicht die Grenzen der tatrichterlichen Beweiswürdigung gemäß § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO und ist deshalb revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

37 1.

Nach § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, anfechtbar, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Gemäß § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO wird diese Kenntnis vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte. Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen (*§ 18 Abs. 2 InsO*). Der Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit steht auch im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf eine drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hinweisen (*BGH 8. Oktober 2009 - IX ZR 173/07 - ZInsO 2009, 2148*). Dass der Anfechtungsgegner wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit drohte und dass die Handlung die Insolvenzgläubiger benachteiligte, also ihre Befriedigung beeinträchtigte, hat der Insolvenzverwalter zu beweisen (*Kreft in HK-InsO 6. Aufl. § 133 Rn. 4 und 22*). Die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung hat der Tatrichter gemäß § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO unter Würdigung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls auf der Grundlage des Gesamtergebnisses der Verhandlung und einer etwaigen Beweisaufnahme zu prüfen (*vgl. zur tatrichterlichen Verantwortung bei der Beantwortung der Frage nach der Kenntnis des Anfechtungsgegners von der gläubigerbenachteiligenden Wirkung der angefochtenen Rechtshandlung Ganter WM 2009, 1441, 1445 f.*). Insoweit können die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Vorsatzanfechtung, bei denen es sich um innere, dem Beweis nur eingeschränkt zugängliche Tatsachen handelt, regelmäßig nur mittelbar aus objektiven Tatsachen hergeleitet werden (*vgl. Vollrath ZInsO 2011, 1665, 1667*). Zu beachten ist, dass solche Tatsachen nur mehr oder weniger gewichtige Beweisanzeichen darstellen, die eine Gesamtwürdigung nicht entbehrlich machen und nicht schematisch im Sinne einer vom anderen Teil zu widerlegenden Vermutung angewandt werden dürfen (*BGH 8. Oktober 2009 - IX ZR 173/07 - Rn. 8, ZInsO 2009, 2148*). Die Beurteilung, ob die Kenntnis des Anfechtungsgegners von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit nachgewiesen ist, unterliegt der freien richterlichen Beweiswürdigung des Tatrichters (*so zutreffend Windel Anm. AP ArbGG 1979 § 2 Zuständigkeitsprüfung Nr. 14*).

Die allgemeinen zivilprozessualen Grundsätze bezüglich der Beweislast und der freien Beweiswürdigung gelten auch im insolvenzrechtlichen Anfechtungsprozess (*eingehend zum Beweisrecht bei Kongruenzanfechtung rückständiger Lohnzahlungen an Arbeitnehmer Huber FS Ganter S. 203, 204 ff.*).

38 2.

Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, wonach der Kläger bei den Gehaltszahlungen am 4., 7. und 10. Mai 2007 keine Kenntnis von einem Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin hatte und auch nicht wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin drohte und die Gehaltszahlungen die anderen Gläubiger benachteiligten, lässt Rechtsfehler bei der Überzeugungsbildung des Landesarbeitsgerichts nicht erkennen. Die Bewertung, dass die Kenntnis des Klägers von der zeitlichen Dauer und Höhe der eigenen Gehaltsrückstände und seine Kenntnis von Gehalts- und Lohnrückständen gegenüber einem Großteil der anderen Arbeitnehmer kein ausreichendes Indiz dafür ist, dass der Kläger die drohende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin oder Umstände kannte, die zwingend auf eine drohende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin hingewiesen haben, ist nicht zu beanstanden, zumal der Kläger keinen Einblick in die Finanzbuchhaltung der Schuldnerin hatte und bis Anfang/ Mitte Juni 2007 der Schuldnerin Material noch auf Rechnung geliefert worden ist.

**39** IV.

Der Beklagte hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen.

---

Fischermeier  
Brühler Spelge Klapproth  
Lorenz

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung:

Bestätigung und Fortentwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Insolvenzanfechtung, vgl. zur Anfechtung von Vergütungszahlungen an Arbeitnehmer bezüglich der Orientierungssätze zu 2., zu 3. und zu 5. BGH 19. Februar 2009 - IX ZR 62/08 - BGHZ 180, 63 und 15. Oktober 2009 - IX ZR 201/08 - ZInsO 2009, 2599 - und zur Würdigung der subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung durch den Tatrichter bezüglich des Orientierungssatzes zu 6. BGH 8. Oktober 2009 - IX ZR 173/07 - ZInsO 2009, 2148

Von Rechts wegen!

Verkündet am 6. Oktober 2011

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.