

seiner „gegenwärtigen“ Ausgestaltung diverse Kontrollansatzpunkte und – mechanismen, die bis zu einer „Reform“ durchaus zu diskutieren sind. Allem voran gehört das Zuschlagswesen und das Wesen der Delegation auf den Prüfstand.

- Zuschläge werden gefordert ohne die eigenen Kosten zu kennen, mithin wird eine „Unangemessenheit“ der Vergütung häufig nur (mittels Autotexten) behauptet, jedoch nicht nachgewiesen.
- Bei Delegationen erfolgt häufig eine wenig transparente Darstellung der vergebenen Aufträge und deren Zweck. Mitunter werden Regelaufgaben als besondere Tätigkeiten deklariert – was angesichts wenig transparenter und schwammiger Rechtsbegriffe aber durchaus im Ermessen liegt. Werden delegierte Aufgaben nach RVG abgerechnet, erfolgt bei Rahmengebühren sehr häufig und ohne Darlegung von Gründen ein Ansatz des höchsten Rahmens anstelle des mittleren Bereichs. Weitere vergütungsrechtliche Probleme bestehen zweifelsfrei, sollen im Rahmen dieser Abhandlung jedoch nicht weiter ausgeführt werden.⁴³
- Regelmäßige Schulungen zum Thema Aufsicht. Was darf der Verwalter und wann überschreitet er eine Grenze. Hierzu würden sich Schulungen zusammen mit Verwaltern, gerichtlichen Sachbearbeitern und auch Gläubigern „eignen“.
- Stärkere Verpflichtung und Einbindung der Gläubiger. In zahlreichen Schulungen zum Thema Aufsicht zeigte sich dem Autor, dass Gläubiger bislang kaum oder nur unzureichend ihre Rechte kennen oder auch zur Wahrnehmung nicht bereit sind. Das Gesetz ist jedoch stark auf die Gläubigerbelange konzipiert und „stärkte“ diese auch bei jeder Reform. Eine solche Stärkung und Fokussierung kann jedoch nur dann funktionieren, wenn diese

Rechte und Pflichten auch ausgeübt werden. Vielfach erwarten Gläubiger vom Gericht neben einer Rechtsaufsicht auch eine Fachaufsicht und verkennen, dass gerade letztere wesentlich in deren eigenen Aufgabenbereich fällt. Tatsächlich mangelt es dann an einer Fachaufsicht, sodass nur allzu häufig eine unzureichende Kontrolle stattfindet. Nur durch eine Symbiose der gerichtlichen Rechtsaufsicht und der Fachaufsicht durch die Gläubiger kann eine effektive Kontrolle ausgeübt werden.

III. Zusammenfassung

Gegenwärtig befindet sich das Insolvenzrecht einmal erneut im Umbruch. Europäische Vorgaben sowie der Wille der Koalition fordern eine Überarbeitung bestehender Konzepte. Hierbei ist „guter Rat“ angebracht, da die letzten Reformen – wie das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)⁴⁴ oder das Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte – kaum den gewünschten Erfolg gebracht haben, wie die Evaluationen zeigen. Letztlich ist es beim Insolvenzrecht häufig wie beim Ballonfahren. Vieles wird in den Himmel gelobt, tatsächlich verbleibt häufig nur heiße Luft. Änderungen gegenüber dem sich bisher entwickelten und gut funktionierenden Zulassungssystem der Verwalter bedarf es nicht. Anstelle einer Verkammerung der Verwalter wäre es besser, die gut funktionierende gerichtliche Kontrolle durch geeignete Maßnahmen zu stärken. Ein notwendiges Petitem wäre jedoch, die überfällige Reform der Vergütung auf transparente Füße zu stellen und so auch hier eine Kontrolle effektiver zu ermöglichen.

43 Die Probleme im Rahmen der Vergütung werden gesondert abgehandelt.

44 BGBl. I, S. 2582.

Erneuter Angriff auf den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung?!

Anmerkung zur Entscheidung des BAG v. 14.3.2019 – 6 AZR 4/18¹

von Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter Henning Sämisch und cand. iur. Frederik Quitzau, SHNF, Hamburg

Innerhalb von Gesetzgebung und Rechtsprechung gab es in der Vergangenheit immer wieder Bestrebungen den insolvenzrechtlichen Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger (par conditio creditorum) zu unterlaufen. Während sich die früheren Entwicklungen insbesondere vor dem BFH zutragen, steht nunmehr ein Urteil des BAG im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Der Anknüpfungspunkt ist dabei derselbe wie in den vorangegangenen Urteilen des BFH. Es geht um die Frage, wie Abfindungsansprüche von Arbeitnehmern aus §§ 9, 10 KSchG insolvenzrechtlich einzuordnen sind. Dieser Beitrag will zunächst einen Überblick über den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung unter der Berücksichtigung der historischen Entwicklung der InsO geben und sodann die Auswirkungen des vorliegenden Urteils auf diesen analysieren.

I. Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung

1. Abschaffung der Rangklassen in der KO

In der bis zum 31.12.1998 geltenden Fassung der KO waren die Konkursgläubiger im Rahmen einer sog. Rangordnung

aufgeteilt. Die erste Rangklasse gem. § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO bildeten die Forderungen der Arbeitnehmer des Schuldners.

1 BAG, Ur. v. 14.3.2019 – 6 AZR 4/18, ZIP 2019, 777 = NZI 2019, 385 = ArbRAktuell 2019, 196 = ZInsO 2019, 918.

Zweitrangig wurden u.a. Forderungen des Fiskus bedient. Erst nachdem die vorrangigen Gläubiger befriedigt wurden, wurde die übrige Konkursmasse unter den nachrangigen Konkursgläubigern (sechste Rangklasse) verteilt. Mit Inkrafttreten der InsO am 1.1.1999 wurden die Rangklassen der KO aus gutem Grund abgeschafft. Hintergrund der Neuregelung war die Überlegung, dass die Rangklassen der KO zu einem faktischen Ausschluss der nachrangigen Konkursgläubiger führten. Gleichzeitig konnten die privilegierten Rangklassen eine annähernd volle Befriedigung ihrer Forderungen erwarten. Der KO war damit denklösig eine Verteilungsgerechtigkeit inhärent. Um dem entgegen zu wirken wurde ausdrückliches Ziel der neuen InsO nunmehr gem. § 1 InsO die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger.²

2. Gegenläufige Tendenzen zur par conditio creditorum

Diese begrüßenswerte³ Neuerung der InsO wurde in der Vergangenheit durch Gesetzgeber⁴ und Rechtsprechung immer weiter ausgehöhlt. Nach und nach wurden insbesondere die Vorrechte des Fiskus wieder eingeführt.⁵ In zunehmenden Ausmaß werden durch die FG steuerliche Verbindlichkeiten als Masseverbindlichkeiten i.S.d. § 55 InsO anerkannt. Federführend in dieser Hinsicht sind seit Längerem die Senate des BFH. So wurde in einer Reihe von Entscheidungen des BFH von den insolvenzrechtlichen Grundsätzen über die Einordnung von Verbindlichkeiten abgewichen.⁶ Jüngst wurde zudem ein dem der KO entsprechendes Nachforderungsrecht für steuerliche Verbindlichkeiten durch den BFH begründet.⁷

Diese Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung stehen nicht nur diametral zu den ausdrücklichen Zielen der InsO, sondern insbesondere auch zu den eigens formulierten Zielen der derzeitigen Regierung.⁸ So hatte die Bundesregierung in ihrem Koalitionsvertrag aus 2018 noch inbrünstig erklärt: „Im Insolvenzrecht werden wir den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger ohne Einschränkung bewahren“. Dass diesen Erklärungen aber offenbar nicht viel Gewicht und noch weniger Inhalt zugemessen werden kann, zeigen die soeben skizzierten Entwicklungen.

II. Unterscheidung zwischen Insolvenzforderungen und Masseverbindlichkeiten

Anknüpfungspunkt für die Untergrabung der par conditio creditorum ist dabei immer derselbe, die Abgrenzung zwischen Insolvenzforderung und Masseverbindlichkeit. Auf den ersten Blick unscheinbar, entscheidet diese Abgrenzung in praxi oftmals über die vollständige oder nur quotalen Begleichung einer Forderung. Dementsprechend wird mit zunehmender Häufigkeit an eben dieser Stellschraube gedreht, um das Ergebnis in die gewünschte Richtung zu lenken. Klassischerweise wird dabei wie nachfolgend unterschieden:

Insolvenzgläubiger i.S.d. § 38 InsO sind persönliche Gläubiger des Insolvenzschuldners, denen bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Vermögensanspruch gegen den Insolvenzschuldner zusteht.⁹ Masseverbindlichkeiten i.S.d. § 55

InsO sind hingegen solche Forderungen, die erst nach Insolvenzeröffnung begründet werden.¹⁰

Die Abgrenzung zwischen einer Insolvenzforderung und einer Masseverbindlichkeit bereitet in der Praxis oftmals Schwierigkeiten.¹¹ Nach nunmehr gefestigter Rechtsprechung¹² wird darauf abgestellt, wann der Schuldrechtsorganismus, aus dem der Anspruch resultiert, begründet wurde.¹³ Insolvenzforderungen sind demnach solche Forderungen, bei denen der Schuldrechtsorganismus vor Insolvenzeröffnung gelegt wurde. Masseverbindlichkeiten sind hingegen solche Forderungen die vollständig nach Insolvenzeröffnung begründet werden.

Innerhalb der Masseverbindlichkeiten wird weiter zwischen sog. Neu- und Altmasseverbindlichkeiten unterschieden. Korrespondierend zu der oben dargestellten Abgrenzung wird auch hier auf die Begründung des Anspruchs abgestellt.¹⁴ Je nachdem ob dieser vor oder nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet wurde, liegt eine Alt- oder Neumasseverbindlichkeit vor. Relevant wird diese Abgrenzung freilich erst bei Anzeige der Masseunzulänglichkeit.

III. Rechtsprechung des BAG über die Einordnung von Arbeitnehmerforderungen als Masseverbindlichkeiten oder einfache Insolvenzforderungen

1. Bisherige Rechtsprechungslinie des BAG und der Instanzengerichte

Die Rechtsprechung der BAG-Senate und die der Instanzengerichte orientiert sich bzgl. der Einordnung von Arbeitnehmerforderungen an den insolvenzrechtlichen Grundsätzen.¹⁵

2 Vgl. zur Historie des Insolvenzrechts und zum gesetzgeberischen Prozess der InsO insbesondere: Prütting, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 37. Ersatzlieferung 2009, Einl., Rn. 1 ff. und MünchKomm-InsO/Stürner, 4. Aufl. 2019, Einl., Rn. 25 ff.

3 Pape, ZInsO 2019, 57, 59.

4 Hierzu und zu weiteren negativen Entwicklungen im Rahmen der InsO: alarmierend Pape, ZInsO 2019, 57.

5 Sämisch, ZInsO 2018, 1946.

6 BFH, Beschl. v. 11.7.2013 – XI B 41/13, ZInsO 2013, 1739; Urt. v. 16.5.2013 – IV R 23/11, ZInsO 2013, 1536; Urt. v. 25.7.2012 – VII R 29/11, ZInsO 2012, 2142; Urt. v. 9.2.2011 – XI R 35/09, ZInsO 2011, 1217; Urt. v. 29.1.2009 – V R 64/07, ZInsO 2009, 920.

7 BFH, Urt. v. 28.11.2017 – VII R 1/16, ZInsO 2019, 106; kritisch Sämisch, ZInsO 2018, 1946.

8 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode, S. 131 Rn. 6194, 6195, <https://www.bundesregierung.de/breg-del/themen/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-und-spd-195906>.

9 KK-InsO/Hess, 1. Aufl. 2016, § 38 Rn. 3.

10 MünchKomm-InsO/Hefermehl (Fn. 2), § 55 Rn. 15.

11 Holzer, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 74. Ersatzlieferung 2017, § 38 Rn. 7.

12 Kritisch an der früheren uneinheitlichen Rechtsprechung Holzer (Fn. 11), § 38 Rn. 7.

13 BGH, Urt. v. 6.11.1978 – VIII ZR 179/77, BGHZ 72, 263, 265 f.; Beschl. v. 6.2.2014 – IX ZB 57/12, ZInsO 2014, 496.

14 MünchKomm-InsO/Hefermehl, 3. Aufl. 2013, § 209 Rn. 24.

15 Etwa BAG, Urt. v. 25.1.2018 – 6 AZR 8/17, Rn. 12, ZInsO 2018, 882; Urt. v. 12.9.2013 – 6 AZR 980/11, Rn. 32 ff.; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 19.4.2017 – 4 Sa 329/16, Rn. 22, WKRS 2017, 22594.

Anders als es die Senate des BFH halten, wurde soweit ersichtlich von diesen Grundsätzen begrüßenswerter Weise nicht abgewichen. Grds. kann man der Arbeitsgerichtsbarkeit deshalb eine den Grundsätzen der InsO entsprechende Einordnung attestieren.

2. BAG Entscheidung v. 14.3.2019 – 6 AZR 4/18

An dieser Feststellung kommen jedoch jüngst Zweifel auf. Die vorbezeichnete Entscheidung des BAG v. 14.3.2019 könnte die erste Entscheidung des BAG sein, die in ganz erheblichen Teilen von den geschilderten Grundsätzen abweicht. Bevor dies untersucht werden kann, soll jedoch kurz ein Überblick über Sachverhalt und Entscheidungsgründe gegeben werden. Anschließend wird sich der rechtlichen Würdigung der Entscheidung zugewandt.

a) Sachverhalt

In der Sache stritten sich der Insolvenzverwalter und ein ehemaliger Arbeitnehmer der späteren Insolvenzschuldnerin über den insolvenzrechtlichen Rang des Abfindungsanspruchs. Dem Arbeitnehmer war durch die Insolvenzschuldnerin mit Schreiben v. 17.12.2014 zum 15.1.2015 gekündigt worden. Erstinstanzlich wurde durch die spätere Insolvenzschuldnerin ein hilfsweiser Auflösungsantrag nach §§ 9, 10 KSchG gestellt. Dieser wurde dem Arbeitnehmer und späteren Kläger jedoch nicht förmlich zugestellt. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens wurde das zwischenzeitlich unterbrochene Verfahren durch den Insolvenzverwalter wieder aufgenommen. Der Insolvenzverwalter erklärte, an dem Auflösungsantrag festzuhalten. Der Abfindungsanspruch sei jedoch lediglich als Forderung zur Insolvenztabelle festzustellen. Das ArbG Kaiserslautern folgte dieser Auffassung.¹⁶ Die Berufung des Arbeitnehmers wurde durch das LAG Rheinland-Pfalz zurückgewiesen.¹⁷

b) Begründung des BAG

Das BAG hat hingegen die Rechtsauffassung des Klägers bestätigt und den Abfindungsanspruch aus §§ 9 Abs. 1 Satz 2, 10 Abs. 1, 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG als Neumasseverbindlichkeit gem. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO eingeordnet.¹⁸

Der Abfindungsanspruch würde zwar auflösend bedingt erst mit Festsetzung des Urteils fällig, die Grundlage für den Abfindungsanspruch sei jedoch nicht erst mit Erlass des Urteils geschaffen.¹⁹ Grundlage für den Abfindungsanspruch sei hingegen die Ausübung des dem Auflösungsantrags gem. §§ 9 Abs. 1, 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG zugrunde liegende Gestaltungsrechts.²⁰ Das Auflösungsurteil selbst sei nicht der anspruchsbegründende Tatbestand, sondern lediglich Folge dessen.²¹ Ebenfalls würde der Abfindungsanspruch nicht bereits durch eine sozialwidrige Kündigung abschließend begründet.²² Dies könne lediglich bei individualvertraglichen oder tariflichen Abfindungsvereinbarungen angenommen werden, da diese Vereinbarungen unter der aufschiebenden Bedingung einer nachfolgenden Kündigungserklärung stünden.²³ Der den Abfindungsanspruch begründende Akt sei in solchen Konstel-

lationen vollständig vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossen.²⁴ Diese Grundsätze seien jedoch nicht auf den zu entscheidenden Fall zu übertragen. Auch habe der Insolvenzverwalter gerade nicht nur einen bereits gestellten Auflösungsantrag der Insolvenzschuldnerin weiterverfolgt. In Ermangelung der förmlichen Zustellung des (vermeintlich) ersten Antrags habe der Insolvenzverwalter den Auflösungsantrag zuerst selbst gestellt und dadurch eine Masseverbindlichkeit begründet.²⁵

IV. Rechtliche Würdigung der Entscheidung

Nach Ansicht der Verfasser bestehen gegen diese Einordnung durchgreifende Bedenken.

Masseverbindlichkeiten sind – wie oben festgestellt – solche Forderungen, die vollständig nach Insolvenzeröffnung begründet werden. Dies ist die gänzlich einhellige Meinung, der auch das BAG in dem vorliegenden Urteil folgt.²⁶

Um die streitgegenständliche Frage zu beantworten, ist sich deshalb zunächst zu fragen, wann genau der Abfindungsanspruch nach §§ 9, 10 KSchG begründet wird. Entscheidend kommt es hierfür darauf an, wie der dem Abfindungsanspruch zugrunde liegende Auflösungsantrag dogmatisch einzuordnen ist und ob dieser allein bereits den Anspruch nach §§ 9, 10 KSchG begründet.

1. Einordnung des Auflösungsantrags nach §§ 9, 10 KSchG

Dem Abfindungsanspruch liegt wie dargestellt zunächst einmal ein Auflösungsantrag nach §§ 9, 10 KSchG zugrunde. Der Auflösungsantrag nach §§ 9, 10 KSchG ist ein eigenständiges prozessuales Institut des Kündigungsschutzrechts.²⁷ Die ratio legis verdeutlicht sich vor dem Hintergrund der Schutzrichtung des KSchG. Dies ist nach der gesetzgeberischen Intention der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses.²⁸ Die Abfindung soll lediglich die Ausnahme darstellen. In Fällen, in denen dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist oder Gründe vorliegen, die eine den

¹⁶ ArbG Kaiserslautern, Urt. v. 9.6.2016 – 6 Ca 572/15.

¹⁷ LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 19.4.2017 – 4 Sa 329/16, WKRS 2017, 22594, dazu ArbRAktuell 2017, 467 (m. Anm. Stück).

¹⁸ BAG, ZInsO 2019, 918, 919 Rn. 12.

¹⁹ BAG, ZInsO 2019, 918, 920 Rn. 18.

²⁰ BAG, ZInsO 2019, 918, 920 Rn. 18 a.E.

²¹ BAG, ZInsO 2019, 918, 920 Rn. 18.

²² BAG, ZInsO 2019, 918, 921 Rn. 21.

²³ BAG, ZInsO 2019, 918, 921 Rn. 22.

²⁴ BAG, ZInsO 2019, 918, 921 Rn. 22.

²⁵ BAG, ZInsO 2019, 918, 921 Rn. 22 a.E.

²⁶ BAG, ZInsO 2019, 918, 921 Rn. 21.

²⁷ BAG, Urt. v. 26.10.1979 – 7 AZR 752/77, NJW 1980, 1484, 1485; *Biebl*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsschutz, 5. Aufl. 2017, § 9 KSchG Rn. 47; *MünchKomm-BGB/Hergenröder*, 7. Aufl. 2016, § 9 KSchG Rn. 6.

²⁸ Diese Intention wird dem KSchG in st. Rspr. durch das BAG zuerkannt. Erstmals wurde dies durch den 2. Senat des BAG im Jahr 1976 festgestellt, vgl. AG, Urt. v. 30.9.1976 – 2 AZR 402/75, NJW 1977, 695.

Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen, kann das Arbeitsverhältnisses ausnahmsweise gegen Zahlung einer Abfindung aufgelöst werden.²⁹

Die Voraussetzungen variieren dabei, je nachdem, von welcher Partei der Auflösungsantrag gestellt wird.³⁰

Unstreitig ist der Auflösungsantrag jedoch nur im anhängigen Kündigungsschutzprozess zulässig.³¹ Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG. Ohne eine zuvor erhobene Kündigungsschutzklage ist der Auflösungsantrag als unzulässig abzuweisen.³² Demnach ist Voraussetzung des Auflösungsantrags nach §§ 9, 10 KSchG stets ein anhängiger Kündigungsschutzprozess. Dafür bedarf es selbstverständlich zunächst wiederum einer Kündigung.

2. Folgen für Einordnung im Rahmen des Insolvenzverfahrens

Genau dieser Umstand lässt jedoch erhebliche Zweifel an der Argumentation des BAG im konkreten Fall aber auch im übergeordneten Sinne aufkommen. Denn der Abfindungsanspruch nach §§ 9, 10 KSchG setzt sich gewissermaßen aus dem Auflösungsantrag und der zuvor ausgesprochenen Kündigung zusammen. Ein Antrag ohne vorangegangene Kündigung ist nach ständiger und überzeugender Rechtsprechung des BAG unzulässig. In dem das BAG den Abfindungsanspruch jedoch als Masseverbindlichkeit einordnet, stellt es einseitig auf die Begründung des Abfindungsanspruchs durch den Auflösungsantrag ab. Dies vermag vor dem Hintergrund der skizzierten Voraussetzungen des Abfindungsanspruchs nicht zu überzeugen. Der schuldrechtliche Organismus wurde im vorliegenden Fall zumindest nicht ausschließlich nach Insolvenzeröffnung begründet. Ein bedeutender Teil, nämlich die Kündigung selbst, wurde bereits vor Insolvenzeröffnung ausgesprochen und begründet.

Unterstrichen werden diese Bedenken, da das BAG die obige Einordnung offenbar teilt, dennoch zu einem anderen Ergebnis kommt. So stellt das BAG zunächst fest, dass der Anspruch auf Abfindung aus §§ 9, 10 KSchG „nicht schon durch und mit der sozialwidrigen Kündigung *abschließend* begründet“ würde.³³ Die Kündigung allein sei noch nicht rechtsbegründend.³⁴ Deshalb könne es sich nach der Auffassung des BAG um keine Masseverbindlichkeit handeln.

Dieses Ergebnis des BAG steht jedoch diametral den eigens zuvor aufgestellten Grundsätzen über die Einordnung als Insolvenzforderung oder Masseverbindlichkeit entgegen. So wurde doch gerade zuvor festgestellt, dass es zur Begründung einer Masseverbindlichkeit der *vollständigen* Begründung der Forderung nach Insolvenzeröffnung bedarf. Das Gegenteil räumt das BAG jedoch ein, indem es feststellt, dass ein Teil des Abfindungsanspruchs bereits mit Kündigung begründet sei.

Insofern kann die Argumentation auch und insbesondere vor dem Hintergrund der eigenen Aussagen des BAG nicht überzeugen.

Der Abfindungsanspruch nach §§ 9, 10 KSchG ist vielmehr weder im vorliegenden Fall noch in anderen Fallkonstellationen eine Masseverbindlichkeit gem. § 55 InsO, wenn wenigstens die Kündigung vor Insolvenzeröffnung ausgesprochen wurde. Insofern geht auch die Argumentation des BAG fehl dass der Auflösungsantrag zuerst durch den Insolvenzverwalter wirksam in den Prozess eingebracht wurde. Auch dies vermag an der herausgearbeiteten Einordnung nichts ändern, solange die Kündigung bereits vor Insolvenzeröffnung durch den Schuldner erklärt wurde.

Damit kommt man bei genauerer Betrachtung und Subsumtion zu dem Ergebnis, dass ein Abfindungsanspruch nach §§ 9, 10 KSchG jedenfalls dann keine Masseverbindlichkeit i.S.d. § 55 InsO ist, wenn nicht der vollständige schuldrechtliche Organismus – also Kündigung und Auflösungsantrag – nach Insolvenzeröffnung begründet ist.

V. Folgen für die Praxis

Aufgrund der dargestellten Bedenken gegen die neueste Rechtsprechung des BAG sind die Folgen für alle Verfahrensbeteiligten weitreichend wie gravierend. Im Ergebnis sind Insolvenzverwalter angehalten, Abfindungsansprüche von Arbeitnehmern wie im obigen Fall als Masseverbindlichkeiten anzuerkennen. Damit kommt es zu einer Schmälerung der Insolvenzmasse zugunsten ausgewählter Arbeitnehmer. Die übrige Verteilungsmasse wird denklogisch geringer ausfallen und somit u.U. gerade auch andere Arbeitnehmer benachteiligen, deren Abfindung bereits vor Insolvenzeröffnung mit dem Schuldner vereinbart war. Es ist nicht ersichtlich, warum die Grenze zwischen einer Insolvenzquote auf die Forderung und der vollständigen Begleichung der Forderung dort gezogen wird, wo der Insolvenzverwalter den Auflösungsantrag stellt. Dass dieses Ergebnis keinesfalls gerecht ist, liegt auf der Hand. Insbesondere läuft es aber auch dem ausdrücklichen Verfahrensziel der *par conditio creditorum* zuwider, indem es das genaue Gegenteil einer gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung bewirkt.

VI. Fazit

Seit Inkrafttreten der InsO gab es zunehmend Bestrebungen seitens der Gesetzgebung und der Rechtsprechung den Grundsatz der *par conditio creditorum* zugunsten einzelner Verfahrensbeteiligter aufzuweichen. Aufseiten der Rechtsprechung des BFH waren diese Bestrebungen mittlerweile „erfolg-

29 Auf Geschäftsführer, Betriebsleiter und ähnliche leitende Angestellte finden die §§ 9, 10 KSchG mit der Maßgabe Anwendung, dass es keiner Begr. des arbeitgeberseitigen Auflösungsantrags bedarf. Hier ist der Schutz des Arbeitsverhältnisses also auf eine Abfindung beschränkt.

30 Vgl. hier zu ausführlich: BeckOK-ArbR/Pleßner, 52. Edition, 1.6.2019, § 9 KSchG Rn. 2 ff.

31 Bereits BAG, Urt. v. 29.5.1959 – 2 AZR 450/58, AP KSchG § 3 Nr. 19; Biobl (Fn. 27), § 9 KSchG Rn. 5; BeckOK-ArbR/Pleßner (Fn. 30), § 9 KSchG Rn. 4.

32 BAG, Urt. v. 29.5.1959 – 2 AZR 450/58, AP KSchG § 3 Nr. 19.

33 BAG, ZInsO 2019, 918, 921 Rn. 22.

34 BAG, ZInsO 2019, 918, 921 Rn. 22.

reich“. Zwar können dem BAG solch weitreichende, die Ziele der InsO unterlaufenden Bestrebungen nicht unterstellt werden. Im Ergebnis kommt die neueste Rechtsprechung einem Unterlaufen der *par conditio creditorum* jedoch gleich. Vor dem Hintergrund, dass sich die derzeitige Regierungskoalition ausdrücklich für den Erhalt der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung stark gemacht hat, sind die jüngsten Entwicklungen ein weiterer bedauernswerter Abschnitt in einer zunehmend längeren Liste von Maßnahmen zur Kürzung der Grundsätze der InsO. Es steht zudem zu befürchten, dass die

Rechtsprechung anderer Bundesgerichte (BVerwG, BSG) ebenfalls ihr Augenmerk auf die Tendenzen des BAG und des BFH lenken. Die Folge ist ein Wettstreit um die Einordnung von Insolvenzforderungen als Masseverbindlichkeiten. Daher ist der Gesetzgeber aufgerufen, Klarheit in Bezug auf die Einordnung als Insolvenzforderung zu schaffen. Dies entspricht dem Koalitionsvertrag und damit dem Regierungsauftrag. Ein Unterlassen des gesetzgeberischen Tätigwerdens, bedeutet für den besprochenen Fall des BAG, dass bestimmte Arbeitnehmer zukünftig benachteiligt werden.

ZInsO-Bücher- und Zeitschriftenreport

Fachpresse – Kurzmeldungen*

Insolvenzanfechtung der Darlehensrückzahlung bei kontokorrentähnlichem Gesellschafterdarlehensverhältnis – Anmerkung zum Urteil des BGH vom 27.6.2019

Alexandra Schluck-Amend, *DSiR* 2019, 2029 – 2042

Nach dem Urteil des BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, *ZInsO* 2019, 1734 – ist jede Forderung eines Gesellschafters auf Rückzahlung eines vom Gesellschafter aus seinem Vermögen der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Geldbetrags darlehensgleich, sofern ein solcher Rückzahlungsanspruch durchgängig seit der Überlassung des Geldes bestand und sich Gesellschafter und Gesellschaft von vornherein einig waren, dass die Gesellschaft das Geld zurückzuzahlen habe. Wenn Gesellschafter und Gesellschaft taggleiche Hin- und Herzahlungen im Rahmen des gleichen darlehensähnlichen Verhältnisses ohne wirksamen anderen Rechtsgrund vornehmen, kommt eine darlehensgleiche Forderung nur in Höhe des Saldos in Betracht. Vertragliche Ansprüche eines Gesellschafters auf marktübliche Zinsen für das von ihm gewährte Gesellschafterdarlehen stellen keine einem Gesellschafterdarlehen gleichgestellte Forderung dar, sofern sie nicht erst zu außerhalb jeder verkehrsblichen Handhabung liegenden Zinstenninen gezahlt werden. Ferner hat der Senat entschieden, dass im Rahmen eines kontokorrentähnlichen Gesellschafterdarlehensverhältnisses eine Befriedigung des Darlehensrückzahlungsanspruchs gegenüber dem Gesellschafter nur anfechtbar ist, soweit der im Anfechtungszeitraum bestehende höchste Saldo bis zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens endgültig zurückgeführt worden ist.

Im Fall der Doppelinsolvenz von Gesellschafter und Gesellschaft stellt die anfechtbare Hingabe des Gesellschafterdarlehens eine Einrede gegen den Anfechtungsanspruch aufgrund der Befriedigung des Anspruchs auf Rückgewähr dieses Darlehens dar. Wenn der Schuldner ein Darlehen gewährt, kommt eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung in Betracht, wenn die Forderung gegen den Darlehensnehmer im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung für einen Pfändungsgläubiger aus Rechtsgründen nicht durchsetzbar ist oder aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht als gleichwertige Gegenleistung für den Verlust der Darlehensvaluta anzusehen ist.

Schluck-Amend macht in ihrer Entscheidungsanmerkung deutlich, dass gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO jede Rechtshandlung, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder für eine gleichgestellte Forderung Befriedigung gewährt hat, anfechtbar ist, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist. Der Senat bestätigt für kontokorrentähnliche Beziehungen die Begrenzung der anfechtbaren Rechtshandlungen auf den höchsten innerhalb des letzten Jahres vor dem Insolvenzantrag erreichten Sollsaldo. Ferner steht nunmehr fest, dass die Zahlung von Darlehenszinsen nicht in den Anwendungsbereich von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO fällt.

Blick ins Insolvenzrecht

Nikolaus Schmidt/Ulf Gundlach, *DSiR* 2019, 2088 – 2091

Schmidt und *Gundlach* erläutern im ersten Abschnitt die Entscheidung des BGH v. 11.4.2019 – IX ZR 79/18, *ZInsO* 2019, 1105. Im Streitfall hatte die spätere Insolvenzschuldnerin ein Gelände vom Kläger gemietet. Dieses Mietverhältnis wurde nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens einvernehmlich aufgehoben. Dabei wurde vereinbart, dass die Mietfläche von allen Gegenständen und Baulichkeiten beräumt übergeben werden soll. Der Kläger meldete daraufhin geschätzte Beseitigungskosten i.H.v. ca. 4,4 Mio. € zur Tabelle an. Diese Anmeldung reduzierte der Kläger später (nach dem Prüftermin) auf ca. 1,7 Mio. €. Der Insolvenzverwalter stellte einen Betrag i.H.v. ca. 1,6 Mio. € zur Tabelle fest und bestritt einen Betrag über ca. 100.000 €. Zwischenzeitlich hatte der Kläger die Höhe der Beseitigungskosten nochmals überprüft. Daraufhin erhob der Kläger Klage auf Feststellung eines Betrags i.H.v. ca. 2,8 Mio. €. Der BGH verwies darauf, dass zwar zunächst ein Betrag i.H.v. 4,4 Mio. € angemeldet worden sei, diese Anmeldung sei jedoch teilweise zurückgenommen und damit auf

* Die Kurzbeiträge sind der Fachpresseauswertung des Verlages entnommen, in der online 107 Fachzeitschriften aus 37 Rechtsgebieten inhaltlich umfangreicher ausgewertet werden.