

Bundesarbeitsgericht
Sechster Senat

Urteil vom 18. September 2014
- 6 AZR 145/13 -

I. Arbeitsgericht Offenbach am Main

Urteil vom 7. September 2011
- 4 Ca 144/11 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Endurteil vom 14. November 2012
- 18 Sa 1483/11 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Insolvenzanfechtung - Scheinarbeitsverhältnis - abgestufte Darlegungs-
last - negative Feststellungswiderklage

Bestimmungen:

BGB § 117; InsO § 97 Abs. 1, §§ 98, 101 Abs. 2, § 130 Abs. 1 Satz 1
Nr. 1, § 133 Abs. 2, § 134 Abs. 1, §§ 142, 143 Abs. 1 Satz 1; ZPO § 256
Abs. 1

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 145/13
18 Sa 1483/11
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. September 2014

URTEIL

Schneider, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger, Anschlussberufungsbeklagter und
Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte, Anschlussberufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen
Verhandlung vom 18. September 2014 durch den Vorsitzenden Richter am
Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richter am Bundesarbeitsgericht

Dr. Biebl und Krumbiegel sowie die ehrenamtlichen Richter Lauth und Kreis für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 14. November 2012 - 18 Sa 1483/11 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Rückzahlung von Arbeitsentgelt zur Insolvenzmasse. 1

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen des L (künftig: Schuldner). Dieser beschäftigte als Inhaber der Firma „A“ in der E-Straße in E vom 1. Januar 2007 bis 30. Juni 2008 die Arbeitnehmerin O und vom 1. Februar 2008 bis 31. Dezember 2008 die Arbeitnehmerin M. Beide waren in Teilzeit mit einer Wochenarbeitszeit von 30 bzw. 20 Stunden tätig. Zu Beginn des Jahres 2009 stellte er den Arbeitnehmer W in Vollzeit für eine Monatsvergütung von 3.000,00 Euro brutto ein. Am 2. Februar 2009 beantragte der Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen. Das Verfahren wurde am 6. April 2009 eröffnet. 2

Die Beklagte ist die Ehefrau des Schuldners. Zwischen den Ehegatten ist seit 1973 Gütertrennung vereinbart. Der Schuldner hatte von ihr auf der Grundlage eines Mietvertrags vom 22. Februar 1990 Geschäftsräume in deren Wohnhaus in der B-Straße in E angemietet. Unter dem 30. Mai 2003 schlossen der Schuldner und die Beklagte zudem einen Arbeitsvertrag, wonach die Beklagte ab dem 1. Juni 2003 als „Senior-Consultant“ im Umfang von 40 Stunden pro Woche für den Schuldner tätig werden sollte. Für Januar bis November 2008 erhielt sie von dem Schuldner ausweislich der ihr erteilten Lohnsteuerbe- 3

scheinigung 60.500,00 Euro brutto, dh. 5.500,00 Euro brutto monatlich. Das Arbeitsverhältnis endete zum 30. April 2009.

Seit dem 1. Oktober 2003 war die Beklagte als Studentin im Bachelor- 4
Studiengang Bioinformatik an der Universität in F eingeschrieben. Das Studium
schloss sie im März 2009 erfolgreich ab.

Mit Datum vom 3. Mai 2009 beantragte die Beklagte Insolvenzgeld für 5
die Monate Februar bis April 2009. Der Kläger verweigerte ihr eine Insolvenzgeldbescheinigung. Sie hätte laut den ihm bekannten Mitarbeitern nicht gearbeitet. Er forderte sie auf, ihm die ausgeübten Tätigkeiten zu schildern. Die Beklagte verwies auf den von ihr ausgefüllten Formularantrag auf Insolvenzgeld. Mit Schreiben vom 12. Mai 2010 nahm der Kläger den Standpunkt ein, die Beklagte habe keine Arbeitsleistungen für den Schuldner erbracht. Er forderte sie zur teilweisen Rückzahlung der seit dem 1. Januar 2006 erhaltenen Bruttobezüge auf. Eine entsprechende Zahlung der Beklagten erfolgte nicht.

Mit seiner am 8. Juli 2010 erhobenen Klage hat der Kläger die Auffas- 6
sung vertreten, dass es sich bei den Gehaltszahlungen des Schuldners an die Beklagte jedenfalls ab dem 1. Januar 2008 um unentgeltliche Leistungen iSd. § 134 InsO gehandelt habe. Zwischen der Beklagten und dem Schuldner habe ein Scheinarbeitsverhältnis bestanden. Die Beklagte habe allenfalls unter Ehegatten geschuldete Hilfsleistungen erbracht. Sie sei im Jahr 2008 nie von den beiden Mitarbeiterinnen O und M im Kleinbetrieb des Schuldners gesehen worden. Zudem habe sie ihr Studium neben der angeblichen Vollzeittätigkeit für den Schuldner betrieben und im Jahr 2008 ihre Diplomarbeit geschrieben. Weiterer Vortrag sei ihm - dem Kläger - nicht möglich. Wegen der Gestattung der Fortführung der selbständigen Tätigkeit habe er dem Schuldner die betrieblichen Unterlagen überlassen und könne nicht darauf zugreifen. Da er selbst außerhalb des Geschehensablaufs gestanden habe, die Beklagte aber Kenntnis von ihren Tätigkeiten habe und es ihr auch zumutbar sei, diese vorzutragen, treffe sie eine sekundäre Darlegungslast. Dies entspreche auch seinem Auskunftsanspruch nach § 101 Abs. 2 iVm. § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO. Die Beklagte habe daher vollständig und detailliert über ihre Tätigkeit für den Schuldner und

deren Vereinbarkeit mit dem Studium vorzutragen. Dies habe sie nicht getan. Der sekundären Darlegungslast der Beklagten stehe sein Auskunftsanspruch gegen den Schuldner nach § 97 Abs. 1 InsO nicht entgegen. Dieser habe ihm auf Nachfrage lediglich mitgeteilt, dass sich die Beklagte zum Inhalt ihrer Tätigkeit selbst äußern werde.

Jedenfalls würde eine etwaige Arbeitsleistung der Beklagten keine Vergütung in Höhe von 5.500,00 Euro brutto monatlich rechtfertigen. Der Schuldner habe in einem Schreiben an die Commerzbank vom 16. Januar 2009 mitgeteilt, dass durch die Pensionierung eines Mitarbeiters im März 2009 pro Monat 6.000,00 Euro entfallen würden, und er weiterhin mit einem voll ausgebildeten Mitarbeiter als Vollzeitkraft für ein Gehalt von 3.000,00 Euro arbeiten werde. Dies lasse darauf schließen, dass die Beklagte allenfalls Gegenleistungen im Wert von 3.000,00 Euro brutto monatlich erbracht habe. Mit dem vor der Pensionierung stehenden Arbeitnehmer könne nur die Beklagte gemeint gewesen sein. Offensichtlich habe der Schuldner beabsichtigt, sie durch den Arbeitnehmer W gegen eine Vergütung von nur 3.000,00 Euro brutto zu ersetzen.

7

Die für 2008 geleisteten Vergütungszahlungen seien auch nach § 133 Abs. 2 iVm. § 138 Abs. 1 InsO anfechtbar. Hinsichtlich der Zahlungen ab November 2008 sei zudem der Tatbestand des § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO erfüllt, da der Schuldner damals schon zahlungsunfähig gewesen sei und die Beklagte hiervon Kenntnis gehabt habe.

8

Im Jahr 2008 habe die Beklagte insgesamt 62.119,94 Euro brutto erhalten. Dieser Wert setze sich aus dem Gehalt von 5.500,00 Euro monatlich für die Monate Januar bis November und dem Bezug von Kurzarbeitergeld für Dezember in Höhe von 1.619,94 Euro zusammen.

9

Der Kläger hat daher vor dem Arbeitsgericht - soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse - beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 62.119,94 Euro brutto nebst Zinsen in gesetzlicher Höhe seit Rechtshängigkeit zu verurteilen. Das Arbeitsgericht hat der Klage bzgl. des Gehalts für November 2008 in Höhe von 4.885,20 Euro (5.500,00 Euro brutto abzüglich der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung in Höhe von 614,80 Euro) stattgegeben

10

und die Klage im Übrigen abgewiesen. Der Kläger hat hinsichtlich der Lohnzahlungen für Januar bis Oktober 2008 gegen dieses Urteil Berufung eingelegt, einen etwaigen Anspruch für Dezember 2008 hat er nicht weiter verfolgt. Für den Zeitraum von Januar bis Oktober 2008 seien monatlich 4.885,20 Euro, dh. insgesamt 48.852,00 Euro als Bruttolohn ohne die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung zurückzuzahlen. Diese Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 614,80 Euro monatlich beliefen sich auf insgesamt 6.148,00 Euro. Hilfsweise stehe ihm bzgl. dieser Beiträge ein Anspruch auf Abtretung des Auszahlungsanspruchs gegenüber dem Sozialversicherungsträger zu.

Der Kläger hat im Berufungsverfahren daher zuletzt beantragt,

11

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 48.852,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 6. April 2009 zu zahlen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 6.148,00 Euro zzgl. Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 6. April 2009 zu zahlen;

hilfsweise, den Anspruch auf Auszahlung des Arbeitnehmeranteils gegenüber dem Sozialversicherungsträger für den Zeitraum Januar bis Oktober 2008 zu der Versicherungsnummer 6 in Höhe von 6.148,00 Euro an ihn abzutreten.

Die Beklagte hat die vollständige Abweisung der Klage und darüber hinaus im Wege der Anschlussberufung widerklagend beantragt

12

festzustellen, dass dem Kläger als Insolvenzverwalter der Firma L gegen sie keine weiteren über die Klageforderung hinausgehenden insolvenzrechtlichen Anfechtungsansprüche aus dem Arbeitsverhältnis zwischen ihr und der Firma L gemäß dem Arbeitsvertrag vom 30. Mai 2003 zustehen;

hilfsweise sinngemäß festzustellen, dass dem Kläger als Insolvenzverwalter der Firma L gegen sie bezogen auf die Zeitspanne ab 1. Juni 2003 bis einschließlich 31. Dezember 2007 keine weiteren über die Klageforderung hinausgehenden insolvenzrechtlichen Anfechtungsansprüche aus dem Arbeitsverhältnis zwischen ihr und der

Firma L gemäß dem Arbeitsvertrag vom 30. Mai 2003 zustehen.

Die Beklagte hat ihre Anträge damit begründet, dass kein Scheinarbeitsverhältnis bestanden habe und keine unentgeltlichen Leistungen erbracht worden seien. Sie habe ua. für verschiedene namentlich genannte Kunden des Schuldners das Lektorat ausgeführt, Werbebriefe und -texte verfasst, Projektplanungen vorgenommen, Vorschläge für sog. Flyer erstellt, internationale Anzeigen und Corporate Design erarbeitet, Powerpoint-Präsentationen und eine firmeneigene Bilddatenbank erstellt, Internetseiten aufgebaut, an der Strategie zur Gewinnung neuer Kunden mitgearbeitet und sich mit der Nutzung von QR-Codes beschäftigt. Dies werde durch E-Mail-Verkehr und Bestätigungen von Kunden belegt. Da sie ihre Arbeitsleistung in den dazu ausgestatteten Räumen in der B-Straße eigenständig erbracht habe, sei sie in die Organisation in der E-Straße nicht eingebunden gewesen. Die Mitarbeiterinnen O und M hätten aber zumindest teilweise den E-Mail-Verkehr zur Kenntnis genommen. Sie habe ihr Studium in der Freizeit betreiben können. Im Jahr 2008 habe sie zudem ein Urlaubssemester genommen. 13

Auch andere Anfechtungstatbestände seien nicht erfüllt. Der Schuldner sei ihrer Kenntnis nach im November 2008 nicht zahlungsunfähig gewesen. 14

Die Widerklage sei veranlasst, weil der Kläger beabsichtige Rückgewähransprüche auch für die Zeit vom 1. Juni 2003 bis zum 31. Dezember 2007 geltend zu machen. Die Zustimmung der Gläubigerversammlung habe er hierfür bereits eingeholt. 15

Das Landesarbeitsgericht hat zunächst durch rechtskräftiges Zwischenurteil die Zulässigkeit der Klage und der Berufung sowie der Anschlussberufung festgestellt. Mit seinem Endurteil hat das Landesarbeitsgericht die Klage insgesamt abgewiesen und die mit dem Hilfsantrag der Widerklage begehrte Feststellung für den Zeitraum vom 3. Februar 2005 bis zum 31. Dezember 2007 getroffen. Im Übrigen hat es die Widerklage als unzulässig abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Ziele des Berufungsverfahrens weiter. Die Beklagte hat keine Revision eingelegt. 16

Entscheidungsgründe

- Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen und die Widerklage, soweit sie Gegenstand des Revisionsverfahrens ist, zutreffend als zulässig und begründet erachtet. 17
- A. Die Klage ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch gemäß § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO auf Rückgewähr der von dem Schuldner an die Beklagte für Januar 2008 bis November 2008 gezahlten Vergütung. 18
- I. Bei diesen Gehaltszahlungen handelt es sich nicht um unentgeltliche Leistungen iSv. § 134 Abs. 1 InsO. 19
1. Eine Leistung ist im Zwei-Personen-Verhältnis iSd. § 134 Abs. 1 InsO unentgeltlich, wenn ihr nach dem Inhalt des ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts keine Gegenleistung gegenübersteht, dem Leistenden also keine dem von ihm aufgegebenen Vermögenswert entsprechende Gegenleistung zufließt (vgl. *BGH 13. Februar 2014 - IX ZR 133/13 - Rn. 14*). Dagegen ist eine Leistung entgeltlich, wenn der Schuldner etwas erhält, was objektiv ein Ausgleich für seine Leistung ist oder das jedenfalls subjektiv nach dem Willen der Beteiligten sein soll (vgl. *BAG 12. September 2013 - 6 AZR 913/11 - Rn. 50 mwN*). Ob für die Leistung des Schuldners ein Gegenwert in dessen Vermögen geflossen ist bzw. fließen soll, bestimmt sich in erster Linie nach dem objektiven Sachverhalt. Sonst könnten die Beteiligten allein dadurch, dass sie in ihren rechtsgeschäftlichen Erklärungen einer für den Schuldner objektiv wertlosen Leistung einen subjektiven Wert beimessen, den vom Gesetz beabsichtigten Gläubigerschutz vereiteln. Erst wenn feststeht, dass dem Schuldner objektiv betrachtet ein Gegenwert für seine Zuwendung zugeflossen oder versprochen worden ist, besteht Anlass zu der Prüfung, ob die Beteiligten die erbrachte oder versprochene Gegenleistung als Entgelt angesehen haben oder mit der Leistung des Schuldners Freigebigkeit bezweckt war (*BAG 12. September 2013 - 6 AZR 913/11 - Rn. 51*). 20

2. Die bewusste Erfüllung einer nicht bestehenden Forderung ist eine unentgeltliche Leistung iSd. § 134 Abs. 1 InsO (*BGH 18. Juli 2013 - IX ZR 198/10 - Rn. 21*). Dies betrifft auch Fälle sog. „verschleierter Schenkungen“, bei denen ein - entgeltliches - Rechtsgeschäft nur zum Schein abgeschlossen wurde, um die Freigebigkeit zu verdecken (*vgl. BGH 24. Juni 1993 - IX ZR 96/92 - zu B II 2 der Gründe*). Dabei ist das entgeltliche Geschäft als Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig und die gemäß § 117 Abs. 2 BGB wirksame unentgeltliche Verfügung nach § 134 InsO anfechtbar (*Huber in Graf-Schlicker InsO 4. Aufl. § 134 Rn. 5; Braun/de Bra InsO 6. Aufl. § 134 Rn. 6*). Ob ein Rechtsgeschäft wirklich gewollt oder nur zum Schein geschlossen wird, hängt davon ab, ob die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, dagegen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten lassen wollen, oder ob sie ein ernstlich gemeintes Rechtsgeschäft für notwendig erachten. Wollen die Parteien übereinstimmend nur den äußeren Anschein eines Rechtsgeschäfts erzeugen, dessen Rechtswirkungen aber nicht eintreten sollen, sind die von ihnen abgegebenen Erklärungen wirkungslos. Setzt der von den Parteien angestrebte Zweck dagegen die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts voraus, spricht dies umgekehrt gegen eine bloße Simulation (*BGH 20. Juli 2006 - IX ZR 226/03 - Rn. 11*). 21
3. Der zwischen dem Schuldner und der Beklagten geschlossene Arbeitsvertrag vom 30. Mai 2003 kann auf der Grundlage des klägerseitigen Vortrags nicht als Scheingeschäft iSd. § 117 Abs. 1 BGB angesehen werden. Der Kläger ist seiner primären Darlegungs- und Beweislast nicht nachgekommen. 22
- a) Wer sich auf die Nichtigkeit eines Geschäfts nach § 117 Abs. 1 BGB beruft, trägt für den Scheincharakter des Geschäfts die Beweislast. Dies gilt auch für die Behauptung, bei einem Arbeitsvertrag habe es sich um ein Scheingeschäft gehandelt (*BAG 13. Februar 2003 - 8 AZR 59/02 - zu II 3 a der Gründe; 9. Februar 1995 - 2 AZR 389/94 - zu II 4 der Gründe*). Dem entspricht, dass den anfechtenden Insolvenzverwalter die primäre Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer unentgeltlichen Leistung iSd. § 134 InsO trifft (*vgl. BGH* 23

20. Dezember 2012 - IX ZR 21/12 - Rn. 30; 17. September 2009 - IX ZR 222/07 - Rn. 4). Die darlegungspflichtige Partei muss alle ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausschöpfen, um ihrer primären Darlegungspflicht zu genügen (vgl. BAG 6. Oktober 2011 - 6 AZR 172/10 - Rn. 35). Es reicht aber aus, dass sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, die geltend gemachte Rechtslage als entstanden erscheinen zu lassen. Hat eine Partei keinen Einblick in die Geschehensabläufe und ist ihr deshalb die Beweisführung erschwert, kann sie auch solche Umstände unter Beweis stellen, die sie nur vermutet, aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält. Nähere Einzelheiten sind vom Tatsachengericht durch entsprechende Nachfrage bei der Beweisaufnahme zu klären. Zu einem unzulässigen Ausforschungsbeweis wird ein Beweisantrag unter solchen Umständen erst dann, wenn die beweispflichtige Partei Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstellt, ohne wenigstens greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts aufzuzeigen (BAG 12. September 2013 - 6 AZR 980/11 - Rn. 82; 27. September 2012 - 2 AZR 516/11 - Rn. 30, BAGE 143, 177).

b) Der Kläger stützt seine Behauptung eines Scheingeschäfts darauf, dass die Arbeitnehmerinnen O und M die Beklagte nie gesehen hätten. Nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts lässt sich daraus nicht schließen, dass die Beklagte keine Arbeitsleistung erbracht hat. Dem Vortrag des Klägers sei nicht zu entnehmen, dass diese Mitarbeiterinnen aufgrund der Arbeitsorganisation und ihrer Aufgabenstellung mit der Beklagten hätten zusammenarbeiten müssen. In räumlicher Hinsicht sei dies nicht erforderlich gewesen. Die Beklagte habe in den schon lange durch den Schuldner angemieteten Räumen in der Straße über die erforderlichen Arbeitsmittel verfügt. Die Vernehmung der als Zeuginnen angebotenen Mitarbeiterinnen O und M lehnte das Landesarbeitsgericht als unzulässigen Ausforschungsbeweis ab.

24

c) Diese Überzeugungsbildung lässt keinen revisiblen Rechtsfehler erkennen.

25

- aa) Die Prüfung des Vorliegens eines Scheingeschäfts unterliegt der freien richterlichen Beweiswürdigung des Tatsachengerichts (*vgl. BGH 17. Dezember 2002 - XI ZR 290/01 - zu III der Gründe*). Die revisionsrechtliche Kontrolle beschränkt sich darauf, ob sich der Tatrichter entsprechend dem Gebot des § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO mit dem Prozessstoff umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt (*vgl. zu § 133 Abs. 1 InsO BAG 27. März 2014 - 6 AZR 989/12 - Rn. 37*). 26
- bb) Diesem Prüfungsmaßstab hält das Berufungsurteil stand. Es berücksichtigt die räumliche Trennung ebenso wie die Frage der inhaltlichen Verknüpfung der Aufgaben der Arbeitnehmerinnen O und M mit der Tätigkeit der Beklagten. Der Kläger hätte zunächst darlegen müssen, dass die Zeuginnen - trotz ihrer Teilzeitbeschäftigung - Einsicht in alle Aktivitäten des Schuldners hatten bzw. selbst in alle Vorgänge eingebunden waren. Nur so hätten sie ausschließen können, dass auch die Beklagte Arbeitsleistungen für den Schuldner erbracht hat. Dies hat der Kläger aber nicht dargestellt und somit keine greifbaren Anhaltspunkte für ein Scheingeschäft aufgezeigt. Die Nichtvernehmung der beiden angebotenen Zeuginnen in der Verhandlung am 14. November 2012 hat die Revision auch nicht gerügt. 27
4. Eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten besteht nicht. Zudem hätte die Beklagte eine entsprechende Darlegung erbracht. 28
- a) Hat die darlegungspflichtige Partei alle zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft und kann sie ihrer primären Darlegungslast dennoch nicht nachkommen, weil sie außerhalb des für ihren Anspruch erheblichen Geschehensablaufs stand, während der Gegner alle wesentlichen Tatsachen kennt und ihm nähere Angaben zuzumuten sind, kann vom Prozessgegner nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungs- bzw. Behauptungslast das substantiierte Bestreiten einer durch die darlegungspflichtige Partei behaupteten Tatsache unter Darlegung der für das Gegenteil sprechenden Tatsachen und Umstände und damit der Vortrag positiver Gegenangaben verlangt werden (*vgl. BAG 6. Oktober 2011 - 6 AZR 172/10 - Rn. 35; 25. Februar 2010 - 6 AZR* 29

911/08 - Rn. 53, BAGE 133, 265; BGH 17. Februar 2004 - XZR 108/02 - zu II 2 b bb der Gründe). Erklärt sie sich, richtet sich der Umfang der Darlegungslast nach der Einlassung des Gegners (BAG 14. Februar 2007 - 10 AZR 63/06 - Rn. 23). Auch den Anfechtungsgegner kann eine sekundäre Darlegungslast treffen (vgl. HK-InsO/Thole 7. Aufl. § 134 Rn. 18; MünchKommInsO/Kayser 3. Aufl. § 134 Rn. 49).

b) Einer sekundären Darlegungslast der Beklagten steht vorliegend bereits entgegen, dass der Kläger seine Informationsmöglichkeiten nicht vollständig ausgeschöpft hat. Er hat seinen Auskunftsanspruch nach § 97 Abs. 1 InsO gegenüber dem Schuldner nicht konsequent verfolgt, sondern sich nach eigener Darstellung damit zufrieden gegeben, dass der Schuldner ihn auf die Beklagte verwiesen hat. Eine Anrufung des Insolvenzgerichts zur Einleitung von Zwangsmaßnahmen nach § 98 InsO ist nicht erfolgt. Zudem hat der Kläger ein Zugriffsrecht auf die nach § 36 Abs. 2 Nr. 1 Halbs. 1 InsO zur Insolvenzmasse gehörenden Geschäftsbücher, selbst wenn er diese wegen der erlaubten Fortführung des Geschäfts durch den Schuldner an diesen wieder herausgegeben haben sollte. Der Begriff der Geschäftsbücher ist weit zu fassen, er umfasst auch Rechnungen, Quittungen, Geschäftsbriefe uÄ (Nerlich/Römermann/Andres InsO Stand September 2005 § 36 Rn. 40; HK-InsO/Keller 7. Aufl. § 36 Rn. 22). Eine Heranziehung und Auswertung solcher Unterlagen hat der Kläger nicht behauptet.

30

c) Eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten wird auch nicht durch ihre Auskunftspflicht nach § 101 Abs. 2 iVm. § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO ausgelöst. Diese Verpflichtung wirkt sich auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Anfechtungsprozess nicht aus. Anderenfalls würden ihre gesetzlichen Beschränkungen umgangen. § 101 Abs. 2 InsO verweist nur auf den ersten Satz des § 97 Abs. 1 InsO. Die weiter gehende Offenbarungspflicht des § 97 Abs. 1 Satz 2 InsO gilt demzufolge nicht. Die Auskunftsverpflichtung kann auch nicht mit den Zwangsmitteln des § 98 InsO durchgesetzt werden (Braun/Kroth InsO 6. Aufl. § 101 Rn. 7; Nerlich/Römermann/Wittkowski/Kruth InsO Stand August 2012 § 101 Rn. 5). Macht der Insolvenzverwalter den Auskunftsan-

31

spruch gerichtlich geltend, haben die (früheren) Angestellten die Rechtsstellung eines Zeugen. Ihnen stehen dann Zeugnisverweigerungsrechte nach den §§ 383 ff. ZPO zu (*MünchKommInsO/Stephan 3. Aufl. § 101 Rn. 29*). Insbesondere können sie die Aussage gemäß § 384 Nr. 2 ZPO verweigern, wenn die Gefahr besteht, dass sie ansonsten wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt werden. Diese Zeugnisverweigerungsrechte wären entwertet, wenn ihnen im Anfechtungsprozess gerade wegen § 101 Abs. 2 iVm. § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO eine (sekundäre) Darlegungslast auferlegt wäre. Sie müssten sich dann zur Vermeidung finanzieller Nachteile umfassend erklären, obwohl sie hierzu im Rahmen eines eigenständig geltend gemachten Auskunftsanspruchs nicht verpflichtet wären.

d) Zudem wäre die Beklagte einer etwaigen sekundären Darlegungslast nachgekommen. Dies gilt auch bei Nichtberücksichtigung ihrer Ausführungen in der mündlichen Verhandlung am 14. November 2012. Sie hatte nämlich bereits mit der Klageerwiderung vom 9. September 2010 konkret zu ihren Tätigkeiten vorgetragen und Schriftverkehr mit Kunden sowie Bestätigungen von diesen bzgl. der Zusammenarbeit vorgelegt. Der Vortrag der Beklagten lässt darauf schließen, dass es sich nicht nur um vereinzelte Tätigkeiten im Rahmen familiärer Hilfeleistung gehandelt hat, sondern um solche, die nach ihrer Art und dem vorgetragenen Umfang geeignet waren, die Verpflichtungen aus dem Vertrag vom 30. Mai 2003 zu erfüllen. Weitere Konkretisierungen oblagen ihr entgegen der Ansicht des Klägers nicht. Insbesondere war es nicht erforderlich, den Arbeitsalltag darzustellen oder jedem einzelnen Arbeitstag konkrete Tätigkeiten zuzuordnen. Die Beklagte musste auch nicht näher erklären, wie sie ihr Studium mit der Beschäftigung bei dem Schuldner in Einklang gebracht hat. Eine Unmöglichkeit der Verbindung von Studium und Berufstätigkeit lässt sich den Ausführungen des Klägers nicht entnehmen. Diese Vereinbarkeit hing letztlich von dem Arbeitsanfall, den Möglichkeiten der Zeiteinteilung sowie der Disziplin und Belastbarkeit der Beklagten ab. Zudem war die Inanspruchnahme durch das Studium in der vorlesungsfreien Zeit geringer. All diese Faktoren blendet der Kläger aus, wenn er pauschal von einer Unvereinbarkeit ausgeht. Zudem

32

hat die Beklagte vorgetragen, dass sie im Jahr 2008 für ein Semester beurlaubt war.

5. Die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen greifen nicht, soweit das Landesarbeitsgericht das Vorliegen eines Scheingeschäfts verneint hat. 33

a) Das Verfahrensgrundrecht des Art. 103 Abs. 1 GG verlangt grundsätzlich nicht, dass ein Gericht vor seiner Entscheidung auf eine Rechtsauffassung hinweist, die es seiner Entscheidung zugrunde legen will (*BVerfG 29. Mai 1991 - 1 BvR 1383/90 - zu II 1 der Gründe, BVerfGE 84, 188*). Allerdings kann dies im Hinblick auf Art. 103 Abs. 1 GG in besonderen Fällen geboten sein. Gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör verstößt es, wenn ein Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte (*vgl. BVerfG 17. Februar 2004 - 1 BvR 2341/00 - zu III 2 a der Gründe; 7. Oktober 2003 - 1 BvR 10/99 - zu B I 1 der Gründe, BVerfGE 108, 341; BAG 25. September 2013 - 5 AZR 617/13 (F) - Rn. 3; 8. Dezember 2011 - 6 AZN 1371/11 - Rn. 17, BAGE 140, 76*). Besteht der Verfahrensmangel darin, dass das Landesarbeitsgericht den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt hat, weil es der Hinweispflicht aus § 139 Abs. 2 ZPO nicht nachgekommen ist, muss der Revisionskläger konkret darlegen, welchen Hinweis das Gericht hätte geben müssen und wie er auf einen entsprechenden Hinweis reagiert hätte. Hierzu muss er vortragen, welchen tatsächlichen Vortrag er gehalten oder welche für die Entscheidung erheblichen rechtlichen Ausführungen er gemacht hätte (*vgl. BAG 16. Oktober 2013 - 10 AZR 9/13 - Rn. 46; 16. Dezember 2010 - 2 AZR 770/09 - Rn. 10 mwN*). 34

b) Die Revision rügt, das Landesarbeitsgericht sei entsprechend dem Auf-
lagenbeschluss vom 30. August 2012 zunächst von einer sekundären Dar-
legungslast der Beklagten ausgegangen. Der Kläger hätte daher von der Erfül-
lung seiner primären Darlegungslast ausgehen dürfen. Ohne vorherigen Hin-
weis habe das Landesarbeitsgericht dann seine Rechtsauffassung geändert,
indem es einen unzureichenden Vortrag des Klägers und keine sekundäre Dar-
legungslast der Beklagten angenommen habe. Zudem habe es angeführt, dass 35

ein Auskunftsanspruch gegenüber der Beklagten bestanden hätte. Bei Erteilung eines entsprechenden Hinweises hätte der Kläger eine Schriftsatzfrist beantragt, das Gericht hätte die Verhandlung vertagen müssen. Er hätte dann seinen Auskunftsanspruch gegenüber der Beklagten geltend gemacht und das Ergebnis einer erneuten Befragung der Zeugin O - wie in der Revisionsbegründung dargestellt - vorgebracht. Das Landesarbeitsgericht hätte dann möglicherweise anders entschieden.

c) Diese Rüge ist unbegründet. Tatsächlich hat das Landesarbeitsgericht seine Rechtsauffassung im Hinblick auf die Verteilung der Darlegungslast für das Vorliegen eines Scheingeschäfts im Verlauf des Rechtsstreits nicht geändert. Der Beschluss vom 30. August 2012 nahm Bezug auf die „im Termin vom 6. Juni 2012 erörterten Fragen“. Ausweislich des Protokolls dieser Verhandlung bestanden nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts „Anhaltspunkte für eine Arbeitstätigkeit der Beklagten aus den von ihr vorgelegten Unterlagen“. Problematischer war aus Sicht der Kammer der „Umfang der Arbeitsleistung“. Soweit das Landesarbeitsgericht die Beklagte im Beschluss vom 30. August 2012 folglich aufforderte „im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast“ darzustellen, „wie sie im Kalenderjahr 2008 ihre vollzeitige Tätigkeit für den Betrieb praktisch neben ihrem Studium organisierte und welche Aufgaben welcher Art sie wann erledigte“, konnte der Kläger diese Auflage nicht dahingehend verstehen, dass die Kammer entgegen ihrer im Termin vom 6. Juni 2012 geäußerten Ansicht nunmehr keine Anhaltspunkte für eine Arbeitsleistung der Beklagten sah. Der Beschluss vom 30. August 2012 setzte die Erbringung einer „Tätigkeit neben dem Studium“ voraus und bezog sich offensichtlich nur auf den aus Sicht des Landesarbeitsgerichts fraglichen Umfang der behaupteten Arbeitsleistung. Der Kläger musste folglich unverändert davon ausgehen, dass er für seine Behauptung, es liege ein Scheingeschäft vor, seiner primären Darlegungslast genügen muss. Er hatte keinen Anlass davon auszugehen, dass sein bisheriger Vortrag entgegen der protokollierten Auffassung des Landesarbeitsgerichts hierfür ausreichte. Von einer Vernehmung der von ihm angebotenen Zeuginnen im Termin am 14. November 2012 konnte er nicht mit Sicherheit ausgehen, da die Zeuginnen durch die Vorsitzende mit Beschluss vom 26. Oktober 2012 nur vorsorg-

36

lich geladen wurden, wobei darauf hingewiesen wurde, dass die Kammer über einen Beweisbeschluss zu befinden habe. Ihre Nichtvernehmung bringt daher keine Änderung der Rechtsauffassung des Gerichts zum Ausdruck.

d) Ein Hinweis auf den Auskunftsanspruch gemäß § 101 Abs. 2 iVm. § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO war schon deshalb nicht veranlasst, weil davon ausgegangen werden kann, dass ein Insolvenzverwalter und Fachanwalt für Insolvenzrecht diese Vorschrift kennt. 37

e) Das Landesarbeitsgericht war entgegen der Auffassung der Revision auch nicht verpflichtet, die Verhandlung gemäß § 227 Abs. 1 Satz 1 ZPO nach den Ausführungen der Beklagten in der Verhandlung am 14. November 2012 zu vertagen, um dem Kläger - verbunden mit dem Hinweis auf die Unzulässigkeit des Bestreitens mit Nichtwissen - eine Gelegenheit zur Erwidern zu geben. 38

aa) Zwar kann ein erheblicher Grund für eine Vertagung iSd. § 227 Abs. 1 Satz 1 ZPO vorliegen, wenn im Termin Erkenntnisse gewonnen wurden, die ein neues Tatsachenvorbringen erforderlich machen (vgl. *Thomas/Putzo/Hüßtege ZPO 35. Aufl. § 227 Rn. 8*). Dies setzt aber voraus, dass ein neues Vorbringen zu erwarten ist. Dem Klägervorteiler wurde ausweislich des Protokolls in der Verhandlung am 14. November 2012 Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Angaben der Beklagten gegeben. Daraufhin erklärte er, diese zu bestreiten und ihren Vortrag weiterhin als unzureichend anzusehen. Im Übrigen könne er sich nicht dazu äußern, er habe allenfalls Fragen. Solche stellte er aber nicht. Von daher war für das Landesarbeitsgericht nicht ersichtlich, dass der Kläger neues Tatsachenvorbringen leisten könne und werde. Die erstmals im Revisionsverfahren behaupteten Aussagen der Arbeitnehmerin O stammen aus einer Befragung durch den Kläger nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung. Ein solcher Erkenntnisgewinn war für das Landesarbeitsgericht nicht absehbar. 39

bb) Im Übrigen hat das Landesarbeitsgericht die Ergebnisse der Befragung der Beklagten im Termin am 14. November 2012 nicht zur Grundlage seiner Entscheidung bzgl. des Vorliegens eines Scheingeschäfts gemacht. Die von der Revision angeführte Passage in den Entscheidungsgründen, wonach sich die 40

Inhalte der beschriebenen Tätigkeiten den Mitgliedern der Kammer auch erst durch die Erläuterungen der Beklagten am 14. November 2012 erschlossen hätten, bezieht sich auf die Frage der Erbringung von teilweise unentgeltlichen Leistungen.

6. Der klägerische Vortrag lässt auch nicht darauf schließen, dass sich das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nach Abschluss des Arbeitsvertrags dergestalt entwickelt hat, dass von unentgeltlichen Leistungen auszugehen ist. Dies wäre bei Zahlung von Annahmeverzugslohn trotz vorhandener Arbeitsmenge oder Vergütung trotz Arbeitsverweigerung denkbar. 41

a) Leistet der Schuldner Annahmeverzugslohn gemäß § 615 Satz 1 BGB iVm. § 611 Abs. 1 BGB, erbringt er eine Lohnzahlung ohne den Erhalt einer entsprechenden Arbeitsleistung. Dennoch liegt nicht zwingend eine unentgeltliche Leistung iSd. § 134 Abs. 1 InsO vor. Hat der Schuldner nicht genügend Arbeit für den Arbeitnehmer, muss er den Annahmeverzugslohn zahlen, denn er trägt als Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls (*§ 615 Satz 3 BGB*). Die Lohnzahlung ist in dieser Situation keine Schenkung, sondern die Erfüllung einer Verpflichtung. Es liegt eine entgeltliche Leistung vor, weil der Schuldner als Gegenleistung die Befreiung von seiner Schuld erlangt (*vgl. BGH 9. Dezember 2010 - IX ZR 60/10 - Rn. 10*). Hiervon abzugrenzen ist der Fall, dass der Schuldner die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers trotz vorhandener Arbeitsmenge nicht oder nicht vollständig in Anspruch nimmt. Mit der Aufhebung der Arbeitspflicht bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis verzichtet der Schuldner auf die Erbringung und das Angebot der Arbeitsleistung mit der Folge, dass er sich im Annahmeverzug nach § 615 BGB befindet (*BAG 26. Juni 2013 - 5 AZR 432/12 - Rn. 18*). Die Fortzahlung der ungeschmälernten Vergütung kommt dann einer entsprechenden Schenkung des Arbeitslohns und damit einer unentgeltlichen Leistung gleich. 42

b) Eine unentgeltliche Leistung kann auch vorliegen, wenn der Schuldner den vollen Lohn zahlt, obwohl der Arbeitnehmer vertragswidrig die Arbeit ganz oder teilweise verweigert und der Schuldner insoweit mangels Gegenleistung nicht gemäß § 611 Abs. 1 BGB zur Vergütung verpflichtet ist. 43

- c) Dem Vortrag des Klägers sind keine Anhaltspunkte für das Vorliegen unentgeltlicher Leistungen wegen solcher Umstände zu entnehmen. 44
7. Soweit der Kläger eine zumindest teilweise unentgeltliche Leistung in Höhe von 2.500,00 Euro brutto monatlich behauptet, weil die Arbeitsleistung der Beklagten allenfalls 3.000,00 Euro brutto wert gewesen sei, ist sein Vorbringen un schlüssig. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts, die Klage auch insoweit abzuweisen, stellt sich jedenfalls im Ergebnis als richtig dar. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen diesbezüglich begründet sind (§ 561 ZPO). 45
- a) Eine teilweise unentgeltliche Leistung unterliegt der Anfechtung nach § 134 InsO insoweit, als deren Wert den der Gegenleistung übersteigt und die Vertragsparteien den ihnen zustehenden Bewertungsspielraum überschritten haben (*sog. „gemischte Schenkung“*, vgl. zu § 32 Nr. 1 KO BGH 1. April 2004 - IX ZR 305/00 - zu 3 c der Gründe; *HK-InsO/Thole 7. Aufl. § 134 Rn. 14; Huber in Graf-Schlicker InsO 4. Aufl. § 134 Rn. 5*). Bei der Bewertung von Arbeitsleistung besteht der Spielraum, soweit die Arbeitsvertragsparteien nicht an gesetzliche oder tarifliche Vorgaben gebunden sind. Die Bewertung darf sich von den objektiven Verhältnissen nicht zu weit entfernen. Subjektive Bewertungen der Beteiligten können wegen des vom Gesetzgeber bezweckten Gläubigerschutzes nur berücksichtigt werden, soweit sie eine reale Grundlage haben (*BAG 12. September 2013 - 6 AZR 913/11 - Rn. 60 mwN*). 46
- b) Es ist nicht ersichtlich, dass die arbeitsvertraglich vereinbarte Vergütung der Beklagten von 5.500,00 Euro brutto monatlich keine reale Grundlage gehabt hätte. Eine solche Vergütung erscheint für die hier fragliche Tätigkeit angesichts der erforderlichen Qualifikation, der Bandbreite der Aufgabenstellung und der wirtschaftlichen Verantwortung jedenfalls nicht offensichtlich unangemessen. 47
- c) Auch das Vorbringen des Klägers lässt nicht auf eine unangemessene Vergütungshöhe schließen. Er hat insoweit lediglich auf ein angeblich von dem Schuldner stammendes Schreiben vom 16. Januar 2009 an die Commerz- 48

bank verwiesen. Aus diesem ergibt sich aber nicht, dass die Arbeitsleistung der Beklagten nur 3.000,00 Euro brutto wert gewesen wäre. Selbst wenn es sich bei den in diesem Schreiben angeführten Arbeitnehmern um die Beklagte und den Mitarbeiter W handeln sollte, ließe sich daraus offensichtlich kein Rückschluss auf den Wert der Arbeitsleistung der Beklagten ziehen. Dies wäre nur dann möglich, wenn die Beklagte und der Arbeitnehmer W bei vergleichbarer Qualifikation dieselben Tätigkeiten hätten erbringen müssen. Der Arbeitsvertragsinhalt hätte weitgehend identisch sein müssen. Dies lässt sich dem Vorbringen des Klägers nicht entnehmen, obwohl ihm bewusst sein musste, dass ein bloßes Gegenüberstellen zweier Arbeitnehmer mit unterschiedlicher Vergütung keine zwingende Aussagekraft über die Wertigkeit der Arbeitsleistungen hat. Darauf hat bereits das Arbeitsgericht in seinem Urteil hingewiesen.

d) Da deshalb schon dem Grunde nach kein Anspruch auf eine Rückgewähr teilweise unentgeltlicher Leistungen besteht, bedarf es keiner Prüfung der Höhe eines solchen Anspruchs. Dies wäre dem Senat auch nicht möglich. Die Höhe des begehrten Rückgewähranspruchs ist insoweit nicht schlüssig dargelegt. Der Kläger hätte den sich aus einer unentgeltlichen Leistung von 2.500,00 Euro brutto monatlich ergebenden Nettobetrag beziffern müssen, denn der Insolvenzverwalter kann von dem Arbeitnehmer als Anfechtungsgegner grundsätzlich lediglich die Rückzahlung der erhaltenen Nettozahlungen verlangen (*BAG 27. Februar 2014 - 6 AZR 367/13 - Rn. 38; Froehner Anm. NZI 2014, 562, 564*). Vorliegend macht der Kläger jedoch den Bruttobetrag geltend. Zwar weist der Kläger den monatlichen Arbeitnehmeranteil zur Sozialversicherung in Höhe von 614,80 Euro gesondert aus. Das Nettogehalt ergibt sich aber nicht nur durch den Abzug der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung. Abzuziehen ist weiter die abgeführte Lohnsteuer, der Solidaritätszuschlag sowie ggf. die Kirchensteuer. Der Senat kann deshalb die Nettosumme mangels Kenntnis aller zu berücksichtigender Umstände nicht selbst errechnen. 49

II. Der Kläger hat auch keinen Anspruch aus § 143 Abs. 1 iVm. § 133 Abs. 2 InsO oder § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO. Bei den streitgegenständlichen Entgeltleistungen handelt es sich um Bargeschäfte iSd. § 142 InsO, die 50

nur nach dem nicht in Anspruch genommenen § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar wären.

1. Ein Bargeschäft iSd. § 142 InsO ist gegeben, wenn der Schuldner aufgrund einer Vereinbarung mit dem Anfechtungsgegner im engen zeitlichen Zusammenhang mit seiner Leistung eine gleichwertige Gegenleistung erhalten hat (*BAG 24. Oktober 2013 - 6 AZR 466/12 - Rn. 38*). Ob Leistung und Gegenleistung gleichwertig sind, ist nach objektiven Maßstäben zu beurteilen. Erfolgt die Entgeltzahlung in der vertraglich geschuldeten Höhe, handelt es sich im Allgemeinen um einen gleichwertigen Leistungsaustausch, wie er für das Bargeschäft typisch ist (*BAG 29. Januar 2014 - 6 AZR 345/12 - Rn. 52*). In zeitlicher Hinsicht liegt nach der Rechtsprechung des Senats ein Bargeschäft vor, wenn der Arbeitgeber in der Krise Arbeitsentgelt für Arbeitsleistungen zahlt, die der Arbeitnehmer in den vorhergehenden drei Monaten erbracht hat (*BAG 29. Januar 2014 - 6 AZR 345/12 - Rn. 49; 6. Oktober 2011 - 6 AZR 262/10 - Rn. 17 f., BAGE 139, 235*). Demgegenüber soll der Unmittelbarkeitszusammenhang nach Ansicht des Bundesgerichtshofs nur gegeben sein, wenn im Falle einer monatlichen Vorleistungspflicht die Entgeltzahlung innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit vorgenommen werde. Dabei sei es unschädlich, wenn der Fälligkeitszeitpunkt entsprechend den tarifvertraglichen Übungen anstelle des ersten Tages nicht länger als bis zum fünfzehnten Tag des Folgemonats hinausgeschoben werde (*so ohne tragende Bedeutung für das Urteil BGH 10. Juli 2014 - IX ZR 192/13 - Rn. 37*).

51

2. Mangels anderweitiger Vereinbarung bestimmte sich die Fälligkeit der Vergütung hier bei Vorleistungspflicht der Beklagten nach § 614 BGB. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts wurden die Gehaltszahlungen in der vertraglich geschuldeten Höhe monatlich geleistet. Anzeichen für eine inkongruente Deckung sind nicht vorhanden (*zur Unvereinbarkeit von inkongruenter Deckung und Bargeschäft vgl. BAG 8. Mai 2014 - 6 AZR 722/12 - Rn. 16; 24. Oktober 2013 - 6 AZR 466/12 - Rn. 38*). Ein Zahlungsverzug wurde von keiner Partei behauptet. Damit war der erforderliche unmittelbare zeitliche Zusammenhang gegeben. Dies wäre auch nach der zitierten Ansicht des Bundes-

52

gerichtshofs der Fall, so dass keine Veranlassung besteht, sich mit dessen Rechtsauffassung auseinanderzusetzen.

III. Die hinsichtlich des Arbeitnehmeranteils zur Sozialversicherung in Höhe von 6.148,00 Euro gestellten Anträge bleiben nicht nur mangels Anfechtungsrechts erfolglos. 53

1. Der auf Zahlung gerichtete Hauptantrag ist unbegründet, weil eine Anfechtung der Abführung des Arbeitnehmeranteils gegenüber dem Arbeitnehmer wegen des den Arbeitnehmer schützenden Zwecks des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV ausscheidet (*BAG 27. Februar 2014 - 6 AZR 367/13 - Rn. 38 mwN*). 54

2. Dem Hilfsantrag fehlt schon das Rechtsschutzbedürfnis. Hat der Schuldner die Gesamtsozialversicherungsbeiträge noch abgeführt, kann in der Insolvenz des Schuldners diese Zahlung auch wegen der Arbeitnehmeranteile als mittelbare Zuwendung an die Einzugsstelle allenfalls dieser gegenüber angefochten werden (*BAG 27. Februar 2014 - 6 AZR 367/13 - Rn. 38; BGH 7. April 2011 - IX ZR 137/10 - Rn. 3; 5. November 2009 - IX ZR 233/08 - Rn. 12 ff., BGHZ 183, 86*). 55

B. Die Revision ist auch unbegründet, soweit sie sich gegen die zu Lasten des Klägers ergangene Entscheidung des Landesarbeitsgerichts bzgl. der Widerklage richtet. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist nur noch die begehrte Feststellung, dass dem Kläger betreffend den Zeitraum vom 3. Februar 2005 bis 31. Dezember 2007 keine insolvenzrechtlichen Anfechtungsansprüche zustehen. Diese Feststellung hat das Landesarbeitsgericht im Tenor seiner Entscheidung getroffen. Es kann dahinstehen, ob es entsprechend der Ausführungen unter II 2 der Entscheidungsgründe die Zeit ab dem 2. Februar 2005 erfassen wollte. Eine Berichtigung nach § 319 ZPO ist nicht erfolgt. 56

I. Die Widerklage ist insoweit zulässig. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse liegt vor. Der Kläger hat Anfechtungsansprüche ua. nach § 134 Abs. 1 InsO geltend gemacht. Danach ist eine unentgeltliche Leistung des Schuldners anfechtbar, es sei denn, sie ist früher als vier Jahre 57

vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden. Der Antrag ging am 2. Februar 2009 beim Insolvenzgericht ein, so dass Leistungen ab dem 2. Februar 2005 nach § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar sein könnten (§ 139 InsO). Die Beklagte hat ein Interesse daran, sich gegen entsprechende Rückgewähransprüche zur Wehr zu setzen. Der Kläger hatte bereits mit Schreiben vom 12. Mai 2010 Rückzahlungen für die Zeit ab dem 1. Januar 2006 gefordert und im Juli 2012 die Zustimmung der Gläubigerversammlung zur Geltendmachung von Ansprüchen für die Jahre 2003 bis 2007 erhalten. Die Entscheidung über die negative Feststellungsklage ist geeignet, den daraus folgenden Streit der Parteien über die Anfechtbarkeit der Gehaltszahlungen zu beenden (vgl. BAG 6. Oktober 2011 - 6 AZR 262/10 - Rn. 9, BAGE 139, 235).

II. Die Widerklage ist insoweit auch begründet. Die Beklagte hat einen Anspruch auf die begehrte Feststellung. 58

1. Eine Feststellungsklage, die einen bestimmten Anspruch leugnet, darf nur abgewiesen werden, wenn der Anspruch feststeht, dessen sich der Beklagte einer solchen Klage berührt (BGH 10. Oktober 2006 - X ZR 191/04 - zu B I 2 der Gründe). Bleibt hingegen unklar, ob die streitige Forderung besteht, dann muss der auf Negation gerichteten Feststellungsklage ebenso stattgegeben werden wie wenn feststeht, dass der streitige Anspruch nicht besteht. Das folgt daraus, dass bei der negativen Feststellungsklage der Beklagte die Beweislast für das Bestehen des von ihm behaupteten Anspruchs trägt (BGH 2. März 1993 - VI ZR 74/92 - zu II 3 der Gründe). 59

2. Der Kläger hat keine (teilweise) unentgeltliche Leistung iSd. § 134 Abs. 1 InsO hinreichend dargelegt und bewiesen. Es wird auf die vorstehenden Ausführungen unter A I verwiesen. Eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten bestand nicht. Dies gilt auch bei Berücksichtigung ihrer zeitlichen Belastung durch das Studium in den Jahren 2005 bis 2007. Auch insoweit ist nicht erkennbar, dass eine Tätigkeit für den Schuldner mit dem Studium unvereinbar gewesen sein muss. 60

C. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 61

Fischermeier

Biebl

Krumbiegel

Lauth

Kreis