

schwierig geworden ist (vgl. hierzu unsere Beiträge Anstellungsvertrags des Anwalts, NJW 2009, 347; 2009, 483; NJW 2009, 817; NJW 2009, 966; NJW 2009, 1574; NJW 2009, 2185).

Kollektives Arbeitsrecht

Kollektiven Arbeitsrecht befasst sich der Anwalt zu Beginn seiner Tätigkeit oft mit der Prüfung von Einzelfragen, insbesondere zu Auskunfts- und Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats. Über die Prüfung und den Entwurf von Betriebsvereinbarungen, Sozialplänen, Interessenausgleich und Tarifverträgen gelangt er dann mit zunehmender Befähigung auch in deren Verhandlung. Derzeit stehen die Wahlen zu Betriebsratswahlen auf Grund der Wahlen im Jahr 2010 natürlich wieder an.

Beteiligung an Transaktionen

Die Kanzlei auch Transaktionen betreut, sind auch Arbeitsrechtler daran beteiligt. Zunächst führen sie die rechtliche Due Diligence durch: Im Rahmen eines Unternehmenskaufs oder -verkaufs wird das Zielunternehmen (Target) geprüft, die in einem so genannten – meist elektronischen – Datenraum zur Verfügung gestellten Dokumente des Zielunternehmens werden durchgearbeitet und die aus den Dokumenten erkennbaren Risiken eingeschätzt. Für den jungen Arbeitsrechtler gibt es keine bessere Möglichkeit, Einblick in die arbeitsrechtliche Struktur eines Unternehmens zu gewinnen, für seine spätere Tätigkeit ist dies von großem Wert. Die Prüfung erstreckt sich unter anderem auf beim Target vorhandene Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und Arbeitsverträge. Zu achten ist vor allem auf Umstände, die für das Käuferunternehmen hohe Kosten verursachen könnten. Das sind z. B. Standort- oder Arbeitsplatzgarantien, Umwandlungsschutzabkommen oder besondere Kündigungsschutzregelungen. Wenn es sich um einen Unternehmenskauf durch Übertragung von Wirtschaftsgütern (Asset Deal) handelt, müssen auch Fragen des Betriebsübergangs, geregelt in § 613a V BGB, geprüft werden. Oft ist dann ein Unternehmenseinvernehmen nach § 613a V BGB zu entwerfen; wegen der hohen Anforderungen, die die Rechtsprechung daran stellt, ist das allerdings überaus haftungsträchtig und wird

daher Berufsanfängern nicht ohne weitere Kontrolle übertragen. Werden nicht alle nötigen Informationen zur Verfügung gestellt, müssen die fehlenden in einem („Question & Answer“ =) Q&A-Prozess angefordert werden. Je nach Auftrag und Vorkenntnissen des Mandanten müssen gegebenenfalls auch Grundstrukturen des deutschen Arbeitsrechts erläutert werden, z. B. wenn ein amerikanischer Mandant erstmals ein Unternehmen in Deutschland erwerben möchte. Das Ergebnis der Due Diligence fließt in einen Due Diligence Report aller Rechtsgebiete ein, aus dem der Mandant dann die rechtliche Situation des Unternehmens erkennen kann. Kommt es zum Kauf des Unternehmens, so wirkt der Arbeitsrechtler auch an der Gestaltung des arbeitsrechtlichen Teils des Kaufvertrags mit, neben Garantien und Haftungsbefreiungen geht es auch um konstitutive Regelungen, z. B. zu Einzelheiten eines Betriebsübergangs oder zur Übertragung ausgelagerter Pensionsverpflichtungen.

V. Betriebliche Altersversorgung

Ein weiteres, für den Berufsanfänger völlig neues Betätigungsfeld ist die Betriebliche Altersversorgung: Dabei berät der Anwalt den Arbeitgeber bei der Einrichtung, Änderung oder auch Schließung von Versorgungseinrichtungen (z. B. Pensionskasse, Pensionsfonds oder Direktversicherung); oft basieren die Einrichtungen auch auf Betriebsvereinbarungen, so dass auch der Betriebsrat und sein Anwalt beteiligt sind. Auf Arbeitgeber- wie auf Arbeitnehmerseite besteht natürlich auch Beratungsbedarf bei der Klärung streitiger Ansprüche aus Versorgungszusagen. Auch bei Transaktionen nimmt die Prüfung der betrieblichen Altersvorsorge des Zielunternehmens einen wichtigen Stellenwert ein, denn hier liegen große finanzielle Risiken für den Käufer.

VI. Fazit

Den Berufsanfänger im Arbeitsrecht erwartet eine sehr vielfältige Tätigkeit, die deutlich über das in Studium und Referendariat Erlernte hinausgeht. Neben der soliden Ausbildung in der Kanzlei sind auch Kurse für den Erwerb des Fachanwaltstitels für Arbeitsrecht ein sehr guter Weg, hier schnell „trittsicher“ zu werden. ■

Rechtsanwalt Thomas Henning, Nürnberg*

Insolvenzanfechtung: Gläubigerbenachteiligung bei Zahlung aus einer bloß geduldeten Überziehung

Einführung

Das Insolvenzverfahren stellt das eigenständige Rechtsgebiet der Insolvenzanfechtung nach den §§ 129 ff. InsO ein verbotenes Mittel zur Anreicherung der Insolvenzmasse dar. Voraussetzung einer jeden Insolvenzanfechtung ist das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung i. S. des § 129 Abs. 1 Nr. 1 InsO (Ehrliche, in: Kübler/Prütting/Bork, Stand: September 2009, § 129 Rdnr. 64). Nach wohl einhelliger Ansicht in der Literatur und Rechtsprechung ist eine solche dann gegeben, wenn die Befriedigung der Gläubigersamtheit zur Vermeidung des Vermögensverlusts des Schuldners gemindert oder der Schuldenstand vermehrt wurde (Kreft, in: Heidelberger Kommentar zum Insolvenzrecht, 5. Aufl. [2008], § 129 Rdnr. 37). Mit anderen Worten: Wurden die Möglichkeiten für die im Insolvenzverfahren zusammengefasste Gläubigersamtheit, im In-

solvenzverfahren wegen ihrer Forderungen Befriedigung zu erlangen, vor Insolvenzeröffnung beeinträchtigt (Rogge, in: Hamburger Komm. z. InsolvenzR., 3. Aufl. [2009], § 129 Rdnr. 37), so ist eine Gläubigerbenachteiligung gegeben. Wichtig dabei ist, dass nicht ein bestimmter Gläubiger oder Gläubigerkreis benachteiligt wurde, sondern die „Gläubigersamtheit“.

Zur Verdeutlichung soll der nachfolgende kurze, einfach gelagerte Fall dienen:

Der Schuldner S bezahlt aus seinem Guthaben 10 Euro an seinen Gläubiger G. Kurz darauf wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen des S eröffnet.

* Der Autor ist Rechtsanwalt in Nürnberg und Mitarbeiter der Sozietät Kübler GbR.

Hier wurde die Gläubigersamtheit durch die Zahlung benachteiligt, da ohne diese ein um 10 Euro höheres Vermögen zur Verteilung an die Insolvenzgläubiger verfügbar gewesen wäre.

II. Zahlung aus vereinbarter Kreditlinie

Schwieriger wird die Falllösung dann, wenn der Schuldner die Zahlung nicht aus einem Guthaben, sondern unter Inanspruchnahme eines Darlehens geleistet hat.

Hierzu eine Abwandlung des Ausgangsfalls:

S bezahlt unter Inanspruchnahme einer ihm durch die Bank B eingeräumten Kreditlinie 10 Euro an G. Kurz darauf wird das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet.

In diesem Fall nehmen die Verbindlichkeiten des S gegenüber B um 10 Euro zu, gegenüber G jedoch um 10 Euro ab. Die Befriedigungsaussichten für die übrigen Gläubiger, also die „Gläubigersamtheit“, ändern sich durch den Vorgang nicht. Dieser Passivtausch ist somit auf den ersten Blick nicht gläubigerbenachteiligend.

Allerdings ist in Rechtsprechung (BGHZ 147, 193 = NJW 2001, 1937) und Literatur (Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. [2010], § 357 Rdnr. 10) anerkannt, dass Ansprüche auf Auszahlung von eingeräumten Kreditlinien, soweit diese noch offen sind, der Pfändung durch Gläubiger unterliegen. Dem Umstand, dass Hausbanken gerade Privatkunden Überziehungskredite („Dispos“) auch dann einräumen, wenn die Kunden solche Linien gar nicht wollen, wird dabei dadurch Rechnung getragen, dass nur durch den Schuldner genutzte Kreditlinien der Pfändung zugänglich sind.

Aus dieser Pfändbarkeit schließt die wohl herrschende Meinung, dass auch Zahlungen aus einer offenen, in Anspruch genommenen Kreditlinie die Gläubigersamtheit benachteiligen.

III. Zahlung aus bloß geduldeter Überziehung

Nach der bisherigen ständigen Rechtsprechung des BGH (BGHZ 170, 276 = NJW 2007, 1357 = NZI 2007, 225) war von dieser Zahlung aus eingeräumter Kreditlinie die Zahlung aus bloß geduldeter Überziehung zu unterscheiden:

S bezahlte aus ungenehmigter/geduldeter Überziehung seitens B durch Banküberweisung einen Betrag von 10 Euro an G. Einen Monat später stellte S Insolvenzantrag.

Bilanziell betrachtet handelt es sich hier ebenfalls um einen Passivtausch in der Form Verbindlichkeiten G gegen Verbindlichkeiten B. Auf die Ausführung der Banküberweisung durch B hatte S hier aber keinen Anspruch, da eine entsprechende Kreditabrede vor der Ausführung nicht existierte.

Eine solche Kreditabrede kommt hier erst zu Stande durch die Einreichung des Überweisungsauftrags durch S (als Antrag) und die Ausführung der Überweisung (als Annahme). Damit handelt es sich bei der geduldeten Überziehung um einen singulären Darlehensvertrag, welcher mit dem Kontokorrentkreditvertrag in keinem rechtlichen Zusammenhang steht. Auf Grund der herrschenden Vertragsfreiheit obliegt daher hier der Bank die endgültige Entscheidung über das Zustandekommen des Darlehensvertrags, mithin der Ausführung der Überweisung.

Hieraus hat der BGH bislang geschlossen, dass es sich bei der geduldeten Überziehung um die bloße „Chance“ der

Überweisungsdurchführung handelt. Chancen seien aber gerade nicht der Pfändung unterworfen. Sofern nicht der Anspruch auf Rückzahlung des (gegebenenfalls besser besicherten) Bankdarlehens für die Masse ungünstiger wäre als der Anspruch des befriedigten Gläubigers, sah der BGH in solchen Fällen keine Gläubigerbenachteiligung.

IV. Änderung der Rechtsprechung des BGH mit der Entscheidung vom 6. 10. 2009

In seinem Urteil vom 6. 10. 2009 (NJW 2009, 3362 = NZI 2009, 764) hat der BGH mit dieser bisher ständigen Rechtsprechung gebrochen. Der Entscheidung lag folgender, aus Darstellungsgründen vereinfachter Sachverhalt zu Grunde:

Obwohl eine seitens B gewährte Kreditlinie bereits ausgereizt ist, führt B Zahlungsaufträge für S zu Gunsten des G aus. Nach Insolvenzeröffnung über das Vermögen des S verlangt der Verwalter die Zahlungen unter dem Aspekt der Insolvenzanfechtung von G zurück.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH hätte es an einer Gläubigerbenachteiligung nach § 129 InsO gefehlt, da kein (pfändbarer) Anspruch auf Einlösung der Schecks bestand. Damit wäre die Klage unbegründet gewesen.

Mit seiner Entscheidung vom 6. 10. 2009 wählt der BGH nun einen völlig neuen Lösungsansatz: Er geht unter anderem davon aus, dass ein Gläubiger, der direkt durch den Kreditgeber Darlehensmittel erhält, nicht schutzwürdiger sein soll als ein Gläubiger, der durch den Schuldner unter Verwendung von Darlehensmitteln befriedigt wird.

Nicht eingegangen ist der BGH indes auf das Merkmal der Pfändbarkeit, auf welches durch die Literatur zur Beurteilung einer Gläubigerbenachteiligung abgestellt wird.

V. Fazit

Die InsO wird durchgängig vom Prinzip der Gläubigergleichbehandlung geprägt (vgl. Prütting, in: Kübler/Prütting/Bork, Einl. Rdnr. 74). Dies gilt insbesondere für das Recht der Insolvenzanfechtung der §§ 129 ff. InsO, da diese das sonst in der Gläubigerbefriedigung gültige Prioritätsprinzip aushebeln soll (Bork, in: Kübler/Prütting/Bork, Vorb. § 129 Rdnr. 1). Dieses Grundprinzip hatte der BGH mit seiner Entscheidung vom 11. 1. 2007 aus den Augen verloren: Es blieb hiernach dem Zufall überlassen, ob sich ein Gläubiger der Insolvenzanfechtung ausgesetzt sah oder nicht. Die Frage, mit welchen Mitteln ihn der Schuldner befriedigte, war für den Gläubiger weder beeinfluss- noch vorhersehbar. Umso erfreulicher und bemerkenswerter ist, mit welcher Deutlichkeit sich der BGH nun von seiner damaligen Rechtsprechung losgesagt hat.

Für die Praxis bedeutet dies, dass Ausführungen dazu, mit welchen Mitteln der Schuldner seinen Gläubiger befriedigt hat, für die Schlüssigkeit einer Insolvenzanfechtungsklage künftig entbehrlich sind.

Weiterführende Literatur

Dahl, NJW-Spezial 2009, 773; Commandeur, NZG 2009, 1345 (jeweils Bespr. von BGH, NJW 2009, 3362).

Allgemein zur Insolvenzanfechtung: Zenker, NJW 2008, 1038; Schoppmeyer, NZI 2005, 185. ■

Buchbesprechungen

Handbuch Pflichtteilsrecht. Von Jörg Mayer, Rembert Süß, Manuel Tanck, Jan Bittler und Eckhard Wälzholz. 2. Auflage. – Bonn, zerb Verlag 2010. XXIV, 1151 S., geb. Euro 98,-. ISBN: 978-3-935079-52-5.

Nach sieben Jahren ist die längst überfällige 2. Auflage des beliebten Handbuches erschienen, und zwar grundlegend überarbeitet und um das Thema Unternehmen im Nachlass durch *Jedel* ergänzt. Da es sich bei den acht Autoren um im Erbrecht langjährig sowohl praktizierende als auch publizierende Rechtsanwälte und Notare handelt, richten sich deren Ausführungen trotz wissenschaftlicher Tiefe an den Bedürfnissen von Praktikern aus.

Das Handbuch gliedert sich in sechs Kapitel: Grundlagen des Pflichtteilsrechts, der Pflichtteil in der Kautelarpraxis, die Durchsetzung des Pflichtteils im Prozess, der Pflichtteil in der Unternehmensnachfolge, Steuerrecht und Auslandsberührung. Die alte und neue Rechtslage wird jeweils klar herausgestellt. In den Grundlagen geht *J. Mayer* auch auf Nebengebiete wie die Pfändung des Pflichtteils bzw. im Hinblick auf das Behindertentestament und die Sozialhilferecht ein. Die Auflistung von (nicht) pflichtteilsrelevanten Aktiva und Passiva und die Bewertungsmethoden vieler möglicher Vermögensgegenstände sind nützlich. Hilfreich sind von *Pawlytta* etwa die Beispiele aus der Rechtsprechung von Pflichtschenkungen, die beliebte Verhandlungspositionen in Pflichtteilsmandaten darstellen. *Bittler* gibt Pflichtteilsberechtigten gute Argumente an die Hand, warum der Auskunftsanspruch auch die Belegvorlage umfasst. Für den Fall, dass Pflichtteilsansprüche gerichtlich zu Unrecht abgelehnt sind, geht *Tanck* umfassend auf Sonderkonstellationen wie die Geltendmachung durch den Sozialhilfeträger sowie die Klage gegen den Betreuer bzw. gegen den Nachlasspfleger bei unbenannten Erben ein. Sogar die seltene Konstellation der Geltendmachung gegenüber einer in Gründung befindlichen Stiftung erläutert er.

Das Standardwerk beeindruckt mit seinen umfassenden Ausführungen, die durch eine Vielzahl von aktuellen gerichtlichen Entscheidungen und Literaturlösungen belegt werden. Die Autoren sind mit hohem Engagement an diese 2. Auflage herangegangen, was leider nicht bei sämtlichen derzeit erscheinenden neuen Auflagen erbrechtlicher Bücher der Fall ist. Eine hervorragende Hilfe für den Erbrechtler.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht
Dr. Claus-Henrik Horn, Düsseldorf

Zivilprozessordnung: Kommentar. Hrsg. von Hanns Prütting und Markus Gehrlein. – Köln, Luchterhand 2009. LXXXI, 653 S., geb. Euro 139,-. ISBN: 978-3-472-07253-9.

Der Nachwuchs im Hause Wolters Kluwer: Der „PWW“ hat ein zusehends zusehendes Geschwisterchen bekommen. Die Verwandtschaft des BGB-Kommentars mit dem anzuzeigenden „PG“ zur ZPO ist nicht nur in der äußeren Gestaltung, sondern auch in der inneren. Einen der Mitherausgeber kennzeichnenden „P“ zum Ausweis. Einen geeigneteren Herausgeber als *Hanns Prütting*, den Vorsitzenden der Vereinigung der Zivilprozessrechtslehrer, hätte der Verlag ohnehin nicht finden können. Zu ihm gesellt sich mit *Markus Gehrlein*, Richter im IX. Zivilsenat des BGH und Honorarprofessor an der Universität Mannheim, ein im Prozessrecht einschlägig ausgewiesener Prozessrechts-Praktiker.

Die Kommentierung ist keinesfalls auf die ZPO beschränkt. Neben der Berücksichtigung von EGZPO, GVG und EGGVG wird ein Schwerpunkt von insgesamt knapp 200 Seiten auf die europäischen Rechtsakte gelegt. So ergänzt zum einen *Axel Halfmeier* seine Kommentierung der §§ 1067 ff. ZPO zur justiziellen Zusammenarbeit in der Europäischen Union durch kurze, aber aussagekräftige Kommentierungen der in diesem Abschnitt in Bezug genommenen EuZVO, EuBVO, EuVTVO, EuMVVO, EuGFVO. Zum anderen werden die Brüssel I VO (EuGVO) nebst AVAG von *Thomas Pfeiffer* und *Boris Schinkels* sowie die Brüssel IIa VO von *Mallory Völker* kundig kommentiert. Zu Recht wurde indessen von einer Kurzkommentierung des FamFG abgesehen. Interessierte werden sich insoweit ohnehin mit eigenständigen Werken ausstatten müssen.

Die Herausgeber haben wie beim PWW die Kommentierungslast auf eine sehr große Zahl von Richtern, Hochschullehrern und Rechtsanwälten unter Einschluss einiger BGH-Anwälte verteilt. Die Verteilung gelingt, wenn etwa mit *Hans-Willi Laumen* ein ausgewiesener Experte für das Beweisrecht gewonnen werden konnte. Aber auch abseitigere Materien wurden einschlägig besetzt. So hat *Ilse Lohmann*, die als Richterin des IX. Zivilsenats mit Insolvenz-Beschwerdesachen befasst ist, das Beschwerderecht übernommen. *Christian Katzenmeier* widmet sich dem Sachverständigenbeweis, bei dem sich seine Arbeitsschwerpunkte Verfahrens- und Medizinrecht gerade treffen. Diese Liste ließe sich lange fortsetzen.

Dafür fehlt aber der Raum, wie er erst recht fehlt, um das Werk – seien es auch nur einzelne Passagen – einer näheren Kritik zu unterziehen. So bleibt nur, den sehr positiven Eindruck mitzuteilen, den das Werk hinterlässt. Herausgeber und Autoren haben die Chance genutzt, die eine Neukommentierung stets bietet. Die Kommentierung ist modern und schleppt keinen veralteten Ballast mit. Zwar erschrickt der Rezensent über die Schnelllebigkeit in unserer Zeit, wenn er nun schon die Ankündigung für die Neuauflage vernimmt. Gleichzeitig freut er sich aber angesichts der Schnelllebigkeit der Rechtsentwicklung auch im Verfahrensrecht darüber, dass dieses neue hochklassige Werk aktuell gehalten wird.

Professor Dr. Florian Jacoby, Bielefeld

Strafgesetzbuch und Nebengesetze. Erläutert von *Thomas Fischer*. 57. Auflage (Beck'sche Kurz-Kommentare, Bd. 10). – München, Beck 2010. LVIII, 2545 S., geb. Euro 76,-. ISBN: 978-3-406-59422-9.

Ob *Otto Schwarz* im Jahr 1933, als die Erstausgabe des damals noch unter dem Titel „Strafgesetzbuch mit den wichtigsten Nebengesetzen des Reiches und Preußens“ verlegten Kommentars erschien, den Generationen überdauernden Erfolg des von ihm begründeten Werks erahnt hat? Wohl kaum. Denn die Erfolgsgeschichte des nunmehr in 57. Auflage vorliegenden „*Fischer*“ war und ist auf dem Gebiet des Strafrechts beispiellos.

Die Gründe sind mannigfaltig. Zu ihnen zählt die stete Aktualität des Kommentars. *Fischer* hat diesmal über 500 neue Gerichtsentscheidungen und eine Vielzahl von Aufsätzen und Monografien ausgewertet und in die den Stand vom 1. 10. 2009 wiedergebende Neuauflage eingearbeitet. Dies allein ist schon angesichts der kaum mehr überschaubaren Masse an Publikationen auf dem Gebiet des Strafrechts gar nicht hoch genug zu bewerten. Daneben hat *Fischer* zahlreiche Gesetze berücksich-