Bundesarbeitsgericht Sechster Senat	Urteil vom 8. Mai 2014 - 6 AZR 246/12 -
I. Arbeitsgericht Freiburg	Urteil vom 27. Mai 2011 - 4 Ca 502/10 -
II. Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg - Kammern Freiburg -	Urteil vom 21. Dezember 2011 - 10 Sa 65/11 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Zurückbehaltungsrecht - Altmasseverbindlichkeit

Bestimmungen:

BGB § 273 Abs. 1; InsO § 203 Abs. 1, § 209 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 3, §§ 210, 211 Abs. 1, Abs. 3

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android

Available on the App Store
JLaw – für iOS

BUNDESARBEITSGERICHT

6 AZR 246/12
10 Sa 65/11
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
8. Mai 2014

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 8. Mai 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Gallner und Spelge sowie die ehrenamtlichen Richter Koch und Dr. Wollensak für Recht erkannt:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Freiburg - vom 21. Dezember 2011 - 10 Sa 65/11 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten in der masseunzulänglichen Insolvenz über den insolvenzrechtlichen Rang von Vergütungsansprüchen für die Zeit nach Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts durch den Kläger gegenüber einer Arbeitsaufforderung des beklagten Insolvenzverwalters. 1

Der Kläger war bei der S GmbH & Co. KG (Schuldnerin) beschäftigt. Der Beklagte ist der Insolvenzverwalter in dem mit Beschluss vom 29. April 2009 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin. Das Verfahren ist seit seiner Eröffnung masseunzulänglich. Mit Beschluss vom 3. Juli 2012 wurde die Nachtragsverteilung hinsichtlich des streitbefangenen Anspruchs angeordnet. Am 27. August 2013 wurde das Insolvenzverfahren durch gerichtlichen Beschluss gemäß § 211 Abs. 1 InsO eingestellt. 2

Der Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers am 29. April 2009. Diese Kündigung wurde rechtskräftig für unwirksam erklärt. In dem über die Wirksamkeit einer weiteren (Änderungs-)Kündigung vom 27. Oktober 2009 geführten Prozess beendeten die Parteien das Arbeitsverhältnis durch Vergleich zum 30. April 2010. Die Aufforderung des Beklagten im Schreiben vom 28. Oktober 2009, unverzüglich Arbeitsleistungen zu geänderten Bedingungen zu erbringen, lehnte der Kläger mit Schreiben vom Folgetag ab. Er berief sich auf ein ihm wegen der seit dem 1. Mai 2009 nicht mehr gezahlten Vergütung zustehendes Zurückbehaltungsrecht. Darüber hinaus machte er die Vertragswidrigkeit der Arbeitsweisung geltend. 3

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Die Parteien streiten nach einem Teilanerkenntnis des Beklagten nur noch darüber, ob Entgeltansprüche des Klägers für November 2009 bis April 2010 gemäß § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO iVm. § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO den Rang einer Neumasseverbindlichkeit haben. Der Kläger hat die Ansicht vertreten, durch die Arbeitsaufforderung habe der Beklagte die Arbeitsleistung für die Masse in Anspruch genommen. Dem stehe die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nicht entgegen. Auch bei Fortführung von Arbeitsverhältnissen komme es bei Urlaub und Krankheit zu Ausfallzeiten, in denen der Insolvenzverwalter die Arbeitskraft tatsächlich nicht nutzen könne, gleichwohl aber die Vergütung als Neumasseverbindlichkeit schulde. 4

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt 5

> festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, an ihn 19.804,68 Euro brutto abzüglich Arbeitslosengeld von 8.201,65 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszins in im Einzelnen genannter, gestaffelter Höhe als Neumasseverbindlichkeit zu leisten.

Der Beklagte hat zur Begründung seines Klageabweisungsantrags geltend gemacht, aufgrund der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts sei der Insolvenzmasse kein Vorteil zugeflossen. 6

Die Vorinstanzen haben die Klage hinsichtlich des noch streitbefangenen Antrags abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Landesarbeitsgericht zugelassene Revision des Klägers. 7

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. 8

I. Der Beklagte ist weiter passiv legitimiert, obwohl das Insolvenzverfahren gemäß § 211 Abs. 1 InsO eingestellt worden ist. 9

1. Der Insolvenzbeschlag besteht im Umfang der angeordneten Nachtragsverteilung fort *(vgl. BGH 17. Februar 2011 - IX ZB 268/08 - Rn. 12)*. Der 10

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

Insolvenzverwalter bleibt insoweit prozessführungsbefugt *(BGH 13. Dezember 2012 - III ZR 70/12 - Rn. 6; MünchKommInsO/Hintzen 3. Aufl. § 200 Rn. 40)*.

2. Die Nachtragsverteilung ist mit Beschluss vom 3. Juli 2012 wirksam angeordnet worden, obwohl sie bekannte Gegenstände aus der Zeit vor der Verfahrenseinstellung betrifft. Ungeachtet seines Wortlauts beschränkt § 211 Abs. 3 Satz 1 InsO die Anordnung der Nachtragsverteilung nicht auf Gegenstände, die erst nach Einstellung des Verfahrens ermittelt werden. Die Vorschrift verweist vielmehr auf sämtliche Fälle des § 203 Abs. 1 InsO und nicht nur auf § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO. Sie ist darum auch auf nach Verfahrenseinstellung zurückfließende oder im Hinblick auf einen anhängigen Rechtsstreit zunächst zurückbehaltene Beträge anwendbar. In den Fällen des § 203 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO besteht dasselbe praktische Bedürfnis für die Zulassung entsprechender Nachtragsverteilungen wie im Fall des nachträglichen Auffindens von Massegegenständen. Durch Anordnung von Nachtragsverteilungen kann verhindert werden, dass die Anhängigkeit von Prozessen über das Bestehen von Masseverbindlichkeiten oder von Anfechtungsprozessen die Einstellung des masseunzulänglichen Verfahrens um Jahre verzögert *(vgl. BGH 16. Januar 2014 - IX ZB 122/12 - Rn. 5; 10. Oktober 2013 - IX ZB 40/13 - Rn. 8)*. 11

II. Für den zuletzt gestellten Antrag fehlt das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. Gleichwohl kann der Senat in der Sache entscheiden. 12

1. Das Vollstreckungsverbot des § 210 InsO gilt nur für Altmassegläubiger iSd. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO. Verbindlichkeiten iSv. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO und § 209 Abs. 2 InsO sind daher grundsätzlich weiterhin mit der Zahlungsklage zu verfolgen. Das gilt auch dann, wenn die materiell-rechtliche Prüfung ergibt, dass es sich bei den geltend gemachten Forderungen tatsächlich nicht um Neumasseverbindlichkeiten handelt *(vgl. BAG 21. November 2006 - 9 AZR 97/06 - Rn. 9, BAGE 120, 232)*. Den Einwand der Neumasseunzulänglichkeit, bei dem auch die Neumassegläubiger ihre Ansprüche nur noch im Wege der Feststellungsklage verfolgen können *(BAG 19. Juli 2007 - 6 AZR* 13

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS
Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

1087/06 - Rn. 40, BAGE 123, 269), hat der Beklagte nicht erhoben. Der Feststellungsklage steht daher grundsätzlich der Vorrang der Leistungsklage entgegen.

2. Das Bestehen eines Feststellungsinteresses ist echte Prozessvoraussetzung jedoch nur für das stattgebende Urteil *(BAG 24. September 2008 - 6 AZR 76/07 - Rn. 13, BAGE 128, 73)*. Der Vorrang der Leistungsklage folgt aus dem Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit *(vgl. BAG 18. März 1997 - 9 AZR 84/96 - zu I 1 der Gründe, BAGE 85, 306)*. Deshalb ist das Revisionsgericht auch bei Fehlen des Feststellungsinteresses jedenfalls dann zu einer Sachentscheidung befugt, wenn gewichtige prozessökonomische Gründe gegen eine Prozessabweisung sprechen *(BAG 24. September 2008 - 6 AZR 76/07 - aaO)*. Dies kann etwa dann anzunehmen sein, wenn auch eine in Betracht kommende Leistungsklage mangels Begründetheit des geltend gemachten Anspruchs abzuweisen wäre *(vgl. BAG 21. Juni 2005 - 9 AZR 295/04 - zu I 3 b der Gründe)*. Das ist hier der Fall. 14

III. Der Kläger hat keinen im Rang einer Neumasseverbindlichkeit iSv. § 209 InsO stehenden Anspruch auf Entgelt für November 2009 bis April 2010. Dies haben die Vorinstanzen im Ergebnis zu Recht festgestellt. 15

1. Die Vorinstanzen haben nicht geprüft, ob dem Kläger Ende Oktober 2009 überhaupt ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB wegen der rückständigen Vergütungsansprüche für die Zeit seit Mai 2009 zustand, sondern sind wie die Parteien stillschweigend von einem solchen ausgegangen. Dieser rechtliche Ansatzpunkt trifft so nicht zu. 16

a) Zwar kann ein Arbeitnehmer das Zurückbehaltungsrecht an seiner Arbeitsleistung nach § 273 Abs. 1 BGB ausüben, wenn der Arbeitgeber den fälligen Vergütungsanspruch nicht erfüllt *(BAG 25. Oktober 2007 - 8 AZR 917/06 - Rn. 52)*. Er ist dann nicht mehr nach § 614 BGB zur Vorleistung verpflichtet. Er muss vielmehr erst dann (wieder) seine Arbeit leisten, wenn der Arbeitgeber die rückständige Gegenleistung erbringt, indem er das rückständige Entgelt zahlt. Solange der Arbeitnehmer sein Zurückbehaltungsrecht wirksam ausübt, endet 17

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

der Annahmeverzug des Arbeitgebers nicht. Das ergibt sich aus § 298 BGB, der für alle Fälle des Zurückbehaltungsrechts und damit auch für § 273 BGB gilt *(BAG 26. September 2007 - 5 AZR 870/06 - Rn. 32 f., BAGE 124, 141; Schaub/Linck ArbR-HdB 15. Aufl. § 95 Rn. 57)*.

b) Die rückständigen Vergütungsansprüche, aus denen der Kläger ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB hergeleitet hat, wurden jedoch inzwischen - vom Kläger unbeanstandet - als Altmasseverbindlichkeiten iSv. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO abgewickelt. Altmasseverbindlichkeiten können aber kein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB begründen. 18

aa) § 273 Abs. 1 BGB setzt einen wirksamen, mit der Klage erzwingbaren und fälligen Gegenanspruch voraus *(vgl. BGH 25. Mai 1983 - IVa ZR 182/81 - zu IV 1 der Gründe, BGHZ 87, 309; Bamberger/Roth/Unberath BGB 3. Aufl. § 273 Rn. 14; Staudinger/Bittner (2009) BGB § 273 Rn. 32)*. § 210 InsO verbietet jedoch die Zwangsvollstreckung wegen einer Altmasseverbindlichkeit. Eine Leistungsklage gegen den Beklagten wegen Altmasseverbindlichkeiten wäre deshalb mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig gewesen *(vgl. BAG 21. Januar 2010 - 6 AZR 785/08 - Rn. 10 mwN, BAGE 133, 136)*. 19

bb) Allerdings hätte der Kläger die Möglichkeit gehabt, die Altmasseverbindlichkeiten durch Klage nach § 256 Abs. 1 ZPO gerichtlich feststellen zu lassen, sofern darüber Streit bestanden hätte. Diese Möglichkeit genügt jedoch ausgehend von den Zwecken des § 273 Abs. 1 BGB und des Insolvenzverfahrens nicht, um ein Zurückbehaltungsrecht zu begründen. 20

(1) § 273 BGB beruht auf dem Grundgedanken des § 242 BGB. Der Schuldner soll davor geschützt werden, gegenüber einem Gläubiger, der einen Anspruch ohne Rücksicht auf einen dem Schuldner zustehenden Gegenanspruch verfolgt und dadurch Treu und Glauben verletzt, seine Leistungspflicht einseitig erfüllen und dabei das Risiko eingehen zu müssen, die ihm zustehende Leistung nicht zu erhalten *(vgl. BGH 26. September 2013 - VII ZR 2/13 - Rn. 33)*. Das Zurückbehaltungsrecht bezweckt damit letztlich die Sicherung des Anspruchs des Schuldners und bewirkt dies durch Ausüben mittelba- 21

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

ren Zwangs auf den Gläubiger *(Bamberger/Roth/Unberath BGB 3. Aufl. § 273 Rn. 1)*. Der Beklagte handelte jedoch im Einklang mit den Bestimmungen der Insolvenzordnung, indem er die Erfüllung von Altmasseverbindlichkeiten verweigerte und den Kläger auf die letztrangige Befriedigung im Insolvenzverfahren verwies. § 273 Abs. 1 BGB greift daher nach seinem Zweck in einer solchen Konstellation nicht ein.

(2) Das Insolvenzverfahren ist vom Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung beherrscht. Mit diesem Grundgedanken des Insolvenzrechts steht es in unauflösbarem Widerspruch, wenn dem Arbeitnehmer als Altmassegläubiger mit dem Zurückbehaltungsrecht ein besonderes Zwangsmittel zur Durchsetzung der vom Insolvenzverwalter nicht erfüllten Altmasseverbindlichkeiten zur Seite stünde. Für eine solche Bevorzugung einzelner Gläubiger gibt es im Insolvenzrecht keine Rechtsgrundlage *(vgl. bezogen auf das Rücktrittsrecht nach § 323 BGB BAG 10. November 2011 - 6 AZR 342/10 - Rn. 34; vgl. für Insolvenzforderungen BGH 13. Dezember 2012 - IX ZR 9/12 - Rn. 9)*. 22

2. Selbst wenn man zugunsten des Klägers annähme, dass er das von ihm in Anspruch genommene Zurückbehaltungsrecht auch auf einen Verstoß gegen das Direktionsrecht des Beklagten gestützt hätte, ihm deshalb bis zum Ablauf der Kündigungsfrist ein Recht zugestanden hätte, seine Arbeitsleistung insgesamt zurückzuhalten *(vgl. dazu Schaub/Linck ArbR-HdB 15. Aufl. § 50 Rn. 8)*, und der Beklagte sich deshalb insoweit im Annahmeverzug befunden hätte, wären diese Ansprüche keine Neumasseverbindlichkeiten iSv. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO iVm. § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO. Der Beklagte hat die Arbeitsleistung des Klägers nicht zur Masse in Anspruch genommen. 23

a) Der Insolvenzverwalter nimmt die Gegenleistung des Arbeitnehmers iSv. § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO „in Anspruch“, wenn er diese nutzt, den Arbeitnehmer also zur Arbeit heranzieht. Gegenleistung ist die vom Arbeitnehmer nach § 611 Abs. 1 BGB geschuldete Arbeitsleistung *(BAG 15. Juni 2004 - 9 AZR 431/03 - zu II 4 b der Gründe, BAGE 111, 80)*. Nicht erforderlich ist, dass der Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung auf der Grundlage eines erklärten eigenen Willensaktes in Anspruch genommen hat *(vgl. BAG 21. November* 24

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

2006 - 9 AZR 97/06 - Rn. 20, BAGE 120, 232). Eine Privilegierung von Vergütungsansprüchen durch ihre Einordnung als Neumasseverbindlichkeiten rechtfertigt sich regelmäßig nur, wenn der Arbeitnehmer durch tatsächliche Arbeitsleistung zur Anreicherung der Masse beiträgt. Der Masse muss ein wirtschaftlicher Wert zufließen *(BAG 15. Juni 2004 - 9 AZR 431/03 - zu II 4 d der Gründe, BAGE 111, 80)*. Das setzt voraus, dass das Arbeitsverhältnis in Vollzug gesetzt ist *(Zwanziger Kommentar zum Arbeitsrecht in der Insolvenzordnung 4. Aufl. § 108 InsO Rn. 61)*.

b) Für die Entstehung von Neumasseverbindlichkeiten gemäß § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO iVm. § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO reicht es nach diesen Maßstäben entgegen der Auffassung der Revision nicht aus, dass der Insolvenzverwalter den bisher freigestellten Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung auffordert. Neumasseverbindlichkeiten werden grundsätzlich nur begründet, wenn der Arbeitnehmer der Aufforderung nachkommt und so die Gegenleistung zur Masse gelangt. Nur in diesem Fall „nutzt“ der Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers und nur in diesem Fall sind die „darauf beruhenden Ansprüche aus dem Dauerschuldverhältnis“, dh. auch das Entgelt für die sog. „unproduktiven“ Ausfallzeiten wie Feiertage und krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, als Teil des Synallagmas Neumasseverbindlichkeiten *(vgl. BAG 21. November 2006 - 9 AZR 97/06 - Rn. 23, 25, BAGE 120, 232)*. 25

Ein Arbeitnehmer, der nicht arbeitet, erbringt keine Gegenleistung *(für die Freistellung durch den Insolvenzverwalter BAG 15. Juni 2004 - 9 AZR 431/03 - zu II 4 b der Gründe, BAGE 111, 80)*. Verhindert ein freigestellter Arbeitnehmer, der vom Insolvenzverwalter zur Arbeitsleistung aufgefordert wird, durch Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts, dass seine Arbeitskraft der Masse tatsächlich zugutekommt, fließt der Masse kein Gegenwert zu *(ebenso MünchKommInsO/Hefermehl 3. Aufl. § 209 Rn. 33b unter Berufung auf die Vorinstanz)*. 26

c) Diese Abgrenzung von Alt- und Neumasseverbindlichkeiten entspricht dem Willen des Gesetzgebers. Dieser wollte dem Arbeitnehmer, der seine Leistung voll zu erbringen hat und nicht vom Verwalter freigestellt worden ist, An- 27

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

spruch auf volle Vergütung seiner Arbeitsleistung einräumen *(BR-Drs. 1/92 S. 220)*. Daraus folgt, dass Vergütungsansprüche nur dann als Neumasseverbindlichkeiten nach § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO iVm. § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO privilegiert werden sollen, wenn die Arbeitsleistung der Masse tatsächlich zugutekommt *(Ries/Berscheid ZInsO 2008, 1161, 1165)*. Fehlt es daran, sind die Vergütungsansprüche als Altmasseverbindlichkeiten zu klassifizieren. Etwas anderes gilt nur für die „unproduktiven“ Ausfallzeiten *(s. dazu Rn. 25)*.

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 28

Fischermeier Gallner Spelge

Koch Wollensak

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS