

Aktenzeichen: 9 AZR 80/01
Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 11. Dezember 2001
- 9 AZR 80/01 -

I. Arbeitsgericht
Wuppertal

Urteil vom 23. Mai 2000
- 1 Ca 5484/99 v -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 30. November 2000
- 2 Sa 1233/00 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Darlegungs- und Beweislast bei Masseunzulänglichkeit

Gesetz:

§ 60 KO

Leitsatz:

Die öffentliche Bekanntmachung der Masseunzulänglichkeit ersetzt im Passivprozeß des Konkursverwalters gegen den Massegläubiger nicht die Darlegung und den Beweis der Massearmut.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDEsarBEITSGERICHT



9 AZR 80/01
2 Sa 1233/00
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
11. Dezember 2001

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 11. Dezember 2001 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Reinecke, den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann, die ehrenamtlichen Richter Fox und Lang für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 30. November 2000 - 2 Sa 1233/00 - aufgehoben.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung
- auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsge-
richt zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Der Kläger stand seit 1988 in einem Arbeitsverhältnis zur B. GmbH. Über de-
ren Vermögen wurde am 15. Dezember 1998 das Konkursverfahren eröffnet. Der Be-
klagte wurde zum Konkursverwalter bestellt. Durch Veröffentlichung im Regierungs-
amtsblatt der Bezirksregierung Düsseldorf vom 7. Januar 1999 zeigte der Beklagte
Massearmut an.

Im Januar 1999 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 30. April
1999. Er stellte den Kläger ab Februar 1999 von der Arbeitsleistung frei, ohne den bei
der Gemeinschuldnerin bestehenden Betriebsrat zu beteiligen. Andere Arbeitnehmer
beschäftigte der Beklagte weiter und zahlte ihnen auch Vergütung. Im Mai 1999 teilte
er den noch tätigen Arbeitnehmern mit, sie würden ab Juni 1999 von einer neu ge-
gründeten Gesellschaft übernommen. Über deren Vermögen wurde im Januar 2000
das Insolvenzverfahren eröffnet.

Durch rechtskräftiges Urteil vom 4. Juni 1999 stellte das Arbeitsgericht Wup-
pertal (- 6 Ca 474/99 v -) die Unwirksamkeit der im Januar ausgesprochenen Kündi-
gung fest und verurteilte den Beklagten zur Weiterbeschäftigung des Klägers.

Mit der Klage verlangt der Kläger aus dem Gesichtspunkt des Annahmever-
zugs rückständige Vergütung für den Zeitraum von Februar bis Dezember 1999 abzüg-
lich bezogenen Arbeitslosen- und Insolvenzgeldes. Er bestreitet die vom Beklagten
behauptete Massearmut, hält die ihm gegenüber ausgesprochene Freistellung von der
Arbeit für unwirksam und meint, der Beklagte müsse ihn mit den weiterbeschäftigten
Arbeitnehmern gleich behandeln.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 33.934,34 DM
brutto abzüglich auf die Bundesanstalt für Arbeit übergege-
ne 15.933,12 DM Arbeitslosengeld sowie 5.210,76 DM Insol-



venzgeld nebst 4 % Zinsen ab Klagezustellung sowie 9,3 % Zinsen ab 30. Mai 2000 zu zahlen.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Die erhobene Leistungsklage sei wegen öffentlich bekanntgemachter Massearmut unzulässig.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage deshalb als unzulässig abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Zahlungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht.

I. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann die Klage nicht als unzulässig abgewiesen werden.

1. Eine auf Zahlung gerichtete Klage als Leistungsklage ist ohne weiteres zulässig (*BAG 14. September 1994 - 5 AZR 632/93 - BAGE 77, 378*). Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ohne Ausnahme. Die Leistungsklage eines Altmassegläubigers gegen den Konkursverwalter wird dann unzulässig, sofern der Konkursverwalter im Prozeß Massearmut darlegt und sie nötigenfalls beweist.

2. Nach § 60 KO kann der Konkursverwalter die Erfüllung der Masseansprüche verweigern, sobald sich herausstellt, daß die Konkursmasse nicht zur gleichmäßigen Befriedigung der Ansprüche aller Massegläubiger ausreicht. Die Forderungen sind dann nach der in § 60 KO vorgesehenen Rangordnung und im Verhältnis der Beträge zu berichtigen. Dem ist im Erkenntnisverfahren Rechnung zu tragen. Der Konkursverwalter kann nicht mehr uneingeschränkt zur Leistung verurteilt werden; das Bestehen der Forderung des Massegläubigers ist gerichtlich festzustellen (*BAG 31. Januar 1979 - 5 AZR 749/77 - BAGE 31, 288; 6. September 1988 - 3 AZR 141/87 - AP BetrAVG § 9 Nr. 9 = EzA KO § 59 Nr. 16; Senat 11. August 1998 - 9 AZR 135/97 - AP KO § 60 Nr. 8; BGH 22. Februar 2001 - IX ZR 191/98 - BGHZ 147, 28*).



3. Besteht - wie hier - Streit über die Berechtigung der von dem Konkursverwalter erhobenen Einrede der Masseunzulänglichkeit, hat der Konkursverwalter die Tatsachen darzulegen und ggf. zu beweisen, aus denen sich die Gefährdung der Gläubigeransprüche ergibt (*st. Rspr. vgl. BAG 16. Oktober 1985 - 4 AZR 431/84 - AP ZPO § 767 Nr. 5*). Dabei reicht es regelmäßig aus, wenn er einen im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz noch zeitnahen Konkursstatus vorlegt, aus dessen Zahlenwerk sich die Masseunzulänglichkeit ablesen läßt (*BAG 30. Oktober 1985 - 5 AZR 484/84 - KTS 1986, 484; Senat 11. August 1998 aaO; BGH 22. Februar 2001 aaO*).

4. Das Landesarbeitsgericht hat diese Grundsätze zunächst zutreffend angewandt. Es hat angenommen, die vom Kläger erhobenen Ansprüche seien Masseforderungen nach §§ 57, 59 Abs. 1 Nr. 2 KO. Ferner hat es zu Recht ausgeführt, der Beklagte habe es an ausreichenden Darlegungen zur behaupteten Massearmut fehlen lassen. Die vom Beklagten vorgelegten Schnell- und Zwischenberichte stellen in der Tat kein auch nur annähernd prüffähiges Zahlenwerk dar.

5. Indes hat das Landesarbeitsgericht zu Unrecht angenommen, die Darlegung der Massearmut sei deswegen entbehrlich, weil der Beklagte die Massearmut öffentlich bekanntgemacht hat.

a) Das Landesarbeitsgericht hat im Anschluß an die obergerichtliche Rechtsprechung (*OLG Düsseldorf 22. November 1995 - 9 U 86/95 - ZIP 1995, 2003; ebenso LAG Hamm 23. September 1999 - 4 Sa 1007/98 - ZIP 2000, 246; so auch Kuhn/Uhlenbruck KO 11. Aufl. § 60 Rn. 3 e*) seine Auffassung im wesentlichen damit begründet, der Konkursverwalter sei nach § 60 KO befugt, die Massearmut festzustellen; diese Befugnis würde ihm entzogen und auf das Prozeßgericht übertragen, wenn der Konkursverwalter im Passivprozeß gegen den Massegläubiger die Masseunzulänglichkeit darlegen und beweisen müsse.

b) Das überzeugt nicht. Die Bekanntgabe der Masseunzulänglichkeit hat keine konstitutive Wirkung. Die öffentliche Bekanntgabe hat nicht die Wirkung, daß der Beweis der Massearmut als geführt anzusehen ist.

aa) Der Senat hat diese Rechtsprechung in seiner Entscheidung vom 11. August 1998 (*aaO*) noch offengelassen. Auch der Bundesgerichtshof (*BGH 22. Februar 2001 aaO*) hat diese Rechtsfrage - soweit bekannt - bisher nicht entschieden. Der Senat



schließt sich der in der Rechtsprechung und im Schrifttum vertretenen Meinung (*BFH 23. Juli 1996 - VII R 88/94 - BFHE 181, 202; LAG Frankfurt 27. Januar 2000 - 3 Sa 252/99 -; LAG Hamm 5. Februar 1992 - 14 Sa 1769/91 - ZIP 1992, 1406; 2. Juli 1997 - 2 Sa 2326/95 - LAGE KO § 60 Nr. 3; Kilger/Karsten Schmidt Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 60 KO Rn. 2*) an. Sie hat die besseren Gründe für sich.

bb) Die einschlägige Vorschrift des § 60 KO regelt die Berichtigung von Massekosten und Masseschulden nach Rang und Höhe der Beträge, sobald sich herausstellt, daß die Konkursmasse zur vollständigen Befriedigung aller Massegläubiger nicht ausreicht; § 60 KO sieht weder eine öffentliche Anzeige der Masseunzulänglichkeit vor noch bestimmt er die Rechtsfolgen einer solchen Anzeige. Das wiegt umso schwerer, als der Konkursordnung die öffentliche Bekanntmachung nicht fremd ist. Sie regelt in einer Reihe von Vorschriften (zB §§ 8, 76, 81, 93, 98, 111, 116, 151, 163, 179, 198, 203, 205) im einzelnen Voraussetzungen und Wirkungen öffentlicher Bekanntmachungen. Wenn der Gesetzgeber in § 60 KO die öffentliche Bekanntmachung weder direkt noch indirekt anspricht, kann das nur bedeuten, daß an die Publizität keine Vermutungswirkung geknüpft werden soll.

cc) Auch wenn dem Konkursverwalter die Befugnis zur Feststellung der Masseunzulänglichkeit zusteht, spricht das nicht gegen dieses Ergebnis. Die genannte Befugnis betrifft nicht das Verhältnis des Verwalters zum Prozeßgericht, sondern allein die Abgrenzung der Zuständigkeit des Konkursverwalters zu den Zuständigkeiten des Konkursgerichts und der Gläubigerversammlung (vgl. *Senat 11. August 1998 aaO; Kilger/Karsten Schmidt Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 60 KO Rn. 2; so auch Kuhn/Uhlenbruck KO 11. Aufl. § 60 Rn. 3 e*). Sie würde im Passivprozeß des Konkursverwalters nur dann - mittelbar - beeinträchtigt, wenn das Prozeßgericht die Wertansätze des Konkursverwalters in Frage stellen könnte. Eben dies ist nicht zulässig. Das Prozeßgericht ist vielmehr an die Wertansätze des Konkursverwalters gebunden (*Senat 11. August 1998 aaO; BFH 23. Juli 1996 - VII R 88/94 - aaO*).

dd) Die Anforderungen an den Konkursverwalter werden auch nicht überspannt, wenn er einem klagenden Massegläubiger gegenüber die Massearmut begründen muß. Entgegen der Ansicht der Revision besteht nicht die Gefahr, "daß bereits eine kleine Anzahl von Gläubigern das Büro des Verwalters durch gezielte Anfragen lahmlegen kann". Der Konkursverwalter kann die Massearmut nur auf Grund eines aufzustellenden Zahlenwerkes feststellen. Dazu muß er Aktiva und Passiva bewerten und



einander gegenüberstellen. Mehr als eine solche Gegenüberstellung wird auch im Prozeß nicht verlangt. Daneben kann der Verwalter mit einer Bilanz nach § 124 KO, die nach der Eröffnung des Konkursverfahrens und der Inbesitznahme des zur Konkursmasse gehörenden Vermögens regelmäßig ohnehin zu erstellen ist, die Unzulänglichkeit der Masse darlegen, wenn die Massearmut bereits kurze Zeit nach der Konkursöffnung erkennbar wird (*BAG 30. Oktober 1985 - 5 AZR 507/84 - nv.*). Liegen Anhaltspunkte dafür vor, daß sich die Vermögenssituation bis zur letzten mündlichen Verhandlung geändert haben könnte, so genügt der Konkursverwalter seiner Darlegungslast, wenn er die Veränderungen in einem aktualisierten Status aufzeigt.

ee) Die vom Landesarbeitsgericht vertretene Auffassung läßt sich auch nicht mit einer "Vorwirkung" (vgl. *Kloepfer Vorwirkung von Gesetzen; Pape NJW 1997, 2777*) der seit dem 1. Januar 1999 geltenden Insolvenzordnung begründen.

Allerdings können einzelne Bestimmungen der InsO auch schon bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe des vorher geltenden Insolvenzrechtes herangezogen werden (*Senat 17. Juni 1997 - 9 AZR 753/95 - AP KO § 106 Nr. 1 = EzA KO § 106 Nr. 1 und BGH 6. April 1995 - IX ZR 61/94 - BGHZ 129, 236*). Ebenso kann die InsO zur Füllung von Regelungslücken herangezogen werden (*BGH 21. November 1996 - IX ZR 148/95 - BGHZ 134, 116*). Das gilt aber dann nicht, wenn der InsO ein vom vorhergehenden Recht abweichendes Konzept zugrunde liegt (*BGH 18. Mai 1995 - IX ZR 189/94 - BGHZ 130, 38*).

So ist es hier: Die KO sah in § 60 nur eine Regelung über die Befriedigung von Forderungen bei Masseunzulänglichkeit vor, nicht jedoch ein formalisiertes Verfahren. Demgegenüber enthält die Insolvenzordnung etwas konzeptionell Anderes. Sie knüpft bereits an die Anzeige der Masseunzulänglichkeit ein Vollstreckungsverbot an (§§ 208, 210 Abs. 1 InsO). Sie richtet damit ein formalisiertes Verfahren zur Handhabung der Lage bei Masseunzulänglichkeit ein, das der KO fehlte. Eine derartige in sich geschlossene Neuregelung kann nicht auf Zeiten vor der Anwendbarkeit der InsO übertragen werden.

II. Der Rechtsstreit ist auf der Grundlage des vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhaltes nicht zur Endentscheidung reif (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

1. Die Klage ist nicht - auch nicht teilweise bis zu dem vom Beklagten behaupteten Betriebsübergang am 1. Juni 1999 - aus dem Gesichtspunkt einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zulässig und begründet.



a) Es kann dahinstehen, ob von dem in § 60 KO bestimmten Rang- und Quotenverhältnis wegen der für Neumassegläubiger entwickelten Grundsätze im vorliegenden Fall eine Ausnahme zu machen wäre, wenn der Kläger seinen Zahlungsanspruch - teilweise - auf eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes stützen könnte (vgl. Senat 8. Dezember 1998 - 9 AZR 622/97 - AP KO § 60 Nr. 9 = EzA KO § 60 Nr. 7; ablehnend noch BAG 20. Mai 1987 - 4 AZR 648/86 - AP KO § 60 Nr. 5 = EzA KO § 60 Nr. 4; 30. August 1989 - 4 AZR 202/89 - BAGE 62, 338; für die bevorzugte Berichtigung der Honoraransprüche des Konkursverwalters BVerfG 30. März 1993 - 1 BvR 1045/89 - und - 1 BvR 1381/90 - sowie - 1 BvL 11/90 - BVerfGE 88, 145; mit guten Gründen für eine bevorzugte Berichtigung auch Kilger/Karsten Schmidt Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 60 KO Rn. 4; Kuhn/Uhlenbruck KO 11. Aufl. § 60 Rn. 2 b bis 2 c). Der Kläger hat keinen Anspruch darauf, wie die vom Beklagten weiterbeschäftigten Arbeitnehmer behandelt zu werden.

b) Nach dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist es dem Arbeitgeber untersagt, einzelne Arbeitnehmer oder Arbeitnehmer-Gruppen aus sachfremden Gründen ungünstiger zu behandeln als Arbeitnehmer in vergleichbarer Lage. Der zu Unrecht benachteiligte Arbeitnehmer kann regelmäßig dieselben Leistungen wie die begünstigten Arbeitnehmer beanspruchen.

Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Der Kläger ist mit den vom Beklagten eingesetzten Arbeitnehmern schon deshalb nicht zu vergleichen, weil er anders als diese nicht gearbeitet hat. Er ist gleichzubehandeln mit den Arbeitnehmern, die der Beklagte nicht beschäftigt hat.

c) Gleichbehandlung mit den weiterbeschäftigten Arbeitnehmern ist auch nicht deshalb geboten, weil der Beklagte den Kläger ohne dessen Zustimmung freigestellt hat.

Die Zahlung der vollen Vergütung an die zur Arbeitsleistung herangezogenen Arbeitnehmer ist allein deshalb gerechtfertigt, weil sie durch tatsächliche Arbeitsleistung zur Masse beigetragen haben. Die Zahlung der Vergütung an diese Arbeitnehmer steht an sich mit der in § 60 KO vorgeschriebenen nur anteiligen Berichtigung der Ansprüche aller Massegläubiger nicht in Einklang. Die Vergütungsansprüche der nicht freigestellten Arbeitnehmer wären nach § 60 KO an sich ebenso wie die Ansprüche der freigestellten Arbeitnehmer nur entsprechend der auf ihren Anspruch entfallenden Quote zu berichtigen. Nach der im Schrifttum herrschenden Auffassung ist der Kon-



kursverwalter demgegenüber nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Ansprüche sog. Neumassegläubiger vorab in voller Höhe zu berichtigen (vgl. *Kilger/Karsten Schmidt Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 60 KO Rn. 4; Kuhn/Uhlenbruck KO 11. Aufl. § 60 Rn. 2 b bis 2 d; Henckel FS 100 Jahre Konkursordnung S 169 ff.; ders. ZIP 1993, 1277; Gerhard JZ 1984, 601; ders. ZIP 1992, 741; Pape ZIP 1984, 796; ders. EWiR 1990, 707; Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch § 60 KO Rn. 5).*

Neumassegläubiger sind aber nur die Gläubiger, die nach festgestellter Massearmut Sach- oder Dienstleistungen zugunsten der Konkursmasse erbringen. Nur bei ihnen wird der Abfluß der Gegenleistung aus der Konkursmasse durch den Wert der erbrachten Sach- oder Dienstleistung ausgeglichen. Der Anspruch des Klägers ist danach unter keinen Umständen ein solcher Neumasseanspruch. Der Kläger hat nicht gearbeitet. Für die konkursrechtliche Behandlung seines Anspruchs ist allein maßgeblich, daß er nicht durch tatsächliche Leistung zur Konkursmasse beigetragen hat. Auf die Ursache seiner Nichtbeschäftigung kommt es nicht an.

d) Aus den vorstehenden Gründen kommt es ebenfalls nicht darauf an, daß der Beklagte den Kläger ohne Beteiligung des Betriebsrates freigestellt hat. Entscheidend ist, daß der Beklagte auf die Arbeitsleistung nicht zurückgegriffen hat. Im übrigen ist die Freistellung gekündigter Arbeitnehmer weder eine mitbestimmungspflichtige Versetzung nach § 99, § 95 Abs. 3 Satz 1 BetrVG 1972 (*BAG 28. März 2000 - 1 ABR 17/99 - BAGE 94, 163*) noch löst sie eine kollektive Mitbestimmungspflicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG 1972 aus. Durch die Freistellung wird nicht die betriebsübliche Arbeitszeit berührt. Der Arbeitgeber stellt lediglich keinen Arbeitsplatz mehr zur Verfügung.

III. Das Landesarbeitsgericht wird zur Prüfung der Zulässigkeit der Klage dem Beklagten Gelegenheit geben müssen, entsprechend den oben wiedergegebenen Grundsätzen die Massearmut anhand eines zeitnah erstellten Massestatus darzulegen und nötigenfalls zu beweisen. Sollte danach von Massearmut auszugehen sein, ist die Leistungsklage, wie das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen hat, unzulässig. Der Kläger könnte sein Begehren nur als Feststellungsklage fortsetzen. In der Sache hat der Beklagte die Ansprüche für die Zeit bis zum 31. Mai 1999 nicht bestritten. Für die Zeit ab dem 1. Juni 1999 fehlt es an Feststellungen zur Frage des vom Beklagten behaupteten Betriebsübergangs sowie zu der Frage, ob und mit welchem Erfolg der Kläger Ansprüche gegen die etwaige Übernehmerin verfolgt hat. Gegebenenfalls muß auch die Reichweite der Rechtskraft des arbeitsgerichtlichen Urteils vom 4. Juni 1999 geklärt werden, mit dem der Beklagte zur Beschäftigung des Klägers verurteilt worden



ist (vgl. BAG 12. September 1985 - 2 AZR 324/84 - AP BetrVG 1972 § 102 Weiterbeschäftigung Nr. 7 = EzA BetrVG 1972 Nr. 61).

Düwell

Reinecke

Schmitz-Scholemann

Fox

B. Lang



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)