

Leipziger Insolvenzrechtstag 28. Februar 2022

Masseverbindlichkeiten - Zivilrecht / Arbeitsrecht

VRiOLG Dr. Dietmar Onusseit, Dresden

Allgemeine Vorüberlegungen

1. Begründung von Masseverbindlichkeiten / Abgrenzung
2. Befriedigung von Masseverbindlichkeiten
 - im Regelfall
 - bei Masseunzulänglichkeit
3. Haftung
 - des Insolvenzverwalters
 - des selbstverwaltenden Schuldners oder seiner Organe
 - Nachhaftung des Schuldners im Regelinsolvenzverfahren
 - Nachhaftung der Gesellschafter des Schuldners in der Personengesellschaft im Regelinsolvenzverfahren (Vortrag RiBGH Volker Sander)
4. Sonstiges, etwa Berücksichtigung bei der Vergütung, im Insolvenzplan oder beim PKH-Antrag

Im Insolvenzverfahren finden sich neben Aus- und Absonderung drei **Forderungskategorien**:

- Insolvenzforderungen, § 38 InsO
- Masseverbindlichkeiten, §§ 53 – 55 InsO
- Forderungen gegen das freie Vermögen („sonstiges“ Vermögen, § 89 Abs. 1 InsO)

Die Kategorien **schließen einander aus**.

Chance auf vollständige Befriedigung regelmäßig nur bei Masseverbindlichkeiten, selbst dort aber §§ 207 ff. InsO.

→ **Versuchung** der Fachgerichtsbarkeiten, zugunsten ihrer „Klientel“ Masseverbindlichkeiten zu „finden“, ist groß.

Eigentlich **selbstverständlich**: Masseverbindlichkeiten liegen nur vor, wenn die Voraussetzungen der §§ 54, 55 InsO gegeben sind!

Zudem und insbesondere: § 55 InsO ist kein Auffangbecken!

Insolvenzforderungen nach § 38 InsO: Im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung begründete Vermögensansprüche (nicht: entstandene, zur ungenauen Wortwahl zum Beispiel BGH, Beschl. v. 11.03.2021 – IX ZR 152/20, ZIP 2021, 863, Rn. 3).

Konkretisierung in §§ 39 bis 46 InsO.

Forderungen gegen das freie Vermögen: Nach Verfahrenseröffnung begründete (nicht: entstandene) Vermögensansprüche, die keine Masseverbindlichkeiten sind, weil §§ 54, 55 InsO nicht greifen.

Masseverbindlichkeiten: Forderungen, die unter §§ 54, 55 InsO subsu-
mierbar sind. – Und nur solche!

Masseverbindlichkeiten nach § 55 InsO:

Abs. 1

- Nr.1 ...durch Handlungen des Verwalters oder in sonstiger Weise ...
- Nr. 2 ... aus gegenseitigen Verträgen ...
- Nr. 3 ... aus ungerechtfertigter Bereicherung der Masse

Abs. 2

- Satz 1 ... von einem vorläufigen Insolvenzverwalter begründet ...
- Satz 2 ... aus Dauerschuldverhältnissen ...

Abs. 3 Rückstufung BA

Abs. 4 ... aus dem Steuerschuldverhältnis ...

Sonderproblem Verwalterhandlung bei § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 InsO

Masseverbindlichkeiten sind weiter die Verbindlichkeiten:

Alt. 1: „die durch Handlungen des Insolvenzverwalters“

Alt. 2: „oder in sonstiger Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse“

begründet werden, ohne zu den Kosten des Verfahrens zu gehören.

Problem: Verlangt die Alt. 2 eine **Verwalterhandlung???**

BFH in ständiger Rechtsprechung: **nein.**

BGH (Urt. v. 12.01.2017 – **IX** ZR 87/16, ZIP 2017, 383, Rn. 19) wohl auch: **nein**.

Zu dieser Art von Masseverbindlichkeiten können zwar auch Verbindlichkeiten aus gesetzlichen Schuldverhältnissen zählen, etwa Abgabeforderungen. Voraussetzung ist aber, dass die Verbindlichkeiten durch die Insolvenzverwaltung ausgelöst werden oder jedenfalls einen Bezug zur Insolvenzmasse aufweisen. (Nur Verweise auf BVerwG und BFH, keine eigene Begründung des BGH)

Ähnlich auch **BGH**, Urt. v. 15.01.2019 – **II** ZB 2/16, ZIP 2019, 722 Rn. 45 f.

Kritik:

„Insolvenzverwaltung“ ist stets Handlung oder relevante Unterlassung des Verwalters – niemand sonst ist dazu berufen.

„Bezug zur (aktiven) Insolvenzmasse“ hat keine gesetzliche Grundlage. Ob eine Forderung Masseverbindlichkeit ist, kann auch nicht davon abhängen, ob der Verwalter durch Freigabe des in Bezug genommenen Gegenstands eine solche Qualifizierung verhindern kann (so aber Rn. 20 und BFH, Urt. v. 07.07. 2020 – X R 13/19, ZIP 2020, 2465, Rn. 33).

Ansatzpunkt muss vielmehr sein: Die Verwaltung des Gegenstands durch den Verwalter, die schon durch dessen Halten begründet ist. Knüpfen an den Gegenstand Verbindlichkeiten, z. B. Steuern, an, folgen sie aus der Verwaltung.

Entscheidend ist, dass schon das Halten des Gegenstands allein die Verbindlichkeit begründet. Daran fehlt es, wenn eine auf die Masse einwirkende Handlung eines Dritten für die Begründung der Verbindlichkeit erforderlich ist.

Der Leitsatz des BGH in IX ZR 87/16

„Der Anspruch eines im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Emittenten bestellten gemeinsamen Vertreters von Anleihegläubigern auf Vergütung ist keine Masseverbindlichkeit (soweit hier interessant: nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 InsO).“

ist daher (nur) im Ergebnis zutreffend, weil neben dem „Halten“ des Emittenten durch den Verwalter die Bestellung des gemeinsamen Vertreters durch Willensakt (Mehrheitsbeschluss) der Schuldverschreibungsgläubiger und damit eine Einwirkung auf die Rechtsstellung des Emittenten erforderlich ist.

(Nur) im Ergebnis deshalb richtig BVerwG (16.12.2009 – 8 C 9/09, Rn. 15), das auch auf den Bezug zur Masse abstellt.

M. E.: Die Börsennotierungsgebühr fällt unter § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 InsO, weil sie außer dem in der Insolvenzverwaltung liegenden Halten der börsennotierten Gesellschaft keine Dritthandlung voraussetzt.

Überflüssige Überlegungen?

Statt vieler : Uhlenbruck/Sinz, InsO, § 55 Rn. 25:

„Eine genaue Differenzierung zwischen der ersten und der zweiten Alternative ist für die Praxis entbehrlich, da die nach beiden Alternativen ausgelösten Masseverbindlichkeiten im Fall der Masseunzulänglichkeit gleichen Rang haben.“

Allerdings: Eine der Alternativen muss positiv festgestellt werden, denn § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist **kein Auffangbecken**.

Zivilrecht

Ansprüche aus Mietverhältnissen in der Insolvenz des Mieters

Rückgabe / Räumung
Mietzahlung

Grundlage:

Der Mietvertrag als fortgesetztes Dauerschuldverhältnis erlangt in unterschiedlichen Verfahrensstadien Relevanz. **Hier betrachtet:**

- Eröffnungsverfahren mit starkem vorläufigem Verwalter
- Eröffnetes Verfahren
- Verfahren bei Massearmut

Untersuchungsgegenstand: §§ 55 Abs. 1 Nr. 2, 55 Abs. 2 Satz 2, § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO.

Systematische Gleichbehandlung geboten (BGH, Urt. v. 03.04.2003 – IX ZR 101/02, juris, Rn. 18; a. A., aber nicht überzeugend Klinck, AP BUrlG Abgeltung Nr. 116). Gilt im Ergebnis umgekehrt auch für § 108 Abs. 3 InsO.

- §§ 55 Abs. 1 Nr. 2, 55 Abs. 2 Satz 2, § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO erfassen Verbindlichkeiten, die der Verwalter durch **selbstbestimmtes Handeln** – gewillkürt – auslöst. Gegensatz: oktroyierte Verbindlichkeiten.
- Keine (Neu)Masseverbindlichkeiten im Sinne von § 55, 209 InsO sind Forderungen, die **bis zum maßgeblichen Stichtag** begründet worden sind.
- **Allein unzureichend** dagegen, dass ein vorher abgeschlossenes Dauerschuldverhältnis auch noch eine gewisse Zeit lang nach Stichtag rechtlich fortbesteht, §§ 108 Abs. 3, 209 Abs. 2 Nrn. 2, 3 InsO.
- **§ 108 Abs. 2 (heute 3) InsO** geht **grundsätzlich** von der **Teilbarkeit** der Leistungen in einem Dauerschuldverhältnis entsprechend den Zeitabschnitten aus (BGH, 03.04.2003 – IX ZR 101/02).

Korrespondierende Vorschriften:

- **§§ 55 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 108 Abs. 3 InsO** – Inanspruchnahme der Gegenleistung nicht erforderlich, Kündigungsmöglichkeit nach §§ 109, 113 InsO
- **§ 55 Abs. 2 Satz 2 InsO** – Inanspruchnahme der Gegenleistung erforderlich (§ 108 Abs. 3 InsO tritt als allgemeinere Vorschrift zurück, BGH, Urt. v. 18.07.2002 – IX ZR 195/01, juris, Rn. 13)
- **§ 209 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 InsO** (Zeitraum bis zur ersten Kündigungsmöglichkeit) – Inanspruchnahme erforderlich

Mietrechtliche Fallgestaltungen:

Mietzins für den Monat der Verfahrenseröffnung

Mietzins für den Monat der Verfahrenseröffnung (BGH, Beschl. v. 11.03.2021 – IX ZR 152/20, ZIP 2021, 863) ist in dem Umfang Masseverbindlichkeit, der dem ab der Verfahrenseröffnung verbleibenden Teil des Monats entspricht, im Übrigen Insolvenzforderung.

Entscheidend für Mietforderungen ist, inwieweit sie die Gegenleistung für den Teil einer Leistung aus einem gegenseitigen Vertrag darstellt, dessen Erfüllung für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss. Bei teilbarer Leistung ist die Gegenforderung nur in einem der Leistung an die Insolvenzmasse entsprechenden Teil Masseverbindlichkeit.

Ebenso BGH, Urt. v. 29.01.2015 – IX ZR 279/13, ZIP 2015, 589, Rn. 17, 32 f.

Nur scheinbar abweichend: Mietzins für den **Monat der Anzeige der Masseunzulänglichkeit** bei **Zwischenvermietung**, wenn der Endmieter, den Mietzins bereits entrichtet hat, ist Neumasseverbindlichkeit (BGH, Urt. v. 03.04.2003 – IX ZR 101/02, juris, Rn. 30 f.).

Grund: Im Verhältnis zum Vermieter kann der Verwalter an der weiteren Nutzung durch den Endmieter wegen der schon erfolgten Zahlung des Untermietzinses von Rechts wegen nichts mehr ändern. Er nimmt die Gegenleistung – Überlassung der Mietsache – wenngleich zwangsläufig in Anspruch.

Anders, wenn der Verwalter den Anspruch gegen den Endmieter dem (Haupt)Vermieter noch anbieten kann und anbietet.

Wie im Monat der Verfahrenseröffnung ist aufzuteilen im Monat der **Anordnung der starken vorläufigen Verwaltung** und der **Anzeige der Masseunzulänglichkeit**.

Anteiliger Mietzins für die Zeit **vor** der Anordnung / Anzeige ist Insolvenzforderung / Altmasseverbindlichkeit.

Anteiliger Mietzins für die Zeit **nach** der Anordnung / Anzeige ist Masseverbindlichkeit / Neumasseverbindlichkeit.

Rückgabe der Mietsache / Räumung:

Räumungsanspruch bei **vor** und **nach** Verfahrenseröffnung eingebrachtem Räumungsgut (BGH, Urt. v. 11.04.2019 – IX ZR 79/18, ZIP 2019, 1024; BGH, Urt. v. 17.09.2020 – IX ZR 62/19, ZIP 2020, 2025, bereits zur KO: BGH, Urt. v. 05.07.2001 – IX ZR 327/99, ZIP 2001, 1469).

Rückgabeanspruch aus § 546 Abs. 1 InsO als solcher begründet ein Aussonderungsrecht.

Anders der als Teil darin enthaltene **Räumungsanspruch**. Diese Pflicht, wird allein unter den Voraussetzungen des § 55 InsO zur Masseverbindlichkeit, anderenfalls ist sie Insolvenzforderung und mit dem Schätzwert für die die Zeit bis zur Verfahrenseröffnung zu Tabelle anzumelden.

Abgrenzung danach, wann das Räumungsgut auf das Mietgrundstück verbracht worden ist.

- Bei Verfahrenseröffnung bereits vorhandenes Räumungsgut: Räumungsanspruch begründet Insolvenzforderung, denn der Räumungsanspruch des Vermieters entsteht aufschiebend bedingt bereits mit Abschluss des Mietvertrags (BGH, Urt. v. 17.09.2020 – IX ZR 62/19, ZIP 2020, 2025, Rn. 11). Anders, wenn der vorläufige starke Verwalter eingebracht hat, § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO.
- Nach Verfahrenseröffnung durch den Verwalter oder in dessen Verantwortung eingebrachtes Räumungsgut:
Räumungsanspruch begründet Masseverbindlichkeit.

Sonderfall: Verwalter entfernt eine (werthaltige) der Schuldnerin gehörende Leichtbauhalle, belässt aber das von der Schuldnerin eingebrachte Fundament auf dem Grundstück. Darüber hinaus keine Nutzung durch den Verwalter. Der Vermieter verlangt Rückbau des Fundaments als Masseverbindlichkeit (BGH, Urt. v. 17.09.2020 – IX ZR 62/19, ZIP 2020, 2025, Rn. 11).

Entfernt der Verwalter eine Einrichtung, die der Schuldner mit der Mietsache verbunden hat und die im Eigentum des Schuldners steht, stellt die Pflicht zur Versetzung der Sache in den vorigen Stand (§§ 539 Abs. 2, 258 BGB) keine Masseverbindlichkeit dar, wenn der Verwalter dabei den Rahmen einer teilweisen Erfüllung der Räumungspflicht nicht überschreitet.

Grund: Die Instandsetzungspflicht ist bereits Teil der vor Verfahrenseröffnung begründeten Räumungspflicht, wenn der Verwalter keine weiteren Rechte für die Masse in Anspruch nimmt. Er erfüllt insoweit lediglich teilweise eine Insolvenzforderung.

Arbeitsrecht

Anspruch auf Urlaubsgewährung in besonderen insolvenzrechtlichen Situationen

Freistellung

Urlaubsentgelt

Urlaubsabgeltung

Voller Urlaub als Masseverbindlichkeit???

Urlaubsrechtliche Folgen der Inanspruchnahme der Arbeitsleistung des AN nach

- § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO
- § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO
- § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO

für die Ansprüche des AN auf

- Gewährung von Urlaub (Freistellung), § 1 BUrlG
- Urlaubsentgelt, §§ 1, 11 BUrlG
- Urlaubsabgeltung, § 7 Abs. 4 BUrlG

BAG , Urteil vom 10.09.2020 - 6 AZR 94/19, ZIP 2021, 139

Sachverhalt: Der Kläger wird während der vorläufigen starken Verwaltung zunächst weiterbeschäftigt und kündigt noch vor Verfahrenseröffnung wirksam fristlos. - Für den ihm unstreitig zustehenden Resturlaub verlangt er Urlaubsabgeltung gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG als Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO.

Nachgehend:

BAG, Beschl. v. 16.02.2021 – 9 AS 1/21, ZIP 2021, 811

BAG, Urt. v. 25.11.2021 – 6 AZR 94/19, ZIP 2022, 334, für BAGE bestimmt

Urlaubsrechtliche Grundlagen:

§ 1 BUrlG:

Jeder Arbeitnehmer hat in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub.

- Anspruch auf Gewährung von Urlaub
- Anspruch auf Urlaubsgeld

frühere Ansicht: zwei Ansprüche (Freistellung + Entgelt)

seit BAG, Beschl. v. 10.02.2015 - 9 AZR 455/13, Rn. 23 f.:

Urlaub und Entgelt = integrale Bestandteile des Anspruchs auf
Urlaub

§ 7 Abs. 4 BUrlG: Kann der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden, so ist er abzugelten.

Insolvenzrechtliche Grundlagen:

Masseverbindlichkeiten sind die Verbindlichkeiten:

... aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung zur Insolvenzmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO) und

... Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis, soweit der vorläufige – starke – Insolvenzverwalter für das von ihm verwaltete Vermögen die Gegenleistung in Anspruch genommen hat (§ 55 Abs. 2 Satz 2 InsO).

Als **Neumasseverbindlichkeiten** gelten auch Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis, soweit der Verwalter nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit für die Insolvenzmasse die Gegenleistung in Anspruch genommen hat (§ 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO).

Stark gekürzte **Rechtsprechungshistorie**

BAG, Urt. v. 21.11.2006 – 9 AZR 97/06, ZIP 2007, 834

Zieht der Insolvenzverwalter den AN nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit zur Arbeitsleistung heran, hat er noch offene **Urlaubsansprüche** durch Freistellung von der Arbeitspflicht **vollständig** zu erfüllen.

Urlaubsentgelt ist nur **anteilig** als **Neumasseverbindlichkeit** zu berichtigen. Gleiches gilt für den Anspruch auf **Urlaubsabgeltung**.

Abweichend von der Konzeption des gesetzlichen Urlaubsrechts ist im Anwendungsbereich des § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO der auf die Dauer der tatsächlich entgegengenommenen Arbeitsleistung entfallende „anteilige“ Geldwert des Urlaubs als Neumasseverbindlichkeit zu berichtigen.

BAG, Urt. v. 14.11.2012 – 10 AZR 793/11, ZInsO 2013, 943

Bei **Sonderzahlungen** ist zu differenzieren.

Wird mit der Sonderzuwendung die vom Arbeitnehmer im Bezugszeitraum erbrachte **Arbeitsleistung zusätzlich honoriert**, ist der Anspruch insolvenzrechtlich dem Zeitraum zuzuordnen, für den die Zuwendung als Gegenleistung geschuldet wird.

Bei Sonderzuwendungen **ohne Entgeltbezug**, etwa „Treue- oder Halteprämien“, ist insolvenzrechtlich maßgeblich der Zeitraum, in den der **Stichtag** fällt.

BAG, Urt. v. 23.03.2017 – 6 AZR 264/16, ZInsO 2017, 1281

Wie bisher: Wann Sonderzahlungen Masseverbindlichkeiten nach § 55 InsO darstellen, hängt vom Zweck der Sonderzahlung ab.

Neu aber: **Alle** arbeitsrechtlichen **Sonderzahlungen**, das heißt, nicht nur solche mit reinem Entgeltcharakter, sondern auch solche zur alleinigen Belohnung von Betriebstreue oder mit "Mischcharakter", also auch stichtagsbezogene, unterliegen nach angezeigter Masseunzulänglichkeit **§ 209 InsO**.

Nur der auf die Zeit der Arbeitsleistung nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit entfallende **anteilige Anspruch** ist als **Neumasseverbindlichkeit** i.S.v. § 209 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 3 InsO zu berichtigen.

Soweit die insolvenzrechtlichen Verteilungsgrundsätze reichen, gehen sie den allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen als Spezialregelungen vor. Damit wird sichergestellt, dass alle Gläubiger gleichmäßig befriedigt werden. [Anm.: Richtig wohl eher: Vollstreckungsrecht geht vor.]

Der Urlaubs**abgeltungsanspruch** aus § 7 Abs. 4 BUrlG entsteht erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Er ist aber seit Aufgabe der Surrogatstheorie nicht länger Ersatz des auf Freistellung gerichteten Urlaubsanspruchs, sondern ein **reiner Geldanspruch**.

Die **Rechtsprechungswende** (Anfrage des 6. an den 9. Senat des BAG):

BAG, Urt. v. 10.09.2020 – 6 AZR 94/19, ZIP 2021, 139

Nimmt ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Arbeitgebers die Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch in Anspruch, hat er einen Anspruch des Arbeitnehmers auf **Urlaubsabgeltung in voller Höhe als Masseverbindlichkeit** zu berichtigen.

Der 6. Senat beabsichtigt, abweichend von BAG, Urt. v. 23.03.2017 – 6 AZR 264/16, allgemein wegen Sonderzahlungen zu BAG, Urt. v. 14.11.2012 – 10 AZR 793/11, zurückzukehren.

Die Argumentation (auch schon aus Urt. v. 15.11.2021 – 6 AZR 94/19):

- Der Begriff „soweit“ in § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO grenze nach seinem unmissverständlichen grammatikalischen Zusammenhang nur die Entscheidung zur Inanspruchnahme des Arbeitnehmers von der zu dessen Freistellung ab. Auch unproduktive Ausfallzeiten seien zu berücksichtigen.
- Das gelte auch für den Abgeltungsanspruch, obwohl dieser nicht mehr als Surrogat des Urlaubs, sondern als reine Geldforderung angesehen werde. Er knüpfe allein an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses an (Stichtag).
- § 55 Abs. 2 InsO beschränke nicht einzelne Ansprüche des AN, sondern privilegieren sie. Der vorläufige Verwalter müsse folglich sämtlich Urlaubsansprüche befriedigen. Entgegen der Intention des § 55 Abs. 2 InsO zögen ohne den durch die Rechtsprechungsänderung gewährten adäquaten Schutz oftmals die AN die Eigenkündigung vor.

- Entsprechend seiner Zielsetzung beinhaltet § 55 Abs. 2 InsO keine Privilegierung der Insolvenzmasse bezüglich einzelner Ansprüche des AN.
- Nur bei der neuen Auslegung komme es zu einem Gleichlauf mit § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO. § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO folge denselben Regeln.
- § 7 Abs. 4 BUrlG sei eine Stichtagsregelung.
- Durch die neue Auslegung werde die Gläubigergleichbehandlung nicht beeinträchtigt.
- Eine quotale Aufteilung habe keine insolvenzrechtliche Grundlage. Weder § 209 noch § 55 InsO regele eine quotale Behandlung des Abgeltungsanspruchs. Die Abgeltung werde nicht ratierlich verdient, sie sei keine Gegenleistung für die Arbeitsleistung. Unerheblich sei der Charakter des Insolvenzrechts als Vollstreckungsrecht.

- Das Erfüllungsverlangen sei so zu behandeln, als hätte der vorläufige Verwalter einen neuen Vertrag abgeschlossen.

Der 6. Senat lässt **ausdrücklich offen**, ob der Verwalter die Masse von Abgeltungsansprüchen dadurch freihalten kann, dass er den **AN kurz vor Beendigung** des Arbeitsverhältnisses **freistellt**.

Zusätzliche Argumentation des 9. Senats des BAG in seinem zustimmenden Beschluss vom 16.02.2021 - 9 AS 1/21, ZIP 2022, 811:

- Da der Freistellungs- und der Urlaubsentgeltanspruch nach neuerer, richtlinienkonformer Auslegung integrale Bestandteile des Anspruchs auf bezahlten Urlaub sind, sei abweichend von 9 AZR 97/06, der Entgelt- genau wie der Freistellungsanspruch nach § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO, ggf. § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO zu behandeln. Das gelte auch für den Abgeltungsanspruch.
- Solange der Urlaub nicht zeitlich festgelegt sei, lasse er sich einem bestimmten Zeitraum nicht zuordnen. Urlaubsvergütung und –abgeltung seien keine Gegenleistung für eine bestimmte Arbeitsleistung.
- Der aus Freistellung von der Arbeitspflicht und Bezahlung zusammengesetzte Urlaubsanspruch wandle sich bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses in einen Anspruch auf Abgeltung des noch nicht erfüllten Urlaubs, werde gleichzeitig fällig und sei wie der Urlaubsanspruch selbst zu behandeln.

- Für übertragenen Urlaub aus den Vorjahren gelte dasselbe.
- Einerseits: (Rn. 8): Auch die Urlaubsabgeltung sei Teil des arbeitsvertraglichen Synallagmas.
- Andererseits (Rn. 16): Ansprüche auf Urlaubsvergütung und Urlaubsabgeltung seien keine Gegenleistung für eine bestimmte Arbeitsleistung.

Abschließend sodann:

BAG, Urt. v. 15.11.2021 – 6 AZR 94/19 (für BAGE vorgesehen)

ohne inhaltliche Änderung zur Anfrageentscheidung.

Eigene Stellungnahme:

Zur arbeitsrechtlichen Wertung des BAG

Aus der Teilurlaubsregelung des § 5 Abs. 1 BUrlG folgt: Der Urlaubsanspruch ist nicht in jeder Hinsicht losgelöst von der Arbeitsleistung, sondern durchaus einzelnen Zeitabschnitten zuzuordnen. § 5 Abs. 3 BUrlG unterstützt diese Sicht.

Der 9. Senat des BAG sieht zudem richtig, dass auch § 3 Abs. 1 BUrlG den Urlaubsanspruch auf einen Zeitabschnitt bezieht, zieht aber keine Konsequenz daraus.

§ 3 Abs. 1 BUrlG: Der Urlaub beträgt jährlich mindestens 24 Werktage.

§ 5 Abs. 1 BUrlG: Anspruch auf ein Zwölftel des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer ... c) wenn er nach erfüllter Wartezeit in der ersten Hälfte eines Kalenderjahrs aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet.

§ 5 Abs. 3 BUrlG: Hat der Arbeitnehmer im Falle des Absatzes 1 Buchstabe c bereits Urlaub über den ihm zustehenden Umfang hinaus erhalten, so kann das dafür gezahlte Urlaubsentgelt nicht zurückgefordert werden.

So auch die Wertung des EuGH Urt. v. 11.11.2015 – C 219/14, juris, Rn. 35):

„Daraus folgt, dass, was die Entstehung der Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub betrifft, die Zeiträume, in denen der Arbeitnehmer nach verschiedenen Arbeitsrhythmen arbeitete, voneinander zu unterscheiden sind, wobei die Zahl der entstandenen Einheiten an jährlicher Ruhezeit im Vergleich zur Zahl der geleisteten Arbeitseinheiten für jeden Zeitraum getrennt zu berechnen ist.“

Allerdings: Parallele zu Kostenerstattungsansprüchen bei Aufnahme eines nach § 240 InsO unterbrochenen Rechtsstreits?

→ Der Urlaubsanspruch selbst muss schon für arbeitsrechtliche Zwecke bestimmten Zeitabschnitten zugeordnet werden und ist folglich bereits arbeitsrechtlich teilbar. Damit steht auch seine vollständige Zuordnung zu § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO bei unterjähriger Verfahrenseröffnung auf dem Prüfstand.

→ Entsteht der Urlaubsanspruch – zusammengesetzt aus Freistellungs- und Entgeltanspruch – gemäß § 4 BUrlG am 1. Januar ist er im Sinn von § 38 InsO damit auch begründet und im Jahr der Verfahrenseröffnung insgesamt Insolvenzforderung, wenn man ihn nicht abschnittsweise zuordnet. Ein „Nachziehen“ kommt jedenfalls nicht in Betracht.

→ Das gilt erst recht für den Urlaubsabgeltungsanspruch: Nach der Surrogattheorie sollte durch ihn der AN trotz der Beendigung des Arbeitsverhältnisses finanziell in die Lage versetzt werden, Freizeit zur Erholung zu nehmen. Die Abgeltung trat an die Stelle des Urlaubs.

War der Urlaubsanspruch selbst, wie das BAG jetzt meint, nicht einer bestimmten Arbeitsleistung zuordenbar, musste das auch für die Abgeltung richtig sein.

Die Surrogattheorie ist aber aufgegeben. BAG heute: selbständiger reiner Geldanspruch. Der Erholungsaspekt ist entfallen. Rückschlüsse vom Urlaubsanspruch auf die Abgeltung verbieten sich. Eine Gleichbehandlung ist aus arbeitsrechtlicher Sicht nicht mehr erforderlich.

Zur insolvenzrechtlichen Wertung des BAG

- Die neue Auslegung des „soweit“ in §§ 55 Abs. 1 Nr. 2, 55 Abs. 2 Satz 2, § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO durch das BAG entspricht der Bedeutung von „wenn“ „für den Fall“. Eine nachvollziehbare Begründung dafür wird nicht geboten.
- Semantisch richtig vielmehr: Das „soweit“ verknüpft die Masseverbindlichkeit mit der in Anspruch genommenen Gegenleistung. Das gilt für alle genannten Vorschriften. Sie sind entgegen 6 AZR 264/16 parallel auszulegen.
- Noch 2017 teilte das BAG (6 AZR 264/16, Rn. 37) diese Auslegung des „soweit“, wenngleich nur für § 209 InsO, nicht für § 55 InsO: „Neumasseverbindlichkeiten werden nach § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO nur begründet, ‚soweit‘ die Gegenleistung zur Masse gelangt.“
- 9. Senat (9 AS 1/21, Rn. 8): „Urlaubsvergütung und -abgeltung können keinem bestimmten insolvenzrechtlichen Zeitraum zugeordnet werden.“ Ohne ein zumindest irgendwie geartetes synallagmatisches Verhältnis zwischen der Arbeitsleistung und der Forderung gegen die Masse, kann letztere aber keine Masseverbindlichkeit z. B. nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO sein.

- Entgegen der Auffassung des 9. Senats (9 AS 1/21 Rn. 4) hat § 108 Abs. 1 InsO keine isolierte Stellung. - Vielmehr gilt auch im Arbeitsrecht Abs. 3 der Norm: Ansprüche für die Zeit vor Verfahrenseröffnung sind Insolvenzforderungen.
- § 108 Abs. 2 (heute 3) InsO geht grundsätzlich von der Teilbarkeit der Leistungen in einem Dauerschuldverhältnis entsprechend den Zeitabschnitten aus (BGH, 03.04.2003 – IX ZR 101/02).
- Das gilt für Urlaubsansprüche umso mehr, als diese schon urlaubsrechtlich zumindest eingeschränkt einzelnen Zeiträumen zugeordnet werden können.
- §§ 55 Abs. 1 Nr. 2, 55 Abs. 2 Satz 2, 209 Abs. 2 Nr. 3 und 108 Abs. 3 InsO ist gemein: Der Verwalter muss (und darf!) Forderungen aus den betroffenen Dauerschuldverhältnissen nur bedienen „soweit“ für deren der Masse eine Gegenleistung zukommt. Sie sind insoweit gleich auszulegen.
- Zur systematischen Gleichbehandlung der Vorschriften schon BGH, Urt. v. 03.04.2003 – IX ZR 101/02, Rn. 18, juris.

→ Urlaub, Urlaubsentgelt und Urlaubsabgeltung können nur dann überhaupt (Neu)Masseansprüche darstellen, wenn man sie einem bestimmten Zeitraum zuordnet.

- Selbst wenn dies, wie das BAG meint, arbeitsrechtlich nicht möglich sein sollte, ist es jedenfalls insolvenzrechtlich (vollstreckungsrechtlich) möglich und nötig. BAG noch 2006 (9 AZR 97/06, juris Rn. 26): „Abweichend von der Konzeption des gesetzlichen Urlaubsrechts ist deshalb im Anwendungsbereich des § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO der auf die Dauer der tatsächlichen Inanspruchnahme der Arbeitsleistung entfallende ‚anteilige‘ Geldwert des Urlaubs als Neumasseverbindlichkeit zu berichtigen.“
- Unerheblich ist, dass §§ 55 Abs. 1 Nr. 2, 55 Abs. 2 Satz 2, 209 Abs. 2 Nr. 3 und 108 Abs. 3 InsO keine anteilige Zuordnung der „geldwerten Urlaubsansprüche“ als Masse- bzw. Neumasseverbindlichkeiten vorsehen. Sie sind als Vollstreckungsrecht vom Hintergrund des materiellen Anspruchs abstrakt. Ihre Auslegung ist deshalb von der Art des materiellen Anspruchs unabhängig.

- §§ 55 Abs. 1 Nr. 2, 55 Abs. 2 Satz 2, 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO privilegieren bestimmte Forderungen, aber nur in den von ihnen bestimmten Grenzen. Das ist keine Beschränkung oder Restriktion der Durchsetzbarkeit, sondern nur eine Begrenzung des Privilegs.
- Die einheitliche Interpretation des „soweit“ gewährleistet den erforderlichen Gleichklang der genannten Normen. Allerdings mit vom BAG nicht gewünschten Konsequenzen.
- Dass der Urlaubsabgeltungsanspruch erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses **entsteht**, bleibt unerheblich, da er spätestens mit Beginn des Kalenderjahrs im Sinn des § 38 InsO begründet ist.
- Die These des BAG, AN zögen es bei nur quotaler Urlaubsgewährung vor zu kündigen, entbehrt einer empirischen Grundlage.

Konsequenz der Auffassung des Referenten:

Nicht nur der Anspruch auf Urlaubsabgeltung, sondern alle Urlaubsansprüche (Freistellung, Entgelt) sind nur anteilig (Neu)Masseverbindlichkeiten, im Übrigen Insolvenzforderungen über § 108 Abs. 3 InsO oder (im vorläufigen Verfahren mit starkem Verwalter) nach § 38 InsO direkt, oder Altmasseverbindlichkeiten.

Wenn dem entgegen der laufende Urlaubsanspruch (Freistellung, Entgelt) als nicht gemäß § 45 InsO kapitalisierbar

These: „Erholung schafft nur Erholung in natura“ (wohl BAG 9 AS 1/21, Rn. 14)

und deshalb – selbst aus dem Vorjahre - als Masseverbindlichkeit in Anlehnung an BGH zu Auskunftsansprüchen (BGH, Urt. v. 11.05.2000 – IX ZR 262/98, juris, Rn. 22) angesehen wird, betrifft dies jedenfalls nach Aufgabe der Surrogattheorie den Urlaubsabgeltungsanspruch als reinen Geldanspruch nicht.

Die quotale Behandlung sämtlicher Aspekte des Urlaubsanspruchs führt erst zur Gleichbehandlung aller Gläubiger.

Auf das Urteil des EuGH v. 11.11.2015 (C-219/14, Rn. 51) kann sich das BAG (9 AS 1/21, Rn. 15) entgegen seiner Ansicht nicht mit Erfolg berufen. Dort ging es nur um die Berechnung des Abgeltungsanspruchs nicht um seine insolvenzrechtliche Einordnung.

Konsequenz für die Verwalterpraxis: Nicht erfüllte Urlaubsansprüche sind nach der neuen Rechtsprechung bei Inanspruchnahme der Arbeitsleistung je nach Zeitraum Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO, § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO oder Neumasseverbindlichkeit gemäß § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO. Soweit übertragbarer Urlaub aus Vorjahren besteht, gilt das auch für diesen.

Gegenwehr: Einseitige Freistellung.

Aber:

Erforderlich ist ein den Weiterbeschäftigungsanspruch überwiegendes schutzwertes Interesse des AG (BAG, Urt. v. 06.09.2018 - 6 AZR 186/14, juris, Rn. 27). In die Abwägung zugunsten des AN einzubeziehen sind wohl auch die nunmehr ohne wirksame Freistellung als Masseverbindlichkeit zu qualifizierenden Urlaubsansprüche. Abgrenzung ist im Einzelfall notwendig und schwierig.

Folge: Weitere **Belastungen** und **Unsicherheiten** für die Insolvenzabwicklung, die die (zeitweilige) Betriebsfortführung erheblich erschweren oder unmöglich machen können.

**Vielen Dank,
dass Sie mir zugehört haben!**