

Bundesarbeitsgericht  
Sechster Senat

Urteil vom 14. März 2019  
- 6 AZR 4/18 -  
ECLI:DE:BAG:2019:140319.U.6AZR4.18.0

I. Arbeitsgericht Kaiserslautern  
- Kammern Pirmasens -

Urteil vom 9. Juni 2016  
- 6 Ca 572/15 -

II. Landesarbeitsgericht  
Rheinland-Pfalz

Urteil vom 19. April 2017  
- 4 Sa 329/16 -

---

Entscheidungsstichworte:

Insolvenzrechtlicher Rang - Abfindung gemäß §§ 9, 10 KSchG

Leitsatz:

Eine durch Auflösungsurteil zuerkannte Abfindung ist immer dann eine Masseverbindlichkeit iSd. § 55 Abs. 1 Satz 1 InsO, wenn der Insolvenzverwalter das durch § 9 Abs. 1 KSchG eingeräumte Gestaltungsrecht selbst ausübt, indem er erstmals den Auflösungsantrag stellt oder diesen erstmals prozessual wirksam in den Prozess einführt. Um eine bloße Insolvenzforderung iSd. § 38 InsO handelt es sich demgegenüber, wenn der Insolvenzverwalter lediglich den von ihm vorgefundenen, bereits rechtshängigen Antrag des Schuldners weiterverfolgt und an dem so schon von diesem gelegten Rechtsgrund festhält.

# BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 4/18  
4 Sa 329/16  
Landesarbeitsgericht  
Rheinland-Pfalz

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
14. März 2019

## URTEIL

Schuchardt, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. Dezember 2018 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krumbiegel und Dr. Heinkel sowie die ehrenamtlichen Richter Jostes und Werner für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 19. April 2017 - 4 Sa 329/16 - aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Kaiserslautern - Auswärtige Kammern Pirmasens - vom 9. Juni 2016 - 6 Ca 572/15 - unter Ziffer 3 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Abfindung in Höhe von 1.558,75 Euro als Neumasseverbindlichkeit zu zahlen.

2. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben der Kläger 25 % und der Beklagte 75 % zu tragen. Die Kosten der Berufung sowie der Revision hat der Beklagte zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten nach gerichtlicher Auflösung des Arbeitsverhältnisses noch über den insolvenzrechtlichen Rang des im Auflösungsurteil zugesprochenen Abfindungsanspruchs. 1

Mit Schreiben vom 17. Dezember 2014 kündigte die spätere Schuldnerin, die K GmbH & Co. KG, das Arbeitsverhältnis des Klägers, der leitender Angestellter war, zum 15. Januar 2015. Während des erstinstanzlichen Kündigungsschutzverfahrens beantragte die spätere Schuldnerin in einem an den Klägeranwalt vom Arbeitsgericht formlos übersandten Anwaltsschriftsatz vom 26. Januar 2015 hilfsweise, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen. Im Insolvenzantragsverfahren über das Vermögen der Schuldnerin erließ das Amtsgericht Zweibrücken am 29. Januar 2015 (- 1 IN 4/15 -) einen Beschluss, wonach Verfügungen der späteren Schuldnerin nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam waren. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1. April 2015 hat der Kläger das zwischenzeitlich unterbrochene Verfahren gegen den zum Insolvenzverwalter bestellten 2

Beklagten aufgenommen. Mit Schriftsatz vom 8. April 2016 hat der Beklagte erklärt, an dem Auflösungsantrag festzuhalten, wobei ein Abfindungsanspruch allenfalls zur Insolvenztabelle aufzunehmen sei. Der Kläger ist dem Auflösungsantrag entgegengetreten. Das Arbeitsgericht hat, nachdem der Beklagte die Masseunzulänglichkeit angezeigt hatte, mit Urteil vom 9. Juni 2016 der Kündigungsschutzklage stattgegeben und das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung von 1.558,75 Euro aufgelöst, die „zur Insolvenztabelle festgestellt wird“. Ausschließlich diese insolvenzrechtliche Einordnung des Abfindungsanspruchs hat der Kläger mit seiner Berufung angegriffen.

Er hat die Auffassung vertreten, bei der Abfindung handele es sich um eine Masseverbindlichkeit. Der Beklagte habe den bereits anhängigen Kündigungsschutzprozess weiter betrieben und an dem angekündigten Auflösungsantrag festgehalten. In der mündlichen Verhandlung vom 9. Juni 2016 habe er diesen sodann iSd. § 137 Abs. 1 ZPO gestellt. Das sei die maßgebliche Handlung für die insolvenzrechtliche Einordnung des Abfindungsanspruchs. Unerheblich sei, dass die Kündigung noch von der Insolvenzschuldnerin vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erklärt worden sei. Die streitgegenständliche Abfindung könne auch deswegen keine Insolvenzforderung sein, weil der anspruchsbegründende Tatbestand vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht abgeschlossen gewesen sei. Davon sei im Falle des bei gerichtlicher Auflösung des Arbeitsverhältnisses festgesetzten Abfindungsanspruchs erst mit Erlass des konstitutiv wirkenden Auflösungsurteils auszugehen. 3

Der Kläger hat, soweit für die Revision relevant, beantragt, 4  
die Abfindung in Höhe von 1.558,75 Euro als Masseverbindlichkeit zu zahlen.

Der Beklagte hat an seiner Ansicht festgehalten, der Abfindungsanspruch stelle eine Insolvenzforderung dar. Er beruhe nicht auf einer Handlung seinerseits. Vielmehr habe bereits die Schuldnerin den Rechtsgrund gelegt, indem sie die Kündigung erklärt habe. Zudem habe diese bereits im Schriftsatz vom 26. Januar 2015 den Auflösungsantrag gestellt. 5

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner vom Bundesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kläger weiterhin die Zahlung des Abfindungsanspruchs als Masseverbindlichkeit.

6

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des Urteils des Landesarbeitsgerichts sowie zur teilweisen Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts. Der Beklagte ist verpflichtet, die vom Arbeitsgericht aufgrund der Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2, § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG festgesetzte Abfindung an den Kläger zu zahlen. Bei ihr handelt es sich um eine Neumasseverbindlichkeit.

7

I. Die Revision ist zulässig. Die vom Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bestätigte Auslegung seines Vorbringens ergibt, dass er im Rahmen seines Rechtsmittels einen gegen die Masse durchsetzbaren Zahlungsanspruch erstreiten will (*vgl. zur Auslegung von Klageanträgen zuletzt BAG 2. August 2018 - 6 AZR 188/17 - Rn. 17 mwN*). Er macht damit im Hinblick auf die Abfindung geltend, dass es sich um eine Neumasseverbindlichkeit iSd. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO handelt. Eine solche unterliegt keinem Vollstreckungsverbot (*vgl. §§ 89, 90, 123 Abs. 3 Satz 2, § 210 InsO*), sondern ist vorweg aus der Insolvenzmasse zu befriedigen, § 53 InsO.

8

Ob es sich bei der Abfindung materiell um eine Insolvenzforderung, Altmasse- oder Neumasseverbindlichkeit handelt, wirkt sich auf die Zulässigkeit eines dem Kläger als Gegner des Auflösungsantrags zustehenden Rechtsmittels nicht aus. Ebenso wie im Falle einer im Rahmen eines Aktivprozesses geführten Zahlungsklage (*vgl. dazu BAG 22. Februar 2018 - 6 AZR 868/16 - Rn. 10, BAGE 162, 58; 23. März 2017 - 6 AZR 264/16 - Rn. 13 mwN, BAGE 158, 376*) ist das Rechtsmittel, sofern sich der Arbeitnehmer auf eine vorweg zu berichtigende Masseverbindlichkeit iSd. §§ 53, 55 InsO oder eine

9

Neumasseverbindlichkeit nach § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO beruft, nicht unzulässig, sondern unbegründet, wenn es sich in Wirklichkeit um eine Insolvenzforderung oder eine Altmasseverbindlichkeit handelt.

II. Die Revision ist begründet. Der Beklagte hat die Abfindung in Höhe von 1.558,75 Euro aus der Insolvenzmasse zu zahlen. 10

1. Die als Prozessfortsetzungsbedingung vom Senat von Amts wegen zu prüfende Zulässigkeit der Berufung (*vgl. zuletzt BAG 14. März 2017 - 9 AZR 633/15 - Rn. 9*) ist gegeben. Der Kläger ist durch die entgegen seines Abweiserungsantrags vom Arbeitsgericht getroffene „Feststellung der Abfindung zur Insolvenztabelle“ beschwert. Mit seiner Berufung hat er sich hiergegen gewandt und darüber hinaus geltend gemacht, die vom Arbeitsgericht aufgrund der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zuerkannte Abfindung stelle eine Neumasseverbindlichkeit dar, deren Zahlung er beanspruchen könne. 11

2. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Unzutreffend hat das Landesarbeitsgericht die vom Arbeitsgericht getroffene Feststellung der Abfindung zur Insolvenztabelle bestätigt. Dabei ist es rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass es sich bei der nach § 9 Abs. 1 Satz 2, § 10 Abs. 1, § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG ausgeurteilten Abfindung im vorliegenden Fall um eine Insolvenzforderung gemäß § 38 InsO handelt. Sie stellt vielmehr eine Neumasseverbindlichkeit iSd. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO dar. Das kann der Senat selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). 12

a) Insolvenzforderungen sind zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründete Forderungen des Gläubigers gegen den Schuldner (§ 38 InsO). Der Zeitpunkt der Entstehung der Forderung sowie deren Fälligkeit sind für diese Einordnung unmaßgeblich. Entscheidend ist, dass ihr Rechtsgrund zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bereits gelegt war bzw. der den Anspruch begründende Tatbestand bereits vor der Insolvenzeröffnung vollständig verwirklicht und damit abgeschlossen war (*BAG 25. Januar 2018 - 6 AZR 8/17 - Rn. 12, BAGE 161, 368; BGH 22. September 2011 - IX ZB 121/11 - Rn. 3; Uhlenbruck/Sinz 15. Aufl. Bd. 1 § 38 InsO Rn. 26*). Wurde der anspruchsbegründende Tatbestand bereits vor der Insolvenzeröffnung vollständig verwirklicht und damit abgeschlossen war, so ist die Forderung als Insolvenzforderung zu qualifizieren. 13

begründende Tatbestand vor Insolvenzeröffnung abgeschlossen, ist eine Forderung mithin auch dann Insolvenzforderung, wenn sie sich erst nach Beginn des Insolvenzverfahrens ergibt bzw. tituliert wird (*KPB/Holzer InsO Stand November 2017 § 38 Rn. 7*).

Korrespondierend zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO sind Neumasseverbindlichkeiten nach § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO solche Verbindlichkeiten, die durch Handlungen des Insolvenzverwalters nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet werden, ohne zu den Kosten des Insolvenzverfahrens zu gehören (*BAG 22. Februar 2018 - 6 AZR 868/16 - Rn. 13, BAGE 162, 58; BGH 29. April 2004 - IX ZR 141/03 - zu II 2 a der Gründe*). Der Gesetzgeber wollte mit dieser Formulierung in Abgrenzung zu § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO verdeutlichen, dass es auf die „Begründung“ der Verbindlichkeit und nicht auf ihre möglicherweise später liegende „Entstehung“ ankommt (*vgl. Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf einer Insolvenzordnung BT-Drs. 12/2443 S. 126*). Nur dann, wenn der Insolvenzverwalter durch seine Handlung, die auch in einem Unterlassen liegen kann (*BAG 27. April 2006 - 6 AZR 364/05 - Rn. 17, BAGE 118, 115; vgl. Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf einer Insolvenzordnung BT-Drs. 12/2443 S. 126*), die Grundlage der Verbindlichkeit schafft, begründet er eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO bzw. - nach angezeigter Masseunzulänglichkeit - eine Neumasseverbindlichkeit nach § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO (*vgl. BAG 27. April 2006 - 6 AZR 364/05 - Rn. 15, aaO*). In der Praxis werden Masseverbindlichkeiten vom Insolvenzverwalter durch „Handlungen“ vorrangig durch für die Masse abgeschlossene Rechtsgeschäfte begründet (*MünchKommInsO/Hefermehl 3. Aufl. § 55 Rn. 21; vgl. für § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO Giesen in Jaeger InsO Vor § 113 Rn. 266*), die grundsätzlich das Ziel haben, der Masse etwas zuzuführen (*BAG 6. September 2018 - 6 AZR 367/17 - Rn. 18; 25. Januar 2018 - 6 AZR 8/17 - Rn. 19, BAGE 161, 368*).

14

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine Abfindung nur dann als (Neu-)Masseverbindlichkeit zu qualifizieren, wenn sie durch ein Verhalten des Insolvenzverwalters nach Verfahrenseröffnung bzw. nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit - etwa durch Abschluss eines gerichtlichen

15

oder außergerichtlichen Vergleichs - begründet wird (zu §§ 57, 59 Abs. 1 Nr. 1 KO BAG 12. Juni 2002 - 10 AZR 180/01 - zu II 2 der Gründe, BAGE 101, 307). In diesem Fall werden nicht nur alte, vom Schuldner begründete Verbindlichkeiten abgewickelt (Altgeschäft, vgl. dazu: BAG 25. Januar 2018 - 6 AZR 8/17 - Rn. 19, BAGE 161, 368; Uhlenbruck/Sinz 15. Aufl. Bd. 1 § 55 InsO Rn. 8), sondern es liegt ein Neugeschäft iSd. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO vor. Zwar fließt dadurch der Masse kein Vermögen zu. Der Insolvenzverwalter schafft aber eine neue, bisher nicht bestehende Rechtsgrundlage für die Abfindung. Dies führt in dem nach § 108 Abs. 1 InsO fortbestehenden Arbeitsverhältnis zu einer neuen, nicht bereits vom Schuldner begründeten Verbindlichkeit (vgl. RFJK/Fanselow/Kreplin 2. Aufl. § 4 Rn. 154), die mit der zugleich vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses Planungssicherheit schafft und die Masse entlastet. In der Folge steht die Abfindung im Rang einer Masseverbindlichkeit (vgl. Uhlenbruck/Sinz aaO; aA Windel Anm. AP KO § 59 Nr. 47 zu II 2). Das gilt insbesondere dann, wenn die Abfindung durch einen (gerichtlichen) Vergleich begründet wird. Unabhängig davon, ob mit dem Vergleich eine Schuldumschaffung (Novation) beabsichtigt war, verändert dieser das ursprüngliche Rechtsverhältnis, soweit dadurch Streitige oder ungewisse Punkte geregelt werden (BAG 27. August 2014 - 4 AZR 999/12 - Rn. 31, BAGE 149, 60). Insoweit stellt der Vergleich keine bloße Nebenabrede zum bereits bestehenden Arbeitsverhältnis dar, sondern tritt als selbständiges Rechtsverhältnis neben dieses (BGH 5. Juli 2018 - IX ZR 167/15 - Rn. 11).

c) Individual- oder kollektivvertragliche Abfindungsklauseln, die zwischen dem Schuldner und Arbeitnehmern bzw. zwischen dem Schuldner und dem Betriebsrat oder der Gewerkschaft vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vereinbart werden, beruhen dagegen nicht auf einer Handlung des Insolvenzverwalters. Abfindungsansprüche aus solchen Klauseln sind daher Insolvenzforderungen. Es handelt sich um Ansprüche, deren Grund schon vor der Eröffnung des Verfahrens gelegt worden ist. Auch wenn der konkrete Anspruch regelmäßig erst mit Kündigung oder Ausscheiden des Arbeitnehmers entsteht, wurde bereits vor Verfahrenseröffnung mit Abschluss der individual- oder kollektivvertraglichen Regelung eine durch den Kündigungsfall aufschiebend be-

16

dingte Forderung begründet. Diese steht darum grundsätzlich im Rang einer Insolvenzforderung nach § 38 InsO. Die Erstarkung des Anwartschaftsrechts auf eine Abfindung zum Vollrecht führt selbst dann, wenn die Bedingung erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. Anzeige der Masseunzulänglichkeit eintritt und der Anspruch erst in diesem Zeitpunkt entsteht oder fällig wird, nicht zur Begründung einer (Neu-)Masseverbindlichkeit. In diesen Fällen besteht der „Schuldrechtsorganismus“ insolvenzrechtlich betrachtet bereits vor Verfahrenseröffnung, selbst wenn sich eine Forderung daraus erst nach diesem Zeitpunkt ergibt (vgl. BAG 25. Januar 2018 - 6 AZR 8/17 - Rn. 12, BAGE 161, 368; 12. September 2013 - 6 AZR 980/11 - Rn. 35, BAGE 146, 64; 27. September 2007 - 6 AZR 975/06 - Rn. 21, BAGE 124, 150; 27. April 2006 - 6 AZR 364/05 - Rn. 15, BAGE 118, 115; 31. Juli 2002 - 10 AZR 275/01 - zu II 1 b der Gründe, BAGE 102, 82; 25. Februar 1981 - 5 AZR 922/78 - BAGE 35, 98; vgl. auch BGH 15. September 2016 - IX ZR 250/15 - Rn. 17).

d) Entscheidend für den insolvenzrechtlichen Rang einer durch Auflösungsurteil zuerkannten Abfindung ist nach diesen Grundsätzen, zu welchem Zeitpunkt die Grundlage für den Abfindungsanspruch geschaffen worden ist. 17

aa) Das ist entgegen der Annahme des Klägers nicht erst im Zeitpunkt des Erlasses des Urteils, mit welchem das Arbeitsgericht den Abfindungsanspruch endgültig zuerkennt, oder dessen Rechtskraft der Fall. Zwar entsteht der Abfindungsanspruch (auflösend bedingt) erst mit der Festsetzung im Urteil und wird frühestens zum Zeitpunkt des festgesetzten Endes des Arbeitsverhältnisses fällig (BAG 9. Dezember 1987 - 4 AZR 561/87 - juris-Rn. 16, BAGE 57, 120; aA APS/Biebl 5. Aufl. KSchG § 10 Rn. 41). Das Auflösungsurteil an sich ist jedoch insolvenzrechtlich betrachtet nicht der anspruchsbegründende Tatbestand. Als Gestaltungsurteil (vgl. BAG 20. August 1980 - 5 AZR 227/79 - zu III 2 c der Gründe, BAGE 34, 128) ist es lediglich die Folge eines gestellten Auflösungsantrags im Falle einer sozialwidrigen Kündigung. Ihm liegt der materiell-rechtliche Anspruch des Antragstellers auf Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Zahlung einer Abfindung zugrunde. Sofern dessen Voraussetzungen vorliegen, hat das Arbeitsgericht das Arbeitsverhältnis aufzulösen, ohne dass - auch au- 18

ßerhalb des Anwendungsbereichs des § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG - insoweit ein Ermessen besteht (*vHH/L/Linck 15. Aufl. § 9 Rn. 5*). Im Interesse der Rechtssicherheit hat der Gesetzgeber jedoch angeordnet, dass dieser Anspruch, anders als es bei Gestaltungsrechten regelmäßig der Fall ist, nicht durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt werden darf (*vgl. dazu BAG 21. März 2013 - 6 AZR 618/11 - Rn. 15*). Vielmehr ist der Berechtigte zur Durchsetzung seines Anspruchs auf Rechtsgestaltung auf eine Klage verwiesen (*vgl. BAG 15. Januar 1980 - 6 AZR 361/79 - zu II 4 der Gründe, BAGE 32, 285; Stein/Jonas/Roth ZPO 23. Aufl. vor § 253 Rn. 88, 103*). Korrelierend dazu sind die Arbeitsgerichte nicht berechtigt, das Arbeitsverhältnis ohne entsprechenden Antrag von Amts wegen aufzulösen (*vgl. BAG 28. Januar 1961 - 2 AZR 482/59 - zu II 3 der Gründe; KR/Spilger 11. Aufl. § 9 KSchG Rn. 18*). Grundlage für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter Begründung eines Abfindungsanspruchs ist also die Ausübung des dem Antragsteller unter den Voraussetzungen der § 9 Abs. 1, § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG eingeräumten Gestaltungsrechts.

Dem steht die Entscheidung des Landgerichts Detmold vom 12. Februar 1997 (- 2 T 440/96 -) nicht entgegen. Im dort zu entscheidenden Fall ging es im Rahmen eines im Vollstreckungsverfahren eingelegten Rechtsmittels lediglich um die Auslegung eines Urteilstenors. Eine inhaltliche Überprüfung des gerichtlichen Urteils als Vollstreckungstitel erfolgte indes nicht.

19

bb) Auch die Entstehung der Auflösungsgründe stellt kein geeignetes Abgrenzungsmerkmal dar (*so aber Arnold in Thüsing/Rachor/Lembke KSchG 4. Aufl. § 10 Rn. 35*). Mit ihrem Vorliegen allein besteht aus insolvenzrechtlicher Sicht noch nicht einmal zwingend der „Schuldrechtsorganismus“ für den Abfindungsanspruch. Dazu bedarf es, wie ausgeführt, der gerichtlichen Geltendmachung des von § 9 Abs. 1, § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG eingeräumten Gestaltungsrechts. Erst im Zusammenspiel von sozialwidriger Kündigung und Auflösungsantrag kommen eine gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses und damit ein Abfindungsanspruch überhaupt in Betracht. Auf das Entstehen der Auflösungsgründe kann es in Fällen wie dem vorliegenden ohnehin nicht an-

20

kommen, weil der Auflösungsantrag des Arbeitgebers aufgrund der Eigenschaft des Arbeitnehmers als leitender Angestellter nach § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG keiner Begründung bedarf und daher Auflösungsgründe nicht vorliegen (müssen).

cc) Entgegen einer im insolvenzrechtlichen Schrifttum weit verbreiteten Ansicht (*Gottwald/Bertram Insolvenzrechts-Handbuch 5. Aufl. § 107 Rn. 39; Braun/Bäuerle/Schneider InsO 7. Aufl. § 55 Rn. 66; Henckel in Jaeger InsO § 55 Rn. 68; KPB/Pape/Schaltke InsO Stand November 2010 § 55 Rn. 183; MAH ArbR/Boewer 4. Aufl. § 48 Rn. 386; MünchKommInsO/Hefermehl 3. Aufl. § 55 Rn. 189 aE; im Ergebnis ebenso Windel Anm. AP KO § 59 Nr. 47 zu II 2; in diesem Sinne wohl auch KR/Spilger 11. Aufl. § 10 KSchG Rn. 23 f.*) kommt es für die Abgrenzung zwischen Insolvenzforderungen und (Neu-)Masseverbindlichkeiten auch nicht darauf an, ob die Kündigung noch vom Schuldner (dann Insolvenzforderung) oder vom Insolvenzverwalter (dann Masseverbindlichkeit) erklärt worden ist. Abfindungsansprüche nach §§ 9, 10 KSchG sind vielmehr immer dann Masseverbindlichkeiten, wenn erstmals der Insolvenzverwalter den Auflösungsantrag stellt (*L/S/S/W/Spinner KSchG 11. Aufl. § 10 Rn. 25; Giesen in Jaeger InsO Vor § 113 Rn. 62; Däubler/Deinert/Zwanziger/Zwanziger/Callsen KSchR 10. Aufl. § 10 KSchG Rn. 34 mit der zusätzlichen Voraussetzung, dass der Insolvenzverwalter einen bereits anhängigen Kündigungsschutzprozess weiter betreibt - unter Verweis auf LG Detmold 12. Februar 1997 - 2 T 440/96 -; in diesem Sinne für § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO bereits BAG 12. Juni 2002 - 10 AZR 180/01 - zu II 2 b cc der Gründe, BAGE 101, 307*).

Der Anspruch auf eine Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG wird nicht schon durch und mit der sozialwidrigen Kündigung abschließend begründet. Insoweit unterscheidet sich dieser Anspruch von den Fällen einer individualvertraglichen oder tariflichen Abfindungsvereinbarung, die durch den Schuldner vor Insolvenzeröffnung geschlossen wird und unter der aufschiebenden Bedingung einer nachfolgenden Kündigungserklärung steht. Bei derartigen Vereinbarungen ist der rechtsbegründende Akt vollständig vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossen. Die spätere Kündigung durch den Insolvenzverwalter ist

daher keine Handlung iSd. § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO, sondern bloße Abwicklung einer bereits vom Schuldner begründeten Verbindlichkeit. Die Abfindung steht darum im Rang einer Insolvenzforderung. Für die nach §§ 9, 10 KSchG in einem Auflösungsurteil festgesetzte Abfindung ist die Kündigung allein jedoch nicht abschließend rechtsbegründend. Bei dem Anspruch auf Aufhebung des Arbeitsverhältnisses handelt es sich vielmehr, wie ausgeführt (*Rn. 18*), um ein Gestaltungsrecht, das zu seiner Durchsetzung des Stellens eines Auflösungsantrags bedarf. Wird dieses Gestaltungsrecht noch vom späteren Schuldner dadurch ausgeübt, dass er vor Insolvenzeröffnung die erforderliche Gestaltungsklage erhebt, handelt es sich bei der nach Verfahrenseröffnung im Auflösungsurteil festgesetzten Abfindung um eine Insolvenzforderung. Verfolgt der Insolvenzverwalter nach Aufnahme des Kündigungsschutzprozesses lediglich den von ihm vorgefundenen Antrag weiter und hält damit an dem bereits vom Schuldner gelegten Rechtsgrund fest, liegt ein „Altgeschäft“ vor. Hält der Insolvenzverwalter den Auflösungsantrag nicht aufrecht, stellt sich das Problem der insolvenzrechtlichen Einordnung eines Abfindungsanspruchs nicht. Übt dagegen der Insolvenzverwalter selbst das Gestaltungsrecht aus, indem er erstmals den Auflösungsantrag stellt oder diesen erstmals prozessual wirksam in den Prozess einführt, begründet er durch dieses Neugeschäft eine Masseverbindlichkeit iSv. § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO.

e) Danach handelt es sich vorliegend um eine Neumasseverbindlichkeit iSd. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Den Auflösungsantrag als rechtsbegründende Handlung, auf dessen Grundlage das Arbeitsgericht das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat, hat aufgrund der prozessualen Besonderheiten des vorliegenden Falls erstmals der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht am 9. Juni 2016 wirksam in den Prozess eingeführt. Erst durch die in diesem Termin erfolgte Antragstellung ist die Gestaltungsklage rechtshängig und damit das dem Arbeitgeber von § 9 Abs. 1, §§ 10, 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG eingeräumte Gestaltungsrecht prozessual wirksam ausgeübt worden.

23

aa) Das folgt allerdings entgegen der Annahme der Revision nicht bereits aus dem Umstand, dass aufgrund des Beschlusses des Amtsgerichts

24

Zweibrücken vom 29. Januar 2015 (- 1 IN 4/15 -) Verfügungen der Insolvenzschuldnerin nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam waren. Verfügungen iSd. § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO sind nur Rechtshandlungen, die unmittelbar auf das Vermögen des Schuldners einwirken (*BGH 25. Oktober 2007 - IX ZR 217/06 - Rn. 19, BGHZ 174, 84; vgl. auch BGH 18. Juli 2002 - IX ZR 195/01 - zu III 2 c bb der Gründe, BGHZ 151, 353*). An einer solchen Unmittelbarkeit fehlt es im Falle des Auflösungsantrags.

bb) Zwar hat die Schuldnerin bereits mit Schriftsatz vom 26. Januar 2015 die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses begehrt. Mangels Zustellung dieses Schriftsatzes an den Kläger ist die damit nur anhängige Gestaltungsklage aber nicht rechtshängig geworden. Auch eine Heilung nach § 189 ZPO kommt nicht in Betracht. 25

(1) Entgegen der Auffassung des Beklagten ist der Senat nicht gehindert, die fehlende Rechtshängigkeit des im Schriftsatz vom 26. Januar 2015 enthaltenen Auflösungsantrags zu berücksichtigen. Im Revisionsverfahren sind die Prozessvoraussetzungen und die Prozessfortsetzungsbedingungen von Amts wegen zu prüfen, die - wie die Rechtshängigkeit - „echte Sachurteilsvoraussetzungen“ (Voraussetzungen für eine Sachentscheidung über die in Anspruch genommene Rechtsfolge) bilden. Das gilt zumindest dann, wenn diese Sachurteilsvoraussetzungen im öffentlichen Interesse liegen (*vgl. BGH 21. Juni 1976 - III ZR 22/75 - zu II 2 der Gründe*). Das bedeutet nicht nur, dass eine Rüge des Revisionsklägers entbehrlich ist. Vielmehr heißt das auch, dass das Revisionsgericht insoweit an den vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt nicht gebunden ist. Das Revisionsgericht muss daher die Prozessvoraussetzung (Prozessfortsetzungsbedingung) in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht prüfen; es ist befugt, selbst Beweise zu erheben und zu würdigen, also die zur Entscheidung erforderlichen Tatsachen für den entscheidungserheblichen Zeitpunkt festzustellen (*vgl. BGH 21. Juni 1976 - III ZR 22/75 - zu II 3 der Gründe mwN; für die Rechtshängigkeit RG 17. Mai 1939 - II 200/38 - RGZ 160, 338, 348; für die Zulässigkeit der Berufung zuletzt BAG 14. März 2017 - 9 AZR 633/15 - Rn. 9*). 26

(2) Der Schriftsatz vom 26. Januar 2015 ist dem Kläger bzw. dessen damaler Prozessbevollmächtigter nicht zugestellt worden. In der Gerichtsakte findet sich kein den Vorgaben der §§ 166 ff. ZPO genügender Zustellvermerk. Vielmehr weist das Original des Schriftsatzes vom 26. Januar 2015 nur einen Abvermerk vom 4. Februar 2015 auf, wonach die Abschrift formlos an die Prozessbevollmächtigte des Klägers übersandt worden ist. Darauf hat der Senat mit Schreiben vom 4. Dezember 2018 hingewiesen. Der Beklagte hat nicht geltend gemacht, dass entgegen der Aktenlage eine förmliche Zustellung erfolgt sei. 27

(3) Im vorliegenden Fall scheidet auch eine Heilung nach § 189 ZPO aus. Eine solche setzt voraus, dass das Gericht mit Zustellwillen gehandelt hat (*vgl. BAG 28. Februar 2008 - 3 AZB 56/07 - Rn. 9 mwN; Zöller/Schultzky ZPO 32. Aufl. § 189 Rn. 2*). Ausweislich des in der Gerichtsakte befindlichen Abvermerks vom 4. Februar 2015 hat das Arbeitsgericht nur die formlose Übersendung des Schriftsatzes vom 26. Januar 2015 an den Kläger verfügt. Aus diesem Grund kommt es entgegen der Ansicht des Beklagten nicht darauf an, dass und wann dieser Schriftsatz dem Kläger tatsächlich zugegangen ist (*vgl. BGH 17. Mai 2001 - IX ZR 256/99 - Rn. 21 ff.*). 28

cc) Ungeachtet der Frage, ob der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 8. April 2016 vor dem Hintergrund der Formulierung, er halte an dem Auflösungsantrag fest, einen solchen eigenständig überhaupt stellen wollte, war zu diesem Zeitpunkt aus den in Rn. 25 ff. ausgeführten Gründen noch keine Rechtshängigkeit eingetreten. Das Arbeitsgericht hat auch hier ausweislich des Abvermerks vom 21. April 2016 lediglich eine formlose Übersendung veranlasst. 29

dd) Der Auflösungsantrag ist nach alledem erst durch die Antragstellung des Beklagten im Kammertermin des Arbeitsgerichts vom 9. Juni 2016 rechts-hängig geworden (§ 261 Abs. 2 Alt. 1 ZPO). Erst in dieser Verhandlung ist der mit der Gestaltungsklage verfolgte, während des laufenden Prozesses erhobene Anspruch auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung durch Verlesen aus dem vorbereitenden Schriftsatz des Schuldners 30

vom 26. Januar 2015 „geltend gemacht“ worden (§ 297 Abs. 1 Satz 1 ZPO; BGH 17. Mai 2001 - IX ZR 256/99 - Rn. 21 ff.; Zöller/Greger ZPO 32. Aufl. § 261 Rn. 6). Zu diesem Zeitpunkt war das Insolvenzverfahren bereits eröffnet. Auch hatte der Beklagte nach den von keiner Seite angegriffenen und damit den Senat bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 559 ZPO) zuvor die Masseunzulänglichkeit gemäß § 208 InsO angezeigt. Der Abfindungsanspruch stellt aus diesem Grund eine Neumasseverbindlichkeit dar.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

31

Spelge

Krumbiegel

Heinkel

M. Jostes

M. Werner