

Bundesarbeitsgericht
Sechster Senat

Teilurteil vom 10. September 2020
- 6 AZR 94/19 (A) -
ECLI:DE:BAG:2020:100920.U.6AZR94.19A.0

I. Arbeitsgericht Potsdam

Urteil vom 6. März 2018
- 3 Ca 1881/17 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 10. Oktober 2018
- 23 Sa 505/18 -

Entscheidungsstichwort:

Insolvenzrechtliche Einordnung der Urlaubsabgeltung

Leitsätze:

1. Die Urlaubsabgeltung ist eine (Neu-)Masseverbindlichkeit, wenn der Arbeitnehmer vom (starken vorläufigen) Insolvenzverwalter bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Arbeitsleistung herangezogen worden ist.

2. Der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts will die Auffassung vertreten, dass eine quotale Berichtigung dieser Verbindlichkeit der Systematik der Insolvenzordnung widerspricht. Er sieht sich an einer entsprechenden Entscheidung durch das Urteil des Neunten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. November 2006 (- 9 AZR 97/06 - *BAGE* 120, 232) gehindert und fragt daher gemäß § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG beim Neunten Senat an, ob dieser an seiner Rechtsprechung festhält.

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 94/19 (A)

23 Sa 505/18
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
10. September 2020

TEILURTEIL

Schuchardt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. September 2020 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krumbiegel und Dr. Heinkel sowie die ehrenamtliche Richterin Klar und den ehrenamtlichen Richter Klapproth für Recht erkannt:

- I. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 10. Oktober 2018 - 23 Sa 505/18 - wird zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Abweisung der Klage auf Zahlung von Entgelt für den Monat Oktober 2017 richtet.
- II. Im Übrigen wird die Verhandlung ausgesetzt.
 1. Der Sechste Senat möchte die Auffassung vertreten, dass bei Insolvenz des Arbeitgebers im Falle der Masseunzulänglichkeit oder der vorläufigen starken Insolvenzverwaltung der Anspruch des Arbeitnehmers auf Urlaubsabgeltung vollständig als Neumasseverbindlichkeit zu berichtigen ist, falls der (starke vorläufige) Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO oder nach § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO in Anspruch genommen hat.
 2. Damit weicht der Senat von der Rechtsprechung des Neunten Senats ab, wonach im Anwendungsbereich des § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO nur der auf die Dauer der nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit tatsächlich entgegengenommenen Arbeitsleistung entfallende „anteilige“ Geldwert des Urlaubs eine Neumasseverbindlichkeit darstellt (*vgl. BAG 21. November 2006 - 9 AZR 97/06 - Rn. 22 ff., BAGE 120, 232*).
 3. Der Sechste Senat fragt nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG an, ob der Neunte Senat an seiner Rechtsauffassung festhält.
- III. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Ansprüche des Klägers auf Urlaubsabgeltung und Entgelt für geleistete Arbeit.

1

Der Kläger war seit 2003 bei der gemäß Handelsregistereintragung vom 29. Dezember 2017 zwischenzeitlich in Abwicklungsgesellschaft H AG umfirmierten Firma g AG (im Folgenden Schuldnerin) bzw. deren Rechtsvorgängerin beschäftigt. Ausweislich des Arbeitsvertrags idF vom 6. Juni 2017 war der Kläger als Montageleiter für eine Vergütung von 3.900,00 Euro brutto monatlich tätig. 2

Nachdem die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin beantragt worden war, wurde die Beklagte mit Beschluss des Insolvenzgerichts vom 16. August 2017 zunächst als sog. schwache vorläufige Insolvenzverwalterin eingesetzt (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO). Mit Beschluss des Insolvenzgerichts vom 6. September 2017 wurde die Beklagte zur sog. starken vorläufigen Insolvenzverwalterin mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen der Schuldnerin bestellt. Der Schuldnerin wurde ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 1 InsO). 3

Der Kläger erbrachte seine Arbeitsleistung jedenfalls bis zum 29. September 2017. Mit Schreiben vom 29. September 2017, welches er am selben Tag dem in der Kanzlei der Beklagten tätigen Rechtsanwalt B übergab, kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis fristlos und erklärte für den Fall, dass eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund „wider Erwarten nicht gerechtfertigt sein sollte“, vorsorglich hilfsweise eine ordentliche Kündigung zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Zur Begründung der Kündigung führte er an, dass ihm wegen der drohenden Insolvenz „eine Zukunft in dem Unternehmen nicht über den 1. November 2017 hinaus garantiert werden könne“. Aus unternehmerischer Sicht sei wegen des Verhaltens der Insolvenzverwaltung ein Fortbestehen des Unternehmens nicht mehr gewährleistet. Nach Aussage der Beklagten würden nur noch Projekte weitergeführt, die bis zum 30. November 2017 fertiggestellt werden könnten. Die Kunden seien durch den Produktionsstillstand der letzten acht Wochen verunsichert. Sein Vertrauen in die Beklagte als Arbeitgeberin sei zutiefst erschüttert. 4

Am 13. und 15. September 2017 sowie am 2. Oktober 2017 erhielt der Kläger Auslagenvorschüsse iHv. insgesamt 1.200,00 Euro, welche die Beklagte 5

im September 2017 bewilligt hatte. Am 5. und 6. Oktober 2017 schrieb er in dienstlichen Angelegenheiten E-Mails an einen Kollegen bzw. an einen Kunden. Ab dem 9. Oktober 2017 war der Kläger arbeitsunfähig erkrankt. Dennoch sandte er am 11. Oktober 2017 wiederum eine dienstliche E-Mail an einen Kollegen. Mit Schreiben vom 11. Oktober 2017 „bestätigte“ die Beklagte den Eingang des Schreibens des Klägers vom 29. September 2017 und „akzeptierte (ohne Präjudiz für die Sach- und Rechtslage) die darin ausgesprochene fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses“. Am 23. Oktober 2017 gab der Kläger seine Arbeitsmittel und das Dienstfahrzeug zurück.

Am 1. November 2017 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und die Beklagte zur Insolvenzverwalterin bestellt. 6

Mit seiner Zahlungsklage hat der Kläger für die ihm zum Zeitpunkt seiner außerordentlichen Kündigung noch unstreitig zustehenden 20 Tage Erholungsurlaub eine Urlaubsabgeltung iHv. 3.391,30 Euro brutto sowie Arbeitsentgelt für den Monat Oktober 2017 iHv. zuletzt 1.418,18 Euro brutto verlangt. 7

Das Arbeitsverhältnis habe erst mit der Akzeptanz der außerordentlichen Kündigung durch die Beklagte am 11. Oktober 2017 geendet, da offensichtlich keine hinreichenden Gründe für eine fristlose Kündigung vorgelegen hätten. Dem stehe nicht entgegen, dass Rechtsanwalt B die fristlose Kündigung am 29. September 2017 wegen Fehlens eines wichtigen Grundes mündlich zurückgewiesen habe. Dieser habe bezüglich der Frage der Wirksamkeit der Kündigung stets auf die Entscheidungsbefugnis der Beklagten verwiesen und den Kläger aufgefordert, einstweilen weiterhin seine Arbeitsleistung zu erbringen. Ab dem 29. September 2017 habe er daher entsprechend seiner Aufgabenstellung weiterhin die Montageeinsätze koordiniert und sei von ca. 08:00 Uhr bis ca. 17:00 Uhr täglich in seinem Büro auf dem Gelände der Schuldnerin gewesen. Die Fortsetzung seiner Tätigkeit sei durch den E-Mail-Verkehr sowie die Auszahlung der Vorschüsse dokumentiert. 8

Die Beklagte schulde sowohl die Urlaubsabgeltung als auch die anteilige Vergütung für den Monat Oktober 2017 als Masseverbindlichkeit, weil sie seine Arbeitsleistung vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens als starke vorläufige 9

Insolvenzverwalterin in Anspruch genommen habe. Eine Einordnung der Urlaubsabgeltungsansprüche als bloße Insolvenzforderung sei auch mit dem unionsrechtlich gewährleisteten Schutz der Urlaubsansprüche nicht vereinbar.

Der Kläger hat daher zuletzt beantragt,

10

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen Betrag iHv. 3.391,30 Euro brutto zzgl. Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15. Dezember 2017 zu zahlen sowie
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen Betrag iHv. 1.418,18 Euro brutto zzgl. Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15. Dezember 2017 zu zahlen.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage als unbegründet beantragt.

11

Das Arbeitsverhältnis sei durch die fristlose Eigenkündigung des Klägers bereits am 29. September 2017 beendet worden. Rechtsanwalt B sei nicht berechtigt gewesen, eine Kündigung zu „akzeptieren“ oder sie zurückzuweisen. Er habe dies auch nicht getan, sondern lediglich erklärt, dass er die Kündigung entgegennehme und den Kläger gebeten, seine Entscheidung zu überdenken. Der Kläger habe aber ausdrücklich an seiner Kündigung festgehalten. Über die Akzeptanz der fristlosen Kündigung habe nur sie selbst entscheiden können. Ob und ggf. welche Arbeitsleistungen der Kläger auf wessen Veranlassung hin ab dem 29. September 2017 für die Schuldnerin erbracht habe, entziehe sich ihrer Kenntnis. Die Erbringung solcher Leistungen werde bestritten.

Jedenfalls handle es sich bei etwaigen Ansprüchen des Klägers allenfalls um Insolvenzforderungen und nicht um Masseverbindlichkeiten. Das Arbeitsverhältnis sei vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beendet worden.

12

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Der Senat hat mit Beschluss vom 14. März 2019 die Revision zugelassen. Mit dieser verfolgt der Kläger seine Klageziele weiter.

13

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der Entgeltansprüche für Oktober 2017 richtet. Bezogen auf die streitgegenständliche Urlaubsabgeltung ist dem Senat eine abschließende Entscheidung noch nicht möglich. Der Senat möchte die Auffassung vertreten, dass bei Insolvenz des Arbeitgebers im Falle der Masseunzulänglichkeit oder der vorläufigen starken Insolvenzverwaltung der Anspruch des Arbeitnehmers auf Urlaubsabgeltung vollständig als (Neu-)Masseverbindlichkeit zu berichtigen ist, falls der (starke vorläufige) Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO oder nach § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO in Anspruch genommen hat. Damit weicht der Senat von der Rechtsprechung des Neunten Senats des Bundesarbeitsgerichts ab, wonach im Anwendungsbereich des § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO nur der auf die Dauer der nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit tatsächlich entgegengenommenen Arbeitsleistung entfallende „anteilige“ Geldwert des Urlaubs eine Neumasseverbindlichkeit darstellt (vgl. BAG 21. November 2006 - 9 AZR 97/06 - Rn. 22 ff., BAGE 120, 232). Daher bedarf es hinsichtlich dieses Streitgegenstands nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG einer Anfrage bei diesem Senat, ob er an seiner bisherigen Rechtsauffassung festhält. Bis zu dessen Entscheidung ist die Verhandlung insoweit entsprechend § 148 Abs. 1 ZPO auszusetzen.

14

I. Die Klage ist zulässig. Der Kläger behauptet, die eingeklagten Forderungen stünden ihm als Masseverbindlichkeiten zu. Beruft sich der Arbeitnehmer auf eine vorweg zu berichtigende Masseverbindlichkeit iSv. §§ 53, 55 InsO, ist die Klage nicht unzulässig, sondern unbegründet, wenn es sich tatsächlich um eine Insolvenzforderung iSv. §§ 38, 108 Abs. 3 InsO handelt, die unter den in §§ 179, 180 InsO geregelten Voraussetzungen mit einer Feststellungsklage zu verfolgen wäre (BAG 25. Juni 2014 - 5 AZR 283/12 - Rn. 13, BAGE 148, 290; 21. Februar 2013 - 6 AZR 406/11 - Rn. 17 f.).

15

II. Die Klage ist unbegründet, soweit der Kläger Vergütung für den Monat Oktober 2017 verlangt. Hierfür besteht keine Anspruchsgrundlage. 16

1. Mangels Bestands eines Arbeitsverhältnisses hat der Kläger für diesen Monat weder einen Anspruch auf Entgelt für geleistete Arbeit gemäß § 611a Abs. 2 BGB noch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gemäß § 3 EFZG. Das Landesarbeitsgericht hat ohne revisiblen Rechtsfehler angenommen, das Arbeitsverhältnis habe aufgrund der fristlosen Eigenkündigung des Klägers vom 29. September 2017 an diesem Tag geendet. 17

a) Das Landesarbeitsgericht hat dahinstehen lassen, ob für die fristlose Eigenkündigung des Klägers ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB vorgelegen und der Kläger die Frist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt habe. Jedenfalls sei es ihm nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit seiner außerordentlichen Kündigung vom 29. September 2017 zu berufen. Dies verstoße gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens. Der Kläger habe in seinem Kündigungsschreiben ausführlich dargelegt, aus welchen Gründen er keine Basis für eine weitere Zusammenarbeit mit der Beklagten mehr sehe. Für die Zeit nach dem 29. September 2017 sei weder eine einvernehmliche Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses noch der Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags erfolgt. Der Kläger habe diesbezüglich keinen hinreichenden Tatsachenvortrag erbracht. Bezüglich der behaupteten Arbeitsleistung ab dem 1. Oktober 2017 sei nicht ersichtlich, dass die Beklagte Kenntnis von einer solchen Arbeitsleistung gehabt habe. Soweit der Kläger behaupte, dass Rechtsanwalt B ihn bei der Übergabe des Kündigungsschreibens zur Weiterarbeit aufgefordert habe, liege darin keine bindende Erklärung für die Beklagte, die nach dem übereinstimmenden Verständnis der Parteien allein die verbindliche Entscheidung darüber habe treffen können. Es sei auch nicht ersichtlich, dass Rechtsanwalt B Kenntnis von der behaupteten Fortsetzung der Arbeitstätigkeit gehabt habe. Hinsichtlich der Vorschusszahlungen, welche zuletzt am 2. Oktober 2017 iHv. 400,00 Euro erfolgt seien, führt das Landesarbeitsgericht an, dass die Beklagte zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Zahlung des Auslagenvorschusses im September 2017 noch keine Kenntnis von der 18

außerordentlichen Eigenkündigung des Klägers gehabt habe, da diese erst am letzten Arbeitstag dieses Monats erklärt worden sei.

b) Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 19

aa) Die Würdigung der Tatsachengerichte, ob bei einer bestimmten Sachlage ein Verstoß gegen § 242 BGB und damit eine unzulässige Rechtsausübung vorliegt, ist in der Revisionsinstanz als Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs nur eingeschränkt überprüfbar. Die Kontrolle durch das Bundesarbeitsgericht beschränkt sich darauf zu prüfen, ob das Landesarbeitsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es sich bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die maßgebliche Rechtsnorm den Vorgaben von § 286 Abs. 1 ZPO entsprechend mit dem Prozessstoff umfassend auseinandergesetzt hat, seine Würdigung also vollständig und des Weiteren rechtlich möglich und in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Rechtssätze, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (*BAG 19. März 2019 - 9 AZR 881/16 - Rn. 20; 11. August 2016 - 8 AZR 809/14 - Rn. 37*). 20

bb) Zugunsten des Klägers kann davon ausgegangen werden, dass für seine außerordentliche Kündigung vom 29. September 2017 kein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB bestand. Es verstößt jedoch gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, wenn er nunmehr geltend macht, die außerordentliche Kündigung vom 29. September 2017 habe das Arbeitsverhältnis nicht beendet. Dies hat das Landesarbeitsgericht ohne revisiblen Rechtsfehler erkannt. 21

(1) Auch die vom Arbeitnehmer ausgesprochene außerordentliche Kündigung bedarf zu ihrer Wirksamkeit eines wichtigen Grundes. Es gelten dieselben Maßstäbe wie für die Kündigung des Arbeitgebers (*BAG 22. März 2018 - 8 AZR 190/17 - Rn. 23*). Fehlt es an einem wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB oder ist die Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht eingehalten, so zeigt die außerordentliche Kündigung als solche keine Wirkung (*BAG 12. März 2009 - 2 AZR 894/07 - Rn. 14, BAGE 130, 14*). Eine Eigenkündigung des Arbeitnehmers kann auch 22

nicht gemäß § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam gelten, weil eine Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG eine Eigenkündigung des Arbeitnehmers nicht zum Gegenstand haben kann (*BAG 21. September 2017 - 2 AZR 57/17 - Rn. 14 ff., BAGE 160, 221*).

(2) Will ein Arbeitnehmer geltend machen, eine von ihm erklärte außerordentliche Kündigung sei wegen Fehlens der Voraussetzungen des § 626 BGB unwirksam, so kann dieses Recht nur in den Schranken von Treu und Glauben ausgeübt werden. Aus § 242 BGB folgt ua. der Grundsatz des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (sog. „venire contra factum proprium“). Eine gemäß § 623 BGB schriftlich und ohne jedes Drängen des Arbeitgebers abgegebene Kündigungserklärung spricht regelmäßig für eine ernsthafte und endgültige Lösungsabsicht. Die Geltendmachung der Unwirksamkeit einer schriftlich erklärten Eigenkündigung ist daher regelmäßig treuwidrig. Es obliegt regelmäßig allein dem Kündigungsempfänger, ob er eine unberechtigte fristlose Kündigung seines Vertragspartners hinnimmt oder ob er ihre Unwirksamkeit geltend macht. Entschließt er sich, eine mit ernsthaftem Lösungswillen ausgesprochene fristlose Kündigung gegen sich gelten zu lassen, so liegt darin grundsätzlich eine hinzunehmende schutzwerte Disposition (*vgl. BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 418/10 - Rn. 20; 12. März 2009 - 2 AZR 894/07 - Rn. 14 ff., BAGE 130, 14*).

(3) Ausgehend von diesen Grundsätzen greifen die Rügen der Revision bezogen auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 29. September 2017 nicht durch. 24

(a) Das Landesarbeitsgericht hat mit Blick auf die ausführliche Begründung der Eigenkündigung zu Recht einen ernsthaften Lösungswillen des Klägers angenommen. 25

(b) Die Beklagte hat die fristlose Kündigung ausweislich ihres Schreibens vom 11. Oktober 2017 akzeptiert. Die Erklärungen von Rechtsanwalt B hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei als unbeachtlich angesehen. Hinsichtlich der Frage einer Akzeptanz der Kündigung gehen beide Parteien davon aus, dass Rechtsanwalt B diesbezüglich auf die alleinige Entscheidungskompetenz 26

der Beklagten verwiesen hat. Dabei ist nicht entscheidend, ob die außerordentliche Kündigung offensichtlich unwirksam war. Bezogen auf das Gespräch mit Rechtsanwalt B ist vielmehr maßgeblich, dass diesem auch nach Einschätzung des Klägers keine Entscheidungskompetenz bezüglich des Bestands des Arbeitsverhältnisses zukam und er auch nicht den Anschein erweckte, über eine solche zu verfügen. Dem Kläger musste daher nach seinem eigenen Vortrag klar sein, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, wenn auch nur während des Laufs der Kündigungsfrist, unabhängig von den behaupteten Äußerungen von Rechtsanwalt B ohne Zustimmung der Beklagten nicht möglich war.

(4) Die bezüglich des Gesprächsverlaufs mit Rechtsanwalt B angebotenen Beweise des Klägers mussten deshalb entgegen der Rügen der Revision nicht erhoben werden. 27

cc) Eine konkludente Vereinbarung mit der allein entscheidungsbefugten Beklagten über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumindest bis zum Ablauf der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist bzw. über eine Neubegründung des Arbeitsverhältnisses ist nicht zustande gekommen. Dem Vortrag des Klägers sind weder entsprechende Erklärungen noch Verhaltensweisen der Beklagten zu entnehmen. Dies gilt auch bezüglich des am 2. Oktober 2017 geleisteten Auslagenvorschusses. Das Landesarbeitsgericht hat dieser Zahlung mit Blick auf die zeitlichen Abläufe insoweit keinen Erklärungswert beigemessen. Es hat angenommen, der Kläger habe am Freitag, den 29. September 2017, gekündigt. Der Zahlungseingang sei am darauffolgenden Montag erfolgt. Die Schlussfolgerung des Landesarbeitsgerichts, der Vorschuss sei vor der Eigenkündigung beschlossen worden, entspricht der Lebenswahrscheinlichkeit und lässt darum keinen Rechtsfehler erkennen. Die Revision erhebt diesbezüglich auch keine Rügen. 28

dd) Das Arbeitsverhältnis gilt auch nicht gemäß § 625 BGB als auf unbestimmte Zeit verlängert. 29

- (1) Wird das Dienstverhältnis nach dem Ablauf der Dienstzeit von dem Verpflichteten mit Wissen des anderen Teils fortgesetzt, so gilt es gemäß § 625 BGB als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der andere Teil unverzüglich widerspricht. Die Vorschrift regelt die stillschweigende (unveränderte) Verlängerung von Dienstverhältnissen unabhängig vom Willen der Parteien (*BAG 21. November 2013 - 6 AZR 664/12 - Rn. 64*). Die fingierte Bereitschaft des Dienstberechtigten, das Dienstverhältnis fortzusetzen, setzt voraus, dass ihm bekannt ist, dass der Dienstverpflichtete für ihn weitere Dienstleistungen erbringt. Es kommt auf die Kenntnis des geschäftsfähigen Dienstberechtigten oder seines Vertreters an, wobei sich die Vertretungsmacht auf den Abschluss eines Dienst- bzw. Arbeitsvertrags beziehen muss. Ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit kommt zB dann nicht zustande, wenn lediglich Kollegen des Arbeitnehmers über dessen weiteres Verbleiben am Arbeitsplatz unterrichtet sind, die den Endzeitpunkt des Arbeitsverhältnisses nicht kennen und nicht zur Entscheidung über das weitere Verbleiben des Arbeitnehmers befugt sind (*KR/Fischermeier/Krumbiegel 12. Aufl. § 625 BGB Rn. 27 f. mwN*). 30
- (2) Es kann zugunsten des Klägers unterstellt werden, dass er unmittelbar über den 29. September 2017 hinaus seine Arbeitsleistung tatsächlich erbracht hat. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, es sei nicht ersichtlich, dass die Beklagte die erforderliche Kenntnis von der behaupteten Arbeitsleistung gehabt habe. Gleiches gelte bezüglich etwaiger einstellungsberechtigter Vertreter. Dies greift die Revision nicht an. 31
2. Der Kläger kann Entgeltansprüche für Oktober 2017 auch nicht auf der Grundlage eines faktischen oder fehlerhaften Arbeitsverhältnisses verlangen. 32
- a) Ein faktisches (genauer: fehlerhaftes) Arbeitsverhältnis besteht, wenn ein Arbeitnehmer ohne wirksame Vertragsgrundlage Arbeit geleistet hat. Voraussetzung eines solchen fehlerhaften Arbeitsverhältnisses ist zunächst eine Willenseinigung als tatsächlicher Akt, dh. es müssen zwei korrespondierende, auf den Abschluss eines Arbeitsvertrags gerichtete, allerdings unwirksame oder anfechtbare Willenserklärungen vorliegen. Fehlt dagegen bereits eine - wenn auch feh-

lerhafte - rechtsgeschäftliche Übereinkunft, liegt kein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis vor. Der in diesem Zusammenhang oftmals verwendete Begriff des „faktischen Arbeitsverhältnisses“ ist missverständlich, weil es in jedem Falle eines, wenn auch gestörten Vertragsschlusses bedarf, dh. der Vertrag nicht lediglich durch die Arbeitsleistung zustande kommt (*BAG 27. Mai 2020 - 5 AZR 247/19 - Rn. 28 mwN; vgl. auch MüKoBGB/Spinner 8. Aufl. § 611a Rn. 557*). Anderenfalls könnte das bloße Aufdrängen einer Arbeitsleistung zu vertraglichen Ansprüchen führen (*vgl. MHdB ArbR/Benecke 4. Aufl. Bd. 1 § 38 Rn. 49*).

b) Der Kläger hat hier, wie bereits ausgeführt, nicht hinreichend dargelegt, dass eine rechtsgeschäftliche Übereinkunft mit der Beklagten bezüglich der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über den 29. September 2017 hinaus erzielt worden ist. 34

3. In der Konsequenz können Entgeltansprüche für rechtsgrundlos erbrachte Arbeitsleistungen auch nicht als Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) geltend gemacht werden. Es handelt sich allenfalls um eine aufgedrängte Bereicherung (*BAG 16. März 1972 - 5 AZR 379/71 - zu I 4 der Gründe*). 35

III. Ob dem Kläger die Urlaubsabgeltung in vollem Umfang als Masseverbindlichkeit zusteht, kann der Senat noch nicht abschließend entscheiden. 36

1. Kann der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden, so ist er nach § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten. Die Voraussetzung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist hier erfüllt, denn das Arbeitsverhältnis endete wie dargelegt am 29. September 2017. Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass dem Kläger zu diesem Zeitpunkt noch ein Anspruch auf Erholungsurlaub im Umfang von 20 Arbeitstagen zustand. Er kann demzufolge eine entsprechende Urlaubsabgeltung verlangen. Dieser Abgeltungsanspruch ist eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO. 37

- a) Die von einer Insolvenz ihres Arbeitgebers betroffenen Arbeitnehmer können ihre Entgeltansprüche für die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens grundsätzlich nur als Insolvenzgläubiger geltend machen (§§ 38, 108 Abs. 3 InsO). Sie haben ihre Forderungen insoweit nach §§ 174 ff. InsO zur Insolvenztabelle anzumelden. Dies beruht auf dem in § 1 Satz 1 InsO ausgedrückten Ziel des Insolvenzverfahrens, alle Gläubiger des Schuldners im Regelfall gemeinschaftlich zu befriedigen (BAG 21. Februar 2013 - 6 AZR 406/11 - Rn. 28). Insolvenzforderungen sind zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründete Forderungen des Gläubigers gegen den Schuldner. 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 11. Dezember 2019 - 7 ABR 4/18 - Rn. 32; 14. März 2019 - 6 AZR 4/18 - Rn. 13 mwN, BAGE 166, 109). 38
- b) Der Rechtsgrund für den Urlaubsabgeltungsanspruch war hier zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung am 1. November 2017 wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 29. September 2017 bereits gelegt. Demnach wäre der streitgegenständliche Abgeltungsanspruch eine Insolvenzforderung. 39
- c) Der Abgeltungsanspruch steht jedoch gemäß § 55 Abs. 2 Satz 2 iVm. Abs. 2 Satz 1 InsO im Rang einer Masseverbindlichkeit. 40
- aa) Auch wenn ausgehend vom oben genannten Ziel des Insolvenzverfahrens die Annahme einer Insolvenzforderung die Regel und die Begründung einer Masseverbindlichkeit die Ausnahme ist (BAG 25. Januar 2018 - 6 AZR 8/17 - Rn. 18, BAGE 161, 368), gelten Verbindlichkeiten, die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter begründet worden sind, auf den die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergegangen ist, kraft gesetzlicher Anordnung nach der Eröffnung des Verfahrens als Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 2 Satz 1 InsO). Gleiches gilt gemäß § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO für Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis, soweit der vorläufige Insolvenzverwalter für das von ihm verwaltete Vermögen die Gegenleistung in Anspruch genommen 41

hat. Selbst ein aufschiebend bedingter Anspruch kann eine Verbindlichkeit iSv. § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO darstellen (*BAG 27. Juli 2017 - 6 AZR 801/16 - Rn. 32, BAGE 160, 6*). § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO bezieht sich ebenso wie § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO aber allein auf eine Leistung an den sog. starken vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verfügungsbefugnis iSv. § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 1 iVm. § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO (*BAG 27. Juli 2017 - 6 AZR 801/16 - Rn. 28, aaO; 25. Juni 2014 - 5 AZR 283/12 - Rn. 12, BAGE 148, 290*).

bb) § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO sieht die Begründung von Masseverbindlichkeiten vor, „soweit“ der starke vorläufige Insolvenzverwalter die Gegenleistung in Anspruch genommen hat. Der Begriff „soweit“ bedingt entgegen der Ansicht der Revision bezogen auf Arbeitsverhältnisse keine Einschränkung in dem Sinne, dass nur Ansprüche des Arbeitnehmers erfasst werden sollen, welche unmittelbar auf einer tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung beruhen (*so wohl Uhlenbruck/Sinz 15. Aufl. § 55 InsO Rn. 95 f.*). Als restriktive Subjunktion schränkt dieser Begriff vielmehr den übergeordneten Sachverhalt ein und stellt sicher, dass nicht jeder Anspruch aus einem Dauerschuldverhältnis eine Masseverbindlichkeit ist, sondern das nur für den Fall gilt (*Wahrig Deutsches Wörterbuch 9. Aufl. Stichwort „soweit“*), dass der starke vorläufige Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung als Hauptpflicht des Arbeitnehmers in Anspruch nimmt. Er grenzt nach seinem unmissverständlichen grammatikalischen Zusammenhang also nur die Entscheidung zur Inanspruchnahme des Arbeitnehmers von der zu dessen Freistellung ab. Über die Fiktion des § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO werden die Ansprüche des zur Arbeitsleistung herangezogenen Arbeitnehmers so behandelt, als ob der starke vorläufige Verwalter das Arbeitsverhältnis selbst durch Neuabschluss begründet hätte, und deshalb als Masseverbindlichkeit eingeordnet (*MüKoInsO/Hefermehl 4. Aufl. § 55 Rn. 229*). Mit dieser Entscheidung steht nach der Konzeption der Insolvenzordnung also zugleich fest, dass im Gegenzug für die Arbeitsleistung alle Verpflichtungen aus dem nach § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO fortbestehenden Arbeitsverhältnis vom späteren Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung als Masseverbindlichkeit zu erfüllen sind. Dies gilt unabhängig davon, ob die Verpflichtungen gesetzlich, tariflich oder vertraglich begründet sind und ob sie auf eine tatsächliche, konkrete Arbeitsleistung zurückzuführen

42

sind. Es handelt sich um ein „Gesamtpaket“ im Sinne eines Pflichtenbündels. Die Insolvenzordnung sieht diesbezüglich keine Einschränkung der Arbeitgeberpflichten zugunsten der Masse vor. Im Arbeitsverhältnis sind deshalb bei der Vergütung der Arbeitsleistung auch entgeltfortzahlungspflichtige „unproduktive“ Ausfallzeiten (zB aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit oder Urlaub) zu berücksichtigen (vgl. zu § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO BAG 23. März 2017 - 6 AZR 264/16 - Rn. 39, BAGE 158, 376; 8. Mai 2014 - 6 AZR 246/12 - Rn. 25).

cc) Dies gilt ebenso für den Anspruch auf Urlaubsabgeltung nach § 7 Abs. 4 BUrlG, auch wenn dieser nicht mehr als Surrogat des auf bezahlte Freistellung gerichteten Urlaubsanspruchs angesehen wird (BAG 6. September 2018 - 6 AZR 367/17 - Rn. 21, BAGE 163, 271). Der Urlaubsabgeltungsanspruch stellt eine dem Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis auf gesetzlicher Grundlage zustehende Geldleistung dar (BAG 6. Mai 2014 - 9 AZR 758/12 - Rn. 16) und ist damit Teil der vom Arbeitgeber zu erfüllenden Verpflichtungen. Dem steht nicht entgegen, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch nicht durch eine hierauf bezogene Arbeitsleistung verdient werden muss, weil er nur an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses anknüpft (vgl. BAG 21. Februar 2013 - 6 AZR 406/11 - Rn. 37). 43

dd) Die Einordnung des Urlaubsabgeltungsanspruchs als Masseverbindlichkeit entspricht dem Zweck des § 55 Abs. 2 InsO und seinem systematischen Zusammenhang mit § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO. 44

(1) Ein starker vorläufiger Insolvenzverwalter hat gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO die Pflicht, das Unternehmen bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen, soweit nicht das Insolvenzgericht einer Stilllegung zustimmt (BAG 14. Mai 2020 - 6 AZR 235/19 - Rn. 97). Die Aufgabe der Fortführung eines insolventen Unternehmens wäre ohne einen Schutz der Vertragspartner nicht zu erfüllen, denn diese wären typischerweise nicht bereit, ihre Leistungen für bloße Insolvenzforderungen zu erbringen. § 55 Abs. 2 InsO dient daher dem Schutz der Personen, die Geschäfte mit einem starken vorläufigen Insolvenzverwalter abschließen oder ihm gegenüber ein Dauerschuldverhältnis erfüllen, das sie mit dem Schuldner vereinbart hatten (BT-Drs. 12/2443 45

S. 126; vgl. auch *MüKoInsO/Hefermehl 4. Aufl. § 55 Rn. 219*). Ohne einen adäquaten Schutz ihrer Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis würden Arbeitnehmer oftmals die Eigenkündigung einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vorziehen. Damit könnte die von der Insolvenzordnung angestrebte Fortführung des Unternehmens unmöglich werden. Das Arbeitsverhältnis ist jedoch von einer Vielzahl gegenseitiger Pflichten gekennzeichnet, die nicht uneingeschränkt in einem unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Der vom Gesetzgeber bezweckte Ausgleich der Interessen der Gläubigergesamtheit durch eine Unternehmensfortführung und der Interessen der für diese Fortführung benötigten Arbeitnehmer bedingt deshalb, dass auch „unproduktive“ Ausfallzeiten insolvenzrechtlich als Masseverbindlichkeit eingeordnet werden. Entsprechend dieser Zielsetzung beinhaltet § 55 Abs. 2 InsO daher keine Privilegierung der Insolvenzmasse bezüglich einzelner Ansprüche des Arbeitnehmers. Nimmt der starke vorläufige Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung in Anspruch, muss er folglich auch die urlaubsrechtlichen Ansprüche des Arbeitnehmers erfüllen. Dies bedeutet entweder die Gewährung des Urlaubs in natura, dh. Freistellung von der Arbeitspflicht und Zahlung von Urlaubsentgelt als Masseverbindlichkeit, oder die Leistung von Urlaubsabgeltung, falls das Arbeitsverhältnis unmittelbar im Anschluss an die Inanspruchnahme der Arbeitsleistung beendet wird.

(2) § 55 Abs. 2 InsO ergänzt damit zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO, wonach Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen Masseverbindlichkeiten sind, soweit deren Erfüllung für die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss. Für den Urlaubsabgeltungsanspruch ist dies der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens beendet wird (*BAG 18. Oktober 2011 - 9 AZR 303/10 - Rn. 32; 25. März 2003 - 9 AZR 174/02 - zu A II 2 der Gründe, BAGE 105, 345*). Ist der Urlaubsabgeltungsanspruch ebenfalls eine Masseverbindlichkeit, falls der starke vorläufige Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO in Anspruch genommen hat, ist in beiden Konstellationen dem Umstand Rechnung getragen, dass es sich bei § 7 Abs. 4 BUrlG letztlich um eine Stichtagsregelung handelt,

46

denn der Abgeltungsanspruch entsteht mit der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses und wird gleichzeitig fällig (vgl. BAG 22. Januar 2019 - 9 AZR 149/17 - Rn. 37; 17. Oktober 2017 - 9 AZR 80/17 - Rn. 29 mwN). Auch für die insolvenzrechtliche Einordnung des Urlaubsabgeltungsanspruchs sind die Verhältnisse am Stichtag der Beendigung entscheidend.

(3) Dies kann wie jede Stichtagsregelung zu Härten führen. Denkbar ist die Fallgestaltung, dass ein Arbeitnehmer während des Eröffnungsverfahrens zunächst durch den starken vorläufigen Insolvenzverwalter zur Arbeit herangezogen, dann aber kurz vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses freigestellt wurde. Es wird dann vielmehr der Beurteilung im Einzelfall bedürfen, ob ein entsprechendes Freistellungsrecht bestand (vgl. hierzu BAG 6. September 2018 - 6 AZR 367/17 - Rn. 28, BAGE 163, 271; 17. Dezember 2015 - 6 AZR 186/14 - Rn. 27, BAGE 154, 28). Der vorliegende Fall gibt hierzu keinen Anlass. 47

ee) Entgegen der Auffassung der Beklagten wird mit diesem Verständnis des § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung (§ 1 Satz 1 InsO) nicht verletzt. Der Gesetzgeber hat die Rechte der Gläubiger durch die Regelungen der Insolvenzordnung differenziert ausgestaltet und sich dafür entschieden, den Inhalt des jeweiligen Rechtsverhältnisses bei der Einordnung der Verbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO bzw. § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO unangetastet zu lassen. 48

ff) Die Beklagte hat die Arbeitsleistung des Klägers nach ihrer Bestellung zur starken vorläufigen Insolvenzverwalterin am 6. September 2017 unstreitig bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 29. September 2017 in Anspruch genommen. Deshalb kann der Kläger nach § 55 Abs. 2 Satz 2 iVm. Abs. 2 Satz 1 InsO nicht nur die für die erbrachte Arbeitsleistung unstreitig geleisteten Entgeltzahlungen als Masseverbindlichkeit beanspruchen, sondern auch die streitgegenständliche Urlaubsabgeltung. 49

2. Nach Auffassung des erkennenden Senats wäre der Abgeltungsanspruch in voller Höhe als Masseverbindlichkeit zu begleichen. Er sieht sich insofern an einer abschließenden Entscheidung jedoch wegen einer zu § 209 Abs. 2 50

Nr. 3 InsO ergangenen Rechtsprechung des Neunten Senats des Bundesarbeitsgerichts, welche auf § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO zu übertragen ist, gehindert.

a) Bei Anzeige der Masseunzulänglichkeit nach Insolvenzeröffnung (§ 208 *InsO*) bestimmt sich die Befriedigung der Massegläubiger nach der in § 209 *InsO* geregelten Rangfolge. Die Masse dient nunmehr vorrangig der Befriedigung der vom Insolvenzverwalter eingegangenen neuen Verbindlichkeiten, um ihm so den Handlungsspielraum zu geben, den er benötigt, um die Verwertung auch bei Masseunzulänglichkeit zum Abschluss zu bringen. Darum hat sich der Gesetzgeber zu einer Neuordnung der insolvenzrechtlichen Rangfolge der Masseverbindlichkeiten durch Einführung einer in Alt- und Neumasseverbindlichkeiten „gespaltenen“ Rangordnung entschieden (*BAG 22. Februar 2018 - 6 AZR 868/16 - Rn. 12, BAGE 162, 58*). Nach § 209 Abs. 1 Nr. 2 *InsO* sind die Verbindlichkeiten, die nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet worden sind, nach den Kosten des Insolvenzverfahrens vorrangig zu befriedigende Neumasseverbindlichkeiten. Für Dauerschuldverhältnisse konkretisieren § 209 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 *InsO* die Abgrenzung zwischen Alt- und Neumasseverbindlichkeiten (*vgl. BT-Drs. 12/2443 S. 220*). Gemäß § 209 Abs. 2 Nr. 3 *InsO* gelten als Neumasseverbindlichkeiten iSd. § 209 Abs. 1 Nr. 2 *InsO* die Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis, soweit der Insolvenzverwalter nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit für die Insolvenzmasse die Gegenleistung in Anspruch genommen hat. Bezogen auf Arbeitsverhältnisse ist das der Fall, wenn der Insolvenzverwalter den Arbeitnehmer zur Arbeit heranzieht (*BAG 23. März 2017 - 6 AZR 264/16 - Rn. 33, BAGE 158, 376*). Die Einordnung von Vergütungsansprüchen als Neumasseverbindlichkeiten rechtfertigt sich regelmäßig nur, wenn der Arbeitnehmer durch tatsächliche Arbeitsleistung zur Anreicherung der Masse beiträgt. Der Masse muss ein wirtschaftlicher Wert zufließen. Das setzt voraus, dass das Arbeitsverhältnis in Vollzug gesetzt ist (*BAG 8. Mai 2014 - 6 AZR 246/12 - Rn. 24*). Ist das der Fall, sind allerdings auch die entgeltfortzahlungspflichtigen „unproduktiven“ Ausfallzeiten als Neumasseverbindlichkeit zu vergüten (*BAG 23. März 2017 - 6 AZR 264/16 - Rn. 39, aaO; 8. Mai 2014 - 6 AZR 246/12 - Rn. 25*).

51

- b) Bezogen auf Urlaubsansprüche hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts angenommen, Ansprüche auf Urlaubsabgeltung könnten nicht in voller Höhe als Neumasseverbindlichkeit berichtigt werden, weil dadurch die Masse nicht angereichert werde. Eine völlige Vernachlässigung der tatsächlichen Arbeitsleistung für sog. geldwerte Urlaubsansprüche auf Urlaubsentgelt und Urlaubsabgeltung sei jedoch nicht mit dem Wortlaut des § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO vereinbar. Sie entspreche auch nicht der Zielsetzung, im Interesse der ordnungsgemäßen Abwicklung des Insolvenzverfahrens die Entgeltansprüche der weiterbeschäftigten Arbeitnehmer zu sichern. Abweichend von der Konzeption des gesetzlichen Urlaubsrechts sei deswegen 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. Maßgeblich sei das Verhältnis der möglichen Arbeitstage im Jahr zu den vom Arbeitnehmer nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit geleisteten Arbeitstagen (*BAG 21. November 2006 - 9 AZR 97/06 - Rn. 25 ff., BAGE 120, 232; kritisch Berscheid/Bertram jurisPR-ArbR 31/2008 Anm. 2; Betz BB 2015, 886, 888 ff.*). 52
- c) In der Literatur wird eine Ausweitung dieser Rechtsprechung auf den nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu bestimmenden Rang der Urlaubsabgeltung befürwortet (*vgl. Uhlenbruck/Sinz 15. Aufl. § 55 InsO Rn. 69; Windel Anm. AP InsO § 209 Nr. 7 unter IV mwN*). 53
- d) Auf § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO wäre die angeführte Rechtsprechung des Neunten Senats zu übertragen, weil sowohl § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO als auch § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO Gläubiger privilegieren, „soweit“ der (starke vorläufige) Insolvenzverwalter „die Gegenleistung in Anspruch genommen hat“. Schon diese Identität des Wortlauts bedingt ein gleiches Verständnis der Tatbestandsvoraussetzung (*in diesem Sinne bereits BAG 23. März 2017 - 6 AZR 264/16 - Rn. 37, BAGE 158, 376*). 54
- e) Eine Aufteilung der Urlaubsansprüche in Masseverbindlichkeit und Insolvenzforderung wäre zwar auch in den Fällen einer Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO rechnerisch möglich. Der Senat ist jedoch der Ansicht, 55

dass an der angeführten Rechtsprechung des Neunten Senats zum Urlaubsabgeltungsanspruch bei Masseunzulänglichkeit nicht festgehalten werden sollte.

aa) Die quotale Einordnung des Urlaubsabgeltungsanspruchs hat keine insolvenzrechtliche Grundlage. Sie hat Rangänderungen von Forderungen zur Folge, die der Insolvenzordnung fremd sind. Die Insolvenzordnung sieht keine Sonderregelungen zum arbeitsrechtlichen Urlaubs- bzw. Urlaubsabgeltungsanspruch vor. § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO bzw. § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO verbinden mit der Inanspruchnahme der Leistung des Vertragspartners, hier des Arbeitnehmers, vielmehr die ungeschmälerete Belastung der Masse mit dem „Gesamtpaket“ der geschuldeten Gegenleistung. Keine der beiden Normen sieht ihrem Wortlaut nach die Begründung anteiliger Masse- bzw. Neumasseverbindlichkeiten vor (vgl. *Betz BB 2015, 886, 888*). Es bleibt daher nach dem Konzept der Insolvenzordnung bei der Ausgestaltung des Urlaubsrechts nach den urlaubsrechtlichen Regelungen mit den sich dadurch insolvenzrechtlich ergebenden Konsequenzen. 56

bb) Wird der Arbeitnehmer vom starken vorläufigen Insolvenzverwalter bzw. nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit vom Insolvenzverwalter bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Arbeitsleistung herangezogen, wäre die Urlaubsabgeltung daher nach Auffassung des Sechsten Senats nur dann nicht in vollem Umfang als (Neu-)Masseverbindlichkeit zu berichtigen, wenn sie ratierlich verdient würde. Eine derartige Aufteilung des Urlaubsabgeltungsanspruchs lässt sich nach der Rechtsprechung des Neunten Senats jedoch aus dem Urlaubsrecht nicht ableiten. Der Urlaubsanspruch ist keine Gegenleistung für eine bestimmte Arbeitsleistung und kann deshalb keinem bestimmten insolvenzrechtlichen Zeitraum zugeordnet werden (*BAG 25. Januar 2018 - 6 AZR 8/17 - Rn. 24, BAGE 161, 368; 15. Februar 2005 - 9 AZR 78/04 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 113, 371; 18. November 2003 - 9 AZR 95/03 - zu B II 2 b der Gründe, BAGE 108, 357*). Bezogen auf den Urlaubsabgeltungsanspruch ist allein der Stichtag der Beendigung des Arbeitsverhältnisses maßgebend. 57

cc) Letztlich gründet sich die bisher vorgenommene Aufteilung des Urlaubsabgeltungsanspruchs nur auf wirtschaftliche Überlegungen zur Schonung der 58

Masse, um einen vermeintlichen Widerspruch zur Systematik der Insolvenzordnung zu vermeiden, den der Neunte Senat in der Belastung der Masse mit den Kosten der vollen Urlaubsabgeltung bei Inanspruchnahme der Arbeitsleistung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses gesehen hat. Ein solcher Widerspruch liegt jedoch nicht vor (*Rn. 40 ff.*). Diese Argumentation führt zudem zu unübersehbaren Folgeproblemen, denn mit diesem Argument könnten in Dauerschuldverhältnissen auch andere Ansprüche des Vertragspartners unabhängig von einer ratierlichen Ausgestaltung aufgeteilt werden. Dies ist mit den insolvenzrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar.

dd) Der erkennende Senat hat allerdings die Rechtsprechung des Neunten Senats zum Urlaubsabgeltungsanspruch als Begründungselement dafür herangezogen, dass alle Sonderzahlungen nur anteilig für den Zeitraum geleisteter Arbeit nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit als Neumasseverbindlichkeiten nach § 209 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 3 InsO zu berichtigen sind (*BAG 23. März 2017 - 6 AZR 264/16 - Rn. 30 ff., BAGE 158, 376*). Der Senat beabsichtigt aus den vorgenannten Gründen, an dieser Rechtsprechung nicht festzuhalten. Bei Sonderzahlungen kann nur deren vertragliche oder tarifvertragliche Ausgestaltung, welche das Insolvenzrecht nicht abändert, für ihren insolvenzrechtlichen Rang maßgeblich sein. Wie bei der Einordnung des Urlaubsabgeltungsanspruchs ist damit bei stichtagsbezogenen Sonderzahlungen allein der Stichtag entscheidend für die Zuordnung zu einem insolvenzrechtlich relevanten Zeitraum. Liegt dem Anspruch auf eine Sonderzahlung nach seiner (tarif-)vertraglichen Ausgestaltung hingegen die Erbringung von Arbeitsleistung in bestimmten Zeiträumen zu Grunde („pro rata temporis“) und wird der Anspruch nur zu einem anderen Zeitpunkt insgesamt fällig, sind solche arbeitsleistungsbezogenen Sonderzahlungen unverändert dem Zeitraum zuzuordnen, für den sie als Gegenleistung geschuldet sind (*vgl. BAG 23. März 2017 - 6 AZR 264/16 - Rn. 20, aaO*). 59

3. Es bedarf daher einer Anfrage nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG beim Neunten Senat, ob dieser an seiner Rechtsauffassung, wonach im Anwendungsbereich des § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO nur der auf die Dauer der nach Anzeige der 60

Masseunzulänglichkeit tatsächlich entgegengenommenen Arbeitsleistung entfallende „anteilige“ Geldwert des Urlaubs eine Neumasseverbindlichkeit darstellt, festhält. Es besteht eine entscheidungserhebliche Abweichung. Wäre der auf die Dauer der Inanspruchnahme der Arbeitsleistung des Klägers nach der Bestellung der Beklagten zur starken vorläufigen Insolvenzverwalterin entfallende „anteilige“ Geldwert maßgeblich, wäre die Klage bezüglich des streitbefangenen Urlaubsabgeltungsanspruchs nur teilweise begründet. Der Senat geht aus den genannten Gründen demgegenüber davon aus, dass der Anspruch in der vollen eingeklagten Höhe als Masseverbindlichkeit zu erfüllen ist.

- IV. Bis zur Entscheidung des Neunten Senats wird die Verhandlung entsprechend § 148 Abs. 1 ZPO ausgesetzt. 61
- V. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten. 62

Spelge

Heinkel

Krumbiegel

C. Klar

Klapproth