

6 Sa 807/10
6 Ca 9775/09
(Arbeitsgericht Nürnberg)

Verkündet am: 06.09.2011

...
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht Nürnberg

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

G... O...

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte/r:
Rechtsanwälte F... & Fr...

gegen

**Rechtsanwalt H...-G... H... J... als Insolvenzverwalter über das
Vermögen der Firma Q... GmbH**

- Beklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte/r:
Rechtsanwälte F...

erlässt die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 06. September 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht **V e t t e r** als Vorsitzenden und die ehrenamtlichen Richter Bachmann und Frank

im Namen des Volkes

folgendes

Urteil:

- I. Die Berufung des Klägers gegen das Teilurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 22.06.2010, Az. 6 Ca 9775/09, wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

- II. Die Revision zum Bundesarbeitsgericht wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten unter anderem über die Vergütungspflicht in einem Arbeitsverhältnis nach Freistellung in der Insolvenz.

Der Kläger ist seit 1988 bei der Gemeinschuldnerin zuletzt als Sachbearbeiter Ablaufsteuerung beschäftigt. Er bezog zuletzt ein Bruttoentgelt von 3.378,29 € monatlich. Über das Vermögen der Gemeinschuldnerin wurde aufgrund Antrags vom 09.06.2009 mit Wirkung zum 01.09.2009 Insolvenz eröffnet und der Vorgänger des Beklagten als Insolvenzverwalter bestellt. Mit Schreiben vom 29.10.2009 zeigte der Insolvenzverwalter beim Amtsgericht Essen Masseunzulänglichkeit an. Mit Schreiben vom 30.10.2009 erklärte die Gemeinschuldnerin gegenüber dem Kläger, dass seine Arbeitsleistung mit sofortiger Wirkung nicht mehr in Anspruch genommen werde und dass auch die Entgeltzahlungen ein-

gestellt würden. Das Schreiben ist mit der Bezeichnung „i.V.“ durch die Angestellte K... unterzeichnet (Anlage 3 zur Klageschrift, Bl. 14 d.A.). Die anwaltlichen Vertreter des Klägers widersprachen der Freistellung ohne Entgeltfortzahlung und boten die Arbeitskraft des Klägers unter Zurückweisung des Freistellungsschreibens mangels Vollmachtsvorlage nach § 174 BGB ausdrücklich an (Anlage 4 zur Klageschrift, Bl. 15 d.A.). Der Kläger war arbeitsunfähig erkrankt und bezog von 01.11.2009 bis 15.12.2009 Krankengeld in Höhe von 775,46 € netto.

Mit Schreiben vom 26.11.2009 (Anlage 2 zur Klageschrift, Bl. 12 d.A.) kündigte der Insolvenzverwalter unter seinem Briefkopf das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Wirkung zum 28.02.2010. Das Kündigungsschreiben ist ebenfalls durch die Angestellte K... unterzeichnet; ihm lag eine Vollmacht des Insolvenzverwalters für die Angestellte K... zur Erklärung von Kündigungen bei.

In seiner am 17.12.2009 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung vom 26.11.2009, ihm zugegangen am 27.11.2009, geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei unwirksam. Sie sei sozial nicht gerechtfertigt und verstoße gegen § 15 KSchG, weil er als Ersatzmitglied des Betriebsrats gewählt sei. Auch sei die Kündigungsfrist nicht eingehalten. Die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats werde bestritten. Im übrigen werde bestritten, dass die der Kündigung beiliegende Vollmacht eine Originalunterschrift aufweise und zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung noch nicht widerrufen gewesen sei. Auch werde bestritten, dass eine Massenentlassungsanzeige nach § 17 KSchG gestellt worden sei. Die Freistellungserklärung sei mangels Vorlage einer Vollmachtsurkunde unwirksam. Zudem lägen Gründe, die seine Freistellung rechtfertigten, nicht vor. Mit am 19.02.2010 eingegangener Klageerweiterung hat der Kläger geltend gemacht, der Insolvenzverwalter habe aus dem Vermögen der Gemeinschuldnerin Entgeltfortzahlung in Höhe von 5.068,19 € brutto abzüglich des erhaltenen Krankengeldes zu zahlen; ihm stehe aufgrund der unwirksamen Freistellungserklärung ein entsprechender Entgeltfortzahlungsanspruch zu. Dieser sei nach § 209 Abs. 2 Ziff. 2 InsO als Neumasseverbindlichkeit zu berücksichtigen. Soweit er mit seiner Kündigungsschutzklage keinen Erfolg habe, stehe ihm ein hilfsweise geltend gemachter Urlaubsabgeltungsanspruch zu.

Der Kläger hat erstinstanzlich zuletzt – nach Abschluss eines Teilvergleichs über den Anspruch auf Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses – beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 26.11.2009, zugegangen am 27.11.2009, nicht aufgelöst worden ist,
2. festzustellen, dass die Freistellung mit Schreiben vom 30.10.09 ab 31.10.09 ohne Entgeltzahlung unwirksam ist,
3. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 5.068,19 € brutto abzüglich bezahlten Krankengeldes in Höhe von 775,46 € netto nebst 5 % Zinsen über dem aktuellen Basiszinssatz aus dem sich hieraus ergebenden Nettobetrag seit 01.01.2010 zu zahlen,
4. hilfsweise den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 1.228,47 € brutto nebst 5 % Zinsen über dem aktuellen Basiszinssatz seit Klagezustellung zu zahlen,
5. hilfsweise festzustellen, dass die Forderung auf Zahlung von 5.068,19 € brutto abzüglich gezahlten Krankengeldes in Höhe von 775,46 € netto des vertraglich vereinbarten Lohnes für den Zeitraum 01.11.2009 bis 15.12.2009 als Masseverbindlichkeit gemäß § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO anzusehen ist.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat vorgetragen, er habe sich nach Insolvenzeröffnung zu einer umfassenden Restrukturierung gezwungen gesehen und aus diesem Grund unter dem 22.09.2009 mit dem Gesamtbetriebsrat einen Interessenausgleich mit Namensliste vereinbart. Trotz der aufgrund dieses Interessenausgleichs ausgesprochenen Kündigungen habe sich die Lage der Insolvenzschuldnerin so dramatisch verschlechtert, dass er sich gehalten gesehen habe, eine weitere Betriebsänderung in Aussicht zu nehmen. Er habe unter dem 15.10.2009 einen weiteren Interessenausgleich mit Namensliste abgeschlossen. Schließlich habe er sich zur Stilllegung entschließen müssen. Der hierzu geschlossene Interessenausgleich datiere vom 23.11.2009. Es sei nicht erkennbar, warum die erklärte Freistellung rechtswidrig oder unwirksam sei. Auch eine Zurückweisung der Erklärung nach § 174 BGB führe nicht dazu, dass eine Neumasseverbindlichkeit entstehe. § 209 Abs. 2 Ziff. 2 InsO greife nicht. Es handele sich insbesondere nicht um Ansprüche nach der Zeit

des ersten Termins, zu dem eine Kündigung nach Masseunzulänglichkeit hätte ausgesprochen werden können. Es handele sich vielmehr um eine Altmasseverbindlichkeit nach § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO. Da insoweit ein Vollstreckungsverbot nach § 210 InsO gelte, sei die Leistungsklage unzulässig. Dem Feststellungsantrag bezüglich der Freistellung fehle das Rechtsschutzbedürfnis.

Der Kläger hat eingewandt, es treffe nicht zu, dass der Betrieb endgültig stillgelegt worden sei, und die weiteren Erklärungen des Beklagten mit Nichtwissen bestritten. Er hat die Auffassung vertreten, die Freistellung mit der Folge des Freiwerdens von der Entgeltzahlungspflicht komme der Kündigung nahe und bedürfe als einseitiges Rechtsgeschäft eine Vollmacht. Im übrigen sei § 174 BGB auch auf geschäftsähnliche Handlungen anzuwenden. Die Freistellung sei daher unwirksam. Im übrigen seien nicht alle der vorher in der Abteilung beschäftigten 25 Mitarbeiter freigestellt worden. Insoweit seien die Grenzen billigen Ermessens nicht beachtet worden; er, der Kläger, hätte die Abwicklungstätigkeiten durchführen können. Der Beklagte habe stattdessen den Mitarbeiter J... in die Abteilung zurückgeholt und über den 01.12.2009 hinaus beschäftigt. Da die Freistellung unwirksam sei, handele es sich beim Differenzlohnanspruch um eine Neumasseverbindlichkeit, wie das Bundesarbeitsgericht am 31.03.2004 entschieden habe. Der Beklagte müsse sich im Fall der unwirksamen Freistellung so stellen lassen, als ob die Freistellung nicht erfolgt sei. Demzufolge bestehe ein Anspruch auf Entgeltzahlung als Neumasseverbindlichkeit. Vorliegend komme hinzu, dass der Insolvenzverwalter nicht unverzüglich gekündigt habe, so dass er sich im Sinne des § 61 InsO schadensersatzpflichtig gemacht habe. Der Kläger hat mit Nichtwissen bestritten, dass eine Kündigung nicht schon vor dem 31.10.2009 zum 31.01.2010 möglich gewesen wäre.

Das Arbeitsgericht Nürnberg hat mit Teilurteil vom 22.06.2010 wie folgt entschieden:

1. Die Klage wird in Ziffer 2 und 3 abgewiesen.
2. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.
3. Der Streitwert wird festgesetzt auf 4.282,73 €.
4. Die Berufung wird nicht gesondert zugelassen.

Zur Begründung des Teilurteils hat das Arbeitsgericht im wesentlichen ausgeführt, die Klage sei – soweit entscheidungsreif – unzulässig, soweit der Kläger die Feststellung der Unwirksamkeit der Freistellung begehre. Dieser Antrag sei nicht auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses gerichtet. Die Feststellung einer Rechtsfolge sei nicht möglich, soweit das Gesetz dies nicht ausdrücklich vorsehe. Ebenfalls unzulässig sei der Hilfsantrag auf Zahlung von Urlaubsabgeltung; insoweit handele es sich um eine der Leistungsklage nicht zugängliche Altmasseverbindlichkeit. Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung sei ebenso wie der hilfsweise Feststellungsantrag unbegründet. Es liege keine Neumasseverbindlichkeit vor. Eine solche entstehe dann, wenn der Arbeitnehmer nach Insolvenzeröffnung weiterarbeite. Bei angezeigter Masseunzulänglichkeit sehe § 209 Abs. 2 InsO Neumasseverbindlichkeiten nur vor für die Zeit nach dem ersten Termin, zu dem der Verwalter nach Anzeige der Massenunzulänglichkeit hätte kündigen können, und dann, wenn der Insolvenzverwalter die Gegenleistung in Anspruch genommen habe. Selbst wenn die ausgesprochene Kündigung unwirksam sei, sei der Annahmeverzugsanspruch des Arbeitnehmers nach der Entscheidung des BAG vom 21.07.2005 als Altmasseverbindlichkeit anzusehen. Entscheidend sei also lediglich, ob der Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung tatsächlich in Anspruch genommen habe. Nur in diesem Fall habe der Arbeitnehmer nach der BAG-Entscheidung vom 15.06.2004 einen Anspruch auf vorrangige Befriedigung als Neumassegläubiger. Auf die Frage, ob der Arbeitnehmer wirksam freigestellt worden sei oder nicht, komme es hierbei nicht an. Im übrigen müssten dieselben Grundsätze gelten wie nach unwirksamer Kündigung – auch dann entstünden aber nur Altmasseverbindlichkeiten. Es handele sich auch nicht um Neumasseverbindlichkeiten nach § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO. Hier habe der Insolvenzverwalter mit Schreiben vom 26.11.2009 gekündigt. Das Entstehen der Annahmeverzugsansprüche für November und Dezember 2009 sei nicht zu verhindern gewesen. Dem Kläger wäre unbenommen gewesen, seinen Beschäftigungsanspruch zwangsweise im Wege einstweiliger Verfügung durchzusetzen. Dies habe er aber nicht getan. Im Ergebnis komme es aus diesem Grund nicht darauf an, ob die Freistellungserklärung des Insolvenzverwalters rechtmäßig gewesen sei, wenn auch vieles dafür spreche, dass § 174 BGB auf derartige geschäftsähnliche Handlungen anwendbar sei.

Das Teilurteil des Arbeitsgerichts ist den anwaltlichen Vertretern des Klägers ausweislich deren Empfangsbekanntnisses am 28.10.2010 zugestellt worden. Diese haben namens des Klägers mit Schriftsatz vom 19.11.2010, beim Landesarbeitsgericht eingegangen am 23.11.2010, Berufung gegen diese Entscheidung eingelegt. Sie haben die Berufung – nach Verlängerung der Begründungsfrist aufgrund am 17.12.2010 eingegangenen Antrags bis 28.01.2011 – mit am 18.01.2011 beim Landesarbeitsgericht eingegangenem Schriftsatz selben Datums begründet.

Zur Begründung der Berufung trägt der Kläger vor, das Arbeitsgericht habe angenommen, dass der Feststellungsantrag unzulässig sei. Dies treffe nicht zu. Aufgrund der Besonderheiten des Insolvenzrechts leite die Rechtsprechung nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit aus § 209 InsO ein insolvenzspezifisches Recht des Verwalters auf Freistellung der Arbeitnehmer ab, für die der Beschäftigungsbedarf entfallen sei. Dies führe zum Wegfall des Vergütungsanspruches; durch die Gleichwohlgewährung von Arbeitslosengeld werde der Arbeitslosengeldanspruch verkürzt oder entfalle vollständig. Somit komme eine solche Freistellung der Kündigung nahe. Im Falle der Kündigung sehe § 4 KSchG ausdrücklich die Zulässigkeit einer punktuellen, auf Feststellung der Unwirksamkeit der Erklärung gerichteten Feststellungsklage vor. Die Rechtsprechung bejahe ein solches Interesse an der Feststellung der Wirksamkeit der Erklärung auch dann, wenn es um die Versetzung eines Arbeitnehmers gehe. Die vorliegende Konstellation sei ähnlich zu beurteilen. Es bestehe ein Interesse an der Feststellung, dass die Freistellung unwirksam sei. Im Fall unwirksamer Freistellung bestehe nämlich ein Entgeltanspruch. Der Kläger meint, entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts handele es sich bei den geltend gemachten Vergütungsansprüchen um Neumasseverbindlichkeiten. Er, der Kläger, habe der Freistellung unverzüglich widersprochen und seine Arbeitskraft angeboten. Soweit die Freistellung unwirksam sei, bewege sich der Insolvenzverwalter nicht im rechtsfreien Raum. Vielmehr müsse er sich so behandeln lassen, wie wenn die Freistellung nicht erfolgt wäre. Es könne nicht angehen, dass der Insolvenzverwalter, der unwirksam freigestellt habe, das Risiko dieser Unwirksamkeit auf den Arbeitnehmer abwälze. Entscheidend sei nicht, dass der Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung nicht in Anspruch genommen habe; es genüge vielmehr, dass der Arbeitnehmer diese angeboten habe. Der Insolvenzverwalter müsse sich so behandeln lassen, als habe er die Arbeitsleistung angenommen. Er sei nach § 80 InsO in die Arbeitgeberstellung eingetreten. Es könne keinen

Unterschied machen, ob der Gemeinschuldner oder der Insolvenzverwalter die unwirksame Freistellungserklärung ausgesprochen habe. Es komme hinzu, dass die Einstufung der Entgeltforderung als Neumasseverbindlichkeit nicht davon abhängt, dass die Arbeitsleistung in jedem Fall der Masse zugeflossen sei. Dies ergebe sich schon aus dem vom Arbeitsgericht missverstandenen Urteil des BAG vom 21.07.2005 für den Fall der Unwirksamkeit der Kündigung. Im Urteil des BAG vom 21.11.2006 sei ausgeführt, dass offene Urlaubsansprüche durch bezahlte Freistellung zu erfüllen seien – und dies, obwohl während des Urlaubs der Masse keine Gegenleistungen des Arbeitnehmers zufließen. Im Urteil des BAG vom 15.06.2004, auf das sich das Arbeitsgericht beziehe, werde aufgrund der dort wirksamen Freistellung die vorliegende Rechtsfrage nicht problematisiert. Der Schutz der Massegläubiger gebiete keinesfalls, dass die Gegenleistung der Masse notwendigerweise zugeflossen sein müsse. Vielmehr seien die Massegläubiger durch die persönliche Haftung des Insolvenzverwalters nach §§ 60, 61 InsO geschützt, die eingreife, wenn er trotz Vorliegens der Voraussetzungen nicht oder unwirksam freistelle. Wäre er, der Kläger, durch den Insolvenzverwalter nicht freigestellt worden, hätte er einen Vergütungsanspruch als Neumassenschuld bis zum Ablauf seiner Kündigungsfrist gehabt. Voraussetzung für die Einstufung als Neu- oder Altmassenschuld sei nicht in erster Linie eine aktive Handlung des Insolvenzverwalters. Vielmehr hätte allein das Unterlassen der Freistellung dazu geführt, dass es sich bei den Vergütungsansprüchen um Neumasseverbindlichkeiten gehandelt hätte. Etwas anderes könne auch nicht bei unwirksamer Freistellung sein. Es sei entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts auch nicht seine, des Klägers, Sache gewesen, den Beschäftigungsanspruch zwangsweise durchzusetzen. Es wäre nicht sicher gewesen, ob eine Entscheidung noch vor Ablauf der Kündigungsfrist ergangen wäre und ob das Arbeitsgericht ein besonderes Eilbedürfnis bejaht hätte. Er bleibe dabei, dass die mit „i.V.“ unterzeichnete und ohne Vollmachtsurkunde zugesandte Freistellungserklärung im Hinblick auf die unverzüglich erfolgte Zurückweisung unwirksam sei.

Der Kläger und Berufungskläger stellt im Berufungsverfahren die Anträge,

- I. das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 22.06.2010, Az: 6 Ca 9775/09 abzuändern und
 1. festzustellen, dass die Freistellung vom 30.10.2009, zugeworfen am 30.10.2009, ohne Entgeltzahlung, unwirksam ist.

2. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 5.068,19 € brutto abzüglich gezahlten Krankengeldes in Höhe von 775,46 € netto, nebst 5 % Zinsen über dem aktuellen Basiszinssatz aus dem sich hieraus ergebenden Nettobetrag seit 01.01.2010 zu zahlen.
3. hilfsweise festzustellen, dass die Forderung auf Zahlung von 5.068,19 € brutto abzüglich gezahlten Krankengeldes in Höhe von 775,46 € netto des vertraglich vereinbarten Lohnes für den Zeitraum 01.11.2009 – 15.12.2009 eine Masseverbindlichkeit gem. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist.

II. dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

Der Beklagte und Berufungsbeklagte beantragt dagegen:

- I. Die Berufung wird zurückgewiesen.
- II. Der Kläger und Berufungskläger trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Beklagte schließt sich den Ausführungen des Arbeitsgerichts an. Er meint, das Arbeitsgericht habe das vorliegende Feststellungsbegehren, das auf die Feststellung einer Rechtsfolge hinauslaufe, zutreffend für unzulässig erklärt. Die Freistellung sei mit einer Kündigung nicht zu vergleichen. Sie habe lediglich Auswirkungen auf das Rangverhältnis der weiterhin bestehenden Ansprüche des Arbeitnehmers. § 174 BGB finde auf Freistellungserklärungen keine Anwendung. Zudem sei die Angestellte K... Leiterin der Human Resources-Abteilung der Insolvenzschuldnerin gewesen und daher schon aufgrund ihrer Stellung in ausreichender Weise zur Abgabe derartiger Erklärungen bevollmächtigt. Die Freistellung des Klägers sei auch unter Berücksichtigung billigen Ermessens erfolgt. Der Mitarbeiter J... sei weiterbeschäftigt worden, weil er sich noch zwei Monate in der Aktivphase der Altersteilzeit befunden habe. Im übrigen sei er mit einer Sozialpunktsumme von 138,8 im Verhältnis zum Kläger mit 94,3 deutlich sozial schutzwürdiger. Abgesehen davon komme es auf die Wirksamkeit der Freistellung nicht an, weil für den Rang der unstrittigen Forderung einzig der Umstand entscheidend sei, ob der Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung in Anspruch genommen habe oder nicht. Entscheidend sei, ob er die Gegenleistung, mithin die Arbeitsleistung, genutzt habe oder nicht. Vorliegend sei die Gegenleistung nicht in Anspruch genommen worden. Ein Anspruch als Neumassegläubiger sei daher ausgeschlossen. Die Kündigung sei zum nächstmöglichen Zeitpunkt ausgesprochen worden, nachdem der hierfür maßgebliche Interessenausgleich erst am

23.11.2009 unterzeichnet worden sei. Der Kläger beachte die insolvenzrechtlichen Besonderheiten nicht. Der Verwalter müsse die Inanspruchnahme der Masse vermeiden, soweit nicht Gegenleistungen gegenüberständen, welche der Masse zugute kämen. Der Kläger hätte einen etwaigen Beschäftigungsanspruch zudem im Wege einstweiliger Verfügung durchsetzen können.

Der Kläger hält dem entgegen, sein Beschäftigungsanspruch bestehe auch nach Insolvenz grundsätzlich weiter. Er entfalle auch nicht, wenn der Arbeitgeber die Freistellung gegen Entgeltzahlung anbiete. Einseitige Freistellungserklärungen seien generell unwirksam. Ein besonderes Freistellungsrecht des Insolvenzverwalters sei nicht gesetzlich normiert. Aufgrund der damit verbundenen Eingriffe in Persönlichkeits- und Eigentumsrechte des Arbeitnehmers könne die im Falle der Masseunzulänglichkeit ausgesprochene Freistellungserklärung schon gar nicht als bloße Mitteilung der Nichtannahme der Arbeitsleistung angesehen werden. Zumindest müsse entsprechend der Grundlagenentscheidung des Großen Senates des Bundesarbeitsgerichts von 1985 überprüft werden, wann das Interesse des Insolvenzverwalters an der Freistellung dasjenige des Arbeitnehmers am Beschäftigungs- und Vergütungsanspruch überwiege. Bei der Freistellungserklärung handele es sich um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Angestellten K... sei nicht um die Leiterin der Personalabteilung gewesen, so dass eine Erklärung ohne Vollmachtsvorlage habe wirksam zurückgewiesen werden können. Die Freistellung sei auch ermessensfehlerhaft. Er bestreite, dass sich der Kollege J... nur noch zwei Monate in der Aktivphase der Altersteilzeit befunden habe und dass dieser die angegebene Sozialpunktzahl habe. Im übrigen sei die Freistellung wegen Verstoßes gegen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats unwirksam. Eine Geltendmachung des Beschäftigungsanspruches im Wege einstweiliger Verfügung sei ihm auch im Hinblick auf die bestehende Arbeitsunfähigkeit nicht möglich gewesen.

Der Beklagte ist der Auffassung, bei einer Freistellungserklärung könnten im Hinblick auf die Bevollmächtigung nicht dieselben Anforderungen gestellt werden wie bei einer Kündigung. Es sei im Betrieb hinlänglich bekannt gewesen, dass die Angestellte K... und der Angestellte S... zum Ausspruch von Kündigungen bevollmächtigt gewesen seien. Die Angestellte K... habe auf seine konkrete Weisung hin gehandelt. In der Abteilung Fotografiestudios, welcher der Kläger angehört habe, seien 23 von 24 Mitarbeitern zum

01.11.2009, einer zum 31.12.2009 freigestellt worden. Der Mitarbeiter J... habe einer anderen Vergleichsgruppe angehört und sei zudem sozial schutzwürdiger als der Kläger. Die Ausführungen des Klägers zu den arbeitsrechtlichen Voraussetzungen seien irrelevant. Das Arbeitsrecht werde im Falle der Insolvenz durch insolvenzspezifische Besonderheiten überlagert. §§ 90, 209 InsO setzten die Möglichkeit von Freistellungen voraus und regelten den sich hieraus ergebenden Rang der Entgeltforderungen. Die erste Kündigungsmöglichkeit sei ergriffen worden. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats seien nicht erkennbar.

Der Kläger bestreitet, dass die Bevollmächtigung der Angestellten K... zum Ausspruch von Kündigungen bekannt gewesen sei. Er bestreitet das Vorliegen einer entsprechenden Vollmacht zudem mit Nichtwissen. Es treffe nicht zu, dass alle Mitarbeiter der Beschäftigungsabteilung bereits zum 01.11.2009 freigestellt worden seien.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Darstellung des Sachverhalts im arbeitsgerichtlichen Teilurteil, die Niederschriften über die Verhandlungen vor dem Landesarbeitsgericht vom 01.03.2011 (Bl. 226 ff. d.A.) und vom 06.09.2011 (Bl. 281 f. d.A.) sowie auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige, insbesondere frist- und ordnungsgemäß eingelegte und auch begründete Berufung ist in der Sache nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat die Anträge, soweit es über sie entschieden hat – ausweislich des Tenors über Ziff. 2 und 3 der Klage, also über den Feststellungsantrag, dass die Freistellung unwirksam sei, und über den Entgeltanspruch von 01.11. bis 15.12.2009, trotz missverständlicher Formulierung in den Entscheidungsgründen nicht aber über den hilfsweise für den Fall der Abweisung des Kündigungsschutzantrags in Ziff. 4 der Klage gestellten Antrag auf Urlaubsabgeltung; diese Bedingung ist zudem bisher nicht eingetreten –, zu Recht abgewiesen. Die Berufungskammer folgt den ausführlichen und sorgfältigen Darlegungen des Arbeitsgerichts, denen sie sich anschließt, so dass auf eine erneute, nur wiederholende Darstellung verzichtet

werden kann (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Im Hinblick auf die in der Berufungsinstanz vertieften sowie neu vorgetragene Umstände und Argumente ist der Begründung des Arbeitsgerichts folgendes hinzuzufügen:

1. Das Arbeitsgericht hat den Feststellungsantrag, dass die Freistellung vom 30.10.2009 unwirksam sei, zu Recht als unzulässig abgewiesen.
 - a. Die begehrte Feststellung ist in der Tat nicht, wie § 256 Abs. 1 ZPO verlangt, auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtet. Bloße Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses können nicht Gegenstand der Feststellungsklage sein. Zwar kann sich die Feststellungsklage auch auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Beziehungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken (vgl. z.B. BAG vom 13.03.2007, 9 AZR 417/06, zitiert nach juris, mit weiteren Nachweisen). Auch hierauf ist der vorliegende Antrag jedoch nicht gerichtet. Es geht gerade nicht darum, ob der Kläger verpflichtet ist, eine bestimmte Arbeit zu leisten oder nicht. Der Kläger begehrt auch nicht die Feststellung, dass der Insolvenzverwalter zu bestimmten Handlungen verpflichtet ist. Die begehrte Feststellung ist mit den vom Bundesarbeitsgericht akzeptierten Ausnahmen – wie etwa dem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der Versetzung, der auszulegen ist als Antrag darauf, dass der Arbeitnehmer nicht zur Leistung der zugewiesenen Arbeit verpflichtet ist – nicht vergleichbar.
 - b. Die vom Kläger für die Begründung der Zulässigkeit herangezogene Parallele zum Kündigungsschutz greift nicht. § 4 KSchG stellt eine Ausnahmenvorschrift zu § 256 ZPO dar. Sie ist einer erweiterten Auslegung – die dann wohl auch die Obliegenheit zur Einhaltung der Drei-Wochen-Frist mit den in § 7 KSchG geregelten Folgen betreffe – nicht zugänglich.
 - c. Schon die Begründung des Arbeitsgerichts zeigt zudem, dass dem Kläger mit der begehrten Feststellung nicht gedient wäre. Das Arbeitsgericht hat angenommen, es spreche viel für die Unwirksamkeit der Freistellungserklärung. Selbst wenn diese unwirksam wäre, ergäbe sich die vom Kläger beanspruchte Rechtsfolge –

nämlich Verpflichtung zur Vergütung als Neumasseverbindlichkeit – jedoch nicht. Dies zeigt, dass sich selbst aus einer Stattgabe der Feststellungsklage nicht notwendigerweise die vom Kläger begehrte Rechtsfolge ableiten lässt. Die Annahme des Klägers, dass sich aus der Unwirksamkeit der Freistellungserklärung automatisch und zwingend ein Zahlungsanspruch – und noch dazu im Rang einer Neumasseverbindlichkeit - ergäbe, trifft gerade nicht zu. Das Begehren ist gerade nicht auf die Feststellung einer Rechtsbeziehung gerichtet, sondern tatsächlich auf eine Vorfrage, auf Feststellung eines von mehreren Tatbestandsmerkmalen für die Begründung des vom Kläger angenommenen Zahlungsanspruches. Hierfür ist ein Rechtsschutzbedürfnis nicht ersichtlich.

- d. Es kommt hinzu, dass der Kläger nicht nachvollziehbar dargelegt hat, dass und warum sich über den eingeklagten Zahlungsanspruch hinaus weitere Rechtsfolgen aus der begehrten Feststellung ergeben sollen. Insoweit greift auch der Grundsatz des Vorrangs der Leistungsklage. Ein besonderes Rechtsschutzinteresse deswegen, weil die Masse auch für die Begleichung der Neumasseverbindlichkeiten nicht ausreichen könnte, hat der Kläger nicht behauptet (so etwa im Fall des BAG vom 31.03.2004, 10 AZR 253/03, zitiert nach juris); unabhängig hiervon lässt sich der Feststellungsantrag angesichts der im Teilurteil des Arbeitsgerichts enthaltenen und in der mündlichen Verhandlung vor der Berufungskammer ergangenen Hinweise nicht erweiternd dahingehend auslegen, dass der Kläger die Feststellung des Bestehens einer Neumasseverbindlichkeit begehren würde.
2. Zutreffend hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass auch der auf Zahlung gerichtete Antrag unzulässig ist, weil es sich hierbei um sog. Altmasseverbindlichkeiten im Sinne des § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO handelt, für die gemäß § 210 InsO ein Vollstreckungsverbot besteht, so dass das Rechtsschutzbedürfnis für die Leistungsklage nicht gegeben ist (BAG vom 31.03.2004, 10 AZR 253/03; BAG vom 21.06.2005, 9 AZR 295/04, jeweils zitiert nach juris).
 - a. Eine Neumasseverbindlichkeit im Sinne des § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO könnte nur dann vorliegen, wenn der Insolvenzverwalter die „Erfüllung“ eines gegenseitigen

Vertrages „gewählt“ hätte (§ 209 Abs. 2 Nr. 1 InsO), wenn er „die Gegenleistung für die Masse in Anspruch genommen“ hätte (§ 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO) oder „für die Zeit nach dem ersten Termin, zu dem der Verwalter nach Anzeige der Masse unzulänglichkeits kündigen“ hätte können (§ 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO). Das Arbeitsgericht hat zutreffend festgestellt, dass keine dieser drei Alternativen vorliegen.

- b. Schon der Wortlaut des Gesetzes spricht dafür, dass der Insolvenzverwalter in den Fällen des § 209 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 InsO eine Handlung vornehmen muss, damit die Rechtsfolge des § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO eintritt. Unternimmt er nichts, dann kann von einer „Wahl der Erfüllung“ – und nicht Wahl der Nichterfüllung – sowie von einer „Inanspruchnahme“ der Gegenleistung nicht gesprochen werden. Ähnliches gilt für die Vorschrift des § 55 InsO. Auch diese Vorschrift definiert die Entstehung von Masseverbindlichkeiten damit, dass Verbindlichkeiten „durch Handlungen des Insolvenzverwalters ... begründet werden“ (Abs. 1 Nr. 1 InsO) oder bei gegenseitigen Verträgen, dass „deren Erfüllung zur Insolvenzmasse verlangt wird“ (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Gefordert ist also jeweils eine Handlung oder Erklärung des Insolvenzverwalters in Bezug auf die Gegenleistung. Ein Unterlassen oder ein Schweigen des Insolvenzverwalters genügt nicht, um die Voraussetzungen des § 209 Abs. 2 Nr. 1 und 2 InsO zu erfüllen und die Rechtsfolge des § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO auszulösen.
- c. Auch die Berufungskammer sieht keine Veranlassung, von diesem klaren Gesetzeswortlaut abzuweichen und – wie der Kläger meint – etwa für Dauerschuldverhältnisse eine Pflicht des Insolvenzverwalters dahingehend anzunehmen, dass er den Arbeitnehmer durch Gestaltungserklärung „freistellen“ müsste, so dass dieser ohne diese Verwaltererklärung so zu behandeln wäre, als ob er seine Arbeitsleistung – die insolvenzrechtliche Gegenleistung – erbracht hätte. Wäre der Kläger tatsächlich zur Arbeit erschienen und hätte er seine Arbeitsleistung angeboten, der Insolvenzverwalter hätte ihm aber keine Arbeit zugewiesen, läge ebenso wenig eine „Wahl der Erfüllung“ durch den Verwalter vor wie wenn der Arbeitnehmer an der Arbeitsstelle niemanden angetroffen hätte, der ihm die Arbeit hätte zuweisen können. Einer „Freistellung“ in dem Sinn, dass der Arbeitnehmer von der

Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung im Sinne eines Verzichts des Insolvenzverwalters „befreit“ würde, bedurfte es nicht. In diesem Sinne ist die vielfach so bezeichnete „insolvenzrechtliche Freistellung“ mit einer Freistellung im Arbeitsverhältnis, in dem keine Insolvenz über das Vermögen des Arbeitgebers angeordnet ist und in dem keine Masseunzulänglichkeit angezeigt ist, nicht vergleichbar. Dieses Verständnis wird durch die Gesetzesmaterialien bestätigt, wenn es in der Begründung zu § 321 Regierungsentwurf – jetzt § 209 InsO – heißt, dass ein Arbeitnehmer dann Anspruch auf volle Vergütung für die Arbeitsleistung haben müsse, wenn er seine Leistung voll zu erbringen habe, also nicht vom Insolvenzverwalter „freigestellt“ worden sei (zitiert nach BAG vom 15.06.2004, 9 AZR 431/03, Rn. 27, juris). Dabei ist das Wort „freigestellt“ in dieser Begründung in Anführungszeichen gesetzt. Dem Gesetzgeber war offensichtlich bewusst, dass diese Nichtannahme der Arbeitsleistung mit dem Begriff der Freistellung, wie er sonst im Arbeitsrecht verwendet wird, nicht gleichzusetzen ist.

- d. Das Arbeitsgericht hat zutreffend auf die besonderen insolvenzrechtlichen Vorschriften hingewiesen. Diese gehen davon aus, dass die Neumasseverbindlichkeiten durch Handlungen des Insolvenzverwalters erst begründet werden müssen. Dabei kann genügen, dass er die Gegenleistung nutzt, obwohl er dies hätte verhindern können (Kießner in Braun, InsO, 3. Aufl. 2007, § 209 Rn. 27). Dies hat der Insolvenzverwalter vorliegend unstreitig nicht getan. Einer Erklärung des Insolvenzverwalters, die das Entstehen solcher Verbindlichkeiten vermeidet, ist weder im Sinne einer Gestaltungserklärung noch als geschäftsähnliche Handlung erforderlich (ähnlich Lakies, Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz, Erich Schmidt Verlag Berlin, 2009, Buchstabe C Rn. 189). Von diesen Voraussetzungen geht offensichtlich auch das Bundesarbeitsgericht aus, wenn es ausführt, eine „Inanspruchnahme“ liege vor, „wenn der Verwalter die Leistung des Vertragspartners nutzt“, was arbeitsrechtlich bedeute, „dass der Verwalter den Arbeitnehmer zur Arbeit heranzieht“ (vgl. Urteil vom 21.11.2006, 9 AZR 97/06, Rn. 20, zitiert nach juris). Entsprechendes lässt sich aus der Formulierung ersehen, „der Insolvenzverwalter hätte sich entscheiden müssen, „ob er die Arbeitsleistung ... noch hätte in Anspruch nehmen wollen oder nicht“ (BAG vom 31.03.2004, 10 AZR 253/03, Rn. 40, zitiert nach juris), und aus derjenigen, die Begründung von Neumasseverbindlich-

keiten entstehe nur dann, „wenn der Verwalter nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit die Gegenleistung aus einem Dauerschuldverhältnis für die Insolvenzmasse in Anspruch genommen hätte“ (BAG vom 21.06.2005, 9 AZR 295/04, Rn. 25, zitiert nach juris). Noch deutlicher ergibt sich dies aus dem Urteil des BAG vom 15.06.2004 (9 AZR 431/03, Rn. 21, zitiert nach juris): „In jedem Fall wird vorausgesetzt, dass die „Gegenleistung“ der Masse zugute kommt.“ Gerade dies ist vorliegend aber nicht der Fall.

- e. Eine abweichende Betrachtung erscheint der Berufungskammer auch nicht aus systematischen Gesichtspunkten oder nach Sinn und Zweck geboten. Schon das Arbeitsgericht hat darauf hingewiesen, dass die insolvenzrechtlichen Vorschriften diejenigen des Arbeitsrechts im Sinne einer gleichmäßigen Behandlung aller Gläubiger überlagern. Man mag dies als ungerecht empfinden: Nach dem klaren Willen des Gesetzgebers werden Ansprüche von Arbeitnehmern aber gegenüber Ansprüchen anderer Gläubiger nicht privilegiert. Auch nach Sinn und Zweck des Gesetzes erscheint eine Auslegung dahingehend, dass in Dauerschuldverhältnissen eine wirksame Erklärung der Wahl der Nichterfüllung vorliegen müsste, in keiner Weise veranlasst. Wäre dies der Fall, wären diejenigen Vertragspartner privilegiert, die der Insolvenzverwalter nicht rechtzeitig erreicht, denen er seine Erklärung nicht rechtzeitig zukommen lässt. Gerade solche zufälligen Ergebnisse will das Insolvenzrecht im Sinne der Gleichbehandlung aller Gläubiger vermeiden.
- f. Nach diesem Verständnis stellt die „insolvenzrechtliche Freistellung“ des Arbeitnehmers lediglich die Mitteilung dar, dass vom Wahlrecht der Erfüllung oder der Inanspruchnahme der Arbeitsleistung nicht Gebrauch gemacht wird. Genau so hat die Angestellte K... im Auftrag des Insolvenzverwalters im Schreiben vom 30.10.2009 auch formuliert. Es handelt sich um eine deklaratorische Erklärung, eine Wissenserklärung, für die die Regelung des § 174 BGB weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar ist. Es handelt sich nicht um eine „geschäftähnliche Handlung“, nämlich eine auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtete Erklärung, deren Rechtsfolgen kraft Gesetzes eintreten (vgl. z.B. Ellenberger in Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, Überbl v § 104, Rn. 6). Dies wird, wie oben dargestellt, schon daraus deutlich, dass auch ohne Übermittlung einer solchen dem Kläger

zugegangenen Erklärung die entsprechenden Rechtsfolgen – nämlich Entstehung einer Neumasseverbindlichkeit – gerade nicht eingetreten wäre. Es würde dann immer noch an der Inanspruchnahme der Arbeitsleistung fehlen (zur Nichtanwendbarkeit des § 174 BGB auf Erklärungen vgl. auch BAG vom 14.08.2002, 5 AZR 341/01, Rn. 18, zitiert nach juris). Die Zurückweisung der Erklärung der „Freistellung“ geht nach alledem ins Leere.

- g. Die Annahme des Klägers, die Freistellung sei wegen Verstoßes gegen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats unwirksam, ist nicht begründet. Solche Mitbestimmungsrechte sind weder nach § 99 BetrVG unter dem Gesichtspunkt der Verletzung noch nach § 87 BetrVG ersichtlich. Der Hinweis, man werde die Arbeitsleistung nicht in Anspruch nehmen, stellt weder eine Veränderung der Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG dar – dafür müsste geplant sein, diese Arbeitszeit nachzuholen – noch eine vorübergehende Verkürzung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, was voraussetzen würde, dass auch der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers wegfallen würde. Letzteres ist nicht der Fall; es ändert sich lediglich dessen Rang im Verhältnis zu anderen Gläubigeransprüchen. Mitbestimmungsrechte beständen also selbst dann nicht, wenn es sich bei der Freistellung um eine Gestaltungserklärung handeln würde – erst recht gilt dies, wenn es sich – wovon die Kammer ausgeht – lediglich um die die Rechtslage nicht gestaltende Mitteilung handelt, die Arbeitsleistung werde nicht in Anspruch genommen.
3. Unter Zugrundelegung dieser Rechtslage besteht für einen gesonderten Annahmeverzugsanspruch deswegen, weil der Insolvenzverwalter den Arbeitnehmer unter Verkennung billigen Ermessens oder aus anderen Gründen rechtswidrig nicht zur Arbeit herangezogen hätte, kein Raum. Auch dann, wenn der Insolvenzverwalter den Arbeitnehmer insoweit benachteiligt hätte, bliebe dieser allenfalls auf einstweiligen Rechtsschutz zu verweisen, mit dem er die Inanspruchnahme der Arbeitsleistung bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen erzwingen könnte. Da der Insolvenzverwalter keine Freistellungserklärung mit Gestaltungswirkung abgegeben und damit keine Leistungsbestimmung vorgenommen hat, könnte § 315 BGB ohnehin nicht unmittelbar zur Anwendung gelangen. Allenfalls aus der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht könnte sich gemäß § 242 BGB eine Pflicht des Insolvenzverwalters

ergeben, die Arbeitsleistung anzunehmen. Auch wenn er – unterstellt, sie bestände – diese Pflicht nicht erfüllt und die Arbeitsleistung tatsächlich nicht entgegengenommen hat, ist eine Neumasseverbindlichkeit, wie das Arbeitsgericht zutreffend ausführt, nicht begründet worden. Nach Überzeugung der Berufungskammer kann die für den Nichtausspruch der Kündigung in § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO normierte Ausnahme vom Fall der Inanspruchnahme der Gegenleistung nicht ausdehnend auf andere Konstellationen angewendet werden. Soweit der Kläger auf andere Ausnahmen wie auf Ansprüche auf Zahlung von Entgeltfortzahlung oder Urlaubsentgelt abstellt, betreffen diese die Konstellation, in denen der Insolvenzverwalter die Inanspruchnahme der Arbeitsleistung gewählt hat. Nach einer solchen Wahl führt der Ausfall der Gegenleistung nicht dazu, dass sich der Rang der Masseforderung nochmals ändern würde. „Gegenleistung“ in diesem Sinn erbringt der Arbeitnehmer auch, wenn er den im tatsächlich auch durch Erbringung der Gegenleistung weitergeführten Arbeitsverhältnis verdienten Urlaub einbringt oder wenn er in diesem Zeitraum entgeltfortzahlungspflichtig erkrankt. Diese Konstellation ist mit derjenigen, in denen der Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung von vornherein nicht in Anspruch nimmt, nicht vergleichbar.

4. Ein Anspruch des Klägers auf die eingeklagten Leistungen besteht auch nicht nach § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO. Der Insolvenzverwalter hat nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit am 29.10.2009 und der dem Kläger am 30.10.2009 nach dessen eigenen Angaben zugegangener Mitteilung, seine Arbeitsleistung werde nicht in Anspruch genommen, bereits am 26.11.2009 – Zugang beim Kläger nach dessen Angaben am 27.11.2009 – die Kündigung ausgesprochen. Die Kündigungsfrist beträgt nach § 113 S. 2 InsO drei Monate zum Monatsende. Eine Kündigung noch im Oktober erscheint angesichts der einzuhaltenden Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats als ausgeschlossen. Unabhängig hiervon sind die vorliegend eingeklagten Ansprüche des Klägers hiervon nicht betroffen. Neumasseverbindlichkeiten entstehen erst für Zeiträume nach dem erstmöglichen hypothetischen Kündigungstermin. Selbst wenn der Insolvenzverwalter also bereits im Oktober mit Wirkung zum 31.01.2010 hätte kündigen können, wäre der geltend gemachte Rang der Gehaltsansprüche allenfalls für Februar 2010 gegeben. Um Ansprüche für diesen Zeitraum geht es vorliegend jedoch nicht.

5. Den ursprünglich erhobenen Einwand, der Insolvenzverwalter habe keine wirksame Massentlassungsanzeige erhoben, hat der Kläger nach Vorlage dieser Anzeige schon vor dem Arbeitsgericht, jedenfalls aber in der Berufungsinstanz nicht weiter aufrechterhalten.
6. Die vom Kläger angestellten Überlegungen über die rechts- oder treuwidrige Nicht-Inanspruchnahme der Arbeitsleistung können nach alldem allenfalls zu Schadensersatzansprüchen gegenüber dem Insolvenzverwalter führen.
 - a. Der Kläger hat einen solchen Schadensersatzanspruch nicht geltend gemacht. Er hat den Insolvenzverwalter nicht persönlich verklagt, sondern nur in seiner Funktion als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Gemeinschuldnerin.
 - b. Unabhängig hiervon liegen Anhaltspunkte dafür, dass sich der Insolvenzverwalter gegenüber dem Kläger nach § 60 InsO oder nach allgemeinen Vorschriften (§ 280 BGB in Verbindung mit Art. 2 und/oder Art. 12 GG) schadensersatzpflichtig gemacht hätte, auch nicht vor. Es erscheint von vornherein als zweifelhaft, ob es sich bei der pflichtwidriger Nichtannahme der klägerischen Arbeitsleistung um eine „insolvenzspezifische“ Pflichtverletzung gehandelt hätte (Einzelheiten vgl. etwa bei LAG Hamm vom 14.10.2004, 4 Sa 1740/03, zitiert nach juris; weitere Nachweise etwa bei Kind in Braun, a.a.O., § 60 Rn. 6). Dies kann jedoch dahinstehen. Der Insolvenzverwalter hat weder die Vorschrift des § 60 InsO noch sonstige Vertragspflichten verletzt oder gar deliktische Ansprüche des Klägers begründet.

Der Kläger hat sich insoweit allein darauf berufen, der Insolvenzverwalter hätte ihn und nicht andere Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung heranziehen müssen. Der Kläger hat aber nicht im einzelnen vorgetragen, dass und warum der Insolvenzverwalter, der eine Vielzahl von Mitarbeitern aus derjenigen Abteilung, in der der Kläger beschäftigt war, nicht zur Arbeitsleistung herangezogen hat, gerade ihn hätte heranziehen müssen. Zur Durchführung einer sozialen Auswahl im Sinne des § 1 Abs. 3 KSchG war der Insolvenzverwalter nicht verpflichtet, da es vorliegend nicht um die Beurteilung einer Kündigung geht. Der Insolvenzverwalter war auch nicht verpflichtet, bei der Inanspruchnahme der Arbeitsleistung den Kläger

dem Arbeitnehmer J... vorzuziehen. Dies gilt schon deswegen, weil dieser Arbeitnehmer unstreitig in einer anderen Abteilung beschäftigt war. Erst recht gilt dies – was die Kammer mangels Angabe der genauen Daten der Arbeitsunfähigkeit nicht nachvollziehen kann –, wenn der Kläger im Hinblick auf seine Arbeitsunfähigkeit zur tatsächlichen Erbringung der Abwicklungsarbeiten gar nicht in der Lage gewesen sein sollte. Der Insolvenzverwalter hat nicht den Kläger herausgegriffen und als einen von wenigen nicht zur Arbeit herangezogen. Er hat vielmehr umgekehrt nach Angaben des Klägers nur den Arbeitnehmer J... mit Abwicklungsarbeiten beschäftigt. Eine besondere Fürsorgepflicht gerade dem Kläger gegenüber ist weder erkennbar noch von diesem behauptet. Die Kammer vermag nicht zu erkennen, warum gerade der Kläger hätte zur Arbeitsleistung herangezogen werden müssen.

Unabhängig hiervon hat der Kläger die größere soziale Schutzbedürftigkeit – die aber bei der Auswahl desjenigen von mindestens 23 Arbeitnehmern, der als einziger zu Abwicklungsarbeiten herangezogen wird, nicht den alleinigen Gesichtspunkt darstellen muss – des Mitarbeiters J... zwar mit Nichtwissen bestritten. Er hat aber in keiner Weise nachvollziehbar dargetan, dass gerade er im Verhältnis auch zu den anderen Arbeitnehmern, deren Arbeitsleistung der Insolvenzverwalter nicht in Anspruch genommen hat, heranzuziehen gewesen wäre. Anhaltspunkte für ein Verschulden des Insolvenzverwalters daran, dass der Kläger keine Neumasseverbindlichkeiten begründen konnte, bestehen nach alledem nicht. Ansprüche nach § 60 InsO sind, soweit sie überhaupt geltend gemacht sind, nicht erkennbar (vgl. hierzu auch LAG Hamm vom 14.10.2004, 4 Sa 1740/03, Rn. 81 ff., zitiert nach juris).

7. Nach alledem stehen dem Kläger die geltend gemachten Ansprüche nicht zu. Das Arbeitsgericht hat zutreffend entschieden, so dass die Berufung zurückzuweisen ist. Der Kläger hat die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels zu tragen.
8. Die Zulassung der Revision erfolgt im Hinblick auf die Bedeutung der „Freistellungserklärung“ und die möglichen Rechtsfolgen bei fehlerhafter Erklärung.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann der Kläger Revision einlegen. Für den Beklagten ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder

- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>.

Vetter
Vorsitzender Richter
am Landesarbeitsgericht

Bachmann
Ehrenamtlicher
Richter

Frank
Ehrenamtlicher
Richter