

Arbeitnehmeransprüche in Insolvenzverfahren

und ein kurzer Rechtsvergleich zwischen Österreich und Deutschland

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
Doktorin der Rechtswissenschaften
(Dr.ⁱⁿ iur.)

eingereicht von
Mag.^a iur. Arzu Asci

Erstbegutachter:

ao.Univ.-Prof. Dr. Johann Egger
Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Wohn- und Immobilienrecht und
Rechtsinformatik, Universität Innsbruck

Zweitbegutachter:

ao.Univ.-Prof. Dr. Christian Markl (Studiendekan)
Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Wohn- und Immobilienrecht und
Rechtsinformatik, Bereich Wohn- und Immobilienrecht, Universität Innsbruck

eingereicht im
Juni 2014

Vorwort¹

Schon während des Studiums hat mich das Arbeitsrecht sehr interessiert. Aufgrund meiner Tätigkeit in der Arbeits- sowie Insolvenzrechtsabteilung der Arbeiterkammer Vorarlberg und der damit verbundenen näheren Befassung mit dieser Rechtsmaterie habe ich mich entschieden meine Dissertation in diesem Bereich zu verfassen. Für die große Unterstützung sowohl in rechtlicher, aber auch persönlicher Hinsicht möchte ich meinem Betreuer, ao. Univ.- Prof. Dr. Johann Egger sowie dem Assistenzprofessor Mag. Dr. Andreas Mair auf diesem Wege herzlichst danken. Auch meinem Arbeitgeber, der Arbeiterkammer Vorarlberg, möchte ich einen Dank dafür aussprechen, dass sie mir durch Gewährung einer Bildungskarenz ermöglicht haben meine Dissertation in Ruhe fertigzustellen.

Feldkirch, im Juni 2014

Arzu Asci

¹ In meiner Dissertation wird der Einfachheit halber nur die männliche Form verwendet. Die weibliche Form ist selbstverständlich immer mit eingeschlossen.

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AlVG	Arbeitslosenversicherungsgesetz
ALVG	Arbeitslosenversicherungsgesetz (Liechtenstein)
ALVV	Arbeitslosenversicherungsverordnung (Liechtenstein)
AMFG	Arbeitsmarktförderungsgesetz
AMS	Arbeitsmarktservice
AnfO	Anfechtungsordnung
AngG	Angestelltengesetz
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
Art	Artikel
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AußStrG	Außerstreitgesetz
AVIG	Arbeitslosenversicherungsgesetz (Schweiz und Liechtenstein)
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz (Deutschland)
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BPG	Betriebspensionsgesetz
BUAK	Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
DRdA	Das Recht der Arbeit
EG	Europäische Gemeinschaft
EläutRV	Erläuternde Regierungsvorlage(n)
EStG	Einkommenssteuergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EvBl	Evidenzblatt

EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FBG	Firmenbuchgesetz
ff	fortfolgende
FS	Festschrift
GewO	Gewerbeordnung
GIBG	Gleichbehandlungsgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HeimAG	Heimarbeitsgesetz
Hrsg	Herausgeber
IAG	Insolvenzausfallgeld
IEF	Insolvenzentgeltfond
IO	Insolvenzordnung
IESG	Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz
InsO	(deutsche) Insolvenzordnung
IRÄG	Insolvenzrechtsänderungsgesetz
ISA	Insolvenzschutzverband
iVm	in Verbindung mit
JB1	Juristenblatt
KEG	Kommanditerwerbsgesellschaft
KG	Kommanditgesellschaft
LAG	Landesarbeitsgericht (Deutschland)
lit	Buchstabe
MSchG	Mutterschutzgesetz
OEG	Offene Erwerbsgesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
OHG	Offene Handelsgesellschaft
oS	ohne Seitenzahl
RdW	Recht der Wirtschaft
Rs	Rechtssache
Rz	Randzahl
S	Satz
SBG	(deutsches) Sozialgesetzbuch
ua	und andere(s)

Unterabs	Unterabsatz
usw	und so weiter
UrlG	Urlaubsgesetz
Vgl	Vergleiche
VKG	Väter-Karenzgesetz
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZPO	Zivilprozessordnung

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	2
Abkürzungsverzeichnis	3
Einleitung	15
I. Das Insolvenzverfahren unter Berücksichtigung des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 2010	19
A. Allgemeines	19
1. Voraussetzungen für die Verfahrenseröffnung	20
a. Die Insolvenzfähigkeit	20
b. Der Insolvenzgrund	20
c. Das kostendeckende Vermögen	21
d. Der Insolvenzantrag	21
2. Die Organe im Insolvenzverfahren	22
a. Insolvenzgericht	22
b. Insolvenzverwalter	23
c. Gläubigerversammlung	24
d. Gläubigerausschuss	25
B. Überblick über die einzelnen Verfahrensabläufe	26
1. Einleitung	26
a. Insolvenzeröffnungsverfahren	26
2. Konkursverfahren	27
a. Antrag des Schuldners	27
b. Antrag eines Gläubigers	27
ba. Kostendeckendes Vermögen	28
bb. Forderungen des Antragstellers	28
bc. Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung	28
c. Eröffnung des Verfahrens	29

3. Sanierungsverfahren	30
a. Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung	31
b. Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung	32
4. Schuldenregulierungsverfahren	34
5. Ausnahmen für natürliche Personen im Insolvenzverfahren	35
 C. Das Unternehmen in der Insolvenz	35
1. Allgemeines	35
2. Die Fortführung des Unternehmens	36
a. Konkursverfahren	36
b. Sanierungsverfahren	38
 D. Die Durchsetzung von Ansprüchen im Insolvenzverfahren	39
1. Masseforderungen	39
a. Allgemeines	39
b. Rechtsdurchsetzung von Masseforderungen	40
2. Insolvenzforderungen	41
a. Allgemeines	41
b. Rechtsdurchsetzung von Insolvenzforderungen	43
 II. Arbeitsverhältnisse im Insolvenzverfahren	45
 A. Auswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf bestehende Arbeitsverhältnisse	45
 B. Arbeitgeberstellung im Insolvenzverfahren	46
1. Allgemeines	46
2. Rechtsstellung des Insolvenzverwalters	46
a. Amtstheorie	47
b. Vertretertheorie	47
c. Organtheorie	48
d. Ergebnis	48
3. Rechtsstellung des Arbeitgebers (Gemeinschuldner)	49

a. Insolvenzverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners	49
b. Insolvenzverwalter als Vertreter der Insolvenzmasse	49
c. Ergebnis	50
4. Sanierungsverfahren	50
a. Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung	50
b. Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung	50
5. Exkurs: Problematik Dienstzeugnis	51
 C. Begründung von Arbeitsverhältnissen	 52
 D. Beendigung des Arbeitsverhältnisses	 52
1. Allgemeine Beendigungsmöglichkeiten	52
2. Besondere Beendigungsmöglichkeiten	53
3. Zusätzliche Bestimmungen über das Kündigungsrecht des Insolvenzverwalters	55
a. Vorteile des außerordentlichen Kündigungsrechts nach § 25 IO	55
b. Der allgemeine, besondere und individuelle Kündigungsschutz	55
c. Das Kündigungswarnsystem gemäß § 45a AMFG	57
d. Rechtsfolgen der außerordentlichen Kündigung	58
4. Zusätzliche Bestimmungen über das Austrittsrecht des Arbeitnehmers	58
a. Allgemeines	58
b. Rechtsfolgen des berechtigten Austritts	58
5. Besondere Beendigungsmöglichkeiten im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung	59
6. Beendigung nicht angetretener Arbeitsverhältnisse	60
a. Rücktrittsrecht des Insolvenzverwalters nach § 21 IO	60
b. Rücktrittsrecht des Arbeitnehmers nach § 30 Abs 4 AngG	61
7. Exkurs: Beendigung nach § 25 IO in Zusammenhang mit der Auflösungsabgabe	61

III. Ansprüche der Arbeitnehmer im Insolvenzverfahren	62
A. Allgemeines	62
B. Masseforderungen	63
1. Entgeltansprüche	63
a. Laufendes Entgelt	63
b. Sonderzahlungen	63
c. Betriebspensionen	65
2. Beendigungsansprüche	65
a. Abfertigung	66
b. Urlaubersatzleistung	67
c. Kündigungsentschädigung/Schadenersatz	67
ca. Allgemeines	67
cb. Kündigung durch den Insolvenzverwalter gemäß § 25 IO	68
cc. Austritt des Arbeitnehmers gemäß § 25 IO	69
3. Begleichung von Masseforderungen	70
4. Exkurs: Kollektivvertragliche Gehaltserhöhung während des Zeitraumes einer Kündigungsentschädigung - Auswirkungen auf Abfertigung alt und Urlaubersatzleistung	70
C. Insolvenzforderungen	71
IV. Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz	72
A. Tatbestände	72
B. Anspruchsberechtigte Personen	74
1. Arbeitnehmer (auch ehemalige Arbeitnehmer)	74
2. Heimarbeiter	75
3. Rechtsnachfolger von Todes wegen und Hinterbliebene	75

4. Grenzfälle	76
a. Arbeitgeberfunktion	76
b. Familienmitglieder	76
c. Gewerberechtlicher Geschäftsführer	77
d. Weitere Ausnahmen	77
C. Arbeitgeber	77
D. Ausgeschlossener Personenkreis	78
E. Gesicherte Ansprüche nach dem IESG	78
F. Fristen für die Antragstellung	80
G. Ausgeschlossene Ansprüche	80
H. Gesicherter Zeitraum	82
V. Richtlinie 80/987/EWG des Rates vom 20.Oktober 1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers und deren Umsetzung in Österreich	83
A. Allgemein	83
B. Umsetzung der Richtlinie in Österreich	86
1. Allgemeines	86
2. Einrichtung	86
3. Anspruchsberechtigte Personen	87
4. Gesicherte Ansprüche	87
VI. Die Umsetzung der Richtlinie im Ländervergleich	88

A. Deutschland	88
1. Anspruchsberechtigte Personen	88
2. Gesicherte Ansprüche	89
B. Exkurs	90
1. Schweiz	90
a. Anspruchsberechtigte Personen	90
b. Gesicherte Ansprüche	90
2. Liechtenstein	91
a. Anspruchsberechtigte Personen	91
b. Gesicherte Ansprüche	92
C. Insolvenzentgelt in Österreich und Deutschland im Vergleich	92
1. Allgemeines	92
2. Anknüpfungstatbestand	93
3. Anspruchsberechtigte Personen	93
4. Gesicherte Ansprüche	93
5. Ergebnis	94

VII. Das Insolvenzverfahren in Deutschland im Allgemeinen und ein kurzer Rechtsvergleich zwischen Österreich und Deutschland

95

A. Allgemeines über die Insolvenzordnung Deutschlands	95
1. Voraussetzungen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens	95
a. Der Insolvenzantrag	95
b. Die Insolvenzfähigkeit	96
c. Die Insolvenzgründe	97
d. Das kostendeckende Vermögen	98
B. Der Insolvenzverwalter	98
1. Allgemeines	98
2. Der Insolvenzverwalter	99

3. Die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters	99
4. Aufgaben des Insolvenzverwalters	100
C. Die Gläubigerversammlung und der Gläubigerausschuss	101
1. Die Gläubigerversammlung	101
2. Der Gläubigerausschuss	101
D. Die einzelnen Verfahrensabläufe	102
1. Das Regelinsolvenzverfahren	102
a. Allgemeines	102
b. Ablauf des Insolvenzverfahrens	103
2. Das Insolvenzplanverfahren	106
3. Die Eigenverwaltung	108
a. Allgemeines	108
b. Stellung des Schuldners bzw Sachwalters im Verfahren	109
4. Das Verbraucherinsolvenzverfahren	110
E. Die Insolvenzordnung: Ein kurzer Rechtsvergleich zwischen Österreich und Deutschland	112
1. Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens	112
a. Der Insolvenzantrag	112
b. Die Insolvenzgründe	113
c. Die Insolvenzfähigkeit	113
d. Das kostendeckende Vermögen	114
e. Ergebnis	114
2. Der Insolvenzverwalter	115
a. Allgemeines	115
b. Die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters	116
c. Die Aufgaben des Insolvenzverwalters	116
d. Die Haftung des Insolvenzverwalters	117
e. Ergebnis	117
3. Die Gläubigerversammlung	118
4. Der Gläubigerausschuss	118

5. Die einzelnen Verfahrensabläufe	119
a. Die einzelnen Verfahrensabläufe in Österreich	119
b. Die einzelnen Verfahrensabläufe in Deutschland	119
c. Ergebnis	121
6. Insolvenzforderungen	123
a. Allgemeines	123
b. Die Durchsetzung von Insolvenzforderungen	123
c. Ergebnis	124
7. Masseforderungen/Masseverbindlichkeiten	124
a. Allgemeines	124
b. Die Qualifikation als Masseforderung/Masseverbindlichkeit	125
c. Die Durchsetzung von Masseforderungen/Masseverbindlichkeiten	126
d. Ergebnis	126
VIII. Betriebsübergang im Rahmen eines Insolvenzverfahrens	127
A. Allgemeines zur Betriebsübergangsrichtlinie	127
B. AVRAG	129
1. Allgemeines	129
2. Arbeitsverhältnisse, die vom AVRAG erfasst sind	132
C. Ausnahmen vom automatischem Betriebsübergang nach AVRAG	133
1. Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers	133
2. Das außerordentliche Kündigungsrecht des Arbeitnehmers	134
D. Betriebsübergang – Rechtsprechung EuGH und OGH	135
1. EuGH – Judikatur	135
a. Christel Schmidt	135
b. Ayse Sützen	136
2. OGH – Judikatur	137
a. Übergang einer Trafik ohne Übernahme des Personals	137

b. Betreiberwechsel Krankenhausküche	138
E. Anwendung des AVRAG im Insolvenzverfahren	139
1. Allgemeines	139
2. Judikatur des EuGH sowie OGH	139
3. Richtlinienkonformität des § 3 Abs 2 AVRAG?	140
4. Ergebnis	142
F. Auswirkungen eines Betriebsüberganges im Insolvenzverfahren	142
G. Haftung des Erwerbers bzw Veräußerers im Insolvenzverfahren	144
1. Einleitung	144
2. Haftungsbestimmungen der Richtlinie	144
3. Allgemeines zur Haftung gemäß § 6 AVRAG	145
a. Haftung des Erwerbers	145
b. Haftung des Veräußerers	146
H. Das Kündigungsverbot bei Betriebsübergang	147
1. Einleitung	147
2. Umsetzung des Kündigungsverbots im AVRAG	148
a. § 105 ArbVG	148
b. § 879 ABGB	148
Schlussworte	150
Literaturverzeichnis	152
Entscheidungsverzeichnis	157

Einleitung

Die Entwicklung des Insolvenzrechts erstreckt sich bis ins 18. Jahrhundert. Unter dem Einfluss des spanischen Rechts lag die zentrale Bedeutung darin, dass die Eigenmacht der Gläubiger hintangehalten wird und eine zentrale Gerichtsgewalt entsteht. Diesem System schlossen sich in Österreich im Jahre 1781 die Josephinische und im Jahre 1786 die Westgalizische Gerichtsordnung an. Zentrale Vorbildfunktion übte das französische Konkursrecht auf die österreichische Konkursordnung aus, wobei auch dieses Verfahren zu nicht zufriedenstellenden Ergebnissen führte. Aus diesem Grund kam es dann zwischen 1912 bis 1914 zu grundlegenden Reformen in der österreichischen Konkursordnung. Auch heute noch basiert das Insolvenzverfahren auf den Gesetzen von 1914, welche 1915 in Kraft traten. Es gab jedoch über 50 Novellen, wobei die Novellen von 1986, 1993 sowie 2010 besonders hervorzuheben sind. 1986 kam es nämlich zur Abschaffung der Konkursklassen, 1993 wurde das Schuldenregulierungsverfahren eingeführt, welches mit 1995 in Kraft trat und schlussendlich im Jahre 2010 wurde die Insolvenzordnung grundlegend geändert, indem das Ausgleichsverfahren aufgehoben und ein einheitliches Verfahrenssystem geschaffen wurde. Grundlegend wird in der Literatur, wie zum Beispiel auch von *Nunner-Krautgasser*², angegeben, dass das Insolvenzrecht folgende Funktionen innehat:

- Friedensfunktion,
- Haftungsverwirklichungsfunktion,
- Sanierungs- und Schuldenbefreiungsfunktion sowie
- Präventivfunktion.

Friedensfunktion:

Die zentrale Bedeutung des Insolvenzrechts liegt in der Vermeidung von Konflikten zwischen den einzelnen Gläubigern. Deshalb ist im Insolvenzverfahren die für

² *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 21.

unsere Rechtsordnung charakteristische „individuelle Rechtsdurchsetzung“ durchbrochen, indem eine „kollektive Rechtsdurchsetzung“ angestrebt wird.

Haftungsverwirklichungsfunktion:

Es geht im Insolvenzverfahren um die Befriedigung der Ansprüche der Gläubiger. Eine bestmögliche Gläubigerbefriedigung durch Vermögenshaftung ist eine wesentliche Funktion im Insolvenzverfahren.

Sanierungs- und Schuldenbefreiungsfunktion:

In der geschichtlichen Entwicklung des Insolvenzverfahrens hat die Sanierung des Unternehmens große Bedeutung erlangt. Zu unterscheiden ist die Sanierung des Unternehmens bzw des Schuldners. Es können jedoch beide Ziele gleichzeitig verfolgt werden. Die Sanierung des Unternehmens schließt die Sanierung des Schuldners nicht aus.

Präventivfunktion:

Eine wirkende Insolvenzordnung hat für Gläubiger und Schuldner eine erziehende Funktion; das heißt, dass die Insolvenzordnung die „Zahlungsunfähigkeit“ nicht komplett aus der Welt schaffen kann, jedoch grundlegend dazu beiträgt, dass sie hintangehalten wird.

Wesentliche Prinzipien im Insolvenzverfahren sind nach *Nunner-Krautgasser*³:

- das Paritätsprinzip,
- das Prinzip der Geldliquidation sowie
- das Universalitätsprinzip.

³ *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 24.

Paritätsprinzip:

Hier geht es grundsätzlich um den Gleichheitsgrundsatz im Insolvenzverfahren. Das Paritätsprinzip steht mit der Friedensfunktion in engem Zusammenhang. Zentrale Bedeutung kommt der gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger zu.

Prinzip der Geldliquidation:

Im Insolvenzverfahren geht es um die Befriedigung der Ansprüche der Gläubiger in Geld. Es geht also um die Vermögenshaftung des Schuldners. Im Insolvenzverfahren kann der Gläubiger eine Befriedigung lediglich in Geld verlangen. Eine andere Form der Rechtsdurchsetzung ist grundsätzlich nicht vorgesehen.

Universalitätsprinzip:

Das Insolvenzverfahren erfasst grundsätzlich das gesamte Schuldnervermögen, welches der Exekution unterworfen ist. Ausnahmen bilden nur der unpfändbare Teil des Vermögens und der Vermögensteil, der aus der Insolvenzmasse ausgeschieden wurde.

Gesetzliche Grundlage für die Beurteilung der Ansprüche der Arbeitnehmer im Falle eines insolventen Arbeitgebers ist neben der Insolvenzordnung das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz sowie sämtliche Bestimmungen des Arbeitsvertrags-Anpassungsgesetzes. Die Grundlage für das IESG bildet die Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers und die Grundlage für das AVRAG bildet die Richtlinie des Rates zur Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer/Innen beim Übergang von Unternehmen, Betrieben, Unternehmens- oder Betriebsteilen. Deshalb wird in meiner Arbeit zuerst auf die einzelnen Insolvenzverfahren eingegangen und die mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehenden Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers näher dargelegt. Zentrale Frage ist auch die Stellung des insolventen Arbeitgebers und des Insolvenzverwalters. In diesem Zusammenhang werden die Änderungen des IRÄG 2010 näher erläutert.

Anschließend geht es um die Beurteilung der Ansprüche nach dem IESG. Im Übrigen wird auch eine kurze vergleichende Darstellung der im Zusammenhang mit der Arbeitgeberinsolvenz wichtigen gesetzlichen Bestimmungen in Österreich und Deutschland vorgenommen.



I. Das Insolvenzverfahren unter Berücksichtigung des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 2010

A. Allgemeines

Seit dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 gibt es nur noch ein einheitliches Insolvenzverfahren. Das IRÄG 2010 trat am 1.7.2010 in Kraft. Das zweispurige System wurde abgeschafft. Die Konkursordnung wurde durch die Insolvenzordnung ersetzt, die Ausgleichsordnung wurde komplett aufgehoben. Wichtig ist zu verstehen, dass die Bezeichnungen Konkursverfahren, Sanierungsverfahren mit oder ohne Eigenverwaltung, Schuldenregulierungsverfahren lediglich unterschiedliche Verfahrensabläufe eines einheitlichen Insolvenzverfahrens sind. Dieses „Einheitsverfahren ersetzt das duale System von Konkurs und Ausgleich“⁴. Grundlegendes Ziel der Reform war ein sanierungsfreundliches Insolvenzverfahren zu schaffen, das meiner Ansicht nach auch verwirklicht wurde. Die Einleitung des Insolvenzverfahrens erfolgt ausschließlich auf Antrag. Es gibt somit keine amtswegige Eröffnung des Insolvenzverfahrens.⁵ Beim Eigenantrag des Schuldners wird das Verfahren sofort eröffnet. Beim Gläubigerantrag⁶ wird nach Prüfung des Antrages durch das Gericht dieser dem Schuldner zu eigenen Händen zugestellt. Der Schuldner muss belehrt werden, dass er durch rechtzeitige Vorlage eines Sanierungsplanes ein Sanierungsverfahren erwirken kann, wobei die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens neben einem Sanierungsplan auch einen Eröffnungsantrag des Schuldners voraussetzt. Wenn der Schuldner einen Eröffnungsantrag stellt, muss das Gericht die Zulässigkeit des Sanierungsverfahrens prüfen und gegebenenfalls bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 141 Abs 2 und 3 IO den Antrag zurückweisen. Da die Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen bedeutenden Eingriff in die Rechte sowohl des Schuldners als auch der Gläubiger darstellt, ist sie an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, die vorliegen müssen.

⁴ Konecny, Das Verfahrensgebäude der Insolvenzordnung, in Konecny (Hrsg), IRÄG 2010, (2010), 1 (1).

⁵ Die amtswegige Eröffnung des Anschlusskonkurses im Ausgleichsverfahren ist mit dem IRÄG 2010 weggefallen.

⁶ Beim Gläubigerantrag ist eine Abweisung bzw Zurückweisung durch das Gericht möglich.

1. Voraussetzungen für die Verfahrenseröffnung

a. Die Insolvenzfähigkeit

Die Insolvenzfähigkeit ist die Fähigkeit, Schuldner im Insolvenzverfahren zu sein. Die Insolvenzfähigkeit gehört zur Rechtsfähigkeit. Das heißt, insolvenzfähig ist, wer Träger von Rechten und Pflichten sein kann.⁷ Insolvenzfähig sind demnach:

- natürliche Personen,
- juristische Personen,
- Personengesellschaften und
- Verlassenschaften.

b. Der Insolvenzgrund

In der Insolvenzordnung gibt es zwei Insolvenzgründe. Zum Einen ist es die Zahlungsunfähigkeit und zum Anderen die Überschuldung.⁸ Die Zahlungsunfähigkeit stellt für alle Schuldner einen Insolvenzgrund dar. Für natürliche Personen ist der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit der einzige Insolvenzgrund. Ein Sanierungsverfahren nach § 167 Abs 2 IO kann bei Antrag des Schuldners auch bei drohender Zahlungsunfähigkeit eröffnet werden. Beim Gläubigerantrag muss der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners glaubhaft machen.⁹ Eine Definition darüber, wann eine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, gibt es in der IO nicht. Wenn der Schuldner seine Zahlungen einstellt, kann von einer Zahlungsunfähigkeit ausgegangen werden. Im Allgemeinen geht man dann von einer Zahlungsunfähigkeit aus, wenn dem Schuldner nicht nur vorübergehend, sondern dauernd Zahlungsmittel fehlen.¹⁰ Die Überschuldung kommt, wie bereits oben erwähnt, für natürliche Personen als Insolvenzgrund nicht in Frage. So ist ein Insolvenzverfahren gemäß § 67 Abs 1 IO, dann zu eröffnen, wenn

⁷ Vgl Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 33.

⁸ Vgl dazu §§ 66, 67 IO.

⁹ Siehe § 70 Abs 1 IO.

¹⁰ Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 34.

- juristische Personen,
- Personengesellschaften oder
- Verlassenschaften

einen Antrag stellen und überschuldet sind. Auch über die Überschuldung gibt es keine Definition in der IO. Die Rechtsprechung verlangt zum einen die Überschuldung des Schuldners und zum anderen eine „negative Fortbestehensprognose“.¹¹

c. Das kostendeckende Vermögen

Die Voraussetzung des kostendeckenden Vermögens liegt dann vor, wenn das Vermögen des Schuldners ausreicht, um die anlaufenden Kosten des Insolvenzverfahrens zu bezahlen.¹² Zu den anlaufenden Kosten zählen zB die Gerichtsgebühren oder aber die Kosten des Insolvenzverwalters. Das Vorliegen des kostendeckenden Vermögens muss von Amts wegen geprüft werden.

d. Der Insolvenzantrag

Im Insolvenzverfahren gilt das Antragsprinzip. Es ist eine formelle Voraussetzung und der Antrag muss, wie bereits oben erwähnt, entweder vom Schuldner selbst oder von einem Gläubiger gestellt werden. Der Gläubiger kann nur einen Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens, der Schuldner hingegen die Eröffnung des Konkurs- oder aber Sanierungsverfahrens verlangen. Der Schuldner sollte unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 60 Tagen ab Zahlungsunfähigkeit, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellen.¹³ Nach § 69 Abs 1 IO ist bei einem Antrag des Schuldners das Verfahren sofort zu eröffnen. Der Gläubiger hingegen muss gemäß § 70 Abs 1 IO bei Antragstellung das Vorliegen einer Insolvenzforderung bzw einer Forderung aus einer Eigenkapital ersetzenden

¹¹ *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 36.

¹² Vgl § 71 Abs 2 IO; siehe auch *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 36.

¹³ Siehe *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 38.

Leistung sowie die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners glaubhaft machen. Dem Schuldner ist dieser Antrag unverzüglich zuzustellen. Er muss auch belehrt werden, dass er die Möglichkeit hat durch rechtzeitige Vorlage eines Sanierungsplans ein Sanierungsverfahren zu erwirken.¹⁴ Bei der Entscheidung über die Eröffnung des Verfahrens ist gemäß § 70 Abs 4 IO nicht zu berücksichtigen, ob der Gläubiger den Antrag zurückgezogen hat oder ob seine Forderung nach Antragstellung befriedigt wurde.

2. Die Organe im Insolvenzverfahren

a. Insolvenzgericht

Für die Beurteilung der sachlichen Zuständigkeit kommt es vorrangig darauf an, ob es sich beim Schuldner um eine natürliche Person oder um ein Unternehmen handelt.¹⁵ Insolvenzverfahren von natürlichen Personen werden vor den Bezirksgerichten abgehandelt, Insolvenzverfahren von Unternehmen hingegen vor den Gerichtshöfen erster Instanz. Gemäß § 63 Abs 1 IO bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit nach dem Ort, an dem der Schuldner sein Unternehmen betreibt, mangels eines solchen nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des Schuldners. Wenn die obgenannten Kriterien nicht verfügbar sind, dann wird für die Beurteilung der örtlichen Zuständigkeit die Niederlassung, mangels einer solchen der Ort, an dem sich Vermögen des Schuldners befindet, herangezogen. Für natürliche Personen gilt § 182 IO. Dieselbe Reihenfolge kann auch für natürliche Personen herangezogen werden, wobei zu berücksichtigen ist, ob sie überhaupt anwendbar ist. Vorwiegend folgende Aufgaben hat das Insolvenzgericht inne:

- Die Eröffnung und Aufhebung des Insolvenzverfahrens,
- die Leitung des Insolvenzverfahrens,
- die Bestellung des Insolvenz- bzw Sanierungsverwalters,
- die Überwachung des Insolvenz- bzw Sanierungsverwalters und auch anderer Organe,

¹⁴ Vgl § 70 Abs 2 IO.

¹⁵ Vgl *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 39.

- Feststellung und Sicherung des Insolvenzvermögens,
- Genehmigung der Verwalterrechnung,
- Mitwirkung an der Verteilung des Erlöses,
- Überprüfung des Sanierungsplanvorschlags,
- Bestätigung des Sanierungsplans sowie
- Bestätigung des Zahlungsplans (nur bei natürlichen Personen).¹⁶

b. Insolvenzverwalter

Das Insolvenzgericht bestellt den Insolvenzverwalter nach § 80 Abs 1 IO von Amts wegen. Gleichzeitig mit Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird auch der Insolvenzverwalter bestellt. Es gibt eine Insolvenzverwalterliste, aus der das Gericht den Insolvenzverwalter wählen sollte. Ausnahmsweise kann auch unter bestimmten Voraussetzungen ein nicht in der Liste eingetragener Insolvenzverwalter bestellt werden. Der Insolvenzverwalter muss bestimmte Kriterien erfüllen. Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters sowohl gegenüber dem Schuldner als auch gegenüber den Gläubigern muss gewährleistet sein.¹⁷ Im Konkursverfahren sowie Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung wird die Bezeichnung Masseverwalter verwendet. Im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung wird er Sanierungsverwalter genannt. Zu den Aufgaben des Insolvenzverwalters gehören insbesondere:

- Vertretung der Insolvenzmasse nach außen,
- Ermittlung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners,
- Feststellung der Aktiva,
- Schätzung und Erstellung eines Inventars,
- Feststellung der Passiva,
- Überprüfung der angemeldeten Forderungen,
- Prüfung der Möglichkeit der Fortführung des Unternehmens,
- Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse,
- Rechnungslegung,

¹⁶ Siehe *Buchegger*, Insolvenzrecht² (2013) 91.

¹⁷ Vgl § 80b IO; siehe auch *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 40.

- Verteilung des Masseerlöses.¹⁸

Der Insolvenzverwalter wird einerseits vom Insolvenzgericht und andererseits vom Gläubigerausschuss überwacht; er ist gegenüber dem Insolvenzgericht „weisungs- und auftragsgebunden“.¹⁹

c. Gläubigerversammlung

Die Gläubigerversammlung besteht aus allen am Verfahren beteiligten Gläubigern.²⁰ Die Gläubigerversammlung überwacht den Insolvenzverwalter sowie den Gläubigerausschuss, um die gemeinsamen Interessen der Gläubiger zu wahren. Sie wird vom Insolvenzgericht einberufen und auch geleitet.²¹ Die erste Gläubigerversammlung findet entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen innerhalb von 14 Tagen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die allgemeine Prüfungstagsatzung innerhalb von 60 bis 90 Tagen nach Insolvenzeröffnung statt.²² Sofern es sich um eine Unternehmerinsolvenz handelt, findet gemäß § 91a IO eine weitere Gläubigerversammlung innerhalb von 90 Tagen nach Eröffnung des Verfahrens statt, um über das Schicksal des Unternehmens zu entscheiden. Daneben gibt es auch die Sanierungsplantagsatzung sowie Rechnungslegungstagsatzung.²³ Sonstige Gläubigerversammlungen können vom Insolvenzgericht von Amts wegen oder auf Antrag einberufen werden. Der Gläubigerversammlung kommen folgende Aufgaben zu:

- Kontrollfunktion,
- Beratungsfunktion,
- Entscheidungsfunktion.²⁴

¹⁸ Siehe *Buchegger*, *Insolvenzrecht*² (2013) 94 ff.

¹⁹ *Buchegger*, *Insolvenzrecht*² (2013) 96.

²⁰ Vgl *Nunner-Krautgasser/Reissner*, *Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht*, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 41.

²¹ Vgl § 91 Abs 1 IO.

²² *Buchegger*, *Insolvenzrecht*² (2013) 79; vgl auch § 74 Abs 3 IO.

²³ Vgl §§ 121, 145 IO.

²⁴ *Nunner-Krautgasser/Reissner*, *Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht*, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 41.

Die Gläubigerversammlung kann beim Insolvenzgericht beantragen, dass der Insolvenzverwalter enthoben wird, der Gläubigerausschuss eingesetzt wird sowie einzelne Ausschussmitglieder enthoben werden. Vom Insolvenzgericht muss eine Gläubigerversammlung anberaumt werden, um über die weitere Vorgehensweise – nämlich ob das Unternehmen geschlossen oder fortgeführt wird bzw über den Sanierungsplan – zu entscheiden. Weiters entscheidet sie auch über die Annahme oder Ablehnung eines Sanierungsplanvorschlags und eines Zahlungsplans.

d. Gläubigerausschuss

„Der Gläubigerausschuss wird vom Insolvenzgericht von Amts wegen oder über Antrag bestellt“²⁵. Nicht in jedem Insolvenzverfahren wird ein Gläubigerausschuss bestellt. Ein Gläubigerausschuss ist gemäß § 88 Abs 1 IO iVm § 117 Abs 1 und 2 IO dann zu bestellen, wenn:

- die Eigenart oder der besondere Umfang des Unternehmens des Schuldners dies geboten erscheinen lässt,
- die Verpachtung oder Veräußerung des Unternehmens des Schuldners oder seines Anteils an einem Unternehmen beabsichtigt ist sowie
- die Verpachtung oder Veräußerung des gesamten beweglichen Anlage- und Umlaufvermögens oder eines betriebsnotwendigen Teils davon beabsichtigt ist.

Der Gläubigerausschuss besteht aus drei bis sieben Mitgliedern.²⁶ Sofern kein Gläubigerausschuss bestellt wurde, hat das Insolvenzgericht dessen Aufgaben inne.

Der Gläubigerausschuss hat folgende Aufgaben wahrzunehmen:

- Unterstützung und Überwachung des Insolvenzverwalters,
- Genehmigung von bestimmten Geschäften sowie
- Abgabe von Äußerungen zu bestimmten Geschäften.²⁷

²⁵ Werschütz/Muhri, Insolvenzrecht (2010) 52.

²⁶ Fussenegger, Unternehmerinsolvenz, Raus aus der Schuldenfalle (2012) 114.

B. Überblick über die einzelnen Verfahrensabläufe

1. Einleitung

An dieser Stelle nochmals festgehalten werden sollte, dass es sich beim Konkursverfahren, Sanierungsverfahren mit oder ohne Eigenverwaltung sowie Schuldenregulierungsverfahren um keine unterschiedlichen Verfahrensarten handelt, sondern lediglich um unterschiedliche Durchführungen eines einheitlichen Insolvenzverfahrens. Wesentliches Ziel ist die Sanierung, wobei zu erwähnen ist, dass die Sanierung auch vor dem IRÄG 2010 eine wichtige Rolle spielte. Dennoch lässt sich das „Sanierungsziel“ durch das einheitliche und flexible Sanierungsverfahren noch besser realisieren. „Viele der neuen Bestimmungen dienen dem Zweck, die Sanierung des Schuldners (bzw seines Unternehmens) zu fördern und die Fortführung des Unternehmens zu erleichtern.“²⁸

a. Das Insolvenzeröffnungsverfahren

Das Eröffnungsverfahren ist durch das IRÄG 2010 grundsätzlich gleich geblieben. Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang zwei Neuerungen:

- Der Schuldner ist im Falle eines Gläubigerantrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei der Zustellung darüber zu belehren, dass er durch rechtzeitige Vorlage eines Sanierungsplans ein Sanierungsverfahren erwirken kann. Früher konnte der Schuldner durch einen Ausgleichsantrag das vom Gläubiger beantragte Verfahren vermeiden;
- Eine Erstreckung des Eröffnungsverfahrens zum Zweck des Abschlusses von Ratenvereinbarungen mit Gläubigern ist nicht mehr möglich. Früher wurde dem Schuldner die Möglichkeit gegeben mit Gläubigern Ratenvereinbarungen zu schließen um die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu

²⁷ Vgl Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 42.

²⁸ Fink, Insolvenzrecht⁸ (2013) 6.

verhindern. Dies wiederum verzögerte das Eröffnungsverfahren und wirkte sich nachteilig auf die Gläubiger aus.²⁹

2. Konkursverfahren

Einen Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens kann wie bereits oben erwähnt der Schuldner selbst, aber auch ein Gläubiger stellen. Es gilt sohin das Antragsprinzip.

a. Antrag des Schuldners

Wenn der Schuldner den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellt, ist eine umfassende richterliche Überprüfung der Insolvenzgründe nur bei begründeten Bedenken notwendig.³⁰ Vielmehr ist das Verfahren sofort zu eröffnen, wobei der Richter wesentliche zwei Punkte zu prüfen hat:

- zum Einen ob kostendeckendes Vermögen vorliegt und
- zum Anderen ob der Schuldner tatsächlich zahlungsunfähig bzw überschuldet ist.³¹

b. Antrag eines Gläubigers

Wenn ein Gläubiger einen Insolvenzantrag stellt, dann müssen folgende drei Voraussetzungen erfüllt sein:

- kostendeckendes Vermögen,
- offene Forderungen des Antragstellers,
- Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Schuldners.³²

²⁹ Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 43.

³⁰ Vgl § 69 Abs 1 IO.

³¹ Nunner-Krautgasser/Reisser, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 38.

³² Vgl § 70 Abs 1 IO.

ba. Kostendeckendes Vermögen

Gemäß § 71 Abs 2 IO ist das Vorhandensein eines kostendeckenden Vermögens Verfahrenserfordernis. Das Insolvenzgericht muss also von Amts wegen überprüfen, ob das Vermögen des Schuldners ausreicht, die Kosten des Insolvenzverfahrens zu decken. Ist kein kostendeckendes Vermögen vorhanden, so wird der Antragsteller beauftragt einen Kostenvorschuss innerhalb einer bestimmten Frist zu erlegen.³³ Wenn der Kostenvorschuss nicht rechtzeitig erbracht wird, muss das Insolvenzverfahren mangels kostendeckendem Vermögen gemäß § 71a Abs 2 IO abgewiesen werden. Sofern der Antragsteller den Kostenvorschuss geleistet hat, muss er ihn im Verfahren als Masseforderung geltend machen.³⁴

bb. Forderungen des Antragstellers

Der Antragsteller muss vorbringen und bescheinigen, dass er gegen den Schuldner Forderungen hat. Dabei kann es sich entweder um Insolvenzforderungen oder aber um nachrangige Forderungen (eigenkapitalersetzende Leistung) handeln.³⁵

bc. Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung

Voraussetzung für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist nach §§ 66, 67 IO die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn dieser keine Zahlungen mehr tätigt oder wenn er nicht mehr in der Lage ist, fällige Forderungen zu erledigen.³⁶ Die drohende Zahlungsunfähigkeit reicht nicht aus. Es darf sich nicht um eine vorübergehende Zahlungsstockung handeln. Nach *Buchegger* muss „die Zahlungsunfähigkeit von Dauer sein.“³⁷ Nach der Rechtsprechung des OGH liegt Zahlungsunfähigkeit dann vor, wenn nicht ein vorübergehender, sondern ein dauernder Mangel an Zahlungsmitteln vorliegt.³⁸ Die Überschuldung reicht nach

³³ Vgl § 71a Abs 1 IO.

³⁴ Vgl § 71a Abs 3 IO; sowie *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht (2002) 84.

³⁵ Siehe bereits § 70 Abs 1 IO.

³⁶ Vgl § 66 Abs 2 IO; auch *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 34 ff.

³⁷ *Buchegger*, Insolvenzrecht² (2013) 124.

³⁸ Vgl OGH 8.1.1969, 5 Ob 338/68, EvBl 1969/225; oder OGH 25.2.1970, 5 Ob 36/70, SZ 43/51.

§ 67 Abs 1 IO nur dann aus, wenn es sich beim Schuldner um eine eingetragene Personengesellschaft (dh GmbH & Co KG – keine natürliche Person, die als Gesellschafter unbeschränkt haftet), Vermögen juristischer Personen oder aber Verlassenschaften handelt. Eine Zahlungsunfähigkeit wird also nicht vorausgesetzt. Überschuldung bedeutet, dass die Passiven höher als die Aktiven sind.³⁹ Es darf sich hier ebenfalls nicht um eine vorübergehende Situation handeln. Auch die Überschuldung muss von Dauer sein. Das heißt, dass das Unternehmen in einer Krise stecken muss. Es wird neben der Prüfung der Überschuldung auch eine Prüfung der Weiterentwicklung des Unternehmens notwendig sein. Der Antragsteller muss die Überschuldung des Schuldners lediglich behaupten und bescheinigen. Das Gegenteil muss letztendlich der Schuldner beweisen.

c. Eröffnung des Konkursverfahrens

„An die Konkurseröffnung schließt die Prüfphase an.“⁴⁰ Der Insolvenzverwalter prüft, ob eine Unternehmensfortführung überhaupt möglich ist. Wenn nicht, muss er einen Antrag auf Schließung des Unternehmens stellen. Das Gericht muss über die Schließung entscheiden und diese öffentlich bekannt machen. Nachdem das Unternehmen mit Beschluss des Gerichts geschlossen wird, können die Dienstverhältnisse gemäß § 25 IO beendet werden. Falls das Unternehmen fortgeführt werden sollte, muss das Gericht auch dies beschließen und öffentlich bekannt machen. Nachdem das Gericht die Unternehmensfortführung beschlossen hat, können die Dienstnehmer nach § 25 IO nicht mehr berechtigt austreten, der Masseverwalter kann aber aufgrund von unternehmensbedingten Erfordernissen Kündigungen aussprechen. Während eines Konkursverfahrens ist die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens gemäß § 167 Abs 2 IO ausgeschlossen. Das Konkursverfahren ist als „offenes Verfahren“⁴¹ gestaltet. Es besteht neben einer Eingangsphase, die bis zu 90 Tagen andauern kann, eine Entscheidungsphase über das weitere Schicksal des Unternehmens. Danach folgt eine weitere Frist von 90 Tagen für die Annahme eines Sanierungsplanvorschlages, wenn ein solcher

³⁹ Vgl *Fussenegger*, Unternehmerinsolvenz, Raus aus der Schuldenfalle (2012) 32 ff.

⁴⁰ *Konecny* in FS 17.

⁴¹ *Buchegger*, Insolvenzrecht² (2013) 193.

vorgelegt wurde. Es kann aber auch derweilen zur Schließung des Unternehmens kommen.

3. Sanierungsverfahren

Das Sanierungsverfahren bezweckt eine rasche Entschuldung des Schuldners innerhalb von 90 Tagen. Im Sanierungsverfahren, welches der Schuldner selber beantragen muss, muss er gleichzeitig auch einen Sanierungsplanantrag stellen. Es gibt sohin keine Eingangsphase. Gemäß § 167 Abs 1 IO muss der Schuldner also:

- einen Antrag auf Eröffnung des Verfahrens stellen,
- einen zulässigen Sanierungsplan anbieten und
- einen Antrag auf Annahme des Sanierungsplanes stellen.

Wenn die Bedingungen nach § 167 Abs 1 IO nicht erfüllt sind, heißt das eingeleitete Insolvenzverfahren Konkursverfahren. Ein Sanierungsverfahren kann demnach nur von

- einer natürlichen Person, die ein Unternehmen führt,
- einer eingetragenen Personengesellschaft,
- einer juristischen Person sowie
- einer Verlassenschaft

beantragt werden. Natürliche Personen, die kein Unternehmen führen, können keinen Antrag auf Eröffnung des Sanierungsverfahrens stellen. Für sie steht die Möglichkeit der Eröffnung eines Schuldenregulierungsverfahrens zur Verfügung. Zum Schuldenregulierungsverfahren kommen wir später noch zurück. Ein Sanierungsverfahren kann vom Schuldner beantragt werden, wenn Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung oder drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Der Begriff „drohende Zahlungsunfähigkeit“ wird in der IO nicht definiert, sodass es Angelegenheit der Gerichte ist diesen auszulegen. Wenn ein Gläubiger einen Konkursantrag stellt, kann

der Schuldner die Eröffnung des Konkursverfahrens dadurch verhindern, dass er einen Antrag auf Eröffnung eines Sanierungsverfahrens stellt.⁴²

a. Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung

Die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens ohne Eigenverwaltung ist nur auf Antrag des Schuldners möglich.⁴³ Die drohende Zahlungsunfähigkeit genügt hierbei.⁴⁴ Oder aber es liegt eine Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung vor. Neben einem Antrag auf Eröffnung des Sanierungsverfahrens muss der Schuldner vor dem Eröffnungsbeschluss des Gerichts einen Sanierungsplan vorlegen und dessen Annahme beantragen. Dieser muss nur den gesetzlichen Bestimmungen nach § 141 IO entsprechen. Das bedeutet, dass den Insolvenzgläubigern angeboten werden muss eine Quote, welche mindestens 20% der Forderungen betragen muss, innerhalb von längstens zwei Jahren zu bezahlen. Während eines Konkursverfahrens ist gemäß § 167 Abs 2 IO ein Sanierungsverfahren ausgeschlossen. Die Eröffnung des Sanierungsverfahrens bewirkt dasselbe wie die Eröffnung eines Konkursverfahrens. Der Schuldner verliert seine Verfügungsbefugnis, der Sanierungsverwalter tritt an seine Stelle. Der Insolvenzverwalter hat die gleichen Befugnisse wie im Konkursverfahren. Es gibt jedoch eine wesentliche Ausnahme: Nur wenn der Sanierungsplanvorschlag nicht innerhalb von 90 Tagen angenommen wird, kann mit der Verwertung des Unternehmens begonnen werden. Es liegt in dieser Zeit sozusagen ein „Verwertungssperre“⁴⁵ vor. Wird der Sanierungsplan bestätigt, so ist mit Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses das Sanierungsverfahren nach § 152b Abs 2 IO aufgehoben. Der Schuldner erlangt seine Verfügungsmacht wieder. Während der gesamten Dauer des Sanierungsverfahrens kann der Versuch das Unternehmen „zu sanieren“ scheitern, woraufhin eine Umbenennung stattfindet. Es ist in folgenden Fällen in ein Konkursverfahren umzubenennen:⁴⁶

- Wenn der Insolvenzverwalter angezeigt hat, dass die Insolvenzmasse nicht ausreicht, um die Masseforderungen zu erfüllen oder

⁴² Vgl *Fussenegger*, Unternehmerinsolvenz, Raus aus der Schuldenfalle (2012) 191.

⁴³ Vgl § 167 Abs 1 IO.

⁴⁴ Siehe § 167 Abs 2 IO.

⁴⁵ *Buchegger*, Insolvenzrecht² (2013) 198.

⁴⁶ Vgl § 167 Abs 3 IO.

- der Schuldner den Sanierungsplanantrag zurückzieht oder das Gericht den Antrag zurückweist oder
- der Sanierungsplan in der Sanierungsplantagsatzung abgelehnt und die Tagsatzung nicht erstreckt wird oder
- dem Sanierungsplan vom Gericht die Bestätigung versagt wird.

Diese Änderung der Bezeichnung auf Konkursverfahren ist auch zu veröffentlichen.

b. Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung

Das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung kann unter denselben Voraussetzungen beantragt werden wie das Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung. Der Schuldner beantragt hier ein Verfahren, in welcher er sein Vermögen selbst verwaltet. Es vermeidet also die uneingeschränkte Entmachtung des Schuldners.⁴⁷ Dem Sanierungsverwalter steht jedoch ein Aufsichtsrecht zu. Die im Insolvenzverfahren gewöhnlich durch den Insolvenzverwalter wahrgenommenen Aufgaben werden zwischen Sanierungsverwalter und Schuldner aufgeteilt. Der Sanierungsverwalter muss aber den Schuldner in Bereichen, in denen er handlungsbefugt ist, kontrollieren und auch mitwirken. Der Schuldner führt das Unternehmen weiter und stellt einen Antrag auf Unternehmensschließung, falls dies erforderlich ist. Aufgabe des Sanierungsverwalters ist die Anfechtung und Forderungsprüfung.⁴⁸ Während des gesamten Verfahrens kann die Eigenverwaltung entzogen werden.⁴⁹ Dann läuft das Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung weiter, oder aber das Sanierungsverfahren muss in ein Konkursverfahren umbenannt werden. Auch hier muss der Schuldner wie im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung

- einen Antrag auf Eröffnung des Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung stellen,
- einen den rechtlichen Vorgaben entsprechenden Sanierungsplan vorlegen und

⁴⁷ Vgl. *Fussenegger*, Unternehmerinsolvenz, Raus aus der Schuldenfalle (2012) 198.

⁴⁸ *Fussenegger*, Unternehmerinsolvenz, Raus aus der Schuldenfalle (2012) 199.

⁴⁹ Vgl. § 170 Abs 1 IO.

- dessen Annahme beantragen.

Anders als beim Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung muss der Schuldner hier eine wesentlich aufwändigere Vorbereitung auf sich nehmen. Er muss Urkunden, wie ein genaues Vermögensverzeichnis, eine Übersicht über die Aktiven und Passiven, einen Finanzplan ua vorlegen.⁵⁰ Auch Angaben, die im Sanierungsplanvorschlag getätigt werden, fallen hier wesentlich detaillierter aus. Falls der Schuldner die notwendigen Urkunden oder Angaben nicht beilegt, dann erfolgt seitens des Gerichts ein Verbesserungsauftrag. Wenn der Schuldner dem Auftrag innerhalb der Frist nachkommt, dann wird das Verfahren entweder in ein Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung oder aber in ein Konkursverfahren umbenannt. Die Eigenverantwortung kann nach § 170 IO mit Beschluss entzogen werden:

- wenn der Schuldner Mitwirkungs- oder Auskunftspflichten verletzt,
- wenn der Schuldner gegen die Interessen der Gläubiger handelt,
- wenn die Verfahrensvoraussetzungen gemäß § 169 IO für die Eröffnung des Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung wegfallen,
- wenn der Finanzplan nicht eingehalten werden kann,
- wenn die Angaben im Status unrichtig sind,
- wenn der Schuldner die Masseforderungen nicht pünktlich erfüllt,
- wenn die Voraussetzungen nach § 167 Abs 3 IO erfüllt sind, sodass das Verfahren in ein Konkursverfahren umbenannt werden muss,
- wenn der Sanierungsplan nicht innerhalb von 90 Tagen von den Gläubigern angenommen wird oder
- wenn der Schuldner dies selbst beantragt.

Die zum Teil aufgestellte Behauptung, dass das Ausgleichsverfahren im Sanierungsverfahren mit Eigenverantwortung aufrecht erhalten wurde, ist meiner Ansicht nach überholt und entspricht nicht den Tatsachen. Auch im Sanierungsverfahren gelten überwiegend die Bestimmungen des Konkursverfahrens. Es wurden

⁵⁰ Vgl *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 46 ff.

nur vereinzelte Bestimmungen des Ausgleichsverfahrens in das Insolvenzverfahren übernommen, weshalb keineswegs die Rede davon sein kann, dass das Ausgleichsverfahren fortdaure.

4. Schuldenregulierungsverfahren

Das Schuldenregulierungsverfahren ist eine Sonderform des Konkursverfahrens für Schuldner, die kein Unternehmen (mehr) betreiben.⁵¹ Umgangssprachlich wird es auch Privatkonkurs genannt, wobei es sich dabei um keinen gesetzlichen Begriff handelt. Es gibt in Österreich staatlich anerkannte Schuldenberatungsstellen, die Schuldner auch im Verfahren vor dem Bezirksgericht vertreten. Voraussetzung ist auch hier, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist und einen Zahlungsplan vorlegt. Ziel des Schuldenregulierungsverfahrens ist die Entschuldung von Privatpersonen. Diese Entschuldung kommt entweder durch einen Zahlungsplan oder ein Abschöpfungsverfahren zustande. In beiden Fällen muss die Privatperson einen Teil seiner Schulden selbst bezahlen; der restliche Teil der Schulden wird erlassen. Die Bestimmungen über das bereits oben dargestellte Sanierungsverfahren stehen Verbrauchern nicht zu. Im Schuldenregulierungsverfahren verwaltet der Schuldner die Insolvenzmasse selbst. Er behält also die Eigenverwaltung. „Soweit dem Schuldner die Eigenverwaltung überlassen wurde, tritt keine Postsperre gemäß § 78 Abs 2 IO ein [...]“.⁵² Das Gericht kann nämlich nach § 186 Abs 2 IO dem Schuldner die Eigenverwaltung entziehen und einen Insolvenzverwalter bestellen, wenn

- die Vermögensverhältnisse des Schuldners nicht überschaubar sind, insbesondere wegen der Zahl der Gläubiger und der Höhe der Verbindlichkeiten oder
- Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Eigenverwaltung zu Nachteilen für Gläubiger führen wird oder
- der Schuldner nicht ein genaues Vermögensverzeichnis vorgelegt hat.

⁵¹ Fussenegger, Der sichere Weg aus dem Privatkonkurs (2013) 17.

⁵² Werschitz/Muhri, Insolvenzrecht (2010) 73.

Die Eigenverwaltung kann dem Schuldner vom Insolvenzgericht bereits mit Eröffnung des Verfahrens oder aber auch im Laufe des Verfahrens entzogen werden.⁵³

5. Ausnahme für natürliche Personen im Insolvenzverfahren

Gemäß § 183 Abs 1 und 2 IO ist das Verfahren trotz Nichtvorliegens eines kostendeckenden Vermögens weiterzuführen, wenn der Schuldner:

- ein genaues Vermögensverzeichnis vorlegt, welches eigenhändig unterschrieben ist und sich bereit erklärt, vor dem Konkursgericht zu unterfertigen, dass seine Angaben über den Aktiv- und Passivstand vollständig sind und dass er von seinem Vermögen nichts verschwiegen hat,
- einen zulässigen Zahlungsplan vorlegt, dessen Annahme er beantragt und auch bescheinigt, dass er den Zahlungsplan erfüllen wird,
- bescheinigt, dass seine Einkünfte die Kosten des Verfahrens voraussichtlich decken werden und
- kein Unternehmen hat, bescheinigt, dass ein außergerichtlicher Ausgleich, insbesondere von einer anerkannten Schuldenberatungsstelle oder einem bevorrechteten Gläubigerschutzverband, gescheitert ist oder gescheitert wäre.

C. Das Unternehmen in der Insolvenz

1. Allgemeines

Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bedeutet nicht zwangsläufig, dass damit eine Unternehmensschließung verbunden ist. Die automatische Unternehmensschließung wurde bereits 1982⁵⁴ abgeschafft. Vielmehr kommt es darauf an, ob das Unternehmen, der Betrieb, ein Unternehmens- oder Betriebsteil „sanierungs-

⁵³ Fussenegger, Unternehmerinsolvenz, Raus aus der Schuldenfalle (2012) 203.

⁵⁴ IRÄG 1982 BGBl 1982/370

würdig⁵⁵ ist oder nicht. Auch die Gläubigerbefriedigung wäre bei einer automatischen Schließung des Unternehmens des Schuldners nachteilig beeinflusst; dies würde sich auf das Ziel des Insolvenzverfahrens in mehrfacher Hinsicht nachteilig wirken.

2. Die Fortführung des Unternehmens

a. Konkursverfahren

Wie bereits oben erwähnt, kommt es ab der Eröffnung des Konkursverfahrens zur Prüfphase. Die Prüfphase endet mit der Berichtstagsatzung.⁵⁶ In der Prüfphase wird überprüft, ob das Unternehmen saniert werden kann oder sanierungsuntauglich ist. Der Masseverwalter trifft eine Entscheidung darüber, ob eine Fortführung des Unternehmens überhaupt möglich ist.⁵⁷ Die Entscheidung über das Schicksal des Unternehmens wird also erst in der Berichtstagsatzung getroffen; sohin ist das Unternehmen während der Prüfphase jedenfalls fortzuführen.⁵⁸ Wenn sich aber die Unternehmensfortführung zum Nachteil der Gläubigerbefriedigung auswirkt, dann sind das Unternehmen bzw Teile davon gemäß § 114a Abs 1 IO noch vor der Berichtstagsatzung zu schließen. Falls das Unternehmen bereits vor Eröffnung des Verfahrens geschlossen wurde, können das Unternehmen oder Teile davon wieder eröffnet werden, sofern Nachteile für die Gläubiger durch die Wiedereröffnung hintangehalten werden können. Die Schließung des Unternehmens nach Verfahrenseröffnung muss das Insolvenzgericht mit Beschluss anordnen.⁵⁹ Falls das Unternehmen bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossen wurde, so muss das Gericht auch dies mit Beschluss feststellen. Ein Austrittsrecht während der Fortführung des Unternehmens in der Prüfphase steht den Arbeitnehmern nicht zu. Die Prüfphase wird durch die Berichtstagsatzung beendet. Die Berichtstagsatzung muss innerhalb von 90 Tagen ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens anberaumt

⁵⁵ Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 49.

⁵⁶ Siehe § 91a IO.

⁵⁷ Vgl § 81a Abs 3 IO.

⁵⁸ Vgl § 114a Abs 1 IO.

⁵⁹ Siehe § 114a Abs 2 IO.

werden. Es handelt sich dabei um eine Gläubigerversammlung. In der Berichtstagsatzung muss der Masseverwalter berichten ob:

- das Unternehmen oder Unternehmensbereiche geschlossen werden müssen oder fortgesetzt werden können und
- ein vorgelegter Sanierungsplan den Interessen der Gläubiger entspricht und dessen Erfüllung in Zukunft möglich sein wird.⁶⁰

Das Gericht kann in der Berichtstagsatzung:

- die Schließung des Unternehmens bzw
- die Fortführung des Unternehmens anordnen, sofern die Voraussetzungen für die Fortführung gegeben sind.

Vor dem IRÄG 2010 wurde zwischen einer befristeten Unternehmensfortführung und einer Fortführung des Unternehmens auf vorerst unbestimmte Zeit unterschieden.⁶¹ Dies führte zu unterschiedlichen Rechtsfolgen. Zum Einen war der Austritt gemäß § 25 IO nur dann für die Arbeitnehmer ausgeschlossen, wenn die Unternehmensfortführung auf vorerst unbestimmte Zeit angeordnet wurde und zum Anderen galten weitgehende Verwertungsverbote nur bei der Unternehmensfortführung auf vorerst unbestimmte Zeit. Diese Unterscheidung zwischen befristeter und unbefristeter Unternehmensfortführung wurde durch das IRÄG 2010 abgeschafft.⁶² Eine weitere Änderung der Rechtslage durch das IRÄG 2010 liegt darin, dass die Fortführung des Unternehmens nicht mehr von der voraussichtlichen Erfüllbarkeit des Sanierungsplans abhängig gemacht wird.⁶³ Die Fortführung des Unternehmens bewirkt automatisch ein Verwertungsverbot. Ein Unternehmen, welches fortgeführt bzw wieder eröffnet wurde, kann auch nach der Berichtstagsatzung geschlossen werden. Möglich ist auch hier die Schließung von Unternehmensbereichen. Ein Jahr nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens muss das

⁶⁰ Vgl § 114b Abs 1 IO.

⁶¹ *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 51.

⁶² Siehe ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 19.

⁶³ *Reckenzaun*, IRÄG 2010 – Insolvenzordnung (2010) 98.

Unternehmen gemäß § 115 Abs 4 IO geschlossen werden, wenn bis dahin ein Sanierungsplanvorschlag nicht angenommen wurde. Diese Ein-Jahres-Frist kann mehrmals erstreckt werden. Eine Erstreckung darf maximal ein Jahr dauern, wobei die Frist insgesamt nicht um mehr als zwei Jahre erstreckt werden kann. Soin muss ein Unternehmen nach Insolvenzeröffnung spätestens nach drei Jahren zwangsgeschlossen werden.⁶⁴

b. Sanierungsverfahren

Beim Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung ist eine Sanierungsplantagsatzung nach Eröffnung des Verfahrens innerhalb von 60-90 Tagen anzuberaumen.⁶⁵ Die Sanierungsplantagsatzung kann gemäß § 168 Abs 1 IO mit der Prüfungstagsatzung verbunden werden. Sofern der Schuldner ein Unternehmen hat, schließt sich an die Verfahrenseröffnung die Prüfphase an. Auch diese Prüfphase endet mit einer Berichtstagsatzung, wobei auch eine „kombinierte Tagsatzung“⁶⁶ zur Verfügung steht, um das Verfahren zu beschleunigen. Bei einer kombinierten Tagsatzung kommt die Berichtstagsatzung sowie Prüfungstagsatzung vor der Sanierungsplantagsatzung. In diesem Verfahren besteht bereits ab Verfahrenseröffnung ein absolutes Verwertungsverbot nach § 168 Abs 2 IO. Eine Verwertung des Unternehmens ist erst möglich, wenn innerhalb von 90 Tagen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Sanierungsplan nicht angenommen wird. Auch das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung läuft entsprechend den oben beschriebenen Ausführungen ab. Im Gegensatz zum Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung benötigt das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung besondere Vorbereitungen.⁶⁷ Im Übrigen werden unternehmensbezogene Aufgaben zwischen Schuldner und Sanierungsverwalter aufgeteilt. Das Unternehmen zB wird vom Schuldner fortgeführt. Die Schließung und auch Wiedereröffnung muss jedoch gerichtlich bewilligt werden.⁶⁸ Auch beim Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung

⁶⁴ Vgl *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 52.

⁶⁵ *Reckenzaun*, IRÄG 2010 – Insolvenzordnung (2010) 185.

⁶⁶ *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 53.

⁶⁷ Siehe bereits oben.

⁶⁸ Vgl § 171 Abs 2 IO; sowie *Reckenzaun*, IRÄG 2010 – Insolvenzordnung (2010) 126.

kommt es nach Eröffnung des Verfahrens zur Prüfphase, die mit einer Berichtstagsatzung endet. Das absolute Verwertungsverbot nach § 168 Abs 2 IO gilt auch hier.

D. Die Durchsetzung der Ansprüche im Insolvenzverfahren

1. Masseforderungen

a. Allgemeines

Masseforderungen sind jene Ansprüche, die vorweg aus der Insolvenzmasse befriedigt werden müssen. Überwiegend geht es um Verbindlichkeiten, die erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingegangen werden. Gemäß § 46 IO sind Masseforderungen:

- die Kosten des Insolvenzverfahrens,
- alle Auslagen, die mit der Erhaltung, Verwaltung und Bewirtschaftung der Masse verbunden sind, einschließlich der Forderungen von Fonds und anderen gemeinsamen Einrichtungen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber, sofern deren Leistungen Arbeitnehmern als Entgelt oder gleich diesem zugute kommen,
- die Masse betreffende Steuern, Gebühren, Zölle, Beiträge zur Sozialversicherung und andere öffentliche Abgaben, wenn der die Abgabepflicht auslösende Sachverhalt während des Insolvenzverfahrens verwirklicht wird,
- Forderungen der Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlicher Personen auf laufendes Entgelt, einschließlich Sonderzahlungen für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens,
- Beendigungsansprüche, wenn das Beschäftigungsverhältnis vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingegangen worden ist und danach (nicht nach § 25 IO) durch den Insolvenzverwalter oder durch den Arbeitnehmer bzw die arbeitnehmerähnliche Person (sofern die Beendigung auf eine Rechtshandlung oder ein anderes Verhalten des Insolvenzverwalters,

insbesondere Nichtzahlung des Entgelts, zurückzuführen ist) gelöst wird; das gilt auch, wenn nach Eintritt der Masseunzulänglichkeit Entgelt nicht bezahlt wird oder wenn das Beschäftigungsverhältnis während des Insolvenzverfahrens vom Insolvenzverwalter neu eingegangen wird,

- Ansprüche auf Erfüllung zweiseitiger Verträge, in die der Insolvenzverwalter eingetreten ist,
- Ansprüche aus Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters,
- die Ansprüche aus einer grundlosen Bereicherung der Masse,
- die Kosten einer einfachen Bestattung des Schuldners sowie
- die Belohnung der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände.

Ausdrücklich erwähnt wird die Nichtbezahlung der Forderungen von Arbeitnehmern auch nach Eintritt der Masseunzulänglichkeit. Dadurch soll klargestellt werden, dass Arbeitnehmer auch bei Masseunzulänglichkeit das Recht auf einen berechtigten Austritt haben, wenn Entgeltrückstände bestehen.⁶⁹ Der OGH hatte in dieser Hinsicht nämlich in seiner Entscheidung eine gegenteilige Rechtsauffassung.⁷⁰

b. Rechtsdurchsetzung von Masseforderungen

Masseforderungen haben bei der Befriedigung der Ansprüche eine bevorzugte Stellung. Das heißt, dass Masseforderungen befriedigt werden müssen, sobald sie feststehen und fällig sind;⁷¹ für die Befriedigung hat gemäß § 124 Abs 2 IO der Insolvenzverwalter zu sorgen. Masseforderungen müssen weder angemeldet noch in das Anmeldeverzeichnis aufgenommen werden.⁷² „Sie nehmen auch nicht am Prüfungsverfahren teil.“⁷³ Sofern der Insolvenzverwalter die Massegläubiger nicht befriedigen kann, können diese entweder ihre Ansprüche mit Klage geltend machen oder einen Abhilfeantrag an das Insolvenzgericht stellen.⁷⁴ „Der Massegläubiger darf

⁶⁹ *Reckenzaun*, IRÄG 2010 – Insolvenzordnung (2010) 72.

⁷⁰ Siehe OGH 4.3.1986, 14 Ob 15/86, SZ 59/86 = JBl 1986, 740 = DRdA 1988, 137; oder auch OGH 18.5.1998, 8 ObS 3/98v.

⁷¹ Vgl §§ 47 Abs 1, 124 Abs 1 IO.

⁷² Siehe auch *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 55.

⁷³ *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht (2002) 65.

⁷⁴ *Fussenegger*, Unternehmerinsolvenz, Raus aus der Schuldenfalle (2012) 118.

diese Möglichkeiten jedoch nicht kumulieren.“⁷⁵ Wenn die Insolvenzmasse nicht ausreicht, um alle Masseforderungen zu befriedigen, dann handelt es sich dabei um Masseunzulänglichkeit (Masseinsuffizienz). Die Masseunzulänglichkeit muss vom Insolvenzgericht öffentlich bekannt gemacht werden.⁷⁶ Ab diesem Zeitpunkt besteht eine Exekutionssperre. Der Insolvenzverwalter hat die Aufgabe einen Verteilungsentwurf zu unterbreiten; das Gericht hat den Verteilungsentwurf bekanntzumachen und zu genehmigen.⁷⁷ Nach der Verteilung wird das Verfahren aufgehoben. Bei einer Masseunzulänglichkeit kommt es zu keiner Befriedigung von Insolvenzforderungen. Gemäß § 47 Abs 2 IO sind Masseforderungen, die nicht vollständig befriedigt werden können, nacheinander wie folgt zu zahlen:

- vom Insolvenzverwalter vorschussweise bestrittene Barauslagen,
- die übrigen Kosten des Verfahrens (vgl § 46 Abs 1 Z 1 IO)
- der von Dritten erlegte Kostenvorschuss, soweit er zur Deckung der Kosten des Insolvenzverfahrens benötigt wurde,
- die Forderungen der Arbeitnehmer sowie arbeitnehmerähnlichen Personen auf laufendes Entgelt, sofern sie nicht durch das IESG gesichert sind und
- die übrigen Masseforderungen.

2. Insolvenzforderungen

a. Allgemeines

Insolvenzforderungen sind gemäß § 51 Abs 1 IO vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Schuldner, welche zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bereits bestehen. Insolvenzforderungen sind nicht besichert. Insolvenzforderungen werden nach Befriedigung der Masseforderungen gleichmäßig befriedigt. „Sie sind grundsätzlich paritätisch [...] zu befriedigen.“⁷⁸ Eine Rangordnung unter den

⁷⁵ *Fussenegger*, Unternehmerinsolvenz, Raus aus der Schuldenfalle (2012) 118.

⁷⁶ Siehe § 124a Abs 2 IO.

⁷⁷ Vgl § 124a Abs 3 IO.

⁷⁸ *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 57.

Insolvenzforderungen gab es bis 1984; sie wurde abgeschafft.⁷⁹ Das heißt, dass alle Insolvenzgläubiger dieselbe Quote erhalten. Anfügend zu den „Altschulden“ nach § 51 Abs 1 IO gelten gemäß § 51 Abs 2 IO folgende Ansprüche als Insolvenzforderungen:

- gesetzlich zustehende Unterhaltsansprüche für die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, soweit der Schuldner als Erbe des Unterhaltspflichtigen haftet,
- Ansprüche aus der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses entweder nach § 25 IO, auch wenn während der Kündigungsfrist das Dienstverhältnis wegen Nichtzahlung des Entgelts beendet wurde oder wenn die Auflösungserklärung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens rechtswirksam abgegeben wurde oder wenn das Beschäftigungsverhältnis nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht nach § 25 IO vom Arbeitnehmer bzw der arbeitnehmerähnlichen Person gelöst wird und dies nicht auf eine Rechtshandlung oder ein sonstiges Verhalten des Insolvenzverwalters zurückzuführen ist.

Obwohl sie den Anforderungen entsprechen und deshalb als Insolvenzforderungen eingestuft werden könnten, sind nach § 58 IO folgende Ansprüche als Insolvenzforderungen ausgeschlossen:

- die seit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens laufenden Zinsen von Insolvenzforderungen sowie Kosten, die den einzelnen Gläubigern aus der Teilnahme am Verfahren erwachsen,
- Geldstrafen wegen strafbarer Handlungen jeder Art und
- Ansprüche aus Schenkungen sowie im Verlassenschaftsinsolvenzverfahren Ansprüche aus Vermächtnissen.

⁷⁹ Fussenegger, Unternehmerinsolvenz, Raus aus der Schuldenfalle (2012) 126 ff.

Bei den Geldstrafen wegen strafbaren Handlungen jeder Art ist auszuführen, dass es sich dabei sowohl um strafrechtliche als auch um verwaltungsstrafrechtliche Taten handeln kann.⁸⁰

b. Rechtsdurchsetzung von Insolvenzforderungen

Grundsätzlich werden Insolvenzgläubiger nach Befriedigung aller Masseforderungen gleichmäßig befriedigt. Den Gläubigern steht es nicht frei, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Klage bzw. Exekution gegen den Schuldner zu führen.⁸¹ Vielmehr müssen Insolvenzforderungen bei Gericht angemeldet werden.⁸² Die Forderungsanmeldung kann mündlich oder schriftlich beim Insolvenzgericht erfolgen. Bei der Anmeldung muss der Gläubiger „Höhe, Rechtsgrund und Rang“⁸³ der Forderung angeben und Beweismittel bezeichnen, welche die Richtigkeit der angemeldeten Forderungen nachweisen können.⁸⁴ Die angemeldeten Forderungen werden in der Prüfungstagsatzung festgestellt. Die Prüfungstagsatzung findet nach § 74 Abs 3 IO grundsätzlich innerhalb von 60 bis 90 Tagen nach Verfahrenseröffnung statt. In der Prüfungstagsatzung müssen der Schuldner sowie der Insolvenzverwalter anwesend sein.⁸⁵ Für Gläubiger besteht kein Anwesenheitszwang. In der Prüfungstagsatzung werden die angemeldeten Forderungen nach der Rangordnung bzw. Reihenfolge ihrer Anmeldung geprüft.⁸⁶ Der Insolvenzverwalter muss nach § 105 Abs 3 IO zu jeder Forderung eine Erklärung zu ihrer Rangordnung und Richtigkeit abgeben. Vorbehalte des Insolvenzverwalters zu den Forderungen sind nicht zulässig. Der Schuldner kann die Richtigkeit, nicht aber die Rangordnung von Forderungen bestreiten. Dies bewirkt zum Einen, dass der festgestellten Forderung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens keine bindende Wirkung zukommt und zum Anderen entsteht durch die Feststellung der Forderung im Insolvenzverfahren

⁸⁰ *Fussenegger*, Unternehmerinsolvenz, Raus aus der Schuldenfalle (2012) 128.

⁸¹ *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 58.

⁸² Vgl hierzu § 102 IO.

⁸³ *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 58.

⁸⁴ Vgl § 103 Abs 1 IO.

⁸⁵ Vgl § 105 Abs 1 IO.

⁸⁶ Siehe dazu § 105 Abs 2 IO.

kein Exekutionstitel.⁸⁷ Auch Insolvenzgläubiger können nach dem Wortlaut des Gesetzes die Richtigkeit und Rangordnung angemeldeter Forderungen bestreiten, soweit deren Forderung festgestellt oder deren Stimmrecht anerkannt wird.⁸⁸ Die Befriedigung der Insolvenzgläubiger beginnt gemäß § 128 Abs 1 IO erst nach der allgemeinen Prüfungstagsatzung. Verteilungen haben so oft stattzufinden, als ein hinreichendes Massevermögen vorhanden ist. Die Masse muss also nicht vollständig verwertet sein. Sobald das ganze Vermögen verwertet und über sämtliche bestrittenen Forderungen entschieden wurde, so findet nach Feststellung der Ansprüche des Insolvenzverwalters sowie Genehmigung der Schlussrechnung die Schlussverteilung statt.⁸⁹ Für die Schlussverteilung muss der Insolvenzverwalter einen Verteilungsentwurf vorlegen, welcher dann vom Insolvenzgericht überprüft und genehmigt wird.⁹⁰ Bei nachträglichen Veränderungen des Massevermögens kann es zu einer Nachtragsverteilung nach § 138 IO kommen. Auch für die Nachtragsverteilung braucht der Insolvenzverwalter die Genehmigung des Insolvenzgerichts. Wenn es nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens zu keiner Schuldbefreiung kommt, dann können die Insolvenzgläubiger Forderungen, welche durch das Verfahren nicht befriedigt wurden, gerichtlich mittels Klage bzw Exekution geltend machen.⁹¹ Bei einer Schuldbefreiung steht dieser Weg den Gläubigern nicht zu. Die Ansprüche können zwar durch den Schuldner bezahlt werden, die Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung entfällt jedoch.

⁸⁷ Vgl § 60 Abs 2 IO; siehe auch *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 60.

⁸⁸ Siehe § 105 Abs 5 IO.

⁸⁹ Vgl § 136 Abs 1 IO.

⁹⁰ Das Gericht entscheidet gemäß § 130 Abs 1 und 2 IO mit Verteilungsbeschluss.

⁹¹ Zu einer Schuldbefreiung kommt es aufgrund eines Sanierungsplans, Zahlungsplans oder einer Restschuldbefreiung im Rahmen eines Abschöpfungsverfahrens; siehe dazu *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 62.

II. Arbeitsverhältnisse im Insolvenzverfahren

A. Auswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf bestehende Arbeitsverhältnisse

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat keinen Einfluss auf das bestehende Dienstverhältnis.⁹² Es wird weder beendet noch abgeändert. Das Dienstverhältnis besteht mit all seinen Rechten und Pflichten weiter. Der Arbeitgeber verliert seine Befugnisse, der Insolvenzverwalter tritt an seine Stelle. Er übt also die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers aus.⁹³ In dieser Hinsicht wurde von der Arbeiterkammer oftmals kritisiert, dass Masseverwalter in der Praxis die Pflichten des Schuldners als Arbeitgeber nicht hinreichend erfüllen.⁹⁴ Die mit dem IRÄG 2010 durchgeführte Ergänzung von § 25 Abs 1 IO stellt nun klar fest, dass der Insolvenzverwalter die Rechte und Pflichten des Schuldners ausübt. Er tritt jedoch nicht in die Vertragsverhältnisse ein. Der Arbeitgeber ist nach Konkurseröffnung weder befugt Zahlungen an Arbeitnehmer zu tätigen noch Arbeitsverhältnisse zu beenden. So ist eine nach Konkurseröffnung ausgesprochene Kündigung durch den Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer unwirksam. Das Dienstverhältnis besteht somit weiter. Neben den arbeitsrechtlichen Lösungsmöglichkeiten stehen bei einer Schließung des Unternehmens besondere Lösungsmöglichkeiten des Dienstverhältnisses lediglich dem Insolvenzverwalter bzw Arbeitnehmer zur Verfügung. Sobald das Unternehmen mit Beschluss des Gerichtes geschlossen wird, kann der Insolvenzverwalter unter Einhaltung der gesetzlichen bzw kollektivvertraglichen Kündigungsfristen die Kündigung nach § 25 IO aussprechen. Das Dienstverhältnis endet also mit Fristablauf. Der Arbeitnehmer kann ebenfalls das Dienstverhältnis durch berechtigten vorzeitigen Austritt nach § 25 IO beenden. In diesem Fall bleibt der Anspruch auf Kündigungsentschädigung bis zum gesetzlichen bzw kollektiv-vertraglichen Kündigungsstermin erhalten. Der Arbeitnehmer hat auch die Möglichkeit nach Ausspruch der Kündigung des Insolvenzverwalters gemäß § 25 IO seinen Austritt bekannt zu geben. Diese Regelung wurde mit dem IRÄG 2010 neu geschaffen.

⁹² Siehe auch *Holzer/Reissner/Schwarz*, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz⁴ (1999) 408.

⁹³ So ausdrücklich nach § 25 Abs 1 Satz 1 IO.

⁹⁴ *Reckenzaun*, IRÄG 2010 – Insolvenzordnung (2010) 53.

B. Arbeitgeberstellung im Insolvenzverfahren

1. Allgemeines

Wie eingangs bereits erwähnt, verliert der Arbeitgeber (Schuldner) mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens seine Befugnisse. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis geht auf den Insolvenzverwalter über. Es kommt für den Schuldner zu einer Post-, Prozess- und Grundbuchssperre.⁹⁵ Zentrale Frage in diesem Zusammenhang ist die Funktion des Insolvenzverwalters bzw wer ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Arbeitgeber und dementsprechend als Vertragspartner der Arbeitnehmer anzusehen ist. Gesetzlich ist diese Frage nicht konkret geregelt. § 25 Abs 1 IO legt klar fest, dass der Insolvenzverwalter die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers ausübt. Die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters kann nur im Zusammenhang mit der Rechtsnatur der Insolvenzmasse beurteilt werden.⁹⁶ Gemäß § 2 Abs 2 IO wird das gesamte der Exekution unterworfenene Vermögen, welches der Schuldner zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens besitzt oder während des Insolvenzverfahrens erwirbt, als Insolvenzmasse bezeichnet. Der Insolvenzmasse kommt nach der ZPO jedenfalls Parteifähigkeit zu.⁹⁷ Obwohl dem Schuldner mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Verfügungs- und Verwaltungsmacht über sein Vermögen entzogen wird, bleibt er dennoch Eigentümer der Insolvenzmasse. Ob der Insolvenzmasse letztendlich auch Rechtsfähigkeit zukommt, wird im Gesetz nicht klar geregelt.

2. Rechtsstellung des Insolvenzverwalters

Da der Insolvenzverwalter die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers ausübt, kann er Weisungen erteilen sowie andere mit seinen Aufgaben betrauen. Er kann Kündigungen aussprechen und auch während der Kündigungsfrist Arbeitnehmer dienstfrei stellen. Auch die Berechtigung Arbeitsverhältnisse zu begründen, liegt in der Befugnis des Insolvenzverwalters. Der Arbeitgeber muss alle während des

⁹⁵ *Fussengger*, Unternehmerinsolvenz, Raus aus der Schuldenfalle (2012) 50 ff.

⁹⁶ Siehe *Weber*, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1998) 32.

⁹⁷ Vgl § 373 Abs 2 ZPO.

Insolvenzverfahrens durch den Insolvenzverwalter getätigte Handlungen auch nach Aufhebung des Verfahrens hinnehmen. Den Insolvenzverwalter trifft lediglich eine Haftung gegenüber dem Arbeitgeber bzgl der Arbeitgeberfunktion; er muss die ihm als Insolvenzverwalter zukommenden Aufgaben ordnungsgemäß durchführen.⁹⁸ Die Stellung des Insolvenzverwalters hängt wesentlich davon ab, ob der Insolvenzmasse Rechtsfähigkeit zuerkannt wird oder nicht.⁹⁹ Es werden in Lehre und Rechtsprechung drei verschiedene Theorien herangezogen, um die Rechtstellung des Masseverwalters näher darzustellen:

a. Amtstheorie

Nach dieser Theorie kommt dem Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren Arbeitgeberfunktion zu. Er handelt als Partei kraft Amtes. Er handelt also im eigenen Namen und macht eigene Rechte geltend.¹⁰⁰ Die Auswirkungen seines Handels betreffen jedoch nicht ihn, sondern den Schuldner. Bei der Amtstheorie hat die Insolvenzmasse keine eigene Rechtspersönlichkeit, der Schuldner bleibt Eigentümer der Insolvenzmasse.¹⁰¹

b. Vertretertheorie

Bei der Vertretertheorie bleibt der Gemeinschuldner Arbeitgeber, die Insolvenzmasse, die Gläubiger bzw der Schuldner werden aber vertreten vom Insolvenzverwalter; der Schuldner und die Insolvenzmasse werden nicht als gesonderte Rechtssubjekte gesehen.¹⁰² Der Ansicht, dass der Insolvenzverwalter die Gläubiger vertritt, ist entgegenzuhalten, dass die Insolvenzmasse nicht den Gläubigern gehört und eine Vertretung der Gläubiger dementsprechend sinnlos erscheint.¹⁰³ Auch die Vertretung des Gemeinschuldners erscheint im Hinblick

⁹⁸ Ihn trifft eine Haftung nach § 1299 ABGB als Sachverständiger; siehe auch *Fussenegger*, Unternehmerinsolvenz, Raus aus der Schuldenfalle (2012) 106.

⁹⁹ *Weber*, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1998) 33.

¹⁰⁰ *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht (2002) 31; oder aber *Rechberger/Thurner*, Insolvenzrecht, Einführung und Grundriß (2001) 56.

¹⁰¹ *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht (2002) 31.

¹⁰² Vgl dazu *Rechberger/Thurner*, Insolvenzrecht, Einführung und Grundriß (2001) 56.

¹⁰³ *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht (2002) 32.

darauf, dass der Insolvenzverwalter „anfechtungsbefugt“ ist, nicht überzeugend.¹⁰⁴ Wenn man von einer Vertretung der Insolvenzmasse ausgeht, dann konkurriert diese Ansicht mit der Organtheorie, wobei festgehalten werden muss, dass bei der Organtheorie die Insolvenzmasse als juristische Person angesehen wird, während bei der Vertretertheorie die Insolvenzmasse zwar keine juristische Person ist, ihr aber Rechts- und Parteifähigkeit zukommt.¹⁰⁵

c. Organtheorie

Wie bereits oben dargestellt, geht man bei der Organtheorie davon aus, dass die Insolvenzmasse eine juristische Person ist. Es gibt einen ex lege Arbeitgeberwechsel; die Insolvenzmasse ist der Vertragspartner der Arbeitnehmer; der Schuldner und die Insolvenzmasse werden also als gesonderte Rechtssubjekte gesehen. Durch diese Theorie können nach *Dellinger/Oberhammer* die Folgen der Insolvenz einfach und anschaulich erklärt werden.

d. Ergebnis

Die herrschende Lehre hat bislang keine einheitliche Meinung darüber gebildet, welche der Theorien die Stellung des Insolvenzverwalters korrekt definiert. *Rechberger/Thurner* geben an, dass die Vertretertheorie sowie die Organtheorie vorherrschen, sich jedoch keine der Theorien durchgesetzt haben.¹⁰⁶ Nach *Dellinger/Oberhammer* folgt Österreich, was die Parteienbezeichnung anbelangt, der Amtstheorie.¹⁰⁷ Grundsätzlich ist es auch nicht von großer Bedeutung, welcher dieser Theorien gefolgt wird, weil es in der Praxis keine grundlegenden Unterschiede für den Insolvenzverwalter bzw für die Arbeitnehmer macht und in rechtlicher Hinsicht zu fast demselben Ergebnis führt. In dieser Hinsicht ist sich die herrschende Lehre jedenfalls einig. Tatsache ist meiner Ansicht nach nämlich, dass der Insolvenzverwalter keineswegs zum Arbeitgeber wird, sondern nur Arbeitgeberfunktionen

¹⁰⁴ *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht (2002) 32.

¹⁰⁵ Siehe dazu *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht (2002) 32.

¹⁰⁶ *Rechberger/Thurner*, Insolvenzrecht, Einführung und Grundriß (2001) 56.

¹⁰⁷ *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht (2002) 31.

wahrnimmt. Arbeitgeber bleibt, je nachdem welcher Theorie man folgt, der Schuldner bzw die Insolvenzmasse.

3. Rechtsstellung des Arbeitgebers (Gemeinschuldner)

Je nachdem, welcher der oben erwähnten Theorien man folgt, ändert sich auch die Rechtsstellung des Arbeitgebers nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der Insolvenzverwalter wird auch in Hinblick auf die nach *Rechberger/Thurner* beiden am meisten vertretenen Theorien,¹⁰⁸ das sind die Vertretertheorie bzw Organtheorie, nicht als Arbeitgeber angesehen. Er übt lediglich die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers bzw Schuldners aus.

a. Insolvenzverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners

Nach dieser Theorie verliert der Arbeitgeber mit Verfahrenseröffnung seine Verfügungsmacht, welche zugleich auf den Insolvenzverwalter übergeht. Dem Insolvenzverwalter wird also lediglich die „Verfügungsberechtigung über die Arbeitsverhältnisse, die dem Gemeinschuldner im Zeitpunkt der Konkureröffnung entzogen wird“¹⁰⁹ übertragen. In diesem Fall ist der Insolvenzverwalter keinesfalls Arbeitgeber. Das Vertragsverhältnis bleibt weiterhin zwischen Schuldner und Arbeitnehmer bestehen, lediglich die Verfügungsrechte bzgl des Arbeitsverhältnisses gehen auf den Insolvenzverwalter über.¹¹⁰ Er übt sozusagen die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers als Vertretung aus.

b. Insolvenzverwalter als Vertreter der Insolvenzmasse

Nach dieser Theorie erlangt die Insolvenzmasse eine eigene Rechtspersönlichkeit. Der Insolvenzverwalter vertritt lediglich die Insolvenzmasse ohne dabei als Arbeitgeber zu fungieren. In rechtlicher Hinsicht muss davon ausgegangen werden, dass durch diesen Rechtsübergang, egal ob die Insolvenzmasse als juristische Person

¹⁰⁸ *Rechberger/Thurner*, Insolvenzrecht, Einführung und Grundriß (2001) 56.

¹⁰⁹ *Weber*, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1998) 34.

¹¹⁰ Siehe *Weber*, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1998) 34 ff.

gesehen wird oder nicht, die Arbeitgeberfunktion sich ändert.¹¹¹ Mit Rechtsübergang ist nunmehr die Insolvenzmasse Vertragspartner der Arbeitnehmer, welcher vom Insolvenzverwalter vertreten wird. Es kommt also zu einem ex lege Arbeitgeberwechsel.¹¹²

c. Ergebnis

Nach beiden Theorien tritt der Insolvenzverwalter also nicht als Arbeitgeber in die Rechte und Pflichten des Schuldners ein, sondern fungiert vielmehr als Vertreter, weshalb auch meiner Ansicht nach der Insolvenzverwalter definitiv nicht als Arbeitgeber gesehen werden kann. Dass der Insolvenzverwalter als Arbeitgeber gesehen wird, ist meiner Meinung nach auch vom Gesetzgeber so nicht bezweckt gewesen.

4. Sanierungsverfahren

a. Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung

In § 25 Abs 1 IO wird ausdrücklich formuliert, dass der Insolvenzverwalter die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers ausübt. Nach § 171 IO ist der Schuldner im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung berechtigt, alle Rechtshandlungen selber vorzunehmen. Im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung bleibt der Schuldner Arbeitgeber und übt die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers selber aus. Es kommt also zu keiner Änderung der Arbeitgeberstellung des Arbeitgebers.

b. Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung

Im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung verliert der Arbeitgeber wie bereits oben beschrieben seine Befugnisse und der Sanierungsverwalter tritt an seine Stelle, das heißt, er übt die Arbeitgeberrechte aus. Je nachdem welcher Theorie man folgt, bleibt der Schuldner Arbeitgeber oder aber die Insolvenzmasse tritt an Stelle des Arbeitgebers.

¹¹¹ Vgl. *Weber*, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1998) 35.

¹¹² *Weber*, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1998) 36.

5. Exkurs: Problematik Dienstzeugnis

Die Fragestellung, wer im Insolvenzverfahren ein Dienstzeugnis auszustellen hat, warf in der Praxis große Probleme auf. Der OGH¹¹³ ging in seiner früheren Entscheidung aus dem Jahre 2005 davon aus, dass der Anspruch des Arbeitnehmers auf ein Dienstzeugnis nicht das Vermögen betreffe, welches zur Masse gehört und deshalb auch während einem Insolvenzverfahren dieser gegen den Schuldner geltend zu machen ist. Das Verfahren über die Ausstellung eines Dienstzeugnisses konnte also nach dem OGH auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Schuldner eröffnet und fortgesetzt werden. Nur wenn der Arbeitnehmer, welcher vom Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Verfahrens beschäftigt werde und einen Anspruch auf Ausstellung eines Dienstzeugnisses hat, wäre die Rechtsfrage anders zu beurteilen.¹¹⁴ Nach § 6 Abs 1 IO können Rechtsstreitigkeiten, welche sich auf Ansprüche aus dem Vermögen, welches zur Masse gehört, beziehen, gegen den Schuldner weder anhängig gemacht noch fortgesetzt werden. Gemäß § 7 Abs 1 IO werden anhängige Rechtsstreitigkeiten kraft Gesetzes unterbrochen. Ausnahmsweise können Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, welche das zur Insolvenzmasse gehörige Vermögen nicht betreffen, auch während des Insolvenzverfahrens gegen den Schuldner bzw von ihm selbst anhängig gemacht oder fortgesetzt werden. Dabei handelt es sich grundsätzlich um personenbezogene Rechtsstreitigkeiten.¹¹⁵ Der OGH geht in der oben angeführten Entscheidung konsequent davon aus, dass das Dienstzeugnis nicht das zur Insolvenzmasse gehörige Vermögen betreffe. Nach meiner Auffassung ist das Dienstzeugnis während des Insolvenzverfahrens ohne Ausnahme von Insolvenzverwalter auszustellen.¹¹⁶ Ausnahmsweise ist das Dienstzeugnis vom Schuldner auszustellen, wenn ein Verfahren mit Eigenverwaltung anhängig ist. In diesem Fall übt der Schuldner die Arbeitgeberfunktion selber aus. In allen anderen Fällen übt der Insolvenzverwalter die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers aus. Meiner Meinung nach betrifft das Recht auf Ausstellung eines Dienstzeugnisses jedenfalls nicht personenbezogene Rechtsbereiche des Schuldners,

¹¹³ OGH 6.6.2005, 9 ObA 118/04z, DRdA 2006/25, 290 = ARD 5622/7/2005.

¹¹⁴ Vgl *Holzer/Reissner/Schwarz*, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz⁴ (1999) 408.

¹¹⁵ *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 65.

¹¹⁶ In diese Richtung auch *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 65.

sondern ergibt sich viel mehr aus der Rechtsstellung des Arbeitgebers.¹¹⁷ Da die Arbeitgeberfunktion jedoch vom Insolvenzverwalter ausgeübt wird, trifft auch die Pflicht, ein Dienstzeugnis auszustellen, den Insolvenzverwalter und nicht den Schuldner. Auch in der Praxis werden Dienstzeugnisse vom Insolvenzverwalter ausgestellt bzw richtet sich der Anspruch auf Ausstellung eines Dienstzeugnisses gegen den Insolvenzverwalter. Probleme ergeben sich meistens dahingehend, dass der Insolvenzverwalter nicht die notwendigen Informationen über den Arbeitnehmer hat, um ein ordnungsgemäßes Dienstzeugnis zu erstellen. Aus diesem Grund kann sich meiner Meinung nach der Insolvenzverwalter auf die Mitwirkungspflicht des Schuldners¹¹⁸ berufen und Hilfe bei der Ausstellung eines Dienstzeugnisses in Anspruch nehmen.

C. Begründung von Arbeitsverhältnissen

Die Berechtigung, Arbeitsverhältnisse zu begründen, liegt für die Dauer des Insolvenzverfahrens in den Kompetenzbereich des Insolvenzverwalters und nicht des Arbeitgebers (Schuldner). Eine Ausnahme bildet natürlich das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung.

D. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Während dem Insolvenzverfahren kann lediglich der Insolvenzverwalter bzw der Arbeitnehmer selbst Arbeitsverhältnisse beenden.¹¹⁹

1. Allgemeine Beendigungsmöglichkeiten

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach den allgemeinen Bestimmungen des Arbeitsrechts ist grundsätzlich sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Insolvenzverwalter möglich. Der Insolvenzverwalter kann den Arbeitnehmer aus den im Gesetz festgelegten Gründen fristlos entlassen oder aber auch ordentlich kündigen

¹¹⁷ Vgl *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 66.

¹¹⁸ Vgl dazu § 90 IO.

¹¹⁹ Ausgenommen ist das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung, da der Schuldner in diesem Fall seine Arbeitgeberstellung beibehält.

und der Arbeitnehmer kann aus dem im Gesetz festgelegten Gründen das Dienstverhältnis vorzeitig beenden oder aber auch unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen kündigen. Lediglich der berechtigte Austritt des Arbeitnehmers nach § 26 AngG wegen Vorenthaltens des Entgelts ist nach der ständigen Rechtsprechung des OGH nach Eröffnung des Konkurses nicht mehr möglich, wenn die Entgeltrückstände aus der Zeit vor Eröffnung des Konkurses stammen.¹²⁰ In diesem Zusammenhang können in der Praxis Probleme entstehen, da Arbeitnehmer, die mehrere Monate kein Entgelt erhalten haben und an ihre Existenzgrenze kommen, nicht berechtigt austreten können, da ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. In den meisten Fällen sollte dennoch von einem Austritt gemäß § 26 AngG abgesehen werden, da ein hohes Risiko besteht, dass dieser Austritt als unberechtigt gilt und der Arbeitnehmer dadurch Ansprüche verliert.¹²¹ Auch bei einem Austritt wegen Vorenthaltens des Entgelts kurz vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist Vorsicht geboten, da diesbezüglich auch nach dem IRÄG 2010 keine Regelung in der IO geschaffen wurde und die Judikatur in dieser Hinsicht wechselhaft ist. Wenn nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch den Insolvenzverwalter Masseunzulänglichkeit angemeldet wird und Arbeitnehmer in diesem Zusammenhang kein Entgelt erhalten, dann steht ihnen jedenfalls das Recht auf berechtigten Austritt nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen zu.

2. Besondere Beendigungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters bzw Arbeitnehmers

Nach § 25 IO kann das Dienstverhältnis

- innerhalb eines Monats ab Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens,
- innerhalb eines Monats ab öffentlicher Bekanntmachung des Beschlusses, der die Schließung des Unternehmens bzw Teile davon anordnet, oder aber
- innerhalb eines Monats ab der Berichtstagsatzung, außer das Gericht beschließt dort die Fortführung des Unternehmens bzw

¹²⁰ Vgl dazu OGH 29.8.1996, 8 Ob S 2030/96d, WBl 1996, 325 = ZIK 1996, 131.

¹²¹ Vor allem, wenn das Dienstverhältnis vor dem 1.1.2003 begründet wurde und der Arbeitnehmer im alten Abfertigungssystem ist.

- im vierten Monat nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, wenn bis dahin keine Berichtstagsatzung stattgefunden hat,

vom Insolvenzverwalter unter Einhaltung der gesetzlichen, kollektivvertraglichen oder aber zulässig vereinbarten kürzeren Kündigungsfrist oder vom Arbeitnehmer durch berechtigten vorzeitigen Austritt aufgelöst werden. Der Insolvenzverwalter kann das Dienstverhältnis also außerordentlich kündigen und der Arbeitnehmer kann berechtigt austreten. Es handelt sich dabei um ein besonderes Lösungsrecht, das sowohl dem Arbeitnehmer als auch dem Insolvenzverwalter zusteht.¹²² Im Falle eines berechtigten Austritts steht dem Arbeitnehmer eine Kündigungsentschädigung für die im Gesetz, Kollektivvertrag oder Einzelvertrag vereinbarte Kündigungsfrist zu. § 25 IO spricht bei dieser besonderen Beendigungsmöglichkeit von „bereits angetretenen Dienstverhältnissen“, das meiner Ansicht nach keiner Konkretisierung bedarf. Nicht näher eingegangen wird nach dem Gesetzestext darauf, ob ein Dienstverhältnis bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens angetreten sein muss oder ob diese besondere Beendigungsmöglichkeit nach § 25 IO auch auf Dienstverhältnisse angewendet wird, welche erst nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens neu entstehen. Diese Fragestellung wurde in der Praxis oftmals erörtert und von *Konecny* oder aber *Weber* auch dahingehend beantwortet, dass die besondere Beendigungsmöglichkeit des Dienstverhältnisses auf den Bestand des Dienstverhältnisses abstellt, unabhängig davon, wann das Dienstverhältnis zustande gekommen ist.¹²³ Meiner Meinung nach wird ebenfalls von keiner restriktiven Interpretation des Lösungsrechtes gemäß § 25 IO auszugehen sein, zumal es keine rechtlich logische Erklärung dafür gibt, dass Dienstverhältnisse, welche erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch den Insolvenzverwalter eingegangen werden, von der Bestimmung nach § 25 IO ausgeschlossen werden sollten. Das Kündigungsrecht des Insolvenzverwalters bzw Schuldners (im Falle eines Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung) gemäß § 25 IO stellt grundsätzlich auf die Unternehmensschließung und nicht auf den Zeitpunkt des Zustandekommens des Dienstverhältnisses ab. Ein solcher Ausschlusstatbestand würde auch in Hinblick auf die Bestimmungen der IO über die Möglichkeit der Begründung von neuen

¹²² Vgl *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht (2002) 109.

¹²³ *Weber*, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1997) 58.

Dienstverhältnissen durch den Insolvenzverwalter sinnlos erscheinen. Auch in Hinblick auf befristete Arbeitsverhältnisse wird davon auszugehen sein, dass die besondere Beendigungsmöglichkeit gemäß § 25 IO zum Tragen kommt.

3. Zusätzliche Bestimmungen über das Kündigungsrecht des Insolvenzverwalters

a. Vorteile des außerordentlichen Kündigungsrechts nach § 25 IO

Der Insolvenzverwalter hat durch das außerordentliche Kündigungsrecht folgende Vorteile:

- Die außerordentliche Kündigung ist auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen möglich¹²⁴,
- Arbeitsverträge, bei denen vertraglich die Unkündbarkeit des Arbeitnehmers vereinbart wurde, können außerordentlich gekündigt werden sowie
- vertragliche Kündigungsfristen, die länger als die gesetzlichen sind, müssen nicht eingehalten werden; dh der Insolvenzverwalter muss also entweder die gesetzlichen bzw kollektivvertraglichen oder aber vertraglich vereinbarten kürzeren Kündigungsfristen einhalten.¹²⁵

Ebenfalls nicht relevant sind vertraglich vereinbarte Kündigungstermine.

b. Der allgemeine, besondere und individuelle Kündigungsschutz

Wie bereits oben beschrieben ist der Insolvenzverwalter bei der Ausübung seines Kündigungsrechts nach § 25 IO an keinen vertraglich vereinbarten Kündigungsschutz gebunden. Gesetzlich vorgesehene Kündigungsschutzbestimmungen jedoch müssen seinerseits berücksichtigt werden.¹²⁶ Zum Einen gehört dazu der allgemeine

¹²⁴ Im Arbeitsrecht läuft das befristete Arbeitsverhältnis automatisch aus; eine Kündigung vor Ablauf der Befristung ist nur dann möglich, wenn dies zwischen den Vertragspartnern ausdrücklich vereinbart wurde.

¹²⁵ Vgl dazu *Holzer/Reissner/Schwarz*, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz⁴ (1999) 439 ff.

¹²⁶ *Schwarz/Reissner/Holzer/Holler*, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz³ (1993) 439.

Kündigungsschutz nach §§ 105, 107 ArbVG.¹²⁷ Eine Kündigung kann also unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen angefochten werden. Eine Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit macht jedoch im Insolvenzverfahren wenig Sinn, da sicherlich betriebliche Gründe für die Kündigung entgegengehalten werden können.¹²⁸ Und zum anderen muss der Insolvenzverwalter besondere Kündigungsschutzbestimmungen berücksichtigen.¹²⁹ In den meisten Fällen bedeutet dies, dass der Insolvenzverwalter vor Ausspruch der Kündigung die Zustimmung des Gerichts einholen muss. Das Gericht darf die Zustimmung zu einer Kündigung nur dann erteilen, wenn die im Gesetz genannten Gründe vorliegen. Dabei handelt es sich um „Kündigungszustimmungsgründe“¹³⁰. Des Weiteren ist in § 25 Abs 1 a IO geregelt, dass lediglich die Klage oder der Antrag auf Zustimmung des Gerichts oder der Behörde innerhalb der in der IO geregelten Fristen einzubringen ist. Sofern die Kündigung umgehend nach Zustimmung erfolgt, kann diese dann aber auch außerhalb der Fristen ausgesprochen werden. Einen besonderen Kündigungsschutz haben:

- Betriebsratsmitglieder nach den Bestimmungen des §§ 120 f ArbVG besonderen Kündigungsschutz,
- Mütter und Väter in Karenz oder Elternteilzeit nach dem MSchG bzw VKG,
- Präsenz-, Ausbildungs- und Zivildienstler,
- begünstigt Behinderte,
- Lehrlinge sowie
- Arbeitnehmer, die in Familienhospizkarenz sind.

Neben dem allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz muss der Insolvenzverwalter beim Ausspruch einer begünstigten Kündigung nach § 25 IO den individuellen Kündigungsschutz berücksichtigen. Zu nennen wären hier zB die Bestimmungen des GIBG.¹³¹

¹²⁷ OGH 21.2.1984, 4 Ob 1/84, ZAS 1985, 221 = RdW 1984, 317.

¹²⁸ Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 78.

¹²⁹ OGH 21.2.1984, 4 Ob 1/84, ZAS 1985, 221 = RdW 1984, 317.

¹³⁰ Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 78.

¹³¹ Im Detail sind die Bestimmungen über die Antidiskriminierung von großer Bedeutung.

c. Das Kündigungsfrühwarnsystem gemäß § 45a AMFG

Das Kündigungsfrühwarnsystem ist eine gesetzliche Regelung des AMFG. Die Anzeigepflicht besteht gemäß § 45a AMFG gegenüber dem AMS für Betriebe bei Auflösung von Dienstverhältnissen:

- von mindestens fünf Arbeitnehmern in Betrieben mit mehr als 20 und weniger als 100 Beschäftigten oder
- von mindestens fünf von 100 der Arbeitnehmern in Betrieben mit 100 bis 600 Beschäftigten oder
- von mindestens 30 Arbeitnehmern in Betrieben mit mehr als 600 Beschäftigten oder
- von mindestens fünf ArbeitnehmerInnen, die das 50. Lebensjahr vollendet haben (gilt nicht bei Saisonbetrieben).

Diese Anzeigepflicht besteht unabhängig davon, ob ein Insolvenzverfahren läuft oder nicht. Die Anzeige erfolgt schriftlich und unter Beiziehung des Betriebsrates.

Die schriftliche Anzeige hat folgende Angaben zu enthalten:¹³²

- Angaben über die Auflösungsgründe,
- Zeitraum, Zahl und Verwendung der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer,
- Zahl und Verwendung der von der Auflösung voraussichtlich Betroffenen,
- Alter, Geschlecht, Qualifikationen und Beschäftigungsdauer der Betroffenen,
- weitere für die Auswahl der Betroffenen maßgeblichen Kriterien sowie
- die flankierenden sozialen Maßnahmen.

¹³² Frühwarnsystem § 45a (AMFG), oS, abrufbar unter: www.ams.at (3.3.2014).

d. Rechtsfolgen der außerordentlichen Kündigung

Eine außerordentliche Kündigung durch den Insolvenzverwalter hat dieselben Rechtsfolgen wie eine Kündigung, welche durch den Arbeitgeber ausgesprochen wurde. Neben dem Entgeltanspruch steht dem Arbeitnehmer eine Abfertigung, Urlaubersatzleistung, anteilige Sonderzahlung sowie eine Kündigungsentschädigung zu, sofern die Voraussetzungen für einen Kündigungsentschädigungsanspruch erfüllt sind. Näheres zu den Ansprüchen siehe unten in Kapitel III.

4. Zusätzliche Bestimmungen über das Austrittsrecht des Arbeitnehmers

a. Allgemeines

Wie bereits oben ausgeführt steht dem Arbeitnehmer im Gegensatz zum außerordentlichen Kündigungsrecht des Insolvenzverwalters das begründete Austrittsrecht zu. Wenn es zur Entscheidung kommt, dass das Unternehmen fortgeführt wird, so steht grundsätzlich weder dem Insolvenzverwalter noch dem Arbeitnehmer die Lösungsmöglichkeit des § 25 IO zu. Eine Ausnahme stellt die durch das IRÄG 2010 eingeführte Regelung über die außerordentliche Kündigungsmöglichkeit des Insolvenzverwalters gemäß § 25 Abs 1b Satz 2 IO dar. Im Falle der Fortführung des Unternehmens hat der Insolvenzverwalter das Recht, Arbeitnehmer, die in einem einzuschränkenden Bereich beschäftigt sind, zu kündigen. Falls der Insolvenzverwalter eine solche Kündigung im Falle der Fortführung des Unternehmens ausspricht, dann hat der Arbeitnehmer das Recht, nach Ausspruch der Kündigung seinen berechtigten Austritt bekannt zu geben. Diese Regelung soll ermöglichen, Dienstverhältnisse, die für das Unternehmen von keinem Nutzen sind, rasch zu beenden.

b. Rechtsfolgen des berechtigten Austritts

Beim Austritt nach § 25 Abs 1 IO hat der Arbeitnehmer neben dem Entgeltanspruch Anspruch auf anteilige Sonderzahlung, Urlaubersatzleistung sowie Kündigungs-

entschädigung. Dem Arbeitnehmer steht auch auf Verlangen ein Dienstzeugnis zu. Die ersten drei Monate der Kündigungsentschädigung kommt es zu keiner Anrechnung. Das heißt der Arbeitnehmer kann in den ersten drei Monaten „dazu verdienen“, ohne dass dadurch die Kündigungsentschädigung gekürzt wird. Probleme über die zeitliche Dauer der Kündigungsentschädigung ergeben sich bei einem berechtigten Austritt nach § 25 Abs 1 IO, wenn der Austritt von einem Arbeitnehmer ausgesprochen wird, der einen besonderen Kündigungsschutz genießt. Angenommen wird demnach, dass eine über die ordnungsgemäße Kündigungsfrist hinausgehende längere Kündigungsentschädigung dem Arbeitnehmer dann zusteht, wenn das durch den Kündigungsschutz geschützte Rechtsgut trotz Beendigung des Arbeitsverhältnisses weiterbesteht.¹³³ Demnach haben folgende geschützte Arbeitnehmergruppen Anspruch auf eine längere Kündigungsentschädigung:

- Nach dem MSchG bzw. VKG geschützte Arbeitnehmer,
- Präsenz-, Zivil- oder Ausbildungsdienler,
- Lehrlinge sowie
- begünstigt Behinderte.

Betriebsratsmitglieder haben keinen Anspruch auf die längere Kündigungsentschädigung, weil das geschützte Rechtsgut nach Auflösung des Dienstverhältnisses nicht mehr weiterbesteht.¹³⁴

5. Besondere Beendigungsmöglichkeit im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung

Im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung kann entweder der Arbeitnehmer gemäß § 25 Abs 1 IO vorzeitig austreten oder aber der Schuldner bzw Arbeitgeber kann das Dienstverhältnis gemäß § 25 Abs 1 c IO kündigen. Der Schuldner muss die Kündigung innerhalb eines Monats nach der öffentlichen Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses ausgesprochen haben und sie muss zugegangen sein. Wegen dieser kurzen Frist von einem Monat entstehen dann Probleme, wenn aufgrund der

¹³³ Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 85.

¹³⁴ Vgl Holzer/Reissner/Schwarz, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz⁴ (1999) 459.

Anzahl der Kündigungen das Frühwarnsystem des § 45a AMFG zur Anwendung kommt und sich das Arbeitsmarktservice nicht ehest entscheidet, dann ist die Monatsfrist für die besondere Kündigungsmöglichkeit des Schuldners vor Ablauf der Frist nach § 45a AMFG um. In Fällen, in welchen Kündigungen geplant sind, die das Frühwarnsystem auslösen, ist es sinnvoll, das Arbeitsmarktservice vor Eröffnung des Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung über die beabsichtigte Kündigungen zu informieren. Die sogenannte Monatsfrist ist bei Arbeitnehmern mit besonderem Kündigungsschutz auch dann gewahrt, wenn fristgerecht bei Gericht die Klage oder der Antrag auf Zustimmung eingebracht wird.¹³⁵

6. Beendigung nicht angetretener Arbeitsverhältnisse

§ 25 IO richtet sich nach dem Wortlaut des Gesetzes lediglich auf Arbeitsverhältnisse, die bereits angetreten wurden. Das heißt, dass Arbeitsverträge, die zwar bereits abgeschlossen wurden, der Dienstantritt jedoch noch nicht stattgefunden hat, vom Regelungsbereich des § 25 IO ausgeschlossen sind. Demnach hat aber sowohl der Insolvenzverwalter als auch der Arbeitnehmer nach § 21 IO ein Rücktrittsrecht. Im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung steht dieses Rücktrittsrecht dem Schuldner selbst zu, wobei er die Zustimmung des Sanierungsverwalters einholen muss.¹³⁶

a. Rücktrittsrecht des Insolvenzverwalters nach § 21 IO

Der Insolvenzverwalter kann entscheiden ob er von seinem Eintritts- oder Austrittsrecht Gebrauch macht.¹³⁷ Er ist dabei an keine Frist gebunden. Lediglich wenn der andere Vertragspartner beim Insolvenzgericht beantragt, dass eine „angemessene Erklärungsfrist“¹³⁸ bestimmt wird, muss sich der Insolvenzverwalter innerhalb dieser Frist äußern.¹³⁹ Die Nichtäußerung wird als Rücktritt vom Vertrag

¹³⁵ Weber-Wilfert in FS 63.

¹³⁶ Vgl § 171 Abs 1 IO.

¹³⁷ Vgl § 21 Abs 1 IO; siehe auch Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 67.

¹³⁸ Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 67.

¹³⁹ Siehe § 21 Abs 2 IO.

gewertet. Das Rücktrittsrecht löst einen Schadenersatzanspruch aus. Das heißt dem Arbeitnehmer steht eine Kündigungsentschädigung zu. Auf das Verschulden kommt es dabei nicht an.

b. Rücktrittsrecht des Arbeitnehmers nach § 30 Abs 4 AngG

In der IO findet sich keine entsprechende Regelung auf Arbeitnehmerseite. Es gibt also kein ausdrückliches Rücktrittsrecht des Arbeitnehmers nach der IO. In § 30 Abs 4 AngG wird jedoch ein Rücktrittsrecht für Arbeitnehmer¹⁴⁰ im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers eingeräumt. Obwohl sich das Rücktrittsrecht nur auf Angestellte bezieht, wird diese Regelung meiner Ansicht nach analog auch auf andere Arbeitnehmer anzuwenden sein.¹⁴¹ Auch hier ist das Rücktrittsrecht an keine Frist gebunden und steht dem Insolvenzverwalter auch keine Möglichkeit zur Verfügung eine Fristsetzung durch das Insolvenzgericht zu veranlassen. Obwohl gesetzlich nicht konkret geregelt, wird davon auszugehen sein, dass der verschuldensunabhängige Schadenersatzanspruch auch bei einem Rücktritt durch den Arbeitnehmer zum Tragen kommt.¹⁴²

7. Exkurs: Beendigung nach § 25 IO in Zusammenhang mit der Auflösungsabgabe

Eine Auflösungsabgabe fällt grundsätzlich dann an, wenn ein arbeitslosenversicherungspflichtiges Dienstverhältnis¹⁴³ beendet wird und nicht eine Ausnahmeregelung greift und die Auflösungsabgabe in Höhe von EUR 115,- vom Arbeitgeber doch nicht zu entrichten ist. Auf die Auflistung der einzelnen Ausnahmebestimmungen wird hier verzichtet. Eine Betriebsschließung schließt die Entrichtung der Auflösungsabgabe nicht aus. Beendigungen nach § 25 IO jedoch sind von der Auflösungsabgabe befreit.

¹⁴⁰ Dieses Austrittsrecht nach § 30 Abs 4 AngG steht neben dem Arbeitnehmer auch dem Arbeitgeber bzw Masseverwalter zu.

¹⁴¹ In diese Richtung auch *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 68; *Pfeil* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1² (2011) § 30 AngG RZ 16.

¹⁴² Vgl *Holzer/Reissner/Schwarz*, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz⁴ (1999) 428 ff.

¹⁴³ Die Bestimmungen über die Auflösungsabgabe gelten auch für ein freies Dienstverhältnis.

III. Ansprüche der Arbeitnehmer im Insolvenzverfahren

A. Allgemeines

Vor dem IRÄG 1994 hing die Aufteilung in Konkurs- oder Masseforderungen ausschließlich davon ab, ob das Dienstverhältnis durch den Masseverwalter oder den Arbeitnehmer aufgrund der Eröffnung des Konkursverfahrens beendet wurde.¹⁴⁴ Diese Regelung wurde beiseite gelegt, weil es oftmals dazu führte, dass der Masseverwalter alle Arbeitnehmer kündigte. Diese Vorgehensweise war vom Gesetzgeber nämlich nicht beabsichtigt. Mittlerweile hängt die Aufteilung in Insolvenz- oder Masseforderung davon ab, ob die Forderungen erst nach Eröffnung des Verfahrens entstanden sind oder zum Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens bereits bestanden haben.¹⁴⁵ Das heißt, dass die Forderungen der Arbeitnehmer weiterhin in Insolvenz- und Masseforderung aufgeteilt werden. Laufendes Entgelt und Sonderzahlungen für die Zeit vor Insolvenzeröffnung sind Insolvenzforderungen und für die Zeit nach Insolvenzeröffnung sind diese Masseforderungen. Masseforderungen sind immer voll zu befriedigen, Insolvenzforderungen hingegen werden nur quotenmäßig beglichen. Die zentrale Regelung über die Einordnung in Masseforderungen befindet sich in § 46 Z 3 und 3a IO. § 46 Z 3 und 3a IO geht in personeller Hinsicht vom Begriff Arbeitnehmer bzw arbeitnehmerähnliche Person aus. Der Arbeitnehmerbegriff deckt sich mit dem Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsvertragsrechts. Im Gesetz wird zwischen zwei Forderungsarten unterschieden:

- Laufendes Entgelt
- Ansprüche aus der Beendigung

¹⁴⁴ In diesem Zusammenhang zu berücksichtigen und von großer Bedeutung ist vor allem das Austrittsrecht nach § 25 Abs 1 IO.

¹⁴⁵ *Rechberger/Thurner*, Insolvenzrecht, Einführung und Grundriß (2001) 41 ff.

B. Masseforderungen

1. Entgeltansprüche

a. Laufendes Entgelt

Der Begriff des laufenden Entgelts ist nach dem AngG sehr weit auszulegen und es werden alle Entgeltbestandteile als laufendes Entgelt eingestuft, die der Arbeitnehmer für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft enthält.¹⁴⁶ Nach ständiger Rechtsprechung des OGH¹⁴⁷ zählt auch die Abfertigung dazu. Im Insolvenzverfahren werden Ansprüche jedoch aufgeteilt auf „laufendes Entgelt“ und „Beendigungsansprüche“. Insofern wird es nicht möglich sein, den Entgeltsbegriff des AngG im Zusammenhang mit einem Insolvenzverfahren anzuwenden. Auch der restriktiv ausgelegte Begriff des fortlaufenden Gehalts, welches im Arbeitsrecht verwendet wird, kann nicht ins Insolvenzrecht übertragen werden, da das laufende Entgelt wesentlich mehr beinhaltet. Dazu zählen nämlich neben dem Monatslohn bzw Monatsgehalt auch Prämienzahlungen, Jubiläumsgelder, Mehr- und Überstunden, Gewinnbeteiligungen, Zulagen und Zuschläge, Diäten, Spesen und vieles mehr. Für die Einstufung als Masseforderung ist der Zeitpunkt der Leistungserbringung maßgebend. Es kommt im Insolvenzverfahren also oftmals vor, dass Entgeltansprüche gesplittet werden; ein Teil des Monatsentgelts vor Verfahrenseröffnung zusteht und deshalb als Insolvenzforderung und ein Teil des Entgelts nach Verfahrenseröffnung zusteht und als Masseforderung einzustufen ist.

b. Sonderzahlungen

Die Sonderzahlungen (Weihnachtsremuneration, Urlaubszuschuss) werden in der Insolvenzordnung gesondert angeführt, sind aber nach § 46 Z 3 IO ebenfalls laufendes Entgelt. Zu den Sonderzahlungen zählen auch Bilanzgelder oder Jubiläumszahlungen. In der Praxis zu Schwierigkeiten führt die Zurechnung der Sonderzahlungen zu einem bestimmten Zeitraum. Die Entstehung des Anspruchs ist

¹⁴⁶ Weber, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1998) 86.

¹⁴⁷ Vgl OGH 27.1.1988, 9 ObA 183/87, DRdA 1990, 330 = RdW 1988, 295 = WBI 1988, 162.

jedoch, wie bereits oben angeführt, wichtig für die Einteilung in Masse- und Insolvenzforderungen. Maßgeblich sind hier zum einen das „Stichtagsprinzip“ und zum anderen das „Anwartschaftsprinzip“.¹⁴⁸ Beim Anwartschaftsprinzip erhält der Arbeitnehmer den Anspruch auf Sonderzahlung aliquot. Das heißt je länger das Dienstverhältnis andauert, desto höher ist der Sonderzahlungsanspruch.¹⁴⁹ Wenn der Arbeitnehmer das gesamte Jahr hindurch beschäftigt ist, hat er Anspruch auf die gesamte Sonderzahlung. Nach dem Stichtagsprinzip hat der Arbeitnehmer nur dann Anspruch auf die Sonderzahlung, wenn er zu einem bestimmten Stichtag im Unternehmen beschäftigt ist. Falls der Arbeitnehmer vor dem Stichtag ausscheidet, dann erwirbt er den Sonderzahlungsanspruch erst gar nicht.¹⁵⁰ Welche der beiden Prinzipien zur Anwendung gelangt, unterliegt der freien Disposition der Vertragspartner im Arbeitsrecht. Nicht zu vergessen ist in diesem Zusammenhang jedoch § 16 AngG. Hier wird gesetzlich geregelt, dass im Falle der Beendigung des Dienstverhältnisses im laufenden Jahr der Sonderzahlungsanspruch anteilig nach der zurückgelegten Dienstzeit entsteht.¹⁵¹ Diese Bestimmung ist zwingend und kann einzel- oder kollektivvertraglich nicht zum Nachteil der Arbeitnehmer geändert werden. Das Aliquotierungsgebot gilt auch im Insolvenzverfahren. Das bedeutet, dass Sonderzahlungen ebenfalls aufgeteilt werden in Masse- oder Insolvenzforderungen, je nachdem ob der aliquote Teil der Sonderzahlung in den Zeitraum vor oder nach Eröffnung des Verfahrens hineinfällt.¹⁵² Auch wenn vertraglich der Sonderzahlungsanspruch nach dem Stichtagsprinzip vereinbart wird, ist davon auszugehen, dass auch im Insolvenzverfahren eine Aliquotierung nach dem Anwartschaftsprinzip vorzunehmen ist. Die Rechtsprechung geht ebenfalls grundsätzlich vom Anwartschaftsprinzip, das heißt von einer Aufteilung in Masse- und Insolvenzforderungen aus.¹⁵³ Die Aliquotierung kann in Monaten (geteilt durch 12) oder Tagen (geteilt durch 365) erfolgen. Die Aliquotierung in Tagen führt in Hinblick auf die Aufteilung in Masse- und Insolvenzforderung jedenfalls zu einem

¹⁴⁸ Weber, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1998) 90.

¹⁴⁹ Vgl auch Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 93.

¹⁵⁰ Siehe Weber, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1998) 90.

¹⁵¹ Preiss in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1² (2011) § 16 AngG Rz 3.

¹⁵² In diese Richtung auch Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 93.

¹⁵³ Vgl OGH 16.11.1995, 8 Ob 30/95, JBl 1996, 468 = RdW 1996, 364.

präziseren Ergebnis. In der Praxis wird jedenfalls eine Aufteilung in Tagen vorgenommen. Der Sonderzahlungsanspruch, der vor Eröffnung des Verfahrens entsteht, ist Insolvenzforderung und der Sonderzahlungsanspruch, der ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens entsteht, ist Masseforderung.

c. Betriebspensionen

Laufende Betriebspensionsleistungen werden nach der Rechtsprechung des OGH¹⁵⁴ als laufendes Entgelt für die zu diesem Zeitpunkt erbrachten Dienstleistungen angesehen. Aus diesem Grund sind Betriebspensionen als Insolvenzforderungen einzustufen, weil diese für die Arbeitsleistung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zustehen. Demnach ist eine Betriebspension nur dann als Masseforderung einzustufen, wenn ein Teil der Betriebspension sich auf eine Arbeitsleistung stützt, die erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens geleistet wurde.¹⁵⁵

2. Beendigungsansprüche

Als Beendigungsansprüche gelten zum Einen Abfertigungen, Urlaubersatzleistungen samt anteiliger Sonderzahlungen und zum Anderen Schadenersatzansprüche wie zB die Kündigungsentschädigung. Auch in Bezug auf die Beendigungsansprüche ist nicht auf deren Fälligkeit, sondern auf den Beendigungszeitpunkt Bedacht zu nehmen.¹⁵⁶ Dies jedenfalls auch nach der Rechtsprechung des OGH.¹⁵⁷ Unterschieden wird im Übrigen zwischen Beschäftigungsverhältnissen, die zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits bestehen und solchen, die erst nach Verfahrenseröffnung eingegangen werden. Bei Ansprüchen aus Beschäftigungsverhältnissen, die erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingegangen werden, handelt es sich ausschließlich um Masseforderungen. Bei „alten Beschäftigungsverhältnissen“ handelt es sich bei den Beendigungsansprüchen nur dann um Masseforderungen, sofern der Insolvenzverwalter das Dienstverhältnis auflöst, wobei es keine Auflösung nach § 25 IO sein darf oder die Auflösung des

¹⁵⁴ OGH 23.09.1980, 4 Ob 39/80, ZAS 1981/20, 138 = DRdA 1981, 147.

¹⁵⁵ Vgl. Holzer/Reissner/Schwarz, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz⁴ (1999) 474.

¹⁵⁶ Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 95.

¹⁵⁷ OGH 24.3.1987, 14 ObA 35/87, ARD 3912/10/87.

Dienstverhältnisses seitens des Arbeitnehmers vorgenommen wird, wobei die Beendigung auf eine Rechtshandlung oder ein sonstiges Verhalten des Insolvenzverwalters in Zusammenhang zu bringen ist.¹⁵⁸ Zu nennen wäre hier zB die Nichtzahlung des Entgelts.

a. Abfertigung

Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Abfertigung anlässlich der Beendigung des Dienstverhältnisses. Sie ist ein durch das Auflösen des Dienstverhältnisses bedingtes Entgelt.¹⁵⁹ Diese knüpft an die Erfüllung gewisser Voraussetzungen, wie die rechtliche Dauer des Dienstverhältnisses und die anspruchsbegründende Beendigung an. Je nachdem wie lange das Dienstverhältnis gedauert hat, wird ein Vielfaches des monatlichen Entgelts als Abfertigung ausbezahlt. Die Abfertigung gebührt nicht bei allen Beendigungsarten des Dienstverhältnisses. Anspruchsbegründend sind neben Arbeitgeberkündigung, einvernehmliche Auflösung, berechtigter Austritt, unberechtigte fristlose Entlassung, Zeitablauf und Mutterschafts- bzw Vaterschaftsaustritt auch der Austritt gemäß § 25 IO. Bei der Bemessung der Höhe des Abfertigungsanspruches werden die vertraglich einzuhaltende Kündigungsfrist und der Kündigungstermin mitberücksichtigt. Das heißt, dass die Zeit, in welcher der Arbeitnehmer aufgrund des Austrittes gemäß § 25 IO Anspruch auf eine Kündigungsentschädigung hat, zählt ebenfalls als Dienstzeit. In diesem Zusammenhang von praktischer Bedeutung ist, dass bei einem Dienstverhältnis, welches vor dem 1. Jänner 2003 begründet wurde (Abfertigung alt) im Falle eines berechtigten Austrittes gemäß § 25 IO überprüft werden sollte, ob der Arbeitnehmer nicht durch einen tageweise späteren Austritt einen höheren Abfertigungsanspruch hat. Gemäß § 23 Abs 2 AngG entfällt im Falle der Auflösung eines Unternehmens die Verpflichtung zur Gewährung einer Abfertigung ganz oder teilweise dann, wenn sich die persönliche Wirtschaftslage des Dienstgebers derart verschlechtert hat, dass ihm die Erfüllung dieser Verpflichtung zum Teil oder zur Gänze billigerweise nicht zugemutet werden kann. Diese Ausnahmeregelung über die Abfertigung gilt nach

¹⁵⁸ Vgl *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 96.

¹⁵⁹ *Weber*, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1997) 93.

herrschender Judikatur¹⁶⁰ jedoch „mangels Schutzbedürftigkeit des Schuldners“ nicht in der Insolvenz, weshalb nicht näher darauf eingegangen werden muss.¹⁶¹

b. Urlaubersatzleistung

Die Urlaubersatzleistung samt anteiliger Sonderzahlung gebührt dann, wenn der Arbeitnehmer vor Beendigung des Dienstverhältnisses den ihm zustehenden Urlaub noch nicht konsumiert hat. Ob der Arbeitnehmer tatsächlich Anspruch auf Urlaubersatzleistung hat, hängt von der Art der Beendigung des Dienstverhältnisses ab. Bei einem unberechtigten vorzeitigen Austritt verliert der Arbeitnehmer gemäß § 10 Abs 2 UrlG die Ersatzleistung. Auch für die Dauer der Kündigungsentschädigung wird der fiktive Urlaubsanspruch berechnet und gelangt ebenfalls in Form von einer Urlaubersatzleistung zur Auszahlung.

c. Kündigungsentschädigung/Schadenersatz

ca. Allgemeines

Bei der Kündigungsentschädigung handelt es sich um einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch.¹⁶² Dies wurde bereits mit dem IRÄG 1997 vom Gesetzgeber klargestellt. Die Kündigungsentschädigung gebührt für die vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses und ist als Schadenersatzanspruch zu sehen, wobei eine insolvenzrechtliche und eine insolvenzentgelt-sicherungsrechtliche Unterscheidung vorzunehmen ist. Angesichts der insolvenzentgeltsicherungsrechtlichen Betrachtung ist nicht relevant, ob tatsächlich ein Schaden entstanden ist oder nicht. Für die ersten drei Monate der Kündigungsentschädigung wird durch die IEF - Service GmbH nichts angerechnet, wenn der Arbeitnehmer eine neue Stelle und zusätzlich zur Kündigungsentschädigung ein Einkommen hat. Die Kündigungsentschädigung wird sozusagen unbedingt ausbezahlt. Ab dem vierten Monat der Kündigungsentschädigung prüft die

¹⁶⁰ Vgl OGH 22.9.1983, 4 Ob 87/83, Arb 10293/1983.

¹⁶¹ Mayr in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1² (2011) § 23 AngG Rz 33.

¹⁶² Holzer/Reissner/Schwarz, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz⁴ (1999) 458.

IEF Service-GmbH, ob und wie viel der Arbeitnehmer für die restliche Dauer der Kündigungsfrist anderweitig verdient hat. Falls er kein Einkommen hatte, dann bekommt er eine Kündigungsentschädigung für die gesamte Kündigungsfrist. Falls er ein Einkommen hatte, muss er sich ab dem vierten Monat anrechnen lassen, was er verdient hat und bekommt lediglich den Differenzbetrag, falls ein solcher besteht.¹⁶³ Eine Anrechnung gemäß § 29 Abs 1 AngG erfolgt dann, wenn der Arbeitnehmer

- infolge des Ausbleibens der Dienstleistung etwas erspart hat,
- durch eine anderweitige Verwendung etwas erworben oder
- zu erwerben absichtlich versäumt hat.

cb. Kündigung durch den Insolvenzverwalter gemäß § 25 IO

Da auch insolvenzrechtlich betrachtet gemäß § 25 Abs 2 IO dem Arbeitnehmer ein Schadenersatzanspruch zusteht, wenn das Dienstverhältnis durch den Insolvenzverwalter vorzeitig beendet wird¹⁶⁴, errechnet sich der Anspruch auf Kündigungsentschädigung nach der gesetzlich einzuhaltenden Kündigungsfrist und dem Kündigungstermin. Auch eine vertraglich vereinbarte längere Kündigungsfrist wird bei der Berechnung berücksichtigt. Da während der fiktiven Dauer des Dienstverhältnisses weitere Ansprüche entstehen können, werden auch diese in den Schadenersatzanspruch miteinbezogen.¹⁶⁵ Zu erwähnen wäre in diesem Zusammenhang zum einen der Sonderzahlungsanspruch sowie der Urlaubsanspruch. Diese Ansprüche entstehen ebenfalls für die Dauer der Kündigungsentschädigung. Des Weiteren ist die Zeit des Anspruchs auf Kündigungsentschädigung für die Abfertigung relevant. Wie bereits oben erwähnt, könnte sich durch die fiktiv längere Dienstzeit ein höherer Abfertigungsanspruch ergeben. Dieser höhere Anspruch ist

¹⁶³ Vgl *Pfeil* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1² (2011) § 29 AngG Rz 34.

¹⁶⁴ Der Schaden für den Arbeitnehmer entsteht dadurch, dass der Insolvenzverwalter keine Kündigungstermine einhalten muss. Vgl *Weber*, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1997) 105.

¹⁶⁵ Neben dem laufenden Entgelt sind der Sonderzahlungs- sowie Urlaubsanspruch und die Abfertigung relevant; siehe auch *Pfeil* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1² (2011) § 29 AnG Rz21

jedoch nicht in Form von einem Schadenersatzanspruch zu berücksichtigen, sondern stellt eine Erhöhung des Abfertigungsanspruchs dar.¹⁶⁶

cc. Austritt des Arbeitnehmers gemäß § 25 IO

Der Anspruch auf Schadenersatz gemäß § 25 Abs 2 IO besteht nicht nur bei der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses durch den Insolvenzverwalter, sondern auch bei einem Austritt durch den Arbeitnehmer. Auch hier errechnet sich der Schadenersatzanspruch nach der gesetzlich oder vertraglich einzuhaltenden Kündigungsfrist und dem Kündigungstermin. § 25 Abs 2 IO ordnet nach dem Gesetzeswortlaut folgendes an: Wird das Arbeitsverhältnis nach Abs 1 gelöst, so kann der Arbeitnehmer den Ersatz des verursachten Schadens als Insolvenzforderung verlangen. Vor dem IRÄG 1997 stand dem Arbeitnehmer ein solcher Schadenersatzanspruch nach der IO bei einem vorzeitigen Austritt durch den Arbeitnehmer selbst nicht zu.¹⁶⁷ Zu unterschiedlichen Meinungen führt auch die Frage, ob auf den Schadenersatzanspruch nach § 25 Abs 2 IO dieselben gesetzlichen Regelungen Anwendung finden wie beim arbeitsrechtlichen Schadenersatzanspruch. Nach einem Teil der Lehre handelt es sich bei dem Schadenersatzanspruch nach § 25 Abs 2 IO um einen von der Kündigungsentschädigung nach § 1162b ABGB bzw § 29 AngG differenziert zu betrachtenden Anspruch.¹⁶⁸ Das würde auch bedeuten, dass der Arbeitnehmer lediglich Anspruch auf den tatsächlich erlittenen Schaden hat. Er müsste sich also von Anfang an anrechnen lassen, was er anderweitig verdient, zu verdienen verabsäumt oder aber aufgrund der vorzeitigen Beendigung erspart hat. Nach der herrschenden Lehre wird der Schadenersatzanspruch der Insolvenzordnung dem Kündigungsentschädigungsanspruch des ABGB bzw AngG gleichgesetzt.¹⁶⁹ Das heißt, dass auch die „Anrechnungssperre“¹⁷⁰ zur Anwendung kommt. Meiner Meinung nach kann der Schadenersatzanspruch nach § 25 Abs 2 IO sehr wohl mit

¹⁶⁶ Weber, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1998) 105.

¹⁶⁷ Holzer/Reissner/Schwarz, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz, Gesetze und Kommentare⁴ (1999) § 25 KO 458.

¹⁶⁸ Vgl Holzer/Reissner/Schwarz, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz, Gesetze und Kommentare⁴ (1999) § 25 KO 476; Weber, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1997) 112.

¹⁶⁹ Vgl Holzer/Reissner/Schwarz, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz, Gesetze und Kommentare⁴ (1999) § 25 KO 458; Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 95.

¹⁷⁰ Wolligger, Arbeitnehmeransprüche bei Arbeitgeberinsolvenz nach EG- und österreichischem Recht, Band 12 (2001) 128.

dem Kündigungsentschädigungsanspruch des ABGB bzw AngG verglichen werden. Als Schadenersatzanspruch nach der IO ist der aufgrund der vorzeitigen Beendigung eingetretene Schaden zu sehen und dem Begriff der Kündigungsentschädigung des § 1162b ABGB sowie § 29 AngG gleichzusetzen. Eine weitere Fragestellung ergibt sich aus der Möglichkeit des berechtigten Austritts nach § 26 AngG. Um eine Ungleichbehandlung zu vermeiden, wird auch hier so vorgegangen werden müssen wie bei einem Austritt gemäß § 25 IO.¹⁷¹ Eine Besserstellung für Arbeitnehmer, die nach Insolvenzeröffnung gemäß § 25 IO austreten¹⁷², wäre gegenüber Arbeitnehmern, die nach Eröffnung des Verfahrens gemäß § 26 AngG austreten¹⁷³, nicht gerechtfertigt.

3. Begleichung von Masseforderungen

Masseforderungen werden im Grunde genommen vom Insolvenzverfahren nicht beeinträchtigt und müssen unabhängig des Verfahrensstandes zur Gänze aus der Masse befriedigt werden.¹⁷⁴ Der Insolvenzverwalter ist dafür zuständig, wobei eine Befriedigung nur dann möglich ist, wenn die Masse ausreicht, um alle Masseforderungen zu berichtigen.

4. Exkurs: Kollektivvertragliche Gehaltserhöhung während des Zeitraumes einer Kündigungsentschädigung – Auswirkungen auf Abfertigung alt und Urlaubersatzleistung

Sofern es wegen eines eröffneten Insolvenzverfahrens zu einem berechtigten vorzeitigen Austritt nach § 25 IO kommt und aufgrund dessen dem Arbeitnehmer eine Kündigungsentschädigung gebührt, so wurde nach der jüngsten Judikatur des OGH¹⁷⁵ entschieden, dass die aufgrund des anzuwendenden Kollektivvertrags gebührende „Istgehaltserhöhung“ folgendermaßen zu berücksichtigen ist:

¹⁷¹ Vgl *Weber*, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1997) 111.

¹⁷² Auf ein Verschulden des Arbeitgebers kommt es nicht an.

¹⁷³ Ein Verschulden des Arbeitgebers kann zwar vorliegen, ist jedoch nicht zwingende Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch. Auch ein verschuldensunabhängiger berechtigter Austritt wie zB Mutterschafts- bzw Vaterschafts Austritt lösen einen Schadenersatzanspruch aus.

¹⁷⁴ Vgl § 47 Abs 1 IO.

¹⁷⁵ OGH 30.8.2013, 8 Obs 5/13p, ARD 6374/2/2013 = EvBl-LS 2014/1 = RdW 2014/114, 81.

- Bei der Berechnung der Abfertigung alt ist das erhöhte Entgelt zugrunde zu legen,
- die Urlaubersatzleistung per Austrittsdatum wird auf Grundlage des ursprünglichen Entgelts berechnet und
- der Urlaubsanspruch, der sich aus der Zeit der Kündigungsentschädigung ergibt, wird wiederum auf Basis des erhöhten Entgelts berechnet.

C. Insolvenzforderungen

Sofern Forderungen nach den gesetzlichen Bestimmungen des § 46 IO nicht Masseforderungen sind, handelt es sich um Insolvenzforderungen, die erst nach der Befriedigung aller Masseforderungen aus der verbliebenen Masse quotenmäßig zu befriedigen sind. Insolvenzforderungen sind demnach:¹⁷⁶

- Laufende Entgeltansprüche, für die Zurverfügungstellung von Arbeitskraft vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens sowie
- Beendigungsansprüche, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind.

Beendigungsansprüche, die nach Verfahrenseröffnung entstanden sind, sind dann Insolvenzforderungen, wenn sie nicht gemäß § 46 IO Masseforderungen darstellen. Dies ist zum Einen dann der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis zwar erst nach Verfahrenseröffnung endet, die Kündigung jedoch vor Eröffnung des Verfahrens ausgesprochen und dem Arbeitnehmer zugegangen ist und zum Anderen dann, wenn der Arbeitnehmer seine Kündigung oder seinen Austritt erklärt, wobei sich die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht auf das Verhalten des Insolvenzverwalters stützen darf.¹⁷⁷ Vom Insolvenzverfahren ausgeschlossen sind gemäß § 58 IO zB Zinsen oder Kosten aus der Teilnahme am Verfahren.

¹⁷⁶ Siehe § 51 IO.

¹⁷⁷ *Reissner in Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1² (2011) § 51 IO Rz 4.

IV. Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz

Die Sicherung von Ansprüchen der Arbeitnehmer im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers ist im IESG festgelegt. Der Zweck des IESG ist nach ständiger Rechtsprechung des OGH¹⁷⁸ das Hintanhalten der von den Arbeitnehmern typischerweise nicht abwendbaren und absicherbaren Gefahren des gänzlichen oder teilweisen Verlustes der Entgeltsansprüche, auf die diese zur Bestreitung des Lebensunterhaltes angewiesen sind. Durch das IESG werden Ansprüche von Arbeitnehmern im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers für einen bestimmten Zeitraum voll oder teilweise durch den IEF befriedigt.¹⁷⁹ Die IEF hat eine eigene Rechtspersönlichkeit und wird von der IEF-Service-GmbH vertreten. Sobald die IEF-Service-GmbH offene Ansprüche der Arbeitnehmer im gesetzlich vorgesehenen Rahmen erfüllt, gehen diese Ansprüche auf den IEF über.¹⁸⁰ Es findet ein automatischer Übergang der Forderungen statt. Diese Ansprüche werden dann vom IEF im Insolvenzverfahren gegen den Arbeitgeber bzw Schuldner geltend gemacht. Der IEF wird grundsätzlich durch einen Zuschlag zum Arbeitslosenversicherungsbeitrag, welcher vom Arbeitgeber geleistet und jährlich festgesetzt wird, getragen.¹⁸¹ Das IESG und auch die geschaffene Garantieeinrichtung (IEF) stützt sich auf die Insolvenzrichtlinie 80/987/EWG. Diese Richtlinie ist für alle Mitgliedstaaten verpflichtend.

A. Tatbestände

Das IESG ist in sachlicher Hinsicht immer dann anwendbar, wenn über das Vermögen des Arbeitgebers ein Insolvenzverfahren eröffnet wird¹⁸² oder eines der im § 1 Abs 1 IESG angeführten Tatbestände, die einem Insolvenzverfahren gleichgestellt sind, eintritt. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Insolvenz-Entgelt,

¹⁷⁸ OGH 12.11.1998, 8 Ob S 192/98p.

¹⁷⁹ *Gahleitner in Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1² (2011) § 1 IESG Rz 1.

¹⁸⁰ Dies wird Legalzession genannt.

¹⁸¹ Siehe auch *Gahleitner in Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1² (2011) § 1 IESG Rz 1.

¹⁸² Dabei ist es nicht von Bedeutung ob ein Konkurs- oder Sanierungsverfahren eröffnet wird.

sobald das Insolvenzverfahren rechtswirksam eröffnet wird.¹⁸³ Der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens werden nach § 1 Abs 1 IESG folgende Tatbestände gleichgestellt:

- Die Anordnung der Geschäftsaufsicht,
- die Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens,
- die Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen eine aufgelöste juristische Person oder eingetragene Personengesellschaft gemäß § 68 IO wegen Vermögenslosigkeit, weil das Vermögen bereits verteilt wurde,
- die Löschung gemäß § 40 oder § 42 FBG wegen Vermögenslosigkeit,
- die Zurückweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen Unzuständigkeit gemäß § 63 IO,
- der Beschluss auf Unterbleiben der Verlassenschaftsabhandlung oder iure-crediti-Einantwortung gemäß § 153 Abs 1 oder § 154 Abs 1 AußStrG.

Nach § 1 Abs 1 letzter Absatz IESG wird klar festgehalten, dass auch durch eine von einem ausländischen Gericht getroffene Entscheidung wie zB die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens Anspruch auf Insolvenz-Entgelt besteht, sofern sie nach der Insolvenz-Verordnung im Inland anerkannt wird. Gemäß § 240 Abs 1 IO wird ein im Ausland eröffnetes Verfahren bzw die in einem solchen Verfahren getroffenen Entscheidungen in Österreich dann anerkannt, wenn

- der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners im anderen Staat liegt und
- das Insolvenzverfahren in den Grundzügen einem Österreichischen vergleichbar ist, insbesondere Gläubiger aus Österreich wie Gläubiger aus dem Staat der Verfahrenseröffnung behandelt werden.

§ 1a IESG normiert einen weiteren Tatbestand. Die aufgrund der wirtschaftlich schlechten Lage des Arbeitgebers entfallende gesetzliche Abfertigung¹⁸⁴ ist durch

¹⁸³ Auf eine rechtskräftige Insolvenzeröffnung knüpft der Anspruch hingegen nicht an; vgl *Gahleitner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1² (2011) § 1 IESG Rz 26.

§ 1a IESG gesichert. In diesem Zusammenhang festzuhalten ist, dass das IESG einen Sicherungstatbestand für Arbeitnehmer (Heimarbeiter) und ehemalige Arbeitnehmer (ehemalige Heimarbeiter) schafft, die über den arbeitsrechtlichen Anspruch geht. Es handelt sich dabei um eine taxative Aufzählung von Sicherungstatbeständen, die bei Verwirklichung weiterer gesetzlicher Voraussetzungen eine Entgeltsicherung nach dem IESG auslösen.¹⁸⁵ Weitere Voraussetzung ist die Antragstellung bei der zuständigen Geschäftsstelle der IEF - Service - GmbH sowie die Anmeldung der offenen Forderungen im Insolvenzverfahren, sofern eine solche Anmeldung von Gesetzes wegen vorgesehen ist.¹⁸⁶ Zumal diese Anmeldung der offenen Forderungen im Insolvenzverfahren zur Sicherung der Regressansprüche der IEF - Service - GmbH gegenüber dem Arbeitgeber dient.

B. Anspruchsberechtigte Personen

Anspruch auf Insolvenz-Entgelt haben gemäß § 1 IESG Arbeitnehmer, freie Dienstnehmer, Heimarbeiter und ihre Hinterbliebenen sowie ihre Rechtsnachfolger von Todes wegen. Auch ehemalige Arbeitnehmer sind anspruchsberechtigt.

1. Arbeitnehmer (auch ehemalige Arbeitnehmer)

Da das IESG den Arbeitnehmerbegriff nicht näher festlegt, wird von Lehre und Rechtsprechung der Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsvertragsrechts als Maßstab herangezogen.¹⁸⁷ Zentrale Bestimmung des arbeitsvertraglichen Arbeitnehmer-Begriffs ist § 1151 ABGB.¹⁸⁸ Demnach ist Arbeitnehmer, wer aufgrund eines Arbeitsvertrages in einer persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit einem Dritten seine Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Auf die Tatsache, dass ein Arbeitnehmer bei der Sozialversicherung als Arbeitnehmer gemeldet ist, kommt es dabei nicht an. Auch ein Lehrling ist vom Arbeitnehmerbegriff, sohin vom Schutz

¹⁸⁴ Vgl § 23 Abs 2 AngG.

¹⁸⁵ Wolligger, Arbeitnehmeransprüche bei Arbeitgeberinsolvenz nach EG- und österreichischem Recht (2001) 33.

¹⁸⁶ Vgl § 6 IESG.

¹⁸⁷ Vgl Gahleitner in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1² (2011) § 1 IESG Rz 3; aber auch OGH 23.10.2000, 8 ObS 206/00 b, RdW 2001/462 = Wbl 2001/91.

¹⁸⁸ Wolligger, Arbeitnehmeransprüche bei Arbeitgeberinsolvenz nach EG- und österreichischem Recht, Band 12 (2001) 38.

des IESG umfasst. Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits beendet ist, sind ebenfalls geschützt im Sinne des IESG, ganz egal ob sie zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung einer Tätigkeit nachgehen oder nicht. Vielmehr kommt es darauf an, dass gegenüber dem Arbeitgeber offene Forderungen aus dem bereits beendeten Dienstverhältnis bestehen.

2. Heimarbeiter

Auch Heimarbeiter und ehemalige Heimarbeiter sind vom Schutz des IESG umfasst, obwohl sie vom OGH¹⁸⁹ nicht als Arbeitnehmer angesehen werden. Heimarbeiter ist demnach gemäß § 2 Abs 1 HeimAG, wer, ohne Gewerbebetreibender nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung zu sein, in eigener Wohnung oder selbstgewählter Arbeitsstätte im Auftrage und für Rechnung von Personen, die Heimarbeit vergeben, mit der Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung oder Verpackung von Waren beschäftigt ist.

3. Rechtsnachfolger von Todes wegen und Hinterbliebene

Des Weiteren sind anspruchsberechtigt Rechtsnachfolger von Todes wegen sowie Hinterbliebene der Arbeitnehmer und Heimarbeiter.¹⁹⁰ Die Unterscheidung von Rechtsnachfolger von Todes wegen und Hinterbliebenen wurde deshalb im Gesetz verankert, da diese Personen nicht unbedingt ident sein müssen. Rechtsnachfolger von Todes wegen sind grundsätzlich die Erben der Arbeitnehmer sowie Heimarbeiter. Von keiner Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, auf welchen Erbrechtstitel sich die Erbschaft bezieht. Die Forderungen fallen zuerst in den Nachlass und können dann in weiterer Folge von den Erben des Verstorbenen gegenüber der IEF - Service - GmbH geltend gemacht werden.¹⁹¹ Wie schon oben erwähnt, ist der Hinterbliebene nach dem IESG ebenfalls anspruchsberechtigt. Hinterbliebener erwirbt einen Anspruch eigenen Rechts, der frühestens mit dem Tod

¹⁸⁹ OGH 3.7.1957, 4 Ob 18/57, Arb 6689/1957.

¹⁹⁰ Vgl § 1 Abs 1 IESG.

¹⁹¹ Vgl dazu *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 104.

des Arbeitnehmers bzw Heimarbeiters entstehen kann und ergibt sich unmittelbar aus dem Arbeitsverhältnis des Verstorbenen.¹⁹² Wichtigstes Beispiel in diesem Zusammenhang wäre der gesetzliche Abfertigungsanspruch bei Tod des Arbeitnehmers bzw Heimarbeiters.¹⁹³ Es gibt Kollektivverträge, die Sonderbestimmungen für Hinterbliebene im Falle des Todes des Arbeitnehmers vorsehen wie zB Gehaltsfortzahlungen im Todesfall sowie Betriebspensionen für nahe Angehörige. Nicht unwichtig in diesem Zusammenhang ist auch, dass das Recht der Hinterbliebenen zwar originär entsteht, für die Zuerkennung von Insolvenzentgelt jedoch ein sachlicher Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis auf Grund der Bestimmung des § 1 Abs 2 IESG erforderlich ist.¹⁹⁴

4. Grenzfälle

Es gibt oftmals Personen, die in formeller Hinsicht als Arbeitnehmer angestellt werden, aber dennoch aus unterschiedlichen Gründen keinen Anspruch auf Ersatz haben.

a. Arbeitgeberfunktion

Personen, die überwiegend Arbeitgeberfunktion haben, werden vom Anspruch auf IAG ausgenommen. In diesem Zusammenhang ist zB der Verlassenschaftskurator zu nennen.

b. Familienmitglieder

Auch die Mitarbeit von Familienmitgliedern kann je nach Vereinbarung Grundlage eines Arbeitsvertrages aber auch familienrechtliche Hintergründe haben. In vielen gewerblichen und bäuerlichen Betrieben ist „familienhafte Mitarbeit“¹⁹⁵ vorzufinden. Die Abgrenzung einer ordentlichen Beschäftigung von einer Mitarbeit, die sich auf

¹⁹² Siehe *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 104.

¹⁹³ § 26 Abs 6 AngG.

¹⁹⁴ *Wolligger*, Arbeitnehmeransprüche bei Arbeitgeberinsolvenz nach EG- und österreichischem Recht, Band 12 (2001) 40.

¹⁹⁵ *Höbel/Korn/Zsifkovits*, Lohnverrechnung in der Insolvenz (2004) 11.

eine familienrechtliche Grundlage stützt, ist schwierig vorzunehmen. Im Zweifel wird man davon ausgehen, dass es sich um eine familienhafte Mitarbeit handelt.¹⁹⁶ Dies wurde in letzter Zeit auch in einigen Entscheidungen des OGH in diese Richtung judiziert.¹⁹⁷

c. Gewerberechtlicher Geschäftsführer

Der gewerberechtliche Geschäftsführer muss, um seine Gewerbeberechtigung ausüben zu können, nach § 39 GewO mit mindestens 20 Wochenstunden als Arbeitnehmer im Sinne des ASVG gemeldet sein. Für die Zurverfügungstellung der Gewerbeberechtigung und Vereinbarung eines Entgelts steht kein IAG zu. Es muss geprüft werden, ob es sich um eine tatsächliche Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Arbeitsvertragsrechtes handelt. In der Praxis oft anzutreffen ist, dass ein gewerberechtlicher Geschäftsführer keine Tätigkeit im Betrieb ausübt. In diesem Fall sind die Ansprüche des gewerberechtlichen Geschäftsführers nicht gesichert.¹⁹⁸

d. Weitere Ausnahmen

Auch ein Gesellschafter bürgerlichen Rechts gilt nicht als Arbeitnehmer im Sinne des IESG. Fußballer haben nur dann Anspruch auf IAG, wenn sich die offenen Forderungen aus einem Arbeitsverhältnis ergeben. Amateurfußballer zB, welche lediglich eine Aufwandsentschädigung erhalten, gelten nicht als Arbeitnehmer im Sinne des IESG, weshalb deren Forderungen auch nicht gedeckt sind.

C. Arbeitgeber

Der Arbeitgeberbegriff wird wie der Arbeitnehmerbegriff ebenfalls vom Arbeitsvertragsrecht des ABGB abgeleitet.¹⁹⁹ Arbeitgeber ist nach § 1151 Abs 1 ABGB die Person, gegenüber welcher der Arbeitnehmer sich verpflichtet, seine Arbeitsleistung zur Verfügung zu stellen. Nicht ausreichend, aber ein Indiz dafür,

¹⁹⁶ Holzer/Reissner/Schwarz, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz⁴ (1999) 52.

¹⁹⁷ OGH 27.1.2000, 8 Ob S 277/99 i, 5107/19/2000.

¹⁹⁸ Stellt in der Praxis einer der häufigsten Probleme bei der Anmeldung offener Forderungen bei der IEF-Service-GmbH dar.

¹⁹⁹ Siehe auch Liebeg, Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, Kommentar³ (2007) § 1 IESG Rz 267.

wäre zB die Meldung der Person als Arbeitgeber beim zuständigen Sozialversicherungsträger. Arbeitgeber können auch OHG, OEG, KG oder aber KEG sein.

D. Ausgeschlossener Personenkreis

Vom Anwendungsbereich des IESG ist folgender Personenkreis ausgeschlossen:

- Vorstandsmitglieder einer Gesellschaft oder Gesellschafter, die einen herrschenden Einfluss auf die Gesellschaft haben
- Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Bund, Land oder zur Gemeinde stehen,
- Arbeitnehmer, die aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen Immunität genießen oder
- Personen, die nach § 66a ALVG der Arbeitslosenversicherungspflicht unterliegen (Strafgefangene).²⁰⁰

E. Gesicherte Ansprüche nach dem IESG

Gesicherter Anspruch bedeutet demnach, dass offenen Forderungen nach den Bestimmungen des IESG vergütet werden, wenn alle anderen Voraussetzungen erfüllt sind. Erste Voraussetzung ist jedenfalls der aufrechte Bestand der Ansprüche.²⁰¹ Gesichert sind nach dem Gesetzeswortlaut gemäß § 1 Abs 2 IESG aufrechte, nicht verjährte und nicht ausgeschlossene Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, auch wenn sie gepfändet, verpfändet oder übertragen worden sind. Das heißt zudem, dass die Forderungen ursprünglich aus dem Arbeitsverhältnis stammen bzw gegen den Arbeitgeber zustehen müssen. Der Verfall ist der Verjährung gleichzusetzen und wird im Verfahren von Amts wegen überprüft; es bedarf keiner Einwendungen.²⁰² Im Übrigen darf kein Ausschließungstatbestand nach § 1 Abs 3 IESG vorliegen. Wie bereits oben erwähnt ist eine weitere formelle Voraussetzung,

²⁰⁰ Vgl § 1 Abs 6 IESG.

²⁰¹ *Liebeg*, Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, Kommentar³ (2007) § 1 IESG Rz 230.

²⁰² *Liebeg*, Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, Kommentar³ (2007) § 1 IESG Rz 230.

dass die offenen Forderungen im Insolvenzverfahren angemeldet worden sind, sofern eine solche Anmeldung nach den allgemeinen Bestimmungen des Insolvenzrechts vorgesehen ist.²⁰³ Im Übrigen müssen offene Forderungen gemäß § 6 Abs 1 IESG binnen sechs Monaten ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei der IEF-Service-GmbH zur Anmeldung gebracht werden. Zu den gesicherten Ansprüchen gehören:

- Entgeltansprüche, insbesondere laufendes Entgelt (Lohn bzw Gehalt, Lehrlingsentschädigung, Sonderzahlungen, Provision, Prämien, die der Arbeitgeber für die Er- und Ablebensversicherung zahlt, Bilanzgeld, Dienstnehmeranteile zur Sozialversicherung usw) und Entgelt aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Abfertigung, Kündigungsentschädigung, Urlaubsentschädigung),
- Schadenersatzansprüche aus dem Dienstverhältnis,
- sonstige Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber (Zinsen, Aufwandsentschädigungen, Entschädigung für Dienstverletzungen, Dienstgeberbeiträge zur Sozialversicherung usw),
- die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten (Prozesskosten, Verfahrenskosten usw) und
- Zinsen, sofern gesicherte Ansprüche aus Entgelt, Schadenersatz oder sonstigen Ansprüchen gegen den Arbeitgeber bestehen sowie
- Abfertigungen nach dem AngG, wobei diese auch ausgeschlossen sein können.²⁰⁴

Insolvenz-Entgelt gebührt für das dem Arbeitnehmer zustehende Entgelt samt anteiliger Sonderzahlungen, welches in den letzten sechs Monaten vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder wenn das Arbeitsverhältnis vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens beendet wurde, in den letzten sechs Monaten vor dessen Beendigung fällig geworden ist.²⁰⁵ Diese Frist von sechs Monaten gilt nicht, wenn offene Entgeltansprüche innerhalb von sechs Monaten nach ihrem Entstehen gerichtlich geltend

²⁰³ Siehe auch *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 112.

²⁰⁴ Vgl dazu § 1 Abs 2 Z 1 bis 4 IESG.

²⁰⁵ Vgl § 3a Abs 1 IESG; siehe auch *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 122; *Liebeg*, Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, Kommentar³ (2007) § 3a IESG Rz 10.

gemacht wurden²⁰⁶ oder wenn sich offene Forderungen aufgrund einer unterkollektivvertraglichen Entlohnung ergeben.

F. Fristen für die Antragstellung

Der Antrag auf Insolvenz-Entgelt muss nach § 6 Abs 1 IESG innerhalb von sechs Monaten ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei der IEF Service GmbH gestellt werden. Nach der Rechtsprechung des OGH kommt der Forderungsanmeldung im Verfahren keine fristverlängernde Wirkung zu.²⁰⁷ Bei berücksichtigungswürdigen Interessen sind von Amts wegen die Rechtsfolgen der Fristversäumung nachzusehen. Von berücksichtigungswürdigen Interessen ist nach dem Gesetzeswortlaut des § 6 Abs 1 IESG dann die Rede, wenn es dem Arbeitnehmer nicht zugemutet werden kann, dass er von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfahren hat oder wenn ihm die ziffernmäßige Angabe seiner Ansprüche nicht innerhalb dieser Frist möglich war.²⁰⁸ Eine solche Nachsicht ist nach Verstreichen von drei Jahren ab Insolvenzeröffnung nicht mehr möglich.

G. Ausgeschlossene Ansprüche

Demnach sind nach § 1 Abs 3 IESG Ansprüche ausgeschlossen, wenn

- der Anspruch durch eine in der AnfO bzw IO anfechtbare Rechtshandlung erworben wurde;
- der Anspruchsberechtigte im Zusammenhang mit der Insolvenz wegen einer in § 11 Abs 3 IESG angeführten Straftat verurteilt wird;
- der Anspruch auf eine Einzelvereinbarung beruht, die entweder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder in den letzten sechs Monaten vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossen wurde, soweit der

²⁰⁶ Diese Regelung wurde mit der IESG-Novelle 1997 eingeführt. Siehe auch *Liebeg*, Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, Kommentar³ (2007) § 3a IESG Rz 2.

²⁰⁷ Vgl OGH 4.4.1990, 9 ObS 5/90, SSV-NV 4/21; siehe auch *Liebeg*, Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, Kommentar³ (2007) § 6 IESG Rz 10.

²⁰⁸ Vgl *Holzer/Reissner/Schwarz*, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz, Gesetze und Kommentare⁴ (1999) 291.

Anspruch über den durch Gesetz, Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung zustehenden Anspruch oder die betriebsübliche Entlohnung hinausgehen oder auf sonstige Besserstellungen beruhen und diese höhere Entlohnung sachlich nicht gerechtfertigt ist;

- ein Anspruch auf Kündigungsentschädigung vorliegt, die den Zeitraum von drei Monaten übersteigt (in diesem Fall muss sich der Arbeitnehmer ab dem vierten Monat anrechnen lassen, was er anderweitig verdient oder zu verdienen verabsäumt hat; Anrechnungsregel);
- für Ansprüche auf laufendes Entgelt, wenn für denselben Zeitraum Anspruch auf Kündigungsentschädigung besteht, es sei denn, dass im Insolvenzverfahren die Insolvenzmasse, ansonsten der Arbeitgeber nicht in der Lage ist, das laufende Entgelt zum Teil oder zur Gänze dem Anspruchsberechtigten zu zahlen, höchstens jedoch bis zum Zeitpunkt des arbeitsrechtlich frühestmöglichen Austritts wegen Vorenthaltung des gebührenden Entgeltes;
- für Entgeltansprüche (ausgenommen Abfertigungen), der als Insolvenz-Entgelt begehrte Bruttobetrag im Zeitpunkt der bedungenen Zahlung den Grenzbetrag nach Maßgabe des § 1 Abs 4 IESG übersteigt. Dieser Grenzbetrag beträgt das Zweifache der Höchstbemessungsgrundlage des ASVG;
- für die Zahlung von Ansprüchen aufgrund gesetzlicher Anordnung ein anderer zur Zahlung verpflichtet ist als der (ehemalige) Arbeitgeber; in diesem Zusammenhang relevant wäre zB BUAK und
- für Entgeltansprüche nach dem BPG gegenüber einer Pensionskasse.

Im Übrigen sind nach § 1 Abs 4a IESG Abfertigungen, welche den gesicherten Betrag laut Gesetz überschreiten, nicht gesichert.

H. Gesicherter Zeitraum

Damit Insolvenz-Entgelt zusteht, müssen Ansprüche in einem bestimmten Zeitraum fällig geworden bzw entstanden sein. Maßgeblich dafür ist § 3 IESG. § 3 IESG regelt, wie sich der Nettobetrag des Insolvenz-Entgelts berechnen lässt, die Sicherung von Zinsen bis zum Stichtag funktioniert und wie hoch das Insolvenz-Entgelt ist; berücksichtigt werden grundsätzlich nur gesetzliche bzw kollektivvertragliche Kündigungsfristen und –termine sowie gesetzliche Kündigungsbeschränkungen. Vertraglich vereinbarte divergierende Kündigungsfristen und –termine sind gemäß § 3 Abs 3 IESG nur ausnahmsweise mitzuberechnen. Da es im Verfahren vor der IEF-Service GmbH zu einer anderen Versteuerung nach dem EStG und Netto-Auszahlung der Ansprüche kommt, wird eine amtswegige Arbeitnehmerveranlagung vorgeschrieben, wenn im Kalenderjahr Zahlungen von der IEF-Service GmbH zugeflossen sind.²⁰⁹ Je nachdem, ob jemand normalerweise Vollzeit beschäftigt ist und grundsätzlich einen höheren Lohnsteuersatz hat oder einer geringfügigen Beschäftigung nachgeht und keine Lohnsteuern abführt, kommt es entweder zu einer Nachzahlung bzw einer Gutschrift für den Arbeitnehmer.²¹⁰

²⁰⁹ *Liebeg*, Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, Kommentar³ (2007) § 3 IESG Rz 13.

²¹⁰ Zu berücksichtigen ist natürlich auch der weitere Verdienst des Arbeitnehmers in diesem Kalenderjahr.

V. Richtlinie 80/987/EWG des Rates vom 20. Oktober 1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers und deren Umsetzung in Österreich

A. Allgemeines

Seit der Entstehung der Richtlinie wurde diese mehrfach und in erheblichem Umfang abgeändert und auch kodifiziert²¹¹. Vorrangiges Ziel der Richtlinie war unter anderem, die unterschiedlichen Bestimmungen über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers in den verschiedenen Mitgliedstaaten anzugleichen.²¹² Die Richtlinie 80/987/EWG des Rates vom 20. Oktober 1980 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers stellt gemeinschaftsrechtliche Prinzipien dar, um bei Insolvenz des Arbeitgebers Ansprüche der Arbeitnehmer zu sichern.²¹³ Der Geltungsbereich umfasst demnach Ansprüche von Arbeitnehmern, welche sich auf einen Arbeitsvertrag bzw ein Arbeitsverhältnis stützen und gegen den zahlungsunfähigen Arbeitgeber richten.²¹⁴ Es handelt sich um Grundsätze, deren Umsetzung den jeweiligen Mitgliedstaaten selbst überlassen wird. In den einzelnen Mitgliedstaaten muss sichergestellt werden, dass Einrichtungen bestehen, die bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers offene Ansprüche der Arbeitnehmer befriedigen.²¹⁵ Die organisatorische Beschaffenheit, die genaue Arbeitsweise der Einrichtung, wie die Geldmittel finanziert werden, wird nicht von der Richtlinie definiert, sondern ist jeweils den Mitgliedstaaten überlassen.²¹⁶ Die Rückstände bzgl der Pflichtbeiträge der

²¹¹ Vgl Richtlinie 2008/94/EG

²¹² Zwischen den Mitgliedstaaten bestand im Bezug auf den Umfang des Schutzes große Unterschiede; vgl auch Richtlinie des Rates vom 20.10.1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, oS, abrufbar unter: www.eur-lex.europa.eu (10.3.2014).

²¹³ Siehe auch Egger, Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung² (2005) 395.

²¹⁴ Vgl Art 1 Abs 1 RL 80/978/EWG.

²¹⁵ Vgl Art 3 Abs 1 RL 80/987/EWG.

²¹⁶ Egger, Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung² (2005) 396.

Arbeitgeber gegenüber der Garantieeinrichtung, welche sich jeweils aus der nationalen Rechtsordnung ergeben, dürfen nicht dazu führen, dass die Ansprüche der Arbeitnehmer durch die Garantieeinrichtung nicht gesichert sind.²¹⁷ Die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers wird durch einen Antrag auf ein gerichtliches Verfahren festgestellt, welches eine teilweise oder vollständige Beschlagnahme des Vermögens und Bestellung eines Verwalters zur Folge hat; das Gericht hat entweder die Eröffnung des Verfahrens beschlossen oder festgestellt, dass der Betrieb des Arbeitgebers endgültig stillgelegt ist oder die Vermögensmasse für die Eröffnung des Verfahrens nicht ausreicht.²¹⁸ In Art 5 der Richtlinie werden organisatorische Mindestanforderungen²¹⁹ aufgestellt, die erforderlich sind, um Ansprüche der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber sicherzustellen.

In den Mitgliedstaaten ist eine Einrichtung mit folgenden Anforderungen zu schaffen:

- das Vermögen der Einrichtung ist vom Betriebsvermögen des Arbeitgebers getrennt
- der Arbeitgeber muss Beitragszahlungen an die Einrichtung leisten, wobei die Einrichtung bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers Zahlungen an die Arbeitnehmer leisten muss, auch wenn der Arbeitgeber seiner Beitragspflicht nicht nachgekommen ist und
- das Vermögen muss mündelsicher angelegt werden.

Den Mitgliedstaaten steht es frei, bestimmte Arbeitnehmergruppen von der Anwendung dieser Richtlinie auszunehmen, wobei Teilzeitarbeitnehmer, Arbeitnehmer, die ein befristetes Dienstverhältnis haben und Leiharbeitnehmer vom Anwendungsbereich der Richtlinie nicht ausgeschlossen werden dürfen.²²⁰ Der Anspruch auf Ausfallgeld darf auch nicht von einer Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht werden.²²¹ Der Arbeitnehmer kann bei Zahlungsunfähigkeit seines Arbeitgebers Ausfallgeld in dem Mitgliedstaat beantragen, in dem die zuständige

²¹⁷ Vgl Art 5 RL 80/987/EWG.

²¹⁸ Vgl Art 2 RL 80/987/EWG.

²¹⁹ Egger, Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung² (2005) 397.

²²⁰ Siehe auch Egger, Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung² (2005) 396 ff.

²²¹ Vgl Art 2 Abs 3 RL 80/987/EWG.

Behörde entweder die Eröffnung des Verfahrens beschlossen oder festgestellt hat, dass der Betrieb des Arbeitgebers endgültig stillgelegt ist oder die Vermögensmasse für die Eröffnung des Verfahrens nicht ausreicht.²²² Die Richtlinie umfasst alle Verfahren der einzelnen Mitgliedstaaten, die zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger über das Vermögen des Arbeitgebers eröffnet werden.²²³ Auch die Ablehnung eines Verfahrens mangels Vermögensmasse, welche zugleich auch feststellt, dass das Unternehmen bereits stillgelegt ist, wird als anspruchsbegründend im Sinne der Richtlinie erfasst.²²⁴ Arbeitnehmer haben bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers Anspruch auf das Arbeitsentgelt, wobei der Begriff „Arbeitsentgelt“ nicht definiert wird und jeweils der nationalen Rechtsordnung zu entnehmen ist.²²⁵ Auch die Begriffe „Arbeitnehmer“, „Anwartschaft“ oder „erworbenes Recht“ werden in der Richtlinie nicht näher erläutert. Die Begriffsbestimmung obliegt dem nationalen Recht.²²⁶ Ob auch eine Kündigungsentschädigung, die aufgrund der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers entstanden ist, durch die Institution übernommen wird, können die Mitgliedstaaten selbst entscheiden.²²⁷ Jedenfalls vergütet werden aber auch Sonderzahlungen, Abfertigungen und Pensionszahlungen, die in Betrieben als Zusatzpension konzipiert sind.²²⁸ Die Mitgliedstaaten können ferner selbst entscheiden, welchen zeitlichen und betragsmäßigen Rahmen die Zahlungspflicht der Institution haben. Die Richtlinie sieht jedoch vor, dass die Sicherung der Ansprüche der letzten drei Monate des Dienstverhältnisses gewährleistet werden muss.²²⁹ Bei einer betragsmäßigen Höchstgrenze muss jeder Mitgliedsstaat seine Berechnungsweise kundtun. Von einer Höchstgrenze bei der Sicherung der Ansprüche im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers hat auch Österreich Gebrauch gemacht.²³⁰ Wobei in diesem Zusammenhang auch zu erwähnen ist, dass außer die Niederlande alle Mitgliedsstaaten Höchstgrenzen festgesetzt haben, wobei alle sehr unterschiedliche Berechnungsmethoden

²²² Egger, Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung² (2005) 397.

²²³ Vgl Art 2 Abs 1 RL 80/987/EWG.

²²⁴ Vgl Art 2 Abs 1 RL 80/987/EWG.

²²⁵ Vgl Art 2 Abs 2 RL 80/987/EWG.

²²⁶ Vgl Art 2 Abs 2 RL 80/987/EWG.

²²⁷ Egger, Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung² (2005) 398; In Österreich wird auch die Kündigungsentschädigung in den Begriff des Arbeitsentgelts miteinbezogen; siehe auch EuGH 12.12.2002, C-442/00, Rodriguez Caballero, Slg 2002, I-11915 = EuZW 2003, 121.

²²⁸ Egger, Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung² (2005) 398.

²²⁹ Vgl Art 4 Abs 2 RL 80/987/EWG.

²³⁰ Siehe § 1 Abs 3 bis 4 a und § 3d IESG; vgl auch OGH 16.8.2001, 8 Ob S 292/00z.

angewendet haben. In den Mitgliedsstaaten können für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen geschaffen werden.²³¹

B. Umsetzung der Richtlinie in Österreich

1. Allgemeines

Am 02.06.1977 verabschiedete der Nationalrat das Entgeltsicherungsgesetz.²³² Das IESG führt eine weitreichendere und für den Arbeitnehmer günstigere Regelung über den Schutz der Arbeitnehmer im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers aus als in der Insolvenz-Richtlinie 80/987/EWG vorgesehen ist.²³³

2. Einrichtung

Es wurde eine Institution geschaffen, die IEF - Service - GmbH, die bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder bei Ablehnung mangels Vermögen auf Antrag der Arbeitnehmer deren Forderungen im gesetzlich abgesteckten Rahmen²³⁴ nach dem IESG befriedigt. Gesichert sind nach IESG auch Kündigungsentschädigungen, Abfertigungen und auch Schadenersatzansprüche, die aufgrund der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstanden sind. Somit enthält das IESG bezüglich der gesicherten Ansprüche weitaus günstigere Bestimmungen als in der Richtlinie vorgesehen ist.²³⁵ Ausgenommen vom Anwendungsbereich der Richtlinie sind nach § 1 Abs 6 Z 1 bis 3 IESG Vorstandsmitglieder einer Gesellschaft oder Gesellschafter, die einen herrschenden Einfluss auf die Gesellschaft haben, Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Bund, Land oder zur Gemeinde stehen und Personen, die nach den Bestimmungen des Arbeitslosenversicherungsgesetz der Arbeitslosenversicherungspflicht unterliegen.

²³¹ Vgl Art 9 RL 80/987/EWG; EuGH 16.7.1998, C-235/95, Dumon und Froment, Slg 1998, I-4531 = EuZW 1998, 598.

²³² Insolvenz = Wenn die Firma pleite geht, oS, abrufbar unter: www.wien.arbeiterkammer.at (11.3.2014).

²³³ Siehe auch *Egger*, Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung² (2005) 400.

²³⁴ Es gibt jedenfalls eine zeitliche und betragsmäßige Höchstgrenze.

²³⁵ Vgl § 1 Abs 2 IESG.

3. Anspruchsberechtigte Personen²³⁶

Anspruchsberechtigt sind demnach:

- Arbeitnehmer (auch ehemalige Arbeitnehmer),
- Heimarbeiter,
- Nachfolger von Todes wegen sowie Hinterbliebene.

Es gilt der allgemeine Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsvertragsrechts des ABGB.²³⁷ Die Arbeit muss in einer wirtschaftlichen Abhängigkeit geleistet werden. Ob tatsächlich ein schriftlicher Arbeitsvertrag vorliegen muss, damit der Arbeitnehmer vom Schutz des IESG umfasst ist, wird im Gesetz nicht näher festgelegt. Sofern aber ein Arbeitsvertrag im Sinne des ABGB konkludent zustande gekommen ist, wird man davon ausgehen müssen, dass der Arbeitnehmer vom Schutz des IESG umfasst ist.²³⁸

4. Gesicherte Ansprüche²³⁹

Gesichert sind nach dem IESG Entgeltansprüche, Schadenersatzansprüche und sonstige Ansprüche gegen den Arbeitgeber sowie die notwendigen Kosten für die Rechtsdurchsetzung.²⁴⁰ Die zeitlich und betragsmäßig begrenzte Sicherung der Ansprüche wird an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw die sonstigen, der Eröffnung gleichzusetzenden Rechtshandlungen gebunden.²⁴¹ Bezugszeitpunkt ist also die Eröffnung des Verfahrens. Ansprüche, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, sind auf sechs Monate beschränkt.²⁴² Ausnahmen von dieser 6-Monats-Frist wurden bereits oben näher dargestellt und werden hier nicht

²³⁶ Vgl im Detail oben Kapitel IV.

²³⁷ Siehe auch *Liebeg*, Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, Kommentar³ (2007) § 1 IESG Rz 2.

²³⁸ *Siegfried Pötscher*, Arbeitsrecht-Tipp: Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz (IESG), oS, abrufbar unter: www.glb.at (11.3.2014).

²³⁹ Vgl im Detail oben Kapitel IV.

²⁴⁰ Vgl § 1 Abs 2 IESG.

²⁴¹ Vgl § 1 Abs 1 IESG.

²⁴² *Wolliger*, Arbeitnehmeransprüche bei Arbeitgeberinsolvenz nach EG- und österreichischem Recht (2001) 70.

nochmals erläutert.²⁴³ Auch Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung sind zeitlich für höchstens zwei Jahre rückwirkend gesichert.

VI. Die Umsetzung der Richtlinie im Ländervergleich

A. Deutschland²⁴⁴

Die Bestimmungen über den Ersatz des Lohnes im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers befinden sich im Sozialgesetzbuch III.

1. Anspruchsberechtigte Personen

Anspruch auf Insolvenzgeld haben gemäß § 165 SGB III Arbeitnehmer, welche im Inland beschäftigt waren. Arbeitnehmer ist nach § 5 BetrVG, wer eine Erwerbstätigkeit in persönlicher Abhängigkeit zu einem Arbeitgeber ausübt. Ein Arbeitgeber gilt als insolvent, wenn

- er zahlungsunfähig ist,
- die Zahlungsunfähigkeit droht oder
- er überschuldet ist.²⁴⁵

Die Zahlungsunfähigkeit bedeutet, dass der Schuldner nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.²⁴⁶ Eine Zahlungsunfähigkeit droht dann, wenn der Schuldner nicht in der Lage sein wird, bei Fälligkeit der Zahlungspflichten diese auch zum Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.²⁴⁷ Eine Überschuldung liegt dann vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht

²⁴³ Siehe oben im Detail Kapitel IV.

²⁴⁴ Bundesagentur für Arbeit, Insolvenzgeld für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, oS, abrufbar unter: www.arbeitsagentur.de (17.2.2014).

²⁴⁵ Vgl Zimmermann, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2012) 10.

²⁴⁶ Vgl § 17 Abs 2 InsO; Bork, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 46.

²⁴⁷ Vgl § 18 Abs 2 InsO; Bork, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 49.

deckt.²⁴⁸ Folgende Tatbestände sind der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 165 Abs 1 Z 1 und 2 SGB III gleichzusetzen:

- Die Abweisung des Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse und
- die vollständige Beendigung der Betriebstätigkeit im Inland,

2. Gesicherte Ansprüche

Der Arbeitnehmer hat nach dem SGB III Anspruch auf das offene Arbeitsentgelt für die letzten drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw wenn das Dienstverhältnis vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens beendet wurde für die letzten drei Monate vor dessen Beendigung.²⁴⁹ Das laufende Arbeitsentgelt beinhaltet neben dem Lohn (Gehalt) sämtliche für die Zurverfügungstellung der Arbeitsleistung zustehenden Vergütungen. Dazu zählen also auch Sonderzahlungen, Urlaubsentgelt, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Überstunden, Zuschläge und Zulagen usw Ansprüche, die sich aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ergeben, sind nicht gesichert.²⁵⁰ Im Übrigen muss der Arbeitnehmer auf das Insolvenzgeld anrechnen lassen, was er während des „Insolvenzgeldbezuges“ aus selbständiger oder unselbständiger Tätigkeit anderweitig verdient hat. Mit der Beantragung des Insolvenzgeldes gehen die Ansprüche auf die Bundesagentur für Arbeit über.²⁵¹ Diese treten sozusagen in die Rechte der Arbeitnehmer ein und melden die Ansprüche bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Insolvenzforderungen an. Die Sicherung der Ansprüche im Insolvenzverfahren in Deutschland ist vergleichbar mit einer Versicherung. Versicherungsträger ist die Bundesagentur für Arbeit, wobei die Auszahlungen jeweils von den örtlichen Agenturen getätigt werden.

²⁴⁸ Vgl § 19 Abs 2 InsO; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 50.

²⁴⁹ Vgl § 165 Abs 1 SGB III.

²⁵⁰ Vgl § 166 Abs 1 Z 1 SGB III.

²⁵¹ Vgl § 169 SGB III; siehe auch *Breuer*, Insolvenzrecht, Eine Einführung³ (2011) 150.

B. Exkurs

1. Schweiz²⁵²

Der Schutz der Arbeitnehmer im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers ist in der Schweiz im Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung geregelt.

a. Anspruchsberechtigte Personen

Anspruch auf Insolvenzenschädigung haben nach Art 51 AVIG Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegt. Es muss entweder

- gegen den Arbeitgeber der Konkurs eröffnet worden sein und zu diesem Zeitpunkt Lohnforderungen bestehen,
- der Konkurs nur deshalb nicht eröffnet worden sein, weil sich aufgrund der Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger finden lässt, der die Kosten vorschiesst oder
- die Arbeitnehmer müssen gegen den Arbeitgeber für offene Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben.

Keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung haben nach Art 51 Abs 2 AVIG Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder maßgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten.

b. Gesicherte Ansprüche

Gesichert sind nach Art 52 AVIG Lohnansprüche für die letzten vier Monate vor Konkurseröffnung. Ausnahmsweise sind auch allfällige Lohnansprüche nach

²⁵² Staatssekretariat für Wirtschaft, Insolvenzenschädigung, oS, abrufbar unter: www.admin.ch (17.2.2014).

Konkurseröffnung gesichert, sofern der Arbeitnehmer nicht wissen konnte, dass der Konkurs eröffnet wurde.²⁵³ Die Frist von vier Monaten darf aber auch hier nicht überschritten werden. Den Antrag auf Entschädigung muss der Arbeitnehmer gemäß Art 53 AVIG innerhalb von 60 Tagen ab Veröffentlichung des Konkurses bzw bei Pfändung innerhalb von 60 Tagen nach dem Pfändungsvollzug bei der öffentlichen Kasse stellen. Mit Ablauf der oben genannten Fristen erlischt der Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers.²⁵⁴ Die Mittel für Entschädigungen im Falle des Konkurses des Arbeitgebers werden in der Schweiz aus den Mitteln der Arbeitslosenversicherung finanziert.²⁵⁵ Das heißt, dass sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer beitragspflichtig sind und zur Finanzierung beitragen. Auch in der Schweiz gehen Lohnforderungen mit Antragstellung bzw Bezahlung an die Kasse über.²⁵⁶

2. Liechtenstein²⁵⁷

In Liechtenstein wird die Sicherung von Arbeitnehmeransprüchen bei Konkurs des Arbeitgebers in der AVIG bzw ALVG geregelt.

a. Anspruchsberechtigte Personen

Arbeitnehmer haben Anspruch auf Insolvenzenschädigung wenn

- gegen den Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wurde und Arbeitnehmer ihm gegenüber zu diesem Zeitpunkt Lohnforderungen haben,
- der Konkurs abgewiesen wurde,
- Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber für Lohnforderungen ein Exekutionsverfahren eingeleitet haben und die Exekution nicht vollzogen werden konnte

²⁵³ Vgl Art 52 AVIG.

²⁵⁴ Vgl Art 53 Abs 3 AVIG.

²⁵⁵ Vgl Art 57 AVIG.

²⁵⁶ Vgl Art 54 Abs 1 AVIG.

²⁵⁷ Amt für Volkswirtschaft, Antrag auf Insolvenzenschädigung, oS, abrufbar unter: www.llv.li (17.2.2014).

- die Nachlassstundung bewilligt wurde und diese aus dem Betrieb ausgeschieden sind.²⁵⁸

b. Gesicherte Ansprüche

Gesichert sind Lohnansprüche für die letzten drei Monate des Arbeitsverhältnisses vor Konkursöffnung, Konkursabweisung, Nachlassstundung oder aber der erfolglosen Pfändung.²⁵⁹ Neben dem Lohn bekommt der Arbeitnehmer Entschädigung für Sonderzahlungen, Zulagen, Überstunden usw. Keine Entschädigung gibt es ua für Familienzulagen oder Schadenersatzansprüche, die sich aufgrund der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses ergeben. Der Antrag auf Entschädigung muss bei der Arbeitslosenversicherung im Amt für Volkswirtschaft gestellt werden.²⁶⁰ Die Frist beträgt hier ebenfalls 60 Tage ab Veröffentlichung des Gerichtsbeschlusses oder erfolgloser Exekution.²⁶¹ Der Arbeitnehmer muss die von ihm geltend gemachten Forderungen gegenüber der Arbeitslosenversicherung glaubhaft und nachvollziehbar darlegen.²⁶² Nach Verstreichen der Frist von 60 Tagen erlischt der Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers.²⁶³

C. Insolvenzentgelt in Österreich und Deutschland im Vergleich

1. Allgemeines

Vorab kann festgehalten werden, dass die Umsetzung der Richtlinie über den Schutz der Arbeitnehmer im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers in Österreich durch das IESG weit über die Mindestanforderungen erfolgt ist. Das heißt, dass Arbeitnehmer in Österreich in ihren Ansprüchen gegenüber dem Arbeitgeber für die Zurverfügungstellung ihrer Arbeitsleistung bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers weit über die Anforderungen der Richtlinie

²⁵⁸ Vgl Art 56 Abs 1 ALVG.

²⁵⁹ Vgl Art 57 Abs 1 ALVG.

²⁶⁰ Vgl Art 68 ALVV; Art 58 Abs 1 ALVG.

²⁶¹ Vgl Art 58 Abs 1 ALVG.

²⁶² Vgl Art 67 ALVV.

²⁶³ Vgl Art 58 Abs 2 ALVG.

geschützt sind.²⁶⁴ In Deutschland entspricht die Umsetzung der Richtlinie den gesetzlichen Vorgaben, wobei ich hinzufügen möchte, dass meiner Ansicht nach im Vergleich zwischen Österreich und Deutschland Arbeitnehmer in Österreich umfassender in ihren finanziellen Ansprüchen geschützt sind als in Deutschland.

2. Anknüpfungstatbestand

Anknüpfungstatbestand ist sowohl in Österreich als auch in Deutschland die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers. Sofern ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Arbeitgebers eröffnet wird oder aber mangels ausreichendem Vermögen des Schuldners nicht eröffnet werden kann, stellt dies einen Tatbestand dar. In dieser Hinsicht unterscheiden sich die gesetzlichen Bestimmungen beider Länder kaum.²⁶⁵

3. Anspruchsberechtigte Personen

Anspruchsberechtigte Personen sind nach dem IESG in Österreich Arbeitnehmer, ehemalige Arbeitnehmer, freie Dienstnehmer, Heimarbeiter sowie Rechtsnachfolger von Todes wegen und Hinterbliebene.²⁶⁶ In Deutschland hingegen werden im SGB III lediglich Arbeitnehmer angeführt.²⁶⁷ Die Anspruchsberechtigung von ehemaligen Arbeitnehmern in Deutschland ergibt sich wie in Österreich aus dem Gesetzeswortlaut selbst.²⁶⁸

4. Gesicherte Ansprüche

Während in Deutschland lediglich die letzten drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. sofern das Dienstverhältnis vor der Eröffnung des

²⁶⁴ Siehe auch *Egger*, Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung² (2005) 400.

²⁶⁵ Vgl. auch § 16 ff InsO bzw. § 66 ff IO; in Deutschland wird die drohende Zahlungsunfähigkeit neben der Zahlungsunfähigkeit sowie Überschuldung gesondert im Gesetz angeführt, während in Österreich als materielle Voraussetzung für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens lediglich die Zahlungsunfähigkeit sowie Überschuldung angeführt werden.

²⁶⁶ Vgl. § 1 Abs 1 IESG.

²⁶⁷ Vgl. § 165 Abs 1 SGB III.

²⁶⁸ Siehe auch *Wolliger*, Arbeitnehmeransprüche bei Arbeitgeberinsolvenz nach EG- und österreichischem Recht (2001) 39.

Verfahrens beendet wurde, die letzten drei Monate vor dessen Beendigung gesichert sind, sind nach dem IESG die letzten sechs Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens gesichert.²⁶⁹ Die zeitliche Sicherung von Ansprüchen für zumindest drei Monate wird in der Richtlinie festgesetzt.²⁷⁰ Sohin entspricht in dieser Hinsicht die deutsche Rechtsordnung den Mindestanforderungen der Richtlinie, während die österreichische Rechtsordnung einen weitreichenderen Schutz gewährt. Im Übrigen werden in Österreich neben dem laufenden Entgelt auch Beendigungsansprüche durch das IESG gesichert.²⁷¹ In Deutschland sind nach dem SGB III Beendigungsansprüche von der Sicherung nicht umfasst.²⁷²

5. Ergebnis

Im Ergebnis werden nach den gesetzlichen Bestimmungen sowohl in Österreich als auch in Deutschland Arbeitnehmer im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers in ihren offenen Ansprüchen geschützt. Ohne Zweifel ist dieser Schutz in Österreich weitreichender und stellt für Arbeitnehmer in Österreich meiner Ansicht nach einen erheblichen Vorteil dar. Festgehalten werden muss auch, dass die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers Arbeitnehmer in finanziell schwierige Situationen bringt. Zum Einen haben Arbeitnehmer mehrere Monate lang keine Zahlung für ihre Arbeitsleistung erhalten und zum Anderen ist die Angst vor einem Arbeitsplatzverlust groß. Unter diesem Aspekt halte ich es für sinnvoll und auch gerechtfertigt, Arbeitnehmern einen umfassenden und auch weitreichenden Schutz zu gewähren.

²⁶⁹ Vgl § 165 Abs 1 SGB III; § 3a IESG.

²⁷⁰ Vgl Art 4 Abs 2 RL 80/987/EWG.

²⁷¹ Vgl § 3b Z 3 und 4 IESG; siehe auch *Liebeg*, Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, Kommentar³ (2007) § 3b IESG Rz 9 ff.

²⁷² Vgl § 166 Abs 1 Z 1 SGB III.

VII. Das Insolvenzverfahren in Deutschland im Allgemeinen und ein kurzer Rechtsvergleich zwischen Österreich und Deutschland

A. Allgemeines über die Insolvenzordnung Deutschlands

1. Voraussetzungen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens

a. Der Insolvenzantrag

Das Insolvenzverfahren in Deutschland wird wie in Österreich nur auf Antrag eröffnet, das Verfahren jedoch von Amts wegen durchgeführt.²⁷³ Antragsberechtigt ist gemäß § 13 Abs 1 InsO:

- Der Schuldner sowie
- jeder Gläubiger.

Nach § 14 Abs 1 InsO ist der Antrag des Gläubigers dann zulässig, wenn er

- ein rechtliches Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat,
- gegenüber dem Insolvenzgericht seine Forderung glaubhaft macht und
- einen Eröffnungsgrund (Insolvenzgrund) glaubhaft macht.

Das rechtliche Interesse des Gläubigers ist immer gegeben.²⁷⁴ Der Eröffnungsantrag des Schuldners ist jedenfalls immer zulässig; er muss nichts glaubhaft machen.²⁷⁵

²⁷³ Vgl *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 11; *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 38.

²⁷⁴ Siehe auch *Zimmermann*, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2012) 6.

²⁷⁵ *Breuer*, Insolvenzrecht, Eine Einführung³ (2011) 61; *Zimmermann*, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2012) 6.

b. Die Insolvenzfähigkeit

Die Insolvenzfähigkeit wird in der InsO nicht definiert. Insolvenzfähig ist, wer die „passive Prozessfähigkeit der ZPO“²⁷⁶ besitzt. Gemäß § 52 Abs 1 ZPO ist prozessfähig, wer sich selbständig durch Verträge verpflichten kann. Insolvenzfähigkeit besitzt des Weiteren nach § 11 InsO:

- Eine natürliche Person,
- eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts (GmbH, AG, usw),
- ein nicht rechtsfähiger Verein,
- Vermögen einer Gesellschaft ohne Rechtsfähigkeit (offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts, Partenreederei, Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung),
- der Nachlass,
- das Gesamtgut einer fortgeführten Gütergemeinschaft sowie
- eine Vor-GmbH.

Gemäß § 12 InsO ist die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen:

- des Bundes,
- eines Landes sowie
- bestimmter juristischer Personen des öffentlichen Rechts

nicht zulässig. Aufgrund von verfassungsrechtlichen Bestimmungen kann auch über das Vermögen von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sowie anerkannten Kirchen und ihre öffentlich-rechtlichen Körperschaften kein Insolvenzverfahren eröffnet werden.²⁷⁷

²⁷⁶ Zimmermann, Grundriss des Insolvenzrechts (2012) 9.

²⁷⁷ Zimmermann, Insolvenzrecht⁹ (2001) 9.

c. Die Insolvenzgründe

Wie bereits oben kurz angeschnitten ist das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes Voraussetzung für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens.

Eröffnungsgründe sind:

- Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO),
- drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) und
- Überschuldung (§ 19 InsO).

Die Zahlungsunfähigkeit ist allgemeiner Eröffnungsgrund; kann also sowohl vom Schuldner²⁷⁸ als auch von Gläubigern als Insolvenzgrund angeführt werden.²⁷⁹ Eine Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage, ist die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.²⁸⁰ Wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat, dann ist von einer Zahlungsunfähigkeit auszugehen.²⁸¹ Die drohende Zahlungsunfähigkeit als Eröffnungsgrund kommt nur dann in Betracht, wenn der Eröffnungsantrag vom Schuldner selbst gestellt wird.²⁸² Eine drohende Zahlungsunfähigkeit liegt dann vor, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.²⁸³ Die Überschuldung als Eröffnungsgrund kommt nur bei juristischen Personen in Betracht.²⁸⁴ Für natürliche Personen ist sie kein Eröffnungsgrund. Eine Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt.²⁸⁵ Dies bedeutet also, dass die Passiven die Aktiven übersteigen.

²⁷⁸ Sie kommt also auch bei Schuldnern aller Art in Betracht; vgl. *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 46.

²⁷⁹ Siehe auch *Zimmermann*, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2012) 11; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 46.

²⁸⁰ Vgl. § 17 Abs 2 InsO.

²⁸¹ Vgl. § 17 Abs 2 S 2 InsO; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 47.

²⁸² Wird auch Eigenantrag genannt; *Keller*, Insolvenzrecht (2006) 206.

²⁸³ Vgl. § 18 Abs 2 InsO.

²⁸⁴ Siehe auch *Keller*, Insolvenzrecht (2006) 207.

²⁸⁵ Vgl. *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 50.

d. Das kostendeckende Vermögen

Der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist nach § 26 Abs 1 InsO trotz Vorliegen der oben angeführten Voraussetzungen abzuweisen, wenn das Vermögen des Schuldners voraussichtlich nicht ausreicht bzw durch Verwertung nicht genügend Geld vorhanden ist, die Kosten des Verfahrens zu decken (kostendeckende Masse). Über den Eröffnungsantrag ist mit Beschluss zu entscheiden und dieser ist sodann öffentlich bekannt zu machen.²⁸⁶

B. Der Insolvenzverwalter

1. Allgemeines

In der InsO sind einige Personen angeführt, denen die „Amtswalterstellung“²⁸⁷ im Verfahren zukommt:

- Vorläufiger Insolvenzverwalter²⁸⁸
- Insolvenzverwalter²⁸⁹
- Sachwalter²⁹⁰
- Treuhänder²⁹¹
- Vorläufiger Treuhänder²⁹²

Der Insolvenzverwalter wird nur im Insolvenzverfahren gegen juristische Personen sowie natürliche Personen, die eine selbständige, wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, bestellt.²⁹³ Der Sachwalter überwacht den Schuldner im Verfahren mit Eigenverwaltung (näheres dazu später).²⁹⁴ Der Treuhänder wird dann bestellt, wenn es sich um ein Verbraucherinsolvenzverfahren handelt.

²⁸⁶ Vgl § 30 InsO; Zimmermann, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2012) 18.

²⁸⁷ Zimmermann, Insolvenzrecht⁹ (2001) 27.

²⁸⁸ Vgl §§ 21, 22 InsO.

²⁸⁹ Vgl §§ 56 bis 66 InsO.

²⁹⁰ Vgl §§ 270c, 274 InsO.

²⁹¹ Vgl §§ 292, 313 InsO.

²⁹² Vgl § 306 in Verbindung mit §§ 21, 22 InsO.

²⁹³ Zimmermann, Insolvenzrecht⁴ (2001) 25.

²⁹⁴ Zimmermann, Insolvenzrecht⁴ (2001) 25.

2. Der Insolvenzverwalter

Die wesentliche Abwicklung des Insolvenzverfahrens obliegt dem Insolvenzverwalter.²⁹⁵ Er hat die Masse zu verwalten und zu verwerten und den durch die Verwertung der Masse erlangten Erlös zu verteilen.²⁹⁶

3. Die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters

Der Insolvenzverwalter übt seine Tätigkeit selbständig aus, wobei der unter der Aufsicht des Insolvenzgerichts steht. Genauso wie die Stellung des Insolvenzverwalters in der österreichischen IO ist die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters in der deutschen InsO gesetzlich nicht klar geregelt.²⁹⁷ Diese strittige Frage ist auch nicht von großer Bedeutung, da die unterschiedliche Sichtweise über „die Rechtsnatur seines Amtes“²⁹⁸ zu keiner unterschiedlichen rechtlichen Beurteilung seines Amtes führt. Auch hier werden zur Beurteilung der Rechtsstellung drei verschiedenen Theorien herangezogen.²⁹⁹

- Vertretertheorie
- Organtheorie
- Amtstheorie

Nach der Vertretertheorie ist der Insolvenzverwalter der Vertreter des Schuldners, wobei er vom Schuldner unabhängig ist. Die Ansicht, dass der Insolvenzverwalter als Vertreter der Gläubiger handelt, wird in der herrschenden Lehre heute kaum mehr vertreten.³⁰⁰ Die Organtheorie besagt, dass die Insolvenzmasse ein Rechtssubjekt ist und vom Insolvenzverwalter vertreten wird. Zu berücksichtigen ist aber, dass nach den gesetzlichen Bestimmungen der Schuldner während des gesamten Insolvenz-

²⁹⁵ Siehe auch *Zimmermann*, Insolvenzrecht⁴ (2001) 25.

²⁹⁶ §§ 156, 159 InsO.

²⁹⁷ *Breuer*, Insolvenzrecht, Eine Einführung³ (2011) 32; *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht (2002) 30.

²⁹⁸ *Zimmermann*, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2001) 28.

²⁹⁹ *Zimmermann*, Insolvenzrecht⁴ (2001) 26; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 31 ff.

³⁰⁰ Siehe auch *Zimmermann*, Insolvenzrecht⁴ (2001) 26.

verfahrens Eigentümer der Masse bleibt.³⁰¹ Nach der Amtstheorie wird der Insolvenzverwalter durch die InsO ermächtigt, im Verfahren als Partei bezeichnet zu werden. Er tritt also an Stelle des Schuldners als Arbeitgeber ein. In Deutschland dürfte der Amtstheorie für die Beurteilung der „Rechtsstellung des Insolvenzverwalters nach der InsO der Vorzug zu geben sein“³⁰² Wie bereits jedoch oben angeführt, kommt der Beurteilung der Rechtsstellung des Insolvenzverwalters keine große Bedeutung zu, da sie im Endeffekt zu keinem unterschiedlichen Ergebnis für den Insolvenzverwalter führen.

4. Aufgaben des Insolvenzverwalters

Der Insolvenzverwalter hat folgende Aufgaben:

- Masse in Besitz nehmen, verwalten und berichten³⁰³
- Forderungsanmeldungen annehmen³⁰⁴
- Masse verwerten sowie den Ertrag verteilen³⁰⁵
- Schlussrechnung legen³⁰⁶

Der Insolvenzverwalter wird in der Wahrnehmung seiner Aufgaben sowohl vom Insolvenzgericht als auch vom Gläubigerausschuss sowie von der Gläubigerversammlung kontrolliert und haftet gegenüber allen Beteiligten des Verfahrens für schuldhafte Pflichtverletzung.³⁰⁷

³⁰¹ Vgl. *Breuer*, Insolvenzzrecht, Eine Einführung³ (2011) 33.

³⁰² *Huntemann/Brockdorff*, Der Gläubiger im Insolvenzverfahren (1999) 123; *Breuer*, Insolvenzzrecht, Eine Einführung³ (2011) 33.

³⁰³ Vgl. §§ 148, 156 InsO.

³⁰⁴ Vgl. § 174 InsO.

³⁰⁵ Vgl. § 159 InsO.

³⁰⁶ Vgl. § 66 InsO.

³⁰⁷ Vgl. §§ 58, 69, 74 InsO.

C. Die Gläubigerversammlung und der Gläubigerausschuss

1. Die Gläubigerversammlung

Die Gläubigerversammlung ist ein zwingendes Organ im Insolvenzverfahren, da sie sämtliche Befugnisse der Insolvenzgläubiger im Verfahren wahrnimmt. Die Gläubigerversammlung wird vom Insolvenzgericht einberufen³⁰⁸ und nimmt folgende Aufgaben wahr:

- Bestellung eines Gläubigerausschusses³⁰⁹
- Berichte des Insolvenzverwalters entgegennehmen³¹⁰
- Schlussrechnung des Insolvenzverwalters entgegennehmen³¹¹
- Kontrolle des Insolvenzverwalters³¹²
- neuerliche Wahl eines anderen Insolvenzverwalters³¹³
- Zustimmungsrecht bei bestimmten Aufgaben des Insolvenzverwalters³¹⁴
- usw

2. Der Gläubigerausschuss

Der Gläubigerausschuss wird nicht in jedem Insolvenzverfahren zwingend bestellt. Er wird in der Lehre auch „fakultatives Organ“³¹⁵ genannt. Er unterstützt und überwacht den Insolvenzverwalter. Die Bestellung eines Gläubigerausschusses kommt in der Praxis selten vor.³¹⁶ Er kann nach §§ 67, 68 InsO bestellt werden:

- durch das Insolvenzgericht vor der ersten Gläubigerversammlung oder
- nachher, jedoch nur noch von der Gläubigerversammlung selbst.

³⁰⁸ Vgl §§ 74, 75 InsO.

³⁰⁹ Vgl § 68 InsO.

³¹⁰ Vgl §§ 29, 156 InsO.

³¹¹ Vgl §§ 66, 197 InsO.

³¹² Vgl § 79 InsO.

³¹³ Vgl § 57 InsO.

³¹⁴ Zu nennen wäre hier zB der Verkauf des Unternehmens; vgl § 160 InsO.

³¹⁵ Zimmermann, Insolvenzrecht⁴ (2001) 36.

³¹⁶ Siehe auch Bork, Einführung in das insolvenzrecht⁵ (2009) 40.

Der Gläubigerausschuss nimmt seine Aufgaben unabhängig wahr und steht bei der Durchführung seiner Aufgaben mit den Insolvenzgläubigern nicht in Verbindung.³¹⁷

Der Gläubigerausschuss hat folgende Aufgaben inne:

- Überwachungsaufgaben - er kann sogar die Entlassung des Insolvenzverwalters beantragen³¹⁸
- Berichte des Insolvenzverwalters kontrollieren³¹⁹
- Zustimmungsrecht bei wichtigen Aufgaben des Insolvenzverwalters wie zB der Verkauf des Unternehmens³²⁰
- usw

D. Die einzelnen Verfahrensabläufe

1. Das Regelinsolvenzverfahren

a. Allgemeines

Das Regelinsolvenzverfahren ist für natürliche und juristische Personen anzuwenden, die eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausüben oder ausgeübt haben, deren Vermögensverhältnisse nicht überschaubar sind oder wenn auch nur ein Gläubiger Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis gegen den Schuldner geltend macht.³²¹ Vermögensverhältnisse sind dann nicht überschaubar, wenn mehr als 19 Gläubiger vorhanden sind.³²² Für natürliche Personen kommen die Bestimmungen über das Verbraucherinsolvenzverfahren zur Anwendung (näheres dazu unten). Sohin wird in der InsO zwischen einem Regelinsolvenzverfahren bzw Verbraucherinsolvenzverfahren unterschieden.³²³

³¹⁷ Vgl *Zimmermann*, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2012) 39.

³¹⁸ Vgl §§ 59, 69 InsO.

³¹⁹ Vgl § 69 InsO.

³²⁰ Vgl § 160 InsO; das Zustimmungsrecht entfaltet sich lediglich in der Innenwirkung, da der Verkauf ohne Einholung der Zustimmung des Gläubigerausschusses nach außen hin dennoch wirksam ist; siehe § 164 InsO.

³²¹ Siehe *Zimmermann*, Insolvenzrecht⁴ (2001) 15.

³²² Vgl § 304 InsO.

³²³ Siehe auch *Zimmermann*, Insolvenzrecht⁴ (2001) 15.

b. Ablauf des Insolvenzverfahrens

Sofern die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vorliegen, eröffnet das Insolvenzgericht mit Beschluss das Verfahren.³²⁴ Die Eröffnung des Verfahrens wird gemäß § 30 InsO sofort öffentlich bekannt gemacht. Im Eröffnungsbeschluss werden auch der Schuldner sowie der Insolvenzverwalter benannt.³²⁵ Sämtliche Gläubiger werden im Anschluss daran aufgefordert, ihre Forderungen innerhalb der vorgemerkten Frist zur Anmeldung zu bringen.³²⁶ Wie bereits oben erwähnt geht mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Verwaltungs- und Verfügungsmacht über die Masse auf den Insolvenzverwalter über.³²⁷ Der Insolvenzverwalter nimmt das zur Masse gehörende Vermögen sofort in Besitz. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind „Schmälerungen der Insolvenzmasse“³²⁸ nicht gestattet. Ausnahmen bilden natürlich die Absonderungs-, Aussonderungs- sowie Aufrechnungsrechte einzelner Gläubiger.³²⁹ Schmälerungen der Insolvenzmasse, die sich vor Eröffnung des Verfahrens abgespielt haben, können durch Insolvenzanfechtung rückgängig gemacht werden, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind.³³⁰ Anfechtbar ist eine Rechtshandlung dann, wenn Gläubiger durch diese Handlung benachteiligt wurden. Eine solche Benachteiligung ist dann anzunehmen, wenn durch die Rechtshandlung das Vermögen des Schuldners geschmälert wurde. Zusätzlich müssen eine der in §§ 130 bis 136 InsO geregelten Tatbestände erfüllt sein. Die Anfechtungsgründe nach §§ 130 bis 136 InsO sind:

- Kongruente Deckung (§ 130 InsO),
- Inkongruente Deckung (§ 131 InsO),
- unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen (§ 132 InsO),
- vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO),

³²⁴ Vgl § 27 InsO; siehe auch *Keller*, Insolvenzrecht (2006) 248.

³²⁵ Vgl § 27 InsO.

³²⁶ Vgl §§ 28, 174 InsO.

³²⁷ Siehe auch *Breuer*, Insolvenzrecht, Eine Einführung³ (2011) 115; oder auch *Zimmermann*, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2012) 67.

³²⁸ *Zimmermann*, Insolvenzrecht⁹ (2001) 93.

³²⁹ Vgl §§ 47, 49 bis 52, 94 InsO.

³³⁰ Verfügungen durch den Schuldner; vgl §§ 81, 82 InsO; sowie Maßnahmen durch die Insolvenzgläubiger; vgl §§ 87, 89, 91 InsO.

- unentgeltliche Leistung (§ 134 InsO),
- Gesellschaftsdarlehen (§ 135 InsO) und
- Stille Gesellschaft (§ 136 InsO).

Das Vermögen, welches durch eine der oben angeführten Anfechtungstatbestände noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschmälert wurde, wird durch die Insolvenzanfechtung aufgerollt und rückgängig gemacht.³³¹ Wie bereits ausgeführt obliegt die Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse dem Insolvenzverwalter. In diesem Zusammenhang finden ein Berichts- und ein Prüfungstermin statt.³³² Eine Woche vor Berichtstermin muss der Insolvenzverwalter ein Vermögensverzeichnis vorgelegt haben.³³³ Er berichtet im Berichtstermin über die wirtschaftliche Lage des Schuldners und über die Aussichten im Falle der Fortführung des Unternehmens.³³⁴ Die Gläubigerversammlung beschließt gemäß § 157 InsO, ob das Unternehmen geschlossen oder vorläufig fortgeführt wird. Zur Verwertung der Masse kommt es grundsätzlich erst nach dem Berichtstermin, da es bei einer vorläufigen Fortführung des Unternehmens zu keiner Verwertung kommt.³³⁵ Die Insolvenzmasse kann nach drei unterschiedlichen Durchführungen verwertet werden:

- Liquidierung,
- Sanierung und
- Übertragung.

Sämtliche Gläubiger, die am Insolvenzverfahren teilnehmen wollen, müssen ihre Forderungen beim Insolvenzverwalter fristgerecht schriftlich anmelden.³³⁶ Der Insolvenzverwalter unterzieht die angemeldeten Forderungen einer formalen Prüfung. Die Frist für die Anmeldung wird gemäß § 28 Abs 1 InsO mit dem Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens festgelegt. Früher musste die

³³¹ Siehe auch *Keller*, Insolvenzrecht (2006) 536.

³³² Vgl § 29 Abs 1 InsO.

³³³ Vgl § 151 InsO; *Zimmermann*, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2012) 109.

³³⁴ Vgl § 156 Abs 1 InsO.

³³⁵ *Zimmermann*, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2012) 111.

³³⁶ Vgl § 174 Abs 1 InsO; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 165.

Anmeldung der Forderung bei Gericht erfolgen.³³⁷ Diese Regelung wurde geändert. Neben der fristgerechten, schriftlichen Anmeldung der Forderungen müssen Gläubiger folgende Angaben machen:

- Der Grund der Forderung,
- der Betrag sowie
- Angaben darüber, dass der Forderung eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung zugrunde liegt, sofern der Gläubiger dies so einschätzt.³³⁸

Beim Prüfungstermin werden gemäß § 176 InsO die angemeldeten Forderungen durch die Gläubigerversammlung geprüft. Der Schuldner kann zu den einzelnen Forderungen Erklärungen abgeben und auch Forderungen bestreiten. Wie bereits oben erwähnt kommt es erst nach dem Berichtstermin zur Verteilung der Masse. Nach Abzug der Kosten des Insolvenzverfahrens werden die Masseforderungen und mit dem verbleibenden Vermögen die Insolvenzforderungen quotenmäßig befriedigt.³³⁹ Wie die Eröffnung des Verfahrens erfolgt auch die Beendigung des Insolvenzverfahrens mit Beschluss. Das Insolvenzverfahren kann entweder aufgehoben oder aber eingestellt werden. Aufgehoben wird das Verfahren dann, wenn der Zweck des Verfahrens erfüllt ist, dh wenn die Schlussverteilung stattgefunden hat oder der Insolvenzplan bestätigt wurde.³⁴⁰ Eingestellt wird das Verfahren dann, wenn zB kein kostendeckendes Vermögen mehr vorhanden ist (§§ 207, 209 InsO), sonstige Masseunzulänglichkeit vorliegt (§§ 208, 211 InsO), die Voraussetzungen für die Eröffnung des Verfahrens weggefallen sind (§ 112 InsO) oder wenn alle Gläubiger zustimmen (§ 213 InsO).³⁴¹ Mit der Beendigung des Verfahrens erlangt der Schuldner wieder die Verfügungsmacht über sein Vermögen. Falls es durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu Unterbrechungen von Prozessen gekommen ist, dann werden diese mit Beendigung des Verfahrens wieder fortgesetzt. Im Rahmen des Regelinsolvenzverfahrens stehen dem Schuldner zwei

³³⁷ Insolvenzforderungen mussten unter der bis zum 31.12.1998 geltenden Konkursordnung beim Insolvenzgericht zur Anmeldung gebracht werden; siehe auch *Klöker*, Die Rechte des Gläubigers in der Insolvenz seines Schuldners, oS, abrufbar unter: www.insolvenzberatung.de (18.3.2013).

³³⁸ Siehe § 174 Abs 1 InsO.

³³⁹ Die Verteilung erfolgt grundsätzlich nach §§ 187, 209 InsO.

³⁴⁰ Vgl §§ 200, 258 InsO; *Zimmermann*, Insolvenzrecht⁴ (2001) 117.

³⁴¹ Vgl *Zimmermann*, Insolvenzrecht⁴ (2001) 117.

„Unterverfahren“ bzw. zwei besondere Verfahrensarten innerhalb des Regelinsolvenzverfahrens zur Verfügung:

- Das Insolvenzplanverfahren sowie
- die Eigenverwaltung.

2. Das Insolvenzplanverfahren

Das Insolvenzplanverfahren hat das Ziel, das Unternehmen fortzuführen und eine gerichtliche Schuldenregulierung zu schaffen.³⁴² Für natürliche Personen, die keine selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeiten ausüben und nach den gesetzlichen Bestimmungen lediglich der Weg des Verbraucherinsolvenzverfahrens zusteht, kommt das Insolvenzplanverfahren nicht in Betracht.³⁴³ Das bedeutet, dass das Insolvenzplanverfahren nur für juristische Personen sowie für natürliche Personen, die einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, konzipiert ist. Gemäß § 217 InsO können im Insolvenzplan entgegen den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Vereinbarungen getroffen werden bezüglich der Befriedigung:

- der absonderungsberechtigten Gläubiger sowie
- der Insolvenzgläubiger.

Des Weiteren kann vereinbart werden:

- eine abweichende Verwertung der Insolvenzmasse,
- eine abweichende Verteilung der Insolvenzmasse,
- eine unterschiedliche Verfahrensabwicklung,
- eine abweichende Haftung des Schuldners nach Beendigung des Insolvenzverfahrens sowie
- Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen (nur bei AG oder GmbH möglich, nicht bei natürlichen Personen).

³⁴² Vgl. *Keller*, Insolvenzrecht (2006) 613.

³⁴³ Siehe auch *Keller*, Insolvenzrecht (2006) 621.

Einen Insolvenzplan kann sowohl der Schuldner als auch der Insolvenzverwalter dem Insolvenzgericht vorlegen.³⁴⁴ Entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen nach §§ 219 ff InsO muss der Insolvenzplan in einen darstellenden und einen gestaltenden Teil gegliedert sein. Dies ist zwingende formale Voraussetzung. Gemäß § 220 InsO hat der darstellende Teil des Insolvenzplans die Beteiligten des Verfahrens über die bisher getroffenen Maßnahmen zu informieren und Auskunft darüber zu geben, welche weiteren Maßnahmen geplant sind, um die Vorgaben des Insolvenzplans zu erreichen. Alle erforderlichen Angaben müssen im darstellenden Teil enthalten sein. Der gestaltende Teil nach § 221 InsO enthält Informationen darüber, wie sich die Rechtsstellung der Beteiligten durch den Insolvenzplan ändern wird. Eine bestimmte Mindestquote muss nicht erreicht werden.³⁴⁵ Massegläubiger sowie Aussonderungsberechtigte werden vom Insolvenzplan nicht umfasst.³⁴⁶ Sie erhalten volle Befriedigung. Absonderungsberechtigte können nach § 223 InsO in ihren Rechten geschmälert werden, haben jedoch ein Versagungsrecht³⁴⁷, sodass eine Berücksichtigung dieser im Insolvenzplan nur dann Sinn macht, wenn sie mit der veränderten Rechtsstellung einverstanden sind. Der Insolvenzplan wird vom Insolvenzgericht von Amts wegen kontrolliert und gegebenenfalls zurückgewiesen, wenn:

- das Vermögen nicht ausreicht um die Kosten des Verfahrens zu decken,
- der Insolvenzplan verspätet eingereicht wurde (nach Schlusstermin),
- der Plan formale Mängel hat,
- der Plan aussichtslos ist oder
- es sich um einen wiederholten Plan handelt.³⁴⁸

Sofern der Insolvenzplan nach den gesetzlichen Bestimmungen zulässig ist, wird darüber abgestimmt und ist dieser erst dann wirksam, wenn es vom Gericht bestätigt wird.³⁴⁹ Nach Bestätigung des Insolvenzplans wird das Insolvenzverfahren gemäß § 258 InsO aufgehoben. Auch in dieser Phase kann die Bestätigung des Plans bei

³⁴⁴ Vgl § 218 InsO

³⁴⁵ Zimmermann, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2012) 129.

³⁴⁶ Vgl §§ 258, 47 InsO, siehe auch Zimmermann, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2012) 129.

³⁴⁷ Vgl § 251 InsO.

³⁴⁸ §§ 26, 218, 231 InsO; Zimmermann, Insolvenzrecht⁴ (2001) 120.

³⁴⁹ Vgl § 248 InsO.

Vorliegen bestimmter Gründe durch das Gericht abgelehnt werden (Masseunzulänglichkeit, Bedingung des Plans nicht erfüllt, usw).

3. Die Eigenverwaltung

a. Allgemeines

Für gewöhnlich übernimmt der Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Verwaltung und Verfügung über die Insolvenzmasse. Im Verbraucherinsolvenzverfahren hat diese Aufgaben der Treuhänder inne. Es gibt für den Schuldner jedoch die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen die Verwaltungs- und Verfügungsmacht unter Aufsicht des Treuhänders für sich zu behalten. Die Eigenverwaltung ist nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Zu Beginn des Verfahrens wird die Eigenverwaltung nach § 270 Abs 2 InsO dann angeordnet, wenn:

- der Schuldner selbst mit Stellung des Insolvenzantrages gleichzeitig einen Antrag auf Eigenverwaltung stellt,
- der Schuldner die Eigenverwaltung nach der Einschätzung des Insolvenzgerichts nicht zum Nachteil der Gläubiger ausführt bzw keine Umstände bekannt sind, die dies erwarten lassen und
- ein vereinfachtes Insolvenzverfahren nicht in Frage kommt.³⁵⁰

Wenn das Insolvenzgericht die Eigenverwaltung abgelehnt hat, dann kann die Gläubigerversammlung dennoch mit Beschluss verfügen, dass dem Schuldner die Eigenverwaltung zukommt.³⁵¹ Voraussetzung für diese nachträgliche Anordnung der Eigenverwaltung ist jedenfalls nicht, dass der Schuldner vorab einen Antrag auf Eigenverwaltung gestellt hat.³⁵² In diesem Fall muss das Insolvenzgericht im Nach-

³⁵⁰ Ein vereinfachtes Insolvenzverfahren kommt dann in Frage, wenn der Schuldner entweder eine natürliche Person ist, welche keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt oder früher ein Kleinunternehmen betrieb. In diesem Fall ist die Eigenverwaltung nicht zulässig.

³⁵¹ Vgl § 271 InsO.

³⁵² Keller, Insolvenzrecht (2006) 677.

hinein die Eigenverwaltung anordnen. Eine durch Beschluss angeordnete Eigenverwaltung ist nach § 272 InsO dann durch das Gericht wieder aufzuheben, wenn:

- der Schuldner einen Antrag auf Aufhebung stellt,
- die Gläubigerversammlung einen Antrag auf Aufhebung stellt oder
- einzelne Gläubiger, wenn ihnen durch die Eigenverwaltung erhebliche Nachteile drohen.

Sofern die Eigenverwaltung durch das Insolvenzgericht aufgehoben wird, muss anstelle des Sachwalters ein Insolvenzverwalter bestellt werden.

b. Stellung des Schuldners sowie Sachwalters im Verfahren

Der Schuldner hat die Verfügungsmacht über die Insolvenzmasse. Er verwaltet und verwertet die Masse eigenständig. Sein Aufgabengebiet umfasst:³⁵³

- Aufnahme und Aufstellung des Forderungsverzeichnisses (§ 281 InsO),
- Entscheidung über den weiteren Verlauf von noch nicht abgeschlossenen, gegenseitigen Verträgen (§ 279 InsO),
- Erstattung des Berichts (§ 281 InsO),
- Vorlage eines Insolvenzplans (§ 284 InsO)³⁵⁴,
- Verteilung der Masse sowie des Erlöses aus der Verwertung der Masse an die Gläubiger (§ 283 InsO),
- Rechnungslegung und Schlussrechnung (§ 281 InsO).

In diesem Zusammenhang hat der Sachwalter bestimmte Mitwirkungsrechte. Er kann den Schuldner beraten und gemeinsame Entscheidungen treffen (nur im Einvernehmen möglich). Im Übrigen kann er bestimmte Verzeichnisse nachprüfen und der Schuldner benötigt bei der Ausübung bestimmter Rechte die Zustimmung des

³⁵³ Siehe auch *Zimmermann*, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2012) 134 ff.

³⁵⁴ Als Schuldner kann er den Insolvenzplan eigenständig vorlegen, als Eigenverwalter ist dies nur im Auftrag der Gläubigerversammlung möglich.

Sachwalters. Der Sachwalter hat im Insolvenzverfahren mit Eigenverwaltung geringe Mitwirkungsrechte. Seine Aufgaben umfassen demnach:³⁵⁵

- Prüfung der wirtschaftlichen Lage (§ 274 InsO),
- Einsicht in Bücher (§274 iVm § 22 InsO),
- Überwachung der Planerfüllung bzgl des Insolvenzplans (§ 284 InsO),
- Mitteilung der Masseunzulänglichkeit an das Insolvenzgericht (§ 285 InsO),
- Prüfung des Vermögensverzeichnisses (§ 281 InsO),
- Abgabe einer Stellungnahme zum Bericht des Schuldners (§ 281 InsO),
- Möglichkeit der Bestreitung von angemeldeten Forderungen (§ 283 InsO).

4. Das Verbraucherinsolvenzverfahren

Das Verbraucherinsolvenzverfahren wird dann eröffnet, wenn der Schuldner eine natürliche Person ist, die kein Unternehmen betreibt. Wenn nach den gesetzlichen Bestimmungen ein Verbraucherinsolvenzverfahren zu eröffnen ist, dann kann dies durch Antrag des Schuldners oder eines Gläubigers nicht geändert werden. Allgemeine Voraussetzungen für die Eröffnung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens sind:³⁵⁶

- Nur natürliche Personen können ein Verbraucherinsolvenzverfahren eröffnen und
- bei Antragstellung darf der Schuldner keiner selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen.

Sofern der Schuldner bei Eröffnung des Verfahrens keine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, die Schulden oder zumindest ein Teil der Schulden aber aus einer damaligen gewerblichen Tätigkeit herkommen, so kann dennoch ein Verbraucherinsolvenzverfahren eröffnet werden.³⁵⁷ Voraussetzung ist, dass höchstens 19 Gläubiger sind und gegen den Schuldner keine Ansprüche aus Dienst-

³⁵⁵ Siehe *Zimmermann*, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2012) 135.

³⁵⁶ Vgl § 304 Abs 1 InsO.

³⁵⁷ Vgl § 304 Abs 1 InsO.

verhältnissen vorhanden sein dürfen. Gemäß § 304 Abs 2 InsO könnte der Schuldner also ein Verbraucherinsolvenzverfahren erwirken, sofern er vor Antragstellung sämtliche Gläubiger befriedigt, sodass nur 19 Gläubiger übrig bleiben. Auf die Höhe seiner Schulden kommt es im Verfahren nämlich nicht an. Weitere Voraussetzungen für die Eröffnung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens sind:

- die erfolglose außergerichtliche Einigung sowie
- die Bescheinigung über das Scheitern des Versuches, die Angelegenheit außergerichtlich zu einigen.³⁵⁸

Die außergerichtliche Einigung beinhaltet eine Konzeption des Schuldners zur Begleichung seiner Schulden.³⁵⁹ Die Gläubiger dürfen mit diesem Plan nicht einverstanden sein. Des Weiteren sollte von einer dafür zuständigen Stelle (Rechtsanwalt, Schuldenberatungsstelle, Wirtschaftsprüfer usw) eine Bescheinigung darüber ausgestellt werden, dass der Versuch der außergerichtlichen Einigung gescheitert ist. Auch im Verbraucherinsolvenzverfahren können der Schuldner selbst aber auch die Gläubiger einen Antrag auf Eröffnung des Verfahrens stellen. Die Bestimmungen über den außergerichtlichen Einigungsversuch gelten im Falle eines Gläubigerantrages nicht.³⁶⁰

³⁵⁸ Dies ergibt sich grundsätzlich aus § 305 Abs 1 InsO.

³⁵⁹ Es handelt sich dabei um keinen Insolvenzplan, sondern lediglich um einen Schuldenbereinigungsplan; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 231.

³⁶⁰ *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 230.

E. Die Insolvenzordnung: Ein kurzer Rechtsvergleich zwischen Österreich und Deutschland

1. Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens

a. Der Insolvenzantrag

Sowohl in der österreichischen als auch in der deutschen Insolvenzordnung wird ein Insolvenzverfahren lediglich auf Antrag einer berechtigten Person eröffnet. Antragsberechtigt sind gemäß IO sowie InsO.³⁶¹

- Der Schuldner selbst sowie
- jeder Gläubiger.

In beiden Rechtsordnungen müssen bei einem Gläubigerantrag folgende Voraussetzungen vorliegen:

- Der Gläubiger muss seine Forderung sowie
- das Vorliegen eines Insolvenzgrundes glaubhaft machen.³⁶²

Die deutsche InsO verlangt zudem das Vorliegen eines rechtlichen Interesses des Gläubigers, wobei anzumerken ist, dass in der Praxis diese Voraussetzung meiner Ansicht nach immer für gegeben angenommen werden müsste.³⁶³ In der Literatur wird aber auch die Ansicht vertreten, dass das Vorliegen eines rechtlichen Interesses jedenfalls glaubhaft gemacht werden muss und ohne Titel dies ohnedies schwierig ist.³⁶⁴ Einen Titel muss der Gläubiger nach den gesetzlichen Bestimmungen jedenfalls nicht haben.

³⁶¹ Vgl §§ 69, 70 IO; § 13 Abs 1 InsO.

³⁶² Vgl § 70 Abs 1 IO bzw § 14 Abs 1 InsO.

³⁶³ Siehe Zimmermann, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2012) 6.

³⁶⁴ Bork, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 43.

b. Die Insolvenzgründe

Als Insolvenzgründe werden sowohl in Österreich als auch in Deutschland folgende Tatbestände angeführt:

- Zahlungsunfähigkeit und
- Überschuldung.³⁶⁵

Die drohende Zahlungsunfähigkeit wird in der deutschen InsO jedenfalls auch als Insolvenztatbestand separat angeführt und kommt nur dann in Frage, wenn der Schuldner den Antrag selbst stellt.³⁶⁶ In Österreich wird die drohende Zahlungsunfähigkeit jedenfalls nicht zusätzlich angeführt, kommt aber im Sanierungsverfahren und nur auf Antrag des Schuldners jedenfalls als Tatbestand in Frage.³⁶⁷

c. Die Insolvenzfähigkeit

Sowohl in Österreich als auch in Deutschland gilt die Insolvenzfähigkeit als Voraussetzung für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Im deutschen Insolvenzrecht wird die Insolvenzfähigkeit nicht eigens geregelt. Es wird auf die passive Prozessfähigkeit der ZPO verwiesen.³⁶⁸ Insolvenzfähig ist demnach, wer sich selbständig durch Verträge verpflichten kann.³⁶⁹ Auch im österreichischen Insolvenzrecht wird die Insolvenzfähigkeit nicht ausdrücklich definiert. Die Insolvenzfähigkeit wird hier von der Rechtsfähigkeit jeder Person abgeleitet.³⁷⁰ Insolvenzfähig ist in Österreich demnach, wer Träger von Rechten und Pflichten sein kann.³⁷¹ Im Großen und Ganzen decken sich auch hier trotz unterschiedlicher Begriffsbestimmungen die im Insolvenzverfahren als Schuldner in Frage kommenden Vermögensträger.

³⁶⁵ Vgl § 66, 67 IO; §§ 17, 19 InsO.

³⁶⁶ Vgl § 18 InsO; Bork, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 49.

³⁶⁷ Siehe § 167 Abs 2 IO; Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 35.

³⁶⁸ Zimmermann, Insolvenzrecht⁴ (2001) 9.

³⁶⁹ Vgl § 52 Abs 1 ZPO.

³⁷⁰ Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 33.

³⁷¹ Buchegger, Insolvenzrecht (2010) 3.

d. Das kostendeckende Vermögen

Sowohl in Österreich als auch in Deutschland wird ein sonst zulässiger Insolvenzantrag mangels kostendeckendem Vermögen zurückgewiesen.³⁷² Kostendeckendes Vermögen ist dann vorhanden, wenn das Vermögen des Schuldners ausreicht, die Kosten des Verfahrens zu decken. Zusätzlich gibt es in Österreich die Möglichkeit, bei Mangel an kostendeckendem Vermögen dem Antragsteller den Erlag eines Kostenvorschusses in Auftrag zu geben.³⁷³ Eine weitere Möglichkeit ist, dass der Schuldner, sofern er eine natürliche Person ist, ein Vermögensverzeichnis und einen Zahlungsplanantrag vorlegt und bescheinigt, dass der Plan durchführbar ist und die Einnahmen ausreichend sind, um die Verfahrenskosten voraussichtlich zu decken.³⁷⁴ Von dieser Möglichkeit wird jedoch in Österreich selten Gebrauch gemacht. Vielmehr kommt es zum Erlag eines Kostenvorschusses. In Deutschland hingegen kann bei Fehlen der kostendeckenden Masse die Kosten des Verfahrens vorgeschossen bzw gestundet werden.³⁷⁵ Eine Stundung der Kosten ist gemäß § 4a InsO jedoch nur möglich, wenn der Antragsteller eine natürliche Person ist und einen Antrag auf Restschuldbefreiung gestellt hat. Eine Stundung der Kosten ist in Österreich nicht vorgesehen.

e. Ergebnis

Bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gibt es in Österreich und Deutschland bis auf vereinzelte Begriffsbestimmungen kaum Unterschiede. Beide Verfahren werden nach dem Antragsprinzip eröffnet und anschließend vom Insolvenzgericht von Amts wegen fortgeführt. Die Insolvenzfähigkeit wird zwar unterschiedlich definiert, schlussendlich kommen beide Rechtsordnungen zu demselben Ergebnis. Ein wesentlicher Unterschied ist, dass die drohende Zahlungsunfähigkeit konkret als Insolvenzgrund in der deutschen InsO angegeben wird, während in der österreichischen IO eine solche Auflistung fehlt, obwohl die drohende Zahlungs-

³⁷² Vgl § 71a Abs 2 IO; § 26 Abs 1 InsO.

³⁷³ Vgl § 71a Abs 1 IO; *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht (2002) 83.

³⁷⁴ Vgl § 183 Abs 1 IO; *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 37.

³⁷⁵ Siehe § 26 Abs 1 InsO.

unfähigkeit auch hier in Ausnahmesituationen als Insolvenzgrund gelten kann.³⁷⁶ Wie bereits oben erwähnt ist das Fehlen eines kostendeckenden Vermögens in beiden Rechtsordnungen ein Grund, den Insolvenzantrag zurückzuweisen. Die Eröffnung des Verfahrens, obwohl kein kostendeckendes Vermögen vorhanden ist, wird wie bereits oben näher erläutert unterschiedlich behandelt.

2. Der Insolvenzverwalter

a. Allgemeines

In beiden Rechtsordnungen spielt der Insolvenzverwalter im Verfahren eine wichtige Rolle. Er ist „die zentrale Figur des Insolvenzverfahrens.“³⁷⁷ Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird auch der Insolvenzverwalter bestellt.³⁷⁸ In Deutschland handelt es sich dabei um den vorläufigen Insolvenzverwalter, wobei dieser im Normalfall auch zum endgültigen Insolvenzverwalter bestellt wird.³⁷⁹ In Österreich muss der Insolvenzverwalter wie auch in Deutschland bestimmten Kriterien entsprechen, ansonsten ist das Gericht bei der Auswahl des Insolvenzverwalters frei. In Österreich wird direkt bei Verfahrenseröffnung der endgültige Insolvenzverwalter bestellt. Die Funktion eines vorläufigen Insolvenzverwalters gibt es in der österreichischen Rechtsordnung nicht. In Deutschland wird der Insolvenzverwalter je nachdem, um welches Verfahren es sich handelt, Insolvenzverwalter, Treuhänder oder Sachwalter genannt.³⁸⁰ In Österreich wird der Insolvenzverwalter je nach Verfahren Masseverwalter oder Sanierungsverwalter genannt. Sofern es sich nicht um den Insolvenzverwalter handelt, haben die Funktion des Verwalters ausübende Personen einen eingeschränkten Aufgabenkreis. Dies trifft auf beide Rechtsordnungen zu.

³⁷⁶ Vgl § 167 Abs 2 IO, siehe bereits oben.

³⁷⁷ *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 40; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 26.

³⁷⁸ § 27 Abs 1 InsO; § 80 Abs 1 IO.

³⁷⁹ *Keller*, Insolvenzrecht (2006) 93.

³⁸⁰ Näheres dazu siehe bereits oben.

b. Rechtsstellung des Insolvenzverwalters

Sowohl in Deutschland als auch in Österreich kommen für die Beurteilung der Rechtsstellung des Insolvenzverwalters dieselben Theorien zur Anwendung. Dabei handelt es sich um die Vertretertheorie, Organtheorie sowie Amtstheorie. Wie bereits oben angeschnitten, ist die Diskussion über „die Rechtsnatur seines Amtes“³⁸¹ von keiner großen Bedeutung, da alle Theorien zu fast demselben Ergebnis führen.³⁸² Dennoch ist festzuhalten, dass die Lehre und Rechtsprechung in Deutschland überwiegend der Amtstheorie folgt.³⁸³ Nach dieser Theorie wird der Insolvenzverwalter durch die InsO ermächtigt, im Verfahren als Partei Kraft Amtes bezeichnet zu werden. Er tritt also an Stelle des Schuldners als Arbeitgeber ein und handelt im eigenen Namen. In Österreich wird die Ansicht, dass der Insolvenzverwalter als Arbeitgeber gesehen wird, strikt abgelehnt. Er übt zwar die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers aus, als Arbeitgeber wird er jedoch zu keinem Zeitpunkt gesehen.

c. Die Aufgaben des Insolvenzverwalters

In beiden Rechtsordnungen hat der Insolvenzverwalter grundsätzlich die Aufgabe, das Massevermögen zu verwalten und zu verwerten.³⁸⁴ In der deutschen InsO hat der Insolvenzverwalter die Forderungsanmeldungen der Gläubiger zu empfangen und zu überprüfen.³⁸⁵ In der österreichischen IO richtet sich die Forderungsanmeldung der Gläubiger an das Insolvenzgericht.³⁸⁶ Der Insolvenzverwalter überprüft lediglich nach § 81a Abs 2 IO die Forderungen. Sowohl in Österreich als auch in Deutschland hat der Insolvenzverwalter die Pflicht Bericht zu erstatten und bei Beendigung des Verfahrens Schlussrechnung zu legen.³⁸⁷ Im Übrigen müssen sie gemäß §§ 124, 128 ff IO bzw §§ 187 ff den Masseerlös verteilen. Im Großen und Ganzen decken sich die Aufgaben bis auf einige Kleinigkeiten. Sowohl der deutsche als auch der

³⁸¹ Vgl Zimmermann, *Insolvenzrecht*⁹ (2001) 28; Bork, *Einführung in das Insolvenzrecht*⁵ (2009) 31.

³⁸² Dellinger/Oberhammer, *Insolvenzrecht* (2002) 33;

³⁸³ Siehe Breuer, *Insolvenzrecht, Eine Einführung*³ (2011) 33.

³⁸⁴ Vgl § 114 IO; §§ 148, 159 InsO.

³⁸⁵ Vgl § 174 InsO; Zimmermann, *Grundriss des Insolvenzrechts*⁹ (2012) 29.

³⁸⁶ Vgl § 104 Abs 1 IO; Dellinger/Oberhammer, *Insolvenzrecht* (2002) 59; Nunner-Krautgasser/Reissner, *Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand* (2012) 59.

³⁸⁷ Vgl § 81 Abs 1 IO; §§ 66, 156.

österreichische Insolvenzverwalter werden durch das Insolvenzgericht kontrolliert und überwacht und können bei Vorliegen wichtiger Gründe ihrer Tätigkeit wieder enthoben werden.³⁸⁸

d. Die Haftung des Insolvenzverwalters

Gemäß § 81 Abs 3 IO ist der Insolvenzverwalter allen Beteiligten des Verfahrens für Vermögensnachteile, die er ihnen durch pflichtwidrige Führung seines Amtes verursacht, verantwortlich. Gemäß § 60 Abs 1 InsO ist der Insolvenzverwalter ebenfalls allen Beteiligten des Verfahrens gegenüber verpflichtet, Schadenersatz zu leisten, wenn er schuldhaft die Pflichten verletzt, die ihm nach der deutschen Insolvenzordnung obliegen. Demnach obliegen in beiden Fällen die Insolvenzverwalter einem ähnlichen bzw vergleichbaren Haftungsmaßstab.

e. Ergebnis

Meiner Ansicht nach ist die Stellung des Insolvenzverwalters in beiden Rechtsordnungen jedenfalls vergleichbar. Einen wesentlichen Unterschied ergibt sich lediglich aus der Rechtsstellung des Masseverwalters. Wie bereits näher ausgeführt folgt man in der Lehre und Rechtsprechung in Deutschland überwiegend der Amtstheorie, während diese Ansicht in Österreich nicht herrschend ist.³⁸⁹ Auch meiner Meinung nach tritt der Insolvenzverwalter nicht an Stelle des Arbeitgebers. Er ist also nicht „Arbeitgeber“ kraft seines Amtes bzw kraft der Insolvenzordnung. Vielmehr übt der die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers aus, ohne dabei Arbeitgeber zu sein. Zu berücksichtigen ist nämlich auch, dass der Schuldner während des gesamten Insolvenzverfahrens Eigentümer seines Vermögens bleibt, weshalb es auch zu keinem Schuldnerwechsel kommen kann, wie dies von der Organtheorie angenommen wird. Da die Rechtsnatur des Insolvenzverwalters im Endeffekt zu keinen bedeutenden Unterschieden führt, ist meiner Ansicht nach eine umfassende Diskussion über diese Thematik nicht von großer Bedeutung.

³⁸⁸ Vgl §§ 84 Abs 1, 87 Abs 1 IO; § 58 InsO.

³⁸⁹ Wurde bereits oben näher dargestellt und erläutert.

3. Die Gläubigerversammlung

Sowohl in der deutschen als auch in der österreichischen Insolvenzordnung gibt es den Begriff der Gläubigerversammlung. Die Funktionen decken sich grundlegend. Die Gläubigerversammlung hat überwiegend „Kontrollfunktion, Beratungsfunktion und Entscheidungsfunktion“³⁹⁰. Diese Funktionen bestimmen das Aufgabengebiet beider Rechtsordnungen. Die Gläubigerversammlung dient in beiden Rechtsordnungen für die Wahrnehmung der Befugnisse aller Insolvenzgläubiger.³⁹¹ Die Gläubigerversammlung setzt sich aus den Insolvenzgläubigern zusammen, die am Insolvenzverfahren beteiligt sind. Sowohl in Deutschland als auch in Österreich wird die Gläubigerversammlung vom Insolvenzgericht einberufen und auch geleitet.³⁹²

4. Der Gläubigerausschuss

Auch den Gläubigerausschuss gibt es sowohl im Insolvenzverfahren in Österreich als auch im Insolvenzverfahren in Deutschland. In beiden Verfahren ist der Gläubigerausschuss nicht wie die Gläubigerversammlung zwingend einzuberufen, sondern ein „fakultatives Organ“³⁹³ des Insolvenzverfahrens. Ihm kommt überwiegend Kontrollfunktion zu. Sowohl in Österreich als auch in Deutschland überwacht und unterstützt der Gläubigerausschuss den Insolvenzverwalter.³⁹⁴ Bei wichtigen Geschäften wie zB der Verkauf oder die Verpachtung des Unternehmens hat der Gläubigerausschuss ein Zustimmungsrecht.³⁹⁵ Das heißt der Insolvenzverwalter muss die Zustimmung des Gläubigerausschusses einholen. Wie bereits oben erwähnt hat die fehlende Zustimmung des Gläubigerausschusses nach außen hin keine Wirkung. Dieses Zustimmungsrecht trifft sowohl auf die österreichische als auch auf die deutsche Rechtsordnung zu.

³⁹⁰ *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 41.

³⁹¹ Vgl *Keller*, Insolvenzrecht (2006) 156; *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 41.

³⁹² Vgl § 91 Abs 1 IO; §§ 74, 76 Abs 1 InsO.

³⁹³ *Zimmermann*, Insolvenzrecht⁹ (2001) 39.

³⁹⁴ Vgl § 89 Abs 1 IO; § 69 InsO.

³⁹⁵ Vgl § 160 InsO, § 88 Abs 1 iVm § 117 Abs 1 IO.

5. Die einzelnen Verfahrensabläufe

a. Die einzelnen Verfahrensabläufe in Österreich

Wie bereits oben detailliert dargestellt, gibt es in Österreich seit dem IRÄG 2010 ein einheitliches Insolvenzverfahren. Die unterschiedlichen Begriffe Konkursverfahren, Sanierungsverfahren mit oder ohne Eigenverwaltung sowie Schuldenregulierungsverfahren sind lediglich unterschiedliche Verfahrensabläufe eines einheitlichen Verfahrenssystems. Das Konkursverfahren wird immer dann eröffnet, wenn nicht der Schuldner selbst einen Antrag auf Eröffnung stellt und gleichzeitig keinen Sanierungsplan vorlegt. Auch während des Konkursverfahrens steht es dem Schuldner zu, das „gewöhnliche Konkursverfahren“ mit einem Sanierungsplan abzuwenden.³⁹⁶ Festgehalten werden sollte hier nochmals, dass auch im Konkursverfahren die Liquidation nicht vorrangiges Ziel ist. Selbst im Konkursverfahren kommt dem Sanierungsgedanken große Bedeutung zu. Das Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung ist im Prinzip ebenfalls ein Konkursverfahren mit der Besonderheit, dass aufgrund von Sonderbestimmungen der Insolvenzordnung die Sanierung des Unternehmens beschleunigt wird. Im Übrigen hat der Begriff Sanierungsverfahren nicht dieselbe negative Wirkung wie das Konkursverfahren.³⁹⁷ Beim Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung kommt zusätzlich zu den oben angeführten Besonderheiten hinzu, dass der Schuldner nicht völlig seine Verfügungsmacht verliert. Vielmehr kann er größtenteils eigenständig handeln, wobei er vom Sanierungsverwalter überwacht wird. Das Schuldenregulierungsverfahren ist eine andere Form des Konkursverfahrens für Schuldner, die kein Unternehmen betreiben.

b. Die einzelnen Verfahrensabläufe in Deutschland

In Deutschland gibt es neben dem Regelinsolvenzverfahren, welches mit dem Konkursverfahren in Österreich verglichen werden könnte, zwei Unterverfahren; das Insolvenzplanverfahren sowie die Eigenverwaltung. Im Regelinsolvenzverfahren geht es primär um die Befriedigung der Gläubiger und dementsprechend auch eher

³⁹⁶ Vgl § 167 Abs 1 IO.

³⁹⁷ Vgl *Konecny* in FS 8.

um die Verwertung des Unternehmens und Verteilung des Erlöses.³⁹⁸ Ziele des Regelinsolvenzverfahrens sind aber neben Restschuldbefreiung die Unternehmensfortführung sowie der Pfändungsschutz des Schuldners.³⁹⁹ Die Unternehmensfortführung ist im Regelinsolvenzverfahren also ebenfalls von Bedeutung. Für den Fall, dass es zu einer gerichtlichen Erledigung der Schulden kommt und der Schuldner die Unternehmensfortführung bezweckt, dann steht dem Schuldner das Insolvenzplanverfahren zur Verfügung. Dieses Verfahren stellt einige Besonderheiten auf, die bei der Verwirklichung des Ziels der Unternehmensfortführung Erleichterung schafft.⁴⁰⁰ Für natürliche Personen, die keine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit bzw keine bedeutsame selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt haben, steht das Insolvenzplanverfahren erst gar nicht zu. Durch das Insolvenzplanverfahren kann eine vom Gesetz abweichende Befriedigung von Gläubigern oder aber eine abweichende Verwertung und Verteilung der Masse erwirkt werden.⁴⁰¹ Bei der Eigenverwaltung handelt es sich um ein gewöhnliches Insolvenzverfahren mit der Besonderheit, dass dem Schuldner die Verfügungsmacht nicht völlig entzogen wird, sondern er vielmehr selbst die Insolvenzmasse verwaltet und darüber verfügt und dabei von einem Treuhänder beaufsichtigt wird.⁴⁰² Dadurch werden die Kosten des Verfahrens erheblich gesenkt, da der Treuhänder nicht dieselbe Entschädigung erhält wie der Insolvenzverwalter.⁴⁰³ Die Eigenverwaltung ist im Verbraucherinsolvenzverfahren nicht zulässig.⁴⁰⁴ Das Verbraucherinsolvenzverfahren steht natürlichen Personen zu, die keiner selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen bzw einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit früher nachgegangen sind, wobei die Tätigkeit als Kleinunternehmer anzusehen ist.⁴⁰⁵ Das heißt, dass das Verbraucherinsolvenzverfahren für natürliche Personen vorgesehen ist, die keine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Aber auch für Schuldner, die bei Antragstellung keiner selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, deren Schulden jedoch aus einer solchen

³⁹⁸ § 1 InsO; siehe auch *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 180.

³⁹⁹ *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 8 ff.

⁴⁰⁰ Vgl §§ 1, 312 Abs 3 InsO.

⁴⁰¹ Vgl *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 182.

⁴⁰² Vgl § 270 Abs 1 InsO.

⁴⁰³ Siehe auch *Breuer*, Insolvenzrecht, Eine Einführung³ (2011) 233.

⁴⁰⁴ *Zimmermann*, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2012) 132.

⁴⁰⁵ Vgl § 304 InsO; Die genaue Beschreibung der Voraussetzung wurde oben bereits näher ausgeführt, weshalb nicht detailliert darauf eingegangen wird.

Tätigkeit stammen, kommt das Verbraucherinsolvenzverfahren unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen in Frage.

c. Ergebnis

Das Konkursverfahren in Österreich kann jedenfalls mit dem Regelinsolvenzverfahren in Deutschland verglichen werden, wobei die gesetzliche Verfahrensstruktur der einzelnen Verfahrensabläufe meiner Meinung nach sehr unterschiedlich aufgebaut ist. Meiner Ansicht nach wird in Österreich der Sanierungsgedanke im Konkursverfahren besser umgesetzt als in Deutschland. Obwohl Gemeinsamkeiten vorhanden sind, kann man das Insolvenzplanverfahren in Deutschland meiner Meinung nach nicht mit dem Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung in Österreich vergleichen. In beiden Verfahrensabläufen geht es grundsätzlich um die schnelle Sanierung des Unternehmens.⁴⁰⁶ Das heißt es ist ein vereinfachtes Verfahren, um die Sanierung zu beschleunigen, wobei die Umsetzung dieses Zieles unterschiedlich erfolgt. Das Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung kann nur auf Antrag des Schuldners eröffnet werden.⁴⁰⁷ Vor Eröffnung des Verfahrens muss der Schuldner aber dem Insolvenzgericht gemäß § 167 Abs 1 Z 2 IO einen zulässigen Sanierungsplan vorlegen. Ein zulässiger Sanierungsplan bedeutet, dass dieser den gesetzlichen Vorgaben der IO entspricht.⁴⁰⁸ Das Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung kann auch bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit beantragt werden.⁴⁰⁹ Beim Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung verliert der Schuldner wie beim Konkursverfahren seine Verfügungsmacht über die Insolvenzmasse. Es wird ein Masseverwalter bestellt. Das Insolvenzplanverfahren kann sowohl vom Schuldner selbst aber auch vom Insolvenzverwalter beantragt werden.⁴¹⁰ Hier ist jedenfalls eine unterschiedliche Vorgehensweise in Österreich bzw Deutschland zu verzeichnen, denn wie bereits beschrieben, kann das Sanierungs-

⁴⁰⁶ Vgl *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 44; siehe auch *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009) 200.

⁴⁰⁷ Vgl § 167 Abs 1 Z 1 IO.

⁴⁰⁸ Auf eine nähere Darstellung der Voraussetzungen wird an dieser Stelle verzichtet, da diese oben bereits im Detail beschrieben wurden.

⁴⁰⁹ Die drohende Zahlungsunfähigkeit ist eben wie bereits oben dargestellt als Insolvenzgrund im Sanierungsverfahren angeführt und gilt nicht für alle Verfahrensabläufe; vgl § 167 Abs 2 IO.

⁴¹⁰ Vgl § 218 Abs 1 InsO.

verfahren ohne Eigenverwaltung lediglich vom Schuldner selbst beantragt werden. Im Insolvenzplanverfahren können entgegen den gesetzlichen Bestimmungen unterschiedliche Vereinbarungen bezüglich der Befriedigung von Gläubigern, der Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse und der Haftung des Schuldners nach Beendigung des Verfahrens getroffen werden.⁴¹¹ Nach dem Insolvenzplan in Österreich müssen die Gläubiger innerhalb von zwei Jahren mindestens 20% ihrer Forderungen erhalten.⁴¹² Sohin ist der Schuldner im Insolvenzplanverfahren an weniger inhaltliche Vorgaben gebunden. Sofern der Insolvenzplan bei der Abstimmung durchgeht, so ist der Insolvenzplan bis auf die formellen Voraussetzungen an keine Bedingung geknüpft, während im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung jedenfalls eine bestimmte Quote bei der Befriedigung der Forderungen erreicht werden muss. Auch in Deutschland muss mit Antragstellung ein Insolvenzplan vorgelegt werden.⁴¹³ Das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung in Österreich steht im Pendant zur Eigenverwaltung in Deutschland, wobei meiner Meinung nach auch diese zwei Verfahrensabläufe nicht miteinander verglichen werden können. Während das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung wie das Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung überwiegend die rasche Sanierung des Unternehmens bezweckt, ist die „deutsche Eigenverwaltung“ eine Sonderform des Regelinsolvenzverfahrens, in welcher der Schuldner nicht völlig entmachtet wird.⁴¹⁴ Es handelt sich aber um kein Insolvenzplanverfahren bzw Sanierungsverfahren. Er behält die Verfügungsmacht über die Insolvenzmasse, es geht hier nicht nur um die Sanierung, sondern auch um die Verwertung des Unternehmens. Aus diesem Grund unterscheidet sich die Eigenverwaltung grundlegend vom Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung. Im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung geht es vorrangig um die Sanierung des Unternehmens und um Vorlage eines Sanierungsplans. Dem ist in der Eigenverwaltung in Deutschland nicht so. Gemeinsam ist beiden Verfahren lediglich, dass der Schuldner seine Verfügungsmacht über die Insolvenzmasse nicht verliert, dem Schuldner ein Sanierungsverwalter in Österreich bzw ein Treuhänder in Deutschland zur Seite gestellt wird

⁴¹¹ Keller, Insolvenzrecht (2006) 613 ff.

⁴¹² Fussenegger, Unternehmerinsolvenz, Raus aus der Schuldenfalle (2012) 177.

⁴¹³ Vgl § 218 Abs 1 InsO.

⁴¹⁴ Siehe auch Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 46 ff; Zimmermann, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2012) 132 ff.

und der Schuldner die Eigenverwaltung verliert, wenn das Insolvenzgericht diese aufhebt. Nach all den obigen Ausführungen erscheint es fast unmöglich, die einzelnen Verfahrensabläufe in Österreich und Deutschland zu vergleichen. Bis auf das Konkursverfahren bzw Regelinsolvenzverfahren haben die Verfahrensabläufe unterschiedliche gesetzliche Vorgaben sowie Ziele. Wie bereits oben erwähnt, spiegelt sich der Sanierungsgedanke in der österreichischen Rechtsordnung in allen Verfahrensabläufen wieder, während in der deutschen Rechtsordnung der Sanierungsgedanke nicht in diesem Ausmaß ausgeprägt ist.

6. Insolvenzforderungen

a. Allgemeines

Gemäß § 38 InsO sowie § 51 Abs 1 IO sind Insolvenzforderungen Ansprüche der Gläubiger gegen den Schuldner, die zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehen. Das heißt im Ergebnis, dass sich der Begriff der Insolvenzforderung im deutschen und im österreichischen Recht deckt. In § 38 InsO ist von einem zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner die Rede und § 51 Abs 1 IO definiert Insolvenzforderungen als vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Schuldner, die den Gläubigern zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zustehen. Trotz der unterschiedlichen Definition kommt man sowohl nach § 38 InsO als auch nach § 51 Abs 1 IO zu demselben Ergebnis. Die Qualifikation als Insolvenzforderung deckt sich sohin.

b. Die Durchsetzung von Insolvenzforderungen

In Deutschland müssen Insolvenzgläubiger gemäß § 174 Abs 1 InsO ihre Forderungen schriftlich beim Insolvenzverwalter zur Anmeldung bringen. In Österreich hingegen müssen Forderungen nach § 104 Abs 1 IO beim Insolvenzgericht mündlich oder schriftlich angemeldet werden. Der grundlegende Unterschied zwischen den beiden Rechtsordnungen ist, dass eine Forderungsanmeldung in Österreich zwingend beim Insolvenzgericht vorgenommen werden muss, während in

Deutschland die Anmeldung beim Insolvenzverwalter vorgesehen ist. Sowohl in Deutschland als auch in Österreich wird die Forderung vom Insolvenzverwalter in einem Anmeldungsverzeichnis zusammengefasst und auf ihre Richtigkeit hin geprüft.⁴¹⁵

c. Ergebnis

Obwohl sich die Begriffe der Insolvenzforderungen in beiden Rechtsordnungen decken, gibt es bei der Anmeldung von Forderungen unterschiedliche Vorgehensweisen, die aber zu keinem anderen Resultat führen. Sowohl in Österreich als auch in Deutschland werden Insolvenzforderungen nach Tilgung aller Masseforderungen (siehe unten) zu gleichen Quoten befriedigt. Eine Ausnahme stellen Aussonderungs- sowie Absonderungsrechte dar.

7. Masseforderungen/Masseverbindlichkeiten

a. Allgemeines

Während in Österreich Forderungen, die vorab aus der Insolvenzmasse zur Gänze getilgt werden müssen, Masseforderungen genannt werden, heißen diese in Deutschland Masseverbindlichkeiten.⁴¹⁶ An der Qualifikation dieser Forderungen im Insolvenzverfahren ändert diese unterschiedliche Begriffsbestimmung nichts. Wenn nicht ausreichend Vermögen vorhanden ist, um die Masseforderungen/Masseverbindlichkeiten zu befriedigen, so wird das Insolvenzverfahren erst gar nicht eröffnet.⁴¹⁷ Falls sich dieser Umstand erst nach Eröffnung des Verfahrens herausstellt, dann wird das Verfahren eingestellt.⁴¹⁸ Diese Vorgehensweise trifft auf beide Rechtsordnungen zu.

⁴¹⁵ Vgl § 174 Abs 1 InsO, § 176 InsO; § 104 Abs 6 IO, § 105 Abs 2 IO.

⁴¹⁶ Vgl § 46 IO; § 53 InsO.

⁴¹⁷ Der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird in diesem Fall mangels kostendeckendem Vermögen abgewiesen; siehe § 71 a Abs 2 IO bzw § 26 Abs 1 InsO

⁴¹⁸ Siehe auch § 207 Abs 1 InsO; § 123 a IO.

b. Die Qualifikation als Masseforderung/Masseverbindlichkeit

Gemäß § 53 InsO sowie § 46 Z 1 IO sind die Kosten des Insolvenzverfahrens jedenfalls Masseforderungen/Masseverbindlichkeiten. Dazu zählen neben den Gerichtskosten auch die Vergütung des Insolvenzverwalters⁴¹⁹. Nach § 55 InsO sowie § 46 Z 2 und Z 5 IO sind Ansprüche aus Handlungen des Insolvenzverwalters sowie sämtliche mit der Verwaltung der Masse verbundenen Verbindlichkeiten als Masseforderungen zu werten. In diesen Punkten stimmen die Bestimmungen über die Qualifikation als Masseforderung bzw Masseverbindlichkeit überein. In Deutschland werden im Übrigen die mit der Verwertung und Verteilung der Masse verbundenen Kosten als Masseverbindlichkeiten angeführt, während in Österreich nach dem Gesetzeswortlaut die Kosten der Erhaltung und Bewirtschaftung der Masse ebenfalls als Masseforderungen gelten. Trotz der unterschiedlichen begrifflichen Darstellung im Einzelnen stimmen hier die vorab aus der Masse voll zu befriedigenden Verbindlichkeiten der einzelnen Rechtsordnungen überein. Auffallend meiner Meinung nach ist, dass in Deutschland von Kosten aus der Verwertung und Verteilung der Masse die Rede ist, während in Österreich die Kosten aus der Erhaltung und Bewirtschaftung der Masse als Masseforderungen angeführt werden. Dies zeigt meiner Ansicht nach sehr deutlich, dass in Österreich die Sanierung des Unternehmens und nicht die Verwertung des Unternehmens vorrangiges Ziel ist und dies durch den Gesetzeswortlaut sehr deutlich weitergegeben wird. Auch Forderungen aus zweiseitigen Verträgen sowie aus einer ungerechtfertigten Bereicherung der Masse sind nach beiden Rechtsordnungen Masseforderungen.⁴²⁰ Eine weitere Ungleichbehandlung in der deutschen InsO sowie in der österreichischen IO gibt es bezüglich der Ansprüche der Arbeitnehmer: Während in Österreich Ansprüche auf laufendes Entgelt sowie Sonderzahlungen für die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 46 Z 3 IO jedenfalls Masseforderungen sind, wird in Deutschland unterschieden, ob diese Ansprüche durch die Bundesagentur für Arbeit dem Arbeitnehmer ersetzt werden. In diesem Fall kann die Bundesagentur für Arbeit die Forderungen lediglich als Insolvenzgläubiger und sohin nur als Insolvenzforderungen geltend machen, außer die Forderungen bleiben

⁴¹⁹ In Deutschland sind die Kosten des vorläufigen Insolvenzverwalters ebenfalls Masseverbindlichkeiten.

⁴²⁰ Vgl § 46 Z 4 und 6 IO bzw § 55 Abs 1 Z 2 und 3 InsO.

nach den gesetzlichen Bestimmungen gegen den Schuldner (Arbeitgeber) voll
aufrecht.⁴²¹

c. Die Durchsetzung von Masseforderungen/Masseverbindlichkeiten

Wie bereits eingangs erwähnt kommen Masseforderungen/Masseverbindlichkeiten im Insolvenzverfahren eine Sonderstellung zu. Sie können in beiden Rechtsordnungen in keinem Fall mit dem Begriff der Insolvenzforderungen in Verbindung gesetzt werden. Ein Massegläubiger ist jedenfalls nach den gesetzlichen Bestimmungen kein Insolvenzgläubiger. Masseforderungen werden aus dem Massevermögen zur Gänze befriedigt.⁴²² Bei der Behandlung von Masseforderungen/Masseverbindlichkeiten im Insolvenzverfahren unterscheidet sich die Vorgehensweise in Österreich bzw Deutschland nicht. Diese Forderungen müssen nicht bei Gericht oder beim Insolvenzverwalter zur Anmeldung gebracht werden und werden auch nicht ins Forderungsverzeichnis aufgenommen. Eine formlose außergerichtliche Geltendmachung gegenüber dem Insolvenzverwalter genügt.⁴²³

d. Ergebnis

Bis auf kleine Unterschiede werden im Ergebnis in Österreich und Deutschland dieselben Verbindlichkeiten als Masseforderungen bzw Masseverbindlichkeiten bezeichnet. Was überhaupt als Masseforderung bzw Masseverbindlichkeit zu definieren ist, ist in beiden Rechtsordnungen ident. Eine bedeutende Unterscheidung ist in Hinblick auf die Forderungen der Arbeitnehmer für Arbeitsleistung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu verzeichnen. Auch die Geltendmachung der Masseforderungen/Masseverbindlichkeiten wird in der deutschen InsO sowie in der österreichischen IO identisch gehandhabt. Meiner Ansicht nach ist die Qualifizierung von Ansprüchen der Arbeitnehmer für Arbeitsleistung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masseforderung in Österreich für den Arbeitnehmer vorteilhafter geregelt als in Deutschland.

⁴²¹ Siehe § 55 Abs 3 InsO.

⁴²² Vgl 124 Abs 1 IO; § 53 InsO.

⁴²³ *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 55; *Zimmermann*, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2012) 46.

VIII. Betriebsübergang im Rahmen eines Insolvenzverfahrens

A. Allgemeines zur Betriebsübergangsrichtlinie

Grundlage für die Bestimmungen über den Betriebsübergang ist die Richtlinie zur Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer/Innen beim Übergang von Unternehmen, Betrieben, Unternehmens- oder Betriebsteilen.⁴²⁴ Die Richtlinie vom 14.02.1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben, Unternehmens- oder Betriebsteilen wurde oftmals geändert und musste deshalb kodifiziert werden.⁴²⁵ Nach Art 1 Unterabs 1 lit a der Richtlinie ist die Richtlinie auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben, Unternehmens- oder Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder Verschmelzung anwendbar. Ein Übergang gemäß der Richtlinie liegt dann vor, wenn eine wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit übergeht.⁴²⁶ Die Richtlinie gilt für öffentliche und private Unternehmen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.⁴²⁷ Irrelevant ist, ob das Unternehmen einen Erwerbszweck verfolgt oder nicht. Begriffe wie Veräußerer, Erwerber, Vertreter der Arbeitnehmer und Arbeitnehmer werden in der Richtlinie bestimmt:⁴²⁸

- Veräußerer ist jede natürliche oder juristische Person, die aufgrund des Überganges im Sinne der Richtlinie als Inhaber aus dem Unternehmen, Betrieb, Unternehmens- oder Betriebsteil ausscheidet;
- Erwerber ist jede natürliche oder juristische Person, die aufgrund des Überganges im Sinne der Richtlinie als Inhaber in das Unternehmen, den Betrieb, das Unternehmens- oder Betriebsteil eintritt;

⁴²⁴ Siehe RL 2001/23/EG.

⁴²⁵ Siehe RL 77/187/EWG.

⁴²⁶ Vgl Art 1 Unterabs 1 lit b RL 2001/23/EG.

⁴²⁷ Vgl Art 1 Unterabs 1 lit c RL 2001/23/EG.

⁴²⁸ Vgl Art 2 Unterabs 1 lit a bis d RL 2001/23/EG.

- Vertreter der Arbeitnehmer ist jeder Vertreter der Arbeitnehmer nach den Rechtsvorschriften oder der Praxis der Mitgliedstaaten;
- Arbeitnehmer ist jede Person, die in dem betreffenden Mitgliedstaat aufgrund des einzelstaatlichen Arbeitsrechts geschützt ist.

Begriffe wie Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis werden nicht definiert und müssen der nationalen Rechtsordnung entnommen werden.⁴²⁹ Die Betriebsübergangsrichtlinie legt gemäß Art 2 Unterabs 2 lit a bis c ausdrücklich fest, dass Teilzeitbeschäftigte, Leiharbeiter und Arbeitnehmer, die ein befristetes Arbeitsverhältnis haben, nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen werden können.⁴³⁰ Im Falle des Übergangs eines Unternehmens, Betriebes, Unternehmens- oder Betriebsteils an einen anderen Inhaber tritt dieser neue Inhaber gemäß Art 3 Unterabs 1 der Richtlinie als Arbeitgeber mit all den Rechten und Pflichten in die zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Die Mitgliedstaaten können eine gemeinschuldnerische Haftung des Veräußerers und des Erwerbers für Verbindlichkeiten, die bereits vor dem Zeitpunkt des Übergangs durch einen Arbeitsvertrag oder ein Arbeitsverhältnis entstanden sind, auch nach dem Zeitpunkt des Übergangs vorsehen. Gemäß Art 4 der Richtlinie ist der Übergang des Unternehmens, Betriebes, Unternehmens- oder Betriebsteils kein Grund für den Veräußerer bzw Erwerber zur Kündigung. Eine Kündigung aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen ist jedoch zulässig und somit der Kündigungsschutz im Rahmen des Betriebsübergangs nur eingeschränkt. Die Richtlinie muss im nationalen Recht richtlinienkonform umgesetzt werden. Die Umsetzung ist an bestimmte Fristen gebunden. Bei Problemen in der Umsetzung der Richtlinie kann der EuGH angerufen werden. Die Mitgliedstaaten können für den Arbeitnehmer günstigere Rechtsvorschriften anwenden.⁴³¹

⁴²⁹ Vgl Art 2 Unterabs 2 RL 2001/23/EG.

⁴³⁰ Siehe auch *Egger*, Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung² (2005) 469 ff.

⁴³¹ Vgl Art 8 RL 2001/23/EG.

B. AVRAG

1. Allgemeines

Die Richtlinie wurde in Österreich durch die Bestimmungen des AVRAG umgesetzt. Das AVRAG gilt gemäß § 1 Abs 1 AVRAG für alle Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen. Arbeitsverhältnisse zum Bund, Land und zu Gemeinden, Stiftungen, Anstalten, Fonds sowie Heimarbeiter und arbeitnehmerähnliche Personen sind vom Anwendungsbereich des AVRAG ausgeschlossen.⁴³² Ein Betriebsübergang im Sinne des AVRAG liegt dann vor, wenn ein Unternehmen, Unternehmensteil, Betrieb oder Betriebsteil auf einen neuen Inhaber übergeht.⁴³³ Er haftet nach den gesetzlichen Bestimmungen des AVRAG grundsätzlich auch für jene Verbindlichkeiten, die vor dem Übergang entstanden sind.⁴³⁴ Wichtig ist, dass die wirtschaftliche Einheit ihre Deckung in den Händen des neuen Inhabers findet.⁴³⁵ Eine Ausnahme bildet der Betriebsübergang im Rahmen eines Insolvenzverfahrens nach § 3 Abs 2 AVRAG. Dazu kommen wir jedoch später. Vorrangiges Ziel des Insolvenzverfahrens in Österreich ist nicht die Zerschlagung sondern vielmehr die Sanierung eines Unternehmens. In diesem Zusammenhang relevant ist die Veräußerung eines Unternehmens, eines Betriebes, eines Unternehmens- bzw eines Betriebsteiles, wobei der EuGH diese Unterscheidung erst gar nicht vornimmt, sondern einen Anknüpfungspunkt in Form vom Begriff „wirtschaftliche Einheit“ schafft.⁴³⁶ Eine klare Definition, wann man von einem Betriebsübergang im Sinne des AVRAG ausgehen kann, gibt es nicht. Es gibt jedoch Entscheidungen, die wiederholt von bestimmten wesentlichen Merkmalen ausgehen, welche für einen Betriebsübergang im Sinne des AVRAG ausschlaggebend sind. Laut EuGH muss es

⁴³² Vgl § 1 Abs 2 Z 1 bis 4 AVRAG.

⁴³³ Vgl § 3 Abs 1 AVRAG; siehe auch *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 129.

⁴³⁴ Siehe § 6 Abs 1 AVRAG; *Gahleitner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1² (2011) § 3 AVRAG RZ 2.

⁴³⁵ Siehe auch *Egger*, Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung² (2005) 470.

⁴³⁶ Vgl EuGH 18.3.1986, Rs 24/85, Spijkers/Benedik, Slg 1986, 1119; *Gahleitner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1² (2011) § 3 AVRAG RZ 3.

sich um eine wirtschaftliche Einheit handeln, die in ihrer Identität weiterbesteht und nach Übergang fortgesetzt wird.⁴³⁷ Es gibt folgende Varianten eines Überganges:

- Die Betriebsidentität bleibt unberührt,
- Betriebsteile werden verselbständigt (Identitätsgewinn),
- mehrere Betriebe verschmelzen zu einem Betrieb oder
- ein Betrieb wird von einem anderen Betrieb aufgenommen (Verlust der Identität).⁴³⁸

Nach § 34 ArbVG gilt als Betrieb jede Arbeitsstätte, die eine organisatorische Einheit bildet, innerhalb der eine physische oder juristische Person oder eine Personengemeinschaft mit technischen oder immateriellen Mitteln die Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse fortgesetzt verfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob Erwerbsabsicht besteht oder nicht. Ob eine Erwerbsabsicht besteht oder nicht, ist irrelevant. Wesentliche Merkmale eines Betriebsübergangs sind:

- Das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit,
- die Verfolgung eines bestimmten abgrenzbaren, wirtschaftlichen Teilzwecks,
- die Weiterführung oder Wiederaufnahme der bisherigen oder einer gleichartigen Tätigkeit,
- die Übernahme von materiellen und immateriellen Betriebsmitteln (wie zB Beibehaltung der bisherigen Organisationsstruktur, Übernahme des Know-How oder der Kundendaten),
- die Übernahme des größten Teils der Belegschaft und die Übernahme der Kundschaft.⁴³⁹

⁴³⁷ Vgl EuGH 12.11.1992, Rs C-209/91, Watson Rask und Christensen, Slg 1992, I-5755 = NZA 1995, 475; *Gahleitner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1² (2011) § 3 AVRAG RZ 6 ff.

⁴³⁸ *Komar*, Betriebsübergang, oS, abrufbar unter: www.blog.gpa-djp.at (24.3.2014); siehe auch *Gahleitner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1² (2011) § 3 AVRAG RZ 26.

⁴³⁹ Vgl *Binder*, AVRAG, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz² (2010) § 3 AVRAG RZ 41; oder auch *Gahleitner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1² (2011) § 3 AVRAG RZ 6.

Die Arbeitsbedingungen bleiben bei einem Betriebsübergang im Sinne des AVRAG unverändert, außer aus den Bestimmungen über

- den Wechsel der Kollektivvertragsangehörigkeit,
- die betrieblichen Pensionszusagen und
- die Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen

ergibt sich etwas anderes.⁴⁴⁰ Änderungen, die sich aufgrund des Betriebsüberganges ergeben, müssen dem Arbeitnehmer gemäß § 3a AVRAG unverzüglich mitgeteilt werden. Gemäß § 4 Abs 1 AVRAG hat der Erwerber nach einem Betriebsübergang die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen

- bis zur Kündigung oder zum Ablauf des Kollektivvertrages oder
- bis zum Inkrafttreten oder zur Anwendung eines anderen Kollektivvertrages

in gleichem Maße aufrecht zu erhalten, wie sie in dem Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren. Des Weiteren dürfen Arbeitsbedingungen zum Nachteil der Arbeitnehmer durch Einzelarbeitsvertrag innerhalb eines Jahres nach Betriebsübergang weder aufgehoben noch beschränkt werden.⁴⁴¹ Nach § 4 Abs 2 AVRAG darf durch den Wechsel der Kollektivvertragszugehörigkeit beim Betriebsübergang das dem Arbeitnehmer vor dem Betriebsübergang für die regelmäßige Arbeitsleistung in der Normalarbeitszeit zustehende Entgelt nicht geschmälert werden. Kollektivvertragliche Bestimmungen über den Bestandschutz des Arbeitsverhältnisses werden Vertragsinhalt zwischen Arbeitnehmer und Erwerber, sofern das Unternehmen des Veräußerers im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang nicht weiter besteht. § 5 AVRAG regelt das Schicksal von betrieblichen Pensionszusagen im Falle eines Betriebsüberganges. Bei einer Gesamtrechtsnachfolge des Erwerbers gehen diese einzelvertraglichen Vereinbarungen über die betriebliche Pensionszusage auf den Erwerber über. Wenn der Erwerber nicht Gesamtrechtsnachfolger ist, dann kann er die Übernahme solcher Pensionszusagen durch rechtzeitigen Vorbehalt ablehnen. In diesem Fall müsste der Arbeitnehmer

⁴⁴⁰ Vgl § 3 Abs 3 AVRAG.

⁴⁴¹ Siehe dazu *Holzer/Reissner*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz² (2006) 221.

gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses im Rahmen eines Betriebsüberganges Widerspruch erheben.⁴⁴² Wenn der Arbeitnehmer keinen Widerspruch erhebt, dann hat er in Zukunft keinen Anspruch mehr auf Erfüllung der Pensionszusage gegenüber dem Erwerber. Gegenüber dem Veräußerer hat er Anspruch auf die bisher erworbene Pensionsanwartschaft. Im Hinblick auf die Frage der Haftung wird gemäß § 6 AVRAG zwischen Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis, die vor dem Betriebsübergang und solchen, die nach dem Betriebsübergang begründet wurden, unterschieden. Für Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis, die vor dem Betriebsübergang begründet wurden, haften Veräußerer und Erwerber zur ungeteilten Hand.⁴⁴³ Für Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis, die nach dem Betriebsübergang begründet wurden, haftet der Erwerber uneingeschränkt, der Veräußerer jedoch nur eingeschränkt.⁴⁴⁴ Das heißt, dass der Veräußerer zB für Abfertigungsansprüche, die erst nach Betriebsübergang entstehen, nur bis zur Höhe des fiktiven Abfertigungsanspruch zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges haftet. Diese Haftung gilt bis maximal fünf Jahre nach dem Betriebsübergang.

2. Arbeitsverhältnisse, die vom AVRAG erfasst sind

Gemäß § 3 Abs 1 AVRAG sind von den gesetzlichen Bestimmungen des Betriebsübergangs Dienstverhältnisse umfasst, die zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges bestehen. Das heißt, dass neben laufenden Dienstverhältnissen auch Dienstverhältnisse erfasst sind, die zum Zeitpunkt des Überganges zwar begründet jedoch noch nicht angetreten wurden.⁴⁴⁵ Auch Arbeitsverhältnisse, die aufgrund von Krankheit oder Karenzierung zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges bestehen, bei denen aber kein Leistungsaustausch im eigentlichen Sinne besteht, sind vom AVRAG umfasst.⁴⁴⁶ Bei einem Betriebsteilübergang stellt sich auch die Frage, ob

⁴⁴² Vgl § 5 Abs 2 AVRAG; siehe auch *Binder*, AVRAG, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz² (2010) 282.

⁴⁴³ Vgl § 6 Abs 1 AVRAG; siehe auch *Egger*, Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung² (2005) 488.

⁴⁴⁴ Vgl § 6 Abs 2 AVRAG; siehe auch *Egger*, Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung² (2005) 489.

⁴⁴⁵ Siehe *Holzer/Reissner*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz² (2006) 100.

⁴⁴⁶ Siehe auch *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 129.

bestimmte Arbeitsverhältnisse diesem Betriebsteil zuordenbar sind, der vom Übergang betroffen ist.

C. Ausnahmen vom automatischen Betriebsübergang nach AVRAG

Die automatische Vertragsübernahme kann zum Einen durch das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers und zum Anderen durch das außerordentliche Kündigungsrecht des Arbeitnehmers durchbrochen werden.

1. Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers

Gemäß § 3 Abs 4 AVRAG kann der Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses im Sinne von § 3 Abs 1 AVRAG widersprechen, wenn der Erwerber den kollektivvertraglichen Bestandschutz oder die betriebliche Pensionszusage nicht übernimmt. Der Widerspruch hat innerhalb eines Monats ab Ablehnung der Übernahme oder bei Nichtäußerung des Erwerbers zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges innerhalb eines Monats nach Ablauf einer vom Arbeitnehmer gesetzten angemessenen Frist zur Äußerung zu erfolgen.⁴⁴⁷ Widerspricht der Arbeitnehmer, so bleibt sein Arbeitsverhältnis zum Veräußerer unverändert aufrecht. In der Richtlinie selbst ist dieses Widerspruchsrecht nicht vorgesehen. Obwohl der EuGH anfangs das Widerspruchsrecht ablehnte, wurde in den jüngeren Entscheidungen des EuGH die Konformität des Widerspruchsrechts mit der Richtlinie anerkannt.⁴⁴⁸ Meiner Ansicht nach wäre die Verpflichtung des Arbeitnehmers im Falle eines Betriebsüberganges, sein Arbeitsverhältnis fortsetzen zu müssen, nicht grundrechtskonform.⁴⁴⁹ Nach *Krejci* sollte das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers sogar auch in anderen, im AVRAG nicht erwähnten, Fällen bestehen.⁴⁵⁰ Dieses Widerspruchsrecht räumt dem Arbeitnehmer jedoch keinen Kündigungsschutz in

⁴⁴⁷ Vgl dazu *Egger*, Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung² (2005) 479.

⁴⁴⁸ Das Widerspruchsrecht verneinend siehe EuGH 5.5.1988, Rs 144/87, Berg/Besselsen, Slg 1988, 2559 = BB 1991, 208; das Widerspruchsrecht bejahend siehe EuGH 16.12.1992, Rs C-132/91, Katsikas ua/Kostantinidis ua, Slg. 1992, I-6577 = ZIP 1993, 221 = NZA 1993, 169.

⁴⁴⁹ So auch *Egger*, Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung² (2005) 480.

⁴⁵⁰ *Krejci*, Betriebsübergang, Grundfragen des § 3 AVRAG (1996) 88.

Bezug auf das Arbeitsverhältnis zum Veräußerer. Sofern kein Arbeitsplatz für den Arbeitnehmer, der von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht hat, vorhanden ist, dann ist eine Kündigung seitens des Veräußerers unumgänglich. Den Veräußerer trifft in diesem Zusammenhang lediglich eine Gestaltungspflicht; er muss nicht zusätzliche Aufwendungen auf sich nehmen, um dem Arbeitnehmer einen neuen Arbeitsplatz zu schaffen.⁴⁵¹ Der Arbeitnehmer muss sich den Widerspruch gegen eine Weiterbeschäftigung beim Erwerber zurechnen lassen. Die Bestimmungen des AVRAG sollen den Arbeitnehmer zum Einen davor schützen, dass er seinen Arbeitsplatz verliert und zum Anderen verhindern, dass bei Wiedereinstellung eine wesentlichen Verschlechterung seiner Arbeitsbedingungen stattfindet. Sofern der Arbeitnehmer also freiwillig von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch macht und eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Veräußerer in Kauf nimmt, so gilt die Schutzwirkung des AVRAG für ihn nicht mehr.

2. Das außerordentliche Kündigungsrecht des Arbeitnehmers

Gemäß § 3 Abs 5 AVRAG kann der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung von gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Kündigungsfristen und -terminen auflösen, wenn sich durch den Betriebsübergang der anzuwendende Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarungen ändern und diese Änderung zu einer wesentlichen Verschlechterung der Arbeitsbedingungen führt.⁴⁵² Das Dienstverhältnis ist innerhalb eines Monats ab dem Zeitpunkt, ab dem der Arbeitnehmer die Verschlechterung erkannte oder erkennen musste, aufzulösen. Dem Arbeitnehmer stehen die zum Zeitpunkt einer solchen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gebührenden Ansprüche wie bei einer Arbeitgeberkündigung zu. Der Arbeitnehmer verliert zB seinen Abfertigungsanspruch durch diese außerordentliche Kündigung nicht. Dieses außerordentliche Kündigungsrecht steht dem Arbeitnehmer auch im Falle eines befristeten Dienstverhältnisses zu.⁴⁵³ Wann eine wesentliche Verschlechterung der Arbeitsbedingung vorliegt, ist nicht klar geregelt im Gesetz. Eine geringfügige Verschlechterung wird nicht ausreichend sein;

⁴⁵¹ Siehe *Binder*, AVRAG, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz² (2010) 216 ff.

⁴⁵² Siehe auch *Reissner*, Die begünstigte Kündigung des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang (2002) 104; oder *Hummer*, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang in Österreich und Frankreich (1999) 87 ff.

⁴⁵³ *Weber*, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1997) 187.

vielmehr muss es sich um eine bedeutende Verschlechterung handeln, die nicht unwesentliche Arbeitsbedingungen betreffen.⁴⁵⁴ Nach der Rechtsprechung des EuGH sind das Entgelt und die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers wesentliche Bedingungen.⁴⁵⁵ Gemäß § 3 Abs 6 AVRAG kann der Arbeitnehmer innerhalb eines Monats ab Kenntnis der Änderung auch auf Feststellung der wesentlichen Verschlechterung klagen, bevor er kündigt.

D. Betriebsübergang - Rechtsprechung OGH und EuGH

1. EuGH – Judikatur

a. Christel Schmidt⁴⁵⁶

Christel Schmidt war als einzige Reinigungskraft bei der Filiale einer Kreissparkasse angestellt. Die Sparkasse beschloss im Zuge eines Umbaus die Reinigung an ein Unternehmen zu vergeben, welches bereits in anderen Filialen die Reinigung durchführte. Frau Schmidt wurde in diesem Zusammenhang von der Sparkasse gekündigt. Das Unternehmen bot Frau Schmidt einen Arbeitsvertrag an, der für eine größere Reinigungsfläche einen höheren Lohn vorsah. Da Frau Schmidt die Lohnerhöhung im Verhältnis zur Vergrößerung der Reinigungsfläche nicht als verhältnismäßig empfand, lehnte sie dieses Angebot ab und klagte gegen die Kündigung durch die Sparkasse. Das LAG als Berufungsinstanz musste hier entscheiden, ob der Sachverhalt der Richtlinie 77/187/EWG (Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen) entsprach. Zur Klärung hat es das Verfahren ausgesetzt und zur Vorabentscheidung dem EuGH vorgelegt. Hier hat der EuGH entschieden, dass bei Fehlen des Übergangs sachlicher Betriebsmittel für einen Betriebsübergang eine Funktionsnachfolge genügen kann, auch wenn die Aufgaben von einer einzigen Arbeitnehmerin erfüllt wurden. Das hatte zur Folge, dass die Kündigung von Frau

⁴⁵⁴ *Binder*, AVRAG, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz² (2010) 1006.

⁴⁵⁵ EuGH 7.3.1996, Rs C 171, 172/94, Slg. 1996, I-1253 = NJW 1996, 1199 = ZIP 1996, 882.

⁴⁵⁶ EuGH 14.04.1994, Rs C 392/92, Christel Schmidt, Slg. 1994, I-1311 = NJW 1994, 2343 = ZIP 1994, 1036.

Schmidt durch die Sparkasse unwirksam war, und dass das Arbeitsverhältnis mit unveränderten Bedingungen auf Spiegelblank übergegangen ist. Der EuGH hat diese Position in seiner Folgeentscheidung Ayse Sützen allerdings wieder geändert.

b. Ayse Sützen⁴⁵⁷

Ayse Sützen war bei einer Firma beschäftigt. Letztere hatte die Reinigung einer Schule in Bonn-Bad Godesberg übernommen und Frau Sützen dabei eingesetzt. Die Schule kündigte den Vertrag mit der Firma mit Wirkung vom 30. Juni 1994; diese entließ daraufhin alle Arbeitnehmer, die sie in der Schule eingesetzt hatte. Anschließend erteilte die Schule mit einem neuen Vertrag den Auftrag für die Reinigung ihrer Räumlichkeiten einer anderen Firma, die offenbar der gekündigten Arbeitnehmerin nicht angeboten hat, sie wieder einzustellen. Frau Sützen erhob daraufhin beim Arbeitsgericht Bonn Klage auf Feststellung, dass ihr Arbeitsverhältnis mit der ersten Firma durch die Kündigung nicht aufgelöst wurde. Einschlägige gemeinschaftsrechtliche Regelung ist wie im ersten Fallbeispiel die Richtlinie 77/187/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen. Nach dieser Richtlinie sollen in allen Mitgliedstaaten Bestimmungen eingeführt werden, die die Arbeitnehmer bei Wechsel des Unternehmensinhabers schützen und die Wahrung ihrer Ansprüche gewährleisten. Das Arbeitsgericht Bonn war der Auffassung, dass die Entscheidung des Rechtsstreits von der Auslegung der Richtlinie abhängt und hat deshalb beschlossen, das Verfahren auszusetzen und allgemeine Fragen zu dieser gemeinschaftsrechtlichen Regelung dem EuGH vorzulegen. Der EuGH hat in diesem Verfahren klar festgestellt, dass der bloße Verlust eines Auftrags an einen Mitbewerber für sich allein keinen Übergang im Sinne der Richtlinie darstellt. Denn das zuvor beauftragte Dienstleistungsunternehmen hat zwar einen Kunden verloren, bestand aber in vollem Umfang weiter, ohne dass einer seiner Betriebe oder Betriebsteile auf das neue Unternehmen übertragen worden sind. Es war daher Sache des Arbeitsgerichts Bonn, anhand aller Auslegungsgesichtspunkte festzustellen, ob

⁴⁵⁷ EuGH 13.11.1997, Rs C 13/95, Ayse Sützen, Slg. 1997, I-1259 = NJW 1997, 2039 = ZIP 1997, 516.

im vorliegenden Fall ein Übergang stattgefunden hat. Der Gerichtshof gab dem Arbeitsgericht Bonn klar zu verstehen, dass Art 1 Abs 1 der Gemeinschaftsrichtlinie nicht für den im Vorabentscheidungsersuchen beschriebenen Vorgang gilt, wenn dieser weder mit einer Übertragung materieller oder immaterieller Betriebsmittel von dem einen auf den anderen Unternehmer noch mit der Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des von dem einen Unternehmer zur Durchführung des Vertrages eingesetzten Personals durch den anderen Unternehmer verbunden ist.

2. OGH – Judikatur

a. Übertragung einer Trafik ohne Übernahme des Personals⁴⁵⁸

Die Kläger waren bei einem Betreiber einer großen Tabaktrafik beschäftigt. Dieser betrieb die Tabaktrafik seit 1986 aufgrund eines Bestellungsvertrags mit der Rechtsvorgängerin. Die Rechtsvorgängerin beendete den Bestellungsvertrag und schloss einen weiteren vorläufigen Bestellungsvertrag mit dem bisherigen Betreiber bis zur endgültigen Bestellung eines neuen Betreibers, jedoch höchstens für zwei Jahre. Die Trafik wurde letztendlich von einer neuen Betreiberin übernommen. Deren Ehemann schloss im November 1998 einen Bestandvertrag mit dem Eigentümer der Räumlichkeiten ab. Im Dezember 1998 plante die neue Betreiberin, das Geschäft zu eröffnen. Zur Eröffnung kam es jedoch nicht, da die neue Betreiberin mit der Betriebsübergangsproblematik konfrontiert wurde und sie nicht bereit war, die Trafik samt den Beschäftigten zu übernehmen. Durch Verweigerung der Übernahme von Waren des Vorgängers und durch Zeitablauf zwischen altem Bestellungsvertrag und Bestellung des Nachfolgers wollte man einen Betriebsübergang verhindern. Der OGH hat entschieden, dass in diesem Fall ein klarer Betriebsübergang nach AVRAG vorliegt und der Umstand, dass die Schließung der Tabaktrafik für eine kurze Zeit und die Nichtübernahme der Belegschaft für sich allein einen Betriebsübergang nicht ausschließen. Vielmehr ist festzuhalten, dass Räumlichkeiten, Einrichtung, Lieferant, Angebot und Kundenstock unverändert

⁴⁵⁸ OGH 13.11.2002, 9 ObA 232/02m.

geblieben sind und somit ein sehr großer Teil der Tatbestandsmerkmale eines Betriebsübergangs vorliegen.

b. Betreiberwechsel Krankenhausküche⁴⁵⁹

Ein Spitalserhalter hat im vorliegenden Fall mit einer Großküchen-Betriebsgesellschaft eine Vereinbarung geschlossen, wonach diese die Lieferung von Speisen und Getränken sowie die komplette Versorgung der Patienten und des Personals zu einem bestimmten Preis übernahm. Die Produktion der Speisen hatte in den Räumlichkeiten des Spitals zu erfolgen. Auch das Inventar wurde vom Spitalserhalter zur Verfügung gestellt. Der Spitalserhalter kündigte den Vertrag mit der Großküchen-Betriebsgesellschaft unter Einhaltung der Kündigungsfrist. Nach einer Neuausschreibung des Auftrages wurde derselbe Auftrag von einem neuen Betrieb übernommen. Dieser lehnte eine Übernahme von Material, Warenlager und der Belegschaft der Großküchen-Betriebsgesellschaft ab. Die Belegschaft des ehemaligen Auftragnehmers klagte auf Feststellung des aufrechten Bestandes ihres Arbeitsverhältnisses. Rechtlich stützten sie sich auf die Betriebsübergangsbestimmungen des AVRAG. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Das Berufungsgericht gab der gegen dieses Urteil erhobenen Berufung Folge und wies darauf hin, dass sehr wohl ein Betriebsübergang vorliege. Der OGH fasste den Beschluss, eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen, um in erster Linie die Frage zu beantworten, ob eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit vorliegt. Dies wurde vom EuGH bejaht. In einem weiteren Vorabentscheidungsverfahren wurde auch ein Betriebsübergang durch den EuGH bejaht und darauf hingewiesen, dass es im Bereich der Verpflegung nicht nur auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, sondern dass für die Erfüllung dieser Aufgabe auch Inventar in beträchtlichem Ausmaß notwendig ist. Die unverzichtbaren Betriebsmittel, wie Energie, Wasser, Räumlichkeiten und Inventar wurden übernommen, sodass die Merkmale des Übergangs einer wirtschaftlichen Einheit erfüllt sind.

⁴⁵⁹ OGH 23.1.2004, 8 ObA 122/03 d.

E. Anwendung des AVRAG im Insolvenzverfahren

1. Allgemeines

Gemäß § 3 Abs 2 AVRAG gilt die automatische Übergangsregelung des AVRAG im Falle eines Konkurses oder Sanierungsverfahrens ohne Eigenverwaltung des Veräußerers nicht. Festgehalten wird im Gesetz die Durchbrechung der Eintrittsautomatik im Falle eines Inhaberwechsels nach Eröffnung der genannten Insolvenzverfahren, nämlich Konkursverfahren und Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung über das Vermögen des ehemaligen Inhabers. Diese Ausnahmeregelung für einen Betriebsübergang im Insolvenzverfahren des Veräußerers, auch Insolvenzprivileg genannt, gab es in der Betriebsübergangsrichtlinie 77/187/EWG gar nicht. Erst mit der Einführung der neuen Richtlinie 98/50/EG wurde die Ausnahmeregelung für Betriebsübergänge im Insolvenzverfahren des Veräußerers in die Richtlinie miteinbezogen.⁴⁶⁰ Obwohl auch damals nach den Bestimmungen des AVRAG nicht vorgesehen, wurde vor der neuen Richtlinie die automatische Betriebsübergangsbestimmung in der Rechtsprechung vom EuGH unter bestimmten Voraussetzungen im Falle des Konkurses des Veräußerers durchbrochen.⁴⁶¹ Die Ausnahmeregelung des § 3 Abs 2 AVRAG stützt sich demnach auf die Judikatur des EuGH.

2. Judikatur des EuGH sowie OGH

Eine zentrale Bedeutung spielt im Zusammenhang der Ausnahmebestimmung des Betriebsübergangs im Konkursverfahren die Abels-Entscheidung.⁴⁶² Damals ging es um einen niederländischen Betrieb, dem in einem anderen Verfahren Zahlungsaufschub gewährt wurde. Währenddessen kam es zum Konkurs des Unternehmens, wobei das Unternehmen an eine andere Gesellschaft übertragen wurde, welche das Unternehmen weiterführte. In dieser Rechtssache erklärte der EuGH, dass Art 1

⁴⁶⁰ Vgl *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2102) 133; *Boesch*, Betriebsübergang und Insolvenz (1998) 89 ff.

⁴⁶¹ EuGH 7.2.1985, Rs 135/93, Abels, Slg. 1985, 469 = ZIP 1985, 824.

⁴⁶² EuGH 7.2.1985, Rs 135/93, Abels, Slg. 1985, 469 = ZIP 1985, 824.

Abs 1 der Richtlinie über den automatischen Betriebsübergang⁴⁶³ nicht zur Anwendung kommt, wenn über das Vermögen des Veräußerers ein Konkursverfahren eröffnet wird und das Unternehmen zur Konkursmasse gehört. Der OGH hat bislang keine Gelegenheit gehabt, die Problematik des automatischen Betriebsüberganges im Falle des Konkurses des Veräußerers näher zu thematisieren. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1995 hat der OGH jedoch die Anwendbarkeit des § 3 Abs 2 AVRAG verneint.⁴⁶⁴ Dabei handelte es sich um einen Betriebsübergang einer Betriebsgesellschaft, welche im Konkurs war und als Arbeitgeber fungierte, deren Besitzgesellschaft, welche der Betriebsgesellschaft die Betriebsmittel zur Verfügung stellte, nicht im Konkurs war. Sohin hat der OGH angedeutet, dass § 3 Abs 2 AVRAG nicht restlos anwendbar ist. Da jedoch die Regelungen über Konkursverfahren in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich sind, gibt der EuGH Kriterien an, die vorliegen müssen, damit die Betriebsübergangsbestimmungen des AVRAG nicht zur Anwendung kommen. Erstens soll Ziel des Verfahrens die Liquidation des Vermögens des Veräußerers und zweitens soll das Verfahren der richterlichen Kontrolle unterworfen sein.⁴⁶⁵ Diese zwei Kriterien betont der EuGH in einigen seiner Entscheidungen.⁴⁶⁶

3. Richtlinienkonformität des § 3 Abs 2 AVRAG?

Im Konkursverfahren in Österreich tritt an die Stelle des Arbeitgebers der Insolvenzverwalter und übernimmt die Verwaltungs- und Verfügungsmacht. Er übt die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers aus. Das Konkursgericht eröffnet, leitet und kontrolliert das Verfahren. Früher entsprach das Konkursverfahren sicherlich auch dem vom EuGH erwähnten Merkmal der Liquidation des Vermögens des Schuldners. In der Entwicklung der Geschichte der Insolvenzordnung ist jedoch eine starre Abgrenzung des Konkursverfahrens als Liquidationsverfahren nicht mehr möglich; auch im Konkursverfahren kommt der Sanierung des Unternehmens,

⁴⁶³ Vgl Art 1 Abs 1 RL 2001/23/EG.

⁴⁶⁴ OGH 27.9.1995, 9 ObA 143/95, SZ 68/175.

⁴⁶⁵ Siehe *Gahleitner* in *Neumayr/Reisser* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1² (2011) § 3 AVRAG RZ 28 ff; *Weber*, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1998) 193 ff.

⁴⁶⁶ Vgl EuGH 25.7.1991, Rs C 162/89, D'Urso ua / Marelli, Slg. 1991, I-4105 = ZIP 1993, 936 = NZA 1993, 137; oder auch EuGH 7.2.1985, Rs 135/93, Abels, Slg. 1985, 469 = ZIP 1985, 824.

Betriebes, Unternehmens- oder Betriebsteils mittlerweile wichtige Bedeutung zu.⁴⁶⁷ Dennoch sind die Bestimmungen der Betriebsübergangsrichtlinie im Falle eines Konkursverfahrens in Österreich, welches primär die Liquidation des Vermögens bezweckt, nach den gesetzlichen Bestimmungen des AVRAG nicht anzuwenden. Eine pauschale Regelung, dass im Insolvenzverfahren die Betriebsübergangsrichtlinie nicht zur Anwendung kommt, wäre nicht richtlinienkonform, da der EuGH nicht auf den Begriff des Verfahrens abstellt, sondern vielmehr auf die Ausgestaltung des Verfahrens im Einzelfall.⁴⁶⁸ Obwohl jedoch § 3 Abs 2 AVRAG gesetzlich klar regelt, dass die Übergangsbestimmungen im Falle der Eröffnung des Konkursverfahrens sowie Sanierungsverfahrens ohne Eigenverwaltung nicht zum Tragen kommen, ist auch in allen anderen in Frage kommenden Insolvenzverfahren meiner Ansicht nach im Einzelfall zu untersuchen, welches Ziel das Verfahren verfolgt. Generell kann Folgendes festgestellt werden:

- Im Konkursverfahren, das im Grunde genommen der gerichtlichen Kontrolle unterliegt und primär das Ziel verfolgt, das Vermögen zu liquidieren, ist das Insolvenzprivileg des § 3 Abs 2 AVRAG jedenfalls anzuwenden;
- auch im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung gilt die Eintrittsautomatik des AVRAG im Falle des Betriebsüberganges nicht. Im Grunde genommen ist der Zweck des Sanierungsverfahrens ohne Eigenverwaltung nicht erkennbar, da es sowohl zur Liquidation des Vermögens als auch zur Sanierung des Unternehmens bzw des Inhabers kommen kann. Die gerichtliche Aufsicht ist auch im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung gegeben;
- da das Insolvenzprivileg des § 3 Abs 2 AVRAG das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung nicht umfasst, tritt der automatische Übergang sämtlicher Arbeitsverhältnisse, die zum Zeitpunkt des Übergangs bestehen, ein;
- sofern das Verfahren mangels kostendeckendem Vermögen nicht eröffnet werden kann, liegt kein Verfahren im Sinne des § 3 Abs 2 AVRAG vor, sodass die Betriebsübergangsbestimmungen voll zum Tragen kommen;

⁴⁶⁷ Vgl *Boesch*, Betriebsübergang und Insolvenz (1998) 99 ff; siehe auch *Gahleitner* in *Neumayr/Reisser* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 1² (2011) § 3 AVRAG RZ 28 ff.

⁴⁶⁸ *Weinhäupl*, Betriebsübergang und Insolvenz (2004) 80; aber auch *Boesch*, Betriebsübergang und Insolvenz (1998) 115.

- Die Betriebsübergangsbestimmung des § 3 Abs 1 AVRAG gilt auch im Falle der Geschäftsaufsicht.⁴⁶⁹

4. Ergebnis

Sohin wird meiner Meinung nach die Bestimmung des § 3 Abs 2 AVRAG nicht auf jegliche Insolvenzverfahren anzuwenden sein, sondern vielmehr eine Unterscheidung dahingehend gemacht werden müssen, ob das Verfahren die Liquidation des Vermögens oder doch die Sanierung des Unternehmens bezweckt. Denn auch im österreichischen Konkursverfahren spielt die Sanierung des Unternehmens eine große Rolle, sodass das vom EuGH als Ausnahme vom automatischen Betriebsübergang angesehene Verfahren nicht zur Gänze begrifflich abgegrenzt werden kann, sondern sowohl innerhalb als auch außerhalb des gesetzlich klar geregelten Bereichs einer Einzelprüfung bedarf.

F. Auswirkungen eines Betriebsüberganges im Insolvenzverfahren

Nach den bereits oben angeführten rechtlichen Bestimmungen und Ausführungen gelten die Betriebsübergangsregelungen des AVRAG im Falle des Konkursverfahrens sowie Sanierungsverfahrens ohne Eigenverwaltung nicht.⁴⁷⁰ Sohin werden Arbeitsverhältnisse bei einem Betriebsübergang nach Eröffnung des Konkursverfahrens bzw Sanierungsverfahrens ohne Eigenverwaltung über den Veräußerer nicht automatisch vom Erwerber übernommen. Dieses Insolvenzprivileg hat folgende Auswirkungen:

- Auswirkungen auf bestehende Arbeitsverhältnisse,
- Auswirkungen auf den sonst bei Betriebsübergang zustehenden Kündigungsschutz,
- Auswirkungen auf Haftungsfragen sowie

⁴⁶⁹ Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 143 ff.

⁴⁷⁰ Vgl § 3 Abs 2 AVRAG.

- Auswirkungen auf Kollektivvertrag und sonstige betriebliche Vereinbarungen.⁴⁷¹

Da es zu keinem automatischen Übergang sämtlicher Arbeitsverhältnisse kommt, bleibt der Veräußerer weiterhin Vertragspartner der Arbeitnehmer, sofern es zwischen Veräußerer und Erwerber zu keiner Vereinbarung dahingehend kommt, dass die Arbeitsverhältnisse übernommen werden bzw ein neues Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber begründet wird. Neben dem Erwerber haben auch die Arbeitnehmer das Recht, die Übernahme abzulehnen⁴⁷², wobei es natürlich für Arbeitnehmer eine gewisse Drucksituation darstellt, wenn sie mit allen Rechten und Pflichten übernommen werden und von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen. Das heißt aber auch, dass sämtliche Arbeitsverhältnisse je nach Insolvenzverfahren im Normalfall durch den Insolvenzverwalter bzw Veräußerer beendet werden müssen, außer die Arbeitnehmer machen Gebrauch von ihrem Austrittsrecht nach § 25 IO.⁴⁷³ Im Übrigen hat das Insolvenzprivileg Auswirkungen auf sonstige mit dem Betriebsübergang in Zusammenhang stehende Rechte einzelner Arbeitnehmer. Zu erwähnen sind hier neben allgemeinen Kündigungsschutzbestimmungen des AVRAG⁴⁷⁴ auch das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers bzw sein begünstigtes Kündigungsrecht. Bezüglich der Haftung des Erwerbers bzw Veräußerers bewirkt die Konkursausnahme, dass weder der Erwerber für Altschulden noch der Veräußerer für Neuschulden haftet.⁴⁷⁵ Zur Haftungsfrage im Detail siehe unten.

⁴⁷¹ Vgl *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 147 ff.

⁴⁷² Vgl § 3 Abs 4 und 5 AVRAG.

⁴⁷³ Voraussetzung ist natürlich, dass es zu keiner Überleitung der Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber kommt.

⁴⁷⁴ Außer es handelt sich dabei um besonders geschützte Arbeitsverhältnisse; in diesem Fall gestaltet sich der Kündigungsschutz nämlich anders; siehe oben.

⁴⁷⁵ *Nunner-Krautgasser/Reissner*, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012) 142.

G. Haftung des Erwerbers bzw Veräußerers im Insolvenzverfahren

1. Einleitung

Im Allgemeinen stellt die Haftungsfrage im Falle eines Betriebsübergangs im Insolvenzverfahren eine zentrale Bedeutung für die Arbeitnehmeransprüche dar. Wer sollte bei einem Betriebsübergang bei Insolvenz haften? Haftet für die offenen Ansprüche nur der Veräußerer oder aber auch der Erwerber? Da der automatische Betriebsübergang im Sinne der Richtlinie ein weitreichender Eingriff in die Rechte der Arbeitnehmer darstellt, ist die damit verbundene Haftung des Erwerbers sowie Veräußerers sowohl für Arbeitnehmer aber auch für Erwerber bzw Veräußerer von grundlegender Wichtigkeit. Bei einem Betriebsübergang sind oftmals Entgeltansprüche offen, welche für Arbeitnehmer die Grundlage für den Lebensunterhalt darstellen.

2. Haftungsbestimmungen der Richtlinie

Gemäß Art 3 der Betriebsübergangsrichtlinie gehen alle Rechte und Pflichten, welche zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges aufgrund eines Arbeitsvertrages bestehen, mit Betriebsübergang auf den Erwerber über. Die Mitgliedstaaten können eine gemeinsame Haftung des Veräußerers und des Erwerbers vorsehen. Nach dem Wortlaut der Richtlinie haftet der Veräußerer jedoch nicht zwingend. Unter Berücksichtigung der Richtlinie sowie der bisherigen EuGH-Entscheidungen ergibt sich folgende Auslegung der Haftungsbestimmung der Richtlinie:⁴⁷⁶

- Aufgrund des Betriebsübergangs und des Übergangs sämtlicher Arbeitsverhältnisse haftet der Erwerber uneingeschränkt für Verbindlichkeiten, die vor dem Betriebsübergang begründet wurden und zu diesem Zeitpunkt bestehen (Altschulden).
- Den Veräußerer trifft nach Betriebsübergang keine Haftung, abgesehen

⁴⁷⁶ Vgl Art 3 Abs 1 RL 2001/23/EG; EuGH 7.2.1985, Rs 135/93, Abels, Slg. 1985, 469 = ZIP 1985, 824; oder aber EuGH 5.5.1988, Rs 144/87, Berg/Besselsen, Slg. 1988, 2559 = BB 1991, 208.

- die Mitgliedstaaten machen von der Möglichkeit der gemeinsamen Haftung des Erwerbers und des Veräußerers Gebrauch. In diesem Fall haften beide für die Altschulden uneingeschränkt.

Die Bestimmungen in der Richtlinie stellen Mindestanforderungen dar, die in den einzelnen Mitgliedstaaten richtlinienkonform umgesetzt werden müssen. Eine Besserstellung der Arbeitnehmer in den einzelnen Mitgliedstaaten ist möglich. Eine Schlechterstellung jedoch nicht.⁴⁷⁷

3. Allgemeines zur Haftung gemäß § 6 AVRAG

Gemäß § 3 Abs 1 AVRAG tritt der Erwerber bei einem Betriebsübergang mit allen Rechten und Pflichten in die zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse als Arbeitgeber ein. Das heißt, dass die Arbeitsverhältnisse mit Ausscheiden des bisherigen Arbeitgebers nicht beendet werden sondern ein ex-lege Übergang stattfindet.⁴⁷⁸ Sämtliche zum Zeitpunkt des Übergangs bestehende Ansprüche wie zB Urlaubsanspruch, Vordienstzeiten usw werden vom Erwerber übernommen. Einer Willenserklärung beider Parteien bedarf es nicht, der Übertritt erfolgt automatisch. Gemäß § 6 Abs 1 AVRAG haften für Verbindlichkeiten, die vor dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs begründet wurden, der Erwerber und Veräußerer zur ungeteilten Hand. Die Haftungsbestimmungen des § 6 Abs 1 AVRAG schließen jedoch nur Altschulden ein. Neuschulden werden von § 6 Abs 1 AVRAG nicht umfasst. Für Neuschulden haftet der Erwerber. Zum Nachteil der Arbeitnehmer können die Haftungsbestimmungen des AVRAG nicht beschränkt werden.

a. Haftung des Erwerbers

Gemäß § 3 Abs 1 AVRAG tritt der Erwerber als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die zum Zeitpunkt des Überganges bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Nach § 6 Abs 1 AVRAG übernimmt er alle aus dem Arbeitsverhältnis zum

⁴⁷⁷ Vgl Art 8 RL 2001/23/EG.

⁴⁷⁸ Siehe *Wagnest*, Die Haftung bei Übergang eines Unternehmens oder Betriebes (1997) 41.

Veräußerer entstandenen Verpflichtungen, welche vor dem Zeitpunkt des Betriebsüberganges begründet wurden. Gesetzlich wird aber auch geregelt, dass dem Erwerber eine Haftungseinschränkung im Sinne des § 1409 ABGB zugute kommt. § 1409 ABGB beinhaltet demnach zwei Einschränkungen: Zum Einen haftet der Erwerber nur für jene Schulden, die er kannte oder kennen musste und zum Anderen wird die Haftung dadurch beschränkt, dass Unternehmensschulden in Höhe des Kaufpreises des Unternehmens getilgt werden. Die Haftungseinschränkung des ABGB hat in Lehre und Rechtsprechung zu unterschiedlichen Interpretationen geführt. Meiner Ansicht nach haften Erwerber und Veräußerer für Verbindlichkeiten, welche vor dem Zeitpunkt des Betriebsüberganges entstanden sind, zur ungeteilten Hand. Die Haftungsbeschränkung des § 1409 ABGB bezieht sich lediglich auf Verbindlichkeiten, welche nicht schon automatisch mit Betriebsübergang auf den Erwerber übergegangen sind.⁴⁷⁹ Ansonsten würden sich die Haftungsbestimmungen des AVRAG meiner Meinung nach nicht mit den Haftungsbestimmungen der Richtlinie decken.

b. Haftung des Veräußerers

Da aufgrund des Betriebsübergangs der Erwerber in die Rechte und Pflichten des Veräußerers eintritt, würde den Veräußerer mit Ausscheiden keine Haftung für Verbindlichkeiten treffen.⁴⁸⁰ Der Gesetzgeber hat jedoch von der durch die Betriebsübergangsrichtlinie erlaubten Möglichkeit des Haftungsbeitritts des Veräußerers Gebrauch gemacht. § 6 Abs 1 AVRAG regelt die Haftung des Veräußerers dahingehend, dass der Veräußerer mit dem Erwerber zur ungeteilten Hand für die Verbindlichkeiten aus dem Arbeitsverhältnis gegenüber den Arbeitnehmern haften, welche vor dem Zeitpunkt des Betriebsüberganges begründet wurden. Das heißt, dass der Veräußerer für Altschulden unbeschränkt haftet; für Neuschulden haftet der Veräußerer grundsätzlich nicht.⁴⁸¹ In § 6 Abs 2 AVRAG regelt der Gesetzgeber in Bezug auf die Abfertigungs- und Pensionsansprüche die Haftung des Veräußerers. Für Abfertigungs- sowie Pensionsansprüche, die nach dem

⁴⁷⁹ Siehe auch *Gahleitner* in *Neumayr/Reisser* (Hrsg), *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*, Band 1² (2011) § 6 AVRAG RZ 2 ff; *Weber*, *Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren* (1997) 211; oder auch *Wagnest*, *Die Haftung bei Übergang eines Unternehmens oder Betriebes* (1997) 45.

⁴⁸⁰ Eine Haftung des Veräußerers ist in der Betriebsübergangsrichtlinie demnach nicht vorgesehen.

⁴⁸¹ Siehe auch *Binder*, *AVRAG, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz*² (2010) 315.

Betriebsübergang entstehen, haftet der Veräußerer zum Einen nur fünf Jahre nach dem Betriebsübergang und betragsmäßig nur mit jenem Betrag, der dem fiktiven Abfertigungs- bzw Pensionsanspruch zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges entspricht. Diese Haftung tritt jedoch nur dann ein, wenn der Abfertigungs- bzw Pensionsanspruch auch tatsächlich anfällt.

H. Das Kündigungsverbot bei Betriebsübergang

1. Einleitung

Neben den Haftungsfragen ebenfalls von großer Bedeutung ist das in der Betriebsübergangsrichtlinie angeordnete Kündigungsverbot. Demnach stellt gemäß Art 4 Abs 1 der Richtlinie der Übergang von einem Unternehmen, Betrieb, Unternehmens- oder Betriebsteil für den Erwerber bzw Veräußerer keinen Kündigungsgrund dar. Möglich sind jedoch Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen bzgl der Beschäftigung zur Folge haben. Des Weiteren können Arbeitnehmer durch die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie vom Kündigungsschutz ausgenommen werden, sofern diese nach den nationalen Bestimmungen ebenfalls keinen Kündigungsschutz haben. Obwohl Art 4 Abs 1 der Richtlinie nicht klar formuliert ist, ist zweifellos der Bestandschutz zentrales Ziel der Bestimmung. Die Betriebsübergangsrichtlinie bezweckt den Schutz der Arbeitnehmer im Falle des Betriebsübergangs im Sinne der Richtlinie. Diese Interpretation entspricht auch der Rechtsprechung des OGH.⁴⁸² Demnach ist der Kündigungsschutz logische Voraussetzung. Eine Kündigung, die ihre Begründung im Betriebsübergang hat, ist also nicht erlaubt. Dies hat auch der EuGH in seiner Entscheidung entsprechend ausgesprochen.⁴⁸³ Bei einer Kündigung, die in einem zeitlichen Zusammenhang zum Betriebsübergang steht, liegt die Vermutung nahe, dass es sich dabei um eine Missachtung des Kündigungsverbots handelt.⁴⁸⁴

⁴⁸² Vgl OGH 29.2.1996, 8 Ob A 211/96, DRdA 1996, 513 = ecolex 1996; oder auch OGH 5.6.2002, 9 Ob A 97/02 h.

⁴⁸³ EuGH 15.6.1988, Rs 101/87, Bork International, Slg 1988, 3057.

⁴⁸⁴ Siehe auch *Weinhäupl*, Betriebsübergang und Insolvenz (2004) 34.

2. Umsetzung des Kündigungsverbots im AVRAG

Eine konkrete Umsetzung des Kündigungsverbots des Art 4 Abs 1 der Richtlinie gibt es im AVRAG nicht. Wie bereits oben erwähnt, ist das Kündigungsverbot im Rahmen eines Betriebsüberganges logische Voraussetzung. Da jedoch allgemeine gesetzliche Bestimmungen einen Kündigungsschutz für Arbeitnehmer gewähren, müssen diese für die Beurteilung der Frage des Kündigungsschutzes im Rahmen des Betriebsübergangs herangezogen werden.

a. § 105 ArbVG

Gemäß § 105 ArbVG kann eine Kündigung wegen eines Betriebsübergangs dann angefochten werden, wenn zum Einen der Betriebsrat der Kündigung nicht ausdrücklich zugestimmt hat und zum Anderen wenn eine Beschäftigungsdauer von mindestens sechs Monaten vorliegt. Somit ist durch die Kündigungsanfechtungsbestimmung des ArbVG der vorgesehene Kündigungsschutz der Richtlinie nicht vollumfänglich umgesetzt. Das ArbVG sieht Einschränkungen vor, die mit dem Kündigungsverbot der Richtlinie nicht im Einklang stehen.⁴⁸⁵ Dennoch steht dem Arbeitnehmer neben dem aus den Bestimmungen des AVRAG resultierenden Kündigungsschutz auch der Kündigungsschutz nach § 105 ArbVG zu und wird durch § 3 Abs 1 AVRAG nicht beiseite geschoben.⁴⁸⁶

b. § 879 ABGB

Nach *Mayr* stützt sich die Nichtigkeit einer Kündigung im Rahmen eines Betriebsübergangs auf § 879 ABGB.⁴⁸⁷ Der OGH äußert sich in dieser Thematik ebenfalls dahingehend, dass die Umsetzung der Richtlinie in § 879 ABGB liegt.⁴⁸⁸ Nach der oben angeführten Judikatur des OGH ist eine Berufung dann möglich, wenn eine Kündigung rechtlich geschützte Interessen schwerwiegend verletzt. Auch Kündigungen, welche gegen Gesetze bzw die guten Sitten verstoßen, sind nichtig,

⁴⁸⁵ Vgl auch *Boesch*, Betriebsübergang und Insolvenz (1998) 71; insbesondere auch *Binder*, AVRAG, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz² (2010) 198.

⁴⁸⁶ *Binder*, AVRAG, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz² (2010) 200 ff.

⁴⁸⁷ *Mayr*, Kündigung im Betriebsübergang (1995) 499 ff.

⁴⁸⁸ OGH 11.8.1993, 9 Ob A 200/93, RdW 1994, 86.

sofern sich aufgrund des Vorliegens von spezielleren gesetzlichen Bestimmungen die Anwendung des § 879 ABGB nicht erübrigt. Da im AVRAG keine gesetzliche Bestimmung zum Kündigungsschutz zu finden ist und § 105 ArbVG nicht den von der Richtlinie vorgesehenen Kündigungsschutz gewährt, sieht der OGH den notwendigen Kündigungsschutz bei einem Betriebsübergang durch die gesetzliche Bestimmung des § 879 ABGB gesichert. Eine Kündigung, die aufgrund des in § 3 Abs 1 AVRAG angeordneten automatischen Vertragsübernahme im Falle eines Betriebsübergangs im Sinne des AVRAG ausgesprochen wird, ist gemäß § 879 ABGB sittenwidrig und aus diesem Grund unwirksam. Die Regelung über die automatische Vertragsübernahme des AVRAG nimmt eine Kündigung aufgrund des Betriebsübergangs aus.⁴⁸⁹ Sohin ist eine Kündigung, welche in einem zeitlichen Zusammenhang zum Betriebsübergang steht, gemäß § 879 ABGB sittenwidrig bzw unwirksam, da der Schutzzweck des § 3 AVRAG, nämlich die automatische Vertragsübernahme des Erwerbers, übergangen wird.⁴⁹⁰ Bei Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung der Kündigung im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang liegt keine Nichtigkeit der Kündigung vor. Hier wird wiederum eine wirtschaftliche, technische oder organisatorische Rechtfertigung heranzuziehen sein. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände ist der angeordnete Kündigungsschutz der Richtlinie mit § 879 ABGB und der Judikatur des OGH dazu meiner Ansicht nach ausreichend umgesetzt, wobei eine entsprechende gesetzliche Regelung jedenfalls wünschenswert gewesen wäre.

⁴⁸⁹ Vgl OGH 29.2.1996, 8 Ob A 211/96, DRdA 1996, 514.

⁴⁹⁰ Boesch, Betriebsübergang und Insolvenz (1998) 76 ff.

Schlussworte

Zum Schluss möchte ich hinzufügen, dass ich durch meine Tätigkeit in der Arbeiterkammer Vorarlberg sehr viele praktische Erfahrungen bezüglich Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren sammeln konnte. Bis auf wenige Branchen, in denen die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers bereits vorhersehbar ist und auch von den Arbeitnehmern mit einer Gleichgültigkeit aufgenommen wird⁴⁹¹, sind in den überwiegenden Fällen Arbeitnehmer mit der neuen Situation sehr überfordert. Zum Einen haben sie meistens einige Monate für ihre Arbeitsleistung keine Zahlungen erhalten und haben finanzielle Schwierigkeiten und zum Anderen sind sie mit einer Situation konfrontiert, mit der sie sich nicht auskennen. Die rechtlichen Auswirkungen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers sind den meisten Arbeitnehmern nicht bekannt. Zu dieser ungewissen Situation kommt hinzu, dass sie um ihre Arbeitsstelle fürchten. Oftmals sind auch langjährige Mitarbeiter von einer Unternehmensschließung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens betroffen, weshalb für Arbeitnehmer jedenfalls von einem „einschneidenden Ereignis“ die Rede ist. Umso wichtiger finde ich den Schutz der Arbeitnehmer im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers. Wie bereits in meiner Dissertation oftmals dargestellt, bin ich der Meinung, dass die Bestimmungen über die Sicherung der Ansprüche der Arbeitnehmer im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers den Betroffenen einen sehr guten Schutz gewähren. Auch die Bestimmungen über ein Insolvenzverfahren bieten Arbeitgebern gute Möglichkeiten, ihr Unternehmen zu sanieren. Der Sanierungsgedanke ist in der IO vor allem auch durch das IRÄG 2010 sehr gut umgesetzt worden. Verbesserungswürdig sehe ich lediglich die Vorgehensweise bei Lehrlingen, bei welchen über das Vermögen des Lehrbeauftragten ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Mitunter am wenigsten geschützt sind nach meiner praktischen Erfahrung Lehrlinge, vor allem in Bezug auf die Kündigungsentschädigung. Lehrlinge erhalten im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über den Lehrbeauftragten und der Ablegung der Gewerbeberechtigung lediglich Kündigungsentschädigung für drei

⁴⁹¹ Auch in der Öffentlichkeit oftmals zu Diskussionen hat die Insolvenzproblematik mit der „Eisenleger-Branche“ geführt, wobei der Insolvenzschutzverband für ArbeitnehmerInnen (ISA) bislang keine zufriedenstellende Lösung dafür gefunden hat.

Monate obwohl sie ein befristetes Lehrverhältnis von mindestens drei Jahren hätten.
Zum Schutze der Lehrlinge würde ich eine Verbesserung der derzeitigen
Vorgehensweise in der Praxis sehr begrüßen.



Literaturverzeichnis

Berger/Bähr/Melchior/Sturm/Winderlich, 12. Leipziger Insolvenzrechtstag, Beiträge aus Wirtschaft und Praxis zu Problemen des Insolvenzrechts (2011).

Binder, AVRAG, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz² (2010).

Binder, Die österreichische Betriebsübergangsregelung – eine geglückte Bedachtnahme auf die europarechtlichen Vorgaben? (1996).

Bock/Muhri, Das neue Insolvenzrecht, Kurzkommentar zur Insolvenzrechts-Novelle 2002 sowie dem IIRG 2003 und der Europäischen Insolvenzordnung (2003).

Boesch, Betriebsübergang und Insolvenz (1998).

Bork, Einführung in das Insolvenzrecht⁵ (2009).

Breuer, Insolvenzrecht, Eine Einführung³ (2011).

Buchegger, Insolvenzrecht 2010 (2010).

Buchegger, Insolvenzrecht² (2013).

Burger-Ehrnhofer/Schrittwieser/Thomasberger, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz² (2013).

Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht (2002).

Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht: eine Einführung (2002).

Egger, Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung² (2005).

Fink, Insolvenzrecht⁸ (2013).

Fussenegger, Der sichere Weg aus dem Privatkonkurs (2013).

Fussenegger, Unternehmerinsolvenz, Raus aus der Schuldenfalle (2012).

Gagawczuk/Krapf, Arbeitsrechtliche Ansprüche von A – Z³ (2005).

Gisinger, Unternehmensschließung oder Unternehmensfortführung? – eine komplexe Frage des Masseverwalters (2008)

Hirt/Rudin, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht³ (2006).

Holzer, Kündigungen bei Betriebsübergängen (1995).

Holzer/Reissner, Arbeitsvertragsrecht-Anpassungsgesetz² (2006).

Holzer/Reissner/Schwarz, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz (1999).

Höbel/Korn/Zsifkovits, Lohnverrechnung in der Insolvenz (2004).

Hummer, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang in Österreich und Frankreich (1999).

Huntemann/Brockdorff, Der Gläubiger im Insolvenzverfahren (1999).

Jabornegg/Resch, Betriebsübergang, Arbeitsrechtliche Fragen (1999).

Kallab/Ullmann, Arbeitsrecht in Frage und Antwort (2008).

Kalss/Adensamer/Oelkers/Zechner, Unternehmenssanierung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht (2006).

Keller, Insolvenzrecht (2006).

Konecny (Hrsg.), IRÄG 2010 (2010).

Krejci, Betriebsübergang, Grundfragen des § 3 AVRAG (1996).

Leonhardt/Smid/Zeuner, Internationales Insolvenzrecht² (2011).

Liebeg, Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, Kommentar³ (2007).

Mayr, Kündigung im Betriebsübergang (1995).

Mayrhofer, Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis 2012/13 (2012).

Muhri/ Stortecky, Das neue Insolvenzrecht⁶ (2010).

Nadler, Unternehmensverkauf durch den Masseverwalter (2001).

Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht² (2011).

Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand (2012).

Puschner, Konkurs und Europäische Menschenrechtskonvention (2000).

Rechberger, Insolvenzrecht: Einführung und Grundriss (2001).

Reckenzaun, IRÄG 2010 – Insolvenzordnung (2010).

Reich-Rohrwig/Zehetner, Das neue Insolvenzrecht, IRÄG 1997 und IESG (1997).

Reissner, AngG, Angestelltengesetz, Kommentar (2012).

Reissner, Die begünstigte Kündigung des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang (2002).

Reissner, Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht² (2008).

Rüetschi, Schuldenbetreibungs- und Konkursrecht (2010).

Sablatnig, Arbeitsrechts-Anpassungsgesetz (2002).

Scherff, Handbuch zur Insolvenz-Entgeltsicherung (2003).

Seiser, Exekutionsrecht, (2010).

Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht⁹ (2001).

Schwarz/Holzer/Holler/Reissner, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz, Gesetzte und Kommentare³ (1993).

Tomandl, Der Betriebs(teil)übergang im Arbeitsrecht (1995).

Wagnest, Die Haftung bei Betriebsübergang eines Unternehmens oder Betriebes, Inhalt und Abgrenzung von § 6 AVRAG und § 1409 ABGB (1997).

Weber, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren (1998).

Weinhäupl, Betriebsübergang und Insolvenz (2004).

Werschitz/Muhri, Insolvenzrecht (2010).

Wimmer, Das neue Insolvenzrecht nach der ESUG-Reform (2012).

Wolligger, Arbeitnehmeransprüche bei Arbeitgeberinsolvenz nach EG- und österreichischem Recht (2001).

Zimmermann, Grundriss des Insolvenzrechts⁹ (2012).

Zimmermann, Insolvenzrecht⁴ (2001).



Entscheidungsverzeichnis

OGH-Entscheidungen

OGH vom 18.5.1998, 8 ObS 3/98v

OGH vom 6.6.2005, 9 ObA 118/04z

OGH vom 29.8.1996, 8 ObS 2030/96d

OGH vom 21.2.1984, 4 Ob 1/84

OGH vom 27.1.1988, 9 ObA 183/87

OGH vom 16.11.1995, 8 Ob 30/95

OGH vom 23.09.1980, 4 Ob 39/80

OGH vom 24.3.1987, 14 ObA 35/87

OGH vom 22.9.1983, 4 Ob 87/83

OGH vom 30.8.2013, 8 ObS 5/13p

OGH vom 12.11.1998, 8 ObS 192/98p

OGH vom 3.7.1957, 4 Ob 18/57

OGH vom 27.1.2000, 8 ObS 277/99i

OGH vom 4.4.1990, 9 ObS 5/90

OGH vom 13.11.2002, 9 ObA 232/02m

OGH vom 23.1.2004, 8 ObA 122/03d

OGH vom 27.9.1995, 9 ObA 143/95

OGH vom 29.2.1996, 8 ObA 211/96

OGH vom 5.6.2002, 9 ObA 97/02h

OGH vom 11.8.1993, 9 ObA 200/93

OGH vom 29.2.1996, 8 ObA 211/96

EuGH-Entscheidungen

EuGH vom 16.7.1998, C 235/95

EuGH vom 18.3.2986, RS 24/85

EuGH vom 12.11.1992, C 209/91

EuGH vom 5.5.1988, RS 144/87

EuGH vom 16.2.1992, C 132/91

EuGH vom 7.3.1996, C 171/94

EuGH vom 14.4.1994, C 392/92

EuGH vom 13.11.1997, C 13/95

EuGH vom 07.02.1985, 135/93

EuGH vom 25.7.1991, C 162/89

EuGH vom 15.6.1988, RS 101/87



Eidesstattliche Erklärung

Ich erkläre hiermit an Eides statt durch meine eigenhändige Unterschrift, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel verwendet habe. Alle Stellen, die wörtlich oder inhaltlich den angegebenen Quellen entnommen wurden, sind als solche kenntlich gemacht.

Die vorliegende Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form noch nicht als Dissertation eingereicht.

Juni 2014

Mag. Arzu Asci