

# Schriften zum Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht

98

Herausgegeben von Abbo Junker

Reimo Robin Richarz

## Insolvenzrechtliche Einordnung von Ansprüchen des Arbeitnehmers

# Schriften zum Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht

98

Herausgegeben von Abbo Junker

Reimo Robin Richarz

## Insolvenzrechtliche Einordnung von Ansprüchen des Arbeitnehmers

# § 1. Arbeitsrecht in der Insolvenz

## A. Auswirkungen der Insolvenz auf das Arbeitsrecht

### I. Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Vorschriften

Dem Grunde nach hindert die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften nicht.<sup>1</sup> In den §§ 108, 113, 120 bis § 128 InsO hat der Gesetzgeber lediglich Spezialregelungen für den Fall der Insolvenz des Arbeitgebers getroffen.<sup>2</sup> Diese bilden die Kernvorschriften des sogenannten „Insolvenzarbeitsrechts“.

Im Allgemeinen ist das Wechselspiel von Insolvenz- und Arbeitsrecht zu beachten. Dies wird vor allem deutlich, wenn man sich den Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschriften vor Augen führt. Das Arbeitsrecht soll dem Schutz des abhängig beschäftigten Arbeitnehmers dienen. Der Arbeitnehmer hat vorrangig das Interesse, seinen Arbeitsplatz zu behalten und seine vereinbarte Vergütung zu erhalten. Das Insolvenzrecht hingegen hat zum Ziel, die Gläubigergleichbehandlung zu sichern, § 1 S. 1 InsO.<sup>3</sup> Die Abwicklung bzw. die Rettung des angeschlagenen Unternehmens ist diesem Zweck untergeordnet, eine Sanierung kann gleichwohl diesem Ziel gerecht werden, ist aber nicht zwingend.<sup>4</sup> Sodann wird die Masse weitest möglich etwa durch Personalabbau oder Zahlungseinstellung geschont werden müssen. Bei personalstarken Unternehmen ist dies natürlich auch wirtschafts- sowie arbeitsmarktpolitisch von Interesse.

Belange der Arbeitnehmer werden dabei vom Insolvenzrecht nicht (mehr) bevorzugt.<sup>5</sup> Der Arbeitnehmer hat weder eine privilegierte Stellung inne, indem etwa seine Vergütungsansprüche Vorrang genießen, noch soll er der Hauptleidtragende sein, wenn das Unternehmen saniert oder abgewickelt wird.<sup>6</sup>

Die Zielsetzungen von Insolvenz- und Arbeitsrecht müssen nicht, können und werden jedoch meist konfligieren. Dabei besitzt keiner der beiden Regelungskomplexe Vorrang, vielmehr sind sie in Einklang zu bringen.<sup>7</sup>

---

1 *Henn-Anschütz*, MünchAHdb, Inso u San, § 34 Rn. 1.

2 *Richardi*, MünchHdbArbR, Bd. 1, § 26 Rn. 5.

3 *Ries*, NZI 2002, 521.

4 *Schmerbach*, FK-InsO, § 1 Rn. 11; BT-Drucks. 12/2443, S. 109.

5 *Uhlenbruck*, FS-Schwerdtner, „Arbeitsrechtliche Probleme im Insolvenzeröffnungsverfahren“, S. 623.

6 *Hamacher*, Nerlich/Römermann, Vorbem. vor § 113 InsO Rn. 3.

7 *Hamacher*, Nerlich/Römermann, Vorbem. vor § 113 InsO Rn. 6.

Letztlich modifiziert das Insolvenzarbeitsrecht die allgemeinen Vorschriften vor allem in Hinblick auf die Erweiterung von Kündigungsmöglichkeiten und auf die Begrenzung von Sozialplanansprüchen. Formal bedeutet dies für den Arbeitnehmer zwar eine Schlechterstellung. Allerdings wird er wiederum profitieren, wenn sein Arbeitsplatz dadurch auf lange Sicht erhalten werden kann.<sup>8</sup>

## II. Fortbestand der Arbeitsverhältnisse

### 1. Rechtslage vor Einführung der InsO am 01.01.1999: § 17 Abs. 1, § 22 Abs. 1 S. 1 KO

Ein bereits angetretenes Arbeitsverhältnis konnte vom Insolvenzverwalter nach § 22 Abs. 1 S. 1 KO ohne weiteres ab Insolvenzverfahrenseröffnung gekündigt werden.<sup>9</sup> Unter der Konkursordnung hatte der Insolvenzverwalter jedoch nach § 17 Abs. 1 KO ein Wahlrecht, ob er ein noch nicht angetretenes Dienstverhältnis weiterführt oder dies ablehnt.<sup>10</sup> Bei Ablehnung entstand dem Arbeitnehmer lediglich ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB. Dieser war dann jedoch als einfache Konkursforderung i.S.v. § 26 S. 2 KO und damit in der Regel als fast wertlos einzustufen.<sup>11</sup>

### 2. Aktuelle Rechtslage: § 108 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 InsO

Nach der InsO bestehen alle Dienstverhältnisse trotz Eröffnung des Insolvenzverfahrens fort, auch wenn diese noch nicht angetreten, d.h. in Vollzug gesetzt worden sind.<sup>12</sup> Erfasst sind demnach sämtliche Dienstverträge, also neben den „Arbeitsverhältnissen“ i.S. abhängiger Beschäftigung, beispielsweise auch freie Vertragsverhältnisse, etwa von Geschäftsführern oder Personen in sonstigen Anstellungsverhältnissen. Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters in § 103 InsO, das dem aus § 17 Abs. 1 KO zwar sprachlich ähnelt, gilt aufgrund der Spezialregelung in § 108 und § 113 InsO nicht für Dienstverhältnisse.<sup>13</sup> Die Anwendung von § 103 InsO auf noch nicht in Vollzug gesetzte Arbeitsverhältnisse überzeugt im Ergebnis nicht.<sup>14</sup> Denn in der Regierungsbegründung zu § 108 InsO wird

---

8 Löwisch/Caspers, MüKo InsO, Vorbemerkungen vor §§ 113 bis 128 Rn. 4 ff.

9 Ries, Uhlenbruck InsO, § 108 Rn. 49.

10 BGH 11.02.1988 – IX ZR 36/87 = ZIP 88, 322.

11 Berscheid, Uhlenbruck InsO, 13. Aufl. 2010, § 113 Rn. 6 f., § 108 Rn. 47 f.

12 Ries, Uhlenbruck InsO, § 108 Rn. 50 f.

13 Zwanziger, § 108 Rn. 3.

14 Huber, MüKo InsO, § 103 Rn. 103; Eisenbeis/Mues, FK-InsO, vor § 113 Rn. 3; a.A. Küttner, Personaltbuch 2015, 226 Rn. 6; Peters-Lange, Gagel, SGB III, Vorbem. zu § 165 Rn. 46.

hierbei nur auf § 22 KO verwiesen, auf § 17 KO allerdings nicht.<sup>15</sup> Damit liegt der Schluss nahe, kein Ablehnungsrecht i.S.v. § 17 KO des Insolvenzverwalters, sondern nur die Kündigung nach § 113 InsO zuzulassen. Die Unterscheidung von angetretenen und nicht angetretenen Arbeitsverhältnissen, wie sie in § 17 KO noch vorkam, wurde gerade nicht mehr in die InsO übernommen. Ebenso wird diese Auslegung keine großen negativen Auswirkungen auf die Insolvenzmassen ergeben, da die Zahl solcher Arbeitsverhältnisse wohl vergleichsweise gering ausfallen dürfte.<sup>16</sup> Damit sollte die frühere Rechtsprechung<sup>17</sup> hinfällig geworden sein.

### III. Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung

Der allgemeine verfassungsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG bedingt im Insolvenzverfahren die gleichmäßige und „gemeinschaftliche“ Befriedigung aller Gläubiger („par conditio creditorum“), § 1 S. 1 InsO.<sup>18</sup> Somit sollen alle Gläubiger gemeinschaftlich und gleich aus dem Haftungsvermögen befriedigt werden, ohne dass bestimmte Gläubigergruppen schon grundsätzlich bevorzugt würden.<sup>19</sup>

Durch den Verlust der Verfügungsbefugnis bei Bestellung eines (starken vorläufigen) Insolvenzverwalters ist dem Insolvenzschuldner die Möglichkeit genommen, privatautonom zu entscheiden, welche Verbindlichkeiten er bedient. Diese Entscheidung übernimmt nun der Gesetzgeber mit seiner vor allem in den §§ 38, 55, 209 InsO aufgeführten Rangordnung von Ansprüchen.<sup>20</sup> Dabei ist nach dem Gleichheitssatz keine völlige Gleichbehandlung geboten, sondern die gleiche Behandlung von gleichem sowie die ungleiche Behandlung von ungleichem.<sup>21</sup> Somit ist es auch gerechtfertigt, hierbei zwischen vorrangigen Masse- und nachrangigen Insolvenzgläubigern zu unterscheiden, §§ 38, 55 InsO.

Anders als unter alter Rechtslage erkennt die InsO keine Privilegierungen bestimmter Gläubiger etwa nach Art der Forderung oder des Rechtsverhältnisses an. Damit ist nun auch der Arbeitnehmer im Topf der Gläubiger allen anderen gleichgestellt.<sup>22</sup>

---

15 BT-Drs. 12/2443, S. 146.

16 Caspers, Personalabbau und Betriebsänderung im Insolvenzverfahren, S. 42 Rn. 94.

17 BGH 11.02.1988 – IX ZR 36/87 = ZIP 88, 322.

18 Becker, Insolvenzrecht, Rn. 210, 215.

19 Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Kap.12, Rn. 10.

20 Ehrlicke, MüKo InsO, § 38 Rn. 4.

21 Baur/Stürner, Bd. II, Insolvenzrecht, Rn. 5.37.

22 Peters-Lange, Gagel, SGB III, Vorbem. zu § 165 Rn. 13.

## IV. Begriff des Arbeitnehmers im Insolvenzrecht

### 1. Allgemeiner Arbeitnehmerbegriff

Die InsO enthält keine Definition des Arbeitnehmerbegriffs, weswegen auf den Begriff nach allgemeinem Arbeitsrecht zu schließen ist.<sup>23</sup>

„Arbeitnehmer ist demnach, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages über entgeltliche Dienste für einen anderen in persönlicher Abhängigkeit tätig ist.“<sup>24</sup>

Unter den Begriff der Arbeitnehmer fallen auch nach dem Insolvenzrecht die Auszubildenden, § 3 Abs. 2 BBiG, § 6 BetrVG, sowie die Heimarbeiter, § 6 BetrVG i.V.m. §§ 13 SGB III, 12 Abs. 2 SGB IV.<sup>25</sup>

Das Arbeitsverhältnis, auf welchem der Anspruch beruht, kann auch ein faktisches bzw. fehlerhaftes sein. Das arbeitsrechtliche Grundprinzip erfährt in der Insolvenz keine Veränderung.<sup>26</sup>

### 2. Gesellschafter

Im Fall eines beim Unternehmen beschäftigten Gesellschafters kann dessen Arbeitnehmereigenschaft streitig werden, wenn das Unternehmen insolvent wird. Dieser kann grundsätzlich als Geschäftsführer (einer GmbH) tätig sein, dies schließt jedoch nicht zwingend die Arbeitnehmereigenschaft mit ein. Denn ein Gesellschafter kann kraft seiner Einlage über einen bestimmten Grad an Leitungsmacht verfügen, sodass er unstrittig zumindest ab 50% des Stammkapitals mangels persönlicher Abhängigkeit nicht als Arbeitnehmer anzusehen ist.<sup>27</sup> Mit der Insolvenz geht jedoch jede Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter über, § 80 InsO. Damit verliert auch der Gesellschafter seine Leitungsmacht, was bedeuten könnte, dass er aufgrund des weiterbestehenden Beschäftigungsverhältnisses plötzlich als Arbeitnehmer gesehen werden müsse. Damit wären jedoch die anderen Gläubiger benachteiligt.<sup>28</sup>

Daher hat das BAG hier entschieden, dass ein sonst mit Leitungsmacht ausgestatteter Gesellschafter nicht aufgrund der Insolvenz zum Arbeitnehmer wird.<sup>29</sup>

---

23 *Löwisch/Caspers*, MüKo InsO, Vorbemerkungen vor §§ 113 bis 128 Rn. 15 ff.

24 *Reiserer*, MünchAHdb ArbR, § 6 Rn. 2.

25 *Henn-Anschütz*, MünchAHdb, Inso u San, § 34 Rn. 28.

26 *Andres*, Nerlich/Römermann, § 55 Rn. 97.

27 *Henn-Anschütz*, MünchAHdb, Inso u San, § 34 Rn. 36.

28 *Hamacher*, Nerlich/Römermann, Vorbemerkung vor § 113 Rn. 12.

29 BAG 06.05.1998 – 5 AZR 612/97 = NZA 1998, 939, 940.

## **B. Von der KO bis zur InsO**

Das deutsche Insolvenzrecht kennt seit langem das Prinzip der Einteilung von Ansprüchen nach Rangordnung. Je höher der Rang, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Forderungen vollständig aus der Masse befriedigt werden. Als Gläubiger ist es für den Arbeitnehmer somit von höchster Relevanz, welchen Rang sein Anspruch erhält.<sup>30</sup>

### **I. Frühere Einteilung und Privilegierung der Arbeitnehmeransprüche**

Rückständiges Arbeitsentgelt sowie alle anderen Bezüge aus einem Arbeitsverhältnis aus den letzten sechs Monaten vor Insolvenzverfahrenseröffnung wurden nach § 59 Abs. 1 Nr. 3 lit. a KO als Masseverbindlichkeit qualifiziert.<sup>31</sup> Die Karenzentschädigung war in Buchstabe b), Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung in d) erwähnt.

Für weitere sechs Monate, d.h. bis zu einem Jahr vor Verfahrenseröffnung, wurden Vergütungsansprüche nach § 61 Abs. 1 Nr. 1 lit. a KO als vorrangige Konkursforderungen eingestuft.<sup>32</sup> Die Karenzentschädigung war in Buchstabe b), Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung in d) erwähnt.

Zu diskutieren war teilweise der Wortlaut „Bezüge aus einem Arbeitsverhältnis“.<sup>33</sup> Dieser Wortlaut existiert in der InsO nicht mehr, das Problem entfällt daher.

Somit gab es eine Dreiteilung von Ansprüchen aus der Zeit vor Insolvenzverfahrenseröffnung. Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis nach der Verfahrenseröffnung wurden nach § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO – so wie heute – als Masseschulden eingeordnet. Im Falle der Masseunzulänglichkeit gab es ebenfalls nach § 60 Abs. 1 KO eine abgestufte Rangordnung der Ansprüche.

### **II. Neuregelungen der InsO**

Nach der seit 1999 geltenden InsO gilt nur noch die Unterscheidung zwischen Insolvenzforderungen, § 38 InsO, und Masseverbindlichkeiten, § 55 InsO.

---

30 *Schelp*, NZA 2010, 1095.

31 *Hefermehl*, MüKo InsO, § 53 Rn. 2; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 59 Rn. 15m ff.

32 *Eisenbeis/Mues*, Wimmer/Dauernheim/Wagner/Gietl, 6. Aufl. 2014, Kap. 8, S. 774 Rn. 407; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 61 Rn. 26 ff.

33 z.B. bei Ansprüchen des Betriebsrats aus § 40 BetrVG: BAG 16.10.1986 – 6 ABR 12/83 = NZA 1987, 752.

§ 55 InsO entspricht in etwa der Regelung des § 59 KO, weswegen die hierauf bezogene Rechtsprechung weiterhin herangezogen werden kann.<sup>34</sup> Nach § 108 Abs. 3 InsO kommt es hierbei auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an.<sup>35</sup> Für den Fall der Masseunzulänglichkeit unterscheidet man Alt- und Neumasseverbindlichkeiten nach § 209 InsO.<sup>36</sup>

Mit Ausnahme von Sozialplanansprüchen nach § 123 Abs. 2 S. 1 InsO und Schadensersatz nach § 113 S. 3 InsO fehlen spezielle Vorschriften über Ansprüche von Arbeitnehmern gänzlich. Damit sind vor allem Arbeitnehmerentgelte nicht mehr vom Gesetz privilegiert, sondern unterliegen den allgemeinen Zuordnungsregeln für Insolvenz- und Masseforderungen.<sup>37</sup>

### III. Ausgleich für den Wegfall der Privilegierungen

Der Wegfall der Privilegierungen für Arbeitnehmerentgelte ist gleichwohl durch zwei Regelungen ausgeglichen.<sup>38</sup>

#### 1. Sozialplanforderungen als Masseverbindlichkeiten, § 123 Abs. 2 S. 1 InsO

Nach § 123 Abs. 2 S. 1 InsO sind (individuelle) Forderungen aus einem Sozialplan, der nach Insolvenzverfahrenseröffnung vereinbart wurde, Masseverbindlichkeiten. Früher war dies in § 4 SozPIG noch anders geregelt.

#### 2. Insolvenzgeld

Das Konkursausfallgeld (KAUG) wurde durch das Insolvenzgeld nach §§ 165 ff. SGB III ersetzt. Der Arbeitnehmer ist dadurch in den letzten drei Monaten vor dem Insolvenzereignis bzw. Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis vor Verfahrenseröffnung weiterhin abgesichert, denn er erhält mit der Bundesagentur für Arbeit einen solventen Schuldner.

---

34 *Ries/Berscheid*, ZInsO 2008, 1161.

35 *Linck*, Schaub, § 92 Rn. 1.

36 *Hamacher*, Nerlich/Römermann, Vorbem. vor § 113 Rn. 38.

37 *Papel/Schaltke*, Kübler/Prütting/Bork, § 53 Rn. 4.

38 *Lakies*, BB 1998, 2638.



## C. Insolvenzverfahren

### I. Überblick

#### 1. Verfahrensarten

Für Insolvenzen von Arbeitgebern, die i.d.R. Unternehmen sind, ist das Regelinsolvenzverfahren (Normalverfahren) statthaft, §§ 1–303 InsO. Ist der Arbeitgeber eine natürliche Person und hat er sein Unternehmen eingestellt, so kann auch das sogenannte Kleinverfahren bei „Überschaubarkeit der Vermögensverhältnisse“ anzuwenden sein, § 304 InsO.<sup>39</sup> Diese Unterscheidung muss in der folgenden Unternehmung nicht näher berücksichtigt werden, da sie für die insolvenzrechtliche Einordnung von Arbeitnehmeransprüchen nicht von Bedeutung ist.

#### 2. Regelinsolvenzverfahren

Geht der Insolvenzantrag nach § 13 Abs. 1 S. 1 InsO bei Gericht ein, so beginnt im ersten Schritt das Eröffnungsverfahren.<sup>40</sup> Hier trifft das Gericht vorläufige Maßnahmen i.S.v. § 21 InsO.<sup>41</sup>

Mit positivem Beschluss, § 27 Abs. 1 S. 1 InsO, über den Antrag endet das Eröffnungs- und es beginnt das eigentliche Insolvenzverfahren, wenn ein Eröffnungsgrund vorliegt, § 16 InsO. Das Gericht kann den Antrag trotz vorliegenden Insolvenzgrundes aber mangels Masse ablehnen, § 26 Abs. 1 S. 1 InsO.<sup>42</sup>

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird mit genauem Datum und Uhrzeit bestimmt.<sup>43</sup>

Insolvenzforderungen muss der Gläubiger während des Verfahrens zur Insolvenztabelle mit Angabe des Bruttobetrages anmelden.<sup>44</sup> Solche Forderungen unterliegen auch nur dem insolvenzrechtlichen Verfahren, d.h. etwaige tarifvertragliche Vorschriften zur Anspruchsverfolgung, etwa Ausschlussfristen, sind auf Insolvenzforderungen nicht anzuwenden.<sup>45</sup>

Masseforderungen hingegen kann der Gläubiger direkt beim Insolvenzverwalter geltend machen.

---

39 Becker, Insolvenzrecht, Rn. 142 f.

40 Zu den Antragsarten, s. *Hefermehl*, Wimmer/Dauernheim/Wagner/Gietl, 6. Aufl. 2014, S. 3 ff., Rn. 4 ff.

41 Becker, Insolvenzrecht, Rn. 663.

42 Becker, Insolvenzrecht, Rn. 747.

43 *Schmahl/Busch*, MüKo InsO, § 29 Rn. 39 ff.

44 *Riedel*, MüKo InsO, § 174 Rn. 27.

45 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1670.

Mit der Möglichkeit des Insolvenzplanes kann das Regelinsolvenzverfahren vermieden werden. Liegt ein solcher vor, kommt es daher zwar grundsätzlich zur Einordnung der Ansprüche nach der Rangordnung der §§ 38, 55, 209 InsO, die Befriedigung ist aber im Plan abweichend geregelt, s. näher unten, S. 181 ff.<sup>46</sup>

## II. Insolvenzverwalter

Ein Insolvenzverwalter kann bereits vor dem Verfahren gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO bestellt werden und wird bei Eröffnung gemäß § 56 InsO vom zuständigen Insolvenzgericht bestellt.

### 1. Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Sobald der Schuldner den Insolvenzantrag gestellt hat, wird das Gericht regelmäßig schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen, § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO, um sicherzugehen, dass im Verfahren noch genügend bzw. so viel Masse wie möglich zur Abwicklung vorhanden ist (vgl. § 21 Abs. 1 S. 1 InsO). Die Stellung und Befugnisse des Insolvenzverwalters hängen somit von der Anordnung des Gerichts ab.<sup>47</sup>

#### a. Vorläufiger „schwacher“ Insolvenzverwalter, § 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 InsO

Wird dem vorläufigen Insolvenzverwalter nur ein Zustimmungsvorbehalt gegenüber Verfügungen des Insolvenzschuldners zugebilligt, so spricht man von einem „schwachen“ oder – bei Übertragung spezieller Befugnisse – „halbstarken“ Insolvenzverwalter.<sup>48</sup> Dies ist die in der Praxis am häufigsten gewählte Variante.<sup>49</sup>

Der Schuldner kann weiterhin eigenständig über sein Vermögen verfügen und bleibt somit weiterhin Arbeitgeber. Er muss lediglich die Zustimmung des Insolvenzverwalters einholen, sofern das Gericht dem Insolvenzverwalter nicht spezielle Befugnisse verleiht, welche z.B. auch die komplette Arbeitgeberfunktion oder das Kündigungsrecht betreffen können. In diesem Fall kann der Schuldner diese Handlungen nicht mehr vornehmen, er bleibt jedoch Vertragspartei und Klagegegner des Arbeitnehmers.<sup>50</sup> Das Gericht muss dem vorläufigen Insolvenzverwalter jedoch im Einzelnen Ermächtigungen verleihen. Dabei darf seine

---

46 Eidenmüller, MüKo InsO, Vorbemerkungen vor §§ 217 bis 269 Rn. 1.

47 Bruder, Wimmer/Dauernheim/Wagner/Gietl, 6. Aufl. 2014, Kap. 2, S. 123 f., Rn. 91 ff.

48 Becker, Insolvenzrecht, Rn. 710.

49 *Papel/Schaltke*, Kübler/Prütting/Bork, § 55 Rn. 11.

50 *Ries/Zobel*, Uhlenbruck InsO, § 22 Rn. 64.

Befugnis nicht der eines starken vorläufigen Insolvenzverwalters gleichkommen oder diese übertreffen.<sup>51</sup> Eine Generalermächtigung ohne Entzug der Verfügungsbefugnis des Schuldners ist allerdings unzulässig.<sup>52</sup>

Unbeachtlich ist grundsätzlich, ob das Gericht den Insolvenzverwalter als „schwach“ bezeichnet. Es kommt auf dessen tatsächlich übertragene Befugnisse an (*falsa demonstratio non nocet*). Steht er im Ergebnis so wie ein „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter, so kann er nach § 55 Abs. 2 InsO Masseverbindlichkeiten begründen.<sup>53</sup> Dies gilt nicht bei einem vorläufigen Insolvenzverwalter, dem pauschal die „Arbeitgeberbefugnisse“ verliehen werden. Diese Ermächtigung ist zu ungenau, da nicht ersichtlich ist, ob damit auch die Begründung von Masseverbindlichkeiten gemeint ist.<sup>54</sup> Das Gericht hat spezifizierte Geschäfte anzugeben, in denen der Insolvenzverwalter Masseverbindlichkeiten begründen kann.<sup>55</sup>

## *b. Vorläufiger „starker“ Insolvenzverwalter, § 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 InsO*

### *aa. Begriff*

Verordnet das Insolvenzgericht neben der Einsetzung eines vorläufigen Insolvenzverwalters dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot, so spricht man von einem „starken“ Insolvenzverwalter (oder „Sequester“).<sup>56</sup> Dieser tritt dann vollständig in dessen Rechte- und Pflichtenkreis ein, ist somit gegenüber dem Arbeitnehmer Arbeitgeber und auch Prozessgegner.<sup>57</sup>

Gesetzlich festgelegt ist, dass dieser nach § 55 Abs. 2 InsO Masseverbindlichkeiten begründen kann. Vor allem Satz 2 der Vorschrift ist für Arbeitsverhältnisse oft einschlägig. Nimmt der Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers in Anspruch, so begründet er in Form der Vergütungszahlung eine Masseverbindlichkeit.<sup>58</sup>

---

51 *Leithaus*, Andres/Leithaus, InsO, § 22 Rn. 5.

52 *Hefermehl*, MüKo InsO, § 55 Rn. 222.

53 *Mönning*, Nerlich/Römermann, § 22 Rn. 224.

54 OLG Saarbrücken 22.05.2014 – 4 U 99/13 = NJW-Spezial 2014, 694.

55 *Beck*, Beck/Depré, § 1 Rn. 51, § 5 Rn. 164.

56 *Becker*, Insolvenzrecht, Rn. 700.

57 *Henn-Anschütz*, MünchAHdb, Inso u San, § 34 Rn. 11 ff.; *Lakies*, FA 1999, 40, 41.

58 LAG Hamm, 12.11.2003 – 2 Sa 844/03 + 2 Sa 1186/03, 2 Sa 844/03, 2 Sa 1186/03 = ZInsO 2004, 576.

## bb. Analoge Anwendung insolvenzarbeitsrechtlicher Sondervorschriften

Da es sich jedoch nur um einen vorläufigen Insolvenzverwalter handelt, ist streitig, ob dieser die Befugnisse aus §§ 113, 120–128 InsO, hier insbesondere das Kündigungsrecht mit gegebenenfalls verkürzter Frist nach § 113 S. 2 InsO, wahrnehmen kann.

Wörtlich ist im Gesetz vom „Insolvenzverwalter“ die Rede. Die Vorschriften finden sich zudem unter dem Titel „Dritter Teil. Wirkungen der Eröffnung des Verfahrens“. Eine direkte Anwendung der Vorschriften auf das vorläufige Verfahren scheidet somit mangels anderweitiger Verweisung aus.<sup>59</sup>

Für eine Analogie braucht es einen vergleichbaren Sachverhalt sowie eine planwidrige Regelungslücke. Über beides lässt sich in diesem Fall streiten.

Der Regierungsentwurf zu den Vorschriften sah für das Eröffnungsverfahren noch nicht die Möglichkeit, hier bereits Grundsteine für die Sanierung des Unternehmens zu legen. Mit § 22 Abs. 1 Nr. 3 InsO kann etwa der vorläufige Insolvenzverwalter zur Prüfung der Fortführungsaussichten beauftragt werden. Dieses Stadium der vorbereitenden Maßnahmen im Eröffnungsverfahren hat der Gesetzgeber nicht gesehen. Die fehlende Normierung der Anwendung im vorläufigen Verfahren in den §§ 108 ff. InsO ist somit nicht explizit geschehen.<sup>60</sup>

Als Gegenargument kann man, wie bereits erwähnt, den Wortlaut sowie den Titel der Vorschriftenreihe der §§ 80–147 InsO ins Feld führen.

Für einen vergleichbaren Sachverhalt spricht zunächst die Tatsache, dass nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO der vorläufige Insolvenzverwalter mit Zustimmung des Gerichts den Betrieb sogar stilllegen kann. Deshalb wird argumentiert, wenn schon diese äußerste Form erlaubt sei, so müsse dieser auch über geringfügigere Kompetenzen, wie vor allem das schnellere Kündigungsrecht nach § 113 S. 1 InsO, verfügen.<sup>61</sup>

Außerdem tritt schon im Eröffnungsverfahren im Sinne einer erfolgreichen Sanierung des Unternehmens das Bedürfnis nach kostenreduzierenden Maßnahmen hervor. Eine solche stellt vor allem der Personalabbau dar. Zur Sicherung der Insolvenzmasse muss der vorläufige Insolvenzverwalter bereits vorbereitende Maßnahmen treffen können. Insofern sei die Notwendigkeit solcher Regelungen im Eröffnungs- sowie im Regelinsolvenzverfahren gleichermaßen vorhanden.<sup>62</sup>

---

59 BAG 20.01.2005 – 2 AZR 134/04 = NZA 2006, 1352, 1353.

60 *Löwisch/Caspers*, MüKo InsO, Vorbemerkungen vor §§ 113 bis 128 Rn. 30.

61 *Henn-Anschütz*, MünchAHdb, Inso u San, § 34 Rn. 15.

62 *Löwisch/Caspers*, MüKo InsO, Vorbemerkungen vor §§ 113 bis 128 Rn. 29, 30.

Hiergegen streitet jedoch, dass der Gesetzgeber explizit zwischen Eröffnungs- und eröffnetem Verfahren unterscheidet. Im vorläufigen Verfahren ist die Funktion des Insolvenzverwalters eher sichernder Natur, da er nach § 22 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO das Unternehmen „nur“ fortführen soll. Seine Befugnisse sind in §§ 21, 22 InsO ausführlich geregelt, eine Verweisung auf die Rechte aus §§ 113, 120–128 InsO fehlt.<sup>63</sup> Man kann daher nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass der Gesetzgeber unwissentlich eine Regelungslücke gelassen hätte.

Vereinfachte Kündigungsmöglichkeiten, wie § 113 S. 1 InsO, sind jedoch auch hauptsächlich bei der Stilllegung des Betriebs von Notwendigkeit. Der (vorläufige starke) Insolvenzverwalter kann zudem nach allgemeinen Vorschriften kündigen oder nach Verfahrenseröffnung gemäß § 113 S. 1 InsO nachkündigen. Außerdem kann der vorläufige starke Insolvenzverwalter schon durch Freistellung die Begründung von Masseverbindlichkeiten und somit vermögensmindernde Einflüsse verhindern. Die Masse muss somit nicht zwingend durch vereinfachte Kündigungen geschützt werden.<sup>64</sup>

Es besteht demnach schon kaum Bedarf für eine analoge Anwendung der §§ 113, 120–128 InsO. Sie ist daher zur Gänze abzulehnen.

## 2. *Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens*

Der vom Gericht gemäß § 56 InsO bestellte Insolvenzverwalter, der meist dem vorläufigen Insolvenzverwalter in Person entspricht, tritt in die Rechte und Pflichten des Insolvenzschuldners ein, übernimmt damit die Stellung des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern, § 80 Abs. 1 InsO.<sup>65</sup> Er kann unproblematisch die Befugnisse aus §§ 113, 120–128 InsO wahrnehmen. Dazu benötigt er keine Zustimmung der Gläubigerversammlung nach § 157 InsO.<sup>66</sup>

---

63 *Bertram*, NZI 2001, 625, 626.

64 BAG 20.01.2005 – 2 AZR 134/04 = NZA 2006, 1352, 1354.

65 *Becker*, Insolvenzrecht, Rn. 876.

66 *Giesen*, *Jaeger*, InsO, Vor § 113 Rn. 17.

