

## Arbeitsverhältnisse in der Insolvenz – Die aktuelle Rechtslage in Österreich

von Professorin Dr. Bettina Nunner-Krautgasser und Ass. Mag. Klaus Pateter, Graz

Ähnlich wie die deutsche InsO in §§ 113 ff. enthält auch die österreichische Insolvenzordnung (öIO) besondere Vorschriften über das Schicksal von Arbeitsverhältnissen in der Insolvenz des Arbeitgebers. Diese Norm eröffnet dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit der begünstigten, masseschonenden Auflösung von Arbeitsverhältnissen. § 25 öIO wurde im Rahmen des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 2010 (IRÄG 2010)<sup>1</sup> überarbeitet und auf die neue Verfahrenssystematik abgestimmt (Konkursverfahren, Sanierungsverfahren mit und ohne Eigenverwaltung).<sup>2</sup>

Der vorliegende Beitrag führt zu Beginn kurz in die Verfahrenssystematik des österreichischen Insolvenzrechts ein (Punkt I.). Darauf folgt ein kurzer Überblick über das grundsätzliche Schicksal von Arbeitsverhältnissen in der Arbeitgeberinsolvenz (Punkt II.). Den Kern des Beitrags bildet zunächst die Klärung von Arbeitgeberposition und Arbeitgeberfunktion im Insolvenzverfahren (Punkt III. und IV.). Hier wird einerseits besprochen, wem die (vom Schuldner vor Insolvenzeröffnung vertraglich eingegangene) Arbeitgeberposition im Insolvenzverfahren zukommt. Des Weiteren ist zu klären, wer die Arbeitgeberrechte und -pflichten im Insolvenzverfahren tatsächlich ausübt. Im zweiten zentralen Teil des Beitrags wird ausführlich der Frage nachgegangen, unter welchen Voraussetzungen Arbeitsverhältnisse insolvenzbedingt aufgelöst werden können (Punkt V.). Der Beitrag schließt mit einer kurzen Bemerkung zur insolvenzrechtlichen Qualifikation der Arbeitnehmeransprüche (Punkt VI.).

### I. Systematik des österreichischen Insolvenzverfahrens

Mit dem IRÄG 2010 wurde die Systematik des österreichischen Insolvenzverfahrens grundlegend umgestaltet: Die bisherige Konkursordnung (öKO) wurde in Insolvenzordnung umbenannt und die Ausgleichsordnung (öAO) aufgehoben, wobei einige sanierungsfreundliche Bestimmungen der öAO in die öIO übernommen wurden.<sup>3</sup> Der Gesetzgeber hat damit die traditionelle Zweispurigkeit des Insolvenzrechts – nämlich die Trennung zwischen Konkursverfahren (nach der Konkursordnung) und Ausgleichsverfahren (nach der Ausgleichsordnung) – aufgegeben und ein flexibles Einheitsverfahren geschaffen, das sowohl Mittel zur Liquidation als auch diverse Sanierungsmöglichkeiten bietet.<sup>4</sup>

Der Auslöser für die Reform im Jahr 2010 war u.a. die vorangegangene Wirtschaftskrise.<sup>5</sup> Die Sanierungsinstrumente des österreichischen Insolvenzrechts waren zwar als durchaus erfolgreich eingestuft worden, im internationalen Vergleich ortete man allerdings noch Optimierungspotenzial, insbesondere im Vergleich zum US-amerikanischen Insolvenzrecht.<sup>6</sup> Daher war ein wesentliches Ziel der Reform, das Insolvenzverfahren noch *sanierungsfreundlicher* auszugestalten.<sup>7</sup> Neben der strukturellen Neuordnung sind als wichtigste Maßnahmen zu nennen: die „Entstigmatisierung“ des Konkurses durch neue Bezeichnungen (etwa *Insolvenz-* statt *Konkursordnung*, *Sanierungsverfahren*),<sup>8</sup> erhebliche Beschränkungen der Rechte von Vertragspartnern des Schuldners,<sup>9</sup> Änderungen der Position von Absonderungsgläubigern<sup>10</sup> und Anpassungen im Anfechtungsrecht.<sup>11</sup> Darüber hinaus wurde die Rechtsposition von Arbeitnehmern im Insolvenzverfahren insofern modifiziert, als das rechtliche Schicksal von Arbeitsverhältnissen an die neue Systematik angepasst wurde.<sup>12</sup>

Das neue *einheitliche Insolvenzverfahren* kennt *drei unterschiedliche Verfahrensabläufe*:<sup>13</sup> Das *Konkursverfahren*, das *Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung* und das *Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung*. Das Insolvenzverfahren

ren kann gem. §§ 166 ff. öIO als Sanierungsverfahren (mit oder ohne Eigenverwaltung) durchgeführt werden, wenn der Schuldner mit dem Insolvenzantrag einen Sanierungsplan vorlegt oder diesen – im Fall eines Gläubigerantrags – spätestens im Eröffnungsverfahren nachliefert.<sup>14</sup> Die beiden Sanierungsverfahrensvarianten bieten für den Schuldner u.a. den wesentlichen Vorteil, dass das Unternehmen vom Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung an 90 Tage lang nicht verwertet werden darf (§ 168 Abs. 2 öIO) und dient so als Sanierungsanreiz.<sup>15</sup> Im Gegensatz zum Konkursverfahren und zum Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung zeichnet sich das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung zudem dadurch aus, dass der Schuldner die Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse weitgehend behält (§ 171 Abs. 1 öIO). § 169 Abs. 1 öIO normiert diesfalls allerdings strengere Anforderungen für den Sanierungsplan (insbesondere eine höhere Mindestquote von 30 % statt nur 20 % sowie die Vorlage eines Finanzplans).

- 1 Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 – IRÄG 2010, BGBl. I 2010/29.
- 2 Dazu eingehend Nunner-Krautgasser, ZInsO 2011, 117.
- 3 Nunner-Krautgasser, ZInsO 2011, 117; *diess.*, in: Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, 2012, S. 26 ff.
- 4 Kodek, Zak 2010, 283; Nunner-Krautgasser (Fn. 3), S. 26.
- 5 Vgl. die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (ErläutRV) 612 BlgNR 24. GP 1, 4.
- 6 Nunner-Krautgasser (Fn. 3), S. 26 f.; vgl. ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 12 f.
- 7 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 1.
- 8 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 1.
- 9 S. dazu Nunner-Krautgasser/Pateter, ZInsO 2011, 2068.
- 10 Dazu Reckenzaun, Neues bei Aus- und Absonderungsrechten, in: Konecny (Hrsg.), IRÄG 2010, 2010, S. 95.
- 11 Ausführlich dazu König, Änderungen im Anfechtungsrecht, in: Konecny (Fn. 10), S. 79.
- 12 Nunner-Krautgasser (Fn. 3), S. 30 f.
- 13 Ausführlich Nunner-Krautgasser (Fn. 3), S. 42 ff.
- 14 Konecny, Das Verfahrensgebäude der InsO, in: Konecny (Fn. 10), S. 1, 4.
- 15 Konecny, Das Verfahrensgebäude der InsO, in: Konecny (Fn. 10), S. 9; Nunner-Krautgasser (Fn. 3), S. 43; Übersroider, Neuerungen bei der Eröffnung von Insolvenzverfahren, in: Konecny (Fn. 10), S. 105, 108.

Der *Sanierungsplan* ist der Nachfolger des ehemaligen – sehr erfolgreichen<sup>16</sup> – Zwangsausgleichs und das zentrale Sanierungsinstrument im Insolvenzverfahren. Er ermöglicht dem Schuldner im Idealfall eine vollständige Restschuldbefreiung; dazu muss der Schuldner im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung eine Mindestquote von 20 % anbieten (30 % im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung); die Quote ist innerhalb von 2 Jahren zu bezahlen. Die Vorlage eines Sanierungsplans ist nicht nur vor Beginn eines Sanierungsverfahrens, sondern auch im Laufe eines Konkursverfahrens möglich (§ 140 Abs. 1 öIO); dies ändert allerdings nichts mehr an der Verfahrensbezeichnung und -qualifikation.<sup>17</sup>

Der verfahrensübergreifende Verwalterbegriff der öIO ist nun „*Insolvenzverwalter*“; im Konkursverfahren und im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung spricht das Gesetz weiterhin vom *Masseverwalter*, im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung vom *Sanierungsverwalter*. Im Zusammenhang mit Arbeitsverträgen ist mit „*Insolvenzverwalter*“ allerdings nur der Masseverwalter gemeint, weil bei Eigenverwaltung weiterhin der Schuldner selbst (und nicht der Sanierungsverwalter) die Funktion des Arbeitgebers ausübt.

## II. Grundsätzliches Schicksal von Arbeitsverhältnissen in der Arbeitgeberinsolvenz

*Arbeitsverhältnisse* werden durch die *Eröffnung des Insolvenzverfahrens* über das Vermögen des Arbeitgebers in ihrem Bestand *ipso iure nicht berührt*, sie bestehen unverändert fort.<sup>18</sup> Allerdings sieht § 25 öIO sowohl für den Insolvenzverwalter als auch für den Arbeitnehmer *insolvenzbedingte Möglichkeiten zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses* vor.

§ 25 öIO räumt beiden Vertragspartnern unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit ein, den *Arbeitsvertrag begünstigt aufzulösen*. Die Auflösung erfolgt seitens der Insolvenzmasse durch Kündigung,<sup>19</sup> seitens des Arbeitnehmers durch Austritt.<sup>20</sup> Im Konkursverfahren und im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung übt der Insolvenzverwalter dieses besondere, im Arbeitsrecht sonst nicht vorgesehene außerordentliche Kündigungsrecht aus.<sup>21</sup> Im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung kommt das außerordentliche Kündigungsrecht dem Schuldner zu, wofür er jedoch die Genehmigung des Sanierungsverwalters benötigt (vgl. § 171 Abs. 1 öIO). Demgegenüber erhält der Arbeitnehmer das Recht zum *vorzeitigen Austritt aus dem Arbeitsverhältnis*; die Insolvenzeröffnung bildet den dafür erforderlichen „wichtigen Grund“ (vgl. § 25 Abs. 1 Satz 2 öIO).<sup>22</sup>

Mit dem *IRÄG 2010* wurde § 25 öIO an die neue Verfahrenssystematik angepasst;<sup>23</sup> hierbei war insbesondere auf die Einführung des Sanierungsverfahrens mit und ohne Eigenverwaltung sowie auf den Entfall der Unterscheidung zwischen befristeter und unbefristeter Unternehmensfortführung Rücksicht zu nehmen.<sup>24</sup>

§ 25 öIO muss einen gewissen Spagat bewältigen und verfolgt damit im Wesentlichen *zwei Ziele*: Der *erste zentrale Punkt* ist, dass jene Arbeitnehmer im Unternehmen verbleiben sollen, die für die Unternehmensfortführung wichtig sind. Alle anderen Arbeitsverhältnisse sollen kostengünstig – d.h. masseschonend – beendet werden können.<sup>25</sup> Dies ist regelmäßig eine zwingende Voraussetzung für die Sanierung des Unternehmers<sup>26</sup> und die Restrukturierung des Unternehmens. *Zweitens* muss auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers am Einkommen aus dem Arbeitsverhältnis mit dem nunmehr insolventen Unternehmer hängt.<sup>27</sup> Daher wird auch Arbeitnehmern unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit eingeräumt, das Arbeitsverhältnis sofort zu beenden, um eine neue Erwerbsgelegenheit rasch wahrnehmen zu können.<sup>28</sup> Es existiert also ein *Spannungsverhältnis* zwischen dem Interesse des Arbeitnehmers an einer gesicherten Einkommensquelle einerseits und dem aufseiten der Masse bestehenden Fortführungsinteresse andererseits, dessen sachgemäße Lösung die Aufgabe von § 25 öIO ist.

16 Dazu *Klikovits*, ZIK 2004, 12.

17 *Mohr*, Der Sanierungsplan, in: Konecny (Fn. 10), S. 117, 118.

18 Statt vieler *Gamerith*, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2000, Bd. I, § 25 KO Rn. 1; *Holzer*, DRdA 1984, 308, 309 f.

19 „Die Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die im Allgemeinen formfrei und ohne Angabe eines Grundes getätigt werden kann und rechtsgestaltend insofern wirkt, als sie das Arbeitsverhältnis idR nach Ablauf einer bestimmten Kündigungszeit zur Auflösung bringt“; *Pfeil*, in: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., § 20 AngG Rn. 23; vgl. auch *Karl*, in: Marhold/Burgstaller/Preyer, Angestelltengesetz, § 20 AngG Rn. 1 ff. (Stand Januar 2006, *rd.b.at*); *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2012, S. 293 ff.; OGH v. 21.10.2010 – 2 Ob 117/10k, RIS-Justiz RS0028586.

20 Die vorzeitige und grds. fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber wird Entlassung, jene durch den Arbeitnehmer Austritt genannt; für die vorzeitige Auflösung ist ein wichtiger Grund erforderlich; *Friedrich*, in: Marhold/Burgstaller/Preyer (Fn. 19), § 25 Rn. 1 ff. (Stand März 2005, *rd.b.at*); *Marhold/Friedrich* (Fn. 19), S. 332, 350 ff.; *Pfeil* (Fn. 19), § 25 AngG Rn. 1 ff.

21 *Gamerith* (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 8, 20; vgl. auch *Weber-Wilfert*, Arbeitsrechtliche Änderungen des IRÄG 2010, in: Konecny (Fn. 10), S. 59, 62 ff.

22 *Gamerith* (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 33; ausführlich zur Thematik *Kuderna*, DRdA 1994, 8.

23 S. dazu *Nunner-Krautgasser*, ZInsO 2011, 117.

24 *Weber-Wilfert*, in: Konecny (Fn. 10), S. 62 f.; weiterführend *Nunner-Krautgasser*, ZInsO 2011, 121.

25 *Gamerith* (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 1.

26 Die österreichische IO stellt tendenziell günstige Rahmenbedingungen für eine Sanierung des Unternehmens in der Hand des bisherigen Unternehmersträgers bereit, bietet aber freilich auch entsprechende Möglichkeiten für übertragende Sanierungen.

27 Gleichwohl ist anzumerken, dass Arbeitnehmeransprüche gegen den insolventen Arbeitgeber durch das Insolvenz-Entgeltversicherungsgesetz (öIESG, BGBl. 1977/324 i.d.F. BGBl. I 2012/35) gesichert werden. Der dazu eigens eingerichtete Insolvenz-Entgelt-Fonds (IEF) leistet unter den Voraussetzungen der §§ 1 ff. öIESG an anspruchsberechtigte Arbeitnehmer; nach § 11 öIESG gehen die Forderungen gegen die Insolvenzmasse auf den IEF über. Der IEF wird von der gesetzlich eingerichteten IEF-Service-GmbH vertreten. Vgl. dazu *Reissner/Sundl*, in: *Nunner-Krautgasser/Reissner* (Fn. 3), S. 101 ff.

28 *Gamerith* (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 1.

### III. Arbeitgeberposition im Insolvenzverfahren

Beträchtliche praktische Bedeutung kommt der Frage zu, wer *Arbeitgeber im Insolvenzverfahren* ist. Wie sogleich zu zeigen ist, muss hier die formale, vertraglich vom Schuldner (vor Insolvenzeröffnung) eingegangene *Arbeitgeberposition* von der (insolvenzrechtlich modifizierten) *Arbeitgeberfunktion*, bei der es um die Ausübung der Arbeitgeberrechte und -pflichten geht, unterschieden werden.

Zunächst zur Arbeitgeberposition: Mit der *Bestimmung der Arbeitgeberposition* untrennbar verbunden ist die Diskussion um die *Rechtsstellung des Insolvenzverwalters und die Rechtsnatur der Insolvenzmasse*. Dieser Theorienstreit wird in Österreich einerseits recht intensiv geführt, seine Sinnhaftigkeit aber z.T. auch angezweifelt und – unberechtigt<sup>29</sup> (dazu gleich unten) – als „rein akademische Natur“ abgetan.<sup>30</sup> Von einigen wird auch vertreten, dass die österreichische Rechtsordnung gar keine homogene Lösung für diese Frage anbiete; vielmehr sehe sie für unterschiedliche Sachverhalte verschiedene Rechtspositionen und Funktionen für den Insolvenzverwalter und die Insolvenzmasse vor.<sup>31</sup> Den jeweiligen Theorien wird daher – wenn überhaupt – oft nur deskriptive Bedeutung zugemessen. Ähnlich meinte auch der OGH, dass das Insolvenzrecht zu vielschichtig und die Aufgaben des Insolvenzverwalters zu mannigfaltig seien, um die Rechtsstellung der Masse, des Insolvenzverwalters und des Schuldners auf nur einer dieser Grundlagen erklären zu können.<sup>32</sup>

Dass der Theorienstreit keineswegs theoretischer Natur ist, zeigt eine Entscheidung des OGH aus dem Jahr 1996 (in diesem Fall war freilich noch die ehemalige öKO anzuwenden): Dabei ging es um die Frage der Anrechnung von *Vordienstzeiten für die Berechnung der „Abfertigung alt“*.<sup>33</sup> In diesem Fall war eine Arbeitnehmerin gem. § 25 öKO nach der Konkurseröffnung über das Vermögen ihres Arbeitgebers berechtigt ausgetreten, wurde dann aber vom Masseverwalter erneut eingestellt. In der Folge wurde ihr von diesem gekündigt und sie machte u.a. Abfertigungsansprüche geltend. Der OGH verneinte zunächst die Ansicht der Klägerin, dass der Schuldner im Insolvenzfall „Arbeitgeber im materiellen Sinn“ bleibe und hielt dem entgegen, dass dem Masseverwalter die Funktion des Arbeitgebers zukomme.<sup>34</sup> Er sei Vertreter der Masse, nicht des Schuldners. In der Folge verneinte der OGH die Arbeitgeberidentität vor und nach Insolvenzeröffnung; die Zusammenrechnung der Dienstzeiten komme mangels Arbeitgeberidentität nicht infrage.<sup>35</sup>

Unklar blieb in der genannten Entscheidung, ob der OGH zwischen der bloßen *Arbeitgeberfunktion* und der *arbeitsvertraglichen Arbeitgeberstellung* unterscheiden wollte. Mit dem IRÄG 2010 wurde diese Frage ausdrücklich klargestellt.<sup>36</sup> § 25 Abs. 1 Satz 1 öIO bestimmt, dass der Insolvenzverwalter die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers (nur) ausübt. Der Insolvenzverwalter ist also selbst nicht Arbeitgeber.<sup>37</sup> Für die Frage der Vordienstzeitenanrechnung bleibt daher die Frage offen, wer nach Insolvenzeröffnung die vertragliche Arbeitgeberposition innehat.

Für die Lösung dieser Frage sind die *Rechtsnatur der Masse* und die damit im Zusammenhang stehende *Rechtsstellung des Insolvenzverwalters* maßgebend. Auch in Österreich wurden bzw. werden dazu im Wesentlichen *drei verschiedene Ansätze* vertreten.

- Nach der *Amtstheorie* übt der Insolvenzverwalter als Amtsorgan die ihm vom Gesetz übertragenen Vermögensverwaltungstätigkeiten im öffentlichen Interesse aus.<sup>38</sup> Er handelt im eigenen Namen und kraft eigenen Rechts mit Wirkung für und gegen den Insolvenzschuldner.<sup>39</sup> Der Insolvenzmasse kommt nach dieser Ansicht keine eigene Rechtspersönlichkeit zu. Diese – in Deutschland soweit ersichtlich nach wie vor herrschende<sup>40</sup> – Sichtweise ist mit der österreichischen Rechtslage allerdings nach h.A. nicht in Einklang zu bringen und wird daher inzwischen praktisch nicht mehr vertreten.<sup>41</sup>
- Nach der *Vertretertheorie* ist der Insolvenzverwalter gesetzlicher Vertreter und macht demnach fremde Rechte in fremdem Namen geltend.<sup>42</sup> Bei der Vertretertheorie werden drei Varianten unterschieden, abhängig davon, ob der Insolvenzverwalter als Vertreter des Schuldners („Schuldnervertretertheorie“),<sup>43</sup> der Gläubiger („Gläubi-

29 Vgl. nur *Hierzenberger/Riel*, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze, 1997, § 80 KO Rn. 40 ff.

30 *Holzhammer*, Österreichisches Insolvenzrecht, 5. Aufl. 1996, S. 117; *Buchegger*, Insolvenzrecht, 2010, S. 78.

31 *Hierzenberger/Riel* (Fn. 29), § 80 KO Rn. 44 ff.; vgl. auch *Riel*, Die Befugnisse des Masseverwalters im Zivilverfahrensrecht, 1995, S. 21 f.

32 OGH v. 24.1.1996 – 3 Ob 8/96, RZ 1997, 17.

33 Nach dem *alten Abfertigungsmodell* wächst der Abfertigungsanspruch mit zunehmender Dauer des Dienstverhältnisses an. Der Abfertigungsanspruch entstand erst nach 3 Jahren ununterbrochener Beschäftigung im gleichen Unternehmen, jedoch nur, wenn das Arbeitsverhältnis durch Arbeitgeberkündigung oder einvernehmliche Auflösung beendet wurde. Im Rahmen der „*Abfertigung neu*“ zahlt der Arbeitgeber 1,53 % des Bruttomonatsentgelts in eine betriebliche Vorsorgekasse ein. Der Abfertigungsanspruch besteht bereits ab dem zweiten Monat des Arbeitsverhältnisses; er hängt nicht mehr von der Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ab und kann sogar in einen anderen Betrieb „mitgenommen“ werden.

34 OGH v. 25.2.1997 – 9 ObA 2095/96w, ZIK 1997, 22.

35 OGH v. 25.2.1997 – 9 ObA 2095/96w, ZIK 1997, 22.

36 *Reissner*, in: Nunner-Krautgasser/Reissner (Fn. 3), S. 64; zu dieser Problematik schon vor dem IRÄG 2010 *Sundl*, ASoK 1997, 105; *Weber*, ZIK 1997, 40; ausführlich *dies.*, Arbeitsverhältnisse im Insolvenzverfahren, 1998, S. 30 ff.

37 *Gamerith* (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 8; *Weber-Wilfert*, in: Konecny (Fn. 10), S. 60.

38 *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, 2. Aufl. 1990, Rn. 340.

39 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 15.06 ff.; *Jaeger/Henckel*, InsO, 2007, Bd. II, § 80 Rn. 15; *Hierzenberger/Riel* (Fn. 29), § 80 KO Rn. 36; *Lehmann*, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung, 1916, Bd. I, S. 541 f.; *Riel* (Fn. 31), S. 7 m.w.N.

40 *Häsemeyer* (Fn. 39), Rn. 15.01 ff.; vgl. *Jaeger/Henckel*, (Fn. 39), Bd. II, § 80 Rn. 11 ff.; *Uhlenbruck*, InsO, 13. Aufl. 2010, § 80 Rn. 78 ff.

41 Statt vieler *Fasching* (Fn. 38), Rn. 340.

42 *Hierzenberger/Riel* (Fn. 29), § 80 KO Rn. 37 ff.

43 *Häsemeyer* (Fn. 39), Rn. 15.04.

gervertretertheorie“<sup>44</sup>) oder der Insolvenzmasse („Massetheorie“<sup>45</sup>) angesehen wird.<sup>46</sup>

Nach der (seit Langem bedeutsamsten) *Schuldnervertretertheorie* bleibt der Schuldner nicht nur Eigentümer der Masse, sondern auch Zurechnungsendpunkt der die Masse betreffenden Rechtshandlungen.<sup>47</sup> Das Hauptproblem der Schuldnervertretertheorie liegt allerdings in ihrer mangelnden Aussagekraft hinsichtlich der Anfechtungsansprüche.<sup>48</sup> Die (der Organtheorie ähnlichen) *Massetheorie* sieht in der Masse ein „provisorisch rechts- und parteifähiges Gebilde“.<sup>49</sup>

- Die *Organtheorie* qualifiziert die Masse selbst als Zurechnungssubjekt und den Insolvenzverwalter als ihr Organ.<sup>50</sup> Sie wird von der österreichischen h.A. vertreten.<sup>51</sup>

Hinsichtlich der Vordienstzeitenanrechnung hat sich der OGH gegen die *Schuldnervertretertheorie* ausgesprochen.<sup>52</sup> Nach dieser Theorie würde der Schuldner auch Adressat aller Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag bleiben. Wollte man ihr folgen, so müsste man für die Frage der Vordienstzeitenanrechnung jedenfalls Arbeitgeberidentität vor und nach der Insolvenzeröffnung annehmen.<sup>53</sup>

Folgt man der *Organtheorie*, so ist zu unterscheiden: Nach verbreiteter Ansicht gehen hier alle Rechte und Pflichten des Schuldners im Wege der Universalsukzession auf die Masse über;<sup>54</sup> die Insolvenzmasse würde damit auch *ex lege* in die Arbeitsverhältnisse des Schuldners eintreten.<sup>55</sup> Im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung könnte man daher einen Arbeitgeberwechsel vermuten.

Entsprechend der Qualifikation der *Insolvenzmasse als Zweckvermögen*, das vornehmlich der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger dient,<sup>56</sup> ist insoweit freilich davon auszugehen, dass auf die Insolvenzmasse nicht die *Rechtszuständigkeit* (z.B. das Eigentum an körperlichen Gegenständen und die Inhaberschaft an Forderungen), sondern lediglich die *Verfügungszuständigkeit* über das Vermögen des Schuldners übergeht.<sup>57</sup> Anderes wäre mit dem Gesetzeswortlaut schwer vereinbar, verliert doch der Schuldner gem. § 2 Abs. 2 öIO nur die Verfügungsbefugnis, nicht aber die Rechtszuständigkeit an der Masse. Mit der Bildung einer rechtsfähigen Insolvenzmasse ist daher *nicht notwendigerweise eine Veränderung der Schuldnerrolle verbunden*;<sup>58</sup> lediglich *Haftungsrechte* der Insolvenzgläubiger stehen nicht mehr gegenüber dem Schuldner, sondern gegenüber der Masse zu.<sup>59</sup> Mangels Veränderung der Schuldnerrolle findet nach dieser Ansicht also kein Arbeitgeberwechsel statt; die *arbeitsvertragliche Arbeitgeberposition bleibt vor und nach Insolvenzeröffnung ident*, bloß die Arbeitgeberfunktion liegt beim Insolvenzverwalter. Dienstzeiten vor und nach der Insolvenzeröffnung sind daher zusammenzurechnen.

## IV. Arbeitgeberfunktion im Insolvenzverfahren

### 1. Allgemeines

Von der Innehabung der vertraglich vom Schuldner vor Insolvenzeröffnung eingegangenen Arbeitgeberposition ist die

Ausübung der Arbeitgeberfunktion zu unterscheiden: Der Inhaber der Arbeitgeberfunktion nimmt im Insolvenzverfahren grds. alle Arbeitgeberrechte und -pflichten wahr (z.B. Einstellung, Kündigung und Entlassung von Arbeitnehmern, Weisungsrecht). Infrage kommen hierfür entweder der Schuldner, die Insolvenzmasse oder der Insolvenzverwalter.

### 2. Konkursverfahren, Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung

Im Konkursverfahren und im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung übt der *Masseverwalter* gem. § 25 Abs. 1 Satz 1 öIO die *Rechte und Pflichten des Arbeitgebers* aus. In den Gesetzesmaterialien<sup>60</sup> heißt es dazu, die Arbeiterkammer habe mehrfach darauf hingewiesen, dass Masseverwalter in der Praxis die Arbeitgeberpflichten des Schuldners nicht immer wahrnehmen. Daher sollte diese Pflicht bzw. das entsprechende Recht im Gesetz ausreichend verdeutlicht werden. Die gesetzliche Klarstellung betrifft nicht nur die Pflichten und Rechte gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer, sondern insbesondere auch die sich aus dem öArbVG<sup>61</sup> ergebenden Pflichten gegenüber den Belegschaftsorganen.

*Hintergrund* der gesetzlichen Klarstellung war das von der Arbeiterkammer thematisierte Problem, dass in vielen Kon-

44 Die Gläubigervertretertheorie wird in Österreich heute – als mit dem geltenden Recht unvereinbar – nicht mehr vertreten; *Hierzenberger/Riel* (Fn. 29), § 80 KO Rn. 38 m.w.N.; vgl. auch *Häsemeyer* (Fn. 39), Rn. 15.03; *Jaeger/Henckel*, (Fn. 39), Bd. II, § 80 Rn. 13.

45 Diese unterscheidet sich nur graduell von der sogleich zu behandelnden Organtheorie; vgl. *Fasching* (Fn. 38), Rn. 340.

46 Ausführlich *Riel* (Fn. 31), S. 10 ff.

47 *Hierzenberger/Riel* (Fn. 29), § 80 KO Rn. 39.

48 *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht, 1973, S. 490; *Hierzenberger/Riel* (Fn. 29), § 80 KO Rn. 38.

49 *Häsemeyer* (Fn. 39), Rn. 15.05; *Jaeger/Henckel*, (Fn. 39), Bd. II, § 80 Rn. 17; *Hierzenberger/Riel* (Fn. 29), § 80 KO Rn. 40; *Petschek/Reimer/Schiemer* (Fn. 48), S. 489.

50 *Jaeger/Henckel*, (Fn. 39), Bd. II, § 80 Rn. 17; vgl. auch *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz, 2007, S. 314, 325; ausführlich *Riel* (Fn. 31), S. 15; s. auch *Hanisch*, Die Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, 1973.

51 *Chalupsky/Duursma-Kepplinger*, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2002, Bd. III, § 81 KO Rn. 17 m.w.N.; *Fasching* (Fn. 38), Rn. 340; *Nunner-Krautgasser* (Fn. 50), S. 253, 314, 324; *Riel* (Fn. 31), S. 15 Fn. 98 m.w.N.; *Shamiyeh*, Die zivilrechtliche Haftung des Masseverwalters, 1995, S. 30 f.; vgl. auch *Hierzenberger/Riel* (Fn. 29), § 80 KO Rn. 41.

52 OGH v. 25.2.1997 – 9 ObA 2095/96w, ZIK 1997, 22.; vgl. auch *Weber* (Fn. 36), S. 30.

53 So vertreten von *Reissner*, in: *Nunner-Krautgasser/Reissner* (Fn. 3), S. 63 f.; *ders.*, in: *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*, 2. Aufl. 2011, Bd. I, § 3 IO Rn. 1; *Haider*, in: *Reissner, Angestelltengesetz*, 2013, § 33 Rn. 3.

54 *Gamerith* (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 7 f.; vgl. auch *Hierzenberger/Riel* (Fn. 29), § 80 KO Rn. 44 (Stand Oktober 1997; *rdb.at*); *Riel* (Fn. 31), S. 20.

55 *Weber* (Fn. 36), S. 35.

56 *Nunner-Krautgasser* (Fn. 50), S. 280.

57 *Nunner-Krautgasser* (Fn. 50), S. 314.

58 Vgl. auch *Weber-Wilfert*, in: *Konecny* (Fn. 10), S. 60.

59 Näheres bei *Nunner-Krautgasser* (Fn. 50), S. 314, 324 f.

60 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 12.

61 Arbeitsverfassungsgesetz BGBl. 1974/22 i.d.F. BGBl. I 2013/71.

kursen keine Lohnverrechnungen vorgenommen wurden und somit etwa Arbeitspapiere, insbesondere Arbeitsbescheinigungen, nicht ausgestellt wurden. Dies betraf hauptsächlich jene Insolvenzverfahren, bei denen es eine größere Anzahl an Arbeitnehmern gab, jedoch keine finanziellen Mittel für die Beauftragung einer ordnungsgemäßen Lohnverrechnung.<sup>62</sup>

Die nunmehr ausdrückliche Regelung in § 25 Abs. 1 Satz 1 öIO brachte *keine Änderung der alten Rechtslage* mit sich.<sup>63</sup> Denn die Zuweisung der Arbeitgeberfunktion zum Insolvenzverwalter<sup>64</sup> ergibt sich schon aus § 2 Abs. 2 und § 3 Abs. 1 öIO, wonach dem Schuldner die Verfügungsbefugnis über die Masse entzogen wird und Rechtshandlungen des Schuldners nach Insolvenzeröffnung in Bezug auf die Insolvenzmasse unwirksam sind.

Im Konkursverfahren und im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung (für das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung gibt es Sondervorschriften) übt daher der *Masseverwalter* die Verantwortung für die *Wahrnehmung der arbeitsrechtlichen, sozialversicherungsrechtlichen und lohnsteuerlichen Rechte und Pflichten des Schuldners aus*.<sup>65</sup> Dazu zählen z.B. die Weisungsbefugnis gegenüber Arbeitnehmern, die Delegation der Weisungsbefugnis an Arbeitnehmer sowie der Verzicht auf die Dienstleistung eines Arbeitnehmers.<sup>66</sup> Der Insolvenzverwalter ist auch befugt, Arbeitsverhältnisse zu begründen und zu beenden und abzuwickeln. Der Schuldner muss dies nach Insolvenzaufhebung gegen sich gelten lassen.<sup>67</sup>

### 3. Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung

Das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung zeichnet sich durch das weitgehende Verbleiben der Verfügungsbefugnis *über die Masse beim Schuldner* aus. Im *Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung* bleibt auch die Arbeitgeberfunktion grds. beim Schuldner. Der Schuldner ist gem. § 171 Abs. 1 öIO zur Vornahme aller *Rechtshandlungen* berechtigt. Dazu gehören etwa die Begründung neuer Arbeitsverhältnisse im kleinen Rahmen sowie die Kündigung bzw. die Entgegennahme von Kündigungserklärungen nach allgemeinem Arbeitsrecht.<sup>68</sup> Den Schuldner treffen bei Eigenverwaltung auch weiterhin alle Arbeitgeberpflichten (wie vor dem IRÄG 2010 im Ausgleichsverfahren).<sup>69</sup>

*Gesetzliche Einschränkungen der Schuldnerbefugnisse* ergeben sich aus § 171 öIO: Demnach bedürfen Rechtshandlungen, die *nicht zum gewöhnlichen Unternehmensbetrieb* gehören, der Genehmigung des Sanierungsverwalters.<sup>70</sup> Darunter fällt z.B. die Vereinbarung, Vordienstzeiten anzuerkennen.<sup>71</sup> Ebenso genehmigungspflichtig sind der Rücktritt, die Kündigung oder die Auflösung von Verträgen gem. §§ 21, 23 und 25 öIO. Der Schuldner muss aber auch eine zum gewöhnlichen Unternehmensbetrieb gehörende Handlung unterlassen, wenn der Sanierungsverwalter dagegen Einspruch erhebt (§ 171 Abs. 1 a.E. öIO). Verbotswidrig vorgenommene Handlungen sind den Gläubigern gegenüber gem. § 171 Abs. 3 öIO unwirksam, sofern der Dritte von den Beschränkungen wusste oder wissen musste.<sup>72</sup> Darüber hi-

naus können aus verbotswidrigen Rechtshandlungen keine Masseforderungen i.S.d. § 46 öIO entstehen (§ 174 öIO).

Die *Befugnisse des Schuldners* sind gem. § 172 Abs. 2 öIO durch das Gericht *im Einzelfall beschränkbar*; gewisse Handlungen können ihm entweder überhaupt untersagt oder an die Zustimmung des Sanierungsverwalters gebunden werden.<sup>73</sup> Das kann z.B. die Einstellung neuer Arbeitnehmer, aber auch andere Agenden betreffen.<sup>74</sup> Das Gesetz enthält hier einen weiten Gestaltungsspielraum. Denkbar ist auch eine Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion: So könnte der Sanierungsverwalter für die Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen zuständig sein, während der Schuldner alle sonstigen arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten wahrnimmt.

## V. Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Insolvenzverfahren

### 1. Regelungsgehalt des § 25 öIO nach dem IRÄG 2010

§ 25 öIO ermöglicht die „*begünstigte Lösung*“ von *Arbeitsverhältnissen* im Insolvenzverfahren. Die Begünstigung für die Masse liegt einerseits in der rascheren Lösbarkeit von Arbeitsverhältnissen und der damit einhergehenden Reduktion des als Masseforderung i.S.d. § 46 öIO auszubezahlenden laufenden Entgelts sowie andererseits in der Qualifikation von Beendigungsansprüchen (z.B. Abfertigungen) als Insolvenzforderungen, wodurch die Insolvenzmasse weniger stark belastet wird.<sup>75</sup> Der Arbeitnehmer wird insofern begünstigt, als er nicht länger an einen insolventen Arbeitgeber gebunden ist und sich rasch einen neuen Arbeitsplatz suchen kann. Insoweit liefert ihm § 25 öIO unter gewissen Umständen einen insolvenzspezifischen Austrittstatbestand mit den entsprechenden Rechtsfolgen.

62 Weber-Wilfert, in: Konecny (Fn. 10), S. 61.

63 So auch Ristic, DRdA 2010, 268, Weber-Wilfert, in: Konecny (Fn. 10), S. 60.

64 Nach der Organtheorie wäre die Arbeitgeberfunktion der Masse – diese vertreten durch den Insolvenzverwalter – zuzuordnen. Der Einfachheit halber wird im vorliegenden Beitrag nur vom Insolvenzverwalter als Inhaber der Arbeitgeberfunktion gesprochen.

65 Ristic, in: Lichtkoppler/Reisch (Hrsg.), Handbuch Unternehmenssanierung, 2010, S. 231.

66 Reissner, in: Nunner-Krautgasser/Reissner (Fn. 3), S. 63.

67 Reissner, in: Nunner-Krautgasser/Reissner (Fn. 3), S. 63.

68 Weber (Fn. 36), S. 140 f. m.w.N.

69 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 12; Riel, Die Eigenverwaltung gem. §§ 169 ff. IO, in: Konecny (Fn. 10), S. 131, 145.

70 Vgl. Nunner-Krautgasser (Fn. 3), S. 47 f.

71 OGH v. 10.7.1991 – 9 Obs 8/91, DRdA 1992, 145 (Grießer) = JBl. 1991, 809 (Liebeg) = SZ 64/101.

72 Riel, Die Eigenverwaltung gem. §§ 169 ff. IO, in: Konecny (Fn. 10), S. 150.

73 Vgl. Riel, Die Eigenverwaltung gem. §§ 169 ff. IO, in: Konecny (Fn. 10), S. 148 f.

74 Vgl. dazu und im Folgenden (noch in Bezug auf § 8 öAO) Holzer/Reissner/Schwarz, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz, 4. Aufl. 1999, S. 506 ff. m.w.N.

75 Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht, 2. Aufl., Rn. 436; Reissner, in: Nunner-Krautgasser/Reissner (Fn. 3), S. 77.

Die *gesetzlichen und arbeitsvertraglich vereinbarten Lösungsstatbestände* bleiben neben den Lösungsmöglichkeiten des § 25 öIO erhalten.<sup>76</sup> Auch eine einvernehmliche Auflösung ist möglich.<sup>77</sup>

Grds. haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer nur dann ein *begünstigtes Lösungsrecht*, wenn das Unternehmen bzw. der betreffende Unternehmensbereich *nicht fortgeführt wird*<sup>78</sup> (vgl. § 25 Abs. 1 Nr. 2 und 3 sowie Abs. 1b Satz 1 öIO).<sup>79</sup>

*Ausnahmen* gelten, wenn das Unternehmen fortgeführt wird, aber *einzelne Unternehmensbereiche* zwar nicht geschlossen, jedoch *eingeschränkt* werden sollen (§ 25 Abs. 1b Satz 2 und Abs. 1c Satz 1 öIO). Hier steht zunächst nur dem Insolvenzverwalter (bzw. dem Schuldner im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung) das begünstigte Lösungsrecht zu. Löst dieser das Arbeitsverhältnis nach § 25 öIO auf, hat der Arbeitnehmer ein sog. „*nachschießendes Austrittsrecht*“ und kann das Arbeitsverhältnis sofort beenden (§ 25 Abs. 1b Satz 3 und Abs. 1c Satz 2 öIO). Das hat den Vorteil, dass das Arbeitsverhältnis rascher als bei einer Kündigung durch den Insolvenzverwalter endet (nämlich sogleich ab Wirksamkeit des Austritts). Da die Kündigungsschädigung (dazu VI.) bloße Insolvenzforderung ist, wird die Masse stärker entlastet, als wenn bis zum Ablauf der einschlägigen Kündigungsfrist laufendes Entgelt (als Masseforderung) zu zahlen wäre.

## 2. Anwendungsbereich

§ 25 öIO ist nur auf *Arbeitsverhältnisse* anzuwenden, die zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens *bereits angetreten* worden sind. Ein angetretenes Arbeitsverhältnis liegt vor, wenn nicht nur ein gültiger Arbeitsvertrag abgeschlossen, sondern der Dienst auch bereits aufgenommen wurde.<sup>80</sup>

Hinsichtlich noch nicht angetretener Arbeitsverhältnisse – also abgeschlossener, aber noch nicht ins Vollzugsstadium gesetzter Arbeitsverträge – gilt § 30 Abs. 4 öAngG<sup>81</sup> (als *lex specialis* zu § 21 Abs. 1 öIO): Danach können sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer vom Vertrag zurücktreten, wenn vor Dienstantritt das Insolvenzverfahren über den Arbeitgeber eröffnet wird. Als wichtige Folge eines derartigen Rücktritts normiert § 21 Abs. 2 öIO einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch im Sinne einer Eingriffshaftung. Dieser ist nach den Regeln des § 31 öAngG zu bemessen.

Für freie Dienstverhältnisse gilt § 25 öIO analog.<sup>82</sup> Ruhestandsverhältnisse unterliegen dagegen nach h.M.<sup>83</sup> nicht der Regelung des § 25 öIO. Strittig ist, ob nach der Verfahrenseröffnung *neu eingegangene Arbeitsverhältnisse* gem. § 25 öIO gelöst werden können.<sup>84</sup>

## 3. Einheitliche Monatsfrist

Für die Auflösungsbefugnisse des Insolvenzverwalters bzw. des Schuldners und der Arbeitnehmer sieht § 25 öIO eine

*einheitliche Monatsfrist* vor, innerhalb derer die Kündigung bzw. der Austritt ausgesprochen werden (d.h. die Sphäre des Insolvenzverwalters bzw. des Schuldners oder des Arbeitnehmers verlassen) und dem anderen Teil zugehen muss.<sup>85</sup> Es handelt sich um eine materiell-rechtliche Frist (für die Berechnung gelten also §§ 902 ff. öABGB).<sup>86</sup> Der Beginn des Fristenlaufs ist grds. an die Entscheidung über das Unternehmensschicksal geknüpft.

Bei *Fristversäumnis* liegt keine begünstigte Auflösung vor. Das kann im Fall der Kündigung durch den Insolvenzverwalter bzw. den Schuldner zu erhöhten Ansprüchen führen, denn nur bei einer Kündigung nach § 25 öIO sind die Beendigungsansprüche bloße Insolvenzforderungen gem. § 51 Abs. 2 Nr. 2 lit. a öIO. Wird die Frist missachtet, so ist die Kündigung nach h.M. zeitwidrig und nach allgemeinem Arbeitsrecht zu beurteilen.<sup>87</sup> Der Insolvenzverwalter bzw. der Schuldner bringt dann regelmäßig Masseforderungen für die Beendigungsansprüche zum Entstehen (§ 46 Abs. 1 Nr. 3a lit. a öIO). Verfehlt der Arbeitnehmer die Monatsfrist für seinen Austritt nach § 25 öIO, so ist der Austritt nach allgemeinem Arbeitsvertragsrecht zu beurteilen.

## 4. Fristenlauf

Der Beginn der Monatsfrist, innerhalb der das begünstigte Lösungsrecht ausgeübt werden kann, ist nicht starr, sondern knüpft in der Unternehmerinsolvenz bereits seit dem IRÄG 1997<sup>88</sup> unmittelbar an das *Schicksal des Unternehmens* des Schuldners an.<sup>89</sup> Er hängt also im Wesentlichen davon ab, ob das Unternehmen fortgeführt oder gänzlich oder teilweise geschlossen wird. Dieses Modell hat sich bewährt und wurde daher in § 25 öIO übernommen. Danach ist bei *Unternehmensschließung* stets eine Beendigung gem. § 25 öIO möglich, selbst wenn das Unternehmen erst Jahre nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossen wird. Daher

76 ErläutRV 734 BlgNR 20. GP 36 f.; Nunner, wbl 1997, 313, 316 f.

77 Vgl. OGH v. 16.11.2005 – 8 ObA 59/05t.

78 Vgl. Holzer, DRdA 1998, 325, 329.

79 Das IRÄG 2010 hat die Unterscheidung zwischen befristeter und unbefristeter Unternehmensfortführung fallen gelassen; die daraus erwachsenen Auslegungstreitigkeiten gehören damit der Vergangenheit an; s. dazu Konecny, Das Verfahrensgebäude der InsO, in: Konecny (Fn. 10), S. 16 f.; Weber-Wilfert, in: Konecny (Fn. 10), S. 62 f.

80 Dazu und im Folgenden Gamerith (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 11 m.w.N.

81 Angestelltengesetz BGBl. 1921/292 i.d.F. BGBl. I 2010/58.

82 Gamerith (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 10 m.w.N.; Weber (Fn. 36), S. 44 m.w.N.

83 Holzer/Reissner/Schwarz (Fn. 74), S. 441 m.w.N.

84 Dafür etwa Konecny, ZIK 1997, 160, 165; Weber (Fn. 36), S. 57 f.; a.A. Liebeg, Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, 3. Aufl. 2007, § 1 Rn. 51; Gamerith (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 14.

85 Gamerith (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 15; Holzer/Reissner/Schwarz (Fn. 74), S. 438; Nunner, wbl 1997, 313, 314; dies., ÖJZ 1997, 241, 242.

86 Dazu und zum Folgenden Gamerith (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 15 m.w.N.

87 Gamerith (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 70; Holzer/Reissner/Schwarz (Fn. 74), S. 439; Reissner, in: Nunner-Krautgasser/Reissner (Fn. 3), S. 76.

88 Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1997, BGBl. I 1997/114.

89 Nunner, wbl 1997, 314, 316.

können (bzw. müssen) nicht alle Arbeitsverhältnisse – wie es früher der Fall war – in einem bestimmten Zeitraum nach Verfahrenseröffnung beendet werden. Sie sollen im Interesse der Unternehmensfortführung nur dann aufgelöst werden, wenn die betroffenen Arbeitnehmer bei einem Weiterbetrieb nicht eingesetzt werden können; darüber hinaus sollen keine Vertragsauflösungen stattfinden. Dieses System berücksichtigt auch das Interesse der Beschäftigten an der Arbeitsplatz-erhaltung und verhindert Kündigungen mit anschließender Neueinstellung zu ungünstigeren Bedingungen.

Nur in der Verbraucherinsolvenz<sup>90</sup> beginnt die Lösungsfrist bereits mit der Insolvenzeröffnung selbst (§ 25 Abs. 1 Nr. 1 öIO).<sup>91</sup>

## 5. Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Insolvenzverwalter

### a) Unternehmensfortführung und -schließung in der Insolvenz

Das *Lösungsrecht nach § 25 öIO* hängt wesentlich vom *Unternehmensschicksal* nach Insolvenzeröffnung ab. Wesentliche Bedeutung kommt hier der sog. Berichtstagsatzung<sup>92</sup> zu, die (sofern das Unternehmen nicht ausnahmsweise vorher geschlossen wurde) spätestens 90 Tage nach Insolvenzeröffnung anzuberaumen ist (§ 91a öIO) und in deren Rahmen grds. über die Fortführung des Unternehmens zu entscheiden ist (§ 114b öIO).<sup>93</sup> Der Zeitraum zwischen Insolvenzeröffnung und Berichtstagsatzung wird „Prüfphase“ genannt, weil der Insolvenzverwalter hier die Fortführbarkeit des Unternehmens prüft.<sup>94</sup>

Nach § 114a Abs. 1 öIO ist das *Unternehmen in der Prüfphase zunächst fortzuführen*, wenn damit nicht offenkundig ein höherer Ausfall für die Gläubiger verbunden ist.<sup>95</sup> Zur Fortführung bedarf es keines Gerichtsaktes.<sup>96</sup> Die Schließung oder Wiedereröffnung eines bereits geschlossenen Unternehmens oder eines Unternehmensbereichs ist hingegen nur mit Bewilligung des Insolvenzgerichts möglich (§ 114a Abs. 2 Satz 1 öIO). Während der Unternehmensfortführung darf das *Unternehmen nur als Ganzes veräußert* werden und dies auch nur unter der Voraussetzung, dass dies offenkundig dem gemeinsamen Interesse der Gläubiger entspricht (§ 114a Abs. 1 Satz 2 öIO).<sup>97</sup>

Auf die Prüfphase folgt spätestens 90 Tage nach Insolvenzeröffnung die *Berichtstagsatzung* (§ 91a öIO). In der Berichtstagsatzung legt der Insolvenzverwalter dar, ob die Voraussetzungen für die *Fortführung oder Schließung* des Unternehmens (oder einzelner Bereiche) vorliegen sowie (nur im Konkursverfahren) ob ein *Sanierungsplan im Gläubigerinteresse* liegt und erfüllbar ist (§ 114b Abs. 1 Satz 1 öIO).<sup>98</sup> Das Insolvenzgericht darf die Schließung des Unternehmens nur anordnen, wenn eine Erhöhung des Ausfalls für die Gläubiger anders nicht vermeidbar ist (§ 115 Abs. 1 Satz 1 öIO).<sup>99</sup> Anderenfalls hat es die Fortführung auszusprechen (§ 114b Abs. 2 Satz 1 öIO). Auch die Schließung von Unternehmensbereichen bedarf eines Gerichtsbeschlusses.<sup>100</sup>

### b) Auflösungsstatbestände

§ 25 öIO unterscheidet zwischen der *Unternehmer-* und der *Verbraucherinsolvenz* und knüpft daran *unterschiedliche Lösungsstatbestände*: In der Unternehmerinsolvenz hängt das begünstigte Lösungsrecht – wie bereits erwähnt – grds. von der Unternehmensfortführung bzw. -schließung ab (s. sogleich unten in V.5.b.aa.). In der Verbraucherinsolvenz gibt es diesen Anknüpfungspunkt naturgemäß nicht; hier entsteht das Lösungsrecht mit Verfahrenseröffnung (dazu im Detail V.5.b.bb.).

#### aa) Unternehmerinsolvenz

- Nach § 25 Abs. 1 Nr. 2 lit. a öIO kann der Insolvenzverwalter das Arbeitsverhältnis gem. § 25 Abs. 1 Nr. 2 lit. a öIO innerhalb *eines Monats nach öffentlicher Bekanntmachung des Beschlusses*, mit dem die *Schließung* des Unternehmens oder eines Unternehmensbereichs angeordnet, bewilligt oder festgestellt<sup>101</sup> wurde, begünstigt lösen. Das besondere Kündigungsrecht steht dem Insolvenzverwalter unabhängig davon zu, in welcher Phase des Verfahrens der Schließungsbeschluss gefasst wird. Es besteht also sowohl dann, wenn das Unternehmen bereits bei Insolvenzeröffnung geschlossen war und das Gericht dies wegen noch bestehender Arbeitsverhältnisse mit Beschluss feststellt (§ 114a öIO) als auch bei einer „Zwangsschließung“<sup>102</sup> gem. § 115 Abs. 4 öIO spätestens 3 Jahre nach Verfahrenseröffnung.<sup>103</sup> Bezieht

90 Ist der insolvente Schuldner eine natürliche Person, die kein Unternehmen betreibt (also Verbraucher), so heißt das über ihn abgeführte Insolvenzverfahren „Schuldenregulierungsverfahren“ (§§ 181 ff. öIO). In der Verbraucherinsolvenz sieht die öIO im Gegensatz zur Unternehmerinsolvenz einige vereinfachende und kostensparende Verfahrensmodifikationen vor.

91 Nunner, wbl 1997, 314.

92 Diese entspricht grds. dem Berichtstermin gem. § 156 InsO.

93 OGH v. 29.4.2004 – 8 ObS 5/04z, RIS-Justiz RS0118884.

94 ErläutRV 734 BlgNR 20. GP 45; Nunner-Krautgasser (Fn. 3), S. 49 f.

95 Nunner-Krautgasser (Fn. 3), S. 50.

96 Lovrek, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2006, Bd. IV, § 114a KO Rn. 17.

97 Nunner-Krautgasser (Fn. 3), S. 50.

98 Nunner-Krautgasser (Fn. 3), S. 50.

99 Ausführlich Lovrek (Fn. 96), § 115 KO Rn. 2 ff.

100 Lovrek (Fn. 96), § 115 KO Rn. 22 m.w.N.

101 Die Feststellung der Unternehmensschließung ist dann einschlägig, wenn das Unternehmen bei Insolvenzeröffnung bereits geschlossen war; auch hier ist im Hinblick auf das Schicksal der Arbeitsverhältnisse ein Gerichtsbeschluss zu fällen.

102 Gem. § 115 Abs. 4 öIO ist das Unternehmen spätestens ein Jahr nach der Insolvenzeröffnung zu schließen, wenn bis dahin kein Sanierungsplan angenommen wurde. Diese Frist kann höchstens zwei Mal um jeweils ein Jahr verlängert werden (die maximale Fortführungsdauer beträgt daher 3 Jahre). Bis zum IRÄG 1997 konnten Unternehmen ohne zeitliche Begrenzung fortgeführt werden, wenn kein Schließungsgrund nach § 115 Abs. 1 öIO vorlag. So wurden prinzipiell sanierungsfähige Unternehmen oft sehr lange fortgeführt, ohne dass es tatsächlich zu einer Sanierung kam, weil die für den Zwangsausgleich erforderliche Quote nicht erwirtschaftet werden konnte. Mit der Zwangsschließung nach § 115 Abs. 4 öIO wollte man solche „ewig dauernden“ Verfahren unterbinden. Lovrek (Fn. 96), § 115 KO Rn. 42; ErläutRV 734 BlgNR 21. GP 33.

103 Weber-Wilfert, in: Konecny (Fn. 10), S. 62.

sich die Schließung nur auf einen *Teilbereich* des Unternehmens, so gilt das begünstigte Lösungsrecht nur für Arbeitnehmer, die in dem betroffenen Unternehmensbereich beschäftigt sind (Abs. 1b Satz 1).<sup>104</sup>

- Außerdem kann die Kündigung gem. § 25 Abs. 1 Nr. 2 lit. b öIO *innerhalb eines Monats nach der Berichtstagsatzung* ausgesprochen werden, sofern dort nicht die *Unternehmensfortführung* beschlossen wurde. Wird das Unternehmen also in der Berichtstagsatzung *geschlossen*, so läuft die Monatsfrist nicht erst mit der Bekanntmachung des Schließungsbeschlusses, sondern bereits ab der Berichtstagsatzung selbst.<sup>105</sup>

Obwohl in der Berichtstagsatzung jedenfalls der *Beschluss über die Unternehmensfortführung* ergehen muss,<sup>106</sup> sorgt § 25 Abs. 1 Nr. 2 lit. b öIO auch für sein Unterbleiben vor. Das Beendigungsrecht knüpft hier nämlich nicht an eine gesonderte Beschlussfassung oder deren Kundmachung in der Ediktsdatei an, sondern bloß an das Unterbleiben des Fortführungsbeschlusses. Das Kündigungsrecht steht also sowohl bei beschlussmäßiger Schließung als auch bei überhaupt unterbliebener Beschlussfassung zu. Das fristenauslösende Ereignis ist die Berichtstagsatzung selbst. Wird die Berichtstagsatzung innerhalb der maximal zulässigen 90 Tage erstreckt (§ 91a öIO), so beginnt der Fristenlauf jedoch erst mit der erstreckten Tagsatzung.<sup>107</sup>

- Des Weiteren besteht das Kündigungsrecht im *vierten Monat nach Insolvenzeröffnung*, wenn bis dahin *keine Berichtstagsatzung* stattgefunden hat und die Unternehmensfortführung in der Insolvenzdatei nicht bekannt gemacht wurde (§ 25 Abs. 1 Nr. 3 öIO). Mit dieser Regelung sollen ausländische Insolvenzverfahren ohne Sekundärinsolvenzverfahren in Österreich erfasst werden, wenn dort keine Berichtstagsatzung vorgesehen ist.<sup>108</sup> Dies ist ein typischer Fall, in dem das fristenauslösende Ereignis für die begünstigte Auflösung nach § 25 Abs. 1 öIO fehlt. Die Regelung ist zwar nicht ausdrücklich auf ausländische Insolvenzverfahren beschränkt, jedoch bleibt für inländische Insolvenzverfahren wegen § 91a öIO, wonach die Berichtstagsatzung spätestens 90 Tage nach Verfahrenseröffnung stattzufinden hat, praktisch kein Anwendungsbereich (es sei denn, das Insolvenzgericht missachtet § 91a öIO).<sup>109</sup> § 242 öIO räumt zudem dem (ausländischen) Insolvenzverwalter die Möglichkeit ein, die *Fortführung des Unternehmens in der Insolvenzdatei* bekannt zu machen und dadurch die Austritts- bzw. Kündigungsmöglichkeit entfallen zu lassen.<sup>110</sup> Daran knüpfen sich dieselben Rechtsfolgen wie bei der entsprechenden Beschlussfassung in der Berichtstagsatzung eines inländischen Insolvenzverfahrens.
- Hat das Gericht in der Berichtstagsatzung die *Fortführung des Unternehmens beschlossen*, so steht dem Insolvenzverwalter dennoch eine Möglichkeit offen, in sog. „*einzuschränkenden Bereichen*“<sup>111</sup> begünstigt „*Rationalisierungskündigungen*“ durchzuführen: Arbeitnehmer in einzuschränkenden Bereichen können innerhalb eines Monats nach der Berichtstagsatzung begünstigt

gekündigt werden, wenn in dieser die Unternehmensfortführung beschlossen wurde. In diesem Fall hat nur der Insolvenzverwalter ein insolvenzspezifisches Kündigungsrecht; der Arbeitnehmer hat erst nach erfolgter Kündigung durch den Insolvenzverwalter ein nachschießendes Austrittsrecht gem. Abs. 1 (Abs. 1b Satz 2 und 3).<sup>112</sup>

- Im Rahmen des IRÄG 2010 wurde ein Lösungstatbestand des alten Ausgleichsverfahrens praktisch inhaltsgleich in die öIO übernommen.<sup>113</sup> Im *Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung* kann der Schuldner zusätzlich zu den bereits angeführten Lösungsmöglichkeiten gem. § 25 Abs. 1c öIO *innerhalb eines Monats nach öffentlicher Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses* Arbeitsverhältnisse mit Arbeitnehmern, die in *einzschränkenden Bereichen* beschäftigt sind, begünstigt lösen, wenn die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Sanierungsplans oder die Unternehmensfortführung gefährden könnte.<sup>114</sup> Es bedarf dazu gem. § 171 Abs. 1 öIO der Zustimmung des Sanierungsverwalters. Dem Arbeitnehmer steht nach der Kündigung wiederum ein nachschießendes Austrittsrecht gem. Abs. 1 zu. Diese Lösungsvariante ist vor allem dann empfehlenswert, wenn aufgrund der Struktur eines Unternehmens zu schließende Teilbereiche nicht sinnvoll gebildet werden können; dann bietet sich das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung zur raschen Umsetzung von notwendigen Rationalisierungskündigungen besonders an. Mit zu bedenken bei der Verfahrensauswahl ist freilich auch, § 3 Abs. 1 öAVRAG.<sup>115</sup> Nach § 3 Abs. 1 öAVRAG tritt bei einem *Betriebsübergang* der *neue Betriebsinhaber mit allen Rechten und Pflichten* in die zum Zeitpunkt des Übergangs *bestehenden Arbeitsverhältnisse* ein. Während eines Insolvenzverfahrens gilt dies gem. § 3 Abs. 2 öAVRAG allerdings nur im *Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung*, nicht aber im Konkursverfahren und im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung.

104 Graf-Schimek, taxlex 2010, 211, 212; vgl. dazu und zum Begriff des Unternehmensbereichs Griebler, ZAS 1998, 1, 1 f.

105 Reissner, in: Nunner-Krautgasser/Reissner (Fn. 3), S. 71; Nunner, wbl 1997, 316.

106 OGH v. 29.4.2004 – 8 Obs 5/04z, RIS-Justiz RS0118884.

107 Gahleitner, Aktuelles im Insolvenz-Arbeitsrecht, in: Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2005, 2006, S. 125, 128; Reissner, in: Nunner-Krautgasser/Reissner (Fn. 3), S. 71; Weber, ZIK 1997, 120, 123; OGH v. 29.4.2004 – 8 Obs 5/04z; v. 11.5.2006 – 8 ObA 36/06m SZ 2006/73, RIS-Justiz RS0118882.

108 Reissner, in: Nunner-Krautgasser/Reissner (Fn. 3), S. 71; Ristic (Fn. 65), S. 233.

109 Dazu und zum Folgenden Weber-Wilfert, in: Konecny (Fn. 10), S. 73; vgl. auch zur alten Rechtslage Rothner, ZIK 1998, 10, 14.

110 Reissner, in: Nunner-Krautgasser/Reissner (Fn. 3), S. 71.

111 Zum Begriff des einzuschränkenden Bereichs s. sogleich unten.

112 S. dazu V.6.a.

113 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 12.

114 Ristic (Fn. 65), S. 234; Weber-Wilfert, in: Konecny (Fn. 10), S. 65.

115 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, BGBl. 1993/459 i.d.F. BGBl. I 2013/107.



Nach wie vor ungelöst ist die genaue Bestimmung des Begriffs „*einzu-schränkender Bereich*“.<sup>116</sup> Insbesondere ist umstritten, ob es ausreicht, wenn ohne Reduktion der Betriebsmittel nur Personal abgebaut werden soll.<sup>117</sup> Eine solche weite Auslegung wäre freilich höchst sanierungsfreundlich. Gegen sie wird eingewendet, dass dieser Ansatz der generellen Freigabe des begünstigten Lösungsrechts nach § 25 öIO in fortgeführten Unternehmen gleichkäme. Außerdem kann die Vornahme begünstigter Lösungserklärungen nicht gleichzeitig die Voraussetzung für ihre Zulässigkeit sein.<sup>118</sup> Deshalb sind hier nach wohl überwiegender Ansicht objektive Kriterien heranzuziehen. Es ist auf *substanzielle Einschränkungen* abzustellen, insbesondere darauf, ob Restriktionen in materieller (Verminderung von Betriebsanlagen oder Betriebsmitteln) oder immaterieller Hinsicht (Marken, Vertriebsbereiche, Kundenkreise etc.) vorgenommen werden.<sup>119</sup> Daher darf die Kündigung nicht zum Zweck der Neueinstellung einer billigeren Arbeitskraft für dieselbe Aufgabe dienen.<sup>120</sup> Vielmehr muss der Bedarf an der Arbeitskraft des Arbeitnehmers selbst wegfallen.<sup>121</sup>

Umstritten ist, ob Rationalisierungsmaßnahmen zu einem *Abbau personeller Überkapazitäten* quer durch das ganze Unternehmen führen dürfen oder ob sie auch hier auf bestimmte organisatorisch abgrenzbare Bereiche beschränkt sein müssen. Im Interesse der Sanierungsfreundlichkeit wird hier oft die erstgenannte Auslegung bevorzugt.<sup>122</sup> Dagegen wird wohl zu Recht vorgebracht, es gäbe dann keinen Unterschied mehr zum uneingeschränkten Kündigungsrecht des Masseverwalters nach § 25 Abs. 1 Nr. 2 lit. b öIO; gerade dieses aber wollte der Gesetzgeber dem Masseverwalter durch das IRÄG 1997 bei einer Unternehmensweiterführung auf unbestimmte Zeit nicht zugestehen.<sup>123</sup> Daher muss eine eindeutige Zuordnung der Arbeitnehmer zu den einzu-schränkenden Bereichen möglich sein.

*Ganze Unternehmensbereiche* dürfen nicht auf der Grundlage des § 25 Abs. 1b Satz 2 und Abs. 1c öIO geschlossen werden; dies bedürfte eines gerichtlichen Teilschließungsbeschlusses.<sup>124</sup> Vielmehr soll mit § 25 Abs. 1b Satz 2 und Abs. 1c öIO unter den jeweiligen Voraussetzungen die Möglichkeit geschaffen werden, Überkapazitäten einfach abzubauen, u.U. auch nur einen Arbeitnehmer.<sup>125</sup>

## bb) Verbraucherinsolvenz

Gem. § 25 Abs. 1 Nr. 1 öIO besteht in der Verbraucherinsolvenz (Schuldenregulierungsverfahren) die Möglichkeit zur begünstigten Auflösung innerhalb *eines Monats nach Verfahrenseröffnung*. Zwar gilt diese Frist nach dem Gesetzeswortlaut nur für natürliche Personen, die kein Unternehmen betreiben; die h.M. will § 25 Abs. 1 Nr. 1 öIO allerdings auch auf juristische Personen, die kein Unternehmen betreiben, anwenden.<sup>126</sup>

## c) Lösungsvorgang

Als Modus für die begünstigte Lösung sieht § 25 öIO für den Insolvenzverwalter die *Kündigung* vor. Der Insolvenzverwal-

ter muss die Kündigung *ausdrücklich auf § 25 öIO stützen*. Beruft er sich nicht auf § 25 öIO, so wird die Kündigung – trotz Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen – nach allgemeinem Arbeitsrecht beurteilt, was zu einem die Masse stärker belastenden Lösungsvorgang führt.<sup>127</sup> Im Zweifel ist nach der insoweit verwalterfreundlichen Judikatur jedoch von einer Kündigung nach § 25 öIO auszugehen.<sup>128</sup> Umgekehrt hilft dem Insolvenzverwalter die Berufung auf § 25 öIO nichts, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen.<sup>129</sup> In beiden Fällen sind die Beendigungsansprüche Masseforderungen (§ 46 Nr. 3a lit. a öIO). Solange sich der Insolvenzverwalter allerdings ausdrücklich auf § 25 öIO stützt, ist nach der Rechtsprechung trotz der Annahme einer falschen Kündigungsfrist und der Nennung eines Kündigungstermins von einer begünstigten Kündigung auszugehen.<sup>130</sup>

Die begünstigte Kündigung durch den Insolvenzverwalter muss dem Arbeitnehmer – wie bereits erwähnt – *innerhalb der Monatsfrist zugehen*.<sup>131</sup> Fraglich ist, ob der Insolvenzverwalter die Kündigung bereits vor Fristbeginn erklären darf. *Holzer* will hier die Judikatur zu § 105 öArbVG anwenden und vertritt damit (unter Berufung auf 9 ObA 79/91), dass die Auflösungserklärung die Sphäre des Insolvenzverwalters erst nach Fristbeginn verlassen dürfe.<sup>132</sup> Anderenfalls liege keine Kündigung nach § 25 öIO vor. Dieser Umstand solle auch nicht durch den Zugang der Erklärung erst innerhalb der Monatsfrist sanierbar sein.<sup>133</sup> Dabei übersieht er allerdings, dass die einwöchige (ehemals fünftägige) Frist des § 105 öArbVG den speziellen Zweck verfolgt, dem Betriebsrat die Möglichkeit zur Beratung mit dem Betriebsinhaber über die Kündigungsabsicht zu geben.<sup>134</sup> Nach

116 Vgl. zu § 20c Abs. 3 öAO a.F. *Nunner*, ÖJZ 1997, 244.

117 Dafür etwa *Weber* (Fn. 36), S. 68 f.; dagegen *Holzer/Reissner/Schwarz* (Fn. 74), S. 437; vgl. zum Meinungsstand ferner *Gamerith* (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 18 m.w.N.

118 So etwa *Holzer/Reissner/Schwarz* (Fn. 74), S. 437.

119 *Holzer/Reissner/Schwarz* (Fn. 74), S. 437.

120 *Ristic* (Fn. 65), S. 233.

121 *Ristic* (Fn. 65), S. 233.

122 So etwa *Weber* (Fn. 36), S. 68 f.

123 *Holzer/Reissner/Schwarz* (Fn. 74), S. 437.

124 *Weber-Wilfert*, in: *Konecny* (Fn. 10), S. 64 f.

125 ErläutRV zum IRÄG 1997, 734 BlgNR 20. GP 37.

126 *Gamerith* (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 16; *Holzer*, DRdA 1998, 328 f.; *Reissner*, in: *Nunner-Krautgasser/Reissner* (Fn. 3), S. 70; *Nunner*, wbl 1997, 314.

127 *Engelhart*, in: *Konecny/Schubert*, Insolvenzzesetze, § 46 KO Rn. 261 (Stand Dezember 2004; *rdb.at*).

128 OGH v. 29.3.2001 – 8 ObS 291/00b, ZIK 2002/210; OGH v. 24.1.2002 – 8 ObA 70/01d, ZIK 2002/82.

129 OGH v. 13.6.2003 – 8 ObA 126/02s, ZIK 2003/183, 130; *Engelhart* (Fn. 127), § 46 KO Rn. 261.

130 OGH v. 29.3.2001 – 8 ObS 291/00b, ZIK 2001/210, 128; kritisch *Peschorn*, ZIK 2002/106, 74 (Anmerkung zu OGH – 8 ObS 291/00b und 8 ObA 70/01d).

131 Dazu bereits oben V.3.

132 *Holzer*, DRdA 1998, 328.

133 OGH v. 13.6.2003 – 8 ObA 126/02s, ZIK 2003/183, 130; *Engelhart* (Fn. 127), § 46 KO Rn. 260.

134 *Runggaldier*, ZAS 1982, 97.

dem Sinn dieser Bestimmung kommt es daher hinsichtlich des Wirksamwerdens der Kündigung darauf an, dass die Kündigung bis zum Fristablauf tatsächlich nur beabsichtigt ist.<sup>135</sup> Dies gilt jedoch nicht für § 25 öIO. Daher ist nach zutreffender Ansicht lediglich darauf abzustellen, dass die Kündigung innerhalb der Monatsfrist – also noch vor Fristablauf – dem Empfänger zugegangen ist.<sup>136</sup> Werden diese zeitlichen Vorgaben missachtet, so liegt keine Kündigung nach § 25 öIO vor. Der Masseverwalter/Schuldner bringt dann regelmäßig *Masseforderungen für die Beendigungsansprüche* zum Entstehen (§ 46 Abs. 1 Nr. 3a lit. a öIO).

Bestimmte Arbeitnehmergruppen (Betriebsratsmitglieder, werdende und junge Mütter und Väter, Menschen mit Behinderung) genießen einen besonderen gesetzlichen Kündigungsschutz. Bei solchen Arbeitnehmern ist die Einmonatsfrist auch dann gewahrt, wenn die Klage bzw. der Antrag auf Zustimmung zur Kündigung<sup>137</sup> durch den Insolvenzverwalter innerhalb der Monatsfrist eingebracht wird (§ 25 Abs. 1a öIO).<sup>138</sup> Der Insolvenzverwalter kann die Kündigung in diesen Fällen daher durchaus nach Ablauf der Monatsfrist aussprechen, wenn er die Klage oder den Antrag rechtzeitig eingebracht hat.

Gleiches gilt auch für sog. *Massenkündigungen*, die gem. § 45a AMFG dem Arbeitsmarktservice angezeigt werden müssen und erst nach Ablauf einer 30-tägigen Wartefrist ausgesprochen werden dürfen.<sup>139</sup> Auch hier wirkt die Anzeige der Massenkündigung fristwährend; das gilt jedenfalls für das Konkursverfahren und das Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung. Anderes gilt jedoch gem. § 25 Abs. 1c letzter Satz öIO für das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung, weil dieses nach dem Konzept des Gesetzgebers besonders gut vorbereitet sein soll; dem Schuldner ist hier die entsprechende Vorbereitung zumutbar.<sup>140</sup>

#### d) Begünstigungen

Der Insolvenzverwalter kann Arbeitnehmer gem. § 25 öIO begünstigt „unter *Einhaltung der gesetzlichen, kollektivvertraglichen oder der zulässigerweise vereinbarten kürzeren Kündigungsfrist*“ kündigen. Der Insolvenzverwalter muss also bloß die kürzeste dieser Fristen einhalten. Wurde eine längere Kündigungsfrist als die kollektivvertragliche vereinbart, so kann der Insolvenzverwalter trotzdem unter Einhaltung der kürzeren, kollektivvertraglichen Frist kündigen.<sup>141</sup> Die Vereinbarung einer kürzeren als der kollektivvertraglichen Kündigungsfrist ist meist aufgrund der zwingenden Bestimmungen im Kollektivvertrag unwirksam und daher kaum relevant.<sup>142</sup> Hinsichtlich der Kündigung von Angestellten *ex contractu* gelten nach h.A. die meist kürzeren Kündigungsfristen des jeweiligen Arbeiterkollektivvertrags.<sup>143</sup> Unbeachtlich für die Fristberechnung nach § 25 öIO ist die vertraglich vereinbarte Anrechnung von Vordienstzeiten, wodurch sich die gesetzliche Kündigungsfrist verlängert.<sup>144</sup> Wohl beachtlich sind aber gesetzlich durch Vordienstzeitenanrechnung verlängerte Fristen.<sup>145</sup>

An gesetzliche oder vertraglich vereinbarte *Kündigungstermine* ist der Insolvenzverwalter bei der Auflösung nach § 25 öIO nicht gebunden.<sup>146</sup>

Hat der Arbeitgeber die *Kündigung bereits vor der Insolvenzeröffnung* ausgesprochen, so kann der Insolvenzverwalter bei noch aufrehtem Arbeitsverhältnis, also innerhalb der Kündigungsfrist, nach h.A. weiterhin von seinem begünstigten Kündigungsrecht nach § 25 öIO Gebrauch machen und so bei Bedarf eine ggf. kürzere Kündigungsfrist ohne Rücksicht auf einen allfälligen Kündigungstermin nutzen.<sup>147</sup>

Die begünstigte Kündigung ist auch bei *befristeten Arbeitsverhältnissen*, bei denen eine Kündigung nach Arbeitsvertragsrecht grds. rechtswidrig wäre, unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist möglich.<sup>148</sup> Auch ist die Kündigung nach § 25 öIO *trotz vereinbarter Unkündbarkeit* zulässig.<sup>149</sup>

#### e) Bedachtnahme auf gesetzliche Kündigungsbeschränkungen

Bei der Kündigung hat der Insolvenzverwalter auf die *gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen* Bedacht zu nehmen (etwa öArbVG, öMSchG, öVKG, öBEinstG).<sup>150</sup> Das Kündigungsrecht des Insolvenzverwalters findet in diesen Beschränkungen seine Grenze.<sup>151</sup> Kollektivvertragliche Kündigungsbeschränkungen sind hingegen nicht maßgeblich.

Hinsichtlich der gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen sind zunächst die Modalitäten des *allgemeinen Kündigungs-*

135 OGH v. 15.7.1954 – 4 Ob 71/54, Arb 6042; OGH v. 13.10.1994 – 8 Oba 299/94.

136 Weber (Fn. 36), S. 72; Reissner, in: Nunner-Krautgasser/Reissner (Fn. 3), S. 75.

137 Betriebsratsmitglieder: Klage gem. § 121 Nr. 1 öArbVG; Mütter und Väter: Klage gem. § 10 Abs. 3 öMSchG (Mutterschutzgesetz, BGBl. 1979/221 i.d.F. BGBl. I 2013/71) bzw. § 7 Abs. 3 öVKG (Väter-Karenzgesetz, BGBl. 1989/651 i.d.F. BGBl. I 2012/120); begünstigte Behinderte: Antrag auf Erteilung der Zustimmung zur Kündigung durch den Behindertenausschuss beim Bundessozialamt gem. § 8 Abs. 2 öBEinstG (Behinderteneinstellungsgesetz, BGBl. 1970/22 i.d.F. BGBl. I 2013/107); s. auch unten V.5.e).

138 Dazu ausführlich Holzer/Reissner/Schwarz (Fn. 74), S. 443 ff. m.w.N.

139 Vgl. dazu im Detail Gamerith (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 21; Ristic (Fn. 65), S. 235.

140 Ristic (Fn. 65), S. 235; dazu Nunner, wbl 1997, 313, 316 Fn. 23.

141 Gamerith (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 20 m.w.N.

142 Gamerith (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO § 25 Rn. 20.

143 Holzer, DRdA 1998, 331.

144 Holzer, DRdA 1998, 331.

145 Dies gilt auch nach einem Betriebsübergang nach § 3 Abs. 1 öAVRAG (dazu schon unter V.5.b.aa.); Holzer, DRdA 1998, 331.

146 Gamerith (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 21 m.w.N.

147 Gamerith (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 21; Weber (Fn. 36), S. 72.

148 Gamerith (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 20; Holzer, DRdA 1984, 314; ders., DRdA 1998, 331.

149 Weber (Fn. 36), S. 72 m.w.N.; Holzer, DRdA 1998, 331.

150 Vgl. Fn. 137.

151 Gamerith (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 22 m.w.N.

schutzes einzuhalten.<sup>152</sup> Es ist daher das betriebsverfassungrechtliche Vorverfahren (§ 105 öArbVG) zu berücksichtigen.

Beachtlich sind auch die Modalitäten des *besonderen Kündigungsschutzes*: Das betrifft im Wesentlichen Belegschaftsvertreter, Mütter (§ 10 öMSchG) bzw. Väter, die Karenz oder Teilzeitbeschäftigung konsumieren (§ 7 öVKG), außerdem Präsenz- bzw. Zivildienstler und Arbeitnehmer mit Behinderung, die an sich nur mit Zustimmung des Arbeits- und Sozialgerichts bzw. des Behindertenausschusses beim Bundessozialamt gekündigt werden können (§ 8 öBEinstG).<sup>153</sup>

Das betriebsverfassungsrechtliche Kündigungsvorverfahren (§ 105 Abs. 1 öArbVG) muss seitens des Insolvenzverwalters rechtzeitig innerhalb der Monatsfrist abgeschlossen werden, um eine begünstigte Kündigung zu ermöglichen, doch ist seine Einleitung vor Beginn des Fristenlaufs zulässig.

## f) Rechtsfolgen

Die Kündigung durch den Insolvenzverwalter zieht zunächst die *Rechtsfolgen einer gewöhnlichen Arbeitgeberkündigung* nach sich.<sup>154</sup> Dem Arbeitnehmer gebühren daher unter den jeweiligen Voraussetzungen Beendigungsschadensersatz, Abfertigung (§ 23 öAngG, §§ 14 ff. öBMSVG),<sup>155</sup> Urlaubsersatzleistung (§ 10 öUrlG)<sup>156</sup> und aliquote Remunerationen. Des Weiteren hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Freizeit während der Kündigungsfrist (§ 22 öAngG) und auf ein Dienstzeugnis (§ 39 öAngG).

Nach § 25 Abs. 2 öIO (klarstellend auch § 51 Abs. 2 Nr. 2 lit. a öIO) kann der Arbeitnehmer nach begünstigter Kündigung durch den Insolvenzverwalter den *Ersatz des verursachten Schadens als Insolvenzforderung* verlangen. Damit ist nach nunmehr h.A. die *Kündigungsschädigung* gemeint, wie sie auch Arbeitnehmern gebührt, die ungerechtfertigt entlassen werden oder aus dem Verschulden des Arbeitgebers vorzeitig austreten (§ 1162b öABGB, § 29 öAngG).<sup>157</sup> Schadensersatz gebührt für den Zeitraum, der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch reguläre Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten längeren Kündigungsfrist und des Kündigungstermins verstrichen wäre.<sup>158</sup>

Wegen des Charakters des Schadensersatzanspruchs als Kündigungsschädigung findet die in § 29 öAngG/§ 1162b öABGB normierte *Anrechnungsfreiheit* für die ersten 3 Monate Anwendung.<sup>159</sup> Nach § 29 Abs. 1 öAngG/§ 1162b öABGB muss sich der Arbeitgeber nach einer ungerechtfertigten Entlassung oder einem Austritt wegen Verschuldens des Arbeitgebers grds. auf die Kündigungsschädigung alles anrechnen lassen, was er sich infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Tätigkeit erworben oder absichtlich zu erwerben versäumt hat.<sup>160</sup> Die Anrechnungspflicht gilt aber nicht innerhalb der

ersten 3 Monate der Kündigungsfrist, sondern erst für den darüber hinausgehenden Zeitraum.

## 6. Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer

### a) Auflösungsstatbestände

Bereits seit dem IRÄG 1997 ist das besondere *Austrittsrecht des Arbeitnehmers* primär an die Unternehmens(bereichs-)schließung geknüpft; das gilt nach wie vor. Arbeitnehmer haben bei *Unternehmensschließung* innerhalb derselben Fristen wie der Insolvenzverwalter die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis nach § 25 öIO durch vorzeitigen Austritt zu beenden.

Bei *Unternehmensfortführung* hat hingegen zunächst nur der Insolvenzverwalter ein begünstigtes Kündigungsrecht, und zwar ausschließlich hinsichtlich Arbeitnehmern in *einzu-schränkenden Bereichen*.<sup>161</sup> In diesem Fall steht dem Arbeitnehmer erst nach Ausspruch der Kündigung das begünstigte Austrittsrecht zu („*nachschießendes Austrittsrecht*“ gem. § 25 Abs. 1b Satz 3 öIO). Entsprechendes gilt auch im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung, wenn der Schuldner den Arbeitnehmer unter den Voraussetzungen des § 25 Abs. 1c öIO kündigt.

Dem Gesetz nicht eindeutig zu entnehmen ist die *Frist für den nachschießenden Austritt*. Sowohl Beginn als auch Dauer sind unklar. Angesichts des Wortlauts von § 25 Abs. 1 öIO könnte man eine einmonatige Frist beginnend mit dem Eintritt des jeweiligen Lösungsstatbestands annehmen. Dies würde der Konzeption des § 25 öIO entsprechen.<sup>162</sup> Richtigerweise ist aber einer anderen Auslegung der Vorzug zu geben: Zweck des nachschießenden Lösungsrechts ist es, Massenforderungen für laufendes Entgelt nach der Kündigung zu vermeiden und damit die Sanierung zu erleichtern.<sup>163</sup> Die-

<sup>152</sup> Dazu und zum Folgenden *Gamerith* (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 22 ff. m.w.N.; *Holzer/Reissner/Schwarz* (Fn. 74), S. 441 ff. m.w.N.

<sup>153</sup> Vgl. dazu ausführlich *Gamerith* (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 22 ff. m.w.N. sowie *Weber* (Fn. 36), S. 76 ff. m.w.N.; zur Wahrung der Monatsfrist s. V.5.c.

<sup>154</sup> *Gamerith* (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 31.

<sup>155</sup> Betriebliches Mitarbeiter- und Selbstständigenvorsorgegesetz, BGBl. I 2002/100 i.d.F. BGBl. I 2013/67.

<sup>156</sup> Urlaubsgesetz, BGBl. 1976/390 i.d.F. BGBl. I 2013/3.

<sup>157</sup> OGH v. 6.10.2005 – 8 Obs 16/04t; *Reissner*, in: Nunner-Krautgasser/Reissner (Fn. 3), S. 82; *Holzer/Reissner/Schwarz* (Fn. 74), S. 458.

<sup>158</sup> *Gamerith* (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 36.

<sup>159</sup> *Reissner*, in: Nunner-Krautgasser/Reissner (Fn. 3), S. 82; *Ristic* (Fn. 65), S. 234; a.A. *Gamerith* (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 32; *Weber* (Fn. 36), S. 99 ff.

<sup>160</sup> OGH v. 29.8.1996 – 8 Obs 2080/96g, ARD 4797/30/96 = ARD 4882/38/97 = DRdA 1997, 50 = eclex 1997, 112 = ÖJZ EvBl 1997/13 = RdW 1997, 556 = SZ 69/196 = WBl 1996, 494 = ZIK 1997, 21; *Weber* (Fn. 36), S. 108 ff.

<sup>161</sup> S. dazu V.5.b.aa.

<sup>162</sup> *Weber-Wilfert*, in: Konecny (Fn. 10), S. 66 f.

<sup>163</sup> *Weber-Wilfert*, in: Konecny (Fn. 10), S. 66 f.

sen Zweck erfüllt der Austritt des Arbeitnehmers während der gesamten Kündigungsfrist, sodass ein nachschießender Austritt so lange zulässig ist, als das Arbeitsverhältnis noch aufrecht besteht.<sup>164</sup>

Der *Austritt* gilt als *unbegründet*, wenn der Arbeitnehmer nicht fristgerecht austritt, insbesondere weil die Austrittserklärung erst nach Fristablauf beim Insolvenzverwalter einlangt (und sofern nicht ein anderer Austrittsgrund des allgemeinen Arbeitsvertragsrechts vorliegt).<sup>165</sup> Soll der Arbeitnehmer bei Unternehmensfortführung rationalisierungsgekündigt werden, erklärt aber der Arbeitnehmer bereits zwischen Absenden und Zugang des Kündigungsschreibens den Austritt (bspw. weil er von dritter Seite von der bevorstehenden Kündigung erfahren hat), so liegt (streng genommen) auch hier ein unberechtigter Austritt vor, weil die Kündigung erst mit Zugang wirksam wird.

Offen war bis vor Kurzem, ob Arbeitnehmer nach einer Unternehmensschließung ihren *Austritt* so *rechtzeitig erklären* müssen, dass sie ihre Forderungen noch fristgerecht innerhalb der gerichtlich zu bestimmenden *Anmeldungsfrist* (§ 74 Abs. 2 Nr. 5 öIO) geltend machen können. Grds. ist nämlich bei verspäteter Forderungsanmeldung der betreffende Gläubiger gem. § 107 Abs. 2 öIO zum Kostenersatz für die neuerliche Ladung verpflichtet. Das OLG Wien hat diese Frage für den Fall eines fristgerechten Austritts des Arbeitnehmers zu Recht verneint; bei einer nachträglichen Forderungsanmeldung entsteht hier also keine Kostenersatzpflicht.<sup>166</sup>

## b) Lösungsvorgang

§ 25 öIO fügt den sonstigen arbeitsvertragsrechtlichen Austrittsgründen jenen der Insolvenzeröffnung hinzu; diese gilt also als wichtiger Grund.<sup>167</sup> Der Arbeitnehmer kann das Arbeitsverhältnis daher durch *vorzeitigen Austritt*, also „fristlos“ und mit sofortiger Wirkung, auflösen.<sup>168</sup>

Der Nachweis eines *Verschuldens* des Insolvenzverwalters am Austritt ist für diesen keine Voraussetzung;<sup>169</sup> ein Verschulden des Schuldners an der Herbeiführung der materiellen Insolvenz wird gesetzlich vermutet.<sup>170</sup>

Hat der Arbeitnehmer nur ein *nachschießendes Austrittsrecht* (§ 25 Abs. 1b Satz 2 und 3 sowie Abs. 1c öIO), so reicht die Insolvenzeröffnung allein nicht als wichtiger Grund für den Austritt des Arbeitnehmers. Als zweites Tatbestandselement kommt die Kündigung durch den Insolvenzverwalter hinzu.

## c) Rechtsfolgen

Beim vorzeitigen Austritt des Arbeitnehmers entstehen die gleichen *Beendigungsansprüche* wie bei der begünstigten Kündigung durch den Insolvenzverwalter. Diese sind gem. § 51 Abs. 2 Nr. 2 lit. a öIO wiederum Insolvenzforderungen.

Auch beim vorzeitigen Austritt steht dem Arbeitnehmer der Ersatz des verursachten Schadens (*Kündigungsschädigung*) in gleicher Weise wie bei der begünstigten Kündigung durch den Insolvenzverwalter als Insolvenzforderung zu (§ 25 Abs. 2 öIO). Das Ausmaß bestimmt sich nach der abstrakt bestehenden Endigungsmöglichkeit des Arbeitgebers hinsichtlich des konkreten Arbeitnehmers im Zeitpunkt des Austritts.<sup>171</sup>

Besonderheiten ergeben sich bei der Bemessung des Schadensersatzes beim *Austritt kündigungsgeschützter Personen*. Fraglich ist, ob der Schadensersatz unter Berücksichtigung des gesamten kündigungsgeschützten Zeitraums zu bestimmen ist („lange Kündigungsschädigung“), oder nicht („kurze Kündigungsschädigung“). Nach der aktuellen Rechtsprechung wird die lange Kündigungsschädigung nur gewährt, wenn das geschützte Rechtsgut trotz der Lösung des Arbeitsverhältnisses weiter besteht, also etwa bei nach dem Mutterschutzgesetz und dem Väterkarenzgesetz geschützten Personen und bei Präsenz-, Zivil- sowie -dienern (nicht aber bei Betriebsratsmitgliedern).<sup>172</sup> Dies gilt auch beim Austritt nach § 25 öIO.<sup>173</sup> Der Zeitraum für die Kündigungsschädigung ist grds. nur nach den im Zeitpunkt der Auflösungserklärung vorliegenden Umständen zu bestimmen, z.B. dem Vorliegen einer Schwangerschaft zum Zeitpunkt der Austrittserklärung.<sup>174</sup> Beim Austritt eines Lehrlings etwa bemisst sich daher die Kündigungsschädigung grds. nach der restlichen Dauer des Lehrverhältnisses einschließlich der Behaltezeit.<sup>175</sup> Entscheidend ist, wann der Arbeitgeber eine fiktive Weiterverwendung unter Ausnutzung der ihm offenstehenden, gesetzlich oder kollektivvertraglich zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten frühestens zu Ende bringen hätte können.

## d) Austritt wegen Entgeltvorenthalts

### aa) Austrittssperre bei Vorenthalt von Entgelt aus der Zeit vor Insolvenzeröffnung

Die Regelung des § 25 Abs. 3 öIO i.d.F. IRÄG 2010 sieht vor, dass Arbeitnehmer während des Insolvenzverfahrens nicht mit der Begründung austreten können, der Schuldner habe

164 *Weber-Wilfert*, in: *Konecny* (Fn. 10), S. 66 f.

165 *Holzer*, DRdA 1998, 394.

166 OLG Wien v. 8.11.2011 – 28 R 209/11b.

167 *Reissner*, in: *Nunner-Krautgasser/Reissner* (Fn. 3), S. 82.

168 *Gamerith* (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 33.

169 *Gamerith* (Fn. 18), Bd. I, § 25 KO Rn. 33.

170 *Kuderna*, DRdA 1994, 14 f.

171 OGH v. 6.10.2005 – 8 ObS 16/04t; OGH v. 21.5.2007 – 8 ObS 15/07z.

172 OGH v. 18.8.1995 – 8 ObA 233/95, Arb 11.428 = ARD 4699/34/95 = ARD 4701/28/95 = infas 1996, A 16 = DRdA 1996, 62 = RdW 1996, 273 = SWK 1996, B 65 = ZASB 1996, 1 m.w.N.; vgl. dazu im Detail *Haider* (Fn. 53), § 29 Rn. 75 ff.

173 *Haider* (Fn. 53), § 33 Rn. 33 ff.

174 OGH v. 26.7.2012 – 8 ObS 4/12i; weiterführend dazu *Haider* (Fn. 53), § 29 Rn. 78.

175 OGH v. 23.3.2012 – 8 ObS 4/10m.

*Arbeitsentgelt vor Insolvenzeröffnung* nicht bezahlt. Eine solche Austrittserklärung ist nach dem Gesetzeswortlaut unwirksam. Dies betrifft ausdrücklich nur Entgeltrückstände, die im Zeitraum vor der Insolvenzeröffnung entstanden sind.<sup>176</sup>

§ 25 Abs. 3 öIO schreibt die schon zur öKO und öAO ergangene, Mitte der 1990er Jahre begründete Rechtsprechung fest, wonach Arbeitnehmer nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens unter Berufung auf den Vorenthalt von Entgelt aus der Zeit vor Insolvenzeröffnung nach § 25 öIO nicht vorzeitig austreten können.<sup>177</sup> Die Rechtsprechung wurde von der Lehre heftig kritisiert, weil sie zwar praktisch verständlich, aber dogmatisch völlig unhaltbar sei.<sup>178</sup> In den Gesetzesmaterialien wird die Neuregelung damit begründet, dass den Arbeitnehmern die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses zumutbar sei, weil das Arbeitsentgelt für den Zeitraum nach Insolvenzeröffnung eine Masseforderung darstelle und außerdem durch Ansprüche auf Insolvenzentgelt nach dem österreichischen Insolvenzentgeltsicherungsgesetz gesichert sei.<sup>179</sup>

In § 25 Abs. 3 öIO hat der Gesetzgeber des Weiteren klar gestellt, welche *Rechtsfolgen* ein solcher unberechtigter Austritt nach sich zieht. Die Rechtsprechung ging zuvor i.d.R. von einem unberechtigten,<sup>180</sup> fallweise von einem unwirksamen Austritt aus.<sup>181</sup> Dass der Austritt des Arbeitnehmers lediglich unberechtigt war, führte zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Verlust sämtlicher Beendigungsansprüche.<sup>182</sup> Die gesetzliche Klarstellung, dass der Austritt wegen Entgeltvorenthalts aus der Zeit vor Insolvenzeröffnung unwirksam ist, ist daher zu begrüßen. Nach nunmehr geltender Rechtslage bleibt das Dienstverhältnis aufrecht.<sup>183</sup>

Fraglich ist, welche Folgen es nach sich zieht, wenn der Arbeitnehmer im *Unwissen* über die *Unwirksamkeit des Austritts* von der Arbeit fernbleibt.<sup>184</sup> Setzt er damit einen Entlassungsgrund? Gem. § 27 Nr. 4 Fall 1 öAngG ist der Arbeitgeber zur Entlassung des Angestellten berechtigt, wenn sich dieser ohne einen rechtmäßigen Hinderungsgrund während einer den Umständen nach erheblichen Zeit die Dienstleistung unterlässt. Die Dienstversäumnis muss demnach pflichtwidrig, erheblich und schuldhaft sein und darüber hinaus eines rechtmäßigen Grundes entbehren. Einer vorherigen Ermahnung durch den Arbeitgeber bedarf es nicht.<sup>185</sup>

Angesichts der *ausdrücklichen Anordnung der Unwirksamkeit* des Austritts in § 25 Abs. 3 öIO kann grds. nicht mehr von einem entschuldbaren Rechtsirrtum ausgegangen werden.<sup>186</sup> Die Entlassung ist in diesem Fall berechtigt. Anders wäre der Fall zu beurteilen, dass der Arbeitnehmer nichts von der Insolvenzeröffnung wusste und auch nicht wissen musste und seinen Austritt wegen Entgeltvorenthalts erklärt: Hier liegt nach zutreffender Ansicht des OGH kein Entlassungsgrund vor.<sup>187</sup>

### bb) Austritt wegen Entgeltvorenthalts (knapp) vor Insolvenzeröffnung

Weiterhin unregelt ist, ob Arbeitnehmer wegen Entgeltvorenthaltens noch (*knapp*) vor *Verfahrenseröffnung* wirk-

sam *austreten* können.<sup>188</sup> Dazu enthält das IRÄG 2010 keine Regelung. Der Vorschlag im Ministerialentwurf,<sup>189</sup> wonach eine innerhalb von 14 Tagen vor Insolvenzeröffnung zugegangene Austrittserklärung unwirksam sei, wurde nicht in den Gesetzestext aufgenommen. Damit hat der Gesetzgeber wohl klargestellt, dass der Austritt vor Insolvenzeröffnung nach allgemeinen Grundsätzen möglich bleibt.<sup>190</sup>

Für die dabei zu beurteilende Frage der (*Un*-)Zumutbarkeit des *Verbleibs im Schuldnerunternehmen* als Voraussetzung für den vorzeitigen Austritt bleibt die bisherige Rechtsprechung relevant. So hat der OGH ausgesprochen, dass die Ankündigung des Arbeitgebers, keine Zahlungen mehr zu leisten und Insolvenzantrag zu stellen, allein noch nicht zum Austritt berechtigt, insbesondere wenn die Ansprüche nach dem öIESG gesichert sind und sich der Arbeitgeber gesetzeskonform verhält.<sup>191</sup>

### cc) Austritt wegen Entgeltvorenthalts nach Insolvenzeröffnung

*Entgeltforderungen für die Zeit nach Insolvenzeröffnung* sind gem. § 46 Nr. 3 öIO Masseforderungen. Masseforderungen sind nach § 124 öIO bei Fälligkeit zu bezahlen.

176 Weber-Wilfert, in: Konecny (Fn. 10), S. 67.

177 OGH v. 25.4.1996 – 8 ObS 4/96, ARD 4792/30/96 = ASoK 1996, 7 = DRdA 1996, 521 = eclex 1997, 515 (Grießer) = SZ 69/106 = WBI 1996, 325 = ZIK 1996, 131 (Konecny 146); OGH v. 29.8.1996 – 8 ObS 2030/96d, ARD 4862/44/97 = EvBI 1997/22 = ZIK 1997, 62; OGH v. 8.5.2002 – 9 ObA 53/02p, Arb 12.214 = ARD 5342/9/2002 = ASoK 2003, 103 = DRdA 2002, 408 = RdW 2003/639, 722 = ZAS 2003/15, 84 = ZIK 2002/246, 173 = ZIK 2003/108, 90 (Weber); zur öAO OGH v. 3.11.1999 – 9 ObA 189/99f WBI 2000, 132 = eclex 2000, 377 (Mazal) = RdW 2000, 748 = DRdA 2000, 47/404 (Gahleitner).

178 Ausführlich dazu Nunner-Krautgasser (Fn. 50), S. 252 ff.; sowie dies., ÖJZ 1997, 249 ff.; außerdem Grießer, eclex 1997, 515; Konecny, ZIK 1996, 146, 146 f.; Weber, ZIK 1997, 126; zustimmend hingegen Holzer, ASoK 1996, 7, 7 f.; Rothner, ZIK 1998, 12 f.

179 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 12.

180 Beginnend mit OGH v. 25.4.1996 – 8 ObS 4/96, ARD 4792/30/96 = ASoK 1996, 7 = DRdA 1996, 521 = eclex 1997, 515 (Grießer) = SZ 69/106 = WBI 1996, 325 = ZIK 1996, 131 (Konecny 146).

181 OGH v. 8.5.2002 – 9 ObA 53/02p; dazu Weber, ZIK 2003, 90.

182 Weber-Wilfert, ZIK 2009, 182, 182 f.

183 Ristic (Fn. 65), S. 237; Weber-Wilfert, in: Konecny (Fn. 10), S. 68; dies., RdW 2010, 350, 350 ff.

184 Weber-Wilfert, in: Konecny (Fn. 10), S. 69 f.

185 Friedrich, in: Marhold/Burgstaller/Preyer (Fn. 19), § 27 Rn. 295; OGH v. 25.9.1984 – 4 Ob 102/84, Arb 10.379 = DRdA 1986/8, 132 (G. Klein); OGH v. 23.3.1976 – 4 Ob 15/76, Arb 9463.

186 Weber-Wilfert, in: Konecny (Fn. 10), S. 69; dies., RdW 2010, 351.

187 OGH v. 5.9.2001 – 9 ObA 132/01d, Arb 12.129 = ARD 5303/3/2002 = ASoK 2002, 276 = eclex 2002/49, 113 = RdW 2002/668, 744 = wbl 2002/156, 225 = ZAS 2002/19, 154 = ZIK 2002/148, 103.

188 Weber-Wilfert, in: Konecny (Fn. 10), S. 71 f.

189 ME Insolvenzsicherungsänderungsgesetz 2009, 83/ME 24. GP 3.

190 Weber-Wilfert, in: Konecny (Fn. 10), S. 72.

191 OGH v. 17.3.1981 – 4 Ob 139/80, DRdA 1981, 387 = SZ 54/32 = ZAS 1982, 175; OGH v. 26.8.2009 – 9 ObA 87/08x, Arb 12.843 = ARD 6029/1/2010 = ASoK 2010, 160 = DRdA 2010, 151 = eclex 2010/61, 182 = ÖJZ EvBI 2010/22, 171 = SZ 2009/108 = wbl 2010/12, 37 = ZIK 2009/317, 203 = ZIK 2009/280, 182 (Weber-Wilfert).

Gerät der Insolvenzverwalter in Zahlungsverzug, so hat der Arbeitnehmer gem. § 26 Nr. 2 öAngG bzw. § 1162 öABGB ein vorzeitiges Austrittsrecht. § 25 Abs. 3 öIO gilt hier seinem Wortlaut zufolge nicht.

Können im Fall von *Masseunzulänglichkeit* (§ 47 Abs. 2 und § 124a öIO) Arbeitnehmerforderungen für die Zeit nach Insolvenzeröffnung nicht mehr voll befriedigt werden, so war nach der Rechtsprechung zur öKO dem Arbeitnehmer der Austritt wegen Entgeltvorenthalts verwehrt.<sup>192</sup> Der OGH judizierte, dass von einem Vorenthalten i.S.d. § 26 Nr. 2 öAngG bei Masseinsuffizienz nicht gesprochen werden könne, wenn die Arbeitnehmerforderungen nach dem öIESG gesichert sind.<sup>193</sup> Seit dem IRÄG 2010 erwähnt § 46 Nr. 3a lit. a öIO nunmehr ausdrücklich auch die Nichtbezahlung von Arbeitnehmerforderungen nach Eintritt der Masseunzulänglichkeit. Dadurch wurde normiert, dass dem Arbeitnehmer auch bei Masseunzulänglichkeit ein Austrittsrecht zukommt, wenn Entgeltrückstände bestehen.<sup>194</sup>

## VI. Qualifikation der Arbeitnehmer-Ansprüche<sup>195</sup>

### 1. Laufendes Entgelt

Für *Ansprüche auf laufendes Entgelt* gilt folgender Grundsatz: Entgeltansprüche für die Zeit vor der Insolvenzeröffnung sind Insolvenzforderungen (§ 51 Abs. 1 öIO), jene für die Zeit nach Insolvenzeröffnung sind Masseforderungen (§ 46 Nr. 3 öIO).<sup>196</sup> Für die Einordnung ist der Zeitpunkt des Entstehens der Entgeltforderung – und damit jener der Erbringung der Dienstleistung – maßgebend.<sup>197</sup>

Diese Aufteilung gilt unabhängig davon, ob das Arbeitsverhältnis vor oder nach Insolvenzeröffnung und ob es begünstigt nach § 25 öIO oder nach allgemeinem Arbeitsrecht aufgelöst wurde.<sup>198</sup>

### 2. Beendigungsansprüche

Vom laufenden Entgelt sind *Beendigungsansprüche* zu unterscheiden: Dies sind jene Ansprüche, für deren Entstehen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses die entscheidende Bedingung ist.<sup>199</sup> Dazu zählen die Abfertigung (nach dem alten Modell), die Urlaubersatzleistung sowie Schadensersatz wegen vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Kündigungsschädigung).<sup>200, 201</sup>

Für die Qualifikation von Beendigungsansprüchen ist zwischen solchen Arbeitsverhältnissen, die vor Insolvenzeröffnung, und solchen, die nach Insolvenzeröffnung begründet worden sind, zu unterscheiden („alte“ bzw. „neue“ Beschäftigungsverhältnisse).<sup>202</sup>

#### a) Alte Beschäftigungsverhältnisse

- Grds. bilden die *Beendigungsansprüche* des Arbeitnehmers *Insolvenzforderungen*, wenn das Arbeitsverhältnis nach § 25 öIO aufgelöst wurde (§ 51 Abs. 2 Nr. 2 lit. a öIO).<sup>203</sup> Gleiches gilt für Beendigungsansprüche

aufgrund der *Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor Insolvenzeröffnung* (§ 51 Abs. 2 Nr. 2 lit. b öIO).<sup>204</sup> In beiden Fällen ist es irrelevant, ob die Auflösung vom Arbeitnehmer oder vom Arbeitgeber bzw. vom Insolvenzverwalter ausgegangen ist.<sup>205</sup>

- Wird das Arbeitsverhältnis während des Insolvenzverfahrens *nach allgemeinem Arbeitsrecht* aufgelöst, so ist danach zu unterscheiden, ob die *Auflösung durch den Insolvenzverwalter oder den Arbeitnehmer erfolgt ist*.<sup>206</sup> Im zweiten Fall ist wiederum zu unterscheiden, ob der *Insolvenzverwalter dem Arbeitnehmer Anlass zur Auflösung* gegeben hat.
  - Wird das Arbeitsverhältnis *vom Arbeitnehmer* (durch Kündigung oder Austritt) *nicht nach § 25 öIO*, aufgelöst, so sind Beendigungsansprüche dann *Insolvenzforderungen*, wenn die Auflösung nicht auf eine „Rechtshandlung oder ein sonstiges Verhalten“ des Insolvenzverwalters zurückzuführen ist (§ 51 Abs. 2 Nr. 2 lit. c öIO). Mit „Rechtshandlung oder ein sonstiges Verhalten“ sind Verhaltensweisen des Insolvenzverwalters gemeint, die den Arbeitnehmer zum Austritt berechtigen (z.B. Verzug mit der Zahlung des Arbeitsentgelts). Beruht die Kündigung oder der Austritt auf einer Rechtshandlung oder einem sonstigen Verhalten des Insolvenzverwalters, so sind die Beendigungsansprüche des Arbeitnehmers *Masseforderungen* (§ 46 Abs. 1 Nr. 3a lit. a öIO).<sup>207</sup> Dies gilt nach dem Gesetzeswortlaut nur dann nicht, wenn die Kündigung oder der Austritt bloß auf dem Vor-

192 OGH v. 18.5.1998 – 8 ObS 3/98v, ARD 4982/45/98 = ASoK 1998, 388 = ASoK 1999, 253 (*Sundl*) = wbl 1998/273 = ZIK 1998, 126.

193 *Weber-Wilfert*, in: Konecny (Fn. 10), S. 72 f.

194 *Ristic* (Fn. 65), S. 237 f.; *Weber-Wilfert*, ZIK 2009, 182; *dies.* (Fn. 21), S. 72.

195 Die rechtliche Einordnung der Arbeitnehmer-Ansprüche in der Insolvenz kann im Rahmen dieses Beitrags nur angerissen werden. Ausgleichend sei daher mit entsprechenden Literaturhinweisen gedient: *Engelhart* (Fn. 127), § 46 KO Rn. 243 ff.; *Haider* (Fn. 53), § 33 Rn. 50 ff.; *Holzer/Reissner/Schwarz* (Fn. 74), S. 467 ff.; *Nunner*, ÖJZ 1997, 245 ff.; *dies.*, wbl 1997, 318 ff.; *Reissner*, in: *Nunner-Krautgasser/Reissner* (Fn. 3), S. 91 ff.

196 *Engelhart* (Fn. 127), § 46 KO Rn. 252 ff.; *Nunner*, wbl 1997, 318; *Reissner*, in: *Nunner-Krautgasser/Reissner* (Fn. 3), S. 92; statt vieler OGH v. 16.11.2005 – 8 ObA 24/05w, DRdA 2006, 151 = ecolex 2006/94 = RdW 2006/358 = wbl 2006, 234 = ZIK 2006, 61; v. 28.2.2008 – 8 ObA 11/08p, ASoK 2008, 429 (*Sundl*) = DRdA 2008, 444.

197 *Haider* (Fn. 53), § 29 Rn. 52; *Reissner*, in: *Nunner-Krautgasser/Reissner* (Fn. 3), S. 92.

198 *Nunner*, wbl 1997, 318.

199 *Holzer/Reissner/Schwarz* (Fn. 74), S. 476.

200 Dies ist der Betrag der vertragsmäßigen Ansprüche des Arbeitnehmers für jenen Zeitraum, der bis zum Ablauf der Vertragslaufzeit oder nach der Kündigung durch den Arbeitgeber unter Einhaltung der ordnungsgemäßen Kündigungsfrist hätte verstreichen müssen; *Holzer/Reissner/Schwarz* (Fn. 74), S. 476; *Nunner*, ÖJZ 1997, 246; *dies.*, wbl 1997, 319 m.w.N.

201 *Reissner*, in: *Nunner-Krautgasser/Reissner* (Fn. 3), S. 95.

202 *Reissner*, in: *Nunner-Krautgasser/Reissner* (Fn. 3), S. 95 f.

203 *Weber-Wilfert* (Fn. 21), S. 74.

204 *Nunner*, ÖJZ 1997, 248 m.w.N.

205 *Nunner*, wbl 1997, 319.

206 *Nunner*, wbl 1997, 319.

207 *Nunner*, wbl 1997, 320 f.

enthalt von Entgelt aus der Zeit vor Insolvenzeröffnung beruht (§ 51 Abs. 2 Nr. 2 lit. a öIO); in diesem Fall liegt eine Insolvenzforderung vor.

- Löst der *Insolvenzverwalter* das Arbeitsverhältnis nicht nach § 25 öIO auf, so sind die Beendigungsansprüche des Arbeitnehmers gem. § 46 Abs. 1 Nr. 3a lit. a öIO jedenfalls *Masseforderungen*.

## b) Neue Beschäftigungsverhältnisse

Wurde das *Arbeitsverhältnis* nach Insolvenzeröffnung vom *Insolvenzverwalter neu eingegangen* und in der Folge aufgelöst, so sind die daraus entspringenden Beendigungsansprüche immer *Masseforderungen* (§ 46 Abs. 1 Nr. 3a lit. b öIO).

## VII. Zusammenfassung

§ 25 öIO ist eine der praktisch bedeutsamsten insolvenzrechtlichen Bestimmungen. Mit dem IRÄG 2010 wurde die Norm an das neue *Verfahrenskonstrukt* angepasst und erhielt außerdem einen Feinschliff zugunsten des immer bedeutenderen *Sanierungsgedankens* im österreichischen Insolvenzrecht. Sie birgt dennoch einige dogmatische Herausforderungen; dies betrifft etwa die Frage der *Arbeitgeberposition* in der Insolvenz, die nach zutreffender Ansicht dem Schuldner zukommt. Ausgeübt werden die Rechte und Pflichten hingegen im Konkursverfahren und im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung vom Masseverwalter (*Arbeitgeberfunktion*), der als Organ der Insolvenzmasse tätig wird; im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung verbleibt die Arbeitgeberfunktion hingegen grds. beim Schuldner.

§ 25 öIO ermöglicht die *insolvenzspezifische, begünstigte Lösung von Arbeitsverhältnissen*. In der Unternehmerinsolvenz ist die Lösungsbefugnis grds. an das Unternehmensschicksal gekoppelt: Binnen Monatsfrist kann das Arbeitsverhältnis begünstigt aufgelöst werden

1. ab öffentlicher Bekanntmachung des *Schließungsbeschlusses* oder
2. ab der Berichtstagsatzung, sofern dort *nicht die Unternehmensfortführung* beschlossen wurde, oder
3. im *vierten Monaten nach Insolvenzeröffnung*, wenn bis dahin keine Berichtstagsatzung stattgefunden hat, oder
4. *innerhalb eines Monats nach der Berichtstagsatzung* bei Fortführung des Unternehmens hinsichtlich Arbeitnehmern in *einzuschränkenden Bereichen* (primäre Rationalisierungskündigung durch den Verwalter), oder
5. im *Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung* innerhalb eines *Monats nach öffentlicher Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses* hinsichtlich Arbeitnehmern in *einzuschränkenden Bereichen*, wenn die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des *Sanierungsplans* oder die *Unternehmensfortführung* gefährden könnte (primäre Rationalisierungskündigung durch den Verwalter).

Der Insolvenzverwalter kann den Arbeitnehmer unter *Einhaltung der gesetzlichen, kollektivvertraglichen oder der zulässigerweise vereinbarten kürzeren Kündigungsfrist kündigen*; er ist nicht an Kündigungstermine gebunden. Der *Arbeitnehmer* kann *vorzeitig austreten*. Bei Rationalisierungskündigungen in einzuschränkenden Bereichen haben Arbeitnehmer ein *nachschießendes Austrittsrecht*, das an den vorherigen Ausspruch der Kündigung durch den Verwalter anknüpft. Sowohl bei Kündigung als auch bei vorzeitigem Austritt kann der Arbeitnehmer den Ersatz des verursachten Schadens (Kündigungsschädigung) als Insolvenzforderung geltend machen.

Der mit dem IRÄG 2010 eingeführte § 25 Abs. 3 öIO verwehrt dem Arbeitnehmer das Recht auf vorzeitigem Austritt, wenn er ihn nur darauf stützt, dass Entgelt aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht gezahlt worden ist. Die st. Rspr. wurde damit in Gesetzesform gegossen.

## Der Abgeltungsteuerbetrag als Bestandteil der Berechnungsgrundlage der Verwaltervergütung

von Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht) Dr. Thorsten Graeber, Potsdam\*

Für die Bestimmung der Berechnungsgrundlage der Vergütung eines Insolvenzverwalters sieht § 1 InsVV eine einfache Bezugnahme auf den Begriff der Insolvenzmasse und die Ausführungen des Insolvenzverwalters in seinem Schlussbericht vor. Dieser Begriff der Berechnungsgrundlage ist an die Stelle des noch unter KO geltenden Begriffs der Teilungsmasse entsprechend §§ 1 und 2 VergVO getreten.<sup>1</sup>

Die Bestimmung des Berechnungswerts, also des Werts der Insolvenzmasse entsprechend der Bewertungsregel des § 1 InsVV macht in der Praxis teilweise dann Schwierigkeiten, wenn die Zuordnung eines Gegenstands oder Betrags zum verwertbaren Vermögen des Insolvenzschuldners nicht

offensichtlich ist. Ähnlich der Behandlung der USt auf die Verwaltervergütung gem. § 7 InsVV in den Fällen einer Vorsteuerabzugsberechtigung<sup>2</sup> bereitet die Behandlung der Kapitalertragsteuer in der Praxis gelegentlich Schwierigkeiten.<sup>3</sup>

\* Mitautor der InsVV-Online-Kommentierung auf [www.insvv-online.de](http://www.insvv-online.de).

1 Von einer Teilungsmasse sollte daher in Insolvenzverfahren nicht mehr gesprochen werden. So bereits *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, InsVV, 2. Aufl. 1999, vor § 1 Rn. 4.

2 Hierzu grundlegend BGH v. 25.10.2007 – IX ZB 147/06, ZInsO 2007, 134.

3 Zur Behandlung von Vorsteuervergütungsansprüchen bei Einzelunternehmen und ihre Auswirkungen auf die USt-Rückflüsse s. *Reck*, ZInsO 2011, 267 und *Schmittmann*, InsbÜrO 2011, 224.