

Univ.-Ass. Mag. Bettina Nunner, Graz

Rechtsfragen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Konkurs*)

Zum Inhalt: Seit dem IRÄG 1994 wirft das Zusammenspiel der §§ 25 und 46 KO eine Reihe von Auslegungsfragen auf, die nur in gründlicher fallgruppenspezifischer Untersuchung und bei Rückbesinnung auf insolvenzrechtliche Grundsätze gelöst werden können, was im folgenden Beitrag versucht wird.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Fristen des § 25 KO
 - A. Beendigung von Arbeitsverhältnissen bei Unternehmensschließung
 - B. Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Konkurs von Nicht-Unternehmern
- III. Rationalisierungskündigungen im Konkurs?
- IV. Die Einordnung von Arbeitnehmeransprüchen im Konkurs im allgemeinen
- V. Ansprüche auf laufendes Entgelt
 - A. Laufendes Entgelt für alle vom Gemeinschuldner begründeten Arbeitsverhältnisse
 - B. Laufendes Entgelt für die vom Masseverwalter begründeten Arbeitsverhältnisse
- VI. Beendigungsansprüche
 - A. Allgemeines
 - B. Der Anwendungsbereich des § 25 Abs 1 letzter Satz KO
 - C. Einstufung der Beendigungsansprüche nach dem allgemeinen System der Forderungsqualifikation
 - D. Das Arbeitsverhältnis wird vor Konkurseröffnung aufgelöst und beendet
 - E. Das Arbeitsverhältnis wird vor Konkurseröffnung aufgelöst, endet aber erst nach Konkurseröffnung
 - F. Das Arbeitsverhältnis wird gem § 25 Abs 1 KO aufgelöst
 - G. Das Arbeitsverhältnis wird nach Konkurseröffnung aus allgemein arbeitsrechtlichen Gründen aufgelöst
 - 1. Meinungsstand
 - 2. Auflösung nach Konkurseröffnung wegen Umständen, die zeitlich vor der Konkurseröffnung liegen
 - a) Unbefristete Arbeitsverhältnisse
 - aa) Handeln des Arbeitnehmers
 - bb) Handeln des Masseverwalters
 - b) Befristete Arbeitsverhältnisse
 - 3. Auflösung nach Konkurseröffnung wegen Umständen, die der Konkurseröffnung nachfolgen
 - H. Das Arbeitsverhältnis wird durch den Masseverwalter neu begründet und in weiterer Folge aufgelöst
- VII. Zusammenfassung

I. Einleitung

Die wenig homogene Änderung der §§ 25 und 46 KO durch das IRÄG 1994 bereitet der Auslegung weithin erhebliche Schwierigkeiten¹⁾. Dies gilt va für die konkursrechtliche Einstufung der Arbeitnehmeransprüche (insb der Beendigungsansprüche), aber auch für die neuen Fristen des § 25 Abs 1 KO selbst.

II. Die Fristen des § 25 KO

Ein Kernproblem liegt in der neugeschaffenen Fristenmechanik des § 25 KO: Nach der alten Rechtslage hatten sowohl Masseverwalter als auch Arbeitnehmer innerhalb des ersten Monats nach Konkurseröffnung ein konkursspezifisches Lösungsrecht. Im Unterschied zur alten Rechtslage läßt § 25 KO idF IRÄG 1994 eine sofortige konkursspezifische Lösung von Arbeitsverhältnissen nur noch bei Anordnung oder Bewilligung der Unternehmensschließung zu. Die dabei anfallenden Beendigungsansprüche sind gem § 25 Abs 1 letzter Satz KO Konkursforderungen.

Im Fortführungsfall kann das Arbeitsverhältnis hingegen erst innerhalb des dritten Monats nach Konkurseröffnung mit den Wirkungen des § 25 KO gelöst werden. Was rechtens sein soll, wenn in der Zwischenzeit Arbeitsverhältnisse – sei es durch den Arbeitnehmer, sei es durch den Masseverwalter – beendet werden oder aus anderen Gründen enden, wurde gesetzlich leider nicht ausdrücklich geregelt²⁾.

¹⁾ Vgl etwa: *Bartos*, Insolvenzsicherungsänderungsgesetz 1994, *SozSi* 1994, 161; *Frauenberger*, Insolvenz und Arbeitsverhältnis, *ecolx* 1994, 334; *Grießer*, Anstehende Rechtsfragen über die Behandlung individueller Pensionszusagen bei Insolvenz des Arbeitgebers, *ZAS* 1994, 113; *ders*, Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Insolvenz und Entgeltanspruch, *ZAS* 1994, 188; *ders*, Wie sind Beendigungsansprüche im Konkurs auf Grund nicht begünstigter Kündigung zu behandeln? *RdW* 1995, 186; *ders*, Beendigungsansprüche auf Grund nicht begünstigter Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Konkurs – erste OGH-Entscheidung, *RdW* 1996, 268; *Hofbauer*, Aktuelle Sozialpolitik, *DRdA* 1994, 282; *Holzer/Reissner*, Neuerungen im Insolvenzrecht aus arbeitsrechtlicher Sicht, *DRdA* 1994, 461; *Liebeg*, Die Änderung der Rechtsstellung der Arbeitnehmer in Ansolvenzverfahren und des IESG durch das IRÄG 1994, *WBI* 1994, 141; *ders*, Anm zu OGH 8. 11. 1995, 9 Ob A 134/95, *WBI* 1996, 77; *Bauer*, Arbeitnehmeransprüche: Konkurs- oder Masseforderungen? *ZIK* 1995, 42; *Holzapfel*, Die Eignung gerichtlicher Insolvenzverfahren zur Unternehmenssanierung, in *Feldbauer-Durstmüller/Stiegler*, Krisenmanagement Früherkennung – Sanierung – Insolvenzrecht 221.

²⁾ Mit Recht kritisch *Grießer*, *RdW* 1996, 268.

*) Herrn o. Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Jelinek herzlichen Dank für seine zahlreichen Anregungen.

Das Manuskript zu dieser Arbeit wurde vor der Versendung des MEntw eines Insolvenzsicherungsänderungsgesetzes 1997 abgeschlossen. Seine Analyse erfordert eine gesonderte Untersuchung.

A. Beendigung von Arbeitsverhältnissen bei Unternehmensschließung

Die neuen Fristen des § 25 Abs 1 KO sind nur nach erstem Anschein eindeutig festgelegt: Demnach kann ein Arbeitsverhältnis bei Anordnung oder Bewilligung der Schließung des Unternehmens innerhalb von 2 Monaten nach Konkurseröffnung begünstigt gelöst werden (Z 1). Ansonsten steht das begünstigte Lösungsrecht wie erwähnt nur innerhalb des dritten Monats nach Konkurseröffnung offen (Z 2).

Die Lösung muß nach hM³⁾ innerhalb des jeweils zur Verfügung stehenden Zeitraums (also nach Z 1 oder Z 2) ausgesprochen worden und dem anderen Teil zugegangen sein; andernfalls liegt keine Lösung iSd § 25 KO vor.

Maßgebliches Kriterium dafür, ob Z 1 oder Z 2 leg cit anwendbar ist, ist das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Schließungsanordnung oder -bewilligung⁴⁾. Zwar wird häufig die gerichtliche Schließungsanordnung bzw -bewilligung unmittelbar nach der Konkurseröffnung erfolgen, insb wenn bereits bei Konkurseröffnung kein lebendes Unternehmen mehr vorhanden ist. Dies wird uU bereits auf Grund der Vernehmung des Gemeinschuldners beurteilt werden können. Die Praxis zeigt aber, daß sich die Unrettbarkeit des Unternehmens erst einige Zeit nach Konkurseröffnung, insb während der Zwei-Monats-Phase herausstellen kann. Abgesehen vom Anschlußkonkurs, dem die Ergebnisse des Ausgleichsverfahrens zugrunde gelegt werden können, werden für eine verlässliche Beurteilung der tatsächlichen Verfassung des Unternehmens Erhebungen des Masseverwalters erforderlich sein (§ 81 Abs 1 KO). Darüber hat er dem Gericht zu berichten⁵⁾.

Diese Erhebungen können – auch bei zeitökonomischem Arbeiten des Masseverwalters – durchaus längere Zeit in Anspruch nehmen: Daß der Masseverwalter nicht zu übereilten Entscheidungen gezwungen sein soll, war ja ein zentrales Anliegen der Novelle⁶⁾. Dann wird aber auch die gerichtliche Schließungsanordnung bzw -bewilligung relativ spät ergehen, möglicherweise erst gegen Ende des zweiten auf die Konkurseröffnung folgenden Monats. Auch in einem solchen Fall ist § 25 Abs 1 Z 1 KO anzuwenden. Nach dem Wortlaut der Bestimmung wird daher der Zeitraum, in dem beide Teile das begünstigte Lösungsrecht ausüben können, umso kürzer, je später die Schließungsanordnung ergeht; im Extremfall steht nur ein Tag zur Verfügung⁷⁾!

Dieser **Restzeitraum** ist aber für die konkrete Entscheidung des Masseverwalters, ob von den Rechten des § 25 KO Gebrauch gemacht werden soll, viel **zu kurz**. Zu bedenken ist, daß mit einer Unternehmensschließung im Regelfall keine sofortige Beendigung der Geschäftstätigkeit verbunden ist, weil auch nach einer Unternehmensschließung durchwegs noch Abwicklungstätigkeiten durchzuführen sind. Der Masseverwalter wird daher auch bei Anordnung bzw Bewilligung der Unternehmensschließung genau zu überlegen haben, welche Arbeitsverhältnisse begünstigt gelöst werden sollen und welche nicht. Andererseits kann auch auf Arbeitnehmerseite Interesse an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bestehen:

Man denke etwa an einen Arbeitnehmer, der kurz vor der Pensionierung steht und andernfalls gezwungen wäre, eine neue Stelle zu finden. Auch in weniger krassen Fällen wird die Entscheidung, ob vom begünstigten Lösungsrecht des § 25 KO Gebrauch gemacht oder das Arbeitsverhältnis bis zum Ende der Abwicklungsphase fortgesetzt werden soll, durchwegs nicht sofort nach der Schließungsanordnung erfolgen können. Die davon betroffenen – zumeist rechtsunkundigen – Arbeitnehmer werden eine gewisse Zeit brauchen, um Auskünfte einzuholen und Beratungsstellen aufzusuchen; ein Überlegungsspielraum von (schlimmstenfalls) einem Tag ist auch für sie viel zu knapp bemessen.

Das ist das schwerlich zusinnbare Ergebnis der Wortinterpretation der Entscheidung des Gesetzgebers, die Zwei-Monats-Frist des § 25 Abs 1 KO durch die Konkurseröffnung auszulösen, und nicht durch den Betriebsschließungsbeschluß.

Die damit verbundenen Kalamitäten erweist ein Blick auf § 45a AMFG: Will der Masseverwalter das begünstigte Kündigungsrecht ausüben, so hat er – neben einer allfälligen Verständigung des Betriebsrates im Kündigungsvorverfahren – nunmehr auch das Kündigungsfrühwarnsystem des § 45a AMFG zu beachten⁸⁾. Nach der alten Rechtslage war dies wegen der Fristen des AMFG eindeutig unmöglich⁹⁾.

Seit der AMFG-Novelle 1993 BGBl 18 trifft die Verpflichtung zur Anzeige von Kündigungen, die ein gewisses Ausmaß überschreiten (§ 45a Abs 1 AMFG), ausdrücklich auch den Masseverwalter. Die Anzeige an die nach dem Standort des Betriebs zuständige regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice muß mindestens 30 Tage vor der ersten Erklärung der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses erfolgen, es sei denn, der Gemeinschuldner hätte bereits vor Konkurseröffnung Anzeige erstattet (§ 45a Abs 2 AMFG). Kündigungen, die vor Einlangen der Anzeige bei der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice ausgesprochen werden, sind gem § 45a Abs 5 AMFG rechtsunwirksam.

Ergeht nun die gerichtliche Schließungsanordnung bzw -bewilligung erst im zweiten Monat nach der Konkurseröffnung, so kann der Masseverwalter die 30-Tage-Frist des § 45a Abs 2 AMFG nicht einhalten, weil ihm für den Ausspruch der Kündigung nur noch der Rest des zweiten Monats – also weniger als 30 Tage – zur Verfügung steht¹⁰⁾. In solchen Fällen könnte allerdings die Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice abhelfen: Sie kann – insb dann, wenn eine fristgerechte Anzeige nicht möglich oder zumutbar war – bei Vorliegen wichtiger wirtschaftlicher Gründe und nach Anhörung des Landesdirektoriums die Zustimmung zum Ausspruch der Kündigung vor Ablauf der 30-Tage-Frist erteilen (§ 45a Abs 8 AMFG). Diese Bestimmung ist ganz offensichtlich für besonders berücksichtigungswürdige Einzelfälle gedacht; andernfalls würde das Kündigungsfrühwarnsystem in seiner Gesamtheit untergraben. Außerdem ist es wohl technisch unmöglich, das verkürzte Verfahren anzuwenden, wenn die Betriebsschließung etwa 5 Tage vor Ablauf der Zwei-Monats-Frist des § 25 Abs 1 Z 1 KO angeordnet wird. § 45a Abs 8 AMFG ist daher restriktiv zu handhaben und darf auch im Insolvenzfall nicht regelmäßig angewendet werden.

Im Gegenteil: Das Ziel des Gesetzgebers des IRÄG 1994, dem Masseverwalter die fristgerechte Anzeige beabsichtigter Kündigungen zu ermöglichen¹¹⁾, kann sich nur auf die „normale“ 30-Tage-Frist des § 45a Abs 2 AMFG beziehen. Im Zuge der Reform sollte erreicht werden, daß der Masseverwalter in allen Fällen die Anzeigefrist des § 45a Abs 2 AMFG einhalten kann. Wie eben gezeigt, hat aber der Ge-

³⁾ Vgl mwN Schwarz/Reissner/Holzer/Holler, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz – Nachtrag 1995, 52.

⁴⁾ Schwarz/Reissner/Holzer/Holler, Rechte 52.

⁵⁾ Eine formularmäßige Schließung ist jedenfalls seit dem IRÄG 1982 wegen der zwingenden Bestimmungen der § 114 Abs 3, § 115 KO nicht mehr zulässig; vgl ErläutRV 3 BgNR 15. GP 53.

⁶⁾ Vgl ErläutRV 1384 BgNR 18. GP 9.

⁷⁾ Hier zeigt sich deutlich, daß bei der Textierung des § 25 KO in erster Linie auf den Fortführungsfall Bedacht genommen wurde. Das Schwergewicht der Reform lag aus diesem Grund in der Rückverlagerung der begünstigten Lösungsmöglichkeit; die Schließungsvariante wurde eher am Rande mitbehandelt.

⁸⁾ Schwarz/Reissner/Holzer/Holler, Rechte 54.

⁹⁾ Vgl Liebeg, Die insolvenzrechtliche Qualifikation der Dienstnehmerforderungen, WBI 1991, 278.

¹⁰⁾ Die Einhaltung der 30-Tage-Frist ist aber auch bei einer Betriebsschließung, die 3 Wochen nach Konkurseröffnung erfolgt, wegen der Dauer des Postlaufs und allfälliger Feiertage kaum möglich.

¹¹⁾ ErläutRV 1384 BgNR 18. GP 9.

setzgeber Normen geschaffen, die dieser Absicht glatt zuwiderlaufen.

Dem ist durch teleologische Interpretation abzuhelpfen: Sowohl der alte § 25 KO, vor allem aber die neue Z 2 leg cit, lassen erkennen, daß der Gesetzgeber nach wie vor einen Überlegungszeitraum von mindestens einem Monat als erforderlich erachtet. Dem Masseverwalter ermöglichte die Monatsfrist des § 25 KO aF bei der Entscheidung über eine begünstigte Lösung von Arbeitsverhältnissen erste Prüfungsergebnisse zu berücksichtigen. Vor allem ist diese Zeitspanne unbedingt erforderlich, um sowohl dem Masseverwalter als auch den Arbeitnehmern hinreichenden Überlegungsspielraum zu gewähren.

Geboten ist eine Orientierung an den Zielen des IRÄG 1994: **Hauptzweck der Rückverlagerung** des konkursspezifischen Lösungsrechts war nach den Mat¹²⁾ die **Verbesserung der Rahmenbedingungen für eine Unternehmensfortführung** im Konkurs. Auch nach der Konkurseröffnung sollten die Arbeitnehmer für einen Fortbetrieb zur Verfügung stehen. Andererseits sollte der Masseverwalter, wie bereits erwähnt, nicht zu übereilten Entscheidungen gezwungen sein, sondern sich innerhalb der ihm gem § 25 Abs 1 Z 2 KO zur Verfügung stehenden 2 Monate einen hinreichenden Überblick über die Fortführungsaussichten und den dafür erforderlichen Personalstand verschaffen können.

Da solche Erwägungen aber bei Anordnung oder Bewilligung der Unternehmensschließung ins Leere gehen, sollte das Lösungsrecht nach der Schließungsanordnung bzw -bewilligung ohne Einschränkung ausgeübt werden können. Daß aber die Reform den Überlegungszeitraum uU beträchtlich beschneiden wollte, ist nicht ernsthaft anzunehmen: Die Mat zu § 25 KO lassen geradezu die gegenteilige Absicht des Gesetzgebers erkennen¹³⁾.

Das ist auch sachgerecht; die buchstabengetreue Auslegung, die zu einer untragbaren Verkürzung dieses Zeitraums führen muß, bedarf der Korrektur: Das **Ausmaß des Überlegungszeitraums darf nicht vom Zeitpunkt der Unternehmensschließung abhängen**. Er muß in allen Fällen mindestens einen Monat betragen.

Wird die Unternehmensschließung daher im ersten Monat nach Konkurseröffnung angeordnet bzw bewilligt, so ist jedenfalls noch ein Restzeitraum von einem Monat vorhanden. Es liegt daher ein Fall der Z 1 des § 25 Abs 1 KO vor. Die begünstigte Lösung muß bis zum Ende des zweiten auf die Konkurseröffnung folgenden Monats ausgesprochen werden.

Wenn die Schließung des Unternehmens erst im zweiten Monat nach der Eröffnung des Konkurses bewilligt bzw angeordnet wird, so müßte ab diesem Zeitpunkt jedenfalls noch ein Monat für die Vornahme einer begünstigten Auflösung offenstehen¹⁴⁾.

Eine mögliche Lösung läge darin, den jeweils zur Verfügung stehenden Zeitraum individuell zu berechnen. Danach würde die Frist des § 25 Abs 1 Z 1 KO nicht vor Ablauf von einem Monat seit der Schließungsanordnung bzw -bewilligung enden. Diese Variante ist aber va aus Gründen der Rechtssicherheit abzulehnen, weil im Einzelfall Ungewißheit über den Fristenlauf bestehen kann.

Bedenkt man weiters, daß der Überlegungszeitraum bei einer Unternehmensschließung zu Beginn des ersten Mo-

nats nach Konkurseröffnung beinahe 2 Monate beträgt, so ergibt sich folgende Lösung: Wird die **Unternehmensschließung erst im zweiten** auf die Konkurseröffnung folgenden **Monat** bewilligt bzw angeordnet, so steht für den Ausspruch einer **begünstigten Lösung** auch noch der **dritte Monat** nach Konkurseröffnung gem § 25 Abs 1 Z 2 KO offen.

Bei diesem Ergebnis kann der Masseverwalter auch jedenfalls rechtzeitig Anzeige gem § 45 a AMFG erstatten.

B. Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Konkurs von Nichtunternehmern

Bei der Neufassung des § 25 Abs 1 KO wurde außerdem übersehen, daß es auch Arbeitsverhältnisse zu Nichtunternehmern gibt. Buchstabengetreue Auslegung scheint zu ergeben, daß Arbeitsverhältnisse im Konkurs eines Nichtunternehmers mangels eines zu schließenden Unternehmens nur gem Z 2 leg cit – also erst innerhalb des dritten Monats nach Konkurseröffnung – begünstigt gelöst werden können¹⁵⁾.

Dem ist nicht zu folgen: Arbeitsverhältnisse, bei denen ein Nichtunternehmer Arbeitgeber ist, werden vom Zweck der Neuregelung – namentlich der Verlagerung des begünstigten Lösungsrechts in den dritten Monat nach Konkurseröffnung – nicht erfaßt¹⁶⁾.

Hier treffen nämlich die Überlegungen zu, die den Gesetzgeber dazu veranlaßt haben, ausnahmsweise eine unverzügliche Beendigung von Arbeitsverhältnissen zuzulassen: Masseschmälerungen, denen keine Massevermehrung bzw -erhaltung gegenübersteht, werden auf diese Weise unterbunden. Der Nichtunternehmer (bzw sein Masseverwalter) wird für die Entscheidung keine bzw eine geringere Überlegungszeit benötigen: IdR werden die Arbeitsverhältnisse zu lösen und die Verhältnisse so weit auch überschaubar sein. Allerdings ist auch an die besonderen Belange behinderter und gebrechlicher Personen zu denken; insofern ist die Auffassung, Hausangestellte oder Chauffeure seien „masseschmälernder Luxus“ und daher einem Privatschuldner nicht zuzubilligen¹⁷⁾, zu eng. Dazu kommt, daß sich die Arbeitnehmer umgehend anderweitig um Arbeit umsehen können und nicht unnötig lange an ihren Arbeitgeber gebunden bleiben¹⁸⁾.

Insgesamt ist daher die Z 2 des § 25 Abs 1 KO für **Insolvenzen der Nichtunternehmer** teleologisch zu reduzieren und ist die auf Fälle der Unternehmensschließung zugeschnittene, hinsichtlich der Interessenlage va der Arbeitnehmer entsprechend gelagerte Norm der **Z 1 leg cit** analog auf solche Fälle **anzuwenden**, in denen von vornherein kein Unternehmen vorhanden ist. Das bedeutet, daß das begünstigte **Lösungsrecht** gegenüber Nichtunternehmern **ausschließlich innerhalb der ersten beiden Monate** nach Verfahrenseröffnung zusteht.

III. Rationalisierungskündigungen im Konkurs?

Gerade weil das Unternehmen des Gemeinschuldners auch im Konkurs nach Möglichkeit (wenn auch nicht um jeden Preis) fortgeführt werden soll, können im Rahmen eines Sanierungsvorhabens auch Rationalisierungskündigungen

¹²⁾ ErläutRV 1384 BlgNR 18. GP 7ff.

¹³⁾ ErläutRV 1384 BlgNR 18. GP 9.

¹⁴⁾ Vgl dazu *Chalupsky/Ennöckl*, Unternehmensfortführung im Konkurs 98.

¹⁵⁾ So tatsächlich *Mohr*, Privatkonkurs 20.

¹⁶⁾ Vgl zum folgenden *Konecny*, Eigenverwaltung im Konkurs privater Schuldner, BeitrZPR V 65ff; *Deixler-Hübner*, Privatkonkurs Rz 120.

¹⁷⁾ So *Konecny*, BeitrZPR V 67 FN 68.

¹⁸⁾ Vgl Denkschrift 28; vgl auch *Konecny*, BeitrZPR V 66f, der ausführt, daß eine längere Bindung von Arbeitnehmern sowohl bei Unternehmensschließung als auch dann, wenn gar kein Unternehmen vorhanden ist, nicht zielführend wäre.

nötig werden. Diese können selbstverständlich auf dem (allgemeinen) Arbeitsrecht beruhen; in welchem Ausmaß sie jedoch auf § 25 KO gestützt werden können, ist offen.

1. Das **Ausgleichsverfahren** ist in dieser Hinsicht flexibel: § 20c Abs 3 AO idF IRÄG 1994, der das Schicksal von Arbeitsverhältnissen im Ausgleichsverfahren regelt, läßt eine sofortige begünstigte Kündigung von Arbeitnehmern zu, die in stillzulegenden oder einzuschränkenden Bereichen beschäftigt sind. Dies gilt den Mat¹⁹⁾ zufolge auch für solche Bereiche, in denen vorhandene Überkapazitäten aus Rationalisierungsgründen abgebaut werden sollen. Der Begriff „Bereich“ ist weit auszulegen: Auch bei kleinen, nicht in Organisationseinheiten gegliederten Betrieben soll daher eine Zustimmung des Ausgleichsverwalters zur Kündigung erteilt werden können, sofern die Kündigung für die Sanierung notwendig ist.

Das bedeutet, daß im Ausgleichsverfahren begünstigte Kündigungen auch dann sofort ausgesprochen werden können, wenn das Unternehmen nicht (bzw noch nicht) geschlossen ist. Die bloße Zukunftsperspektive der Schließung bzw Einschränkung bestimmter Bereiche löst bereits die Befugnis aus; ein Schließungsbeschluß muß nicht erst abgewartet werden. Umgekehrt enthält § 20c Abs 3 AO aber keine ausdrückliche Aussage darüber, ob auch dann noch begünstigt gekündigt werden kann, wenn das Unternehmen bereits geschlossen wurde. Hier ist ein Größenschluß anzustellen: Löst bereits eine bloß beabsichtigte Schließung bzw Einschränkung die Befugnis zur begünstigten Kündigung aus, so muß dies erst recht für den Fall einer bereits erfolgten Schließung gelten. Auch danach kann daher begünstigt gekündigt werden.

2. Anders ist die Rechtslage im **Konkursverfahren**: Der Wortlaut des § 25 Abs 1 Z 1 KO spricht dafür, daß Arbeitsverhältnisse nur bei Anordnung bzw Bewilligung der Schließung des Gesamtunternehmens sofort begünstigt gelöst werden können. **Rationalisierungskündigungen** gem § 25 KO wären daher in allen übrigen Fällen **erst im dritten Monat** nach Konkurseröffnung durchführbar. Eine derart starre Regelung trägt dem vielberufenen Gedanken der Sanierung nicht nur nicht ausreichend Rechnung, mehr noch: Sie kann im Einzelfall Sanierungsbemühungen zuwiderlaufen.

Allerdings meinen die Mat²⁰⁾, unter den Begriff „Schließung des Unternehmens“ falle auch die **Schließung eines abgegrenzten Unternehmensteils**. Diese Auslegung ist nicht unproblematisch: Gesetzlich ist nämlich (zumindest nicht ausdrücklich) geklärt, ob ein Beschluß des Konkursgerichts (§ 114 Abs 3, § 115 KO) nur bei Schließung des Gesamtunternehmens oder auch bei Schließung eines Unternehmensteils zu ergreifen hat.

Es stellt sich daher die Frage nach dem **Unternehmensbegriff** der § 114 Abs 3, § 115 KO. Die Mat zum IRÄG 1982 geben keinen Aufschluß darüber, ob mit „Unternehmen“ auch Unternehmensteile gemeint sind. Auch die Literatur zum IRÄG 1982 ist diesbezüglich unergiebig.

Die Bestimmung des Unternehmensbegriffs der § 114 Abs 3, § 115 KO hat sich am Normzweck zu orientieren. Hinter den durch das IRÄG 1982 eingeführten erhöhten Anforderungen an eine Unternehmensschließung steht der Gedanke, daß eine Entwertung der Konkursmasse durch eine vorschnelle, formularmäßige Schließung verhindert werden soll. Dieser Gedanke hat freilich bei einem Unterneh-

mensteil gleichermaßen Geltung: Unrettbare Unternehmensteile sollen die gesunden nicht in den Abgrund reißen.

Von vornherein verfehlt wäre daher eine Heranziehung des Unternehmensbegriffs des § 2 UStG. Da nach diesem ein Unternehmer wohl mehrere Betriebe, aber immer nur ein Unternehmen haben kann²¹⁾, käme das Bewilligungserfordernis (und damit auch die sofortige Befugnis zur begünstigten Lösung von Arbeitsverhältnissen) nur bei Schließung des Gesamtunternehmens in Frage. Dies würde zu untragbaren Ergebnissen führen: Betriebe etwa der Gemeinschuldner zwei Hotels, so wäre unter Zugrundelegung des steuerrechtlichen Unternehmensbegriffs nur die Schließung beider Hotels, nicht aber die Schließung eines dieser Hotels bewilligungspflichtig.

Näher liegt es, den Betriebsbegriff des § 34 Abs 1 ArbVG heranzuziehen: Demnach gilt jede Arbeitsstätte als Betrieb, die eine organisatorische Einheit bildet, innerhalb der eine physische oder juristische Person oder Personengemeinschaft mit technischen oder immateriellen Mitteln die Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse fortgesetzt verfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob Erwerbsabsicht besteht oder nicht. Noch weiter gefaßt ist der Unternehmensbegriff des § 1 Abs 2 KSchG: Demnach ist unter einem Unternehmen jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit zu verstehen, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. Eine bestimmte Mindestgröße oder Mindestorganisation sind nicht gefordert²²⁾. In Anlehnung an diese Unternehmensbegriffe definiert Wit²³⁾ das Unternehmen als eine auf Dauer angelegte Organisation, innerhalb derer eine physische oder juristische Person oder eine Personengemeinschaft eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit zur Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse mit der Absicht auf Ertragserzielung²⁴⁾ entfaltet.

Der dem Schließungstatbestand zugrunde liegende Unternehmensbegriff (§ 114 Abs 3, § 115 KO) ist jedenfalls so auszulegen, daß er nicht zum Sanierungshindernis wird; er muß also auch kleinere organisatorische Einheiten umfassen. Die Grenze ist dort zu ziehen, wo es an einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit fehlt. Diesen Erfordernissen wird der **Unternehmensbegriff des KSchG** gerecht; dieser kann somit für die hier angesprochenen Belange übernommen werden. Das bedeutet, daß auch ein selbständig lebensfähiger, abgegrenzter Unternehmensteil „Unternehmen“ iSd § 114 Abs 3, § 115 KO und seine Schließung bewilligungspflichtig ist. In einem solchen Fall können auch Arbeitsverhältnisse sofort gem § 25 Abs 1 Z 1 KO begünstigt gelöst werden, sofern die Schließung bereits bewilligt bzw angeordnet wurde. Die bloß in Aussicht genommene Schließung erzeugt – anders als im Ausgleichsverfahren – kein sofortiges begünstigtes Lösungsrecht.

Ist nicht die Schließung, sondern bloß die Einschränkung einzelner Unternehmensteile oder aber die Schließung kleinerer betrieblicher Einheiten, die keine selbständigen wirtschaftlichen Einheiten sind (zB einzelne Betriebszweige), beabsichtigt, so gilt folgendes: Diese Fälle können keinesfalls unter § 25 Abs 1 Z 1 KO subsumiert werden. Auch ergeht hier keine gerichtliche Entscheidung iSd § 114 Abs 3, § 115 KO, weil es zu keiner Beendigung der betrieblichen Tätigkeit einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit kommt. Materiell handelt es sich um Vorgangsweisen im Rahmen der Unternehmensfortführung²⁵⁾. Das bedeutet, daß der Masseverwalter bei einer beabsichtigten **Betriebseinschränkung erst im dritten Monat** nach Konkurseröffnung **begünstigt kündigt**.

²¹⁾ Vgl etwa Ruppe, UStG 1994 § 2 Rz 122.

²²⁾ Krejci in Rummel, Rz 19 zu § 1 KSchG.

²³⁾ Unternehmensfortführung durch das neue Insolvenzrecht 24.

²⁴⁾ Dieser Unterschied zum Betriebsbegriff des ArbVG folgt zwingend daraus, daß es Wit um den Unternehmensbegriff des Vorverfahrens geht: Dieser verlangt unbedingt wenigstens insoweit eine Ausrichtung auf Ertragserzielung, als die Kosten der Unternehmensfortführung gedeckt werden müssen; vgl Wit, Unternehmensfortführung 24.

²⁵⁾ Vgl Chalupsky/Ennöckl, Unternehmensfortführung 39.

¹⁹⁾ ErläutRV 1384 BlgNR 18. GP 11.

²⁰⁾ ErläutRV 1384 BlgNR 18. GP 9.

gen kann. Sofortige Rationalisierungskündigungen sind hier jedenfalls nicht begünstigt möglich.

Nach der geltenden Rechtslage ist dies angebracht: Würde man Z 1 leg cit nämlich auch auf den Fall der Betriebseinschränkung anwenden wollen, so müßten umgekehrt auch die Arbeitnehmer sofort gem § 25 Abs 1 KO austreten können. Dieses Ergebnis stünde in krassem Widerspruch zum Ziel des IRÄG 1994, die Rahmenbedingungen für Sanierungsvorhaben durch das Unterbinden von en-bloc-Austritten zu verbessern.

IV. Die Einordnung von Arbeitnehmeransprüchen im Konkurs im allgemeinen

1. Die konkursrechtliche Einordnung der Arbeitnehmeransprüche hat seit jeher mit einer Vielzahl von Fallgruppen zu kämpfen²⁶⁾. Im folgenden werden nur Arbeitsverhältnisse untersucht, die vor der Konkurseröffnung eingegangen und angetreten wurden. Für noch nicht angetretene Arbeitsverhältnisse gilt § 21 KO²⁷⁾.

Für die Einstufung von Arbeitnehmeransprüchen, die aus bei Konkurseröffnung bereits angetretenen Arbeitsverhältnissen entstehen, ist zunächst der Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ausschlaggebend; die Auflösung ist von der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu unterscheiden. Außerdem ist zu berücksichtigen, ob das Arbeitsverhältnis aus allgemeinen arbeitsrechtlichen oder aus konkursspezifischen Gründen aufgelöst wird. Schließlich sind neben den bereits vom Gemeinschuldner geschlossenen Arbeitsverträgen die durch den Masseverwalter neu eingegangenen zu bedenken.

Daher sind folgende Varianten denkbar:

- Das (angetretene) Arbeitsverhältnis wird vor Konkurseröffnung aufgelöst und tatsächlich beendet.
- Das Arbeitsverhältnis wird vor Konkurseröffnung aufgelöst, endet aber erst nach Konkurseröffnung.
- Das Arbeitsverhältnis wird erst nach Konkurseröffnung aufgelöst, und zwar
 1. aus konkursspezifischen Gründen,
 2. aus allgemeinen arbeitsrechtlichen Gründen,
 - a) wegen Umständen, die zeitlich vor der Konkurseröffnung liegen,
 - b) wegen Umständen, die der Konkurseröffnung nachfolgen.
- Das Arbeitsverhältnis wird erst nach Konkurseröffnung neu begründet und in weiterer Folge aufgelöst.

Das neue Recht (in Gestalt des IRÄG 1994) enthält nur für einzelne Fallgruppen deutliche Regelungen; was bei den übrigen gilt, ist weniger klar als früher: Das IRÄG 1982 hatte explizit alle erheblichen Fallgruppen erfaßt.

2. Der Aspekt der Sicherung von Arbeitnehmeransprüchen nach dem IESG kann für die Lösung der Einordnungsfragen sicherlich Auslegungshilfe sein: Erkennbar ist die Absicht des Gesetzgebers, trotz Entlastung des Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds die Arbeitnehmer nicht zu benachteiligen.

Dogmatisch verfehlt wäre es jedoch, für sich allein aus dem Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Sicherung Rückschlüsse auf die Qualifikation einer Forderung ziehen zu wollen: Zum einen sind ja nicht nur Konkursforderungen, sondern teilweise auch Masseforderungen (laufendes Entgelt für die Zeit nach Konkurseröffnung!) gesichert. Zum anderen ergibt sich aus den in § 1 Abs 3 Z 4 iVm Abs 4 und Abs 4a IESG festgelegten Höchstgrenzen, daß eine volle Bezahlung solcher Arbeitnehmeransprüche, die Konkursforderungen sind, in vielen Fällen nicht mehr gewährleistet ist.

V. Ansprüche auf laufendes Entgelt

A. Laufendes Entgelt für alle vom Gemeinschuldner begründeten Arbeitsverhältnisse

Zum „laufenden Entgelt“ iSd § 46 Abs 1 Z 3 KO idF IRÄG 1994 sind laufend erarbeitete Zeit- oder Leistungslöhne (Akkord, Prämien bzw Provisionen), aber auch Gewinnbeteiligungen zu zählen²⁸⁾. Ebenfalls zum laufenden Entgelt gehören Sonderzahlungen bzw Remunerationen; das sind Leistungen, die aus besonderem Anlaß geschuldet oder freiwillig ausgeschüttet werden (etwa Urlaubszuschüsse und Weihnachtsremunerationen)²⁹⁾. Diese sind eine Form aperiodischen Entgelts, also mit abweichenden Fälligkeitsterminen.

Die Einordnung dieser Ansprüche hat das IRÄG 1994 grundlegend geändert: Nach der früheren Rechtslage waren Forderungen auf laufendes Entgelt – selbst für die Zeit nach der Konkurseröffnung – dann keine Masseforderungen, wenn das Arbeitsverhältnis wegen der Konkurseröffnung gelöst wurde (§ 46 Abs 1 Z 3 KO idF IRÄG 1982). Nunmehr sind auch solche Forderungen für die Zeit nach der Konkurseröffnung Masseforderungen: Dem neuen § 46 Abs 1 Z 3 KO idF IRÄG 1994 fehlt die genannte Durchbrechung. Mit dieser Änderung sollte dem Masseverwalter der bislang bestehende Anreiz zur masseentlastenden Kündigung von Arbeitnehmern genommen werden³⁰⁾; da aber die neue Einordnung zu einer Vermehrung der Masseforderungen führt (und damit die „Masselosigkeit“ fördert), ergibt sich der Kündigungsdruck auf den Masseverwalter aus Haftungsgründen.

Nach dem neuen Recht ist also der Zeitpunkt der Konkurseröffnung für die konkursrechtliche Einstufung auch dann maßgebend, wenn das Arbeitsverhältnis wegen der Konkurseröffnung gelöst wird³¹⁾. Der sog „**Grundsatz der Zeitraumbezogenheit**“³²⁾ bewirkt, daß alle Ansprüche auf laufendes Entgelt, die für Arbeitsleistungen vor Konkurseröffnung gebühren, Konkursforderungen sind. Solche Entgeltansprüche, die für Arbeitsleistungen nach Konkurseröffnung zustehen, sind Masseforderungen³³⁾. Richtigerweise kommt es nämlich nach der hM für die Qualifikation der Ansprüche auf laufendes Entgelt nicht auf den Fälligkeits-

²⁶⁾ Vgl zum folgenden ua Frauenberger, eolox 1994, 334; Grießer, ZAS 1994, 113; ders, ZAS 1994, 188; ders, RdW 1995, 186; ders, RdW 1996, 268; Holzer/Reissner, DRdA 1994, 461; Liebeg, WBI 1994, 141; ders, WBI 1996, 77; Bauer, ZIK 1995, 42; Holzapfel in Feldbauer-Dürstmueller/Stiegler, Krisenmanagement 221 ff.

²⁷⁾ Statt vieler Bartsch in Bartsch/Pollak, KO I 142.

²⁸⁾ Vgl auch Holzer/Reissner, DRdA 1994, 472.

²⁹⁾ Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht 292, 304.

³⁰⁾ ErläutRV 1384 BlgNR 18. GP 9.

³¹⁾ ZIK 1996, 61 = ÖJZ-LSK 1996/160, 161 = JBI 1996, 468.

³²⁾ Holzer/Reissner, DRdA 1994, 472; Schwarz/Reissner/Holzer/Holler, Rechte 62.

³³⁾ Vgl Höfle/Reisch, Arbeitsrechtliche Aspekte bei Insolvenzen – Beendigungsansprüche aus Abfertigungen bzw Betriebspensionen und deren Bewertung, ZIK 1996, 115 FN 1.

zeitpunkt, sondern auf den **Zeitpunkt der Erbringung** der Dienstleistung an³⁴⁾.

Dies gilt für alle oben³⁵⁾ beschriebenen Varianten gleichermaßen, also auch dann, wenn ein Arbeitsverhältnis vor Konkurseröffnung aufgelöst wurde, der Zeitpunkt der tatsächlichen Beendigung aber nach der Konkurseröffnung liegt³⁶⁾. Gebührt Entgelt zum Teil für Arbeitsleistungen vor Konkurseröffnung, so ist dieser Forderungsteil Konkursforderung. Derjenige Teil, der für Arbeitsleistungen nach Konkurseröffnung zusteht, ist gem § 46 Abs 1 Z 3 KO Masseforderung.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, daß Ansprüche auf **aliquote Sonderzahlungen** bereits während des aufrechten Arbeitsverhältnisses und nicht erst bei dessen Beendigung entstehen. Der Beendigungszeitpunkt ist nur für die Fälligkeit maßgeblich³⁷⁾. Folgerichtig stellt § 46 Abs 1 Z 3 KO idF IRÄG 1994 Ansprüche auf Sonderzahlungen ausdrücklich den übrigen Ansprüchen auf laufendes Entgelt gleich. Der bei der Lösung eines Arbeitsverhältnisses gem § 16 AngG erworbene aliquote Teil einer noch nicht fälligen Sonderzahlung ist daher für die Zeit vor Konkurseröffnung Konkursforderung, für die Zeit nach Konkurseröffnung Masseforderung iSd § 46 Abs 1 Z 3 KO³⁸⁾. Dies gilt auch dann, wenn Remunerationsansprüche im Zuge einer Auflösung gem § 25 Abs 1 KO anfallen: Sie sind somit mit ihrem auf die Zeit nach der Konkurseröffnung entfallenden Anteil Masseforderung³⁹⁾.

Im Anschlußkonkurs ist der Zeitpunkt der Ausgleichseröffnung für die Forderungsqualifikation maßgeblich. Daher sind alle Ansprüche auf laufendes Entgelt, die für nach diesem Zeitpunkt erbrachte Arbeitsleistungen zustehen, Masseforderungen (§ 46 Abs 2 KO iVm § 23 Abs 1 Z 3 AO).

B. Laufendes Entgelt für die vom Masseverwalter begründeten Arbeitsverhältnisse

Wurde ein Arbeitnehmer erst nach der Konkurseröffnung durch den Masseverwalter eingestellt, so bilden nach dem vorhin Gesagten alle Ansprüche auf laufendes Entgelt Masseforderungen gem § 46 Abs 1 Z 3 und 5 KO⁴⁰⁾.

VI. Beendigungsansprüche

A. Allgemeines

Beendigungsansprüche sind Ansprüche, für deren Entstehen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses maßgebliche

Voraussetzung ist⁴¹⁾. Im Gegensatz zum laufenden Entgelt ist ihre Begründung an die Lösung des Arbeitsverhältnisses geknüpft⁴²⁾. Beendigungsansprüche sind insb Ansprüche auf Kündigungsentschädigung, Urlaubsentschädigung bzw Urlaubssabfindung und Abfertigung. Diese haben Entgeltcharakter, sind jedoch nicht „laufendes Entgelt“⁴³⁾.

Der neue § 46 Abs 1 Z 3 KO idF IRÄG 1994 enthält anders als sein 1982 geschaffener Vorläufer keine Aussagen über die Einordnung der Ansprüche aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dies bedeutet aber nur, daß die Antwort auf die Frage der konkursrechtlichen Qualifikation von Beendigungsansprüchen nicht mehr in § 46 Abs 1 Z 3 KO, sondern in anderen Gesetzesstellen zu suchen ist. Verfehlt ist daher der Umkehrschluß, Beendigungsansprüche könnten nun niemals Masseforderungen sein⁴⁴⁾.

Weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aus den Mat zum IRÄG 1994 läßt sich nämlich ableiten, daß § 46 Abs 1 Z 3 KO die Einordnung der Arbeitnehmerforderungen abschließend regelt und damit unterbindet, daß ein in § 46 Abs 1 Z 3 KO nicht genannter Arbeitnehmeranspruch nach einem anderen Tatbestand des § 46 KO als Masseforderung eingeordnet werden könnte⁴⁵⁾. Schon die – unverändert belassene – Erwähnung der Beendigungsansprüche in § 47 Abs 2 KO spricht gegen eine solche, auch sonst methodisch bedenkliche Auslegung⁴⁶⁾.

B. Der Anwendungsbereich des § 25 Abs 1 letzter Satz KO

1. Nur bei erstem Zusehen liegt im neuen § 25 Abs 1 letzter Satz KO eine die Lücke des § 46 KO mittelbar schließende Ersatzbestimmung. Schon aus der Einordnung der Norm ergibt sich, daß keine umfassende Regelung für Beendigungsansprüche im Konkurs vorliegen kann, sondern nur für solche, die bei einer Auflösung gem § 25 KO anfallen⁴⁷⁾.

Die erstaunliche Unsicherheit des Gesetzgebers in dieser Frage zeigt sich am Werdegang der Bestimmung: § 25 Abs 1 letzter Satz KO wurde erst durch den JA zur „Klarstellung“ der Rechtslage eingefügt. Ausdrücklich hervorgehoben wurde, damit sei keine inhaltliche Änderung gegenüber der RV verbunden⁴⁸⁾.

⁴¹⁾ Vgl etwa Schwarz/Reissner/Holzer/Holler, Rechte 62. Diese sprechen zwar von einer „maßgeblichen Bedingung“, jedoch ergibt sich aus dem Kontext, daß damit „Voraussetzung“ (und nicht „Bedingung“ im Sinn der Bedingungslehre) gemeint ist.

⁴²⁾ Vgl Bartsch in Bartsch/Pollak, KO I 244 FN 26 mwN.

⁴³⁾ Vgl zur Abfertigung etwa Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht 307f.

⁴⁴⁾ WBI 1996, 75 (Liebeg) = ZIK 1996, 26 = ARD 4745/29/96 = RdW 1996, 279 = DRdA 1996, 163; Bauer, ZIK 1995, 43f; aA Frauenberger, ecolex 1994, 336; Liebeg, WBI 1994, 144 FN 11.

⁴⁵⁾ Zutreffend das Gutachten der Finanzprokuratur 30. 11. 1995, mitgeteilt durch BMAS 30.037/101-2/95, ARD 4714/30/96.

⁴⁶⁾ Vgl Holzer/Reissner, DRdA 1994, 472; Grieser, ZAS 1994, 195; ders, RdW 1995, 190; Bauer, ZIK 1995, 45 FN 33.

⁴⁷⁾ WBI 1996, 75 (Liebeg) = ZIK 1996, 26 = ARD 4745/29/96 = RdW 1996, 279 = DRdA 1996, 163; Holzer/Reissner, DRdA 1994, 472; Reissner, Anm zu OGH 6. 5. 1994, 8 Ob S 4/94, DRdA 1995, 163; Bauer, ZIK 1995, 43f; aA Frauenberger, ecolex 1994, 336; Liebeg, WBI 1994, 144f FN 11; Grieser, ZAS 1994, 114; Gutachten der Finanzprokuratur 30. 11. 1995, mitgeteilt durch BMAS 30.037/101-2/95, ARD 4714/30/96. In den E RdW 1996, 278 = ARD 4756/42/96 = ZIK 1996, 170 und ARD 4773/12/96 (insoweit nicht veröffentlicht in ecolex 1996, 297) vertritt der OGH die Auffassung, § 25 Abs 1 letzter Satz KO sei nicht auf die begünstigte Lösung von Arbeitsverhältnissen gem § 25 Abs 1 KO beschränkt, sondern auch auf einen Austritt des Arbeitnehmers aus anderen Gründen anzuwenden, sofern nicht die Ausnahmetatbestände des § 46 Abs 1 Z 4 und 5 KO gegeben seien.

⁴⁸⁾ JAB 1475 BlgNR 18. GP 1.

³⁴⁾ Vgl NovakNF 1843; LGZ Wien Arb 4934 = EvBI 1948/83; OGH Arb 9285 = EvBI 1975/175 = SozM I E 109; Holzer/Reissner, DRdA 1994, 472; Bauer, ZIK 1995, 43.

³⁵⁾ Siehe P IV.

³⁶⁾ Dies liegt dann vor, wenn Erklärung und Zugang einer Kündigung vor Konkurseröffnung erfolgen, das Arbeitsverhältnis jedoch erst nach Konkurseröffnung endet; vgl Gutachten der Finanzprokuratur 30. 11. 1995, mitgeteilt durch BMAS 30.037/101-2/95, ARD 4714/30/96; vgl auch Liebeg, WBI 1994, 144 FN 11.

³⁷⁾ ZIK 1996, 61 = ÖJZ-LSK 1996/160, 161 = JBI 1996, 468. Daß Ansprüche infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses früher fällig werden, genügt für eine Einstufung als Beendigungsansprüche nicht; vgl Schwarz/Reissner/Holzer/Holler, Rechte 62.

³⁸⁾ ZIK 1996, 61 = ÖJZ-LSK 1996/160, 161 = JBI 1996, 468; Bauer, ZIK 1995, 43.

³⁹⁾ Vgl ZIK 1996, 61 = ÖJZ-LSK 1996/160, 161 = JBI 1996, 468; Bauer, ZIK 1995, 43.

⁴⁰⁾ Vgl Schwarz/Reissner/Holzer/Holler, Rechte 62.

Ob diese Behauptung zutrifft, ist mehr als zweifelhaft⁴⁹⁾: Man wollte nämlich „festschreiben“, daß Beendigungsansprüche aus einer konkursspezifischen Auflösung des Arbeitsverhältnisses – wie schon nach der Rechtslage seit dem IRÄG 1982 – Konkursforderungen sein sollten. Ohne eine derartige Norm wären nämlich alle Beendigungsansprüche, die nach der Konkurseröffnung begründet werden, Masseforderungen⁵⁰⁾; dies zufolge der allgemeinen (leider oft übersehenen) Systematik des § 1 Abs 2 KO, nach der nur persönliche Forderungen, die einem Gläubiger bereits zur Zeit der Konkurseröffnung gegen den Gemeinschuldner zugestanden sind, Konkursforderungen sein können⁵¹⁾. § 25 Abs 1 letzter Satz KO idF IRÄG 1994 ist daher entgegen der Behauptung der Mat eine Ausnahmeregelung von der allgemeinen Bestimmung des § 1 Abs 2 KO.

2. Eine umfassende Geltung des § 25 Abs 1 letzter Satz KO für Beendigungsansprüche im Konkurs hätte auch die höchst erstaunliche Folge, daß (sogar) die Ansprüche von Arbeitnehmern, die der Masseverwalter neu einstellt, als Konkursforderungen einzustufen wären⁵²⁾. Solche Ansprüche können freilich niemals bereits zur Zeit der Konkurseröffnung bestanden haben. Daß der Gesetzgeber mit einer bloß klarstellenden Bestimmung eine derart weitreichende Abweichung von der Grundregel des § 1 Abs 2 KO eingeführt haben sollte, ohne dies deutlicher herauszustreichen, ist keinesfalls anzunehmen.

3. Dazu kommt, daß eine umfassende Zurückstufung von Forderungen aus der Erbringung von Arbeitsleistung gegenüber der Konkursmasse⁵³⁾ generell auch Ansprüche betrafte, die nicht nach dem IESG gesichert sind. Dies stünde in unlösbarem Widerspruch zu den Intentionen eines Gesetzgebers, der gerade den Schutz der Arbeitnehmeransprüche hoch bewertet⁵⁴⁾. Außerdem wäre es wohl äußerst schwierig, bei einer solchen Rechtslage neue Arbeitnehmer zu finden⁵⁵⁾: Diese müßten ja bereits bei ihrer Einstellung damit rechnen, bloß eine Quote ihrer allfälligen Beendigungsansprüche zu erhalten.

§ 25 Abs 1 letzter Satz KO regelt daher **nur die Einstufung von Ansprüchen aus einer konkursspezifischen Auflösung von Arbeitsverhältnissen**. Diese Ansicht ist mittlerweile herrschend⁵⁶⁾. Beendigungsansprüche, die bei einer Auf-

lösung außerhalb des § 25 Abs 1 KO anfallen, sind nach dem allgemeinen System der KO zu qualifizieren.

C. Einstufung der Beendigungsansprüche nach dem allgemeinen System der Forderungsqualifikation

Bei der Einstufung von Beendigungsansprüchen ist zu beachten, daß es für die konkursrechtliche Qualifikation einer Forderung nicht auf den Zeitpunkt der Entstehung der Forderung, sondern auf den **Zeitpunkt ihrer Begründung** ankommt. Auch der Fälligkeitszeitpunkt ist nicht von Bedeutung⁵⁷⁾. § 1 Abs 2 KO stellt – wie erwähnt – darauf ab, daß einem Gläubiger ein vermögensrechtlicher Anspruch zur Zeit der Konkurseröffnung **zusteht**. Mit dieser Wendung ist die **Begründung einer Forderung vor Konkurseröffnung** gemeint⁵⁸⁾. Nur eine vor Konkurseröffnung begründete Forderung kann als Konkursforderung eingestuft werden.

Wann ist eine Forderung „zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung begründet“? Nach einer verbreiteten Ansicht ist diese Voraussetzung dann gegeben, wenn zu diesem Zeitpunkt bereits der „Schuldrechtsorganismus, der die Anspruchsgrundlage bildet“, also der Rechtsgrund für das Entstehen des Anspruchs, vorhanden ist⁵⁹⁾. Nicht erforderlich ist, daß die Forderung selbst zum Eröffnungszeitpunkt bereits entstanden – also durchsetzbar – ist. Zusätzlich muß zur Zeit der Verfahrenseröffnung bereits eine potentielle Haftung des Schuldnervermögens bestehen. Ob sich diese Vermögenshaftung schon in einem konkreten Anspruch aktualisiert hat, ist hingegen unerheblich⁶⁰⁾.

Für die Qualifikation von Arbeitnehmerforderungen bedeutet dies, daß es auf die Verwirklichung der **Rechtsgrundlage der Forderung**, also des Sachverhalts, der den Beendigungsanspruch auslöst, ankommt. Der Zeitpunkt der Entstehung der Forderung ist nicht maßgeblich.

Bei Einzelansprüchen, die aus einem **Dauerschuldverhältnis** entspringen, ist außerdem folgendes zu beachten: Der konkursbedingte Eintritt der Masse in das Dauerschuldverhältnis macht nicht alle daraus erwachsenden Einzelansprüche zu Masseforderungen. Für die Qualifikation der Einzelansprüche ist jeweils der Zeitpunkt maßgebend, zu dem die Rechtsgrundlage für den Einzelanspruch gelegt wurde⁶¹⁾. Daraus folgt, daß es auch keine „Generallösung“ für alle Beendigungsansprüche aus einer Auflösung nach Konkurseröffnung geben kann⁶²⁾.

Das soeben aufgezeigte Abgrenzungskriterium wurde 1982 für Abgabenforderungen auch ausdrücklich im Gesetz verankert. Dies entsprach dem Willen des Gesetzgebers des IRÄG 1982, zur Bekämpfung der Massearmut hinsichtlich der Forderungsqualifikation auf einen möglichst frühen Zeitpunkt abzustellen⁶³⁾. § 46 Abs 1 Z 2 KO idF IRÄG 1982 bestimmt daher, daß sich die insolvenzrechtliche Qualifika-

teilt durch BMAS 30.037/101-2/95, ARD 4714/30/96. Abweichend neuerdings RdW 1996, 278 = ARD 4756/96 = ZIK 1996, 170 und ARD 4773/12/96 (insoweit nicht veröffentlicht in ecolex 1996, 297).

⁵⁷⁾ Holzer/Reissner, DRdA 1994, 472f; Bauer, ZIK 1995, 43.

⁵⁸⁾ Vgl den Wortlaut der § 3 dKO und § 38 dInsO.

⁵⁹⁾ Vgl etwa Kuhn/Uhlenbruck, KO § 3 Rz 11; Henckel in Jaeger, KO § 3 Rz 31; dies gilt auch für das österreichische Recht; vgl Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzschrift 94.

⁶⁰⁾ Kuhn/Uhlenbruck, KO § 3 Rz 11 mwN; Kilger/Karsten Schmidt, KO § 3 Anm 4.

⁶¹⁾ Vgl in diesem Zusammenhang Häsemeyer, Insolvenzschrift 306.

⁶²⁾ So aber im Ansatz Grießer, RdW 1995, 186ff.

⁶³⁾ Vgl JAB 1147 BlgNR 15. GP 2; WBI 1995, 203 = ARD 4655/33/95 = ZIK 1995, 153.

⁴⁹⁾ Vgl dazu Liebeg, WBI 1994, 144f FN 11.

⁵⁰⁾ Vgl dazu § 46 Abs 1 Z 4 KO idF BGBl 1959/253, nach dem erst nach der Konkurseröffnung fällig werdende Beendigungsansprüche Masseforderungen waren. Dieser Bestimmung wurde bloß klarstellender Charakter zugeschrieben; Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzschrift 527. Allerdings ist für die insolvenzrechtliche Einstufung einer Forderung nicht der Fälligkeitszeitpunkt, sondern der Zeitpunkt ihrer Begründung maßgeblich; siehe sogleich unten P VI.C.

⁵¹⁾ Eine Qualifikation der Beendigungsansprüche als bereits mit Abschluß des Arbeitsvertrags bedingt entstandene Forderungen (vgl Liebeg, WBI 1996, 77) ist ausgeschlossen: Zu diesem Zeitpunkt besteht noch keine Rechtsgrundlage für das Entstehen von Beendigungsansprüchen; siehe unten P VI.C., E. und G.2.a)aa).

⁵²⁾ So auch tatsächlich Frauenberger, ecolex 1994, 336.

⁵³⁾ Nach hA ist diese während des Konkursverfahrens Arbeitgeber, aA offenbar Grießer, RdW 1995, 190; ders, RdW 1996, 269, der den Masseverwalter selbst als Arbeitgeber sieht.

⁵⁴⁾ Vgl in diesem Zusammenhang DRdA 1995, 158 (Reissner) = ARD 4634/13/95 = SZ 67/85; Grießer, ZAS 1994, 189.

⁵⁵⁾ Frauenberger, ecolex 1994, 336.

⁵⁶⁾ WBI 1996, 75 (Lieg) = ZIK 1996, 26 = ARD 4745/29/96 = RdW 1996, 279; Holzer/Reissner, DRdA 1994, 472; Bauer, ZIK 1995, 43; Reissner, DRdA 1995, 163; Holzapfel in Feldbauer ua, Krisenmanagement 229; aA Frauenberger, ecolex 1994, 336; Liebeg, WBI 1994, 144 FN 11; Grießer, ZAS 1994, 115; Gutachten der Finanzprokuratur 30. 11. 1995, mitge-

tion von Abgabeforderungen nach dem Zeitpunkt der Verwirklichung des abgabenrechtlich relevanten Sachverhalts, also nach dem Rechtsgrund der Steuerforderung richtet. Der Zeitpunkt des Entstehens der Steuerschuld ist hingegen nicht von Bedeutung⁶⁴).

Für Beendigungsansprüche gilt daher folgendes: Ausschlaggebendes Moment für deren Begründung ist nicht etwa bereits der Abschluß des Arbeitsvertrags⁶⁵). Zu diesem Zeitpunkt ist noch keine Rechtsgrundlage für den Beendigungsanspruch vorhanden. Außerdem ließen sich auf diese Weise sämtliche Beendigungsansprüche – ausgenommen jene aus Neueinstellungen des Masseverwalters – auf Konkursforderungen reduzieren, gleich, wann und weshalb das Arbeitsverhältnis endet.

Anknüpfungsmoment ist vielmehr die **Auflösung des Arbeitsverhältnisses**⁶⁶). Darauf weist auch die Definition der Beendigungsansprüche („Ansprüche, für deren Entstehen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses maßgebliche Voraussetzung ist“⁶⁷) hin.

Vor diesem Hintergrund soll im folgenden eine Qualifikation versucht werden.

D. Das Arbeitsverhältnis wird vor Konkurs-eröffnung aufgelöst und beendet

Unproblematisch ist die Rechtslage bei **Auflösung und Beendigung** des Arbeitsverhältnisses **vor Konkurseröffnung**: Sämtliche⁶⁸) Ansprüche des Arbeitnehmers sind vor Konkurseröffnung begründet und damit Konkursforderungen⁶⁹).

E. Das Arbeitsverhältnis wird vor Konkurs-eröffnung aufgelöst, endet aber erst nach Konkurseröffnung

Erfolgen Erklärung und **Zugang einer Kündigung** (des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers) **vor Konkurseröffnung**, endet das Arbeitsverhältnis jedoch erst nach dieser, so gilt für die Beendigungsansprüche folgendes:

Die hA⁷⁰) erachtet hier den „Beendigungszeitpunkt“ als entscheidend. Nicht genau ausgeführt wird, ob bei Beendigung durch Kündigung der Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses (durch Erklärung und Zugang der Kündigung) oder der des Kündigungstermins (also das tatsächliche Ende des Arbeitsverhältnisses) ausschlaggebend sein soll.

Nach dem vorhin⁷¹) Gesagten richtet sich die konkursrechtliche Einstufung nach dem Zeitpunkt der Begründung eines Anspruchs, also nach der Verwirklichung des Sachverhalts, der den Anspruch auslöst. Im konkreten Fall liegt die rechtsgestaltende Handlung, an die sich vermögensrechtliche Ansprüche knüpfen, in der Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Erklärung und Zugang der Kündigung⁷²). Das tatsächliche Ende des Arbeitsverhältnisses ist hierfür nicht von Bedeutung. Bis zur Auflösung des Arbeitsverhält-

nisses liegt noch nicht der Tatbestand vor, „aus dem der Anspruch fließt“. Es handelt sich vielmehr um eine Forderung, deren Leistungsinhalt erst durch den Eintritt einer künftigen Tatsache bestimmt wird; also um einen künftigen Anspruch, für den (solange er nicht begründet ist) die Masse nicht haftet⁷³). Dies gilt auch dann, wenn die Grundlage für das künftige Forderungsrecht bereits gelegt ist. Erst mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist die materiellrechtliche Grundlage für den Beendigungsanspruch vorhanden.

Richtigerweise ist daher der Zeitpunkt des **Zugangs der Kündigungserklärung für die konkursrechtliche Einstufung der Beendigungsansprüche ausschlaggebend**⁷⁴).

Erfolgt daher die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor Konkurseröffnung, so sind die anfallenden Beendigungsansprüche **Konkursforderungen**⁷⁵); dies ungeachtet des Umstands, daß das tatsächliche Ende des Arbeitsverhältnisses erst nach Konkurseröffnung eintritt.

Dies gilt auch für die **Abfertigung**. Daß hier nicht – wie bei Sonderzahlungen – nach aliquoten Anteilen aufzuspalten ist, findet seine Rechtfertigung im verschiedenen rechtlichen Charakter von Sonderzahlung und Abfertigung: Jene gehört zum laufenden Entgelt und wird mit der Erbringung der jeweiligen Arbeitsleistung begründet. Die Abfertigung hingegen errechnet sich zwar nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses; die Begründung des Abfertigungsanspruchs ist jedoch an die Auflösung des Arbeitsverhältnisses geknüpft. Bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor Konkurseröffnung ist daher der gesamte Abfertigungsanspruch Konkursforderung⁷⁶).

Da es sich hier um betagte unverzinsliche Forderungen iSd § 14 Abs 2 und 3 KO handelt, sind sie für den Zeitraum ab Konkurseröffnung bis zum Fälligkeitstag um den Zwischenszins zu kürzen⁷⁷).

F. Das Arbeitsverhältnis wird gem § 25 Abs 1 KO aufgelöst

Beendigungsansprüche, die bei einer begünstigten Lösung von Arbeitsverhältnissen gem § 25 Abs 1 KO anfallen, sind nach der ausdrücklichen Anordnung des Abs 1 letzter Satz leg cit **Konkursforderungen**⁷⁸). Überdies sind sie gem § 1 Abs 2 Z 1 iVm § 3 Abs 3 IESG gesichert⁷⁹).

G. Das Arbeitsverhältnis wird nach Konkurs-eröffnung aus allgemein arbeitsrechtlichen Gründen aufgelöst

1. Meinungsstand

Welche Tragweite die hier nötige Qualifikation auf Grund der allgemeinen Bestimmungen der KO über die

⁶⁴) Vgl etwa SZ 60/247 = WBI 1988, 92 = RdW 1988, 173 = EvBl 1988/86; WBI 1989, 128; JBl 1993, 795 (Schumacher); WBI 1995, 203 = ARD 4655/33/95 = ZIK 1995, 153.

⁶⁵) Vgl Liebeg, WBI 1996, 77.

⁶⁶) Vgl auch unten P VI.E. und G.2.a)aa).

⁶⁷) Vgl oben P VI.A.

⁶⁸) Dies gilt etwa auch für Abfertigungsansprüche, die bei Konkurseröffnung noch nicht fällig sind.

⁶⁹) Unstrittig, vgl Bauer, ZIK 1995, 42.

⁷⁰) Holzer/Reissner, DRdA 1994, 472f; Schwarz/Reissner/Holzer/Holler, Rechte 62; Bauer, ZIK 1995, 43.

⁷¹) Siehe P VI.C.

⁷²) Abweichendes gilt für die vorzeitige Auflösung aus wichtigen arbeitsrechtlichen Gründen; siehe unten P VI.G.2.a).

⁷³) Vgl Henckel in Jaeger, KO § 3 Rz 38; Kuhn/Uhlenbruck, KO § 3 Rz 13. Künftig entstehender und bedingter Anspruch sind konkursrechtlich säuberlich zu trennen; vgl nur die Abgrenzung bei Kuhn/Uhlenbruck, KO § 3 Rz 12 und 13.

⁷⁴) Vgl Bartsch in Bartsch/Pollak, KO I 244 FN 26; Fröhlich, Forderungsentstehung im Bereiche des Ausgleichsrechts, JBl 1931, 89ff. In vergleichbarer Weise kommt es auch bei einer Beendigung gem § 25 KO nur darauf an, daß die Auflösung innerhalb der Frist ausgesprochen wird; vgl Schwarz/Reissner/Holzer/Holler, Rechte 52 und oben P II.A.

⁷⁵) Vgl auch die Übersicht bei Höfle/Reisch, ZIK 1996, 114.

⁷⁶) Vgl nur Schwarz/Reissner/Holzer/Holler, Rechte 62; vgl aber auch Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht 307.

⁷⁷) Bartsch in Bartsch/Pollak, KO II/1, 193; Kuhn/Uhlenbruck, KO § 65 Rz 9ff.

⁷⁸) Vgl oben P VI.B.

⁷⁹) Vgl Liebeg, IESG 120f.

Einordnung von Forderungen auf die Einstufung der bei dieser Variante anfallenden Beendigungsansprüche hat, ist äußerst umstritten: Ein Teil der Lehre⁸⁰⁾ ordnet Beendigungsansprüche auf Grund nicht begünstigter Auflösung den Konkursforderungen zu; ein anderer Teil meint, es handle sich um Masseforderungen⁸¹⁾ bzw uU sogar um ausgeschlossene Forderungen⁸²⁾.

In der Rsp zeichnet sich derzeit eine einheitliche Linie ab: Der OGH hat vor kurzem in einer E 8. 11. 1995⁸³⁾ ausgesprochen, daß jedenfalls solche **Ansprüche aus der Beendigung** von Arbeitsverhältnissen, in die „der Masseverwalter ausdrücklich oder schlüssig eingetreten ist“ bzw die der Masseverwalter neu abgeschlossen hat, im Konkurs **als Masseforderungen** zu qualifizieren sind. Was außerhalb dieser Fälle rechtens ist, wurde in dieser Entscheidung offengelassen.

In zwei jüngeren E⁸⁴⁾ wollte der OGH den Anwendungsbereich des § 25 Abs 1 letzter Satz KO **nicht auf die begünstigte Lösung** von Arbeitsverhältnissen gem § 25 Abs 1 KO **beschränkt** wissen, sondern die Bestimmung auch auf einen Austritt des Arbeitnehmers aus anderen Gründen anwenden, sofern nicht die Ausnahmetatbestände des § 46 Abs 1 Z 4 und 5 KO gegeben seien⁸⁵⁾. Die bei einem nach Konkurseröffnung erklärten berechtigten vorzeitigen Austritt gem § 26 Z 2 AngG anfallenden Beendigungsansprüche wurden als Konkursforderungen qualifiziert, weil kein Eintritt des Masseverwalters in die Arbeitsverhältnisse angenommen wurde.

2. Auflösung nach Konkurseröffnung wegen Umständen, die zeitlich vor der Konkurseröffnung liegen

a) Unbefristete Arbeitsverhältnisse

aa) Handeln des Arbeitnehmers

1. Häufig erklärt ein Arbeitnehmer kurz nach der Konkurseröffnung seinen berechtigten⁸⁶⁾ Austritt, weil ihm der spätere Gemeinschuldner Bezüge vorenthalten hat (§ 26 Z 2 AngG)⁸⁷⁾. Die Rsp und ein Teil der Lehre wollen hier § 25 Abs 1 letzter Satz KO anwenden⁸⁸⁾; danach wäre der Beendigungsanspruch Konkursforderung.

2. Jüngst vertrat der OGH⁸⁹⁾ allerdings die Ansicht, der Arbeitnehmer könne sich dem Masseverwalter gegenüber nicht auf den Austrittsgrund des § 26 Z 2 AngG berufen, wenn Arbeitsentgelt vor Konkurseröffnung nicht bezahlt

wurde. Aus dem in § 26 Z 2 AngG verwendeten Wort „vorenthalten“ ergebe sich, daß sich der Dienstgeber bewußt sein müsse, den Dienstnehmer in seinen gesetzmäßigen Entgeltansprüchen zu schmälern. Das **Vorenthalten** der Bezahlung sei aber **dem Masseverwalter nicht** unmittelbar **zuzurechnen**. Dieser dürfe vom Gemeinschuldner verursachte Rückstände nicht sofort und vollständig bezahlen, weshalb er kein Entgelt „vorenthalte“. Außerdem wandle sich mit Konkurseröffnung der Entgeltzahlungsanspruch des Arbeitnehmers in einen Konkursteilnahmeanspruch um, der rechtlich nicht geeignet sei, einen vorzeitigen Austritt zu begründen.

Diese Auffassung resultiert aus einer – neuerdings wiederholt anzutreffenden – Betrachtung des Masseverwalters als „vom Gemeinschuldner verschiedener Arbeitgeber“⁹⁰⁾, dessen Rechtsposition weitgehend losgelöst von der des Gemeinschuldners gesehen wird⁹¹⁾. Ihr ist nicht zu folgen⁹²⁾, weil sie der gesetzlichen Konstruktion nicht gerecht wird: Wie noch genauer dargelegt werden wird⁹³⁾, bewirkt die durch die Konkurseröffnung ausgelöste Dispositionsunfähigkeit des Gemeinschuldners, daß dessen Dispositionsrechte auf den Masseverwalter übergehen⁹⁴⁾; jedoch bleibt der Gemeinschuldner der Vertragspartner der Arbeitnehmer⁹⁵⁾. Das bloße Übergehen der Dispositionsrechte auf den Masseverwalter kann daher die Annahme eines Verlusts des Austrittsrechts der Arbeitnehmer keinesfalls stützen.

Leistet der spätere Gemeinschuldner als Arbeitgeber gebührendes Entgelt bei Eintritt des Fälligkeitstermins ohne Rechtfertigung nicht oder nicht zur Gänze, so begründet er damit einen rechtswidrigen Dauerzustand⁹⁶⁾. Daß ein solcher Dauerzustand auch bei rückständigen Lohnforderungen im Konkurs vorliegt, ist unbestritten⁹⁷⁾. Einschränkungen sind allerdings insoweit zu treffen, als es sich um gesicherte Ansprüche handelt: Kann der Arbeitnehmer damit rechnen, daß ihm sein rückständiges Entgelt in Form des Insolvenz-Ausfallgelds (uU auch im Weg der Vorfinanzie-

⁸⁰⁾ Sehr formalistisch: *Liebeg*, WBI 1996, 77; *Grießer*, RdW 1996, 269.

⁹¹⁾ Vgl etwa *Liebeg*, WBI 1996, 77, der die Beachtlichkeit von durch den Masseverwalter ausgesprochenen Kündigungen in Frage stellt, solange dieser „nicht in die Arbeitsverträge eingetreten ist“. Bezeichnend für eine solche Betrachtungsweise sind die Äußerungen *Grießers* (RdW 1996, 269), der ausführt, § 46 KO sehe keine durch Gesetz angeordnete Rechtsnachfolge des Masseverwalters in die vertragliche Stellung des Gemeinschuldners vor. Dem Masseverwalter werde eine „besondere Rechtsposition“ eingeräumt. Mache er daher von der Möglichkeit Gebrauch, in ein Arbeitsverhältnis einzutreten, so sei dieses Verhalten wie der Abschluß eines neuen Rechtsgeschäfts zu werten. Vgl unten P VI.G.3.

⁹²⁾ So auch *Konecny*, Vorzeitiger Austritt im Konkurs wegen eines Entgeltrückstands, ZIK 1996, 146f.

⁹³⁾ Vgl unten P VI.G.3.

⁹⁴⁾ Parallel gelagert ist der Fall der bei einem Vertragspartner eintretenden Geschäftsunfähigkeit: Auch hier kommt es dadurch, daß Rechts-handlungen nun vom gesetzlichen Vertreter zu setzen sind, zu keinem Wechsel der Vertragsparteien.

⁹⁵⁾ Besonders anschaulich wird dies im Konkurs einer Kapitalgesellschaft. Ein Wechsel der Geschäftsführer vermag nichts an der Identität des Arbeitgebers (der Gesellschaft) zu ändern; *Konecny*, ZIK 1996, 147. Dasselbe muß aber auch für die Insolvenz der Gesellschaft gelten, bei der – im Hinblick auf Massevermögen – die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Masseverwalters an die Stelle der Befugnisse der organschaftlichen Vertreter tritt; vgl dazu auch *Häsemeyer*, Insolvenzrecht 724f.

⁹⁶⁾ Statt vieler *Martinek/Schwarz/Schwarz*, AngG § 26 Anm 16 und 21. Dasselbe gilt dann, wenn der Arbeitgeber schon vorher dem Angestellten gegenüber erklärt, nicht zahlen zu können oder zu wollen.

⁹⁷⁾ So ZIK 1996, 131 = WBI 1996, 325.

⁸⁰⁾ Etwa: *Frauenberger*, *ecolex* 1995, 336; *Liebeg*, WBI 1994, 144.

⁸¹⁾ *Grießer*, RdW 1995, 190.

⁸²⁾ *Holzer/Reissner*, DRdA 1994, 473; *Schwarz/Reissner/Holzer/Holler*, Rechte 63.

⁸³⁾ WBI 1996, 75 (*Liebeg*) = ZIK 1996, 26 = ARD 4745/29/96 = RdW 1996, 279 = DRdA 1996, 163. Vgl auch *Höfle/Reisch*, ZIK 1996, 114f, die sich offenbar an der Rechtsprechung des OGH orientieren wollen, in einer schematischen Übersicht jedoch alle bei einer nach Konkurseröffnung nach arbeitsrechtlichen Bestimmungen erfolgenden Auflösung eines Arbeitsverhältnisses anfallenden Beendigungsansprüche als Masseforderungen einstufen.

⁸⁴⁾ RdW 1996, 278 = ARD 4756/42/96 = ZIK 1996, 170 und ARD 4773/12/96 (insoweit nicht veröffentlicht in *ecolex* 1996, 297).

⁸⁵⁾ Vgl unten P VI.G.3.

⁸⁶⁾ Zu den Wirkungen vgl *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht 617f.

⁸⁷⁾ Vgl WBI 1996, 75 (*Liebeg*) = ZIK 1996, 26 = ARD 4745/29/96 = RdW 1996, 279 = DRdA 1996, 163.

⁸⁸⁾ RdW 1996, 278 = ARD 4756/42/96 = ZIK 1996, 170; ARD 4773/12/96 (insoweit nicht veröffentlicht in *ecolex* 1996, 297); für eine analoge Anwendung *Bauer*, ZIK 1995, 44f.

⁸⁹⁾ ZIK 1996, 131 = WBI 1996, 325.

rung durch eine Bank gegen Abtretung des Anspruchs auf Insolvenz-Ausfallgeld, wobei ihn aber ansonsten **keine Belastung und keinerlei Haftungsrisiko** treffen dürfen⁹⁸⁾) geleistet wird und ist ihm das Abwarten dieser Zahlung zumutbar, so liegt **kein zum Austritt berechtigender Rückstand** mehr vor.

Der springende Punkt ist nun, ob das ab Konkurseröffnung geltende gesetzliche Zahlungsverbot die Rechtswidrigkeit dieses Dauerzustands ex nunc mit der Wirkung beseitigen kann, daß ein Austrittsrecht nicht mehr zusteht. Dies ist aus folgenden Überlegungen zu verneinen: Gegenstand der Austrittserklärung ist nicht das Vorenthalten von Entgelt durch den Masseverwalter, sondern durch den späteren Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung. Auch bezüglich der Rechtswidrigkeit ist auf den Zeitpunkt des Vorenthaltes von Entgelt durch den Gemeinschuldner abzustellen: Vor Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner gesetzte Akte verlieren grundsätzlich⁹⁹⁾ mit Konkurseröffnung nicht ihre Gültigkeit, wirken insofern auch gegen den seine Dispositionsrechte ausübenden Masseverwalter¹⁰⁰⁾. Die konkursbedingte Modifikation der Haftungsverwirklichung bewirkt zwar, daß rückständige Entgeltforderungen vom Masseverwalter nicht sofort und vollständig ausbezahlt werden dürfen, sondern vielmehr mit den Mitteln des Konkursverfahrens (dh im Wege der Forderungsanmeldung) geltend zu machen sind¹⁰¹⁾. Dieses Zahlungsverbot ist aber die notwendige Folge eines Verfahrens, das der Schuldenbereinigung des Gemeinschuldners dient, daher ein Ereignis, das in der Sphäre des Arbeitgebers liegt und diesem zuzurechnen ist. Keinesfalls darf daraus eine unbillige Benachteiligung des Arbeitnehmers resultieren. Eine Lösung, die das Austrittsrecht wegen dieser gesetzlichen Konstruktion versagen würde, wäre sachlich nicht zu rechtfertigen¹⁰²⁾. Das konkursbedingte **Zahlungsverbot nimmt** dem vom Gemeinschuldner begründeten Dauerzustand daher **nicht die Rechtswidrigkeit**¹⁰³⁾.

Entsprechendes gilt auch für das Kriterium der **Vorwerfbarkeit**: Nach stRsp steht das Austrittsrecht gem § 26 Z 2 AngG nur dann zu, wenn der Arbeitgeber das Entgelt (zumindest) fahrlässig¹⁰⁴⁾ vorenthalten hat; in seiner E 25. 4.

1996, 8 Ob S 4/96¹⁰⁵⁾) verlangt der OGH, daß sich der Arbeitgeber „bewußt“ sein muß, den Arbeitnehmer in seinen gesetzmäßigen Entgeltansprüchen zu schmälern. Auch diesbezüglich kommt es nur darauf an, ob dem späteren Gemeinschuldner zur Zeit des Vorenthaltes der Bezahlung bewußt war, daß er den Arbeitnehmer in seinen gesetzmäßigen Entgeltansprüchen schmälert; das durch die Konkurseröffnung ausgelöste, in der Sphäre des Arbeitgebers liegende Zahlungsverbot kann daran nichts ändern. Daß der Masseverwalter rückständiges Entgelt nicht „bewußt“ vorenthalten kann, ist daher irrelevant.

Daraus folgt: Der rechtswidrige Dauerzustand, der dadurch ausgelöst wird, daß der spätere Gemeinschuldner als Arbeitgeber das gebührende Entgelt bei Fälligkeit ohne Rechtfertigung nicht oder nicht zur Gänze (zumindest) fahrlässig nicht bezahlt, dauert ungeachtet der Konkurseröffnung fort, solange der Rückstand besteht. Das **Austrittsrecht** bleibt insoweit gewahrt, als der Arbeitnehmer (zum Teil) **ungesicherte Entgeltforderungen** hat bzw als er zwar gesicherte Forderungen hat, aber eine Zahlung aus dem Insolvenzfallgeld-Fonds nur mit – uU mehrmonatiger – **Verspätung** erwarten kann¹⁰⁶⁾ und auch eine gegen Abtretung des Anspruchs auf Insolvenz-Ausfallgeld erfolgende Vorfinanzierung durch eine Bank nicht in Aussicht ist. Nur im Falle einer in zumutbarer Zeit erfolgenden Zahlung durch den Fonds oder im Weg einer Vorfinanzierung durch eine Bank – wobei den Arbeitnehmer außer der Einrichtung eines entsprechenden Kreditkontos **keine sonstigen Verpflichtungen, insb keine Haftungsrisiken** treffen dürfen – hat der Arbeitnehmer **kein Austrittsrecht**¹⁰⁷⁾.

3. Nach dem oben¹⁰⁸⁾ Gesagten ist nach allgemeinen konkursrechtlichen Grundsätzen der Zeitpunkt der Begründung des Beendigungsanspruchs für die konkursrechtliche Einstufung maßgebend. Anknüpfungsmoment für die Begründung ist die Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Im Fall eines vorzeitigen Austritts aus wichtigen Gründen liegt die **Begründung eines Beendigungsanspruchs** aber nicht erst in der Erklärung und im Zugang der Auflösung¹⁰⁹⁾ selbst, sondern bereits in der **Setzung des Austrittsgrunds** durch den späteren Gemeinschuldner. Damit ist die materiellrechtliche Grundlage für den Beendigungsanspruch gelegt; bloß die Durchsetzung obliegt noch dem Arbeitnehmer. Vor diesem Zeitpunkt handelt es sich – auch im Falle der Abfertigung, deren Höhe sich nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses bemißt¹¹⁰⁾ – bloß um einen künftigen Anspruch, für den keine Massehaftung besteht¹¹¹⁾.

Im konkreten Fall bedeutet das folgendes: Der Sachverhalt, der den Beendigungsanspruch auslöst, ist das Vorenthalten der Bezüge. Bloß die Entstehung des Beendigungsanspruchs ist durch die Abgabe der Austrittserklärung bedingt. Dabei erfolgt nur noch die Geltendmachung des

⁹⁸⁾ ZIK 1996, 131 = WBI 1996, 325.

⁹⁹⁾ Vgl dazu SZ 59/45 = DRdA 1987, 69 = JBI 1986, 740; RdW 1987, 133.

¹⁰⁰⁾ Vgl EvBl 1981/98 = SZ 54/32 = Arb 9956 = ARD 3329/7/81 = DRdA 1981, 387 (krit *Spielbüchler*) = ZAS 1982, 175 (zust *Marhold*); DRdA 1983, 291 = ARD 3531/9/83 = SozM I A/d 1315; *Krejci* in *Rummel*, Rz 50 zu § 1162. Selbstverständlich soll damit nicht bekannten Mißbräuchen das Wort geredet werden.

¹⁰¹⁾ Siehe P VI.C.

¹⁰²⁾ Außerhalb der Fälle einer vorzeitigen Auflösung aus wichtigen arbeitsrechtlichen Gründen werden Beendigungsansprüche mit Erklärung (und Zugang) der Auflösung begründet; vgl oben P VI.E.

¹⁰³⁾ Vgl oben P VI.E.

¹⁰⁴⁾ Vgl oben P VI.E.

⁹⁸⁾ Die Rechtsprechung nimmt im ähnlich gelagerten Fall des Austritts wegen vorenthaltenen Entgelts im Ausgleich eine Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitnehmers an der Vorfinanzierung des Insolvenz-Ausfallgeldes an, wenn es dadurch zu keiner Belastung des Arbeitnehmers kommt: EvBl 1981/98 = SZ 54/32 = Arb 9956 = ARD 3329/7/81 = DRdA 1981, 387 (krit *Spielbüchler*) = ZAS 1982, 175 (zust *Marhold*). Vgl auch DRdA 1983, 291 = ARD 3531/9/83 = SozM I A/d 1315, nach der bereits Zweifel an der Haftungsfreistellung des Arbeitnehmers im Rahmen eines Vorfinanzierungsvorgangs diesem sein Austrittsrecht erhalten.

⁹⁹⁾ Vgl *Bartsch/Heil*, Grundriß Rz 247 ff.

¹⁰⁰⁾ Vgl *Konecny*, ZIK 1996, 147.

¹⁰¹⁾ Etwas anderes gilt bei Verzicht auf die Konkursteilnahme; vgl *Jelinek*, Konkursfreiheit und Gläubigerrecht, in *Kralik-FS* 237 ff.

¹⁰²⁾ Zu bedenken ist auch, daß auf diese Weise „loyalere“ Arbeitnehmer, die mit ihrer Austrittserklärung zuwarten, gröblich gegenüber jenen benachteiligt würden, die bei Vorenthalten von Entgelt sofort ihren Austritt erklären.

¹⁰³⁾ Ebenso *Konecny*, ZIK 1996, 147 f, der außerdem das Argument, die Umwandlung des Entgeltanspruchs in einen Konkursteilnahmeanspruch bewirke einen Verlust des Austrittsrechts, zutreffend damit entkräftet, daß die Konkurseröffnung nur Leistungsansprüche, nicht jedoch auch Gestaltungsrechte, die bereits aus der vertraglichen Beziehung zwischen Gemeinschuldner/Konkursmasse und ihren Partnern entstanden sind, berühren kann.

¹⁰⁴⁾ Der Austrittsgrund ist daher gegeben, wenn der Arbeitgeber gewußt hat oder infolge der ihm obliegenden Sorgfaltspflicht hätte wissen müssen, daß seine Vorgangsweise unrechtmäßig ist; bloß objektive Rechtswidrigkeit reicht nicht aus; Arb 9082.

bereits „im Keim existent gewordenen“¹¹²⁾ (dh: begründeten) Anspruchs. Dazu kommt, daß es die – so oft erwähnte – Maxime der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer gebietet, die Forderungen von Arbeitnehmern, deren Bezüge im selben Zeitraum vorenthalten wurden, im Konkurs gleich zu qualifizieren. Der eher zufällige Zeitpunkt der Abgabe der Austrittserklärung darf nicht ausschlaggebend sein.

Derartige Beendigungsansprüche sind also iSd § 1 Abs 2 KO Ansprüche, die dem Arbeitnehmer zur Zeit der Konkursöffnung zugestanden sind. Sie sind somit als **Konkursforderungen** zu qualifizieren¹¹³⁾, die als bedingte Forderungen gem § 16 KO zu behandeln sind. Daß die genaue Höhe des Beendigungsanspruchs zur Zeit der Konkursöffnung uU noch nicht bestimmt ist, hindert eine Qualifikation als Konkursforderung keineswegs (arg § 14 Abs 1 KO, der auch Forderungen, deren Geldbetrag unbestimmt ist, bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen zu **Konkursforderungen** erklärt)¹¹⁴⁾.

Hinsichtlich solcher Beendigungsansprüche liegt daher auch keine Gesetzeslücke vor¹¹⁵⁾. Für eine analoge Anwendung des § 25 Abs 1 letzter Satz KO¹¹⁶⁾, mag sie auch zum selben Ergebnis führen, besteht hier daher kein Bedarf.

Die mit der Verwirklichung des Austrittsgrunds begründeten Konkursforderungen schlagen auch nicht etwa durch einen „Eintritt des Masseverwalters“ in Masseforderungen um. Eine solche Veränderung des Charakters einer Forderung ist zwar grundsätzlich möglich: Diese muß also nicht notwendigerweise nach Konkursöffnung vollkommen neu ihren Ursprung nehmen, um Masseforderung zu sein. Im konkreten Fall handelt es sich aber um einen kraft Gesetzes vollziehenden Eintritt der Masse in das Dauerrechtsverhältnis¹¹⁷⁾; damit ist keine Änderung des materiellen Gehalts des bereits begründeten Einzelanspruchs verbunden¹¹⁸⁾. Dieser Eintritt kann daher keine Masseforderung zum Entstehen bringen.

bb) Handeln des Masseverwalters

Entsprechendes gilt aber auch für gerechtfertigte¹¹⁹⁾ **Entlassungen durch den Masseverwalter**: Hat ein Arbeitnehmer vor Konkursöffnung Entlassungsgründe gesetzt, so sind seine Beendigungsansprüche (Urlaubsabfindung) als Konkursforderungen zu qualifizieren, obgleich hier erst der Masseverwalter eine Rechtshandlung gesetzt hat, indem er die Entlassung ausgesprochen hat.

Die Folge ist eine gleichmäßige Behandlung von Austritt und Entlassung: Arbeitnehmer, die nach der Konkursöffnung wegen vorkonkurslichen Vorenthalten von Bezügen berechtigt austreten und mit ihren Beendigungsansprüchen auf die Quote verwiesen sind, stehen nicht schlechter als Arbeitnehmer, die wegen vor Konkursöffnung verwirklichter Entlassungsgründe vom Masseverwalter entlassen werden; auch diesen stehen **keine Masseforderungen** zu¹²⁰⁾.

¹¹²⁾ Vgl. *Liebeg*, WBI 1996, 77.

¹¹³⁾ So im Ergebnis offenbar auch *Grießer*, RdW 1996, 270, der ausführt, es handle sich um Konkursforderungen „kraft Gesetzes“.

¹¹⁴⁾ Vgl. *Henckel in Jaeger*, KO § 3 Rz 38.

¹¹⁵⁾ AM *Grießer*, RdW 1995, 188; *Bauer*, ZIK 1995, 46.

¹¹⁶⁾ Dafür *Bauer*, ZIK 1995, 46f.

¹¹⁷⁾ Vgl. *Bartsch in Bartsch/Pollak*, Komm I 281; zum ex-lege-Eintritt der Konkursmasse vgl. auch unten P VI.G.3.

¹¹⁸⁾ Vgl. auch *Häsemeyer*, Insolvenzrecht 304 ff.

¹¹⁹⁾ Zur ungerechtfertigten Entlassung siehe unten P VI.G.3.

¹²⁰⁾ Ggt im Ergebnis *Bauer*, ZIK 1995, 46f, die im Wege einer analogen Anwendung des § 25 Abs 1 letzter Satz KO für die erstgenannten Ansprüche zu Konkursforderungen, für Beendigungsansprüche aus einer Entlassung durch den Masseverwalter aber zu Masseforderungen gem § 46 Abs 1 Z 5 KO gelangt.

Daß ein anderes Resultat gerade unter dem Aspekt der Gleichbehandlung und als Privilegierung eines rechtswidrigen Verhaltens der Arbeitnehmer untragbar ist, liegt auf der Hand.

Gegen diese Einordnung spricht auf den ersten Blick allerdings § 46 Abs 1 Z 5 KO. Dieser erklärt alle Ansprüche aus Rechtshandlungen des Masseverwalters zu Masseforderungen. Zu bedenken ist aber folgendes: Der Ausspruch einer Entlassung ist zwar eine Rechtshandlung des Masseverwalters, doch ist dieser Akt in concreto nicht geeignet, Masseforderungen zu erzeugen. Deutlich ergibt sich diese Einschränkung bei einer Bedachtnahme auf den Sinn der Regelung der Z 5 leg cit: Soll der Masseverwalter imstande sein, die ihm übertragene Aufgabe der Masseverwaltung und -verwertung durchzuführen, so muß ein Dritter, zu dem neue Rechtsbeziehungen begründet werden, sich darauf verlassen können, volle Erfüllung aus der Masse zu erhalten¹²¹⁾.

Der konkrete Fall ist anders gelagert: Die Berechtigung zum Ausspruch einer Entlassung aus Verschulden des Arbeitnehmers wurde bereits vor Konkursöffnung begründet, und zwar mit der Verwirklichung des Entlassungsgrunds. Dieses „Entlassungsrecht“ kann vom verfügungsunfähigen Gemeinschuldner nicht mehr wahrgenommen werden; die Ausübung muß daher dem Masseverwalter obliegen. Gleichzeitig mit der Begründung des „Entlassungsrechts“ sind auch die Beendigungsansprüche „im Keim entstanden“. Der Ausspruch der Entlassung durch den Masseverwalter bringt daher die materiell bereits begründeten Beendigungsansprüche zum Entstehen, kann aus ihnen aber keine Masseforderungen machen¹²²⁾.

Hängt die Qualifikation der Ansprüche von Arbeitnehmern nicht vom Zeitpunkt des Ausspruchs der Entlassung ab, so wird damit vermieden, daß aus dem Zögern des Arbeitgebers mit einer möglichen Entlassung konkursrechtliche Vorteile für einzelne Arbeitnehmer erwachsen. Dies wäre sachlich nicht zu rechtfertigen.

Die Einstufung der Beendigungsansprüche als Konkursforderungen geht mit deren Sicherung nach dem IESG einher (§ 1 Abs 2 Z 1 iVm § 3 Abs 2 Z 1 lit c IESG), weil das vorzeitige Lösungsrecht wegen vor Konkursöffnung verwirklichter Gründe jedenfalls im Zeitraum des § 3 Abs 1 IESG wahrgenommen werden muß¹²³⁾.

b) Befristete Arbeitsverhältnisse

Ähnliches gilt für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen, die nach Konkursöffnung durch Zeitablauf enden. Der Abschluß eines befristeten Arbeitsverhältnisses vor Konkursöffnung enthält bereits eine antizipierte Auflösungserklärung. Liegt der Zeitpunkt des Fristablaufs nach Konkursöffnung, so entstehen damit allenfalls Beendigungsansprüche. Da die Grundlage für deren Entstehung schon vor Konkursöffnung gelegt wurde, sind sie als Konkursforderungen zu qualifizieren.

Es handelt sich aber nicht um Forderungen iSd § 14 Abs 2 KO: Diese Vorschrift soll nur dem Mangel der Fälligkeit, nicht aber dem Mangel der Entstehung einer Forderung abhelfen¹²⁴⁾. Dementsprechend erfaßt § 14 Abs 2 KO nur be-

¹²¹⁾ Vgl. schon *Pollak*, Konkursrecht 279.

¹²²⁾ So für das deutsche Recht etwa *Kuhn/Uhlenbruck*, KO § 59 Rz 6 und 6a.

¹²³⁾ Vgl. *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht 561 ff.

¹²⁴⁾ Vgl. etwa *Kuhn/Uhlenbruck*, KO § 65 Rz 6.

tagte Forderungen, also solche, die im Zeitpunkt der Konkursöffnung zwar bereits entstanden, aber noch nicht fällig waren. Forderungen, deren sachliche Voraussetzungen bereits vorliegen, deren Entstehung aber noch vom Eintritt einer – zeitlichen – Voraussetzung abhängt, sind nicht betagte, sondern im insolvenzrechtlichen Sinn **befristete Forderungen**, die gem § 16 KO zu behandeln sind¹²⁵). Diese Lösung ist sachgerecht: Im hier interessierenden Fall kann das Arbeitsverhältnis ja immer über den Zeitpunkt der Befristung hinaus verlängert werden¹²⁶).

Gerade bei Beendigungsansprüchen aus befristeten Arbeitsverhältnissen ist es wahrscheinlich, daß diese Forderungen zur Zeit der Konkursöffnung noch unbestimmt sind. Dies wird vor allem bei Urlaubsentschädigung bzw Urlaubsabfindung dann der Fall sein, wenn das Arbeitsverhältnis nicht kurz nach der Konkursöffnung endet. Auch hier gilt, daß ein Konkursgläubigerrecht nicht wegen mangelnder Bestimmtheit einer Forderung zu verneinen ist, sofern der Rechtsgrund für das Entstehen der Forderung vor Konkursöffnung gelegt wurde.

Schließlich kommt auch hier ein „Eintritt des Masseverwalters“ iSd § 46 Abs 1 Z 4 KO nicht in Betracht. Dies folgt zwingend aus der – oben¹²⁷) erwähnten – notwendigen Abgrenzung von Dauerschuldverhältnis und daraus entspringendem Einzelanspruch: Danach richtet sich die konkursrechtliche Einstufung eines aus einem Arbeitsverhältnis entspringenden Beendigungsanspruchs ausschließlich nach dem Zeitpunkt, zu dem die Rechtsgrundlage für den Beendigungsanspruch entstanden ist. Liegt dieser vor der Konkursöffnung, so ist der Beendigungsanspruch Konkursforderung. Das konkursbedingte Übergehen des Arbeitsverhältnisses auf die Masse stellt den vor Verfahrenseröffnung begründeten Beendigungsanspruch auf keine qualitativ neue Grundlage. Dies gilt unabhängig davon, ob das Ende des Fristenlaufs vor oder nach der begünstigten Lösungsmöglichkeit des § 25 KO liegt: Die Entscheidung des Masseverwalters für eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zum Fristende läßt zwar hinsichtlich des laufenden Entgelts Masseforderungen entstehen, kann jedoch ebenso wenig eine Modifikation des materiellen Gehalts von **bereits vor Konkursöffnung begründeten Beendigungsansprüchen** bewirken¹²⁸).

3. Auflösung nach Konkursöffnung wegen Umständen, die der Konkursöffnung nachfolgen

Uneinigkeit über die Einordnung der Beendigungsansprüche besteht auch, wenn Arbeitsverhältnisse auf Grund von Umständen, die der Konkursöffnung nachfolgen, gelöst werden.

a) In Betracht kommen mehrere Lösungsvarianten, namentlich Kündigung, vorzeitige Auflösung ohne wichtige Gründe, vorzeitige Auflösung aus nach Konkursöffnung verwirklichten Gründen, Tod des Arbeitnehmers und einverständliche Lösung.

Die derzeit wohl hL unterscheidet nach der Art der Auflösung. Sie ordnet jedenfalls **Beendigungsansprüche auf Grund einer Lösung des Arbeitsverhältnisses durch Erklärung des**

Masseverwalters den Masseforderungen zu¹²⁹). Nach einer Mindermeinung sind sie Konkursforderungen¹³⁰).

Sofern die **Auflösung nicht durch Rechtshandlung des Masseverwalters** erfolgt, werden die Beendigungsansprüche nach einer vereinzelt gebliebenen Auffassung (mangels auffindbarer Alternative) als ausgeschlossene Forderungen eingestuft¹³¹). Eine andere Meinung läßt sich generell in Richtung Masseforderungen deuten¹³²). Der OGH stuft nur „Beendigungsansprüche aus Arbeitsverhältnissen, in die der Masseverwalter ausdrücklich oder stillschweigend eingetreten ist, weil sie nicht nach § 25 Abs 1 gelöst wurden, ...“¹³³) im Konkurs als Masseforderungen ein; andernfalls wendet er § 25 Abs 1 letzter Satz KO an und gelangt so zu einer Einordnung als Konkursforderungen¹³⁴).

b) Ausgangspunkt für eine Qualifikation der Beendigungsansprüche muß auch hier das System der Forderungsqualifikation der KO sein. Aus diesem läßt sich der Grundsatz ableiten, daß ein mit der Konkursmasse bestehendes, fortlaufendes synallagmatisches Rechtsverhältnis ein Gleichgewicht im Austausch erfordert, weil ansonsten niemand bereit wäre, solche Rechtsverhältnisse mit der Konkursmasse abzuschließen bzw aufrechtzuerhalten¹³⁵). Da der Abschluß bzw die Aufrechterhaltung dieser Rechtsverhältnisse dem Interesse der Konkursgläubiger zugute kommt, müssen solche Gläubiger auch vorrangig befriedigt werden.

c) Zu prüfen ist, inwieweit die taxative¹³⁶) Aufzählung des § 46 KO zur Qualifikation solcher Beendigungsansprüche als Masseforderungen führt.

Erfolgt die Auflösung durch Erklärung des Masseverwalters, so könnten die hierbei anfallenden Beendigungsansprüche als **Ansprüche aus Rechtshandlungen des Masseverwalters** iSd § 46 Abs 1 Z 5 KO gewertet werden¹³⁷). Dasselbe gilt für einvernehmliche Lösungen, an denen der Masseverwalter mitwirkt.

Was ist aber rechtens, wenn der Arbeitnehmer nach Konkursöffnung berechtigt austritt, kündigt oder stirbt? Setzt der Masseverwalter einen Austrittsgrund (etwa indem er Bezüge vorenthält), so können die bei einem berechtigten Austritt anfallenden Beendigungsansprüche wohl ebenfalls als Ansprüche aus Rechtshandlungen – bzw diesen gleichzuhaltenden Unterlassungen¹³⁸) – iSd § 46 Abs 1 Z 5 KO qualifiziert werden. In den anderen Fällen ist eine Subsumtion unter diesen Tatbestand nicht möglich.

¹²⁹) Holzer/Reissner, DRdA 1994, 473; Schwarz/Reissner/Holzer/Holzer, Rechte 63; Bauer, ZIK 1995, 46; WBI 1996, 76 (Liebeg) = ZIK 1996, 26 = DRdA 1996, 163 = ARD 4745/29/96 = RdW 1996, 279; ZIK 1996, 171.

¹³⁰) So Liebeg, WBI 1994, 144 FN 11; Frauenberger, ecolx 1994, 336, die Beendigungsansprüche im Konkurs generell als Konkursforderungen einordnen wollen.

¹³¹) Holzer/Reissner, DRdA 1994, 473.

¹³²) So Grieser, RdW 1995, 190, der nicht klar umschreibt, ob seine Lösung für alle in Frage kommenden Beendigungsvarianten Geltung haben soll.

¹³³) WBI 1996, 75 (Liebeg) = ZIK 1996, 26 = DRdA 1996, 163 = ARD 4745/29/96 = RdW 1996, 279. Bezeichnend ist auch die Formulierung, dem Verhalten des Masseverwalters könne rechtsgeschäftliche Bedeutung hinsichtlich eines Eintritts **nach Ablauf der durch § 25 Abs 1 KO eingeräumten Frist zur begünstigten Lösung des Arbeitsverhältnisses** zukommen.

¹³⁴) RdW 1996, 278 = ARD 4756/42/96 = ZIK 1996, 170; ARD 4773/12/96 (insoweit nicht veröffentlicht in ecolx 1996, 297); für eine analoge Anwendung Bauer, ZIK 1995, 46 f.

¹³⁵) Vgl Pollak, Konkursrecht 279; Bartsch/Heil, Grundriß Rz 212.

¹³⁶) Vgl statt vieler Bartsch in Bartsch/Pollak, KO I 273.

¹³⁷) Ebenso Holzer/Reissner, DRdA 1994, 473; Bauer, ZIK 1995, 46.

¹³⁸) Bartsch in Bartsch/Pollak, KO I 280.

¹²⁵) Vgl für das deutsche Recht Kuhn/Uhlenbruck, KO § 65 Rz 7.

¹²⁶) Der damit verbundene größere Unsicherheitsfaktor weist starke Parallelen zu einer aufschiebenden Bedingung auf.

¹²⁷) Vgl P VI C.

¹²⁸) Vgl dazu Häsemeyer, Insolvenzrecht 304 ff.

§ 46 Abs 1 Z 6 KO ist nicht einschlägig, weil nur Ansprüche aus einer grundlosen Bereicherung der Masse, also einer Bereicherung ohne rechtlichen Grund unter diese Bestimmung fallen¹³⁹). Dies ist hier aber nicht der Fall, weil zwischenzeitig zwischen Masse und Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht.

Schließlich kommt eine Zuordnung der Beendigungsansprüche zu § 46 Abs 1 Z 4 KO in Frage. Danach sind Ansprüche auf Erfüllung zweiseitiger Verträge, in die der Masseverwalter eingetreten ist, unbeschadet der Z 3 und des § 21 Abs 4 Masseforderungen.

In der Literatur¹⁴⁰) wurde die Anwendung des § 46 Abs 1 Z 4 KO auf die hier zu besprechenden Beendigungsansprüche wegen der „Parallele zu § 21 KO“, der nur für noch nicht angetretene Arbeitsverhältnisse gilt, abgelehnt. Überdies sei eine Eintrittserklärung des Masseverwalters nötig. Eine solche erfolge meist nur im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, nicht aber bei dessen Fortführung. Daher unterliege nur ein noch nicht angetretenes Arbeitsverhältnis der Z 4 des § 46 Abs 1 KO.

Allerdings hat der OGH¹⁴¹) für eine solche Auslegung Sympathie bekundet. In Anlehnung an *Grießer*¹⁴²) ordnet er Beendigungsansprüche dann als Masseforderungen iSd § 46 Abs 1 Z 4 KO ein, wenn der Masseverwalter ausdrücklich oder stillschweigend (§ 863 ABGB) in das Arbeitsverhältnis eingetreten ist; der Masseverwalter sei „ein vom Gemeinschuldner verschiedener Arbeitgeber“. Diesen Auffassungen kann nicht gefolgt werden. Der Gemeinschuldner verliert mit dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung die Dispositionsfähigkeit über das haftungsrechtlich den Konkursgläubigern zugewiesene Vermögen. Damit geht er auch seiner Arbeitgeberbefugnisse verlustig. An seine Stelle tritt kraft Gesetzes die rechts- und parteifähige Konkursmasse.

Abzulehnen ist die Ansicht, es handle sich um eine Einzelrechtsnachfolge des Masseverwalters, die überdies nur stattfinde, wenn sich dieser für einen Eintritt in ein Vertragsverhältnis entscheidet¹⁴³). Sowohl nach der in Österreich überwiegend vertretenen Organtheorie¹⁴⁴) als auch nach der Vertretertheorie¹⁴⁵) wird der Masseverwalter niemals selbst Vertragspartner und damit Arbeitgeber, sondern handelt als Organ (als Vertreter) der Konkursmasse. Daher kann nicht der Masseverwalter, sondern nur die Konkursmasse Arbeitgeber sein. Der Masseverwalter übt im Rahmen seiner Verwaltungs- und Verfügungsmacht die Arbeitgeberbefugnisse für die handlungsunfähige Konkursmasse aus.

§ 46 Abs 1 Z 4 KO bezieht sich erkennbar auf §§ 21 bis 25 a KO, also auch auf § 25 KO, der das Schicksal von bereits angetretenen Arbeitsverhältnissen zum Regelungsgegenstand hat. Anders als in den Fällen des § 21 KO kann der Masseverwalter bei Arbeitsverträgen keine auf Vertragsübernahme gerichtete – ausdrückliche oder schlüssige – Erklärung abgeben, damit diese fort dauern¹⁴⁶). Die KO ordnet vielmehr einen **automatischen Eintritt der Konkursmasse**¹⁴⁷) in den Arbeitsvertrag kraft Gesetzes an¹⁴⁸). Es besteht also **kein Wahlrecht** zwischen Eintritt und Nichteintritt¹⁴⁹). Der Konkursmasse bleibt bloß ein außerordentliches (konkursspezifisches) Lösungsrecht (§ 25 KO).

Derartiges wird in der deutschen Lehre heftig kritisiert¹⁵⁰): Die Regelungen über den Einfluß der Konkurseröffnung auf Dauerschuldverhältnisse seien mißglückt, weil dem Verwalter die Entscheidungsbefugnis genommen werde, ob er diese Schuldverhältnisse überhaupt für die Masse nutzen will. Die Masse werde auf diese Weise auch dann in beträchtlicher Höhe belastet, wenn ihr aus fortbestehenden Dauerschuldverhältnissen keine Vorteile mehr erwachsen können¹⁵¹).

§ 46 Abs 1 Z 4 KO ist daher jedenfalls auch auf solche Arbeitsverhältnisse anwendbar, die vor Konkurseröffnung bereits angetreten wurden.

Fraglich ist jedoch, ob § 46 Abs 1 Z 4 KO bereits ab Konkurseröffnung oder erst dann anzuwenden ist, wenn bzw. nachdem das Arbeitsverhältnis nicht gem § 25 KO gelöst wurde¹⁵²). Für die erste Variante spricht, daß nach der Konzeption des Gesetzes ein Eintritt der Masse in das Arbeitsverhältnis nicht erst dann vorliegt, wenn bzw. nachdem von der Lösungsbefugnis des § 25 Abs 1 KO nicht Gebrauch gemacht wurde. Der Eintritt erfolgt vielmehr sofort mit dem Übergang der Arbeitgeberfunktion auf die Konkursmasse¹⁵³). Andernfalls müßte man fragen, zwischen wem nach der Konkurseröffnung das Arbeitsverhältnis bestehen bzw. wie dessen rechtliches Schicksal aussehen solle, solange ein „Eintritt des Masseverwalters“ nicht erfolgt ist oder erfolgen konnte. Weiters wäre zu klären, wann ein ausdrücklicher oder schlüssiger „Eintritt des Masseverwalters“ anzunehmen ist. Legt man die gesetzliche Konzeption eines Eintritts kraft Gesetzes zugrunde, so erübrigen sich auch Überlegungen darüber, ob eine Kündigung des Masseverwalters überhaupt „rechtlich beachtlich“ sei, solange er

¹⁴⁶) Daher ist auch die Auffassung *Grießers* (RdW 1996, 269) abzulehnen, ein „Eintritt des Masseverwalters“ in ein Arbeitsverhältnis sei so zu werten, als ob er ein neues Rechtsgeschäft abgeschlossen hätte.

¹⁴⁷) Bereits *Petschek* (*Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 528 FN 42) führt aus, daß es sich trotz des Wortlauts des § 46 Abs 1 Z 3 a F KO (diesem entspricht Z 4 i d F IRÄG 1982) um keinen Eintritt des Masseverwalters, sondern nur um einen Eintritt der Masse in den Vertrag handeln kann. Dementsprechend hatte auch der RefEntw zur KO noch den Terminus „Eintritt der Konkursmasse in zweiseitige Vertragsverhältnisse“ enthalten; vgl auch *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO I 281 f: „gesetzlicher Eintritt“.

¹⁴⁸) Vgl *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO I 281.

¹⁴⁹) Vgl auch den Wortlaut des vom Regelungsgehalt her identen § 59 Abs 1 Nr d KO: „Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung ... für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgen muß“; vgl dazu auch *Grunsky*, Das Arbeitsverhältnis im Konkurs- und Vergleichsverfahren 3.

¹⁵⁰) So vor allem *Häsemeyer*, Insolvenzrecht 269; *ders*, Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 563; vgl auch *Henckel*, Masselosigkeit und Masseschulden, in *Einhundert Jahre Konkursordnung* 169 f.

¹⁵¹) Vgl *Häsemeyer*, Insolvenzrecht 269.

¹⁵²) Vgl *Grießer*, RdW 1996, 269 f.

¹⁵³) *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO I 281; *Rintelen*, Handbuch 325; *Lehmann*, Kommentar I 387; in diesem Sinne auch *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 527.

¹³⁹) *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO I 283; das übersieht *Grießer*, RdW 1995, 190, der § 46 Abs 1 Z 6 KO heranziehen will.

¹⁴⁰) *Bauer*, ZIK 1995, 45 f.

¹⁴¹) WBl 1996, 75 (*Liebeg*) = ZIK 1996, 26 = DRdA 1996, 163 = ARD 4745/29/96 = RdW 1996, 279; in diesem Sinn auch RdW 1996, 278 = ARD 4756/42/96 = ZIK 1996, 170; ARD 4773/12/96 (insoweit nicht veröffentlicht in *ecolex* 1996, 297).

¹⁴²) RdW 1995, 190; *ders*, RdW 1996, 269.

¹⁴³) So *Grießer*, RdW 1995, 190; ihm offenbar folgend WBl 1996, 75 (*Liebeg*) = ZIK 1996, 26 = DRdA 1996, 163 = ARD 4745/29/96 = RdW 1996, 279.

¹⁴⁴) Etwa: *Fasching*, Lehrbuch Rz 341; *Buchegger*, Die Ausgleichserfüllung 100; vgl auch *Riel*, Die Befugnisse des Masseverwalters im Zivilverfahrensrecht 15 ff. *Riel* (Befugnisse 19 ff) betrachtet den Masseverwalter als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners hinsichtlich des konkursunterworfenen Vermögens.

¹⁴⁵) Etwa: *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 490; *Petschek*, Streitfragen 239 ff; *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 148; vgl auch *Riel*, Befugnisse 14 f.

noch nicht „eingetreten“ ist¹⁵⁴). Die Kündigung des Masseverwalters, der als Organ bzw Vertreter der Konkursmasse agiert, ist demnach auf jeden Fall rechtlich erheblich¹⁵⁵).

Insgesamt läge somit die Vermutung nahe, daß alle Ansprüche aus der Auflösung von Arbeitsverhältnissen nach Konkurseröffnung wegen Umständen, die der Konkurseröffnung nachfolgen, Masseforderungen gem § 46 Abs 1 Z 4 KO sind, sofern sie nicht unter die Spezialvorschrift des § 25 Abs 1 KO fallen. Dagegen spricht jedoch der Normzweck des § 46 Abs 1 Z 4 KO: Dieser besteht in der Festlegung des Prinzips des Gleichgewichts im Austausch. Kommt der Masse die volle Leistung aus einem zweiseitigen Vertrag zu, so muß auch die Gegenseite die volle Leistung erhalten. Für zweiseitige Verträge iSd §§ 21 f KO ist diese Regelung nicht weiter problematisch.

Für Arbeitsverhältnisse ist jedoch folgendes zu beachten: Soll das Schuldnerunternehmen zwar nicht geschlossen werden, im Interesse einer Reorganisation jedoch ein Arbeitskräfteabbau erfolgen, so kann der Masseverwalter gem § 25 Abs 1 Z 2 KO erst innerhalb des dritten Monats nach Konkurseröffnung begünstigt lösen. Nach der vorhin dargelegten Variante würden die anfallenden Beendigungsansprüche erst bei einer begünstigten Lösung zu Konkursforderungen zurückgestuft. Kündigt in der Zwischenzeit ein Arbeitnehmer, so könnte der Masseverwalter das Entstehen von Masseforderungen nicht vermeiden, weil er den Eintritt der Masse in das Arbeitsverhältnis nicht von vornherein ablehnen kann und vom Gesetz auf die zu spät kommende begünstigte Lösungsmöglichkeit des § 25 KO verwiesen ist. Derartige Schulden würden also der Masse „aufgezwungen“ bzw „oktroiert“. Solche Erwägungen treffen nach der Rückverlagerung des begünstigten Lösungsrechts durch das IRÄG 1994 sogar in verstärktem Ausmaß zu. Die Massearmut würde gesteigert.

Dazu kommt, daß das Prinzip des Gleichgewichts im Austausch nur dann zum Tragen kommen kann, wenn sich der Masseverwalter nach einer möglichen (und nicht wahrgenommenen) konkurrenzspezifischen Lösung eines Dauerrechtsverhältnisses dafür entschieden hat, dieses für die Masse – und damit im Dienste der Konkursgläubiger – weiterzuführen. Zuvor handelt es sich bloß um ein durch den Dauerrechtscharakter bedingtes Hinausschieben des Auflösungszeitpunkts.

Dem Masseverwalter muß es daher zugebilligt werden, daß er sich für eine Fortführung der Arbeitsverhältnisse zum Vorteil der Konkursmasse entscheiden oder die Arbeitsverhältnisse begünstigt lösen kann. Erst nach einer – ausdrücklich oder schlüssig erfolgenden – Entscheidung für die Nutzung der Arbeitsverhältnisse zugunsten der Masse können anfallende Beendigungsansprüche Masseforderungen¹⁵⁶) sein¹⁵⁷).

¹⁵⁴) So die Fragestellung bei *Liebeg*, WBl 1996, 77.

¹⁵⁵) Ansonsten wäre es im übrigen auch problematisch, über eine analoge Anwendung von § 25 Abs 1 letzter Satz KO zur Annahme von Konkursforderungen zu gelangen: *Liebeg*, WBl 1996, 77, erörtert zwar die Problematik, die sich aus einer Einstufung des Masseverwalters als „ein vom Arbeitgeber verschiedener Dritter“ ergibt, lehnt aber in der Folge eine analoge Anwendung von § 25 Abs 1 letzter Satz KO nur aus Gründen der „Systemwidrigkeit“ ab; auf den hier angesprochenen Aspekt wird nicht eingegangen.

¹⁵⁶) So auch *Konecny*, ZIK 1996, 147; nur im Ergebnis übereinstimmend *Grießer*, RdW 1996, 270 mit gänzlich abweichender Begründung.

¹⁵⁷) Entsprechendes muß auch im Ausgleichsverfahren gelten. Auch hier bedeutet das Verstreichen der Lösungsfrist des § 20c Abs 3 AO die Entscheidung für die Nutzung der Arbeitsverhältnisse zum Vorteil der

Daraus folgt, daß der Wortlaut des § 46 Abs 1 Z 4 KO zu weit ist und um solche **Beendigungsansprüche**, die bei einer Lösung des Arbeitsverhältnisses in der „Schwebezeit“ (dh bis zum Ablauf der für eine begünstigte Lösung offenstehenden Frist) anfallen, teleologisch reduziert werden muß; diese sind **keine Masseforderungen**.

Da diese Beendigungsansprüche nicht vor Konkurseröffnung begründet wurden, kommt nach dem allgemeinen System der Forderungsqualifikation der KO auch eine Einstufung als Konkursforderungen nicht in Betracht. Daraus müßte folgen, daß diese Ansprüche ausgeschlossene Forderungen¹⁵⁸) sind. Hierbei würde aber das Prinzip des Gleichgewichts im Austausch gänzlich vernachlässigt. Nach dem System der KO ist es nicht denkbar, daß der Konkursmasse die volle Leistung aus einem Arbeitsverhältnis zugekommen ist bzw zukommt, der Leistende (hier der Arbeitnehmer) aber mit einem Teil seiner Gegenleistung von der Teilnahme am Konkurs ausgeschlossen sein soll (und sich daher nur an das konkursfreie Vermögen des Gemeinschuldners halten kann)¹⁵⁹).

Hinsichtlich solcher Forderungen ergibt sich mithin eine **Gesetzeslücke**. Sie ist durch analoge Anwendung des § 25 Abs 1 letzter Satz KO auszufüllen¹⁶⁰).

Voraussetzung für eine analoge Anwendung ist die Vergleichbarkeit der Beendigungsvarianten des § 25 Abs 1 KO mit jenen, die von § 25 Abs 1 KO nicht erfaßt sind¹⁶¹). Diese Voraussetzung liegt vor: Wesentlich hierfür ist, daß in beiden Fällen (noch) keine ausdrückliche oder schlüssige Entscheidung für die Nutzung der Arbeitsverhältnisse für die Konkursmasse erfolgt ist. Die hier angesprochenen Beendigungsvarianten sind daher mit der Auflösung von Arbeitsverhältnissen nach § 25 Abs 1 letzter Satz KO ausreichend vergleichbar¹⁶²).

Beendigungsansprüche auf Grund einer nicht begünstigten Lösung von Arbeitsverhältnissen, die bis zum Ablauf der Frist zur begünstigten Lösung nach § 25 Abs 1 KO anfallen, sind somit – auch bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Rechtsbehandlung des Masseverwalters – auf Grund dieser Analogie¹⁶³) als **Konkursforderungen** einzustufen¹⁶⁴).

Ausgleichsgläubiger; danach begründete Beendigungsansprüche sind bevorrechtete Forderungen iSd § 10 Abs 4 AO; aa *Grießer*, RdW 1996, 270, mit der Begründung, im Ausgleichsverfahren komme es zu keiner dem „Vertragseintritt des Masseverwalters“ entsprechenden Rechtsbehandlung. Dabei wird jedoch nicht berücksichtigt, daß im Konkursverfahren die Konkursmasse kraft Gesetzes in die Arbeitsverträge eintritt. Dem ungenutzten Ablauf der Frist für die begünstigte Lösung kommt daher in Konkurs und Ausgleich dasselbe Gewicht zu.

¹⁵⁸) So *Holzer/Reissner*, DRdA 1994, 473.

¹⁵⁹) Dazu kommt, daß bei der Annahme ausgeschlossener Forderungen eine Geltendmachung durch den Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds fragwürdig ist; *Bauer*, ZIK 1995, 46.

¹⁶⁰) So auch *Bauer*, ZIK 1995, 46f.

¹⁶¹) *Bauer*, ZIK 1995, 46.

¹⁶²) Vgl dazu auch *Bauer*, ZIK 1995, 46f mit anderer Begründung.

¹⁶³) Der OGH gelangt in seiner E RdW 1996, 278 = ARD 4756/42/96 = ZIK 1996, 170 und ARD 4773/12/96 (insoweit nicht veröffentlicht in *ecollex* 1996, 297) für den Fall des – kurz nach Konkurseröffnung erklärten – berechtigten Austritts eines Arbeitnehmers aus arbeitsrechtlichen Gründen auch zu einer Einstufung als Konkursforderungen, spricht sich jedoch (wie erwähnt) für eine wörtliche Anwendung des § 25 Abs 1 letzter Satz KO aus.

¹⁶⁴) Durch eine Einstufung dieser Beendigungsansprüche als Konkursforderungen wird das gesetzgeberische Ziel der Entlastung des IAGF (ErläutRV 1384 BgNR 18. GP 8) nicht beeinträchtigt: Solche Beendigungsansprüche sind ja bereits nach geltender Rechtslage gesichert; vgl auch *Bauer*, ZIK 1995, 47.

H. Das Arbeitsverhältnis wird durch den Masseverwalter neu begründet und in weiterer Folge aufgelöst

Hier ist die konkursrechtliche Einstufung allenfalls anfallender Beendigungsansprüche unproblematisch: Diese sind Masseforderungen, weil sie Rechtshandlungen des Masseverwalters iSd § 46 Abs 1 Z 5 KO entspringen¹⁶⁵).

VII. Zusammenfassung

1. § 25 KO ist berichtigend auszulegen: Sowohl dem Masseverwalter als auch den Arbeitnehmern muß für die Entscheidung, ob von den Rechten des § 25 KO Gebrauch gemacht werden soll, jedenfalls ein Überlegungszeitraum von mindestens einem Monat zur Verfügung stehen. Daher können sowohl der Masseverwalter als auch die Arbeitnehmer dann, wenn eine Unternehmensschließung erst im zweiten Monat nach Konkurseröffnung bewilligt bzw angeordnet wird, das begünstigte Lösungsrecht bis zum Ende des dritten Monats nach Konkurseröffnung ausüben.

2. Im Konkurs eines Nichtunternehmers können Arbeitsverhältnisse ausschließlich innerhalb der ersten beiden Monate nach der Konkurseröffnung begünstigt (§ 25 KO) gelöst werden.

3. Der dem Schließungstatbestand zugrunde liegende Unternehmensbegriff (§ 25 Abs 1 Z 1, § 114 Abs 3, § 115 KO) ist dahin auszulegen, daß er alle selbständig lebensfähigen wirtschaftlichen Einheiten, also auch abgegrenzte Unternehmensteile erfaßt. Ihre Schließung ist daher bewilligungspflichtig. Arbeitsverhältnisse zu Arbeitnehmern, die in solchen abgegrenzten Unternehmensteilen beschäftigt sind, können nach Anordnung bzw Bewilligung der Schließung sofort begünstigt gelöst werden. Betriebseinschränkungen, die nicht mit der Schließung (zumindest) eines abgegrenzten Unternehmensteils einhergehen, begründen im Konkurs kein sofortiges begünstigtes Lösungsrecht.

4. Für Ansprüche auf laufendes Entgelt gelten § 1 Abs 2 und § 46 Abs 1 Z 3 KO. Demnach sind alle Ansprüche auf laufendes Entgelt, die für Arbeitsleistungen vor Konkurseröffnung gebühren, Konkursforderungen. Nur solche Entgeltansprüche, die für Arbeitsleistungen nach Konkurseröffnung zustehen, sind Masseforderungen. Dies gilt auch für Remunerationsansprüche: Der bei Lösung eines Arbeitsverhältnisses erworbene aliquote Teil einer noch nicht fälligen Sonderzahlung ist für die Zeit vor Konkurseröffnung Konkursforderung, für die Zeit nach Konkurseröffnung Masseforderung. Im Anschlußkonkurs ist der Zeitpunkt der Ausgleichseröffnung ausschlaggebend; daher sind die Ansprüche auf laufendes Entgelt für nach Ausgleichseröffnung

erbrachte Arbeitsleistungen (einschließlich aliquoter Sonderzahlungen) Masseforderungen (§ 46 Abs 2 KO iVm § 23 Abs 1 Z 3 AO).

5. § 46 Abs 1 Z 3 KO enthält keine Aussagen über die Einordnung von Beendigungsansprüchen. § 25 Abs 1 letzter Satz KO regelt nur die Einstufung von Ansprüchen aus einer konkursspezifischen Auflösung von Arbeitsverhältnissen. Beendigungsansprüche, die bei einer Auflösung außerhalb des § 25 Abs 1 KO anfallen, sind nach dem allgemeinen System der KO einzuordnen. Nach diesem ist für die konkursrechtliche Qualifikation einer Forderung der Begründungszeitpunkt entscheidend: Sofern daher keine Ausnahmeregelung besteht, kann nur eine vor Konkurseröffnung begründete Forderung Konkursforderung sein.

6. Wird ein Arbeitsverhältnis vor Konkurseröffnung aufgelöst und beendet, so sind die Beendigungsansprüche Konkursforderungen.

7. Erfolgt die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses vor Konkurseröffnung, so sind die anfallenden Beendigungsansprüche Konkursforderungen, auch wenn das Arbeitsverhältnis erst nach Konkurseröffnung endet.

8. Werden vom Gemeinschuldner begründete Arbeitsverhältnisse nach Konkurseröffnung aufgelöst, so ist zu unterscheiden:

a) Beendigungsansprüche, die bei einer begünstigten Lösung gem § 25 Abs 1 KO anfallen, sind gem § 25 Abs 1 letzter Satz KO Konkursforderungen.

b) Erfolgt die Auflösung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses wegen allgemeiner arbeitsrechtlicher Gründe, die vor Konkurseröffnung verwirklicht wurden, so sind die anfallenden Beendigungsansprüche Konkursforderungen. Dasselbe gilt für Beendigungsansprüche aus befristeten Arbeitsverhältnissen, die nach der Konkurseröffnung durch Zeitablauf enden.

c) Für die Auflösung von Arbeitsverhältnissen wegen allgemeiner arbeitsrechtlicher Gründe, die der Konkurseröffnung nachfolgen, gilt folgendes: Hat sich der Masseverwalter (ausdrücklich oder schlüssig mangels Lösung gem § 25 Abs 1 KO) dafür entschieden, die Arbeitsverhältnisse zum Vorteil der Konkursmasse zu nutzen, so sind die danach anfallenden Beendigungsansprüche bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Rechtshandlung des Masseverwalters (daher auch bei einvernehmlicher Lösung!) Masseforderungen gem § 46 Abs 1 Z 5 KO; bei anderen Beendigungsvarianten (Kündigung durch den Arbeitnehmer, vorzeitige Auflösung durch den Arbeitnehmer aus nach Konkurseröffnung verwirklichten Gründen, Tod des Arbeitnehmers) sind sie Masseforderungen gem § 46 Abs 1 Z 4 KO.

Vor diesem Zeitpunkt anfallende Beendigungsansprüche sind – auch bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Rechtshandlung des Masseverwalters – Konkursforderungen (§ 25 Abs 1 letzter Satz KO per analogiam).

9. Beendigungsansprüche aus Arbeitsverhältnissen, die der Masseverwalter neu begründet hat und die in weiterer Folge aufgelöst werden, sind Masseforderungen gem § 46 Abs 1 Z 5 KO.

¹⁶⁵ HA; vgl etwa WBI 1996, 75 (Liebeg) = ZIK 1996, 26 = DRdA 1996, 163 = ARD 4745/29/96 = RdW 1996, 279; RdW 1996, 278 = ARD 4756/42/96 = ZIK 1996, 170; ARD 4773/12/96 (insoweit nicht veröffentlicht in ecolex 1996, 297); Holzer/Reissner, DRdA 1994, 473; Bauer, ZIK 1995, 46; Griefner, RdW 1996, 269; aA Frauenberger, ecolex 1994, 336; Liebeg, WBI 1994, 144 FN 11, die Konkursforderungen annehmen.