

# Arbeit und Recht

Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht

## Sonderdruck

**Andrej Wroblewski, Arbeitsentgelt  
in der Unternehmensinsolvenz**

AuR 6/2015, Seite 210 – 217

# Arbeitsentgelt in der Unternehmensinsolvenz – Überblick und ausgewählte aktuelle Themen<sup>1</sup>

Andrej Wroblewski, IG Metall, Frankfurt / M.

*Oft ist die Insolvenz des AG für AN, ihre Gewerkschaften, BR, Rechtsberater und Prozessvertreter eine beängstigende Terra incognita. Tatsächlich drohen Gefahren: Arbeitsplatzverlust und Geldeinbußen. Auch Fehler im Umgang mit dem geltenden Recht können beträchtliche Vermögensschäden verursachen. Immerhin eine relativ gute Nachricht: Es gibt keinen Grund, im Insolvenzfall den Kopf in den Sand zu stecken. Ein paar Grundregeln helfen, Entgeltansprüche zu sichern und im Rahmen des Möglichen durchzusetzen.*

## I. Arbeitsrecht bleibt!

Die gerichtliche Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des AG berührt nicht den Bestand des Arbeitsverhältnisses (§ 108 InsO). Arbeitsrecht ist in seiner Gänze weiterhin anwendbar und erfährt lediglich Modifikationen. Entgeltansprüche bleiben materiell-rechtlich bestehen. Das nützt nichts, wenn sie mangels Vollstreckbarkeit nicht mehr durchsetzbar und damit weitgehend wertlos sind. Wie können Ansprüche gewahrt und wenigstens teilweise realisiert werden? Um die dafür geltenden Grundsätze geht es hier. Ausgewählte Einzelfragen werden unter Berücksichtigung der akt. Rspr. beantwortet. Leider können aus Raumgründen nicht alle praxisrelevanten Einzelthemen und Sonderfragen erörtert werden: Es fehlen etwa Eröffnungsantrag eines AN, Behandlung von Abfindungsansprüchen, Insolvenzanfechtung, Insolvenzsicherung von Entgeltansprüchen und Probleme der Blockaltersteilzeit in der Insolvenz, der Betriebsrenten, der Jahressonderzahlungen, der Erfindervergütungen.

Zu einer saisonalen Spezialität einige Worte vorab: Der Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub wird durch Insolvenzeröffnung nicht tangiert. Das gilt entspr. für einen eventuell zu beanspruchenden Bildungsurlaub; bei unbezahltm Sonderurlaub für die unbezahlte Freistellung. Der Insolvenzverwalter (IV) rückt mit Insolvenzeröffnung in die Arbeitgeberfunktion ein (§§ 108 Abs. 1 S. 1 iVm. 80 Abs. 1 InsO), hat bezahlten Erholungsurlaub als Freistellung in natura zu gewähren und das korrespondierende Entgelt inkl. des zusätzlichen Urlaubsgelds als Masseverbindlichkeit auszuführen, vom Sonderfall der Masseunzulänglichkeit abgesehen. Wird das Arbeitsverhältnis nach Insolvenzeröffnung beendet, ist die Urlaubsabgeltung vollständig, einschl. des zusätzlichen Urlaubsgelds als Masseverbindlichkeit zu zahlen. Das gilt auch, soweit der Urlaubsanspruch aus Vorjahren stammt.<sup>2</sup> Diese insolvenzrechtliche Zuordnung wird durch die neuere vom *EuGH* geprägte Rspr. zum Urlaubsanspruch nicht abgeändert.<sup>3</sup> Der unionsrechtlich intendierte Schutz des bezahlten Erholungsurlaubs geht dem Interesse an einer ohnehin nur geringfügigen Masseanreicherung vor, welche durch die Herabstufung zu Insolvenzforderungen zu erzielen wäre.

## II. Durchsetzbarkeit der Entgeltforderungen, Insolvenzgeld und Rangordnung der Forderungen

Nach Insolvenzeröffnung können offene Forderungen für die Zeit vor Eröffnung nicht mehr vollstreckt werden. Das betrifft auch Arbeitsentgeltforderungen, die allerdings in gewissem Umfang durch Insolvenzgeld gesichert sind. Die vom Insolvenzgeld nicht abgedeckten »Altforderungen« für die Zeit vor Eröffnung sind vom AN als Insolvenzforderungen gem. den Vorschriften der InsO zu verfolgen, d.h. zunächst beim IV (bei Eigenverwaltung beim Sachwalter) zur Insolvenztabelle anzumelden. Forderungen, die erst nach Insolvenzeröffnung begründet werden bzw. der Zeit nach Eröffnung zuzurechnen sind, sind Masseforderungen, die wie Forderungen außerhalb der Insolvenz klag- und vollstreckbar sind. Anderes gilt im Sonderfall angezeigter Masseunzulänglichkeit: dann ist zwischen Forderungen für die Zeit vor und nach Anzeige zu unterscheiden (§ 209 InsO). Entscheidend ist also, wie die jeweilige Forderung einzuordnen ist: Insolvenzgeldfähige Forderung? Masseverbindlichkeit? Nur Insolvenzforderung? Neumasseverbindlichkeit?

## III. Rolle der Fälligkeit

Für die Zuordnung der AN-Ansprüche kommt es **nicht auf die Fälligkeit**,<sup>4</sup> den vereinbarten Auszahlungszeitpunkt (§ 271 BGB), an, auch nicht auf den Zeitpunkt der Anspruchsentstehung im rechtsdogmatischen Sinne etwa durch Eintritt einer aufschiebenden Bedingung gem. § 158 Abs. 1 BGB, sondern nur auf die Zeit der schuldrechtlichen Begründung der Forderung. Das gilt für die Zuordnung der Forderungen zur Zeit vor oder nach Insolvenzeröffnung, zum Insolvenzgeldzeitraum, bei angezeigter Masseunzulänglichkeit zu den nicht durchsetzbaren Altmasseverbindlichkeiten (§ 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO) oder zu den Neumasseverbindlichkeiten (§ 209 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 InsO). Vertragliche, tarifvertragliche oder in BV enthaltene Regelungen, die nur den Auszahlungszeitpunkt verändern (z.B. Stundungen), sind für die insolvenzrechtlichen und insolvenzgeldrechtlichen Zuordnungen irrelevant. Maßgeblich ist einzig und allein,

<sup>1</sup> Umfassend zu diesen und den weiteren Fragen und Problemen, die bei der Vertretung von AN und BR in der Arbeitgeberinsolvenz auftreten: *Wilhelm Bichlmeier/Andrej Wroblewski* (Hrsg.), *Das Insolvenzhandbuch für die Praxis Insolvenzrecht – Arbeitsrecht – Sozialrecht*, 4. kompl. überarbeitete und aktualisierte Aufl. ca. 650 S., geb., ca. 59 €, ISBN 978-3-7663-6441-8 ersch. Nov. 2015, vorbestellbar

<sup>2</sup> BAG 15.02.2005, 9 AZR 78/04, AuR 2005, 383 (LS 1–3); a.A. Kübler/Prütting/Bork (KPB)-*Tintelnot*, § 108 Rn. 27d.

<sup>3</sup> Vgl. *Zwanziger*, ArbR d. InsO, § 108 InsO Rn. 38a; *Betz*, BB 2015, 886.

<sup>4</sup> BAG 14.11.2012, 10 AZR 793/11, Rn. 12; BSG 23.03.2006, B 11a AL 65/05 R, Rn. 14 ff.

wann der Rechtsgrund für die Entstehung der Forderung gelegt wurde.<sup>5</sup> Regelm. ist das bei Entgeltansprüchen der Zeitraum, in dem sie erarbeitet wurden oder für den sie im Falle der Entgeltfortzahlung (Krankheit, Annahmeverzug etc.) als Entgeltersatz fungieren sollen. Forderungen bzgl. eines längeren Zeitraums, der über die Eröffnung hinausgeht, sind zeitanteilig zu zerlegen und dementsprechend teilweise zuzuordnen.<sup>6</sup>

#### IV. Insolvenzgeld – Vorfinanzierung, Antrag, Verwaltungsverfahren und Klage

1. Insolvenzgeld hat die Arbeitsagentur gem. § 165 Abs. 1 S. 1 SGB III anstelle der Entgeltansprüche für den Insolvenzgeldzeitraum (die letzten 3 Monate, die das Arbeitsverhältnis vor Eröffnung noch bestanden hat) zu zahlen. Das BSG folgert daraus, dass grds. auf den Zeitpunkt des Erarbeitens, den arbeitsrechtlichen Entstehungsgrund und die Zweckbestimmung der Leistung abzustellen ist.<sup>7</sup> Auf Fälligkeit und Stundung kommt es nicht an.<sup>8</sup> Auch rückwirkende Entgelt erhöhungen während des Insolvenzgeldzeitraums für vorherige Zeitabschnitte sind vom Insolvenzgeld generell nicht abgedeckt.<sup>9</sup>

2. Kommt es zur Vorfinanzierung des Insolvenzgelds, kauft idR. ein Kreditinstitut dem AN die Nettoentgeltforderungen (§§ 453 Abs. 1, 433 BGB) ab. Als Gegenleistung für den Kaufpreis in Höhe des Nettoentgelts – begrenzt durch die Beitragsbemessungsgrenze (dazu unten) – tritt der AN der Bank die korrespondierenden insolvenzgeldfähigen Entgeltansprüche ab. Das Kreditinstitut wird dadurch Inhaber des Entgeltanspruchs. Auf seinen Insolvenzgeldantrag hin erhält es nach Insolvenzeröffnung von der zuständigen Arbeitsagentur das Insolvenzgeld. Gem. § 169 SGB III geht der Entgeltanspruch mit Antragstellung auf die BA über. Da die Entgeltansprüche aus der Zeit vor Insolvenzeröffnung stammen, handelt es sich um Insolvenzforderungen. Kraft ges. Spezialregelung gilt das sogar beim starken vorläufigen Verwalter, der sonst Masseverbindlichkeiten begründet (§ 55 Abs. 3 InsO).

Die Vorfinanzierung des Insolvenzgelds ist ein legitimes und unionsrechtlich zul.<sup>10</sup> Mittel, um einen Betrieb in der kritischen Situation zwischen Insolvenzantragstellung und Insolvenzeröffnung fortzuführen, ohne die künftige Insolvenzmasse mit vollen Entgeltkosten zu belasten. Sie dient damit dem Erhalt von Beschäftigung, Arbeitsplätzen und der Chancen, UN und Betrieb – auch im Interesse der Gläubiger – wirtschaftlich zu sanieren.

3. Insolvenzgeld kann nur auf Antrag gewährt werden (§ 323 Abs. 1 S. 1 SGB III iVm. § 3 Abs. 4 Nr. 5 SGB III). Die Ausschlussfrist nach § 324 Abs. 3 S. 1 SGB III von 2 Monaten nach dem Insolvenzereignis ist einzuhalten. Bei unverschuldeter Säumnis gibt es eine Nachfrist (§ 324 Abs. 3 S. 2, 3 SGB III). Der Insolvenzgeldantrag wird nicht von der Agentur für Arbeit des Wohnsitzes, sondern von der Agentur bearbeitet, in deren Bezirk die für den AG zust. Lohnabrechnungsstelle liegt (§ 327 Abs. 3 S. 1 SGB III). Existiert keine inländische Lohnabrechnungsstelle des AG, ist die Agentur zuständig, in deren Bezirk das Insolvenzgericht seinen Sitz hat (§ 327 Abs. 3 S. 2 SGB III). Unabhängig davon können AN allerdings bei jeder Arbeitsagentur den Insolvenzgeldantrag stellen, welcher alsdann an die zust. Agentur weiterzuleiten ist. Der Antrag kann formlos und, um die Ausschlussfrist zu wahren, zunächst nur dem Grunde nach<sup>11</sup> gestellt werden. Besser ist es, die von den Arbeitsagenturen ausgegebenen Formulare

zu benutzen. Spätestens für die Darlegung der Anspruchsvoraussetzungen muss wegen der Mitwirkungsobliegenheit gem. § 60 Abs. 2 SGB I ohnehin der Vordruck der BA benutzt werden.<sup>12</sup> Bei größeren Insolvenzen ist es üblich, dass ein Mitarbeiter der Arbeitsagentur in den Betrieb kommt. Bei Sammelanträgen müssen entweder alle AN einzeln unterschreiben, oder der Unterzeichner muss von allen Antragstellern bevollmächtigt worden sein.<sup>13</sup>

4. Nach § 167 Abs. 1 SGB III wird Insolvenzgeld in Höhe des Nettoarbeitsentgelts geleistet, allerdings nur bis zu dem Netto-Entgelt, das auf Grundlage der Beitragsbemessungsgrenze (BBG) der ges. Renten- und Arbeitslosenversicherung errechnet wird. Dabei ergibt sich nach dem BSG aus den monatlichen BBG keine Gesamtdeckelung für den Insolvenzgeldzeitraum, sondern eine getrennte monatliche Deckelung des Insolvenzgelds.<sup>14</sup> Bei Sonderzahlungen kommt es darauf an, ob sie bei zeitanteiliger Zuordnung infolge ihrer Zusatzentgeltfunktion<sup>15</sup> mit jeweils 1/12 zum Überschreiten der BBG führen oder bei Gesamtzuordnung zum Auszahlungszeitpunkt wegen der ihr statt dessen zukommenden Betriebsbindungsfunktion<sup>16</sup> nur in dem Monat der Anspruchsentstehung die Kappung herbeiführen. Obwohl Insolvenzgeld nur in Höhe des Nettoverdienstes gezahlt wird, sind die betr. AN, wenn sie in der ges. Sozialversicherung pflichtversichert waren, dies auch weiterhin, einschl. der Rentenversicherung, da die BA die rückständigen Gesamtsozialversicherungsbeiträge iSd. § 28d SGB IV an die Einzugsstelle abzuführen hat (§ 175 Abs. 1 S. 1 SGB III). Gem. dem Ausschluss lt. § 166 Abs. 1 Nr. 1 SGB III besteht kein Anspruch auf Insolvenzgeld für Zahlungsansprüche, die wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstanden sind. Dazu zählen Abfindungen nach §§ 9, 10, 13 KSchG<sup>17</sup> sowie Urlaubsabgeltung gem. § 7 Abs. 4 BUrlG.<sup>18</sup> Auch ein Schadensersatzanspruch wegen pflichtwidrig nicht gewährten und mit Ablauf des Übertragungszeitraums verfallenen Urlaubs ist nach einem Urteil des BSG gem. § 166 Abs. 1 Nr. 1 SGB III nicht insolvenzgeldfähig, wenn die Schadensersatzforderung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch nicht erfüllt war, also kein Ersatzurlaub gewährt wurde.<sup>19</sup>

5. Wurde ein arbeitsgerichtlicher Rechtsstreit über die Entgeltforderungen und ihre Höhe geführt und hat der AN ein ihm günstiges

<sup>5</sup> BGH 06.11.1978, VIII ZR 179/77, BGHZ 72, 263, 265f.

<sup>6</sup> KPB-Tintelnot, § 108 Rn. 27c.

<sup>7</sup> BSG 23.03.2006, B 11a AL 65/05 R; vgl. auch BayLSG 26.03.2009, L 9 AL 425/03, Rn. 40.

<sup>8</sup> GK-SGB III-Hess, § 165 Rn. 170.

<sup>9</sup> BSG 24.11.1983, 10 RA r 12/82, ZIP 1984, 345ff.

<sup>10</sup> Zwanziger, § 108 InsO Rn. 151; unionsrechtliche Unbedenklichkeit ergibt sich auch aus EuGH 28.01.2015, C-688/13, Rn. 55 »Gimnasio Deportivo San Andrés« vgl. Cranshaw, jurisPR-InsR 6/2015, Anm. 1 unter D. III.

<sup>11</sup> Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, Braun/Wierziach, § 29 Rn. 135.

<sup>12</sup> Beck/Depré-Braun/Wierziach, § 29 Rn. 137.

<sup>13</sup> Beck/Depré-Braun/Wierziach, § 29 Rn. 136.

<sup>14</sup> BSG 11.03.2014, B 11 AL 21/12 R, Rn. 20.

<sup>15</sup> Vgl. hierzu ausführlich: Bichtmeier/Wroblewski, Insolvenzhandbuch für die Praxis, Teil 3 A. I. 2.) Stichw. »Weihnachtsgeld, Sonderzahlungen«.

<sup>16</sup> Ebd. – auch zur Behandlung von Sonderzahlungen mit »Mischcharakter«.

<sup>17</sup> BayLSG 30.06.2011, L 10 AL 54/09, Rn. 31: maßgeblich idR. die Formulierung im Prozessvergleich.

<sup>18</sup> BSG 20.02.2002, B 11 AL 71/01 R, SozR 3–4300 § 184 Nr. 1; DA Insg zu § 166 SGB III, Anm. 1 Abs. 5.

<sup>19</sup> BSG 06.05.2009, B 11 AL 12/08 R.

rechtskräftiges Urteil erstritten, stellt der titulierte Betrag insoweit die Obergrenze für das Insolvenzgeld dar<sup>20</sup>, da dieses nicht mehr als den arbeitsrechtlichen Anspruch sichern kann, der dann ja entspr. rkr. begrenzt wurde. Umgekehrt soll das arbeitsgerichtliche rechtskräftige Urteil keine Bindungswirkung für die Mindesthöhe des Insolvenzgeldanspruchs entfalten<sup>21</sup>, sodass Arbeitsverwaltung und Sozialgerichte zu überprüfen haben, ob dem Insolvenzgeldanspruch Umstände entgegenstehen, die im Arbeitsgerichtsverfahren keine Rolle gespielt haben.<sup>22</sup> Erst recht nicht verbindlich als Untergrenze für das Insolvenzgeld soll folgerichtig ein Anspruch aus einem arbeitsgerichtlichen Vergleich sein.<sup>23</sup>

## V. Insolvenzforderungen – Anmeldung und Klage

1. AN-Forderungen für die Zeit vor Insolvenzeröffnung sind Insolvenzforderungen (§§ 108 Abs. 3, 38 InsO), im Rahmen des Insolvenzgeldzeitraums begründen sie wie eben ausgeführt Insolvenzgeldansprüche gegen die BA (§ 165 SGB III). Insolvenzforderungen sind sie aber nur, soweit es sich überhaupt um Vermögensansprüche iSd. § 38 InsO handelt. Das ist u.A. nicht der Fall bei Entgeltabrechnungs- und Zeugnisansprüchen sowie bei Ansprüchen auf Weiterbeschäftigung oder Wiedereinstellung.<sup>24</sup> Solcherlei Nichtvermögensansprüche unterliegen nicht der insolvenzrechtlichen Rangordnung, sondern sind von demjenigen zu erfüllen, den jeweils die Arbeitgeberpflichten treffen, für die Dauer eines Regelinsolvenzverfahrens also vom IV.

2. Bei Insolvenzforderungen ist eine **Anmeldung zur Tabelle** vorzunehmen, bevor Klage beim ArbG erhoben wird. Die Zwangsvollstreckung ist insoweit ges. untersagt (§ 89 InsO)<sup>25</sup> und damit mangels Rechtsschutzinteresses auch die Leistungsklage unzul. Ist der AN Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO), können seine Forderungen nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren (§ 87 InsO) verfolgt werden. Der AN bzw. sein Stellvertreter muss die Insolvenzforderungen innerhalb der im Eröffnungsbeschluss vorgegebenen Frist beim IV (§ 174 InsO) schriftlich zur Insolvenztabelle (§ 175 InsO) anmelden, § 28 Abs. 1 S. 1 InsO. Eine schriftliche Vollmacht des anmeldenden Arbeitnehmervertreters muss sich ausdrücklich auf Insolvenzsachen erstrecken.<sup>26</sup> Wird die Anmeldefrist nicht eingehalten, ist nach § 177 InsO eine nachträgliche Anmeldung möglich. Die Anmeldefrist ist nämlich im Unterschied zur Frist nach § 189 Abs. 1 InsO (dazu sogleich) keine Ausschlussfrist. Das gilt auch für Änderungen der Anmeldung, § 177 Abs. 1 S. 3 InsO. Findet die Anmeldung erst nach dem Prüfungstermin statt, wird auf Kosten des säumigen Gläubigers entweder ein besonderer Prüfungstermin anberaumt oder die Prüfung im schriftlichen Verfahren angeordnet (§ 177 Abs. 1 S. 2 InsO). Die Kosten betragen pro Gläubiger derzeit 20,00 € (Anl. 1 zum GKG, Nr. 2340, »Prüfung von Forderungen«). Mit der Anmeldung sollte nicht zu lange gewartet werden. Gem. § 189 InsO werden bei Verteilungen nur solche Forderungen berücksichtigt, die bereits angemeldet und festgestellt wurden, oder solche, die angemeldet, aber bestritten wurden, und deren gerichtliche Verfolgung gem. § 189 Abs. 1 InsO rechtzeitig innerhalb von 2 Wochen nach der öff. Bekanntmachung durch das Insolvenzgericht<sup>27</sup> gem. § 188 Abs. 3 Hs. 2 InsO nachgewiesen wird.<sup>28</sup> Hier handelt sich um eine Ausschlussfrist für die Teilnahme an der jeweiligen Verteilung (§ 189 Abs. 3 InsO) und damit u. U. um das Ende aller Befriedigungschancen. Nachrangige

Insolvenzforderungen (§ 39 InsO)<sup>29</sup> sind nur anzumelden, wenn das Insolvenzgericht dazu besonders auffordert (§ 174 Abs. 3 S. 1 InsO). Dann ist auch der Nachrang mit der dem Gläubiger zustehenden Rangstelle anzugeben. Forderungen, denen niemand außer dem Schuldner widerspricht, gelten als festgestellt (§ 178 Abs. 1 InsO) und werden vom Insolvenzgericht gem. § 178 Abs. 2 InsO in die Tabelle eingetragen, was im Rahmen des § 178 Abs. 3 InsO wie ein rkr. Urteil wirkt. Zu niedrige Feststellung und Eintragung stehen einer Nachmeldung nicht entgegen.<sup>30</sup> Wurde die Forderung ganz oder teilweise bestritten, erteilt das Insolvenzgericht dem Gläubiger einen beglaubigten Tabellenauszug. Werden die Forderungen insg. festgestellt, besteht keine ges. Benachrichtigungspflicht.

3. Falls die Ansprüche vor der Insolvenzeröffnung nicht innerhalb einer tariflichen oder einzelvertraglichen **Ausschlussfrist** geltend gemacht worden sind, bestehen sie nicht mehr und können daher auch nicht mehr angemeldet werden. Für noch bestehende Insolvenzforderungen gelten die Ausschlussfristen nicht mehr, an ihre Stelle tritt die ordnungsgemäße Anmeldung zur Tabelle. Die Anmeldung von Insolvenzforderungen hemmt gem. § 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB die **Verjährung**, wenn sie nach Insolvenzeröffnung und vor Eintritt der Verjährung erfolgt. Erforderlich ist dafür eine ordnungsgemäße Individualisierung der Forderung in der Anmeldung.<sup>31</sup> Nach einem Urteil des BAG soll die Anmeldung einer Leistungszulage bei pflichtwidrig vom Arbeitgeber unterlassener Leistungsbeurteilung keine ordnungsgemäße Anmeldung des daraus nach der Rspr. resultierenden Schadensersatzanspruchs sein.<sup>32</sup> Vorsorglich sollte also stets jeder denkbare Grund einer Forderung jedenfalls hilfsweise mit angemeldet werden (etwa: »... sowie aus an deren Stelle tretende Schadensersatzansprüche«). Die Hemmung besteht während des gesamten Insolvenzverfahrens und 6 Monate darüber hinaus (§ 204 Abs. 2 S. 1 BGB). Sie bewirkt, dass der Zeitraum von der Anmeldung bis zum Ende der Hemmung für den Ablauf der Verjährungsfrist nicht mitzählt (§ 209 BGB).

4. Im **Insolvenzplanverfahren** bestehen für Insolvenzgläubiger besondere Einschränkungen und Verjährungsrisiken:<sup>33</sup> § 259a InsO regelt einen **Vollstreckungsschutz** für den Schuldner. Jener dient

<sup>20</sup> BSG 09.05.1995, 10 RA r 5/94, NZA-RR 1996, 151; DA Insg Verfahren, Anm. 6. Abs. 2.

<sup>21</sup> BSG 09.05.1995, 10 RA r 5/94, NZA-RR 1996, 151ff.

<sup>22</sup> DA Insg Verfahren, 6. Abs. 2.

<sup>23</sup> LSG Sachsen-Anhalt 22.09.2011, L 2 AL 63/07, Rn. 32.

<sup>24</sup> A.A. für eine Wiedereinstellungszusage des AG vor der Insolvenzeröffnung: LAG Rheinland-Pfalz 02.05.2013, 2 Sa 423/12, nrk., nachfolgendes Ur. des BAG 17.03.2015, 9 AZR 702/13 noch nicht veröffentlicht.

<sup>25</sup> Zur Ausnahme unvertretbarer Handlungen des Schuldners: LAG Rheinland-Pfalz 03.08.2011, 8 Ta 157/11, Rn. 6.

<sup>26</sup> Beck'sches Prozessformularbuch-SinZ, III. G. 8, Anm. 4.

<sup>27</sup> Veröffentlichung durch den Verwalter reicht nicht: BGH 07.02.2013, IX ZR 145/12, Rn. 5.

<sup>28</sup> Zu den Anforderungen der Fristwahrung: BGH 13.09.2012, IX ZB 143/11.

<sup>29</sup> Zu § 39 Abs. 1 Nr. 5 Fall 2 InsO in einem Sonderfall eines Gesellschafters und AN: BAG 27.03.2014, 6 AZR 204/12, AuR 2014, 244 (LS).

<sup>30</sup> BGH 19.01.2012, IX ZR 4/11, Rn. 13.

<sup>31</sup> BGH 21.02.2013, IX ZR 92/12, Rn. 14ff.

<sup>32</sup> BAG 22.02.2012, 5 AZR 229/11 (F), Rn. 31.

<sup>33</sup> Dazu Wroblewski, AuR 2012, 298, 304 und Bichlmeier/ders., Insolvenzhandbuch für die Praxis, 4. Aufl., Teil 5.

dazu, dass unbekannt gebliebene, nicht angemeldete Forderungen die Umsetzung des Insolvenzplans nicht beeinträchtigen. Die Planwirkungen gelten gem. § 254b InsO auch für Insolvenzgläubiger, die ihre Forderungen nicht angemeldet haben. Diese können neben den Planbeteiligten die Quote aus dem Plan beanspruchen. Das Insolvenzgericht kann auf Antrag des Schuldners Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ganz oder teilweise aufheben oder bis zu 3 Jahre lang untersagen (§ 259a InsO). Voraussetzung ist, dass der Schuldner glaubhaft macht, dass Vollstreckungen von Gläubigern, die ihre Forderungen bis zum Abstimmungstermin nicht angemeldet haben, die Durchführung des Insolvenzplans gefährden. Gegen den Beschluss nach § 259a InsO ist kein Rechtsmittel vorgesehen.

**Praxishinweis:** Für AN-Vertreter folgt daraus, sicherzustellen, dass Forderungen bis spätestens zum Abstimmungstermin angemeldet werden. Wichtig: § 259a InsO betrifft auch AN-Forderungen, für die bereits ein Titel vorliegt.<sup>34</sup>

Nach § 259a Abs. 3 InsO hat das Gericht den Vollstreckungsschutz auf Antrag bei entspr. Änderung der Sachlage wieder aufzuheben oder ihn abzuändern. Diesen Antrag kann auch ein Gläubiger stellen.<sup>35</sup>

§ 259b InsO regelt eine **besondere kurze Verjährungsfrist**. Aus einem rkr. bestätigten Insolvenzplan kann iVm. den zur Tabelle festgestellten Forderungen bei Nichtbestreiten des Schuldners im Prüfungstermin Zwangsvollstreckung betrieben werden (§ 257 InsO). Bei verspäteter Forderungsanmeldung droht kurze Verjährung: Forderungen, die nicht spätestens zum Abstimmungstermin angemeldet wurden, verjähren gem. § 259b InsO in max. einem Jahr ab Rechtskraft der Planbestätigung, bei späterer Fälligkeit ab deren Eintritt (§ 259b Abs. 2 InsO). Lief die Verjährungsfrist nach allg. Recht früher ab, bleibt es bei dieser bereits eingetretenen Verjährung.<sup>36</sup> Die Verjährung ist gehemmt, solange Vollstreckungsschutz nach § 259a InsO besteht; 3 Monate nach Beendigung des Vollstreckungsschutzes endet die Hemmung (§ 259b Abs. 4 InsO).

**Praxishinweis:** Auch titulierte Forderungen verjähren in spätestens einem Jahr<sup>37</sup> (§ 259b InsO ist also *lex specialis* zu § 197 Abs. 1 BGB)!

5. Wegen Insolvenzforderungen kann zulässigerweise Feststellungsklage erhoben werden, wenn sie zuvor gem. § 174 InsO beim IV angemeldet und von diesem oder einem Gläubiger<sup>38</sup> bestritten worden sind. In diesem Fall erhält der Gläubiger vom Gericht einen beglaubigten Auszug aus der Tabelle (§ 179 Abs. 3 InsO), welcher der Klage in Kopie beigelegt werden sollte. Hat der IV die Forderung vorläufig bestritten, ist er aufzufordern, innerhalb einer angemessenen Frist (2 bis 4 Wochen) eine endgültige Erklärung abzugeben, warum er die Forderung bestreitet und ob er sein Bestreiten zurücknimmt oder das Bestreiten aufrechterhält und damit endgültig bestreitet. Ohne diese vorherige Aufforderung gibt der IV keine Veranlassung zur Klage und die Kosten sind bei sofortigem Anerkenntnis des Verwalters vom kl. AN bzw. seiner Gewerkschaft oder Rechtsschutzversicherung zu tragen.<sup>39</sup> Bleibt es beim Bestreiten, so kann zulässigerweise wegen der Forderung gegen den bzw. die Bestreitenden (idR. den IV) Feststellungsklage erhoben werden, und zwar beim zust. ArbG (§§ 179 Abs. 1, 180 Abs. 1 S. 1, 185 InsO, § 19a ZPO, § 29 ZPO oder § 48 Abs. 1a ArbGG). Gem. §§ 182, 185 S. 3 InsO gilt für die Prozesskosten insoweit der auf die Quotenerwartung beschränkte Streit<sup>40</sup> und iVm. § 23 Abs. 1 S. 1 RVG Gegenstandswert.

Liegt bereits ein **vollstreckbarer Titel** für die Forderung vor, obliegt es nach Anmeldung und Forderungsprüfungstermin gem. § 179 Abs. 2 InsO dem Bestreitenden oder den Bestreitenden zu kla-

gen bzw. den unterbrochenen Rechtsstreit aufzunehmen. Es empfiehlt sich, eine Fotokopie des Titels an den Verwalter zu senden. Die Vorlage des Originals im Prüfungstermin ist nicht erforderlich, sollte aber vorsorglich, jedenfalls nach Aufforderung, erfolgen. Die spätere Erteilung eines vollstreckbaren Tabellenauszugs kann das Insolvenzgericht zur Vermeidung einer möglichen Doppelvollstreckung von der Vorlage des Originaltitels zur Entwertung abhängig machen.<sup>41</sup> Bleiben die Bestreitenden untätig, kann nach Anmeldung und Forderungsprüfung auch der Insolvenzgläubiger selbst den Rechtsstreit aufnehmen.<sup>42</sup>

Eine Klage auf Feststellung einer Insolvenzforderung zur Tabelle bleibt auch zul., wenn der Verwalter Masseunzulänglichkeit angezeigt hat. Dann ist zwar für die Insolvenzforderung zunächst keine Quote zu erwarten, ein Rechtsschutzbedürfnis besteht aber dennoch in jedem Fall, weil ein obsiegendes Urteil und die folgende Berichtigung der Tabelle auf Antrag des AN (vgl. § 183 Abs. 2 InsO) gem. § 178 Abs. 3 InsO wie ein rkr. Urteil gegenüber dem Verwalter und allen Insolvenzgläubigern auch für die Zeit nach Beendigung des Verfahrens wirkt.<sup>43</sup> Ob eine derartige Feststellungsklage für den AN wirtschaftlich sinnvoll ist, steht auf einem anderen Blatt und muss im Einzelfall entschieden werden. Dabei ist zu beachten, dass Masseunzulänglichkeit oft nur vorübergehend eintritt und behoben wird, sobald ausreichender Ertrag aus langwierigen Verwertungshandlungen des Verwalters erzielt wurde.

6. Ist bereits ein Prozess gegen den AG wegen eines Zahlungsanspruchs anhängig, wird das Verfahren mit Insolvenzeröffnung **gem. § 240 S. 1 ZPO unterbrochen**; auch in der Berufungs- und Revisionsinstanz.<sup>44</sup> Unterbrechung tritt stets ein, wenn der Streit die Insolvenzmasse betrifft; bei mehreren zusammen geltend gemachten Ansprüchen reicht einer, der die Masse betrifft.<sup>45</sup> Das gilt auch, wenn ein starker vorläufiger Verwalter eingesetzt wurde, auf den die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übergegangen ist (§ 240 S. 2 ZPO). In allen diesen Fällen sind die Entgeltforderungen nach Eröffnung zur Tabelle anzumelden und wie dargestellt weiterzuverfolgen. Ohne Anmeldung, Prüfung und Bestreiten der Insolvenzforderung ist die Aufnahme durch den AN als Insolvenzgläubiger unwirksam.<sup>46</sup> Auch der Verwalter kann den Prozess nicht ohne vorhergehende Anmeldung durch den Gläubiger bzw. AN aufnehmen, es sei denn, letzterer verfügt bereits über einen vollstreckbaren Titel.<sup>47</sup> Bleibt es beim Bestreiten des Verwalters, ist das Verfahren unter Abänderung des Klagerubrics auf den Verwalter durch Einreichen eines gericht-

<sup>34</sup> Zwanziger, BB 2011, 887, 888.

<sup>35</sup> BT-Drs. 17/5712, 38 spricht etwas unglücklich vom Antrag »einer Partei«.

<sup>36</sup> BT-Drs. 17/5712, 38.

<sup>37</sup> BT-Drs. 17/5712, 38; Zwanziger, BB 2011, 887, 888.

<sup>38</sup> Zur Klage gegen den bestreitenden Schuldner vgl. § 184 InsO.

<sup>39</sup> LAG Hamm 14. 03.2002, 4 Sa 1366/97, ZIP 2002, 770ff.

<sup>40</sup> LAG Baden-Württemberg 03.05.2012, 5 Ta 3/12; LAG Nürnberg 01.02.2013, 4 Ta 167/12, Rn. 24ff.

<sup>41</sup> Beck'sches Prozessformularbuch-SinZ, III. G. 8, Anm. 14.

<sup>42</sup> BGH 03.07.2014, IX ZR 261/12, Rn. 9, ZInsO 2014, 1608.

<sup>43</sup> BAG 26.07.2007, 8 AZR 796/06, AuR 2008, 74 (red. LS).

<sup>44</sup> Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 240 Rn. 4, 6.

<sup>45</sup> BGH 10.12.2014, XII ZR 136/12, Rn. 15.

<sup>46</sup> Vgl. BGH 03.07.2014, IX ZR 261/12, Rn. 9, ZInsO 2014, 1608.

<sup>47</sup> BAG 15.05.2013, 5 AZR 252/12 (A).

lich zuzustellenden Schriftsatz (§ 250 ZPO) wiederaufzunehmen<sup>48</sup> (im Rubrum: »... als IV über das Vermögen der ...«) und der Zahlungsantrag auf einen Feststellungsantrag umzustellen. Der Schuldner (AG) verliert hingegen nach § 80 Abs. 1 InsO seine Prozessführungsbefugnis, außer bei einem Urteil unter Verstoß gegen § 240 ZPO und bei eigenem Bestreiten (§ 184 InsO); von ihm erteilte Prozessvollmachten erlöschen<sup>49</sup> bis auf diese Ausnahmen nach § 117 InsO. Haben mehrere Personen gem. § 178 Abs. 1 S. 1 InsO widersprochen, ist die Klage *gegenüber allen Widersprechenden* zu erheben bzw. der Prozess gegenüber allen aufzunehmen.<sup>50</sup> Ab der Aufnahme gilt der gem. §§ 182, 185 S. 3 InsO auf die Quotenerwartung beschränkte Streit<sup>51</sup> und Gegenstandswert (iVm. § 23 Abs. 1 S. 1 RVG).

**Praxistipp:** Für die Fortsetzung eines Passivprozesses nach der Insolvenzeröffnung ergibt sich danach folgende Prüfungs- und Arbeitsreihenfolge:<sup>52</sup> 1) Unterbrechung des Verfahrens, § 240 S. 1 ZPO 2) Fall des § 86 InsO? sonst: 3) Anmeldung zur Tabelle 4) Prüfungstermin oder schriftliches Prüfungsverfahren gem. § 177 Abs. 1 S. 2 InsO 5) Feststellung zur Tabelle mit der Wirkung gem. § 178 Abs. 3 InsO oder: 6) Bestreiten der Forderung 7) Aufnahme des Arbeitsgerichtsprozesses 8) Beklagtenrubrumsänderung auf den Verwalter und alle sonstigen Bestreitenden 9) Klageänderung von Leistungs- auf Feststellungsklage 10) Nach Obsiegen im Prozess: Antrag beim Insolvenzgericht auf Berichtigung der Tabelle gem. § 183 Abs. 2 InsO.

7. Hat der AN mit der Feststellungsklage obsiegt, obliegt es ihm, beim Insolvenzgericht **Berichtigung der Tabelle** zu beantragen (§ 183 Abs. 2 InsO). Die Eintragung in die Tabelle wirkt für die festgestellten Insolvenzforderungen, die entweder im Prüfungstermin nicht vom Schuldner bestritten wurden oder bei denen dessen Widerspruch beseitigt wurde, wie ein vollstreckbares Urteil, aus dem also Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner betrieben werden kann (§ 201 Abs. 2 S. 1, 2 InsO). Freilich kann eine vollstreckbare Ausfertigung aus der Tabelle erst nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens beantragt und erteilt werden, soweit eine Restschuldbefreiung nicht entgegensteht (§ 201 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 InsO).

8. Verliert der Verwalter ein aufgenommenes oder gegen ihn nach Eröffnung eingeleitetes Verfahren, ist der **Kostenerstattungsanspruch** des AN für den ganzen Rechtsstreit Masseforderung,<sup>53</sup> für die grds. Kostenfestsetzung erreicht werden kann.<sup>54</sup> Bei Masseunzulänglichkeit kommt es für die Zuordnung zu den Neu- oder Altmasseforderungen darauf an, ob die Aufnahme oder Klageerhebung vor der Anzeige gem. § 208 InsO erfolgt ist.<sup>55</sup> Ohne Aufnahme bleiben die vor der Eröffnung entstandenen Prozesskosten Insolvenzforderung.<sup>56</sup>

## VI. Masseforderungen – Geltendmachung und Klage

1. Soweit Entgeltforderungen der AN für Zeiträume zu zahlen sind, die **nach Insolvenzeröffnung** liegen, sind sie Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO.<sup>57</sup> So auch bei nach der Eröffnung vom Verwalter neu durch Rechtsgeschäft, unerlaubte Handlung oder sonstige Pflichtverletzung begründeten Forderungen. Allerdings sind auch Verbindlichkeiten, die ein starker vorläufiger IV vor der Eröffnung begründet oder durch Weiterbeschäftigung von AN entstehen lässt, nach Eröffnung des Verfahrens gem. § 55 Abs. 2 InsO Massever-

bindlichkeiten. Masseverbindlichkeiten entstehen auch bei Freistellung nach Eröffnung. Auch dann sind sie vorbehaltlich §§ 90, 209 f. InsO klag- und vollstreckbar. Auf Masseverbindlichkeiten sind Ausschlussfristen grds. wie außerhalb der Insolvenz anzuwenden.<sup>58</sup>

2. Masseverbindlichkeiten sind vom IV im Unterschied zu Insolvenzforderungen bei Fälligkeit vollständig zu erfüllen. **Leistungsklage und Zwangsvollstreckung** sind und bleiben nach Eröffnung nur zeitweilig eingeschränkt durch § 90 InsO zulässig. Gem. § 90 InsO sind Vollstreckungen und damit Leistungsklagen u.U. für max. 6 Mon. seit der Eröffnung unzul., das führt aber lediglich zu einer Verzögerung: Die seit der Eröffnung entstandenen Masseverbindlichkeiten – auch bei Freistellung von der Arbeitspflicht! – sind spätestens ab dem 7. Monat wieder klag- und vollstreckbar; vorher eingereichte Leistungsklagen sind »zur Zeit unzulässig«, werden dann aber zulässig. Das gilt nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit nur noch für Neumasseverbindlichkeiten.

3. Meist werden vor der Insolvenzeröffnung noch keine Prozesse über Masseverbindlichkeiten anhängig sein. Sollte dies ausnahmsweise doch der Fall sein, z. B. im Falle des § 55 Abs. 2 InsO, werden auch diese Verfahren nach § 240 ZPO **unterbrochen** und können durch Gläubiger oder Verwalter gem. § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO wieder aufgenommen werden (sog. Teilungsmassestreit<sup>59</sup>). Verliert der IV den Prozess, ist der Prozesskostenerstattungsanspruch des AN Masseforderung; bei sofortigem Anerkenntnis durch den IV nur Insolvenzforderung (§ 86 Abs. 2 InsO).

4. Besteht Streit, ob es sich um eine Masseverbindlichkeit oder Insolvenzforderung handelt, ist die Leistungsklage des AN auf Erfüllung einer Masseverbindlichkeit nach dem BAG auch dann zul., wenn das zust. ArbG letztlich eine Insolvenzforderung annimmt: Dann sei die Klage unbegründet.<sup>60</sup> Dies kann nur insoweit hingenommen werden, als die Rechtskraft der Abweisung nur den Charakter der Forderung als Masseverbindlichkeit, nicht aber ihre materiell-rechtliche Existenz betrifft. Eine gerichtliche Aberkennung des materiell-rechtlichen Anspruchs hinter der Insolvenzforderung verstieße gegen § 201 Abs. 1 InsO.

<sup>48</sup> Auch im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren: BGH 31.10.2012, III ZR 204/12, Rn. 5ff.

<sup>49</sup> Zwanziger, BB 2011, 1205, 1209.

<sup>50</sup> BGH 06.03.2013, III ZR 261/12, Rn. 9.

<sup>51</sup> LAG Baden-Württemberg 03.05.2012, 5 Ta 3/12.

<sup>52</sup> Teilweise angelehnt an: Cranshaw, jurisPR-InsR, 17/2014, Anm. 1, unter D. I.

<sup>53</sup> Vgl. BAG 17.08.2005, 7 ABR 56/04, AuR 2006, 74 (LS 1); Zwanziger, § 185 InsO Rn. 52.

<sup>54</sup> Zwanziger, § 185 InsO, Rn. 55.

<sup>55</sup> BGH 09.10.2008, IX ZB 129/07.

<sup>56</sup> BFH 02.11.2010, I E 8/10.

<sup>57</sup> Das Erfordernis des Entgeltcharakters hervorhebend: BAG 21.02.2013, 6 AZR 406/11, Rn. 29, wonach Entgelt im weitesten Sinne ausreicht, also auch Entgeltfortzahlungsforderungen und »alle sonstigen Ansprüche, die sich aus dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ergeben«, AuR 2013, 326 (red. LS), (BAG 14.11.2012, 10 AZR 793/11, Rn. 12).

<sup>58</sup> BAG 12.06.2002, 10 AZR 199/01; zum unzureichenden Schutz nicht fälliger Masseforderungen im Insolvenzplanverfahren vgl. Wroblewski, AuR 2012, 298, 304f.

<sup>59</sup> Mohrbutter/Ringstmeier, Hb. InsVerw., Kap. 6, Rn. 584 ff.

<sup>60</sup> BAG 25.06.2014, 5 AZR 283/12, Rn. 13; a. A. Zwanziger, § 185 InsO Rn. 68.

## VII. Sonderfall Masseunzulänglichkeit

1. Masseunzulänglichkeit tritt ein, wenn durch die vorhandene Masse zwar die Verfahrenskosten (§ 54 InsO), aber nicht die fälligen sonstigen Masseverbindlichkeiten (§ 55 InsO) gedeckt sind bzw. die Masse nicht ausreicht, um die sonstigen Masseverbindlichkeiten bei Eintritt der Fälligkeit zu erfüllen (§ 208 Abs. 1 S. 2 InsO). Dann ist der IV gem. § 208 InsO verpflichtet, beim Insolvenzgericht Masseunzulänglichkeit anzuzeigen. Das Gericht muss die Anzeige öff. bekannt machen ([www.insolvenzbekanntmachungen.de](http://www.insolvenzbekanntmachungen.de)) und sie den bekannten Massegläubigern gesondert zustellen. Nach § 9 Abs. 3 InsO reicht die öff. Bekanntmachung für eine wirksame Zustellung an alle Beteiligten aus.<sup>61</sup> Hat der IV Masseunzulänglichkeit beim Insolvenzgericht angezeigt (§ 208 InsO), sind bis zu dieser Anzeige begründete Forderungen Altmasseverbindlichkeiten (§ 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Die Rangfolge des § 209 InsO soll auch ohne Anzeige des IV eintreten, wenn Masseunzulänglichkeit oder deren Drohen gem. § 208 Abs. 1 S. 2 InsO tatsächlich vorliegen.<sup>62</sup> Im Streit um die Masseverbindlichkeit kann der Verwalter freilich durch eine nachgeholte Anzeige den Status als Altmasseverbindlichkeit klarstellen. Zeigt der IV die Masseunzulänglichkeit gegenüber dem Insolvenzgericht (§ 208 InsO) an, so ist dies für das Insolvenzgericht und Prozessgericht, also auch das ArbG bindend. Ausnahmen kommen nur bei Arglist oder gerichtsbekannt ausreichendem Massebestand in Betracht.<sup>63</sup> Altmasseverbindlichkeiten sind weder vollstreckbar noch mit der Leistungsklage einklagbar, und können vom IV oft nur anteilig erfüllt werden, wenn überhaupt. Im Ergebnis sind sie in diesen Fällen somit den Insolvenzforderungen ähnlich, nur dass es für Altmasseforderungen keine Tabelle gibt. Bei vorübergehender Masseunzulänglichkeit kann es späterhin noch zu einer vollst. Erfüllung der Altmasseverbindlichkeiten kommen, was auf Insolvenzforderungen nur sehr selten zutrifft. Anders verhält es sich im Fall von Neumasseverbindlichkeiten (§ 209 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 InsO). Das sind zB. Ansprüche aus Arbeitsverträgen, die der IV nach der Masseunzulänglichkeitsanzeige neu abgeschlossen hat, oder Entgeltansprüche für Zeiten der Fortbeschäftigung nach der Anzeige. Solcherlei Neumasseverbindlichkeiten sind grds. mit Leistungsklage<sup>64</sup> und Zwangsvollstreckung durchsetzbar, denn das Vollstreckungsverbot nach § 210 InsO gilt nur für Altmasseverbindlichkeiten gem. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO. Eine Ausnahme hiervon ist die weitere Masseunzulänglichkeit. Diese liegt vor, wenn nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit die Masse sich nochmals so reduziert, dass sie nicht einmal mehr zur Tilgung der Neumasseverbindlichkeiten reicht. Dann können sämtliche Neumasseverbindlichkeiten nicht mehr vollstreckt und per Leistungsklage geltend gemacht werden.<sup>65</sup> Für einen Vorrang der nach dem Eintritt weiterer Masseunzulänglichkeit begründeten Verbindlichkeiten gibt es im Gesetz keine Grundlage.<sup>66</sup> Für eine Analogie fehlt insoweit die erforderliche wertungsmäßige Ähnlichkeit der Fallkonstellationen.<sup>67</sup> Also wird bei weiterer Masseunzulänglichkeit der Grundsatz des Vollstreckungsverbots und des Ausschlusses der Leistungsklage analog angewandt,<sup>68</sup> während es keine privilegierten »erneuten Neumasseverbindlichkeiten« gibt. Die str. Frage, ob es daneben ein Recht oder sogar eine Pflicht des Verwalters zur Anzeige der weiteren Masseunzulänglichkeit gibt, haben BGH und BAG bislang offen gelassen.<sup>69</sup> Die im Interesse der Gläubiger gebotene Rechtssicherheit und -klarheit spricht für beides, also für eine Analogie zu § 208 InsO. Sieht man dies anders, trifft den IV jedenfalls im Prozess die volle Darlegungs- und Beweislast für den materiellen Eintritt weiterer Masseunzulänglichkeit.<sup>70</sup>

Bei über die Masseunzulänglichkeitsanzeige hinaus fortbestehenden Arbeitsverhältnissen kommt es darauf an: Beschäftigt der IV AN weiter, entstehen ab der Anzeige Neumasseverbindlichkeiten (§ 209 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. Abs. 2 Nr. 3 InsO). Stellt er sie hingegen frei,<sup>71</sup> entstehen Altmasseverbindlichkeiten bis zum ersten möglichen Kündigungstermin des IV, ebenso in Fällen des Annahmeverzugs (§ 615 BGB).<sup>72</sup> Kündigt der IV freigestellten AN nicht unverzüglich zum frühesten möglichen Termin, handelt es sich von da an, also vom Ablauf der Kündigungsfrist bei fiktiver rechtzeitiger Kündigung an, um Neumasseverbindlichkeiten (§ 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO); für die Zeit bis zum versäumten frühesten Kündigungstermin bleiben die Entgeltansprüche Altmasseverbindlichkeiten. Die Kündigungsobliegenheit des IV hängt nicht von der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung nach dem KSchG ab.<sup>73</sup> Er muss stets so schnell wie möglich, nach Anhörung des BR, Durchführung eines Interessenausgleichsverfahrens nach §§ 111, 112 BetrVG und bei Sonderkündigungsschutz nach etwa erforderlichen behördlichen Zustimmungen die Kündigung ohne Verzögerung aussprechen, wenn er Neumasseverbindlichkeiten vermeiden will.<sup>74</sup>

2. Hat der IV gem. § 208 InsO gegenüber dem Insolvenzgericht Masseunzulänglichkeit angezeigt, ist eine **Leistungsklage** wegen Altmasseverbindlichkeiten unzulässig, auch wenn sich der Klageantrag auf die teilweise Verurteilung in Höhe der Massequote bezieht. Es kann für Altmasseverbindlichkeiten nur noch Feststellungsklage erhoben werden bzw. ist der Leistungsantrag auf einen Feststellungsantrag umzustellen, was sogar in der Revisionsinstanz noch geht.<sup>75</sup>

3. Zur Einbeziehung von Masseverbindlichkeiten in einen Insolvenzplan<sup>76</sup> bei Masseunzulänglichkeit vgl. *Wroblewski*, AuR 2012, 298, 304.

<sup>61</sup> BAG 31.03.2004, 10 AZR 253/03, AP Nr. 3 zu § 209 InsO, AuR 2004, 316 (LS 1 – 3).

<sup>62</sup> BGH 19.11.2009, IX ZB 261/08, Rn. 14ff. (mit absolutem Vorrang der Verfahrenskosten, Rn. 18); OLG Düsseldorf 27.01.2012, I-22 U 49/11, 22 U 49/11, Rn. 56.

<sup>63</sup> BGH 19.11.2009, IX ZB 261/08, Rn. 12f.

<sup>64</sup> BAG 08.05.2014, 6 AZR 246/12, Rn. 13, AuR 2014, 345 (red. LS); OLG Stuttgart 09.05.2011, 5 U 7/11, Rn. 18.

<sup>65</sup> BAG 15.06.2004, 9 AZR 431/03, Rn. 13; anders, wenn es nur einen einzigen Neumassegläubiger gibt: OLG Stuttgart 09.05.2011, 5 U 7/11, Rn. 29 oder die Quote für Neumassegläubiger bereits feststeht: *Zwanziger*, § 185 InsO Rn. 30, der zu Recht von einem nur »theoretischen Fall« spricht.

<sup>66</sup> Vgl. *Wroblewski*, NJW 2011, 347, 348.

<sup>67</sup> BGH 13.04.2006, IX ZR 22/05, ZInsO 2006, 541ff.

<sup>68</sup> Vgl. BAG 15.06.2004, 9 AZR 431/03, Rn. 13, AuR 2004, 271 (Kurz wiedergabe).

<sup>69</sup> BGH 13.04.2006, IX ZR 22/05, Rn. 27; 03.04.2003, IX ZR 22/05, Rn. 40; BAG 04.06.2003, 10 AZR 586/02, Rn. 27; vgl. auch von *Websky*, ZInsO 2014, 1468.

<sup>70</sup> So Mohrbutter/Ringstmeier/Pape, Kap. 12, Rn. 102.

<sup>71</sup> Zum str. »insolvenzspezifischen Freistellungsrecht« *Wroblewski*, NJW 2011, 347, 349.

<sup>72</sup> LAG Nürnberg 15.03.2012, 5 Sa 799/10, Rn. 15.

<sup>73</sup> BAG 21.07.2005, 6 AZR 592/04.

<sup>74</sup> *Zwanziger*, § 108 InsO Rn. 62.

<sup>75</sup> BAG 05.02.2009, 6 AZR 110/08, Rn. 13, AuR 2009, 226 (LS).

<sup>76</sup> Ausführlich zu Voraussetzungen und Folgen eines Insolvenzplans, der Eigenverwaltung und des Schuttschirmverfahrens: *Bichlmeier/Wroblewski*, Insolvenzhandbuch für die Praxis, 4. Aufl., Teil 5, demn. im Bund-Verlag.

## VIII. Schadensersatzforderungen gegen den Insolvenzverwalter und andere

1. Wer AN-Interessen im Insolvenzverfahren wahrzunehmen hat, wird stets im Interesse seiner Mandanten, Gewerkschaftsmitglieder und Kollegen prüfen, ob neben einer Inanspruchnahme der Insolvenzmasse, die bei Insolvenzforderungen oftmals nur als geringe Quotenausschüttung zu erwarten ist, auch die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs besteht, etwa gegen Geschäftsführer oder andere Organvertreter, gegen den Entleiher bei Verletzung der Auskunftspflicht gem. § 13 AÜG<sup>77</sup> oder gegen den IV persönlich. §§ 60 und 61 InsO sind die in der InsO geregelten Haftungstatbestände für eine persönliche Verwalterhaftung. Daneben sind allg. Haftungsgrundlagen, insbes. aus dem Recht der unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff. BGB), aus Garantieverträgen oder Stellvertreterhaftung zu prüfen. Die Haftungsgrundsätze der §§ 60 ff. InsO gelten gem. § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO auch für den vorläufigen IV. Für Streitigkeiten über Schadensersatzansprüche gegen den IV ist die Arbeitsgerichtsbarkeit zuständig, wenn sie auf der Beeinträchtigung der Erfüllung arbeitsrechtlicher Forderungen beruhen.<sup>78</sup>

2. Damit der Klageantrag des AN auf Schadensersatz gem. § 60 f. InsO wegen Nichterfüllung einer Masseforderung dem Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO entspricht, muss dargelegt werden, dass der prozessuale Anspruch entweder auf pflichtwidrige Begründung einer Masseverbindlichkeit (§ 61 InsO) oder auf Verletzung sonstiger insolvenzspezifischer Pflichten (§ 60 InsO) gestützt wird. Beide Anspruchsgrundlagen können gleichzeitig nur im Stufenverhältnis von Haupt- und Hilfsantrag geltend gemacht werden.<sup>79</sup> Ist der Schaden noch nicht konkret berechenbar, kommt eine bezifferte Leistungsklage zunächst nicht in Betracht, sondern vorerst nur eine Feststellungsklage auf Ersatzpflicht dem Grunde nach (§§ 256 Abs. 1 ZPO, 61 Abs. 3 ArbGG, 304 ZPO).<sup>80</sup> Wird die Höhe später bezifferbar, kann auf einen Leistungsantrag umgestellt werden, Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche gegen die Masse (§ 255 BGB). Gem. § 62 InsO beträgt die Verjährungsfrist 3 Jahre, beginnend ab Kenntnis des Geschädigten vom Schaden und von der Pflichtverletzung des IV.

3. Die Insolvenzmasse selbst haftet für das schadensersatzpflichtige Verhalten des IV; § 31 BGB ist analog zuwenden.<sup>81</sup> Die Haftung der Masse und des IV stehen gleichrangig in Anspruchskonkurrenz nebeneinander, so dass nicht etwa die Masse vorrangig in Anspruch genommen werden muss oder umgekehrt.<sup>82</sup> Ein Anspruch aus § 60 InsO ist auch gegenüber dem Erfüllungsanspruch gegen die Masse und gegenüber der evtl. Haftung eines Betriebserwerbers grds. gleichrangig.<sup>83</sup> Klageanträge können also gegen den IV als Partei kraft

Amtes, den IV persönlich und gegen den Erwerber gerichtet werden, bei auf den gleichen Forderungs- und Klagegegenstand gerichteten Anträgen als Gesamtschuldner. Die subj. Klagehäufung muss als Unbedingte erfolgen, eine nur hilfsweise gegen den IV persönlich oder als Partei kraft Amtes erhobene Klage wäre unzulässig.<sup>84</sup>

## IX. Abschluss und Ausblick

Soweit dieser Überblick über Entgeltprobleme der AN-Beratung und -vertretung in der Arbeitgeberinsolvenz. Zur Vertiefung und wegen anderer Fragen aus dem Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht, die sich bei der Arbeitnehmervertretung in der Unternehmensinsolvenz stellen, darf auf das in Kürze im Bund-Verlag, Frankfurt/M., erscheinende Insolvenzhandbuch für die Praxis verwiesen werden. Es verfügt über ein ausführliches »ABC« zur insolvenz- und insolvenzgeldrechtlichen Zuordnung diverser spezieller Forderungstypen von Abfindungen, Erfindervergütungen, Weihnachtsgeld bis zum Zeugnis. Außerdem finden sich dort alle weiteren für die AN-Vertretung relevanten Fragen (z.B. Insolvenzantragstellung, Insolvenzanfechtung, Kündigungen, Sozialplan, Gläubigerausschuss<sup>85</sup> und -versammlung), aufgearbeitet für die Bedürfnisse der Praktiker. Besonders hingewiesen sei auf die in dem Handbuch enthaltenen umfassenden, nicht auf die Insolvenz beschränkten Gesamtdarstellungen des Rechts der betrieblichen Altersversorgung und des Betriebsübergangsrechts (§ 613a BGB).

Rechtspolitisch stehen jetzt ges. Neuregelungen zur Konzerninsolvenz und zur gebotenen Einschränkung des Rechts der Insolvenzanfechtung auf der Tagesordnung. Möge künftig auch hinter den Pforten der Unternehmensinsolvenz die Repräsentanz und der soziale Schutz der Beschäftigten, ihrer Arbeitsplätze und ihrer Rechtspositionen deutlicher respektiert und ausgebaut werden!

<sup>77</sup> Vgl. Ulber, AÜG, § 13 Rn. 10.

<sup>78</sup> Zu § 60 InsO: LAG Hessen 13.08.2014, 2 Ta 155/14, AuR 2015, 155 (LS); zu § 61 InsO: BAG 09.07.2003, 5 AZB 34/03; BGH 16.11.2006, IX ZB 57/06.

<sup>79</sup> BAG 06.10.2011, 6 AZR 172/10, Rn. 18; BGH 06.05.2004, IX ZR 48/03.

<sup>80</sup> Richter/Völkens, ZIP 2011, 1800, 1805.

<sup>81</sup> Str. für Anwendung des § 31 BGB auf nichtrechtsgeschäftliches Verwalterhandeln: Lüke, ZIP 2005, 1113 – 1120; vgl. auch Uhlenbruck, InsO (13. Aufl.), § 60 Rn. 2; Lissner, BB 2014, 1419, 1421.

<sup>82</sup> BAG 25.01.2007, 6 AZR 559/06, AuR 2007, 282 (red. LS); Lüke, Persönliche Haftung des Verwalters, Rn. 21 ff.; a. A. Uhlenbruck, § 60 Rn. 2.

<sup>83</sup> BAG 25.01.2007, 6 AZR 559/06, AuR 2007, 282 (red. LS).

<sup>84</sup> BGH 20.09.2007, IX ZR 91/06, Rn. 13.

<sup>85</sup> Zur dortigen AN-Vertretung vgl. auch Wroblewski, ZInsO 2014, 115.

# Insolvenz des Arbeitgebers – was ist zu tun?



Zahlreiche Unternehmensinsolvenzen bringen jedes Jahr einen enormen Handlungsbedarf für die Akteure auf diesem Gebiet mit sich. Das Handbuch konzentriert sich auf die praxisrelevanten Fragen des Insolvenz- und Arbeitsrechts und beleuchtet die Schnittstellen zwischen diesen Rechtsgebieten. Ausführlich widmet es sich auch Überschneidungen mit dem Sozialrecht, insbesondere dem wichtigen Arbeitsförderungsrecht (SGB III).

Besonderes Augenmerk richten die Autoren auf die praktischen Erfordernisse der Beratung und der gerichtlichen sowie außergerichtlichen Vertretung von einzelnen Arbeitnehmern und Betriebsräten.

#### Vorteile auf einen Blick:

- Aktuelle Rechtsprechung und Literatur
- Alles zum Umgang mit verschiedenartigen Arbeitnehmerforderungen
- Berücksichtigt das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)
- Umfassende praxisorientierte Darstellung von § 613a BGB (Betriebsübergänge innerhalb und außerhalb von Insolvenzverfahren) und der Betrieblichen Altersversorgung
- Altersteilzeit und Insolvenzversicherung inklusive Sozialrecht
- Sanierung im Insolvenzverfahren, Einflussmöglichkeiten von Betriebsrat, Gläubigerausschuss und Gläubigerversammlung
- Bietet zahlreiche Arbeitshilfen (Checklisten, Mustertexte)

#### Die Herausgeber:

**Wilhelm Bichlmeier**, Rechtsanwalt in Aschaffenburg, berät Gewerkschaften und Betriebsräte in Insolvenzfällen und bei Umstrukturierungen.

**Andrej Wroblewski**, Jurist, Ressort Arbeits- und Sozialrecht/ Betriebliche Altersversorgung beim Vorstand der IG Metall, Frankfurt/M., u.a. zuständig für das Insolvenz- und Insolvenzgeldrecht.

#### Die Autorin und die Autoren:

**Kerstin Schminke, Wilhelm Bichlmeier, Stephan Sartoris, Stefan Soost, Christian Sperber, Andrej Wroblewski**

Wilhelm Bichlmeier /

Andrej Wroblewski (Hrsg.)

#### Das Insolvenzhandbuch für die Praxis

Insolvenzrecht – Arbeitsrecht – Sozialrecht

4., komplett überarbeitete und

aktualisierte Auflage

2016. Ca. 650 Seiten, gebunden

ca. € 59,-

ISBN 978-3-7663-6441-8

Erscheint November 2015

## BESTELLSCHEIN

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6441-8	Wilhelm Bichlmeier / Andrej Wroblewski (Hrsg.) Das Insolvenzhandbuch für die Praxis	ca. 59,-

Absender:  Frau  Herr

Name / Vorname:

Firma:

Telefon:

E-Mail:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Datum / Unterschrift:



Postfach  
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:  
0 69 / 79 50 10-20

Fax:  
0 69 / 79 50 10-11

Internet:  
www.bund-verlag.de

E-Mail:  
kontakt@bund-verlag.de

## Bund-Verlag GmbH

Postfach

60424 Frankfurt am Main

Tel.: 069 / 79 50 10-20

Fax.: 069 / 79 50 10-11

E-Mail: kontakt@bund-verlag.de