

GmbHG für die gesetzliche Vertretung im Außenverhältnis ohne rechtliche Wirkung sind.³⁵ Die Fiktion des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG gilt mindestens solange der Geschäftsführer Organ der Gesellschaft ist.³⁶ Im Fall des ruhenden Arbeitsverhältnisses lebt dieses nach Beendigung der Organstellung und des Dienstvertrages wieder auf, es sei denn es wurde wirksam beendet.

Die **Anstellungsverhältnisse** von Organen juristischer Personen sind durch den Insolvenzverwalter nach § 113 InsO **kündbar**.³⁷ Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht die Kündigungsbefugnis von der Gesellschafterversammlung (GmbH) bzw. von dem Aufsichtsrat (AG) auf den Insolvenzverwalter über, der nach § 80 Abs. 1 InsO an die Stelle des ansonsten zuständigen Anstellungsorgans tritt.³⁸ Dies gilt auch für den Geschäftsführer einer GmbH und einer GmbH & Co.KG.³⁹ Für den Vorstand einer AG ergibt sich dies bereits aus § 87 Abs. 3 AktG. Welche Kündigungsfristen für Geschäftsführer beim Fehlen konkreter Regelungen im Anstellungsvertrag anwendbar sind, ist umstritten. Während vertreten wird, dass insoweit auf § 622 BGB – mithin auch auf die verlängerten Kündigungsfristen nach § 622 Abs. 2 BGB – abzustellen ist,⁴⁰ geht das BAG mangels Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses davon aus, dass sich die gesetzliche Kündigungsfrist für Geschäftsführerdienstverträge, die keine Arbeitsverträge sind, und zwar auch dann, wenn der gekündigte Geschäftsführer nicht oder nur unwesentlich am Stammkapital der GmbH beteiligt ist, aus § 621 BGB folgt.⁴¹ Etwaige längere Kündigungsfristen werden in der Insolvenz in jedem Fall von der Frist nach § 113 S. 2 InsO gekappt.⁴² Befristete Verträge mit Organmitgliedern sind mit der Höchstfrist von drei Monaten nach § 113 InsO kündbar.⁴³ Der Anwendung der auf das Betriebsverfassungsgesetz bezogenen arbeitsrechtlichen Vorschriften der Insolvenzordnung steht die Fiktion nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG entgegen.

Von der Kündigung des Anstellungsverhältnisses zu trennen ist die **Beendigung der Organstellung**. Die Abberufung von Organmitgliedern muss auch im Insolvenzfall von dem dafür vorgesehenen Geschäftsorgan erfolgen, zB durch die Gesellschafterversammlung bei der GmbH, § 46 Nr. 5, § 48 GmbHG und den Aufsichtsrat bei der AG nach § 84 Abs. 3 AktG. Die Verwaltungsbefugnis des Insolvenzverwalters umfasst nicht das Recht zur Abberufung der Organmitglieder.⁴⁴

DIE FACHBUCHHANDLUNG

IV. Fortbestand des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat grundsätzlich **keine Auswirkung auf Bestand und Inhalt des Arbeitsverhältnisses**.⁴⁵ Dies folgt aus § 108 Abs. 1 InsO, der nunmehr bestimmt, dass Dienstverhältnisse mit Wirkung zur Insolvenzmasse fortbestehen.

³⁵ BAG 21.9.2017 – 2 AZR 865/16, NZA 2018, 358.

³⁶ Weitergehend BAG 21.9.2017 – 2 AZR 865/16, NZA 2018, 358 mit der Erwägung, dass sich die Fiktion uneingeschränkt auf dasjenige Anstellungsverhältnis bezieht, das schuldrechtliche Grundlage für die Organstellung ist oder ggf. auch war, solange es um die Kündigung allein dieses Vertragsverhältnisses geht

³⁷ Nerlich/Römermann/Hamacher § 113 Rn. 40; Annuß ZInsO 2001, 344 (349); ausführlich zur Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz Fichtelmann GmbHR 2008, 76 ff.

³⁸ BeckOK ArbR/Plössner § 113 Rn. 11.

³⁹ Nerlich/Römermann/Hamacher § 113 Rn. 40; Annuß ZInsO 2001, 344 (349).

⁴⁰ BGH 29.1.1981 – II ZR 92/80, AP § 622 BGB Nr. 14.

⁴¹ BAG 11.6.2020 – 2 AZR 374/19, NZA 2020, 1179; anders BGH 9.3.1987 – II ZR 132/86, NJW 1987, 2073; offengelassen allerdings in BGH 19.9.2005 – II ZR 173/04, NJW 2005, 3641.

⁴² BeckOK ArbR/Plössner § 113 Rn. 12.

⁴³ BeckOK ArbR/Plössner § 113 Rn. 12 mit dem Hinweis, dass damit die manchmal kaum erträgliche Konsequenz hinzunehmen ist, dass die Ansprüche des für den wirtschaftlichen Niedergang des Unternehmens häufig verantwortlichen Gesellschafter-Geschäftsführers bis zum Ablauf von 3 Monaten ab Insolvenzeröffnung als Masseverbindlichkeit beglichen werden müssen.

⁴⁴ Kölner Schrift InsO/Düwell, 3. Aufl., S. 1193, 1202; Nerlich/Römermann/Hamacher § 113 Rn. 39; FK-InsO/Eisenbeis § 113 Rn. 16; BeckOK ArbR/Plössner § 113 Rn. 11; Fichtelmann GmbHR 2008, 76; Jaeger/Giesen § 113 Rn. 36.

⁴⁵ Jaeger/Giesen Vor § 113 Rn. 11; KP/B/Moll § 113 Rn. 9; Berkowsky NZI 1999, 129.

1. Ausübung der Arbeitgeberfunktion in der Insolvenz

- 25 Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht gemäß § 80 Abs. 1 InsO das **Verwaltungs- und Verfügungsrecht** vom Schuldner auf den **Insolvenzverwalter** über. Der Schuldner ist nicht mehr berechtigt, die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis auszuüben. Der Insolvenzverwalter übernimmt kraft Gesetzes die Arbeitgeberfunktion⁴⁶ mit allen damit zusammenhängenden Rechten und Pflichten,⁴⁷ gleichgültig ob sie auf gesetzlicher, tarifvertraglicher, betriebsverfassungsrechtlicher oder einzelvertraglicher Regelung basieren.⁴⁸ Dies gilt auch für arbeitsrechtliche Nebenpflichten sowie die sozialversicherungs- und lohnsteuerrechtlichen Verpflichtungen, die vom Insolvenzverwalter wahrzunehmen sind.
- 26 Dagegen behält der Schuldner ausnahmsweise weitgehend seine **Arbeitgeberstellung** inne, wenn das Insolvenzgericht die Eigenverwaltung anordnet; ihm steht weiterhin die Kündigungsbefugnis zu.⁴⁹ Bei diesem besonderen Insolvenzverfahren bleibt der Schuldner, allerdings notwendigerweise unter Aufsicht eines Sachverwalters, selbst verfügungsbefugt, §§ 270–285 InsO. Gemäß § 279 S. 1 InsO finden die arbeitsrechtlichen Sondervorschriften mit der Maßgabe Anwendung, dass an die Stelle des Insolvenzverwalters der Schuldner tritt.⁵⁰ Vereinbarungen, durch welche die Anwendung der arbeitsrechtlichen Sondervorschriften ausgeschlossen oder beschränkt werden, sind gem. § 119 InsO unwirksam.⁵¹ Darum kann der Schuldner in der Eigenverwaltung mit der Höchstfrist des § 113 S. 2 InsO kündigen.⁵² Soweit er dabei entgegen der Sollvorschrift des § 279 S. 2 InsO zuvor kein Einvernehmen mit dem Sachwalter herstellt, ist die Kündigung gleichwohl wirksam, sofern nicht gem. § 277 Zustimmungsbefürftigkeit angeordnet ist.⁵³ Das Insolvenzgericht kann bei der Eigenverwaltung für bestimmte Rechtsgeschäfte anordnen, dass die Zustimmung des Sachverwalters erforderlich ist, § 277 InsO. Die Zustimmungsbefürftigkeit gilt generell für die Ausübung der Rechte nach den §§ 120, 122, 126 InsO. Die Ausübung dieser Rechte ist unwirksam, solange die Zustimmung des Sachwalters fehlt.⁵⁴ Im Fall der Entscheidung über eine Stilllegung des Unternehmens muss der Sachwalter zwar nicht zustimmen, kann sie aber verhindern, indem er gem. § 274 Abs. 3 InsO bei dem Insolvenzgericht unter Hinweis auf drohende Nachteile für die Gläubiger die Aufhebung der Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung oder die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters vorschlägt.⁵⁵

2. Fortbestand der wechselseitigen Verpflichtungen

- 27 Die Verfahrenseröffnung führt nicht zur Erweiterung der **Rechte des Insolvenzverwalters**.⁵⁶ Der Insolvenzverwalter hat die einzelvertraglichen Rechte und Pflichten ebenso wie die sich aus Gesetz, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung ergebenden Verpflichtungen zu beachten.⁵⁷ Aus dem Grundsatz des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses ergibt sich, dass die Vertragsparteien zur Erbringung der wechselseitigen Leistungspflichten weiterhin verpflichtet sind.⁵⁸ Der Arbeitnehmer hat seine Arbeitsleistung zu erbringen und kann dafür die arbeitsvertraglich vereinbarte Vergütung verlangen.

⁴⁶ Berkowsky NZI 1999, 129; Es ist allerdings umstritten, ob der Insolvenzverwalter eine eigene Arbeitgeberstellung im Sinne des materiellen Arbeitsrecht erlangt oder ob ihm kraft Gesetzes lediglich die Ausübung der nach wie vor beim Gemeinschuldner originär verbleibenden Arbeitgeberfunktion mit allen damit zusammenhängenden Rechten und Pflichten zugewiesen ist (s. ausführlich Gottwald/Haas InsR-HdB/Bertram/Künzl § 102 Rn. 27 ff.).

⁴⁷ Nerlich/Römermann/Hamacher § 113 Rn. 15.

⁴⁸ BAG 28.1.1987 – 4 AZR 150/86, NZA 1987, 455.

⁴⁹ Lakies BB 1999, 1759.

⁵⁰ BAG 23.2.2017 – 6 AZR 665/15, NZI 2017, 577.

⁵¹ BAG 23.2.2017 – 6 AZR 665/15, NZI 2017, 577.

⁵² Einschränkung Kraft/Lambrech NZI 2015, 639, (641); dies., NZI 2017, 581 (582) wenn der Arbeitnehmer erst durch den in vorläufiger Eigenverwaltung tätigen Schuldner eingestellt wurde.

⁵³ BAG 23.2.2017 – 6 AZR 665/15, NZI 2017, 577.

⁵⁴ Lakies BB 1999, 1759 (1761); Jaeger/Giesen Vor § 113 Rn. 23.

⁵⁵ BAG 14.5.2020 – 6 AZR 235/19, NZA 2020, 1092.

⁵⁶ Nerlich/Römermann/Wittkowski § 80 Rn. 36.

⁵⁷ Berkowsky NZI 1999, 129.

⁵⁸ KPB/Moll § 113 Rn. 10.

3. Auskunftspflichten des Arbeitnehmers

Besondere Auskunftspflichten treffen die Arbeitsvertragsparteien nur vereinzelt. Neben den allgemeinen arbeitsvertraglichen Auskunftspflichten enthält die Insolvenzordnung in § 97 Abs. 1 S. 1 InsO iVm § 101 InsO nunmehr eine insolvenzspezifische Auskunftspflicht für organschaftliche Vertreter und Angestellte des Schuldnerunternehmens. 28

a) **Auskunftspflichten im Arbeitsverhältnis.** Im Arbeitsverhältnis treffen den Arbeitnehmer Auskunftspflichten insbesondere im Rahmen der **Verhandlungen zum Abschluss des Arbeitsvertrages**.⁵⁹ Selbstverständlich kann auch der Insolvenzverwalter bei der Neueinstellung von Arbeitnehmern im Rahmen des Zulässigen von seinem Fragerecht Gebrauch machen. Daneben existieren in geringem Umfang weitere Auskunftspflichten des Arbeitnehmers sowohl im bestehenden Arbeitsverhältnis als auch nach dessen Beendigung. Im Arbeitsverhältnis besteht nach § 242 BGB ein Auskunftsanspruch, soweit der Anspruchsberechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, während der Verpflichtete unschwer Auskunft erteilen kann,⁶⁰ zB bei den verschiedenen Anwendungsfällen der Anrechnung anderweitigen Einkommens, bei genehmigungspflichtigen Nebentätigkeiten oder bei einer Wettbewerbstätigkeit.⁶¹ 29

b) **Auskunftspflichten in der Insolvenz.** Die Konkursordnung sah bislang eine besondere **Auskunftspflicht des Arbeitnehmers** nicht vor. Lediglich der Schuldner war nach § 100 KO zur Auskunft verpflichtet. Dementsprechend hat das Bundesarbeitsgericht⁶² eine allgemeine Auskunftspflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Konkursverwalter seines ehemaligen Arbeitgebers über die finanziellen Verhältnisse des Unternehmens verneint. Der Konkursverwalter durfte nicht, statt seine gesetzlichen Auskunftsrechte gegen den Gemeinschuldner zu erheben, von früheren Arbeitnehmern des Gemeinschuldners Auskunft über von diesen dem Gemeinschuldner gewährte Kredite und deren anschließende Abwicklung verlangen.⁶³ 30

§ 97 Abs. 1 S. 1 InsO iVm § 101 InsO enthält nunmehr eine **insolvenzspezifische Auskunftspflicht für organschaftliche Vertreter und Angestellte des Schuldnerunternehmens**. § 101 InsO erstreckt die Auskunftspflicht auch auf frühere Organmitglieder und Angestellte, sofern diese in den letzten beiden Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens beim Schuldner tätig waren. Ist der Dienstverpflichtete organschaftlicher Vertreter, so treffen ihn die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des § 97 InsO wie den Schuldner selbst. Folge ist, dass der Dienstverpflichtete dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter, dem Gläubigerausschuss und auf Anordnung des Gerichts der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu erteilen hat. Die Auskunftspflicht ist umfassend und betrifft alle das Insolvenzverfahren berührenden Fragen. Es sind hierbei sogar Tatsachen zu offenbaren, die eine – und zwar auch eine eigene – Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeiführen könnten. Zum Ausgleich enthält § 97 Abs. 1 S. 3 InsO ein Verwertungsverbot für solche strafatoffenbarenden Auskünfte. 31

Die Vorschrift des § 97 Abs. 1 S. 1 InsO über die Auskunftspflicht gilt gemäß § 101 Abs. 2 InsO **entsprechend für Angestellte**, mit Ausnahme jedoch der Offenbarungspflichtung mit Strafbarkeitsgehalt. § 101 Abs. 2 InsO spricht von „Angestellten“ des Schuldners, so dass fraglich ist, ob Arbeiter nicht ebenfalls auskunftspflichtig sind. Zwar werden es in aller Regel die Angestellten des Schuldners sein, die verfahrensrelevante Auskünfte geben können, diese Beschränkung ist jedoch nicht zwingend. So ist es beispielsweise denkbar, dass Lagerarbeiter über den Verbleib von Beständen Auskünfte erteilen können, zu denen kein Angestellter des Unternehmens in der Lage ist. Sinn und Zweck der Vorschrift ist, den Kreis der Personen mit insolvenzrelevanten Kenntnissen möglichst weit zu ziehen. Daher sind als „Angestellte“ im Sinne der Vorschrift alle beim Schuldner be- 32

⁵⁹ Ausführlich Küttner Personalbuch 2021/Kreitner Stichwort: Auskunftspflichten Arbeitnehmer Nr. 79.

⁶⁰ BAG 23.1.1992 – 6 AZR 110/90, ZTR 1993, 66.

⁶¹ LAG Hamm 19.5.1994 – 16 (10) Sa 1545/93, LAGE ZPO § 794 Nr. 7.

⁶² BAG 27.6.1990 – 5 AZR 334/89, AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 27.

⁶³ BAG 27.6.1990 – 5 AZR 334/89, AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 27.

schäftigten oder beschäftigt gewesen Personen ohne Rücksicht auf den arbeitsrechtlichen Angestelltenbegriff zu sehen.⁶⁴

- 33 Die Auskunftspflichten der Angestellten können aber nicht mit den **besonderen Zwangsmaßnahmen** des Insolvenzgerichts nach § 98 Abs. 2 InsO durchgesetzt werden, da sie am Verfahren nicht unmittelbar beteiligt sind und daher nicht der Entscheidungsgewalt des Insolvenzgerichts unterstellt werden sollten.⁶⁵ Geben Arbeitnehmer einer insolventen Gesellschaft nicht freiwillig Auskunft, so muss der Insolvenzverwalter sie auf Auskunft verklagen. Die Auskunftspflicht kann nach § 888 ZPO als unvertretbare Handlung vollstreckt werden.
- 34 Fraglich ist, ob für eine **Auskunftsklage** die Gerichte für Arbeitsachen oder die Zivilgerichte **zuständig** sind. Richtigerweise wird man eine Zuständigkeit der Zivilgerichte nicht der Arbeitsgerichte annehmen müssen. Beim Auskunftsanspruch handelt es sich um eine insolvenzspezifische Pflicht des Arbeitnehmers, nicht um eine Verpflichtung, auch nicht um eine Nebenpflicht, aus dem Arbeitsverhältnis. Dem Insolvenzverwalter steht der Auskunftsanspruch nicht kraft seiner abgeleiteten Arbeitgeberfunktion zu, sondern allein auf Grund seines Amtes als Verwalter über das Schuldnervermögen. Es handelt sich daher um ein rein insolvenzspezifisches Auskunftsrecht. Dem Angestellten, der noch Lohn zu erhalten hat, steht folglich auch kein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB hinsichtlich des Auskunftsanspruchs zu, denn die wechselseitigen Ansprüche stammen nicht aus demselben Rechtsverhältnis.
- 35 Werden **Angestellte** des Schuldnerunternehmens im Rahmen der Ermittlungen vom Insolvenzgericht **als Zeugen** vernommen, so gelten die allgemeinen zivilprozessualen Vorschriften über den Zeugenbeweis einschließlich der Bestimmungen über Ordnungsmittel (§ 380 ZPO) und über Zeugnisverweigerungsrechte (§§ 383–385 ZPO).⁶⁶
- 36 Zur Mitwirkung sind Angestellte und frühere Angestellte nicht verpflichtet. Sie brauchen also in einem späteren Insolvenzverfahren nicht unentgeltlich tätig werden. Wenn Sie auf Verlangen des Insolvenzverwalters tätig werden, steht ihnen eine Vergütung nach § 670 BGB zu. Im Fall der Vernehmung vor dem Insolvenzgericht können sie eine Entschädigung nach dem JVEG beanspruchen.

V. Begründung neuer Arbeitsverhältnisse in der Insolvenz

- 37 Werden durch den Insolvenzverwalter **Arbeitnehmer neu eingestellt**, so ist zu differenzieren, ob der Insolvenzverwalter sich selbst oder die Insolvenzmasse verpflichten will.
- 38 Stellt er neue Arbeitnehmer für das **insolvente Unternehmen** ein, so schließt er auf Grund seiner **Arbeitgeberfunktion** einen Arbeitsvertrag **zu Lasten der Insolvenzmasse**. Wenn das Arbeitsverhältnis weder gekündigt noch befristet wurde, bleibt es nach Beendigung des Insolvenzverfahrens als Arbeitsverhältnis des früheren Schuldners bestehen.⁶⁷
- 39 Anders verhält es sich, wenn der Insolvenzverwalter für sich selbst in Wahrnehmung der **Insolvenzverwalteraufgaben** Hilfskräfte anstellt. Diese Arbeitnehmer stehen in Arbeitsverhältnissen zum Insolvenzverwalter. Die Löhne und Gehälter dieser Arbeitnehmer gehören zu den durch die Verwaltervergütung abgegoltenen allgemeinen Geschäftskosten des Insolvenzverwalters und sind daher nicht aus der Masse zu begleichen.
- 40 Da es häufig unklar sein wird, wen der Insolvenzverwalter bei der Einstellung des Arbeitnehmers verpflichten wollte, empfiehlt es sich, einen Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen nach dem Nachweisgesetz zu erstellen. Gemäß § 2 Abs. 1 NachweisG hat der Insolvenzverwalter in jedem Fall, spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, zu unterzeichnen und an den Arbeitnehmer auszuhändigen. Bei Verletzung der

⁶⁴ MüKoInsO/Stephan § 101 Rn. 27.

⁶⁵ MüKoInsO/Stephan § 101 Rn. 27.

⁶⁶ MüKoInsO/Stephan § 101 Rn. 29.

⁶⁷ Borscheid ZInsO 1998, 115 (117).

Nachweispflicht trägt der Insolvenzverwalter das Risiko von Missverständnissen und Unklarheiten.⁶⁸

Bei der Gestaltung von Arbeitsverträgen hat auch der Insolvenzverwalter die gesetzlichen Änderungen durch die **Schuldrechtsreform** zu berücksichtigen. Die das Arbeitsrecht berührenden Änderungen betreffen das Recht der Verjährung, das Leistungsstörungenrecht und die Inhaltskontrolle von vorformulierten Arbeitsverträgen. Insbesondere die Aufhebung der Bereichsausnahme der „AGB-Kontrolle“ für Arbeitsverträge hat in den letzten Jahren eine erhebliche Bedeutung für die Arbeitsvertragspraxis erlangt. Hier steht in Teilbereichen kein Stein mehr auf dem anderen.

Eine andere Frage ist, ob bei der **Kündigung neu begründeter Arbeitsverhältnisses § 113 InsO** gilt. Hat der Insolvenzverwalter zur Wahrnehmung der Insolvenzverwalteraufgaben Hilfskräfte eingestellt, gilt für diese Arbeitsverhältnisse § 113 InsO nicht.⁶⁹ Anders wird dies beurteilt, wenn der Insolvenzverwalter neue Arbeitnehmer für das insolvente Unternehmen eingestellt hat. Höchststrichtrichlerlich entschieden ist die Frage nicht. Nach teilweise vertretener Auffassung findet § 113 InsO Anwendung.⁷⁰ Neben dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Vorschrift, wird insbesondere auf das praktische Bedürfnis der Vertragsparteien abgestellt, die zwar in Kenntnis der Insolvenz ihr Arbeitsverhältnis eingegangen, aber ebenso wechselhaften und keineswegs von vornherein sicheren Entwicklungen einer Insolvenz unterworfen seien.⁷¹ Die Gegenansicht⁷² argumentiert ebenfalls mit dem Wortlaut und Sinn und Zweck der Vorschrift. Sowohl Insolvenzverwalter, als auch Dienstverpflichteter wüssten um die Insolvenz. Ein Schutz der Masse oder eine Absicherung vor insolvenzbedingten Risiken sei nicht gerechtfertigt.⁷³ Praxisrelevanz kann die Frage erlangen, wenn zur Aufrechterhaltung des Betriebes die Einstellung eines Spezialisten notwendig ist, dieser aber zB nur dann bereit ist die Position zu bekleiden, wenn ihm gleichzeitig ein gewisser Bestandsschutz zugesichert wird, zB in Form einer langen Kündigungsfrist oder einem zeitweisen Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung. Wenn man sich dieses Beispiel vor Augen hält, gewinnt die letztgenannte Ansicht an Überzeugungskraft. Es wäre nicht gerechtfertigt, den Vertragsparteien in dieser Situation ein vorzeitiges Lösungsrecht über § 113 InsO einzuräumen.

VI. Kollektivrechtliche Wirkung der Insolvenz

Rechte und Pflichten, die sich aus **kollektiv-rechtlichen Normen** ergeben, bleiben von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens **prinzipiell unberührt**. Neben der individualvertraglichen Ebene muss sich der Insolvenzverwalter also auch die betrieblichen Kollektivregelungen beachten. Auch das Arbeitskampfrecht wird durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht berührt.⁷⁴

1. Tarifvertragsrecht

Die **Insolvenzordnung** enthält **keine Vorschriften** über die **Geltung von Tarifnormen** während des Insolvenzverfahrens. Daher bleibt es bei den allgemeinen Regeln. Tarifverträge gelten somit nach Insolvenzeröffnung unverändert fort.⁷⁵ Die Abschlussbefugnis für das insolvente Unternehmen liegt nunmehr beim Insolvenzverwalter. Tarifverträge können auf das Arbeitsverhältnis kraft Tarifbindung, Allgemeinverbindlichkeit oder kraft vertraglicher In-

⁶⁸ LAG Köln 25.7.1997 – 11 Sa 138/97, BB 1998, 590.

⁶⁹ Borscheid ZInsO 1998, 115 (117).

⁷⁰ LAG Berlin-Brandenburg 11.7.2007 – 23 Sa 450/07, ZIP 2007, 2002; Andres/Leithaus § 113 Rn. 8; Jaeger/Giesen § 113 Rn. 57 ff.

⁷¹ LAG Berlin-Brandenburg 11.7.2007 – 23 Sa 450/07, ZIP 2007, 2002.

⁷² KPB/Moll § 113 Rn. 60; Henkel ZIP 2008, 1265; Braun/Beck § 113 Rn. 13; Kölner Schrift InsO/Düwell, 3. Aufl., S. 1193, 1205.

⁷³ KPB/Moll § 113 Rn. 60; Kraft/Lambrech NZI 2015, 639 (641 f.) wonach dies auch für vom vorläufigen starken Insolvenzverwalter begründete Arbeitsverhältnisse gelten müsse.

⁷⁴ Gottwald/Haas InsR-HdB/Bertram/Künzl § 104 Rn. 95.

⁷⁵ BAG 28.1.1987 – 4 AZR 150/86, NZA 1987, 455; BeckOK ArbR/Plössner § 113 Rn. 3; Jaeger/Giesen Vor § 113 Rn. 147.

bezugsnahme wirken. Nach einhelliger Auffassung beseitigt die Insolvenz die Tarifgebundenheit nicht.⁷⁶ War der Arbeitgeber an einen Tarifvertrag gebunden, so wird durch die Insolvenzeröffnung die Tarifgebundenheit nicht betroffen. Mit der Wahrnehmung der Arbeitgeberfunktion ist der Insolvenzverwalter an die vor und nach Insolvenzeröffnung abgeschlossenen Tarifverträge gebunden.⁷⁷ Der Insolvenzverwalter bleibt auch an einen Firmen- oder Haustarifvertrag gebunden.⁷⁸ Soweit Tarifbindung besteht, gilt der Tarifvertrag für das Arbeitsverhältnis nach § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar und zwingend. Ein Abweichen von den tariflichen Normen ist dann nur zugunsten des Arbeitnehmers oder dann möglich, wenn eine Öffnungsklausel im Tarifvertrag selbst dies ausdrücklich gestattet.⁷⁹

- 45 **Tarifgebundenheit** im Sinne von § 3 Abs. 1 TVG tritt für diejenigen Arbeitnehmer ein, die Mitglied einer tarifvertragsschließenden Gewerkschaft sind, und für diejenigen Arbeitgeber, die entweder Mitglied eines tarifvertragsschließenden Arbeitgeberverbandes sind oder selbst einen Haus- oder Firmentarifvertrag mit einer Gewerkschaft abgeschlossen haben; dann ist der Insolvenzverwalter selbst Tarifvertragspartei.
- 46 Besteht **Tarifbindung kraft Verbandszugehörigkeit**, befreit der **Austritt** aus dem **Arbeitgeberverband** nicht von der Tarifbindung, die nach § 3 Abs. 3 TVG bestehen bleibt, bis der Tarifvertrag endet.⁸⁰ § 3 Abs. 3 TVG verhindert eine Flucht aus dem Tarifvertrag durch Austritt aus dem Verband. Auch die Auflösung des Arbeitgeberverbandes oder ein damit verbundener Austritt oder eine automatische Beendigung der Mitgliedschaft im Falle des Eintritts der Insolvenz des schuldnerischen Unternehmens ändern nichts an der fortwirkenden Tarifbindung.⁸¹ Selbst die Insolvenzeröffnung über das Vermögen des tarifschließenden Arbeitgeberverbandes beseitigt nicht den normativen Teil des Tarifvertrages, weil der Arbeitgeberverband mit Verfahrenseröffnung noch nicht endgültig aufgelöst ist. Es bedarf vielmehr einer Kündigung durch den das Vermögen des Arbeitgeberverbandes verwaltenden Insolvenzverwalter.⁸²
- 47 In der Insolvenz bestehen für den Insolvenzverwalter **keine erleichterten Möglichkeiten**, die **zwingende Wirkung des Tarifvertrages** auf die Arbeitsverhältnisse zu beenden. Die zwingende Wirkung des Tarifvertrages schließt ein Wahlrecht nach § 103 InsO zugunsten des Insolvenzverwalters aus, weil der normative Teil des Tarifvertrages kein gegenseitiger Vertrag iSd § 103 InsO ist.⁸³
- 48 Als Dauerrechtsverhältnis ist ein Tarifvertrag zwar **außerordentlich kündbar**, bei Verbandstarifverträgen durch den Verband, bei Firmentarifverträgen durch den Arbeitgeber bzw. den Insolvenzverwalter, jedoch nach dem ultima-ratio-Grundsatz nur, wenn die **Fortsetzung** bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bzw. dem vereinbarten Auslaufen **unzumutbar** ist.⁸⁴ Ein außerordentliches Kündigungsrecht auf Grund der Insolvenz ist nicht gegeben.⁸⁵ Eine erhebliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage reicht in aller Regel nicht als Grund für eine fristlose Tarifvertragskündigung.⁸⁶ Ob neben der außerordentlichen Kündigung bei Tarifverträgen ein Wegfall der Geschäftsgrundlage möglich ist, ist umstritten.⁸⁷ Das Bundesarbeitsgericht hat bislang diese Frage offengelassen.⁸⁸

⁷⁶ BAG 28.1.1987 – 4 AZR 150/86, NZA 1987, 455; Belling/Hartmann NZA 1998, 57 (63); MüKoInsO/Capsers §§ 113–128 Rn. 13; BeckOK ArbR/Plössner § 113 Rn. 3.

⁷⁷ BAG 19.1.2000 – 4 AZR 911/98, unveröffentlicht; LAG Baden-Württemberg 9.11.1998 – 15 Sa 86/98, ZInsO 1999, 423; MüKoInsO/Capsers §§ 113–128 Rn. 13.

⁷⁸ BeckOK ArbR/Plössner § 113 Rn. 3.

⁷⁹ BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NJW 1999, 3281.

⁸⁰ BAG 1.7.2009 – 4 AZR 261/08, NZA 2010, 53.

⁸¹ BAG 6.6.1958 – 1 AZR 515/57, AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 26.

⁸² BAG 27.6.2000 – 1 ABR 31/99, unveröffentlicht; LAG Berlin 25.5.1999 – 3 TaBV 36 S/99, InVo 2000, 53 (54).

⁸³ Belling/Hartmann NZA 1998, 57 (63); Jaeger/Giesen Vor § 113 Rn. 149; BeckOK ArbR/Plössner § 113 Rn. 3.

⁸⁴ BAG 18.12.1996 – 4 AZR 129/96, AP TVG § 1 Kündigung Nr. 1.

⁸⁵ Belling/Hartmann NZA 1998, 57 (63).

⁸⁶ BAG 18.2.1998 – 4 AZR 363/96, AP TVG § 1 Kündigung Nr. 3.

⁸⁷ Vgl. hierzu ausführlich Wiedemann TVG § 4 Rn. 65 ff.

⁸⁸ BAG 18.12.1996 – 4 AZR 129/96, AP TVG § 1 Kündigung Nr. 1.

Nach § 4 Abs. 5 TVG gelten die Rechtsnormen eines abgelaufenen Tarifvertrages weiter, 49
bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt worden sind. Im **Nachwirkungszeitraum** ent-
fällt jedoch die zwingende Wirkung des Tarifvertrages. Dies bedeutet, dass der Tarifvertrag
zwar unmittelbar fortgilt, aber durch einzelvertragliche Vereinbarung unterschritten werden
kann.⁸⁹ Der Insolvenzverwalter kann sich in Wahrnehmung der Arbeitgeberfunktion zwar
durch den Austritt aus dem Arbeitgeberverband der unmittelbaren Geltung der tarifvertrag-
lichen Normen entziehen. Allerdings tritt die Nachwirkung auch dann ein, wenn die Tarif-
bindung infolge eines Verbandsaustritts weggefallen ist.⁹⁰

In **prozessualer Hinsicht** ist zu beachten, dass der Insolvenzverwalter sich vor dem Lan- 50
desarbeitsgericht bei einem Verbandsaustritt nicht mehr durch den Vertreter eines Arbeitge-
berverbandes vertreten lassen kann, wenn nach der Verbandssatzung die Mitgliedschaft des
Schuldners geendet hat und der Insolvenzverwalter nicht selbst Mitglied des Verbandes ist.⁹¹

Bei nichtgebundenen Arbeitsvertragsparteien kann die Tarifbindung nach § 5 TVG durch 51
Allgemeinverbindlichkeitserklärung hergestellt werden. Die Allgemeinverbindlichkeit hat die
Wirkung, dass der Tarifvertrag auch für nichttarifgebundene Arbeitnehmer und Arbeitgeber
unmittelbar und zwingend gilt, § 5 Abs. 4 TVG. Wird ein Betrieb vom Geltungsbereich eines
allgemeinverbindlichen Tarifvertrages erfasst, so besteht die Tarifbindung auch über die In-
solvenzeröffnung hinaus weiter. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Insolvenzverwalter
die Arbeitnehmer weiter in der bisherigen betriebsüblichen Weise oder nur noch mit Ab-
wicklungsarbeiten beschäftigt.⁹² Eine durch die Liquidation des Betriebs durch den Inso-
lvenzverwalter bedingte Änderung des Betriebszwecks führt nicht dazu, dass der Betrieb vom
fachlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrages nicht mehr erfasst wird und damit die nor-
mative Wirkung tariflicher Bestimmungen nach § 4 Abs. 1 S. 1 TVG endet.⁹³ Die Tarifbin-
dung bleibt solange bestehen, solange der Insolvenzverwalter tarifgebundene Arbeitnehmer
beschäftigt. Anderenfalls wäre eine eindeutige Abgrenzung des Zeitraums, während dessen
ein Betrieb unter den fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages fällt, nicht mehr mög-
lich.⁹⁴

In der Literatur wird die **Auffassung** vertreten, in der Insolvenz könne die **strikte Bindung** 52
an Tarifverträge unzumutbar sein, so dass Abweichungen davon zulässig sein müssten.⁹⁵
Untertarifliche Arbeitsbedingungen könnten dazu beitragen, das Unternehmen zu sanieren
und Arbeitsplätze in erheblichem Umfang zu sichern. Es wird vorgeschlagen, dass Tarifver-
träge in der Insolvenz automatisch ihre zwingende Wirkung verlieren sollten, um so einen
Systemwechsel zur Privatautonomie zu ermöglichen. Allerdings bejahen auch diese Autoren
die unveränderte zwingende Wirkung von Tarifverträgen, wenn mit Wahrscheinlichkeit zu
erwarten sei, dass das Unternehmen liquidiert werde.⁹⁶ Vorgeschlagen wird auch, einen
freiwilligen, individuellen Verzicht auf tarifvertraglich begründete Ansprüche seitens der Ar-
beitnehmer zu zulassen.⁹⁷ Auch insolvenzbedingte Lösungsklauseln in einem Tarifvertrag
wird man für zulässig halten können. Sie verstoßen nicht gegen § 119 InsO.⁹⁸

2. Betriebsverfassungsrecht

Die **Geltung des Betriebsverfassungsrechts** wird durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens 53
nicht berührt.⁹⁹ Mit Übernahme der Arbeitgeberstellung hat der Insolvenzverwalter die

⁸⁹ BAG 18.3.1992 – 4 AZR 339/91, AP TVG § 3 Nr. 13.

⁹⁰ BAG 18.3.1992 – 4 AZR 339/91, AP TVG § 3 Nr. 13.

⁹¹ BAG 20.11.1997 – 2 AZR 52/97, NZA 1998, 334 (336).

⁹² BAG 10.11.1993 – 4 AZR 707/92, AP TVG § 4 Geltungsbereich Nr. 14; LAG Baden-Württemberg 9.11.1998 – 15 Sa 86/98, ZInsO 1999, 423.

⁹³ BAG 10.11.1993 – 4 AZR 707/92, AP TVG § 4 Geltungsbereich Nr. 14; LAG Baden-Württemberg 9.11.1998 – 15 Sa 86/98, ZInsO 1999, 423.

⁹⁴ BAG 10.11.1993 – 4 AZR 707/92, AP TVG § 4 Geltungsbereich Nr. 14.

⁹⁵ Belling/Hartmann NZA 1998, 57 (63); Nerlich/Römermann/Hamacher § 113 Rn. 43.

⁹⁶ Belling/Hartmann NZA 1998, 57 (63, 66).

⁹⁷ Gottwald InsR-HdB/Heinze, 2. Aufl., § 102 Rn. 70.

⁹⁸ LAG München 4.5.2019 – 3 Sa 808/18, NZI 2019, 708.

⁹⁹ BAG 6.5.1986 – 1 AZR 553/84, AP HGB § 128 Nr. 8.

betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte des Betriebsrats zu beachten. Dies gilt auch dann, wenn der Insolvenzverwalter die arbeitsrechtlichen Maßnahmen in Befolgung eines entsprechenden Beschlusses der Gläubigerversammlung im Berichtstermin, § 157 InsO, trifft.¹⁰⁰ Wird der Betrieb im Insolvenzfall weitergeführt und sinkt die Belegschaftsstärke nicht nur vorübergehend unter fünf wahlberechtigte Arbeitnehmer, so endet damit mangels eines betriebsratspflichtigen Betriebs das Amt des Betriebsrats. Bei einer Betriebsstillegung hat der Betriebsrat jedoch ein Restmandat bis zur Abwicklung aller mit der Betriebsänderung zusammenhängenden Aufgaben, § 21b BetrVG. Im Fall der Abspaltung oder Zusammenlegung von Betrieben oder Betriebsteilen regelt § 21a BetrVG das Übergangsmandat.

- 54 Für die **Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte** des Betriebsrats in **wirtschaftlichen Angelegenheiten** und Ansprüche der Arbeitnehmer aus Betriebsvereinbarungen wurden durch die Insolvenzordnung Modifikationen geschaffen. § 120 InsO gibt die Möglichkeit, Betriebsvereinbarungen, deren Leistungen die Insolvenzmasse belasten, selbst dann mit einer Frist von drei Monaten zu kündigen, wenn eine längere Frist vorgesehen ist. Zuvor sollen Insolvenzverwalter und Betriebsrat jedoch versuchen, die Leistungen im Einvernehmen herabzusetzen. § 121 InsO enthält eine Sonderregelung zu § 112 Abs. 2 S. 1 BetrVG und verkürzt das Interessenausgleichsverfahren. § 122 Abs. 1 S. 3 InsO schließt Nachteilsausgleichsansprüche nach § 113 Abs. 3 BetrVG aus. Die §§ 123, 124 enthalten besondere Regelungen zum Sozialplan. Nach §§ 125–128 bestehen im Zusammenhang mit Betriebsänderungen **insolvenzrechtliche Kündigungserleichterungen**. Daneben sind durch die Insolvenzordnung einige insolvenzspezifische Informations- und Äußerungsrechte für den Betriebsrat und den Sprecherausschuss der leitenden Angestellten geschaffen worden. Nach § 156 Abs. 2 InsO können Betriebsrat und Sprecherausschuss eine Stellungnahme zum Bericht des Insolvenzverwalters abgeben. Ein Mitwirkungs- und Äußerungsrecht von Betriebsrat und Sprecherausschuss bei der Aufstellung des Insolvenzplans sehen § 218 Abs. 3 und § 232 Abs. 1 Nr. 1 InsO vor. Nach § 235 Abs. 3 InsO sind Betriebsrat und Sprecherausschuss zum Erörterungs- und Abstimmungstermin zu laden.
- 55 Der Betriebsrat kann im Rahmen der ihm hierzu übertragenen Rechte und Pflichten auch Sachverständige (§ 80 Abs. 3 BetrVG) beauftragen oder selber einen **Insolvenzplan** ausarbeiten und vorlegen. Er hat kein gesetzlich normiertes Vorlagerecht – dies bleibt dem Schuldner und dem Verwalter vorbehalten –, er kann aber im Rahmen der Beratungen und seiner Stellungnahme entsprechende Ausarbeitungen übergeben.¹⁰¹

¹⁰⁰ MüKoInsO/Caspers §§ 113–128 Rn. 11; BeckOK ArbR/Plössner § 113 Rn. 2.

¹⁰¹ Bichlmeier DZWiR 1999, 287 (289).