

Inhaltsübersicht

	Rn.	Seite
Vorwort		V
Inhaltsverzeichnis		XI
A. Einleitung und Gang der Untersuchung	1	1
I. Einleitung	1	1
II. Gang der Untersuchung	5	2
B. Die Grundlagen zur Erklärung nach § 35 Abs. 2 InsO	13	5
I. Historischer Regelungsbedarf bei der Insolvenz des selbständig tätigen Schuldners	14	5
1. Verfassungsrechtliche Garantie der selbständigen Tätigkeit	15	5
2. Notwendigkeit einer Neuregelung durch den Gesetzgeber	18	6
II. Doppelte Zweckverfolgung	22	8
1. Zweck 1 – Schutz der Masse	23	8
2. Zweck 2 – Ermöglichung der selbständigen Tätigkeit	25	9
3. Eigenständiger Zweck der klaren Sphärentrennung?	27	9
4. Rangverhältnis der verfolgten Ziele?	29	10
III. Inhalt der Neufassung	34	12
1. Optionen des Insolvenzverwalters	35	12
2. Untätigkeit des Insolvenzverwalters	39	13
3. Die Erklärung nach § 35 Abs. 2 InsO im System der anerkannten Freigabeformen	45	15
4. Voraussetzungen der Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO	62	21
5. Zeitpunkt der Freigabeerklärung	79	28
6. Veröffentlichung der Erklärung durch das Insolvenzgericht	80	28
IV. Allgemeine Rechtsfolgen der Freigabeerklärung	81	28
1. Positiverklärung	82	29
2. Negativerklärung	83	29

	Rn.	Seite
C. Wirkung der Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO auf das Arbeitsverhältnis		
Arbeitsverhältnis	122	43
I. Wirkung der Insolvenzeröffnung auf das Arbeitsverhältnis	123	43
1. Der Insolvenzverwalter in der Arbeitgeberstellung	124	43
2. Die Arbeitnehmeransprüche in der Insolvenz	133	45
II. Freigabe des Arbeitsverhältnisses	138	47
1. Nach Freigabe neu begründete Schuldverhältnisse	139	47
2. Übergang der Arbeitgeberfunktion durch die Freigabeerklärung	141	48
D. Verfassungsrechtliche Bedenken an der Freigabe von Arbeitsverhältnissen	224	75
I. Verfassungsrechtliche Wertung und Insolvenzrecht	225	75
II. Einfluss des Verfassungsrechts auf § 35 Abs. 2 InsO	228	76
III. Auslegung im Lichte der Verfassung	230	77
1. Grundrechte der Arbeitnehmer	231	77
2. Grundrechte der Gläubiger	287	94
3. Grundrechte des Schuldners	305	101
IV. Ergebnis der verfassungsrechtlichen Prüfung	321	105
E. Die Freigabe des Arbeitsverhältnisses im Zusammenspiel mit anderen Normen	324	107
I. Übertragung der vereinfachten Kündigungsmöglichkeit auf den Schuldner	325	107
II. Übertragung der Kündigungsfrist aus § 109 InsO	332	109
III. Ausgleichsmodell nach Gotter	344	114
IV. Anwendung von § 613a BGB im Rahmen der Freigabe	348	115
1. Grundsätzliche Anwendbarkeit von § 613a BGB im Insolvenzrecht	349	116
2. Anwendbarkeit in Bezug auf die Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO	352	117
3. Rechtsfolgen des § 613a BGB im Zusammenhang mit § 35 Abs. 2 InsO	417	139
V. Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung der grundrechtlichen Wertungen und Zwischenergebnis	485	161

	Rn.	Seite
F. Gläubigerwiderspruch und die Wirkung auf das Arbeitsverhältnis	497	165
I. Ausübung des Widerspruchs durch die Gläubiger	498	165
1. Allgemeine Bedenken gegen eine ex tunc Wirkung	500	165
2. Durchgreifende arbeitsrechtliche Bedenken gegen eine ex tunc Wirkung	505	167
3. Fehlende Arbeitnehmerinformation	511	169
II. Zwischenergebnis für die Wirkung des Gläubigerwiderspruchs auf Arbeitsverhältnisse	515	171
G. Das Zweitinsolvenzverfahren und der Anspruch auf Insolvenzgeld	517	173
I. Möglichkeit eines Zweitinsolvenzverfahrens	518	173
II. Erneuter Insolvenzgeldanspruch der Arbeitnehmer im Zweitverfahren	526	175
1. Grundlagen des Insolvenzgeldanspruchs	527	176
2. Anspruch auf Insolvenzgeld im Zweitinsolvenzverfahren	530	177
III. Zwischenergebnis für den Anspruch auf Insolvenzgeld nach Freigabe	565	188
H. Reformvorschlag	568	189
I. Reform der Freigabeerklärung – Ergänzender Abs. 2a	572	189
II. Reform des Insolvenzgelds – Entsprechende Erweiterung des Insolvenzgeldanspruchs	577	190
I. Thesen und Schlussbetrachtung	581	193
I. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	581	193
II. Schlussbetrachtung	582	195
Literaturverzeichnis		197
Stichwortverzeichnis		213

Inhaltsverzeichnis

	Rn.	Seite
Vorwort		V
Inhaltsübersicht		VII
A. Einleitung und Gang der Untersuchung	1	1
I. Einleitung	1	1
II. Gang der Untersuchung	5	2
B. Die Grundlagen zur Erklärung nach § 35 Abs. 2 InsO	13	5
I. Historischer Regelungsbedarf bei der Insolvenz des selbständig tätigen Schuldners	14	5
1. Verfassungsrechtliche Garantie der selbständigen Tätigkeit	15	5
2. Notwendigkeit einer Neuregelung durch den Gesetzgeber	18	6
II. Doppelte Zweckverfolgung	22	8
1. Zweck 1 – Schutz der Masse	23	8
2. Zweck 2 – Ermöglichung der selbständigen Tätigkeit	25	9
3. Eigenständiger Zweck der klaren Sphärentrennung?	27	9
4. Rangverhältnis der verfolgten Ziele?	29	10
III. Inhalt der Neufassung	34	12
1. Optionen des Insolvenzverwalters	35	12
2. Untätigkeit des Insolvenzverwalters	39	13
3. Die Erklärung nach § 35 Abs. 2 InsO im System der anerkannten Freigabeformen	45	15
a) Insolvenzmasse als notwendige Voraussetzung einer Freigabe	47	16
aa) Vermögen der Insolvenzmasse	48	16
bb) Insolvenzmasse als Haftungsmasse	52	17
b) Bisher anerkannte Formen der Freigabe	54	18
aa) Echte Freigabe	55	19
bb) Unechte Freigabe	57	19
cc) Modifizierte oder erkaufte Freigabe	58	20
c) § 35 Abs. 2 InsO im System der anerkannten Freigabeformen	59	20
4. Voraussetzungen der Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO	62	21
a) Anwendbarkeit nur auf natürliche Personen	63	21

	Rn.	Seite
b) Selbständige Tätigkeit	64	22
c) Eröffnung des Insolvenzverfahrens	65	23
d) Erforderliche Ausübungs- und Fortführungsabsicht des Schuldners	68	24
aa) LAG Hessen: Keine Fortführungsabsicht erforderlich	69	24
bb) Inhaltliche Kritik am Urteil	70	24
5. Zeitpunkt der Freigabeerklärung	79	28
6. Veröffentlichung der Erklärung durch das Insolvenzgericht	80	28
IV. Allgemeine Rechtsfolgen der Freigabeerklärung	81	28
1. Positiverklärung	82	29
2. Negativerklärung	83	29
a) Grundsätzliche enthaftende Wirkung	83	29
b) Insolvenzbefehl aufhebende Wirkung	85	30
aa) Vertretene Ansichten	87	30
bb) Stellungnahme	89	31
(1) Wortlaut: Keine klare Aussage durch das Gesetz	90	31
(2) Historie: Abwendung vom Einzug des Neuerwerbs	95	34
(3) Gesetzesbegründung: Tendenz zur Aufhebung des Insolvenzbefehls	97	34
(4) Zweck: Schädigung der Masse zugunsten des Schuldners?	104	37
(a) Förderung der selbständigen Tätigkeit	105	37
(b) Schutz der Insolvenzmasse	112	39
(5) Systematik: Widerspruchsrecht der Gläubiger zum Schutz der Masse	117	40
cc) Zwischenergebnis	120	42
C. Wirkung der Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO auf das Arbeitsverhältnis	122	43
I. Wirkung der Insolvenzeröffnung auf das Arbeitsverhältnis	123	43
1. Der Insolvenzverwalter in der Arbeitgeberstellung	124	43
a) Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens	125	43
b) Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens	130	45
2. Die Arbeitnehmeransprüche in der Insolvenz	133	45
a) Ansprüche vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens	134	46
b) Ansprüche nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens	137	47
II. Freigabe des Arbeitsverhältnisses	138	47
1. Nach Freigabe neu begründete Schuldverhältnisse	139	47
2. Übergang der Arbeitgeberfunktion durch die Freigabeerklärung	141	48

Inhaltsverzeichnis

	Rn.	Seite
a) Rechtsprechung	144	49
aa) BAG-Rechtsprechung zur Rechtslage vor Einführung des § 35 Abs. 2 InsO	144	49
bb) OLG Dresden: Keine Auswirkungen der Freigabe auf Vertragsverhältnisse	146	49
cc) BGH: Umfassende Wirkung der Freigabe auch auf Vertragsverhältnisse	151	51
dd) BAG: Auch Arbeitsverhältnisse von der Freigabe erfasst	155	52
b) Stimmen in der Literatur	160	53
aa) Ablehnende Stimmen: Dauerschuldverhältnisse von Freigabe nicht erfasst	162	53
bb) Zustimmungende Stimmen: Dauerschuldverhältnisse von Freigabe erfasst	166	54
c) Stellungnahme	169	55
aa) Ein unergiebigere Wortlaut	170	55
(1) Kausalitäts- oder Modalitätsvoraussetzung – „aus“ der selbständigen Tätigkeit	171	55
(2) „Vermögen“ und „Ansprüche“ als Überbegriffe ...	178	57
(3) Fehlen einer klaren Ermächtigung?	182	59
bb) Historie, Gesetzgebungsprozess und Gesetzesbegrün- dung: Der erkennbare Wille des Gesetzgebers	186	60
(1) Grundsätzliche Erfassung von Vertragsver- hältnissen	187	60
(2) Differenzierung anhand des Zeitpunkts der Begründung der Arbeitsverhältnisse?	192	62
cc) Ziele des § 35 Abs. 2 InsO: Enthftung zugunsten von Masse und Schuldner?	195	64
(1) Fortführung der selbständigen Tätigkeit	196	64
(2) Schutz der Insolvenzmasse vor einer Belastung durch die selbständige Tätigkeit	203	67
(3) Arbeitnehmerschutz als ungeschriebener Zweck?	207	69
dd) Insolvenrechtliche Systematik	209	69
d) Zwischenergebnis	219	73
 D. Verfassungsrechtliche Bedenken an der Freigabe von Arbeitsverhältnissen	 224	 75
I. Verfassungsrechtliche Wertung und Insolvenzrecht	225	75
II. Einfluss des Verfassungsrechts auf § 35 Abs. 2 InsO	228	76

	Rn.	Seite
III. Auslegung im Lichte der Verfassung	230	77
1. Grundrechte der Arbeitnehmer	231	77
a) Art. 1 Abs. 1 GG – die Menschenwürde oder: Verobjektivierung durch Freigabe?	232	77
b) Art. 1 Abs. 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip	236	78
c) Art. 12 Abs. 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip	241	80
aa) Bestandsschutz	242	80
bb) Vertragsfreiheit	250	84
d) Art. 14 GG – der Eigentumsschutz	252	84
e) Art. 3 Abs. 1 GG – der allgemeine Gleichheitssatz	256	86
aa) Relevante Ungleichbehandlung	257	86
bb) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	261	88
(1) Der Rechtfertigungsmaßstab	261	88
(2) Die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer	265	89
f) Art. 2 Abs. 1 GG – die Vertragsfreiheit	273	91
g) Rechtsstaatliches Auslegungsgebot	274	91
h) Zwischenergebnis	278	93
2. Grundrechte der Gläubiger	287	94
a) Art. 14 GG – Eigentumsschutz	288	95
b) Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung	292	96
c) Zwischenergebnis	302	100
3. Grundrechte des Schuldners	305	101
a) Art. 12 Abs. 1 GG – die Berufsfreiheit bei Ablehnung des Übergangs	306	101
b) Art. 12 Abs. 1 GG – die Berufsfreiheit bei Annahme des Übergangs	309	102
c) Art. 14 GG in Verbindung mit dem Recht am ingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	311	103
d) Zwischenergebnis	317	105
IV. Ergebnis der verfassungsrechtlichen Prüfung	321	105
E. Die Freigabe des Arbeitsverhältnisses im Zusammenspiel mit anderen Normen	324	107
I. Übertragung der vereinfachten Kündigungsmöglichkeit auf den Schuldner	325	107
II. Übertragung der Kündigungsfrist aus § 109 InsO	332	109
III. Ausgleichsmodell nach Gotter	344	114

Inhaltsverzeichnis

	Rn.	Seite
IV. Anwendung von § 613a BGB im Rahmen der Freigabe	348	115
1. Grundsätzliche Anwendbarkeit von § 613a BGB im Insolvenzrecht	349	116
2. Anwendbarkeit in Bezug auf die Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO	352	117
a) BAG lässt Anwendbarkeit ausdrücklich offen	354	117
b) Vorliegen der Voraussetzungen des § 613a BGB bzgl. der Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO	357	118
aa) Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils	358	118
bb) Identitätswahrender Übergang des Betriebs oder Betriebsteils	361	119
(1) Identitätswahrender Übergang bei Wirkung der Freigabe auf Arbeitsverhältnisse und Betriebsmittel	363	121
(a) Betriebsmittelarme Betriebe	364	121
(b) Betriebsmittelreiche Betriebe	366	122
(aa) Konstitutive Freigabe von dem Insolvenz- beschlag unterfallenden Gegenständen	367	122
(bb) Umfassender Pfändungsschutz nach § 36 InsO	373	125
(2) Exkurs	376	126
(a) Arbeitsverhältnisse werden von der Freigabe- wirkung erfasst, nicht aber das Betriebsver- mögen	377	127
(b) Weder Arbeitsverhältnisse noch Betriebsver- mögen werden von der Freigabewirkung erfasst	378	127
(c) Nur das Betriebsvermögen, nicht aber die Arbeitsverhältnisse werden von der Erklärung erfasst	382	128
(3) Zwischenergebnis	383	129
cc) Insolvenzschuldner als „neuer“ Betriebsinhaber	388	130
(1) Betriebsinhaberschaft in der Insolvenz	389	130
(a) Insolvenzverwalter als verantwortlicher Betriebsinhaber	393	131
(b) Vergleich zur Betriebsinhaberschaft des Zwangsverwalters	401	134
(2) Übergang auf den Insolvenzschuldner durch Freigabe nach § 35 Abs. 2 InsO	405	135
dd) Übergang durch Rechtsgeschäft	406	135
c) Zwischenergebnis für die Anwendbarkeit von § 613a BGB	412	138

	Rn.	Seite
3. Rechtsfolgen des § 613a BGB im Zusammenhang mit		
§ 35 Abs. 2 InsO	417	139
a) Übergang der Arbeitsverhältnisse	418	139
b) Haftung des Erwerbers	422	139
c) Haftung des bisherigen Inhabers	429	142
aa) Bereits entstandene Masseforderungen	430	142
bb) Forthaftung für noch nicht entstandene Masseforde- rungen aus Vertrauensschutz	432	143
d) Kündigungsverbot	436	145
aa) Anwendung der arbeitsrechtlichen Vereinfachungen der InsO zugunsten des Schuldners?	440	145
bb) Kündigung durch den Insolvenzverwalter mit Wirkung für den Schuldner	441	146
cc) Eigenständiges Kündigungsverbot aus § 109 InsO analog?	445	147
e) Informationspflicht	448	148
aa) Keine Informationspflicht aus § 35 Abs. 2 InsO	449	148
bb) Der Wechsel der Passivlegitimation	454	150
cc) Information über Klagegegner	456	151
dd) Umfang und Adressat der Informationspflicht	460	152
f) Widerspruchsrecht	464	154
aa) Wahlfreiheit des Vertragspartners	465	154
bb) Insolvenzrechtliches Einschränkungsbefürfnis	474	157
(1) Problem der kompensationslosen Bezu- schussung	475	157
(2) Insolvenzrechtliche Auslegung des § 613a Abs. 6 BGB im Fall der Freigabe	481	159
V. Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung der grundrechtlichen Wertungen und Zwischenergebnis	485	161
F. Gläubigerwiderspruch und die Wirkung auf das Arbeitsverhältnis	497	165
I. Ausübung des Widerspruchs durch die Gläubiger	498	165
1. Allgemeine Bedenken gegen eine ex tunc Wirkung	500	165
2. Durchgreifende arbeitsrechtliche Bedenken gegen eine ex tunc Wirkung	505	167
3. Fehlende Arbeitnehmerinformation	511	169
II. Zwischenergebnis für die Wirkung des Gläubigerwiderspruchs auf Arbeitsverhältnisse	515	171

	Rn.	Seite
G. Das Zweitinsolvenzverfahren und der Anspruch auf Insolvenzgeld	517	173
I. Möglichkeit eines Zweitinsolvenzverfahrens	518	173
II. Erneuter Insolvenzgeldanspruch der Arbeitnehmer im Zweitverfahren	526	175
1. Grundlagen des Insolvenzgeldanspruchs	527	176
2. Anspruch auf Insolvenzgeld im Zweitinsolvenzverfahren	530	177
a) LSG NRW: Kein Unterschied zu jeder anderen Fortführung nach erstmaligem Insolvenzereignis	532	177
b) BSG: Vergleich zum Insolvenzplan	536	179
c) Stellungnahme	543	180
aa) Unpassender Vergleich zur sonstigen Unternehmensfortführung	544	181
bb) Überzeugender Vergleich zu § 613a BGB	550	182
d) Zusammenspiel des Insolvenzgeldanspruchs mit § 35 Abs. 2 InsO	559	186
III. Zwischenergebnis für den Anspruch auf Insolvenzgeld nach Freigabe	565	188
H. Reformvorschlag	568	189
I. Reform der Freigabeerklärung – Ergänzender Abs. 2a	572	189
II. Reform des Insolvenzgelds – Entsprechende Erweiterung des Insolvenzgeldanspruchs	577	190
I. Thesen und Schlussbetrachtung	581	193
I. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	581	193
II. Schlussbetrachtung	582	195
Literaturverzeichnis		197
Stichwortverzeichnis		213