
Arbeitsrecht in der Insolvenz

Verfasser:

Wolfgang Arens, Bielefeld,

Rechtsanwalt und Notar

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Fachanwalt für Steuerrecht

Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Arbeitsrecht in der Insolvenz

Inhaltsverzeichnis

Arbeitsrecht in der Insolvenz	2
Vorbemerkung	10
A. Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz	11
I. Die Arbeitgeberstellung in der Insolvenz	11
1. Konkursverwalter, Insolvenzverwalter, Eigenverwaltung	11
2. Vorläufiger Insolvenzverwalter	12
a) Starker vorläufiger Insolvenzverwalter	12
b) Schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter	13
c) Schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter mit Arbeitgeberbefugnis	13
3. Insolvenzverwalter als „Partei kraft Amtes“	14
4. Keine Verfahrensunterbrechung bei Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters ohne Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis	14
5. Unterbrechung des Verfahrens wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens	15
6. Unterbrechung wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Ausland	19
7. Unterbrechung des Verfahrens wegen Beendigung des Insolvenzverfahrens	20
8. Anfechtung in der Insolvenz und Rechtswegfragen	20
a) Anfechtungstatbestände bei Arbeitnehmern	20
b) Ausschlussfristen	35
c) Anfechtungstatbestände bei Sozialversicherungsbeiträgen	36
d) Rechtswegfragen	39
e) Anfechtung einer Lohnsteueranmeldung	42
f) Auskunftsklagen nach den IFG	43
9. Haftungsfragen	44
a) Klagen des Insolvenzverwalters	44
b) Klagen gegen den Insolvenzverwalter nach § 60 InsO	44
c) Klagen gegen den Insolvenzverwalter nach § 61 InsO	47
d) Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss	51
e) Klagen gegen Geschäftsführungsorgane / persönlich haftende Gesellschafter	52
f) Klagen gegen Gesellschafter	57
g) Keine Außenhaftung des Sanierungsgeschäftsführers einer GmbH analog §§ 60, 61 InsO für Rechtsgeschäfte während der Eigenverwaltung	58
10. Mitarbeit des Gemeinschuldners	58
11. Selbstständige Tätigkeit des Gemeinschuldners	66
12. Nichtselbstständige Tätigkeit des Schuldners	67
a) Arbeitsverdienst des Schuldners	67
b) Änderungskündigung in der Verbraucherinsolvenz des Arbeitnehmers	70
c) Vergütungszahlungen in der Verbraucherinsolvenz	72
II. Das Kündigungsrecht des Arbeitnehmers und des Insolvenzverwalters	72
1. Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters ?	72

2.	Kein Rücktritt von einem vorinsolvenzlich vereinbarten Beendungsvergleich	73
3.	Fortgeltung des Kündigungsschutzgesetzes	75
4.	Das insolvenzrechtliche Freistellungsrecht des Insolvenzverwalters	76
	a) Freistellungsanordnung und Freistellungsvereinbarung	77
	b) Sozialversicherungspflichtige Beschäftigung und Freistellung	78
	c) Überprüfungskriterien bei einseitigen Freistellungen	80
	d) Besonderheiten nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit	81
	e) Anrechnung anderweitigen Verdienstes	83
	f) Vorläufiger Rechtsschutz gegen Freistellung	86
	g) Berücksichtigung von Urlaubsansprüchen	87
	h) Freistellung und Mitbestimmung	88
	i) Erfordernis eines Fortsetzungsverlangens	88
5.	Kündigungsfristen und Kündigungserschwernisse in der Insolvenz	88
	a) Kündigungsfristen	88
	b) Kündigungsfristen innerhalb der 3-Monats-Frist	91
	c) Kündigung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter	92
	d) „Verfrühungsschaden“	92
	e) Kündigungsfrist für vom Insolvenzverwalter begründete Arbeitsverhältnisse	94
6.	Ausdehnung des Geltungsbereichs der Dreiwochenfrist des KSchG	95
III.	Betriebsbedingte Kündigungen im Vorfeld und in der Insolvenz	95
1.	Abgrenzung zu personen- und verhaltensbedingten Kündigungen	96
2.	Außer- oder innerbetriebliche Ursachen	96
3.	Unternehmerische Entscheidung	98
	a) Organisatorische Maßnahmen	98
	b) Besonderheiten bei Betriebsstilllegungen	98
	c) Besonderheiten bei Organschaft	103
	d) Kündigung im Zusammenhang mit Kurzarbeit	104
	e) Arbeitsvolumen und Kündigungsumfang	104
4.	Ursächlichkeit für den Wegfall des Weiterbeschäftigungsbedürfnisses	105
5.	Dringlichkeit der Kündigung (ultima ratio – Prinzip)	106
6.	Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit (ultima ratio – Prinzip)	106
	a) Zumutbare Anlern-, Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen	106
	b) Freie Arbeitsplätze	107
	c) Vorrang der Änderungskündigung	109
7.	Sozialauswahl	113
	a) Gruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer	113
	b) Feststellung der Sozialdaten nach früherem Recht	116
	c) Bewertungsmaßstab	117
	d) Neuregelungen durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt v. 24.12.2003	118
	e) Sonstige Überprüfungsbeschränkungen	125
	f) Namenslistenregelung	132
8.	Kündigungsverbot gemäß § 613a BGB	143
9.	Maßgeblicher Zeitpunkt und Änderung der Verhältnisse	144
10.	Fortsetzungsanspruch („Wiedereinstellungsanspruch“)	144
	a) Fortsetzungsanspruch gegen den bisherigen Arbeitgeber	144
	b) Fortsetzungsanspruch gegen den Betriebserwerber	149
	c) Fortsetzungsanspruch in der Insolvenz	150
	d) Wiedereinstellungsanspruch aufgrund einer Wiedereinstellungszusage	151
	e) Prozessuale Geltendmachung des Fortsetzungsanspruchs	152
11.	Vorausgegangene Kündigungen / Nachkündigung durch den Insolvenzverwalter	153
12.	Weitere Kündigung (Nachkündigung) in einem Schriftsatz	154
13.	Kündigung eines befristeten Arbeitsvertrages durch den Verwalter	156
14.	Darlegungs- und Beweislastverteilung	156

15.	Rechtsfolgen der unwirksamen Kündigung	157
IV.	Der besondere Kündigungsschutz	157
1.	Mutterschutz	157
2.	Elternzeit (Erziehungsurlaub)	158
3.	Schutz schwerbehinderter Menschen	159
	a) Neuregelung zum 1.7.2001	159
	b) Sonderkündigungsschutz	159
4.	Arbeitsplatzschutz Wehr- und Zivildienstleistender	164
5.	Ausbildungsverhältnisse	165
6.	Betriebsverfassungsorgane	165
V.	Die außerordentliche Kündigung in der Insolvenz	167
1.	Außerordentliche Kündigung durch den Insolvenzverwalter	167
2.	Außerordentliche Kündigung durch den Arbeitnehmer	167
VI.	Betriebsübergang in der Insolvenz	168
1.	Geltung des § 613a BGB in Insolvenzverfahren	168
2.	Abgrenzungsfragen: Betriebsveräußerung, Betriebsstilllegung, Betriebsänderung	169
	a) Betriebsbegriff	169
	b) Gemeinschaftsbetrieb	171
	c) Betriebsteil / Teilbetrieb	176
	d) Betriebsschließung	186
3.	Regelungsgegenstände und Rechtsfolgen des § 613a BGB	188
	a) Gesetzlicher Übergang, gesamtschuldnerische Haftung	188
	b) Geschützte Beschäftigungsverhältnisse	191
	c) Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB	193
	d) Dynamische Bezugnahme Klauseln bei Betriebsübergang	194
	e) Befristung und Aufhebungsverträge und § 613a BGB	198
	f) Zeitpunkts des Betriebsübergangs	200
	g) Einstweilige Verfügung auf Unterlassung von Betriebsübergängen	201
	h) Arbeitsaufnahme und Arbeitsbedingungen im Erwerberbetrieb	201
	i) Übergang durch gesetzliche Regelungen	203
	j) Übergang von rückständigen Sozialversicherungsbeitragsverpflichtungen ?	204
	k) Ausgleichsansprüche und interne Pflichten der Arbeitgeber	205
4.	Detailvoraussetzungen / Problematik des „Funktionsübergangs“	206
	a) Kein Betriebsübergang durch bloßen Funktionsübergang	206
	b) Übergang der Hauptbelegschaft	209
	c) Handels- und Dienstleistungsbetriebe	211
	d) Übergang einer wirtschaftlichen Einheit	211
	e) Merkmal der sog. eigenwirtschaftlichen Nutzung	213
	f) Neuvergabe eines Auftrags	214
	g) Insolvenzverwalter und Zwangsverwalter	218
	h) Bedeutung von Konzeptionsänderungen	218
	i) Betriebsteil	219
5.	Zuordnung der Arbeitnehmer der Verwaltungsebene beim Teilbetriebsübergang	221
6.	Kündigung nach dem Erwerberkonzept bzw. nach einem Sanierungskonzept	223
	a) Kündigung nach einem Erwerberkonzept	223
	b) Kündigung nach einem Sanierungskonzept des Insolvenzverwalters	224
7.	Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers und dessen Rechtsfolgen	224
	a) Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers nach früherem Recht	224

b)	Unterrichtungsverpflichtung des Arbeitgebers und Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers	227
c)	Unterrichtungsverpflichtung auch gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern	227
d)	Inhalt der Unterrichtungsverpflichtung	228
e)	Adressat der Unterrichtungspflicht	233
f)	Form der Unterrichtung	235
g)	Rechtsfolgen der unterlassenen bzw. nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung	235
h)	Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers nach § 613a Abs. 5, 6 BGB	237
i)	Adressat des Widerspruchs	240
j)	Form und Inhalt des Widerspruchs	241
k)	Widerspruchsfrist	241
l)	Rechtsfolgen des Widerspruchs	243
m)	Verzicht und Verwirkung des Widerspruchsrechts	246
n)	Überlegungen für die Praxis	252
8.	Weitergeltung von Tarifverträgen und Verweisungen auf Tarifverträge?	252
9.	Urlaubsansprüche bei Betriebsübergang	255
10.	Passivlegitimation im Rahmen des Kündigungsschutzes	255
11.	Kündigung des Betriebsveräußerers nach Betriebsübergang und Übergang eines gekündigten Arbeitsverhältnisses nach der Rechtsprechung des LAG Hamm	260
12.	Klagefrist	262
13.	Einschränkung der Klagemöglichkeit	262
14.	Beschlussverfahren bei Betriebsveräußerung	263
15.	Abbedingung der Haftungsfolgen des § 613a BGB in der Insolvenz	263
16.	Haftungsfolge bei Versorgungsansprüchen	266
17.	Beweislastfragen	270
18.	Geltung des § 25 HGB in der Insolvenz?	271
19.	Auswirkungen des Betriebsübergangs auf Gesamtbetriebsräte	272
a)	Übergang sämtlicher Betriebe eines Unternehmens auf zwei andere Unternehmen	272
b)	Übergang aller Betriebe eines unverändert auf ein anderes Unternehmen	273
20.	Auswirkungen des Betriebsübergangs auf (Gesamt-)Betriebsvereinbarungen	274
VII.	Verfahren bei Massenentlassungen	275
1.	Melde- und Anzeigepflicht, Konsultationspflicht	275
2.	Entlassungsbegriff und Kündigung	283
3.	Entlassungsbegriff und Aufhebungsvereinbarungen	291
4.	Unterlassene oder fehlerhafte Massenentlassungsanzeigen / Konsultation	293
a)	Rechtsfolgen einer nicht ordnungsgemäßen Massenentlassungsanzeige / Konsultation	293
b)	Bedeutung der Zustimmung der Arbeitsverwaltung	300
c)	Bisherige Rechtsprechung des BAG	301
5.	Auskunftspflicht	303
VIII.	Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften / Transfer-Kurzarbeitergeld	304
1.	Beschäftigtertransfer	304
a)	Hilfen der Agentur für Arbeit	304
b)	Transferagenturen, Transfergesellschaften und Transfersozialpläne	304
2.	Transferagenturen	305
3.	Transfergesellschaften, Beschäftigungs- bzw. Qualifizierungsgesellschaften	306
a)	Rechtliche Grundlagen	306
b)	Problematik des § 613a BGB	307
c)	Haftungsfragen	317
4.	Transfersozialpläne	319

a)	Rechtliche Grundlagen	319
b)	Erstreichbarkeit eines Transfersozialplan	321
5.	Transfer-Kurzarbeitergeld	322
IX.	Zeugniserteilung in der Insolvenz	325
1.	Bisherige Rechtsprechung: Zeugniserteilung durch den Arbeitgeber	325
2.	Neuere Rechtsprechung: Zeugniserteilung durch den Insolvenzverwalter	326
B.	Kollektives Arbeitsrecht in der Insolvenz	327
I.	Allgemeines zu den Beteiligungsrechten des Betriebsrates	327
1.	Betriebsänderungen	327
2.	Interessenausgleich und Sozialplan	331
3.	Nachteilsausgleich	331
4.	Problem der nachträglichen Betriebsratwahl	339
a)	Wahl des Betriebsrates nach Insolvenzeröffnung	339
b)	Betriebsratanhörung	339
II.	Interessenausgleich	339
1.	Rechtsgrundlagen des Interessenausgleichs	340
2.	Zustandekommen des Interessenausgleichs	340
3.	Besonderheiten im Insolvenzverfahren	341
III.	Betriebsänderung in der Insolvenz	342
1.	Insolvenzspezifische Probleme bei Betriebsänderungen	342
2.	Neue Verfahrensregelungen zum Interessenausgleich nach § 121 InsO	343
3.	Verfahrensregelungen zum Interessenausgleich nach § 122 InsO	343
a)	Antrag auf Zustimmung des Arbeitsgerichts	343
b)	Verfahrensrechtliche Regelungen	344
c)	Entscheidungsgrundlagen	345
d)	Berechnung der 3-Wochen-Frist	346
e)	Vorläufiger Rechtsschutz	346
4.	Sonderfall einer Betriebsvereinbarung: Kündigungserleichterung nach § 125 InsO	347
a)	Interessenausgleich mit Namensliste	347
b)	Form der Namensliste nach § 125 InsO	349
c)	Die Vermutungswirkung der Namensliste	351
d)	Erhaltung bzw. Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur	357
5.	Inhalt und Umfang der Unterrichtung des Betriebsrates	361
IV.	Beschlussverfahren zum Kündigungsschutz	364
1.	Beschlussverfahren nach § 126 InsO	364
2.	Arbeitsgerichtliche Besonderheiten des Verfahrens nach § 126 InsO	366
3.	Bindungswirkung im Kündigungsschutzverfahren nach § 127 InsO	367
V.	Sozialplan	367
1.	Abschlussvoraussetzungen	367
2.	Laufzeit des Sozialplanes	370
3.	Geltungsbereich des Sozialplanes	370

4.	Leitende Angestellte und Heimarbeiter	373
5.	Inhalt des Sozialplanes	373
6.	Auslegung von Sozialplänen	382
7.	Begrenzung der Sozialplandotierung im Insolvenzverfahren	383
8.	Bedeutung des § 123 InsO für Abfindungstarifverträge	384
9.	Insolvenzrang der Sozialplanforderungen	385
10.	Abschlagszahlungen auf Sozialplanansprüche	387
11.	Widerrufsregelung des § 124 InsO	387
12.	Ansprüche aus nicht widerrufenen oder nicht mehr widerrufbaren Sozialplänen	388
13.	Anmeldung von Sozialplanansprüchen zur Tabelle	389
VI.	Wirkung der Verfahrenseröffnung auf Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen	389
1.	Tarifbindung	389
2.	Insolvenzbedingtes Ausscheiden aus dem Arbeitgeberverband	390
3.	Bindung an Betriebsvereinbarungen	390
C.	Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis für die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens	391
I.	Grundzüge des Entgeltschutzes in der Insolvenz	393
1.	Entgeltrückstände außerhalb des Insolvenzgeldzeitraums	394
a)	Laufende Vergütungsansprüche	394
b)	Zeitguthaben	395
c)	Nachteilsausgleich	395
d)	Tarifliche Abfindungsansprüche	396
e)	Insolvenzrechtlicher Rang eines Abfindungsanspruchs nach §§ 9, 10 KSchG	396
f)	Schadenersatzansprüche wegen Auflösungsverschuldens	396
g)	Gestundete Vergütungsansprüche von Gesellschafter-Arbeitnehmern	397
h)	Nichtangemeldete Forderungen nach Aufhebung des Insolvenzverfahren nach Bestätigung eines Insolvenzplans	397
2.	Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen seit dem 1.1.2009	398
a)	Flexigesetz II	398
b)	Inhalt des Gesetzes	400
c)	Führung von Wertguthaben	401
d)	Insolvenzschutz	401
e)	Portabilität von Wertguthaben	402
f)	Sonstige Regelungen	403
3.	Feststellungsklage nach § 146 KO / § 179 InsO und Leistungsklage	405
a)	Einfache Insolvenzforderungen	405
b)	Feststellungsinteresse	405
4.	Rang der vom vorläufigen Insolvenzverwalter begründeten Vergütungsansprüche	406
II.	Arbeitnehmer als Gläubigergruppe	408
D.	Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis für die Zeit nach der Verfahrenseröffnung und aus Altersteilzeit	408
I.	Qualifizierung der Ansprüche	408

1.	Masseverbindlichkeiten	408
2.	Gesamtsozialversicherungsbeitrag in der Insolvenz	411
II.	Einzelprobleme	412
1.	Abfindungen	412
	a) Abfindung aus vorinsolvenzlicher Zeit	412
	b) Abfindung aus nachinsolvenzlicher Zeit	413
2.	Einmalzahlungen und erfolgsabhängige Vergütungen	414
3.	Urlaubsansprüche	415
4.	Schutz von Arbeitszeitreduzierungen im Sanierungsinteresse	417
5.	Karenzentschädigung aus Wettbewerbsverbot	417
6.	Vergütungsansprüche aus einer arbeitsvertraglichen Freistellungsabrede	418
7.	Halteprämien	418
8.	Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers in der masseunzulänglichen Insolvenz	419
III.	Altersteilzeit in der Insolvenz	421
1.	Insolvenzversicherung	422
2.	Rang der Ansprüche aus dem Altersteilzeitverhältnis in der Insolvenz	430
3.	Kündigung in der Freistellungsphase	433
4.	Kündigung in der Arbeitsphase	434
5.	Urlaubsabgeltung	434
E.	Betriebliche Altersversorgung in der Insolvenz	434
I.	Schutz der betrieblichen Altersversorgung von Arbeitnehmern	434
1.	Träger der Insolvenzversicherung	438
2.	Sicherungsfälle gem. § 7 BetrAVG	438
3.	Neuregelungen im Zusammenhang mit der InsO 1999	439
4.	Gesicherte Versorgungsansprüche	440
5.	Beginn und Ende der Leistungspflicht	444
6.	Einzelheiten des Sicherungsfalles im Sinne des BetrAVG	445
7.	Der frühere Sicherungsfall der wirtschaftlichen Notlage des Arbeitgebers	446
8.	Einzelne Versorgungsformen	446
9.	Verschiebung des Fälligkeitszeitpunktes	447
10.	Begrenzungen der Einstandspflicht des PSV bei hohen Betriebsrenten	448
11.	Begrenzung der Einstandspflicht des PSV bei zurückliegenden Versorgungsverbesserungen	448
12.	Zeitliche Begrenzung bei künftigen Verbesserungen im Rahmen eines Insolvenzplanes	449
13.	Scheitern der Sanierung	450
14.	Forderungsübergang	450
15.	Besonderheiten bei Direktversicherungen und Rückdeckungsversicherungen	451
	a) Insolvenzfestigkeit von Direktversicherungen	451
	b) Anfechtbarkeit von Prämienzahlungen zur Direktversicherung	460
	c) Anfechtbarkeit der Verpfändung von Versicherungsansprüchen	461
	d) Insolvenzfestigkeit verpfändeter Ansprüche aus Rückdeckungsversicherungen	462
	e) Insolvenzfestigkeit der Rückdeckungsversicherung zur Unterstützungskasse	463
	f) Lohnsteuerliche Folgen des Verlusts eines Bezugsrechts	464

16.	Abfindungsmöglichkeit	465
17.	Gerichtliche Auseinandersetzungen	465
18.	Finanzierung der Insolvenzsicherung nach dem BetrAVG	466
19.	Insolvenzzugehörigkeit der betrieblichen Altersversorgung in der Insolvenz des Bezugsberechtigten	468
II.	Schutz der Altersvorsorge von Gesellschaftern und Gesellschafter-Geschäftsführern	469
1.	Geschützter Personenkreis	469
2.	Persönlich haftende Gesellschafter	472
3.	GmbH-Geschäftsführer	472
4.	Bedeutung geleisteter Beitragszahlungen	474
	Literaturverzeichnis	475
	Anlagen	490

Arbeitsverhältnisse in der Insolvenz

Vorbemerkung

Die Arbeitnehmer des Schuldners sind nicht Beteiligte des Insolvenzverfahrens, so dass keine eigenständige Mitbestimmung in Finanzierungsfragen für Arbeitnehmer auf der Unternehmensebene vorgesehen ist. Als unverzichtbar ist es allerdings angesehen worden¹, die Arbeitnehmerrechte so in das Insolvenzverfahren einzubringen, dass das Verfahren seinem Ziel, die bestmögliche gemeinschaftliche Verwertung des Schuldnervermögens herbeizuführen, gerecht werden kann². Es sollen den Arbeitnehmern im Insolvenzverfahren Handlungschancen verschafft werden, damit sie von Opfern der Insolvenz zu Mitakteuren der Insolvenzbewältigung werden. Dieses soll neben der **betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkung der Arbeitnehmervertretungen**³ durch die aktive Einflussnahme der Arbeitnehmer auf eine **Sanierung des Unternehmens zum Erhalt der Arbeitsplätze** geschehen⁴.

Handlungsspielräume haben die Arbeitnehmer nach der InsO bei der **Verfügung über ihre Insolvenzforderungen**, insbesondere über rückständige Entgeltforderungen⁵, und bei der Bemessung des Volumens eines im Insolvenzverfahren aufzustellenden **Sozialplans**. Darüber hinaus wird im Rahmen von **Betriebsänderungen** den Arbeitnehmern die Möglichkeit verschafft, ihre latenten **Sozialplanforderungen investiv einzusetzen**, die Soziallasten des Unternehmens berechenbar zu machen und gegebenenfalls zu verringern und so die Sanierung zu erleichtern. Ob dies in der Praxis die Zustimmung bzw. Akzeptanz der Arbeitnehmer findet und durchgesetzt wird, erscheint allerdings als zweifelhaft.

Soweit der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen selbst in ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis eintritt, fällt der pfändbare Teil seines Arbeitseinkommens **in die Insolvenzmasse**, da nach der Neuregelung der InsO auch der so genannte **Neuerwerb** in die Insolvenzmasse fällt.⁶

¹ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks, 12/2443, S. 96; dazu Bichlmeier, DZWIR 1999, 287 ff.

² Zu arbeitsrechtlichen Maßnahmen zur Sanierung von Unternehmen siehe Wimmer, DStR 1996, 1329.

³ Zur Informations- und Vorlagepflicht des Insolvenzverwalters gegenüber dem Betriebsrat siehe etwa LAG Berlin v. 6.8.1997 – 13 TaBV 3/97, NZI 1999, 85.

⁴ Siehe Smid, NZA 2000, 113; zur arbeitsrechtlichen Stellung von Geschäftsführern in der Insolvenz, siehe Henssler, in Kölner Schrift zur InsO, S. 977 ff.; zu den Beteiligungsrechten des Betriebsrates in den verschiedenen Verfahrensstufen der Insolvenz siehe Berscheid, ZInsO 1999, 27 ff.; Kolbe, NZI 2015, 400.

⁵ Inwieweit kollektivarbeitsrechtliche Verzichtverbote (vgl. § 4 Abs. 1 S. 1 TVG, § 77 Abs. 1 S. 1 BetrVG) entgegenstehen, ist dabei jedoch zu prüfen; dazu Rieble, ZIP 2007, 1389.

⁶ Siehe dazu und zu den komplizierten Einzelheiten der Verweisung des § 36 Abs. 1 InsO auf die Vorschriften der Einzelzwangsvollstreckung Steder, ZIP 1999, 1874.

A. Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

I. Die Arbeitgeberstellung in der Insolvenz

1. Konkursverwalter, Insolvenzverwalter, Eigenverwaltung

Nach früherem Konkursrecht (§ 6 KO) ging mit Eröffnung des Konkursverfahrens das **Verwaltungs- und Verfügungsrecht** und damit auch die Arbeitgeberstellung auf den Konkursverwalter über. Für den Insolvenzverwalter gilt im **Regelfall** dasselbe (§ 80 Abs. 1 InsO).

Der Gemeinschuldner kann ausnahmsweise die **Arbeitgeberstellung** - wenn auch unter Aufsicht eines Sachwalters - im Fall der Anordnung der **Eigenverwaltung** durch das Insolvenzgericht weitgehend behalten.⁷ Der Schuldner ist dann berechtigt, unter der Aufsicht dieses Sachwalters die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie zu verfügen (§ 270 Abs. 1 InsO).

Die **Anordnung der Eigenverwaltung** setzt voraus (§ 270 Abs. 2 InsO),

- dass sie vom Schuldner beantragt worden ist,
- dass der Gläubiger dem Antrag des Schuldners zugestimmt hat, wenn der Eröffnungsantrag von einem Gläubiger gestellt worden ist, und
- dass nach den Umständen zu erwarten ist, dass die Anordnung nicht zu einer Verzögerung des Verfahrens oder zu sonstigen Nachteilen für die Gläubiger führen wird.

Hatte das Insolvenzgericht den Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung abgelehnt, beantragt aber die erste **Gläubigerversammlung** die Eigenverwaltung, so ordnet das Gericht diese an. Zum Sachwalter kann dann der bisherige Insolvenzverwalter bestellt werden. Gegen die Anordnung der Eigenverwaltung haben die Gläubiger, insbesondere die Arbeitnehmer, kein **Rechtsmittel**. Es bleibt nur der **Antrag auf Aufhebung der Eigenverwaltung** durch das Insolvenzgericht (§ 272 InsO). Dazu müssen die gesetzlichen Gründe für die Aufhebung der Eigenverwaltung glaubhaft gemacht werden.

Die Vorschriften über die Erfüllung der Rechtsgeschäfte und die **Mitwirkung des Betriebsrats** (§§ 103 bis 128 InsO) gelten mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Insolvenzverwalters der Schuldner tritt. Der Schuldner soll seine Rechte nach diesen Vorschriften nur im Einvernehmen mit dem Sachwalter ausüben.

⁷ Dazu Düwell, in Kölner Schrift zur InsO, S 20 f.; Berscheid, ZInsO 1999, 9; Berscheid, BuW 1998, 913 und 1999, 75; Lakies, BB 1999, 1759; Lakies, Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz, 2010, S. 29 f.; zur Abmahnungs- und Kündigungsbefugnis des Sequesters nach der KO bzw. der GesO siehe LAG Hamm v. 26.11.1998 – 4 (19) Sa 1360/98, ZInsO 1999, 363 = InVo 1999, 234 und BAG v. 22.10.1998 – 8 AZR 618/97, ZInsO 1999, 361.

Die **Tätigkeit als Insolvenzverwalter** stellt für einen Rechtsanwalt keinen Zweitberuf im berufsrechtlichen Sinne dar, sondern eine **anwaltliche Tätigkeit**. Ein Anstellungsvertrag, mit dem ein Anwalt **von einer nichtanwaltlichen Insolvenzverwaltungsgesellschaft als Rechtsanwalt angestellt** wird, ohne dass eine Zulassung als Syndikusanwalt vorliegt, ist wegen Verstoßes gegen § 46 Abs. 1 BRAO gem. § 134 BGB nichtig. Bei einem (rechtlich nicht zu beanstandenden) Arbeitsverhältnis zwischen einem Insolvenzverwalter und einer Insolvenzverwaltungsgesellschaft verstößt eine formularmäßige Abtretungsregelung, nach der der Gesellschaft 100% der Vergütungen aus der Verwaltertätigkeit zustehen, gegen § 307 Abs. Satz 1 BGB. Ein gewisser Anteil der Vergütung dürfte der Gesellschaft allerdings wegen der Zurverfügungstellung der organisatorischen, personellen und sachlichen Ausstattung, die die Bearbeitung der übertragenen Insolvenzverfahren ermöglicht, zustehen. Aufgrund der aus der Bestellung zum Insolvenzverwalter nach § 56 InsO unmittelbar resultierenden höchstpersönlichen Rechte und Pflichten des Verwalters kommt eine entsprechende Anwendung auftragsrechtlicher Regelungen zur Begründung von Ansprüchen der Insolvenzverwaltungsgesellschaft auf Zahlung und Auskunft hinsichtlich der vom Verwalter vereinnahmten Vergütung nicht in Betracht.⁸

2. Vorläufiger Insolvenzverwalter

a) Starker vorläufiger Insolvenzverwalter

Umgekehrt kann der Gemeinschuldner die Arbeitgeberstellung auch schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens an den vorläufigen Insolvenzverwalter verlieren, wenn ihm ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt wird (§§ 21, 22 InsO)⁹. Die Bestellung eines **vorläufigen Insolvenzverwalters mit allgemeinem Verfügungsverbot** zulasten des Gemeinschuldners (sog. „**starker vorläufiger Insolvenzverwalter**“) bewirkt, dass

- anhängige Rechtsstreite nach § 240 Satz 2 ZPO unterbrochen werden und nur nach insolvenzrechtlichen Vorschriften aufgenommen werden (§ 240 Satz 1 ZPO i.V.m. § 86 Abs. 1 Nr. 1 InsO),
- in laufenden Rechtsstreiten das Rubrum gegen den vorläufigen Insolvenzverwalter umzustellen ist,
- neue Rechtsstreite direkt gegen den vorläufigen Insolvenzverwalter zu richten sind
- bestehende Titel auf diesen umzuschreiben sein sollen.¹⁰

⁸ ArbG München v. 4.1.2019 – 36 Ca 11585/17, NZI 2019, 514 = ZIP 2019, 932; Az. d. LAG München: 11 Sa 83/19; dazu Bissels/Fuchs, NZI 2019, 660; a.A. LAG Berlin-Brandenburg v. 29.11.2018 – 18 Sa 25/15; Az. d. BAG: 6 AZR 566/18.

⁹ Kania, DSiR 1996, 832; dazu und zur Kündigungsbefugnis des Sequesters siehe Berscheid, ZIP 1997, 1569; Berscheid, ZInsO 1998, 9 f.; Berscheid, NZI 2000, 1, 2; LAG Baden-Württemberg v. 18.6.1996 – 10 Sa 98/94, ZIP 1996, 1387 dazu EWiR 1996, 855 (Uhlenbruck).

¹⁰ LG Cottbus v. 20.4.2000 - 7 T 548/99, ZInsO 2000, 337.

b) Schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter

Wurde dagegen dem vorläufigen Insolvenzverwalter nicht die allgemeine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übertragen (sog. „**schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter**“), sondern nur dem Gemeinschuldner ein **Zustimmungsvorbehalt** nach §§ 22 Abs. 2, 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 InsO auferlegt worden, verbleibt die Arbeitgeberstellung und damit regelmäßig auch die Kündigungsbefugnis¹¹ und die Haftung für die weiter entstehenden Arbeitsvergütungsansprüche¹² beim Gemeinschuldner.

Jedoch bedarf dann eine vom Gemeinschuldner ausgesprochene **Kündigung eines Arbeitsverhältnisses** der Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters, wenn Verfügungen des Schuldners nur mit **Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters** zulässig sind.¹³ Die Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters ist **in urkundlicher Form beizufügen**, andernfalls kann sie nach § 182 Abs. 3 BGB i.V.m. § 111 S. 2 BGB zurück gewiesen werden.¹⁴

c) Schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter mit Arbeitgeberbefugnis

Die Arbeitgeberfunktion und damit auch die **Passivlegitimation** in einem Kündigungsprozess soll auch dann bei dem Gemeinschuldner verbleiben, wenn nach der sog. „Berscheid’schen Formel“¹⁵ einem solchen „**schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter**“ im gerichtlichen Bestellungsbeschluss nur einzelne Befugnisse, wie etwa die **Arbeitgeberbefugnisse** und insbesondere die Kündigungsbefugnis, eingeräumt werden.¹⁶ Diese Auffassung überzeugt nicht. Wenn der vorläufige Insolvenzverwalter, der mit der Arbeitgeberstellung betraut ist, die Kündigung ausspricht, muss er auch für die Kündigungsschutzklage passivlegitimiert sein.

Problematisch dabei ist aber auch, dass der vorläufige Insolvenzverwalter über die Kündigung von Arbeitsverhältnissen letztlich die **Voraussetzungen für eine Sanierung** mit einer etwaigen Betriebsfortführung beseitigen kann, die er nach dem gesetzlichen Auftrag zunächst prüfen soll.¹⁷

¹¹ LAG Hamm v. 10.12.2003 – 2 Sa 1472/03, ZInsO 2004, 403 = ZIP 2004, 727, dazu EWIR 2004, 1137 (v. Gleichstein/Sailer).

¹² Zur Haftung des Verwalters aus einem selbständigen Garantieversprechen gegenüber den Beschäftigten siehe LAG Hamm v. 7.12.1998 – 19 Sa 426/98, InVo 1999, 174.

¹³ BAG v. 10.10.2002 – 2 AZR 532/01, ZIP 2003, 1161, dazu EWIR 2004, 709 (Peters-Lange).

¹⁴ BAG v. 10.10.2002 – 2 AZR 532/01, ZIP 2003, 1161, dazu EWIR 2004, 709 (Peters-Lange).

¹⁵ Siehe die Formulierungsvorschläge von Berscheid in ZInsO 1998, 9, 11.

¹⁶ Zur Befugnis des vorläufigen Verwalters, einen hochdefizitären Betrieb einzustellen siehe AG Aachen v. 29.3.1999 – 19 IN 53/99, NZI 1999, 279; zur vermuteten Abmahnungs- und Kündigungsvollmacht eines vom Verwalter weiterbeschäftigten Personalleiters siehe BAG v. 22.1.1998 – 2 AZR 266/97, ZInsO 1998, 190.

¹⁷ Kritisch dazu Weisemann, DZWIR 1999, 397; Weisemann, in: Smid, InsO, 2. Aufl., § 113, Rn. 9 ff.

Die Übertragung des Rechts zur Ausübung der Arbeitgeberbefugnisse an den vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt durch das Insolvenzgericht stellt nach der Auffassung des OLG Saarbrücken¹⁸ **keine hinreichend bestimmte Ermächtigung zur Begründung von Masseschulden in analoger Anwendung des § 55 Abs. 2 InsO** dar. Im Rahmen der **Vorfinanzierung von Insolvenzgeld** vom vorläufigen Insolvenzverwalter an eine Rentenversicherungsanstalt gezahlte **Sozialversicherungsbeiträge** unterliegen auch dann der **Insolvenzanfechtung** nach § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO, wenn diese (bzw. die Rückforderung) bei der Zahlung nicht ausdrücklich vorbehalten wurde.

3. Insolvenzverwalter als „Partei kraft Amtes“

Nach der von der h.M. vertretenen Auffassung ist bei Ausspruch einer Kündigung durch den Insolvenzverwalter **nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens** die Kündigungsschutzklage nicht gegen die Gemeinschuldnerin (so die Mindermeinung: sog. „Vertretertheorie“), sondern gegen den Insolvenzverwalter als „Partei kraft Amtes“ (sog. **Amtstheorie**) zu richten. Allerdings soll es nach Auffassung des ArbG Berlin¹⁹ und auch des BAG²⁰ unschädlich sein, wenn zwar die **Klage gegen die Gemeinschuldnerin** erhoben wurde, aus der **Begründung** oder aus **Anlagen** zur Klage aber ersichtlich wird, dass die Klage sich gegen die Kündigung durch den Verwalter richten soll; etwa durch Bezugnahme auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Das Rubrum kann vor allem dann klargestellt werden, wenn der Klageschrift das **Kündigungsschreiben beigefügt** ist, aus dem sich ergibt, dass die Kündigung vom Insolvenzverwalter erklärt wurde.

Diese Rechtsprechung hat das BAG inzwischen noch einmal bestätigt:²¹

Ist ein Insolvenzverwalter nach deutschem Insolvenzrecht bestellt, ist eine Kündigungsschutzklage gegen ihn in seiner Eigenschaft als **Partei kraft Amtes** zu erheben. Eine Klage gegen die Schuldnerin macht den Insolvenzverwalter nicht zur Partei des Rechtsstreits und kann die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG nicht wahren. Das Rubrum kann jedoch vor allem dann klargestellt werden, wenn der Klageschrift das Kündigungsschreiben beigefügt ist, aus dem sich ergibt, dass die Kündigung vom Insolvenzverwalter erklärt wurde.

4. Keine Verfahrensunterbrechung bei Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters ohne Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis

Ein anhängiger Rechtsstreit wird durch die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters für das Vermögen einer Partei dann nicht gemäß § 240 Satz 2 ZPO unterbrochen, wenn dem

¹⁸ OLG Saarbrücken v. 22.5.2014 – 4 U 99/13, NZI 2014, 804; dazu NJW-Spezial 2014, 694; Seagon, NZI 2014, 796.

¹⁹ ArbG Berlin v. 6.8.2003 – 7 Ca 5097/03, ZInsO 2005, 108.

²⁰ BAG v. 21.9.2006 – 2 AZR 573/05, ZIP 2007, 1078.

²¹ BAG v. 18.10.2012 - 6 AZR 41/11, NZA 2013, 1007.

Schuldner **kein allgemeines Verfügungsverbot** auferlegt, sondern nur ein (allgemeiner) Zustimmungsvorbehalt i.S.v. von § 21 Abs. 2 Nr. 2 2. Alt. InsO angeordnet wird und deshalb die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen nicht gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO auf den vorläufigen Insolvenzverwalter übergeht.²²

5. Unterbrechung des Verfahrens wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Ein vom Gemeinschuldner geführter Rechtsstreit wird erst mit der Verfahrenseröffnung nach den Regelungen der **§§ 239, 242 ZPO** bis zu seiner Aufnahme durch den Verwalter **unterbrochen**. Ausnahmsweise geschieht dies auch schon mit der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters falls es sich um einen „**starken**“ **vorläufigen Insolvenzverwalter** handelt.

Ein **Kündigungsschutzrechtsstreit** wird durch die Eröffnung des **Insolvenzverfahrens auf Seiten des Arbeitgebers** unterbrochen, weil eine Kündigungsschutzklage immer die Insolvenzmasse betrifft, da sie den Weg für vermögensrechtliche Ansprüche ebnet.²³

Betrifft eine Bestandsschutzstreitigkeit (Einhaltung der Kündigungsfrist) lediglich einen **Zeitraum vor Insolvenzeröffnung**, so kann der Rechtsstreit nur nach **Durchführung des insolvenzrechtlichen Feststellungsverfahrens** wieder aufgenommen werden.²⁴

Hat das Arbeitsgericht einen Beschluss über die **nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage** gefasst, bevor die Unterbrechung des Verfahrens durch Insolvenzeröffnung eingetreten ist, kann der Beschluss an die nicht von der Insolvenz betroffene Gegenpartei noch wirksam zugestellt werden. Für diesen nicht verkündeten Beschluss gilt § 249 Abs.3 ZPO entsprechend, nicht § 249 Abs.2 ZPO. Die Frist für die sofortige Beschwerde läuft in diesem Fall nicht; sie beginnt aber mit der Zustellung der Aufnahme des Verfahrens durch den Insolvenzverwalter (§ 249 Abs.1 ZPO). Eine nochmalige Zustellung des Beschlusses über die nachträgliche Klagezulassung setzt keine neue Frist in Lauf.²⁵

Ein **Kündigungsrechtsstreit** wird durch die **Eröffnung des vereinfachten Verbraucherinsolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitnehmers** nicht nach

²² BGH v. 21.6.1999 – II ZR 70/98, NZI 1999, 363 = ZInsO 1999, 472 = ZIP 1999, 1314; BAG v. 25.4.2001 – 5 AZR 360/99, ArbRB 2001, 70 (Berscheid) = NZA 2002, 87 = ZInsO 2001, 1024.

²³ BAG v. 18.10.2006 - 2 AZR 563/05, DB 2007, 1148 = NZA 2007, 765 = ZIP 2007, 745; dazu EWiR 2008, 253 (Naraschewski).

²⁴ BAG v. 18.10.2006 - 2 AZR 563/05, DB 2007, 1148 = NZA 2007, 765 = ZIP 2007, 745; dazu EWiR 2008, 253 (Naraschewski).

²⁵ LAG Nürnberg v. 29.9.2004 - 6 Ta 101/04, ZIP 2004, 2207; dazu EWiR 2005, 237 (Moll / Henke).

§ 240 S. 1 ZPO unterbrochen. Er betrifft nicht die Insolvenzmasse, sondern einen höchstpersönlichen Anspruch des Klägers.²⁶

Ein **Beschlussverfahren**, das auf **Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung und Versetzung** von Arbeitnehmern und Feststellung deren dringender Erforderlichkeit aus sachlichen Gründen gerichtet ist, wird nach der Auffassung des LAG Berlin-Brandenburg durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers **unterbrochen**.²⁷

Der **Insolvenzschuldner** kann nach der Rechtsprechung des BAG gegen ein nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ergangenes Urteil mit einem Rechtsmittel geltend machen, der Rechtsstreit sei infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vor Urteilsverkündung nach § 240 ZPO unterbrochen worden, wenn das mit der Sache befasste Gericht diese Rechtsfolge außer Acht gelassen und ein Urteil verkündet hat, durch das der Insolvenzschuldner materiell beschwert ist.²⁸ Unerheblich ist, dass während des Insolvenzverfahrens aus diesem Urteil gem. § 89 Abs. 1 InsO grundsätzlich nicht vollstreckt werden darf. Das zeigt sich bereits am Beispiel des Feststellungsurteils, das einer Vollstreckung nicht zugänglich ist. Dennoch kann das Urteil Grundlage für weitere Eingriffe in Rechtspositionen des Verurteilten sein. Ist beispielsweise festgestellt, dass ein Arbeitsverhältnis besteht, kann diese Feststellung Grundlage für spätere Annahmeverzugsansprüche sein. Im Übrigen können die Insolvenzgläubiger nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens ihre restlichen Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend machen (§ 201 Abs. 1 InsO).

Ein durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterbrochener Rechtsstreit kann nur nach den Vorschriften der Insolvenzordnung aufgenommen werden (§ 240 Satz 1 ZPO). Nach § 87 InsO können **Insolvenzgläubiger** - im Gegensatz zu aus- und absonderungsberechtigten Gläubigern sowie Massegläubigern (§ 86 Abs. 1 InsO) - ihre **Forderungen** nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren, also durch **Anmeldung zur Insolvenztabelle** gemäß §§ 174 ff. InsO verfolgen.²⁹ Die Durchführung des **insolvenzrechtlichen Feststellungsverfahrens** dient dabei dem Interesse der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger.

²⁶ BAG v. 5.11.2009 – 2 AZR 609/08, ZInsO 2010, 438; dazu Stiller, ZInsO 2010, 688; Zöller/Greger ZPO 28. Aufl. § 240 Rn. 8; Uhlenbruck InsO 12. Aufl. § 35 Rn. 22; Zwanziger, Das Arbeitsrecht der Insolvenzordnung 3. Aufl. § 185 InsO, Rn. 68; Reinfelder, NZA 2009, 124, 127; Mohn, NZA-RR 2008, 617, 622.

²⁷ LAG Berlin-Brandenburg v. 23.5.2012 – 6 Ta 675/12, ZIP 2012, 1479.

²⁸ BAG v. 24.1.2001 - 5 AZR 228/00, ZInsO 2001, 727, 728; BAG v. 26.6.2008 – 6 AZR 754/06, DZWIR 2009, 19; zum Konkursverfahren BGH v. 16.1.1997 - IX ZR 220/96, NJW 1997, 1445; BGH v. 21.6.1995 - VIII ZR 224/94, AP ZPO § 240 Nr. 4; RG v. 15.11.1906 - VI 111/06, RGZ 64, 361, 363.

²⁹ BGH v. 23.12.1953 - VI ZR 1/52, LM KO § 146 Nr. 5; BGH v. 15.10.2004 - V ZR 100/04, NJW-RR 2005, 241 = ZIP 2004, 2345.

Durch das Prüfungsverfahren soll ihnen die Möglichkeit eröffnet werden, sich an der gerichtlichen Auseinandersetzung über die Begründetheit der Forderung zu beteiligen.³⁰

Wenn in Wahrheit eine **Insolvenzforderung** vorliegt, ist eine Klage gegen den Insolvenzverwalter jedoch nicht unzulässig, sondern **unbegründet**.³¹

Können lediglich **Insolvenzforderungen** betroffen sein, kann ein bisher anhängiges Verfahren nur nach dem Durchlaufen des insolvenzrechtlichen Feststellungsverfahrens aufgenommen werden (§ 87 InsO, §§ 174 ff. InsO).³² Eine solche Aufnahme nach § 179 Abs. 1, § 180 Abs. 2 InsO setzt als **Prozessvoraussetzung**³³ das Vorliegen einer zur Insolvenztabelle angemeldeten, geprüften und bestritten gebliebenen - und bei Feststellungsansprüchen ggf. nach § 45 InsO umgerechneten - Forderung des Gläubigers voraus.³⁴ Der **Streitwert** einer Insolvenzfeststellungsklage entspricht dem Betrag der zu erwartenden **Insolvenzquote**.³⁵

Bei bestimmten Passivprozessen richtet sich die **Aufnahme des Verfahrens nach § 86 InsO**. Nach § 86 Abs. 1 InsO können Rechtsstreite, die zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Gemeinschuldner anhängig sind, sowohl vom Insolvenzverwalter als auch vom Gegner aufgenommen werden, wenn u.a. eine **"Masseverbindlichkeit"** (§ 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO) betroffen ist. Der Begriff der Masseverbindlichkeit wird durch die Regelungen der **§§ 54, 55 InsO abschließend** bestimmt. Masseverbindlichkeiten sind zum einen die Kosten des Insolvenzverfahrens (§ 54 InsO) und zum anderen die in § 55 InsO aufgeführten Verbindlichkeiten, die in der Regel erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet werden und einer ordnungsgemäßen Verfahrensabwicklung dienen.³⁶

Zu den Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO zählen vor allem Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen wie dem **Arbeitsverhältnis**, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu erfüllen sind. Deshalb können Masseverbindlichkeiten durch

³⁰ BGH v. 21.2.2000 - II ZR 231/98, NJW-RR 2000, 1156 = ZIP 2000, 705; BGH v. 23.10.2003 - IX ZR 165/02, NJW-RR 2004, 1050 = ZIP 2003, 2379.

³¹ St. Rspr. des BAG, vgl. BAG v. 27.9.2007 - 6 AZR 975/06, BB 2008, 787; BAG v. 27.4.2006 - 6 AZR 364/05, AP InsO § 38 Nr. 3 = EzA InsO § 55 Nr. 12; BAG v. 4.12.2002 - 10 AZR 16/02, BAGE 104, 94; BAG v. 31.3.2004 - 10 AZR 253/03, BAGE 110, 135; BAG v. 19.1.2006 - 6 AZR 529/04, BAGE 117, 1.

³² Vgl. Zwanziger, Das Arbeitsrecht der Insolvenzordnung, § 185 Rn. 26; MüKo-ZPO/Feiber, § 240 Rn. 34; Smid, InsO § 86 Rn. 2; MüKo-InsO/Schumacher, § 86 Rn. 12; vgl. auch BAG v. 12.4.1983 - 3 AZR 73/82, AP ZPO § 240 Nr. 3 und BGH v. 21.2.2000 - II ZR 231/98, NJW-RR 2000, 1156 = ZIP 2000, 705 zur Konkursordnung.

³³ BGH v. 23.10.2003 - IX ZR 165/02, NJW-RR 2004, 1050 = ZIP 2003, 2379.

³⁴ BGH v. 26.5.1953 - V ZR 71/52, LM KO § 146 Nr. 1; BGH v. 8.11.1961 - VII ZR 149/60, NJW 1962, 153, 154; BGH v. 21.2.2000 - II ZR 231/98, NJW-RR 2000, 1156 = ZIP 2000, 705.

³⁵ LAG Kiel v. 27.7.2015 - 3 Ta 131/15, ZIP 2015, 2248.

³⁶ MüKo-InsO/Hefermehl, § 55 Rn. 1 f.

Bestandsschutzprozesse betroffen werden, wenn der **Bestand des Arbeitsverhältnisses über den Eröffnungszeitpunkt hinaus** im Prozess geltend gemacht wird³⁷ bzw. wenn die maßgeblichen Verhältnisse, die den Streitgegenstand bilden, nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens liegen.³⁸ Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründete Ansprüche und Forderungen können - wie insbesondere § 108 Abs. 2 InsO zeigt - keine Masse-, sondern nur Insolvenzforderungen sein.³⁹

Der durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 46 Abs. 2 ArbGG, § 240 Satz 1 ZPO unterbrochene Rechtsstreit bleibt unterbrochen, wenn die **Aufnahme des Verfahrens unwirksam** war.⁴⁰ Während einer solchen Verfahrensunterbrechung nach §§ 239, 242 ZPO kann der Insolvenzverwalter, der ein gegen § 240 ZPO verstoßendes Urteil aus der Welt schaffen will, ein **Rechtsmittel einlegen, ohne** die Unterbrechung durch eine **Aufnahme des Verfahrens zunächst beenden zu müssen**.⁴¹ Die Einlegung des Rechtsmittels setzt die Beendigung der Unterbrechung nicht voraus, da der unterbrochene Rechtsstreit – der fälschlicherweise fortgesetzt und durch ein Urteil abgeschlossen wurde - sachlich nicht weiterbetrieben wird.⁴²

Nimmt der Insolvenzverwalter ein vom Arbeitgeber eingeleitetes, in erster Instanz anhängiges, durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers nach § 240 ZPO **unterbrochenes arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren** auf und führt dieses fort, sind die dem Betriebsrat entstandenen, nach § 40 Abs 1 BetrVG vom Arbeitgeber zu tragenden **Rechtsanwaltskosten Masseverbindlichkeiten** nach § 55 Abs 1 Nr 1 InsO. Das gilt jedoch nicht für den Teil der Rechtsanwaltsgebühren, die bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind.⁴³

Honoraransprüche des Vorsitzenden einer Einigungsstelle sind Masseverbindlichkeiten i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, wenn das Einigungsstellenverfahren

³⁷ Vgl. Zwanziger, Das Arbeitsrecht der Insolvenzordnung, 2. Aufl. § 185 InsO Rn. 19; Smid, Insolvenzordnung, 2. Aufl. § 55 Rn. 32; MüKo-InsO/Hefermehl § 55 Rn. 164; Kübler/Prütting/Pape, InsO, § 55 Rn. 45 und 53; Berscheid, ZInsO 1999, 205, 207; siehe auch BAG v. 15.12.1987 - 3 AZR 420/87, BAGE 57, 152.

³⁸ LAG Baden-Württemberg v. 18.4.2002 - 4 Sa 84/01, n.v.

³⁹ Smid, InsO, 2. Aufl., § 55 Rn. 32; MüKo-InsO/Hefermehl, § 55 Rn. 167; Kübler/Prütting/Pape, § 55 Rn. 56; Kübler/Prütting/Lüke, § 86 Rn. 13.

⁴⁰ BGH v. 26.5.1953 - V ZR 71/52, LM KO § 146 Nr. 1; BGH v. 21.2.2000 - II ZR 231/98, NJW-RR 2000, 1156 = ZIP 2000, 705.

⁴¹ BAG v. 18.10.2006 - 2 AZR 563/05, DB 2007, 1148 = NZA 2007, 765 = ZIP 2007, 745; dazu EWiR 2008, 253 (Naraschewski); siehe auch schon BAG v. 3.6.1954 - 1 AZB 6/54, BAGE 1, 22.

⁴² BGH v. 30.9.1968 - VII ZR 93/67, BGHZ 50, 397, 400; BGH v. 5.11.1987 - III ZR 86/86, BGHR ZPO § 249 Abs. 2 – Prozesshandlung 1; BGH v. 16.1.1997 - IX ZR 220/96, NJW 1997, 1445; BAG v. 20.2.1979 - 6 AZR 624/77, BAGE 31, 309.

⁴³ BAG v. 9.12.2009 – 7 ABR 90/07, NZA 2010, 461 = ZIP 2010, 588; dazu EWiR 2010, 543 (Tintelnot/Graj); entgegen BAG v. 17.8.2005 – 7 ABR 56/04, DZWIR 2006, 152 = ZIP 2006, 144, dazu EWiR 2006, 687 (Moll/Leisbrock); es handelt sich bei solchen vorinsolvenzlichen Honoraransprüchen um einfach Insolvenzforderungen: LAG München v. 10.5.2007 – 2 TaBV 36/06, ZIP 2008, 35.

zwar vor Insolvenzeröffnung begonnen, aber erst nach diesem Zeitpunkt durch die Verabschiedung eines Sozialplans abgeschlossen worden ist. Für die Bemessung der Höhe der Vergütung sind der erforderliche Zeitaufwand, die Schwierigkeit der Streitigkeit, etwaiger Verdienstausfall und die allgemeine Berücksichtigung berechtigter Interessen der Mitglieder der Einigungsstelle und des Arbeitgebers maßgebend. Dabei handelt es sich bei dem Kriterium des erforderlichen Zeitaufwands um ein besonders wichtiges Kriterium für eine sachgerechte und angemessene Vergütung. Ein Stundensatz von ca. 200 € bis 400 € ist üblich und angemessen, abhängig von der Bedeutung der Angelegenheit und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens.⁴⁴

Vertreten in einem Berufungsverfahren dieselben Prozessbevollmächtigten sowohl die **Schuldnerin** (bis zur Unterbrechung infolge der Insolvenzeröffnung gem. § 240 ZPO) als auch den **Insolvenzverwalter** (nach Aufnahme des Verfahrens), so kann im Rahmen des § 11 Abs. 1 RVG nur die das Mandat des Insolvenzverwalters betreffende Vergütung festgesetzt werden, denn nur insoweit handelt es sich um eine Masseverbindlichkeit. Für die Bewertung des Berufungsverfahrens nach erfolgter Aufnahme greift die Sonderregelung des § 182 InsO, wenn der Gläubiger seine ursprüngliche Zahlungsklage abändert und zu dem Antrag nach § 180 Abs. 1 InsO übergeht. Der auf dem Mandat der Schuldnerin beruhende Vergütungsanspruch ist vom Anwalt nach Rechnungstellung als Insolvenzforderung geltend zu machen. Die Bewertung des Berufungsverfahrens bis zur Unterbrechung nach § 240 ZPO erfolgt nach allgemeinen Grundsätzen; diesbezüglich greift die Sonderregelung des § 182 InsO nicht.⁴⁵

6. Unterbrechung wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Ausland

Die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über eine Beklagte **im Ausland** (hier: in Luxemburg) unterbricht den in Deutschland anhängigen (die Insolvenzmasse betreffenden) Prozess nach § 46 Abs. 2 ArbGG, § 240 ZPO. Es wäre eine sowohl nach deutschem Verfassungsrecht als auch **nach europäischem Recht** unzulässige Bevorzugung der Arbeitnehmer mit ausländischem Arbeitgeber, wenn ihr Prozess fortgeführt wird, aber die Prozesse der ausländischen (hier luxemburgischen) Arbeitnehmer nach dortigem Recht genauso wie die Prozesse von deutschen Arbeitnehmern bei deutschen Arbeitgebern unterbrochen werden.⁴⁶

⁴⁴ LAG Mainz v. 19.6.2017 – 3 TaBV 3/17, ZIP 2017, 2320; dazu EWiR 2018, 119 (Gossak).

⁴⁵ LAG Nürnberg v. 27.5.2015 – 4 Ta 45/15, ZIP 2015, 1899.

⁴⁶ LAG Rheinland-Pfalz v. 14.7.1997 – 8 Ta 94/97, BB 1998, 55 = FA 1998, 90; in Abweichung von BGH v. 7.7.1988 – I ZB 7/88, NJW 1988, 3096 = ZIP 1988, 1200.

Ein Antrag des Arbeitgebers nach **Chapter 11 des U.S.-Bankruptcy Code** und das dadurch automatisch ausgelöste Reorganisationsverfahren unterbrechen nach der Auffassung des BAG den Kündigungsschutzprozess. Die **Aufnahme dieses Rechtsstreits durch den Kläger** beendet jedoch die Unterbrechung. Für die Fortsetzung des Kündigungsschutzprozesses bedarf es nicht einer gerichtlichen Aufhebung des U.S.-amerikanischen Verfahrensstillstandes.⁴⁷

Auch in einem **englischen Administration-Verfahren**, das als Hauptinsolvenzverfahren i.S.v. Art. 3 Abs. 1 EulnsVO eröffnet worden ist, findet nach Auffassung des LAG Frankfurt **deutsches (Insolvenz-)Arbeitsrecht** Anwendung.⁴⁸

7. Unterbrechung des Verfahrens wegen Beendigung des Insolvenzverfahrens

Ein vom Insolvenzverwalter geführter Rechtsstreit wird im Falle der Verfahrensbeendigung grundsätzlich in entsprechender Anwendung der Regelungen der **§§ 239, 242 ZPO** bis zu seiner Aufnahme durch die bisherige Gemeinschuldnerin oder den Prozessgegner **unterbrochen**. War allerdings der Verwalter durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten, so tritt anstelle der Unterbrechung die Möglichkeit, nach § 246 ZPO die Aussetzung des Verfahrens zu beantragen, denn die durch den Verwalter, der sich nicht selbst vertreten hat, erteilte Prozessvollmacht bleibt bestehen.

Die Beendigung des Insolvenzverfahrens führt zur **Auswechslung der Prozesspartei**, auch wenn die erteilte Prozessvollmacht fortbesteht. Der Kläger muss seine Klage auf die Gemeinschuldnerin als die nunmehr richtige Beklagte umstellen. Ist die Gemeinschuldnerin im Handelsregister gelöscht, ist es nicht Sache des Gerichts, von Amts wegen nachzuforschen, wer die vertretungsberechtigten Liquidatoren sind und unter welcher Anschrift Ladungen erfolgen können. Ist der Verwalter, obwohl er sich auf Masseunzulänglichkeit berufen hat, vom Arbeitsgericht zur Vergütungszahlung verurteilt worden und haben die von ihm beauftragten Rechtsanwälte gegen das Urteil **Berufung** eingelegt, dann besteht für den Kläger eine **Aufnahmepflicht** mit der Folge, dass die Klage im Falle der Nichtaufnahme gegen die Gemeinschuldnerin und Fortführung des Rechtsstreits

8. Anfechtung in der Insolvenz und Rechtswegfragen

a) Anfechtungstatbestände bei Arbeitnehmern

Die Insolvenzordnung sieht in den **§§ 129 ff. InsO** die **Anfechtung durch den Insolvenzverwalter von Rechtshandlungen** vor, die vor der Eröffnung des

⁴⁷ BAG v. 27.2.2007 – 3 AZR 618/06, ZIP 2007, 2047; dazu EWiR 2007, 759 (Mankowski).

⁴⁸ LAG Hessen v. 14.12.2010 – 13 Sa 969/10, NZI 2011, 203 = ZIP 2011, 269.

Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und die Gläubiger benachteiligen, soweit nicht das redliche Vertrauen darauf, dass vor der Insolvenzeröffnung erfolgte Verfügungen des Schuldners Bestand haben, für schutzwürdig angesehen wird.⁴⁹

Auch an die Arbeitnehmer geleistete **Vergütungszahlungen** können – positive **Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit gem. § 130 Abs. 2 InsO** vorausgesetzt – der insolvenzrechtlichen Anfechtung unterliegen.⁵⁰

Weiß ein Arbeitnehmer, dem der Arbeitgeber in der Krise noch Zahlungen auf rückständige Lohnforderungen erbringt, dass der Arbeitgeber außerdem noch anderen Arbeitnehmern Lohn schuldig ist, rechtfertigt allein diese **Kenntnis** nicht den Schluss auf die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung des Arbeitgebers. Ist der Gläubiger ein Arbeitnehmer des Schuldners ohne Einblick in die Liquiditäts- oder Zahlungslage des Unternehmens, trifft ihn in der ihm bekannten Krise insoweit **keine Erkundigungspflicht**.⁵¹

§ 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO regelt u.a., dass eine Rechtshandlung, die einem Insolvenzgläubiger eine Befriedigung gewährt hat, anfechtbar ist, wenn sie **in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens** vorgenommen worden ist, der Schuldner zur Zeit der Handlung zahlungsunfähig war und der Gläubiger zu dieser Zeit die Zahlungsunfähigkeit kannte. Gemäß § 130 Abs. 2 InsO steht der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lassen.

In der Regel ist eine Insolvenzanfechtung bei **Vergütungszahlung über das Konto eines Dritten** begründet. Gehaltszahlungen, die über das Konto eines Dritten erfolgen, können ausnahmsweise aber kongruent und damit im Insolvenzfall nicht anfechtbar sein. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn es sich bei dem Konto um das Geschäftskonto des Arbeitgebers handelt und das Entgelt stets über dieses Konto gezahlt worden ist.⁵² Ob Zahlungen, die ein Arbeitnehmer über das Konto eines Dritten erhält, inkongruent sind, bestimmt sich nach dem konkreten Arbeitsverhältnis und nicht nach dem im Arbeitsleben allgemein üblichen Zahlungsweg. Handelt es sich bei dem Konto des Dritten um das **Geschäftskonto des Arbeitgebers**, das er während des gesamten Arbeitsverhältnisses zur Erfüllung der Gehaltsansprüche nutzt, liegt keine anfechtbare inkongruente Deckung vor.

⁴⁹ Zur Anfechtbarkeit bei Betriebsvereinbarungen siehe Mückl/Krings, ZIP 2015, 1714; zur Freistellung des Existenzminimums bei der Insolvenzanfechtung von Arbeitsentgeltzahlungen, Blank, NZA 2016, 1123.

⁵⁰ Dazu Cranshaw, ZInsO 2009, 257; verneinend LG Neuruppin v. 9.1.2009 – 3 O 374/07, ZInsO 2009, 282 für die auf die Agentur für Arbeit wegen Zahlung von Insolvenzgeld übergegangenen Vergütungsansprüche.

⁵¹ BGH v. 19.2.2009 - IX ZR 62/08, ZIP 2009, 526, 527 = BGHZ 180, 63.

⁵² BAG v. 22.10.2015 - 6 AZR 538/14, NZA 2016, 44 = NZI 2016, 83 = ZIP 2016, 33; dazu EWIR 2016, 181 (Lau/Schlicht).

Nach **§ 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO** ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt hat, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte (sog. **inkongruente Deckung**), wenn die Handlung innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und der Schuldner zur Zeit der Handlung zahlungsunfähig war. Nicht "in der Art", wie sie der Gläubiger zu beanspruchen hat, erfolgt auch eine **im Wege der Zwangsvollstreckung erlangte Befriedigung**. Folglich kann der Insolvenzverwalter bei Vorliegen der übrigen Anfechtungsvoraussetzungen von einem Arbeitnehmer die Rückzahlung von **Arbeitsvergütung** zur Masse verlangen, die dieser durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen erlangt hat.

Zur Insolvenzanfechtung von unter dem Druck von **Zwangsvollstreckungsmaßnahmen** erlangter **Ausbildungsvergütung** hat das BAG entschieden:

Anlass, eine **verfassungsrechtlich legitimierte Anfechtungssperre** in Höhe des auf den Vergütungszeitraum entfallenden Existenzminimums zu erwägen, besteht nicht, wenn die Rückforderung im Wege der Insolvenzanfechtung gemäß § 131 Abs. 1 InsO deshalb erfolgt, weil die Vergütung unter dem Druck einer drohenden Zwangsvollstreckung gezahlt wurde. Das gilt auch dann, wenn die Rückforderung gezahlte Ausbildungsvergütung betrifft und wenn das Insolvenzverfahren auf einen schon längere Zeit vor der Zahlung gestellten Antrag hin eröffnet wurde.⁵³

Eine Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 129 Abs. 1 InsO kann auch dann vorliegen, wenn die Rückgewähr des durch eine anfechtbare Rechtshandlung Erlangten **zu keiner signifikanten Verbesserung der Befriedigung der Insolvenzgläubiger** im Rahmen des Verteilungsverfahrens führt. Die Erfüllung der Entgeltforderung eines Arbeitnehmers mittels Forderungspfändung kann als sog. inkongruente Deckung nach § 131 InsO anfechtbar sein. Die Pfändung und Überweisung einer Forderung einerseits und die Zahlung durch den Drittschuldner andererseits sind selbstständige Rechtshandlungen.⁵⁴

Der Arbeitnehmer hat das **erlangte Nettoentgelt** an den Insolvenzverwalter zurückzugewähren. Insolvenzzurechtlich wird nur die Rückgewähr dessen geschuldet, was aus dem Vermögen des Schuldners infolge der angefochtenen Handlung an den Arbeitnehmer geflossen ist. Damit hat der Arbeitnehmer grundsätzlich nur den erhaltenen Nettolohn zurückzuzahlen. Dies wird mittelbar durch die Begrenzung des Insolvenzgelds auf das

⁵³ BAG v. 26.10.2017 – 6 AZR 511/16, ZIP 2018, 32; dazu EWIR 2018, 183 (Freudenberg).

⁵⁴ BAG v. 18.10.2018 – 6 AZR 506/17, NZA 2019, 203 = ZIP 2019, 279.

Nettoentgelt bestätigt.⁵⁵ Hat der Schuldner die **Gesamtsozialversicherungsbeiträge** noch abgeführt, kann in der Insolvenz des Schuldners diese Zahlung auch wegen der Arbeitnehmeranteile als mittelbare **Zuwendung an die Einzugsstelle** gegenüber dieser angefochten werden. Die Regelung des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV, wonach die Zahlung des vom Beschäftigten zu tragenden Teils des Gesamtsozialversicherungsbeitrags als aus dem Vermögen des Beschäftigten erbracht gilt, steht dem nicht entgegen. Eine Anfechtung der Abführung des Arbeitnehmeranteils gegenüber dem Arbeitnehmer scheidet wegen des den Arbeitnehmer schützenden Zwecks des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV aus.

Bei einer erfolgreichen Anfechtung muss nach § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO das zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist. Hat der Schuldner als Arbeitgeber das Entgelt gezahlt, erhält der Arbeitnehmer **im Normalfall** nur den **Nettolohn**. Nur diesen muss der Arbeitnehmer dann zurückzahlen. Erhielt der Arbeitnehmer dagegen - sei es durch Leistung des Schuldners oder eines Drittschuldners - das **Bruttoentgelt**, muss er dieses an die Insolvenzmasse **zurückgewähren**. Dies gilt auch dann, wenn er **in der Zwischenzeit** seinen **Sozialversicherungsbeitrag und/oder die Einkommenssteuer selbst abgeführt** hat. Die entsprechende Rückabwicklung bzw. Verrechnung vollzieht sich nach den steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Regelungen.⁵⁶

Ebenso kann eine nach dem Insolvenzantrag im Wege der **Zwangsvollstreckung** vom Arbeitnehmer beigetriebene **Abfindungszahlung** für den Verlust des Arbeitsplatzes ist als inkongruente Deckung gem. § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO **angefochten** werden. Dem Rückgewähranspruch des Insolvenzverwalters nach § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO kann der Arbeitnehmer nicht den Entreicherungsseinwand des § 818 Abs. 3 BGB entgegenhalten.⁵⁷

Zur Insolvenzanfechtung bei **Ratenzahlungsvereinbarung mit Gerichtsvollzieher** hat das BAG entschieden: Teilzahlungen, die der Schuldner auf eine nach § 802b ZPO (bis 31.12.2012 § 806b ZPO) mit dem Gerichtsvollzieher geschlossene Zahlungsvereinbarung erbringt, sind selbstständig anfechtbar. Ob diese Zahlungen inkongruente Deckung bewirken, bestimmt sich nach dem Zeitpunkt, in dem sie die Befriedigung des Gläubigers bewirken. Das ist der Zeitpunkt, in dem der Gerichtsvollzieher den an ihn gezahlten Teilbetrag **an den Gläubiger auskehrt**.⁵⁸

⁵⁵ BAG v. 27.2.2014 – 6 AZR 367/13, NZA 2014, 681 = ZIP 2014, 1396; dazu NJW-Spezial 2014, 372

⁵⁶ BAG v. 18.10.2018 – 6 AZR 506/17, NZA 2019, 203 = ZIP 2019, 279.

⁵⁷ BAG v. 19.5.2011 – 6 AZR 736/09, ZIP 2011, 1628.

⁵⁸ BAG v. 20.9.2017 – 6 AZR 58/16, ZIP 2017, 2482; dazu EWiR 2018, 149 (Loszynski); dazu NJW-Spezial 2018, 117.

Auch das „**Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen** nach der InsO und nach dem AnfG“ vom 29.3.2017 hat keinen Einfluss auf die bisherige Rechtsprechung des BAG zur Inkongruenz einer Befriedigung, soweit sie innerhalb des kritischen Zeitraums durch Zwangsvollstreckung erwirkt worden ist.⁵⁹

Auch in Fällen sog. inkongruenter Deckung kann es nach der Auffassung des LAG Köln aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten sein, dass das **Existenzminimum**, das auch die **Pfändungsfreibeträge** nach § 850c ZPO bestimmt, anfechtungsfrei bleibt. Es spricht viel dafür, dass bei den Anfechtungsfällen des § 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO die **Inkongruenz für den Anfechtungsgegner objektiv erkennbar** sein muss.⁶⁰

Ob Inkongruenz i.S.v. § 131 InsO vorliegt, ist durch den **Abgleich von rechtlich geschuldetem und tatsächlichem Vorgehen des Schuldners** anhand der materiellrechtlichen Rechtslage **im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung** festzustellen. Bei geringfügigen Abweichungen, die der Verkehrssitte oder Handelsbräuchen entsprechen, liegt in der Regel Kongruenz vor. Weist der Schuldner einen **Dritten** an, die geschuldete Leistung gegenüber dem Gläubiger zu erbringen, liegt darin im Regelfall eine nicht unerhebliche Abweichung vom vereinbarten Erfüllungsweg, weil die Befriedigung nicht „in der Art“ erfolgt, in der sie geschuldet ist. Eine solche mittelbare Zahlung ist deshalb **in der Regel als inkongruente Deckung** anfechtbar. Auch bei Zahlung durch einen Dritten kann jedoch **ausnahmsweise** eine kongruente Deckung vorliegen, wenn ein **eigenes Forderungsrecht** des Insolvenzgläubigers unanfechtbar begründet worden ist, etwa weil die Zahlung auf einer dreiseitigen, insolvenzfest getroffenen Abrede beruht. Eine solche Abrede kann **auch stillschweigend** getroffen werden. Für die Prüfung, ob (stillschweigende) Abreden insolvenzfest sind, kommt es auf den Zeitpunkt an, in dem die Abrede getroffen wird. Werden abändernde Vereinbarungen vor Beginn der Dreimonatsfrist des § 131 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 InsO getroffen, ist eine dem so geänderten Anspruch entsprechende Leistung grundsätzlich kongruent. Allerdings kann die abändernde Vereinbarung ihrerseits bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 133 InsO anfechtbar sein. Die bloße Bildung eines **Gemeinschaftsbetriebs** genügt noch nicht, um anzunehmen, der Zahlung des Entgelts durch ein am gemeinsamen Betrieb beteiligtes Unternehmen statt durch den Vertragsarbeitgeber liege eine stillschweigend getroffene dreiseitige Abrede zugrunde. Erforderlich ist eine Abrede zwischen den beteiligten Unternehmen und dem Arbeitnehmer, wonach die Entgeltansprüche nicht vom Vertragsarbeitgeber, sondern von einem anderen der beteiligten Unternehmen als Drittem zu erfüllen sind. Das deutsche Insolvenzverfahren

⁵⁹ LAG Frankfurt v. 15.8.2017 – 15 Sa 1135/16, ZIP 2017, 2485.

⁶⁰ LAG Köln v. 6.3.2015 – 4 Sa 726/14, ZIP 2015, 2183; dazu EWiR 2016, 23 (Stiller).

ist rechtsträgerbezogen ausgestaltet. Auch wenn der Schuldner und der zur Zahlung angewiesene Dritte ein wirtschaftlich einheitliches Unternehmen unterhalten und die **finanziellen Mittel aus „einem Topf“** entnehmen, liegt deshalb bei einer mittelbaren Zuwendung grundsätzlich Inkongruenz vor. Bei einer Zahlung auf Schuld liegt eine Gläubigerbenachteiligung vor, weil der Schuldner mit der Zahlung an den Empfänger seine Forderung gegen den Angewiesenen verliert. Bei einer **Zahlung auf Kredit** kommt es dagegen lediglich zu einem Gläubigerwechsel, so dass eine Gläubigerbenachteiligung grundsätzlich ausscheidet.⁶¹

Erfolgt die Entgeltzahlung nicht über das Konto des späteren Insolvenzschuldners, über das üblicherweise die Gehaltszahlungen erfolgen, sondern über das **Konto einer dritten Person**, der die dafür erforderlichen Mittel zuvor vom Schuldner zur Verfügung gestellt worden sind, liegt in der Regel eine inkongruente Deckung vor. Eine derartige Befriedigung erfolgt **nicht „in der Art“**, in der sie geschuldet ist.⁶²

Die **Zahlung rückständiger Gehälter unter dem Druck einer drohenden Zwangsvollstreckung** in den Monaten vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers erfüllt den **Anfechtungsstatbestand des § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO**. Um eine **inkongruente Deckung** im Sinn des Anfechtungsrechts handelt es sich bereits dann, wenn der Schuldner während der **“kritischen Zeit” der letzten drei Monate vor dem Eröffnungsantrag** oder in der Zeit nach Stellung des Insolvenzantrags unter dem Druck unmittelbar drohender Zwangsvollstreckungsmaßnahmen leistet, um sie zu vermeiden. Der Schuldner gewährt damit eine **Befriedigung**, die der Gläubiger **“nicht in der Art” zu beanspruchen** hat. Unerheblich ist, ob die Zwangsvollstreckung im verfahrensrechtlichen Sinn schon begonnen hatte, als die Leistung des Schuldners erfolgte. Die Inkongruenz wird durch den zumindest unmittelbar bevorstehenden hoheitlichen Zwang begründet. Ein die Inkongruenz begründender Druck einer unmittelbar bevorstehenden Zwangsvollstreckung besteht dagegen noch nicht, wenn der Schuldner nach Zustellung eines Titels die titulierte Forderung erfüllt, ohne dass der Gläubiger die Zwangsvollstreckung zuvor eingeleitet oder angedroht hat.⁶³

§ 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO **begegnet** nach der Auffassung des BAG **keinen verfassungsrechtlichen Bedenken**.⁶⁴ Er verletzt insbesondere nicht die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG oder den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG iVm. dem durch Art. 20 Abs. 1 GG gewährleisteten **Sozialstaatsprinzip**. Das hat das BAG mit seiner

⁶¹ BAG v. 21.11.2013 – 6 AZR 159/12, NZA 2014, 255 = ZIP 2014, 233.

⁶² BAG v. 13.11.2014 – 6 AZR 869/13, NZA 2015, 1259 = ZIP 2015, 533; dazu EWiR 2015, 285 (Heublein).

⁶³ BAG v. 8.5.2014 – 6 AZR 465/12, NJW 2014, 3262 = DB 2014, 1743 m. Anm. Arens/Pelke.

⁶⁴ BAG v. 8.5.2014 – 6 AZR 465/12, NJW 2014, 3262 = DB 2014, 1743 m. Anm. Arens/Pelke.

Entscheidung vom 27.02.2014 eingehend begründet. Hervorzuheben ist, dass eine verfassungskonforme Auslegung der §§ 129 ff. InsO zum **Schutz des Existenzminimums** in Fällen der hier gegebenen inkongruenten Deckung durch Erfüllung von Entgeltrückständen unter dem Druck der Zwangsvollstreckung ausscheidet. Bei solchen Vergütungsrückständen können Arbeitnehmer die zur Sicherung des Existenzminimums vorgesehenen und geeigneten staatlichen Hilfen in Anspruch nehmen.

Nach **§ 133 Abs. 1 Satz 1 InsO** ist u. a. eine Rechtshandlung anfechtbar, die der Schuldner in den **letzten zehn Jahren** vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Gemäß § 133 Abs. 1 S. 2 InsO wird diese Kenntnis vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte. **Bargeschäfte** sind **nach § 142 InsO** nur unter den Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar. Was durch anfechtbare Handlung erlangt ist, muss gemäß § 143 Abs. 1 S. 1 InsO zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden.⁶⁵

Unter dem Gesichtspunkt des **Bargeschäfts** werden gemäß § 142 InsO Leistungen privilegiert, für die **unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung** in das Schuldnervermögen gelangt ist. Leistung und Gegenleistung müssen beim Bargeschäft zwar **nicht Zug um Zug erbracht** werden. Allerdings setzt das in der Vorschrift enthaltene Tatbestandsmerkmal "unmittelbar" voraus, dass **Leistung und Gegenleistung in einem engen zeitlichen Zusammenhang ausgetauscht** werden. Der Gesichtspunkt der bloßen Vermögensumschichtung greift nur, wenn der Leistungsaustausch in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang vorgenommen wird. Der hierfür unschädliche Zeitraum lässt sich nicht allgemein festlegen. Er hängt wesentlich von der Art der ausgetauschten Leistungen und davon ab, in welcher Zeitspanne sich der Austausch nach den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs vollzieht.

Dieser Ausnahmeregelung liegt der wirtschaftliche Gesichtspunkt zugrunde, dass ein Schuldner, der sich in der Krise befindet, praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen würde, wenn selbst die von ihm abgeschlossenen **wertäquivalenten Bargeschäfte** der Anfechtung unterlägen. In diesem Fall findet wegen des ausgleichenden Vermögenswertes keine Vermögensverschiebung zu Lasten des Schuldners, sondern eine bloße Vermögensumschichtung statt.

⁶⁵ Dazu Windel, ZIP 2014, 2167.

Eine **Bardeckung** ist gemäß § 142 InsO eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt. Durch die Worte “für die” wird ausgedrückt, dass eine Bardeckung nur vorliegt, wenn Leistung und Gegenleistung durch Parteivereinbarung miteinander verknüpft sind. Nur eine der Parteivereinbarung entsprechende Leistung ist kongruent und geeignet, den Bargeschäftseinwand auszufüllen.

Soweit die **Gehaltszahlungen** des Arbeitgebers der Vergütung der vom Arbeitnehmer in den vorausgehenden **drei Monaten** erbrachten Arbeitsleistungen dienen, unterliegen sie nach der Auffassung des BAG als **Bargeschäft** i.S.v. § 142 InsO nicht der Anfechtung nach § 130 Abs. 1 InsO, weil noch der erforderliche enge zeitliche Zusammenhang mit der Gegenleistung bestand.⁶⁶

Die einen **Benachteiligungsvorsatz** und seine Kenntnis nahelegenden Beweisanzeichen können zurücktreten, wenn der Schuldner eine kongruente Leistung Zug um Zug gegen eine zur Fortführung seines eigenen Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung erbracht hat, die den Gläubigern im Allgemeinen nützt. **Zu den für die Unternehmensfortführung unverzichtbaren Gegenleistungen gehört auch die Tätigkeit der Arbeitnehmer.**

Insolvenzgeld wird gemäß § 165 Abs. 1 Satz 1 SGB III für die letzten drei Monate des Arbeitsverhältnisses vor dem Insolvenzereignis gezahlt. Für das **Bargeschäft** sind dagegen nach der Rechtsprechung des Senats die letzten drei Monate der Arbeitsleistung vor der Entgeltzahlung maßgeblich. Diese unterschiedlichen Bezugspunkte führen dazu, dass eine Zahlung im Insolvenzgeldzeitraum nicht zwingend ein Bargeschäft ist und umgekehrt ein Bargeschäft auch außerhalb des Insolvenzgeldzeitraums vorliegen kann. Die Anwendung des **§ 142 InsO** ist entsprechend seinem Normzweck **im Wege der teleologischen Reduktion auf kongruente Deckungen zu beschränken**. Gerade bei inkongruenten Deckungshandlungen, die den Verdacht begründen, dass der Schuldner ungerechtfertigte Prioritäten setzen wollte, soll § 131 InsO eine erleichterte Anfechtung ermöglichen.⁶⁷

Bei einer Anfechtung von Vergütungszahlungen durch den Insolvenzverwalter besteht lediglich dann ein **Anspruch auf Insolvenzgeld** nach § 165 Abs. 1 InsO, wenn der Arbeitnehmer die anfechtbaren Vergütungszahlungen tatsächlich an den Insolvenzverwalter

⁶⁶ BAG v. 6.10.2011 – 6 AZR 262/10, NZA 2012, 331; BAG v. 6.10.2011 – 6 AZR 731/10, NJW 2011, 1211; BAG v. 6.10.2011 – 6 AZR 732/10, ZInsO 2012, 842; dazu Wroblewski, NJW 2012, 894; Dahl/Schmitz, Verbraucherinsolvenz aktuell 2015, 65.

⁶⁷ BAG v. 13.11.2014 – 6 AZR 868/13, NZA 2015, 1136.

ausgekehrt hat und seine **Vergütungsansprüche** damit gemäß § 144 Abs. 1 InsO **wieder aufleben**.⁶⁸

Soweit kein Bargeschäft vorliegt, kann allerdings nach Ansicht des **Bundesgerichtshofs**⁶⁹ – entgegen der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts – auch ein etwaiges Existenzminimum des Arbeitnehmers **nicht** mittels einer **beschränkenden Auslegung der §§ 129 ff InsO** anfechtungsfrei gestellt werden. Die Arbeitnehmer einseitig begünstigende Auslegung des § 142 InsO durch das BAG ist zudem nach Ansicht des Bundesgerichtshofs mit der Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz (Art.20 Abs. 3 GG) nicht vereinbar.

Eine sich in **“verspäteten Entgeltzahlungen”** ausdrückende **Kreditgewährung** schließt, weil es notwendigerweise an einem engen zeitlichen Zusammenhang des Leistungsaustausches mangelt, ein Bargeschäft aus. Danach fehlt es jedenfalls an einem unmittelbaren Leistungsaustausch, wenn monatlich fällige Lohnzahlungen zwei Monate nach Beendigung der damit korrespondierenden Arbeitstätigkeit erbracht werden.

Da der **Vorleistung des Arbeitnehmers keine Kreditfunktion** zukommt, beurteilt sich die Unmittelbarkeit der Lohnzahlung nach dem Zeitraum zwischen der Fälligkeit des Vergütungsanspruchs und seiner tatsächlichen Erfüllung. Mit dieser Maßgabe kann die Rechtsprechung zum **Baraustausch bei anwaltlichen Beratungsleistungen**⁷⁰ **auf Arbeitnehmer übertragen** werden. Danach ist der für ein Bargeschäft erforderliche **Unmittelbarkeitszusammenhang** noch gegeben, wenn im Falle einer monatlichen Vorleistungspflicht die **Entgeltzahlung innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit** vorgenommen wird.⁷¹ Für die Beurteilung als Bargeschäft ist es unschädlich, wenn der Fälligkeitszeitpunkt entsprechend den tarifvertraglichen Übungen anstelle des ersten Tages nicht länger als bis zum fünfzehnten Tag des Folgemonats hinausgeschoben wird. Ist die Vergütung nach kürzeren Zeitabschnitten zu leisten, **scheidet ein Bargeschäft aus, wenn zum Zeitpunkt der Zahlung bereits der Lohn für den nächsten Zeitabschnitt fällig** war.

⁶⁸ LSG Nordrhein-Westfalen v. 25.2.2016 – 9 AL 70/14, NZI 2016, 497 = ZIP 2016, 1305.; dazu EWiR 2016, 543 (Blank/Blank)

⁶⁹ BGH v. 10.7.2014 – XI ZR 192/13, DB 2014, 1731 = ZIP 2014, 1491; dazu EWiR 2014, 561 (Ries), Seel, NWB 2014, 3105; dazu auch LG Dresden v. 9.5.2014 – 10 O 2237/13, NZI 2014, 654 m. Anm. Geiger, NZI 2014, 644.

⁷⁰ BGH v. 13.4.2006 – IX ZR 158/05, BGHZ 167, 190; BGH v. 6.12.2007 – IX ZR 113/06, WM 2008, 229; BGH v. 18.9.2008 – IX ZR 134/05, NZG 2008, 902; BGH v. 15.12.2011 – IX ZR 118/11, WM 2012, 276; dazu Bork, ZIP 2007, 2337, 2338; Ries, ZInsO 2007, 1037, 1038; Pieper, ZInsO 2009, 1425, 1431; Laws, ZInsO 2009, 1465, 1470.

⁷¹ BGH v. 10.7.2014 – XI ZR 192/13, DB 2014, 1731 = ZIP 2014, 1491; dazu EWiR 2014, 561 (Ries), Seel, NWB 2014, 3105.

Inzwischen hat der Gesetzgeber im Rahmen der **Neuregelung des Insolvenzanfechtungsrechts** die Streitfrage im Sinne der Auffassung des BAG gelöst und § 142 InsO entsprechend konkretisiert:

**„§ 142 InsO
Bargeschäft**

(1) Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Absatz 1 bis 3 gegeben sind und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.

(2) 1Der Austausch von Leistung und Gegenleistung ist unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt. 2Gewährt der Schuldner seinem Arbeitnehmer Arbeitsentgelt, ist ein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt. 3Der Gewährung des Arbeitsentgelts durch den Schuldner steht die Gewährung dieses Arbeitsentgelts durch einen Dritten nach § 267 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gleich, wenn für den Arbeitnehmer nicht erkennbar war, dass ein Dritter die Leistung bewirkt hat.“

Die Hauptleistungspflicht eines Arbeitgebers aus einem Arbeitsvertrag ist bekanntlich die Pflicht zur Entlohnung, § 611 Abs. 1 BGB. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der **Arbeitgeber den Arbeitnehmer einseitig von dessen Hauptpflicht zur Arbeitsleistung freistellt** (§§ 611, Abs. 1, 615 Satz 1 BGB). Die insolvenzrechtliche Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO verfolgt den Sinn und Zweck, eine der Gleichbehandlung sämtlicher Gläubiger (§ 1 InsO) entgegenstehende Vermögensminderungen bei einem Insolvenzschuldner zurückzuführen i.S.v. § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO. Sofern der Tatbestand einer **Insolvenzanfechtung** für die Entrichtung von Arbeitsentgelt vorliegt – selbstredend auch bei einer Freistellung -, muss der Arbeitnehmer damit rechnen, dass er sicher geglaubten Arbeitslohn an den Insolvenzverwalter über das Vermögen seines Arbeitgebers zurückzuzahlen hat. Eine Rückzahlung von Arbeitslohn wurde bisher grundsätzlich im Rahmen der Anfechtung einer sog. entgeltlichen Leistung i.S.v. §§ 130, 131 InsO diskutiert (Anfechtungszeitraum bis zu drei Monate). Der Austausch von Leistungen i.S.e. Entgeltlichkeit entspricht auch dem Wesen eines Arbeitsvertrages Das LAG Köln hatte sich hingegen mit einem besonderen Sachverhalt zu befassen.⁷² Bei diesem erklärte ein Insolvenzverwalter über das Vermögen eines Arbeitgebers gegenüber einem dort (vormals) beschäftigten, freigestellten Arbeitnehmer die Anfechtung und forderte von dem Arbeitnehmer die Rückzahlung von Arbeitsentgelt für einen Zeitraum von nahezu vier Jahren

⁷² LAG Köln v. 8.1.2014 – 5 Sa 764/13, ZIP 2014, 1346.

aufgrund einer insolvenzrechtlich unzulässigen sog. unentgeltlichen Leistung i.S.v. § 134 Abs. 1 InsO – und dies im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses. Das BAG hat diese Auffassung inzwischen bestätigt.⁷³

Für den vorliegenden Sachverhalt sei danach eine Unentgeltlichkeit zu bejahen. Zwar habe die Kammer berücksichtigt, dass der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers aus dem fortbestehenden Arbeitsverhältnis durch die einseitig erklärte Freistellung des Insolvenzschuldners nicht tangiert worden ist. Der aus § 611 Abs. 1 BGB folgende originäre Vergütungsanspruch sei gemäß § 615 Satz 1 BGB aufrechterhalten worden. Der Arbeitgeber werde danach bei Zahlung von einer Verbindlichkeit befreit. Diese arbeitsrechtliche Betrachtung, welche zu einer Entgeltlichkeit der Verfügung führe, sei jedoch vorliegend insolvenzrechtlich als unentgeltliche Verfügung zu betrachten, um die Anfechtungsmöglichkeit des Insolvenzverwalters nicht unangemessen einzuschränken. Unter Berücksichtigung der insolvenzrechtlichen Prämisse des Schutzes der Gläubiger, welche ihre Leistung erbracht haben, sei der vorliegende Gläubiger, welcher seine Leistung habe nicht erbringen müssen und dennoch eine Leistung erhalten habe, weniger schutzwürdig. da bei diesem Sachverhalt nicht mehr von einer entgeltlichen Leistung des Schuldners an die Arbeitnehmerin gesprochen werden könne. Dies ergibt sich nach der Auffassung des LAG daraus, dass der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin über einen Zeitraum von mehreren Jahren freigestellt hat, obwohl er in der Lage gewesen wäre, dass Arbeitsverhältnis ordentlich unter Einhaltung der Kündigungsfrist zu kündigen, ohne die Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz sozial rechtfertigen zu müssen. Dies sei mit Billigung der Arbeitnehmerin erfolgt. Hinzu komme, dass die Freistellung durch den Arbeitgeber nicht gegenüber einem „normalen“ Arbeitnehmer erfolgt ist, sondern gegenüber seiner Ehefrau. Für diese erkennbar habe der Arbeitgeber nur deswegen die jahrelangen Zahlungen getätigt, ohne dass die Arbeitnehmerin Arbeitsleistungen erbracht habe, weil sie miteinander verheiratet waren. Dieser Gesichtspunkt verdeutlicht, so das LAG, dass die Arbeitnehmerin mit dem Arbeitgeber darüber einig war, dass sie keine ausgleichende Gegenleistung erbringen sollte, von dem weiter formal aufrechterhaltenen Arbeitsverhältnis und der fortbestehenden Sozialversicherung profitiert habe, was insgesamt betrachtet zu einer Anfechtbarkeit nach § 134 Abs. 1 InsO führe.

Die Entscheidung des LAG reiht sich in die Diskussion des Ob und des Wie der Anfechtbarkeit von Arbeitsentgeltzahlungen ein. Dabei stehen sich als Wertungsfragen insbesondere der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung nach § 1 InsO auf der einen und der soziale Schutz des Arbeitnehmers auf der anderen Seite gegenüber. Vor allem diese

⁷³ BAG v. 17.12.2015 – 6 AZR 186/14, NJW 2016, 970 = ZIP 2016, 377; dazu EWIR 2016, 153 (Lindemann).

Prämissen berücksichtigend wird zukünftig weiter zu beachten sein, ob und bejahendenfalls wo die Grenzen für eine Anfechtung der Zahlung von Arbeitsentgelt als entgeltliche Leistung i.S.v. §§ 130, 131 InsO und als unentgeltliche Leistung nach § 134 InsO liegen, da die Anfechtung einer unentgeltlichen Verfügung sowohl tatbestandlich erleichtert ist als auch der Anfechtungszeitraum erheblich weiter gefasst ist als bei einer entgeltlichen Verfügung. Auch kann ein Bargeschäftseinwand (§ 142 InsO) bei einer Anfechtung nach § 134 InsO nicht berücksichtigt werden.⁷⁴

Nach § 133 InsO können in den letzten zehn Jahren vor dem Insolvenzantrag erfolgte Entgeltzahlungen angefochten werden, wenn der Arbeitgeber mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, gehandelt hat und der Arbeitnehmer diesen Vorsatz im Zeitpunkt der Zahlung kannte. Nach einem Urteil des BAG vom 29.01.2014⁷⁵ ist eine solche **Vorsatzanfechtung** auch **möglich**, wenn das **Entgelt als Gegenleistung für die in engem zeitlichen Zusammenhang erbrachte gleichwertige Arbeitsleistung** gezahlt wird und damit ein **Bargeschäft** im Sinne des § 142 InsO vorliegt. Erfolge die Entgeltzahlung im Wege des Bargeschäfts, könne sich allerdings **auch bei Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit** der Wille des Arbeitgebers darauf beschränken, eine **gleichwertige Gegenleistung für die zur Fortführung des Unternehmens nötige Arbeitsleistung** zu erbringen, ohne dass ihm eine damit verbundene Gläubigerbenachteiligung bewusst gewesen sein müsse. Denn ob der Arbeitgeber mit **Benachteiligungsvorsatz** gehandelt hat und der Arbeitnehmer davon Kenntnis hatte, könne nur aus Indizien hergeleitet werden, so das BAG. Ein Indiz von besonderer Bedeutung sei zwar die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers. Allerdings seien die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung nicht stets schon dann zu bejahen, wenn der Arbeitgeber zahlungsunfähig war und der Arbeitnehmer dies wusste. Vielmehr müssten auch dieses Indiz **einzelfallbezogen** auf seine Beweiskraft hin geprüft werden. Das BAG hat deshalb **offen gelassen, ob** bei verfassungskonformer Auslegung der §§ 129 ff. InsO das **Existenzminimum von der Anfechtung nicht erfasst** wird.

Die **Inkongruenz** der Lohnzahlungen ergibt sich aus der mit dem **Insolvenzantrag** des Arbeitnehmers verbundenen **Drucksituation** für den Schuldner. Hieraus kann auf einen **Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners i.S.v. § 133 InsO** geschlossen werden. Die durch den Druck eines Insolvenzantrags bewirkten Leistungen sind auch außerhalb der gesetzlichen Krise stets inkongruent, weil sie weder dem Inhalt des Schuldverhältnisses entsprechen noch mit Zwangsmitteln erlangt worden sind, die dem

⁷⁴ BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, ZIP 2014, 1491 entgegen BAG v. 29.1.2014 – 6 AZR 345/12, NZA 2014, 372 = NJW 2014, 1759 und BAG 6.10.2011 – 6 AZR 262/10, NZA 2012, 331.

⁷⁵ BAG v. 29.1.2014 – 6 AZR 345/12, NZA 2014, 372 = NJW 2014, 1759.

einzelnen Gläubiger zur Durchsetzung seiner Ansprüche vom Gesetz zur Verfügung gestellt werden. Dem Schuldner, der einen Gläubiger nach gestelltem Insolvenzantrag befriedigt, kommt es nicht in erster Linie auf die Erfüllung seiner gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten an, sondern er will diesen Gläubiger zur Rücknahme des Insolvenzantrags bewegen. Entsprechendes gilt, wenn ein Insolvenzantrag nicht gestellt, sondern nur angedroht ist⁹. Erfüllt ein Schuldner die Forderungen eines einzelnen Gläubigers vorwiegend, um einen angedrohten Insolvenzantrag zu verhindern oder ein beantragtes Insolvenzverfahren abzuwenden, kommt es ihm auf die Bevorzugung dieses einzelnen Gläubigers an. Damit nimmt er im Allgemeinen zugleich die Benachteiligung der übrigen Gläubiger in Kauf. Die Inkongruenz trifft Gläubiger, die auf solche Weise Befriedigung erlangen, unabhängig davon, ob sie wiederholt und gezielt so vorgehen oder zum ersten Mal einen Insolvenzantrag gestellt haben. Wurde zur Abwendung eines Insolvenzantrags eine Ratenzahlungsvereinbarung geschlossen, sind die darauf erhaltenen Zahlungen als inkongruent zu werten. Insoweit gilt nichts anderes als bei sonstigen Leistungen von Teilzahlungen.⁷⁶

Unerheblich ist, ob der Schuldner zum Zeitpunkt der Zahlungen an den Arbeitnehmer bereits **zahlungsunfähig** war (§ 17 Abs. 2 InsO) oder **drohte zahlungsunfähig zu werden** (§ 18 Abs. 2 InsO). § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO setzt die (drohende) Zahlungsunfähigkeit nicht voraus. Kennt der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit, kann daraus aber als Beweisanzeichen auf einen Benachteiligungsvorsatz geschlossen werden. Der Schuldner weiß dann in aller Regel, dass sein Vermögen nicht ausreicht, um sämtliche Gläubiger zu befriedigen. Auch in diesen Fällen handelt der Schuldner allerdings nicht mit Benachteiligungsvorsatz, wenn er aufgrund konkreter Umstände mit einer baldigen Überwindung bzw. Abwendung der Krise rechnen kann.⁷⁷

Wird ein **Arbeitsvertrag nur zum Schein abgeschlossen**, sind die gem. § 117 Abs. 2 BGB wirksamen Verfügungen als **unentgeltliche Leistungen i.S.v. § 134 InsO** anfechtbar. Wer sich auf die Nichtigkeit eines Arbeitsvertrags nach § 117 Abs. 1 BGB beruft, trägt für den Scheincharakter des Geschäfts die **Beweislast**.⁷⁸ Dem entspricht, dass der die Lohnzahlungen anfechtende Insolvenzverwalter die **primäre Darlegungslast** für das Vorliegen einer unentgeltlichen Leistung trifft. Auch wenn einen Anfechtungsgegner grundsätzlich eine sekundäre Darlegungslast treffen kann, so muss doch der Insolvenzverwalter zuvor seine Informationsmöglichkeiten vollständig ausgeschöpft haben. Eine sekundäre Darlegungslast des Anfechtungsgegners wird nicht durch seine

⁷⁶ BAG v. 27.3.2014 – 6 AZR 989/12, NZA 2015, 255.

⁷⁷ BAG v. 27.3.2014 – 6 AZR 989/12, NZA 2015, 255.

⁷⁸ LAG Schleswig-Holstein v. 16.1.2019 – 3 Sa 309/18, NZI 2019, 601; dazu Bissels/Fuchs, NZI 2019, 660, 662.

Auskunftspflicht als ehemaliger Angestellter nach § 101 Abs. 2 i.V. m. § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO ausgelöst.⁷⁹

Den anfechtenden Insolvenzverwalter trifft die primäre **Darlegungs und Beweislast** für das **Vorliegen eines unentgeltlichen Geschäfts**. Er ist dafür darlegungs und beweispflichtig, dass es sich bei einem schriftlich abgeschlossenen Arbeitsvertrag um ein **Scheingeschäft** im Sinn des § 117 Abs. 1 BGB gehandelt hat. Gleichfalls ist der anfechtende Insolvenzverwalter darlegungs und beweispflichtig für den Einwand, der Arbeitsvertrag sei nicht abredgemäß durchgeführt worden, die beklagte Partei habe das Entgelt nur wegen der Hingabe eines Darlehens bzw. als Schenkung erhalten und sei nicht tätig geworden. Der Grundsatz der vollen Darlegungslast des anfechtenden Insolvenzverwalters bedarf insbesondere dann einer **Einschränkung**, wenn er außerhalb des maßgeblichen Geschehensablaufs steht und den Sachverhalt nicht ermitteln kann, während der beklagten Partei die erforderliche tatsächliche Aufklärung ohne weiteres möglich und auch zuzumuten ist. Das setzt aber voraus, dass der anfechtende Insolvenzverwalter alle ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft hat, um seiner primären Darlegungslast zu genügen.⁸⁰

Ansprüche des Schuldners auf eine **höchstpersönliche Dienstleistung** unterliegen nicht dem Insolvenzbeschluss, denn sie sind nicht übertragbar und deshalb auch nicht pfändbar. Gewährt der Dienstberechtigte einem Dienstverpflichteten (hier: Berater) einen **Vorschuss auf künftige Vergütungsansprüche**, kann er auf vertraglicher Grundlage oder in zumindest entsprechender Anwendung von § 667 BGB die Rückzahlung des Vorschusses verlangen, soweit sich der Dienstverpflichtete (hier: Berater) die Vergütung nicht durch entsprechende Leistungen verdient hat. Ein solcher Anspruch scheidet aus, soweit der Dienstverpflichtete (hier: Berater) Leistungen erbracht hat, die einen fälligen Vergütungsanspruch in entsprechender Höhe begründeten, und die **Anrechnung des Vorschusses** auf diesen Vergütungsanspruch **trotz** der während der Zeit der Leistungserbringung bestehenden **Verfügungsbeschränkung des Schuldners** (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 InsO) wirksam war.⁸¹

§ 114 Abs. 1 InsO privilegierte bis zu seiner Steichung zum 30.06.2014 **für die Dauer von 2 Jahren** den Ertrag der Arbeitskraft des Gemeinschuldners. Zweck des § 114 Abs. 1 InsO war es, dem von ihm erfassten Personenkreis durch die Behandlung der **Vorausabtretung** als **insolvenzfest** zu ermöglichen, künftige Bezüge als Sicherheit für einen Kredit zu

⁷⁹ BAG v. 18.9.2014 – 6 AZR 145/13, ZIP 2014, 2519.

⁸⁰ LAG Rheinland-Pfalz v. 18.11.2015 – 7 Sa 312/14, AE 2015, 176.

⁸¹ BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 69/12, DStR 2013, 1258.

verwenden.⁸² Der Ertrag der Arbeitskraft des Schuldners sollte deshalb in einem Zeitraum von 2 Jahren nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur dem **Abtretungsgläubiger** zugutekommen. Diese Ausnahme findet ihre Rechtfertigung darin, dass die Arbeitskraft des Schuldners als solche nicht zur Insolvenzmasse gehört (§ 36 Abs. 1 InsO). Wenn aber nun der Ertrag der nicht zur Insolvenzmasse gehörenden Arbeitskraft nur dem Abtretungsgläubiger zugutekommen soll, kann es keinen Unterschied machen, ob der Ertrag aus einem **vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Dienstverhältnis** stammt. Träfe die gegenteilige Ansicht⁸³ zu, würde dies auch zum Beispiel für Änderungskündigungen gelten. Die Änderungskündigung des Arbeitgebers (eine "echte" Kündigung) beendet das Arbeitsverhältnis und führt, wenn der Arbeitnehmer das Angebot annimmt, zur Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses mit demselben Arbeitgeber. Dem Gesetzeszweck des § 114 InsO würde es aber zuwiderlaufen, wenn die Privilegierung der Vorausabtretung von Lohn- und Gehaltsforderungen durch einfachen Arbeitsplatzwechsel (oder auch nur nach einer Änderungskündigung) des Gemeinschuldners entfiel. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass der Gesetzgeber den Interessenausgleich zwischen den auf diese Weise gesicherten Gläubigern und den anderen Insolvenzgläubigern durch Normierung der Zwei-Jahres-Frist vorgenommen hat.⁸⁴

Auch **verschleiertes Arbeitseinkommen i.S.v. § 850h Abs. 2 ZPO** gehört in Höhe des pfändbaren Teils der angemessenen Vergütung zur Insolvenzmasse. Der **pfändbare Teil** des verschleierte Arbeitseinkommens **unterfällt gemäß § 36 Abs. 1 Satz 2 InsO dem Massebeschlagn**. Insoweit wird die Masse zugunsten der Gesamtheit der Gläubiger um den pfändbaren Teil des verschleierte Arbeitseinkommens erweitert. Wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet, **verliert die Pfändung des pfändbaren Teils** des verschleierte Arbeitseinkommens **ihre Wirkung nach Ablauf des in § 114 Abs. 3 InsO genannten Zeitraums**. Den pfändbaren Teil der angemessenen Vergütung kann danach nur noch der Treuhänder beanspruchen. Deshalb wird die zukünftige Wirkung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses gemäß § 114 Abs. 3 InsO für die Zwecke und die Dauer des Insolvenzverfahrens durchbrochen. Insoweit wird der Prioritätsgrundsatz des § 804 Abs. 3 ZPO durch das **Prinzip der Gläubigergleichbehandlung** ersetzt. Der in einem Rechtsstreit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits erreichte Prozesserfolg kann jedoch dadurch gesichert werden, dass der Treuhänder das verschleierte Arbeitseinkommen eines Schuldners aus dem Massebeschlagn zugunsten eines Gläubigers freigibt und dieser sich verpflichtet, das beigetriebene verschleierte Arbeitseinkommen an die Insolvenzmasse abzuführen

⁸² MüKo-InsO/Löwisch/Caspers, 2. Aufl., § 114 Rn. 2.

⁸³ LG Mosbach v. 10.12.2008 - 5 S 46/08, ZInsO 2009, 198.

⁸⁴ Vgl. dazu LG Trier v. 20.8.2010 - 2 O 11/10, ZInsO 2010, 1943.

(**modifizierte Freigabe**). Eine solche Freigabeerklärung wirkt allerdings nur für die Zukunft.⁸⁵ Mit Wirksamwerden der Freigabe kann der Gläubiger mit dem durch die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses erreichten Rang bis zum Ablauf der Nachhaftungsgrenze die Zwangsvollstreckung wieder betreiben.

Die Vorschrift des § 114 InsO ist mit der Reform der Verbraucherinsolvenz **zum 01.07.2014 gestrichen** worden.

Entrichtet eine GmbH nach drohender Zahlungsunfähigkeit die **Prämien für eine Direktversicherung ihres Geschäftsführers** weiter, auf welche dieser nach seinem Anstellungsvertrag Anspruch hat, so benachteiligt dies im Regelfall trotz der als Gegenleistung erhaltenen Dienste die Gläubiger der Gesellschaft und kann bei entsprechendem Vorsatz gegenüber dem Geschäftsführer angefochten werden.⁸⁶

b) Ausschlussfristen

Auf den insolvenzrechtlichen Rückgewähranspruch nach § 143 Abs. 1 InsO wegen geleisteter Vergütung finden nach früherer instanzgerichtlicher Rechtsprechung allerdings die **tarifvertragliche Ausschlussfrist** Anwendung.⁸⁷

Das LAG Nürnberg vertritt eine differenzierende Auffassung:

Nicht die Anfechtung gem. §§ 129 ff. InsO als solche, aber der **insolvenzrechtliche Rückgewähranspruch gem. § 143 InsO** kann der tariflichen Ausschlussfrist unterliegen.⁸⁸ Das Tatbestandsmerkmal „in der Art“ des § 131 Abs. 1 InsO betrifft die materiellrechtliche Berechtigung für das Erlangte, so dass zu prüfen ist, ob der Gläubiger eine nicht geschuldete Leistung erhalten hat. Allein eine **Befriedigung durch Zwangsvollstreckung** begründet entgegen der Rechtsprechung von BGH⁸⁹ und BAG⁹⁰ keine Anfechtbarkeit nach § 131 InsO.

Das BAG hat inzwischen jedoch abweichend entschieden:⁹¹ Der **Rückforderungsanspruch unterfällt keinen tariflichen Ausschlussfristen**. Der **insolvenzrechtliche**

⁸⁵ BAG v. 16.5.2013 - 6 AZR 556/11, NZI 2013, 705 = ZIP 2013, 1433.

⁸⁶ BGH v. 12.1.2012 – IX ZR 95/11, ZIP 2012, 285 = DB 2012, 340; dazu EWIR 2012, 249 (Kirstein).

⁸⁷ LAG Hannover v. 22.3.2012 – 7 Sa 1052/11, ZIP 2012, 1977; dazu EWIR 2012, 635 (Stiller); a.A. LAG Berlin-Brandenburg v. 12.9.2012 – 4 Sa 1166/12, ZIP 2012, 2261; dazu Froehner, NZI 2012, 833; ablehnend auch Humberg, NZI 2013, 733.

⁸⁸ LAG Nürnberg v. 30.4.2012 – 7 Sa 557/11, ZIP 2012, 2263; gegen BAG v. 19.11.2003 – 10 AZR 110/03, ZIP 2004, 229.

⁸⁹ BGH v. 9.9.1997 - IX ZR 14/97, BGHZ 136, 309 = NJW 1997, 3445; BGH v. 20.1.2011 - IX ZR 8/10, DB 2011, 468 = MDR 2011, 512.

⁹⁰ BAG v. 19.11.2003 – 10 AZR 110/03, ZIP 2004, 229.

⁹¹ BAG v. 24.10.2013 – 6 AZR 466/12, ZIP 2014, 91; dazu NJW-Spezial 2014, 86; BAG v. 27.2.2014 – 6 AZR 367/13, NZA 2014, 681; dazu NJW-Spezial 2014, 372; BAG v. 8.5.2014 – 6 AZR 465/12, DB 2014, 1743 m. Anm. Arens/Pelke.

Rückgewähranspruch aus § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO ist als gesetzliches Schuldverhältnis der Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien entzogen. Die insolvenzrechtlichen Anfechtungsregelungen sind zwingendes Recht, in welches die Tarifvertragsparteien nicht eingreifen dürfen. § 146 InsO, der für die Insolvenzanfechtung auf die Regelungen über die regelmäßige Verjährung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch verweist, normiert die zeitliche Begrenzung des Anfechtungsrechts abschließend.⁹²

Die Arbeitsvertragsparteien können daher auch **arbeitsvertraglich** nicht wirksam eine **Ausschlussfrist** für den insolvenzrechtlichen Rückforderungsanspruch vereinbaren. Dieser steht außerhalb ihrer Regelungsmacht.⁹³

c) **Anfechtungstatbestände bei Sozialversicherungsbeiträgen**

Auch eine Anfechtbarkeit hinsichtlich der **Arbeitnehmeranteile gegenüber den Sozialkassen** im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Arbeitgebers war bisher – bis zum 31.12.2007 – unter den Voraussetzungen der §§ 129 ff InsO gegeben.⁹⁴ Durch Art. 1 Nr. 17 des "Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches des Sozialgesetzbuchs und anderer Gesetze"⁹⁵ vom 19.12.2007 hat die neu geschaffene **Vorschrift des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV** diese Anfechtbarkeit ausschließen sollen. Der Rechtsänderungswille ergibt sich bereits aus dem gewählten gesetzestechnischen Mittel einer Fiktion: *"Die Zahlung des vom Beschäftigten zu tragenden Teils des Gesamtsozialversicherungsbeitrags gilt als aus dem Vermögen des Beschäftigten erbracht."* Da ohne diese Anordnung die Rechtsfolge eine andere wäre, hat der Gesetzgeber das Recht ändern wollen. Nach Art. 21 Abs. 1 des Gesetzes ist die Neufassung mit Wirkung zum 1. Januar 2008 in Kraft getreten. Sie entfaltet nach Auffassung des BGH **keine Rückwirkung**.⁹⁶

In seiner jüngsten Rechtsprechung nimmt der BGH jedoch an, dass diese neue Vorschrift die **Insolvenzanfechtung** der Einziehung (zwangsweisen Beitreibung) von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung nach § 131 InsO **nicht ausschließt**.⁹⁷ Die

⁹² Zur Verjährung von Sozialversicherungsbeiträgen nach Insolvenzanfechtung siehe SG Braunschweig v. 27.8.2013 – S 9 AL 155/11, NZI 2014, 41.

⁹³ LAG Rheinland-Pfalz v. 18.11.2015 – 7 Sa 312/14, AE 2015, 176.

⁹⁴ BGH v. 8.12.2005 - IX ZR 182/01, ZIP 2006, 290, 291.

⁹⁵ BGBl. I 2007, S. 3024.

⁹⁶ BGH v. 27.3.2008 - IX ZR 210/07, NZI 2008, 293 = ZInsO 2008, 450; so auch LG Hamburg v. 22.1.2008 - 303 O 359/07, ZInsO 2008, 277, 278; Dahl, NZI 2008, 160; Büchler, EWIR 2008, 113; v. d. Heydt, ZInsO 2008, 178, 183; Bräuer, ZInsO 2008, 169, 173; a. A. Blank, ZInsO 2008, 1, 5.

⁹⁷ BGH v. 5.11.2009 – IX R 233/08, DStR 2009, 2693 = NZI 2009, 886 = ZInsO 2009, 2293, dazu EWIR 2010, 67 (Henkel), Bestätigung zu LG Schwerin v. 28.11.2008 – 6 S 100/08, ZIP 2009, 43; dazu EWIR 2009, 521 (Freudenberg); BGH v. 7.4.2011 – IX ZR 118/10, NZI 2011, 456 = ZIP 2011, 966; Bräuer, ZInsO 2009, 2286; a.A. Bruhn, NZI 2009, 628; LG Köln v. 9.12.2009 – 13 S 230/09, ZIP 2010, 41; dazu EWIR 2010, 93 (Looff), n. rk.; Az. d. BGH: IX ZR 237/09.

anderslautende Ansicht des LG Köln hat der BGH inzwischen erneut zurückgewiesen:⁹⁸ Zahlungen der Arbeitnehmer auf Gesamtsozialversicherungsbeiträge können ungeachtet der Regelung des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV als Rechtshandlung des Arbeitgebers im Insolvenzverfahren über dessen Vermögen als **mittelbare Zuwendung an die Einzugsstelle** angefochten werden. § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV steht der Annahme einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO nicht entgegen.

Zur Anfechtbarkeit von sog. **Druckzahlungen** aufgrund Insolvenzantragstellung durch einen Sozialversicherungsträger hat der BGH⁹⁹ entschieden:

Erlangt ein Gläubiger mehrere Monate nach einem von ihm gegen den Schuldner gestellten Insolvenzantrag durch diesen Befriedigung seiner Forderung und nimmt er anschließend den Antrag zurück, kann die **Vorsatzanfechtung** unter dem Gesichtspunkt einer inkongruenten Deckung durchgreifen. Von einer Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit kann nicht ausgegangen werden, wenn sich der Schuldner durch die Befriedigung seiner gegenwärtigen Gläubiger der Mittel entäußert, die er zur Begleichung seiner künftigen, alsbald fällig werdenden Verbindlichkeiten benötigt.

Zur **(fehlenden) Kenntnis des beklagten Sozialversicherungsträgers vom Vorsatz des Schuldners**, die Gläubiger zu benachteiligen, und insoweit im Rahmen der Gesamtschau im Einzelfall zu beurteilenden Beweisanzeichen, hat das OLG Hamm entschieden:¹⁰⁰

In Fällen einer verspäteten Zahlung wird angenommen, dass erst eine mindestens halbjährige Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen eine Zahlungseinstellung umfassend glaubhaft macht. Eine solche Gestaltung ist vorliegend nicht gegeben. Der Kläger trägt bereits für den hier maßgeblichen Zeitraum nicht vor, dass derartige hohe Rückstände aufgelaufen sind und dass Zahlungen bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens überhaupt nicht geleistet worden sind. Vielmehr betrafen die Rückstände fällige **Beiträge für ein bis drei Monate und Zeiträume zwischen knapp einem und knapp drei Monaten**. Zwar kann auch die mehrmonatige Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen auf eine Zahlungseinstellung hindeuten, dann müssen aber weitere Beweisanzeichen hinzukommen. Daran fehlt es hier. Entgegen der Ansicht des Klägers lässt sich für seine Auffassung nichts aus dem Beschluss des BGH vom 13.06.2006¹⁰¹ herleiten; dort bestanden gerade rückständige Sozialversicherungsbeiträge für einen Zeitraum von 6 Monaten. Hier hat die Schuldnerin demgegenüber innerhalb von Zeiträumen zwischen knapp einem Monat und knapp drei Monaten die alten Rückstände vollständig nebst Mahngebühren und Säumniszuschlägen bezahlt.

⁹⁸ BGH v. 30.9.2010 - IX ZR 237/09, ZIP 2010, 2209.

⁹⁹ BGH v. 25.10.2012 – IX ZR 117/11, NZI 2012, 963.

¹⁰⁰ OLG Hamm v. 19.8.2014 – I-27 U 25/14, NZI 2014, 1015.

¹⁰¹ BGH v. 13.6.2006 - IX ZB 214/05, NZI 2006, 591.

Der Insolvenzverwalter kann sich nicht auf die **Vermutung des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO** für eine Kenntnis eines **Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes** des Schuldners stützen, wenn sich die Kenntnis des Anfechtungsgegners (hier: Sozialversicherungsträger) von der Liquiditätslage des Schuldners darauf beschränkt, dass dieser Sozialversicherungsbeiträge über einen längeren Zeitraum regelmäßig mit einer Verspätung von drei bis sieben Wochen zahlt. Hieraus folgt ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht zweifelsfrei die (drohende) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners.¹⁰²

Das Insolvenzanfechtungsrecht nach §§ 129 ff. InsO ist auch auf **Rechtshandlungen im vorläufigen Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahren** anwendbar.¹⁰³ Auch ein Antrag auf Einleitung des Schutzschirmverfahrens stellt einen die Deckungsanfechtung grundsätzlich ermöglichenden Eröffnungsantrag dar. Auch **im Schutzschirmverfahren vor Insolvenzeröffnung gezahlte Gesamtsozialversicherungsbeiträge** unterliegen daher dem Anfechtungsrecht. Führt der Sachwalter nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens aufgrund einer im Insolvenzplan enthaltenen Ermächtigung einen anhängigen Anfechtungsrechtsstreit fort, so bleiben die anfechtungsrechtlichen Beschränkungen bestehen. Jedenfalls die Dolo-agit-Einrede ist in diesem Fall ausgeschlossen.

Die Übertragung des Rechts zur Ausübung der Arbeitgeberbefugnisse an den vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt durch das Insolvenzgericht stellt nach der Auffassung des OLG Saarbrücken¹⁰⁴ **keine hinreichend bestimmte Ermächtigung zur Begründung von Masseschulden in analoger Anwendung des § 55 Abs. 2 InsO** dar. Im Rahmen der **Vorfinanzierung von Insolvenzgeld** vom vorläufigen Insolvenzverwalter an eine Rentenversicherungsanstalt gezahlte **Sozialversicherungsbeiträge** unterliegen auch dann der **Insolvenzanfechtung** nach § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO, wenn diese (bzw. die Rückforderung) bei der Zahlung nicht ausdrücklich vorbehalten wurde.

Die **Bundesagentur für Arbeit** ist nur **Anfechtungsgegnerin**, soweit der Anspruch gemäß § 169 Satz 1 SGB III auf sie übergegangen ist. Insolvenzgeld wird gemäß § 165 Abs. 1 Satz 1 SGB III jedoch nur gewährt, soweit "noch" Anspruch auf Arbeitsentgelt besteht. Erfüllt der spätere Schuldner den Entgeltanspruch, besteht (zunächst) kein Anspruch auf Insolvenzgeld. Wird die Erfüllung später vom Insolvenzverwalter angefochten, ist Anfechtungsgegner der Arbeitnehmer. Hat die Anfechtung Erfolg, lebt die Entgeltforderung wieder auf; sind die Ausschluss- bzw. Nachfrist des § 324 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 SGB III

¹⁰² OLG Düsseldorf v. 5.2.2015 – I-12 U 22/14, NZI 2015, 419.

¹⁰³ OLG Dresden v. 18. 6. 2014 – 13 U 106/14, ZIP 2014, 1294; dazu EWiR 2014, 525 (Rendels); LG Köln v. 4.7.2014 – 16 O 575/13, NZI 2014, 816.

¹⁰⁴ OLG Saarbrücken v. 22.5.2014 – 4 U 99/13, NZI 2014, 804; dazu Seagon, NZI 2014, 796.

gewahrt und ist der Insolvenzgeldzeitraum noch nicht ausgeschöpft, entsteht dafür dann der Insolvenzgeldanspruch.¹⁰⁵

d) Rechtswegfragen

Nach der ständigen Rechtsprechung des **BGH** – und offenbar auch des **BFH**¹⁰⁶ - gehört der **Anfechtungsrechtsstreit** als **bürgerlich-rechtliche Streitigkeit gemäß § 13 GVG** vor die ordentlichen Gerichte.¹⁰⁷ Für die Bestimmung des Rechtswegs ist die Natur des Rechtsverhältnisses entscheidend, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird.¹⁰⁸ Ob der Insolvenzverwalter bestimmte Rechtshandlungen anfechten und daraus einen Rückgewähranspruch herleiten kann, ist nach der Auffassung des BGH nach den Rechtssätzen der Insolvenzordnung zu entscheiden. Der Anfechtungsanspruch ist generell ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch, der die materiellen Ordnungsvorstellungen des Insolvenzrechts gegenüber sämtlichen Gläubigern nach Maßgabe der §§ 129 ff InsO durchsetzt. Grundsätzlich verdrängt er nach der Auffassung des BGH insoweit die allgemeinen Regelungen etwa im Schuldrecht, im Handels- und Arbeitsrecht sowie im Sozialversicherungs-, Steuer- und Abgabenrecht. Es handele sich nach der Rechtsnatur der zu beurteilenden Verhältnisse um einen Rechtsstreit im Sinne von § 13 GVG. Die für die Zuordnung des Rechtswegs zu den ordentlichen Gerichten im Verhältnis zur Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit maßgeblichen Erwägungen¹⁰⁹ gelten in gleicher Weise im Verhältnis zu den Arbeitsgerichten.

Soweit der Insolvenzverwalter **insolvenzrechtliche Anfechtungsansprüche** geltend macht – auch gegen Arbeitnehmer – ist nach der Auffassung des BGH¹¹⁰ daher der **Rechtsweg zu den Zivilgerichten**, nicht zu den Arbeitsgerichten eröffnet, und zwar auch dann, wenn ein Dritter die Vergütungszahlungen entrichtet hat.¹¹¹ In verfahrensrechtlicher Hinsicht sieht sich der BGH an den von den Vorinstanzen angenommenen Rechtsweg zu den ordentlichen

¹⁰⁵ BAG v. 13.11.2014 – 6 AZR 872/13, NZA 2015, 940.

¹⁰⁶ BFH v. 27.9.2012 – VII B 190/11, NZI 2013, 104; dazu EWiR 2013, 249 (Uhländer); BFH v. 5.9.2012 – VII B 95/12, ZIP 2012, 2073 m. Anm. Kahlert; dazu EWiR 2012, 701 (Schmittmann).

¹⁰⁷ BGH v. 9.1.2003 - IX ZR 175/02, BGHZ 114, 315, 320 f; BGH v. 2.6.2005 - IX ZB 235/04, WM 2005, 1573, 1574; BGH v. 27.7.2006 - IX ZB 141/05, ZIP 2006, 1603.

¹⁰⁸ GmS-OBG v. 29.10.1987 - GmS-OBG 1/86, BGHZ 102, 280, 283.

¹⁰⁹ BGH v. 9.1.2003 - IX ZR 175/02, BGHZ 114, 315, 320 f; BGH v. 21.9.2006 - IX ZR 89/05, WM 2006, 2382, 2383; BGH v. 2.6.2005 - IX ZB 235/04, WM 2005, 1573; dazu auch Froehner, NZA 2016, 1.

¹¹⁰ BGH v. 2.4.2009 – IX ZB 182/08, ZIP 2009, 825; dazu EWiR 2009, 415 (Jacoby); so auch schon AG Gera v. 9.7.2007 - 4 C 654/07, ZInsO 2007, 1000; OLG Frankfurt v. 20.7.2012 – 5 W 18/12, ZIP 2012, 1880; a.A. OLG Frankfurt v. 6.8.2012 – 19 W 33/12, ZIP 2012, 1879; dazu Ries, ZInsO 2007, 1037; Bork, ZIP 2007, 2337; zustimmend Kirchhof, ZInsO 2008, 1293 unter Hinweis auf Art. 3 Abs. 1 EulnsVO; Kreft, ZIP 2013, 241.

¹¹¹ BGH v. 19.7.2012 – IX ZB 27/12, MDR 2012, 1123 = ZIP 2012, 1681.

Gerichten gemäß § 17a Abs. 5 GVG gebunden.¹¹² Einer weiteren Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes bedarf es deshalb nicht.¹¹³

Dementsprechend sollen nach der Auffassung des BGH Anfechtungsklagen wegen der Entrichtung von **Sozialversicherungsbeiträgen** auch vor den ordentlichen Zivilgerichten geltend zu machen sein.¹¹⁴

Auch der Anspruch auf Rückgewähr **in anfechtbarer Weise geleisteter Steuern** nach § 143 Abs. 1 InsO ist nach der Auffassung des **BFH kein Anspruch aus dem Steuerschuldverhältnis** i. S. des § 37 Abs. 1 AO, sondern ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch. Es ist daher ernstlich zweifelhaft, ob das auf einen solchen Anspruch Geleistete mithilfe eines hoheitlich ergehenden Bescheides zurückgefordert werden kann.¹¹⁵

Diese Auffassung teilt auch das BAG:¹¹⁶

Verlangt der Insolvenzverwalter vom Finanzamt nach § 143 Abs. 1 InsO die Rückgewähr vom Schuldner entrichteter **Lohn- und Annexsteuern**, ist der **Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten** zulässig.

Nach der Auffassung des BGH kommt es entscheidend darauf an, ob der Insolvenzgläubiger die **tatsächlichen Umstände kennt, aus denen bei zutreffender rechtlicher Bewertung die Zahlungsunfähigkeit zweifelsfrei folgt**. Dann kann sich der Insolvenzgläubiger nicht mit Erfolg darauf berufen, dass er den an sich zwingenden Schluss von den Tatsachen auf den Rechtsbegriff der Zahlungsunfähigkeit selbst nicht gezogen hat.¹¹⁷ Weiß ein Arbeitnehmer, dem der Arbeitgeber in der Krise noch Zahlungen auf rückständige Lohnforderungen erbringt, dass der Arbeitgeber außerdem noch anderen Arbeitnehmern Lohn schuldig ist, rechtfertigt allein diese Kenntnis nicht den Schluss auf die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung des Arbeitgebers.¹¹⁸

Entrichtet ein **Dritter anstelle des Arbeitgebers** die dem Arbeitnehmer geschuldete Arbeitsvergütung, ist nach der Auffassung des BGH für eine Insolvenzanfechtung dieser Zahlung ebenfalls der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben, und zwar

¹¹² BGH v. 19.2.2009 - IX ZR 62/08, ZIP 2009, 526, 527 = BGHZ 180, 63 m.w.N. und BGH v. 15.10.2009 - IX ZR 201/08, ZIP 2009, 2306 dazu EWiR 2009, 779 (Stiller).

¹¹³ BGH v. 2.4.2009 - IX ZB 182/08, ZIP 2009, 825; BGH v. 15.10.2009 - IX ZR 201/08, ZIP 2009, 2306 dazu EWiR 2009, 779 (Stiller).

¹¹⁴ BGH v. 6.12.2012 - IX ZB 84/12, ZIP 2012, 2524; dazu EWiR 2013, 69 (Hess).

¹¹⁵ BFH v. 27.9.2012 - VII B 190/11, NZI 2013, 104; dazu EWiR 2013, 249 (Uhländer); BFH v. 5.9.2012 - VII B 95/12, ZIP 2012, 2073 m. Anm. Kahlert; dazu EWiR 2012, 701 (Schmittmann).

¹¹⁶ BAG v. 17.9.2014 - 10 AZB 4/14, NZI 2014, 1013 = ZIP 2014, 2309.

¹¹⁷ BGH v. 19.2.2009 - IX ZR 62/08, ZIP 2009, 526, 527.

¹¹⁸ BGH v. 15.10.2009 - IX ZR 201/08, ZIP 2009, 2306 dazu EWiR 2009, 779 (Stiller).

ausschließlich.¹¹⁹ Ggf. kann auch eine solche Zahlung als **inkongruent** angesehen werden.¹²⁰

Dem sind das **BAG**¹²¹ und der **Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe** des Bundes¹²² nicht gefolgt: Fordert der Insolvenzverwalter vom Arbeitnehmer Rückzahlung der vom Schuldner vor Insolvenzeröffnung geleisteten Vergütung wegen Anfechtbarkeit der Erfüllungshandlung (§§ 129 ff. InsO), ist der **Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen** eröffnet.

Auch für eine Klage des Insolvenzverwalters auf Rückgewähr von als Arbeitsvergütung bezeichneten Leistungen nach § 134 Abs. 1, § 143 Abs. 1 InsO ist nach der Auffassung des BAG nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a ArbGG der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen zulässig, auch wenn zwischen den Parteien **streitig** ist, **ob** der **Arbeitsvertrag wirksam geschlossen** und beiderseitig erfüllt worden ist bzw. ob ein Scheinarbeitsvertrag vorliegt.¹²³

Eine ausnahmsweise **Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit** bei **unentgeltlichen Leistungen i.S.v. §§ 134 Abs. 1, 143 InsO** nehmen das LAG Hessen¹²⁴ und das LAG Rheinland-Pfalz¹²⁵ an.

Für insolvenzrechtliche Anfechtungsklagen gegen Sozialversicherungsträger ist nach der Auffassung des **BGH** der **Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten** gegeben.¹²⁶ Dem folgt das **OLG Frankfurt** unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes nicht:¹²⁷ Bei auf § 143 Abs. 1 InsO gestützten Klagen des Insolvenzverwalters ist hinsichtlich der Frage des Rechtsweges allgemein auf das dem Rückgewähranspruch **zugrunde liegende Rechtsverhältnis** abzustellen. Daher muss der Insolvenzverwalter für die Rückforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen im

¹¹⁹ BGH v. 19.7.2012 – IX ZB 27/12, MDR 2012, 1123 = ZIP 2012, 1681.

¹²⁰ LAG Hannover v. 27.5.2013 – 10 Sa 1042/12, ZIP 2013, 1875.

¹²¹ BAG v. 4.3.2008 - 5 AZB 43/07, ZInsO 2008, 391 = ZIP 2008, 667; dazu EWIR 2008, 259 (Weitzmann); BAG v. 27.2.2008 – 5 AZB 43/07, ZIP 2008, 1499, dazu EWIR 2008, 641 (Stiller); BAG v. 31.3.2009 – 5 AZB 98/08, ZIP 2009, 831; dazu EWIR 2009, 495 (Grimm); GmS-OGB v. 27.9.2010 – 1/09, NZA 2011, 534 = NJW 2011, 1211; Humberg, ZInsO 2008, 487; so auch ArbG Marburg v. 26.9.2008 – 2 Ca 204/08; LAG Nürnberg v. 8.12.2008 – 2 Ta 187/08, NZI 2009, 132.

¹²² GemSOGB v. 27.9.2010 - GmS-OGB 1/09, NZA 2011, 534 = NJW 2011, 1211; der vormalige Vorsitzende Richter am BGH Krefz hält diese Auffassung für einen Verfassungsverstoß (Verletzung des Gebots der Gewährung des gesetzlichen Richters): ZIP 2013, 241.

¹²³ BAG v. 25.11.2014 – 10 AZB 52/14, NJW 2015, 976 = NZA 2015, 252 = ZIP 2015, 341; dazu EWIR 2015, 295 (Grimm).

¹²⁴ LAG Hessen v. 26.2.2014 – 16 Ta 497/13, ZIP 2014, 1147.

¹²⁵ LAG Rheinland-Pfalz v. 26.6.2014 – 4 Ta 121/14, NZI 2014, 865.

¹²⁶ BGH v. 24.3.2011 - IX ZB 36/09, NZI 2011, 323 = ZIP 2011, 683; dazu NJW-Spezial 2011, 279.

¹²⁷ OLG Frankfurt v. 21.3.2011 – 13 W 15/11, ZIP 2011, 1444; dazu EWIR 2011, 539 (Stiller); Az. d. BGH: IX ZB 124/11.

Rahmen der insolvenzrechtlichen Anfechtung gegen die Einzugsstelle (Krankenkasse) nach § 51 Abs. 1 SGG den **Rechtsweg zu den Sozialgerichten** beschreiten.

Nach der **Auffassung des 5. Senats des BAG** sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für eine vom Arbeitnehmer gegen den Insolvenzverwalter erhobene **leugnende Feststellungsklage**, mit der der Arbeitnehmer festgestellt wissen will, dass er aus keinem rechtlichen Grund die Rückzahlung verspätet erhaltener Lohnzahlungen des in die Insolvenz gefallenen Arbeitgebers schuldet. Dies hat der 5. Senat mit Beschluss vom 31. März 2009 entschieden.¹²⁸ Der 5. Senat des BAG schließt sich der vom IX. Zivilsenat des BGH im Beschluss vom 2. April 2009 vertretenen Rechtsauffassung auch in einem neueren Beschluss nicht an, weil die vom IX. Zivilsenat vertretene Auffassung¹²⁹ die **Gefahr eines gespaltenen Rechtswegs** für Fragen der Insolvenzanfechtung verspäteter Lohnzahlungen in Arbeitsverhältnissen hervorrufe, die nach dem rechtlich bedenklichen "Windhundprinzip" gelöst werden würde.¹³⁰ Der IX. Zivilsenat gehe selbst im Vorlagebeschluss davon aus, dass eine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte allein für eine vom Insolvenzverwalter gegen den Arbeitnehmer erhobene und ausschließlich auf die Anspruchsgrundlage Insolvenzanfechtung gestützte Klage in Betracht kommt.

Hat das Arbeitsgericht mit der Begründung, mit der Klage würden in die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts fallende **Einwendungen nach § 89 Abs. 2 InsO** geltend gemacht, die **Vollstreckungsgegenklage** fehlerhaft an das Amtsgericht verwiesen, so ist die unanfechtbar gewordene Verweisung hinsichtlich des Rechtswegs bindend. Eine **Zuständigkeit** des Insolvenzgerichts wird hierdurch jedoch nicht begründet.¹³¹

e) **Anfechtung einer Lohnsteueranmeldung**

Es entspricht allgemeiner Rechtsauffassung, dass in einem vom Arbeitnehmer durchgeführten Anfechtungsverfahren gegen die Lohnsteuer-Anmeldung der Arbeitgeber als Adressat der Bescheide **notwendig beizuladen** ist.¹³² Diese Rechtsauffassung war auch Grundlage des BFH-Urteils vom 5. Oktober 2005¹³³, an der unverändert festzuhalten ist. Insoweit gilt für die Anfechtung einer Lohnsteuer-Anmeldung nichts anderes als für die Anfechtung eines Haftungsbescheids. Nach § 60 Abs. 3 Satz 1 FGO sind Dritte zum finanzgerichtlichen Verfahren notwendig beizuladen, wenn diese an dem streitigen Rechtsverhältnis derart beteiligt sind, dass die gerichtliche Entscheidung auch ihnen

¹²⁸ BAG v. 31.3.2009 - 5 AZB 98/08, ZIP 2009, 831; dazu EWiR 2009, 495 (Grimm), siehe auch Smid, NZI 2013, 817.

¹²⁹ BGH v. 2.4.2009 - IX ZB 182/08, ZIP 2009, 825; dazu EWiR 2009, 415 (Jacoby).

¹³⁰ BAG v. 15. 7. 2009 - GmS-OG 1/09, ZIP 2009, 1687.

¹³¹ BGH v. 18.5.2011 – X AZR 95/11, ZIP 2011, 1283.

¹³² BFH v. 7.8.2015 – VI B 66/15, NZA 2016, 30; FG München v. 21.2.2001 - 8 K 3699/98, EFG 2002, 629.

¹³³ BFH v. 5.10.2005 - VI R 152/01, BFHE 211, 249 = BStBl II 2006, 94.

gegenüber nur einheitlich ergehen kann. Das ist nach ständiger Rechtsprechung des BFH der Fall, wenn die Entscheidung nach Maßgabe des materiellen Steuerrechts notwendigerweise und unmittelbar Rechte oder Rechtsbeziehungen des Dritten gestaltet, bestätigt, verändert oder zum Erlöschen bringt.¹³⁴

f) **Auskunftsklagen nach den IFG**

Der Insolvenzverwalter ist nach der Auffassung des VG Freiburg¹³⁵, des VG Gelsenkirchen¹³⁶, VG Aachen¹³⁷, des OVG Münster¹³⁸, des OVG Berlin-Brandenburg¹³⁹, des OVG Münster¹⁴⁰ und des OLG Rostock¹⁴¹ – der das BVerwG¹⁴², der BFH¹⁴³ und auch das BSG¹⁴⁴ inzwischen gefolgt sind - berechtigt, **von Sozialversicherungsträgern bzw. der Finanzverwaltung Auskunft über vom Schuldner und Dritten geleistete Zahlungen auf die Beitragsschuld bzw. Steuerzahlungen zu verlangen**, ohne dass dem Verweigerungsgründe, etwa das Steuergeheimnis¹⁴⁵, entgegenstehen.

Die **Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters** nach § 80 Abs. 1 InsO erstreckt sich auch auf vom **Steuergeheimnis** erfasste Informationen, die der Prüfung von Insolvenzanfechtungsansprüchen dienen sollen.¹⁴⁶

Das **OVG Magdeburg** hat für das dort geltende IFG eine Einschränkung des Auskunftsanspruchs wegen einer **Bereichsausnahme für das Steuerrecht** angenommen.¹⁴⁷

Insbesondere kann der Sozialversicherungsträger bzw. die Finanzverwaltung sich nicht darauf berufen, dass die **Auskunftsregelungen der InsO** vorrangig sind, die wirtschaftlichen Interessen der Sozialversicherungsträger bzw. der Finanzverwaltung durch

¹³⁴ BFH v. 12.1.2001 - VI R 49/98, BFHE 194, 6 = BStBl II 2001, 246.

¹³⁵ VG Freiburg v. 21.9.2011 - 1 K 734/10, NZI 2011, 825; dazu Dahl, NZI aktuell 2012, Heft 24, S. V.

¹³⁶ VG Gelsenkirchen v. 26.9.2014 – 17 K 944/14, ZIP 2014, 2362.

¹³⁷ VG Aachen v. 19.3.2014 – 8 K 1816/13, n. rk.; Berufungsinstanz: OVG Münster, Az. 8 A 1032/14.

¹³⁸ OVG Münster v. 15.6.2011 – 8 A 1150/10, NZI 2011, 915 = ZIP 2011, 1426; dazu EWiR 2011, 505 (Blank).

¹³⁹ OVG Berlin-Brandenburg v. 4.9.2014 – OVG 12 N 84.13, ZIP 2014, 2047 wegen Erteilung eines Jahreskontoauszugs durch das Finanzamt; OVG Berlin-Brandenburg v. 23.5.2017 – OVG 12 N 72.16, NJW-Spezial 2017, 415.

¹⁴⁰ OVG Münster v. 6.7.2015 – 8 E 532/14, ZIP 2015, 1943.

¹⁴¹ OLG Rostock v. 28.1.2015 – 6 U 6/14, NZI 2015, 627.

¹⁴² BVerwG v. 15.10.2012 – 7 B 2/12, NZI 2012, 1020; BVerwG v. 17.4.2013 – 7 B 6.13, ZIP 2013, 1252; dazu Eisolt, DStR 2013, 1872; BVerwG v. 26.4.2018 – 7 C 3.16, 7 C 4.16, 7 C 5.16, DStR 2018, 2441.

¹⁴³ BFH v. 8.1.2013 – VII ER-S 1/12, ZIP 2013, 1252; dazu Eisolt, DStR 2013, 1872; die Vorlage des BVerwG v. 15.10.2012 - 7 B 2/12, an den GemS-OBG hat sich dadurch erledigt; dazu Schmittmann, NZI 2015, 595.

¹⁴⁴ BSG v. 4.4.2012 – B 12 SF 1/10 R, NZI 2013, 197; siehe auch VG Köln v. 1.12.2016 – 13 K 2824/15, NZI 2017, 294 = ZIP 2017, 736; dazu EWiR 2017, 281 (Schur).

¹⁴⁵ OVG Münster v. 15.6.2011 – 8 A 1150/10, NZI 2011, 915 = ZIP 2011, 1426; dazu EWiR 2011, 505 (Blank).

¹⁴⁶ BVerwG v. 26.4.2018 – 7 C 3.16, 7 C 4.16, 7 C 5.16, DStR 2018, 2441.

¹⁴⁷ OVG Magdeburg v. 23.4.2014 – 3 L 319/13, NZI 2014, 873; siehe auch Ghadban, NZI 2015, 537.

die Informationserteilung beeinträchtigt sind oder dass der Insolvenzverwalter sich die Informationen anderweitig zu beschaffen hat. Für Ansprüche nach dem Informationsfreiheitsgesetz (IFG) sind die **Verwaltungsgerichte zuständig**, auch wenn sich der Auskunftsanspruch gegen einen Sozialversicherungsträger richtet. Bislang verfügen die Länder Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Niedersachsen und Sachsen noch nicht über solche IFG.

9. Haftungsfragen

a) Klagen des Insolvenzverwalters

Für Klagen des Insolvenzverwalters einer KG **gegen** deren **persönlich haftenden Gesellschafter** ist der **Rechtsweg** zu den Arbeitsgerichten eröffnet, soweit es sich um Ansprüche auf Zahlung von Arbeitsentgelt, Sozialplanansprüche und Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung handelt.

Wegen Ansprüchen auf **Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen** an Sozialversicherungsträger soll dagegen der Rechtsweg zu den **Sozialgerichten** eröffnet sein.¹⁴⁸

b) Klagen gegen den Insolvenzverwalter nach § 60 InsO

Gemäß § 60 Abs.1 InsO ist der Insolvenzverwalter allen Beteiligten zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft die Pflichten verletzt, die ihm nach diesem Gesetz obliegen, wobei er für die **Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters** einzustehen hat. Er haftet nach § 60 InsO nur für die **schuldhafte Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten** und ist verpflichtet, die Ansprüche der Massegläubiger vorab aus der Masse zu befriedigen. Vor der Befriedigung einzelner Massegläubiger hat der Verwalter aber zu prüfen, ob, in welchem Umfang und in welcher Reihenfolge Masseverbindlichkeiten zu befriedigen sind und ob die Masse überhaupt ausreicht, um alle Masseforderungen zu bedienen. Er hat sich einen **Überblick über die Aktiva und Passiva zu verschaffen** und dann zu entscheiden, inwieweit Forderungen befriedigt werden können, ohne andere - gegebenenfalls vorrangig oder gleichrangig zu befriedigende - Gläubiger zu benachteiligen.¹⁴⁹ Ferner hat er vermeidbare Belastungen der Masse – etwa durch Vergütungsansprüche von Arbeitnehmern – zu verhindern.¹⁵⁰

¹⁴⁸ ArbG Münster v. 2.9.2004 – 3 Ca 563/04, DZWIR 2004, 509, m. Anm. Lieder = NZI 2004, 693; dazu EWiR 2005, 145 (Sasse), ähnlich ArbG Düsseldorf v. 23.6.2004 – 10 Ca 1430/03, DZWIR 2004, 375 = NZI 2004, 694.

¹⁴⁹ BGH v. 4.12.1986 - IX ZR 47/86, BGHZ 99, 151, 156 = ZIP 1987, 115, 118, dazu EWiR 1986, 1229 (Merz); BGH v. 18.1.1990 - IX ZR 71/89, ZIP 1990, 242 = WM 1990, 329, 332, dazu EWiR 1990, 395 (Lüke).

¹⁵⁰ Dazu Richter/Völksen, ZIP 2011, 1800.

Gemäß § 60 Abs. 1 InsO ist der Insolvenzverwalter allen Beteiligten zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft die Pflichten verletzt, die ihm nach diesem Gesetz obliegen. Ein solcher Anspruch nach § 60 InsO ist nicht nur gegenüber dem Erfüllungsanspruch gegen die Masse, sondern auch gegenüber der **Haftung eines Betriebserwerbers** grundsätzlich **gleichrangig**.¹⁵¹

Für die Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten haftet der Insolvenzverwalter gegenüber Dritten nach § 60 Abs. 1 InsO, für die **schuldhafte Verletzung nichtinsolvenzspezifischer Pflichten** dagegen nach allgemeinem Recht. In Betracht kommen hier vor allem

- die deliktsrechtlichen Vorschriften der §§ 823 ff. BGB,
- Verschulden bei Vertragsschluss (§ 311 Abs. 2 BGB),
- Verletzung von Verkehrssicherungspflichten,
- und positive Vertragsverletzung (§ 280 Abs. 1 BGB).¹⁵²
- Fehler bei **Gefälligkeitshandlungen** des Insolvenzverwalters begründen dagegen keine Haftung.¹⁵³

Die Verhängung einer **Urlaubssperre** kann **keine persönliche Haftung** des Insolvenzverwalters nach § 61 Satz 1 InsO für **Urlaubsabgeltungsansprüche** begründen.¹⁵⁴

Die Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für **Arbeitssachen** ergibt sich aus § 3 ArbGG auch in den Fällen, in denen ein **Insolvenzverwalter** für einen von ihm begründeten arbeitsrechtlichen Anspruch gem. **§ 60 InsO persönlich haftet**. Haftet ein Insolvenzverwalter für einen von ihm begründeten arbeitsrechtlichen Anspruch persönlich, kommt ihm gleichsam die Stellung eines „Ersatzarbeitgebers“ zu.¹⁵⁵ Daher kann auch aufgrund persönlicher Haftung des Insolvenzverwalters die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit begründet sein.¹⁵⁶

Ein Rechtsstreit, in dem der Arbeitnehmer den Insolvenzverwalter auf Zahlung von **Schadenersatz** wegen dessen persönlicher Haftung nach § 60 InsO **aufgrund**

¹⁵¹ BAG v. 25.1.2007 – 6 AZR 559/06, ZInsO 2007, 781.

¹⁵² LAG Hamm v. 4.12.2003 - 4 Sa 1116/03, ZInsO 2004, 694.

¹⁵³ OLG Hamm v. 12.2.2008 - 27 U 122/07, NZI 2008, 500 für den Fall der Nichtweiterleitung von Insolvenzgeldanträgen von Arbeitnehmern an die Arbeitsverwaltung.

¹⁵⁴ BAG v. 6.9.2018 – 6 AZR 367/17, NZA 2019, 172 = NJW 2019, 619.; dazu EWiR 2019, 149 (Ries)

¹⁵⁵ LAG Nürnberg v. 29.3.2004 – 5 Ta 153/03, AuR 2004, 399 = NZI 2004, 692.

¹⁵⁶ LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 6.11.2000 - 3 Ta 52/00, ZInsO 2000, 680.

pflichtwidriger Fortführung des Betriebs ohne tragfähiges Konzept verklagt, fällt daher nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 ArbGG in die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit.¹⁵⁷

Der Insolvenzverwalter, der den Betrieb des Schuldners fortführt, unterliegt nach § 60 InsO besonderen insolvenzrechtlichen Pflichten bei der Begründung von Masseverbindlichkeiten im Rahmen der Betriebsfortführung. Er hat die **potenziellen Massegläubiger vor Schäden infolge erkennbarer Masseinsuffizienz zu bewahren**. Dazu gehört insbesondere die **sorgfältige Analyse der Ausgangssituation und der wirtschaftlichen Perspektiven der Betriebsfortführung**. Der Insolvenzverwalter hat daher einen **Finanzplan zu erstellen**, aus dem sich die Entwicklung der Liquidität und Kassenlage ergibt. Außerdem muss er im Rahmen einer Prognose planen, welche weiteren Einnahmen er durch die Ausführung von Aufträgen im Rahmen des Betriebs erzielen kann. Auf Basis dieser Analyse und Bewertung muss eine realistische Chance verbleiben, den Betrieb ohne nachhaltige Schädigung der Masse fortzuführen.

Ist die Fortführung des Betriebes ohne Gefahr der Masseunzulänglichkeit nicht möglich, kann das Ziel einer übertragenden Sanierung und die damit verbundene Planung, dass der Betriebserwerber für die rückständigen Löhne aus der Zeit der Betriebsfortführung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintreten solle, nur dann die Fortführung des Betriebs rechtfertigen, wenn es eine **realistische Chance der zeitnahen Betriebsübernahme** durch einen Investor gibt. Ein solches Fortführungskonzept kann allenfalls dann als realistisch bewertet werden, wenn es mit den anderen Gläubigern (insbesondere mit den beteiligten Banken) abgestimmt ist, da das Entstehenmüssen für die rückständigen Löhne den Kaufpreis, den der Erwerber zu entrichten bereit ist, negativ beeinflusst. Außerdem müssen sich die **Übernahmeverhandlungen bereits so weit verdichtet haben, dass mit ihrem Abschluss innerhalb eines Monats ab der letzten noch erfolgten Lohnzahlung zu rechnen ist**.

Wird der Betrieb vom Insolvenzverwalter ohne tragfähiges Konzept fortgeführt und kommt es deshalb **vor Fälligkeit der Löhne zur Anzeige der Masseunzulänglichkeit**, sind die betroffenen Arbeitnehmer zumindest in Höhe des durch die Weiterbeschäftigung entgangenen Arbeitslosengeldes geschädigt. Dieser Schaden kann nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung nicht mit dem möglichen Vorteil eines Arbeitnehmers verrechnet werden, der darin gesehen werden könnte, dass wegen des späteren Beginns der

¹⁵⁷ LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 4.1.2011 – 5 Sa 138/10, ZIP 2011, 1069, dazu NJW-Spezial 2011, 375; EWIR 2011, 675 (Weitzmann). Das BAG hat in einer nicht begründeten und nicht veröffentlichten Entscheidung das Urteil des LAG allerdings aufgehoben: B AG v.15.11.2012 - 6 AZR 322/11.

Inanspruchnahme von Arbeitslosengeld I der Bezug von Arbeitslosengeld I auch entsprechend erst später endet.

c) **Klagen gegen den Insolvenzverwalter nach § 61 InsO**

Nach **§ 61 S. 1 InsO** ist der Insolvenzverwalter einem **Massegläubiger** zum Schadensersatz verpflichtet, wenn eine Masseverbindlichkeit, die durch eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters begründet worden ist, nicht voll erfüllt werden kann.

Die Bestimmung ist in dem von ihr geregelten Teilbereich der (verschärften) Verwalterhaftung als **speziellere Norm vorrangig vor § 60 InsO zu prüfen**.¹⁵⁸

§ 61 InsO regelt den Fall des erhöhten Risikos der Masseunzulänglichkeit. Der **Eintritt der Masseunzulänglichkeit muss wahrscheinlicher sein als ihr Nichteintritt**. Der verschärften persönlichen Haftung des Insolvenzverwalters liegt der Gedanke zugrunde, dass Dritte sonst nicht mehr bereit wären, Geschäftsbeziehungen mit dem Verwalter des insolventen Unternehmens aufzunehmen. Das erschwerte es, das Unternehmen im Insolvenzverfahren fortzuführen. Das Ausfallrisiko soll durch die persönliche Haftung des Verwalters gemindert werden. Der Verwalter soll persönlich dafür einstehen, dass Masseverbindlichkeiten, deren Entstehung er hätte vermeiden können, erfüllt werden.¹⁵⁹ Die Interessen der Massegläubiger sind deshalb nur dann durch eine verschärfte persönliche Haftung gesichert, wenn der Verwalter - regelmäßig im Rahmen einer Betriebsfortführung - willentlich Masseverbindlichkeiten begründet, obwohl voraussehbar ist, dass sie bei Fälligkeit nicht erfüllt werden können.¹⁶⁰

§ 61 InsO regelt **ausschließlich** die Haftung des Insolvenzverwalters **für die pflichtwidrige Begründung von Masseverbindlichkeiten**. Aus der Vorschrift ist kein Anspruch auf Ersatz eines Schadens herzuleiten, der auf einem späteren Verhalten des Insolvenzverwalters beruht. Sie legt **keine insolvenzspezifischen Pflichten für die Zeit nach Begründung einer Verbindlichkeit** fest.¹⁶¹ Der Verwalter haftet nicht für die Nichterfüllung der ohne seine Beteiligung entstandenen Masseforderungen, der sog. oktroyierten Forderungen, weil er auf die Entstehung und Höhe dieser Verbindlichkeiten keinen Einfluss hat. Seine persönliche Haftung beschränkt sich nach § 61 Satz 1 InsO auf die Forderungen von

¹⁵⁸ OLG Düsseldorf v. 27.1.2012 - I-22 U 49/11, ZIP 2012, 2115; Braun/Baumert, InsO, 5. Aufl. § 61 Rn. 2; Kexel, in Graf-Schlicker, InsO, 3. Aufl., § 61 Rn. 1; FK-InsO/Jahntz, 6. Aufl., § 61 Rn. 2.

¹⁵⁹ Vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 129 f. zu § 72 der Entwurfsfassung der InsO.

¹⁶⁰ BGH v. 21.10.2010 - IX ZR 220/09, ZIP 2010, 2356; BGH v. 2.12.2004 - IX ZR 142/03, BGHZ 161, 236.

¹⁶¹ BAG v. 1.6.2006 - 6 AZR 59/06, AP InsO § 61 Nr. 2 = EzA InsO § 61 Nr. 2; BGH v. 6.5.2004 - IX ZR 48/03, BGHZ 159, 104.

Neumassegläubigern, die hinsichtlich dieser Forderungen erst durch seine Rechtshandlung zu Massegläubigern geworden sind.

Der Umfang des Schadenersatzes nach § 61 InsO ist **begrenzt auf das negative Interesse**. Der Gläubiger ist nach § 249 Abs. 1 BGB so zu stellen, wie er ohne die die Masseverbindlichkeit begründende Handlung stünde.¹⁶² Der Anspruch auf **Ersatz des Vertrauensschadens** ist also auf die Herstellung des Zustandes gerichtet, der ohne das Fehlverhalten bestehen würde.¹⁶³ Entscheidend ist, wie sich die Vermögenslage des Geschädigten entwickelt hätte, wenn sich der Schädiger pflichtgemäß verhalten hätte.¹⁶⁴

Zwingende Voraussetzung des § 61 S. 1 InsO ist, dass die Masseverbindlichkeit, für deren Erfüllung der Insolvenzverwalter haften soll, durch eine ihm **zuzurechnende „Rechtshandlung“** begründet worden ist.

- Aus § 61 S. 1 InsO haftet der Insolvenzverwalter nur, aber immer dann, wenn er Masseverbindlichkeiten aufgrund **vorwerfbar unzutreffender Einschätzung des Masseumfangs** eingeht. Die Haftung nach § 61 S. 1 InsO gilt jedoch **nicht für** die sog. **Altmassegläubiger**, sondern beschränkt sich auf die sog. Neumassegläubiger, die überhaupt erst durch eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters zu Massegläubigern werden.
- Der Insolvenzverwalter haftet nach § 61 S. 1 InsO nicht für die Nichterfüllung der **ohne sein Zutun entstandenen, „aufgezwungenen“ (oktroierten) Masseverbindlichkeiten**, auf deren Entstehen und Höhe der Insolvenzverwalter keinerlei Einfluss hat. Hierunter fallen die Entgelt- und Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer, die der Insolvenzverwalter zum frühest möglichen Kündigungstermin gekündigt, aber nicht mehr eingesetzt, sondern von der Arbeit freigestellt hat.
- Bei Vorhandensein **mehrerer fälliger und einredefreier Masseschulden** ist der Insolvenzverwalter, dessen verwaltete Masse momentan nicht zur Befriedigung aller Masseverbindlichkeiten ausreicht, verpflichtet, die gleichrangigen Massegläubiger **gleichmäßig zu befriedigen**. Verstößt er hiergegen, haftet er den benachteiligten Massegläubigern nach § 61 Abs. 1 InsO grundsätzlich in Höhe des Betrages, der auf ihn bei anteiliger Befriedigung entfallen wäre.¹⁶⁵
- Der Insolvenzverwalter handelt jedoch dann nicht schuldhaft, wenn er bei einer **Betriebsfortführung** an bereits gekündigte und freigestellte Arbeitnehmer keine

¹⁶² BAG v. 25.1.2007 - 6 AZR 559/06, BAGE 121, 112 im Anschluss an BGH v. 6.5.2004 - IX ZR 48/03, BGHZ 159, 104; BAG v. 6.10.2011 - 6 AZR 172/10, NJW 2011, 3739, dazu NJW-Spezial 2012, 51.

¹⁶³ BGH v. 14.10.1971 - VII ZR 313/69, BGHZ 57, 137.

¹⁶⁴ BGH v. 10.7.2003 - III ZR 155/02, BGHZ 155, 354 für die Verpflichtung zur Erteilung einer Auskunft.

¹⁶⁵ LAG Sachsen-Anhalt v. 14.3.2007 - 3 Sa 477/04, ZInsO 2007, 1007.

Zahlungen mehr leistet, sondern die unzureichende Masse nur zur **Bezahlung der Lieferanten und der nicht freigestellten Arbeitnehmer** verwendet.¹⁶⁶

Zum insolvenzspezifischen Freistellungsrecht des Verwalters im Zusammenhang mit einer Urlaubsgewährung hat das LAG Frankfurt¹⁶⁷ entschieden:

Begründet der Insolvenzverwalter durch eine Rechtshandlung eine Masseverbindlichkeit, die dann aus der Insolvenzmasse nicht voll erfüllt werden kann, so macht er sich grundsätzlich persönlich nach § 61 InsO schadensersatzpflichtig. Eine Ausnahme liegt vor, wenn er bei der Begründung der Verbindlichkeit nicht erkennen konnte, dass die Masse nicht zur Erfüllung ausreichen wird. Der Insolvenzverwalter ist berechtigt, **zur Sicherung des Urlaubsanspruchs eines Arbeitnehmers nach erfolgter Kündigung diesem Urlaub zu erteilen**, aber auch verpflichtet, das **Urlaubsentgelt zu zahlen**. Dabei ist ein **insolvenzspezifisches Freistellungsrecht des Insolvenzverwalters ohne die Verpflichtung zur Zahlung von Urlaubsentgelt nicht anzuerkennen**. Erfolgt die **Anzeige der Masseunzulänglichkeit** drei Monate nach der Urlaubserteilung durch den Insolvenzverwalter, so ist darin eine schadensersatzbegründende Pflichtverletzung des Insolvenzverwalters nicht zu sehen. Dies würde erst recht gelten, wenn der Insolvenzverwalter verpflichtet wäre, von sich aus Urlaub zu erteilen, aber gleichzeitig noch Arbeitsleistungen anderer Arbeitnehmer entgegennimmt und die Vergütung aus der Masse zahlt, was zu einer Schmälerung der Masse führt.

Begründet der Insolvenzverwalter eine **arbeitsrechtliche Masseverbindlichkeit** (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO), wird deren Erfüllung nur von der Masse und nicht etwa von dem Insolvenzverwalter persönlich geschuldet. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Insolvenzverwalter durch die Begründung der Masseverbindlichkeit seine Pflichten verletzt hat, weil schon zu diesem Zeitpunkt abzusehen war, dass die Masse zur Erfüllung nicht in der Lage sein würde. Für eine Schadensersatzklage gegen den Insolvenzverwalter wegen der Begründung einer arbeitsrechtlichen Masseverbindlichkeit, die hernach nicht aus der Masse erfüllt werden kann, ist der **Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten** gegeben.¹⁶⁸

Für eine Haftung des Insolvenzverwalters nach § 61 InsO ist kein Raum, wenn die Entscheidung eines Arbeitnehmers, in einem Kündigungsschutzprozess einen **Vergleich mit Abfindungsregelung** zu schließen, auf einer eigenverantwortlichen, in Kenntnis aller Tatsachen und Risiken getroffenen Beurteilung der Sach- und Rechtslage und damit auf

¹⁶⁶ LAG Sachsen-Anhalt v. 14.3.2007 – 3 Sa 477/04, ZInsO 2007, 1007.

¹⁶⁷ LAG Frankfurt v. 10.4.2017 – 7 Sa 650/16, NZI 2017, 902 = ZIP 2018, 647; dazu EWiR 2018, 213 (Webel); Az. des BAG: 9 AZR 367/17.

¹⁶⁸ BGH v. 16.11.2006 – IX ZB 57/06, InVo 2007, 226 = ZIP 2007, 94 = ZInsO 2007, 33; dazu EWiR 2007, 353 (Weitzmann).

einem bewussten Handeln auf eigenes Risiko beruht. Nimmt der Arbeitnehmer den Insolvenzverwalter, der einen Vergleich in einem Kündigungsschutzprozess geschlossen, die darin vereinbarte Abfindung jedoch nicht gezahlt hat, aus § 61 InsO auf Schadenersatz in Anspruch, muss er als Teil seiner Darlegungslast für den ihm entstandenen Schaden darlegen, dass er im Kündigungsschutzprozess obsiegt hätte. Macht der Arbeitnehmer **Verteilungsfehler des Insolvenzverwalters** geltend und nimmt ihn deshalb nach § 60 InsO persönlich auf Haftung in Anspruch, muss er sich bemühen, über eine Einsicht in die gerichtliche Insolvenzakte Informationen über die vom Insolvenzverwalter an andere Gläubiger geleisteten Zahlungen zu erlangen. Das nach § 299 Abs. 2 ZPO erforderliche rechtliche Interesse für eine derartige **Akteneinsicht** dürfte in der **Vorbereitung möglicher Schadenersatzansprüche** gegen den Insolvenzverwalter liegen. Ohne einen solchen Versuch zur Akteneinsicht hat der Arbeitnehmer nicht alle ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zu näherem Tatsachenvortrag zur Darlegung der von ihm behaupteten Pflichtverletzung des Insolvenzverwalters ausgeschöpft. Der Insolvenzverwalter ist darum nicht nach den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast zum Vortrag positiver Gegenangaben verpflichtet.¹⁶⁹

Der **Rücktritt** eines Arbeitnehmers von einem mit dem Arbeitgeber geschlossenen **Aufhebungsvertrag wegen Nichtzahlung der vereinbarten Abfindung** ist ausgeschlossen, wenn das Insolvenzgericht dem Arbeitgeber nach dem Eröffnungsantrag derartige Zahlungen gem. § 21 InsO untersagt hat.¹⁷⁰

Die persönliche Haftung des Insolvenzverwalters nach § 61 InsO ist auch bei Arbeitsverträgen **auf das negative Interesse begrenzt**. Der Arbeitnehmer ist so zu stellen, wie er stünde, wenn der Insolvenzverwalter nicht pflichtwidrig Masseverbindlichkeiten begründet hätte, die aus der Insolvenzmasse nicht voll erfüllt werden können. Rügt der Revisionskläger, das Berufungsgericht habe seine Hinweispflicht gem. § 139 ZPO verletzt, muss er darlegen, was er auf einen entsprechenden Hinweis vorgetragen hätte.¹⁷¹

Die persönliche Haftung des Insolvenzverwalters beschränkt sich nach § 61 Satz1 InsO auf die Forderungen sog. Neumassegläubiger, die hinsichtlich dieser Forderungen überhaupt erst **durch seine Rechtshandlung** zu Massegläubigern geworden sind¹⁷², und zudem auf

¹⁶⁹ BAG v. 6.10.2011 – 6 AZR 172/10, NW 2011, 3739; dazu EWIR 2012, 211 (S. Schumacher).

¹⁷⁰ BAG v. 10.11.2011 – 6 AZR 357/10, NZA 2012, 205.

¹⁷¹ BAG v. 19.1.2006 - 6 AZR 139/05; Parallelsache zu 6 AZR 600/04, BAG, ZIP 2006, 1058 = NZI 2006, 719 und zu 6 AZR 624/04; BGH v. 6.5.2004 - IX ZR 48/03, BGHZ 159, 104 = NJW 2004, 3334.

¹⁷² LAG Hamm v. 4.12.2003 - 4 Sa 1116/03, ZInsO 2004, 694; Kübler/Prütting/Lüke, InsO, § 61 Rn.1.

das negative Interesse, d.h. die Gläubiger wären nach §249 BGB nur so zu stellen, wie sie ohne die die Masseverbindlichkeit begründende Handlung stünden.¹⁷³

Für eine Haftung des Insolvenzverwalters nach § 61 InsO ist kein Raum, wenn die Entscheidung eines Arbeitnehmers, in einem **Kündigungsschutzprozess** einen **Vergleich mit Abfindungsregelung** zu schließen, auf einer eigenverantwortlichen, in Kenntnis aller Tatsachen und Risiken getroffenen Beurteilung der Sach- und Rechtslage und damit auf einem bewussten Handeln auf eigenes Risiko beruht. Nimmt der Arbeitnehmer den Insolvenzverwalter, der einen Vergleich in einem Kündigungsschutzprozess geschlossen, die darin **vereinbarte Abfindung** jedoch **nicht gezahlt** hat, aus § 61 InsO auf Schadenersatz in Anspruch, muss er als Teil seiner **Darlegungslast** für den ihm entstandenen Schaden darlegen, dass er **im Kündigungsschutzprozess obsiegt** hätte.¹⁷⁴

Macht der Arbeitnehmer **Verteilungsfehler** des Insolvenzverwalters geltend und nimmt ihn deshalb nach § 60 InsO persönlich auf Haftung in Anspruch, muss er sich bemühen, über eine **Einsicht in die gerichtliche Insolvenzakte** Informationen über die vom Insolvenzverwalter an andere Gläubiger geleisteten Zahlungen zu erlangen. Das nach § 299 Abs. 2 ZPO erforderliche **rechtliche Interesse** für eine derartige Akteneinsicht dürfte in der **Vorbereitung möglicher Schadenersatzansprüche gegen den Insolvenzverwalter** liegen. Ohne einen solchen Versuch zur Akteneinsicht hat der Arbeitnehmer nicht alle ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zu näherem Tatsachenvortrag zur Darlegung der von ihm behaupteten Pflichtverletzung des Insolvenzverwalters ausgeschöpft. Der Insolvenzverwalter ist darum nicht nach den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast zum Vortrag positiver Gegenangaben verpflichtet.¹⁷⁵

d) Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss

Die **Zusage eines „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalters**, dass bestimmte Kosten ab Anordnung der vorläufigen Verwaltung „aus der Insolvenzmasse übernommen werden“, kann zu einer Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss (c.i.c.) gem. § 311 Abs. 2 und Abs. 3 BGB führen. Als Anspruchsgrundlage für ein Schadensersatzbegehren gegen den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter wegen **nicht erfüllten Zahlungszusage** greift dagegen § 61 InsO nicht ein. Diese Vorschrift gilt zwar gem. § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO auch für den vorläufigen Insolvenzverwalter. § 61 InsO setzt aber voraus, dass eine Masseverbindlichkeit begründet worden ist. Durch Rechtsgeschäfte entstehen

¹⁷³ BAG v. 1.6.2006 – 6 AZR 59/06, NZI 2007, 124 = ZInsO 2007, 830; BGH v. 6.5.2004 - IX ZR 48/03, BGHZ 159, 104, 108 = ZIP 2004, 1107, 1108 = ZVI 2004, 345 ; BAG v. 19.1.2006 - 6 AZR 600/04, ZIP 2006, 1058.

¹⁷⁴ BAG v. 6.10.2011 – 6 AZR 172/10, NJW 2011, 3739, dazu NJW-Spezial 2012, 51.

¹⁷⁵ BAG v. 6.10.2011 – 6 AZR 172/10, NJW 2011, 3739, dazu NJW-Spezial 2012, 51.

Masseverbindlichkeiten, wenn sie der (endgültige) Insolvenzverwalter (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO) oder der „starke“ vorläufige Insolvenzverwalter (§ 55 Abs. 2 S. 1 InsO) vorgenommen hat. Eine analoge Anwendung von § 55 Abs. 2 S. 2 InsO, der für Dauerschuldverhältnisse in bestimmten Fällen eine entsprechende Anwendung von § 55 Abs. 2 S. 1 InsO vorsieht, auf Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters kommt nicht in Betracht.¹⁷⁶

e) Klagen gegen Geschäftsführungsorgane / persönlich haftende Gesellschafter

Der BGH hat entschieden, dass der **Sanierungsgeschäftsführer** für Rechtsgeschäfte während der **Eigenverwaltung analog §§ 60, 61 InsO haftet**.¹⁷⁷ Nach diesen Vorschriften ist der Insolvenzverwalter zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft eine ihm nach der Insolvenzordnung obliegende Pflicht verletzt oder wenn eine Masseverbindlichkeit nicht erfüllt werden kann, die durch seine Rechtshandlung entstanden ist.

Nach Auffassung des BGH können die Vorschriften in der Eigenverwaltung einer juristischen Person analog auf die vertretungsberechtigten Geschäftsleiter angewendet werden. Das Gesetz enthalte in Bezug auf die Haftung der Geschäftsleiter bei Anordnung der Eigenverwaltung eine **planwidrige Regelungslücke**, weil die Verweisung des § 270 Abs. 1 S. 2 InsO auf §§ 60, 61 InsO die Organe des Insolvenzschuldners nicht unmittelbar erfasse. Diese Gesetzeslücke könne auch nicht durch Rückgriff auf die für Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft geltenden Haftungstatbestände ausgefüllt werden kann. Denn die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG sei auf das Innenverhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft beschränkt und eine Außenhaftung komme nur ausnahmsweise in Betracht. Da der Geschäftsführer in der **Eigenverwaltung** gleich einem **Insolvenzverwalter** die Verfügungsbefugnis für die Gesellschaft frei von Anordnungen der gesellschaftsrechtlichen Überwachungsorgane ausübt, müsse dieser entsprechend einem Insolvenzverwalter haften.

Ferner begründet der BGH die analoge Anwendung der §§ 60, 61 InsO mit den Regelungen in §§ 274 Abs. 1, 60 Abs. 1 InsO. Diese sehen eine **Haftung des Sachwalters in der Eigenverwaltung** vor, wenn er seine Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen, missachtet. Es sei unbillig, bei einer Pflichtverletzung des Geschäftsführers nur den auf eine bloße Überwachung der Geschäftsführung beschränkten Sachwalter haftbar zu machen, aber nicht den Geschäftsführer als Entscheidungsträger der Eigenverwaltung.

¹⁷⁶ OLG Schleswig v. 31.10.2003 – 1 U 42/03, NJW 2004, 1257 = NZI 2004, 92, dazu EWiR 2004, 393 (Undritz); zur Haftung aus c.i.c. siehe auch ArbG Essen v. 18.5.2004 – 2/4 Ca 34/04, ZInsO 2005, 54; BAG v. 25.6.2009 – 6 AZR 210/09, ZInsO 2009, 1648 für den Fall des Hinweises eines schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters auf seine „Haftpflchtversicherung“. Zur Haftung des Verwalters aus einem selbstständigen Garantieverprechen gegenüber den Beschäftigten siehe LAG Hamm v. 7.12.1998 – 19 Sa 426/98, InVo 1999, 174.

¹⁷⁷ BGH v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, GmbHR 2018, 632 m. Anm. Hoos/Forster.

Bei der Geltendmachung einer **Durchgriffshaftung** durch Arbeitnehmer der GmbH gegen die Gesellschafter / Geschäftsführer ist die **arbeitsgerichtliche Zuständigkeit** gegeben.¹⁷⁸

Der Arbeitnehmer, der bei vorsätzlicher **Insolvenzverschleppung** i.S.v. § 64 Abs. 1 GmbHG für die insolvenzreife GmbH weiterhin Arbeitsleistungen erbringt, ist als sog. **Neugläubiger nicht auf den Quotenschaden beschränkt**. Ein durch die Konkursverschleppung kausal verursachter Schaden ist jedoch nicht darin zu sehen, dass die GmbH die Vergütung nicht mehr zahlt.¹⁷⁹

Das **LAG Brandenburg** vertritt eine ähnliche Auffassung: Der Arbeitnehmer einer GmbH kann vom Geschäftsführer, der seine Pflicht zur Anmeldung der Insolvenz verletzt hat, **nicht die Erfüllung des Entgeltanspruchs** verlangen. Auch bei Einordnung des Arbeitnehmers als Neugläubiger (im Sinne der Rspr. des BGH) kann er im Rahmen des Schadenersatzes **nur das negative Interesse** ersetzt verlangen. Dieses kann sich nach der Höhe nur dann mit dem Erfüllungsinteresse decken, wenn der Arbeitnehmer darlegen und beweisen kann, dass er im Fall der Kenntnis der Insolvenzureife das Arbeitsverhältnis **nicht eingegangen bzw. fristlos beendet hätte und sofort einen anderen Arbeitsplatz gefunden hätte** mit mindestens gleich hohem Entgelt. Eine dahingehende Vermutung besteht nicht.¹⁸⁰

Eine **persönliche Haftung** eines Geschäftsführers gegenüber einem Altgläubiger der Gesellschaft ergibt sich nicht bereits daraus, dass er bei eintretender Zahlungsunfähigkeit noch **Forderungen anderer Gläubiger erfüllt**, solange keine Insolvenzverschleppung vorliegt.¹⁸¹

Nach § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO unterliegen die Mitglieder des Vertretungsorgans einer juristischen Person der Insolvenzantragspflicht. In der GmbH trifft die Antragspflicht die Geschäftsführer (§ 35 GmbHG). Ein Schadenersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 15a InsO würde voraussetzen, dass die Schuldnerin **zum Zeitpunkt des Zustandekommens des Vergleichs** mit dem Arbeitnehmer **insolvenzreif** gewesen ist und die Geschäftsführung ihre Pflicht zur rechtzeitigen Stellung des Insolvenzantrags schuldhaft verletzt hat.¹⁸²

Ein Arbeitnehmer, dessen Beschäftigungsverhältnis bei der Schuldnerin bereits vor Stellung des Insolvenzantrags beendet worden ist, kann allerdings von dem Insolvenzverwalter zur

¹⁷⁸ BAG v. 13.6.1997 - 9 AZB 38/96, GmbHR 1997, 1061.

¹⁷⁹ LAG Hessen v. 11.8.2000 – 2 Sa 1114/99, DB 2001, 288 = MDR 2001, 350 = NZA-RR 2001, 154.

¹⁸⁰ LAG Brandenburg v. 18.3.2005 - 5 Sa 723/04, BB 2005, 2196 = ZInsO 2005, 1344.

¹⁸¹ LAG Hamm v. 8.2.2005 - 19 Sa 2429/04, NZA-RR 2005, 483 = ZInsO 2005, 1344.

¹⁸² LAG Rheinland-Pfalz v. 4.8.2016 – 5 Sa 155/16, ZInsO 2017, 31.

Klärung eines gegen den Geschäftsführer oder sonstige Dritte gerichteten Anspruchs grundsätzlich keine **Auskunft über den Zeitpunkt der Insolvenzreife** der Schuldnerin verlangen.¹⁸³

Keine Haftung des Arbeitgebers wird bei **Verschweigen einer drohenden Insolvenz** begründet, wenn Arbeitnehmer durch Zahlung von Insolvenzgeld kein Schaden entsteht. Hat ein Arbeitnehmer infolge einer falschen Darstellung der wirtschaftlichen Lage durch den Arbeitgeber - kein Hinweis auf drohende Insolvenz - einen Arbeitsvertrag geschlossen, was er in Kenntnis der wahren Umstände nicht getan hätte, liegt dennoch kein Schaden des Arbeitnehmers vor, wenn sich seine wirtschaftliche Lage durch **Zahlung von Insolvenzgeld** gleich darstellt.¹⁸⁴

Die **Mitteilung der Sozialplanabfindung** und des Auszahlungstermins in einem vom Geschäftsführer unterzeichneten Kündigungsschreiben ist **nicht als Schuldbeitritt** des Geschäftsführers auszulegen.¹⁸⁵

Die Grundsätze des **Haftungsdurchgriffs wegen „existenzvernichtenden Eingriffs“**¹⁸⁶, die von der Rechtsprechung zum Haftungsdurchgriff auf die GmbH-Gesellschafter entwickelt worden sind, gelten nur, solange ein Insolvenzverfahren nicht durchgeführt wird oder nicht (mehr) in Betracht kommt. Findet hingegen ein **Insolvenzverfahren** statt, so gehören Ansprüche aus dem existenzvernichtenden Eingriff **zur Insolvenzmasse**; sie sind vom Insolvenzverwalter einzuziehen und zur gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger zu verwenden. Das Gleiche gilt für einen auf denselben Sachverhalt gestützten **Durchgriffsanspruch aus § 826 BGB**.¹⁸⁷

Nach der Auffassung des OLG Koblenz kommt bei **Insolvenzverschleppung** auch eine Haftung eines GmbH-Geschäftsführers gegenüber der **Bundesagentur für Arbeit aus § 826 BGB** auf Ersatz des geleisteten Insolvenzgeldes in Betracht.¹⁸⁸

Dem folgt auch das OLG Brandenburg:¹⁸⁹

Ein etwaiger Regressanspruch der Bundesagentur für Arbeit gegen den Geschäftsführer einer GmbH wegen Zahlung von Insolvenzgeld kann danach zwar **nicht auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG a.F.**, sondern nur auf § 826 BGB gestützt werden, weil der

¹⁸³ BGH v. 2.6.2005 - IX ZR 221/03, DB 2005, 1962 = ZInsO 2005, 770.

¹⁸⁴ BAG v. 15.12.2005 - 8 AZR 106/05, ZIP 2006, 1110.

¹⁸⁵ LAG Hamm v. 8.2.2005 - 19 Sa 2429/04; ZInsO 2005, 1344.

¹⁸⁶ BGH v. 17.9.2001 - II ZR 178/99, ZIP 2001, 1874; BGH v. 24.6.2002 - II ZR 300/00, NJW 2002, 3024.

¹⁸⁷ LAG Köln v. 20.6.2003 - 4 Sa 128/03, ZIP 2003, 1893.

¹⁸⁸ OLG Koblenz v. 26.10.2006 - 6 U 175/06, ZIP 2007, 120; dazu Schmülling, ZIP 2007, 1095; siehe schon BGH v. 26.6.1989 - II ZR 289/88, BGHZ 108, 134 = ZIP 1989, 1341; dazu Piekenbrock, ZIP 2010, 2421.

¹⁸⁹ OLG Brandenburg v. 19.3.2014 - 11 U 215/12, NZI 2014, 819.

zur Zahlung von Insolvenzgeld verpflichtete Leistungsträger nicht vom Schutzbereich des § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. erfasst wird. In der Insolvenz des Geschäftsführers handelt es sich um eine Insolvenzforderung und nicht um eine Masseforderung, weil auf den Zeitpunkt der schädigenden Handlung abzustellen ist und dieser regelmäßig vor dem Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens liegt.

Der Geschäftsführer einer GmbH haftet nach der Auffassung des OLG Saarbrücken¹⁹⁰ der Agentur für Arbeit aber aus § 826 BGB wegen verspäteter Stellung eines Insolvenzantrags nur dann auf Erstattung von Insolvenzgeld, wenn der Gläubiger nach den Rechtsgrundsätzen der **Zurechnung eines schadenstiftenden Unterlassens** den ihm obliegenden Beweis dafür führen kann, dass die Zahlung von Insolvenzgeld **bei rechtzeitiger Stellung des Insolvenzantrags vermieden** worden wäre. Für die Anerkennung von Darlegungs- und Beweiserleichterungen ist jedenfalls dann kein Raum, wenn zwischen dem Zeitpunkt der nachgewiesenen Zahlungsunfähigkeit und der Zeitspanne des Insolvenzgeldbezugs ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht.

Der BGH hat diese Rechtsprechung inzwischen bestätigt, in ihren Einzelvoraussetzungen, insbesondere zur Schadensberechnung, aber eingeschränkt.¹⁹¹ Nimmt die Bundesagentur für Arbeit den Geschäftsführer einer in Insolvenz gefallenen GmbH wegen verspäteter Insolvenzantragstellung auf Ersatz von ihr geleisteten Insolvenzgeldes aus § 826 BGB in Anspruch, so stellt sich der Einwand des Beklagten, Insolvenzgeld hätte auch bei rechtzeitiger Antragstellung gezahlt werden müssen, als qualifiziertes Bestreiten der Schadensentstehung dar, für die die Bundesagentur darlegungs- und beweispflichtig ist. Der Einwand ist nicht nach den Grundsätzen zu behandeln, die beim Vortrag einer **Reserveursache** oder eines **rechtmäßigen Alternativverhaltens** gelten.

Das **LG Stuttgart**¹⁹² stellt sich in einer neuen Entscheidung allerdings bereits gegen diese Auffassung und gegen eine Haftung insgesamt:

Die Bundesagentur für Arbeit sei im Hinblick auf die auf sie nach § 187 SGB III übergehenden Ansprüche **nicht in den Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht mit einbezogen**. Eine vorsätzliche Insolvenzverschleppung begründe auch nicht eo ipso ein Sittenwidrigkeitsverdikt nach § 826 BGB. Die Bundesagentur für Arbeit habe, soweit sie Insolvenzgeld an Arbeitnehmer einer insolventen GmbH leistet, gegen den

¹⁹⁰ OLG Saarbrücken v. 21.11.2006 – 4 U 49/06-16, NZI 2007, 111 = ZIP 2007, 328; dazu EWiR 2007, 367 (M. J. Blank); dazu auch Schmülling, ZIP 2007, 1095.

¹⁹¹ BGH v. 18.12.2007 – VI ZR 231/06, BGHZ 175, 58 = ZIP 2008, 361 = ZInsO 2008, 384; dazu Beck, ZInsO 2008, 713; bestätigt – auch für den Fall der **Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse** – durch BGH v. 13.10.2009 – VI R 288/08, DStR 2010, 124 = GmbHR 2010, 138 m. Anm. Blöse; ähnlich auch OLG Stuttgart v. 27.10.2009 – 6 U 60/09, ZInsO 2010, 245; kritisch dazu Piekenbrock, ZIP 2010, 2421.

¹⁹² LG Stuttgart v. 13.6.2008 – 15 O 228/07, ZIP 2008, 1428, in Abweichung von BGHZ 175, 58 = ZIP 2008, 361.

insolvenzverschleppenden Geschäftsführer keinen Anspruch nach § 826 BGB auf Schadensersatz in Höhe des geleisteten Insolvenzgeldes, da es bereits am Schutzzweckzusammenhang zwischen (möglicherweise) sittenwidrigem Verhalten des Geschäftsführers und einem etwaigen Schaden der Bundesagentur fehle.

Ein **Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen** liegt fern, wenn der Arbeitgeber der Einzugsstelle eine Bankeinzugsermächtigung erteilt hat und die fälligen Beiträge von dessen Konto abgebucht werden können.¹⁹³

Indem der Arbeitgeber **Beiträge an die Urlaubskasse** abführt, erfüllt er somit keine Schulden des Arbeitnehmers, sondern erbringt seinen eigenen Beitrag zu dem Umlageverfahren, damit die ihm obliegende Verpflichtung zur Zahlung von Urlaubsentgelt oder Urlaubsabgeltung durch die Kasse beglichen wird. Der Straftatbestand des **§ 266a Abs. 2 StGB** wird durch eine Nichtabführung der von dem Arbeitgeber selbst geschuldeten Beiträge zur Urlaubs- und Lohnausgleichskasse demnach **nicht verwirklicht**.¹⁹⁴

Den **Arbeitsrechtsweg für Haftungsklage gegen Gesellschafter wegen Ansprüchen aus dem Verhältnis zwischen GbR und Urlaubs- und Lohnausgleichskasse** der Bauwirtschaft hat das LAG Frankfurt bejaht:¹⁹⁵

Für eine Klage gegen einen persönlich haftenden Gesellschafter einer GbR wegen dessen möglicher **Haftung gem. § 128 HGB** für Ansprüche aus dem Verhältnis zwischen der GbR und der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK) ist der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 ArbGG eröffnet. Er wird insoweit einem **Arbeitgeber gleichgestellt**, obwohl die für das Sozialkassenverfahren erheblichen Arbeitsverhältnisse nur zwischen der GbR einerseits und den Arbeitnehmern andererseits bestehen.

Nach der Rechtsprechung des BGH kommt eine **Insolvenzverschleppungshaftung** eines GmbH-Geschäftsführers nicht in Betracht, soweit ein Arbeitnehmer seinen Anspruch auf **Entgeltfortzahlung** nach § 3 EFZG in der Insolvenz nicht mehr realisieren kann.¹⁹⁶

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH¹⁹⁷ führt das **Nichtabführen von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung** im Stadium der Insolvenzreife einer GmbH zu einem Schadensersatzanspruch der Einzugsstelle gegen den Geschäftsführer aus § 823 Abs. 2

¹⁹³ OLG Düsseldorf v. 21.12.2007 – III-5 Ss 288/07, JMBL. NW 2008, 92.

¹⁹⁴ BAG v. 18.8.2005 – 8 AZR 524/04, ZIP 2005, 2028 = NZI 2006, 46.

¹⁹⁵ LAG Frankfurt v. 12.5.2016 – 18 Ta 184/16, ZIP 2016, 1608.

¹⁹⁶ BGH v. 20.10.2008 – II ZR 211/07, ZInsO 2009, 329.

¹⁹⁷ BGH v. 29.9.2008 - II ZR 162/07, ZIP 2008, 2220, dazu EWIR 2009, 201 (Wilhelm).

BGB i.V.m. § 266a StGB, wenn dieser an andere Gesellschaftsgläubiger trotz der **Insolvenzreife** Zahlungen geleistet hat, die nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar waren. In einem solchen Fall konnte sich der Geschäftsführer schon nach der früheren und kann er sich auch nach der neueren Senatsrechtsprechung **nicht auf eine Pflichtenkollision berufen**.¹⁹⁸

Mit der **unanfechtbaren Verurteilung** des Geschäftsführers einer GmbH zum Schadensersatz für nicht abgeführte Arbeitnehmeranteile von Sozialversicherungsbeiträgen – zumindest durch Vollstreckungsbescheid oder Versäumnisurteil - steht gegenüber der Trägerin der Sozialversicherung noch nicht rechtskräftig fest, dass der zuerkannte Anspruch auf einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung beruht und deshalb von einer etwaigen Restschuldbefreiung des Beklagten nicht ergriffen wird.¹⁹⁹

f) Klagen gegen Gesellschafter

Die Grundsätze des **Haftungsdurchgriffs** wegen „**existenzvernichtenden Eingriffs**“,²⁰⁰ die von der Rechtsprechung zum Haftungsdurchgriff auf die GmbH-Gesellschafter entwickelt worden sind, gelten nur, solange ein Insolvenzverfahren nicht durchgeführt wird oder nicht (mehr) in Betracht kommt. Findet hingegen ein Insolvenzverfahren statt, so gehören Ansprüche aus dem existenzvernichtenden Eingriff zur **Insolvenzmasse**; sie sind vom Insolvenzverwalter einzuziehen und zur gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger zu verwenden. Das Gleiche gilt für einen auf denselben Sachverhalt gestützten **Durchgriffsanspruch aus § 826 BGB**.²⁰¹

Die **persönliche Haftung eines Gesellschafters** dauert auch nach dem Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft und nach deren Auflösung nach §§ 736 Abs. 2 BGB, 160 Abs. 1 Satz 1 HGB fort. Der ausgeschiedene Komplementär einer Kommanditgesellschaft haftet nach der Auffassung des BAG für Arbeitsentgeltansprüche eines Arbeitnehmers der Gesellschaft gem. § 160 Abs. 1 HGB (sog. **Nachhaftung**), wenn diese vor Ablauf von fünf Jahren nach dem **Ausscheiden des persönlich haftenden Gesellschafters** aus der Gesellschaft fällig werden, sofern das Arbeitsverhältnis bereits vor dessen Ausscheiden begründet wurde.²⁰² Dies entspricht der Rechtsprechung des BGH: Bei **Dauerschuldverhältnissen** ist die Rechtsgrundlage für die einzelnen Schuldverpflichtungen bereits in dem Vertrag selbst angelegt. Sie sind damit begründet i.S.v. § 160 Abs. 1 HGB,

¹⁹⁸ BGH v. 18.1.2010 – II ZA 4/09, GmbHR 2010, 364, dazu EWiR 2010, 223 (Klöhn).

¹⁹⁹ BGH v. 5.11.2009 – IX ZR 239/07, DSStR 2010, 179 = ZIP 2010, 150, dazu EWiR 2010, 199 (Jacoby).

²⁰⁰ BGH v. 17.9.2001 – II ZR 178/99, ZIP 2001, 1874; BGH v. 24.6.2002 – II ZR 300/00, NJW 2002, 3024.

²⁰¹ LAG Köln v. 20.6.2003 – 4 Sa 128/03, ZIP 2003, 1893.

²⁰² BAG v. 19.5.2004 – 5 AZR 405/03, ArbRB 2004, 335 (Groeger) = NZA 2004, 1045 = ZIP 2004, 1905.

auch wenn die weiteren Voraussetzungen ihres Entstehens erst später erfüllt werden.²⁰³, wobei es hierfür ausreichend ist, dass die entsprechende Verbindlichkeit bis zum Ausscheiden des Gesellschafters begründet worden ist. **Begründet i.S.v. § 160 HGB** ist eine Verbindlichkeit nicht etwa erst dann, wenn der Anspruch des Gläubigers entstanden oder gar fällig ist.²⁰⁴ Maßgeblich ist vielmehr, wann der Rechtsgrund für die Verbindlichkeit gelegt wurde.²⁰⁵

Diese Auffassung ist allerdings verfehlt und erscheint dogmatisch unhaltbar. Das BAG und der BGH scheinen das Bestehen des Arbeitsverhältnisses bzw. sonstigen Dauerschuldverhältnisses (zur Zeit der Zugehörigkeit des später ausscheidenden Gesellschafters zur Gesellschaft) mit dem **Entstehen des Vergütungsanspruchs** des Arbeitnehmers bzw. sonstigen Vertragspartners zu verwechseln. Der Vergütungsanspruch entsteht – sowohl arbeits- als auch sozialversicherungsrechtlich – jedoch erst mit der Erbringung der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers in der jeweiligen Abrechnungsperiode.

Eine begrenzte Nachhaftung des Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts kommt jedenfalls aber dann nicht in Betracht, wenn die Gesellschaft nicht, auch nicht im Weg der Gesamtrechtsnachfolge, durch mindestens einen Gesellschafter fortgeführt wird, sondern **ersatzlos aufgelöst** wurde.²⁰⁶

g) Keine Außenhaftung des Sanierungsgeschäftsführers einer GmbH analog §§ 60, 61 InsO für Rechtsgeschäfte während der Eigenverwaltung

Eine über die besondere Vertrauenshaftung gem. § 280 Abs. 1, § 311 BGB hinausgehende **verschärfte persönliche Haftung des Sanierungsgeschäftsführers** einer GmbH für Rechtsgeschäfte mit Dritten während der Eigenverwaltung besteht nicht. Die Haftungsvorschriften der **§§ 60, 61 InsO können nicht analog angewendet werden**.²⁰⁷

10. Mitarbeit des Gemeinschuldners

Soweit der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen selbst in ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis eintritt, fällt der pfändbare Teil seines Arbeitseinkommens in die Insolvenzmasse, da nach der Regelung der InsO auch der so

²⁰³ BGH v. 27.9.1999 – II ZR 356/98, BGHZ 142, 324 = AP HGB § 160 Nr. 1; so auch BGH v. 13.8.2015 – VII ZR 90/14, ZIP 2015, 1823 für Haftung einer an einer Spaltung beteiligten Gesellschaft für Handelsvertreterausgleichsansprüche gemäß § 89b HGB.

²⁰⁴ MüKo-HGB/Schmidt, § 128 HGB Rn. 29; Großkomm. HGB-Habersack, § 128 Rn. 62.

²⁰⁵ Vgl. hierzu auch die insbesondere für Rechtsanwälte zu beachtende Entscheidung des OLG Saarbrücken v. 30.4.2007 - 1 U 148/06, DStR 2008, 528.

²⁰⁶ BAG v. 13.2.2014 – 8 AZR 144/13, NZA 2014, 773 = NJW 2014, 2233.

²⁰⁷ OLG Düsseldorf v. 7.9.2017 – I-16 U 33/17, ZIP 2017, 2211.

genannte **Neuerwerb** in die Insolvenzmasse fällt.²⁰⁸ Arbeitet der Schuldner in dem vom Insolvenzverwalter fortgeführten Betrieb weiter mit und erhält er im Gegenzug **finanzielle Zuwendungen aus der Insolvenzmasse**, ist zu vermuten, dass damit seine Mitarbeit abgegolten worden ist und es sich nicht um Unterhalt (vgl. § 100 InsO) handelt.

Arbeitet der Schuldner in dem vom Insolvenzverwalter fortgeführten Betrieb weiter mit und erhält er im Gegenzug **aus der Insolvenzmasse finanzielle Zuwendungen**, ist zu vermuten, dass damit seine Mitarbeit abgegolten worden ist und es sich nicht um Unterhalt (vgl. § 100 InsO) handelt. Will der Insolvenzverwalter, der den Betrieb des Schuldners fortführt, vermeiden, dass die finanziellen Zuwendungen an den im Betrieb weiter mitarbeitenden Schuldner das als Berechnungsgrundlage für die Vergütung des Insolvenzverwalters einzustellende Betriebsergebnis schmälern, muss er die **Vermutung** widerlegen, dass mit den **Zuwendungen der Arbeitseinsatz des Schuldners vergütet** wird.

Führt der Geschäftsführer eines Insolvenzschuldners **in Abstimmung mit dem Insolvenzverwalter seine Tätigkeit fort**, so ist mangels näherer Vereinbarungen nicht ohne weiteres davon auszugehen, dass ihm eine **Vergütung** nur bei Erzielung von Unternehmensgewinnen zusteht.²⁰⁹ Ungeachtet dessen ist allerdings ein Recht des Insolvenzverwalters zur Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses anzunehmen, soweit er als Insolvenzverwalter die Weiterbeschäftigung nicht mehr verantworten kann. Kündigt der Insolvenzverwalter nicht, haftet er bei Masseunzulänglichkeit für eingegangene Verbindlichkeiten gemäß § 61 InsO persönlich auf das negative Interesse.²¹⁰

Die Frage, wie sich Unterhalt, den ein Insolvenzverwalter, der den Betrieb des Schuldners fortführt, an den darin weiter mitarbeitenden Schuldner zahlt, auf die **Vergütung des Insolvenzverwalters** auswirkt, ist höchstrichterlich noch nicht geklärt. Offen ist insbesondere, ob der Unterhalt unter die Bestimmung des § 1 Abs. 2 Nr. 4 InsVV fällt, somit auch der Satz 2 Buchst. b der Nr. 4 anwendbar ist. **Ausgaben** im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Buchst. b InsVV liegen vor, wenn es sich der Sache nach um ein Arbeitsentgelt für den Schuldner handelt, der eine für die Unternehmensfortführung erforderliche Arbeitsleistung erbringt. **Unterhalt** im eigentlichen Sinne liegt nur vor, wenn er von den Gläubigern an den Schuldner in gleicher Weise gezahlt worden wäre, falls dieser nicht in dem vom Insolvenzverwalter fortgeführten Betrieb mitgearbeitet hätte. Dann handelt es sich

²⁰⁸ Siehe dazu und zu den komplizierten Einzelheiten der Verweisung des § 36 Abs. 1 InsO auf die Vorschriften der Einzelzwangsvollstreckung *Steder*, ZIP 1999, 1874.

²⁰⁹ Zur arbeitsrechtlichen Stellung von Geschäftsführern in der Insolvenz siehe Henssler, in *Kölner Schrift zur InsO*, S. 977 ff.

²¹⁰ OLG Schleswig v. 17.12.2004 – 1 U 90/04, ZInsO 2005, 606.

um "Sowieso-Kosten", die das Betriebsergebnis nicht schmälern und sich somit vergütungsrechtlich nicht zum Nachteil des Insolvenzverwalters auswirken. Wäre der Unterhalt nicht gezahlt worden, wenn der Schuldner nicht durch seine Mitarbeit im fortgeführten Betrieb eine Gegenleistung erbracht hätte, hat er Lohnersatzfunktion; gegebenenfalls ist er in zumindest entsprechender Anwendung des § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Buchst. b InsVV bei der Ermittlung der Berechnungsgrundlage für die Insolvenzverwaltervergütung abzuziehen, weil die Ausgaben durch die Unternehmensfortführung veranlasst sind. Auf die **Benennung der Leistungen** als "Unterhalt" kommt es dann nicht an.²¹¹

Auf Antrag des Schuldners kann das Insolvenzgericht ihm auch im **Restschuldbefreiungsverfahren** einen Teil seines (abgetretenen) **pfändbaren Teils seines Arbeitseinkommens** gemäß § 850 f ZPO belassen, wenn besondere Bedürfnisse aus beruflichen Gründen vorliegen.²¹²

Welche Rechtsnatur das **Beschäftigungsverhältnis eines GmbH-Geschäftsführers** (im vorliegenden Fall: Beherrschender Gesellschafter-Geschäftsführer) **in der Insolvenz** der Gesellschaft hat, hatte das LAG Mainz zu entscheiden²¹³. Der alleinige Gesellschafter-Geschäftsführer einer in der Insolvenz befindlichen GmbH wehrte sich gegen die vom Insolvenzverwalter ausgesprochenen Kündigung seines Dienstverhältnisses mit der Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht mit der Begründung, aufgrund seiner Weiterbeschäftigung durch den Insolvenzverwalter nach der Insolvenzeröffnung sei das Beschäftigungsverhältnis zum Arbeitsverhältnis geworden und er genieße deshalb nunmehr Kündigungsschutz. Das LAG Mainz hat insoweit zunächst zwar die **funktionelle Zuständigkeit der angerufenen Arbeitsgerichtsbarkeit** bejaht mit der Begründung, dass die Klage nur Erfolg haben könne, wenn ein Arbeitsverhältnis vorliege. Das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sei somit im Rahmen der Begründetheit der Klage zu prüfen, nicht schon bei der Zulässigkeit (Rechtswegzuständigkeit). Das Gericht kommt jedoch zu dem Ergebnis, dass die Klage unbegründet sei, weil durch die Weiterbeschäftigung des GmbH-Geschäftsführers im eröffneten Insolvenzverfahren seitens des Insolvenzverwalters aus dem vormaligen Dienstverhältnis nicht ein Arbeitsverhältnis werde. Auch wenn nach § 80 Abs. 1 InsO mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse auf den Insolvenzverwalter übergehe, verwandele sich die Tätigkeit des Geschäftsführers nicht in ein Arbeitsverhältnis. Die Tätigkeit beruhe vielmehr auf den Vorschriften der §§ 97 Abs. 2, 101 Abs. 1 Satz 1 InsO, wonach der Schuldner bzw. dessen

²¹¹ BGH v. 4.5.2006 – IX ZB 202/05, DZWIR 2007, 107; BGH v. 24.5.2005 - IX ZB 6/03, ZInsO 2005, 760, 761.

²¹² AG Braunschweig v. 11.5.2007 - 274 IK 249/04a, ZInsO 2007, 950.

²¹³ LAG Mainz v. 25.9.2008 - 10 Sa 162/08, ZInsO 2009, 679.

organschaftlicher Vertreter den Insolvenzverwalter bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu „unterstützen“ habe. Die Tätigkeit des GmbH-Geschäftsführers liege daher im Rahmen dieser aktiven Mitwirkungspflichten und beruhe nicht auf einem Arbeitsverhältnis, ungeachtet der Tatsache, dass der Insolvenzverwalter für die Tätigkeit Verdienstabrechnungen erteilt und Sozialversicherungsbeiträge bzw. Lohnsteuern einbehalten habe. Insoweit sei die sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Behandlung für die arbeitsrechtliche Bewertung unmaßgeblich.²¹⁴

Das BAG hat diese Rechtsprechung aber inzwischen eingeschränkt bzw. relativiert:²¹⁵

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG sind Arbeitnehmer Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Nach **§ 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG** gelten jedoch in Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit Personen nicht als Arbeitnehmer, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder der Personengesamtheit berufen sind. Für einen **Rechtsstreit zwischen dem Vertretungsorgan und der juristischen Person** sind nach dieser gesetzlichen Fiktion die Gerichte für Arbeitssachen nicht berufen. Die Fiktion der Norm **gilt auch für das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis**. Sie greift unabhängig davon ein, ob das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis materiell-rechtlich als freies Dienstverhältnis oder als Arbeitsverhältnis ausgestaltet ist. Auch wenn ein Anstellungsverhältnis zwischen der juristischen Person und dem Mitglied des Vertretungsorgans wegen dessen starker interner Weisungsabhängigkeit als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist und deshalb materielles Arbeitsrecht zur Anwendung kommt, sind zur Entscheidung eines Rechtsstreits aus dieser Rechtsbeziehung die ordentlichen Gerichte berufen.²¹⁶

In diesem Sinne hat das LAG Frankfurt auch zum **Rechtsweg** für die Klage des abberufenen **Director einer Limited auf Bonuszahlung** entschieden: Mit der Abberufung als Organ endet die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG. Durch den Vertrag über die Anstellung zum Zweck der Tätigkeit als Organ wird regelmäßig ein freies Dienstverhältnis begründet, im Einzelfall kann es sich aber auch um ein Arbeitsverhältnis handeln. Ob das Anstellungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist, richtet sich nach den allgemeinen Abgrenzungskriterien. Haben die Parteien ausdrücklich einen Arbeitsvertrag geschlossen, ist der Vertrag als solcher einzuordnen. **Nach Abberufung aus der Organschaft** können vor

²¹⁴ Vgl. schon BAG v. 4.12.2002 - 5 AZR 667/01, EzA BGB 2002, § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 2.

²¹⁵ BAG v. 4.2.2013 - 10 AZB 78/12, NJW 2013, 2140 = ZIP 2013, 539; dazu EWiR 2013, 501 (Undritz/Röger).

²¹⁶ BAG v. 26.10.2012 - 10 AZB 60/12, NZA 2013, 54 = ZIP 2013, 335; dazu EWiR 2013, 305 (Bross); BAG v. 15.3.2011 - 10 AZB 32/10, AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 95 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 44; BAG v. 3.2.2009 - 5 AZB 100/08, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 66 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 43; BAG v. 20.8.2003 - 5 AZB 79/02, BAGE 107, 165.

den Gerichten für Arbeitssachen Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag geltend gemacht werden. Das gilt auch für **Ansprüche**, die **während der Zeit der Geschäftsführerbestellung** auf der arbeitsvertraglichen Basis entstanden sind.²¹⁷

An der Unzuständigkeit der Arbeitsgerichte ändert es nichts, wenn zwischen den Prozessparteien streitig ist, wie das Anstellungsverhältnis zu qualifizieren ist.²¹⁸ **§ 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG greift sogar ein, wenn objektiv feststeht, dass das Anstellungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist.** Die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG soll sicherstellen, dass die Mitglieder der Vertretungsorgane mit der juristischen Person selbst dann keinen Rechtsstreit im „Arbeitgeberlager“ vor dem Arbeitsgericht führen, wenn die der Organstellung zugrunde liegende Beziehung als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist.²¹⁹ Für Ansprüche der Klagepartei aus dem der Geschäftsführertätigkeit zugrunde liegenden Vertrag sind deshalb die **ordentlichen Gerichte ohne Weiteres zuständig.**²²⁰

Anders kann es jedoch dann liegen, wenn und soweit der Rechtsstreit nicht das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis betrifft, sondern eine **weitere Rechtsbeziehung** besteht. Insoweit greift die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG nicht ein.²²¹ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Organvertreter Rechte auch mit der Begründung geltend macht, **nach der Abberufung als Geschäftsführer habe sich das nicht gekündigte Anstellungsverhältnis – wieder – in ein Arbeitsverhältnis umgewandelt.**²²²

Eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte kann ferner dann gegeben sein, wenn die Klagepartei **Ansprüche aus einem auch während der Zeit als Geschäftsführer nicht aufgehobenen Arbeitsverhältnis** nach Abberufung als Organmitglied geltend macht. Zwar liegt der Berufung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer einer GmbH eine vertragliche Abrede zugrunde, die regelmäßig als ein Geschäftsführerdienstvertrag zu qualifizieren ist und mit der das **Arbeitsverhältnis grundsätzlich aufgehoben** wird.²²³

Zwingend ist dies aber nicht. Zum einen kann die **Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH auch auf einem Arbeitsvertrag beruhen.** Zum anderen bleibt der Arbeitsvertrag

²¹⁷ LAG Frankfurt v. 27.12.2012 – 19 Ta 379/12, ZIP 2013, 1594.

²¹⁸ BAG v. 6.5.1999 – 5 AZB 22/98, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 46 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 33.

²¹⁹ BAG v. 20.8.2003 – 5 AZB 22/98, BAGE 107, 165.

²²⁰ BAG v. 20.5.1998 – 5 AZB 3/98, NZA 1998, 1247.

²²¹ BAG v. 23.8.2011 – 10 AZB 51/10, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 69 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 46; BAG v. 15.3.2011 – 10 AZB 32/10, AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 95 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 44; BAG v. 3.2.2009 – 5 AZB 100/08, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 66 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 43.

²²² BAG v. 6.5.1999 – 5 AZB 22/98, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 46 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 33.

²²³ BAG v. 3.2.2009 – 5 AZB 100/08, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 66 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 43; BAG v. 5.6.2008 – 2 AZR 754/06, AP BGB § 626 Nr. 211; BAG v. 19.7.2007 – 6 AZR 774/06, BAGE 123, 294.

bestehen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund einer **formlosen Abrede** zum Geschäftsführer der GmbH bestellt wird, da eine wirksame Aufhebung des früheren Arbeitsverhältnisses die Einhaltung der Schriftform des § 623 BGB voraussetzt.²²⁴ Ansprüche aus diesem Arbeitsvertrag können dann nach Abberufung aus der Organschaft und damit nach dem Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG vor den Gerichten für Arbeitssachen geltend gemacht werden. Dies gilt auch für die während der Zeit der Geschäftsführerbestellung auf dieser arbeitsvertraglichen Basis entstandenen Ansprüche.²²⁵

Die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens ändert an der organschaftlichen Stellung des Geschäftsführers nichts**, die Organstellung des Organs einer juristischen Person bleibt durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unberührt.²²⁶ Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens macht aus gesetzlichen Vertretern der Schuldnerin keine Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes.

War der Kläger **als Geschäftsführer nicht abberufen** worden und war er bei Klageerhebung und Klageerweiterung als Geschäftsführer der Schuldnerin **im Handelsregister eingetragen**; dann betreffen seine Kündigungsschutzklage und die etwaigen weiteren Anträge das der **fortbestehenden Organstellung** zugrunde liegende Rechtsverhältnis der Parteien. Damit greift die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG unabhängig davon, ob dieses Rechtsverhältnis materiell-rechtlich ein Arbeitsverhältnis ist, sowohl für die Kündigungsschutzanträge als auch für den Zahlungsantrag.²²⁷

Die **Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG** greift **unabhängig** davon ein, **ob** das der Organstellung zugrunde liegende **Rechtsverhältnis materiell-rechtlich als freies Dienstverhältnis oder als Arbeitsverhältnis ausgestaltet** ist. Sie soll sicherstellen, dass die Mitglieder der Vertretungsorgane mit der juristischen Person keinen Rechtsstreit im **„Arbeitgeberlager“** vor dem Arbeitsgericht führen. Auch wenn ein Anstellungsverhältnis zwischen der juristischen Person und dem Mitglied des Vertretungsorgans wegen dessen starker interner Weisungsabhängigkeit als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist und deshalb materielles Arbeitsrecht zur Anwendung kommt, sind zur Entscheidung eines Rechtsstreits aus dieser Rechtsbeziehung die ordentlichen Gerichte berufen, solange die Fiktion Wirkung entfaltet.

²²⁴ BAG v. 15.3.2011 – 10 AZB 32/10, AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 95 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 44; BAG v. 3.2.2009 – 5 AZB 100/08, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 66 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 43.

²²⁵ BAG v. 29.5.2012 – 10 AZB 3/12, n.v.

²²⁶ BGH v. 26.1.2006 – IX ZR 282/03, ZInsO 2006, 260.

²²⁷ BAG v. 26.10.2012 – 10 AZB 55/12, GmbHR 2013, 253.

Nach **bisheriger Rechtsprechung** des BAG müssen die **Voraussetzungen** für das Eingreifen der Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG **im Zeitpunkt der Zustellung der Klage** vorliegen. Ist ein Geschäftsführer zu diesem Zeitpunkt noch nicht wirksam abberufen, ist und bleibt für die Klage der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten und nicht zu den Arbeitsgerichten zulässig.²²⁸ Hieran hält das BAG nicht weiter fest. **Nachträgliche zuständigkeitsbegründende Umstände** sind vielmehr auch dann zu berücksichtigen, wenn ein zum Zeitpunkt der Klageerhebung vor dem Arbeitsgericht noch nicht abberufener Geschäftsführer **vor einer rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit abberufen** wird. Damit entfällt die Fiktionswirkung des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG.²²⁹ Entsprechendes gilt, wenn der Geschäftsführer nach Klageerhebung, aber **vor einer rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit sein Amt wirksam niederlegt.**²³⁰

Nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen richtet sich die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs zunächst nach den tatsächlichen Umständen zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit. Nachträgliche Veränderungen führen grundsätzlich nicht zum Verlust des einmal gegebenen Rechtswegs. Dieser in § 17 Abs. 1 Satz 1 GVG enthaltene **Grundsatz der Perpetuatio fori** gilt jedoch **nur rechtswegerhaltend**. Alle bis zur letzten Tatsachenverhandlung eintretenden Umstände, welche die zunächst bestehende Unzulässigkeit des Rechtswegs beseitigen, sind dagegen zu berücksichtigen, sofern nicht vorher ein (rechtskräftiger) Verweisungsbeschluss ergeht. Wird vorab gemäß § 17a Abs. 3 GVG über die Rechtswegzuständigkeit entschieden, sind spätere zuständigkeitsbegründende Veränderungen auch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nach § 17a Abs. 4 GVG zu berücksichtigen, wenn sie dort zulässigerweise eingeführt werden können. Dies dient vor allem der Prozessökonomie und soll vermeiden, dass ein Rechtsstreit verwiesen wird, auch wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs die Zuständigkeit des entscheidenden Gerichts begründet ist. Die veränderten zuständigkeitsrelevanten Umstände können damit dazu führen, dass ein ursprünglich begründeter Verweisungsantrag unbegründet wird.

Soweit das BAG die Auffassung vertreten hat, es komme für das Eingreifen der Fiktionswirkung des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ausschließlich auf die Umstände zum Zeitpunkt der Klageerhebung an, wird hieran von ihm nicht mehr festgehalten. Zwar ist dieser Zeitpunkt zunächst entscheidend für die Bestimmung des zuständigen Gerichts und

²²⁸ BAG v. 15.11.2013 – 10 AZB 28/13, ArbRB 2014, 140.

²²⁹ BAG v. 22.10.2014 – 10 AZB 46/14, NZA 2015, 60 = ZIP 2015, 98 = GmbHR 2015, 27 m. Anm. Pröpper; dazu EWiR 2015, 163 (Hützen); Lunk, NJW 2015, 528; Grimm, JM 2015, 329.

²³⁰ BAG v. 3.12.2014 – 10 AZB 98/14, NZA 2015, 180 = GmbHR 2015, 250 m. Anm. Haase = NJW 2015, 718 m. Anm. Spielberger; Grimm, JM 2015, 329; dazu Hamminger, NWB 2015, 1399.

geeignet, rechtssicher festzustellen, ob § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG der Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen entgegensteht. Eine Durchbrechung der allgemeinen Grundsätze über die Berücksichtigung zuständigkeitsbegründender Umstände rechtfertigt dies jedoch nicht und eine solche gibt § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG auch nicht vor. Die Abberufung als Geschäftsführer lässt sich auch zu jedem späteren Zeitpunkt sicher feststellen. Das ausschließliche Abstellen auf den Zeitpunkt der Klageerhebung eröffnet dagegen die Möglichkeit einer Manipulation. Käme es allein auf diesen Zeitpunkt an, hätten es die Gesellschafter nach einer Kündigung in der Hand, durch ein Hinausschieben der Abberufungsentscheidung eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte auch in den Fällen auszuschließen, in denen unzweifelhaft ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Der Kläger hat nämlich in einem solchen Fall gemäß § 4 Satz 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Kündigungsschutzklage zu erheben, um den Eintritt der Fiktionswirkung des § 7 KSchG zu verhindern. Die nachträgliche Berücksichtigung von Umständen, welche die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs erst begründen, verhindert im Übrigen bei mehreren nacheinander erklärten Kündigungen regelmäßig auch eine Aufspaltung der Zuständigkeit in Abhängigkeit vom Zeitpunkt der Abberufung des Geschäftsführers.

Der **Widerruf der Bestellung als Geschäftsführer** muss **durch die Gesellschafter** erfolgen und **dem Geschäftsführer gegenüber erklärt** werden. Mit Zugang der entsprechenden Erklärung wird der Widerruf wirksam. Dieser bedarf keiner besonderen Form. Die Tatsache der Abberufung ist zwar gemäß § 39 Abs. 1 GmbHG zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, die **Eintragung** wirkt jedoch **nur deklaratorisch**. Die fehlende Eintragung beeinträchtigt deshalb die Wirksamkeit der dem Geschäftsführer gegenüber erklärten Abberufung nicht.²³¹

Für den Fall der Niederlegung des Geschäftsführeramtes gilt Entsprechendes:²³²

Bei der Amtsniederlegung handelt es sich um eine **formfreie, einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung**, die grundsätzlich jederzeit und fristlos erfolgen kann. Unbeschadet möglicher abweichender (gesellschafts-)vertraglicher Regelungen genügt es für den Zugang der Amtsniederlegungserklärung, wenn die **Erklärung einem der Gesellschafter** oder im Fall einer juristischen Person einem der gesetzlichen Vertreter **zugeht**. Ob im Einzelfall ein wichtiger Grund für die Amtsniederlegung objektiv gegeben ist, spielt für deren sofortige Wirksamkeit keine Rolle. Mit dem Zugang der Erklärung über die Amtsniederlegung bei den Gesellschaftern einer GmbH endet das Amt als Geschäftsführer, ohne dass es auf die **Eintragung ins Handelsregister** ankommt. Diese wirkt ebenso wie im

²³¹ Anders noch OLG München v. 27.10.2014 – 7 W 2097/14; dazu NJW-Spezial 2015, 17.

²³² BAG v. 3.12.2014 – 10 AZB 98/14, NZA 2015, 180 = GmbHR 2015, 250 m. Anm. Haase; dazu Stagar, NZA 2015, 193; Mosch, NJW-Spezial 2015, 114.

Fall der Abberufung **nur deklaratorisch**. Die fehlende Eintragung beeinträchtigt deshalb die Wirksamkeit der Niederlegung nicht.

Die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG findet aber keine Anwendung auf einen **Arbeitsvertrag, der eine Geschäftsführerbestellung nicht vorsieht**, auch wenn der Arbeitnehmer später **aufgrund einer formlosen Abrede zum Geschäftsführer bestellt** wird. Macht der Arbeitnehmer nach Beendigung der Stellung als Geschäftsführer Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend, ist der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen gegeben. Das gilt auch für Ansprüche aus der Zeit als Geschäftsführer.²³³

11. Selbstständige Tätigkeit des Gemeinschuldners

Werden vom Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines einzelkaufmännisch tätigen Schuldners, der in der „Wohlverhaltensphase“ nach **Restschuldbefreiungsantrag** wieder selbstständig tätig geworden ist, die unmittelbar für die **selbstständige Erwerbstätigkeit** des Schuldners benötigten Betriebsmittel "freigegeben" und wird im Zusammenhang mit einer solchen **Freigabe** zwischen dem Schuldner und dem Insolvenzverwalter eine den Erfordernissen des § 295 Abs. 2 InsO entsprechende Vereinbarung über abzuführende Beträge geschlossen, haftet die Insolvenzmasse nicht mehr für Ansprüche der Arbeitnehmer auf Arbeitsvergütung aus danach vom Schuldner begründeten Arbeitsverhältnissen. Diese hat allein der Schuldner zu erfüllen.²³⁴

Auch nach der Ansicht des ArbG Berlin werden von der Freigabe auch die im Betrieb **bestehenden Arbeitsverhältnisse** erfasst und ist der Insolvenzverwalter daher nach erfolgter Freigabe für die Ansprüche der im Betrieb des Gemeinschuldners **nicht mehr passivlegitimiert**. Das betrifft auch Arbeitsverhältnisse, die wegen Elternzeit ruhen.²³⁵ Entsprechendes gilt für die Passivlegitimation bei einer **Kündigungsschutzklage**.²³⁶

Die **Aufhebung der Freigabe** einer selbstständigen Tätigkeit des Schuldners (hier: Zahnarzt) kann **nur mit Wirkung ex nunc** erfolgen. Der Beschluss des Insolvenzgerichts, mit dem die Freigabe der selbstständigen Tätigkeit des Schuldners für unwirksam erklärt wird, wirkt nur für die Zukunft. Ein Beschluss der Gläubigerversammlung kann keine die Freigabeerklärung beseitigende Wirkung entfalten. Maßgebend für die zeitliche Einordnung des Erwerbs aus der freigegebenen selbstständigen Tätigkeit ist der Zeitpunkt, in dem der

²³³ BAG v. 23.8.2011 – 10 AZB 51/10, DB 2011, 2386 = ZIP 2011, 2175; dazu NJW-Spezial 2011, 691; dazu EWiR 2012, 37 (Henne)

²³⁴ BAG v. 10.4.2008 – 6 AZR 368/07, DZWIR 2008, 371.

²³⁵ ArbG Berlin v. 3.6.2010 – 53 Ca 2104/10, ZIP 2010, 1914.

²³⁶ BAG v. 21.11.2013 – 6 AZR 979/11, NZA 2014, 276 = NZI 2014, 324 m. Anm. *Feußner*.

Erwerbsgrund bereits so weit verwirklicht ist, dass das betroffene Recht als Vermögensbestandteil dem Schuldner zugeordnet werden kann.²³⁷

Die Konstellation eines **zweiten Insolvenzverfahrens nach Freigabe** des Vermögens aus der selbstständigen Tätigkeit im Rahmen des ersten Insolvenzverfahrens rechtfertigt keinen Verzicht auf das Erfordernis einer **tatsächlichen Behebung der Zahlungsunfähigkeit** des Arbeitgebers nach einem ersten Insolvenzverfahren. Ein etwaiges Vertrauen des Arbeitnehmers auf Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit - auch soweit es sich auf eine bestimmte Gestaltung des Insolvenzverfahrens bezieht - kann nur im Rahmen des § 165 Abs 3 SGB III berücksichtigt werden und begründet nach aktueller Gesetzeslage keinen Anspruch auf InsG. Unionsrecht steht nicht entgegen. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des BSG, dass ein neues Insolvenzereignis im Sinne des SGB III nicht eintritt und folglich keine Ansprüche auf InsG auslöst, solange die **auf einem früheren Insolvenzereignis beruhende Zahlungsunfähigkeit desselben Arbeitgebers** noch **andauert**. Für die Annahme einer wiedererlangten Zahlungsfähigkeit genügt es nicht, wenn der Arbeitgeber die Betriebstätigkeit fortführt und die laufenden Verbindlichkeiten, wie insbesondere die Lohnansprüche, befriedigt. Von andauernder Zahlungsunfähigkeit ist vielmehr so lange auszugehen wie der Schuldner wegen eines nicht nur vorübergehenden Mangels an Zahlungsmitteln nicht in der Lage ist, seine fälligen Geldschulden im Allgemeinen zu erfüllen. Die Zahlungsunfähigkeit endet deshalb nicht schon dann, wenn der Schuldner einzelnen Zahlungsverpflichtungen wieder nachkommt.²³⁸ Nur bei einem **Wechsel des Arbeitgebers während des Sanierungsverfahrens** kann es - wegen der rechtlichen Bezogenheit des Eintritts eines Insolvenzereignisses auf den jeweiligen Arbeitgeber - gerechtfertigt sein, von einem anderen Insolvenzereignis i.S.v. §§ 165 ff SGB III auch unbesehen einer zwischenzeitlich erneut erlangten Zahlungsfähigkeit auszugehen.²³⁹

12. Nichtselbstständige Tätigkeit des Schuldners

a) Arbeitsverdienst des Schuldners

Nicht in die Insolvenzmasse gehören gemäß § 36 Abs. 1 InsO die Gegenstände, die **nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen**.²⁴⁰ Dies betrifft insbesondere den **pfändungsfreien**

²³⁷ BSG v. 10.12.2014 – B 6 KA 45/13 R, ZIP 2015, 1079 m. Anm. Kayser; dazu EWiR 2015, 487 (Freudenberg).

²³⁸ BSG v. 21.11.2002 - B 11 AL 35/02 R, BSGE 90, 157, 158 = SozR 3-4300 § 183 Nr 3, S 4; BSG v. 29.5.2008 - B 11a AL 57/06 R, BSGE 100, 282 = SozR 4-4300 § 183 Nr. 9; BSG v. 6.12.2012 - B 11 AL 11/11 R, BSGE 112, 235 = SozR 4-4300 § 183 Nr 14; BSG v. 17.3.2015 - B 11 AL 9/14 R, NZS 2015, 591; vgl bereits zum Kaug nur BSG v. 27.8.1998 - B 10 AL 7/97 R - SozR 3-4100 § 141e Nr. 3.

²³⁹ BSG v. 28.6.1983 - 10 RAr 26/81, BSGE 55, 195 = SozR 4100 § 141b Nr. 27.

²⁴⁰ BGH v. 24.3.2011 - IX ZR 180/10, BGHZ 189, 65; BGH v. 10.11.2011 - IX ZA 99/11, WM 2011, 2376.

Teil des Arbeitseinkommens i.S.v. § 850c ZPO des Schuldners. Der Arbeitnehmer ist trotz Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen insoweit **klagebefugt**.²⁴¹

Nach § 35 Abs. 1 InsO erfasst das Insolvenzverfahren das Gesamtvermögen, welches dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt. Nach § 36 Abs. 1 S. 1 InsO gehören Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen, nicht zur Insolvenzmasse. Gemäß § 36 Abs. 1 S. 2 InsO gelten die §§ 850, 859a, 850c, 850e, 850f Abs. 1, 850g bis 850k, 851c und 851d ZPO entsprechend. Unpfändbare Forderungen gehören mithin nicht zur Insolvenzmasse. Sie sind daher auch nicht dem Insolvenzverwalter nach §§ 148 Abs. 1, 80 Abs. 1 InsO zur Verwaltung übertragen.²⁴² Diesbezüglich ist anerkannt, dass nach dem eindeutigen Wortlaut des § 850c Abs. 1 S. 1 ZPO bei der Prüfung des pfändbaren Teils des Arbeitseinkommens die **Nachzahlung rückständiger Beträge** den jeweiligen Lohnzahlungszeiträumen hinzuzuschlagen und entsprechend **neu zu berechnen** sind.²⁴³

Die **nachträgliche Geltendmachung** von rückständigen Gehaltsansprüchen durch einen privatinsolventen Arbeitnehmer führt nicht zum Verlust des Pfändungsschutzes.

Bei der Berechnung des pfändungsfreien Arbeitsentgelts ist der Ehegatte nach § 850c Abs. 1 Satz 2 ZPO dann zu berücksichtigen, wenn der Schuldner ihm **tatsächlich Unterhalt leistet**. Bei Ehegatten, die in häuslicher Gemeinschaft leben, ist davon grundsätzlich auszugehen. Bei getrenntlebenden Ehegatten muss der Schuldner **nachweisen**, dass er tatsächlich Unterhalt leistet.²⁴⁴

Es ist aber anerkannt, dass zum **nach Verfahrenseröffnung begründeten Neuerwerb** nicht nur das **pfändbare Arbeitseinkommen des Schuldners aus selbständiger oder nichtselbständiger Erwerbstätigkeit** gehört, sondern auch der Erwerb eines Gegenstandes mit insolvenzfremden Mitteln oder der Erlös bei Verkauf einer unpfändbaren Sache.²⁴⁵ Gleiches gilt für das aus dem unpfändbaren Bestand des Arbeitseinkommens angesparte Vermögen, das auf ein neues Konto eingezahlt wurde und damit eine eigenständige Forderung gegen das Kreditinstitut begründete. Der BGH ist daher auch bisher schon davon ausgegangen, dass Vermögen, das aus angesparten pfändungsfreien

²⁴¹ LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 20.3.2019 – 3 Sa 186/18, NZI 2019, 597; dazu Bissels/Fuchs, NZI 2019, 660, 662.

²⁴² BAG v. 28.8.2013 – 10 AZR 323/12, NZI 2013, 991; BAG v. 12.8.2014 – 10 AZB 8/14 – juris, Rn 16.

²⁴³ LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 20.3.2019 – 3 Sa 186/18, NZI 2019, 597.

²⁴⁴ BAG v. 28.8.2013 – 10 AZR 323/12, NZI 2013, 991; dazu Buchholz, Verbraucherinsolvenz aktuell 2013, 95.

²⁴⁵ HK-InsO/Eickmann, 6. Aufl., § 35 Rn. 36; Uhlenbruck/Hirte, InsO 13. Aufl., § 35 Rn. 115, § 36 Rn. 51a; MüKo- InsO/Peters, 3. Aufl., § 35 Rn 45 f.

Beträgen gebildet wird, nach § 35 Abs. 1, § 36 Abs. 1 InsO in die Masse fällt.²⁴⁶ Mit Beschluss vom 26.09.2013 hat der BGH daher entschieden:²⁴⁷ Vermögen, das der Schuldner **nach der Verfahrenseröffnung aus pfändungsfreiem Arbeitseinkommen angespart** und auf ein **Konto** eines Kreditinstituts eingezahlt hat, unterliegt dem Insolvenzbeschlagn. Diese Sparrücklagen des Schuldners unterliegen dem **Insolvenzbeschlagn**. Gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO ist hierüber die **Nachtragsverteilung** durchzuführen. Gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO wird die Nachtragsverteilung auf Antrag des Insolvenzverwalters oder eines Insolvenzgläubigers oder von Amts wegen angeordnet, wenn Gegenstände der Masse nachträglich ermittelt werden. Hierbei kann es sich um Gegenstände handeln, deren Existenz dem Verwalter bisher unbekannt geblieben ist, etwa, weil, wie vorliegend gegeben, er hierüber nicht unterrichtet wurde.²⁴⁸ Handelt es sich bei dem Gegenstand um ein Sparkonto des Schuldners, so gehören hierzu nach § 35 Abs. 1 InsO das **Sparbuch** selbst und der darin **verbriefte Rückzahlungsanspruch** sowie die während des Insolvenzverfahrens angefallenen **Zinsen**.²⁴⁹

Der in einem **gerichtlichen Vergleich** zum Abschluss eines Kündigungsschutzprozesses während des laufenden Insolvenzverfahrens vom Insolvenzschuldner erworbene **Anspruch auf Zahlung einer Abfindung** unterfällt als **Neuerwerb** dem Insolvenzbeschlagn. Der Insolvenzverwalter kann insoweit den Titel in entsprechender Anwendung des § 727 ZPO auf sich umschreiben lassen.²⁵⁰ Im Rahmen eines Verbraucherinsolvenzverfahrens tritt Rechtsnachfolge i.S.v. § 727 Abs. 1 ZPO auf den Treuhänder auch ein, wenn der Insolvenzschuldner nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch wirksame Verfügung einen zur Insolvenzmasse gehörenden Anspruch begründet. Das ist z. B. der Fall, wenn er sein Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung beendet.

Nach § 850k Abs. 1 Satz 3 ZPO wird Guthaben, über das der Schuldner in dem jeweiligen Kalendermonat nicht in Höhe des nach § 850k Abs. 1 Satz 1 ZPO pfändungsfreien Betrag verfügt hat, lediglich in den folgenden Kalendermonat übertragen. **Arbeitseinkommen anzusparen** und dem Gläubigerzugriff zeitlich unbegrenzt vorzuenthalten, ist dagegen rechtlich nicht möglich.²⁵¹

Auch **verschleiertes Arbeitseinkommen** i.S.v. § 850h Abs. 2 ZPO gehört in Höhe des **pfändbaren Teils** der angemessenen Vergütung zur **Insolvenzmasse**. Insoweit wird die

²⁴⁶ BGH v. 11.4.2013 - IX ZB 170/11, WM 2013, 1030.

²⁴⁷ BGH v. 26.9.2013 - IX ZB 247/11, ZIP 2013, 2112.

²⁴⁸ BGH v. 6.12.2007 - IX ZB 229/06, WM 2008, 305.

²⁴⁹ Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/Wagner, InsO, § 203 Rn. 8.

²⁵⁰ BAG v. 12.8.2014 – 10 AZB 8/14, NZA 2014, 1155 = ZIP 2014, 1938; dazu EWiR 2015, 89 (Harder); dazu auch schon LAG Berlin-Brandenburg v. 10.1.2014 – 21 Ta 1794/13, NZI 2014, 463.

²⁵¹ BGH v. 10.11.2011 - VII ZB 64/10, BGHZ 191, 270.

Masse zugunsten der Gesamtheit der Gläubiger um den pfändbaren Teil des verschleierte Arbeitseinkommens erweitert. Wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet, verliert die Pfändung des pfändbaren Teils des verschleierte Arbeitseinkommens ihre Wirkung nach Ablauf des in § 114 Abs. 3 InsO genannten Zeitraums. Den pfändbaren Teil der angemessenen Vergütung kann danach nur noch der **Treuhänder beanspruchen**. Der in einem Rechtsstreit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits erreichte Prozesserfolg kann dadurch gesichert werden, dass der Treuhänder das verschleierte Arbeitseinkommen eines Schuldners aus dem Massebeschlagnahme zugunsten eines Gläubigers freigibt und dieser sich verpflichtet, das beetriebene verschleierte Arbeitseinkommen an die Insolvenzmasse abzuführen (**modifizierte Freigabe**). Eine solche Freigabeerklärung wirkt allerdings **nur für die Zukunft**. Mit Wirksamwerden der Freigabe kann der Gläubiger mit dem durch die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses erreichten Rang bis zum Ablauf der Nachhaftungsgrenze die Zwangsvollstreckung wieder betreiben.²⁵²

b) Änderungskündigung in der Verbraucherinsolvenz des Arbeitnehmers

Das LAG Düsseldorf hat im Zusammenhang mit der **Verbraucherinsolvenz** des Arbeitnehmers zu einer **einvernehmlichen Änderung von Arbeitszeit und Arbeitsvergütung** nach Änderungskündigung ohne Zustimmung des Treuhänders folgende Entscheidung getroffen:²⁵³

*Der Arbeitnehmer, der sich in Verbraucherinsolvenz befindet, darf ohne Zustimmung des Treuhänders das in einer **Änderungskündigung** enthaltene Angebot seines Arbeitgebers zur Absenkung von Arbeitszeit und Arbeitsvergütung annehmen, auch wenn sich dadurch der pfändbare Teil seines Arbeitseinkommens verringert. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich die Änderung der Vergütung als Folge der Neubestimmung des Synallagmas des Arbeitsverhältnisses darstellt.*

Die **Arbeitskraft** als solche fällt als **höchstpersönliches Rechtsgut** nicht in die Insolvenzmasse. Dies hat bereits das Reichsgericht im Jahre 1909²⁵⁴ entschieden und diesbezüglich wörtlich Folgendes ausgeführt: "*Der Gläubiger kann demgemäß nicht beanspruchen, dass sein Schuldner eine für jenen günstige Erwerbstätigkeit fortsetze, wenn der Schuldner dies nicht tun will. Die gegenteilige Annahme würde zu einer Art moderner Schuldknechtschaft führen, die mit den heutigen Anschauungen, insbesondere den über das Recht zur freien Betätigung der Persönlichkeit, unvereinbar wäre.*" Dies gilt nach wie vor. So

²⁵² BAG v. 16.5.2013 – 6 AZR 556/11, ZIP 2013, 1433; dazu EWIR 2013, 723 (H. Schröder).

²⁵³ LAG Düsseldorf v. 21.9.2011 – 12 Sa 946/11, n.v.

²⁵⁴ RG v. 26.1.1909 - VII 146/08, RGZ 17, 226, 230.

hat das BAG im Jahre 2009²⁵⁵ ausgeführt, dass aufgrund der Eröffnung des vereinfachten Verbraucherinsolvenzverfahrens ein Kündigungsschutzprozess nicht unterbrochen wird, weil mit diesem nicht die Insolvenzmasse, sondern ein höchstpersönlicher Anspruch des Arbeitnehmers²⁵⁶ betroffen ist. Auch die Literatur erkennt an, dass die Arbeitskraft als solche nicht zur Insolvenzmasse gehört.²⁵⁷

Das BAG hat mit Urteil vom 20.06.2013 diese Rechtsprechung auch noch einmal ausdrücklich bestätigt: Die Arbeitskraft des Schuldners und dessen Arbeitsverhältnis als solches gehören nicht zur Insolvenzmasse gem. § 35 Abs. 1 InsO und unterfallen daher nicht dem Verfügungsverbot des § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO. Der Schuldner kann deshalb in jeder Phase des Verbraucherinsolvenzverfahrens **über den Inhalt eines ihn betreffenden Arbeitsverhältnisses verfügen**. Die Zustimmung des Treuhänders ist hierzu nicht erforderlich. § 97 Abs. 2 InsO begründet **keine Arbeitspflicht des Schuldners zugunsten der Insolvenzmasse** und keine Einschränkung seiner arbeitsvertraglichen Dispositionsbefugnis. § 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO bestimmt eine **Erwerbsobliegenheit**, aber keine Arbeitspflicht des Schuldners. Geht der Schuldner in der sog. Wohlverhaltensperiode keiner angemessenen Erwerbstätigkeit nach, kann ihm allerdings nach § 296 InsO die **Restschuldbefreiung versagt** werden.²⁵⁸

Richtig ist allerdings, dass mit der Bestellung des Treuhänders gemäß § 313 Abs. 1 InsO i.V.m. § 292 InsO gemäß § 80 Abs. 1 InsO die **Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis** über das gesamte Vermögen, soweit es zur Insolvenzmasse gehört, auf den Treuhänder übergeht. Unstreitig gehört zur Insolvenzmasse gemäß §§ 35, 36 InsO der **pfändbare Anteil des Arbeitseinkommens** des Insolvenzschuldners, wobei gemäß § 35 Abs. 1 InsO auch der Neuerwerb, d.h. das nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erzielte Arbeitseinkommen erfasst wird.²⁵⁹ Über den pfändbaren Anteil des Arbeitseinkommens kann der Insolvenzschuldner nicht mehr frei verfügen. Verfügt er nach der Insolvenzeröffnung gleichwohl ohne Zustimmung des Insolvenzverwalters, ist die Verfügung unwirksam (§ 81 Abs. 1 Satz 1 InsO), wobei unter Verfügungen i.S. dieser Vorschrift sämtliche rechtsgestaltenden Handlungen mit verfügendem, d.h. unmittelbar rechtsgestaltendem Charakter, wie z.B. ein Verzicht fallen.²⁶⁰ Richtig ist auch, dass § 81 Abs. 2 InsO Abs. 1

²⁵⁵ BAG v. 5.11.2009 - 2 AZR 609/08, DB 2010, 286; siehe auch schon BGH v. 11.5.2006 — IX ZR 247/03, NZI 2006, 457 m. Anm. Frenzel/Gundlach.

²⁵⁶ So auch OLG Düsseldorf v. 23.12.1981 - 3 Ws 243/81, NJW 1982, 1712 zur Arbeitskraft des Schuldners.

²⁵⁷ Vgl. nur Braun/Bäuerle, InsO, 4. Aufl. 2010 § 35 Rn. 80; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl. 2010, § 35 Rn. 16; MüKo-InsO/Lwowski/Peters, 2. Aufl. 2007, § 35 Rn. 436.

²⁵⁸ BAG v. 20.6.2013 - 6 AZR 789/11, NZA 2013, 1147 =Verbraucherinsolvenz aktuell 2013, 79 m. Anm. Wegener.

²⁵⁹ Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl. 2010 § 35 Rn. 153; MüKo-InsO/Lwowski/Peters, 2. Aufl. 2007, § 35 Rn. 434.

²⁶⁰ Uhlenbruck/Uhlenbruck, § 81 Rn. 4.

dieser Vorschrift sogar für Verfügungen zur Anwendung bringt, welche künftige Forderungen aus einem Dienstverhältnis für die Zeit nach der Beendigung des Insolvenzverfahrens betreffen.

c) Vergütungszahlungen in der Verbraucherinsolvenz

Die Zahlung des **pfändbaren Teils des Arbeitsentgelts im Verbraucherinsolvenzverfahren** ist an den Treuhänder zu leisten. Das BAG hat mit Urteil vom 29.1.2014²⁶¹ entschieden: Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht die **Empfangszuständigkeit** für alle Leistungen, die auf zur Insolvenzmasse gehörende Forderungen erbracht werden, auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO). Nach § 82 Satz 1 InsO wird der Leistende jedoch von seiner Schuld befreit, wenn er die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Zeit der Leistung an den Schuldner nicht kannte**. Nur positive Kenntnis von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens schließt den Gutgläubensschutz des § 82 Satz 1 InsO aus. Grob fahrlässige Unkenntnis genügt nicht. Die einmal erlangte **positive Kenntnis** über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens dauert fort, solange der Dritte nicht zuverlässig davon erfährt, dass das Insolvenzverfahren abgeschlossen ist. Jede am Rechtsverkehr teilnehmende Organisation ist verpflichtet, Informationen verkehrsgerecht zu verwalten. Ordnungsgemäß zugewandene Informationen sind innerhalb der Organisation weiterzugeben. Einer juristischen Person ist das Wissen ihrer Arbeitnehmer zuzurechnen, das bei ordnungsgemäßer Organisation in den Akten festzuhalten, weiterzugeben und abzufragen ist.

II. Das Kündigungsrecht des Arbeitnehmers und des Insolvenzverwalters

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat nicht zugleich die Beendigung der bestehenden Arbeitsverhältnisse zur Folge. Das Arbeitsverhältnis besteht ohne Kündigung vielmehr über die Insolvenzeröffnung hinaus fort (vgl. § 113 InsO).

1. Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters ?

Wenn ein Arbeitnehmer, der vor Verfahrenseröffnung einen Arbeitsvertrag geschlossen hatte, die Tätigkeit noch nicht begonnen hat, hat – nach bestrittener Auffassung - der Insolvenzverwalter gem. **§ 103 InsO** ein Wahlrecht. Er kann die Erfüllung des Arbeitsvertrages wählen oder die **Erfüllung ablehnen**²⁶². Lehnt er die Erfüllung ab, steht dem Arbeitnehmer als Insolvenzgläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu (§ 103 Abs. 2 S. 1 InsO).

²⁶¹ BAG v. 29.1.2014 - 6 AZR 642/12, NZI 2014, 327.

²⁶² So Hess / Weis / Wienberg, Insolvenzarbeitsrecht, Rn. 406 f.; a. A. Grunsky / Moll, Arbeitsrecht und Insolvenz, Rn. 343; Düwell, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 1111; Heinze, Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 100; Caspers, Personalabbau im Insolvenzverfahren, Rn. 91 ff.

Nach herrschender Meinung wird aber die Vorschrift des § 103 InsO von der Regelung des **§ 113 InsO als lex specialis** auch für noch nicht angetretene Dienstverhältnisse verdrängt²⁶³. Ohnehin dürfte seit der **Neufassung des § 623 BGB** das Schriftformerfordernis für alle Beendigungstatbestände auch insoweit gelten.

Diese Auffassung hat nun auch das BAG bestätigt: Nach § 113 Satz 1 InsO können Arbeitsverhältnisse im Insolvenzverfahren **ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung** gekündigt werden. Dies gilt nach § 279 Satz 1 InsO auch bei Eigenverwaltung. Die **Kündigungsfrist** des § 113 Satz 2 InsO **beginnt mit dem Zugang der Kündigungserklärung**. Es kommt nicht darauf an, ob den vor Insolvenzeröffnung getroffenen Vereinbarungen zu entnehmen ist, dass bei einer Kündigung vor Dienstantritt die Kündigungsfrist erst ab dem vereinbarten Dienstantritt zu laufen beginnen soll. Im sog. Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO) getroffene Vereinbarungen, durch welche die Anwendung des § 113 InsO ausgeschlossen oder beschränkt wird, sind nach § 119 InsO unwirksam. § 119 InsO bezieht sich auf alle Vereinbarungen, die „im voraus“, d. h. vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, geschlossen wurden. Das Schutzschirmverfahren ist eine spezielle Variante des Eröffnungsverfahrens. Es ist auf den Zeitraum ab dem Eröffnungsantrag bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens beschränkt. § 113 InsO findet auf Kündigungen vor Dienstantritt Anwendung.²⁶⁴

2. Kein Rücktritt von einem vorinsolvenzlich vereinbarten Beendigungsvergleich

Verpflichtet sich der Arbeitgeber in einem mit dem Arbeitnehmer zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschlossenen **Aufhebungsvertrag** zur Zahlung einer **Abfindung** für den Verlust des Arbeitsplatzes, liegt regelmäßig ein gegenseitiger Vertrag vor. Die Zustimmung des Arbeitnehmers zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses steht in der Regel im Gegenseitigkeitsverhältnis zu der Abfindungszusage des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer kann deshalb nach **§ 323 Abs. 1 BGB** grundsätzlich vom Aufhebungsvertrag zurücktreten, wenn der Arbeitgeber die Abfindung nicht zahlt, das Rücktrittsrecht nicht ausdrücklich oder konkludent abbedungen ist und dem Arbeitgeber ohne Erfolg eine angemessene Frist zur Zahlung der Abfindung gesetzt wurde. Das **Rücktrittsrecht** aus § 323 Abs. 1 BGB **setzt** allerdings die **Durchsetzbarkeit der Forderung voraus**. Daran fehlt es, wenn der Schuldner nicht leisten muss oder nicht leisten darf.²⁶⁵

²⁶³ Siehe auch Kübler/Prütting/Moll, InsO, § 113 Rn. 32 f.; Berscheid, ZInsO 1998, 115, 116.

²⁶⁴ BAG v. 23.2.2017 – 6 AZR 665/15, NZA 2017, 995 = ZIP 2017, 1083 = NZI 2017, 577 m. Anm. Lambrecht/Kraft; dazu EWiR 2017, 443 (Stütze); NJW-Spezial 2017, 466.

²⁶⁵ BAG v. 10.11.2011 – 6 AZR 342/10, ArbuR 2011, 506, dazu NJW-Spezial 2012, 52.

Ähnlich hat dazu auch der 2. Senat des BAG entschieden:²⁶⁶ Streiten die Parteien über die **Wirksamkeit eines Prozessvergleichs**, ist dieser Streit jedenfalls dann in demselben Verfahren auszutragen, in dem der Vergleich geschlossen wurde, wenn nicht ausschließlich Gründe geltend gemacht werden, die erst nach seinem Abschluss entstanden sind. Eine Täuschung iSv. § 123 Abs. 1 BGB kann auch in dem Verschweigen von Tatsachen bestehen, sofern der Erklärende zu deren Offenbarung verpflichtet war. Das subjektive Merkmal „Arglist“ iSv. § 123 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn der Täuschende weiß oder billigend in Kauf nimmt, dass seine Behauptungen nicht der Wahrheit entsprechen oder mangels Offenbarung bestimmter Tatsachen irrtümliche Vorstellungen beim Erklärungsgegner entstehen oder aufrechterhalten werden; Fahrlässigkeit - auch grobe Fahrlässigkeit - genügt insoweit nicht. Die Beweislast für das Vorliegen von **Arglist** trägt der Anfechtende; dass es sich hierbei um eine innere Tatsache handelt, steht dem nicht entgegen. Es fehlt an einer unvorhergesehenen, schwerwiegenden nachträglichen Veränderung der Umstände iSv. § 313 Abs. 1 BGB, wenn sich durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Partei, die sich im Wege des Prozessvergleichs zur Zahlung einer erst später fällig werdenden Abfindung verpflichtet hat, das beiden Parteien bereits bei Vergleichsabschluss **bekanntes Risiko einer drohenden Zahlungsunfähigkeit** der Partei verwirklicht. Der Umstand, dass ein Abfindungsanspruch aus einem Prozessvergleich durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers zur Insolvenzforderung wird, begründet kein Rücktrittsrecht des Arbeitnehmers nach § 323 Abs. 1 Alt. 1 BGB. Voraussetzung für das gesetzliche Rücktrittsrecht nach § 323 BGB ist die Durchsetzbarkeit der ursprünglichen Forderung. Ein durch einen zuvor mit dem Schuldner geschlossenen Prozessvergleich begründeter Abfindungsanspruch ist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr durchsetzbar. Der Arbeitnehmer kann nicht mehr auf Leistung der Abfindung klagen, sondern nur noch gem. §§ 174 ff. InsO die **Feststellung der Forderung zur Insolvenztabelle** verlangen. Ein Recht zum Rücktritt von einem Prozessvergleich über die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung folgt nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers nicht aus § 326 Abs. 5 BGB. Die Zahlung der Abfindung ist zwar nicht mehr durchsetzbar, sie wird dem Schuldner aber durch die Insolvenzeröffnung nicht iSv. § 275 BGB unmöglich.

Auch im vorläufigen Insolvenzverfahren darf der Arbeitgeber die Abfindungssumme aufgrund der Anordnung des Insolvenzgerichts nicht ohne **Zustimmung des schwachen vorläufigen Verwalters** an den Arbeitnehmer zahlen. Darüber hinaus steht der Durchsetzbarkeit des Abfindungsanspruchs die „**dolo-petit-Einrede**“ entgegen. Der Arbeitnehmer fordert mit der

²⁶⁶ BAG v. 11.7.2012 – 2 AZR 42/11, NZI 2012, 977; dazu EWiR 2013, 101 (Jacobsen/Menke); siehe auch BAG v. 27.8.2014 – 4 AZR 999/12, NZA 2015, 571.

Abfindung eine Leistung, die er alsbald nach § 143 Abs. 1 InsO wegen **Anfechtbarkeit** der Abfindungszahlung zur Insolvenzmasse hätte zurückgewähren müssen. Gemäß § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist u.a. eine Rechtshandlung anfechtbar, die einem Insolvenzgläubiger eine Befriedigung gewährt hat, wenn sie nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und wenn der Gläubiger zur Zeit der Handlung den Eröffnungsantrag kannte. Diese Voraussetzungen würden bei einer Zahlung der Abfindung vorliegen.

3. Fortgeltung des Kündigungsschutzgesetzes

Der Kündigungsschutz der Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis sich bei Verfahrenseröffnung in Vollzug befindet, bleibt grundsätzlich wie nach bisher geltendem Recht unberührt²⁶⁷. Die Arbeitsverhältnisse können nach Verfahrenseröffnung - wie bisher nach § 22 KO - **von beiden Seiten gekündigt** werden.

Der Insolvenzverwalter kann den Arbeitsvertrag nur beenden, wenn ein Kündigungsgrund nach den allgemein geltenden Grundsätzen gegeben ist. Die **Verfahrenseröffnung** allein **rechtfertigt** dagegen **nicht eine betriebsbedingte Kündigung** i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG²⁶⁸, vielmehr bedarf es eines echten Kündigungsgrundes, etwa eines Beschlusses des Insolvenzverwalters zur Betriebsstilllegung.

Eine auf betriebliche Gründe gestützte **außerordentliche Kündigung - mit einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufrist** - kommt in Betracht, wenn die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist und dies dazu führt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer andernfalls trotz Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit unter Umständen noch für erhebliche Zeiträume vergüten müsste, ohne dass dem eine entsprechende Arbeitsleistung gegenüberstünde. Ein wichtiger Grund liegt **nicht** bereits in einer **schlechten wirtschaftlichen Lage oder der (drohenden) Insolvenz des Arbeitgebers** als solcher. Das wirtschaftliche Risiko trägt der Arbeitgeber. Dieser Grundsatz kommt ua. in § 113 Satz 1, Satz 2 InsO zum Ausdruck. Danach steht - selbst bei Ausschluss der ordentlichen Kündigung - auch dem Insolvenzverwalter bei betrieblichen Gründen nur das Recht zur ordentlichen Kündigung mit einer Frist von bis zu drei Monaten zu.²⁶⁹

Auch bei einer Kündigung durch einen Insolvenzverwalter gilt, dass eine **Aufklärungspflicht** des Arbeitgebers über die Möglichkeit einer Kündigungsschutzklage nicht besteht. Es ist allein Sache des Arbeitnehmers, zu überlegen, ob er sich gegen eine Kündigung zur Wehr

²⁶⁷ Siehe Hess/Weis, InVo 1996, 306.

²⁶⁸ Zu den Anforderungen an den Kündigungsgrund der betriebsbedingten Kündigung und die schlüssige Darlegung der „Unternehmerentscheidung“ in diesem Zusammenhang allgemein siehe BAG v. 17.6.1999 – 2 AZR 141/99 und 456/98 und 522/98, ZIP 1999, 1721 und 1724 und 1729.

²⁶⁹ BAG v. 24.1.2013 – 2 AZR 453/11, DB 2013, 1366; dazu NJW-Spezial 2013, 404.

setzt und dabei die vom Insolvenzverwalter angeführten Kündigungsgründe auf ihre Stichhaltigkeit hin überprüfen lässt. Dies gilt auch, soweit es die Frage betrifft, ob ein Betrieb stillgelegt oder von einem Übernehmer fortgeführt wird. Treffen die vom Insolvenzverwalter angeführten Kündigungsgründe nicht zu, so kann der Arbeitnehmer nicht geltend machen, er sei durch unrichtige (Rechts-)Auskunft des Insolvenzverwalters, auf die er habe vertrauen können, von einer rechtzeitigen Klageerhebung abgehalten worden. Anspruch auf **nachträgliche Klagezulassung** besteht daher auch in solchen Fällen nicht.²⁷⁰

§ 323 Abs 1 UmwG, wonach im Fall einer Unternehmungsspaltung sich die kündigungsrechtliche Stellung der betroffenen Arbeitnehmer auf Grund der Spaltung für die Dauer von zwei Jahren ab dem Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens nicht verschlechtert, steht nach Auffassung des BAG einer Kündigung durch den Insolvenzverwalter wegen Betriebsstilllegung in der Insolvenz eines abgespaltenen Unternehmens nicht entgegen.²⁷¹

4. Das insolvenzrechtliche Freistellungsrecht des Insolvenzverwalters

Der **Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers** im bestehenden – auch ggf. bereits gekündigten - Arbeitsverhältnis wird aus den §§ 611, 613 iVm. § 242 BGB hergeleitet. Er beruht auf der **arbeitsvertraglichen Förderungspflicht des Arbeitgebers** im Hinblick auf das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen der Art. 1 und 2 GG zum **Persönlichkeitsschutz**. Eine einseitige Suspendierung des Arbeitnehmers ohne vertragliche Vereinbarung ist grundsätzlich nicht zulässig.²⁷² Der Anspruch muss nur dann zurücktreten, wenn überwiegende schutzwerte Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen.²⁷³ Der Arbeitnehmer kann daher – zumindest außerhalb der Insolvenz – seinen Beschäftigungsanspruch ggf. durch eine **einstweilige Verfügung** durchsetzen.²⁷⁴

Das LAG Hessen verneint aber auch in der Insolvenz ein **Freistellungsrecht** des Insolvenzverwalters **aus insolvenzspezifischen Gründen**. Der Insolvenzverwalter ist jedoch berechtigt, zur Sicherung des Urlaubsanspruchs eines Arbeitnehmers nach erfolgter Kündigung diesen Urlaub zu erteilen, aber auch verpflichtet, dass Urlaubsentgelt zu zahlen. Auch dabei ist ein insolvenzspezifische Freistellungsrecht des Insolvenzverwalter ohne die Verpflichtung zur Zahlung von Urlaubsentgelt nicht anzuerkennen.²⁷⁵

²⁷⁰ LAG Köln v. 18.8.2006 – 9 Ta 272/06, ZIP 2006, 2231.

²⁷¹ BAG v. 22.9.2005 – 6 AZR 526/04, ZIP 2006, 631 = BB 2006, 1278 m. Anm. Hohenstatt/Schramm.

²⁷² BAG v. 21.9.1993 – 9 AZR 335/91, NZA 1994, 267.

²⁷³ BAG v. 27.2.1985 – GS 1/84, BAGE 48, 122; ErfK/Preis, 14. Aufl. § 611 BGB Rn. 563.

²⁷⁴ LAG Nürnberg v. 15.9.2015 – 7 SaGa 4/15, AE 2016, 12; a.A. LAG Nürnberg v. 18.9.2007 – 4 Sa 586/07.

²⁷⁵ LAG Hessen v. 10.4.2017 – 7 Sa 650/17, NZI 2017, 902.

a) **Freistellungsanordnung und Freistellungsvereinbarung**

Das BAG unterscheidet zwischen **einseitigen Freistellungsanordnungen** durch den Insolvenzverwalter und **einvernehmlich vereinbarten Freistellungen**:

- Die Freistellungsvereinbarung wertet das BAG als Erlassvertrag i.S.v. § 397 BGB (hinsichtlich der Leistungspflicht des Arbeitnehmers) und nimmt einen **Vergütungsanspruch** nach § 611 BGB an.
- Im Falle der einseitigen Freistellung folgert es den Vergütungsanspruch aus dem Gesichtspunkt des **Annahmeverzuges**.²⁷⁶

In beiden Fallgestaltungen entstehen in der **Insolvenz** so Masseverbindlichkeiten. Entscheidend ist jedoch regelmäßig, ob es sich um sog. **Alt-** oder um sog. **Neumasseverbindlichkeiten** handelt.

Zu empfehlen ist aus Arbeitnehmersicht eine einseitige widerrufliche, aus Arbeitgebersicht eine einverständliche unwiderrufliche Freistellung, da nur durch letztere Ansprüche auf Urlaub und Mehrarbeitsabgeltung erfüllt werden können.²⁷⁷ Im Falle einer widerruflichen Freistellung sollte der Arbeitgeber innerhalb der Freistellungsphase **unter konkreter Datumsangabe** ausdrücklich den **Resturlaub** und den etwaigen **Freizeitausgleich** gewähren.

Eine fragwürdige Rechtsauffassung vertritt insoweit das LAG Berlin-Brandenburg: Die typische Erklärung im Kündigungsschreiben „*Sie werden ab sofort unter Fortzahlung der vertragsgemäßen Vergütung und unter Anrechnung bestehender Urlaubsansprüche bis zum Ablauf der Kündigungsfrist von der Erbringung der Arbeitsleistung unwiderruflich freigestellt*“ stelle ein **Angebot zum Abschluss eines Erlassvertrags** i.S.v. § 397 BGB dar.²⁷⁸

Die Durchführung einer **Betriebsänderung** in Form einer Stilllegung des Betriebs kann auch mit einer **unwiderruflichen Freistellung sämtlicher Arbeitnehmer** beginnen und somit mangels vorherigen Abschlusses eines Inrentenausgleichs **Nachteilsausgleichsansprüche** gemäß § 113 Abs. 3 BetrVG auslösen.²⁷⁹

Bei einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer für den Zeitraum bis zum Ausscheiden häufig die Freistellung des Arbeitnehmers von der Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung unter **Fortzahlung der Arbeitsvergütung**. Das BAG hat dazu klargestellt, dass während der

²⁷⁶ BAG v. 6.9.2006 - 5 AZR 703/05, NZA 2007, 36; dazu Bayreuther, ZIP 2008, 573.

²⁷⁷ Dazu Bauer/Krieger, DB 2005, 2242; Oelkers/Schmidt, NJW-Spezial 2005, 465 f.

²⁷⁸ LAG Berlin-Brandenburg v. 24. 8. 2012 – 13 Sa 499/12, ZIP 2013, 42; dazu EWIR 2013, 137 (Mücl).

²⁷⁹ LAG Berlin-Brandenburg v. 2. 3. 2012 – 13 Sa 2187/11, ZIP 2012, 1429.

Freistellungsphase die Zahlungspflicht des Arbeitgebers im Falle krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht über die gesetzliche Grundlage hinausgeht. Daraus folgt, dass der Arbeitgeber während der Freistellung nur bei Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers oder im Falle **krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit** nach den gesetzlichen Vorschriften über die Entgeltfortzahlung bis zu sechs Wochen Arbeitsvergütung zu zahlen hat. Soll der Arbeitgeber im Falle krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit über die gesetzliche Pflicht zur Entgeltfortzahlung hinaus Arbeitsvergütung zu zahlen haben, muss dies ausdrücklich vereinbart werden.²⁸⁰

Bei der sog. „**insolvenzrechtlichen Freistellung**“ von Arbeitnehmern durch den Insolvenzverwalter nach Erklärung der Masseunzulänglichkeit handelt es sich nach der Auffassung des LAG Nürnberg **nicht** um eine **Willenserklärung** oder eine **geschäftliche Handlung**, sondern lediglich um die Mitteilung, dass die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht in Anspruch genommen werden solle. Eine **Zurückweisung** dieser Mitteilung nach **§ 174 BGB** wegen Fehlens der Vollmachtsvorlage **geht daher ins Leere**.²⁸¹

Zu einem **Nachforderungsbescheid des Rentenversicherungsträgers** wegen rückständiger Sozialversicherungsbeiträge **für freigestellte Arbeitnehmer** auch noch **nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit** hat das BSG entschieden:²⁸²

Die Rentenversicherungsträger sind berechtigt, den Insolvenzverwalter wegen rückständiger Gesamtsozialversicherungsbeiträge für die in der Insolvenz des Arbeitgebers gekündigten und freigestellten Arbeitnehmer auch noch nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch Erlass eines Nachforderungsbescheids in Anspruch zu nehmen. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber nach § 335 Abs. 3 Satz 2 SGB III – also wegen **Bezugs von Insolvenzgeld** - von der Verpflichtung zur Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen befreit ist.

b) Sozialversicherungspflichtige Beschäftigung und Freistellung

Die **unwiderrufliche Freistellung** zur Erfüllung der etwaigen **Resturlaubsansprüche** des freigestellten Arbeitnehmers war zwischenzeitlich aufgrund einer neueren Handhabung der Spitzenverbände der **Sozialversicherungsträger** (gemeinsame Besprechung der Spitzenverbände der Krankenkassen, des Verbandes Deutscher Rentenversicherungsträger und der Bundesagentur für Arbeit am 5. und 6.7.2005) problematisch geworden. Jene sahen eine solche Freistellung zumindest bei einvernehmlicher Regelung auf der Grundlage der Rechtsprechung des BSG als **Ende der Versicherungspflicht** an mit der Folge, dass die Pflichtmitgliedschaft in der Krankenversicherung und in der Arbeitslosenversicherung

²⁸⁰ BAG v. 23.1.2008 – 5 AZR 393/07, NJW 2008, 1550.

²⁸¹ LAG Nürnberg v. 6.9.2011 – 6 Sa 807/10, ZIP 2012, 1476.

²⁸² BSG v. 28.5.2015 – B 12 R 16/13 R, NZI 2016, 27 = ZIP 2016, 128; dazu EWiR 2016, 55 (Hess):

endet.²⁸³ Nach Ansicht der Organisationen und Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger fehle es bei einer unwiderruflichen Freistellung und dem damit verbundenen Verzicht des Arbeitgebers auf sein **Direktionsrecht** an einer das **Beschäftigungsverhältnis** i.S.v. § 7 SGB IV kennzeichnenden zweiseitigen Beziehung von Arbeitnehmer und Arbeitgeber, wenn die Parteien im Einvernehmen unwiderruflich auf die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung des Arbeitnehmers (etwa durch Aufhebungs- oder Abwicklungsvertrag) verzichten.²⁸⁴ Das **BSG** hat jedoch mit **zwei Entscheidungen vom 24.9.2008** das Fortbestehen eines Beschäftigungsverhältnisses trotz Freistellung festgestellt.²⁸⁵

Für die **gesetzliche Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung** gilt daher, dass ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis auch dann fortbesteht, wenn die Arbeitsvertragsparteien **im gegenseitigen Einvernehmen unwiderruflich** auf die vertragliche Arbeitsleistung verzichten.²⁸⁶

Davon abweichend wird die gesetzliche Unfallversicherung bewertet. Nach einem neueren **Besprechungsergebnis der Spitzenverbände in der Sozialversicherung vom 31.03.2010** gelten für die gesetzliche Unfallversicherung Besonderheiten. Denn diese ist vom Charakter her eine Haftpflichtversicherung. Da bei einer endgültigen unwiderruflichen Freistellung von der Arbeitsleistung die Dispositionsbefugnis des Unternehmers endgültig entfallen ist, liegt insoweit kein zu versicherndes Risiko mehr vor.

Verzichtet ein Arbeitgeber, z.B. im Rahmen eines Aufhebungsvertrags, endgültig und unwiderruflich bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses, auf die geschuldete Arbeitsleistung, liegt **kein beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne der Unfallversicherung** - mehr – vor. Das ergibt sich aus dem Besprechungsergebnis der Spitzenverbände in der Sozialversicherung.

Für die Zeiten der unwiderruflichen Freistellung von der Arbeitsleistung bis zum Ende des Beschäftigungsverhältnisses sind daher vom Arbeitgeber in den **Entgeltmeldungen** auch **keine Daten zur Unfallversicherung zu melden**. Bei Entgeltmeldungen bis zum 31.5.2011 sind insoweit im Datenbaustein Unfallversicherung (DBUV) ein unfallversicherungspflichtiges Arbeitsentgelt in Höhe von 0 EUR und keine Arbeitsstunden anzugeben. Bei

²⁸³ BSG v. 25.4.2002 – B 11 AL 65/01 R, NZA-RR 2003, 105 = SGB 2003, 109 m. krit. Anm. *Wank*.

²⁸⁴ Besprechung über Fragen des gemeinsamen Beitragseinzugs zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung v. 5./6.7.2005.

²⁸⁵ BSG v. 24.9.2008 – B 12 KR 22/07 R, DB 2009, 2326 und BSG v. 24.9.2008 – B 12 KR 27/07 R, USK 2008, 95.

²⁸⁶ Zur Höhe des Beitragsatzes siehe Eilts, NWB 2015, 3570.

Entgeltmeldungen ab dem 1.6.2011 ist im DBUV der UV-Grund „B03“ (Versicherungsfreiheit in der UV gemäß SGB VII) vorzugeben.

Die Praxis der Rentenversicherungsträger, die **Gesamtsozialversicherungsbeiträge** für die in der Insolvenz des Arbeitgebers gekündigten und freigestellten Arbeitnehmer in voller Höhe mit **Bescheid** gegen den Insolvenzverwalter unter Fristsetzung von einem Monat und **unter Ausschluss der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs** festzusetzen, ist nach der Auffassung des SG Düsseldorf unbillig, wenn die Bundesagentur für Arbeit den Arbeitnehmern im Wege der sog. **Gleichwohlgewährung** Arbeitslosenentgelt gezahlt und für diese Sozialversicherungsbeiträge entrichtet hat. Von dem Forderungsbetrag sind die Zahlungen in Abzug zu bringen, die der Insolvenzverwalter an die Bundesagentur für Arbeit als Ersatz für die von dieser bereits geleisteten Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten hat.²⁸⁷

c) **Überprüfungskriterien bei einseitigen Freistellungen**

Der Insolvenzverwalter kann **aus insolvenzspezifischen Gründen** berechtigt sein, einen Teil der Belegschaft von der Arbeit freizustellen.²⁸⁸ Er ist aber bei der Ausübung seines Freistellungsrechts an die **Grenzen des billigen Ermessens** gem. § 315 Abs. 1 BGB gebunden.²⁸⁹ Dabei können **soziale Gesichtspunkte** i.S.v. § 1 KSchG wie Alter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten und besondere finanzielle Interessen der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Bedeutung sein.

Der Entgeltzahlungsanspruch des „freigestellten“ Arbeitnehmers wird auch dann nicht zur Neumasseverbindlichkeit i.S.v. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO, wenn der Insolvenzverwalter rechtswidrig statt derjenigen des Klägers die **Arbeitsleistung eines anderen Arbeitnehmers in Anspruch genommen** hat. Insoweit ist nach der Auffassung des LAG Nürnberg mangels Leistungsbestimmung des Verwalters zwar nicht auf „billiges Ermessen“ abzustellen. Der Insolvenzverwalter könnte aber insoweit seine **arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht** verletzt und sich aus diesem Grund **ersatzpflichtig** gemacht haben.²⁹⁰

²⁸⁷ SG Düsseldorf v. 31.5.2010 – S 52 (10) R 41/08, ZIP 2010, 1814.

²⁸⁸ Dazu Berscheid, ZInsO 2001, 64; Bertram, NZI 2001, 625; Weisemann, DZWIR 2001, 151; Lauer, ZIP 2006, 983; Bayreuther, ZIP 2008, 573; dagegen Seifert, DZWIR 2002, 407; Oberhofer, ZInsO 2002, 21; Wroblewski, NJW 2011, 347; zur Auslegung einer Freistellungserklärung siehe auch LAG Köln v. 15.9.2005 – 9 Sa 682/05, BB 2007, 718.

²⁸⁹ LAG Nürnberg v. 30.8.2005 – 6 Sa 273/05, ZIP 2006, 256; nach Auffassung des ArbG Berlin v. 4.2.2005 – 9 Ga 1155/05, BB 2006, 559 soll aber zumindest eine **Freistellungsklausel** in einem vom Arbeitgeber gestellten **Arbeitsvertragsformular** wegen **unangemessener Benachteiligung** iSv. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sein können.

²⁹⁰ BAG v. 23.1.2008 – 5 AZR 393/07, NJW 2008, 1550.

Die Anordnung der Freistellung ist auch dann unbillig, wenn der Insolvenzverwalter die Freistellung damit begründet, der Arbeitnehmer - Betriebsratsvorsitzender - habe ohnehin kaum noch Arbeiten für den Betrieb verrichtet. In diesem Fall wäre die Frage der Erforderlichkeit der **Betriebsratstätigkeit** zu Lasten des Betriebsratsmitglieds auf die insolvenzrechtliche Freistellung verlagert.²⁹¹

Es besteht jedoch **keine insolvenzspezifische Pflicht** des Insolvenzverwalters, Arbeitnehmer zu einem bestimmten Zeitpunkt von der Arbeitspflicht freizustellen, **um den Bezug von Arbeitslosengeld zu ermöglichen.**²⁹²

d) Besonderheiten nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit

Auch nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit muss ein Insolvenzverwalter, der den Arbeitnehmer wegen fehlenden Beschäftigungsbedarfs von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freistellt, hierbei **billiges Ermessen im Sinne des § 315 BGB** beachten. Die Anordnung der Freistellung ist unbillig, wenn der Insolvenzverwalter nicht unverzüglich Maßnahmen ergreift, um das **Arbeitsverhältnis zum schnellstmöglichen Zeitpunkt zu beenden.**²⁹³

Stellt der Insolvenzverwalter somit die Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung **nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens** frei, stellen die Ansprüche der Arbeitnehmer sonstige Masseverbindlichkeiten i.S.v. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO dar²⁹⁴.

In der Entscheidung des LAG Köln vom 31.01.2011²⁹⁵ ging es um die Frage, ob die Entgeltforderung bei einer **Freistellungsabrede** für die Zeit nach Insolvenzeröffnung Masseverbindlichkeit im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO ist oder eine Insolvenzforderung. Das LAG Köln hat eine Masseverbindlichkeit im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO angenommen.

Nach der Rechtsprechung des BAG²⁹⁶ begründet der Insolvenzverwalter **Neumasseverbindlichkeiten** i.S.v. § 209 Abs.2 Nr.2 InsO bei Unterlassung der **frühest möglichen Kündigung** nach Masseunzulänglichkeitsanzeige, und zwar auch bei freigestellten Arbeitnehmern. Der Rang einer Forderung auf Arbeitsvergütung als

²⁹¹ LAG Nürnberg v. 30.8.2005 – 6 Sa 273/05, ZIP 2006, 256.

²⁹² BAG v. 15.11.2012 - 6 AZR 321/11, ZIP 2013, 638; dazu EWIR 2013, 211 (Mückl/Herrnstadt).

²⁹³ LAG Nürnberg v. 30.8.2005 – 6 Sa 273/05, ZIP 2006, 256.

²⁹⁴ Dazu Moll, in: Schmidt/Uhlenbruck, 359 f.; zu den Haftungsgefahren: Richter/Völksen, ZIP 2011, 1800.

²⁹⁵ LAG Köln vom 31.1.2011 - 5 Sa 1224/10, NZI 2011, 299 = ZIP 2011, 970.

²⁹⁶ BAG v. 31.3.2004 - 10 AZR 253/03, ZIP 2004, 1323, dazu EWIR 2004, 815 (Bork); Bayreuther, ZIP 2008, 573; zur Abgrenzung der Alt- und der Neumasseverbindlichkeiten siehe auch BGH v. 13.4.2006 – IX ZR 22/05, ZInsO 2006, 541.

Masseverbindlichkeit wird durch die nach der Anzeige der (drohenden) Masseunzulänglichkeit zu treffende Entscheidung des Insolvenzverwalters bestimmt, ob er das Arbeitsverhältnis **unverzüglich kündigt** oder ob er es (zunächst) ungekündigt fortsetzt. Als Masseverbindlichkeit i.S.v. § 209 Abs.2 Nr.2 InsO gilt die Arbeitsvergütung für die Zeit nach dem ersten Termin, zu dem der Insolvenzverwalter nach **Anzeige der Masseunzulänglichkeit** kündigen konnte. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung freigestellt wird.

Der **maßgebliche Kündigungstermin** bestimmt sich nach dem Zeitpunkt, zu dem eine Kündigung unter Beachtung gesetzlicher Verpflichtungen, z.B. aus § 102 BetrVG, § 85 SGB IX oder §§ 111, 112 BetrVG rechtlich zulässig ist. Er richtet sich nicht nach dem Zeitpunkt der unternehmerischen Entscheidung des Insolvenzverwalters, den Betrieb stillzulegen.

Ähnlich hat auch das LAG Hamm entschieden:²⁹⁷

Das nach **Anzeige der Masseunzulänglichkeit** (§ 208 InsO) eintretende **Vollstreckungsverbot** aus § 210 InsO erfasst nur die in § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO geregelten Masseverbindlichkeiten (sog. **Altmasseverbindlichkeiten**).

- Daraus folgt im Umkehrschluss: **Verbindlichkeiten im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO** (sog. Neumasseverbindlichkeiten) sind grundsätzlich weiterhin mit der **Zahlungsklage** zu verfolgen. Hiervon ist eine **Ausnahme** dann zu machen, wenn der Insolvenzverwalter mit Recht einwendet, die Insolvenzmasse genüge auch nicht zur vollständigen Tilgung der Neumasseverbindlichkeiten (**weitere Masseunzulänglichkeit**). Der Rechtsschutz des Neumassegläubigers ist nur in einem solchen Falle auf die Erhebung einer Feststellungsklage beschränkt.
- Daraus folgt ferner im Umkehrschluss, dass die sog. **Neumasseverbindlichkeiten im Sinne des § 209 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 209 Abs. 2 Nrn. 1- 3 InsO** mit ihrer Fälligkeit grundsätzlich **aus der Insolvenzmasse** zu befriedigen sind. Der **Rang** einer Forderung auf Arbeitsentgelt als Alt- oder Neumasseverbindlichkeit wird durch die nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit zu treffenden Entscheidung des Insolvenzverwalters bestimmt, ob er das Arbeitsverhältnis **unverzüglich kündigt** oder ob er es (zunächst) fortsetzt.

Werden **Masseverbindlichkeiten** nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit zum Gegenstand eines **Mehrvergleichs** gemacht und liegen die Voraussetzungen für eine Berücksichtigung im Rahmen der **Festsetzung eines Gegenstandswerts** für einen Vergleichsmehrwert vor, ist § 182 InsO bzw. die darin zum Ausdruck kommende Wertung

²⁹⁷ LAG Hamm v. 13.10.2005 – 4 Sa 2340/04, ZInsO 2007, 51.

entsprechend anzuwenden. In Ansatz zu bringen ist dann allein der zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses maßgebliche wirtschaftliche Wert.²⁹⁸

Die **Leistungsklage eines Neumassegläubigers** ist mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, wenn er aus der freien Masse nicht befriedigt werden kann, ohne dass daneben die Kosten des Insolvenzverfahrens gedeckt sind, oder die zu erwirtschaftende Insolvenzmasse nicht ausreicht, um alle Neumassegläubiger voll zu befriedigen. In diesen Fällen ist das Bestehen der Forderung des Neumassegläubigers, jedenfalls wenn eine auf sie entfallende **Quote** noch nicht feststeht, **gerichtlich nur noch festzustellen**.²⁹⁹

Hat der Insolvenzverwalter, die **Arbeitskraft** eines Arbeitnehmers **nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit weiter in Anspruch genommen**, und sei es auch nur für eine bestimmte Zeit bis zu einer geplanten Stilllegung oder bis zu einer Personalanpassung, und spricht er in einem solchen Fall während der Weiterbeschäftigung dann eine Kündigung aus, die vom Arbeitnehmer erfolgreich mit einer Kündigungsschutzklage angegriffen oder vom Insolvenzverwalter zurückgenommen wird, dann sind die daraus entstehenden Annahmeverzugsansprüche Neumasseverbindlichkeiten im Sinne des § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO.

e) Anrechnung anderweitigen Verdienstes

Ist der Arbeitnehmer **einseitig** von der Arbeitsleistung **freigestellt** worden, muss er sich dasjenige nach **§ 615 S. 1 und S. 2 BGB, § 11 Nr. 1 und Nr. 2 KSchG** anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Arbeitsleistung erspart oder was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.³⁰⁰

Stellt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nach Ausspruch einer ordentlichen Kündigung für die Dauer der Kündigungsfrist **unter Anrechnung bestehender Urlaubsansprüche** von der Arbeit frei und bittet er den Arbeitnehmer zugleich, ihm die Höhe des während der Freistellung erzielten Verdienstes mitzuteilen, überlässt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die zeitliche Festlegung der Urlaubszeit und gerät während der verbleibenden Zeit gemäß § 293 BGB in Annahmeverzug. Der Arbeitgeber kann den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers dadurch erfüllen, dass er dem Arbeitnehmer das Recht einräumt, die konkrete Lage des Urlaubs innerhalb eines bestimmten Zeitraums selbst zu bestimmen. Ist der Arbeitnehmer damit nicht einverstanden, weil er ein Annahmeverweigerungsrecht geltend macht³⁰¹, hat er

²⁹⁸ LAG Berlin-Brandenburg v. 5.6.2019 – 26 Ta (Kost) 6036/19, ZIP 2019, 1395.

²⁹⁹ BAG v. 18.7.2017 – 1 AZR 546/15, ZIP 2017, 2221.

³⁰⁰ BAG v. 6.9.2006 – 5 AZR 703/05, NZA 2007, 36; Bayreuther, ZIP 2008, 573, 581.

³⁰¹ Dazu ErfK/Dörner, § 7 BurlG, Rn. 20.

dies dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen. Unterbleibt eine solche Mitteilung, kann der Arbeitgeber davon ausgehen, der Arbeitnehmer lege die Urlaubszeit innerhalb der Kündigungsfrist selbst fest. Ein späteres **Urlaubsabgeltungsverlangen** des Arbeitnehmers wäre **rechtsmissbräuchlich** (§ 242 BGB) und deshalb nicht begründet.³⁰²

Mit der über die Erfüllung der Urlaubsansprüche hinausgehenden einseitigen Freistellung von der Arbeitspflicht lehnt der Arbeitgeber in der Regel die Annahme der vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitsleistung ab und gerät so gem. § 293 BGB in **Annahmeverzug**. Die einseitige Freistellung von der Arbeit ist, soweit keine besonderen Umstände vorliegen, regelmäßig nicht anders zu beurteilen, als wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Arbeit nach Hause schickt, weil er ihn nicht mehr beschäftigen will. Auch in diesem Fall liegt keine vorübergehende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vor³⁰³, sondern Annahmeverzug. Zur Begründung des Annahmeverzugs bedarf es bei der unwiderruflichen Freistellung in der Kündigungserklärung keines wörtlichen Angebots (§ 295 Satz 1 BGB) der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer, denn der Arbeitgeber lässt erkennen, unter keinen Umständen zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bereit zu sein.³⁰⁴ Der Beginn des Annahmeverzugs ist auf Grund der Freistellungserklärung und der zeitlichen Festlegung der Arbeitspflicht hinreichend klar bestimmt.

Beruhet die **Freistellung** auf einer **Vereinbarung** zwischen Arbeitnehmer und Insolvenzverwalter, ist anderweitig erzielter Verdienst nach der Auffassung des 9. Senats des BAG nur dann anrechenbar, wenn dies so vereinbart wurde.³⁰⁵

Ob der Arbeitnehmer nach unwiderruflicher Freistellung durch den Arbeitgeber (Insolvenzverwalter) noch einem **Wettbewerbsverbot** unterliegt, ist nicht abschließend geklärt. Nach den Entscheidungen des 2. und des 5. Senats des BAG vom 28.01.2010³⁰⁶ und 6.9.2006³⁰⁷ erscheint dies aber insgesamt als zweifelhaft.³⁰⁸

Folge des Annahmeverzugs bei einer Freistellung durch den Arbeitgeber ist – wie vorstehend ausgeführt - gemäß § 615 Satz 2 BGB die Anrechnung des Verdienstes, den der Arbeitnehmer infolge des Unterbleibens der Arbeitsleistung erwirbt. Bei einer unwiderruflichen Freistellung unter dem Vorbehalt der Anrechnung etwaigen anderweitigen Verdienstes kann der Arbeitnehmer gem. § 157 BGB in der Regel davon ausgehen, in der

³⁰² BAG v. 6.9.2006 – 5 AZR 703/05, NZA 2007, 36; BAG v. 14.3.2006 - 9 AZR 11/05, NZA 2006, 1008.

³⁰³ Dazu BAG v. 23.1.2001 - 9 AZR 26/00, BAGE 97, 18, 19 f.

³⁰⁴ Vgl. BGH v. 9.10.2000 - II ZR 75/99, AP BGB § 615 Nr. 88 = EzA BGB § 615 Nr. 100.

³⁰⁵ BAG v. 9.11.1999 – 9 AZR 922/98, n.v.

³⁰⁶ BAG v. 28.1.2010 -2 AZR 108/08, NZA-RR 2010, 461.

³⁰⁷ BAG v. 6.9.2006 – 5 AZR 703/05, NZA 2007, 36.

³⁰⁸ Bayreuther, ZIP 2008, 573, 582.

Verwertung seiner Arbeitsleistung frei und **nicht mehr an vertragliche Wettbewerbsverbote (§ 60 HGB) gebunden** zu sein. Dies ergibt sich aus der bei der Auslegung der Freistellungserklärung zu berücksichtigenden beiderseitigen Interessenlage. Der Arbeitnehmer kann auf Grund seiner beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten für den Arbeitgeber erkennbar oftmals einen Verdienst nur durch eine Tätigkeit erzielen, die im Wettbewerb zum Geschäftsfeld des Arbeitgebers steht. Wenn der Arbeitgeber gleichwohl durch die Freistellung den Annahmeverzug mit der Möglichkeit der Verdienstanrechnung herbeiführt, macht er deutlich, dass ihn Wettbewerbshandlungen des Arbeitnehmers in der Zeit der Freistellung nicht stören.³⁰⁹

Einen **abweichenden Willen** hat der Arbeitgeber in der Freistellungserklärung zum Ausdruck zu bringen. Ist die Freistellungserklärung des Arbeitgebers dahingehend auszulegen, dass **abweichend von § 615 Satz 2 BGB eine Anrechnung anderweitigen Verdienstes nicht** erfolgen soll, kann der Arbeitnehmer redlicherweise nicht ohne ausdrückliche Erklärung des Arbeitgebers annehmen, der Arbeitgeber habe auf die Einhaltung des vertraglichen Wettbewerbsverbots verzichtet. Denn wenn der Arbeitgeber einen weiteren Verdienst nicht anrechnen will, kann er regelmäßig erwarten, der Arbeitnehmer erziele diesen Verdienst nicht durch Wettbewerbstätigkeit.³¹⁰

Nach den jeweiligen **Umständen des Einzelfalls** kann die **Auslegung** der Freistellungserklärung des Arbeitgebers auch ergeben, dass dem Arbeitnehmer damit für die gesamte Dauer der Kündigungsfrist Urlaub erteilt werden sollte.³¹¹ Legt der Arbeitgeber in der Freistellungserklärung die genaue zeitliche Lage des Urlaubs nicht fest, ist des Weiteren denkbar, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Festlegung der zeitlichen Lage der Urlaubstage innerhalb des vorbehaltlos gewährten Freistellungszeitraums überlassen will und ihm im Übrigen den **Abschluss eines Erlassvertrags iSv. § 397 BGB anbietet**, durch den die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitspflicht des Arbeitnehmers aufgehoben werden soll. Dieses Angebot kann der Arbeitnehmer nach § 151 BGB annehmen.³¹² Eine Anrechnung eines etwaigen Zwischenverdienstes des Arbeitnehmers ist in diesen Fallgestaltungen ausgeschlossen.

Nach § 61 Abs. 1 HGB kann der Arbeitgeber bei einer Verletzung des Wettbewerbsverbots **Schadensersatz** fordern; er kann statt dessen auch verlangen, dass der Arbeitnehmer die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Arbeitgebers eingegangen gelten lässt und die **aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung**

³⁰⁹ BAG v. 6.9.2006 – 5 AZR 703/05, NZA 2007, 36.

³¹⁰ BAG v. 6.9.2006 – 5 AZR 703/05, NZA 2007, 36.

³¹¹ Vgl. BAG v. 14.3.2006 - 9 AZR 11/05, NZA 2006, 1008.

³¹² BAG v. 19.3.2002 - 9 AZR 16/01, EZA BGB § 615 Nr. 108; kritisch dazu Castendiek, ZIP 2002, 2189.

herausgibt. Der Arbeitnehmer ist nach § 61 Abs. 1 HGB nicht verpflichtet, ein mit dem Wettbewerber vereinbartes Festgehalt an die Klägerin herauszugeben; der **Abschluss des Arbeitsvertrags mit dem Wettbewerber ist kein „Geschäft“ i.S.v. § 61 HGB.**³¹³

Für den Fall der unwiderruflichen Freistellung hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, nach § 143 Abs. 3 SGB III **Arbeitslosengeld** zu beziehen, da der Arbeitgeber (Insolvenzverwalter) auf sein arbeitgeberseitiges Direktionsrecht (Weisungsbefugnis) verzichtet hat. Für die Dauer des Leistungsbezugs geht der Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt gem. § 115 SGB X auf die Bundesagentur für Arbeit über. In diesem Fall hat die Bundesagentur für Arbeit die Kranken- und Rentenversicherungsbeiträge gem. § 207 SGB III zu entrichten.

f) Vorläufiger Rechtsschutz gegen Freistellung

Der Arbeitnehmer kann versuchen, die **Beschäftigung** während der Kündigungsfrist notfalls durch (vorläufigen) gerichtlichen Rechtsschutz **durchzusetzen**. Gelingt ihm dieses, stellen seine Ansprüche wieder Masseverbindlichkeiten nach § 55 InsO, § 209 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 209 Abs. 2 Nrn. 1- 3 InsO dar.

Stellt der Insolvenzverwalter einen Teil der Belegschaft mangels ausreichender Masse von der Arbeit frei, kann eine **einstweilige Verfügung auf Weiterbeschäftigung** nach der Auffassung des **LAG Hamm** nur ergehen, wenn die Auswahlentscheidung des Insolvenzverwalters willkürlich oder offensichtlich unwirksam ist und besondere Beschäftigungsinteressen dies zur Abwendung wesentlicher Nachteile für den freigestellten Arbeitnehmer gebieten.³¹⁴

Das **LAG Nürnberg** hat dazu eine abweichende Auffassung:³¹⁵

Hat der Insolvenzverwalter den Arbeitnehmer freigestellt, scheidet eine einstweilige Verfügung, mit der der Beschäftigungsanspruch eingeklagt wird, im Hinblick auf den **Verbrauch des Arbeitslosengeldanspruches** im Rahmen der sog. **Gleichwohlgewährung** (§ 157 SGB III) in der Regel nicht am Verfügungsgrund.

Das **BAG** hat dazu noch nicht abschließend entschieden.

³¹³ BAG v. 17.10.2012 – 10 AZR 809/11, NZA 2013, 207; dazu NJW-Spezial 2013, 82.

³¹⁴ LAG Hamm v. 27.9.2000 – 2 Sa 1178/00, DZWIR 2001, 148 (Weisemann) = InVo 2001, 97 = NZI 2001, 499 = ZInsO 2001, 333 = ZIP 2001, 435, dazu EWIR 2001, 487 (Moll); a.A. ArbG Kaiserslautern v. 4.5.2001 – 7 Ca 193/01, ZInsO 2002, 96; LAG Hamm v. 6.9.2001 – 4 Sa 1276/01, ZInsO 2002, 45.

³¹⁵ LAG Nürnberg v. 30.8.2005 – 6 Sa 273/05, ZIP 2006, 256.

g) Berücksichtigung von Urlaubsansprüchen

Der Urlaubsanspruch ist darauf gerichtet, für die Dauer der Urlaubszeit die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers zu beseitigen. Die übrigen Pflichten der Arbeitsvertragsparteien bleiben hiervon unberührt und bestehen unverändert fort. Der Arbeitnehmer behält deshalb in der Urlaubszeit seinen **arbeitsvertraglichen Vergütungsanspruch**. Ein besonderer **Urlaubsentgeltanspruch** wird durch den Urlaubsanspruch nicht begründet. Dieser Vergütungsanspruch stellt eine **Masseverbindlichkeit** gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO dar.

Ist der Arbeitnehmer **vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit** durch Urlaubgewährung von der Arbeit **freigestellt** worden, handelt es sich bei seinem Vergütungsanspruch nur um eine **Masseverbindlichkeit i.S.v. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO**. Für die insolvenzrechtliche Behandlung des Vergütungsanspruchs ist allein maßgeblich, dass der Arbeitnehmer nicht durch tatsächliche Leistung zur Insolvenzmasse beigetragen und der Insolvenzverwalter nicht im Interesse der Massegläubiger auf seine Arbeitsleistung zurückgegriffen hat. Auf die Ursache seiner Nichtbeschäftigung kommt es nicht an.³¹⁶

Hat der Insolvenzverwalter den Arbeitnehmer rechtswirksam von seiner Arbeitspflicht freigestellt, kommen Ansprüche aus Annahmeverzug nicht in Betracht. Das ist der Fall, wenn mit der Freistellung **Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers erfüllt** werden sollen. Dazu bedarf es der unwiderruflichen Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht.³¹⁷ Es ist für eine wirksame Anrechnung des Urlaubsanspruchs auf die Zeit der Freistellung nicht erforderlich, dass der Konkursverwalter innerhalb der längeren Kündigungsfrist den (kürzeren) Urlaub des Arbeitnehmers zeitlich genau festlegt. Es genügt die unwiderrufliche Freistellung während der Kündigungsfrist unter Anrechnung etwaiger Urlaubsansprüche.

Ansprüche auf **Urlaubsabgeltung** sind **Masseverbindlichkeiten** im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 InsO; das gilt für den Urlaubsabgeltungsanspruch insgesamt. Eine **Aufteilung** in einen vor und einen nach Verfahrenseröffnung entstehenden Teilurlaubsanspruch ist mit dem Urlaubsrecht nicht vereinbar.

Bestimmt der Insolvenzverwalter mit seiner Freistellungserklärung im Sinne des § 366 Abs. 1 BGB, welche Ansprüche er in welcher **Reihenfolge** mit der Freistellung erfüllen will, soll mit der Formulierung "unter Anrechnung seiner Ausgleichsansprüche nach dem Arbeitskonto, unter Anrechnung seiner Urlaubsansprüche" zuerst die Freistellung unter Anrechnung der Ausgleichsansprüche nach dem Arbeitszeitkonto und danach unter Anrechnung der

³¹⁶ LAG Hessen v. 19.2.2004 – 11 Sa 534/03, n.v.

³¹⁷ BAG v. 19.3.2002 – 9 AZR 16/01, ArbRB 2003, 133 (Kappelhoff) = NZA 2002, 1055 = ZInsO 2002, 947 = ZIP 2002, 2186 (Castendiek).

Urlaubsansprüche erfüllt werden; ein anderer Sinn kommt dieser Reihenfolge für den Arbeitnehmer erkennbar (§ 133 BGB) nicht zu. Die mit einer Freistellungserklärung vorgenommene **Tilgungsbestimmung** des § 366 Abs. 1 BGB gilt auch bei einer Mehrheit von Forderungen aus demselben Schuldverhältnis.

Wenn bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses **überschießende Ansprüche** des Arbeitnehmers auf Urlaubsabgeltung bestehen, sind diese als Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 Hs. 2 InsO zu befriedigen. Wenn der Insolvenzverwalter **Masseunzulänglichkeit anzeigt**, führt dies zu einer Einordnung des Urlaubsabgeltungsanspruchs als **Altmasseverbindlichkeit** im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO.³¹⁸

h) Freistellung und Mitbestimmung

Werden einem Arbeitnehmer – z.B. durch Freistellung während der Kündigungsfrist – die bisherigen Arbeitsaufgaben entzogen, ohne dass neue Tätigkeiten an deren Stelle treten, liegt **keine Versetzung i.S.v. §§ 99 Abs. 1, 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG** vor.³¹⁹

Die Freistellung der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist unterliegt, wenn der Betrieb stillgelegt ist, **nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats** nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 oder Nr. 5 BetrVG.³²⁰

i) Erfordernis eines Fortsetzungsverlangens

Ein vom Arbeitgeber freigestellter Arbeitnehmer ist - anders als im Falle eines Betriebsübergangs - nach Auffassung des LAG Hessen³²¹ nach zunächst wirksamer Kündigung nicht gehalten, vom Erwerber binnen drei Wochen ab Kenntnis vom Betriebsübergang die **Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses zu verlangen**.

5. Kündigungsfristen und Kündigungerschwernisse in der Insolvenz

a) Kündigungsfristen

§ 113 Abs. 1 InsO verweist nicht mehr auf die "gesetzlichen" Kündigungsfristen, wie dies früher in der KO der Fall war, sondern trifft eine eigene Regelung, nach der die Kündigungsfrist **allgemein auf drei Monate zum Monatsende festgesetzt** wird, falls keine

³¹⁸ LAG Sachsen v. 26.2.2013 – 1 Sa 360/12, NZI 2013, 810 m. Anm. Krings.

³¹⁹ BAG v. 28.3.2000 – 1 ABR 17/99, BB 2000, 2414 (Hunold) = NZA 2000, 1355.

³²⁰ LAG Köln v. 16.3.2000 – 10/11 Sa 1280/99, ZInsO 2000, 571; LAG Hamm v. 20.9.2002 – 10 TaBV 95/02, ZInsO 2003, 531.

³²¹ LAG Hessen v. 19.2.2004 – 11 Sa 534/03, n.v.

kürzere Frist maßgeblich ist.³²² Das gilt nicht nur für verlängerte vertragliche oder gesetzliche, sondern auch für tarifliche Kündigungsfristen.³²³ Das gilt auch für erst vom Insolvenzverwalter selbst begründete Arbeitsverhältnisse.³²⁴

Nach der Auffassung des ArbG Kiel soll § 113 Abs. 1 InsO aber ausnahmsweise dann keine Anwendung finden, wenn der Arbeitnehmer **über zehn Jahre mit Abwicklungsarbeiten** im Rahmen der Auflösung des Betriebes **beschäftigt** wurde.³²⁵

§ 113 Abs. 1 InsO gilt **auch für ansonsten ordentlich nicht kündbare Arbeitsverhältnisse**, etwa befristete Arbeitsverhältnisse³²⁶ oder tariflich unkündbare Arbeitsverhältnisse³²⁷, z.B. auch bei der Vereinbarung eines **befristeten Ausschlusses betriebsbedingter Kündigungen in einem Sanierungstarifvertrag**.³²⁸ Das gilt aber weiterhin auch für Kündigungen, die ansonsten nur unter qualifizierten Voraussetzungen ausgesprochen werden können, beispielsweise nach tarifvertraglicher Regelung nur gegen Zahlung einer Abfindung.³²⁹

Die **Verfassungsmäßigkeit** dieser Regelung war zunächst heftig umstritten, ist später aber von den Obergerichten bejaht worden.³³⁰

Im Geltungsbereich des § 117 Abs. 2 BetrVG können die **Tarifvertragsparteien vereinbaren, dass betriebsbedingte Kündigungen „nur nach Abschluss eines**

³²² Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Verkürzung tariflicher bzw. gesetzlicher Kündigungsfristen siehe Vorlagebeschlüsse an das BVerfG des ArbG Stuttgart v. 4.8.1997 - 18 Ca 1752 - 1758/97, ZIP 1997, 2013, dazu EWIR 1998, 69 (Schaub), und des ArbG München v. 14.10.1998 - 29b Ca 219/98, ZIP 1998, 2014, dazu EWIR 1999, 29 (Dahlbender) = DZWIR 1999, 25 (m. Anm. Reuter) vom BVerfG v. 8.2.1999 - 1 BvL 25/97, NZI 1999, 228 = ZInsO 1999, 350 = ZIP 1999, 1221, dazu EWIR 1999, 1067 (Moll) bzw. v. 21.5.1999 - 1 BvL 22/98, ZIP 1999, 1219 als unzulässig verworfen.

³²³ Zur Anwendbarkeit tariflicher Kündigungsfristen bis zum 31.12.1998, ArbG Limburg, v. 2.7.1997 - 1 Ca 174/97, BB 1998, 220 = InVo 1998, 46; Berscheid, InVo 1998, 32; Plander, DZWIR 1999, 183.

³²⁴ LAG Berlin v. 11.7.2007 - 23 Sa 450/07, ZIP 2007, 2002; dazu Kraft/Lambrecht, NZI 2015, 639.

³²⁵ ArbG Kiel v. 29.3.2016 - 5 Ca 170d/16, NZI 2016, 849 m. Anm. Bissels/Schroeders.

³²⁶ LAG Düsseldorf v. 5.11.1999 - 10 Sa 1247/99, ZInsO 2000, 169 = BB 2000, 622; LAG Hamm v. 8.12.1999 - 2 Sa 2506/98, ZInsO 2000, 408; Weisemann, in: Smid, InsO, 2. Aufl., § 113, Rn. 36 ff.

³²⁷ BAG v. 5.2.1998 - 2 AZR 227/97, ZInsO 1998, 142; BAG v. 19.1.2000 - 4 AZR 70/99, ZInsO 2000, 568 = ZIP 2000, 985, dazu EWIR 2000, 685 (Moll); BAG v. 6.7.2000 - 2 AZR 695/99, ZIP 2000, 1941 = ZInsO 2000, 568; LAG München v. 26.8.1998 - 5 Sa 205/98, ZInsO 1999, 120; Eisenbeis, in: Frankfurter Kommentar zur InsO, § 113 Rn 29 ff.; Kübler/Prütting/Moll, InsO § 113 Rn. 21; Caspers, Personalabbau im Insolvenzverfahren, Rn. 105 ff. m. w. N., a. A Lohkemper, KTS 1996, 1, 8.

³²⁸ LAG Düsseldorf v. 18.11.2015 - 4 Sa 478/15, NZI 2016, 368; offengelassen von ArbG Berlin v. 21.12.2017 - 41 BV 13752/17, NZI 2018, 222.

³²⁹ LAG Hamm v. 26.11.1998 - 8 Sa 1576/98, ZInsO 1999, 302, dazu EWIR 1999, 467 (Moll), LAG Schleswig-Holstein v. 28.4.2004 - 3 Sa 551/03, ZInsO 2004, 1328; a.A. LAG Baden-Württemberg v. 9.11.1998 - 15 Sa 87/98, LAGE § 113 InsO Nr. 6 = ZInsO 1999, 423 für den Fall eines tarifvertraglichen Zustimmungserfordernisses des Betriebsrats.

³³⁰ Das LAG Hamm v. 13.8.1997 - 14 Sa. 566/97, BB 1998, 541 = ZIP 1998, 161, dazu EWIR 1998, 901 (Pape) und v. 14.1.1999 - 8 Sa 1991/98, ZInsO 1999, 544 und v. 20.5.1999 - 4 Sa 1989/98, ZInsO 1999, 362, das LAG Hamburg v. 19.5.1998 - 2 Sa 15/98, ZIP 1998, 1404, dazu EWIR 1998, 839 (Marotzke), das LAG Baden-Württemberg v. 21.7.1998 - 14 Sa 43/98 und v. 10.9.1998 - 19 Sa 22/98, InVo 1998, 348 und ZIP 1998, 2013 und das LAG Düsseldorf v. 9.1.1998 - 9 Sa 1639/97, LAGE § 113 InsO Nr. 2 hielten die Vorschrift allerdings für verfassungsgemäß; das BAG v. 16.6.1999 - 4 AZR 191/98, BB 1999, 1436 = ZIP 1999, 1933 hat diese Auffassung bestätigt.

Sozialtarifvertrages ... über einen Interessenausgleich und Sozialplan zulässig" sind. Dieses tarifvertragliche **Kündigungshindernis** gilt nach § 3 Abs. 2 TVG **unabhängig von einer Gewerkschaftszugehörigkeit**. Ein solches Kündigungshindernis gilt trotz § 113 InsO **auch in der Insolvenz**. Sieht der Tarifvertrag keinen Lösungsmechanismus für den Fall einer fehlenden Einigung der Tarifvertragsparteien vor, gilt das tarifvertragliche Kündigungshindernis nicht „auf ewig“, sondern analog § 122 Abs. 1 Satz 1 InsO nur für einen Zeitraum von drei Wochen nach Verhandlungsbeginn oder Verhandlungsaufforderung unter der Voraussetzung einer vollständigen Unterrichtung der Gewerkschaft. Dies ist vom Arbeitgeber im Einzelnen darzulegen.³³¹

In der Praxis werden die Eröffnungsbeschlüsse häufig erst zum Monatsersten gefasst. Dies erfolgt nach Absprache zwischen Insolvenzverwalter und Gericht, um den **Insolvenzgeldzeitraum voll auszuschöpfen**. Dadurch versäumen die Insolvenzverwalter aber gleichzeitig die **erste Kündigungsmöglichkeit**, so dass sie fristgerecht nur noch zum Ende des vierten Monats nach der Eröffnung kündigen können. Die Verwalter sind daher vereinzelt schon dazu übergegangen, die Verfahren drei Arbeitstage vor dem Monatsersten eröffnen zu lassen, damit sie die Kündigungen noch rechtzeitig zustellen können. Dadurch verlieren sie das Insolvenzgeld für drei bis fünf Tage, sparen aber einen vollen Brutto-Monatslohn, weil sie die Kündigungsfrist nach unten ausschöpfen können.

Auch der Insolvenzverwalter muss die Kündigung **bestimmt und unmissverständlich** erklären. Der gekündigte Arbeitnehmer muss das vom Arbeitgeber beabsichtigte Ende des Arbeitsverhältnisses erkennen können. Für eine hinreichend bestimmte Erklärung genügt bei einer ordentlichen Kündigung regelmäßig die **Angabe des Kündigungstermins oder der Kündigungsfrist**. Der Arbeitgeber kann sich auch darauf beschränken, auf die maßgebliche gesetzliche Regelung hinzuweisen, wenn der Arbeitnehmer dadurch unschwer ermitteln kann, zu welchem Termin das Arbeitsverhältnis enden soll. Der Insolvenzverwalter hatte im Streitfall das Arbeitsverhältnis der Klägerin **ordentlich „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“** gekündigt. Das Kündigungsschreiben führte im Weiteren aus, welche Kündigungsfristen sich aus § 622 BGB ergeben und dass § 113 InsO eine Begrenzung der gesetzlichen, tariflichen oder arbeitsvertraglichen Kündigungsfrist auf drei Monate bewirke, sofern sich eine längere Frist ergebe. Das BAG sah dies als hinreichend bestimmt an.³³² Eine Kündigung enthält als einseitiges Rechtsgeschäft des verwendenden Arbeitgebers **keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen iSv. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB**. Sie ist deshalb **keiner Transparenzkontrolle** nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB zu unterziehen.

³³¹ ArbG Berlin v. 7.2.2019 - 41 Ca 4536/18, ZIP 2019, 836.

³³² BAG v. 20.6.2013 – 6 AZR 805/11, ZIP 2013, 1835; dazu EWIR 2013, 687 (Grau/Flockenhaus) und NJW-Spezial 2013, 594.

§ 113 InsO ist eine in sich geschlossene Regelung, die dem Arbeitnehmer keinen Anspruch darauf gewährt, dass der Insolvenzverwalter von der Höchstfrist des § 113 Satz 2 InsO im Rahmen einer **Billigkeitskontrolle** keinen oder nur eingeschränkten Gebrauch macht, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sozialversicherungsrechtliche Nachteile nach sich zieht. Das Gesetz sieht insoweit allein den Schadenersatzanspruch nach § 113 Satz 3 InsO vor.³³³

Der Insolvenzverwalter muss den Zeitpunkt zur Kündigung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses nicht so wählen, dass mögliche **sozialversicherungsrechtliche Nachteile ausgeschlossen** sind. Das gilt auch in der **Elternzeit**, wenn durch die (vorzeitige) Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Möglichkeit, sich weiter beitragsfrei in der gesetzlichen Krankenversicherung zu versichern (§ 192 SGB V) verloren geht. Dass § 113 InsO für die vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur einen Schadenersatzanspruch vorsieht, steht im Einklang mit Art. 6 GG.

Aus dem Umstand, dass das **Restrukturierungsverfahren nach Chapter 11 US Bankruptcy Code** nach § 343 Abs. 1 InsO **als Insolvenzverfahren anzuerkennen** ist³³⁴, ist nach der Auffassung des LAG Frankfurt dem Schuldner über §§ 335 – 352 InsO die Möglichkeit eröffnet, beim Ausspruch von **Kündigungen mit der kürzeren Kündigungsfrist des § 113 InsO**, statt mit längeren arbeitsvertraglichen Kündigungsfristen zu kündigen.³³⁵

Zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses nach § 113 InsO in einem Chapter-11-Verfahren durch Schuldner als „debtor in possession“ hat inzwischen das BAG in der Revisionsinstanz entschieden: Der Schuldner in einem **eigenverwalteten Reorganisationsverfahren nach Chapter 11 BC** kann als „debtor in possession“ eine Kündigung mit der Höchstfrist des § 113 Satz 2 InsO erklären, wenn die Bestimmung über § 337 InsO Anwendung findet.³³⁶

b) Kündigungsfristen innerhalb der 3-Monats-Frist

Zu unterscheiden von der Frage der Verkürzung längerer tariflicher oder vertraglicher Kündigungsfristen auf die 3-Monats-Frist gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 InsO bzw. der Geltung der dortigen 3-Monats-Frist auch für unkündbare Arbeitsverhältnisse ist die Frage, welche **Kündigungsfristen innerhalb der 3-Monats-Frist** gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 InsO gelten.

³³³ BAG v. 27.2.2014 - 6 AZR 301/12, NZA 2014, 897 = ZIP 2014, 1685.

³³⁴ BAG v. 27.2.2007 – 3 AZR 618/06, ZIP 2007, 2047.

³³⁵ LAG Frankfurt v. 5.3.2014 – 12 Sa 265/13, NZI 2014, 917 = ZIP 2014, 2363; dazu EWIR 2015, 27 (Schöne).

³³⁶ BAG v. 24.9.2015 – 6 AZR 492/14, ZIP 2015, 2387; dazu EWIR 2015, 121 (Paulus).

Das **LAG Hamm** hat dazu die Auffassung vertreten, dass arbeitsvertraglich vereinbarte Kündigungsfristen, die zwar über die gesetzlichen Fristen hinausgehen, aber die Höchstfrist des § 113 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht überschreiten, nicht maßgeblich seien. Vielmehr seien die gesetzlichen Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB einschlägig³³⁷ Demgegenüber hat aber das **BAG** für diese Fälle festgestellt, dass in solchen Fällen die längere vertragliche (oder tarifliche) Kündigungsfrist maßgeblich sei, sofern sie nur im Rahmen der Höchstfrist des § 113 Abs. 1 Satz 2 InsO von 3 Monaten liege. § 113 InsO habe die bisherige Vorschrift des § 22 KO vollständig ersetzt.³³⁸

c) Kündigung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter

Die Abkürzung der Kündigungsfristen durch § 113 InsO soll nach Auffassung des LAG Hamm für den sog. „**schwachen**“ vorläufigen Insolvenzverwalter noch nicht gelten, für den sog. „**starken**“ **vorläufigen Insolvenzverwalter** aber wohl.³³⁹ Dem vorläufigen Insolvenzverwalter steht dagegen nach Auffassung des LAG Hamburg die Befugnis, das Arbeitsverhältnisse mit der verkürzten Frist nach § 113 Abs. 1 Satz 2 InsO zu kündigen, auch dann nicht zu, wenn ihm vom Insolvenzgericht gem. § 22 Abs. 1 Nr. 2 die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Schuldnervermögen übertragen worden ist, es sich also um einen "starken" Insolvenzverwalter handelt.³⁴⁰ Dies hat das **BAG** inzwischen bestätigt.³⁴¹

d) „Verfrühungsschaden“

Gemäß § 113 Abs. 1 S. 3 InsO kann der Arbeitnehmer aber den aus der vorzeitigen Beendigung resultierenden Schaden (sog. „**Verfrühungsschaden**“) als Insolvenzgläubiger geltend machen, allerdings unter Anrechnung anderweitig erzielten oder erzielbaren Verdienstes.³⁴² Das gilt aber **nicht für** den Fall, dass der Arbeitnehmer mit dem Insolvenzverwalter einen **Aufhebungsvertrag** abschließt.³⁴³

Nach § 113 Satz 3 InsO ist der durch die vorzeitige Kündigung des Insolvenzverwalters nach § 113 Satz 1 und 2 InsO entstandene Schaden zu ersetzen. Im Falle **vereinbarter Unkündbarkeit** ist dieser Schadensersatzanspruch als Verfrühungsschaden auf die ohne

³³⁷ LAG Hamm v. 27.3.1998 - 15 Sa 2137/97, NZI 1998, 132; so für tarifvertragliche Kündigungsfristen auch LAG Hessen v. 27.4.1998 - 16 Sa 1808/97, BB 1998, 535.

³³⁸ BAG v. 3.12.1998 - 2 AZR 425/98, BB 1998, 2642 = ZIP 1999, 370, dazu EWiR 1999, 267 (Oetker); BAG v. 6.7.2000 - 2 AZR 695/99, ZIP 2000, 1941, dazu EWiR 2001, 27 (Moll); so auch ArbG Frankfurt v. 13.9.2000 - 9 Ca 7063/99, InVo 2000, 418.

³³⁹ LAG Hamm v. 10.12.2003 - 2 Sa 1472/03, ZInsO 2004, 403; dazu auch Insbüro 2004, 157 f.

³⁴⁰ LAG Hamburg v. 16.10.2003 - 8 Sa 63/03, ZIP 2004, 869, dazu EWiR 2004, 981 (Peters-Lange).

³⁴¹ BAG v. 20.1.2005 - 2 AZR 134/04, DZWIR 2005, 422 = ZIP 2005, 1289.

³⁴² Berkowsky, NZI 1999, 129, 131.

³⁴³ BAG v. 25.4.2007 - 6 AZR 622/04, ZIP 2007, 1875; BAG v. 19.11.2015 - 6 AZR 558/14, NZA 2016, 573.

die vereinbarte Unkündbarkeit **maßgebliche längste ordentliche Kündigungsfrist** beschränkt.³⁴⁴

Der Ersatzanspruch des Dienstverpflichteten bei Sonderkündigung durch den Insolvenzverwalter besteht **auch zugunsten eines GmbH-Geschäftsführers**. Ein Geschäftsführer einer GmbH, dessen zu diesem Zeitpunkt noch für gut zwei Jahre nicht ordentlich kündbar laufender Anstellungsvertrag **durch den Insolvenzverwalter nach § 113 Satz 1 InsO gekündigt** wird, kann seinen Ersatzanspruch für die restliche Vertragslaufzeit (sog. „**Verfrühungsschaden**“) nach § 113 Satz 3 InsO **ungekürzt zur Tabelle feststellen** lassen.³⁴⁵

Der Schadensersatzanspruch aus § 113 Satz 3 InsO ist **auf die Höhe des Verdienstauffalls begrenzt**, der durch eine Verkürzung der sonst anwendbaren Kündigungsfrist im Insolvenzfall entsteht. Andere Nachteile wegen der Kündigung in der Insolvenz sind nicht ersetzbar, insbesondere **nicht der Nachteil durch den eventuell früher endenden Bezugszeitraum für Arbeitslosengeld I**. Gegenstand des Ersatzanspruchs aus § 113 Satz 3 InsO ist die Fortzahlung des Arbeitsentgelts für die Zeitspanne, um die sich das Arbeitsverhältnis in Folge der vorzeitigen Kündigung durch den Insolvenzverwalter verkürzt hat. Auf diesen Schadensersatzanspruch hat sich der Arbeitnehmer im Wege der **Vorteilsausgleichung** das anrechnen zu lassen, was er in einem neuen Arbeitsverhältnis oder in anderer Weise durch seine freigewordene Arbeitskraft erwirbt oder aber (**Rechtsgedanke der §§ 615 Satz 2; 254 Abs. 2 Satz 1 BGB**) zu erwerben böswillig unterlässt. Anrechnen lassen muss sich der Arbeitnehmer auch **ersatzweise bezogene Sozialleistungen**, insbesondere **Arbeitslosengeld**.³⁴⁶ Einen weitergehenden Schadensersatzanspruch hat er nicht. Nach Sinn und Zweck des § 113 Satz 3 InsO ist der Schaden auf die Höhe des Verdienstauffalls begrenzt, der in den betreffenden Monaten angefallen ist. Es geht um den Ersatz des Schadens allein wegen der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. **Keinen Schadensersatzanspruch** hat der Arbeitnehmer **wegen des Verlustes des Arbeitsplatzes an sich**. Irgendwelche weiteren Nachteile, die der Arbeitnehmer erleidet, gerade weil wegen der Insolvenz gekündigt wurde, sind nach dem Sinn und Zweck des § 113 Satz InsO nicht ersetzbar, etwa durch veränderte Chancen am Arbeitsmarkt, fehlgeschlagene Vergütungserwartungen, verpasste Beförderungschancen, verpasstes Entstehen betrieblicher Rentenanwartschaften oder ähnliches. Eine Aufweitung des Schadensersatzanspruchs auf jene denkbaren Schäden

³⁴⁴ BAG v. 16.5.2007 – 8 AZR 772/06, ZInsO 2007, 1117 = ZIP 2007, 1829; dazu EWiR 2007, 755 (Brose).

³⁴⁵ OLG Celle v. 24.10.2018 – 9 U 35/18, GmbHR 2018, 1314.

³⁴⁶ BAG v. 16.5.2007 – 8 AZR 772/06, AP Nr. 24 zu § 113 InsO.

wäre **für den Insolvenzverwalter unwägbar**. Das Insolvenzverfahren wäre mit unkalkulierbaren Risiken verbunden.³⁴⁷

Allerdings soll durch die Abkürzung der Kündigungsfristen durch § 113 InsO ein etwaiger **Schadenersatzanspruch** eines durch Eigenkündigung ausgeschiedenen Arbeitnehmers nach § 628 Abs. 2 BGB **wegen Auflösungsverschuldens** nicht auf die Höhe von drei Bruttomonatsvergütungen begrenzt sein.³⁴⁸

Keinen Verfrühungsschaden kann der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Vergleich beanspruchen. Schließen Arbeitnehmer und Insolvenzverwalter in einem Kündigungsschutzprozess einen **Vergleich**, durch den das Arbeitsverhältnis nicht mit Ablauf der Höchstfrist des § 113 Satz 3 InsO, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt endet, schließen sie materiellrechtlich einen Aufhebungsvertrag, der die Kündigung gegenstandslos macht. Sie wird durch den Prozessvergleich als neuen, eigenständigen Beendigungstatbestand ersetzt. Dies schließt den Schadenersatzanspruch nach § 113 Satz 3 InsO aus.³⁴⁹

Eine in einem **Insolvenzplan** vereinbarte **Ausschlussfrist von einem Monat** ist rechtswirksam. Sie erfasst auch Schadensersatzforderungen von Arbeitnehmern, die wegen der Anwendung der verkürzten Kündigungsfrist des § 113 InsO („**Verfrühungsschaden**“) entstanden sind.³⁵⁰

e) Kündigungsfrist für vom Insolvenzverwalter begründete Arbeitsverhältnisse

Nach § 113 S. 1 InsO kann - wie vorstehend dargestellt - ein Arbeits- oder Dienstverhältnis, bei dem der Schuldner der Dienstberechtigte ist, vom Insolvenzverwalter und vom anderen Teil ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate zum Monatsende, wenn nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist, § 113 S. 2 InsO. Höchststrichtrichterlich noch nicht geklärt ist, ob die Regelung auch zur Anwendung kommt, wenn es sich um ein durch den Insolvenzverwalter erst begründetes Dienstverhältnis handelt. Das LAG Berlin³⁵¹ hat diese Frage in einem Berufungsurteil vom 11.7.2007 - entgegen dem ArbG Berlin³⁵² als Vorinstanz - bejaht und sich damit der wohl herrschenden Meinung im Schrifttum

³⁴⁷ LAG Hessen v. 22.1.2013 – 13 Sa 1108/12, NZI 2013, 363 = ZIP 2013, 1137; dazu EWIR 2013, 451 (Mückl).

³⁴⁸ ArbG Herford v. 26.2.2004 – 1 Ca 1686/03, DZWIR 2004, 196 = ZInsO 2004, 574.

³⁴⁹ BAG v. 19.11.2015 – 6 AZR 558/14, NZI 2016, 181 = ZIP 2016, 288.

³⁵⁰ LAG Düsseldorf v. 3.7.2014 – 5 Sa 225/14, NZA 2014, 913 = ZIP 2014, 1988.

³⁵¹ LAG Berlin v. 11.7.2007 - 23 Sa 450/07, ZIP 2007, 2002.

³⁵² ArbG Berlin v. 25.1.2007 - 38 Ca 18513/06, n.v.

angeschlossen.³⁵³ § 113 InsO stelle nicht darauf ab, wann das Dienstverhältnis begründet worden ist; maßgeblich sei allein, dass ein Dienstverhältnis besteht, bei dem der Schuldner Dienstberechtigter ist, was auch dann der Fall, wenn der Insolvenzverwalter auf Grund der ihm gemäß § 80 InsO übertragenen Rechtsposition Arbeitnehmer einstellt.

6. Ausdehnung des Geltungsbereichs der Dreiwochenfrist des KSchG

§ 113 Abs. 2 InsO brachte eine Veränderung für die Kündigungsschutzklagefrist mit sich. Die Dreiwochenfrist, in der nach § 4 KSchG das Fehlen der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung geltend gemacht werden muss, wurde für den Fall der Kündigung im Insolvenzverfahren auf alle anderen Gründe für die Unwirksamkeit einer Kündigung ausgedehnt.³⁵⁴ Beispielsweise muss der Arbeitnehmer nach einer Kündigung durch den Insolvenzverwalter auch die fehlende oder fehlerhafte Beteiligung des Betriebsrates gem. § 102 BetrVG³⁵⁵ oder einen Verstoß gegen das Verbot der Kündigung wegen eines Betriebsübergangs nach § 613 a BGB innerhalb der Dreiwochenfrist geltend machen.

Inzwischen ist bekanntlich mit Wirkung ab 01.10.2004 die Fristenregelung der **§§ 4, 7 KSchG** in diesem Sinne auch **allgemein** entsprechend angepasst worden, allerdings nach Maßgabe der **Regelung in § 6 KSchG**.

Die **Frist** beginnt grundsätzlich mit dem **Zugang** der Kündigung. Bedarf jedoch die Kündigung der Zustimmung einer Behörde, z.B. des Integrationsamtes nach dem SGB IX, läuft die Frist erst ab der Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde an den Arbeitnehmer.

III. Betriebsbedingte Kündigungen im Vorfeld und in der Insolvenz

Die arbeitsrechtlichen Voraussetzungen betriebsbedingter Kündigungen im Vorfeld der Insolvenz und in der Insolvenz können hier nicht umfassend dargestellt werden. Es sollen deshalb nur die wesentlichen **Prüfungsstufen** unter Berücksichtigung der Neuregelungen durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003³⁵⁶ dargestellt werden³⁵⁷.

³⁵³ ErfK/Müller-Glöge, § 113 InsO Rn 5; AnwKArbR/Roesner, § 113 InsO Rn 27; KR/Weigand, §§ 113, 120 InsO Rn 19; ablehnend Henkel, ZIP 2008, 1265.

³⁵⁴ Zur Ausdehnung der Dreiwochenfrist für Klagen auf Feststellung der Unwirksamkeit von Befristungen gem. § 1 Abs. 5 BeschFG auf alle Befristungstatbestände, auch außerhalb des BeschFG und auf vor dem 1.10.1996 aufgrund Befristung beendete Arbeitsverhältnisse, siehe BAG v. 20.1.1999 – 7 AZR 715/97, BB 1999, 967, dazu EWiR 1999, 579 (v. Hoyningen-Huene).

³⁵⁵ ArbG Aachen v. 6.8.1999 - 6 Ca 64/99, NZI 2000, 238; ArbG Wuppertal v. 2.2.2000 - 5 Ca 2996/99, ZInsO 2000, 468; LAG Düsseldorf v. 29.6.2000 - 13 Sa 484/00, NZI 2000, 448 = ZInsO 2000, 570.

³⁵⁶ BGBl. I 2003, S. 3002 ff.

³⁵⁷ Vgl. etwa Thüsing/Stelljes, BB 2003, 1673, 1674; Kleinebrink, ArbRB 2003, 338, 339; zur Reform per 1.1.1999 siehe Schiefer/Worzalla/Will, Arbeits-, sozial- und lohnsteuerrechtliche Änderungen 1999, Neuwied 1999, S. 20 ff., 34 ff.; Fechner, Praxis der Unternehmenssanierung, Neuwied 1999, S. 297 ff.; Lakies, Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz, 2010, S. 135 ff.

1. Abgrenzung zu personen- und verhaltensbedingten Kündigungen

Zunächst ist die Abgrenzung der betriebsbedingten Kündigung von der personenbedingten oder der verhaltensbedingten Kündigung von wesentlicher Bedeutung. Die Abgrenzung kann problematisch sein bei dem Wegfall eines leidensgerechten Arbeitsplatzes infolge von **Organisationsänderungen** oder bei **Änderung der Anforderungen an die Qualifikation** oder die Leistungsfähigkeit.³⁵⁸ Zu nennen sind etwa Zusatzanforderungen in den Bereichen Sprachkenntnisse, EDV- und CNC-Kenntnisse sowie Zertifizierungserfordernisse.

2. Außer- oder innerbetriebliche Ursachen

Die **dringenden betrieblichen Erfordernisse** für eine betriebsbedingte Kündigung i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG können sich aus innerbetrieblichen Umständen oder durch außerbetriebliche Gründe ergeben. Diese betrieblichen Erfordernisse müssen "dringend" sein und eine Kündigung im Interesse des Betriebes notwendig machen.³⁵⁹

Außerbetriebliche Gründe können etwa

- Absatzschwierigkeiten,
- Auftragsmangel,
- Umsatzrückgang
- oder Absatzrückgänge sein.

Innerbetriebliche Gründe können etwa bestehen in:

- Betriebseinschränkungen
- Umstrukturierung aus Kostengründen
- Rationalisierung
- Umstellung oder Einschränkung der Produktion
- Verlagerung der Produktion ins Ausland
- (Beabsichtigte) Betriebsstilllegung.

Das BAG hat zu den außerbetrieblichen Gründen für eine betriebsbedingte Kündigung i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG und die damit verbundenen **Prognoseunsicherheiten** in mehreren Entscheidungen vom 12.4.2002 einige wichtige Klarstellungen getroffen:³⁶⁰

1. Eine betriebsbedingte Kündigung kommt in Betracht, wenn bei Ausspruch der Kündigung aufgrund einer **vernünftigen betriebswirtschaftlichen Prognose** zu

³⁵⁸ BAG v. 6.11.1997 – 2 AZR 94/97, NZA 1998, 14.

³⁵⁹ BAG v. 18.9.1997 – 2 AZR 657/96, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 97.

³⁶⁰ BAG v. 12.4.2002 – 2 AZR 255/01, ZInsO 2003, 51; BAG v. 12.4.2002 – 2 AZR 256/01, AP Nr. 120 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = ArbRB 2002, 324 (Hülbach) = BB 2002, 2184 = DB 2002, 2653; BAG v. 12.4.2002 – 2 AZR 740/00, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 117 = ArbRB 2002, 323 (Berscheid) = NZA 2002, 1175; bestätigt durch BAG v. 13.2.2008 – 2 AZR 543/06, ZIP 2008, 2091.

erwarten ist, **zum Zeitpunkt des Kündigungstermins** werde mit einiger Sicherheit der Eintritt des die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes gegeben sein und keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr bestehen. Dieser Maßstab gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Kündigung auf außerbetriebliche Gründe gestützt wird.

2. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, wenn sich ein Reinigungsunternehmen, dessen noch laufender Reinigungsauftrag nicht verlängert worden ist, an der **Neuausschreibung beteiligt** und bei Ausspruch der Kündigung die Neuvergabe noch offen ist. Der Zwang zur Einhaltung längerer Kündigungsfristen rechtfertigt grundsätzlich keine andere Beurteilung.

3. Der **Prognosemaßstab** kann **nicht** mit Rücksicht darauf **gemildert** werden, dass dem gekündigten Arbeitnehmer ein **Anspruch auf Wiedereinstellung** zustehen kann, wenn sich die Prognose als fehlerhaft erweist. Der Anspruch auf Wiedereinstellung verleiht einen wesentlich geringeren Schutz, als er im Kündigungsschutzgesetz vorgesehen ist.

4. Entschließt sich der Arbeitgeber, künftig **bestimmte Arbeiten nicht mehr von eigenen Arbeitnehmern ausführen zu lassen**, so kann darin ein die Kündigung sozial rechtfertigendes betriebliches Erfordernis auch dann liegen, wenn von der unternehmerischen Entscheidung nur ein einziger Arbeitnehmer betroffen ist.

5. Grundsätzlich ist das Beschäftigungsbedürfnis für einen Arbeitnehmer i.S.e. die Kündigung rechtfertigenden dringenden betrieblichen Erfordernisses entfallen, wenn keine Möglichkeit der vertragsgemäßen Weiterbeschäftigung besteht.

Diese Rechtsprechung hat das BAG inzwischen noch einmal bestätigt und zusätzlich ausgeführt, dass auch die Beschäftigung von zahlreichen **Arbeitnehmern mit langen Kündigungsfristen** keine „**Kündigungen auf Vorrat**“ rechtfertige.³⁶¹

Diese Vorgaben können schon bei bislang wirtschaftlich gesunden Unternehmen außerhalb einer Insolvenz dazu führen, dass bei dem Ausbleiben erhoffter **Anschlussaufträge** das Unternehmen insolvent wird, wenn die dann zu beachtenden Kündigungsfristen länger sind, als es dem Wegfall der bisherigen Auftragsvolumina entspricht. Für einen Insolvenzverwalter, der regelmäßig branchenfremd ist und dessen Prognosefähigkeit hinsichtlich etwaiger Anschlussaufträge noch weiter eingeschränkt ist, bleibt dann ggf. nur der Weg über die Erklärung der **Masseunzulänglichkeit** mit Freistellungen und Kündigungen.

³⁶¹ BAG v. 13.2.2008 – 2 AZR 543/06, ZIP 2008, 2091.

3. Unternehmerische Entscheidung

a) Organisatorische Maßnahmen

Aufgrund solcher innerbetrieblicher oder außerbetrieblicher Gründe muss der Unternehmer sich zu **organisatorischen Maßnahmen** entschließen, bei deren Umsetzung das Bedürfnis für die weitere Beschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt.³⁶²

Ob eine solche unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt, ist von den Arbeitsgerichten voll nachprüfbar. Dagegen ist die Unternehmerentscheidung selbst nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre **Zweckmäßigkeit** zu überprüfen (sog. „**Willkürkontrolle**“), sondern nur darauf, ob sie offenbar unvernünftig oder willkürlich ist. Die Umsetzung der Maßnahmen musste nachvollziehbar aufgezeigt werden können, es muss also ein **nachvollziehbares Konzept** dargestellt werden können.³⁶³

Hängt der Wegfall des Beschäftigungsbedarfs von unternehmerisch-organisatorischen **Maßnahmen** des Arbeitgebers ab, die **bei Zugang der Kündigung faktisch noch nicht umgesetzt** worden sind, müssen zumindest die Absicht und der Wille des Arbeitgebers, diese Maßnahmen vorzunehmen, zu diesem Zeitpunkt schon vorhanden und **abschließend gebildet** worden sein.³⁶⁴

Fasst der Insolvenzverwalter einen **Stilllegungsbeschluss** auf der Grundlage gesicherter Erkenntnisse und setzt er diesen im weiteren Verlauf u.a. durch den Abschluss von **Aufhebungsverträgen** mit Arbeitnehmern um, ist es dem Arbeitnehmer nicht möglich, sich mittels **Anfechtung nach § 123 BGB** wegen arglistiger Täuschung von dem Aufhebungsvertrag zu lösen, wenn der Insolvenzverwalter im weiteren Verlauf doch noch einen Investor findet und es zur Betriebsfortführung kommt. Dies gilt zumindest, wenn der Insolvenzverwalter dieses zweigleisige Vorgehen offen im Betrieb kommuniziert.³⁶⁵

b) Besonderheiten bei Betriebsstilllegungen

aa) Bestimmung der Kündigungsendtermine

Das gilt insbesondere bei **Betriebsstilllegungsentscheidungen**.³⁶⁶ Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, ist der Entschluss des Arbeitgebers, ab sofort

³⁶² BAG v. 10.10.1996 – 2 AZR 477/95, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 87.

³⁶³ BAG v. 17.6.1999 – 2 AZR 141/99, ZIP 1999, 1721. Zur Vortragslast des Arbeitgebers zum nachvollziehbaren Konzept bei Kündigung eines angestellten Freiberuflers siehe LAG Rheinland-Pfalz v. 16.4.2010 – 9 Sa 739/09, DStR 2010, 2103 m. Anm. Arens.

³⁶⁴ BAG v. 31.7.2014 – 2 AZR 422/13, ZIP 2014, 2525.

³⁶⁵ LAG Hamburg v. 16.12.2014 – 2 Sa 45/14, NZI 2015, 434.

³⁶⁶ BAG v. 18.1.2001 – 2 AZR 514/99, BB 2001, 1747 = ZInsO 2001, 872 = ArbRB 2002, 69 m. Anm. Berscheid = ZIP 2001, 1022, dazu EWIR 2001, 739 (Fleddermann); LAG Erfurt v. 16.10.2000 – 8 Sa 207/00, ZInsO 2001, 288; LAG Rheinland-Pfalz v. 18.1.2002 - 10 Sa 350/01, ZInsO 2002, 248; zur

keine neuen Aufträge mehr anzunehmen, allen Arbeitnehmern zum nächstmöglichen Kündigungstermin zu kündigen, zur Abarbeitung der vorhandenen Aufträge eigene Arbeitnehmer nur noch während der jeweiligen Kündigungsfristen einzusetzen und so den Betrieb schnellstmöglich stillzulegen, als unternehmerische Entscheidung grundsätzlich geeignet, die entsprechenden Kündigungen sozial zu rechtfertigen.³⁶⁷

Es fehlt einer betriebsbedingten Kündigung wegen beabsichtigter Betriebsstilllegung an den **greifbaren Formen** eines endgültigen Stilllegungsbeschlusses, wenn der Insolvenzverwalter zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs keine Maßnahmen veranlasst hat, die in Gegensatz zu seiner vorher beabsichtigten Auffanglösung stehen.³⁶⁸

Dabei ist es auch nicht zu beanstanden, wenn die Arbeitnehmer bei der **sukzessiv erfolgenden Betriebsstilllegung** unter Berücksichtigung ihrer **jeweiligen Kündigungsfristen** ausscheiden und **nicht zum gleichen Kündigungsendtermin**.³⁶⁹ Das gilt auch bei der **Herauslösung** des stillzulegenden Betriebes **aus einem Gemeinschaftsbetrieb** erst nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses.³⁷⁰

Das BAG führt dazu aus:

a) Die unternehmerische Entscheidung zur schnellstmöglichen dauerhaften Aufhebung der Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer kann als dringendes betriebliches Erfordernis eine Kündigung gem. § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen. Der Ernsthaftigkeit der Stilllegungsabsicht steht nicht entgegen, dass sich der Arbeitgeber entschlossen hat, die gekündigten Arbeitnehmer in ihrer jeweiligen Kündigungsfrist noch für die Abarbeitung vorhandener Aufträge einzusetzen, statt die fraglichen Arbeiten sofort einzustellen. Der Arbeitgeber erfüllt damit gegenüber den tatsächlich eingesetzten Arbeitnehmern lediglich seine auch im bereits gekündigten Arbeitsverhältnis bestehende Beschäftigungspflicht. Enthält die Stilllegungsentscheidung keine Einschränkungen oder Vorbehalte dahingehend, eventuell doch neu eingestellte Arbeitnehmer zur Fertigstellung gewisser Arbeiten einzusetzen oder dafür gekündigte Arbeitnehmer über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus zu beschäftigen, so entfällt durch einen solchen Stilllegungsbeschluss, wenn er im Zeitpunkt der Kündigung bereits greifbare

Abgrenzung zwischen Betriebsstilllegung und (vorübergehender) Betriebsunterbrechung BAG v. 21.6.2001 – 2 AZR 137/00, ZInsO 2002, 95.

³⁶⁷ BAG v. 18.1.2001 – 2 AZR 514/99, BAGE 97, 10; BAG v. 18.1.2001 – 2 AZR 239/00, AiB 2002, 318; BAG v. 7.3.2002 – 2 AZR 147/01, EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 116; LAG Rheinland-Pfalz v. 25.11.2014 – 8 Sa 358/14, AE 2016, 37.

³⁶⁸ LAG Köln v. 22.3.2011 – 12 Sa 886/10, ZInsO 2011, 1808.

³⁶⁹ BAG v. 18.1.2001 – 2 AZR 514/99, BB 2001, 1747 = ZInsO 2001, 872 = ZIP 2001, 1022, dazu EWiR 2001, 739 (Fleddermann); LAG Berlin v. 13.7.1999 – 12 Sa 890/98, ZInsO 1999, 661; a.A. insoweit offenbar LAG Erfurt v. 16.10.2000 – 8 Sa 207/00, ZInsO 2001, 288, wonach nur dann eine Sozialauswahl nicht erforderlich sein soll, wenn alle Arbeitnehmer zum gleichen Endtermin ausscheiden.

³⁷⁰ LAG Berlin v. 15.11.2002 - 19 Sa 1454/02, ZIP 2003, 546, dazu EWiR 2003, 383 (Griebeling).

Formen angenommen hat, das Beschäftigungsbedürfnis für die Arbeitnehmer des Betriebs jeweils mit dem Ablauf der für sie einschlägigen Kündigungsfrist. Bei einem derartigen unternehmerischen Stilllegungskonzept mit der sofortigen und gleichzeitigen Kündigung aller Arbeitsverhältnisse entfällt auch das Erfordernis einer sozialen Auswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG. Würde man die noch zu erledigenden Restaufgaben nicht nach der Dauer der jeweiligen Kündigungsfrist, sondern nach sozialen Gesichtspunkten verteilen, so würde die Verlängerung der Kündigungsfrist bei sozial schutzwürdigeren Arbeitnehmern gemessen an den die Arbeitsgerichte bindenden unternehmerischen Vorgaben zu einem Arbeitskräfteüberhang führen.

b) Nichts anderes gilt, wenn die unternehmerische Entscheidung nicht eine völlige Betriebsstilllegung betrifft, sondern der Arbeitgeber eines Produktionsbetriebs sich entschließt, die Produktion zwar schnellstmöglich stillzulegen, eine kleinere Betriebsabteilung jedoch zunächst fortzuführen.

c) Aus einem solchen Stilllegungskonzept folgt ohne Weiteres, dass der Zeitpunkt, zu dem die längste Kündigungsfrist eines betroffenen Arbeitnehmers ausläuft, gleichzeitig den Zeitpunkt darstellt, zu dem der Arbeitgeber ("schnellstmöglich") seinen Betrieb stilllegen will.³⁷¹

Der Arbeitgeber ist nicht gehalten eine Kündigung erst nach Durchführung der Stilllegung auszusprechen.³⁷² Es kommt auch eine **Kündigung wegen beabsichtigter Stilllegung** in Betracht. Grundsätzlich brauchen betriebliche Gründe noch nicht tatsächlich eingetreten zu sein; es genügt vielmehr, wenn sie sich konkret und greifbar abzeichnen. Sie liegen dann vor, wenn im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung auf Grund einer vernünftigen, betriebswirtschaftlichen Betrachtung davon auszugehen ist, zum Zeitpunkt des Kündigungstermins sei mit einiger Sicherheit der Eintritt eines die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes gegeben.³⁷³

Die **bloße Einstellung der Produktion** bedeutet allerdings noch keine Betriebsstilllegung.³⁷⁴

Unter Betriebsstilllegung ist vielmehr die **Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft** zu verstehen, die ihre Veranlassung und zugleich ihren unmittelbaren Ausdruck darin findet, dass der Unternehmer die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, die Verfolgung des bisherigen Betriebszwecks dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiter zu verfolgen. Der

³⁷¹ BAG v. 7.7.2005 - 2 AZR 447/04, DB 2005, 2474 = FA 2006, 59.

³⁷² BAG v. 26.4.2007 - 8 AZR 695/05, ZIP 2007, 2136.

³⁷³ BAG v. 10.10.1996 - 2 AZR 477/95, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 81 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 87; BAG v. 22.5.1997 - 8 AZR 101/96, BAGE 86, 20 = AP BGB § 613a Nr. 154 = EzA BGB § 613a Nr. 149.

³⁷⁴ BAG v. 12.2.1987 - 2 AZR 247/86, AP BGB § 613a Nr. 67 = EzA BGB § 613a Nr. 64.

Arbeitgeber muss endgültig entschlossen sein, den Betrieb stillzulegen.³⁷⁵ Demgemäß ist von einer Stilllegung auszugehen, wenn der Arbeitgeber seine Stilllegungsabsicht unmissverständlich äußert, **allen Arbeitnehmern kündigt, etwaige Mietverträge** zum nächstmöglichen Zeitpunkt **auföst**, die **Betriebsmittel**, über die er verfügen kann, **veräußert oder zurückgibt** und die Betriebstätigkeit vollständig einstellt.³⁷⁶

Der Arbeitgeber trägt im Kündigungsschutzprozess die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass dringende betriebliche Erfordernisse die Kündigung bedingen. Beruft sich der Arbeitgeber auf den betriebsbedingten Kündigungsgrund der Stilllegung, so ist der Arbeitgeber gegebenenfalls verpflichtet, substantiiert darzulegen, dass und zu welchem Zeitpunkt er diejenigen organisatorischen Maßnahmen, die sich rechtlich als Betriebsstilllegung darstellen, geplant und beschlossen hat. Nimmt der Insolvenzverwalter **keine neuen Aufträge** mehr an, **kündigt** er die **Arbeitsverhältnisse sämtlicher Arbeitnehmer** und beschränkt er sich darauf, nur noch die vorhandenen Aufträge während der Kündigungsfrist abzuarbeiten, können dies gewichtige Anhaltspunkte für eine tatsächlich getroffene Stilllegungsentscheidung sein.³⁷⁷

Abgeschlossen ist die Stilllegung dann, wenn die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer beendet sind.³⁷⁸ Beruft sich der Arbeitnehmer im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses darauf, der Betrieb sei von dem bisherigen Arbeitgeber nicht stillgelegt, sondern an einen neuen Inhaber übertragen und aus diesem Grund sei ihm gekündigt worden, so hat der Arbeitgeber die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen; es ist seine Aufgabe vorzutragen und nachzuweisen, dass die Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Fehlt es daran, ist der Kündigungsschutzklage stattzugeben, ohne dass es der Feststellung bedarf, dass der tragende Beweggrund für die Kündigung ein Betriebsübergang ist.³⁷⁹

bb) Umfang der Unterrichtungspflicht

Nach der neueren Rechtsprechung des BAG³⁸⁰ besteht nur eine **eingeschränkte Unterrichtungspflicht gegenüber dem Betriebsrat** bei Wegfall des Erfordernisses einer Sozialauswahl wegen Betriebsstilllegung. Wenn eine Sozialauswahl nach der für den Betriebsrat erkennbaren Auffassung des Arbeitgebers wegen der Stilllegung des gesamten Betriebes nicht vorzunehmen ist, braucht der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht nach § 102

³⁷⁵ Vgl. BAG v. 9.2.1994 - 2 AZR 666/93, AP BGB § 613a Nr. 105 = EzA BGB § 613a Nr. 116.

³⁷⁶ BAG v. 22.5.1997 - 8 AZR 101/96, BAGE 86, 20 = AP BGB § 613a Nr. 154 = EzA BGB § 613a Nr. 149.

³⁷⁷ LAG Rheinland-Pfalz v. 25.11.2014 - 8 Sa 358/14, AE 2015, 211.

³⁷⁸ BAG v. 29.3.1977 - 1 AZR 46/75, BAGE 29, 114 = AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 11 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 27.

³⁷⁹ BAG v. 5.12.1985 - 2 AZR 3/85, AP BGB § 613a Nr. 47 = EzA BGB § 613a Nr. 50.

³⁸⁰ BAG v. 13.5.2004 - 2 AZR 329/03, BB 2004, 2190 = ZIP 2004, 1773, dazu EWIR 2004, 1011 (Feuchtinger); unter teilweiser Aufgabe von BAG v. 16.9.1993 - 2 AZR 267/93, BAGE 74, 185.

BetrVG über Familienstand und Unterhaltspflichten der zu kündigenden Arbeitnehmer zu unterrichten.

Das EBRG sieht als Sanktion für den **Verstoß gegen die Unterrichts- und Anhörungsrechte des Europäischen Betriebsrats** nach § 30 EBRG lediglich ein **Bußgeld** nach § 45 EBRG vor. Es fehlt eine dem § 23 Abs. 3 BetrVG entsprechende Vorschrift, wonach dem Betriebsrat bei groben Verstößen des Arbeitgebers ein Unterlassungsanspruch zusteht.³⁸¹ Ein solcher **Unterlassungsanspruch** ergibt sich nicht aus einer richtlinienkonformen Auslegung des § 30 EBRG. Nach Art. 11 Abs. 2 RL 2009/38/EG sehen die Mitgliedstaaten für den Fall der Nichteinhaltung dieser Richtlinie geeignete Maßnahmen vor; da die Richtlinie keine konkreten Sanktionen für den Fall der Verletzung der Unterrichtspflicht vorsieht, ist es nicht zu beanstanden, dass der nationale Gesetzgeber sich dafür entschieden hat, eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit als Sanktion einzuführen.

cc) Zustimmungserfordernisse

Von dem Grundsatz, dass die **Zustimmung des Insolvenzgerichts** gem. § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO Wirksamkeitsvoraussetzung für eine wegen beabsichtigter Betriebsstilllegung ausgesprochene Kündigung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ist, besteht eine Ausnahme, wenn die Stilllegung von einer Behörde verbindlich angeordnet worden ist.³⁸² Das BAG hat inzwischen aber entschieden, dass die Zustimmung des Insolvenzgerichts zur Unternehmensstilllegung **keine Wirksamkeitsvoraussetzung** für die Kündigung der Arbeitsverhältnisse durch den "starken" vorläufigen Insolvenzverwalter wegen der von ihm beabsichtigten Stilllegung sei.³⁸³ Das LAG Hessen³⁸⁴ und das LAG Düsseldorf³⁸⁵ hatten noch gegenteilig entschieden.

Für das eröffnete Insolvenzverfahren differenziert das LAG Hamm³⁸⁶ zwischen insolvenzrechtlichen Zustimmungsvorbehalten und Wirksamkeitsvoraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung durch den Insolvenzverwalter:

*„Die Stilllegungsabsicht ist eine innere Tatsache, die einer unmittelbaren objektivierten Wahrnehmung nicht zugänglich ist. Äußere Begleitumstände und tatsächliche Entwicklungen lassen aber Rückschlüsse darauf zu, ob die behauptete Stilllegungsabsicht zutrifft. Zur **Wirksamkeit der Kündigungen** benötigt der Insolvenzverwalter **weder die Zustimmung***

³⁸¹ LAG Stuttgart, Beschl. v. 12.10.2015 – 9 TaBV 2/15, ZIP 2016, 590; dazu EWIR 2016, 187 (Oetker); im Anschluss an LAG Köln, Beschl. v. 8.9.2011 – 13 Ta 267/11, ZIP 2011, 2121.

³⁸² LAG Hamburg v. 16.10.2003 - 8 Sa 63/03, ZIP 2004, 869, dazu EWIR 2004, 981 (Peters-Lange).

³⁸³ BAG v. 27.10.2005 - 6 AZR 5/05, DZWIR 2006, 334 = ZIP 2006, 585; dazu EWIR 2006, 467 (Foerste).

³⁸⁴ LAG Hessen v. 1.11.2004 – 7 Sa 88/04, ZInsO 1120.

³⁸⁵ LAG Düsseldorf v. 8.5.2003 – 10/11 Sa 246/03, NZA-RR 2003, 466 = ZInsO 2003, 819.

³⁸⁶ LAG Hamm v. 7.7.2004 – 2 Sa 175/04, LAG-Report 2005, 56.

der Gläubigerversammlung gem. § 157 InsO **noch des Gläubigerausschusses** gem. § 158 InsO.

Bei vorzeitiger Stilllegung des Unternehmens hat lediglich der Schuldner gem. § 158 Abs. 2 InsO die Möglichkeit, beim Insolvenzgericht eine Untersagungsverfügung zu beantragen, wenn die Stilllegung ohne eine erhebliche Verminderung der Insolvenzmasse aufgeschoben werden kann. Der etwaige Vorbehalt des Insolvenzverwalters, die von ihm getroffene Stilllegungsentscheidung im Falle eines anders lautenden Beschlusses der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses zu revidieren, hat auf die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung keinen Einfluss.“

Das entspricht der BAG-Rechtsprechung, wonach das **Fehlen eines** entsprechenden **Gesellschafterbeschlusses** vor der Stilllegungsentscheidung des Geschäftsführers auf die Wirksamkeit der Kündigungen nicht durchschlagen soll.³⁸⁷ Eine **Betriebsstilllegung** bei einer juristischen Person bedarf kündigungsrechtlich keines Beschlusses des für die Auflösung der Gesellschaft zuständigen Organs. Kündigungsrechtlich ist nur entscheidend, ob der Handelnde oder die Handelnden die Stilllegungsentscheidung getroffen haben und ob im Zeitpunkt der hierauf gestützten Kündigung des Arbeitsverhältnisses die Prognose gerechtfertigt war, dass es gemäß dieser Entscheidung planmäßig zur Betriebsstilllegung kommen wird.³⁸⁸

Entsprechendes gilt für **Abteilungsschließungen** und für **Wegrationalisierung von Führungsebenen**.³⁸⁹

c) **Besonderheiten bei Organschaft**

Interessant ist auch eine neuere Entscheidung des BAG zur **Unzulässigkeit einer betriebsbedingten Kündigung bei Gründung** einer eigenen neuen Gesellschaft im Rahmen eines **Organschaftsverhältnisses**:

Entscheidet sich ein Unternehmer, einen Betriebsteil einzustellen und die dortige Arbeit durch eine noch zu gründende, finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in sein Unternehmen voll eingegliederte Gesellschaft mit von dieser neu einzustellenden Arbeitnehmern weiter betreiben zu lassen, so ist dies kein dringendes betriebliches Erfordernis, das die Kündigung der alten Arbeitnehmer rechtfertigt.

Dem lag folgender Fall zu Grunde:

³⁸⁷ BAG v. 5.4.2001 – 2 AZR 696/99, ZIP 2001, 1731 im Anschluss an BAG v. 11.3.1998 – 2 AZR 414/97, ZIP 1998, 1284, dazu EWIR 1998, 847 (Plander).

³⁸⁸ BAG v. 8.4.2003 - 2 AZR 15/02, AP Nr. 40 zu § 113 BetrVG 1972 = ZIP 2003, 1260.

³⁸⁹ LAG Hamm v. 6.9.2001 – 4 Sa 24/01, ZInsO 2002, 95.

Ein Arbeitgeber beschloss zur Kosteneinsparung, einige Servicebereiche seiner Rheumaklinik stillzulegen und allen dort beschäftigten Arbeitnehmern zu kündigen. Die Arbeiten in diesen Bereichen sollten auf eine noch zu gründende Service-GmbH übertragen werden. Diese sollte finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in den Unternehmens-Verbund des Arbeitgebers eingegliedert werden und eigene, neu eingestellte Arbeitnehmer beschäftigen. Das BAG stellte zunächst klar, dass die Entscheidung des Unternehmers, einen Betriebsteil zu schließen, durch das Arbeitsgericht inhaltlich nicht auf Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit überprüfbar ist. Allerdings unterliege diese Entscheidung einer Missbrauchskontrolle. Der Arbeitgeber, der durch die Bildung einer unselbstständigen Gesellschaft seinen Betrieb mit dem Ziel in mehrere Teile aufspaltet, den betroffenen Arbeitnehmern den Kündigungsschutz zu nehmen und den nach wie vor bestehenden Beschäftigungsbedarf mit neuen Arbeitnehmern zu decken, handele rechtsmissbräuchlich. Dies führt dazu, dass die ausgesprochenen Kündigungen unwirksam sind.³⁹⁰

d) Kündigung im Zusammenhang mit Kurzarbeit

Probleme für die Darstellung des Grundes für die betriebsbedingte Kündigung bereitet häufig die **Einführung von Kurzarbeit** (§ 63 Abs. 1 Satz 1 AFG a.F.); sie spricht nämlich zunächst indiziell dafür, dass der Arbeitgeber nur von einem **vorübergehenden Arbeitsmangel** ausgegangen ist, der eine betriebsbedingte Kündigung nicht rechtfertigen kann. Dieses **Indiz kann** jedoch nach Auffassung des BAG der wegen § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG beweisbelastete **Arbeitgeber** durch konkreten Sachvortrag **entkräften**, wonach eine Beschäftigungsmöglichkeit für einzelne von der Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmer auf Dauer entfallen ist oder sich nach der Kurzarbeitsphase neue kündigungsrelevante Aspekte ergeben haben.³⁹¹

e) Arbeitsvolumen und Kündigungsumfang

Bei der Prüfung, ob ein dringendes betriebliches Erfordernis für die Kündigung von Arbeitnehmern vorliegt, kommt es nur darauf an, ob unter Respektierung einer etwa bindenden Unternehmerentscheidung mit dem **geringeren Arbeitsanfall** auch das Bedürfnis für Weiterbeschäftigung für die gekündigten Arbeitnehmer entfallen oder **innerhalb einer Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer** gesunken ist (Personalreduzierung als Unternehmerentscheidung).³⁹²

³⁹⁰ BAG v. 26.9.2002 - 2 AZR 636/01, ZIP 2003, 733.

³⁹¹ BAG v. 26.6.1997 - 2 AZR 494/96, DB 1997, 2079 = NJW 1998, 627 = NZA 1997, 1286, unter teilw. Abänderung der Rspr. im Urt. des BAG v. 17.10.1980 - 7 AZR 675/78, AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

³⁹² BAG v. 24.4.1997 - 2 AZR 352/96, EzA § 2 KSchG Nr. 26.

Eine **Kongruenz zwischen dem Umfang des Arbeitsausfalls und der Zahl der Entlassenen ist nicht erforderlich**, es liegt vielmehr im unternehmerischen Ermessen des Arbeitgebers, ob er im Verhältnis zu dem fehlenden Arbeitskräftebedarf Personal abbaut oder nur einen Teil der überzähligen Arbeitnehmer entlässt und die übrigen z.B. als **Personalreserve behält**.³⁹³

Der Entschluss des Arbeitgebers, im Betrieb auf Dauer mit weniger Personal zu arbeiten, ist eine Unternehmerentscheidung, die nur eine Missbrauchskontrolle unterliegt; eine gewisse mit der Personalreduzierung einhergehende, **Leistungsverdichtung auf den verbleibenden Arbeitsplätzen ist hinzunehmen**.³⁹⁴

4. Ursächlichkeit für den Wegfall des Weiterbeschäftigungsbedürfnisses

Eine betriebsbedingte Kündigung ist aber nur dann wirksam, wenn durch das dringende betriebliche Erfordernis der Arbeitsplatz bzw. das Bedürfnis zur weiteren Beschäftigung des Arbeitnehmers dauerhaft wegfällt.³⁹⁵ **Nicht erforderlich** ist aber, dass aufgrund der Veränderungen der betrieblichen Bedürfnisse **ein bestimmter Arbeitsplatz wegfällt**.

Eine Kündigung, die der Arbeitgeber wegen Wegfalls der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit erklärt, ist nicht durch ein dringendes betriebliches Erfordernis "bedingt", wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin anderweitig beschäftigen kann. Bei der Prüfung einer **anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit** sind auch die Arbeitsplätze einzubeziehen, auf denen der Arbeitgeber im Zeitpunkt des Auslaufens der Kündigungsfrist dem betrieblichen Weisungsrecht unterstehende **Leiharbeiterinnen einsetzt**. Tritt der Arbeitgeber einem dahingehenden Sachvortrag der Arbeitnehmerin mit der Argumentation entgegen, der Einsatz von Leiharbeiterinnen erfolge jeweils nur kurzfristig und unstet bei einem Ausfall von Stammarbeiterinnen, so obliegt dem Arbeitgeber der Beweis, dass im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ein Einsatz von Leiharbeiterinnen über den Kündigungstermin hinaus nicht absehbar war. (Die Beweisführung war in dem entschiedenen Fall nach der Auffassung des LAG Hamm nicht gelungen).³⁹⁶

³⁹³ BAG v. 18.9.1997 – 2 AZR 657/96, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 53.

³⁹⁴ LAG Köln v. 7.11.1997 – 11 Sa 1110/96, LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 50 = AuR 1998, 332.

³⁹⁵ BAG v. 17.6.1999 – 2 AZR 141/99, ZIP 1999, 1721 und BAG v. 17.6.1999 – 2 AZR 522/98, ZIP 1999, 1729 = BB 1999, 2300 und BAG v. 17.6.1999 – 2 AZR 456/98, ZIP 1999, 1724 zur abgestuften Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der „Unternehmerentscheidung“.

³⁹⁶ LAG Hamm v. 5.3.2007 – 11 Sa 1338/06, BB 2007, 2462; dazu Simon/Greßlin, BB 2007, 2454.

5. Dringlichkeit der Kündigung (ultima ratio – Prinzip)

Eine weitere Konkretisierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit liegt darin, dass die Kündigung durch die dringenden betrieblichen Erfordernisse bedingt sein muss, also **keine** anderen, **milderen Möglichkeiten** vorhanden sein dürfen, durch die die Kündigung vermieden werden könnte.

Allerdings wird **in aller Regel** vom Arbeitgeber **nicht** erwartet werden können, dass er **zunächst** mit **Arbeitsstreckung, Arbeitszeitverkürzung und Kurzarbeit** auf den Arbeitsmangel reagiert, es sei denn, es ist nur ein vorübergehender Arbeitsmangel gegeben, dessen Beseitigung durch solche Maßnahmen hinreichend klar vorausschaubar ist.³⁹⁷

Auch liegt es im **Ermessen des Arbeitgebers**, ob er auf einen Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit mit **Vollkündigungen** oder mit einer größeren Zahl von **Änderungskündigungen** zur Arbeitszeitreduzierung reagiert.³⁹⁸

6. Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit (ultima ratio – Prinzip)

Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) sind die dringenden betrieblichen Erfordernisse, die zum Wegfall eines Arbeitsplatz geführt haben, zur sozialen Rechtfertigung einer Kündigung nur dann geeignet, wenn keine Möglichkeit zu einer **anderweitigen Beschäftigung** des Arbeitnehmers besteht.

a) Zumutbare Anlern-, Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen

Gegebenenfalls muss nach **zumutbaren Anlern-, Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen** dem Arbeitnehmer ein freier vergleichbarer Arbeitsplatz angeboten werden.³⁹⁹

Zumutbar sind Umschulungsmaßnahmen oder Fortbildungsmaßnahmen dann, wenn ein sinnvoller Einsatz auf einem freien oder freiwerdenden Arbeitsplatz nach der Umschulung möglich ist und die Umschulung **mit einem vertretbaren** zeitlichen und kostenmäßigen **Aufwand** erfolgen kann. Ob als zumutbare **Zeitspanne** für Umschulungs- oder Fortbildungs- oder Anlernmaßnahmen immer die Dauer der jeweiligen **Kündigungsfrist** anzusehen ist, ist noch nicht abschließend geklärt.⁴⁰⁰

³⁹⁷ Schiefer/Worzalla/Will, Arbeits-, sozial- und lohnsteuerrechtliche Änderungen 1999, S. 38.

³⁹⁸ BAG v. 3.12.1998 – 2 AZR 341/98, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 37.

³⁹⁹ BAG v. 7.2.1991 – 2 AZR 205/90, EzA § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr. 9.

⁴⁰⁰ BAG v. 5.5.1995 – 2 AZR 91/93, EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 31.

Der Arbeitnehmer hat aber **grundsätzlich keinen Anspruch auf** einen freien höherwertigen Arbeitsplatz (**Beförderungsstelle**).

Es besteht – außer im Falle des Sonderkündigungsschutzes von Betriebsverfassungsorganen - auch **keine Verpflichtung zur Schaffung eines neuen Arbeitsplatzes**.

b) Freie Arbeitsplätze

Trotz Wegfalls des Arbeitsplatzes kann eine betriebsbedingte Kündigung sozial ungerechtfertigt sein, wenn die **Möglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung** besteht; diese besteht **grundsätzlich nur auf einem freien oder** voraussehbar **bis zum Ausscheiden** des Arbeitnehmers **frei werdenden Arbeitsplatz**⁴⁰¹, auf dem der Arbeitnehmer **ohne Änderung des Arbeitsvertrags kraft Weisungsrechts** weiter beschäftigt werden könnte.⁴⁰²

Kommen **mehrere Arbeitnehmer**, deren Kündigung ansteht, für einen freien Arbeitsplatz in Betracht, hat die Auswahl unter ihnen nach den Kriterien der **soziale Auswahl** zu erfolgen.

Ausnahmsweise gilt als freier Arbeitsplatz auch ein solcher, von dem im Zeitpunkt der Kündigung bereits feststeht, dass er **in absehbarer Zeit nach dem Ausscheiden** des Arbeitnehmers **frei wird**, sofern die Überbrückung dieses Zeitraums dem Arbeitgeber zumutbar: Die **Überbrückung** von sechs Monaten bei einem noch keine drei Jahre währenden Arbeitsverhältnis ist dem Arbeitgeber **unzumutbar, wenn die Einarbeitungszeit eines neu eingestellten Mitarbeiters erheblich kürzer wäre**.⁴⁰³

Frei ist also ein Arbeitsplatz,

- der zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt ist,
- der mit hinreichender Sicherheit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist frei wird, oder
- unmittelbar nach Ablauf der Kündigungsfrist zur Verfügung steht oder
- für den im Zeitpunkt der Kündigung bereits feststeht, dass er in absehbarer Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist frei werden wird, falls die Überbrückung dieses Zeitraums dem Arbeitgeber zumutbar ist. Nach der Rechtsprechung des BAG ist jedenfalls ein

⁴⁰¹ BAG v. 20.3.1990 – 2 AZR 369/89, EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 29; dazu Gaul/Kühnreich, BB 2003, 254.

⁴⁰² BAG v. 15.12.1994 – 2 AZR 327/94, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 75 = DB 1995, 979.

⁴⁰³ LAG Köln v. 7.11.1997 – 11 Sa 1110/96, LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 50 = AuR 1998, 332.

solcher Zeitraum zumutbar, den ein anderer Stellenbewerber zur Einarbeitung ebenfalls benötigen würde.⁴⁰⁴

Soll als anderweitige Beschäftigung eine solche auf einem anderweitigen Arbeitsplatz in Betracht kommen, kann die betriebsbedingte Kündigung sozial ungerechtfertigt sein, wenn er beiden Parteien zumutbar ist und der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung eine ihm – infolge Vorhersehbarkeit der künftigen Entwicklung – mögliches Änderungsangebot unterlassen hat, sofern der **Arbeitnehmer einem solchen Angebot zumindest unter Vorbehalt zugestimmt hätte**.⁴⁰⁵ Hypothetische Zustimmung und Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer sind im Zweifel nicht anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer Herabstufungen vom Verkaufsleiter zu einem – einem anderen Verkaufsleiter unterstellten - Außendienstmitarbeiter von monatlich etwa 3.000 DM sowie einen weiträumigen Ortswechsel hätte hinnehmen müssen.⁴⁰⁶

Eine Weiterbeschäftigungspflicht auf freien Arbeitsplätzen eines anderen Unternehmens kommt in Betracht, wenn das kündigende Unternehmen mit dem anderen Unternehmen einen **Gemeinschaftsbetrieb** führt. Eine unternehmensübergreifende Weiterbeschäftigungspflicht besteht demgegenüber nicht, wenn der Gemeinschaftsbetrieb bei Zugang der Kündigung als solcher bereits nicht mehr existiert. Das Kündigungsschutzgesetz ist **nicht konzernbezogen**. Eine konzernbezogene Weiterbeschäftigungspflicht kann **ausnahmsweise** bestehen, wenn sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt hat oder eine **Unterbringungsverpflichtung** unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag, einer sonstigen vertraglichen Absprache oder der in der Vergangenheit geübten Praxis folgt. Weitere Voraussetzung einer unternehmensübergreifenden Weiterbeschäftigungspflicht ist ein **bestimmender Einfluss** des vertragsschließenden Unternehmens **auf die „Versetzung“**.⁴⁰⁷

Eine Kündigung ist dann nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt, wenn ein anderer Arbeitsplatz zu vergleichbaren oder schlechteren Bedingungen vorhanden und frei ist und der Arbeitnehmer - sei es auch erst nach einer dem Arbeitgeber zumutbaren Fortbildung oder Umschulung - das Anforderungsprofil der betreffenden Stelle erfüllt. Die **Verpflichtung des Arbeitgebers**, dem Arbeitnehmer zumutbare Umschulungs- oder Fortbildungsmöglichkeiten anzubieten, **besteht nur, wenn im Kündigungszeitpunkt feststeht, dass spätestens nach Durchführung der**

⁴⁰⁴ BAG v. 15.12.1994 – 2 AZR 327/94, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 75 = DB 1995, 979.

⁴⁰⁵ BAG v. 27.9.1984 – 2 AZR 62/83, BAGE 47, 26 = BB 1985, 1130 = EzA § 2 KSchG Nr. 5.

⁴⁰⁶ LAG Köln v. 7.11.1997 – 11 Sa 1110/96, LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 50 = AuR 1998, 332.

⁴⁰⁷ BAG v. 18.10.2012 - 6 AZR 41/11, NZA 2013, 1007.

Qualifizierungsmaßnahme ein geeigneter Arbeitsplatz im Unternehmen vorhanden und frei ist. Der Arbeitgeber ist von Gesetzes wegen nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer allein zum Zwecke der Qualifikation weiter zu beschäftigen. Hält der Arbeitgeber im Rahmen einer **betrieblichen Einheit** Stellen vor, die ausschließlich der **Qualifizierung und Vermittlung an andere Unternehmen innerhalb und außerhalb des Konzerns** dienen, handelt es sich nicht um freie Arbeitsplätze i.S.v. § 1 Abs. 2 Satz 2, Satz 3 KSchG. Lehnt der Arbeitnehmer einen Wechsel in die betriebliche Einheit ab, ist der Arbeitgeber deshalb kündigungsrechtlich nicht verpflichtet, ihm nach Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes eine dieser Stellen zur Vermeidung einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Wege der Änderungskündigung anzubieten.⁴⁰⁸

c) Vorrang der Änderungskündigung

Ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung liegt nur vor, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, der bei Ausspruch der Kündigung bestehenden betrieblichen Lage durch **andere Maßnahmen technischer, organisatorischer oder wirtschaftlicher Art als durch eine Beendigungskündigung** zu entsprechen. Das Merkmal der "Dringlichkeit" der betrieblichen Erfordernisse konkretisiert den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (ultima-ratio-Prinzip)**, aus dem sich ergibt, dass der Arbeitgeber vor jeder ordentlichen Beendigungskündigung von sich aus dem Arbeitnehmer eine beiden Parteien **objektiv mögliche und zumutbare Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz auch zu geänderten Bedingungen anbieten muss.**⁴⁰⁹

Hat der Arbeitnehmer eine **zumutbare Weiterbeschäftigung** auf einem anderen Arbeitsplatz zu geänderten Bedingungen **abgelehnt**, war nach bisheriger Rechtsprechung die Beendigungskündigung zulässig.

Die Rechtsprechung zum **Vorrang der Änderungskündigung vor der Vollkündigung** hat das BAG⁴¹⁰ aber **inzwischen verschärft:**

Eine ordentliche Beendigungskündigung ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgeschlossen, wenn die Möglichkeit besteht, den Arbeitnehmer auf einem anderen freien Arbeitsplatz auch zu geänderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen.

Eine solche Weiterbeschäftigungsmöglichkeit hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer anzubieten. Das Angebot kann lediglich in Extremfällen (z.B. offensichtlich völlig unterwertige

⁴⁰⁸ BAG v. 8.5.2014 – 2 AZR 1001/12, NZA 2014, 1200.

⁴⁰⁹ BAG v. 27.9.1984 – 2 AZR 62/83, BAGE 47, 26; ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. BAG v. 29.11.1990 – 2 AZR 282/90, RzK I 5 a 4.

⁴¹⁰ BAG v. 21.4.2005 – 2 AZR 132/04, BB 2005, 2691 = DB 2005, 2528; dazu EWiR 2006, 219 (Schreiner) und BAG v. 21.4.2005 – 2 AZR 244/04, NZA 2005, 1294, gegen BAG v. 27.9.1984 – 2 AZR 62/83, BAGE 47, 26 = BB 1985, 1130 = EzA § 2 KSchG Nr. 5.

Beschäftigung) unterbleiben. Der Arbeitgeber kann Angebot und Kündigung miteinander verbinden, indem er ohne vorherige Verhandlungen mit dem Arbeitnehmer sofort eine Änderungskündigung ausspricht.

Macht der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung dem Arbeitnehmer das Angebot, den Vertrag der noch bestehenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit anzupassen, und **lehnt der Arbeitnehmer dieses Angebot ab, so ist der Arbeitgeber regelmäßig nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpflichtet, trotzdem eine Änderungskündigung auszusprechen**. Eine Beendigungskündigung ist nur dann zulässig, wenn der Arbeitnehmer unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, er werde die geänderten Arbeitsbedingungen im Fall des Ausspruchs einer Änderungskündigung nicht, auch nicht unter dem Vorbehalt ihrer sozialen Rechtfertigung annehmen.

Spricht der Arbeitgeber ohne vorheriges oder gleichzeitiges Angebot der geänderten Arbeitsbedingungen sofort eine Beendigungskündigung aus, so ist diese Kündigung regelmäßig sozialwidrig. Es unterliegt **Bedenken**, in derartigen Fällen **fiktiv zu prüfen, ob der Arbeitnehmer die geänderten Arbeitsbedingungen bei einem entsprechenden Angebot vor oder mit Ausspruch der Kündigung zumindest unter Vorbehalt angenommen hätte**.

Das BAG hat noch nicht abschließend entschieden, wann eine Änderungskündigung deshalb **unterbleiben** darf, weil der Arbeitgeber bei vernünftiger Betrachtung nicht mit einer Annahme des neuen Vertragsangebots durch den Arbeitnehmer rechnen konnte und ein derartiges Angebot im Gegenteil eher beleidigenden Charakter gehabt hätte. Jedenfalls kann es sich insoweit **nur um Extremfälle** (z.B. Angebot einer Pfortnerstelle an den bisherigen Personalchef) handeln.⁴¹¹

Grundsätzlich habe der **Arbeitnehmer selbst zu entscheiden, ob** er eine **Weiterbeschäftigung** unter möglicherweise erheblich verschlechterten Arbeitsbedingungen für **zumutbar** hält oder nicht. So dürfe etwa das Angebot einer Teilzeitbeschäftigung, wenn es die einzige Alternative zu einer Beendigungskündigung darstellt, seitens des Arbeitgebers nicht mit der Begründung unterbleiben, mit dem verbleibenden Einkommen könne der Arbeitnehmer seine **Familie nicht ernähren**; ob die Möglichkeit eines Zuverdienstes besteht oder ob gerade eine Teilzeitbeschäftigung den Interessen des Arbeitnehmers entgegenkommt, kann allein der Arbeitnehmer beurteilen.

⁴¹¹ BAG v. 21.4.2005 – 2 AZR 132/04, BB 2005, 2691; BAG v. 21.4.2005 – 2 AZR 244/04, NZA 2005, 1294; gegen BAG v. 27.9.1984 - 2 AZR 62/83, BAGE 47, 26; dazu Annuß, NZA 2005, 443; Bauer/Winzer, BB 2006, 266 und NJW-Spezial 2005, 562.

Soweit der 2. Senat des BAG darauf abgestellt hat, die neuen Arbeitsbedingungen müssten so beschaffen sein, dass der Arbeitnehmer sie billigerweise hinnehmen müsse, betont dies lediglich den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wonach der Arbeitgeber unter mehreren Änderungsmöglichkeiten dem Arbeitnehmer diejenige anzubieten hat, die den bisherigen Arbeitsbedingungen am nächsten kommt. Stellt die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, die der Arbeitgeber in seinem Betrieb sieht, gegenüber einer Beendigungskündigung die einzige Alternative dar, so hat er sie dem Arbeitnehmer regelmäßig anzubieten, **ohne dass es Sache des Arbeitgebers wäre, sich über die Zumutbarkeit der neuen Arbeitsbedingungen für den Arbeitnehmer Gedanken zu machen.**

Auch die **vor Ausspruch der Kündigung erfolgte Ablehnung des Änderungsangebots** durch den Arbeitnehmer entbindet die Arbeitgeber nicht von ihrer Verpflichtung, dem Arbeitnehmer die geänderten Arbeitsbedingungen in Form einer Änderungskündigung anzubieten, anstatt sofort eine Beendigungskündigung auszusprechen.

Es bestehen aus Sicht des BAG auch erhebliche **Bedenken, wenn** dem Arbeitnehmer bei einem **Änderungsangebot ohne gleichzeitige Kündigung eine Überlegungsfrist von nur einer Woche** eingeräumt werde, während ihm bei einer Änderungskündigung die in der Regel deutlich längere Frist des § 2 Abs. 2 KSchG zur Verfügung steht.⁴¹² Eine einwöchige Überlegungsfrist für die Frage der endgültigen Annahme, endgültigen Ablehnung oder Annahme unter einem § 2 KSchG entsprechenden Vorbehalt würde die Rechte des Arbeitnehmers entgegen § 2 KSchG jedenfalls dann verkürzen, wenn die Kündigungsfrist länger als eine Woche bis zu drei Wochen beträgt.⁴¹³

Nimmt der Arbeitnehmer das Angebot nicht an, ist kein Änderungsvertrag zustande gekommen und der Arbeitgeber muss vor Ausspruch einer Beendigungskündigung eine Änderungskündigung aussprechen. Es ist dem Arbeitnehmer nur dann verwehrt, den Arbeitgeber bei einer ausgesprochenen Beendigungskündigung auf eine mögliche Änderungskündigung mit dem abgelehnten Inhalt zu verweisen, wenn er das Änderungsangebot **zuvor vorbehaltlos und endgültig abgelehnt** hat. Hat der Arbeitnehmer erkennen lassen, dass er das Änderungsangebot in keinem Fall annehmen werde, ist sein Verhalten widersprüchlich, wenn er sich später auf eine mögliche Änderungskündigung beruft.⁴¹⁴

⁴¹² ArbG Gelsenkirchen v. 13.11.1998 – 3 Ca 2219/98, NZA-RR 1999, 134; v. Hoyningen-Huene/Link, KSchG 13. Aufl. § 1 Rn. 146; Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl., Rn. 1010.

⁴¹³ KR/Rost, § 2 KSchG Rn. 18d.

⁴¹⁴ KR/Rost, § 2 KSchG Rn. 18c; Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, S. 302; ders. NZA 1997, 1077; Hillebrecht, ZfA 1991, 87, 114; APS/Kiel, § 1 KSchG Rn. 628; v. Hoyningen-

Für eine vorbehaltlose und endgültige Ablehnung in diesem Sinne ist **erforderlich**, dass der Arbeitnehmer bei der **Ablehnung des Änderungsangebots unmissverständlich** zu erkennen gibt, dass er **unter keinen Umständen bereit ist, zu den geänderten Arbeitsbedingungen zu arbeiten**.⁴¹⁵ Nur für den Fall, dass der Arbeitnehmer bei der Ablehnung des Änderungsangebots unmissverständlich zu erkennen gibt, dass er unter gar keinen Umständen - auch nicht unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung - bereit ist, zu den geänderten Arbeitsbedingungen zu arbeiten, kann der Arbeitgeber eine Beendigungskündigung aussprechen.⁴¹⁶

Allein die **Ablehnung eines der Kündigung vorangegangenen Angebots auf einvernehmliche Abänderung** des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer enthebt den Arbeitgeber hingegen grundsätzlich nicht von der Verpflichtung, das Änderungsangebot mit einer nachfolgenden Beendigungskündigung erneut zu verbinden. Denn die Ablehnung der einverständlichen Abänderung schließt nicht aus, dass der Arbeitnehmer bereit ist, zu den geänderten Bedingungen weiterzuarbeiten, wenn sich in einem Änderungsschutzverfahren die Berechtigung der Änderung herausstellt.⁴¹⁷ Deshalb ist der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, trotz der Ablehnung einer freiwilligen Änderung eine Änderungskündigung auszusprechen.

Der **Arbeitgeber trägt** im Kündigungsschutzverfahren die **Darlegungs- und Beweislast** dahingehend, dass der Arbeitnehmer definitiv und endgültig das Änderungsangebot abgelehnt hat, d.h., dass dieser weder einvernehmlich noch unter dem Vorbehalt der Prüfung der sozialen Rechtfertigung iSd. § 2 KSchG bereit war, zu den geänderten Bedingungen zu arbeiten.⁴¹⁸

Huene/Linck, KSchG § 1 Rn. 150; Kiel, Die anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im Kündigungsschutz, S. 114.

⁴¹⁵ BAG v. 7.12.2000 – 2 AZR 391/99, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 113 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 108; KR/Rost, 7. Aufl., § 1 KSchG Rn. 18h und 105a mwN.

⁴¹⁶ BAG v. 7.12.2000 – 2 AZR 391/99, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 113 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 108; KR/Etzel, 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 230; KR/Rost, 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 18c und 105, jeweils mit weiteren Nachweisen.

⁴¹⁷ BAG v. 7.12.2000 - 2 AZR 391/99, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 113 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 108; LAG Hamm v. 4.2.2003 – 7 Sa 1624/02, NZA-RR 2003, 357, zu I der Gründe; APS/Kiel, § 1 KSchG Rn. 628.

⁴¹⁸ Ascheid, Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozess S. 158; KR-Rost, § 1 KSchG Rn. 105.

7. Sozialauswahl

a) Gruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer

aa) Vergleichbarkeitskriterien

Ein besonderes Problem stellt in der Praxis häufig die **zutreffende Bildung der Gruppe** der vergleichbaren Arbeitnehmer dar. Diese soziale Auswahl ist **betriebsbezogen**, also abteilungsübergreifend, aber nicht unternehmensbezogen oder konzernbezogen.⁴¹⁹ Das BAG hat inzwischen entschieden, dass die Sozialauswahl auch dann grundsätzlich betriebsbezogen zu erfolgen, wenn sich der Arbeitgeber ein **betriebsübergreifendes Versetzungsrecht vorbehalten hat**.⁴²⁰

Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer bedeutet deren **Austauschbarkeit**, **ohne** dass eine **längere Einarbeitungszeit und ohne** dass eine **Änderungskündigung** erforderlich ist. Die Vergleichbarkeit ist also dann nicht gegeben, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmern nicht einseitig auf Grund seines arbeitgeberseitigen **Direktionsrechts** auf einen anderen Arbeitsplatz umsetzen oder versetzen kann.⁴²¹ Je enger die **Tätigkeit im Arbeitsvertrag definiert** ist, umso kleiner ist auch die Gruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer.⁴²²

Der Kreis der in eine nach § 1 Abs. 3 KSchG vorzunehmenden Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer bestimmt sich nach ihrer Vergleichbarkeit. Diese bemisst sich zwar in erster Linie **nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen**, also zunächst nach der ausgeübten Tätigkeit.⁴²³

Dies gilt nicht nur bei einer Identität der Arbeitsplätze, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer auf Grund seiner **Tätigkeit und Ausbildung** eine andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit ausführen kann. Die Notwendigkeit einer kurzen Einarbeitungszeit steht einer Vergleichbarkeit nicht entgegen ("**qualifikationsmäßige Austauschbarkeit**").⁴²⁴

An einer Vergleichbarkeit fehlt es jedoch, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf Grund des zugrunde liegenden Arbeitsvertrags nicht einseitig auf den anderen Arbeitsplatz um-

⁴¹⁹ BAG v. 22.3.2001 – 8 AZR 565/00, AP GG Art. 101 Nr. 59; dazu EWIR 2001, 989 (Joost); dazu auch Schiefer/Worzalla/Will, aaO. S. 43 m.w.N.; siehe auch BAG v. 21.2.2002 - 2 AZR 749/00, BB 2002, 2335 zur möglichen Weiterbeschäftigung in einem anderen Konzernunternehmen.

⁴²⁰ BAG v. 2.6.2005 – 2 AZR 158/04, NZA 2005, 1175; dazu NJW-Spezial 2005, 516.

⁴²¹ BAG v. 5.5.1995 – 2 AZR 91/93, EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 31.

⁴²² Siehe etwa BAG v. 17.9.1998 – 2 AZR 725/97, AP Nr. 36 zu § 1 KSchG Soziale Auswahl, dazu EWIR 1999, 271 (Krasshöfer) und BAG v. 17.2.2000 – 2 AZR 142/99, ZIP 2000, 1069.

⁴²³ BAG v. 5.6.2008 – 2 AZR 907/06, BB 2009, 447.

⁴²⁴ BAG v. 2.6.2005 - 2 AZR 480/04, BAGE 115, 92; BAG v. 23.11.2004 - 2 AZR 38/04, BAGE 112, 361; BAG v. 31.5.2007 - 2 AZR 306/06, AP KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 93 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 76; BAG v. 5.6.2008 – 2 AZR 907/06, BB 2009, 447.

oder versetzen kann ("**arbeitsvertragliche Austauschbarkeit**").⁴²⁵ Arbeitnehmer, die arbeitsvertraglich nicht einseitig auf einen anderen Arbeitsplatz umgesetzt werden dürfen, sind mangels Vergleichbarkeit mit anderen Arbeitnehmern nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen. Die Vergleichbarkeit kann grundsätzlich auch nicht dadurch herbeigeführt werden, dass der Arbeitsvertrag eines von einem betrieblichen Ereignis betroffenen Arbeitnehmers erst anlässlich dieses Ereignisses **einvernehmlich** oder im Wege der **Änderungskündigung** entsprechend abgeändert wird.⁴²⁶

Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG iVm. § 1 Abs. 4 KSchG können dabei diese gesetzlichen Anforderungen an die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG nicht verdrängen. Im Rahmen eines **Beurteilungsspielraums** können zwar Erfahrungen der Betriebspartner hinsichtlich der Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer bestimmter Arbeitsplätze einfließen, es können aber nicht von vornherein Arbeitnehmer bestimmter Abteilungen oder Arbeitsgruppen ohne ausreichende sachliche Kriterien nicht als vergleichbar eingestuft werden.⁴²⁷ Dies gilt umso mehr als § 1 Abs. 4 KSchG nur die Gewichtung der sozialen Auswahlkriterien und nicht die Zusammensetzung des auswahlrelevanten Personenkreises oder die entgegenstehenden betrieblichen Bedürfnisse iSv. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG betrifft.⁴²⁸

Die völlige Identität der Arbeitsplätze ist jedoch nicht erforderlich, es genügt, wenn der Beschäftigte aufgrund seiner **bisherigen Aufgaben** im Betrieb und aufgrund seiner **beruflichen Qualifikation** in der Lage ist, diese andere Arbeit zu verrichten. Maßstab ist regelmäßig die **gleiche Tarifgruppe**.⁴²⁹

An der Berechtigung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer einseitig auf einen anderen Arbeitsplatz um- oder zu versetzen fehlt es, wenn nach dem übereinstimmenden Willen der Arbeitsvertragsparteien der **Sitz eines Betriebes als Einsatzort** bestimmt ist.⁴³⁰

An der Vergleichbarkeit i.S.d. § 1 Abs. 3 KSchG fehlt es, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig auf einen anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann. Dieser Grundsatz gilt auch für die **unternehmensübergreifende Sozialauswahl innerhalb eines**

⁴²⁵ BAG v. 2.6.2005 - 2 AZR 480/04, BAGE 115, 92; BAG v. 31.5.2007 - 2 AZR 306/06, AP KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 93 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 76; BAG v. 5.6.2008 - 2 AZR 907/06, BB 2009, 447.

⁴²⁶ BAG v. 18.10.2006 - 2 AZR 676/05, NZA 2007, 798 = NJW 2007, 2206; dazu EWiR 2007, 505 (Lindemann); BAG v. 5.6.2008 - 2 AZR 907/06, BB 2009, 447.

⁴²⁷ BAG v. 15.6.1989 - 2 AZR 580/88, BAGE 62, 116.

⁴²⁸ BAG v. 5.6.2008 - 2 AZR 907/06, BB 2009, 447.

⁴²⁹ LAG Hamm v. 6.7.2000 - 4 Sa 233/00, ZInsO 2001, 736.

⁴³⁰ LAG Hessen v. 30.7.2001 - 16 Sa 1989/00, ZInsO 2002, 740.

Gemeinschaftsbetriebes.⁴³¹ Führen mehrere Unternehmen (auch) einen **einheitlichen Betrieb**⁴³², soll aber nach Auffassung des LAG Köln⁴³³ die Sozialauswahl betriebsübergreifend sein.

Bei beabsichtigter **Teilbetriebsstilllegung und Teilbetriebsübergang** ist eine auf den **gesamten Betrieb**, einschließlich des später übergehenden Betriebsteils, bezogene **Sozialauswahl** durchzuführen.⁴³⁴

Eine Sozialauswahl ist auch erforderlich bei der Auswahl von Arbeitnehmern für **insolvenzspezifische Abwicklungstätigkeiten wegen Betriebsstilllegung** („Air Berlin“). Beabsichtigt der Insolvenzverwalter einer Fluggesellschaft, den Flugbetrieb stillzulegen und über die für die deshalb gekündigten Arbeitnehmer nach § 113 InsO maßgeblichen Kündigungsfristen hinaus mit Arbeitnehmern der Fluggesellschaft insolvenzspezifische Abwicklungstätigkeiten auszuführen, so sind diese Tätigkeiten grundsätzlich als im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG zu berücksichtigende, **ggf. zeitlich befristete Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für dafür geeignete Arbeitnehmer** anzusehen. Konkurrieren um diese Beschäftigungsmöglichkeiten mehrere geeignete Arbeitnehmer, hat der Insolvenzverwalter durch eine Sozialauswahl nach den Grundsätzen des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG zu entscheiden, welche Arbeitnehmer er mit insolvenzspezifischen Abwicklungstätigkeiten über die einschlägige Kündigungsfrist hinaus weiterbeschäftigt.⁴³⁵

bb) Teilzeitarbeitnehmer und Vollzeitarbeitnehmer

Grundsätzlich sind **Teilzeitarbeitnehmer und Vollzeitarbeitnehmer** im Rahmen der sozialen Auswahl nicht vergleichbar. Etwas anderes gilt aber dann, wenn der Arbeitgeber in einem bestimmten Bereich lediglich die Zahl der insgesamt geleisteten Arbeitsstunden abbauen will, ohne dass eine Organisationsentscheidung vorliegt. Dann sind sämtliche in diesem Bereich gleichartig beschäftigten Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf ihre jeweiligen Arbeitszeitvolumen in die soziale Auswahl einzubeziehen.⁴³⁶

⁴³¹ Einschränkung für einen in der Auflösung befindlichen Gemeinschaftsbetrieb BAG v. 18.9.2003 – 2 AZR 607/02, ZInsO 2004, 1095 und BAG v. 27.11.2003 – 2 AZR 48/03, NZA 2004, 477, dazu EWIR 2004, 1101 (Balle); zum Fortbestand des Betriebsratamtes in solchen Situationen BAG v. 19.11.2003 – 7 AZR 11/03, NJW 2004, 426, dazu EWIR 2004, 729 (Oetker).

⁴³² Siehe etwa BAG v. 17.3.1987 – 3 AZR 64/84, AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG und BAG v. 18.4.1989 - 1 ABR 97/87, BAGE 61, 283 = AP Nr. 65 zu § 99 BetrVG im Betriebsverfassungsrecht und BAG v. 18.1.1990 - 2 AZR 355/89, AP Nr. 9 zu § 23 KSchG 1969.

⁴³³ LAG Köln v. 25.4.2001 – 8 (7) Sa 96/01; einschränkend für einen in der Auflösung befindlichen Gemeinschaftsbetrieb BAG v. 18.9.2003 – 2 AZR 607/02, ZInsO 2004, 1095 und BAG v. 27.11.2003 – 2 AZR 48/03, NZA 2004, 477, dazu EWIR 2004, 1101 (Balle).

⁴³⁴ BAG v. 28.10.2004 - 8 AZR 391/03, AP Nr. 69 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl = ZIP 2005, 412.

⁴³⁵ LAG Berlin-Brandenburg v. 13.12.2018 – 5 Sa 1257/18, ZIP 2019, 341 = NZI 2019, 177 m. Anm. Fuchs; dazu EWIR 2019, 315 /Röger/Stütze).

⁴³⁶ BAG v. 3.12.1998 – 2 AZR 341/98, EZA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 37 = NJW 1999, 1733; BAG v. 12.8.1999 – 2 AZR 12/99, EZA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 41.

Teilzeitarbeitnehmer untereinander sollen zumindest dann miteinander vergleichbar sein, wenn ihre Arbeitszeiten nur geringfügig unterschiedlich sind und der kündigungsbedrohte Arbeitnehmer die fortbestehende Stelle übernehmen kann, ohne dass eine Anpassung anderer Arbeitsverträge erforderlich wird.⁴³⁷ Die Sozialauswahl muss sich aber nicht in jedem Fall auf Teilzeitbeschäftigte **mit unterschiedlichen Arbeitszeiten** erstrecken. Wenn ein **nachvollziehbares unternehmerisches Konzept zur Arbeitsgestaltung** vorliegt, demzufolge bestimmte Tätigkeiten bestimmten Arbeitszeiten zugeordnet sind, ist keine Sozialauswahl zwischen Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten vorzunehmen. Die hierzu entwickelten Grundsätze gelten auch für die soziale Auswahl zwischen **Teilzeitbeschäftigten mit unterschiedlichen Arbeitszeiten**.⁴³⁸

Maßgeblich ist nur eine sog. **horizontale Vergleichbarkeit**. Auch ein etwaiges Einverständnis des Arbeitnehmers mit einer Umsetzung oder Versetzung in eine niedriger qualifizierte Position führt nicht zur Erweiterung des auswahlrelevanten Personenkreises im Sinne einer sog. vertikalen Vergleichbarkeit.⁴³⁹

b) Feststellung der Sozialdaten nach früherem Recht

Nach der vom 1.10.1996 bis zum 31.12.1998 geltenden Regelung kam es praktisch lediglich auf die Dauer der **Betriebszugehörigkeit**, das **Lebensalter** und die etwaigen **Unterhaltspflichten** an.

Seit dem **1.1.1999** waren diese drei Gesichtspunkte **lediglich Hauptkriterien** für die soziale Auswahl, es kamen aber ergänzend auch wieder andere **Zusatzkriterien** hinzu, wie etwa wirtschaftliche Situation (Belastung durch Hausbau, Doppelverdienerehe oder alleinstehend oder verheiratet mit einem nicht bzw. nicht voll berufstätigen Partner), Schwerbehinderung, Chancen am Arbeitsmarkt, Invalidität durch Betriebsunfall.⁴⁴⁰

Bezüglich der **familienbezogenen Kriterien** war zumindest nach bisherigem Rechtsverständnis regelmäßig der Informationsstand des Arbeitgebers **anhand der Personalakten / Lohnsteuerkarte** maßgeblich. Es traf ihn darüber hinaus keine Informationspflicht.⁴⁴¹

⁴³⁷ LAG Niedersachsen v. 11.6.2001 – 5 Sa 1832/00, BB 2001, 2379 unter Hinweis auf BAG v. 3.12.1998 – 2 AZR 34/98, BB 1999, 847 und EuGH v. 26.9.2000 – Rs.C-322/98, (Kachelmann ./ Bankhaus Lampe), NZA 2000, 1155.

⁴³⁸ BAG v. 15.7.2004 - 2 AZR 376/03, BB 2004, 2640 = DB 2004, 2375.

⁴³⁹ BAG v. 29.3.1990 – 2 AZR 369/89, EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 29.

⁴⁴⁰ Schiefer/Worzalla/Will, Arbeits-, sozial- und lohnsteuerrechtliche Änderungen 1999, S. 46.

⁴⁴¹ LAG Hamm v. 6.7.2000 – 4 Sa 233/00, ZInsO 2001, 336.

Sonderkündigungsschutztatbestände waren dabei vorrangig, so dass Arbeitnehmer mit **Sonderkündigungsschutz**, etwa als Wahlbewerber oder Schwerbehinderte, bei der Sozialauswahl nicht berücksichtigt werden durften.⁴⁴²

c) **Bewertungsmaßstab**

Die Sozialauswahl musste immer – auch wenn eine **Vorauswahl** anhand eines Auswahlschemas erfolgt – **abschließend „handgesteuert“** vorgenommen werden.⁴⁴³ In jedem Fall musste auch nach der bisherigen BAG-Rechtsprechung im Anschluss an die Vorauswahl aufgrund der Punktetabelle eine individuelle Abschlussprüfung der Auswahl stattfinden.⁴⁴⁴ Diese Rechtsprechung hat das BAG inzwischen aufgegeben.⁴⁴⁵

Durch die Formulierung in § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG ist klargestellt, dass die Sozialauswahl bereits dann ordnungsgemäß ist, wenn der Arbeitgeber die Wertungskriterien des Gesetzes **ausreichend berücksichtigt** hat. Dies bedeutet, dass ihm ein **Bewertungsspielraum** zusteht und der gekündigte Arbeitnehmer sich nur erfolgreich auf eine Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl berufen kann, wenn er **deutlich schutzwürdiger** ist als ein nicht gekündigter vergleichbarer Arbeitnehmer.⁴⁴⁶

Allerdings sind nach Auffassung des **ArbG Ludwigshafen** Arbeitnehmer mit Kindern sind besonders schutzbedürftig. Arbeitgeber müssen danach vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung die **besondere Schutzbedürftigkeit von Arbeitnehmern mit Kindern** berücksichtigen. Unterhaltspflichtige Kinder seien daher im Rahmen eines Punkteschemas zur Sozialauswahl deutlich stärker zu gewichtigen als das Lebensalter oder die Dauer der Betriebszugehörigkeit. Dabei reiche es aus, einem Arbeitnehmer für jedes unterhaltsberechtigten Kind vier Punkte zuzuschreiben, wenn bereits jedes Lebensjahr und Jahr der Betriebszugehörigkeit mit jeweils einem Punkt bewertet wird.⁴⁴⁷

An sich **nicht anrechnungsfähige frühere Beschäftigungszeiten** bei demselben Arbeitgeber oder einem anderen Unternehmen können bei der Dauer der Betriebszugehörigkeit nach § 1 Abs 3 S 1 KSchG **durch eine vertragliche Vereinbarung**

⁴⁴² LAG Berlin v. 24.3.1998 – 17 Sa 167/97; LAG Hamm v. 6.7.2000 – 4 Sa 233/00, ZInsO 2001, 336; LAG Hamm v. 16.3.2001 – 4 (19) Sa 746/99, ZInsO 2000, 520, dazu EWIR 2001, 285 (Peters-Lange); LAG Hamm v. 24.3.2001 – 4 Sa 746/99, EWIR 2001, 439 (Diller/Haußmann).

⁴⁴³ LAG Niedersachsen v. 11.6.2001 – 5 Sa 1832/00, BB 2001, 2379 gegen LAG Köln v. 3.5.2000 – 2 Sa 272/00, LAGE § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl Nr. 33 und unter Verwerfung des Punkteschemas des BAG v. 18.1.1990 – 2 AZR 357/89, BB 1990, 1274 = BAGE 64, 34.

⁴⁴⁴ BAG v. 18.1.1990 - 2 AZR 357/89, BB 1990, 1274 = BAGE 64, 34; BAG v. 5.12.2002 - 2 AZR 549/01, NZA 2003, 791

⁴⁴⁵ BAG v. 9.11.2006 – 2 AZR 812/05, NZA 2007, 549.

⁴⁴⁶ BAG v. 5.12.2002 - 2 AZR 549/01, NZA 2003, 791; dazu Kleinebrink, ArbRB 2003, 338.

⁴⁴⁷ ArbG Ludwigshafen v. 8.2.2005 - 8 Ca 2824/04, BB 2005, 672.

der Arbeitsvertragsparteien berücksichtigt werden. Die sich **zu Lasten anderer Arbeitnehmer** auswirkende Individualvereinbarung **darf jedoch nicht rechtsmissbräuchlich** sein und nur die Umgehung der Sozialauswahl bezwecken. Für eine Berücksichtigung der vertraglich vereinbarten Betriebszugehörigkeitszeiten muss ein sachlicher Grund vorliegen. Ein **sachlicher Grund** ist ohne weiteres anzunehmen, wenn der Berücksichtigung früherer Beschäftigungszeiten ein arbeitsgerichtlicher Vergleich wegen eines streitigen Betriebsübergangs zugrunde liegt.⁴⁴⁸

d) Neuregelungen durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt v. 24.12.2003

aa) Dreistufige Prüfung

Nach dem Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt⁴⁴⁹ findet die Sozialauswahl weiterhin in **drei Stufen** statt:

- Zunächst ist zu prüfen, welche Arbeitnehmer überhaupt miteinander vergleichbar und somit in die Sozialauswahl einzubeziehen sind.
- Dann ist festzustellen, wie deren soziale Schutzbedürftigkeit sich anhand sozialer Kriterien darstellt.
- Außerdem wird festgestellt, welche berechtigten betrieblichen Interessen der Arbeitgeber bei der Sozialauswahl berücksichtigen darf.

Die bei betriebsbedingten Kündigungen auf der zweiten Stufe erforderliche Sozialauswahl wird beschränkt auf die **vier Grundkriterien**

- Dauer der Betriebszugehörigkeit,
- das Lebensalter,
- die Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers,
- Schwerbehinderung.

Bislang waren im Gesetz die sozialen Gesichtspunkte nicht ausdrücklich genannt. Neben den Gesichtspunkten Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung war es deshalb möglich, auch **weitere Kriterien** wie Doppelverdienerehe, Berufskrankheiten, unverschuldete Arbeitsunfälle und die Chancen auf dem Arbeitsmarkt heranzuziehen. Die Neuregelung seit dem 1.1.2004 bedeutet aber nicht, dass der Arbeitgeber solche Kriterien nicht **freiwillig in die Bewertung einbeziehen** darf.⁴⁵⁰

Die im Gesetz genannten **Kriterien** sind aber nach der Auffassung des BAG untereinander **gleichwertig**,⁴⁵¹

⁴⁴⁸ BAG v. 2.6.2005 – 2 AZR 480/04, BB 2006, 497.

⁴⁴⁹ BGBl. I 2003, 3002 ff.

⁴⁵⁰ Thüsing/Stelljes, BB 2003, 1673, 1674; Kleinebrink, ArbRB 2003, 338, 339.

⁴⁵¹ BAG v. 29.1.2015 – 2 AZR 164/14; dazu NJW-Spezial 2015, 244.

Im Rahmen der Gewichtung der vier Grunddaten sind bei den **Unterhaltsverpflichtungen**

- ein etwaiger Doppelverdienst
- ein etwaiges Einkommen anderer Familienmitglieder oder
- Pflegebedürftigkeit eines Familienmitgliedes

nach Literaturmeinung nicht zu Lasten eines anderen Arbeitnehmers zu berücksichtigen.⁴⁵²

Legt man die Gesetzesbegründung zugrunde, ist der Arbeitgeber nunmehr gehalten, die Sozialdaten der vergleichbaren Arbeitnehmer zu erforschen (**Ermittlungspflicht**); er kann sich **nicht allein auf den Inhalt der Personalakten verlassen**.⁴⁵³ Vor diesem Hintergrund ist es geboten, in den **Arbeitsvertrag** eine **Mitteilungsverpflichtung** des Arbeitnehmers aufzunehmen, also ihm aufzugeben, dem Arbeitgeber stets unaufgefordert etwaige Änderungen dieser Personaldaten unverzüglich mitzuteilen, um ihm ein späteres Berufen auf Nichtberücksichtigung von Sozialdaten bei einer Auswahlentscheidung des Arbeitgebers abzuschneiden (arg. e § 162 BGB).

Das BAG hat inzwischen aber – zu einer im Januar 2004 ausgesprochenen Kündigung – anders entschieden: Der Arbeitgeber ist im Rahmen der Betriebsratsanhörung **nicht verpflichtet, die Richtigkeit dokumentierter Daten zu überprüfen**.⁴⁵⁴ Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer für die Unterrichtung des Arbeitgebers über Veränderungen seiner Personalien verantwortlich.⁴⁵⁵ Überreicht er lediglich eine Lohnsteuerkarte, ohne den Arbeitgeber über davon abweichende persönliche Daten aufzuklären, muss er davon ausgehen, dass der Arbeitgeber sich bei seinen Angaben gegenüber dem Betriebsrat auf die dort dokumentierten Daten verlässt.⁴⁵⁶

Noch nicht klar ist, inwieweit durch die Neuregelung nunmehr eine **Einbeziehung von schwerbehinderten Menschen in die Gruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer** erfolgt ist. Dazu wird vertreten, dass die Einbeziehung nur dann erfolge, wenn zum Zeitpunkt der

⁴⁵² Thüsing/Stelljes, BB 2003, 1673, 1674; Kleinebrink, ArbRB 2003, 338; unter Hinweis auf BAG v. 5.12.2002 - 2 AZR 549/01, NZA 2003, 791.

⁴⁵³ BTDs. 15/1204, S. 11; dazu Kleinebrink, ArbRB 2003, 338, 339; KR/Etzel, 7. Aufl., § 1 KSchG Rn. 663.

⁴⁵⁴ BAG v. 6.7.2006 – 2 AZR 520/05, ZIP 2006, 2329, unter Hinweis auf BAG v. 24.11.2005 - 2 AZR 514/04, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 43 = EZA KSchG § 1 Krankheit Nr. 51; LAG Baden-Württemberg v. 9.11.1990 - 15 Sa 86/ 90, LAGE BetrVG 1972 § 102 Nr. 25; LAG Schleswig-Holstein v. 1.4.1999 - 5 Sa 236/ 98, LAGE KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 30; KR-Etzel 7. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 58b; HaKo/Griebeling KSchG 2. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 84; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 396). Er kann deshalb mangels anderweitiger Kenntnisse auch von den Eintragungen in der Lohnsteuerkarte ausgehen, hat dies aber dann gegenüber dem Betriebsrat zu kennzeichnen BAG v. 24.11.2005 - 2 AZR 514/04, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 43 = EZA KSchG § 1 Krankheit Nr. 51.

⁴⁵⁵ BAG v. 6.7.2006 – 2 AZR 520/05, ZIP 2006, 2329, unter Hinweis auf BAG v. 24.11.2005 - 2 AZR 514/ 04, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 43 = EZA KSchG § 1 Krankheit Nr. 51; BAG v. 29.1.1997 - 2 AZR 292/ 96, BAGE 85, 114; HaKo/Griebeling § 102 BetrVG Rn. 84.

⁴⁵⁶ BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 682/10, NZA 2012, 1090 für eine Kündigung durch den Insolvenzverwalter.

Durchführung der Sozialauswahl zur Kündigung bereits eine **Zustimmung des Integrationsamtes nach §§ 85 ff. SGB IX vorliege**, der Arbeitgeber aber frei sei, den entsprechenden Antrag (vorher) zu stellen.⁴⁵⁷

Diese Auffassung findet eine Stütze in der Rechtsprechung des BAG zum früheren Recht⁴⁵⁸: Der Kreis der in die soziale Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer ist nach den **Verhältnissen im Zeitpunkt der beabsichtigten Kündigung** zu bilden. Arbeitnehmer, denen gegenüber eine ordentliche Kündigung in diesem Zeitpunkt auf Grund von Vorschriften des Sonderkündigungsschutzes ausgeschlossen ist, sind in diesen Personenkreis nicht einzubeziehen. Dies gilt auch dann, wenn im Zeitpunkt der beabsichtigten Kündigung der Sonderkündigungsschutz voraussichtlich alsbald auslaufen wird und auf Grund der kurzen Kündigungsfrist das Arbeitsverhältnis des besonders geschützten Arbeitnehmers zu demselben Termin beendet werden könnte, zu dem auch das Arbeitsverhältnis des konkurrierenden, sozial schwächeren Arbeitnehmers gekündigt werden kann.

bb) Vorrang betrieblicher Gründe

Der Vorrang betrieblicher Gründe, also der Ausschluss bzw. die Überwindung der sozialen Auswahl nach der so genannten **Leistungsträger-Regelung** bis zum 31.12.1998, war zwischenzeitlich ebenfalls eingeschränkt worden. Nach der Regelung in **§ 1 Abs. 3 KSchG** seit dem 1.1.1999 mussten soziale Gesichtspunkte ausnahmsweise dann nicht berücksichtigt werden, wenn betriebstechnische, wirtschaftliche oder sonstige Bedürfnisse die weitere Beschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer bedingen und damit der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehen.

Der Arbeitgeber trägt dazu die **volle Darlegungslast**. Der **Betriebsrat** ist auch zu diesem Aspekt nach § 102 BetrVG **anzuhören**.⁴⁵⁹

Eine erweiterte Neuregelung ist durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 mit Wirkung **ab 1.1.2004** erfolgt.⁴⁶⁰ Danach sind Arbeitnehmer nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder **zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur** des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt.

⁴⁵⁷ Kleinebrink, ArbRB 2003, 338, 339; vgl. auch KR/Etzel, 7. Aufl., § 1 KSchG Rn. 653.

⁴⁵⁸ BAG v. 21.4.2005 – 2 AZR 241/04, BB 2005, 2471.

⁴⁵⁹ LAG Berlin v. 20.8.1996 – 12 Sa 54/96, LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 19; Schiefer/Worzalla/Will, Arbeits-, sozial- und lohnsteuerrechtliche Änderungen 1999, S. 45.

⁴⁶⁰ Dazu Kleinebrink, ArbRB 2003, 338 ff.

Nach bisherigem Recht konnten **Leistungsträger** nur dann - auf der dritten Stufe - aus der Sozialauswahl herausgenommen werden, wenn die Leistungsunterschiede so erheblich waren, dass der Arbeitgeber **im Interesse eines geordneten Betriebsablaufs** auf ihn **nicht verzichten** konnte.⁴⁶¹ Nunmehr genügt insoweit die Erfüllung eines der drei genannten Kriterien (Kenntnisse, Fähigkeiten, Leistungen), um unter **Nützlichkeitserwägungen** den Leistungsträger aus der Sozialauswahl heraus nehmen zu können.⁴⁶² Nach der jüngeren Rechtsprechung des BAG kann eine Herausnahme einzelner Mitarbeiter aus der Gruppe der Vergleichbaren auch aufgrund von Kriterien erfolgen, die **mit dem Arbeitsverhältnis in keinem unmittelbaren Bezug** stehen.⁴⁶³

Nach der Auffassung des **LAG Köln**⁴⁶⁴ darf jedoch **keine generelle Herausnahme** von Leistungsträgern aus Sozialauswahl erfolgen. Bei der Entscheidung, welchen Arbeitnehmern betriebsbedingt gekündigt werden soll, könne der Arbeitgeber zwar so genannten Leistungsträger von der Sozialauswahl ausnehmen. Dabei müsse aber immer eine **einzelfallbezogene Interessenabwägung** stattfinden. Deshalb ist eine generelle Ausnahme aller Arbeitnehmer mit einer bestimmten Ausbildung aus der Sozialauswahl unzulässig.

Wird ein **Interessenausgleich mit Namensliste** abgeschlossen, ist außerhalb wie innerhalb eines Insolvenzverfahrens auch die Herausnahme so genannter **Leistungsträger** aus der sozialen Auswahl nach §1 Abs. 3 Satz 2 KSchG nur auf grobe Fehlerhaftigkeit zu überprüfen (§ 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG, § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr.2 InsO). Findet der Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit auf die Prüfung der sozialen Auswahl Anwendung, braucht der Arbeitgeber die Gründe für die **fehlende Vergleichbarkeit** von Arbeitnehmern und die Ausklammerung von Leistungsträgern zunächst **nur in „groben Zügen“ darzulegen**.⁴⁶⁵

Leistungsträger können nunmehr auch zur **Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur** von der Sozialauswahl ausgenommen werden. Die Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur wird dadurch aber nicht ermöglicht. Unklar ist auch noch, ob nur die Altersstruktur des Betriebes gemeint oder aber auch die Sicherung anderer Personalstrukturen ermöglicht werden soll (etwa Geschlechterquote, Ausbildungsstruktur).

⁴⁶¹ BAG v. 24.3.1983 - 2 AZR 21/82, AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG v. 12.4.2002 - 2 AZR 706/00, AP Nr. 56 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.

⁴⁶² Kleinebrink, ArbRB 2003, 338, 339.

⁴⁶³ BAG v. 7.12.2006 – 2 AZR 748/05, NZA 2008, 72.

⁴⁶⁴ LAG Köln 24. 3. 2005 - 6 Sa 1364/04, NZA 2006, 20 = ZInsO 2006, 54 = ZIP 2005, 1983.

⁴⁶⁵ LAG Köln v. 10.5.2005 – 1 Sa 1510/04, ZIP 2005, 1524.

cc) Zulässigkeit einer Auswahl nach Altersgruppen

Als zulässig wird aufgrund der seit dem 1.1.1999 wiederhergestellten Fassung des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG („sonstige berechnigte betriebliche Bedürfnisse“) auch die **Bildung von Altersstrukturgruppen** bei der Sozialauswahl zur **Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur** angesehen.⁴⁶⁶ Die Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur kann – und konnte auch für die vor dem 1. Januar 2004 geltende Fassung des Kündigungsschutzgesetzes – ein sonstiges berechtigtes betriebliches Bedürfnis iSv. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG aF und nF. sein.⁴⁶⁷ Darin liegt auch **kein Verstoß gegen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung**.⁴⁶⁸

Dabei macht das Kündigungsschutzgesetz dem Arbeitgeber **keine inhaltlichen oder zeitlichen Vorgaben für die Bildung der entsprechenden Altersgruppen**. Ob ein berechtigtes betriebliches Bedürfnis am Erhalt einer ausgewogenen Altersstruktur besteht, ist immer im Hinblick auf die speziellen Betriebszwecke und ggf. deren Umsetzung zu entscheiden. Der Arbeitgeber hat bei der Bildung der Altersgruppen auch einen gewissen **Beurteilungsspielraum**.⁴⁶⁹

Eine Altersgruppenbildung ist zur Erhaltung der Altersstruktur der Belegschaft aber nur dann geeignet, wenn sie dazu führt, dass die **bestehende Struktur bewahrt** bleibt. Sind mehrere Gruppen vergleichbarer Arbeitnehmer von den Entlassungen betroffen, muss deshalb eine **proportionale Berücksichtigung aller Altersgruppen auch innerhalb der jeweiligen Vergleichsgruppen** möglich sein. Die betriebsweite Sicherung der Altersstruktur muss die Folge der proportionalen Beteiligung sämtlicher Altersgruppen auch innerhalb der einzelnen Vergleichsgruppen sein. Es ist das Kennzeichen der Sozialauswahl, dass sie innerhalb von Vergleichsgruppen zu erfolgen hat.⁴⁷⁰ Eine Altersgruppenbildung nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG ist nicht bereits deshalb unzulässig, weil dabei das Lebensalter als Auswahlkriterium berücksichtigt wird. Dies ist unabhängig von einer Altersgruppenbildung durch § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG vorgegeben.

⁴⁶⁶ LAG Frankfurt v. 24.6.1999 – 3 Sa 1278/98, NZA-RR 2000, 74 = ZInsO 1999, 724; LAG Rostock v. 29.7.1999 – 1 Sa 54/99; LAG Rostock v. 14.9.1993 – 5 Sa 381/93, NJW 1994, 144; LAG Düsseldorf v. 17.3.2000 – 9 (6) Sa 84/00, ZInsO 2001, 92 m. Anm. Berscheid; LAG Hamm v. 2.9.1999 – 4 Sa 962/99, ZInsO 2000, 352.

⁴⁶⁷ BAG v. 23.11.2000 – 2 AZR 533/99, BAGE 96, 306; APS/Kiel 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 749; BAG v. 20.4.2005 – 2 AZR 201/04, BB 2005, 2083 = ZIP 2005, 1803; dazu EWIR 2006, 377 (Pomberg); Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1140.

⁴⁶⁸ BAG v. 15.12.2011 – 2 AZR 42/10, ZIP 2012, 1623.

⁴⁶⁹ BAG v. 20.4.2005 – 2 AZR 201/04, BB 2005, 2083 = ZIP 2005, 1803; Bütetisch Anm. zu BAG v. 23.11.2000 – 2 AZR 533/99, BAGE 96, 306; Fischermeier, NZA 1997, 1089, 1093; KR/Etzel, § 1 KSchG Rn. 644; von Hoyningen-Huene/Linck, KSchG § 1 Rn. 479 f. APS/Kiel § 1 KSchG Rn. 750; Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1143.

⁴⁷⁰ BAG v. 19.7.2012 – 2 AZR 352/11, ZIP 2013, 234; dazu EWIR 2013, 219 (Mehrens).

Die **Staffelung** soll dabei innerhalb der auswahlrelevanten Arbeitnehmergruppen, nicht über die gesamte Belegschaft gebildet werden.⁴⁷¹ Üblich sind dabei 3er-, 4er- oder 5er-Staffelungen.⁴⁷²

Das BAG hat dazu aber klargestellt, dass es zum schlüssigen **Sachvortrag des Arbeitgebers** gehört, im Einzelnen darzulegen,

- welche konkreten Nachteile sich ergeben würden, wenn er die zu kündigenden Arbeitnehmer allein nach dem Maßstab des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG aF auswählen würde, und
- wie viel Prozent der potenziell zu kündigenden Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung den jeweiligen Altersgruppen angehörten und wie die einzelnen Kündigungen auf die einzelnen Altersgruppen verteilt worden sind, damit die bislang bestehende Altersstruktur erhalten bleibt.⁴⁷³

Ähnlich hatte bereits das LAG Schleswig-Holstein:⁴⁷⁴

*„Bei einer Kündigung in der Insolvenz, die nach Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste ausgesprochen wird, hat der Insolvenzverwalter, wenn er sich auf die Erhaltung oder Herstellung einer ausgewogenen Personalstruktur beruft, darzulegen, wie die Personalstruktur beschaffen ist und welche Struktur erreicht werden soll. Es reicht nicht aus, sich auf den **Interessenausgleich** zu berufen. Dieser begründet insoweit **keine Vermutung der Richtigkeit**.“*

Diese Rechtsprechung hat das BAG für Betriebsänderungen im Geltungsbereich des § 17 KSchG allerdings inzwischen aufgeweicht.⁴⁷⁵

Zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebs i.S.v. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG kann eine **Sozialauswahl nach Altersgruppen** zulässig sein. Jedenfalls dann, wenn die Anzahl der **Entlassungen innerhalb einer Gruppe** vergleichbarer Arbeitnehmer **im Verhältnis zur Anzahl aller Arbeitnehmer des Betriebs die Schwellenwerte des § 17 KSchG erreicht**, ist ein berechtigtes betriebliches Interesse an der Beibehaltung der Altersstruktur - **widerlegbar - indiziert**. Der 2. Senat hat dabei offengelassen, ob für den Fall, dass sich die Massenkündigungen auf mehrere Gruppen vergleichbarer Arbeitnehmer verteilen, die Erleichterung bei der Darlegung des berechtigten betrieblichen Interesses auch

⁴⁷¹ LAG Hamm v. 28.5.1998 – 8 Sa 76/98, ZInsO 1998, 236; LAG Sachsen v. 5.1.2005 – 2 Sa 674/04, ZInsO 2006, 56.

⁴⁷² Dazu Berscheid, Arbeitsverhältnisse in der Insolvenz, 1999, S. 227 Rn. 659 m.w.N. und in: Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000, S. 1395, 1417 Rn. 50; LAG Sachsen v. 5.1.2005 – 2 Sa 674/04, ZInsO 2006, 56.

⁴⁷³ BAG v. 20.4.2005 – 2 AZR 201/04, BB 2005, 2083 = ZIP 2005, 1803; so auch Bütetisch, Die Sozialauswahl, S. 328 f.; KR/Etzel aaO § 1 KSchG Rn. 655; Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis Rn. 1140; Quecke, RdA 2004, 89.

⁴⁷⁴ LAG Schleswig-Holstein v. 9.11.2004 – 2 Sa 349/04, NZI 2005, 643.

⁴⁷⁵ BAG v. 22.3.2012 – 2 AZR 167/11, NZA 2012, 1040.

dann berechtigt ist, wenn zwar die Anzahl der insgesamt zu entlassenden Arbeitnehmer die Schwellenwerte des § 17 KSchG erreicht, nicht aber die der Entlassungen innerhalb einer Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer. Die **konkrete Altersgruppenbildung muss zur Sicherung der bestehenden Altersstruktur der Belegschaft geeignet sein**. Sind mehrere Gruppen vergleichbarer Arbeitnehmer von den Entlassungen betroffen, muss auch innerhalb der jeweiligen Vergleichsgruppe eine **proportionale Berücksichtigung der Altersgruppen an den Entlassungen** möglich sein. Die betriebsweite Sicherung der bestehenden Altersstruktur muss die Folge der proportionalen Beteiligung der Altersgruppen an den Entlassungen innerhalb der einzelnen Vergleichsgruppen sein.

In dem der Entscheidung vom 17.3.2000⁴⁷⁶ des LAG Düsseldorf zugrunde liegenden Fall hatte der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat vereinbart, dass die Sozialauswahl im Rahmen separater Altersgruppen erfolge. Diese waren wie folgt gegliedert: 18 bis 25 Jahre, 26 bis 30 Jahre, 31 bis 35 Jahre, 36 bis 40 Jahre, 41 bis 45 Jahre, 46 bis 50 Jahre, 51 bis 55 Jahre und älter als 55 Jahre. In einer weiteren Vereinbarung waren dann die Sozialkriterien nebst einer Punktegewichtung festgelegt worden. Folge dieser Vorgehensweise war, dass die Klägerin (44 Jahre, 6 Jahre Betriebszugehörigkeit, ledig, keine Kinder) gekündigt wurde, obwohl es andere ledige und kinderlose Arbeitnehmer auf vergleichbaren Arbeitsplätzen gab, die mehrere Jahre oder Jahrzehnte jünger waren.

Zur Begründung der Zulässigkeit einer Bildung von Altersgruppen zur Durchführung der Sozialauswahl verweist das LAG Düsseldorf auf die durch § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG gewährleistete Möglichkeit, berechnete betriebliche Interessen bei der Sozialauswahl einzubeziehen. Das darin liegende Ziel, im Betrieb eine ausgewogene Altersstruktur zu wahren, müsse durch den Arbeitgeber nicht mehr besonders begründet werden. Probleme könnten allenfalls dann bestehen, wenn die Gruppen, die durch den Arbeitgeber bzw. die betrieblichen Sozialpartner gebildet werden, zu eng geraten und damit die Gefahr begründet wird, dass Arbeitnehmer von Kündigungen betroffen sind, die davor aufgrund ihrer besonderen sozialen Schutzbedürftigkeit bewahrt werden sollen.

Dass die Veränderung von § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG zum 1.1.1999, durch die die „Sicherung der ausgewogenen Leistungsstruktur“ als Grund für die Herausnahme einzelner Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl gestrichen wurde, die Bildung von Altersgruppen verbiete, lehnt das LAG Düsseldorf zu Recht mit Blick auf entsprechende Feststellungen des Gesetzgebers in der Begründung des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte, mit dem die Veränderungen zum 1.1.1999

⁴⁷⁶ LAG Düsseldorf v. 17.3.2000 – 9 (6) Sa 84/00, ZInsO 2001, 92 m. Anm. Berscheid.

eingeführt wurden, ab. Denn in der Begründung der gesetzlichen Neuregelung hatte die Bundesregierung Einwendungen durch den Hinweis Rechnung getragen, dass auch in der Erhaltung der ausgewogenen Altersstruktur ein berechtigtes betriebliches Bedürfnis liegen könne.⁴⁷⁷

Grundlage dieser Feststellung waren Überlegungen von Etzel⁴⁷⁸, der bereits vor dem Inkrafttreten des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes am 1.10.1996 die Ansicht vertreten hatte, dass der Arbeitgeber aus den Gruppen der bis 30jährigen, 31 bis 40jährigen, 41 bis 50jährigen, 51 bis 60jährigen und älter als 60jährigen Arbeitnehmern entsprechend der Altersstruktur des auswahlrelevanten Personenkreises anteilmäßig gleich viele Arbeitnehmer entlassen könne, wenn innerhalb der einzelnen Gruppen eine ordnungsgemäße Sozialauswahl durchgeführt werde. Wenn in der Regierungsbegründung zum Korrekturgesetz vom 19.12.1998 - so das LAG Düsseldorf - ausdrücklich darauf verwiesen werde, dass auch in der Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur bereits bisher ein berechtigtes betriebliches Bedürfnis gesehen worden sei, so spreche viel dafür, dass der Gesetzgeber den von Etzel gemachten Vorschlag einer Altersgruppenbildung akzeptieren und übernehmen wollte, ohne sich dabei allerdings festzulegen, ob nicht auch eine anderweitige Gruppenbildung möglich und zulässig sein kann. Dass diese Frage nicht erst heute, sondern auch in der Zeit vor dem 1.10.1996 umstritten gewesen ist, sei dahingestellt.

Das Arbeitsgericht Osnabrück hat – trotz der Bereichsausnahme in § 2 Abs. 4 AGG - eine Alterstrukturgruppenbildung wegen des **europarechtlichen Diskriminierungsverbots** zumindest insoweit als rechtswidrig angesehen, wie es um die bloße Erhaltung der Altersstruktur gehe.⁴⁷⁹ Das Arbeitsgericht Bielefeld hat - auch unter der Geltung des AGG - gegenteilig entschieden.⁴⁸⁰ Inzwischen hat auch das LAG Niedersachsen in der Berufungsinstanz die Entscheidung des ArbG Osnabrück aufgehoben und wurde durch das BAG in seiner Entscheidung bestätigt.⁴⁸¹

e) Sonstige Überprüfungsbeschränkungen

Die Frage des Umfangs der gerichtlichen Überprüfbarkeit der sozialen Auswahl und der Bewertung der Sozialindikatoren ist in § 1 Abs. 3 und Abs. 4 KSchG geregelt. In § 1 Abs. 4 KSchG n.F. ist nunmehr durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003

⁴⁷⁷ BTDs. 14/45, S. 53.

⁴⁷⁸ KR/Etzel, KSchG § 1 Rn. 598 a.

⁴⁷⁹ ArbG Osnabrück v. 5.2.2007 – 3 Ca 778/06, ZIP 2007, 1284 = BB 2007, 1504 m. Anm. *Thüsing*; dazu EWIR 2007, 609 (Bezani/Wilke); dazu auch *Freckmann*, BB 2007, 1049.

⁴⁸⁰ ArbG Bielefeld v. 25.4.2007 - 6 Ca 2886/06, BB 2007, 1961 m. Anm. *Neufeld*.

⁴⁸¹ LAG Niedersachsen v. 13.7.2007 – 16 Sa 274/07, ZIP 2008, 132., bestätigt durch BAG v. 6.11.2008, DB 2009, 626.

mit Wirkung **ab 1.1.2004** eine Überprüfungsbeschränkung durch Festlegung von Bewertungsvorgaben für die Gewichtung von Sozialauswahlkriterien in einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung nach §§ 111 ff. BetrVG geregelt worden.

Nach der Streichung der Kündigungserleichterung durch einen Interessenausgleich mit Namensliste in § 1 Abs. 5 KSchG a.F. zum 1.1.1999 war die Betriebsvereinbarung mit einem Punkteschema gemäß § 1 Abs. 4 KSchG a.F. die einzige Möglichkeit, durch kollektivrechtliche Vereinbarung das Risiko der Sozialauswahl im Zusammenhang mit betriebsbedingten Kündigungen zu mildern. Diese Möglichkeit besteht seit dem 01.01.2004 weiterhin wieder neben der Regelung des § 1 Abs. 5 KSchG n.F.

aa) Begrenzung auf einzelne Sozialdaten

Zu berücksichtigen war dabei zunächst, dass § 1 Abs. 4 KSchG bisheriger Fassung dem Umstand Rechnung trug, dass die Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG nicht mehr nur auf Alter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltspflichten begrenzt war. Vielmehr mussten im Rahmen der Sozialauswahl alle Sozialdaten, also insbesondere auch

- Schwerbehinderung,
- Pflege von Angehörigen,
- etwaige Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten sowie
- Ausbildung und Arbeitsmarktchancen berücksichtigt werden.⁴⁸²

§ 1 Abs. 4 KSchG eröffnet den dort genannten Sozialpartnern - also insbesondere nach § 95 BetrVG Arbeitgeber und Betriebsrat - nicht nur die Möglichkeit, im Rahmen einer der dort genannten Kollektivvereinbarungen festzulegen, wie die einzelnen Sozialdaten im Verhältnis zueinander zu bewerten sind. Vielmehr eröffnet § 1 Abs. 4 KSchG den Beteiligten auch die Möglichkeit, im Rahmen entsprechender Vereinbarungen festzulegen, welche sozialen Gesichtspunkte nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG zu berücksichtigen sind.

Wie das LAG Düsseldorf in einer Entscheidung vom 17.3.2000⁴⁸³ zum bisherigen Recht deutlich macht, sind die (betrieblichen) Sozialpartner damit in der Lage, aus der Vielzahl der Sozialdaten, die für eine Sozialauswahl in Betracht kommen, einige handhabbare auszuwählen und auf deren Grundlage die Auswahl durchzuführen. Insbesondere war es auch nach bisherigem Recht damit bereits zulässig, auf der Grundlage einer solchen Vereinbarung in die Sozialauswahl nur Alter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten und

⁴⁸² LAG Düsseldorf v. 17.3.2000 - 9 (6) Sa 84/00, LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 32 = DB 2000, 1572 = NZA-RR 2000, 421 = ZInsO 2001, 92.

⁴⁸³ LAG Düsseldorf v. 17.3.2000 - 9 (6) Sa 84/00, LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 32 = DB 2000, 1572 = NZA-RR 2000, 421 = ZInsO 2001, 92.

eine etwaige Schwerbehinderung einzubeziehen. Auf eine Einbeziehung sonstiger Gesichtspunkte (z. B. Ausbildung, Arbeitsmarktsituation) konnte dann verzichtet werden. Das LAG Düsseldorf hat es für zulässig gehalten, die Sozialauswahl durch eine solche Vereinbarung auf Alter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltspflichten zu begrenzen, also die Kriterien, die bis zum 31.12.1998 allein maßgeblich waren.

bb) Formale Anforderungen an ein Punkteschema

Formal ist allerdings zunächst einmal darauf zu achten, dass - wenn die Vereinbarung auf betrieblicher Ebene abgeschlossen werden soll - die entsprechenden Festlegungen im Rahmen einer **Betriebsvereinbarung** vorgenommen werden. Ein Interessenausgleich genügt nicht. Wenn Anlagen verwendet werden, müssen diese nach der Rechtsprechung zu den formalen Anforderungen an die Einbeziehung einer Anlage entweder **fest miteinander verbunden** sein oder durch ihren Inhalt, die drucktechnische Aufmachung und eine Unterschrift von Arbeitgeber und Betriebsrat am Ende der Vereinbarung die Zugehörigkeit zu den vorstehend getroffenen Regelungen deutlich machen.⁴⁸⁴ Eine Anlage zum Interessenausgleich, der selbst keine Betriebsvereinbarung darstellt, reicht hierfür nach der Auffassung des LAG Düsseldorf allerdings nicht aus.⁴⁸⁵

Ein Punkteschema für die soziale Auswahl stellt auch dann eine nach § 95 Abs. 1 BetrVG **mitbestimmungspflichtige Auswahlrichtlinie** dar, wenn es der Arbeitgeber nicht generell auf alle künftigen betriebsbedingten Kündigungen, sondern nur auf **konkret bevorstehende Kündigungen** anwenden will. Wendet der Arbeitgeber ein von ihm unter Verstoß gegen § 95 Abs. 1 BetrVG aufgestelltes Punkteschema an, so führt dieser Mitbestimmungsverstoß jedoch allein nicht zur Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung.⁴⁸⁶

Die Betriebsparteien können **Auswahlrichtlinien iSv. § 1 Abs. 4 Var. 2 KSchG** bei späterer oder schon bei zeitgleicher Gelegenheit - etwa bei Abschluss eines **Interessenausgleichs mit Namensliste** - ändern. Setzen sie sich in einem bestimmten Punkt gemeinsam über die Auswahlrichtlinie hinweg, ist die Namensliste zumindest dann maßgeblich, wenn Interessenausgleich und Auswahlrichtlinie von denselben Betriebsparteien stammen. Ein Punkteschema für die soziale Auswahl ist auch dann eine nach § 95 Abs. 1 Satz 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Auswahlrichtlinie, wenn der Arbeitgeber es nicht generell auf alle künftigen betriebsbedingten Kündigungen, sondern **nur auf konkret bevorstehende Kündigungen anwenden** will. Das **Punktesystem** einer Auswahlrichtlinie **muss keine**

⁴⁸⁴ BAG v. 7.5.1998 - 2 AZR 55/98, NZA 1998, 1110, 1111.

⁴⁸⁵ LAG Düsseldorf v. 17.3.2000 - 9 (6) Sa 84/00, LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 32 = DB 2000, 1572 = NZA-RR 2000, 421 = ZInsO 2001, 92.

⁴⁸⁶ BAG v. 6.7.2006 - 2 AZR 443/05, DB 2007, 636 = NZA 207, 187, im Anschluss an BAG v. 26.7.2005 - 1 ABR 29/04, DB 2005, 2530.

individuelle Abschlussprüfung des Arbeitgebers vorsehen. Der Arbeitgeber braucht neben den in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG ausdrücklich bezeichneten Grunddaten keine weiteren Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Ein berechtigtes betriebliches Interesse iSv. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG ist anzunehmen, wenn die im konkreten Fall vorgenommene **Altersgruppenbildung** geeignet ist, eine ausgewogene Personalstruktur zu sichern.⁴⁸⁷

cc) Gewichtung der einzelnen Sozialdaten

Bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Punkteschemata kann auf die Rechtsprechung zurückgegriffen werden, die bis zum Inkrafttreten des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes am 1.10.1996 ergangen ist. Insoweit besteht also ein Gestaltungsspielraum ohne einen Vorrang von Alter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten oder einer etwaigen Schwerbehinderung. Allerdings dürfte es zulässig sein, dabei der Betriebszugehörigkeit ein besonderes Gewicht zuzuerkennen.

Denn auch das BAG geht im Urteil vom 2.12.1999⁴⁸⁸ davon aus, dass es nur wegen der Besonderheiten der in sich abgeschlossenen Regelungen zur Sozialauswahl in § 1 Abs. 5 KSchG a. F. statthaft gewesen sei, bei der Auswahl der in die Namensliste aufzunehmenden Arbeitnehmer das Schwergewicht auf die Unterhaltspflichten der betroffenen Arbeitnehmer zu legen. Mit dem Wegfall der Regelung über die Namensliste könne der Betriebszugehörigkeit aber wieder die Priorität eingeräumt werden, die schon durch §§ 9, 10 KSchG zum Ausdruck gebracht wird.

Da es insoweit auf die betrieblichen Gegebenheiten ankommt, kann eine allgemeingültige Gewichtung der Sozialdaten nicht vorgegeben werden. Die Entwicklung eines Punkteschemas kann z. B. durch die bestehende Altersstruktur oder das im Betrieb vorhandene Erfordernis besonderer Kenntnisse und Fähigkeiten beeinflusst werden.

Denkbar ist allerdings, dass vereinbart wird, dass nicht nur bei gleicher Punktzahl, sondern auch bei annähernd gleicher Punktzahl (z. B. Differenz von 1 bis 2 Punkten) eine Einzelfallabwägung erfolgen muss, die auch zusätzliche Kriterien zu berücksichtigen hat. Welche Kriterien dies sind, könnte dann bereits in der Betriebsvereinbarung vorgegeben werden (z.B. Pflege von Angehörigen, Stellung als Alleinerziehende(r)).

Schließlich soll das Punkteschema die Sozialauswahl nur erleichtern, eine an sozialen Gesichtspunkten orientierte Abwägung aber gleichwohl nicht ausschließen. Folge einer

⁴⁸⁷ BAG v. 24.10.2013 – 6 AZR 854/11, NZA 2014, 46 = ZIP 2013, 2476.

⁴⁸⁸ BAG v. 2.12.1999 - 2 AZR 757/98, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 45.

solchen Einzelfallabwägung ist freilich, dass diese durch das Gericht voll überprüft werden kann. § 1 Abs. 4 KSchG gilt nur für die unmittelbar durch die Betriebsvereinbarung vorgegebene Auswahlentscheidung, so dass der Arbeitgeber bei einer entsprechende Rüge des Arbeitnehmers gehalten ist, die zusätzlichen Kriterien seiner Auswahlentscheidung aufzuzeigen. Hier genügt es nicht, auf die Betriebsvereinbarung zu verweisen.

dd) Beispielfälle

Um aufzuzeigen, in welcher Weise die Praxis solche Vereinbarungen gestalten könnte, sei beispielhaft auf Punkteschemata verwiesen, die bereits vor dem 1.10.1996 vereinbart wurden und einer gerichtlichen Überprüfung standgehalten haben:

Beispiel 1⁴⁸⁹:

Alter:

- bis 20 Jahre keine Punkte,
- danach jeweils 1 Punkt pro Lebensjahr bis zu 30 Jahren,
- 2 Punkte bis zu 40 Jahren,
- 3 Punkte bis zu 50 Jahren,
- 5 Punkte bis zu 60 Jahren.

Betriebszugehörigkeit:

- 4 Punkte je volles Beschäftigungsjahr

Unterhaltspflichten:

- 5 Punkte je unterhaltsberechtigtes Kind⁴⁹⁰

Schwerbehinderung:

- 10 Punkte

Doppelverdiener:

- 10 Punkte Abzug.

Beispiel 2⁴⁹¹:

Alter:

- 1 Punkt pro vollendetem Lebensjahr (maximal 55 Punkte)

Betriebszugehörigkeit:

- 1 Punkt pro vollendetem Beschäftigungsjahr bis 10 Dienstjahre,
- vom 11. Dienstjahr an 2 Punkte pro vollendetem Beschäftigungsjahr (maximal 70 Punkte)

Unterhaltspflichten:

⁴⁸⁹ BAG v. 24.3.1982 - 2 AZR 21/82, AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

⁴⁹⁰ Ob auch der Ehegatte hinsichtlich der Unterhaltspflicht berücksichtigt wurde, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Sinnvoll wäre aber eine ungefähre Gleichbehandlung der verschiedenen Unterhaltspflichten.

⁴⁹¹ BAG v. 18.1.1990 – 2 AZR 357/89, NZA 1990, 729.

- 4 Punkte je unterhaltsberechtigtes Kind,
- 8 Punkte für unterhaltsberechtigten Ehegatten

Schwerbehinderung:

- 5 Punkte (bis 50% Erwerbsminderung)
- sowie 1 Punkt für je 10% Erwerbsminderung über 50% Erwerbsminderung.

Beispiel 3⁴⁹²:

Alter:

- 1 Punkt pro vollendetem Lebensjahr

Betriebszugehörigkeit:

- 2 Punkte pro vollendetem Beschäftigungsjahr

Unterhaltspflichten:

- 4 Punkte je Unterhaltsberechtigten

Schwerbehinderung:

- 5 Punkte bei anerkannter Schwerbehinderung.

Alternativ zu den vorstehenden Modellen ist hinsichtlich des Lebensalters auch eine Staffelung denkbar, die den Kreis der schutzbedürftigsten Arbeitnehmer z. B. im Alter zwischen 45 und Anfang 50 lokalisiert. Maßgeblich sind natürlich die individuellen betrieblichen, regionalen und branchenbezogenen Gegebenheiten. Hier könnte dann eine Punktezahl für jedes Lebensalter, jeweils verknüpft mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit, vergeben werden. Die höchste Punktezahl würde dann z. B. Arbeitnehmern im Alter von 52 Jahren zugewiesen. Bis zu diesem Alter würde der Punktwert steigen, danach wieder sinken.⁴⁹³ Als Rahmen könnte nach unten ein Alter von 20 oder 25 Jahren, nach oben das Alter 60 gewählt werden. Unterhaltspflichten und sonstige Sozialdaten würden dann gesondert erfasst. Dabei können durchaus Gewichtungen vorgenommen werden, die von den vorstehenden Beispielen abweichen.

Denkbar ist aber auch, dass die Punktevergabe nach Altersgruppen unterscheidet, z. B.:

- bis 34 Jahre: jeweils 1 Punkt pro Lebensjahr,
- 35 bis 44 Jahre: jeweils 2 Punkte pro Lebensjahr,
- 45 bis 54 Jahre: jeweils 3 Punkte pro Lebensjahr,
- 55 und älter: jeweils 1 Punkt pro Lebensjahr.

⁴⁹² LAG Hamm v. 21.8.1997 - 4 Sa 166/97, LAGE § 102 BetrVG 1972 Nr. 62 = BB 1998, 165 (LS).

⁴⁹³ Vgl. Gaul/Küttner, AktuellAR 1994, 553 ff.

ee) Rechtsfolgen einer Sozialauswahl aufgrund eines Punkteschemas

Wird die Sozialauswahl vergleichbarer Arbeitnehmer sodann auf der Grundlage einer solchen Vereinbarung vorgenommen, kann sie nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Von grober Fehlerhaftigkeit ist dabei nur dann auszugehen, wenn die Gewichtung der sozialen Kriterien Alter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltspflichten jede Ausgewogenheit vermissen lässt⁴⁹⁴. Eine am Einzelfall orientierte Interessenabwägung ist auch nach dem Inkrafttreten der Neuregelung indes nicht erforderlich.

Allerdings wird man, da im Gesetz zur Kennzeichnung der „sozialen Auswahl“ auf § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG Bezug genommen wird, die Einschränkung der gerichtlichen Überprüfbarkeit nicht auf die Herausnahme von Arbeitnehmern aus der Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG beziehen können. Hiervon war die überwiegende Ansicht auch im Hinblick auf die bis zum 31.12.1998 geltende Fassung des Gesetzes ausgegangen.⁴⁹⁵ Schließlich enthält auch die Neufassung von § 1 Abs. 4 KSchG keine Aussage über Kriterien, von denen die Herausnahme von Arbeitnehmern aus der Sozialauswahl in einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder Richtlinie abhängig gemacht werden könnte. Gestrichen wurde lediglich die Möglichkeit, in betriebsratlosen Betrieben durch eine Richtlinie des Arbeitgebers die Gewichtung der Kriterien einer Sozialauswahl vorzugeben.

Wenn kein Betriebsrat besteht oder entsprechende Vereinbarungen über ein Punkteschema scheitern, bleibt es dem Arbeitgeber indes unbenommen, bei seiner Auswahl der von einer Kündigung betroffenen Arbeitnehmer ein eigenes Punkteschema anzuwenden. Dies erleichtert die Darlegung bei Gericht, auch wenn damit eine über den Einzelfall hinausgehende Bindung bewirkt wird. Das Schema und die daraus folgende Auswahlentscheidung sind allerdings gerichtlich voll überprüfbar.⁴⁹⁶

ff) Rechtsfolgen einer fehlerhaften Sozialauswahl

Für Fehler bei der Ermittlung der Punktzahlen, die dazu führen, dass auch nur einem Arbeitnehmer, der bei richtiger Ermittlung der Punktzahl zur Kündigung angestanden hätte, nicht gekündigt wird, hat das BAG bisher eine sog. **Dominotheorie** vertreten. Danach wurden im Falle eines solchen Fehlers, die Kündigungen aller gekündigten Arbeitnehmer als unwirksam angesehen, auch wenn bei fehlerfreier Erstellung der Rangfolge nur ein Arbeitnehmer von der Kündigungsliste zu nehmen gewesen wäre.

⁴⁹⁴ BAG v. 21.1.1999 – 2 AZR. 624/98, NZA 1999, 866, 868; Fischermeier, NZA 1997, 1089, 1097; Preis, NJW 1999, 3369, 3372.

⁴⁹⁵ Hueck/von Hoyningen-Huene, KSchG § 1 Rn. 475 ff.

⁴⁹⁶ BAG v. 18.10.1984 - 2 AZR 543/83, BAGE 47, 80 = EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 34 S. 264; Ascheid, RdA 1997, 333, 335.

Die Dominotheorie wurde seit einem Urteil des BAG vom 18.10.1984⁴⁹⁷ vom BAG in ständiger Rechtsprechung angewandt. Ihr Kernsatz lautet:

"Wird mehreren Arbeitnehmern aus dringenden betrieblichen Gründen zur selben Zeit gekündigt, einem vergleichbaren Arbeitnehmer dagegen nicht, der erheblich weniger hart von der Kündigung betroffen wäre, so können sich alle gekündigten Arbeitnehmer auf diesen Auswahlfehler mit Erfolg berufen."

Dieser Betrachtungsweise folgten - trotz vielfach geäußelter Kritik - auch viele Arbeits- und Landesarbeitsgerichte.

Mit den aktuellen Entscheidungen vom 09.11.2006⁴⁹⁸ hat das BAG die **sog. Dominotheorie aufgegeben**. Galt bislang, dass eine fehlerhafte Bewertung bei der Sozialauswahl zur Unwirksamkeit aller Kündigungen führt, so können sich jetzt nur noch die Arbeitnehmer darauf berufen, deren Position auf einer Kündigungsliste sich auch tatsächlich konkret verbessert hätte.

Kann der Arbeitgeber in Fällen dieser Art im Kündigungsschutzprozess aufzeigen, dass der gekündigte Arbeitnehmer auch bei richtiger Erstellung der Rangliste anhand des Punktesystems zur Kündigung angestanden hätte, so ist die Kündigung nicht wegen fehlerhafter Sozialauswahl unwirksam. Grund hierfür ist, dass in diesen Fällen der Fehler für die Auswahl des gekündigten Arbeitnehmers gerade **nicht ursächlich geworden** und die Sozialauswahl daher im Ergebnis für diesen Arbeitnehmer richtig ist. Auf den Fehler bei der Sozialauswahl kann sich daher lediglich noch der tatsächlich zu Unrecht berücksichtigte Arbeitnehmer berufen.

f) Namenslistenregelung

aa) Gesetzliche Grundlagen

Die sog. „**Namenslistenregelung**“ war im Zeitraum vom 01.10.1996 bis 31.12.1998 schon in der Vorschrift des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG a.F. [1996] enthalten. Die dortige Rechtsprechung kann weitgehend auch auf die Neuregelung seit dem 1.1.2004 und auf § 125 InsO übertragen werden. Die Überprüfungsbeschränkung anhand einer so genannten Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG war mit Wirkung ab 1.1.1999 wieder abgeschafft worden. Mit Wirkung **ab 1.1.2004** ist durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom

⁴⁹⁷ BAG v. 18.10.1984 - 2 AZR 543/83, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.

⁴⁹⁸ BAG v. 9.11.2006 - 2 AZR 812/05, BB 2007, 1393 und fünf weitere (2 AZR 813 – 817/05); dazu Bauer/Gotham, BB 2007, 1729.

24.12.2003 diese Überprüfungsbeschränkung anhand einer so genannten Namensliste nunmehr **wieder eingeführt worden**. Sie gilt **auch bei Änderungskündigungen**.⁴⁹⁹

Eine solche vereinfachende Namenslisten-Regelung findet sich auch weiterhin noch im **Insolvenzverfahren** nach § 125 InsO⁵⁰⁰ und bei der **Zuordnung der Arbeitnehmer** im Rahmen einer **Spaltung** nach dem UmwG 1995 (§ 323 Abs. 2 UmwG). Ob die zuletzt zitierte Vorschrift **analog auf andere Umstrukturierungsvorgänge anwendbar** ist, ist **streitig**.⁵⁰¹ Die Sozialauswahl soll danach nur auf **grobe Fehlerhaftigkeit** geprüft werden können. Die Sozialauswahl soll nach Auffassung des BAG nur dann als grob fehlerhaft i.S.v. § 1 Abs. 5 KSchG a.F. anzusehen sein, wenn sie jegliche Ausgewogenheit bei der Gewichtung der Kriterien vermissen lässt.⁵⁰²

Der Prüfungsmaßstab der groben Fehlerhaftigkeit i.S.v. § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG n.F. gilt nicht nur für die **sozialen Indikatoren** und deren **Gewichtung** selbst, vielmehr wird auch die **Bildung der auswahlrelevanten Gruppen** von den Arbeitsgerichten nur auf ihre groben Fehler überprüft. Durch § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG n.F. soll den Betriebspartnern ein weiter Spielraum eingeräumt werden. Auch dann, wenn ein Arbeitgeber die Kündigungstermine bewusst so gewählt hat, dass bei Zugrundelegung der früheren Rechtsprechung die Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG gerade eben nicht erreicht wurden, genießt er Vertrauensschutz, denn wer sich innerhalb des gesetzlichen Handlungsrahmens bewegt, missbraucht i.d.R. das Gesetz nicht, sondern beachtet es.⁵⁰³

bb) Einzelvoraussetzungen

Die Wirkungen des § 1 Abs. 5 Satz 1 und 2 KSchG treten nur ein, wenn die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, "in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet" sind. Diese Voraussetzung ist nicht nur erfüllt, wenn die Namensliste im Text des nach § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG schriftlich niederzulegenden Interessenausgleichs enthalten ist, sondern auch dann, wenn Interessenausgleich und Namensliste **eine Urkunde bilden**, die insgesamt dem **Schriftformerfordernis** der §§ 125, 126 BGB genügt.⁵⁰⁴ Wird die Namensliste getrennt von dem Interessenausgleich erstellt,

⁴⁹⁹ BAG v. 19.6.2007 – 2 AZR 304/06, NZA 2008, 103 = AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 16 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 13.

⁵⁰⁰ Dazu umfassend Arens, in: Weisemann/Smid (Hrsg.), Handbuch der Unternehmensinsolvenz, Köln 1999, Kap. 14, S. 515 ff. m.w.N.

⁵⁰¹ Bejahend LAG Hamm v. 6.7.2000 – 4 Sa 233/00, ZInsO 2001, 336.

⁵⁰² BAG v. 21.1.1999 – 2 AZR 624/98, ZIP 1999, 2111, dazu EWiR 2000, 245 (Grimm).

⁵⁰³ BAG v. 21.9.2006 – 2 AZR 760/05, BB 2007, 1172.

⁵⁰⁴ BAG v. 6.7.2006 - 2 AZR 520/05, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 80 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 68; BAG v. 22.1.2004 - 2 AZR 111/02, AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11.

reicht es aus, wenn sie von den Betriebsparteien unterzeichnet ist und **in ihr oder im Interessenausgleich** auf sie **Bezug genommen** ist.

Das Schriftformerfordernis in § 112 Abs. 1 BetrVG dient primär der Normenklarheit und weniger dem Übereilungsschutz oder Beweis Zwecken. Die Schriftform soll Zweifel am Zustandekommen und am Inhalt der vereinbarten Kollektivregelung ausschließen.⁵⁰⁵ Dieser Zweck erfordert beim Fehlen einer schon anfänglich festen körperlichen Verbindung von Interessenausgleich und Namensliste eine **wechselseitige Inbezugnahme der beiden Schriftstücke**. Andernfalls ist die Intention der fraglichen Namensliste nicht zweifelsfrei zu erkennen. Diese muss unmissverständlich darauf gerichtet sein, die inhaltliche Ergänzung und damit den Bestandteil eines ganz bestimmten Interessenausgleichs für eine ganz bestimmte Betriebsänderung iSv. § 111 BetrVG, § 1 Abs. 5 KSchG zu bilden. Um dies annehmen zu können, ist nicht nur eine Verweisung im Interessenausgleich auf eine (noch zu erstellende) Namensliste, sondern auch ein **textlicher Rückbezug** in der (zeitnah erstellten) Namensliste auf den betreffenden Interessenausgleich unverzichtbar. Nur so ist für den Fall, dass beide Schriftstücke nicht schon von Beginn an körperlich miteinander verbunden waren, die erforderliche Einheitlichkeit der Urkunde herzustellen und zu garantieren.⁵⁰⁶

Es muss sich aber um eine Betriebsvereinbarung im Rahmen einer **Betriebsänderung nach § 111 BetrVG** handeln; eine freiwillige Betriebsvereinbarung reicht nicht aus.

Die Vermutungswirkungen eines Interessenausgleichs mit namentlicher Benennung der zu kündigenden Arbeitnehmer gelten auch dann nicht, wenn die Arbeitnehmer **nicht aufgrund der dem Interessenausgleich zugrunde liegenden Betriebsänderung**, sondern aufgrund anderer betrieblicher Gründe **entlassen** werden sollen. Deshalb ist es Sache des Arbeitgebers, den **Zusammenhang zwischen der Betriebsänderung und den Entlassungen darzulegen**. Dies kann bereits im Interessenausgleich selbst geschehen, wenn dort das Sanierungskonzept und seine Folgewirkungen auf die Arbeitsplätze kurz dargestellt werden. Das ist insbesondere bei einer Teileinschränkung eines Betriebes notwendig, die sich in Form eines bloßen Personalabbaus ohne Verringerung der sächlichen Betriebsmittel in der Größenordnung der Zahlen- und Prozentangaben des § 17 Abs. 1 KSchG, aber mindestens 5% der Belegschaft des Betriebes, vollzieht.

Die Wirkungen des § 1 Abs. 5 KSchG treten nur ein, wenn **die der Kündigung zugrunde liegende Betriebsänderung vollumfänglich Gegenstand einer Verständigung der**

⁵⁰⁵ BAG v. 14.11.2006 - 1 AZR 40/06, BAGE 120, 173.

⁵⁰⁶ BAG v. 12.5.2010 – 2 AZR 551/08, ZIP 2011, 539.

Betriebsparteien i.S.v. § 111 Satz 1 , § 112 BetrVG ist. Ein **Interessenausgleich nur über Teile der Betriebsänderung reicht nicht** aus.⁵⁰⁷ Die tatbestandlichen Voraussetzungen für das Eingreifen der Vermutung (Vermutungsbasis) hat der Arbeitgeber substantiiert darzulegen und ggf. zu beweisen. Zu diesen gehören das Vorliegen einer Betriebsänderung i.S.v. § 111 Satz 1 BetrVG, die für die Kündigung des Arbeitnehmers kausal war, sowie dessen ordnungsgemäße Bezeichnung in einem Interessenausgleich. Wie in diesem Zusammenhang **zeitversetzte Personalabbaumaßnahmen** zu beurteilen sind, hängt maßgeblich von den Planungsvorstellungen des Arbeitgebers ab. Beruht der **sukzessive Personalabbau auf einer einheitlichen unternehmerischen Planung**, sind die Abbaumaßnahmen grundsätzlich zusammen zu betrachten. Eine enge zeitliche Nähe der Entlassungswellen ist dabei nicht zwingend vorausgesetzt, kann aber eine einheitliche Planung indizieren. Eine **spätere Entlassungswelle** kann auch das Ergebnis einer neuen Planung sein. Dies gilt insbesondere, wenn nach der ersten Entlassungswelle neue; vom Arbeitgeber ursprünglich nicht vorhergesehene und eingeplante Umstände eingetreten sind. In solchen Fällen sind die aufgrund neuer Planung ergriffenen Maßnahmen grundsätzlich unabhängig von einem bis dahin durchgeführten Personalabbau zu betrachten, auch wenn sie möglicherweise auf derselben wirtschaftlichen Entwicklung beruhen.

Die **Vermutung des dringenden betrieblichen Erfordernisses** und die **Beschränkung des Prüfungsmaßstabes auf grobe Fehlerhaftigkeit** bei der Sozialauswahl gilt nach § 1 Abs. 5 S. 3 KSchG nicht (mehr), wenn sich nach dem Zustandekommen des Interessenausgleichs und vor dem Zugang der Kündigung⁵⁰⁸ die **Sachlage wesentlich geändert** hat. Eine wesentliche Änderung kann etwa darin liegen, dass die Betriebsänderung nicht oder in wesentlichen teilen nicht durchgeführt wird oder dass die Zahl der beabsichtigten Kündigungen wesentlich verringert wird.⁵⁰⁹ Vorsorglich sollten also die Betriebspartner für den Fall einer Reduzierung der Zahl der Kündigungen auch für diesen Fall eine entsprechende **alternative Namensliste** regeln.⁵¹⁰

cc) Nachträgliche Ergänzung der Namensliste

Die Vermutungsbasis, dass eine Betriebsänderung nach § 111 BetrVG vorlag und für die Kündigung des Arbeitnehmers kausal war und dass der Arbeitnehmer ordnungsgemäß in einem Interessenausgleich benannt ist, hat dabei der Arbeitgeber substantiiert darzulegen und ggf. zu beweisen.⁵¹¹

⁵⁰⁷ BAG v. 17.3.2016 – 2 AZR 182/15, NZA 2016, 1072 = ZIP 2016, 1743; dazu EWIR 2016, 743 (Müchl/Stamer).

⁵⁰⁸ ErfK/Ascheid, 7. Aufl., § 125 InsO, Rn. 10.

⁵⁰⁹ BTDS. 15/1204, S. 12.

⁵¹⁰ Vgl. auch BAG v. 24.2.2000 - 8 AZR 180/99, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste.

⁵¹¹ BAG v. 22.1.2004 - 2 AZR 111/02, AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11; BAG v. 7.5.1998 - 2 AZR 55/98, BAGE 88, 375.

Die Wirkungen des § 1 Abs. 5 Satz 1 und 2 KSchG treten nur ein, wenn die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, "in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet" sind. Diese Voraussetzung ist nicht nur erfüllt, wenn die Namensliste im Text des nach § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG schriftlich niederzulegenden Interessenausgleichs enthalten ist, sondern auch dann, wenn Interessenausgleich und Namensliste **eine Urkunde bilden**, die insgesamt dem **Schriftformerfordernis** der §§ 125, 126 BGB genügt.⁵¹² Wird die Namensliste getrennt von dem Interessenausgleich erstellt, reicht es aus, wenn sie von den Betriebsparteien unterzeichnet ist und **in ihr oder im Interessenausgleich** auf sie **Bezug genommen** ist.

Der Interessenausgleich kann, um die Wirkungen des § 1 Abs. 5 KSchG auszulösen, noch nach seinem Abschluss **zeitnah um eine Namensliste ergänzt** werden.⁵¹³ Wann eine zeitnahe Ergänzung des Interessenausgleichs vorliegt, kann nach der Auffassung des BAG nicht durch eine starre Regelfrist bestimmt werden. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls. Ausgangspunkt ist der in § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG verdeutlichte Wille des Gesetzgebers, wonach sich Interessenausgleich und Namensliste als einheitliche Urkunde darstellen müssen. Die Anforderung einer zeitnahen Ergänzung soll daher ebenso wie das Erfordernis einer inhaltlichen Bezugnahme sicherstellen, dass ein **hinreichender Zusammenhang zwischen der Namensliste und dem Interessenausgleich** besteht. Dieser Zusammenhang kann sich in zeitlicher Hinsicht beispielsweise aus fortdauernden Verhandlungen der Betriebsparteien über die Erstellung einer Namensliste ergeben. Die Grenze bildet der Ausspruch der Kündigung.⁵¹⁴

Ob die nachträgliche Ergänzung des Interessenausgleichs um eine Namensliste i.S.v. § 1 Abs. 5 KSchG voraussetzt, dass eine solche Möglichkeit bereits im Interessenausgleich angelegt ist, kann nach der Auffassung des BAG ebenfalls dahinstehen.⁵¹⁵

dd) Teil-Namensliste

Der 2. Senat des BAG hat sich mit der Frage, ob die mit § 1 Abs. 5 KSchG zugunsten des Arbeitgebers eingeführten prozessualen Erleichterungen auch dann ihre Berechtigung haben, wenn es neben den auf der Namensliste genannten Mitarbeitern auch noch weitere Arbeitnehmer gibt (sog. **Teil-Namensliste**), denen gekündigt werden soll, noch nicht

⁵¹² BAG v. 6.7.2006 - 2 AZR 520/05, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 80 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 68; BAG v. 22.1.2004 - 2 AZR 111/02, AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11.

⁵¹³ BAG v. 22.1.2004 - 2 AZR 111/02, AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11; BAG v. 26.3.2009 - 2 AZR 296/07, NZA 2009, 1151.

⁵¹⁴ Vgl. insoweit bspw. APS/Kiel 3. Aufl. § 1 KSchG Rn. 797; ErfK/Gallner 10. Aufl. § 125 InsO Rn. 2.

⁵¹⁵ BAG v. 26.3.2009 - 2 AZR 296/07, NZA 2009, 1151; befürwortend bspw. Eylert/ Schinz AE 2004, 219, 226 f.

abschließend befasst. Die Entscheidung vom 22. Januar 2004⁵¹⁶ betraf den Fall eines zeitlich gestaffelten Personalabbaus, wobei die Betriebspartner jeweils im Hinblick auf die einzelnen Entlassungsstufen eine vollständige Namensliste aufstellen wollten und der gekündigte Arbeitnehmer allein durch den Teil des Interessenausgleichs betroffen war, für den die Betriebspartner bereits eine entsprechende Liste erstellt hatten. In einem solchen Fall bietet die Namensliste nach der Auffassung des 2. Senats grundsätzlich deshalb eine ausreichende Vermutungsbasis iSd. § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG, weil die Vermutungswirkung der Namensliste, auf der der betreffende Arbeitnehmer aufgeführt ist, nicht durch zeitlich nachfolgende Personalabbaumaßnahmen beeinträchtigt wird. Ob eine Namensliste auch im Fall einer derartigen **Teileinigung der Betriebspartner** zum Eingreifen der Rechtsfolgen des § 1 Abs. 5 KSchG führen kann, hat der 2. Senat in seiner Entscheidung vom 22. Januar 2004 ausdrücklich dahinstehen lassen.

§ 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG setzt voraus, dass "**die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll**", in einem aufgrund einer Betriebsänderung i.S.v. § 111 BetrVG geschlossenen Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet sind. Dies legt nahe, dass der Gesetzgeber für den Normalfall davon ausging, dass sich die Betriebsparteien über alle Personen verständigen würden, deren Arbeitsverhältnis beendet werden soll. Da der **Wortlaut** des Gesetzes eine zwar unvollständige, aber gleichwohl endgültige Benennung von zu kündigenden Arbeitnehmern in einer Namensliste als Vermutungsbasis aber auch nicht eindeutig ausschließt, kann die Frage, ob eine "Teil-Namensliste" als ausreichende Vermutungsgrundlage dienen kann, nur nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes beurteilt werden.

Der **Zweck** der Regelung des § 1 Abs. 5 KSchG besteht vor allem darin, bei betriebsbedingten Kündigungen einer größeren Zahl von Arbeitnehmern die Sozialauswahl für alle Beteiligten rechtssicherer zu gestalten.⁵¹⁷ Mit Blick auf dieses Bedürfnis hielt es der Gesetzgeber für angezeigt, dass die Gerichte für Arbeitssachen die **Sachnähe der Betriebsparteien** in gewissem Umfang **anerkennen** und hat den von ihnen getroffenen Einzelfallentscheidungen die Vermutung der Richtigkeit zugebilligt.⁵¹⁸ Hiervon ausgehend wird in der **Literatur** vielfach die Auffassung vertreten, der Gesetzeszweck, die Berechenbarkeit von Kündigungen bei Betriebsänderungen zu erhöhen, könne ohne Weiteres auch im Fall einer erfolgten endgültigen Verständigung der Betriebspartner auf eine

⁵¹⁶ BAG v. 22.1.2004 - 2 AZR 111/02, AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11.

⁵¹⁷ Vgl. dazu BT-Drucks. 15/ 1204 S. 11.

⁵¹⁸ Vgl. Jaeger FS ArGe Arbeitsrecht im DAV, S. 889, 894 ff.; Piehler, NZA 1998, 970, 972.

sog. "Teil-Namensliste" erreicht werden.⁵¹⁹ Den Betriebsparteien sei auf der Grundlage von § 1 Abs. 5 KSchG die Möglichkeit eingeräumt, die einzelnen Arbeitnehmer, denen aufgrund der Betriebsänderung zu kündigen ist, zu ermitteln und in der Namensliste aufzuführen. Bilde aber die Namensliste nur die Summe der getroffenen Einzelfallentscheidungen ab, werde deren Richtigkeitsvermutung nicht dadurch zerstört, dass andere Auswahlentscheidungen nicht hätten einvernehmlich getroffen werden können.⁵²⁰ Zwar bedeute die Anerkennung einer "Teil-Namensliste", dass der Arbeitgeber im Rahmen einer Betriebsänderung mit einer "Teilliste" zwei Gruppen von Mitarbeitern zu kündigen habe, die in ihren Kündigungsschutzverfahren prozessual unterschiedliche Anforderungen zu bewältigen hätten. Die Privilegierung der außerhalb der Liste befindlichen Arbeitnehmer sei jedoch hinzunehmen, da es in Bezug auf diese Arbeitnehmergruppe keine Einigung der Betriebsparteien gebe, die der Gesetzgeber zum Anlass prozessualer Erleichterungen für den Arbeitgeber habe nehmen können.

Dem wird entgegen gehalten, Grundlage der Namensliste sei eine **Betriebsänderung** i.S.v. § 111 BetrVG, **der regelmäßig ein geschlossenes unternehmerisches Konzept zugrunde liege**. Aus diesem ergebe sich die (zunächst abstrakte) Zahl erforderlicher betriebsbedingter Kündigungen. Die Namensliste eines Interessenausgleichs stelle die konkrete Umsetzung dieses unternehmerischen Konzepts dar. Sie müsse deshalb, um in sich schlüssig zu sein, das unternehmerische Konzept vollständig erfassen und umsetzen. Eine Ausnahme sei nur in Fällen anzuerkennen, in denen sich die "Teil-Namensliste" auf ein in sich geschlossenes unternehmerisches Konzept beziehe.⁵²¹

Für die letztgenannte Auffassung spricht im Grundsatz, dass die auf der namentlichen Benennung des Arbeitnehmers im Interessenausgleich beruhende Vermutungswirkung hinsichtlich der Betriebsbedingtheit der Kündigung an die Betriebsänderung als Kündigungsgrund anknüpft und - wie sich auch aus § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG ergibt - deren tatsächliche Durchführung voraussetzt. Lediglich um der rechtssicheren Umsetzung von Kündigungen im Zusammenhang mit Betriebsänderungen Willen hat der Gesetzgeber den Betriebsparteien die Möglichkeit eingeräumt, durch die Vereinbarung einer Namensliste den prozessualen Prüfungsmaßstab im Kündigungsrechtsstreit zu verengen. Dies bleibt bei der Frage nach der Anerkennung sog. "Teil-Namenslisten" zu berücksichtigen, auch wenn es sich bei den in der Namensliste abgebildeten Entscheidungen der Betriebsparteien letztlich

⁵¹⁹ Vgl. etwa Küttner/Eisemann, Personalbuch 2009, 16. Aufl. Interessenausgleich Rn. 7; MüKo-InsO/Löwisch/Caspers, 2. Aufl. § 125 Rn. 80; Kappenhagen, NZA 1998, 968; Matthes, RdA 1999, 178; Piehler, NZA 1998, 970, 972.

⁵²⁰ Jaeger FS ArGe Arbeitsrecht im DAV, S. 889, 894 ff.; Piehler, NZA 1998, 970, 972.

⁵²¹ MünchArbR/Berkowsky, 2. Aufl., Bd. 2, § 138 Rn. 161; DKK/Däubler, 11. Aufl., § 112a Rn. 18b und § 125 InsO Rn. 8 im Anhang zu §§ 111 - 113; wohl auch Fitting, BetrVG, 24. Aufl., § 112, 112a Rn. 56; Gaul, BB 2004, 2686, 2688.

um Einzelfallentscheidungen handelt. Regelmäßig wird nur aus einer **die unternehmerische Entscheidung insgesamt erfassenden Liste** deutlich, wie sich die dem Interessenausgleich zugrunde liegende Betriebsänderung aus Sicht der Betriebsparteien auf die konkreten Beschäftigungsmöglichkeiten der Arbeitnehmer im Betrieb insgesamt auswirkt, welche Arbeitnehmer unter Beachtung sozialer Auswahlgesichtspunkte gekündigt werden müssen (und welche nicht) und ob die Betriebspartner bei der sozialen Auswahl ein von ihnen zugrunde gelegtes System, vor allem was die Bildung von Vergleichsgruppen anbelangt, durchgängig eingehalten haben.

Ob diese Bedenken unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks dazu führen, sog. "Teil-Namenslisten" - vom Fall der Umsetzung eines in der Betriebsänderung angelegten, in sich geschlossenen unternehmerischen Regelungskomplexes abgesehen - die Anerkennung als Vermutungsgrundlage zu versagen, hat der **2. Senat bisher unbeantwortet gelassen**.⁵²²

Der bereits beschriebene Gesetzeszweck und die an die Namensliste geknüpften Rechtsfolgen verlangen jedenfalls, dass in ihr **ausschließlich Arbeitnehmer** bezeichnet sind, **die aus der eigenen Sicht der Betriebsparteien aufgrund der dem Interessenausgleich zugrunde liegenden Betriebsänderung zu kündigen sind**. Auch darf das Zustandekommen der Einigung der Betriebsparteien nicht auf außerhalb des Gesetzeszwecks liegenden Erwägungen der Betriebsparteien beruhen. Nur unter diesen Voraussetzungen ist ausreichend sichergestellt, dass sich die Betriebsparteien in jeder Hinsicht bei der Erstellung der Namensliste mit der Betriebsnotwendigkeit der Kündigung der in ihr bezeichneten Arbeitnehmer befasst haben und sich Gedanken darüber gemacht haben, welche Arbeitnehmer als vergleichbar für eine Sozialauswahl in Betracht kommen, welche soziale Rangfolge zwischen ihnen besteht und wer aus der Sozialauswahl ausscheidet.⁵²³

Das **LAG Niedersachsen** hat inzwischen dazu mehrfach eine differenzierende Lösung gewählt.⁵²⁴

Eine Teil-Namensliste ist als integraler Bestandteil eines Interessenausgleichs gem. § 111 BetrVG jedenfalls dann eine ausreichende Basis für die Rechtswirkungen des § 1 Abs. 5 KSchG, wenn der durch die Namensliste **erfasste Bereich** so **deutlich abgrenzbar von dem nicht erfassten Bereich** ist, dass die **Sozialauswahl nicht beeinflusst** werden kann, und er darüber hinaus wesentlich größer ist.

⁵²² BAG v. 26.3.2009 - 2 AZR 296/07, NZA 2009, 1151.

⁵²³ BAG v. 26.3.2009 - 2 AZR 296/07, NZA 2009, 1151.

⁵²⁴ LAG Niedersachsen v. 23.10.2014 – 5 Sa 423/14, ZIP 2015, 243; dazu EWiR 2015, 195 (Mehrens/Müller); LAG Niedersachsen v. 22.1.2015 – 5 Sa 1013/14, AE 2015, 149 und LAG Niedersachsen v. 7.5.2015 – 5 Sa 1321/14, DB 2015, 2400; Az. d. BAG: 2 AZR 306/15.

dd) Verteilung der Darlegungs- und Beweislast

Die Vermutungsbasis, dass eine Betriebsänderung nach § 111 BetrVG vorlag und für die Kündigung des Arbeitnehmers kausal war und dass der Arbeitnehmer ordnungsgemäß in einem Interessenausgleich benannt ist, hat dabei der Arbeitgeber substantiiert darzulegen und ggf. zu beweisen.⁵²⁵

Bei Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste **kehrt sich** jedoch im Übrigen im Kündigungsschutzprozess, in dem der Arbeitgeber im allgemeinen gem. § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG für das Vorliegen von dringenden betrieblichen Erfordernissen darlegungs- und beweispflichtig ist, die **Darlegungs- und Beweislast um**.⁵²⁶ Die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers beschränkt sich auf die „**Vermutungsbasis**“⁵²⁷, nämlich auf die tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorschriften des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG bzw. § 125 InsO.

Der **Arbeitgeber** muss mithin darlegen:

- dass eine Betriebsänderung nach § 111 BetrVG vorliegt,⁵²⁸
- dass der Interessenausgleich wegen einer bestimmten Betriebsänderung rechtswirksam zustande gekommen ist,
- dass der Arbeitnehmer wegen der diesem Interessenausgleich zugrunde liegenden Betriebsänderung entlassen worden ist,
- ggf., dass der Arbeitnehmer einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil zugeordnet worden ist;
- dass der gekündigte Arbeitnehmer in diesem Interessenausgleich namentlich bezeichnet ist.

Hat der Arbeitgeber allerdings entgegen § 1 Abs. 3 KSchG **keine Sozialauswahl vorgenommen**, so spricht eine vom Arbeitgeber auszuräumende tatsächliche Vermutung dafür, dass die Auswahl auch im Ergebnis sozialwidrig ist.⁵²⁹ Der Arbeitgeber muss dann darlegen, weshalb trotz der gegen § 1 Abs. 3 KSchG verstoßenden Überlegungen ausnahmsweise im Ergebnis soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt sein sollen.⁵³⁰

⁵²⁵ BAG v. 22.1.2004 - 2 AZR 111/02, AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11; BAG v. 7.5.1998 - 2 AZR 55/98, BAGE 88, 375.

⁵²⁶ LAG Hamm v. 6.7.2000 - 799/00, ZInsO 2000, 569.

⁵²⁷ LAG Köln v. 1.8.1997 – 11 Sa 355/97, LAGE § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 1.

⁵²⁸ BAG v. 3.4.2008 – 2 AZR 879/06, NJW 2008, 2940.

⁵²⁹ BAG v. 3.4.2008 – 2 AZR 879/06, NJW 2008, 2940 unter Hinweis auf BAG v. 18.10.1984 - 2 AZR 61/83, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 18 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 33; BAG v. 15.6.1989 - 2 AZR 580/88, BAGE 62, 116.

⁵³⁰ BAG 17.1.2002 - 2 AZR 15/01, EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 47.

Liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG vor, wird gemäß § 292 ZPO die rechtliche Folge - das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse i.S.v. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG - ohne weiteren Vortrag des Arbeitgebers gesetzlich vermutet. Nach § 292 ZPO ist (nur) der **Beweis des Gegenteils** zulässig. Es ist Sache des Arbeitnehmers darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass in Wirklichkeit eine Beschäftigungsmöglichkeit für ihn weiterhin besteht. Eine **bloße Erschütterung der Vermutung reicht nicht** aus. Es ist vielmehr ein substantiiertes Tatsachenvortrag erforderlich, der den gesetzlich vermuteten Umstand nicht nur in Zweifel zieht, sondern ausschließt.⁵³¹

Die **Vermutungswirkungen** eines Interessenausgleichs mit namentlicher Benennung der zu kündigenden Arbeitnehmer gelten auch dann nicht, wenn die Arbeitnehmer nicht aufgrund der dem Interessenausgleich zugrunde liegenden Betriebsänderung, sondern aufgrund anderer betrieblicher Gründe entlassen werden sollen. Deshalb ist es Sache des Arbeitgebers, den **Zusammenhang zwischen der Betriebsänderung und den Entlassungen** darzulegen. Dies kann bereits im Interessenausgleich selbst geschehen, wenn dort das Sanierungskonzept und seine Folgewirkungen auf die Arbeitsplätze kurz dargestellt werden. Das ist insbesondere bei einer Teileinschränkung eines Betriebes notwendig, die sich in Form eines bloßen Personalabbaus ohne Verringerung der sächlichen Betriebsmittel in der Größenordnung der Zahlen- und Prozentangaben des § 17 Abs. 1 KSchG, aber mindestens 5% der Belegschaft des Betriebes, vollzieht.

Der **Arbeitnehmer** muss den bei widerleglichen Vermutungen i.S.v. § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 292 Satz 1 ZPO offenen Beweis des Gegenteils als Hauptbeweis führen und im Falle der Beendigungskündigung nachweisen,

- dass sein Arbeitsplatz trotz der durchgeführten Betriebsänderung noch vorhanden ist
- oder eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens besteht.

In beiden Fällen kann der Arbeitnehmer bei Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste der Kündigung auch mit dem Vortrag begegnen, dass

- die Betriebsänderung nicht wie geplant und im Interessenausgleich zugrunde gelegt durchgeführt wird oder
- sich die Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs wesentlich geändert hat (§ 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG).

⁵³¹ LAG Rheinland-Pfalz v. 19.05.2015 - 8 Sa 368/14, AE 2015, 210.

Die Darlegungs- und Beweislast für die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl liegt auch bei **Massenentlassungen** gem. § 1 Abs. 3 Satz 3 Hs. 1 KSchG beim Arbeitnehmer, und zwar selbst dann, wenn diese die Folge einer Betriebsänderung nach §§ 111, 112a BetrVG sind.

Verbleibende Zweifel in einem der vorgenannten Punkte gehen zu Lasten des Arbeitnehmers. An seinen Vortrag sind die gleichen Maßstäbe anzulegen, die die Rechtsprechung für die Substantiierung des Arbeitgebervorbringens zum Vorliegen eines dringenden betrieblichen Erfordernisses im Rahmen von § 1 Abs. 2 Satz 1 und 4 KSchG aufgestellt hat.

Bei Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste kann die soziale Auswahl nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden (§ 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG a.F. [1996]). Die **Beschränkung der Überprüfung der getroffenen Sozialauswahl** bezieht sich nicht allein auf die Sozialindikatoren, nämlich die sog. sozialen „Grund- oder Kerndaten“ Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltungspflichten, sondern bezieht sich auf sämtliche Bestandteile der Sozialauswahl, nämlich auf den auswahlrelevanten Personenkreis, die Nichteinbeziehung von Arbeitnehmern, die etwaige Bildung von Altersgruppen und die Gewichtung der sozialen Grund- oder Kerndaten.⁵³²

Weder der Gesetzeswortlaut noch die Gesetzesbegründung lassen konkrete Anhaltspunkte dafür erkennen, wie die drei **Sozialdaten Lebensalter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltungspflichten gegeneinander zu gewichten** sind. Dies bedeutet, dass gerade bei der Gewichtung der Sozialdaten der Beurteilung durch die Betriebspartner eine entscheidende Bedeutung zukommt. Wenn die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes aus § 10 KSchG hergeleitet hat, der Dauer der Betriebszugehörigkeit sei unter den Sozialkriterien Priorität einzuräumen⁵³³, so ist daran zu § 1 Abs. 5 KSchG i.d.F. des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes nicht mehr festzuhalten.

dd) Das Merkmal der groben Fehlerhaftigkeit

Grobe Fehlerhaftigkeit i.S.d. **§ 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG** ist bei einem Interessenausgleich mit Namensliste anzunehmen, wenn die Betriebspartner

- den auswahlrelevanten Personenkreis der austauschbaren und damit vergleichbaren Arbeitnehmer willkürlich bestimmt oder nach unsachlichen Gesichtspunkten eingegrenzt haben,

⁵³² Dazu LAG Hamm v. 16.3.2000 - 4 Sa 747/99, ZlInsO 2000, 571 und 4 Sa 905/99, ZlInsO 2000, 571.

⁵³³ BAG v. 18.1.1990 – 2 AZR 357/89, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 19.

- die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen der herauszunehmenden Arbeitnehmer⁵³⁴ nicht nach sachlichen Gesichtspunkten konkretisiert haben,
- Altersgruppen, innerhalb derer die Sozialauswahl durchgeführt werden soll, in völlig wahllos aufeinander folgenden Zeitsprüngen (bspw. wechselnd in 12er, 8er und 10er Jahresschritten) gebildet haben,
- eines der drei Sozialdaten überhaupt nicht berücksichtigt oder ihm ein völlig ungenügendes Gewicht oder zusätzlichen Auswahlkriterien eine überhöhte Bewertung beigemessen haben.⁵³⁵

Bei Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste ist es beispielsweise nicht als grob fehlerhaft i.S.v. § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG anzusehen, wenn der Arbeitgeber den vorhandenen aktuellen und über eine längere Zeit im Betrieb erfolgreich angewandten Kenntnissen eines später eingestellten Elektrikers den Vorrang vor den durch Umschulung erst noch zu erwerbenden künftigen Kenntnissen des gekündigten und nur 1½ Jahre länger beschäftigten Arbeitnehmers gegeben hat.⁵³⁶

ee) Betriebsratanhörung

Die Betriebsratanhörung gemäß § 102 BetrVG (und die Beteiligung nach § 17 KSchG) unterliegt auch bei einem solchen Interessenausgleich mit Namensliste keinen erleichterten Voraussetzungen, sie kann aber **mit den Verhandlungen** darüber **verbunden** werden.⁵³⁷

8. Kündigungsverbot gemäß § 613a BGB

Ein besonderes Kündigungsverbot ergibt sich § 613a Abs. 4 BGB. Dieses eigenständige Kündigungsverbot gilt auch in **Kleinbetrieben** i.S.v. § 23 KSchG und konnte (außerhalb eines Insolvenzverfahrens) bis zum 31.12.2003 auch außerhalb der dreiwöchigen **Klagefrist** nach § 4 KSchG geltend gemacht werden.

§ 613a Abs. 4 S. 1 BGB dient dem Schutz des Arbeitnehmers gegen die Umgehung der in § 613a Abs. 1 S. 1 BGB angeordneten Rechtsfolge. Diese Rechtsfolge soll nicht durch vorherige, gleichzeitige oder nachträgliche Kündigung zunichte gemacht werden. Diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn das Arbeitsverhältnis des gekündigten Arbeitnehmers von dem Übergang erfasst wird oder würde und die überwiegende Ursache der Kündigung bildet. Für die Annahme eines Verstoßes gegen das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 S. 1 BGB ist es dagegen nicht ausreichend, wenn einem **vom Übergang anderer**

⁵³⁴ LAG Hamm v. 23.3.2000 - 4 Sa 1554/99, ZInsO 2000, 571.

⁵³⁵ BAG v. 21.1.1999 – 2 AZR 624/98, ZInsO 1999, 543 = ZIP 1999, 2111; dazu EWiR 2000, 245 (Grimm); LAG Hessen v. 24.6.1999 – 3 Sa 1278/98, BB 2000, 155 = ZInsO 1999, 724.

⁵³⁶ LAG Hamm v. 2.9.1999 – 4 Sa 962/99, ZInsO 2000, 352.

⁵³⁷ BAG v. 20.5.1999 – 2 AZR 532/98, ZIP 1999, 1610, dazu EWiR 1999, 1095 (Haertlein); LAG Hamm v. 7.2.2001 – 2 Sa 200/00, ZInsO 2001, 678.

Betriebsteile nicht betroffenen Arbeitnehmer deshalb **gekündigt** wird, weil durch den Übergang der anderen Betriebsteile – denen der Gekündigte nicht angehört – der Beschäftigungsbedarf für ihn zurückgeht oder entfällt.⁵³⁸

Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer die **Darlegungs- und Beweislast** für das Vorliegen einer Kündigung wegen Betriebsübergangs. Liegen allerdings Anhaltspunkte für einen Betriebsübergang vor, hat der Arbeitgeber auch zur Klärung dieser Tatsachen vorzutragen (abgestufte Darlegungslast).

9. Maßgeblicher Zeitpunkt und Änderung der Verhältnisse

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung ist grundsätzlich der Zeitpunkt, in dem die Kündigung dem Arbeitnehmer zugeht. Ist bei **Zugang der Kündigung** die soziale Rechtfertigung gegeben, wird sie durch nachträglich eintretende Umstände nicht berührt.⁵³⁹

10. Fortsetzungsanspruch („Wiedereinstellungsanspruch“)

a) Fortsetzungsanspruch gegen den bisherigen Arbeitgeber

Allerdings kann sich nach der neueren Rechtsprechung des BAG dann ein **Fortsetzungs- oder Wiedereinstellungsanspruch** ergeben. Fallen nämlich die für die Kündigung maßgeblichen Gründe **während der laufenden Kündigungsfrist** fort, besteht ein Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers, **wenn** der Arbeitgeber noch keine Dispositionen getroffen hat und ihm die unveränderte **Fortsetzung zumutbar** ist.⁵⁴⁰

Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Wiedereinstellung/Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Arbeitgeber bzw. Erwerber kommt grundsätzlich in Betracht, wenn es trotz einer ursprünglich vorgesehenen Stilllegung des Betriebes oder eines **Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit** aus anderen Gründen und einer infolge dessen wirksam ausgesprochenen Kündigung aus betriebsbedingten Gründen im Sinne des § 1 KSchG **nachträglich** zu der **Entstehung einer anderen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** für

⁵³⁸ BAG v. 17.6.2003 – 2 AZR 134/02, AP Nr. 260 zu § 613a BGB = ZInsO 2004, 824 = ZIP 2004, 820, dazu EWiR 2004, 745 (Thüsing).

⁵³⁹ BAG v. 21.2.2001 – 2 AZR 39/00, ZIP 2001, 1825.

⁵⁴⁰ Zum Wiedereinstellungsanspruch nach (wirksamer) Kündigung allgemein BAG v. 27.2.1997 – 2 AZR 160/96, InVo 1997,233, dazu EWiR 1997, 781 (Junker/Schnelle); BAG v. 6.8.1997 – 7 AZR 557/96, BB 1998, 538, dazu EWiR 1998, 323 (Boudon); BAG v. 4.12.1997 – 3 AZR 140/97, BB, 1998, 1108; BAG v. 12.11.1998 - 8 AZR 265/97, MDR 1999, 551; BAG v. 21.2.2001 – 2 AZR 39/00, ZIP 2001, 1825; LAG Köln v. 26.3.1998 – 5 Sa 11/98, LAGE § 1 KSchG Nr. 3; Arens, in: Weisemann/Smid (Hrsg.), Handbuch der Unternehmensinsolvenz, Köln 1999, Kap. 14, S. 513; Beckschulte, DB 1998, 417; Berscheid, MDR 1998, 1129; Ziemann, MDR 1999, 716; Günzel, DB 2000, 1227; Meyer, BB 2000, 1032; Oetker, ZIP 2000, 643; Sartorius, ZAP, Fach 17, 569 ff.; Ertl, DStR 2001, 442; Schubert, ZIP 2002, 554; Aszmons/Beck, NZA 2015, 1098.

den Arbeitnehmer kommt, etwa bei einem Betriebsübergang und damit zur Fortführung des Betriebes.⁵⁴¹

Dabei wird im Wesentlichen darauf abgestellt, **ob sich die tatsächlichen Verhältnisse noch während des Ablaufs der Kündigungsfrist ändern**. In diesem Fall wird in der Rechtsprechung des BAG ein vertraglicher Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruch des Arbeitnehmers aus § 242 BGB und der **Fürsorgepflicht des Arbeitgebers** abgeleitet.

Der **Zweite Senat** des Bundesarbeitsgerichts hat einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter den Voraussetzungen anerkannt, dass eine betriebsbedingte Kündigung des Arbeitgebers auf dessen Prognose beruht, bei Ablauf der Kündigungsfrist könne er den Arbeitnehmer nicht mehr weiterbeschäftigen (z.B. wegen Betriebsstilllegung), diese **Prognose sich noch während des Laufes der Kündigungsfrist als falsch erweist** (z.B. infolge eines Betriebsüberganges), der Arbeitgeber mit Rücksicht auf die Wirksamkeit der Kündigung noch keine Dispositionen getroffen hat und ihm die unveränderte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist.⁵⁴² Ein solcher Wiedereinstellungsanspruch stelle das **notwendige Korrektiv** dafür dar, dass die Rechtsprechung aus Gründen der Rechtssicherheit, Verlässlichkeit und Klarheit bei der Prüfung des Kündigungsgrundes auf den Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs abstelle und schon eine Kündigung auf Grund einer **Prognoseentscheidung** zulasse, obwohl der Verlust des Arbeitsplatzes, vor dem der Arbeitnehmer nach § 1 KSchG geschützt werden solle, erst mit dem Ablauf der Kündigungsfrist eintrete.

Dies gilt nach Auffassung des **2. Senats** des BAG **auch bei Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs** über die Beendigung gegen (**angemessene**) **Abfindung**; er nimmt dabei den Wegfall der Geschäftsgrundlage des Vergleichs an.⁵⁴³

⁵⁴¹ BAG v. 27.2.1997 - 2 AZR 160/96, BAGE 85, 194 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 1; BAG v. 4.12.1997 - 2 AZR 140/97, BAGE 87, 221 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 4 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 3; BAG v. 6.8.1997 - 7 AZR 557/96, BAGE 86, 194 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 2; BAG v. 28.6.2000 - 7 AZR 904/98, BAGE 95, 171 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 6 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 5; BAG v. 13.11.1997 - 8 AZR 295/95, BAGE 87, 115 = AP BGB § 613a Nr. 169 = EzA BGB § 613a Nr. 154; BAG v. 12.11.1998 - 8 AZR 265/97, BAGE 90, 153 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 5 = EzA BGB § 613a Nr. 171; BAG v. 10.12.1998 - 8 AZR 324/97, BAGE 90, 260 = AP BGB § 613a Nr. 185 = EzA BGB § 613a Nr. 175; BAG v. 16.5.2002 - 8 AZR 320/01, AP InsO § 113 Nr. 9; BAG v. 13.5.2004 - 8 AZR 198/03, DZWIR 2004, 373 = ZIP 2004, 1610.

⁵⁴² BAG v. 27.2.1997 - 2 AZR 160/96, BAGE 85, 194 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 1

⁵⁴³ BAG v. 4.12.1997 - 2 AZR 140/97, BB 1998, 1108; **einschränkend** bzw. **a.A.** aber der **Siebte Senat** in BAG v. 21.9.2000 - 2 AZR 385/99, ZIP 2001, 388; BAG v. 28.6.2000 - 7 AZR 904/98, ZIP 2000, 1781, dazu EWIR 2000, 1067 (Blomeyer/Vienken); LAG Hamm v. 20.9.2000 - 19 Sa 658/99, BB 2000, 308; dazu Ertl, DStR 2001, 442.

Der **Siebte Senat** des Bundesarbeitsgerichts hat das Bestehen eines Fortsetzungs-/Wiedereinstellungsanspruchs des Arbeitnehmers in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Zweiten Senats bejaht, wenn sich zwischen dem Ausspruch einer Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer ergebe.⁵⁴⁴ Der **Achte Senat** des Bundesarbeitsgerichts hat sich der vorgenannten Rechtsprechung des Zweiten Senats ebenfalls ausdrücklich angeschlossen.⁵⁴⁵

Nach der Rechtsprechung des BAG besteht jedoch **kein Anspruch auf Abschluss eines zurückwirkenden Arbeitsvertrages**. Die Verurteilung zum Abschluss eines solchen Vertrages ist nicht möglich, weil sie auf eine zumindest für den Arbeitnehmer unmögliche Leistung gerichtet ist.⁵⁴⁶

Nach Ablauf der Kündigungsfrist hat das BAG aber – gerade **im Insolvenzverfahren** – einen Wiedereinstellungsanspruch zumeist abgelehnt.⁵⁴⁷ Dies entspricht auch seiner früheren Rechtsprechung zur KO.⁵⁴⁸ Das Bestehen eines Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruchs des Arbeitnehmers bei einer sich **nach Ablauf der Kündigungsfrist ergebenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** wird in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aber **uneinheitlich beurteilt**.

Der **Zweite Senat** hat diesbezüglich entschieden, ein Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers bestehe **jedenfalls dann nicht, wenn nach Ablauf der Kündigungsfrist ein ganz neuer Kausalverlauf in Gang gesetzt** werde. **Offen gelassen** hat der Zweite Senat jedoch ausdrücklich in dieser Entscheidung die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen bei einer **Aufhebung oder Änderung der Unternehmerentscheidung nach Ablauf der Kündigungsfrist** ein Wiedereinstellungsanspruch des betroffenen Arbeitnehmers entstehen kann.⁵⁴⁹

Der **Siebte Senat** hat das Bestehen eines Wiedereinstellungsanspruchs bei einer **nach Ablauf der Kündigungsfrist eintretenden Veränderung der tatsächlichen Umstände** aus

⁵⁴⁴ BAG v. 28.6.2000 - 7 AZR 904/98, BAGE 95, 171 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 6 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 5.

⁵⁴⁵ BAG v. 13.11.1997 - 8 AZR 295/95, BAGE 87, 115 = AP BGB § 613a Nr. 169 = EzA BGB § 613a Nr. 154; BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198/03, ZIP 2004, 1610.

⁵⁴⁶ BAG v. 3.12.2002 - 9 AZR 457/01, AP TVG § 1 Altersteilzeit Nr. 2 = EzA TVG § 4 Altersteilzeit Nr. 4; BAG v. 14.11.2001 - 7 AZR 568/00, BAGE 99, 326 = AP MTA § 2 SR 2a Nr. 1 = EzA TVG § 4 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 2; BAG v. 28.6.2000 - 7 AZR 904/98, BAGE 95, 171 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 6 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 5; BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198/03, DZWIR 2004, 373 = ZIP 2004, 1610.

⁵⁴⁷ BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198/03, ZIP 2004, 1610; BAG v. 28.10.2004 – 8 AZR 199/04, NZA 2005, 405; LAG Köln v. 5.10.2010 – 12 Sa 874/10; LAG Bremen v. 15.2.2011 – 1 Sa 258/10, AE 2011, 248; dazu Berkowsky, NZI-Aktuell 1/2005, V.

⁵⁴⁸ BAG v. 10.12.1998 - 8 AZR 324/97, BAGE 90, 260 = ZIP 1999, 320 = NZA 1999, 422.

⁵⁴⁹ BAG v. 4.12.1997 - 2 AZR 140/97, BAGE 87, 221 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 4 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 3.

§ 242 BGB hingegen bereits ausdrücklich verneint.⁵⁵⁰ Zur Begründung wurde ausgeführt, im noch bestehenden Arbeitsverhältnis habe der Arbeitgeber seine Verpflichtungen so zu erfüllen, seine Rechte so auszuüben und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitnehmers so zu wahren, wie dies unter Berücksichtigung der Belange des Betriebes und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebes nach Treu und Glauben billigerweise verlangt werden könne. Diese Verhaltenspflichten des Arbeitgebers seien **nach rechtswirksamer Beendigung des Arbeitsverhältnisses** nicht mehr gegeben. Ein solcher Anspruch ergebe sich auch **nicht aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers**, da diese nur das Weiterbestehen bestimmter Nebenpflichten betreffe, nicht aber einen Anspruch auf Wiederbegründung des Arbeitsverhältnisses rechtfertige. Sofern der Arbeitgeber **nicht einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen** habe, könne der Arbeitnehmer für den Bereich der betriebsbedingten Kündigung eine Wiedereinstellung wegen erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eintretender Umstände nicht verlangen.

Der **8. Senat** hat für den Fall eines durch **willentliche Übernahme der Hauptbelegschaft** eingetretenen Betriebsüberganges i.S.v. § 613a BGB ausdrücklich das Bestehen eines **Fortsetzungs-/Wiedereinstellungsanspruchs** des Arbeitnehmers gegenüber dem Betriebserwerber **auch nach Ablauf der Kündigungsfrist bejaht**⁵⁵¹ und ausgeführt, im Hinblick darauf, dass die Voraussetzungen eines Betriebsüberganges nicht nur durch die Übernahme materieller und/oder immaterieller Betriebsmittel, sondern auch durch die willentliche Übernahme der Hauptbelegschaft erfüllt werden könnten, sei die Erstreckung des Fortsetzungsanspruchs auf die **Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses** ein wirksames, den **europarechtlichen Vorgaben genügendes Mittel, den Bestandsschutz bei Betriebsübergängen zu gewährleisten**.⁵⁵²

Diese Rechtsprechung hat der 8. Senat fortgesetzt und präzisiert: Ein Wiedereinstellungsanspruch eines wirksam gekündigten Arbeitnehmers kommt auch dann in Betracht, wenn **nach dem Ablauf der Kündigungsfrist** auf Grund eines **Betriebsübergangs** eine **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** für den Arbeitnehmer besteht. Diesen Anspruch muss der gekündigte Arbeitnehmer **innerhalb eines Monats** ab dem Zeitpunkt, in dem er von den den Betriebsübergang ausmachenden tatsächlichen

⁵⁵⁰ BAG v. 6.8.1997 - 7 AZR 557/96, BAGE 86, 194 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 2.

⁵⁵¹ BAG v.13.11.1997 - 8 AZR 295/95, BAGE 87, 115 = AP BGB § 613a Nr. 169 = EzA BGB § 613a Nr. 154; BAG v. 12.11.1998 - 8 AZR 265/97, BAGE 90, 153 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 5 = EzA BGB § 613a Nr. 171.

⁵⁵² BAG v. 12.11.1998 - 8 AZR 265/97, BAGE 90, 153 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 5 = EzA BGB § 613a Nr. 171; BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198/03, DZWIR 2004, 373 = ZIP 2004, 1610; so auch LAG Bremen v. 15.2.2011 – 1 Sa 258/10, AE 2011, 249.

Umständen **Kenntnis** erlangt, gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber bzw. nach erfolgtem Betriebsübergang **gegenüber dem Betriebserwerber geltend machen**.⁵⁵³

Die Anerkennung eines Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruchs bei einem nach Ablauf der Kündigungsfrist vollzogenen **Betriebsübergang durch die Übernahme von materiellen und immateriellen Betriebsmitteln** hat der Achte Senat **offen gelassen**.⁵⁵⁴ In beiden von dem Achten Senat des Bundesarbeitsgerichts zu entscheidenden Rechtsstreitigkeiten handelte es sich um Betriebsübergänge **außerhalb eines Insolvenzverfahrens**.

Ein Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruchs soll dann nicht bestehen, wenn das Arbeitsverhältnis **wirksam befristet** war⁵⁵⁵ oder das **Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar** ist.⁵⁵⁶ Ein Wiedereinstellungsanspruch kann grundsätzlich nur Arbeitnehmern zustehen, die Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) genießen. Möglicherweise kann sich in Kleinbetrieben ein Wiedereinstellungsanspruch im Einzelfall ausnahmsweise aus § 242 BGB ergeben.⁵⁵⁷

Ob eine entsprechende **Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers** (gemäß § 242 BGB) hinsichtlich der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht, hat das BAG noch **nicht abschließend entschieden**.⁵⁵⁸ Dies scheint aber bejaht werden zu müssen. Der **Arbeitgeber** verhalte sich **rechtsmissbräuchlich**, wenn er bei Wegfall des betriebsbedingten Kündigungsgrundes noch während der Kündigungsfrist den veränderten Umständen nicht Rechnung trage und dem Arbeitnehmer die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus **nicht anbiete** bzw. das **Angebot des Arbeitnehmers** auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses **nicht annehme**.⁵⁵⁹

Sind von der Kündigungsmaßnahme aber mehrere vergleichbare Arbeitnehmer betroffen und können nicht alle Arbeitnehmer wieder eingestellt werden, hat die Wiedereinstellung

⁵⁵³ BAG v. 21.8.2008 - 8 AZR 201/07; NJW 2009, 391 = NZA 2009, 29.

⁵⁵⁴ BAG v. 13.11.1997 - 8 AZR 295/95, BAGE 87, 115 = AP BGB § 613a Nr. 169 = EzA BGB § 613a Nr. 154; BAG v. 12.11.1998 - 8 AZR 265/97, BAGE 90, 153 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 5 = EzA BGB § 613a Nr. 171; BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198/03, DZWIR 2004, 373 = ZIP 2004, 1610; .

⁵⁵⁵ LAG Düsseldorf v. 11.4.2000 - 9 AZR 266/99, EzA § 11 BUrlG Nr. 45; BAG v. 20.2.2002 – 7 AZR 600/00, ZIP 2002, 1162 = BB 2002, 1648 m. Anm. Maschmann.

⁵⁵⁶ BAG v. 19.10.2017 – 8 AZR 845/15, NZA 2018, 436 = ZIP 2018, 994; dazu EWiR 2018, 377 (Hergenröder); so schon LAG Frankfurt v. 7.3.2000 - 9 Sa 1077/99, ZInsO 2000, 625.

⁵⁵⁷ BAG v. 19.10.2017 – 8 AZR 845/15, NZA 2018, 436 = ZIP 2018, 994; dazu EWiR 2018, 377 (Hergenröder).

⁵⁵⁸ BAG v. 28.6.2000 – 7 AZR 2423/97, BB 2001, 573 m. Anm. Kukat; BAG v. 21.9.2000 – 2 AZR 385/99, ZIP 2001, 388.

⁵⁵⁹ BAG v. 13.11.1997 - 8 AZR 295/95, BAGE 87, 115 = AP BGB § 613a Nr. 169 = EzA BGB § 613a Nr. 154; BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198/03, ZIP 2004, 1610.

nach den Regeln der **sozialen Auswahl** entsprechend § 1 Abs. 3 KSchG zu erfolgen.⁵⁶⁰ Bei der Auswahl **der wieder einzustellenden Arbeitnehmer** hat der Arbeitgeber also soziale Gesichtspunkte (Lebensalter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltsverpflichtungen) zu berücksichtigen.

Dabei kann der Schutz eines nicht wieder eingestellten Arbeitnehmers nicht weiter gehen, als wenn die wiederbesetzten Arbeitsplätze schon vor Ausspruch der Kündigung frei geworden wären. Wäre der nicht wieder eingestellte Arbeitnehmer in diesem Falle gleichwohl auf die **Namensliste** in einem **Interessenausgleich** gesetzt worden, kann die Sozialauswahl auch bei der Wiedereinstellung nur auf grobe Fehlerhaftigkeit hin überprüft werden.⁵⁶¹

b) Fortsetzungsanspruch gegen den Betriebserwerber

Erfolgt ein **Betriebsübergang nach Ausspruch der Kündigung**, wird dadurch zwar die Rechtfertigung der Kündigung nicht mehr berührt, aber auch in diesem Falle ist ggf. ein Anspruch der nicht übernommenen Arbeitnehmer auf Weiterbeschäftigung durch den Betriebserwerber zu unveränderten Bedingungen gegeben.⁵⁶²

Ergibt sich **zwischen Zugang der Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist** ein Betriebs- oder Teilbetriebsübergang, soll der Arbeitnehmer den etwaigen Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses (**Wiedereinstellungs- bzw. Fortsetzungsanspruch**) **noch während des rechtlichen Bestehens** bzw. zumindest unverzüglich ab Kenntniserlangung von den den Betriebsübergang ausmachenden tatsächlichen Umständen geltend machen⁵⁶³, und zwar gegenüber dem Erwerber.⁵⁶⁴ Kommt es nach Zugang der Kündigung entgegen der ursprünglich beabsichtigten Betriebsstilllegung zu einem Betriebsübergang auf einen neuen Betriebsinhaber, so soll der Wiedereinstellungsanspruch nur gegen den Übernehmer gerichtet werden können.⁵⁶⁵

Ein Fortsetzungsanspruch kann gegen den Betriebserwerber auch bei einem vorherigen **Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses**

⁵⁶⁰ BAG v. 4.12.1997 – 2 AZR 140/97, BB 1998, 1108; BAG v. 21.9.2000 – 2 AZR 385/99, ZIP 2001, 388.

⁵⁶¹ BAG v. 2.12.1999 – 2 AZR 757/98, AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl = EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 41 = ZIP 2000, 676 = BB 2000, 1041 = ZInsO 2000, 412.

⁵⁶² BAG v.13.11.1997 - 8 AZR 295/95, BAGE 87, 115 = AP BGB § 613a Nr. 169 = EzA BGB § 613a Nr. 154; BAG v. 12.11.1998 - 8 AZR 265/97, BAGE 90, 153 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 5 = EzA BGB § 613a Nr. 171; LAG Hamm v. 5.3.1999 – 10 Sa 1961/98, InVo 1999, 380.

⁵⁶³ Nach Auffassung des ArbG Frankfurt v. 20.7.1999 – 5 Ca 7905/97, ZInsO 2000, 56 binnen drei Wochen.

⁵⁶⁴ BAG v. 12.11.1998 – 8 AZR 265/97, BAGE 90, 153 = ZIP 1999, 670, dazu EWiR 1999, 207 (Junker); LAG Köln v. 3.8.2001 – 11 Sa 215/01, ZIP 2002, 234; zum Wahlrecht des Arbeitnehmers bei Änderungskündigung durch den bisherigen Arbeitgeber und zwischenzeitlich erfolgtem (Teil-) Betriebsübergang auf einen Übernehmer siehe LAG Hamm v. 5.3.1999 – 10 Sa 1961/98, ZInsO 1999, 423.

⁵⁶⁵ LAG Hamm v. 4.4.2000 – 4 Sa 1220/99, DZWIR 2000, 240 m. Anm. Franzen.

zumindest dann noch geltend gemacht werden, wenn keine korrigierte Unterrichtung gemäß § 613a Abs. 5 BGB erfolgt ist.⁵⁶⁶

Allerdings soll nach Auffassung des LAG Hamm der gekündigte Arbeitnehmer das **Fortsetzungsverlangen gegenüber dem Erwerber** unverzüglich, nämlich innerhalb der **3-Wochen-Frist** – im „Gleichklang“ mit dem bisherigen Widerspruchsrecht - durch **„persönliches Vorstelligwerden“** geltend machen müssen. Eine Geltendmachung in der Kündigungsschutzklage mit Zustellung außerhalb der 3-Wochen-Frist soll nicht ausreichend sein.⁵⁶⁷

Nach Auffassung des LAG Köln⁵⁶⁸ besteht **kein Fortsetzungsanspruch** gegenüber dem Erwerber, wenn der Erwerber den **Betrieb** noch **vor Ablauf der Kündigungsfrist bereits gekauft** hat, ihn aber **tatsächlich erst nach Ablauf der Kündigungsfrist übernimmt**.

Wer im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang aus dem Arbeitsverhältnis aufgrund eines **Aufhebungsvertrages** ausgeschieden ist, hat keinen Fortsetzungsanspruch gegen den Betriebsübernehmer, solange die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrages nicht wegen Anfechtung, Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder aus einem anderen Grunde **beseitigt** worden ist.⁵⁶⁹

c) Fortsetzungsanspruch in der Insolvenz

In der Rechtsprechung der **Instanzen** ist das Bestehen eines Fortsetzungs-/Wiedereinstellungsanspruchs des Arbeitnehmers gegenüber dem **Betriebserwerber** bei einem Betriebsübergang **in der Insolvenz** nach Ablauf der Kündigungsfrist auch im Geltungsbereich der Insolvenzordnung teilweise abgelehnt worden⁵⁷⁰, teilweise ist die Anerkennung eines Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruchs im Rahmen des Insolvenzverfahrens überhaupt - unabhängig von dem Zeitpunkt des Betriebsüberganges (vor oder nach Ablauf der Kündigungsfrist) - abgelehnt worden.⁵⁷¹

⁵⁶⁶ BAG v. 25.11.2007 – 8 AZR 989/06, NZA 2008, 357 = NJW-Spezial 2008, 180.

⁵⁶⁷ Zur rechtzeitigen Geltendmachung des Wiedereinstellungsanspruchs - innerhalb von drei Wochen nach Kenntniserlangung der maßgeblichen Umstände - siehe LAG Hamm v. 11.5.2000 - 4 Sa 1469/99, BB 2000, 1630 = ZInsO 2001, 384 = DZWIR 2000, 457; ArbG Frankfurt v. 20.7.1999 - 5 Ca 7905/97, ZInsO 2000, 56; Dreher, BB 2000, 2358; zur zeitlichen Begrenzung des Wiedereinstellungsanspruchs in der Insolvenz nach § 113 Abs. 1 S. 2 InsO siehe LAG Hamm v. 4.6.2002 - 4 Sa 57/02 und 4 Sa 593/02, ZInsO 2003, 52.

⁵⁶⁸ LAG Köln v. 20.12.2002 - 11 (13) Sa 593/02, ZIP 2003, 592; dazu EWIR 2003, 467 (Joost); bestätigt durch BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198/03, DZWIR 2004, 373 = ZIP 2004, 1610; dazu Berkowsky, NZI aktuell 1/2005, S. V; Bichlmeier, DZWIR 2006, 89.

⁵⁶⁹ BAG v. 10.12.1998 - 8 AZR 324/97, BAGE 90, 260 = ZIP 1999, 320; Bestätigung von BAG v. 28.4.1987 - 3 AZR 75/86, BAGE 55, 228 = AP Nr 5 zu § 1 BetrAVG Betriebsveräußerung.

⁵⁷⁰ Hessisches LAG v. 25.1.2001 - 11 Sa 908/99, ZInsO 2002, 48; Hessisches LAG v. 8.2.2001 - 11 Sa 925/99; LAG Hamburg v. 20. 3.2002 - 5 Sa 3/02, ZIP 2003, 772.

⁵⁷¹ LAG Hamm v. 27.3.2003 - 4 Sa 189/02, NZA-RR 2003, 652; vgl. auch LAG Hamm v. 4.4.2000 - 4 Sa 1220/99, ZInsO 2000, 292; LAG Hamm v. 4.6.2002 - 4 Sa 593/02, AR-Blattei ES 915 Nr. 23: mindestens jedoch begrenzt durch die "Höchstfrist des § 113 Abs. 1 Satz 2 InsO".

Das **LAG Hamm** hatte zunächst **offen gelassen**, ob Wiedereinstellungsanspruch im Fall des im Konkursverfahren vollzogenen Betriebsübergangs im Hinblick auf die Regelungen des Art. 4a Abs. 1 RL 98/50/EG überhaupt noch anzuerkennen sei,⁵⁷² dies aber inzwischen bejaht.⁵⁷³

Das **BAG** hat wegen des Überwiegens des Interesses an einer beschleunigten und rechtssicheren Abwicklung des Insolvenzverfahrens einen Anspruch auf Vertragsfortsetzung bzw. Wiedereinstellung im Insolvenzverfahren **verneint**, wenn nach einer wirksamen Kündigung wegen beabsichtigter Betriebsschließung sich **während des Laufs der Kündigungsfrist** eine Betriebsveräußerung und somit ein Betriebsübergang ergibt.⁵⁷⁴ Allerdings vollzog sich im dort zu entscheidenden Fall der **tatsächliche Übergang der Leitungsmacht erst nach Ablauf der Kündigungsfrist**.

d) Wiedereinstellungsanspruch aufgrund einer Wiedereinstellungszusage

Die Betriebspartner können in einer aus Anlass eines Betriebsübergangs geschlossenen **Betriebsvereinbarung** vereinbaren, dass Arbeitnehmer einen Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrags haben, wenn eine **Beschäftigung beim Erwerber aus betrieblichen Gründen nicht mehr möglich** ist. Hat ein Unternehmen aus Anlass einer Ausgliederung eines Geschäftsfelds in einer Betriebsvereinbarung den überwechselnden Arbeitnehmern eine Wiedereinstellung zugesagt, wenn ihre Beschäftigung bei der namentlich bezeichneten Konzerntochter aus betrieblichen Gründen nicht mehr möglich ist, kann diese Zusage dahin gehend auszulegen sein, dass der Wiedereinstellungsanspruch nur bis zu einem Herauslösen der Gesellschaft aus dem Konzernverbund besteht, wenn auch die anderen Ausgleichsregelungen in der Betriebsvereinbarung entweder befristet oder von einer Konzernzugehörigkeit der Konzerntochter abhängig sind.⁵⁷⁵

Fallen jedoch die Gründe für die Kündigung erst **nach Ablauf der Kündigungsfrist** weg, besteht dagegen grundsätzlich **kein Wiedereinstellungsanspruch**. Stellt der Arbeitgeber nach Ablauf der Kündigungsfrist aufgrund früherer Zusagen oder aufgrund einer entsprechenden Sozialplanregelung einen Teil der Arbeitnehmer wieder neu ein, muss er dabei **keine Sozialauswahl** anstellen.⁵⁷⁶

⁵⁷² LAG Hamm v. 11.11.1998 – 2 Sa 1111/98, InVo 1999, 384 = NZA-RR 1999, 576 = ZInsO 1999, 302.

⁵⁷³ LAG Hamm v. 10.3.2010 – 2 Sa 924/09.

⁵⁷⁴ BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198/03, DZWIR 2004, 373 = ZIP 2004, 1610; BAG v. 28.10.2004 – 8 AZR 199/04, NZA 2005, 405; dazu Berkowsky, NZI aktuell 1/2005, S. V; Bichlmeier, DZWIR 2006, 89. Siehe auch LAG Köln v. 5.10.2010 – 12 Sa 874/10.

⁵⁷⁵ BAG v. 19.10.2005 – 7 AZR 32/05, BB 2006, 1747; ablehnend Diehn, BB 2006, 1794.

⁵⁷⁶ BAG v. 6.8.1997 – 7 AZR 557/96, BB 1998, 538; BAG v. 28.6.2000 – 7 AZR 2423/97, BB 2001, 573 m. Anm. Kukat.

Der Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrags aufgrund einer **vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen des Arbeitgebers erteilten **Wiedereinstellungszusage** ist eine Insolvenzforderung i.S.v. § 38 InsO. Lehnt der Insolvenzverwalter die vom Schuldner zugesagte Wiedereinstellung ab, kann der Arbeitnehmer allenfalls eine Forderung wegen der **Nichterfüllung** als Insolvenzgläubiger geltend machen, also entsprechend § 103 Abs. 2 InsO statt des Leistungsaustauschs eine **Schadensersatzforderung zur Tabelle anmelden**.⁵⁷⁷

Eine in einem **Kündigungsschreiben** angekündigte Wiedereinstellung („*Ihre Wiedereinstellung zu gleichen Konditionen erfolgt bis spätestens 1.6.2012*“) stellt **kein annahmefähiges Angebot** auf Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags dar, durch dessen Annahme der Arbeitnehmer unmittelbar die Begründung eines Arbeitsverhältnisses bewirken kann, sondern es liegt eine Wiedereinstellungsvereinbarung vor, die lediglich zu einer vertraglich begründeten Wiedereinstellungspflicht führt. Will der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung und auf Wiedereinstellung zusammen gerichtlich geltend machen, muss er einen entsprechenden (Hilfs-)Antrag stellen.⁵⁷⁸

e) **Prozessuale Geltendmachung des Fortsetzungsanspruchs**

Der Fortsetzungsanspruch ist – sofern er begründet ist - nach h.M. als **Klage auf Abschluss eines (fortzusetzenden) Arbeitsverhältnisses** geltend zu machen, also als Klage auf Abgabe einer Willenserklärung (**§ 894 ZPO**), wobei die Details des abzuschließenden Vertrages genau bezeichnet werden müssen. Dabei dürfte der **Katalog des § 2 NachwG** einen tauglichen Anhaltspunkt darstellen. Allerdings empfiehlt sich dabei wohl, **ergänzend** sogleich auch ein **Klageantrag auf entsprechende Beschäftigung** zu stellen, da nach einer zusprechenden erstinstanzlichen Entscheidung nur dieser **Beschäftigungsanspruch** sogleich vorläufig vollstreckbar wäre.

Bei der streitwertmäßigen Bewertung einer **Bestandschutzklage gegen den Betriebsveräußerer und einer Feststellungs- bzw. Bestandsschutzklage gegen den Erwerber** findet keine Erhöhung wegen subjektiver Klagehäufung statt. Es sind für beide Anträge insgesamt nur drei Gehälter als Streitwert anzusetzen. Dies gilt jedenfalls in dem Fall, in denen eine betriebsbedingte Kündigung des Veräußerers angegriffen wird.⁵⁷⁹

⁵⁷⁷ LAG Mainz v. 2.5.2013 – 2 Sa 423/12, ZIP 2013, 1638.

⁵⁷⁸ BAG v. 17.3.2015 – 9 AZR 702/13, NZA 2016, 124 = ZIP 2015, 1653; dazu EWiR 2015, 681 (Gossak).

⁵⁷⁹ LAG Köln v. 6.6.2016 – 4 Ta 99/16, AE 2019, 48.

11. Vorausgegangene Kündigungen / Nachkündigung durch den Insolvenzverwalter

Eine betriebsbedingte Kündigung kommt dann in Betracht, wenn der Insolvenzverwalter arbeitsplatzrelevante Rationalisierungsmaßnahmen bzw. Betriebs- oder Teilbetriebsschließungen vornimmt, die zu einer Personalreduzierung führen. Ist allerdings vom Gemeinschuldner vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits wegen Betriebsstilllegung betriebsbedingt unter Anwendung der allgemeinen Kündigungsfristen gekündigt worden, kann nach Auffassung des **ArbG Köln** der Insolvenzverwalter nicht nach Eröffnung des Verfahrens erneut mit den privilegierten (kürzeren) Kündigungsfristen nach § 113 InsO wegen des gleichen Kündigungsgrundes noch einmal zu kündigen.⁵⁸⁰

Das ArbG Köln führte dazu aus:

„Die Insolvenz als solche stellt keinen betriebsbedingten Kündigungsgrund dar; vielmehr bedarf es eines Beschlusses des Insolvenzverwalters zur Betriebsstilllegung. Ein Arbeitsverhältnis, das schon vor Konkurseröffnung wegen unstreitiger Betriebsstilllegung gekündigt wurde, endet – trotz einer neuen Kündigung nach § 113 InsO – mit der vertraglich bzw. tarifvertraglich geltenden Kündigungsfrist, wenn die vorkonkursliche Kündigung nach § 7 KSchG wirksam geworden ist.“⁵⁸¹

Das BAG⁵⁸² hat inzwischen anders entschieden und die Problematik der sog. **Nachkündigung in der Insolvenz** geklärt:

„Der Insolvenzverwalter kann ein Arbeitsverhältnis auch dann mit der kurzen Kündigungsfrist des § 113 Abs 1 S 2 InsO kündigen, wenn die Schuldnerin mit seiner Zustimmung oder er selbst als vorläufiger Insolvenzverwalter zuvor unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zu einem späteren Zeitpunkt gekündigt hat. Eine unzulässige "Wiederholungskündigung" oder "Nachkündigung" liegt darin nicht.“

Der Insolvenzverwalter kann also ein Arbeitsverhältnis auch dann mit der kurzen Kündigungsfrist des § 113 Abs 1 S 2 InsO kündigen, wenn die Schuldnerin mit seiner Zustimmung als vorläufiger Insolvenzverwalter zuvor unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zu einem späteren Zeitpunkt gekündigt hat. Eine unzulässige **"Wiederholungskündigung"** oder **"Nachkündigung"** liegt darin nicht.⁵⁸³

⁵⁸⁰ ArbG Köln v. 8.12.1998 – 4 (15) Ca 5991/98, ZInsO 1999, 539 m. ablehnender Anm. Berscheid = NZI 1999, 282; dazu Leithaus, NZI 1999, 254; Berscheid, NZI 2000, 1, 5.

⁵⁸¹ ArbG Köln v. 8.12.1998 – 4 (15) Ca 5991/98, NZA-RR 1999, 416 = NZI 1999, 282 = ZInsO 1999, 539 (Berscheid); dazu Leithaus, NZI 1999, 254.

⁵⁸² BAG v. 8.4.2003 - 2 AZR 15/02, AP Nr 40 zu § 113 BetrVG 1972 = ZIP 2003, 1260; BAG v. 22.5.2003 - 2 AZR 255/02, NZI 2003, 673 = ZIP 2003, 1670 = DZWIR 2003, 465.

⁵⁸³ BAG v. 8.4.2003 - 2 AZR 15/02, AP Nr. 40 zu § 113 BetrVG 1972 = ZIP 2003, 1260.

Unklar ist, ob dies auch für die **Eigenverwaltung** gilt. Denn hier ist der Arbeitgeber zumindest personenidentisch. Sinn und Zweck des § 113 InsO lag aber darin, die Masse nicht unnötig mit Arbeitnehmeransprüchen zu überfrachten, die der Sanierung nicht dienlich wären. Auf diesem Hintergrund muss wohl davon ausgegangen werden, dass das Nachkündigungsrecht auch für die Eigenverwaltung gilt.

12. Weitere Kündigung (Nachkündigung) in einem Schriftsatz

Das LAG Hamm hat die Problematik der Nachkündigung, insbesondere auch der sog. **Schriftsatzkündigung**, wie folgt vertieft:

„Grundsätzlich kann der Arbeitgeber nicht daran gehindert werden, aus demselben Anlass mehrere Kündigungen auszusprechen, sei es, weil Zweifel an der formellen Wirksamkeit bestehen, sei es, weil die ursprüngliche Kündigungsfrist falsch war, oder sei es, dass die erneute Kündigung das Arbeitsverhältnis zu einem früheren Termin als ursprünglich gedacht beenden soll. Eine solche „Nachkündigung“ ist jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn die Betriebstilllegung vor Ablauf der Kündigungsfrist abgeschlossen ist.“⁵⁸⁴

Es liegt keine unzulässige „Wiederholungskündigung“ oder „Nachkündigung“ vor, wenn die frühere Kündigung aus irgendwelchen Gründen – Formmangel, fehlerhafte Betriebsratsanhörung – unwirksam war oder sich der kündigende Konkursverwalter nach Verfahrenseröffnung auf weitere, neue Tatsachen stützen kann, die den bisherigen Kündigungssachverhalt verändern oder ergänzen.“⁵⁸⁵ Der Prozessbevollmächtigte des Arbeitnehmers ist zur Entgegennahme weiterer Kündigungen ermächtigt, wenn ihm eine „Einheitsvollmacht“ (Vordruck V 118 der Hans Soldan GmbH) erteilt wurde. Eine schriftsätzliche Nachkündigung muss jedenfalls dann binnen der dreiwöchigen Klagefrist angegriffen werden, wenn nach Lage der Dinge ihr Ausspruch nicht überraschend (in casu Wiederholung nach einer Rüge gem. § 174 BGB) und sie im Schriftsatz des Kündigenden auch nicht „versteckt“ worden ist.“⁵⁸⁶

Spricht der Arbeitgeber mehrere Kündigungen aus, so muss der Arbeitnehmer sich grundsätzlich gegen jede dieser „Nachkündigungen“ binnen der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG zur Wehr setzen, weil es sich um verschiedene Kündigungserklärungen handelt und weil ansonsten die Fiktion der Rechtswirksamkeit der Kündigung gem. § 7 Hs. 1 KSchG eingreift. Dies gilt auch dann, wenn die Nachkündigung vom Konkursverwalter rein vorsorglich für den Fall der Rechtsunwirksamkeit der im der Sequestrationsverfahren ausgesprochenen ersten Kündigung ausgesprochen wird, jedoch entfällt das Rechtsschutz-

⁵⁸⁴ LAG Hamm v. 13.8.1997 – 14 Sa 566/97, EzA § 113 InsO Nr. 1 = LAGE § 113 InsO Nr. 1 = BB 1998, 541 = ZInsO 1998, 140 = ZIP 1998, 161, dazu EWiR 1998, 153 (Henssler) und EWiR 1998, 901 (Pape).

⁵⁸⁵ BAG v.16.6.1999 – 4 AZR 68/98, ZInsO 1999, 714.

⁵⁸⁶ LAG Düsseldorf v. 13.1.1999 – 12 Sa 1810/98, ZInsO 1999, 544.

bedürfnis für eine Feststellungsklage gegen eine solche Nachkündigung nachträglich, wenn in einem Vorprozess festgestellt wird, dass die erste Kündigung das Arbeitsverhältnis zu einem früheren Zeitpunkt (dort: 30.04.1997) aufgelöst hat, als dies mit der nachfolgenden Kündigung (hier: 30.06.1997) beabsichtigt ist, denn dann kann die vorsorglich ausgesprochene Nachkündigung keine Rechtswirkungen mehr entfalten.⁵⁸⁷

Für die Erhebung einer Kündigungsschutzklage aus Anlass einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigung des Arbeitsverhältnisses ergibt sich das Feststellungsinteresse in der Regel bereits daraus, dass der unter das Kündigungsschutzgesetz fallende Arbeitnehmer gemäß § 4 Satz 1 KSchG Klage erheben muss, weil sonst eine etwaige Sozialwidrigkeit der Kündigung gemäß § 7 Hs. 1 KSchG geheilt würde. Solange dieser Nachteil droht, kann das Feststellungsinteresse mithin nur ausnahmsweise fehlen und bedarf keiner besonderen Darlegung durch den Arbeitnehmer.“

Spricht der Arbeitgeber mehrere Kündigungen aus, so muss der Arbeitnehmer sich also, sofern er gegen die erste Kündigung keine allgemeine Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erhoben hat, grundsätzlich gegen jede dieser „Nachkündigungen“ binnen der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG zur Wehr setzen, weil es sich um verschiedene Kündigungserklärungen handelt und weil ansonsten die Fiktion der Rechtswirksamkeit der Kündigung gem. § 7 Hs. 1 KSchG eingreift.

Dies gilt auch dann, wenn die Nachkündigung rein vorsorglich für den Fall der Rechtsunwirksamkeit der ersten Kündigung ausgesprochen wird, jedoch entfällt das Rechtsschutzbedürfnis für eine Feststellungsklage gegen eine solche Nachkündigung nachträglich, wenn in einem Vorprozess festgestellt wird, dass die vorangegangene Kündigung das Arbeitsverhältnis zu einem früheren Zeitpunkt aufgelöst hat, als dies mit der nachfolgenden Kündigung beabsichtigt ist, denn dann kann die vorsorglich ausgesprochene Nachkündigung keine Rechtswirkungen mehr entfalten.

Ist das allgemeine Feststellungsinteresse für die Durchführung des Kündigungsschutzprozesses nachträglich entfallen, kommt es auf die Frage, ob Verwaltungs- oder Sicherungssequestration angeordnet war und der Sequester kündigungsbefugt ist oder nicht, ebenso wenig an wie auf die Frage, ob er im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung überhaupt noch passivlegitimiert ist, weil nach den Behauptungen des Arbeitnehmers nach

⁵⁸⁷ LAG Hamm v. 23.9.1999 – 4 Sa 1007/98, ZlInsO 1999, 659 = ZIP 2000, 246.

Zugang der Kündigung ein Betriebsübergang auf ein Nachfolgeunternehmen stattgefunden haben soll.⁵⁸⁸

13. Kündigung eines befristeten Arbeitsvertrages durch den Verwalter

Es kann von einem verantwortungsvoll handelnden Verwalter **nicht** verlangt werden, **sofort nach Antritt seines Verwaltungsamtes** eine (endgültige) Entscheidung über die Fortführung der Arbeitsverhältnisse zu treffen, denn diese Entscheidung hängt maßgebend von wirtschaftlichen, betrieblichen und unternehmerischen Überlegungen ab, die in aller Regel erst in der Folgezeit der Insolvenzabwicklung konkrete Formen annehmen können und deren Verwirklichung in den ersten Tagen nach Verfahrenseröffnung weder im Interesse der Arbeitnehmer noch der Gläubiger noch des Gemeinschuldners läge.

Der Verwalter hat mithin das Recht, **zunächst die weitere Erfüllung der Arbeitsverhältnisse zu verlangen**, er kann sein Kündigungsrecht zurückstellen und erst später ggf. von ihm Gebrauch machen. Er verzichtet auf sein Recht zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses nicht dadurch, dass er nach Eröffnung des Verfahrens zunächst die weitere Erfüllung des Arbeitsverhältnisses beansprucht.⁵⁸⁹

14. Darlegungs- und Beweislastverteilung

Im Kündigungsschutzprozess trifft den **Arbeitgeber** gem. § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG die Beweislast dafür, dass die Kündigung durch **dringende betriebliche Erfordernisse** bedingt und eine **Weiterbeschäftigung nicht möglich oder nicht zumutbar** ist. Der Arbeitgeber hat in diesem Zusammenhang detailliert darzulegen, wie sich die von ihm behaupteten Umstände unmittelbar oder mittelbar auf den Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers auswirken.

Im Kündigungsschutzprozess hat der **Arbeitnehmer** gem. § 1 Abs. 3 S. 3 KSchG auch die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung hinsichtlich der **Sozialauswahl** als **sozial ungerechtfertigt** erscheinen lassen. Allerdings hat der Arbeitgeber gem. § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG die Pflicht, dem Arbeitnehmer auf Verlangen die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen Sozialauswahl geführt haben.

Das BAG hat in diesem Zusammenhang eine **abgestufte Darlegungs- und Beweislast** zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber entwickelt⁵⁹⁰. Demnach hat der Arbeitgeber die Gründe darzulegen, die ihn zu der von ihm getroffenen Sozialauswahl veranlasst haben. Den

⁵⁸⁸ LAG Hamm v. 23.9.1999 – 4/19 Sa 1361/98, ZInsO 1999, 660.

⁵⁸⁹ LAG Erfurt v. 14.6.1999 – 8 Sa 560/98, ZInsO 2000, 51.

⁵⁹⁰ BAG v. 3.11.1982 – 7 AZR 5/81, DB 1983, 830; BAG v. 21.12.1983 – 7 AZR 421/82, ZIP 1984, 1394.

Arbeitnehmer trifft dagegen die Darlegungs- und Beweislast für die objektive Unrichtigkeit der Sozialauswahl. Legt der Arbeitgeber seine **Auswahlüberlegungen** nicht offen, wird der Arbeitnehmer insoweit von seiner Darlegungs- und Beweislast befreit. Die vorstehenden Grundsätze gelten auch in der Insolvenz bzw. im Insolvenzverfahren.

Die Neuregelungen in § 1 Abs. 5 KSchG und die Regelung in § 125 InsO im Falle eines Interessenausgleichs mit Namensliste sind aber zu beachten⁵⁹¹. Diese **Vermutungswirkung** musste als materielle Beweislastregel – anders als die prozessuale Vermutungsregel des § 4 KSchG - **auch im Rahmen der Prüfung** einer Sozialwidrigkeit im Rahmen **des § 128 AFG bzw. des § 147a SGB III** Berücksichtigung finden.⁵⁹² Die Regelung des § 147a SGB III mit der dort begründeten Erstattungspflicht des Arbeitgebers ist bekanntlich mit Ablauf des 31.01.2006 entfallen.

15. Rechtsfolgen der unwirksamen Kündigung

Ist die Kündigung unwirksam und erklärt der Arbeitnehmer, dass er zur weiteren Arbeitsleistung bereit ist, gerät der Insolvenzverwalter in Annahmeverzug mit den Folgen des § 615 BGB. Ggf. kann der Arbeitnehmer auch im Hinblick auf seine rückständigen Vergütungsansprüche ein Zurückbehaltungsrecht an seiner Arbeitsleistung geltend machen.⁵⁹³

IV. Der besondere Kündigungsschutz

Auch der Insolvenzverwalter ist grundsätzlich, nachdem er in die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers eingetreten ist, dem besonderen Kündigungsschutz und den Sonderkündigungsvorschriften unterworfen⁵⁹⁴.

1. Mutterschutz

Im Rahmen des Frauenarbeiterschutzes ist das Kündigungsverbot nach § 9 MuSchG zu beachten, wonach die Kündigung gegenüber einer Frau während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von 4 Monaten nach der Entbindung unzulässig ist, wenn dem Arbeitgeber

⁵⁹¹ Dazu Giesen, ZIP 1998, 46, 49; Grunsky / Moll, Arbeitsrecht und Insolvenz, Rn. 280 ff.; Fischermeier, NZA 1997, 1089, 1092; die Regelung des § 1 Abs. 5 KSchG entfaltet ihre Vermutungswirkung nicht für vor dem 1.10.1996 ausgesprochene Kündigungen, siehe LAG Köln v. 16.4.1998 – 10 Sa 1352/97, DRsp Nr. 2000 / 2221.

⁵⁹² Siehe auch Dienstanweisung der BA zu § 147a SGB III unter Ziff. 3.53; nach der Rechtsprechung des BSG soll die Erstattungspflicht auch dann nicht gem. § 128 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AFG (dann § 147a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III) entfallen, wenn der Arbeitnehmer einen entsprechenden Kündigungswunsch an den Arbeitgeber herangetragen hatte, siehe BSG v. 11.5.1999 – B 11 AL 73/98, EWIR 1999, 1089 (Peters-Lange).

⁵⁹³ Zu den Voraussetzungen in der Insolvenz im Hinblick auf die Vergütungssicherung durch Insolvenzgeld bzw. Kaug siehe LAG Hamm v. 26.11.1998 – 4 (19) Sa 1360/98, ZInsO 1999, 363.

⁵⁹⁴ Dazu Kübler/Prütting/Möll, InsO, § 113 Rn. 21; Weisemann, in: Smid, InsO, 2. Aufl., § 113, Rn. 59 ff.; Grunsky / Moll, Arbeitsrecht und Insolvenz, Rn. 345 und Rn. 414 ff.; Zwanziger, Das Arbeitsrecht der InsO, S. 53 ff.; Hess / Weis / Wienberg, Insolvenzarbeitsrecht, Rn. 435 ff.; Düwell, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 1120 ff.; Berscheid, ZInsO 1998, 115, 121.

zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Entbindung bekannt war oder innerhalb zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird.

Die oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle kann gem. § 9 Abs. 3 MuSchG in besonderen Fällen ausnahmsweise die Kündigung für zulässig erklären. Nicht ausdrücklich geklärt ist, ob die Insolvenz ein solcher "besonderer Fall" i.S.v. § 9 Abs. 3 MuSchG ist. Entschieden ist bisher, dass die insolvenzbedingte völlige Betriebsstilllegung einen solchen besonderen Fall darstellt.⁵⁹⁵

2. Elternzeit (Erziehungsurlaub)

Schließlich können Elternteile im Anschluss an den Mutterschutz Elternzeit (Erziehungsurlaub) in Anspruch nehmen. Im Gegensatz zu dem Mutterschaftsurlaub können statt der Mütter auch die Väter Elternzeit unter den gleichen Voraussetzungen beantragen.

Auch während des Erziehungsurlaubs haben die betreffenden Arbeitnehmer **Sonder-Kündigungsschutz (§ 18 BErzGG)**. Eine Kündigung ist nur zulässig nach vorheriger **Zustimmung** der für Arbeitsschutz **zuständigen Landesbehörde**. Die Kündigungsfrist beträgt mindestens drei Monate (**§ 19 BErzGG**).

Nach der Auffassung des BAG soll dieser Sonder-Kündigungsschutz **auch gegenüber einem neuen Arbeitgeber** bestehen, wenn der Erziehungsurlaubsberechtigte beim vorigen Arbeitgeber den Erziehungsurlaub abbricht und dort ausscheidet und sich dann im neuen Arbeitsverhältnis gegenüber dem neuen Arbeitgeber erneut auf die Inanspruchnahme des noch nicht vollständig genommenen Erziehungsurlaubs beruft.⁵⁹⁶

Die **Zulässigkeitserklärung** der zuständigen Behörde zur Kündigung eines in Elternzeit befindlichen Arbeitnehmers muss zwar zum Kündigungszeitpunkt vorliegen, aber noch nicht bestandskräftig sein.⁵⁹⁷

Im Falle einer **Betriebsstilllegung** ist der Insolvenzverwalter nicht verpflichtet, einer in Elternzeit befindlichen Mitarbeiterin nur deshalb eine von § 113 S. 2 InsO abweichende **längere Kündigungsfrist** einzuräumen, um sie weiterhin in den Genuss einer **beitragsfreien Krankenversicherung** kommen zu lassen.⁵⁹⁸

⁵⁹⁵ BVerwG v.18.8.1977 - 5 C 8/77, AP MuSchG 1968 § 9 Nr. 5.

⁵⁹⁶ BAG v. 11.3.1999 – 2 AZR 19/98, DB 1999, 1272, dazu EWiR 1999, 675 (Plander).

⁵⁹⁷ LAG Hamm v. 4.3.2005 – 10 Sa 1832/04, ZInsO 2005, 1344.

⁵⁹⁸ LAG Nürnberg v. 11.1.2012 – 4 Sa 627/11, ZInsO 2012, 2300.

Beantragt ein Arbeitgeber, die Kündigung des Arbeitsverhältnisses einer Arbeitnehmerin in Elternzeit für zulässig zu erklären, weil er seinen **Betrieb stillgelegt** habe, darf die zuständige Behörde die Zulässigkeitsklärung nicht mit der Begründung verweigern, es liege ein **Betriebsübergang** vor. Diese Entscheidung ist den **Arbeitsgerichten vorbehalten**. Der Übergang eines Arbeitsverhältnisses setzt voraus, dass der betroffene Arbeitnehmer dem übertragenen Betrieb oder Betriebsteil zugeordnet ist. Für die Zuordnung des Arbeitnehmers ist darauf abzustellen, ob er in den übergegangenen Betrieb oder Betriebsteil tatsächlich eingegliedert war.⁵⁹⁹

3. Schutz schwerbehinderter Menschen

a) Neuregelung zum 1.7.2001

Zum 1.7.2001 ist das bisherige Schwerbehindertengesetz durch das Neunte Buch des Sozialgesetzbuches (**SGB IX**)⁶⁰⁰ ersetzt worden, nachdem bereits das Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter (**SchwBAG**) vom 29.9.2000⁶⁰¹ mit Wirkung zum 1.10.2000 erhebliche Neuregelungen gebracht hatte. Inzwischen hat der Gesetzgeber erneut das Schwerbehindertenrecht mit dem **Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen** vom 23.4.2004 weitere Neuregelungen getroffen.⁶⁰²

In § 2 SGB IX ist der Begriff des "behinderten Menschen" bzw. des "schwerbehinderten Menschen" definiert worden. **Schwerbehinderte Menschen** sind Personen mit einem Grad der Behinderung von mindestens 50%.

Die Behinderung wurde früher durch die Versorgungsämter bzw. wird seit dem 1.1.2008 durch die **Stadt- bzw. Kreisbehörden** per Bescheid festgestellt und durch einen Schwerbehinderten-Ausweis nachgewiesen. Über die sog. **Gleichstellung** behinderter Menschen gem. § 2 Abs. 3 SGB IX (= § 2 SchwbG a.F.) entscheidet demgegenüber die **Agentur für Arbeit**.

b) Sonderkündigungsschutz

Der Schwerbehinderte oder der gem. § 2 Abs. 3 SGB IX (= § 2 SchwbG a.F.) **gleichgestellte behinderte Mensch** genießt selbst einen besonderen Kündigungsschutz, indem die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber gem. § 85 SGB IX (= § 15 SchwbG a.F.) der vorherigen Zustimmung des sog. **Integrationsamtes** (=

⁵⁹⁹ BAG v. 18.10.2012 - 6 AZR 41/11, NZA 2013, 1007.

⁶⁰⁰ BGBl. I 2001, 1046; dazu Düwell, BB 2001, 1527 ff.

⁶⁰¹ BGBl. I 2000, 394.

⁶⁰² Dazu Düwell, BB 2004, 2811 ff.

Hauptfürsorgestelle a.F.) bedarf. Das gilt allerdings nicht, wenn das Arbeitsverhältnis mit dem Schwerbehinderten noch nicht länger als sechs Monate besteht.

Seit der Neuregelung zum 1.4.2004 **beginnt der Sonderkündigungsschutz** faktisch nicht mehr schon mit der Antragstellung beim Versorgungsamt bzw. (hinsichtlich eines Gleichstellungsantrags) bei der Agentur für Arbeit, sondern erst dann, wenn der dem Arbeitgeber der **Sonderkündigungsschutz im Zeitpunkt der Kündigung „nachgewiesen“** ist (§ 90 Abs. 2a SGB IX), wobei an die Art des Nachweises keine zu hohen Anforderungen gestellt werden; insbesondere soll nicht unbedingt die Vorlage des Schwerbehindertenausweises (§ 69 Abs. 5 SGB IX) erforderlich sein.⁶⁰³

Der Sonderkündigungsschutz gilt dann für alle Schwerbehinderten und diesen **gleichgestellte Arbeitnehmer**. Das bedeutet, dass auch der **Insolvenzverwalter** vor der beabsichtigten Kündigung gegenüber einem Schwerbehinderten die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle einzuholen hat. Eine Kündigung ohne die Zustimmung des Integrationsamtes ist nichtig (§ 134 BGB).

Die **Kündigungsfrist** beträgt gem. § 86 SGB IX (= § 16 SchwbG a.F.) **mindestens 4 Wochen**.

Der Arbeitgeber darf bis zur **Grenze des Rechtsmissbrauchs** eine unternehmerische Entscheidung treffen, welche den bisherigen Arbeitsplatz eines schwerbehinderten Menschen durch eine **Organisationsänderung** entfallen lässt. Die in § 164 Abs. 4 SGB IX (bis 31. Dezember 2017: § 81 Abs. 4 SGB IX aF) vorgesehenen Ansprüche schwerbehinderter Menschen sind lediglich bei der Prüfung einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zu berücksichtigen.⁶⁰⁴

Die **Frage** des Arbeitgebers bzw. Insolvenzverwalters **nach der Schwerbehinderung** bzw. einem diesbezüglich gestellten Antrag ist im bestehenden Arbeitsverhältnis **jedenfalls nach sechs Monaten**, dh. ggf. nach Erwerb des Behindertenschutzes gemäß §§ 85 ff. SGB IX, zulässig. Das gilt insbesondere zur **Vorbereitung von beabsichtigten Kündigungen**.⁶⁰⁵

⁶⁰³ Dazu H/S-Hümmerich/Holthausen, § 7 Rn 339 ff.; Schaub, ArbR-HdB, 11. Aufl., §179 Rn. 2 ff.; Rolfs/Barg, BB 2005, 1678; zur vorherigen Rechtslage ErfK/Rolfs, 4. Aufl., § 85 SGB IX, Rn. 4 ff.

⁶⁰⁴ BAG v. 16.5.2019 – 6 AZR 329/18, NZA 2019, 1198; dazu NJW-Spezial 2019, 595; Bissels/Fuchs, NZI 2019, 660, 661.

⁶⁰⁵ BAG v. 16.2.2012 – 6 AZR 553/10, ZIP 2012, 1572; dazu EWiR 2012, 501 (Erfurth).

aa) Antragsverfahren

Das Antragsverfahren ist **formlos**. Der Antrag ist **schriftlich** und zwar in doppelter Ausfertigung an das für den Sitz des Betriebes oder der Dienststelle zuständige Integrationsamt zu richten.

Der **Betriebsrat/Personalrat** sowie die **Schwerbehindertenvertretung** werden durch das Integrationsamt an dem Verfahren **beteiligt**.

Vor einer Entscheidung des Integrationsamtes findet regelmäßig eine **Anhörung aller Beteiligten** am Sitz des Betriebes oder der Dienststelle **durch die örtliche Fürsorgestelle** statt.

bb) Entscheidung des Integrationsamtes

Das für den Sitz des Beschäftigungsbetriebes zuständige Integrationsamt **soll** die Entscheidung, falls erforderlich aufgrund mündlicher Verhandlung, **innerhalb eines Monats** vom Tag des Eingangs an treffen (§ 90 Abs. 2a SGB IX).

Im Falle der **außerordentlichen Kündigung** kann die Zustimmung zur Kündigung nur **innerhalb von 2 Wochen beantragt** werden (§ 91 SGB IX; vgl. § 626 Abs. 2 BGB); maßgebend ist der Eingang des Antrags beim Integrationsamt.

Das Integrationsamt hat im Falle der außerordentlichen Kündigung **innerhalb von 2 Wochen** vom Tage des Eingangs des Antrags an die **Entscheidung** zu treffen. **Ansonsten gilt die Zustimmung als erteilt**, § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX.

Im Falle der Zustimmung zur **ordentlichen Kündigung** kann der Arbeitgeber die **Kündigung nur innerhalb eines Monats** nach Zustellung erklären, § 88 Abs. 3 SGB IX.

Im Falle der **außerordentlichen Kündigung** kann die Kündigung auch nach Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB erfolgen, wenn sie **unverzüglich nach Erteilung** der Zustimmung erklärt wird. Hier ist aber fraglich, ob eine (weitere) **Zwei-Wochen-Frist** als **Fristobergrenze** angenommen werden kann. § 91 Abs. 5 SGB IX kommt als speziellere Regelung im Verhältnis zu § 626 Abs. 2 BGB nur zum Tragen, wenn dessen zweiwöchige Erklärungsfrist abgelaufen ist. Die ursprüngliche 2-Wochen-Frist kann der Arbeitgeber deshalb voll ausschöpfen und muss die Kündigung nicht unverzüglich erklären, wenn die

Zustimmung des Integrationsamtes noch vor Ablauf dieser 2-Wochen-Frist vorliegt. Insofern verdrängt § 91 Abs. 5 SGB IX nicht § 626 Abs. 2 BGB, sondern ergänzt ihn nur.⁶⁰⁶

Die gem. § 102 BetrVG erforderliche **Anhörung des Betriebsrats** zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses **kann** bereits **während des Antragsverfahrens** bei der Hauptfürsorgestelle auf Zustimmung zur Kündigung **erfolgen**. Insbesondere beim Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung ist dieses wegen der kurzen Fristen sinnvoll.

Bei **Hinzutreten neuer Gesichtspunkte** im Verlaufe des Verfahrens, die z.B. im Falle einer betriebsbedingten Kündigung eine Zustimmung zur Änderungskündigung erforderlich machen, ist ein **neues Verfahren** auf Zustimmung zur Kündigung **einzuleiten**.

Bei **wesentlicher Betriebseinschränkung** (vgl. auch § 111 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG) soll das Integrationsamt die Zustimmung erteilen (reduziertes Ermessen). Für den Fall der **völligen Betriebsstilllegung** besteht für das Integrationsamt kein Ermessensspielraum. Die Zustimmung muss in diesem Fall erteilt werden, wenn zwischen der Kündigung und dem Tag, bis zu welchem Lohn oder Gehalt bezahlt wird, mindestens drei Monate liegen (= § 19 Abs. 1 S. 1 SchwbG a.F.).

Durch Art. 97 EGIInsO⁶⁰⁷ wurde mit Wirkung ab 01.01.1999 an § 19 SchwbG (jetzt § 89 SGB IX) ein neuer Abs. 3 angefügt, wonach die Hauptfürsorgestelle die Zustimmung erteilen soll, wenn der Schwerbehinderte **im Insolvenzverfahren** in einem Interessenausgleich **namentlich** als einer der zu entlassenden Arbeitnehmer **bezeichnet** ist, die Schwerbehindertenvertretung beteiligt wurde, und sonst der Schwerbehindertenschutz anteilig berücksichtigt wird⁶⁰⁸.

cc) Krankheitsbedingte Kündigungen

Bei der **personenbedingten Kündigung von Behinderten wegen Krankheit** oder wegen krankheits-/behinderungsbedingter **Minderung der Leistungsfähigkeit** ist zu beachten, dass im Rahmen des Zustimmungsverfahrens zur Kündigung besonderes Augenmerk darauf gerichtet wird, ob der Arbeitgeber seinen Pflichten zur **Integration** und zur **Kündigungsprävention** nachgekommen ist.

⁶⁰⁶ BAG v. 15.11.2001 - 2 AZR 380/00, BAGE 99, 358 = BB 2002, 2284; dazu EWIR 2002, 665 (Künzl).

⁶⁰⁷ BGBl. 1994 I, S. 2911, 2950 f.

⁶⁰⁸ Dazu Caspers, Personalabbau im Insolvenzverfahren, Rn. 334 ff.; Eisenbeis, in: Frankfurter Komm. zur InsO. § 113 Rn. 63.

Hier empfiehlt es sich, unter zur Hilfenahme der **Arbeits- und Anforderungsanalyse** des Integrationsamtes zu prüfen, ob der Arbeitnehmer überhaupt und ggf. mit welchen Hilfestellungen noch in der Lage sind, die arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit auszuüben.

Bei der Beantwortung der Arbeits- und Anforderungsanalyse wird regelmäßig die Zuhilfenahme des behandelnden Arztes des Schwerbehinderten erforderlich sein. Aus den Grundsätzen der **Treuepflicht** ist der schwerbehinderte Arbeitnehmer **zur Mitwirkung verpflichtet**.

Das Integrationsamt kann im Benehmen mit dem Landesarbeitsamt einem Schwerbehinderten, der einen zumutbaren Arbeitsplatz **ohne berechtigten Grund** zurückweist oder aufgibt oder sich ohne berechtigten Grund weigert, an einer berufsfördernden Maßnahme zur Rehabilitation teilzunehmen, oder sonst durch sein Verhalten seine Eingliederung in Arbeit und Beruf schuldhaft vereitelt, die **Vorteile des Gesetzes zeitweilig entziehen**. Dies gilt auch für Gleichgestellte.

Diese Vorschrift könnte insbesondere für die Fälle Anwendung finden, in denen der Arbeitgeber dem schwerbehinderten Arbeitnehmer **zumutbare Umschulungsmaßnahmen oder einen zumutbaren anderen Arbeitsplatz angeboten** hat, der Arbeitnehmer diesen Wechsel aber abgelehnt hat.

dd) Geltendmachung und Verwirkung

Das BAG beurteilt die **Verwirkung** des Rechts des Arbeitnehmers, sich im Prozess auf eine Schwerbehinderung zu berufen und die Zustimmungsbedürftigkeit der Kündigung nach § 85 SGB IX aF geltend zu machen, nach strengen Grundsätzen.⁶⁰⁹ Danach muss der Arbeitnehmer, wenn er sich den Sonderkündigungsschutz (jetzt) nach § 85 SGB IX aF erhalten will, nach Zugang der Kündigung **innerhalb einer angemessenen Frist**, die **regelmäßig einen Monat** beträgt, gegenüber dem Arbeitgeber seine bereits festgestellte oder zur Feststellung beantragte Schwerbehinderteneigenschaft geltend machen. Unterlässt der Arbeitnehmer diese Mitteilung, ist die Kündigung jedenfalls nicht bereits wegen der fehlenden Zustimmung des Integrationsamtes unwirksam. Der Arbeitnehmer hat dann den besonderen Kündigungsschutz als Schwerbehinderter verwirkt.

⁶⁰⁹ BAG v. 19.4.1979 - 2 AZR 469/78, AP SchwbG § 12 Nr. 5 = EzA SchwbG § 12 Nr. 6; BAG v. 23.2.1978 - 2 AZR 462/76, BAGE 30, 141; BAG v. 17.9.1981 - 2 AZR 369/79, n.v.

Die Monatsfrist gilt nicht nur bei der ordentlichen Kündigung. Auch wenn der Arbeitgeber bei Ausspruch einer **außerordentlichen Kündigung** keine Kenntnis von der Schwerbehinderteneigenschaft oder dem entsprechenden Feststellungsantrag des Arbeitnehmers hatte, genügt es für den Erhalt des besonderen Kündigungsschutzes, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber innerhalb der Monatsfrist seine bereits festgestellte oder beantragte Schwerbehinderteneigenschaft mitteilt.⁶¹⁰

Der 2. Senat des BAG hat noch nicht abschließend entscheiden, ob an der Monatsfrist auch seit der **Neufassung des SGB IX und des § 4 KSchG** festzuhalten ist. In der Literatur wird zutreffend darauf hingewiesen, dass dies zu einem Wertungswiderspruch führen würde.⁶¹¹ Nach § 4 KSchG muss der Arbeitnehmer nunmehr innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Klage erheben, wenn er die Unwirksamkeit der Kündigung wegen seiner Schwerbehinderung geltend machen will; andernfalls ist die Kündigung nach §§ 4, 7 KSchG wirksam. Ein Arbeitnehmer, der demgegenüber dem Arbeitgeber einen Monat nach Zugang der Kündigung seine Schwerbehinderung mitteilt und zugleich Klage erhebt, hätte zwar die Monatsfrist eingehalten; die Kündigung wäre aber trotzdem wegen Versäumung der Frist des § 4 KSchG wirksam.⁶¹² Sinnvoll wäre es, wenn der Gesetzgeber möglichst gleichlautende Fristen für die Mitteilung der Schwangerschaft nach dem MuSchG als auch für die Mitteilung der Schwerbehinderung regeln würde. Ohne eine gesetzliche Regelung der entsprechenden Mitteilungspflichten des Arbeitnehmers erwägt der 2. Senat deshalb, **in Zukunft** von einer **Regelfrist von drei Wochen** auszugehen, innerhalb derer der Arbeitnehmer nach Zugang der Kündigung dem Arbeitgeber seine Schwerbehinderung oder den entsprechenden Feststellungsantrag mitteilen muss.⁶¹³ Auch das Kündigungsschutzgesetz geht in einem vergleichbaren Fall, nämlich der **Vorbehaltsannahme einer Änderungskündigung** nach § 2 Satz 2 KSchG davon aus, dass die Planungs- und Rechtssicherheit des Arbeitgebers eine entsprechende Erklärung des Arbeitnehmers spätestens innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erfordert. Eine ähnliche Regelung findet sich in § 69 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IX.

4. Arbeitsplatzschutz Wehr- und Zivildienstleistender

Ferner stehen die Wehr- und Zivildienstleistenden und die zur Wehrübung Einberufenen während der Zeit ihrer Einberufung unter Sonder- Kündigungsschutz (§ 2 ArbptSchG). Allerdings können diese Arbeitnehmer ordentlich gekündigt werden, wenn der Schutzzweck für den Kündigungsschutz entfällt. Das ist vor allem dann der Fall, wenn der Arbeitsplatz insolvenzbedingt wegfällt.

⁶¹⁰ BAG v. 14.5.1982 - 7 AZR 1221/79, BAGE 39, 59.

⁶¹¹ Däubler AiB 2005, 387, 394; Griebeling NZA 2005, 494; aA Schlewing NZA 2005, 1218, 1223.

⁶¹² So zutreffend Etzel, in: FS ArGe Arbeitsrecht im DAV 2006, S. 241, 254.

⁶¹³ BAG v. 12.1.2006 – 2 AZR 539/05, NZA 2006, 1035 = DB 2006, 1503.

5. Ausbildungsverhältnisse

Ausbildungsverhältnisse kann der Insolvenzverwalter gem. § 15 Abs. 1 BBiG während der ein- bis dreimonatigen Probezeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist ordentlich kündigen. Nach Ablauf der Probezeit kann auch der Insolvenzverwalter nur noch aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Ausbildungsverhältnis kündigen (§ 15 Abs. 2 BBiG). Nach der Rechtsprechung des BAG⁶¹⁴ kann im Falle einer Betriebsstilllegung eine außerordentliche Kündigung durch den Konkursverwalter unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen analog § 622 BGB ausgesprochen werden. Diese Ausnahme gilt auch für den Insolvenzverwalter⁶¹⁵.

6. Betriebsverfassungsorgane

Die Kündigung von Mitgliedern des Betriebsrates, einer Jugendvertretung oder eines Wahlvorstandes ist gem. § 15 Abs. 4 KSchG nur ausnahmsweise zulässig, nämlich wenn der **Betrieb ganz oder teilweise stillgelegt** wird⁶¹⁶, oder wenn der Arbeitsplatz wegen fehlender anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeit wegfällt (§ 15 Abs. 3, 4 KSchG). Der Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG gilt dabei **auch bei Massenänderungskündigungen**.⁶¹⁷

Die Zulässigkeit der Kündigung von Betriebsratsmitgliedern ist nach der Auffassung des LAG Hamm auch in der Insolvenz allein an § 15 Abs. 1, 4, 5 KSchG, **nicht an § 125 InsO** zu messen. § 125 InsO sei insoweit nur lex specialis zu § 1 KSchG, nicht aber zu § 15 KSchG.⁶¹⁸

Die Kündigung ist **frühestens zum Zeitpunkt der Betriebsstilllegung** zulässig (§ 15 Abs. 4 KSchG). Verzögert sich die Stilllegung, endet das Arbeitsverhältnis mit der tatsächlichen Betriebsstilllegung⁶¹⁹. Läuft die ordentliche Kündigungsfrist über den Termin der tatsächlichen Betriebsstilllegung hinaus, endet das Arbeitsverhältnis erst mit Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nach der tatsächlichen Betriebsstilllegung. Eine Betriebsstilllegung ist anzunehmen, wenn eine **Auflösung der Betriebsgemeinschaft** vorliegt, womit dann auch die Grundlage für das Amt des Betriebsrats wegfällt.

⁶¹⁴ BAG v. 27.5.1993 – 2 AZR 601/92, ZIP 1993, 1316, dazu EWiR 1993, 909 (Hegmanns); Lakies, BB 1998, 2638.

⁶¹⁵ Dazu Opolony, BB 1999, 1706, 1707.

⁶¹⁶ BAG v. 1.2.1957 – 1 AZR 478/54, BAGE 3, 341; BAG v. 29.3.1977 – 1 AZR 46/75, DB 1977, 1320; zur Kündigung eines Betriebsratmitglieds nach der GesO siehe Schulte-Kaubrügger, ZInsO 1998, 81 f.

⁶¹⁷ BAG v. 7.10.2004 – 2 AZR 81/04, BB 2005, 334 = DB 2005, 894; dazu EWiR 2005, 577 (Grimm/Brock).

⁶¹⁸ LAG Hamm v. 4.3.2005 – 10 Sa 1832/04, ZInsO 2005, 1344.

⁶¹⁹ BAG v. 23.4.1980 – 5 AZR 49/78, ZIP 1980, 669 = NJW 1980, 2543.

Bleibt also der Betriebsrat solange im Amt, solange er noch betriebsverfassungsrechtliche Pflichten erfüllen und Rechte wahrnehmen muss (sog. **Restmandat**), erhalten die Betriebsratsmitglieder in analoger Anwendung des § 37 Abs. 3 BetrVG eine **Vergütung**, die sich an **der tatsächlichen Arbeitszeit** orientiert.

Die Beendigung eines bei Betriebsschließung **noch anhängigen Beschlussverfahrens** zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat schafft für sich gesehen aber keinen Regelungsbedarf, der ein Restmandat begründet.⁶²⁰

Ein solches Restmandat besteht auch dann nicht mehr, wenn **sämtliche Betriebsratsmitglieder vor der Betriebsschließung aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden** sind; eine Gegen Ausnahme - die der gekündigte Arbeitnehmer darzulegen und zu beweisen habe - soll nur dann gegeben sein, wenn das Ausscheiden der Betriebsratsmitglieder aus ihren Arbeitsverhältnissen ihrerseits durch die Betriebsschließung bedingt war.⁶²¹

Vor dem Ausspruch einer solchen Kündigung eines Betriebsratsmitglieds ist **nicht die Zustimmung gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG einzuholen**⁶²².

Es gilt **aber** die **Anhörungs pflicht** gemäß § 102 BetrVG und das Erfordernis einer ordnungsgemäßen **Sozialauswahl** unter mehreren Betroffenen.⁶²³

Wird nur ein Betriebsteil stillgelegt, sind die Betriebsratsmitglieder zunächst **in die nicht stillgelegten Betriebsabteilungen zu übernehmen** (§ 15 Abs. 5 S. 1 KSchG). Nur wenn die Übernahme in die fortgeführten Betriebsteile aus betrieblichen Gründen ausgeschlossen ist, ist eine Kündigung möglich (§ 15 Abs. 5 S. 2 KSchG).

Kommt in der Insolvenz bei einer Betriebsänderung ein **Interessenausgleich** mit namentlicher Benennung (**Namensliste**) der zu kündigenden Arbeitnehmer zustande, kann die soziale Auswahl nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Nicht fehlerhaft ist es, wenn in die Sozialauswahl Arbeitnehmer mit besonderem Kündigungsschutz nicht einbezogen werden. Gesetzliche Kündigungsverbote gehen dem allgemeinen Kündigungsschutz als spezialgesetzliche Regelungen vor. Auch in der Insolvenz genießen

⁶²⁰ BAG v. 14.8.2001 - 1 ABR 52/00, NZI 2002, 54.

⁶²¹ LAG Hessen v. 30.7.2001 - 16 Sa 1989/00, ZInsO 2002, 740.

⁶²² BAG v. 18.9.1997 - 2 ABR 15/97, BB 1998, 482 dazu EWiR 1998, 245 (Henssler/Schaffner), wonach die Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG in solchen Fällen auch dann nicht erforderlich sein soll, wenn das betroffene Betriebsratsmitglied tarifvertraglich nur außerordentlich kündbar ist.

⁶²³ BAG v. 5.2.1998 - 2 AZR 227/97, ZInsO 1998, 191 = ZIP 1998, 1119, dazu EWiR 1998, 537 (Wiedemann).

Betriebsratsmitglieder daher den besonderen Kündigungsschutz. Sie sind nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen. § 125 InsO ist nur im Verhältnis zu § 1 KSchG *lex specialis*, nicht aber gegenüber § 15 KSchG. Eine ordentliche Kündigung ist ihnen gegenüber nur unter den Voraussetzungen des § 15 Abs. 4 und Abs. 5 KSchG möglich.⁶²⁴

V. Die außerordentliche Kündigung in der Insolvenz

Durch die Verfahrenseröffnung wird die außerordentliche Kündigung gem. § 626 BGB weder für den Insolvenzverwalter noch für den Arbeitnehmer ausgeschlossen⁶²⁵.

1. Außerordentliche Kündigung durch den Insolvenzverwalter

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellt aber auch für sich keinen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar. Es müssen daher **die allgemeinen arbeitsrechtlichen Voraussetzungen** eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang neben der in **§ 113 InsO** angeordneten Kündbarkeit ansonsten ordentlich nicht kündbarer Arbeitsverhältnisse auch die neuere Rechtsprechung des BAG⁶²⁶, wonach auch außerhalb der Insolvenz bei Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit möglicherweise bei ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnissen eine außerordentliche Kündigung unter analoger Anwendung der Kündigungsfristen des § 622 BGB in Betracht kommt. Da der **Wegfall des Arbeitsplatzes** einen sog. **Dauertatbestand** darstellt, soll dabei die Einhaltung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht erforderlich sein.⁶²⁷

2. Außerordentliche Kündigung durch den Arbeitnehmer

Dem Arbeitnehmer steht insbesondere dann ein Recht auf außerordentliche Kündigung zu, wenn das arbeitsvertraglich vereinbarte **Entgelt** durch den Insolvenzverwalter, zumindest **nach erfolgloser Mahnung, nicht bezahlt** wird. Insoweit kann der Arbeitnehmer ggf. auch ein **Zurückbehaltungsrecht** an seiner Arbeitsleistung geltend machen⁶²⁸.

⁶²⁴ BAG v. 17.11.2005 - 6 AZR 118/05, ZIP 2006, 918 unter Hinweis auf KR/*Weigand*, §§ 113, 120 ff. InsO Rn. 48 mwN und KR/*Weigand*, § 125 InsO Rn. 2; ErfK/*Ascheid*, § 125 InsO Rn. 1; BAG v. 7.10.2004 - 2 AZR 81/04, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 56 = EzA KschG § 15 nF Nr. 57.

⁶²⁵ Kübler/Prütting/Moll, InsO, § 113 Rn. 67.

⁶²⁶ BAG v. 5.2.1998 - 2 AZR 227/97, ZInsO 1998, 191 = ZIP 1998, 1119, dazu EWIR 1998, 537 (Wiedemann); BAG v. 17.9.1998 - 2 AZR 419/97, EzA § 626 BGB Unkündbarkeit Nr. 3; einschränkend LAG Düsseldorf v. 25.11.1997 - 8 Sa 1358/97, BB 1998, 1317.

⁶²⁷ BAG v. 5.2.1998 - 2 AZR 227/97, ZInsO 1998, 191 = ZIP 1998, 1119, dazu EWIR 1998, 537 (Wiedemann).

⁶²⁸ Zu den Voraussetzungen in der Insolvenz im Hinblick auf die Vergütungssicherung durch Insolvenzgeld bzw. Kaug siehe LAG Hamm v. 26.11.1998 - 4 (19) Sa 1360/98, ZInsO 1999, 363.

VI. Betriebsübergang in der Insolvenz

1. Geltung des § 613a BGB in Insolvenzverfahren

§ 613a BGB gilt nach ganz herrschender Meinung auch in der Insolvenz.⁶²⁹ Eine interessante andere Rechtsauffassung vertrat zunächst das **LAG Hamm** zur Geltung des § 613a BGB in Insolvenzverfahren.⁶³⁰ Nach Art. 4a RL 98/50/EG gelten die Art. 3 und Art. 4 RL 77/187/EWG generell nicht für Übergänge von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebsteilen, bei denen gegen den Veräußerer **unter der Aufsicht einer zuständigen öffentlichen Stelle**, worunter auch ein von einer zuständigen Behörde ermächtigter Konkursverwalter verstanden werden kann, ein Konkursverfahren oder ein entsprechendes Verfahren mit dem Ziel der Auflösung des Vermögens des Veräußerers eröffnet wurde, „sofern die Mitgliedstaaten nichts anderes vorsehen“.

Damit stellte sich die Frage, ob die Vorschrift des § 613a Abs. 4 BGB bei Betriebsveräußerungen im Insolvenzfall weiterhin gilt oder auf solche Vorgänge nicht (mehr) anwendbar ist. Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu berücksichtigen, dass § 613a BGB, der – auch wenn dies vor Schaffung des § 324 UmwG nicht vollständig gelungen war – die nationale Umsetzung der alten Betriebsübergangsrichtlinie RL 77/187/EWG darstellt.

Über **§ 128 InsO** ist die Anwendung des **§ 613a BGB in der Insolvenz vom Gesetzgeber vorausgesetzt und damit anerkannt worden**, so dass diese Vorschrift – trotz der Regelung des Art. 4a RL 98/50/EG – auch unter der neuen Betriebsübergangsrichtlinie für Betriebsveräußerungen in der Insolvenz fortgilt.

Allerdings werden die Gerichte für Arbeitsachen die Vorschriften der § 613a BGB, § 128 InsO im Lichte des Art. 4a RL 98/50/EG, der zur Erhaltung verbleibender Arbeitsplätze geschaffen worden ist, **sanierungsfreundlich und damit sanierungsfördernd auslegen** müssen. Ein bevorstehender Betriebsübergang kann nur dann zur Unwirksamkeit der Kündigung gem. § 613a Abs. 4 BGB führen, wenn die den Betriebsübergang ausmachenden Tatsachen im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits feststehen oder zumindest „greifbare“ Formen angenommen haben.⁶³¹ Deshalb spricht bei alsbaldiger Wiedereröffnung des Betriebs durch einen Erwerber eine tatsächliche Vermutung gegen die ernsthafte Absicht des Veräußerers, den Betrieb endgültig stillzulegen.

⁶²⁹ BAG v. 18.11.2003 – 9 AZR 95/03, ZInsO 2004, 1325 für Urlaubsansprüche bei Betriebsübergang in der Insolvenz. Siehe auch Tretow, ZInsO 2000, 309 m.w.N.; Sieger/Hasselbach, DB 1999, 430, 431; Lemke, BB 2007, 1333; kritisch Warmbein, DZWIR 2003, 11.

⁶³⁰ LAG Hamm v. 4.4.2000 – 4 Sa 1220/99, ZInsO 2000, 292 = DZWIR 2000, 240 m. Anm. Franzen.

⁶³¹ BAG v. 18.3.1999 – 8 AZR 306/98, NZA 1999, 706 = ZInsO 1999, 483 = ZIP 1999, 1223.

In Anbetracht der gesetzlichen Höchstkündigungsfrist in der Insolvenz von drei Monaten zum Monatsende (§ 113 Abs. 1 Satz 2 InsO) kann von einer „**alsbaldigen**“ **Wiedereröffnung**, die auf einen Betriebsübergang rückschließen ließe, keine Rede sein, wenn ein (zunächst einmal) geschlossener Betrieb erst drei Monate nach Ablauf dieser Höchstfrist wieder eröffnet wird.

Die RL 2001/23/EG, insbesondere ihre Art. 3 bis 5, ist dahin auszulegen, dass sie nationalen Rechtsvorschriften wie den im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, die im Fall eines **Unternehmensübergangs**, der **im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens der Reorganisation** durch Übertragung unter der Autorität des Gerichts erfolgt, das angewandt wurde, um die Gesamtheit oder einen Teil des Unternehmens des Veräußerers oder seiner Tätigkeiten **zu erhalten**, für den **Erwerber** das Recht vorsehen, die Arbeitnehmer **auszuwählen, die er übernehmen möchte**.⁶³²

2. Abgrenzungsfragen: Betriebsveräußerung, Betriebsstilllegung, Betriebsänderung

a) Betriebsbegriff

Als „**Betrieb**“ im Sinne der **arbeitsrechtlichen Definition** bezeichnet man die organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sachlichen oder immateriellen Mitteln arbeitstechnische Zwecke verfolgt.⁶³³ Wie *Hümmerich* zutreffend ausgeführt hat, reicht diese sehr allgemeine Definition nicht für die erschöpfende Beantwortung der sich in der Praxis stellenden Zweifelsfragen aus.⁶³⁴ Dies zeigt sich bei den – teilweise sehr schwierigen – **Abgrenzungen zwischen Betriebsübergang** (§ 613a BGB), **Betriebsänderung** (§§ 111 ff. BetrVG), **Betriebsverlagerung** und **Betriebsschließung**.⁶³⁵

Betriebsstilllegung und **Betriebsveräußerungen** schließen sich systematisch aus. Gleiches gilt daher auch für geplante Maßnahmen. An dem erforderlichen endgültigen Entschluss zur Betriebsstilllegung fehlt es, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung noch in **Verhandlungen über eine Veräußerung** des Betriebes steht. Gleiches gilt, wenn für derartige Verhandlungen noch ein Unternehmensberater engagiert wird und **potenzielle Investoren** noch durch den Betrieb geführt werden.⁶³⁶

⁶³² EuGH v. 16.5.2019 – Rs C-509/17, ZIP 2019, 1185.

⁶³³ BAG v. 1.2.1963 - 1 ABR 1/62, AP Nr. 5 zu § 3 BetrVG; BAG v. 22.5.1979 - 1 ABR 17/77, BB 1979, 1501; BAG v. 13.6.1985 - 2 AZR 452/84, DB 1986, 1287; BAG v. 25.9.1986, NZA 1987, 708; BAG v. 29.1.1987 - 6 ABR 68/84, BB 1987, 1668 = NZA 1987, 707; BAG v. 14.9.1988 – 7 ABR 10/87, BB 1989, 495 = NZA 1989, 190; ErfK/Eisemann, 7. Aufl. 2007, § 1 BetrVG, Rn. 7 ff.; Hümmerich/Spirolke, Das arbeitsrechtliche Mandat, 3. Aufl., § 12, Rn. 16.

⁶³⁴ Hümmerich/Spirolke, Das arbeitsrechtliche Mandat, 3. Aufl., § 12, Rn. 16.

⁶³⁵ ErfK/Preis, 6. Aufl. 2006, § 613a BGB, Rn. 34 ff.

⁶³⁶ LAG Berlin-Brandenburg v. 2.4.2014 – 15 Sa 275/14, AE 2014, 231.

Die **Stilllegung des gesamten Betriebes** durch den Arbeitgeber gehört zu den dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG, die einen Grund zur sozialen Rechtfertigung einer Kündigung abgeben können. Von einer Stilllegung kann jedenfalls dann ausgegangen werden, wenn der Arbeitgeber seine **Stilllegungsabsicht unmissverständlich äußert, allen Arbeitnehmern kündigt, etwaige Miet- oder Pachtverträge zum nächstmöglichen Zeitpunkt auflöst, die Betriebsmittel, über die er verfügen darf, veräußert und die Betriebstätigkeit vollständig einstellt.**⁶³⁷

Ein Betriebsübergang oder Betriebsteilübergang liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger eine bestehende wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt. Grundsätzlich handelt es sich bei einer **Tankstelle** mit mehreren Angestellten um eine betriebsübergangsfähige hinreichend strukturierte und selbständige Gesamtheit von Personen und Sachen in Form der üblichen Tankstellenausstattung zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit ihre Identität bewahrt, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Wechselt bei einem Tankstellenbetrieb der Pächter unter Beibehaltung des Betriebszwecks am selben Standort, kann einer Ersetzung (Nichtübernahme) von Betriebsmitteln, die in die Jahre gekommen sind, eine andere Bedeutung in der Gesamtbewertung zukommen als in einem Fall, in dem die Mineralölgesellschaft zugleich den **Standort schließt, in der Nähe einen neuen Tankstellenbetrieb errichtet und diesen an einen anderen Pächter vergibt.**⁶³⁸

Ein Betriebsübergang i.S.v. § 613a BGB kann jedoch auch dann vorliegen, wenn der Betrieb oder Betriebsteil an einen anderen **Standort verlagert** in das **(grenznahe) Nicht-EU-Ausland** wird. Eine **erhebliche räumliche Entfernung** zwischen alter und neuer Betriebsstätte kann die Wahrung der Identität zweifelhaft erscheinen lassen. Kann die Wegstrecke zur neuen Betriebsstätte von den Arbeitnehmern in **weniger als einer Autostunde** bewältigt werden, so handelt es sich nicht um eine erhebliche räumliche Entfernung. Das **Arbeitsvertragsstatut** eines Arbeitnehmers, in dessen Vertragsverhältnis keine Rechtswahl vereinbart ist, kann sich bei einem Wechsel von Deutschland in das Ausland infolge eines Betriebsübergangs ändern. Eine solche Änderung tritt erst ein, nachdem die Arbeitsverhältnisse übergegangen sind, also nach dem **Betriebsübergang in das Ausland**. Eine vor einem solchen Betriebsübergang **ausgesprochene Kündigung ist nach dem Recht des bisherigen Arbeitsstatuts zu beurteilen.**⁶³⁹

⁶³⁷ BAG v. 14.3.2013 - 8 AZR 153/12, n.v.; BAG v. 16.2.2012 - 8 AZR 693/10, NZA-RR 2012, 465; LAG Rheinland-Pfalz v. 20.2.2014 - 2 Sa 124/13, NZI 2014, 821 m. Anm. Lilienthal.

⁶³⁸ BAG v. 18.9.2014 - 8 AZR 733/13, NJW 2015, 973.

⁶³⁹ BAG v. 26.5.2011 - 8 AZR 37/10, NZA 2011, 1143 = ZIP 2011, 2023; dazu EWIR 2011, 699 (Rossa/Fuhlrott).

Die Regelungen des § 613a BGB gelten auch bei Betriebs- oder Teilbetriebsübergängen **im Konzern**.⁶⁴⁰

Das BAG geht davon aus, dass im Bereich des KSchG der **allgemeine kündigungsrechtliche Betriebsbegriff** maßgeblich ist.⁶⁴¹ Daher steht auch eine mögliche betriebsverfassungsrechtliche Eigenständigkeit einzelner Betriebsteile einer betriebsteilübergreifenden Sozialauswahl nicht entgegen.⁶⁴² Ob es sich im Einzelfall um mehrere selbstständige Betriebe oder nur um unselbstständige Teile eines einheitlichen Betriebs handelt, richtet sich nach der **Einheit der Verfolgung** der arbeitstechnischen Zwecke gerichteten **Organisation**. Die Einheit der Organisation ist zu bejahen, wenn ein **einheitlicher Leitungsapparat** vorhanden ist, der die Gesamtheit der für die Erreichung des arbeitstechnischen Gesamtzweckes eingesetzten Mittel lenkt.⁶⁴³ Die den Betrieb konstituierende Leitungsmacht wird dadurch bestimmt, dass der **Kern der Arbeitgeberfunktionen in personellen und sozialen Angelegenheiten** von derselben institutionalisierten Leitung im Wesentlichen selbstständig ausgeübt wird. Entscheidend ist, wo über Arbeitsbedingungen und Organisationsfragen entschieden wird und in welcher Weise **Einstellungen, Entlassungen und Versetzungen** vorgenommen werden.⁶⁴⁴

b) Gemeinschaftsbetrieb

Ein wesentliches Abgrenzungsproblem stellt sich auch im Zusammenhang mit der Beantwortung der Frage, ob mehrere Unternehmen einen sog. **gemeinsamen Betrieb** unterhalten bzw. bei der Beantwortung der Frage der **Selbstständigkeit von Betriebsteilen und Nebenbetrieben** nach § 4 BetrVG.⁶⁴⁵ Anerkanntermaßen kann nämlich ein Unternehmen mehrere selbstständige Betriebe führen.

Umgekehrt können mehrere selbstständige Unternehmen einen einheitlichen Betrieb führen.⁶⁴⁶ Dieser **Gemeinschaftsbetrieb** ist dann insbesondere kündigungsrechtlich⁶⁴⁷ - etwa wegen einer unternehmensübergreifenden Sozialauswahl⁶⁴⁸ - und auch

⁶⁴⁰ EuGH v. 2.12.1999 - RsC-234/98, ZIP 2000, 2107.

⁶⁴¹ BAG v. 31.5.2007 – 2 AZR 276/06, ZIP 2007, 2433; siehe auch ErfK/Eisemann, 7. Aufl., § 3 BetrVG Rn. 12; Fitting, BetrVG, 23. Aufl., § 3 Rn. 76.

⁶⁴² BAG v. 21.6.1995 - 2 AZR 693/94, AP BetrVG 1972 § 1 Nr. 16; BAG v. 3.6.2004 - 2 AZR 577/03, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 141.

⁶⁴³ So schon BAG v. 26.8.1971 - 2 AZR 233/70, AP Nr. 1 zu § 23 KSchG 1969.

⁶⁴⁴ BAG v. 3.6.2004 - 2 AZR 386/03, ArbRB 2005, 37.

⁶⁴⁵ ErfK/Eisemann, 6. Aufl. 2006, § 1 BetrVG, Rn. 7a und § 4 BetrVG, Rn. 2 ff.; Hümmelich/Spirolke, aaO, Rn. 17.

⁶⁴⁶ BAG v. 25.5.2005 – 7 ABR 38/04, NZA 2005, 1080; dazu NJW-Spezial 2005, 517.

⁶⁴⁷ BAG v. 3.6.2004 - 2 AZR 577/03, BB 2005, 48 zur Bestimmung der Kleinbetriebsgrenze.

⁶⁴⁸ Einschränkung aber bei Beginn einer Stilllegung („greifbare Formen“) zum Zeitpunkt der Kündigung BAG v. 18.9.2003 – 2 AZR 607/02, ZInsO 2004, 1095 und BAG v. 27.11.2003 - 2 AZR 48/03, AP Nr. 64 zu § 1

betriebsverfassungsrechtlich – etwa wegen der Wahl eines einheitlichen Betriebsrats - von Bedeutung. Für die Annahme eines gemeinsamen Betriebes fordert die Rechtsprechung einen sog. „**einheitlichen Leitungsapparat**“, der sich auf den Bereich der personellen und sozialen Angelegenheiten bezieht und die für die Erreichung der arbeitstechnischen Zwecke eingesetzten personellen, technischen und immateriellen Mittel lenkt.⁶⁴⁹

Voraussetzung ist aber weiterhin, dass die (mehreren) Unternehmen eine gemeinsame Betriebsführung ihres gemeinsamen Betriebes **vereinbart** haben bzw. von der Konzernspitze hierzu angewiesen wurden. Eine bloße tatsächliche unternehmerische Zusammenarbeit genügt nicht.⁶⁵⁰ Der Umstand, dass **eine Person Geschäftsführer mehrerer Unternehmen** ist, bedeutet noch nicht, dass sie diese Aufgaben für alle Unternehmen einheitlich wahrnimmt.⁶⁵¹ Derselbe Geschäftsführer kann die Unternehmen auch organisatorisch voneinander getrennt leiten. Das gilt auch in Bezug auf die personellen und sozialen Angelegenheiten der Unternehmen.⁶⁵²

Von einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen ist nach der Rechtsprechung des **BAG**⁶⁵³, der sich auch das **BVerwG**⁶⁵⁴ angeschlossen hat, auszugehen, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird. Dazu müssen sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend **zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden** haben. Diese einheitliche Leitung muss sich auf die wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in sozialen und personellen Angelegenheiten erstrecken. Zu den wesentlichen, betriebsverfassungsrechtlich relevanten Entscheidungen eines Arbeitgebers gehören zB Einstellungen, Entlassungen, Versetzungen oder die Anordnung von Überstunden.

Da insoweit keine förmlichen Voraussetzungen bestehen und somit die dazu erforderlichen Feststellungen in der Praxis nur schwer zu treffen sind, hat der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 1 Abs. 2 BetrVG **zwei widerlegbare Vermutungstatbestände** geregelt:

KSChG 1969 Soziale Auswahl = NZA 2004, 477; dazu EWiR 2004, 1101 (Balle), zum fortbestehenden Mandat des Betriebsrates in diesen Fällen BAG v. 19.11.2003 - 7 AZR 11/03, NJW 2004, 1613; dazu EWiR 2004, 729 (Oetker).

⁶⁴⁹ BAG v. 18.1.1990 - 2 AZR 355/89, AP Nr. 9 zu § 23 KSChG; BAG v. 14.9.1988 - 7 ABR 10/87, AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG 1972; BAG v. 25.9.1986 - 6 ABR 68/84, AP Nr. 7 zu § 1 BetrVG 1972; Hümmerich/Spirolke, Das arbeitsrechtliche Mandat, 3. Aufl., § 12, Rn. 17.

⁶⁵⁰ BAG v. 31.5.2000 - 7 ABR 78/98, BAGE 95, 15 = AP Nr. 12 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb (v. Hoyningen-Huene) = EzA § 19 BetrVG 1972 Nr. 39 = NZA 2000, 1350 = ZInsO 2001, 141 (Berscheid).

⁶⁵¹ BAG 11.2.2004 – 7 ABR 27/03, AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 22 = EzA BetrVG 2001 § 1 Nr. 2; BAG v. 25.5.2005 – 7 ABR 38/04, NZA 2005, 1080; dazu NJW-Spezial 2005, 517.

⁶⁵² BAG v. 25.5.2005 – 7 ABR 38/04, NZA 2005, 1080; dazu NJW-Spezial 2005, 517.

⁶⁵³ BAG v. 9.6.2011 – 6 AZR 132/10, BB 2011, 1587.

⁶⁵⁴ BVerwG v. 13.6.2001 - 6 P 8. 00, BVerwGE 114, 313.

- Die Annahme eines gemeinsamen Betriebes wird nach **§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG** zunächst dann widerlegbar vermutet, wenn von den Unternehmen die in der Betriebsstätte vorhandenen sächlichen und immateriellen Betriebsmittel für den oder die arbeitstechnischen Zwecke gemeinsam genutzt werden und wenn zudem die Arbeitnehmer gemeinsam eingesetzt werden, unabhängig davon, zu welchem der (mehreren) Arbeitgeberunternehmen sie in einem Arbeitsverhältnis stehen. Durch die so gefasste Neuregelung ist zweifelhaft geworden, ob damit auf das Erfordernis eines (vereinbarten) einheitlichen Leitungsapparates verzichtet werden soll.⁶⁵⁵
- Nach **§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG** wird ein gemeinsamer Betrieb dann vermutet, wenn infolge der Spaltung eines Unternehmens von einem Betrieb einem an der Spaltung beteiligten anderen Unternehmen ein oder mehrere Betriebsteile zugeordnet werden, ohne dass sich dabei die Organisation des betreffenden Betriebes wesentlich ändert. Eine solche Vermutungsregelung war zunächst in § 322 Abs. 1 UmwG enthalten, der sich ausschließlich auf Spaltungen nach dem Umwandlungsgesetz bezog, da nach herrschender Meinung hinsichtlich der Umwandlungsregelungen ein sog. Analogieverbot bestand.⁶⁵⁶ Durch die Aufnahme in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ist diese **Vermutungsregelung nunmehr auf alle betrieblichen Spaltungen übertragen** worden. § 322 Abs. 1 UmwG ist in diesem Zuge demgemäß aufgehoben worden.

Diese **Vermutungsregelungen** sind aber **nicht abschließend**. Auch wenn die dortigen Tatbestände nicht eingreifen, kann nach Auffassung des BAG aus anderen Gründen ein gemeinsamer Betrieb vorliegen.⁶⁵⁷

Für Betriebe verschiedener Rechtsträger kann **kein gemeinsamer Gesamtbetriebsrat** errichtet werden. Dies gilt grundsätzlich auch für Gemeinschaftsbetriebe.⁶⁵⁸

Unterhalten mehrere rechtlich selbständige Unternehmen einen **Gemeinschaftsbetrieb**, weil sie einen einheitlichen Leitungsapparat zur Erfüllung der in der organisatorischen Einheit zu verfolgenden arbeitstechnischen Zwecke geschaffen haben, so ist grundsätzlich **auch in diesem gemeinsamen Betrieb ein Betriebsübergang möglich**, wenn die Inhaberschaft an einem Betriebsteil oder einer Betriebsabteilung auf ein anderes am gemeinschaftlichen Betrieb beteiligtes Unternehmen wechselt. Verbleibt infolge eines Widerspruchs das Arbeitsverhältnis beim bisherigen Inhaber des Teilbetriebs oder der Betriebsabteilung, so

⁶⁵⁵ Vgl. Richardi, NZA 2001, 346, 349; a.A. ErfK/Eisemann, 8. Aufl. 2008, § 1 BetrVG, Rn. 14.

⁶⁵⁶ Arens/Spieker, Umwandlungsrecht in der Beratungspraxis, 1996, Rn. 60 und Rn. 170.

⁶⁵⁷ BAG v. 11.2.2004 - 7 ABR 27/03, DB 2004, 1213; dazu EWiR 2004, 1067 (Joost).

⁶⁵⁸ BAG v. 13.2.2007 - 1 AZR 184/06, ZIP 2007, 1129 = NZA 2007, 825; dazu EWiR 2007, 615 (Urban).

kommt es für die soziale Rechtfertigung einer Kündigung auf die Verhältnisse im Gemeinschaftsbetrieb an.⁶⁵⁹

Auch bei einem solchen Betriebsinhaberwechsel im Rahmen eines Gemeinschaftsbetriebs kann der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf ein anderes Unternehmen nach § 613a Abs. 5 und 6 BGB **widersprechen**. Verbleibt infolge eines solchen Widerspruchs das Arbeitsverhältnis beim bisherigen Inhaber des Teilbetriebs oder der Betriebsabteilung, so kommt es für die soziale Rechtfertigung einer Kündigung (Wegfall des Beschäftigungsbedarfs, anderweitige Weiterbeschäftigungsmöglichkeit und soziale Auswahl, § 1 KSchG) auf die Verhältnisse im Gemeinschaftsbetrieb an.

Wird die Betriebsabteilung innerhalb des einheitlichen Betriebs unverändert, nur mit neuem Inhaber fortgeführt, so entfällt beim früheren Inhaber der Beschäftigungsbedarf für den Arbeitnehmer, der dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen hat, nicht. Der bisherige, ebenfalls weiterhin am Gemeinschaftsbetrieb beteiligte Betriebsinhaber kann regelmäßig durch seine Beteiligung an der Leitungsmacht des gemeinsamen Betriebs die Weiterbeschäftigung dieses Arbeitnehmers durchsetzen. Bei einer solchen Sachlage ist auch beim bisherigen Betriebsinhaber nicht von der **Stilllegung eines Betriebsteils** oder einer Betriebsabteilung iSd. § 15 Abs. 4 oder Abs. 5 KSchG auszugehen. Daher entfällt auch nicht die Pflicht, die ggf. erforderliche **Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung nach § 103 BetrVG** einzuholen.⁶⁶⁰

Bedeutung hat das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebs ggf. für die Frage des Vorliegens eines Betriebes oberhalb der „**Kleinbetriebsgrenze**“ i.S.v. § 23 KSchG. Nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG gilt das Kündigungsschutzgesetz für nach dem 31.12.2003 eingestellte Arbeitnehmer nur in Betrieben, in denen in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden. Bei der Berechnung der Betriebsgröße sind auch im Betrieb beschäftigte **Leiharbeiter zu berücksichtigen, wenn ihr Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht**. Dies gebietet eine an Sinn und Zweck orientierte Auslegung der gesetzlichen Bestimmung.⁶⁶¹ Das Merkmal „in der Regel“ wird dabei nach den auch für das eigene Personal maßgeblichen Kriterien zu bestimmen sein, also insbesondere auch durch einen **Rückblick über einen Zeitraum von ca. einem Jahr**.

Das BAG hat sich mit dieser Entscheidung von der bisherigen rein formalistischen Betrachtung gelöst, die darauf abstellte, dass Leiharbeiter nicht in einem

⁶⁵⁹ BAG v. 15.2.2007 - 8 AZR 310/06, DB 2007, 1759 = ZIP 2007, 1618.

⁶⁶⁰ BAG v. 15.2.2007 - 8 AZR 310/06, DB 2007, 1759 = ZIP 2007, 1618.

⁶⁶¹ BAG v. 24.1.2013 - 2 AZR 140/12, ZIP 2013, 1442; dazu EWIR 2013, 493 (Fuhlrott) und NJW-Spezial 2013, 467.

Arbeitsverhältnis zum Entleiher stehen, und die Kleinbetriebsregelung i.S.v. § 23 KSchG stattdessen einer **teleologischen Auslegung** unterzogen. Dies entspricht neueren nationalen und europarechtlichen Entwicklungen in anderen Bereichen, etwa zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den **Schwellenwerten für Betriebsänderungen** gemäß § 111 BetrVG⁶⁶² oder bei der **Bestimmung der Betriebsgröße gemäß § 9 BetrVG⁶⁶³** oder zur **Übergangsfähigkeit** von im Entleiherbetrieb eingesetzten Leiharbeitnehmern im Rahmen eines Betriebsübergangs **gemäß § 613a BGB.**⁶⁶⁴

Bedeutung hat das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebes ggf. auch für das materielle **Kündigungsschutzrecht**. Eine **Weiterbeschäftigungspflicht auf freien Arbeitsplätzen eines anderen Unternehmens** kommt in Betracht, wenn das kündigende Unternehmen mit dem anderen Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb führt. Eine **unternehmensübergreifende Weiterbeschäftigungspflicht** besteht demgegenüber nicht, wenn der Gemeinschaftsbetrieb bei Zugang der Kündigung als solcher bereits nicht mehr existiert.⁶⁶⁵

Das Kündigungsschutzgesetz ist aber **grundsätzlich nicht konzernbezogen**. Eine **konzernbezogene Weiterbeschäftigungspflicht** kann **ausnahmsweise** bestehen, wenn sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt hat oder eine Unterbringungsverpflichtung unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag, einer sonstigen vertraglichen Absprache oder der in der Vergangenheit geübten Praxis folgt. Weitere Voraussetzung einer unternehmensübergreifenden Weiterbeschäftigungspflicht ist ein bestimmender Einfluss des vertragsschließenden Unternehmens auf die „Versetzung“.⁶⁶⁶

Wird über ein Unternehmen, das mit einem anderen Unternehmen zusammen einen Gemeinschaftsbetrieb unterhält, das **Insolvenzverfahren eröffnet**, löst sich der Gemeinschaftsbetrieb als solcher nach § 728 Abs. 2 Satz 1 BGB auf, falls der Insolvenzverwalter nicht aktiv Maßnahmen zur Fortführung bzw. Neubegründung eines Gemeinschaftsbetriebs ergreift.⁶⁶⁷

Zu den **Unterrichtungspflichten gegenüber dem Wirtschaftsausschuss eines Gemeinschaftsbetriebs nach Insolvenzeröffnung** hat das BAG entschieden.⁶⁶⁸

⁶⁶² BAG v. 18.10.2011 - 1 AZR 335/10, ZIP 2012, 540; dazu EWiR 2012, 165 (Unger-Hellmich).

⁶⁶³ BAG v. 13.3.2013 – 7 ABR 69/11, NZA 2013, 789; dazu NJW-Spezial 2013, 468.

⁶⁶⁴ EuGH v. 21.10.2010 - C-242/09, ZIP 2010, 2170; dazu EWiR 2010, 737 (Forst).

⁶⁶⁵ BAG v. 18.10.2012 – 6 AZR 41/11, NZI 2013, 151.

⁶⁶⁶ BAG v. 18.10.2012 – 6 AZR 41/11, NZI 2013, 151.

⁶⁶⁷ LAG Köln v. 28.6.2018 – 7 Sa 794/17, ZIP 2019, 488.

⁶⁶⁸ BAG v. 22.3.2016 – 1 ABR 10/14, NJW 2016, 2363 = NZA 2016, 969; dazu EWiR 2016, 507 (Klasen).

Bilden zwei Unternehmen nur einen Gemeinschaftsbetrieb, von denen lediglich eines in der Regel mehr als 100 Arbeitnehmer ständig beschäftigt und ist dieses zugleich Alleineigentümer des anderen beteiligten Unternehmens, ist der Wirtschaftsausschuss **ausschließlich bei dem herrschenden Unternehmen zu errichten**. „Unternehmer“ i.S.v. § 106 BetrVG ist nach Insolvenzeröffnung der Verwalter. Der Unterrichtsanspruch nach § 106 Abs. 2 Satz 1 BetrVG stellt nach Insolvenzeröffnung eine **Masseverbindlichkeit** dar. Die Unterrichtspflicht nach § 106 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Abs. 3 Nr. 9a BetrVG beschränkt sich auf den veräußernden Unternehmer; Betriebsteilerwerber im Wege der Singularsukzession treten nicht in diese Pflicht ein. Wird ein **Gemeinschaftsbetrieb aufgespalten**, steht seinem Betriebsrat ein **Restmandat** nach § 21b BetrVG zu.

Ein Arbeitgeber ist berechtigt, die ausschließlich für seine Arbeitnehmerschaft durchgeführte **Betriebsratswahl** auch dann allein anzufechten, wenn er die **Anfechtung** darauf stützt, dass ein einheitlicher Betriebsrat für einen mit einem anderen Unternehmen geführten Gemeinschaftsbetrieb hätte gewählt werden müssen. Die Wahl muss nicht von allen an dem behaupteten Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Arbeitgebern gemeinsam angefochten werden.⁶⁶⁹

c) **Betriebsteil / Teilbetrieb**

Betriebsteile im Sinne von § 4 BetrVG sind räumlich und organisatorisch unterscheidbare Betriebsbereiche, die wegen ihrer **Eingliederung** in den (Haupt-) Betrieb nicht allein bestehen können.⁶⁷⁰ Sie leisten zwar Aufgaben, die sich von den Aufgaben anderer Abteilungen erkennbar unterscheiden, sind aber in ihrer Zielsetzung regelmäßig dem arbeitstechnischen Zweck des Gesamtbetriebes untergeordnet.⁶⁷¹ Ihre Ersetzung durch eine noch zu gründende voll eingegliederte Organgesellschaft im Rahmen einer Organschaft kann aber der sozialen Rechtfertigung der auszusprechenden Kündigungen der bisher dort tätigen Arbeitnehmer entgegenstehen.⁶⁷²

Das LAG Hamburg⁶⁷³ definiert Betriebsteile unter Bezugnahme auf die BAG-Rechtsprechung wie folgt:

*„Betriebsteil ist eine Teilorganisation, in der **sächlich und organisatorisch abgrenzbare arbeitstechnische Teilzwecke erfüllt** werden, bei denen es sich um bloße Hilfsfunktionen*

⁶⁶⁹ BAG v. 16.1.2018 – 7 ABR 21/16, NZA 2018, 675.

⁶⁷⁰ Vgl. Hümmerich/Spirolke, aaO, Rn. 19.

⁶⁷¹ BAG v. 29.1.1992 - 7 ABR 27/91, AP Nr. 1 zu § 7 BetrVG 1972; BAG v. 28.6.1995 - 7 ABR 59/94, AP Nr. 8 zu § 4 BetrVG 1972.

⁶⁷² BAG v. 26.9.2002 - 2 AZR 636/01, ZIP 2003, 733; dazu EWiR 2003, 779 (Moll).

⁶⁷³ LAG Hamburg v. 16.10.2003 - 8 Sa 63/03, ZIP 2004, 869; dazu EWiR 2004, 981 (Peters-Lange).

handeln kann.⁶⁷⁴ Betriebsteile zeichnen sich dadurch aus, dass sie über einen eigenen Arbeitnehmerstamm, eigene technische Hilfsmittel und eine durch die räumliche und funktionelle Abgrenzung vom Hauptbetrieb bedingte relative Selbstständigkeit verfügen. Andererseits fehlt ihnen aber ein eigenständiger Leitungsapparat.⁶⁷⁵ Das Merkmal des Teilzwecks dient zur Abgrenzung der organisatorischen Einheit. Im Teilbetrieb müssen nicht andersartige Zwecke als im Hauptbetrieb verfolgt werden.⁶⁷⁶

Insbesondere die **räumliche Entfernung** ist in diesem Zusammenhang ein wesentliches Kriterium, das sich insbesondere an die Möglichkeiten einer effektiven Arbeitnehmervertretung orientiert. Die Möglichkeit zum Kontakt zwischen Arbeitnehmern und Betriebsräten einerseits bzw. der Betriebsräte untereinander andererseits kann hier Maßstab dafür sein, ob wegen der räumlichen Entfernung eine Eigenständigkeit des Betriebsteils anzunehmen ist, wobei insbesondere die **Verkehrsverbindungen** entscheidend sein können.⁶⁷⁷

Ein ca. 300 km entfernt vom Hauptbetrieb gelegener Betriebsteil ist nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BetrVG „**räumlich weit entfernt**“. Den Kern eines zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs bilden sächliche Betriebsmittel nicht schon dann, wenn sie zur Erbringung einer Dienstleistung erforderlich sind. Für ein Reisebüro, das allgemeine, auch durch das Internet ohne Weiteres beziehbare Reiseleistungen vertreibt und keine spezialisierte Marktausrichtung hat, kann seine **räumliche Lage** ein wichtiger **identitätsprägender Faktor** sein.⁶⁷⁸

Ob diese **Betriebs- bzw. Betriebsteildefinition** auch maßgeblich ist für die Frage eines sog. **Betriebs- oder Betriebsteilübergangs im Sinne von § 613a BGB** ist umstritten und wird von der wohl inzwischen h.M. im Hinblick auf die **unterschiedlichen Regelungs- bzw. Schutzzwecke** ablehnt.⁶⁷⁹ Nicht ausreichend sein soll es für einen Teilbetriebsübergang i.S.v. § 613a BGB, wenn der Erwerber mit einzelnen, bislang nicht teilbetrieblich organisierten Betriebsmitteln erst einen Betrieb oder Teilbetrieb gründet.⁶⁸⁰ § 613a BGB setzt

⁶⁷⁴ BAG v. 23.9.1999 - 8 AZR 650/98, RzK I 5e Nr. 119; BAG v. 20.6.2003 - 8 AZR 459/01, ZIP 2003, 222 = NZA 2003, 318, 320.

⁶⁷⁵ BAG v. 15.3.2001 - 2 AZR 151/00, NZA 2001, 831, dazu EWIR 2001, 825 (Dahlbender).

⁶⁷⁶ BAG v. 8.8.2002 - 8 AZR 583/01, NZA 2003, 315, 317.

⁶⁷⁷ Vgl. BAG v. 24.2.1976 - 1 ABR 62/75, AP Nr. 2 zu § 4 BetrVG 1972; BAG v. 14.1.2004 – 7 ABR 26/03, FA 2004, 114.; ErfK/Eisemann, § 4 BetrVG, Rn. 3; Hümmerich/Spirolke, aaO, Rn. 19.

⁶⁷⁸ BAG v. 15.12.2011 – 8 AZR 692/10, DB 2012, 1690.

⁶⁷⁹ ErfK/Preis, § 613a BGB, Rn. 5 ff. m.w.N.

⁶⁸⁰ BAG v. 17.4.2003 - 8 AZR 253/02, AP Nr. 253 zu § 613 a BGB Warenannahme; BAG v. 23.9.1999 – 8 AZR 650/98, RzK I 5e Nr. 119; BAG v. 5.12.2002 - 2 AZR 522/01, AP Nr. 126 zu § 1 KSchG 1969 betriebsbedingte Kündigung; BAG v. 9.2.1994 - 2 AZR 781/93, AP Nr. 105 zu § 613 a BGB; BAG v. 24.4.1997 - 8 AZR 848/94, NZA 1998, 253; Hümmerich/Spirolke, § 8, Rn. 10.

nämlich für den Teilbetriebsübergang voraus, dass die übernommenen Betriebsmittel **bereits bei dem früheren Betriebsinhaber** die Qualität eines Betriebsteils hatten.⁶⁸¹

Bei einem infrage stehenden Betriebsteilübergang muss festgestellt werden, ob beim Veräußerer ein Betriebsteil im Sinne einer **wirtschaftlichen Einheit** bestanden hat. Auch bei einem Betriebsteil muss es sich um eine Einheit handeln, die aus einer **hinreichend strukturierten und selbständigen Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck** besteht. Dabei sind alle Umstände festzustellen und als Teilaspekte der vorzunehmenden **Gesamtbewertung** zugrunde zu legen. Eine isolierte Betrachtung einzelner Umstände darf nicht erfolgen.⁶⁸²

Die **Identität der Einheit** kann sich auch aus anderen Merkmalen, wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln ergeben. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt **je nach der ausgeübten Tätigkeit** und **je nach den Produktions- und Betriebsmethoden** unterschiedliches Gewicht zu.⁶⁸³

Nur wenn vor einem behaupteten Übergang eine **wirtschaftliche Einheit** i.S.v. § 613a BGB besteht, stellt sich die Frage der Wahrung ihrer Identität und damit die Frage eines Betriebs(teil)übergangs. Ob ein Betriebs(teil)übergang vorliegt, ist regelmäßig eine Frage der **Gesamtbewertung der Umstände**. Ohne Auseinandersetzung mit der eventuellen Identität einer im Einzelfall infrage kommenden wirtschaftlichen Einheit kann nicht entschieden werden, ob ein Betriebs(teil)übergang vorliegt. Es darf **nicht alleine ein Teilaspekt** - wie die Frage einer Übernahme von Personal - der eigentlich vorzunehmenden Gesamtbewertung herausgegriffen und isoliert betrachtet werden. Bei der Bewertung der **Übernahme von Personal** im Rahmen einer vorzunehmenden Gesamtbewertung ist zu prüfen, ob ein nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil der Belegschaft übernommen worden ist. Dafür kommt es nicht allein auf eine quantitative Betrachtung an. Bspw. kann die Identität einer ggf. bestehenden wirtschaftlichen Einheit bei einer Tätigkeit im Bewachungsgewerbe auch dadurch geprägt sein, dass ein Betriebsteil mit kontinuierlicher Stammbesellschaft, die über

⁶⁸¹ BAG v. 24.4.1997 - 8 AZR 848/94, NZA 1998, 253; BAG v. 11.9.1997 - 8 AZR 555/95, BAGE 86, 271, 277 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 16; BAG v. 13.11.1997 - 8 AZR 52/96, EzA BGB § 613 a Nr. 166; BAG v. 11.12.1997 - 8 AZR 729/96, BAGE 87, 303, 305 = AP BGB § 613 a Nr. 172; BAG v. 26.8.1999 - 8 AZR 718/98, AP BGB § 613 a Nr. 196 = EzA BGB § 613 a Nr. 185; BAG v. 25.5.2000 - 8 AZR 335/99, RzK I 5e Nr. 137; zur neueren BAG-Rechtsprechung siehe auch Kock, BB 2007, 714; Willemsen, NJW 2007, 2065; Houben, NJW 2007, 2075.

⁶⁸² BAG v. 21.8.2014 - 8 AZR 648/13, NZA 2015, 167.

⁶⁸³ St. Rspr. des 8. Senats des BAG, siehe etwa BAG v. 22.7.2004 - 8 AZR 350/03, BAGE 111, 283, 291 = AP BGB § 613a Nr. 274 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 27; BAG v. 18.3.1999 - 8 AZR 159/98, BAGE 91, 121, 126 = AP BGB § 613a Nr. 189 = EzA BGB § 613a Nr. 177 im Anschluss an EuGH v. 11.3.1997 - C-13/95 (Ayse Süzen), Rn. 13 - 18, EuGHE I 1997, 1259 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 14 = EzA BGB § 613a Nr. 145 und EuGH v. 15.12.2005 - C-232/04 und C-233/04 (Güney-Görres), Rn. 32 - 35, EuGHE I 2005, 11237 = AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 41.

Erfahrung und Objektkennntnis verfügt, unter Beibehaltung der bisherigen Leitungsstruktur und Arbeitsorganisation weiterfunktioniert.⁶⁸⁴

Verlangt man für einen **Betrieb(steil)** i.S.v. § 613a BGB, § 17 KSchG **Leitungspersonal** in der betreffenden Einheit, so ist bei Stationen für Flugpersonal ohne Stationsleiter dieses Leitungspersonal in den gegenüber ihrer Crew vorgesetzten Flugkapitänen zu sehen. Das Flugpersonal einer Station hat auch ohne einen Stationsleiter eine konstante hierarchische Aufbauorganisation: Flugkapitän - Copilot - Purserette/Purser - sonstiges Kabinenpersonal. Die **wechselnde Besetzung der Stellen** ist wie auch sonst **unschädlich**. In Verbindung mit dem Stationsortsprinzip schafft dies eine ausreichend stabile und identifizierbare organisatorische Einheit, die das am Stationsort stationierte Flugpersonal zusammenfasst. Damit haben Stationen eine hinreichende "funktionelle Autonomie" i.S.d. EuGH. Es geht nicht um die fehlende Dauerhaftigkeit der konkreten Kommandantenstellung beim einzelnen Flug, sondern um die Dauerhaftigkeit der hierarchisch strukturierten Organisation auf der Ebene der Stationen.⁶⁸⁵

Stationen von Fluggesellschaften sind für das ihnen zugeordnete Flugpersonal für sich genommen auch dann übergangsfähige, massenentlassungspflichtige und demnächst betriebsratsfähige (vgl. § 117 Abs. 1 Satz 2 BetrVG n.F. ("Lex Ryanair")) wirtschaftliche Einheiten, wenn die Dienstplanung zentral erfolgt und die Station für das Flugpersonal keinen eigenen Stationsleiter hat. Ansonsten gäbe es im Fall einer ausländischen Einsatzzentrale für an deutschen Stationen stationiertes Flugpersonal keinen Arbeitnehmerschutz nach der Betriebsübergangs- oder Mitbestimmungsrichtlinie, was dem Gebot der praktischen Wirksamkeit („effet utile“) der jeweiligen Richtlinie widerspräche.⁶⁸⁶

Der **Übergang eines Betriebsteils** steht für dessen Arbeitnehmer dem Betriebsübergang gleich. Geht Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Auch bei dem Erwerb eines Betriebsteils ist es erforderlich, dass die **wirtschaftliche Einheit ihre Identität bewahrt**.⁶⁸⁷

⁶⁸⁴ BAG v. 22.1.2015 -8 AZR 139/14, NZA 2015, 1325, dazu JW-Spezial 2015, 402.

⁶⁸⁵ ArbG Berlin v. 7.2.2019 - 41 Ca 4536/18, ZIP 2019, 836; a.A. LAG Berlin-Brandenburg v. 16.1.2019 - 15 Sa 1307/18.

⁶⁸⁶ ArbG Berlin v. 7.2.2019 - 41 Ca 4536/18, ZIP 2019, 836.

⁶⁸⁷ BAG v. 14.12.2000 – 8 AZR 220/00, n.v.

Auch für die **Abgrenzung von Betrieb und Betriebsteil** ist eine Gesamtbetrachtung maßgeblich, bei der die wirtschaftliche Einheit und ihre Identität im Mittelpunkt steht.⁶⁸⁸ Damit verliert die eigenständige Interpretation des Begriffs "Betriebsteil" grundsätzlich an Bedeutung. Daher muss eine Teileinheit des Betriebes auch bereits **beim früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebsteils** gehabt haben.⁶⁸⁹ Schon beim bisherigen Betriebsinhaber muss also - in Anlehnung an § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BetrVG - eine selbständig abtrennbare organisatorische Einheit gegeben sein, mit der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wurde.⁶⁹⁰

Das **Merkmal des Teilzwecks** dient zur Abgrenzung der organisatorischen Einheit; im Teilbetrieb müssen aber nicht andersartige Zwecke als im übrigen Betrieb verfolgt werden. Ergibt die **Gesamtbetrachtung** eine identifizierbare wirtschaftliche und organisatorische Teileinheit, so muss diese beim Erwerber im Wesentlichen unverändert fortbestehen.⁶⁹¹

Allerdings muss der übertragene Unternehmens- oder Betriebsteil seine organisatorische Selbständigkeit beim Betriebserwerber nicht vollständig bewahren, es genügt, dass dieser die **funktionelle Verknüpfung** zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehält und es ihm derart ermöglicht wird, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen.⁶⁹²

Im Rahmen der Gesamtbetrachtung können **wesentliche Änderungen** in der **Organisation**, der **Struktur** und im **Konzept** einer Identitätswahrung entgegenstehen.⁶⁹³ Allerdings muss der übertragene Unternehmens- oder Betriebsteil seine **organisatorische Selbständigkeit** beim Betriebserwerber nicht vollständig bewahren, es genügt, dass dieser die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehält und es ihm derart ermöglicht wird, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen.⁶⁹⁴

⁶⁸⁸ BAG v. 17.12.2009 – 8 AZR 1019/08, NZA 2010, 499; dazu EWIR 2010, 241 (Fuhlrott), dazu NJW-Spezial 2010, 212; BAG v. 16.5.2002 - 8 AZR 319/01, AP BGB § 613a Nr. 237 = EzA BGB § 613a Nr. 210; ErfK/Preis 10. Aufl. § 613a BGB Rn. 7; HWK/ Willemsen, 3. Aufl. § 613a BGB Rn. 32.

⁶⁸⁹ BAG v. 16.2.2006 - 8 AZR 204/05, AP BGB § 613a Nr. 300 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 46; BAG v. 16.2.2006 - 8 AZR 211/05, AP BGB § 613a Nr. 301 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 47.

⁶⁹⁰ BAG v. 26.8.1999 - 8 AZR 718/98, AP BGB § 613a Nr. 196 = EzA BGB § 613a Nr. 185.

⁶⁹¹ BAG v. 24.8.2006 - 8 AZR 556/05, AP BGB § 613a Nr. 315 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 59.

⁶⁹² EuGH v. 12.2.2009 - C-466/07 (Klarenberg), AP Richtlinie 2001/ 23/ EG Nr. 4 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2001/ 23 Nr. 2.

⁶⁹³ BAG v. 4.5.2006 - 8 AZR 299/05, BAGE 118, 168 = AP BGB § 613a Nr. 304 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 51; BAG v. 6.4.2006 - 8 AZR 249/04, BAGE 117, 361 = AP BGB § 613a Nr. 303 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 52.

⁶⁹⁴ EuGH v. 12.2.2009 - C-466/07 (Klarenberg), AP Richtlinie 2001/ 23/ EG Nr. 4 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2001/ 23 Nr. 2.

Führt ein Unternehmen, das bei einer **Auftragsneuvergabe** berücksichtigt wurde, die Erfüllung der Aufgabe eines **Servicevertrages** fort, so stellt dies für sich genommen keinen Betriebsübergang dar. Voraussetzung eines Betriebsübergangs ist, dass die wirtschaftliche Einheit im Wesentlichen unverändert unter Wahrung ihrer Identität fortgeführt wird. Daran fehlt es, wenn die Aufgabe künftig im Rahmen einer wesentlich anderen, **deutlich größeren Organisationsstruktur** durchgeführt wird, deren Aufgabenumfang zudem um ein Vielfaches größer ist. Das gilt auch dann, wenn die übergehende Aufgabe beim bisherigen Auftragnehmer den **einzigsten Auftrag** darstellte.⁶⁹⁵

Die Organisation eines (Teil-) Betriebs erfolgt "**auftragsübergreifend**".⁶⁹⁶ Die Überspielung von Dateien zur Bearbeitung der einzelnen Aufträge stellt daher kein wesentliches Mittel zur Erreichung des Teilbetriebszwecks dar.⁶⁹⁷

Den für das **Vorliegen eines Betriebs-/Unternehmens(teil)übergangs** maßgebenden **Kriterien** kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- oder Betriebsmethoden **unterschiedliches Gewicht zu**. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit ihre Identität bewahrt, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören namentlich die Art des Unternehmens oder Betriebs, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeiten. Diese Umstände sind jedoch nur Teilaspekte der vorzunehmenden Gesamtbewertung und dürfen deshalb nicht isoliert betrachtet werden.

Kommt es im Wesentlichen auf die **menschliche Arbeitskraft** an, kann eine strukturierte Gesamtheit von Arbeitnehmern trotz des Fehlens nennenswerter materieller oder immaterieller Vermögenswerte eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Wenn eine Einheit ohne nennenswerte Vermögenswerte funktioniert, kann die Wahrung ihrer Identität nach ihrer Übernahme nicht von der Übernahme derartiger Vermögenswerte abhängen. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist in diesem Fall anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt.

⁶⁹⁵ BAG v. 14.8.2007 – 8 AZR 1043/06, ZIP 2007, 2233.

⁶⁹⁶ BAG v. 24.4.1997 - 8 AZR 848/94, NZA 1998, 253; BAG v. 16.5.2007 – 8 AZR 693/06, NJW-Spezial 2007, 547.

⁶⁹⁷ BAG v. 11.12.1997 - 8 AZR 699/96, n.v., zur Weitergabe von Akten, Unterlagen und Rechenwerk an einen Steuerberater; BAG v. 16.5.2007 – 8 AZR 693/06, FA 2007, 219; dazu NJW-Spezial 2007, 547 zur Übermittlung von Flug- und Passagierdaten.

Es spricht für sich genommen nicht gegen einen Betriebs(teil)übergang, wenn bisher als Arbeitnehmer/innen tätige Lokalredakteur/innen **fortan als „freie“ Mitarbeiter/innen** tätig sind. Bei § 613a BGB handelt es sich wie auch bei der Richtlinie 2001/23/EG um zwingendes Recht; der Übergang erfolgt von Rechts wegen und ungeachtet anderslautender Abmachungen. Es ist ohne Bedeutung, in welchem (vermeintlichen) Rechtsverhältnis der Übernehmer die bisherigen Arbeitnehmer nach der Übernahme (weiter-)beschäftigt.⁶⁹⁸

Erwerben verschiedene rechtlich selbständige Unternehmen vom insolvent gewordenen Arbeitgeber nur einzelne Betriebsmittel, führt dies dann zu einem Teilbetriebsübergang, wenn diese Betriebsmittel die **Identität** eines bereits zuvor beim Arbeitgeber organisatorisch verselbständigten Teilbetriebs prägten. Haben die Erwerber dieser Betriebsmittel zur Betriebsführung einen Gemeinschaftsbetrieb gebildet, so wird dieser Betrieb ebenfalls nicht neuer Arbeitgeber. Zum einen bleiben bei einem Gemeinschaftsbetrieb die ihn errichtenden Unternehmen Arbeitgeber der bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmer. Zum anderen wird auf die Betriebsführungsgesellschaft nichts, was die Identität einer wirtschaftlichen Einheit ausmacht, übertragen.⁶⁹⁹

Gerade im Insolvenzfall hängen die arbeitsrechtlichen Folgen und Folgewirkungen davon ab, ob der Betrieb oder ein Betriebsteil stillgelegt oder veräußert wird und ob eine Betriebsänderung i.S.v. §§ 111 ff. BetrVG vorliegt. **Betriebsstilllegung und Betriebsveräußerung schließen sich wechselseitig aus.** Die Feststellungskompetenz zu dieser Frage soll nach Auffassung des OVG Münster⁷⁰⁰ nicht im Zustimmungsverfahren der Hauptfürsorgestelle (heute: Integrationsamt) zustehen, sondern ausschließlich der Arbeitsgerichtsbarkeit.

Besonders schwierig ist die Abgrenzung bei **Veräußerung von Einzelwirtschaftsgütern**⁷⁰¹, bei Übernahme eines Standorts⁷⁰² bzw. bei **Betriebs- oder Teilbetriebsverlegungen**⁷⁰³, sowie die **Zuordnung von einzelnen Arbeitnehmern** im Zusammenhang mit

⁶⁹⁸ BAG v. 19.3.2015 – 8 AZR 119/14, DB 2015, 2029.

⁶⁹⁹ BAG v. 16.2.2006 – 8 AZR 204/05, NZA 2006, 794, Parallelentscheidung zu 8 AZR 211/05.

⁷⁰⁰ OVG Münster v. 21.3.2000 - 22 A 5137/99, ZInsO 2000, 569.

⁷⁰¹ BAG v. 26.8.1999 - 8 AZR 718/98, BB 2000, 466 = ZIP 2000, 200, dazu EWiR 2000, 421 (Fleddermann) zum Übergang mehrerer LKW.

⁷⁰² BAG v. 2.12.1999 - 8 AZR 796/98, ZInsO 2000, 412; LAG Düsseldorf v. 4.8.1999 - 4/18 Sa 358/99, ZInsO 2000, 412.

⁷⁰³ Siehe zur Gesamtproblematik ausführlich Moll, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 235 ff., 244 ff.; § 613a BGB gilt im Insolvenzfall in den neuen Bundesländern erst ab dem 1.1.1999 (Art. 232 § 5 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB); dazu BAG v. 25.9.1997 - 8 AZR 493/96, ZIP 1998, 253 dazu EWiR 1998, 345 (Wank).

Teilbetriebsschließungen bzw. –übertragungen.⁷⁰⁴ So soll etwa der Verkauf eines Warenlagers mit anschließendem Abverkauf der Ware keinen Betriebsübergang darstellen.⁷⁰⁵

Als ehemaliger oder neuer Inhaber kommen eine **natürliche Person**, eine **Personengesellschaft** oder eine **juristische Person** des privaten oder öffentlichen Rechts in Betracht. Maßgeblich ist stets der Wechsel der Rechtspersönlichkeit des Betriebsinhabers.⁷⁰⁶ Bleibt das Rechtssubjekt des Betriebsinhabers identisch, fehlt es an einem Betriebsübergang.⁷⁰⁷ Damit berührt auch ein **Wechsel der Gesellschafter** die Identität der Gesellschaft als Rechtssubjekt nicht, so dass allein der Gesellschafterwechsel zu keinem Betriebsübergang führt. Dies gilt selbst dann, wenn alle Gesellschafter ausscheiden und ihre Gesellschaftsanteile auf einen oder mehrere Erwerber übertragen.⁷⁰⁸ Damit führt auch allein der Wechsel in den Personen aller Komplementäre und aller Kommanditisten einer KG für sich gesehen zu keinem Betriebsinhaberwechsel und damit zu keinem Betriebsübergang iSd. § 613a BGB.⁷⁰⁹

Kein Betriebsübergang liegt somit bei einem **bloßen Gesellschafterwechsel** vor:⁷¹⁰

Der bloße Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft und die Ausübung von Herrschaftsmacht über diese Gesellschaft durch eine andere Gesellschaft genügen weder für die Annahme eines Übergangs von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- und Betriebsteilen i.S.d. RL 2001/23/EG noch für die Annahme eines Betriebsübergangs i.S.v. § 613a BGB.

Ein Betriebsübergang ist **nicht** bereits deshalb **ausgeschlossen**, weil der Betrieb einer **behördlichen Genehmigung** bedarf (hier: die Betriebsgenehmigung eines Luftverkehrsunternehmens), die **nicht auf einen Erwerber übertragen** werden kann. Der Übergang eines Flugbetriebs setzt aber voraus, dass die für den Erhalt des Luftverkehrsbetreiberzeugnisses (Air Operator Certificate) erforderliche **betriebliche Organisationsstruktur übertragen** wird. Hierzu gehört ein verantwortlicher Betriebsleiter, ein Leiter Qualitätssystem sowie Fachbereichsleiter für die Bereiche Flugbetrieb, Instandhaltungssystem, Schulung der Besatzung und Bodenbetrieb. Da diese aus den

⁷⁰⁴ Siehe etwa LAG Hamm v. 18.4.1999 – 8 Sa 2302/97, ZInsO 1999, 423; zur „erweiternden“ Anwendung des § 613a BGB trotz Zuordnung eines nach § 15 KSchG mit Sonderkündigungsschutz ausgestatteten Mitarbeiter zu einer nicht übergehenden, zu schließenden Betriebsabteilung siehe LAG Sachsen- Anhalt v. 16.3.1999 – 8 Sa 589/98, ZInsO 1999, 424.

⁷⁰⁵ LAG Köln v. 18.6.2003 – 3 (7) Sa 1318/02, ZInsO 2004, 569.

⁷⁰⁶ BAG v. 3.5.1983 - 3 AZR 1263/79, BAGE 42, 312 = AP HGB § 128 Nr. 4 = EzA BetrAVG § 1 Nr. 25.

⁷⁰⁷ BAG v. 20.3.2003 - 8 AZR 312/02, EzA BGB 2002 § 613a Nr. 7.

⁷⁰⁸ BAG v. 3.5.1983 - 3 AZR 1263/79, BAGE 42, 312 = AP HGB § 128 Nr. 4 = EzA BetrAVG § 1 Nr. 25; LAG Düsseldorf v. 10.8.2015 – 9 Sa 421/15, DStR 2015, 2559 = ZIP 2016, 383.

⁷⁰⁹ BAG v. 14.8.2007 – 8 AZR 803/06, BB 2008, 227 = ZIP 2008, 239.

⁷¹⁰ BAG v. 23.3.2017 – 8 AZR 91/15, NZA 2017, 981 = ZIP 2017, 1434; dazu EWiR 2017, 671 (Weller).

Funktionsträgern bestehende betriebliche Organisationsstruktur Voraussetzung dafür ist, dass die übrigen Betriebsmittel überhaupt eingesetzt werden können, gehört sie zu den wesentlichen Bestandteilen eines Flugbetriebs, sodass auch deren Übertragung für einen Betriebsübergang erforderlich ist.⁷¹¹

Für die Anwendung des § 613a BGB kommt darauf an, ob ein Betriebsteil im Sinne dieser Vorschrift gegeben ist und auf einen Erwerber übergeht. Das BAG orientiert sich dabei häufig an der Frage, ob insoweit eine **wirtschaftliche Einheit** besteht. Eine wirtschaftliche Einheit besteht aus einer organisatorischen Gesamtheit von Personen und/ oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden.

Betriebsteile sind Teileinheiten (Teilorganisationen) des Betriebs. Bei Übertragungen von sächlichen und immateriellen Betriebsmitteln muss es sich um eine **organisatorische Untergliederung** handeln, mit der innerhalb des betriebstechnischen Gesamtzwecks ein **Teilzweck** verfolgt wird, auch wenn es sich nur um eine **untergeordnete Hilfsfunktion** handelt. § 613a BGB setzt für den Teilbetriebsübergang voraus, dass die übernommenen Betriebsmittel bereits bei dem früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebsteils hatten. Es reicht nicht aus, wenn der Erwerber mit einzelnen bislang nicht teilbetrieblich organisierten Betriebsmitteln einen Betrieb oder Betriebsteil gründet. Überdies ist erforderlich, dass der Erwerber gerade die wesentlichen Betriebsmittel des Teilbetriebs übernimmt.⁷¹²

Auf Grundlage der **Definition der Richtlinie 2001/23 EG** gilt als Übergang i.S.d. Richtlinie der Übergang einer ihrer Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit i.S. einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit. Auf Grundlage dieser Definition hat der EuGH in seiner Rechtsprechung entscheidend darauf abgestellt, ob eine **wirtschaftliche Einheit** vorhanden ist, die **trotz des Inhaberwechsels ihre Identität bewahrt** hat.

Für die Prüfung dieses Merkmals wurden vom Europäischen Gerichtshof sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen im Rahmen einer umfassenden

⁷¹¹ LAG Berlin-Brandenburg v. 1.9.2010 – 17 Sa 836/10, ZIP 2011, 878.

⁷¹² BAG v. 16.2.2006 – 8 AZR 211/05, ZIP 2006, 1062; BAG v. 22.7.2004 – 8 AZR 350/03, BAGE 111, 283 = AP BGB § 613a Nr. 274 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 27; BAG v. 18.12.2003 – 8 AZR 621/02, BAGE 109, 136 = AP BGB § 613a Nr. 263 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 20, jeweils mwN; BAG v. 17.4.2003 – 8 AZR 253/02, AP BGB § 613a Nr. 253 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 11.

Gesamtwürdigung berücksichtigt. Er stellt nun im Rahmen des **sog. Sieben-Punkte-Test** im Wege einer Gesamtbetrachtung auf

- die **Art des betreffenden Unternehmens** oder des Betriebs,
- den **Übergang oder Nichtübergang der materiellen Vermögenswerte** (Gebäude, bewegliche Güter),
- den **Wert der immateriellen Vermögenswerte** zum Zeitpunkt des Übergangs,
- die **Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbelegschaft**,
- den **Übergang oder Nichtübergang der Kundschaft**, sowie auf
- den **Grad der Ähnlichkeit** zwischen der vor und der nach dem Übergang verrichteten **Tätigkeit** und
- die **Dauer einer eventuellen Unterbrechung** dieser Tätigkeit ab.⁷¹³

Für die Anwendung des § 613a BGB kommt darauf an, ob ein Betriebsteil im Sinne dieser Vorschrift gegeben ist und auf einen Erwerber übergeht. Das BAG orientiert sich dabei häufig an der Frage, ob insoweit eine **wirtschaftliche Einheit** besteht. Eine wirtschaftliche Einheit besteht aus einer organisatorischen Gesamtheit von Personen und/ oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden.

Die **Identität der Einheit** kann sich auch aus anderen Merkmalen, wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln ergeben. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt **je nach der ausgeübten Tätigkeit** und **je nach den Produktions- und Betriebsmethoden** unterschiedliches Gewicht zu.⁷¹⁴

Im Rahmen der Gesamtbetrachtung können **wesentliche Änderungen** in der **Organisation**, der **Struktur** und im **Konzept** einer Identitätswahrung entgegenstehen.⁷¹⁵ Allerdings muss der übertragene Unternehmens- oder Betriebsteil seine **organisatorische Selbständigkeit** beim Betriebserwerber nicht vollständig bewahren, es genügt, dass dieser die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehält und es ihm derart

⁷¹³ Siehe auch BAG v. 27.1.2011 – 8 AZR 326/09, NZA 2011, 1162; dazu EWiR 2011, 525 (Fuhlrott).

⁷¹⁴ St. Rspr. des 8. Senats des BAG, siehe etwa BAG v. 22.7.2004 - 8 AZR 350/03, BAGE 111, 283, 291 = AP BGB § 613a Nr. 274 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 27; BAG v. 18.3.1999 - 8 AZR 159/98, BAGE 91, 121, 126 = AP BGB § 613a Nr. 189 = EzA BGB § 613a Nr. 177 im Anschluss an EuGH v. 11.3.1997 - C-13/ 95 (Ayse Süzen), Rn. 13 - 18, EuGHE I 1997, 1259 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/ 187 Nr. 14 = EzA BGB § 613a Nr. 145 und EuGH v. 15.12.2005 - C-232/ 04 und C-233/ 04 (Güney-Görres), Rn. 32 - 35, EuGHE I 2005, 11237 = AP Richtlinie 2001/ 23/ EG Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 41.

⁷¹⁵ BAG v. 4.5.2006 - 8 AZR 299/05, BAGE 118, 168 = AP BGB § 613a Nr. 304 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 51; BAG v. 6.4.2006 - 8 AZR 249/04, BAGE 117, 361 = AP BGB § 613a Nr. 303 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 52.

ermöglicht wird, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen.⁷¹⁶

Auch bei dem Erwerb eines Betriebsteils ist es erforderlich, dass die **wirtschaftliche Einheit** ihre **Identität bewahrt**.⁷¹⁷ Betriebsteile sind Teileinheiten (Teilorganisationen) des Betriebs. Bei Übertragungen von sächlichen und immateriellen Betriebsmitteln muss es sich um eine **organisatorische Untergliederung** handeln, mit der innerhalb des betriebstechnischen Gesamtzwecks ein **Teilzweck** verfolgt wird, auch wenn es sich nur um eine **untergeordnete Hilfsfunktion** handelt. § 613a BGB setzt für den Teilbetriebsübergang voraus, dass die übernommenen Betriebsmittel bereits bei dem früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebsteils hatten. Es reicht nicht aus, wenn der Erwerber mit einzelnen bislang nicht teilbetrieblich organisierten Betriebsmitteln einen Betrieb oder Betriebsteil gründet. Überdies ist erforderlich, dass der Erwerber gerade die wesentlichen Betriebsmittel des Teilbetriebs übernimmt.⁷¹⁸

d) **Betriebsschließung**

Hat der Insolvenzverwalter einen **Betrieb** vollständig zerschlagen und **stillgelegt**, so führt eine „**Rekonstruktion**“ des Betriebs durch Erwerb der Betriebsmittel von Dritten durch einen neuen „Betriebsinhaber“ nicht zu einem Betriebsübergang.⁷¹⁹

Andererseits können aber selbst Übertragungen im Rahmen einer freiwilligen **Liquidationsabwicklung** unter § 613 a BGB fallen.⁷²⁰ Die bloße Möglichkeit, einen Betrieb zu übernehmen, ist mit einer Betriebsübernahme jedoch nicht gleichzusetzen. Die Betriebsübernahme setzt vielmehr die **tatsächliche Wahrung der Identität** voraus.⁷²¹ Allerdings soll ein Rückfall des Betriebes an den Verpächter nach instanzgerichtlicher Rechtsprechung auch dann unter § 613a BGB fallen, wenn dieser den Betrieb nicht in Besitz nimmt.⁷²²

⁷¹⁶ EuGH v. 12.2.2009 - C-466/07 (Klarenberg), AP Richtlinie 2001/ 23/ EG Nr. 4 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2001/ 23 Nr. 2.

⁷¹⁷ BAG v. 14.12.2000 – 8 AZR 220/00, n.v.

⁷¹⁸ BAG v. 16.2.2006 – 8 AZR 211/05, ZIP 2006, 1062; BAG v. 22.7.2004 – 8 AZR 350/03, BAGE 111, 283 = AP BGB § 613a Nr. 274 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 27; BAG v. 18.12.2003 – 8 AZR 621/02, BAGE 109, 136 = AP BGB § 613a Nr. 263 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 20, jeweils mwN; BAG v. 17.4.2003 – 8 AZR 253/02, AP BGB § 613a Nr. 253 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 11.

⁷¹⁹ LAG Köln v. 2.5.2005 - 2 (5) Sa 1607/04, n.r., ZIP 2005, 1433; dazu EWIR 2006, 43 (Wank).

⁷²⁰ EuGH v. 12.11.1998 – Rs.C-399/96, NZI 1999, 147; EuGH v. 10.12.1998 – Rs C127/96, 229/96 und 94/97, EWIR 1999, 551 (Thüsing).

⁷²¹ BAG v. 18.3.1999 – 8 AZR 196/98, DB 1999, 1455, dazu EWIR 1999, 691 (Schipf).

⁷²² LAG Berlin v. 23.10.1998 – 2 Sa 35/98, EWIR 1999, 635 (Joost), a.A. aber BAG v. 18.3.1999 – 8 AZR 159/98, ZIP 1999, 1318, dazu EWIR 1999, 783 (Künzl) wonach die tatsächliche Weiterführung des Betriebes durch den Verpächter erforderlich ist.

Der Übergang des Betriebes oder eines Betriebsteils ist als solche **keine Betriebsänderung**. Gliedert aber der Arbeitgeber oder der Insolvenzverwalter im Zusammenhang mit der Veräußerung eines Betriebsteils diesen aus, um ihn auf ein anderes Unternehmen zu übertragen, so liegt in der organisatorischen **Spaltung des Betriebes** unter Umständen eine mitbestimmungspflichtige Betriebsänderung.⁷²³ Problematisch ist in solchen Fällen häufig die Zuordnung der Arbeitsverhältnisse zu den Betriebsteilen.⁷²⁴

Wird nicht der gesamte Betrieb übernommen, sondern werden **nur einzelne Betriebsteile** auf verschiedene Drittunternehmen **übertragen**, kommt es darauf an, ob das Arbeitsverhältnis einem übergehenden Betriebsteil i.S.v. § 613a Abs. 1 S. 1 BGB zugeordnet werden kann. Ist das Arbeitsverhältnis bei einem stillgelegten Betriebsteil angesiedelt, ist die Kündigung gem. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG wegen Stilllegung eines Betriebsteils sozial gerechtfertigt.⁷²⁵ Auch darauf soll sich die Vermutungswirkung eines Interessenausgleichs mit Namensliste nach § 125 InsO beziehen.⁷²⁶

Wird aufgrund einer einheitlichen Entscheidung ein **Betriebsteil stillgelegt** und der andere **Betriebsteil veräußert**, so beschränkt sich nach Auffassung des **LAG Hamburg** die soziale Auswahl im stillgelegten Betriebsteil auf die dort beschäftigten Arbeitnehmer. Insoweit kollidiert der Schutz der betriebsbezogenen Sozialauswahl mit dem Kündigungsschutz wegen (Teil-) Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 4 BGB. Diese Kollisionslage **schließt eine Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer in beiden Betriebsteilen aus**.⁷²⁷

Entsprechend hat auch das **LAG Hamm** für den Fall einer Insolvenz entschieden: Wird wegen Insolvenz aufgrund einer einheitlichen Entscheidung ein Betriebsteil veräußert und der verbleibende Restbetrieb stillgelegt, sind die **Arbeitnehmer des übergehenden Betriebsteils nicht in die Sozialauswahl** gem. § 1 Abs. 3 KSchG **einzubeziehen**, da die soziale Auswahl betriebsbezogen durchzuführen ist. Ein gem. § 613a BGB übergegangener Betriebsteil zählt nicht mehr zum Restbetrieb.⁷²⁸

Das **BAG**⁷²⁹ hat inzwischen **gegenteilig entschieden**: Nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG ist vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung eine **auf den gesamten Betrieb bezogene**

⁷²³ BAG v. 10.12.1996 – 1 ABR 32/96, AP Nr. 110 zu § 112 BetrVG 1972; BAG v. 19.1.1999 – 1 AZR 342/98, ZInsO 1999, 544; zum Übergangsmandat des Betriebsrates ArbG Solingen v. 26.1.2000 - 2 BVGa 1/00, ZInsO 2000, 468.

⁷²⁴ LAG Hamm v. 15.4.1999 - 8 Sa 2302/98, EWiR 2000, 369 (Diller).

⁷²⁵ LAG Hamm v. 3.9.2003 – 2 Sa 331/03, ZInsO 2004, 820.

⁷²⁶ LAG Hamm v. 3.9.2003 – 2 Sa 331/03, ZInsO 2004, 820.

⁷²⁷ LAG Hamburg v. 27.3.2003 – 2 Sa 109/02, ZInsO 2004, 56 = ZIP 2004, 924; Az. d. BAG: 2 AZR 391/03.

⁷²⁸ LAG Hamm v. 5.5.2004 – 2 Sa 2182/03, ArbRB 2005, 38 (Lunk) = ZInsO 2005, 1116.

⁷²⁹ BAG v. 28.10.2004 – 8 AZR 391/03, ZIP 2005, 412 = AP Nr. 69 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; siehe auch BAG v. 24.2.2005 – 2 AZR 214/04, NZA 2005, 867.

Sozialauswahl durchzuführen. Dies gilt auch dann, wenn ein Betriebsteil stillgelegt und der andere Betriebsteil auf einen Erwerber übertragen werden soll. Bei der betriebsbedingten Kündigung eines Arbeitnehmers des stillzulegenden Betriebsteils ist daher bei der Sozialauswahl auch ein vergleichbarer Arbeitnehmer zu berücksichtigen, der zur Zeit der Kündigung dem später zu übertragenden Betriebsteil angehört. Dies folgt aus dem Schutzzweck der Sozialauswahl, den Arbeitsplatz des sozial schwächeren Arbeitnehmers zu erhalten. Die Regelung des § 613a Abs. 4 BGB, die ein Kündigungsverbot wegen des Betriebsübergangs vorsieht, steht dem nicht entgegen.

Umgekehrt hat er allerdings **für den Übergang von Arbeitsverhältnissen** entschieden: Wird nicht der gesamte Betrieb, sondern nur ein Betriebsteil oder eigenständiger Bereich übernommen, kommt es entscheidend darauf an, dass der Arbeitnehmer dem übertragenen Betriebsteil oder Bereich angehört, damit sein Arbeitsverhältnis gem. § 613a BGB auf den Erwerber übergeht. Diese Voraussetzung ist nicht gegeben, wenn der Arbeitnehmer einem stillgelegten Betriebsteil zuzuordnen ist und der Restbetrieb zum gleichen oder einem späteren Zeitpunkt auf einen Dritten übertragen wird. Der Schutzzweck des § 613a BGB gebietet es nicht, dem Arbeitnehmer einen zusätzlichen Schuldner zu verschaffen, wenn er von dem Betriebsübergang gar nicht erfasst wird.⁷³⁰

3. Regelungsgegenstände und Rechtsfolgen des § 613a BGB

a) Gesetzlicher Übergang, gesamtschuldnerische Haftung

Ein Betriebsübergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG sowie i.S.v. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt voraus, dass

a) der Übergang eine **auf Dauer angelegte, ihre Identität bewahrende wirtschaftliche Einheit** im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit betrifft und

b) die für den Betrieb der wirtschaftlichen Einheit **verantwortliche natürliche oder juristische Person**, die in dieser Eigenschaft die Arbeitgeberpflichtungen gegenüber den Beschäftigten eingeht, im Rahmen vertraglicher Beziehungen **wechselt**.

Verantwortlich für den Betrieb einer wirtschaftlichen Einheit ist die **Person, die die wirtschaftliche Einheit im eigenen Namen führt und nach außen als deren Inhaber auftritt**.⁷³¹

⁷³⁰ BAG v. 25.9.2003 – 8 AZR 446/02, DZWIR 2004, 113 (Bichlmeier) = ZInsO 2004, 55.

⁷³¹ BAG v. 25.1.2018 – 8 AZR 309/16, BB 2018, 1719 = NZA 2018, 933; dazu EWIR 2018, 537 (Wypych); NJW-Spezial 2018, 435; BAG v. 25.1.2018 – 8 AZR 308/16; BAG v. 25.1.2018 – 8 AZR 338/16; BAG v. 25.1.2018 – 8 AZR 524/16; dazu Rieble, NZA 2018, 1302; Koller-van Delden, DStR 2018, 2528.

Wichtigste Rechtsfolge ist nach § 613a BGB, dass das Arbeitsverhältnis in seinem gesamten **Bestand**, insbesondere auch der Dauer der **Betriebszugehörigkeit** des Beschäftigten, und **mit allen Rechten und Pflichten** auf den Erwerber übergeht.

Zur **Berücksichtigung von Beschäftigungszeiten beim Veräußerer bei der Berechnung der Kündigungsfrist** nach einem Betriebsübergang hat der EuGH entschieden.⁷³²

Art. 3 RL 2001/23/EG ist dahin auszulegen, dass der Erwerber unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens bei der Kündigung eines Arbeitnehmers, die mehr als ein Jahr nach dem Übergang des Unternehmens erfolgt, in die Berechnung der Beschäftigungszeiten des betreffenden Arbeitnehmers, die für die Bestimmung der ihm zustehenden Kündigungsfrist maßgeblich sind, die Beschäftigungszeiten einzubeziehen hat, die dieser Arbeitnehmer beim Veräußerer zurückgelegt hat.

Bei § 613a BGB handelt es sich um **zwingendes Recht**, der Übergang erfolgt von Rechts wegen und ungeachtet anderslautender Abmachungen.⁷³³ Es ist **ohne Bedeutung**, welche **Abreden die Vertragsparteien** dazu treffen und in welchem **(vermeintlichen) Rechtsverhältnis** der Übernehmer die bisherigen Arbeitnehmer nach der Übernahme (weiter-) beschäftigt.⁷³⁴

Dieser Bestandsschutz wird zusätzlich durch ein **Verbot der Kündigung** eines Arbeitsverhältnisses wegen eines Betriebsübergangs (§ 613a Abs. 4 BGB) und durch die Anordnung einer **gesamtschuldnerischen Haftung** des Betriebsveräußerers und Betriebserwerbers für die zum Zeitpunkt des Übergangs begründeten Ansprüche (§ 613a Abs. 2 BGB) abgesichert.

Der Anspruchsübergang steht der Geltung der **Ausschlussfrist** nicht entgegen, denn Ansprüche gehen so über, wie sie bestehen. Auf einen gesetzlichen Forderungsübergang (§ 412 BGB) findet § 404 BGB entsprechende Anwendung. Das Erlöschen von Forderungen infolge des Ablaufs von Ausschlussfristen gehört zu den Einwendungen, die der Schuldner nach § 404 BGB auch dem neuen Gläubiger entgegenhalten kann.⁷³⁵

⁷³² EuGH v. 6.4.2017 – Rs C-336/15 (Arbetsdomstolen (Arbeitsgerichtshof, Schweden), NZA 2017, 585 = ZIP 2017, 1037; dazu EWIR 2017, 379 (Mückl).

⁷³³ EuGH v. 26.5.2005 - C-478/03 (Celtec), Slg. 2005, I-4389; EuGH v. 25.7.1991 - C-362/89 (d'Urso ua.), Slg. 1991, I-4105; EuGH v. 10.2. 1988 - C-324/86 (Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, „Daddy's Dance Hall“), Slg. 1988, 739; BAG v. 21.6.2012 – 8 AZR 181/11, NZA 2013, 6.

⁷³⁴ BAG v. 20.3.2014 – 8 AZR 1/13, ZIP 2014, 1992 = NJW 2014, 2604 m. Anm. Kock; BAG v. 18.2.1999 – 8 AZR 485/97 – BAGE 91, 41.

⁷³⁵ BAG v. 24.5.1973 - 5 AZR 21/73, AP TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 52 = EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 15; BAG v. 23.9.2009 - 5 AZR 518/08, AP SGB X § 115 Nr. 15 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 30 zu § 115 SGB X.

Haftet der Betriebserwerber neben dem Betriebsveräußerer nach § 613a Abs. 2 BGB als Gesamtschuldner für Vergütungsansprüche, ist die **Einwendung des Verfalls** für jeden Schuldner gesondert zu beurteilen. Der Betriebserwerber ist nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert, sich auf den Verfall des Vergütungsanspruchs zu berufen, wenn weder er noch der Betriebsveräußerer die **Unterrichtungspflicht** nach § 613a Abs. 5 BGB erfüllt hat und ein innerer Zusammenhang zwischen dieser Pflichtverletzung und der Fristversäumung besteht.

Widerspricht der Arbeitnehmer bei einem Betriebsübergang dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses, so läuft die **Frist zur gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen** gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber, die von dem Widerspruch abhängen, grundsätzlich erst ab dem Zugang des Widerspruchs. Die Rückwirkung des Widerspruchs gemäß § 613a Abs. 6 BGB ändert daran nichts.⁷³⁶

Löst sich eine **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** aufgrund eines Gesellschaftsbeschlusses **endgültig auf** und wird der von ihr bis dahin geführte Betrieb (hier: eine Gaststätte) anschließend von einem der ehemaligen Gesellschafter als Einzelkaufmann übernommen und fortgeführt, liegt ein Betriebsübergang im Sinne von § 613 a BGB vor. Der Betriebsübergang hat zur Folge, dass die GbR als ehemalige Arbeitgeberin gemäß § 613a Abs. 2 BGB nur für die bis zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bereits entstandenen arbeitgeberseitigen Verpflichtungen haftet. Eine **weitergehende gesellschaftsrechtliche Nachhaftung** der ehemaligen Gesellschafter auf der Grundlage von § 736 Abs. 2 BGB i.V.m. § 160 Abs. 1 S. 1 HGB kommt dann ebenfalls nicht in Betracht. Der Fall der Auflösung einer GbR wird von § 736 Abs. 2 BGB nicht erfasst.⁷³⁷

Der EuGH hat inzwischen auch eine **Bindung des Betriebserwerbers an nachwirkende Tarifverträge des Veräußerers** angenommen. Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG ist danach dahin auszulegen, dass „in einem Kollektivvertrag vereinbarte Arbeitsbedingungen“ im Sinne dieser Bestimmung auch solche mit einem Kollektivvertrag festgelegte Arbeitsbedingungen sind, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats trotz Kündigung dieses Vertrags weiter auf Arbeitsverhältnisse, die unmittelbar vor seinem Erlöschen durch ihn erfasst waren, nachwirken, solange für diese Arbeitsverhältnisse nicht ein neuer Kollektivvertrag wirksam oder mit den betroffenen Arbeitnehmern nicht eine neue Einzelvereinbarung abgeschlossen wird.⁷³⁸

⁷³⁶ BAG v. 16.4.2013 - 9 AZR 731/11, NZA 2013, 850; dazu EWIR 2013, 767 (Haußmann).

⁷³⁷ LAG Köln v. 20.9.2012 – 7 Sa 77/12, openJur 2013, 31296.

⁷³⁸ EuGH v. 11.9.2014 – C-32(8/13), ZIP 2014, 1893; dazu NJW-Spezial 2014, 594.

b) Geschützte Beschäftigungsverhältnisse

Unter den Schutz des § 613a BGB fallen die **Arbeitnehmer** des betroffenen Betriebes bzw. Betriebsteils. Der Erwerber tritt bei anwartschaftsberechtigten Arbeitnehmern, die eine Altersversorgungszusage haben, später auch in die **Anpassungsverpflichtung** nach § 16 BetrAVG ein.⁷³⁹

Die Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, namentlich ihr Art. 2 Abs. 1 Buchst. d, ist dahin auszulegen, dass eine Person, die mit dem Veräußerer einen Vertrag zur Übernahme einer **Vertrauensstellung** im Sinne der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden innerstaatlichen Regelung geschlossen hat, als „Arbeitnehmer“ angesehen werden und daher den von dieser Richtlinie gewährten Schutz in Anspruch nehmen kann, vorausgesetzt jedoch, dass sie von dieser Regelung als Arbeitnehmer geschützt wird und zum Zeitpunkt des Übergangs über einen **Arbeitsvertrag** verfügt, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist.⁷⁴⁰

Erfasst werden auch **Ausbildungsverhältnisse**.⁷⁴¹

Erfasst werden auch Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern, die zur Zeit des Betriebsübergangs **arbeits- oder erwerbsunfähig** sind.⁷⁴²

Die Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern, die sich in der **Freistellungsphase eines Altersteilzeitverhältnisses** befinden, gehen ebenfalls gem. § 613a BGB auf einen Betriebserwerber über – dies gilt auch dann, wenn über den Betriebsveräußerer ein Insolvenzverfahren eröffnet ist. Auch solche Ansprüche auf Altersteilzeitvergütung, die auf Arbeitsleistungen vor Insolvenzeröffnung beruhen, sind – zumindest nach der Auffassung des LAG Frankfurt - von einem Erwerber, der einen Betrieb vom Insolvenzverwalter erwirbt, zu erfüllen, soweit sie nach dem Betriebsübergang fällig werden.⁷⁴³ Gegenüber dem Insolvenzverwalter können solche Ansprüche aber nur als **Insolvenzforderung** geltend gemacht werden.⁷⁴⁴

⁷³⁹ BAG v. 21.2.2006 – 3 AZR 216/05, BB 2006, 2694 = ZIP 2006, 1742.

⁷⁴⁰ EuGH v. 13.6.2019 – C-317/18, NZA 2019, 887.

⁷⁴¹ BAG v. 13.7.2006 – 8 AZR 382/05, ZIP 2007, 87 = ZInsO 2007, 1284.

⁷⁴² BAG V. 25.9.2003 – 3 AZR 446/02, AP Nr. 256 zu § 613a BGB = DZWIR 2004, 113 (Bichlmeier) = ZInsO 2004, 55; BAG v. 7.9.2004 – 9 AZR 587/03, EzA Nr. 12 zu § 7 BUrlG Abgeltung.

⁷⁴³ LAG Frankfurt/M. v. 23.8.2006 – 8 Sa 1744/05, ZIP 2007, 391, dazu EWIR 2007, 365 (S. Greiner), in Abweichung von BAG v. 19.10.2004 – 9 AZR 645/03, BAGE 112, 214 = AP Nr. 5 zu § 55 InsO m. Anm. Hanau.

⁷⁴⁴ LAG Frankfurt/M. v. 23.8.2006 – 8 Sa 1744/05, ZIP 2007, 391; dazu Richter/Nacewwicz, ZIP 2008, 256.

Heimarbeiter werden vom Schutz des § 613a BGB jedoch nicht erfasst.⁷⁴⁵; ebenso wenig Dienstverhältnisse der **GmbH – Geschäftsführer** und anderer organschaftlicher Vertretern.

Sagt der Arbeitgeber vertraglich die Zahlung von **Gratifikationen „entsprechend den Richtlinien der Gesellschaft“** zu, kann die (ergänzende) Auslegung des Arbeitsvertrags ergeben, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch auf die nach der jeweiligen Vergütungsordnung gezahlten Gratifikationen erwirbt. Werden die Richtlinien durch eine Gesamtbetriebsvereinbarung (GBV) abgelöst, richtet sich der Anspruch dann auf die nach Maßgabe der GBV kalenderjährlich gezahlte zusätzliche variable Vergütung. Geht das Arbeitsverhältnis durch Betriebsübergang auf einen Erwerber über, muss dieser nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB den Anspruch erfüllen.⁷⁴⁶

Der EuGH hat in der Entscheidung „*Scattolon*“⁷⁴⁷ den Umfang des Schutzes von Arbeitnehmerrechten bei einem Übergang auf einen neuen Arbeitgeber präzisiert. Danach kann es dem europäischen Unionsrecht zuwiderlaufen, dass übergegangene Arbeitnehmer – auch diejenigen, die **bei einer Behörde eines Mitgliedstaats beschäftigt** gewesen sind und von einer anderen Behörde übernommen werden – allein aufgrund des Übergangs eine erhebliche Kürzung ihres Arbeitsentgelts hinnehmen müssen. Für den Erwerber blieben die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zu der Kündigung oder dem Ablauf des Kollektivvertrags bzw. bis zum Inkrafttreten oder bis zu der Anwendung eines anderen Kollektivvertrags in dem gleichen Maße aufrecht erhalten, wie sie in dem Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren.

Kommt es – wie bei der **Arbeitsvermittlung** – im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft an, ist die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit anzunehmen, wenn nicht nur die betreffende Tätigkeit, sondern auch ein nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil des Personals übernommen wird. Übernimmt eine Stadt das bestehende **Jobcenter als kommunale Einrichtung**, so gehen die Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten auf die Stadt über (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB). Ein Betriebsübergang oder Betriebsteilübergang iSv. § 613a Abs. 1 BGB i.V.m. der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.03.2001 liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger eine **bestehende wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt**. Dabei muss es um eine auf Dauer angelegte Einheit gehen, deren Tätigkeit nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt ist. Um eine solche Einheit handelt es sich bei jeder hinreichend

⁷⁴⁵ BAG v. 3.7.1980 – 3 AZR 1077/78, BAGE 34, 43; BAG v. 24.3.1998 – 9 AZR 218/97, EzA § 613a BGB Nr. 68.

⁷⁴⁶ BAG v. 18.4.2012 – 10 AZR 47/11, NZA 2012, 791; dazu EWIR 2012, 595 (M. Köhler).

⁷⁴⁷ EuGH v. 6.9.2011 - C-108/10, NZA 2011, 1077= ZIP 2012, 1366; dazu Steffan, NZA 2012, 473; Grobys, NJW-Spezial 2012, 434, 435.

strukturierten und selbständigen Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck.⁷⁴⁸

Bei einem Übergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen eines einem Konzern angehörenden Unternehmens auf ein Unternehmen, das diesem Konzern nicht angehört, kann nach der Auffassung des EuGH in der Entscheidung „Albron Catering“⁷⁴⁹ als "Veräußerer" im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Buchst. a dieser Richtlinie auch das **Konzernunternehmen, zu dem die Arbeitgeber ständig abgestellt waren**, ohne jedoch mit diesem durch einen Arbeitsvertrag verbunden gewesen zu sein, betrachtet werden, obwohl es in diesem Konzern ein Unternehmen gibt, an das die betreffenden Arbeitnehmer durch einen Arbeitsvertrag gebunden waren.

c) **Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB**

§ 613a Abs. 4 BGB beinhaltet das **Verbot von Kündigungen** wegen des Betriebsübergangs. Allerdings sollen auch **Befristungen** von Arbeitsverträgen - außerhalb des BeschFG bzw. TzBfG - selbst in Kleinbetrieben i. S. v. § 23 KSchG nach § 613a BGB unwirksam sein können, wenn ein sachlicher Grund für die Befristung nicht gegeben ist und sie geeignet ist, den Schutz des § 613a BGB, der auch in Kleinbetrieben gilt, zu unterlaufen.⁷⁵⁰

Das LAG Düsseldorf vertritt dazu eine

sehr weitreichende Auffassung:⁷⁵¹

§ 613a Abs. 4 Satz 1 BGB setzt **nicht** voraus, dass die Betriebsveräußerung der **tragende Beweggrund** für die Kündigung gewesen ist. Vielmehr ist die "Betriebsaufgabe"-Kündigung des Veräußerers gegenüber dem Erwerber (relativ) unwirksam, wenn es objektiv und (regelmäßig) **bis zum Kündigungstermin** zu einem **Betriebsübergang** gekommen ist.

Die **Kündigung eines schwerbehinderten Mitarbeiters** bedarf nach § 85 SGB IX zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Integrationsamtes, ohne die Zustimmung ist die Kündigung nichtig¹. Will ein Betriebserwerber dem schwerbehinderten Arbeitnehmer kündigen, muss zuvor das Integrationsamt auch ihm die Zustimmung erteilt haben. Eine dem **Insolvenzverwalter des Betriebsveräußerers erteilte Zustimmung** des Integrationsamtes

⁷⁴⁸ BAG v. 22.5.2014 – 8 AZR 1069/12, ZIP 2014, 1750; dazu EWIR 2014, 633 (Fuhlrott).

⁷⁴⁹ EuGH v. 21.10.2010 - C-242/09, NJW 2011, 439; dazu Grobys, NJW-Spezial 2012, 434.

⁷⁵⁰ BAG v. 2.12.1998 – 7 AZR 579/97, ZIP 1999, 1321, dazu EWIR 1999, 877 (Oetker).

⁷⁵¹ LAG Düsseldorf v. 25.8.2010 – 12 Sa 703/10, ZIP 2011, 880.

reicht nicht, sie stellt keine dem Betriebserwerber erteilte Zustimmung im Sinne des § 85 SGB IX zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem schwerbehinderten Arbeitnehmer dar.⁷⁵²

Ein Arbeitgeber, der keine eigenen Arbeitnehmer mehr beschäftigen will, ist zur Vermeidung einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung eines **tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnisses** grundsätzlich nicht verpflichtet, die Möglichkeit einer „Gestellung“ des betreffenden Arbeitnehmers an einen anderen Arbeitgeber zu sondieren. Es besteht also **kein Anspruch** eines ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers **auf „Personalgestellung“ bei Betriebsaufspaltung und -verpachtung**.⁷⁵³

d) Dynamische Bezugnahmeklauseln bei Betriebsübergang

Der 4. Senat BAG hat den EuGH um eine **Vorabentscheidung** zur Vereinbarkeit seiner Auslegung von § 613a Abs. 1 BGB mit Unionsrecht ersucht. Dabei geht es um die Wirkung einer **zwischen dem Betriebsveräußerer und dem Arbeitnehmer einzelvertraglich vereinbarten** Klausel, die dynamisch auf einen Tarifvertrag verweist.⁷⁵⁴ Der 4. Senat geht davon aus, dass der Erwerber eines Betriebsteils nach nationalem Recht aufgrund von § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB an eine arbeitsvertragliche Vereinbarung, die auf Tarifverträge in ihrer jeweils geltenden Fassung Bezug nimmt und deren Regelungen aufgrund privatautonomer Willenserklärungen zum Inhalt des Arbeitsvertrags gemacht hat (sog. **dynamische Bezugnahmeklausel**), vertraglich so gebunden ist, als habe er diese Vertragsabrede selbst mit dem Arbeitnehmer getroffen.

Im Wege des Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV soll geklärt werden, ob dieser Auslegung des nationalen Rechts unionsrechtliche Vorschriften - insbesondere Art. 3 der Richtlinie 2001/23/EG und Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union - entgegenstehen. Für deren Auslegung ist allein der EuGH zuständig.

Der 4. Senat hat dem EuGH ein weiteres Verfahren mit den gleichen Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt (4 AZR 95/14 (A) -). Beklagte in dem dortigen Verfahren ist ein anderes Unternehmen desselben Konzerns. In vier weiteren Verfahren (4 AZR 59/14, 4 AZR 60/14, 4 AZR 85/14 und 4 AZR 96/14) hat der 4. Senat den Rechtsstreit bis zur Entscheidung des EuGH in den Vorabentscheidungsverfahren (4 AZR 61/14 A und 4 AZR 95/14 A) ausgesetzt.

⁷⁵² BAG v. 15.11.2012 – 8 AZR 827/11, NJW 2013, 1898.

⁷⁵³ BAG v. 24.9.2015 – 2 AZR 562/14, ZIP 2016, 488 = NZA 2016, 366; dazu EWi 2016, 253 (Schubert).

⁷⁵⁴ BAG v. 17.6.2015 - 4 AZR 61/14 A, NZA 2016, 373.

Wird ein Betrieb veräußert, tritt der Erwerber gemäß § 613a BGB – der die Vorgaben der Betriebsübergangsrichtlinie in nationales Recht umsetzt – in die Arbeitgeberstellung ein, d. h. er wird Vertragspartner des Arbeitnehmers. Beinhaltet der Arbeitsvertrag eine dynamische Verweisungsklausel auf Kollektivrecht (namentlich auf Tarifverträge), hängt die Auslegung dieser Klausel – so das bisherige Verständnis des BAG nach Inkrafttreten von § 310 Abs. 4 BGB zum 1.1.2002 – vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses ab: Bei einem vor dem 1.1.2002 vorgenannten Stichtag abgeschlossenen Arbeitsvertrag (= Altvertrag) nimmt die Rechtsprechung bei bestehender Tarifbindung des Arbeitgebers an, dass die Klausel als sog. Gleichstellungsabrede zu verstehen ist: Der Arbeitgeber, dem i.d.R. nicht bekannt ist, ob der einzelne Arbeitnehmer gewerkschaftlich organisiert ist, will durch die Klausel einen Gleichlauf in den Arbeitsbedingungen für die Dauer seiner Tarifgebundenheit herbeiführen. Endet die Tarifbindung des Arbeitgebers, soll nach dem wohlverstandenen Parteiwillen auch die Tarifydynamik ein Ende finden und das Tarifrecht lediglich statisch fortgelten. Seitdem auch Arbeitsverträge der – wenn auch eingeschränkten – Kontrolle durch das AGB-Recht (§§ 305 ff., § 310 Abs. 4 BGB) unterliegen, hält das BAG an dieser Sichtweise nicht mehr fest. Vorbehaltlos dynamisch formulierte Verweisungsklauseln sind „beim Wort“ zu nehmen und gelten so lange dynamisch fort, bis die Klausel durch Abschluss eines Änderungsvertrags oder aber im Wege einer Änderungskündigung ausdrücklich in eine Statik überführt wird. In den deutschen Vorlageverfahren Rs. C-680/15 und Rs. C-681/15 („Asklepios“) hat der Generalanwalt seine Schlussanträge gestellt. Der 4. Senat des BAG hatte dem EuGH die Frage vorgelegt, ob seine Auslegung des § 613a Abs. 1 BGB mit Unionsrecht vereinbar ist, nach der ein Betriebserwerber nach einem Betriebsübergang an die von dem Betriebsveräußerer mit dem jeweiligen Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag vereinbarte dynamische Verweisung auf einen Tarifvertrag unverändert gebunden ist.⁷⁵⁵

Zur Fortgeltung einer **dynamischen Verweisungsklausel nach Betriebsübergang** hat der EuGH („Asklepios Kliniken“) nunmehr entschieden.⁷⁵⁶

Art. 3 RL 2001/23/EG i. V. m. Art. 16 der Charta der Grundrechte der EU ist dahin auszulegen, dass sich im Fall eines Betriebsübergangs die Fortgeltung der sich für den Veräußerer aus einem Arbeitsvertrag ergebenden Rechte und Pflichten auf die zwischen dem Veräußerer und dem Arbeitnehmer privatautonom vereinbarte Klausel erstreckt, wonach sich ihr Arbeitsverhältnis nicht nur nach dem zum Zeitpunkt des Übergangs geltenden Kollektivvertrag, sondern auch nach den diesen nach dem Übergang ergänzenden, ändernden und ersetzenden Kollektivverträgen richtet, **sofern das nationale**

⁷⁵⁵ BAG v. 17.6.2015 - 4 AZR 61/14 A, NZA 2016, 373.

⁷⁵⁶ EuGH v. 27.4.2017 – Rs C-680/15, C-681/15, NZA 2017, 571 = ZIP 2017, 937; dazu EWiR 2017, 441 (Leder/Seidler); Wißmann/Niklas, NZA 2017, 697; Bayreuther, NJW 2017, 2158.

Recht sowohl einvernehmliche als auch einseitige Anpassungsmöglichkeiten für den Erwerber vorsieht.

Der EuGH hat in der Sache „Werhof“ entschieden, dass das Unionsrecht eine dynamische Fortgeltung der tarifvertraglich geregelten Arbeitsbedingungen nicht vorschreibt und in einem Obiter Dictum angedeutet, dass eine dynamische Auslegung der arbeitsvertraglichen Verweisungsklausel auf künftige Kollektivverträge mit bindender Wirkung für den Erwerber das Grundrecht der negativen Vereinigungsfreiheit beeinträchtigen könnte (EuGH, Urteil vom 9.3.2006 - Rs. C-499/04). Der EuGH hat in dieser Entscheidung die „alte“ Gleichstellungsrechtsprechung des BAG nicht beanstandet. Der EuGH hat dabei darauf hingewiesen, dass eine „dynamische“ Auslegung der streitgegenständlichen vertraglichen Verweisungsklausel dazu führen würde, dass für den Erwerber Kollektivverträge gälten, obwohl er diesen nicht angehört und damit in seiner negativen Koalitionsfreiheit beeinträchtigt werden könnte. Aus diesen Ausführungen wird vielfach geschlossen, dass zumindest im Fall des Betriebsübergangs die „alte“ Gleichstellungsabrede auch für Vertragsabschlüsse nach dem 31.12.2001 fortzuführen sei. Eine statische Auslegung der Verweisungsklausel vermeidet, dass der Erwerber des Betriebs, der dem Kollektivvertrag (Tarifvertrag oder Allgemeine Arbeitsvertragsrichtlinien des „Dritten Wegs“) nicht angehört, durch die künftigen Entwicklungen dieses Vertrags gebunden wird („Entdynamisierung“). Sein Recht auf negative Vereinigungsfreiheit wird auf diese Weise umfassend gewährleistet.

Bereits aus der „Werhof“-Entscheidung folgt (unstreitig), dass eine rein statische Fortgeltung von Bezugnahmeklauseln nach einem Betriebsübergang mit Art. 3 Abs. 1 der Betriebsübergangsrichtlinie vereinbar ist. Die Betriebsübergangsrichtlinie dient nicht allein dem Arbeitnehmerschutz, sondern will – so der EuGH – einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Arbeitnehmer und denen des Erwerbers gewährleisten. Der Erwerber muss in der Lage sein, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen. Der EuGH hat diese Grundsätze in der „Alemo-Herron“-Entscheidung weiterentwickelt und präzisiert. Er hat ausgeführt, dass eine dynamische Bindung des privaten Erwerbers an Tarifverträge des öffentlichen Dienstes seinen Handlungsspielraum, um nötige Anpassungen vorzunehmen, erheblich einschränken und damit den gerechten Ausgleich von Erwerber- und Arbeitnehmerinteressen beeinträchtigen kann. Ferner hat der EuGH entschieden, dass die Betriebsübergangsrichtlinie grundrechtskonform auszulegen ist. Zur geschützten unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRCh) gehört insbesondere die Vertragsfreiheit, die gemäß Art. 6 Abs. 1 Abs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 7 GRCh bei deren Auslegung zu berücksichtigen sind. Konkret kommt der EuGH in der Rechtssache „Alemo-Herron“ zu folgenden Schlussfolgerungen (im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23): Der

Betriebserwerber muss am Zustandekommen der ihn nach dem Betriebsübergang bindenden Tarifverträge beteiligt und in der Lage sein, seine Interessen wirksam geltend zu machen und die die Entwicklung der Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer bestimmenden Faktoren mit Blick auf seine künftige wirtschaftliche Entwicklung auszuhandeln. Wenn der Erwerber weder seine Interessen bei den Tarifverhandlungen wirksam geltend machen kann noch die Entwicklungsfaktoren der Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer mitaushandeln kann, ist seine Vertragsfreiheit so erheblich reduziert, dass eine solche Einschränkung den Wesensgehalt seines Rechts auf unternehmerische Freiheit beeinträchtigen kann. Zudem hat der EuGH deutlich gemacht, dass Art. 8 RL 2001/23 den Mitgliedstaaten zwar explizit günstigere Regelungen für Arbeitnehmer erlaubt, diese aber den Wesensgehalt der unternehmerischen Freiheit der Betriebserwerber nicht beeinträchtigen dürfen.

Der EuGH hat sich in der „Alemo-Herron“-Entscheidung nicht explizit zu den Rechtsfolgen geäußert. Gleichwohl ergibt sich in Zusammenschau mit der „Werhof“-Entscheidung Folgendes:

- Arbeitsverträge mit dynamischer Bezugnahme Klausel dürfen nach Betriebsübergang den Erwerber nicht weiter dynamisch binden, sofern der Erwerber nicht Mitglied im tarifschließenden Arbeitgeberverband ist. Auf den (anders oder nicht tarifgebundenen) Erwerber dürfen sie wegen Art. 3 Abs. 1 der Betriebsübergangsrichtlinie i. V. mit Art. 16 GRCh nur statisch übergehen.
- Ändern sich nach dem Betriebsübergang in Bezug genommene Tarifverträge, ist der Erwerber an die Änderungen nicht mehr gebunden; eine dynamisch formulierte Verweisungsklausel steht dem nicht entgegen: Privatautonom hat der Erwerber die dynamische Bezugnahme nicht vereinbart.
- Ist der Betriebserwerber Mitglied im Arbeitgeberverband, auf dessen Tarifverträge dynamisch verwiesen wird, kann er auf die künftigen Tarifyhalte Einfluss nehmen mit der Folge, dass seine unternehmerische Freiheit nicht gefährdet ist, wenn die Bezugnahme dynamisch fortgilt. Tritt er allerdings später aus dem Verband aus (oder wechselt in eine OT-Mitgliedschaft), gilt dasselbe wie bei der (echten) Gleichstellungsabrede: Der Verbandsaustritt wirkt „entdynamisierend“, allerdings nicht wegen des damit entfallenen Gleichstellungszwecks, sondern weil der Erwerber die Bezugnahme Klausel gesetzlich erworben hat und sie auch durch jahrelange Verbandsmitgliedschaft nicht sein „Werk“ wird.

Das BAG hat auf der Grundlage der EuGH-Entscheidung nunmehr in der Sache abschließend entschieden:⁷⁵⁷

Eine zwischen dem Betriebsveräußerer und dem Arbeitnehmer **einzelvertraglich vereinbarte Klausel**, die dynamisch auf einen Tarifvertrag verweist, verliert ihre **Dynamik** im Arbeitsverhältnis mit dem Betriebserwerber nicht allein aufgrund des **Betriebsübergangs**. Die für die Betriebsveräußererin und den klagenden Arbeitnehmer verbindliche dynamische Bezugnahmeklausel wirke auch im Arbeitsverhältnis mit dem beklagten Betriebserwerber weiterhin dynamisch. Ein Betriebserwerber könne sowohl – einvernehmlich – im Wege des Änderungsvertrags als auch – einseitig – im Wege der Änderungskündigung etwa erforderliche Anpassungen der arbeitsvertraglichen Bedingungen vornehmen.

Inzwischen hat das BAG auch zur Weitergeltung einer dynamischen Bezugnahmeklausel auf **kirchliche Arbeitsrechtsregelungen** nach einem **Betriebsübergang auf einen weltlichen Erwerber** entschieden:

Ist im Arbeitsvertrag das in Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) geregelte kirchliche Arbeitsrecht dynamisch in Bezug genommen, gilt diese dynamische Verweisung auch nach einem Betriebsübergang auf einen weltlichen Erwerber gem. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB weiter.⁷⁵⁸

e) **Befristung und Aufhebungsverträge und § 613a BGB**

Ein Arbeitsverhältnis geht auch dann auf einen Betriebserwerber über, wenn es **wirksam auf das Ende des Tages vor dem Betriebsübergang befristet** ist und der Erwerber es **nahtlos** durch Abschluss eines neuen Arbeitsverhältnisses **fortsetzt**.⁷⁵⁹

Letztlich noch nicht abschließend entschieden ist die Frage der Anwendbarkeit des § 613a BGB bei **Abschluss von Aufhebungsverträgen** mit dem bisherigen Betriebsinhaber und **Abschluss von neuen Arbeitsverträgen** mit dem neuen Betriebsinhaber zum Zweck der Sanierung⁷⁶⁰. Allerdings hat das BAG inzwischen entschieden, dass der Abschluss eines Aufhebungsvertrages bei gleichzeitigem Abschluss eines neuen Arbeitsverhältnisses mit einem Betriebsübernehmer oder dessen Inaussichtstellung nichtig sei, wenn er lediglich der **Beseitigung der Kontinuität des bisherigen Arbeitsverhältnisses** diene.⁷⁶¹, wobei bei außer Vollzug gesetzten Arbeitsverhältnissen bei beabsichtigtem Ausscheiden andererseits aber auch rückwirkende Beendigungsvereinbarungen getroffen werden können.

⁷⁵⁷ BAG v. 30.8.2017 – 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255 = ZIP 2018, 341; dazu EWiR 2018, 253 (Haußmann).

⁷⁵⁸ BAG v. 23.11.2017 – 6 AZR 683/16, ZIP 2018, 296.

⁷⁵⁹ BAG v. 19.5.2005 – 3 AZR 649/03, ZIP 2005, 1706 = DZWIR 2006, 67 m. Anm. Flitsch.

⁷⁶⁰ BAG v. 29.10.1985 – 3 AZR 485/83, ZIP 1986, 1001, dazu EWiR 1986, 773 (Grunsky); LAG Düsseldorf v. 28.4.1997 – 10 Sa 1534/96, LAGE § 613a BGB Nr. 61; Heinze, DB 1998, 1861.

⁷⁶¹ BAG v. 10.12.1998 – 8 AZR 324/97, ZIP 1999, 320, dazu EWiR 1999, 247 (Joost); BAG v. 21.1.1999 – 8 AZR 218/98, ZIP 1999, 1572 = ZInsO 1999, 420, dazu EWiR 1999, 1163 (Heckelmann).

Diese Rechtsprechung hat das BAG inzwischen fortgesetzt: Schließt ein Arbeitnehmer im Falle eines Betriebsübergangs mit dem Betriebsveräußerer einen Aufhebungsvertrag und gleichzeitig mit dem Betriebserwerber einen Arbeitsvertrag, so ist der **Aufhebungsvertrag wegen Umgehung des § 613a BGB nichtig**. Dies gilt auch dann, wenn dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Abschluss des Aufhebungsvertrags vom Betriebserwerber ein neues Arbeitsverhältnis **verbindlich in Aussicht gestellt** wird oder es für den Arbeitnehmer **nach den gesamten Umständen klar** gewesen ist, dass er vom Betriebserwerber eingestellt werde. Diese Umstände hat der Arbeitnehmer näher darzulegen und ggf. zu beweisen.⁷⁶²

Schließt der Arbeitgeber bzw. der Insolvenzverwalter eines insolventen Betriebes mit sämtlichen Arbeitnehmern **Aufhebungsverträge mit geringen Abfindungen** (hier: 20% eines Monatsgehalt) und werden die Arbeitnehmer **unmittelbar im Anschluss** an den vereinbarten Ausscheidenszeitpunkt von einem Betriebsübernehmer **wieder eingestellt**, so ist die bisherige Betriebszugehörigkeit trotz des Aufhebungsvertrages im neuen Beschäftigungsverhältnis anzurechnen.⁷⁶³

Veranlasst ein Arbeitgeber vor einem Betriebsübergang die Arbeitnehmer zum Ausspruch von **Eigenkündigungen**, so ist grundsätzlich die Rechtslage mit derjenigen bei Abschluss eines **Aufhebungsvertrages vergleichbar**. Es kommt daher nach der ständigen Rechtsprechung des 8. Senats des BAG darauf an, ob die Eigenkündigung auf das endgültige Ausscheiden der Arbeitnehmer aus dem Betrieb gerichtet ist oder ob sie nur der **Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes** dienen soll. Von Letzterem ist auszugehen, wenn zeitgleich mit der Veranlassung zur Eigenkündigung ein **neues Arbeitsverhältnis vereinbart** wurde oder dem Arbeitnehmer nach den gesamten Umständen klar war, dass er vom Betriebserwerber eingestellt werde.⁷⁶⁴

Ein **gerichtlicher Beendigungsvergleich** in einem Kündigungsschutzverfahren zwischen dem Betriebsveräußerer und dem Arbeitnehmer wirkt zumindest dann auch gegen den Betriebserwerber, wenn dieser die Beendigungsvereinbarung ausdrücklich oder konkludent genehmigt.⁷⁶⁵

⁷⁶² BAG v. 25.10.2012 – 8 AZR 575/11, NZI 2013, 313.

⁷⁶³ LAG Nürnberg v. 19.4.2005 – 6 Sa 897/04, NZI 2005, 464.

⁷⁶⁴ BAG v. 27.9.2012 – 8 AZR 826/11, ZIP 2013, 1186; dazu EWiR 2013, 369 (Bross).

⁷⁶⁵ BAG v. 24.8.2006 – 8 AZR 574/05, ZIP 2007, 93.

f) **Zeitpunkts des Betriebsübergangs**

Problematisch ist oft die Feststellung des genauen **Zeitpunkts des Übergangs**. Der Betriebsübergang tritt mit dem **Wechsel in der Person des Inhabers** des Betriebs ein. Der **bisherige Inhaber** muss seine **wirtschaftliche Betätigung** in dem Betrieb oder Betriebsteil **einstellen**; der **Übernehmer** muss die Geschäftstätigkeit **tatsächlich weiterführen oder wieder aufnehmen**.⁷⁶⁶

Maßgeblich für den Termin des Betriebsübergangs ist der Zeitpunkt, in dem der neue Inhaber, d.h. die Person, die den Betrieb **im eigenen Namen führt und nach außen als Betriebsinhaber auftritt**, die Geschäftstätigkeit tatsächlich weiterführt oder wieder aufnimmt. Einer **besonderen Übertragung** einer irgendwie gearteten Leitungsmacht **bedarf** es wegen des Merkmals der Fortführung des Betriebes **nicht**.⁷⁶⁷

Ist eine **Reihe von Rechtsgeschäften mit verschiedenen Geschäftspartnern** erforderlich, ist maßgeblich für den Termin des Betriebsübergangs der Zeitpunkt, in dem eine **funktionsfähige Einheit fortgeführt** wird.⁷⁶⁸

Der Wechsel der Inhaberschaft tritt nicht ein, wenn der neue "Inhaber" den Betrieb **nicht führt**.⁷⁶⁹

Der **EuGH** hat dazu entschieden:⁷⁷⁰

*„Art.3 Abs.1 der Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14.Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen ist dahin auszulegen, dass der **Zeitpunkt des Übergangs** im Sinne dieser Bestimmung dem Zeitpunkt entspricht, zu dem die Inhaberschaft, mit der die **Verantwortung für den Betrieb der übertragenen Einheit** verbunden ist, vom Veräußerer auf den Erwerber **übergeht**. Dies ist ein genau bestimmter Zeitpunkt, der nicht nach Gutdünken des Veräußerers oder Erwerbers auf einen anderen Zeitpunkt verlegt werden kann. Für die Anwendung dieser Bestimmung sind die Verträge und Arbeitsverhältnisse, die zum Zeitpunkt des Übergangs in dem vorstehend beschriebenen Sinne zwischen dem Veräußerer und den im übertragenen Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern bestehen, als zu diesem Zeitpunkt vom Veräußerer auf den*

⁷⁶⁶ BAG v. 22.10.2009 – 8 AZR 766/08, NZA-RR 2010, 660; LAG Bremen v. 15.2.2011 – 1 Sa 258/10, AE 2011, 248.

⁷⁶⁷ BAG v. 21.2.2008 - 8 AZR 77/07, AP BGB § 613a Nr. 343.

⁷⁶⁸ LAG Bremen v. 15.2.2011 – 1 Sa 258/10, AE 2011, 248 unter Bezugnahme auf BAG v. 22.7.2004 – 8 AZR 350/03, BAGE 111, 283, = AP BGB § 613a Nr. 274 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 27; BAG v. 21.8.2008 – 8 AZR 201/07, NJW 2009, 391 = NZA 2009, 29; BAG v. 22.10.2009 – 8 AZR 766/08, NZA-RR 2010, 660.

⁷⁶⁹ BAG v. 15.12.2005 - 8 AZR 202/05, AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45; BAG v. 18.3.1999 - 8 AZR 159/98, BAGE 91, 121 = AP BGB § 613a Nr. 189 = EzA BGB § 613a Nr. 177

⁷⁷⁰ EuGH v. 26.5.2005 - Rs C-478/03 (House of Lords ./ Vereinigtes Königreich), ZIP 2005, 1377.

Erwerber übergegangen anzusehen, unabhängig davon, welche Einzelheiten diese hierzu vereinbart haben.“

g) Einstweilige Verfügung auf Unterlassung von Betriebsübergängen

Ein Verfügungsanspruch des Betriebsrats auf Unterlassung einer Betriebsänderung bzw. eines Betriebsübergangs besteht nicht. Für eine **einstweilige Verfügung auf Unterlassung** einer unter Umständen als Betriebsänderung gem. § 613a BGB anzusehenden Maßnahme fehlt es darüber hinaus regelmäßig an einem Verfügungsgrund.⁷⁷¹

h) Arbeitsaufnahme und Arbeitsbedingungen im Erwerberbetrieb

In der Weiterbeschäftigung der übernommenen Mitarbeiter im Erwerberbetrieb liegt **keine mitbestimmungspflichtige Einstellung i. S. des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG**.⁷⁷²

Beim (Teil-)Betriebsübergang gehen die bestehenden Arbeitsverhältnisse grundsätzlich in ihrem bisherigen Bestand auf den Erwerber über.⁷⁷³ Der nicht gekündigte Arbeitnehmer muss demgemäß **kein ausdrückliches Fortsetzungsverlangen** gegenüber dem Betriebserwerber geltend machen.⁷⁷⁴ Der **Kündigungsschutz nach dem KSchG** geht allerdings nicht über, wenn der Erwerberbetrieb die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt.⁷⁷⁵

Der Übergang erfasst auch Nebenansprüche und sonstige mit dem Arbeitsverhältnis verbundene Rechtsbeziehungen.⁷⁷⁶ Das gilt etwa auch für bestehende Vergütungspfändungen.⁷⁷⁷ Allerdings sollen Ansprüche auf **Personalrabatte** nur dann übergehen, wenn bzw. solange der Arbeitgeber die rabattierten Produkte selbst produziert.⁷⁷⁸

Gehen nach einem Betriebsübergang Arbeitsverhältnisse vom Veräußerer auf den Erwerber über und gewährt der Erwerber den übernommenen Arbeitnehmern die mit dem früheren Arbeitgeber vereinbarten oder sich dort aus einer Betriebsvereinbarung ergebenden Arbeitsbedingungen weiter, können die übernommenen Arbeitnehmer **aus dem**

⁷⁷¹ LAG Köln v. 30.04.2004 – 5 Ta 166/04, ZIP 2004, 2155.

⁷⁷² LAG Düsseldorf v. 23.1.2003 – 11 TaBV 73/02, LAG-Report 2003, 186.

⁷⁷³ Zum Teilbetriebsübergang während einer Auslandsentsendung siehe BAG v. 14.7.2005 – 8 AZR 392/04, ZIP 2005, 2080; dazu EWiR 2015, 459 (Frost).

⁷⁷⁴ BAG v. 18.12.2003 – 8 AZR 621/02, BB 2004, 1634 = ZIP 2004, 1068.

⁷⁷⁵ BAG v. 15.2.2007 – 8 AZR 397/06, BB 2007, 1453 m. Anm. Melot de Beauregard = NZA 2007, 739 = ZIP 2007, 1227; dazu EWiR 2007, 549 (Laskawy/Lomb).

⁷⁷⁶ BAG v. 18.11.2003 – 9 AZR 95/03, ZInsO 2004, 1325 für nicht verfallene und übertragene Ansprüche auf Urlaub und Urlaubsabgeltung.

⁷⁷⁷ LAG Hessen v. 22.7.1999 - 5 Sa 13/99, InVo 2000, 248.

⁷⁷⁸ BAG v. 7.9.2004 – 9 AZR 631/03, BB 2005, 1909.

Gleichbehandlungsgrundsatz keine Anpassung an die beim Erwerber bestehenden besseren Arbeitsbedingungen verlangen.⁷⁷⁹

§ 613a BGB hindert Arbeitnehmer und Betriebsübernehmer auch grundsätzlich nicht, nach einem Betriebsübergang **einzelvertraglich** die mit dem Betriebsveräußerer vereinbarte **Vergütung abzusenken**.⁷⁸⁰

Geht ein Betrieb oder Betriebsteil von einem tarifgebundenen auf einen **nicht tarifgebundenen Arbeitgeber** über, ist der neue Arbeitgeber bei Neueinstellungen nicht bereits wegen des Betriebsübergangs an die tarifliche Vergütungsordnung gebunden. Die Anwendbarkeit der tariflichen Vergütungsordnung auf Neueinstellungen bedarf in diesem Fall vielmehr eines zusätzlichen Geltungsgrundes.⁷⁸¹

Nach Auslegung des Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 1998/50/EG ist ein nicht tarifgebundener Betriebserwerber nur dann an einen Kollektivvertrag zwischen dem tarifgebundenen Betriebsveräußerer und dem Arbeitnehmer gebunden, wenn diese Tarifvereinbarung bereits zur Zeit des Betriebsübergangs in Kraft ist. Ein erst nach Betriebsübergang geschlossener Kollektivvertrag verpflichtet den Betriebserwerber demnach nicht. Ein **nicht tarifgebundener Betriebserwerber** ist daher nach der Rechtsprechung des EuGH **nicht an erst nach Betriebsübergang geschlossenen Kollektivvertrag gebunden**.⁷⁸²

Nach der Auffassung des EuGH besteht aber eine **Bindung des Betriebserwerbers an dynamische Bezugnahme auf einen Tarifvertrag** nur bei einer Möglichkeit der Einflussnahme zugunsten des Erwerbers.⁷⁸³ Art. 3 RL 2001/23/EG sei dahin auszulegen, dass er es einem Mitgliedstaat verwehrt, vorzusehen, dass im Fall eines Unternehmensübergangs die Klauseln, die dynamisch auf nach dem Zeitpunkt des Übergangs verhandelte und abgeschlossene Kollektivverträge verweisen, gegenüber dem Erwerber durchsetzbar sind, wenn dieser nicht die Möglichkeit hat, **an den Verhandlungen** über diese nach dem Übergang abgeschlossenen Kollektivverträge **teilzunehmen**.

Arbeitnehmer behalten gemäß § 613a Abs.1 S.2 BGB jedoch nach der Auffassung des BAG ihre **Rechte aus einem Tarifvertrag über die betriebliche Altersversorgung** auch bei

⁷⁷⁹ BAG v. 31.8.2005 – 5 AZR 517/04, DZWIR 2006, 154; ähnlich auch BAG v. 14.3.2007 – 5 AZR 420/06, NZA 2007, 862 = ZIP 2007, 1478; BAG v. 14.3.2007 – 5 AZR 791/05, BB 2007, 1284 = ZIP 2007, 1176.

⁷⁸⁰ BAG v. 7.11.2007 – 5 AZR 1007/06, ZIP 2008, 286.

⁷⁸¹ BAG v. 23.9.2003 – 1 ABR 35/02, BAGE 107, 338; dazu EWIR 2004, 155 (Junker).

⁷⁸² EuGH v. 9.3.2006 - RsC-499/04, ZIP 2006, 723 = BB 2006, 891; dazu EWIR 2006, 507 (Laskawy/Lomb).

⁷⁸³ EuGH v. 18.7.2013 – RsC-426/11, ZIP 2013, 1686 („Alemo-Herron u.a.“).

einem Betriebsübergang.⁷⁸⁴ Das gilt selbst dann, wenn im neuen Unternehmen eine Betriebsvereinbarung über die betriebliche Altersversorgung besteht. Diese kann die tarifvertraglichen Ansprüche nicht ablösen, da bei einer **Betriebsvereinbarung** der Arbeitgeber allein über die **Dotierung** entscheidet und diese damit - im Gegensatz zum Tarifvertrag - **nur teilmittbestimmt** ist. Tarifliche Regelungen gelten zwar nach § 613a Abs.1 S.3 BGB dann nicht einzelvertraglich weiter, wenn die Rechte und Pflichten beim Betriebserwerber durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrags oder durch eine andere Betriebsvereinbarung geregelt werden. Tarifvertraglich begründete Ansprüche auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung können aber nach dem Sinn und Zweck von § 613a BGB nicht durch eine beim Erwerber geltende Betriebsvereinbarung abgelöst werden. Diese Auslegung folgt daraus, dass § 613a BGB den Arbeitnehmern bei einem Betriebsübergang die bisherigen Arbeitsbedingungen erhalten will. Dieses Ziel würde verfehlt, wenn Betriebsvereinbarungen zur betrieblichen Altersversorgung entsprechende Tarifverträge ablösen könnten. Denn die Betriebsvereinbarungen sind im Gegensatz zu Tarifverträgen nur teilmittbestimmt, da der Arbeitgeber hier allein über die Dotierung entscheidet.

i) **Übergang durch gesetzliche Regelungen**

Nach der Rechtsprechung des EuGH kann auch die **Übernahme von Personal einer anderen Behörde durch eine staatliche Behörde** im Rahmen einer Neuordnung der öffentlichen Verwaltung auf der Grundlage einer **gesetzlichen Regelung** einen "Unternehmensübergang" im Sinne der Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen darstellen.⁷⁸⁵

Es kann daher dem Unionsrecht zuwiderlaufen, dass übergangene Arbeitnehmer - auch diejenigen, die bei einer Behörde eines Mitgliedstaats beschäftigt gewesen sind und von einer anderen Behörde übernommen werden - allein aufgrund des Übergangs eine **erhebliche Kürzung ihres Arbeitsentgelts** hinnehmen müssen. Die Übernahme des bei einer Behörde eines Mitgliedstaats beschäftigten Personals, das mit der Erbringung von Hilfsdiensten an Schulen - darunter insbesondere der Instandhaltung und Hilfstätigkeiten in der Verwaltung - betraut ist, durch eine andere Behörde stellt einen "Unternehmensübergang" im Sinne der Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von

⁷⁸⁴ BAG v. 13.11.2007 – 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600.

⁷⁸⁵ EuGH v. 6.9.2011 – Rs C-108/10, ZIP 2012, 1366; dazu EWIR 2011, 737 (Leder/Rodenbusch).

Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen dar, wenn dieses **Personal aus einer strukturierten Gesamtheit von Beschäftigten besteht**, die als Arbeitnehmer nach dem innerstaatlichen Recht dieses Mitgliedstaats geschützt sind. Art. 3 der Richtlinie 77/187 lässt, wenn ein Übergang im Sinne dieser Richtlinie zur sofortigen Anwendung des beim Erwerber geltenden Kollektivvertrags auf die übergegangenen Arbeitnehmer führt und die in diesem Vertrag vorgesehenen Lohn- und Gehaltsbedingungen insbesondere mit dem Dienstalter verknüpft sind, nicht zu, dass diese Arbeitnehmer erhebliche Kürzungen ihres Arbeitsentgelts im Vergleich zu ihrer Lage unmittelbar vor dem Übergang hinnehmen müssen, weil ihr Dienstalter, das sie beim Veräußerer erreicht haben und das dem Dienstalter entspricht, das beim Erwerber beschäftigte Arbeitnehmer erreicht haben, bei der Bestimmung ihres Anfangsgehalts nicht berücksichtigt worden ist. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob es bei dem Übergang zu einer derartigen Kürzung des Arbeitsentgelts gekommen ist. Nach den Unionsvorschriften über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer bei Unternehmensübergängen gehen die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis auf Grund des Übergangs auf den Erwerber über. Zudem erhält der Erwerber die **in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen** bis zu der Kündigung oder dem Ablauf des Kollektivvertrags bzw. bis zum Inkrafttreten oder bis zu der Anwendung eines anderen Kollektivvertrags in dem gleichen Maße aufrecht, wie sie in dem Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren.

j) Übergang von rückständigen Sozialversicherungsbeitragsverpflichtungen ?

Das LSG Halle⁷⁸⁶ und das bayerische Landessozialgericht⁷⁸⁷ haben entschieden, dass bei einem **Betriebsübergang** der neue Betriebsinhaber grundsätzlich **nicht für Beitragsschulden gemäß § 28e SGB IV des Verkäufers** in Anspruch genommen werden kann. Zwar gehen nach § 613a BGB bei einem Betriebsübergang die Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten auf den Betriebserwerber über. Diese Regelung sei jedoch nicht auf die Beitragspflichten nach dem Sozialgesetzbuch (SGB) übertragbar. Auch die **Haftungsvorschrift des § 75 AO** sei nicht entsprechend anwendbar.

Nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 (ABl. EG L 82 vom 22. März 2001 S. 16) gehen die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis aufgrund des Übergangs auf den Erwerber über. Dazu hat der Europäische Gerichtshof

⁷⁸⁶ LSG Halle v. 11.1.2011 – L 1 R 51/10 B ER, ZIP 2011, 1121.

⁷⁸⁷ LSG München v. 28.1.2011 – L 5 R 848/10 B ER, ZIP 2011, 1380; dazu EWiR 2011, 457 (Plagemann/ U. Probst); dazu auch Seel, Sozialversicherungsrechtliche Folgen des Betriebsübergangs, NWB 2015, 674.

wiederholt entschieden, dass die Richtlinie 2001/23/EG die **Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Inhabers** des Unternehmens dadurch gewährleisten soll, dass sie ihnen die Möglichkeit gibt, ihr Beschäftigungsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber zu eben den Bedingungen fortzusetzen, die mit dem Veräußerer vereinbart waren. Die Richtlinie solle soweit wie möglich die **Fortsetzung des Arbeitsvertrags** oder des Arbeitsverhältnisses **mit dem Erwerber in unveränderter Form** gewährleisten, um eine Verschlechterung der Lage der betroffenen Arbeitnehmer allein aufgrund des Übergangs zu verhindern.⁷⁸⁸

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, den **Gesamtsozialversicherungsbeitrag** (§ 28d SGB IV) an die Einzugsstelle zu zahlen. Er hat gemäß § 28g Satz 1 und Satz 2 SGB IV gegen den Arbeitnehmer einen Anspruch auf den vom Beschäftigten zu tragenden Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags, den er **ausschließlich im Wege des Abzugs vom Arbeitsentgelt** geltend machen kann. Mit dem Abzug und der Abführung von Lohnbestandteilen erfüllt der Arbeitgeber seine Zahlungspflicht gegenüber dem Arbeitnehmer.⁷⁸⁹ Die Abführung begründet einen besonderen Erfüllungseinwand, ohne dass es einer Aufrechnung bedürfte.⁷⁹⁰

Ist ein Arbeitnehmer beim bisherigen Arbeitgeber **von der Sozialversicherung befreit** gewesen, ohne dass er hierauf gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Befreiung hat, kann im Anschluss an einen Betriebsübergang der neue Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wieder der Sozialversicherungspflicht unterwerfen, ohne sich ersatzpflichtig zu machen.⁷⁹¹

k) Ausgleichsansprüche und interne Pflichten der Arbeitgeber

Der BGH vertritt trotz der gegenteiligen Ansicht im arbeitsrechtlichen Schrifttum die Auffassung, dass im Falle des Betriebsübergangs der neue Inhaber gegen den bisherigen Inhaber des Betriebs wegen des an die Arbeitnehmer in deren **Urlaub** gezahlten Arbeitsentgelts einen Anspruch auf **Ausgleich unter Gesamtschuldnern** hat.⁷⁹²

⁷⁸⁸ EuGH v. 27.11.2008 - C-396/07 - [Juuri] Rn. 28, Slg. 2008, I-8907; EuGH v. 15.9.2010 - C-386/09 - [Briot] Rn. 26, jeweils mwN.

⁷⁸⁹ BAG GS v. 7.3.2001 - GS 1/00, BAGE 97, 150.

⁷⁹⁰ BAG v. 30.4.2008 - 5 AZR 725/07, BAGE 126, 325.

⁷⁹¹ BAG v. 20.4.2011 - 5 AZR 184/10, NZS 2011, 823, dazu NJW-Spezial 2011, 530.

⁷⁹² BGH v. 2.6.1999 - VIII ZR 322/98, ZIP 1999, 1216 = NJW 1999, 2961, dazu EWIR 1999, 1105 (*Eggert*); BGH v. 4.7.1985 - IX ZR 172/84, ZIP 1985, 1156 = NJW 1985, 2643, dazu EWIR 1985, 859 (*Schwerdtner*); OLG Jena v. 2.5.2012 - 7 U 971/11, ZIP 2012, 1629.

Es kann offenbleiben, ob der Übernehmer des Betriebs Eigentum an den **Personalunterlagen** erwirbt. Sein **Herausgabeanspruch** gegen den bisherigen Betriebsinhaber ergibt sich jedenfalls aus §§ 412, 402 BGB.⁷⁹³

4. Detailvoraussetzungen / Problematik des „Funktionsübergangs“

a) **Kein Betriebsübergang durch bloßen Funktionsübergang**

Als weitgehend geklärt angesehen werden kann wohl, dass ein bloßer „Funktionsübergang“ **ohne Übergang von wesentlichen sächlichen Betriebsmitteln** und /oder **ohne Übernahme wesentlicher Teile des Personals** („wirtschaftliche Einheit“) nicht die Rechtsfolgen des § 613a BGB auslösen kann⁷⁹⁴. Maßgeblich ist die "Gesamtwürdigung aller Umstände".⁷⁹⁵ Ob eine "Wahrung" oder "Identität der wirtschaftlichen Einheit" im Rahmen des Übergangs gegeben ist, soll von den objektiven Merkmalen, nicht von den subjektiven Erwartungen des Erwerbers abhängen.⁷⁹⁶

Die neuere **Rechtsprechung des EuGH**⁷⁹⁷, wonach ein reiner Funktionsübergang - ohne Übertragung relevanter materieller oder immaterieller Betriebsmittel und ohne Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des Personals - nicht zur Anwendung der Rechtsfolgen der Richtlinie 77/187/EWG v. 14.02.1977, also des § 613a BGB führt, ist selbstverständlich **auch im Insolvenzverfahren einschlägig**.⁷⁹⁸

Als speziellere Norm geht § 125 InsO dem allgemeinen Kündigungsschutzrecht nach § 1 Abs. 5 KSchG vor. Ein ca. 300 km entfernt vom Hauptbetrieb gelegener Betriebsteil ist nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BetrVG „räumlich weit entfernt“. Den Kern eines zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs bilden **sächliche Betriebsmittel** nicht schon dann, wenn sie zur Erbringung einer Dienstleistung erforderlich sind. Für ein **Reisebüro**, das allgemeine, auch durch das Internet ohne Weiteres beziehbare Reiseleistungen vertreibt und

⁷⁹³ OLG Jena v. 2.5.2012 – 7 U 971/11, ZIP 2012, 1629.

⁷⁹⁴ BAG v. 22.5.1997 – 8 AZR 101/96, ZIP 1997, 555 dazu EWiR 1997, 835 (Blomeyer); im Anschluss an BAG v. 27.4.1995 – 8 AZR 197/94, ZIP 1995, 1540 dazu EWiR 1995, 963 (Plander) und EuGH v. 11.3.1997, Rs. C –13/95, ZIP 1997, 516 dazu EWiR 1997, 26 (Blomeyer); sowie BAG v. 11.12.1997 – 8 AZR 729/96, ZIP 1998, 666, dazu EWiR 1998, 445 (Plander); BAG v. 13.11.1997 – 8 AZR 295/95, ZIP 1998, 167; BAG v. 22.1.1998 – 8 AZR 243/95, ZIP 1998, 872; dazu EWiR 1998, 591 (Kothe/Heggemann); EuGH v. 10.12.1998 – Rs.C-127/96, 247/96 und 173/97, EzA § 613a BGB Nr. 172, 173; dazu EWiR 1999, 875 (Thüsing), BAG v. 17.4.2003 – 8 AZR 253/02, ZInsO 2003, 1010; dazu auch Baeck/Lingemann, NJW 1997, 2492; Zumkeller, DStR 1998, 1920 und 1966.

⁷⁹⁵ BAG v. 28.3.2000 - 8 AZR 796/98, DStR 2000, 1101 m. Anm. Eckert; LAG Köln v. 14.3.2000 - 13 Sa 1356/99, BB 2000, 1842 für die Übernahme eines Busbetriebes mit einer Buslinie; LAG Düsseldorf v. 29.2.2000 - 3 Sa 1896/99, NZA-RR 2000, 353, für eine Arztpraxis.

⁷⁹⁶ LAG Brandenburg v. 22.7.1999 - 8 Sa 102/99, BB 2000, 936 für eine Steuerkanzlei.

⁷⁹⁷ EuGH v. 11.3.1997 – C-13/95, ZIP 1997, 516 dazu EWiR 1997, 315 (Blomeyer); zur Problematik umfassend Baeck/Lingemann, NJW 1997, 2492 m.w.N.

⁷⁹⁸ Allerdings soll der Übergang des gesamten Personals bei einem Dienstleistungsunternehmen ausreichen: LAG Niedersachsen v. 9.11.1999 - 7 Sa 40/99 n.v.

keine spezialisierte Marktausrichtung hat, kann seine **räumliche Lage ein wichtiger identitätsprägender Faktor** sein.⁷⁹⁹

Die Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, insbesondere ihr Art. 1 Abs. 1 Buchst. a und b, ist dahin auszulegen, dass sie auf den **Übergang einer Produktionseinheit** anzuwenden ist, wenn zum einen der Veräußerer, der Erwerber oder beide gemeinsam mit Blick auf die Fortführung der vom Veräußerer ausgeübten wirtschaftlichen Tätigkeit durch den Erwerber, aber auch mit Blick auf die spätere Auflösung des Erwerbers selbst im Rahmen einer Abwicklung handeln, und zum anderen die in Rede stehende Einheit, die das **wirtschaftliche Ziel nicht erreichen kann, ohne auf von Dritten stammende Produktionsfaktoren zurückzugreifen**, nicht völlig selbständig ist, vorausgesetzt, dass – was das vorliegende Gericht zu prüfen hat – zum einen der allgemeine Grundsatz des Unionsrechts beachtet wird, wonach der Veräußerer und der Erwerber nicht versuchen dürfen, betrügerisch oder missbräuchlich in den Genuss von Vorteilen zu kommen, die sie aus der Richtlinie 2001/23 ziehen könnten, und zum anderen die betreffende Produktionseinheit über hinreichende Garantien verfügt, die ihren Zugang zu den Produktionsfaktoren Dritter sicherstellen, damit sie nicht von wirtschaftlichen Entscheidungen abhängig ist, die von diesen einseitig getroffen werden.⁸⁰⁰

Soweit der Gesetzgeber zulässt, dass die Arbeitgeberseite durch Rechtsgeschäft ohne Zustimmung der Beschäftigten ausgewechselt wird, trifft ihn eine aus Art. 12 GG folgende **Schutzpflicht**, damit das **Interesse der Arbeitnehmerseite an der Erhaltung der Arbeitsplätze** hinreichend Beachtung findet. Dem trägt der Gesetzgeber mit der gesetzlichen Anordnung des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB Rechnung. Soweit das BAG die materiellen Betriebsmittel, die für einen möglichen Betriebsübergang entscheidend sein können, für die Konstellation der Auftragsnachfolge nach dem **Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs** bestimmt, bestehen **keine** durchgreifenden **verfassungsrechtlichen Bedenken**. Auch wenn die Anwendung der Grundsätze zur Bestimmung einer übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit im Rahmen eines Betriebsübergangs im Einzelfall schwierig ist, folgt daraus nicht, dass das letztinstanzliche nationale Fachgericht in derartigen Fällen verfassungsrechtlich gehalten wäre, den EuGH anzurufen.⁸⁰¹

⁷⁹⁹ BAG v. 15.12.2011 – 8 AZR 692/10, ZIP 2012, 2080.

⁸⁰⁰ EuGH v. 13.6.2019 – C-664/17, NZA 2019, 889; dazu NJW-Spezial 2019, 436.

⁸⁰¹ BVerfG v. 15.1.2015 – 1 BvR 2796/13, ZIP 2015, 445.

Der Betriebsübergang i.S.v. § 613a Abs. 1 BGB i.V.m. dem Unionsrecht setzt voraus, dass eine **bestehende wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität** von einem neuen Rechtsträger fortgeführt wird. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit ihre Identität bewahrt, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Umstände berücksichtigt werden. Diese sind **Teilaspekte** der vorzunehmenden **Gesamtbewertung** und müssen immer auf die Eigenart der zu prüfenden wirtschaftlichen Einheit bezogen werden, sie dürfen nicht isoliert betrachtet werden. Beim Übergang materieller Betriebsmittel ist nicht nur darauf abzustellen, ob sie für die Durchführung des Betriebszwecks und der dafür auszuübenden Tätigkeiten wichtig oder unentbehrlich sind. Dies kann auf Betriebsmittel zutreffen, die gleichwohl reine Hilfsmittel sind und nicht die Eigenart des Betriebs prägen. Ein klassisches **Dienstleistungsunternehmen**, bei dem die menschliche Arbeitskraft im Mittelpunkt steht, verliert diese Eigenart nicht dadurch, dass zur Erbringung der Dienstleistung ein bestimmtes **Hilfsmittel unverzichtbar** ist. Im Fall der **Übernahme eines Auftrags**, die für sich allein keinen Betriebsübergang darstellt, müssen einzelne Umstände darauf geprüft werden, ob sie durch die Konstellation einer Auftragsnachfolge naturgemäß ausgelöst werden. Eine Auftragsnachfolge bedeutet regelmäßig einen identischen Auftraggeber, eine nahtlose oder fast nahtlose Fortsetzung des Auftrags und eine große Art der Ähnlichkeit der Tätigkeiten. Umstände, die beim neuen Auftragnehmer schon vor der Übernahme des Auftrags vorgelegen haben, sind schon deswegen vom früheren Auftragnehmer nicht "übernommen".⁸⁰²

Ein Betriebsübergang liegt nur vor, wenn es zu einem **Wechsel in der Person des Inhabers** kommt. Daran **fehlt es** im Rahmen eines so genannten **echten Betriebsführungsvertrages**, wenn der vermeintliche Betriebsübernehmer nach außen gegenüber Kunden und Lieferanten nicht als Betriebsinhaber auftritt. An einem Betriebsübergang fehlt es auch, wenn der bisherige Betriebsinhaber seine wirtschaftliche Tätigkeit in dem Betrieb nicht einstellt, weil er gegenüber dem vermeintlichen **Betriebsübernehmer einseitig Richtlinien erlassen und Weisungen erteilen** darf. Die Regelungen zum Betriebsübergang sind nicht dazu da, den Arbeitnehmern einen neuen, möglichst "armen" Vertragspartner zuzuweisen.⁸⁰³

Ein sog. „**echter Betriebsführungsvertrag**“, der dadurch geprägt ist, dass der Betriebsführer den Betrieb **nur aus abgeleitetem Recht im fremden Namen und für fremde Rechnung** führen darf, begründet keinen Betriebsübergang. In diesen Fällen wird der Betriebsführer nicht „verantwortlicher Inhaber“ des Betriebs. Für den Betriebsübergang

⁸⁰² BAG v. 19.3.2015 - 8 AZR 150/14, DB 2015, 2030; dazu NJW-Spezial 2015, 530; BAG v. 25.8.2016 – 8 AZR 53/15, NZA 2017, 599.

⁸⁰³ LAG Berlin-Brandenburg v. 11.5.2016 – 15 Sa 108/16, DStR 2016, 2236 = ZIP 2016, 2387.

ist nicht entscheidend, ob der Betriebsführer im Verhältnis zu den Arbeitnehmern (in Verknennung der Rechtslage) als deren Arbeitgeber auftritt. Maßgeblich ist die umfassende Nutzung des Betriebs nach außen.⁸⁰⁴

b) Übergang der Hauptbelegschaft

Ein Betriebsübergang i.S.v. § 613a BGB liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt. In Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die **menschliche Arbeitskraft** ankommt, kann eine **Gesamtheit von Arbeitnehmern**, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung ihrer Identität ist anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals (**Hauptbelegschaft**) übernimmt. Hingegen stellt die bloße Fortführung der Tätigkeit durch einen Auftragnehmer (Funktionsnachfolger) keinen Betriebsübergang dar.⁸⁰⁵

Selbst die **Übernahme von 75% des Personals** soll allerdings für sich gesehen dazu nicht ausreichen können, wenn die frühere Arbeitsorganisation nicht aufrechterhalten wird und die Anforderungen an die Qualifikation des Personals nicht hoch sind.⁸⁰⁶ Vor diesem Hintergrund hat das LAG Niedersachsen im Falle eines Sanitär- und Heizungshandwerksbetrieb die Übernahme eines **wesentlichen Teils der ausgebildeten Fachkräfte** als Voraussetzung für einen (Teil-) Betriebsübergang angesehen.⁸⁰⁷

Zur Erreichung des Betriebszweckes der **Arztpraxis** kam es deshalb im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft an. Die materiellen und immateriellen Betriebsmittel spielten nur eine untergeordnete Rolle. Es handelte sich demnach um einen betriebsmittelarmen Betrieb, bei dem es auf ein **„eingespieltes Mitarbeiterteam“** und die Fachkenntnisse dieser Mitarbeiter ankommt. Ein solcher Betrieb kann zwangsläufig unter Aufrechterhaltung seiner Identität nur dann von einem Betriebserwerber fortgeführt werden, wenn dieses Mitarbeiterteam übernommen wird, weil dieses beim betriebsmittelarmen Betrieb identitätsbildend ist.⁸⁰⁸

⁸⁰⁴ LAG Stuttgart v. 9.3.2016 – 4 Sa 19/15, ZIP 2016, 2382.

⁸⁰⁵ BAG v. 24.5.2005 - 8 AZR 333/04, ZIP 2006, 46; Parallelentscheidung zu 8 AZR 334/04 und 8 AZR 335/04.

⁸⁰⁶ BAG v. 10.12.1998 – 8 AZR 676/97, ZIP 1999, 632, dazu EWiR 1999, 935 (Bormann); BAG v. 18.2.1999 – 8 AZR 500/97, ZInsO 1999, 421; BAG v. 23.9.1999 - 8 AZR 616/98, ZInsO 2000, 350; zur Übernahme von Personal im Einzelhandel siehe BAG v. 2.12.1999 - 8 AZR 796/98, ZInsO 2000, 412 = ZIP 2000, 711; zur Übernahme der Hauptbelegschaft LAG Düsseldorf v. 17.2.2000 - 11 Sa 1170/99, ZInsO 2001, 48.

⁸⁰⁷ LAG Niedersachsen v. 22.2.2005 – 13 Sa 1311/04, ZInsO 2006, 56.

⁸⁰⁸ BAG v. 22.6.2011 - 8 AZR 107/10, DB 2011, 2553 = NZA-RR 2012, 119; BAG v. 22.7.2004 - 8 AZR 350/03, BAGE 111, 283 = AP BGB § 613a Nr. 274 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 27.

Ähnlich hat das BAG für eine **Rechtsanwaltspraxis** entschieden.⁸⁰⁹ Dadurch, dass die Anwälte einer aufgelösten Rechtsanwaltskanzlei ihre bisherigen Mandanten weiterbetreuen, ohne das bisher zu dieser Betreuung eingesetzte Personal der Kanzlei zu übernehmen, erwerben sie nicht die Kanzlei als Ganzes oder einen Teil von dieser im Wege eines Betriebs(teil)übergangs nach § 613a BGB. Wird eine Anwaltskanzlei von mehreren Rechtsanwälten in der Rechtsform einer GbR betrieben, dann ist die GbR, und nicht jeder einzelne Gesellschafter, Arbeitgeber der in der Kanzlei beschäftigten Arbeitnehmer. Ein Rechtsanwalt in einer Sozietät stellt mit dem ihm zugeordneten Kanzleipersonal keinen organisatorisch abtrennbaren Betriebsteil der Kanzlei dar.

Ein **Notariat**, das von zwei Notaren in Form einer GbR betrieben wird, kann beim **Ausscheiden eines Notars** auf die GbR bestehend aus einem verbleibenden und einem neu eintretenden Notar nach § 613a Abs. 1 BGB übergehen.⁸¹⁰

Auch bei **Leiharbeitsunternehmen** kann es nach der Auffassung des EuGH zu einem **Betriebsübergang** kommen, obwohl Leiharbeitsunternehmen kaum Arbeitnehmer in ihrem "eigenen Betrieb" im Sinn einer organisatorischen Einheit beschäftigen.⁸¹¹ Dem steht nicht entgegen, dass die verliehenen Arbeitnehmer jeweils in die Organisationsstruktur des Kunden integriert sind. Sie bleiben dennoch wesentliche Elemente, ohne die das Leiharbeitsunternehmen seine wirtschaftliche Tätigkeit nicht ausüben könnte. Auch beim Übergang der Beschäftigten zwischen zwei Leiharbeitsunternehmen kann ein Betriebsübergang im Sinn von Art.1 der Richtlinie 2001/23 vorliegen. Art. 2 Abs.2 dieser Richtlinie bestimmt ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten Leiharbeitsverhältnisse nicht schlechthin vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausschließen dürfen. Daher sind bei der Auslegung des Begriffs der **wirtschaftlichen Einheit**, dessen Übergang Voraussetzung für einen Betriebsübergang ist, die **Besonderheiten von Leiharbeitsunternehmen** zu berücksichtigen. Für Leiharbeitsunternehmen ist kennzeichnend, dass diese neben dem Verwaltungspersonal und den Leiharbeitnehmern über keine weiteren wesentlichen Betriebsmittel verfügen. Die wirtschaftliche Einheit besteht bei ihnen regelmäßig in der **organisierten Gesamtheit der Arbeitnehmer**, soweit diese dazu ausreicht, die für die wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens charakteristischen Dienstleistungen ohne Inanspruchnahme anderer wichtiger Betriebsmittel zu erbringen. Die Gesamtheit aus Verwaltungsangestellten, Leiharbeitnehmern und Fachkenntnissen dient dazu, die für die Leiharbeitsbranche typischen Dienstleistungen der Arbeitnehmerüberlassung zu erbringen. Eine solche Gesamtheit kann eine wirtschaftliche Einheit darstellen, die ohne

⁸⁰⁹ BAG v. 30. 10. 2008 – 8 AZR 397/07, DSStR 2009, 1498 m. Anm. Arens.

⁸¹⁰ LAG München v. 8.7.2014 – 2 Sa 94/12, ZIP 2014, 2255; dazu EWiR 2015, 25 (Mückl).

⁸¹¹ EuGH v. 13.9.2007 – RsC-458/05, ZIP 2007, 2093.

Inanspruchnahme anderer wichtiger Betriebsmittel einsatzbereit ist. Ist dies der Fall, so führt der Übergang der Arbeitnehmer zwischen zwei Leiharbeitsunternehmen zu einem Betriebsübergang.

c) **Handels- und Dienstleistungsbetriebe**

Bei **Handels- und Dienstleistungsbetrieben** stehen bei einer Bewertung, ob ein Betriebsübergang vorliegt, die **immateriellen Betriebsmittel**, also Geschäftsbeziehungen zu Dritten, der Kundenstamm und etwaige Kundenlisten, das Know-How und die Einführung des Unternehmens auf dem Markt im Vordergrund. Insoweit bedarf es einer Gesamtbetrachtung, die das Personal, welches diese Tätigkeit verrichtet hat, deren Führungskräfte und deren Arbeitsorganisation, die Betriebsmethoden und gegebenenfalls auch die zur Verfügung stehenden Betriebsmittel mit berücksichtigt.⁸¹²

Die **Übernahme nur des Kundenstamms** eines Unternehmens begründet keinen Betriebsübergang.⁸¹³

Das **von einer Hausverwaltung betreute Grundstück** stellt kein Betriebsmittel dar, sondern ist das Objekt der Verwaltungstätigkeit. Die Arbeitsverhältnisse der mit der Grundstücksverwaltung betrauten Arbeitnehmer der Hausverwaltungsgesellschaft gehen deshalb nicht auf den Erwerber der verwalteten Immobilie über.⁸¹⁴

Auch ein **bloßer Inhaberwechsel** ohne die Aufnahme und Führung des Betriebes durch den neuen Inhaber reicht nicht aus, um die Rechtsfolgen des § 613a BGB auszulösen⁸¹⁵.

d) **Übergang einer wirtschaftlichen Einheit**

Ein Betriebsübergang i.S.v. § 613a BGB setzt die **im Wesentlichen unveränderte Fortführung** einer wirtschaftlichen Einheit unter Wahrung ihrer Identität voraus. Ein Betrieb oder Betriebsteil geht daher nur dann über, wenn er beim Erwerber als Betrieb oder organisatorisch selbständiger Betriebsteil fortgeführt wird. Dies ist nicht der Fall, wenn ein (Bewirtschaftungs-) Betrieb **vollständig** in die eigene Organisationsstruktur eines anderen Unternehmens **eingegliedert** wird.⁸¹⁶

⁸¹² BAG v. 27.10.2005 – 8 AZR 568/04, DB 2006, 285, unter Hinweis auf BAG v. 3.11.1998 – 3 AZR 484/97; BAG v. 25.6.1985 – 3 AZR 254/83, BAGE 49, 102, 105 f. = AP BetrAVG § 7 Nr. 23 = EzA BGB § 613a Nr. 48; BAG v. 29.9.1988 – 2 AZR 107/88, AP BGB § 613a Nr. 76 = EzA BGB § 613a Nr. 85.

⁸¹³ ArbG Frankfurt v. 5.11.2002 – 7/12 Ca 2593/02.

⁸¹⁴ BAG v. 15.11.2012 – 8 AZR 683/11, NJW 2013, 2379 = DB 2013, 1419, dazu EWiR 2013, 313 (Hützen).

⁸¹⁵ BAG v. 16.7.1998 – 8 AZR 80/97, ZInsO 1999, 362.

⁸¹⁶ BAG v. 6.4.2006 – 8 AZR 249/04, DB 2006, 2192 = ZIP 2006, 1695 m. Anm. Schnitker/Grau = DB 2006, 2127 m. Anm. Bayreuther; dazu EWiR 2006, 553 (Hollich).

Der EuGH hat im Falle „**Klarenberg**“ dazu jedoch einschränkend entschieden:⁸¹⁷

Art. 1 Abs. 1 Buchst. a und b der Richtlinie 2001/ 23/ EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen ist dahin auszulegen, dass diese Vorschrift auch dann angewandt werden kann, wenn der übertragene Unternehmens- oder Betriebsteil seine **organisatorische Selbständigkeit nicht bewahrt**, sofern die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten wird und sie es dem Erwerber erlaubt, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen; es ist Sache des vorlegenden Gerichts, das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu prüfen.

Kommt den **materiellen und immateriellen Betriebsmitteln** und der menschlichen Arbeitskraft eine entscheidende Bedeutung für die Identität der wirtschaftlichen Einheit zu, ist es für die Gesamtbeurteilung, ob ein Übergang stattgefunden hat, nicht notwendig, dass der Erwerber einen nach **Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil der Belegschaft** übernommen hat. Das **Erfordernis der Identitätswahrung** verlangt nicht, dass die konkrete Organisation der verschiedenen Produktionsfaktoren durch den Erwerber beibehalten wird. Erforderlich ist vielmehr die Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung zwischen diesen Faktoren. Das LAG Düsseldorf hat dem Europäischen Gerichtshof dazu gemäß Art 234 EG folgende weitere Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:⁸¹⁸

Liegt ein Übergang eines Unternehmens- bzw. Betriebsteils auf einen anderen Inhaber im Sinne von Art 1 Nr. 1 Buchst a und b der Richtlinie 2001/23/EG nur vor, wenn der Unternehmens- bzw. Betriebsteil bei dem neuen Inhaber als organisatorisch selbständiger Unternehmens- bzw. Betriebsteil fortgeführt wird?

Nutzt ein Auftragnehmer zur Durchführung der Arbeiten die ihm **vom Inhaber zur Verfügung gestellten technischen Einrichtungen**, macht deren Einsatz den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs aus. Darin ist die wirtschaftliche Einheit zu sehen. Führt der neue Auftragnehmer die Arbeiten **ohne zeitliche Unterbrechung unverändert** wie der bisherige Auftragnehmer fort, ist von einem Betriebsübergang auszugehen.⁸¹⁹

⁸¹⁷ EuGH v. 12.2.2009 – C-406/07, NZA 2009, 251 = ZIP 2009, 433.

⁸¹⁸ LAG Düsseldorf v. 29.1.2010 – 9 Sa 303/07, ZIP 2010, 1258.

⁸¹⁹ BAG 15.2.2007 - 8 AZR 431/06, AP BGB § 613a Nr. 320 = ZIP 2007, 1382; dazu EWIR 2007, 551 (C. S. Hergenröder); BAG 15.2.2007 - 8 AZR 449/06, BB 2007, 1849.

Eine **besondere Übertragung der Leitungsmacht** ist allerdings **nicht erforderlich**.⁸²⁰ Jedoch muss eine Übernahme der Leitungsverantwortung mit einer klaren organisatorischen Abgrenzung der Aufgabengebiete des bisherigen und des neuen Inhabers nach außen erkennbar sein.⁸²¹

e) Merkmal der sog. eigenwirtschaftlichen Nutzung

Eine Differenzierung im Bereich der **Abgrenzung zwischen reiner Funktionsnachfolge** einerseits und **Übergang wesentlicher sächlicher Betriebsmittel** andererseits bei Auftragsnachfolge versuchte das BAG bisher anhand des Merkmals der sog. **eigenwirtschaftlichen Nutzung**:

*„Einem Betrieb i.S.v. § 613a BGB sind auch solche Gebäude, Maschinen, Werkzeuge oder Einrichtungsgegenstände als sächliche Betriebsmittel zuzurechnen, die nicht im Eigentum des Betriebsinhabers stehen, sondern die dieser aufgrund einer mit Dritten getroffenen Nutzungsvereinbarung zur Erfüllung seines Betriebszwecks einsetzen kann. Die Nutzungsvereinbarung kann als Pacht, Nießbrauch oder als untypischer Vertrag ausgestaltet sein. Wesentlich ist, dass dem Berechtigten **Betriebsmittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung überlassen sind**.“*

Erbringt ein Auftragnehmer dagegen **nur eine (Dienst-)Leistung an fremden Geräten und Maschinen** innerhalb fremder Räumlichkeiten, ohne dass ihm die Befugnis eingeräumt ist, über Art und Weise der Nutzung der Betriebsmittel in eigenwirtschaftlichem Interesse zu entscheiden, können ihm diese Betriebsmittel nicht als eigene zugerechnet werden.⁸²²

Erledigt ein Unternehmen an einer im Eigentum eines Dritten stehenden Anlage (hier: Müllsortieranlage) anfallende manuelle Aufgaben (hier: Sortieraufgaben) und vergibt der Dritte später die Hälfte der (Sortier-) Menge an ein anderes Unternehmen, so dass nunmehr **zwei Unternehmen jeweils in getrennten Schichten** die bisherige Tätigkeit durchführen, stellt dies keinen Betriebsteilübergang auf das neue Unternehmen dar. Die Identität der wirtschaftlichen Einheit ist dann nicht gegeben.⁸²³

⁸²⁰ BAG v. 12.11.1998 – 8 AZR 282/97, ZIP 1999, 589, dazu EWIR 1999, 993 (Joost).

⁸²¹ BAG v. 12.11.1998 – 8 AZR 301/97, ZIP 1999, 1276, dazu EWIR 1999, 1049 (Kohte-Heggemann).

⁸²² BAG v. 11.12.1997 – 8 AZR 426/94, AP Nr. 171 zu § 613a BGB = NZA 1998, 532 = ZIP 1998, 663, dazu EWIR 1998, 687 (Joost), zum Erfordernis der eigenwirtschaftlichen Nutzung siehe auch den Vorlagebeschluss des ArbG Düsseldorf v. 5.5.2004 – 10 Ca 11334/03, NZA-RR 2004, 597.

⁸²³ BAG v. 27.9.2007 – 8 AZR 911/06, ArbRB 2007, 285; Parallelsache zu BAG v. 27.9.2007 – 8 AZR 889/06, EzA-SD 2007, Nr. 21, 11 und zu BAG v. 27.9.2007 – 8 AZR 941/06, ZIP 2008, 801; dazu EWIR 2008, 519 (Lindemann).

Der **EuGH**⁸²⁴ hat das Merkmal der **Überlassung der Betriebsmittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung** inzwischen als nicht notwendige Voraussetzung für die Feststellung eines Betriebsübergangs bezeichnet:

*„Artikel 1 der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen ist dahin auszulegen, dass bei der Prüfung des Vorliegens eines Unternehmens- oder Betriebsübergangs nach dieser Vorschrift **im Fall einer Auftragsneuvergabe** im Rahmen der Gesamtbetrachtung die Feststellung einer Überlassung der Betriebsmittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung **keine notwendige Voraussetzung** für die Feststellung eines Übergangs dieser Mittel vom ursprünglichen Auftragnehmer auf den neuen Auftragnehmer ist.“*

Das BAG hat daraufhin seine bisherige Rechtsprechung aufgehoben. Bei der Prüfung, ob ein Betriebsübergang gegeben ist, ist das **Merkmal der eigenwirtschaftlichen Nutzung** der sächlichen Betriebsmittel **nicht mehr heranzuziehen**.⁸²⁵

f) Neuvergabe eines Auftrags

Die **bloße Neuvergabe eines Auftrags** begründet noch keinen Betriebsübergang i.S.v. §613a BGB. Ein Betriebsübergang liegt aber dann vor, wenn der neue Auftragnehmer die vom vorherigen Auftragnehmer durchgeführten Tätigkeiten (hier: Personenkontrolle am Flughafen) unverändert und ohne Unterbrechung mit **vom Auftraggeber zwingend zur Verfügung gestellten technischen Geräten und Anlagen** weiterführt. Nicht maßgeblich ist insoweit, ob diese Betriebsmittel eigenwirtschaftlich genutzt werden. Nutzt ein Auftragnehmer von der Bundesrepublik Deutschland zur Verfügung gestellte technische Geräte und Anlagen, um die Personenkontrolle am Flughafen durchzuführen, macht deren Einsatz den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs aus. Darin ist die wirtschaftliche Einheit zu sehen. Führt der Auftragnehmer darüber hinaus die Kontrolltätigkeit unverändert und ohne zeitliche Unterbrechung fort, ist von einem Betriebsübergang auszugehen. Auf die **eigenwirtschaftliche Nutzung** der sächlichen Betriebsmittel und auf Übernahme von Personal kommt es nicht an.⁸²⁶

⁸²⁴ EuGH v. 15.12.2005 - C232/04 und C233/04, BB 2006, 272 m. Anm. Melot de Beauregard = ZIP 2006, 95 m. Anm. Kock; dazu EWIR 2006, 55 (Thüsing/Fuhlrott); Freckmann/Koller-van-Delden, DStR 2006, 1373.

⁸²⁵ BAG v. 6.4.2006 – 8 AZR 222/04, NZA 2006, 723 = ZIP 2006, 1268; dazu NJW-Spezial 2006, 372; EWIR 2006, 617 (Junker); im Anschluss an EuGH v. 15.12.2005 - Rs. C-232/04 und C-233/04, ZIP 2006, 95.

⁸²⁶ BAG v. 13.6.2006 – 8 AZR 271/05, NZA 2006, 1101 = ZIP 2006, 1917; dazu Hohenstatt/Grau, NJW 2007, 29.

Eine **Auftragsnachfolge** stellt zwar grundsätzlich keinen Betriebsübergang i.S.v. Art. 1 Abs. 1 RL 2001/23/EG, § 613a BGB dar. Anders kann die Rechtslage aber zu beurteilen sein, wenn der neue Auftragnehmer einen **nach Zahl und/oder Sachkunde wesentlichen Teil der Arbeitnehmer übernimmt** und dies mit dem Übergang einer "wirtschaftlichen Einheit" einhergeht.⁸²⁷

Ein Betriebsübergang liegt ferner auch dann vor, wenn der neue Auftragnehmer die vom vorherigen Auftragnehmer durchgeführten Tätigkeiten (hier: Schlachtarbeiten in einem Schlachthof) unverändert und ohne Unterbrechung mit **vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten „identitätsprägenden Einrichtungen“** weiterführt.⁸²⁸

Der **EuGH** hat zu dieser Problematik ausgeführt:

*„Art. 1 RL 77/187/EWG des Rates vom 14.02.1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen ist so auszulegen, dass diese Richtlinie auf eine Situation anwendbar ist, in der ein Auftraggeber, der einen ersten Unternehmer vertraglich mit der gesamten Verpflegung in einem Krankenhaus betraut hatte, diesen Vertrag beendet und über dieselbe Leistung einen neuen Vertrag mit einem zweiten Unternehmer abschließt, wenn der zweite Unternehmer zuvor von dem ersten Unternehmer benutzte und beiden nacheinander **vom Auftraggeber zur Verfügung gestellte wesentliche materielle Betriebsmittel benutzt**, und dies auch dann, wenn der zweite Unternehmer zum Ausdruck gebracht hat, dass er die Arbeitnehmer des ersten Unternehmers nicht übernehmen will.“⁸²⁹*

Zur **Neuvergabe eines Dienstleistungsauftrags nach mehrmonatiger Unterbrechung der Unternehmenstätigkeit** hat der EuGH entschieden:⁸³⁰

Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen ist dahin auszulegen, dass ein Fall wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehende, in dem der Auftragnehmer eines Dienstleistungsauftrags für den Betrieb einer städtischen Musikschule, dem die Stadtverwaltung **sämtliche für die Ausübung dieser Tätigkeit notwendigen Betriebsmittel zur Verfügung gestellt** hat, diese Tätigkeit zwei Monate vor dem Ende des laufenden Schuljahrs einstellt, die Belegschaft entlässt und die Betriebsmittel an die Stadtverwaltung zurückgibt, die erst für das darauffolgende Schuljahr einen neuen Auftrag

⁸²⁷ EuGH v. 11.7.2018 – C-60/17, NZA 2018, 1053; dazu NJW-Spezial 2018, 596.

⁸²⁸ BAG v. 15.2.2007 – 8 AZR 431/06, BB 2007, 1645 = ZIP 2007, 1382; dazu Wellhöner, BB 2007, 1849.

⁸²⁹ EuGH v. 20.11.2003 – C-340/01 (Carlito Abler u.a. / Sodexo Catering), BB 2004, 275 m. Anm. Schnitker/Grau = ArbRB 2004, 6 (E. Müller) = ZIP 2003, 2315, dazu EWIR 2004, 77 (Diller/Grzyb).

⁸³⁰ EuGH v. 7.8.2018 - C-472/16, NZA 2018, 1123.

vergibt und dem neuen Auftragnehmer dieselben Betriebsmittel überlässt, in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen kann. Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23 ist dahin auszulegen, dass unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens, in dem der Auftragnehmer eines Dienstleistungsauftrags für den Betrieb einer städtischen Musikschule diese Tätigkeit zwei Monate vor dem Ende des laufenden Schuljahrs einstellt und die Belegschaft entlässt und der neue Auftragnehmer die Tätigkeit mit Beginn des darauffolgenden Schuljahrs wieder aufnimmt, die **Kündigung der Arbeitnehmer „aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen**, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen“, im Sinne dieser Bestimmung erfolgt zu sein scheint, sofern nicht die Umstände, die zur Kündigung der gesamten Belegschaft geführt haben, und die verzögerte Bestellung eines neuen Dienstleisters eine gezielte Maßnahme darstellen, um den betroffenen Arbeitnehmern die ihnen nach dieser Richtlinie zustehenden Rechte zu entziehen, was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist.

Entsprechende Probleme ergeben sich auch beim sog. „**Incourcing**“.

Betriebsteile, gehen damit nur dann über, wenn deren sächliche oder immaterielle Betriebsmittel oder der nach der Zahl und Sachkunde wesentliche Teil des dort beschäftigten Personals übertragen worden sind. Eine **bloße Wahrnehmung der gleichen Funktion beim Erwerber mit dessen eigenem Personal** reicht für einen Betriebsübergang nicht aus.⁸³¹

Ein Betriebsübergang i.S.v. § 613a BGB tritt nur mit dem **Wechsel in der Person des Inhabers** des Betriebs ein. Maßgeblich ist die Weiterführung der Geschäftstätigkeit durch diejenige Person, die nunmehr für den Betrieb als Inhaber "verantwortlich" ist. Verantwortlich ist die Person, die den Betrieb im eigenen Namen führt. Das **Eigentum an den Betriebsmitteln** ist für die Frage, wer die Betriebsmittel in ihrer Gesamtheit nutzt, ohne Bedeutung. Es ist deshalb unerheblich, dass die Übereignung der sächlichen Betriebsmittel **unter die aufschiebende Bedingung** einer vollständigen Kaufpreiszahlung gestellt wird, wenn der Besitz an den Betriebsmitteln und die Nutzungsmöglichkeit vorher übergehen. Die Inbesitznahme der Betriebsmittel und die daraus folgende Nutzungsbefugnis kann auch durch einen für den Übernehmer als Betriebsleiter tätigen **Besitzdiener** i. S. von § 855 BGB vermittelt werden. Unerheblich für die Beurteilung eines Betriebsübergangs ist es, ob dem Betriebserwerber ein **Rücktrittsrecht** zusteht. Hierbei handelt es sich um eine schuldrechtliche Berechtigung, deren Ausübung nur zu einem Rückgewährschuldverhältnis führt. Für die Annahme eines Betriebsübergangs ist dagegen der tatsächliche Übergang und die Nutzung der wesentlichen Betriebsmittel entscheidend. Dieser findet zudem zu einem

⁸³¹ BAG v. 17.4.2003 – 8 AZR 253/02, EzA § 613a BGB 2002 Nr. 11 = ArbRB 2003, 325 (Marquardt) = ZlInS 2003, 1010.

genau bestimmten Zeitpunkt statt, der nicht nach Gutdünken des Veräußerers oder Erwerbers auf einen anderen Zeitpunkt verlegt werden kann. Die Einräumung eines Rücktrittsrechts führt nicht dazu, dass der Betriebsübergang so lange in der Schwebe bleibt, wie das Rücktrittsrecht ausgeübt werden kann, wenn die Betriebsmittel vorher übergegangen sind.⁸³²

Gründet ein Krankenhausbetreiber eine **Service GmbH** und übernimmt diese alle Reinigungskräfte des Krankenhauses, liegt ein Betriebsteilübergang vor, wenn die GmbH im Wege der **Arbeitnehmerüberlassung** alle übernommenen Reinigungskräfte an das Krankenhaus "zurückentleiht" und diese dort die **gleichen Tätigkeiten verrichten** wie bisher. In diesem Zusammenhang geschlossene Aufhebungsverträge sind deshalb unwirksam.⁸³³

Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2001/ 23/ EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen ist dahin auszulegen, dass diese Richtlinie anwendbar ist, wenn ein Teil des Verwaltungspersonals und **ein Teil der Leiharbeiter** zu einem anderen Leiharbeitsunternehmen wechseln, um dort die **gleichen Tätigkeiten** im Dienst derselben Kunden auszuüben, und wenn, was durch das vorlegende Gericht zu überprüfen ist, die von dem Übergang betroffenen Mittel als solche ausreichen, um die für die in Rede stehende wirtschaftliche Tätigkeit kennzeichnenden Leistungen ohne Inanspruchnahme anderer wichtiger Betriebsmittel und ohne Inanspruchnahme anderer Unternehmensteile weiter erbringen zu können.⁸³⁴

Zum Betriebsübergang bei **Neuvergabe eines Bewachungsauftrags** („Securitas“) hat der EuGH entschieden:⁸³⁵

Art. 1 Abs. 1 Buchst. a RL 2001/23/EG ist dahin auszulegen, dass ein Fall, in dem ein Auftraggeber einen Vertrag mit einem Unternehmen zur Erbringung von Bewachungs- und Sicherheitsdienstleistungen in seinen Anlagen gekündigt und anschließend für die Ausführung dieser Dienstleistung einen neuen Vertrag mit einem anderen Unternehmen geschlossen hat, das eine Übernahme der Arbeitnehmer des ersten Unternehmens ablehnt, dann unter den Begriff „Übergang von Unternehmen [oder] Betrieben“ i.S.v. Art. 1 Abs. 1 Buchst. a dieser Richtlinie fällt, wenn die für die Ausführung dieser Dienstleistung

⁸³² BAG v. 15.12.2005 – 222/05, ZIP 2006, 1145.

⁸³³ BAG v. 21.5.2008 – 8 AZR 481/07, AuR 2008, 226.

⁸³⁴ EuGH v. 13.9.2007 - C-458/05, NZA 2007, 1151 m. Anm. Mayer.

⁸³⁵ EuGH v. 19.10.2017 – Rs C-200/16 (Supremo Tribunal de Justiça (Oberster Gerichtshof, Portugal)), ZIP 2017, 2421; dazu EWIR 2018, 89 (Forst).

unabdingbare Ausrüstung vom zweiten Unternehmen übernommen wurde. Art. 1 Abs. 1 RL 2001/23 ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Bestimmung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, nach der der Verlust eines Kunden seitens eines Wirtschaftsteilnehmers mit der Vergabe der Dienstleistung an einen anderen Wirtschaftsteilnehmer nicht unter den Begriff „Übergang von Unternehmen [oder] Betrieben“ i.S.v. Art. 1 Abs. 1 fällt.

g) **Insolvenzverwalter und Zwangsverwalter**

Wenn der Insolvenzverwalter durch einen **Dritten** die Tätigkeit der Insolvenzschuldnerin mit den übernommenen Betriebsmitteln fortführen lässt, kann ein Betriebsübergang gem. § 613a BGB vorliegen.⁸³⁶ Stellt der Insolvenzverwalter die Betriebstätigkeit der Insolvenzschuldnerin ein, überlässt aber einem Dritten die bisherigen **Betriebsmittel** zur **Nutzung** und führt dieser mit den Arbeitnehmern der Insolvenzschuldnerin und den übernommenen Betriebsmitteln die wirtschaftliche Tätigkeit der Insolvenzschuldnerin fort, liegt ein Betriebsübergang vor. Nicht erforderlich ist, dass die Betriebsmittel aufgrund eines **wirksamen Kaufvertrages** erworben worden sind und in das Eigentum des Dritten übergegangen sind.

Ein Betriebsübergang liegt vor, wenn ein Insolvenzverwalter die Betriebstätigkeit der Insolvenzschuldnerin einstellt, deren bisherige **Betriebsmittel** einem Dritten **zur Nutzung überlässt** und dieser sie zur Erfüllung seiner Betriebszwecke einsetzt. Dabei ist es unbeachtlich, ob das **zugrunde liegende Rechtsgeschäft bedingt** oder mit einem **Rücktrittsrecht** versehen ist.⁸³⁷

Kündigt der **Zwangsverwalter** eines Grundstücks den Pachtvertrag über ein auf dem Grundstück betriebenes Hotel und führt er den Hotelbetrieb dann **mit Zustimmung des Vollstreckungsgerichts in eigenem Namen** weiter, so liegt ein Betriebsübergang vom früheren Pächter auf den Zwangsverwalter vor.⁸³⁸

h) **Bedeutung von Konzeptionsänderungen**

Ein Betriebsübergang i.S.v. § 613a Abs. 1 S. 1 BGB liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die **wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt**. Die Identität einer wirtschaftlichen Einheit wird in der Regel nicht gewahrt, wenn der Erwerber des Betriebs(teils) ein **anderes Einkaufs- und Verkaufskonzept** verfolgt als der vorherige

⁸³⁶ BAG v. 25.10.2007 – 8 AZR 917/06, NZI 2008, 450 = ZInsO 2008, 572; dazu NJW-Spezial 2008, 308.

⁸³⁷ BAG v. 31.1.2008 – 8 AZR 2/07, DB 2008, 1384 = DZWIR 2008, 366.

⁸³⁸ BAG v. 18.8.2011 – 8 AZR 230/10, ZIP 2011, 2215; dazu EWiR 2011, 805 (Knof/Stütze).

Betriebsinhaber (hier: Verkauf von Abholmöbeln zu Discountpreisen statt Verkauf und Lieferung von Markenmöbeln).⁸³⁹

Dabei steht der Übergang eines Betriebsteils für dessen Arbeitnehmer dem Betriebsübergang gleich. § 613a Abs. 1 S. 1 BGB setzt für den Teilbetriebsübergang voraus, dass die übernommenen Betriebsmittel bereits beim früheren Betriebsinhaber die **Qualität eines Betriebsteils** hatten. Unter dieser Voraussetzung kann auch ein **reines Auslieferungslager** eines Produktionsbetriebs ein selbständig übertragungsfähiger Betriebsteil sein.⁸⁴⁰

Ein Betriebsübergang gemäß § 613a BGB setzt voraus, dass die Identität des Betriebes gewahrt bleibt. **Konzeptions- und Organisationsänderungen** nach Übergang der Leistungsmacht können dem entgegenstehen. Kam es beim früheren Betreiber eines Frauenhauses lediglich zu einer Unterbringung der misshandelten Frauen und Kinder, während der neue Betreiber ein umfassendes Präventions- und Weiterbildungskonzept verfolgt, innerhalb dessen die Mitarbeiter des Frauenhauses auch die präventive Beratung in Beratungsstellen durchführen, steht diese Konzeptions- und Organisationsänderung einem Betriebsübergang entgegen; der Betrieb wird nicht im Wesentlichen unverändert fortgeführt.⁸⁴¹

i) Betriebsteil

Betriebsteil ist eine **Teilorganisation**, in der sächlich und organisatorisch abgrenzbare Teilzwecke erfüllt werden, bei denen es sich um bloße Hilfsfunktionen handeln kann. Um einen selbständig übergangsfähigen Betriebsteil annehmen zu können, bedarf die Teilorganisation bereits beim früheren Betriebsinhaber einer organisatorischen Selbständigkeit.⁸⁴²

Steht ein Betriebsübergang bereits auf Grund anderer Kriterien fest, ist der Übergang der Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer Rechtsfolge und nicht zwingende Voraussetzung eines Betriebsübergangs. Der **Nichtübernahme von Personal** kann grundsätzlich nur bei **betriebsmittelarmen Betrieben** den Tatbestand des Betriebsübergangs ausschließende Bedeutung zukommen.

⁸³⁹ BAG v. 13.7.2006 – 8 AZR 331/05, ZIP 2006, 2181.

⁸⁴⁰ BAG v. 18.12.2003 – 8 AZR 621/02, ArbRB 2004, 204 (Marquardt) = NZA 2004, 791 = ZInsO 2004, 696 = ZIP 2004, 1068, dazu EWIR 2004, 905 (Wißmann/Grau).

⁸⁴¹ BAG v. 4.5.2006 – 8 AZR 299/05, BB 2007, 46 = ZIP 2006, 1545.

⁸⁴² BAG v. 17.4.2003 – 8 AZR 253/02, EzA § 613a BGB 2002 Nr. 11 = ArbRB 2003, 325 (Marquardt) = ZInsO 2003, 1010.

Ein Betriebsübergang liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die **wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt**. Der Begriff "wirtschaftliche Einheit" bezieht sich auf eine organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer **wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung**. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit unter Wahrung ihrer Identität übergegangen ist, sind sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen zu berücksichtigen. Zu diesen zählen insbesondere die Art des betreffenden Betriebs, der Übergang materieller Betriebsmittel sowie deren Wert und Bedeutung, die Übernahme der immateriellen Betriebsmittel und der vorhandenen Organisation, der Grad der Ähnlichkeit mit der Betriebstätigkeit des bisherigen Inhabers, die Weiterbeschäftigung der Hauptbelegschaft, der Übergang von Kundschaft und Lieferantenbeziehungen sowie die **Dauer der evtl. Unterbrechung** der Betriebstätigkeit. Der Betriebsübergang tritt mit dem Wechsel in der Person des Betriebsinhabers ein, also mit dem **Wechsel der Person, die für den Betrieb der übertragenen Einheit als Inhaber verantwortlich ist**. Verantwortlich ist die Person, die den Betrieb im eigenen Namen führt und nach außen als Betriebsinhaber auftritt. Einer besonderen Übertragung einer irgendwie gearteten Leitungsmacht bedarf es wegen des Merkmals der Fortführung des Betriebs nicht. Der **bisherige Inhaber muss seine wirtschaftliche Betätigung in dem Betrieb oder Betriebsteil einstellen**.⁸⁴³

Fasst man die vom **EuGH**⁸⁴⁴ und dem **BAG** seit der „**Klarenberg**“-**Rechtsprechung** definierten **Voraussetzungen** zusammen, so liegt ein Betriebs-(teil-)übergang i.S.v. § 613a BGB unter folgenden Voraussetzungen vor:

- Vorliegen einer „**organisatorischen Einheit**“ beim bisherigen Betriebsinhaber („einsatzbereite Gesamtheit“⁸⁴⁵)
- Alternative 1: **Übernahme wesentlicher Betriebsmittel** bei sog. „betriebsmittelintensiver“ Tätigkeit
- Alternative 2: **Übernahme des nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Personals** bei sog. „betriebsmittelarmer“ Tätigkeit
- **ohne wesentliche Unterbrechung**
- **tatsächliche Fortsetzung** der gleichen oder einer **gleichartigen Tätigkeit** in „eigener Regie“
- bei **im Wesentlichen gleicher Organisationsstruktur** bzw. bei **Wahrung des Funktionszusammenhangs** der übernommenen Arbeitnehmer und / oder Betriebsmittel.

⁸⁴³ BAG v. 22.6.2011 – 8 AZR 107/10, NZA-RR 2012, 119; einschränkend aber LAG Düsseldorf v. 25.8.2010 – 12 Sa 703/10, ZIP 2011, 880.

⁸⁴⁴ EuGH v. 12.2.2009 – C- 466/07, NZA 2009, 251.

⁸⁴⁵ BAG v. 13.10.2011 – 8 AZR 455/10, ZInsO 2012, 450.

Die Auslegung des § 613a Abs.1 Satz 1 BGB durch das BAG, wonach bei einem Betriebsteilübergang die **Eigenständigkeit der übertragenen Einheit** in jedem Fall vor der Übertragung beim Veräußerer bestanden haben muss, wird durch die Rechtsprechung des EuGH getragen. Das BAG durfte auch nach der Auffassung des BVerfG diesbezüglich von einem „acte éclairé“ ausgehen. Das Fachgericht muss unter Anwendung und Auslegung des materiellen Unionsrechts die vertretbare Überzeugung hinsichtlich der EuGH-Vorlagepflicht bilden, dass die Rechtslage entweder von vornherein eindeutig („acte clair“) oder durch Rechtsprechung in einer Weise geklärt ist, die keinen vernünftigen Zweifel offenlässt („acte éclairé“).⁸⁴⁶

5. Zuordnung der Arbeitnehmer der Verwaltungsebene beim Teilbetriebsübergang

Der Übergang eines Arbeitsverhältnisses setzt voraus, dass der **Arbeitnehmer dem übertragenen Betriebsteil zuzuordnen** ist. Bei der Tätigkeit eines Arbeitnehmers für mehrere Betriebe oder Betriebsteile oder in einer zentralen Unternehmensorganisation hat sich die Zuordnung des Arbeitnehmers nach objektiven Kriterien zu richten. Hierzu zählen insbesondere die Funktion des Arbeitsplatzes, der Schwerpunkt der Tätigkeit des Arbeitnehmers und eine tatsächliche Eingliederung in den Betrieb oder Betriebsteil.⁸⁴⁷

Probleme machten bisher Verwaltungs- oder andere **Innendienstabteilungen** hinsichtlich der Zuordnung der Arbeitnehmer beim sog. **Betriebsteilübergang**. Ein solcher Übergang wird vom LAG Köln zumindest dann angenommen, wenn die dortige **Tätigkeit ausschließlich oder überwiegend den übergehenden Betriebsteilen zugute kommt** und für den Veräußerer mit dem (Teil-) Betriebsübergang die **Beschäftigungsmöglichkeit** für die Arbeitnehmer im zentralen Unternehmensbereich **entfällt**.⁸⁴⁸

Auch wenn etwa die Buchhaltung in einem Betrieb eine gesonderte Betriebsabteilung zusammengefasst ist, hat sie im Verhältnis zu den produktiven Bereichen stets eine dienende Funktion, denn Finanzbuchhaltung und Personalbuchhaltung sind eng verknüpft mit den jeweiligen produktiven Bereichen; sie sind deshalb nach Auffassung des LAG Niedersachsen bei Betriebsteilübergängen **anteilig den produktiven Betriebsteilen zuzuordnen**.

⁸⁴⁶ BVerfG v. 15.1.2015 – 1 BvR 499/12, ZIP 2015, 542.

⁸⁴⁷ BAG v. 22.7.2004 – 8 AZR 350/03, AP Nr. 274 zu § 613a BGB = ArbRB 2004, 361 (Kappelhoff) und BAG v. 22.7.2004 – 8 AZR 394/03, BB 2005, 216.

⁸⁴⁸ LAG Köln v. 2.3.2001 – 11 Sa 1386/00, ZlInSO 2001, 868 und LAG Köln v. 8.6.2001 – 11 Sa 281/01, ZlInSO 2002, 96.

Findet ein Betriebsteilübergang statt, dann sind nach der Auffassung des LAG Niedersachsen die Arbeitsverhältnisse der übergeordneten Verwaltungsebene (hier: Buchhaltung) nach den folgenden Grundsätzen zuzuordnen:

- Im ersten Schritt sind die für die Funktionsfähigkeit des jeweiligen Betriebsteils notwendigen Arbeitsplätze festzulegen.
- Im zweiten Schritt sind diese Arbeitsplätze unter Heranziehung sozialer Auswahlkriterien (§ 1 Abs. 3 KSchG) zuzuordnen.⁸⁴⁹

Teilweise wird auch angenommen, dass solche Innen- bzw. Verwaltungsabteilungen als selbständige Abteilungen zu behandeln sind, die **nicht** mit anderen Betriebsstätten oder mit der Betriebstätte, an der sie geführt werden, **übergehen**.⁸⁵⁰

Spätestens seit der neuen Rechtsprechung des BAG⁸⁵¹ im Anschluss an die sog. „**Klarenberg**“-Entscheidung des EuGH⁸⁵² erscheint diese Auffassung als allein zutreffend. Das BAG hat inzwischen entschieden, dass bei einem Betriebsteilübergang nur diejenigen Arbeitnehmer erfasst werden, die **in dem betreffenden Betriebsteil gearbeitet** haben. Es reicht **nicht** aus, dass sie **für** diesen Betriebsteil gearbeitet haben.⁸⁵³

Dies entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung des EuGH: Entgegen einer vielfach angenommenen Meinung genügt es für die Zuordnung der Arbeitnehmer auch nach der Rechtsprechung des EuGH nicht, dass der zuzuordnende Arbeitnehmer Tätigkeiten für den übergehenden Teil verrichtet hat. Entscheidend ist, ob der **Arbeitnehmer in dem Organisationsbereich** dieses Betriebsteils **beschäftigt** worden ist.⁸⁵⁴

Dies entspricht auch der Auffassung des BAG: Der Übergang eines Arbeitsverhältnisses setzt voraus, dass der betroffene Arbeitnehmer dem übertragenen Betrieb oder Betriebsteil zugeordnet ist. Für die **Zuordnung des Arbeitnehmers** ist darauf abzustellen, ob er **in den übergegangenen Betrieb oder Betriebsteil tatsächlich eingegliedert** war.⁸⁵⁵

Für die Frage, welchem Betrieb oder Betriebsteil ein Arbeitnehmer zugeordnet ist, kommt es zunächst auf den **Willen der Arbeitsvertragsparteien** an. Liegt ein solcher weder in ausdrücklicher noch in konkludenter Form vor, so erfolgt die Zuordnung grundsätzlich -

⁸⁴⁹ LAG Niedersachsen v. 9.12.1997 – 13 Sa 703/97, AE 1998, 103.

⁸⁵⁰ LAG Düsseldorf v. 14.12.2000 – 2 Sa 1333/00, ZInsO 2000, 869, dazu EWIR 2001, 369 (Joost).

⁸⁵¹ BAG v. 22.1.2009 – 8 AZR 158/07 („Charite“), NZA 2009, 905 und BAG v. 17.12.2009 – 8 AZR 1019/08 (Betriebskantine), NZA 2010, 499; dazu EWIR 2010, 241 (Fuhlrott), dazu NJW-Spezial 2010, 212.

⁸⁵² EuGH v. 12.2.2009 – C- 466/07, NZA 2009, 251.

⁸⁵³ BAG v. 7.4.2011 – 8 AZR 730/09, AP BGB § 613a Nr. 406 = ZInsO 2011, 2194.

⁸⁵⁴ EuGH v. 7.2.1985 - RsC 186/83 ("Botzen"), Slg. 185, 519, 528 und EuGH v. 12.11.1992 – RsC 20/92, AP Nr. 5 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187.

⁸⁵⁵ BAG v. 18.10.2012 – 6 AZR 41/11, NZI 2013, 151.

ebenfalls ausdrücklich oder konkludent - durch den Arbeitgeber aufgrund seines **Direktionsrechtes**.⁸⁵⁶

Dies hat das BAG auch jüngst noch einmal bestätigt.⁸⁵⁷

*Bei einem Betriebsteilübergang gehen nur die Arbeitsverhältnisse derjenigen Arbeitnehmer nach § 613a Abs. 1 BGB auf den Betriebserwerber über, die **dem übernommenen Betriebsteil zugeordnet** waren. Für die Frage, welchem Betriebsteil ein Arbeitnehmer zugeordnet ist, kommt es zunächst auf den **Willen der Arbeitsvertragsparteien** an. Liegt ein solcher Wille weder in ausdrücklicher noch in konkludenter Form vor, so erfolgt die Zuordnung grundsätzlich – ausdrücklich oder konkludent – **durch den Arbeitgeber** aufgrund seines **Direktionsrechts**. Dass der Arbeitnehmer im Rahmen einer **Verwaltungstätigkeit teilweise auch Tätigkeiten für einen Betriebsteil** ausgeübt hat, der auf einen Betriebsteilerwerber übergegangen ist, wirkt sich auf die Zuordnung des Arbeitnehmers zum nicht übergebenen Verwaltungsbereich nicht aus.*

6. Kündigung nach dem Erwerberkonzept bzw. nach einem Sanierungskonzept

a) Kündigung nach einem Erwerberkonzept

Schon 1996 hatte das BAG angedeutet, dass wegen geplanter Rationalisierungsmaßnahmen des Erwerbers bereits vom Insolvenzverwalter ausgesprochene Kündigungen möglicherweise als „betriebsbedingt“ zulässig sein können. Dennoch verblieb für den Erwerber nach wie vor eine erhebliche Rechtsunsicherheit⁸⁵⁸.

In der Insolvenzpraxis von besonderer Bedeutung ist deshalb die vom BAG⁸⁵⁹ inzwischen akzeptierte Kündigung des Betriebsveräußerers auf Grund eines **Erwerberkonzepts**. Die Kündigung des Betriebsveräußerers auf Grund eines Erwerberkonzepts verstößt dann nicht gegen § 613a Abs. 4 BGB, wenn ein verbindliches Konzept oder ein Sanierungsplan des Erwerbers vorliegt, dessen Durchführung im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung bereits greifbare Formen angenommen hat. Der Zulassung einer solchen Kündigung stehe der Schutzgedanke des § 613a Abs 4 BGB nicht entgegen, denn diese Regelung bezweckt keine "künstliche Verlängerung" des Arbeitsverhältnisses bei einer vorhersehbar fehlenden Beschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers bei dem Erwerber. Für die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung des Veräußerers nach dem

⁸⁵⁶ BAG v. 21.2.2013 – 8 AZR 877/11; NZA 2013, 617; dazu NJW-Spezial 2013, 338.

⁸⁵⁷ BAG v. 17.10.2013 – 8 AZR 763/12, NZA 2014, 392.

⁸⁵⁸ BAG v. 18.7.1996 – 8 AZR 127/94, BB 1996, 2305 = ZIP 1996, 2028 (Joost).

⁸⁵⁹ BAG v. 20.3.2003 - 8 AZR 97/02, AP Nr. 250 zu § 613a BGB = DB 2003, 1906 = ZIP 2003, 1671, einschränkend aber außerhalb der Insolvenz: LAG Köln v. 17.6.2003 – 9 Sa 443/03, ZIP 2003, 2042, dazu EWiR 2004, 273 (Mauer), weitergehend nun aber wieder LAG Köln v. 11.9.2013 – 5 Sa 112(712, AE 2014, 232.

Sanierungskonzept des Erwerbers kommt es - jedenfalls in der Insolvenz - nicht darauf an, ob das Konzept auch bei dem Veräußerer hätte durchgeführt werden können.

b) Kündigung nach einem Sanierungskonzept des Insolvenzverwalters

Kündigt der Insolvenzverwalter als Betriebsveräußerer auf der Grundlage eines von ihm erarbeiteten Sanierungskonzepts im zeitlichen Zusammenhang mit einem geplanten Betriebsübergang ein Arbeitsverhältnis, so steht § 613a BGB nicht entgegen.⁸⁶⁰

7. Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers und dessen Rechtsfolgen

a) Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers nach früherem Recht

Als weitgehend geklärt angesehen werden konnten schon nach der bisherigen Rechtslage auch die Frage des Widerspruchsrechts der Arbeitnehmer und der Fristen für dessen Ausübung im Rahmen eines Betriebsüberganges.⁸⁶¹

Der Arbeitnehmer sollte zumindest dann **wahlweise gegenüber dem Veräußerer** (auch nach dem Übergang) **oder dem Erwerber** widersprechen können, wenn **keine Unterrichtung** über den Betriebsübergang erfolgt war.⁸⁶²

Der Widerspruch des Arbeitnehmers war nach der bisherigen BAG-Rechtsprechung im Regelfall **bis zum Betriebsübergang zeitlich unbefristet** zulässig, ohne dass bis dahin etwa die 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG analog gelten würde.⁸⁶³ **Nach dem Übergang** sollte der Arbeitnehmer allerdings **unverzüglich** nach Kenntniserlangung widersprechen müssen, wobei als Erklärungsfrist die **3-Wochen-Frist des § 4 KSchG** analog gelten sollte.⁸⁶⁴

Nach einer Entscheidung des BSG vom 08.07.2009 stellt der **Widerspruch** eines Arbeitnehmers gegen den Betriebsübergang als solcher **keinen sperrzeitrelevanten Sachverhalt** dar. Allerdings hält das BSG für Fallgestaltungen der vorliegenden Art an seiner Rechtsprechung fest, dass ein wichtiger Grund zur Lösung des Beschäftigungsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag nur besteht, wenn dem Arbeitnehmer anderenfalls objektiv rechtmäßig zum selben Zeitpunkt gekündigt worden und ihm die

⁸⁶⁰ BAG v. 20.9.2006 – 6 AZR 249/05, NZA 2007, 387 = ZIP 2007, 595; dazu EWiR 2007, 363 (Grimm/Michaelis).

⁸⁶¹ EuGH v. 7.3.1996, Rs.C – 171/94, AP EG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 3; EuGH v. 24.1.2002 – Rs.C-51/00, BB 2002, 464 m. Anm. Thüsing; BAG v. 22.4.1993 - 2 AZR 313/92, DB 1994, 941 m. Anm. Moll, DB 1994, 93, dazu EWiR 1994, 341 (Tschöpe); BAG v. 19.3.1998 – 8 AZR 139/97, ZIP 1998, 1080; Boewer in Brennpunkte des Arbeitsrechts 1997, S. 91, 121 ff.

⁸⁶² BAG v. 22.4.1993 – 2 AZR 50/92, AP Nr. 103 zu § 613a BGB; BAG v. 25.1.2001 – 8 AZR 336/00, ZInsO 2001, 872.

⁸⁶³ BAG v. 19.3.1998, ZIP 1998, 1080; einschränkend noch BAG v. 22.4.1993 – 2 AZR 50/92, AP Nr. 103 zu § 613a BGB und BAG v. 12.11.1998 – 8 AZR 265/97, ZIP 1999, 670, dazu EWiR 1999, 207 (Junker).

⁸⁶⁴ BAG v. 25.1.2001 – 8 AZR 336/00, ZInsO 2001, 872.

Hinnahme der Kündigung nicht zumutbar gewesen wäre. Dies wird das Landessozialgericht noch zu klären haben.⁸⁶⁵

Geklärt schien nach der **früheren Rechtsprechung des BAG** auch, dass einem Arbeitnehmer, der ohne triftigen Grund dem Übergang des Arbeitsverhältnisses widerspricht, regelmäßig **ohne Durchführung einer Sozialauswahl vom bisherigen Arbeitgeber betriebsbedingt gekündigt** werden kann, wenn dort kein freier Arbeitsplatz zur Verfügung steht; eine Ausnahme gilt allerdings für (etwa tarifvertraglich geschützte) ordentlich nicht kündbare Arbeitnehmer.⁸⁶⁶

Dann hat das BAG allerdings entschieden, dass beim bisherigen Arbeitgeber die auszusprechende **Kündigung unter Beachtung der Sozialauswahl** zu erfolgen habe.⁸⁶⁷ Allerdings sei jedoch dabei (im Rahmen der Sozialauswahl !) **zu berücksichtigen, dass** der Arbeitnehmer seine **Arbeitsmöglichkeit beim Erwerber freiwillig aufgegeben** und damit den Kündigungsgrund selbst geschaffen habe. Inzwischen hat er diese Rechtsprechung unter der Geltung der Neufassung des § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG seit dem 1.1.2004 noch einmal modifiziert bzw. konkretisiert:⁸⁶⁸

„Auch die Arbeitnehmer, die einem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserwerber nach § 613a Abs. 6 BGB widersprochen haben, können sich bei einer nachfolgenden, vom Betriebsveräußerer erklärten Kündigung auf eine mangelhafte Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG berufen. Die Gründe für den Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserwerber sind seit 01.01.2004 bei der Abwägung der sozialen Auswahlkriterien nicht mehr zu berücksichtigen, da die Auswahlkriterien (Betriebszugehörigkeit, Alter, Unterhaltungspflichten, Schwerbehinderung) vom Gesetzgeber nunmehr abschließend benannt worden sind.“

Außerdem muss schon nach bisherigem Recht der Arbeitgeber einem davon betroffenen Arbeitnehmer die **Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz anbieten**, sobald er damit rechnen muss, dass der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses im Rahmen des bevorstehenden (Teil-) Betriebsüberganges widersprechen werde.⁸⁶⁹

⁸⁶⁵ BSG v. 8.7.2009 - B 11 AL 17/08 R, ZInsO 2010, 248.

⁸⁶⁶ BAG v. 17.9.1998 – 2 AZR 419/97, ZIP 1999, 326 = DStR 1999, 512 m. Anm. Eckert; vgl. zur Anhörung des Betriebsrats und zum Nachschieben von Kündigungsgründen im Prozess insoweit auch LAG Hamm v. 28.1.1999 – 8 Sa 2195/97, ZInsO 1999, 422.

⁸⁶⁷ BAG v. 22.3.2001 – 8 AZR 565/00, EWIR 2001, 989 (Joost); dazu auch von Steinau-Steinrück/Hurek, NJW-Spezial 2005, 417; siehe auch schon BAG v. 7.4.1993 - 2 AZR 449/91 (B); BAG v. 21.3.1996 - 2 AZR 559/95; BAG v. 18.3.1999 - 8 AZR 190/98; BAG v. 24.2.2000 - 8 AZR 167/99; BAG v. 22.4.2004 - 2 AZR 244/03.

⁸⁶⁸ BAG v. 31.5.2007 – 2 AZR 276/06, ZIP 2007, 2433 und BAG v. 31.5.2007 – 2 AZR 218/06; dazu NJW-Spezial 2008, 51; Quecke, ZIP 2007, 1846; Eylert/Spinner, BB 2008, 50.

⁸⁶⁹ BAG v. 15.8.2002 - 2 AZR 195/01, NZA 2003, 430 = ZIP 2003, 365.

Im Allgemeinen soll ohnehin eine **vorübergehende Beschäftigung** des widersprechenden Arbeitnehmers **beim Betriebserwerber grundsätzlich zumutbar** i.S.v. § 615 BGB sein, so dass der Arbeitnehmer bei einer Weigerung dort bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu arbeiten, seine Vergütungsansprüche aus Annahmeverzug riskiert.⁸⁷⁰

Handelt es sich bei dem Arbeitnehmer um einen **ordentlich unkündbaren Mitarbeiter**, sind nach der Auffassung des BAG die Kündigungsmöglichkeiten noch weiter eingeschränkt:⁸⁷¹

„Bei der außerordentlichen Kündigung eines ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers ist zu prüfen, ob dem Arbeitgeber bei einem vergleichbaren ordentlich kündbaren Arbeitnehmer dessen Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist unzumutbar wäre.⁸⁷² Bei einer betriebsbedingten Kündigung ist dies regelmäßig nicht der Fall. Dem Arbeitgeber ist es, wenn aus betrieblichen Gründen die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit entfällt, selbst im Insolvenzfall zumutbar, die Kündigungsfrist einzuhalten. Eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufrist kommt nur dann in Betracht, wenn ein wichtiger Grund zur Kündigung gerade darin zu sehen ist, dass wegen des tariflichen oder einzelvertraglichen Ausschlusses der ordentlichen Kündigung der Arbeitgeber den Arbeitnehmer notfalls bis zum Erreichen der Pensionsgrenze weiterbeschäftigen müsste und ihm dies unzumutbar ist. Dies kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht, bei denen vermieden werden muss, dass der tarifliche oder einzelvertragliche Ausschluss der ordentlichen Kündigung dem Arbeitgeber Unmögliches oder evident Unzumutbares aufbürdet. Dabei ist ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen.⁸⁷³ In erheblich weiterem Umfang als bei einer ordentlichen Kündigung ist es dem Arbeitgeber bei einer außerordentlichen Kündigung mit Auslaufrist gegenüber dem unkündbaren Arbeitnehmer zumutbar, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu vermeiden.“

Arbeitnehmer, die dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widersprochen haben, sollen im Rahmen einer sozialplanpflichtigen Entlassung beim bisherigen Arbeitgeber auch dann nicht ohne weiteres von **Sozialplanabfindungen** ausgeschlossen sein, wenn sie für ihren Widerspruch keinen sachlichen Grund hatten.⁸⁷⁴ Andererseits folgt schon aus § 112 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 BetrVG, dass in Sozialplänen solche Regelungen grundsätzlich getroffen werden können⁸⁷⁵.

⁸⁷⁰ BAG v. 19.3.1998 – 8 AZR 139/97, NZA. 1998, 750 = ZIP 1998, 1080; BAG v. 5.2.1997 – 10 AZR 553/96, ZIP 1997, 2167.

⁸⁷¹ BAG v. 29.3.2007 – 8 AZR 538/06, ZIP 2007, 1724; dazu EWiR 2007, 709 (Kolbe).

⁸⁷² BAG v. 6.10.2005 - 2 AZR 362/04, AP BAT § 53 Nr. 8 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 14; BAG v. 30.9.2004 - 8 AZR 462/03, BAGE 112, 124 = AP BGB § 613a Nr. 275 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 28; BAG v. 8.4.2003 - 2 AZR 355/02, AP BGB § 626 Nr. 181 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 2.

⁸⁷³ BAG v. 30.9.2004 - 8 AZR 462/03, BAGE 112, 124 = AP BGB § 613a Nr. 275 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 28; BAG v. 5.2.1998 - 2 AZR 227/97, BAGE 88, 10 = AP BGB § 626 Nr. 143 = EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 2.

⁸⁷⁴ BAG v. 15.12.1998 – 1 AZR 333/98, ZInsO 1999, 361 = ZIP 1999, 812, dazu EWiR 1999, 437 (Büdenbender).

⁸⁷⁵ BAG v. 5.2.1997 – 10 AZR 553/96, ZIP 1997, 2167.

b) Unterrichtsverpflichtung des Arbeitgebers und Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers

Durch den am 10.10.2001 vom Bundeskabinett verabschiedeten Entwurf eines "Gesetzes zur Änderung des Seemannsgesetzes und anderer Gesetze"⁸⁷⁶ ist seit dem 1.4.2002 neben Änderungen des Seemanns- und dem Seeaufgabengesetzes auch in § 613 a Abs. 5 und 6 BGB eine **Unterrichtsverpflichtung** des Arbeitgebers über den Betriebsübergang und das Recht des Arbeitnehmers zum Widerspruch gegen den Betriebsübergang eingefügt worden.⁸⁷⁷

c) Unterrichtsverpflichtung auch gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern

Entgegen der **bisherigen Rechtslage** in Deutschland, wonach **Unterrichtsverpflichtungen** der an einem Betriebsübergang beteiligten Rechtsträger im Hinblick auf einen Betriebsübergang und die mit diesem verbundenen Rechtsfolgen **nur gegenüber den Arbeitnehmervertretungen** bestehen, die in den Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen gebildet wurden, normiert nunmehr § 613a Abs. 5 BGB eine entsprechende Unterrichtsverpflichtung auch gegenüber den von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmern.

Nach § 613a Abs. 5 BGB n. F. soll die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers gegenüber den vom Übergang betroffenen Arbeitnehmern **unabhängig von der Betriebsgröße** und auch dann bestehen, wenn eine Arbeitnehmervertretung gebildet worden ist.

Das **geht über die** in der **Richtlinie** 2001/23/EG geregelte Verpflichtung des nationalen Gesetzgebers **hinaus**. Danach wären die an solchen Übertragungsvorgängen beteiligten Rechtsträger nur in den Betrieben bzw. Unternehmen, in denen es unabhängig vom Willen der Arbeitnehmer keine Arbeitnehmervertretung gibt, verpflichtet, die Arbeitnehmer vor dem Übertragungsvorgang über den Zeitpunkt bzw. den geplanten Zeitpunkt des Übergangs, den Grund für den Übergang, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen zu informieren.

⁸⁷⁶ BR-Drucks. 831/01; BT-Drucks. 14/7760; Am 31.1.2002 wurde das Gesetz durch den Bundestag verabschiedet, der Bundesrat hat ihm am 1.3.2002 zugestimmt (BR-Drucks. 71/02).

⁸⁷⁷ Dazu Berkowsky, NZI 2002, 415; Bonanni, GmbHR 2002, R 137; Grobys, BB 2002, 726; Bauer/Steinrück, ZIP 2002, 457; Sayatz/Wolff, DStR 2002, 2039; Willemsen/Lembke, NJW 2002, 1159; Grobys, NJW-Spezial 2007, 321; Lemke/Oberwinter, ZIP 2007, 310; Schiefer/Worzalla, NJW 2009, 558.

d) Inhalt der Unterrichtsverpflichtung

Der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber müssen nunmehr die von einem Übergang betroffenen Arbeitnehmer **vor dem Übergang** unterrichten⁸⁷⁸ über

- den **Zeitpunkt** oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs (Nr. 1),
- den **Grund** für den Übergang (Nr. 2),
- die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen **Folgen** des Übergangs für die Arbeitnehmer (Nr. 3) und
- die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen **Maßnahmen** (Nr.4).

Dazu gehören nach der jüngeren Rechtsprechung insbesondere auch nähere Angaben über die Identität des Betriebserwerbers, nämlich mit Namen und Anschrift.⁸⁷⁹

Unter die "rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen **Folgen** eines Betriebsübergangs" nach Nr. 3 fallen insbesondere folgende Aspekte:

- Weiterbestehen oder Änderung der bisherigen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis
- Verteilung der Haftung des bisherigen Arbeitgebers und des neuen Inhabers für noch nicht erfüllte Verpflichtungen gegenüber dem Arbeitnehmer, insbesondere auch über die – zeitlich begrenzte – gesamtschuldnerische Nachhaftung gemäß § 613a Abs. 2 BGB.⁸⁸⁰

Unter die "hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen **Maßnahmen**" nach Nr. 4 fallen folgende Aspekte:

- Etwaige notwendige Weiterbildung im Zusammenhang mit geplanten Produktionsumstellungen oder Umstrukturierungen
- Andere Maßnahmen, welche die berufliche Entwicklung der Arbeitnehmer betreffen.

Im Ergebnis knüpft der Gesetzentwurf damit an die sonstigen gesetzlich normierten Unterrichtsverpflichtungen (z.B. § 5 Abs. 1 Nr. 9 und § 126 Abs. 1 Nr. 11 UmwG) an.

Die Frist zur Erklärung eines Widerspruchs gegen den Übergang eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 613a Abs. 6 BGB wird nur durch eine ordnungsgemäße Unterrichtung ausgelöst. Eine Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB erfordert eine **verständliche, arbeitsplatzbezogene und zutreffende Information**. Sie muss u.a. Angaben über die Identität des Erwerbers, den Gegenstand und den rechtlichen Grund des Betriebsübergangs

⁸⁷⁸ Grau/Schaut, NZA 2018, 216.

⁸⁷⁹ LAG Düsseldorf v. 29.4.2008 – 6 Sa 148/08, ZIP 2008, 1695; BAG v. 21.8.2008 – 8 AZR 407/07, NZA 2009, 512.

⁸⁸⁰ BAG v. 20.3.2008 – 8 AZR 1016/06, BB 2008, 2072 m. Anm. Bittmann/Rosemann.

sowie eine korrekte Darstellung der rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs für den Arbeitnehmer enthalten.⁸⁸¹

§ 613a Abs. 5 BGB erfordert eine **konkrete betriebsbezogene Darstellung** in einer auch für den juristischen Laien **verständlichen Sprache**. § 613a Abs. 5 BGB erfordert eine Information über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer. Der Inhalt der Unterrichtung richtet sich nach dem Kenntnisstand der Unterrichtungsverpflichteten zum Zeitpunkt der Unterrichtung.⁸⁸²

Unter anderem muss sorgfältig über die **rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs** informiert werden. Eine Unterrichtung, die den Arbeitnehmer fehlerhaft über die **Haftung des bisherigen Arbeitgebers und des neuen Betriebsinhabers** über Verpflichtungen gem. § 613a Abs. 2 BGB informiert, ist nicht ordnungsgemäß.

Zu den rechtlichen Folgen des Übergangs, über die nach § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB zu informieren ist, zählt auch der Umstand, dass die von einem **Betriebsteilübergang** betroffenen Arbeitnehmer **beim Erwerber** mangels Erfüllens der Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 KSchG **keinen Kündigungsschutz** nach dem KSchG mehr genießen werden. Über die rechtliche Folge des Verlustes des Kündigungsschutzes nach dem KSchG ist dabei unabhängig davon zu unterrichten, ob beim Erwerber tatsächlich Kündigungen geplant oder auch nur absehbar sind.⁸⁸³

Eine unterbliebene oder fehlerhafte Unterrichtung führt nicht zum Fristbeginn. Eine fehlerhafte **Unterrichtung über Rechtsfragen** ist im Rahmen des § 613a Abs. 5 BGB dann aber nicht unwirksam, wenn der Unterrichtungspflichtige die Rechtslage **gewissenhaft geprüft** und einen **vertretbaren Rechtsstandpunkt eingenommen** hat.⁸⁸⁴

Bei der Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB muss über die **Identität des Betriebserwerbers** so informiert werden, dass die unterrichteten Arbeitnehmer in die Lage versetzt sind, über ihren möglichen neuen Arbeitgeber **Erkundigungen einzuholen**.⁸⁸⁵

⁸⁸¹ BAG v. 13.7.2006 – 8 AZR 305/05, DZWIR 2007, 196 = BB 2006, 2583 = ZIP 2006, 2050.

⁸⁸² BAG v. 14.12.2006 – 8 AZR 763/05, NZA 2007, 682 = BB 2007, 1340 m. Anm. Schnitker/Grau; dazu EWiR 2007, 553 (Schreiner/M. Kuhn).

⁸⁸³ LAG Düsseldorf v. 9.1.2018 – 3 Sa 251/17, AE 2018, 83.

⁸⁸⁴ BAG v. 13.7.2006 - 8 AZR 303/05, DZWIR 2007, 193 = ZIP 2006, 2143; dazu EWiR 2007, 41 (Laskawy/Lomb); Bichlmeier, DZWIR 2007, 231.

⁸⁸⁵ BAG v. 23.7.2009 – 8 AZR 538/08, ZIP 2010, 46, dazu EWiR 2010, 143 (Grimm).

Es berührt die Ordnungsgemäßheit einer Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB nicht, wenn darin als Betriebserwerber eine im Zeitpunkt des Erwerbs noch nicht ins **Handelsregister** eingetragene GmbH genannt wird, diese Eintragung aber bis zur Unterrichtung erfolgt ist.⁸⁸⁶

Die Unterrichtung der von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer nach § 613a Abs. 5 BGB soll eine **ausreichende Wissensgrundlage für die Ausübung oder Nichtausübung ihres Widerspruchsrechts** schaffen. Es soll die Möglichkeit eröffnet werden, sich weitergehend zu erkundigen und ggf. beraten zu lassen. Soweit bei der Unterrichtung über den Betriebserwerber auf die im Handelsregister eingetragenen Tatsachen verwiesen werden soll, müssen **die Firma des Betriebserwerbers, das zuständige Handelsregister und die den Betriebserwerber betreffende Nummer des Handelsregisters fehlerfrei angegeben** werden. Die Identität der Betriebserwerberin muss sich unmittelbar durch Einsichtnahme in das Handelsregister ergeben. Ist die Betriebserwerberin eine **Neugründung**, die nach dem Betriebsübergang **gemäß § 112a Abs. 2 BetrVG nicht sozialplanpflichtig** ist, so ist darüber in der Unterrichtung zu informieren. Diese Pflicht besteht unabhängig davon, ob eine Betriebsänderung geplant oder in Aussicht genommen ist, da die Rechtsstellung der Arbeitnehmer als unmittelbare Folge des Betriebsübergangs verändert wird.⁸⁸⁷

Bei **fehlender Information** über die **Sozialplanprivilegierung nach § 112a Abs. 2 Satz 1 BetrVG** erfolgt kein Ingangsetzen der Frist für Widerspruch gegen den Betriebsübergang. Eine fehlende Information über die Sozialplanprivilegierung nach § 112a Abs. 2 Satz 1 BetrVG des neuen Inhabers führt dazu, dass die Widerspruchsfrist nach § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht in Lauf gesetzt wird. Mit dem **Ablauf des Privilegierungszeitraums** von vier Jahren seit der Gründung des neuen Inhabers ist dieser **Fehler in der Unterrichtung kraft Gesetzes geheilt**. Zu diesem Zeitpunkt beginnt im Hinblick auf diesen Unterrichtungsfehler entsprechend § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB eine Widerspruchsfrist von einem Monat zu laufen.⁸⁸⁸

Ist dem Arbeitgeber im Zeitpunkt des Unterrichtungsschreibens nach § 613a Abs. 5 BGB nicht bekannt, dass ein **Investor gefunden** wird, der die Geschäftsanteile übernimmt, löst das Unterrichtungsschreiben die Monatsfrist für den Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB aus.⁸⁸⁹

⁸⁸⁶ LAG Berlin v. 20.7.2007 – 6 Sa 680/07, ZIP 2007, 2003 und ZIP 2008, 241.

⁸⁸⁷ BAG v. 14.11.2013 – 8 AZR 824/12, NJW 2014, 1755.

⁸⁸⁸ BAG v. 15.12.2016 – 8 AZR 612/15, ZIP 2017, 1129; dazu EWiR 2017, 413 (Wolff).

⁸⁸⁹ LAG Nürnberg v. 10.10.2006 – 6 Sa 53/06, BB 2007, 1284; dazu Lindemann/Wolter-Roßtäuscher, BB 2007, 938.

Auf der Grundlage der Informationen muss der Arbeitnehmer die Folgen des Betriebsübergangs für sich abschätzen können. Er muss grundsätzlich über die Weitergeltung oder Änderung der bisherigen **Pflichten** aus dem Arbeitsverhältnis, die **Haftung** des bisherigen Arbeitgebers und des neuen Inhabers und über den **Kündigungsschutz** informiert werden. Eine Unterrichtung, die den Arbeitnehmer **fehlerhaft** über die **Haftung** des bisherigen Arbeitgebers und des neuen Betriebsinhabers über Verpflichtungen gem. § 613a Abs. 2 BGB informiert, ist nicht ordnungsgemäß.⁸⁹⁰ Bei einem Betriebsübergang besteht also insbesondere auch eine Pflicht zur Unterrichtung über Haftungsbegrenzung und kündigungsrechtliche Folgen. Erforderlich ist eine konkrete betriebsbezogene Darstellung in einer auch **für juristische Laien verständlichen Sprache**.⁸⁹¹

Bei einem Betriebsübergang muss nach der Auffassung des BAG der bisherige Arbeitgeber oder der neue Betriebsinhaber die betroffenen Arbeitnehmer auch darüber unterrichten, dass der Betriebserwerber nur die **beweglichen Anlageteile des Betriebes, nicht aber das Betriebsgrundstück übernimmt**.⁸⁹² Im Streitfall war die Unterrichtung des Klägers unzulänglich, weil er nicht über die fehlende Übertragung der Betriebsimmobilie auf den Betriebserwerber unterrichtet worden war. Ein **Schadensersatzanspruch** wurde jedoch verneint, da der Sozialplan, aus dem der Kläger Ansprüche herleitet, nicht zustande gekommen war. Auch ein Nachteilsausgleich scheidet aus, weil ein Betriebsübergang allein grundsätzlich keine Betriebsänderung darstellt.

Im Schrifttum ist streitig, inwieweit nach § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB auf mittelbare wirtschaftliche und soziale (= Sekundär) Folgen eines Betriebsübergangs hingewiesen werden muss. Eine Verpflichtung, über **Sekundärfolgen** zu informieren, wird teilweise selbst dann abgelehnt, wenn sie im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Übergang der wirtschaftlichen Einheit eintreten können. Hiernach muss nicht auf Absichten hingewiesen werden, die ggf. erst umgesetzt werden, wenn eine Vielzahl von Arbeitnehmern dem Übergang des Arbeitsverhältnisses widerspricht und deshalb beispielsweise wegen des Erreichens der Schwellenwerte von § 17 KSchG, § 112a BetrVG der Abschluss eines Interessenausgleichs und Sozialplans erforderlich ist.⁸⁹³ Nach anderer Auffassung ist eine

⁸⁹⁰ BAG v. 20.3.2008 – 8 AZR 1016/06, BB 2008, 2072 m. Anm. *Bittmann/Rosemann*.

⁸⁹¹ LAG Düsseldorf v. 19.9.2007 – 7 Sa 769/07, FA 2008, 59; siehe auch schon BAG v. 14.12.2006 – 8 AZR 763/05, NZA 2007, 682 = BB 2007, 1340 m. Anm. Schnitker/Grau; dazu EWIR 2007, 553 (Schreiner/M. Kuhn).

⁸⁹² BAG v. 31.1.2008 – 8 AZR 1116/06, BB 2008, 219 = NZA 2008, 642.

⁸⁹³ MüKoBGB/Müller-Glöge, § 613a Rn. 110; Gaul/Otto DB 2005, 2465, 2466, 2468.

Unterrichtungspflicht jedenfalls dann anzunehmen, wenn bereits unternehmerische Konzepte bestehen bzw. wenn Verhandlungen mit dem Betriebsrat bereits geplant sind.⁸⁹⁴

Die Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB umfasst nach Auffassung des **BAG** daher ggf. auch etwaige **Ansprüche aus einem Sozialplan**.⁸⁹⁵ Ausgehend vom Sinn und Zweck der Unterrichtungspflicht, nämlich dem Arbeitnehmer eine ausreichende Wissensgrundlage für die Ausübung des Widerspruchsrechts zu verschaffen, kann unter bestimmten Umständen eine Unterrichtungspflicht auch über Sekundärfolgen gegeben sein. Dies gilt auch in Bezug auf Sozialplanansprüche, die dem Arbeitnehmer bei Ausübung des Widerspruchsrechts zustehen können. Die Frage, ob ein Arbeitnehmer im Falle seines Widerspruchs mit einer Kündigung rechnen muss und ob ihm in diesem Fall gegebenenfalls eine Abfindung zusteht, ist für seine Willensbildung von erheblicher Bedeutung. Eine Unterrichtungspflicht ist allerdings nur zu bejahen, wenn Ansprüche aus einem Sozialplan in Betracht kommen können.

Zu den rechtlichen Folgen gehören die sich unmittelbar aus dem Betriebsübergang als solchen ergebenden Rechtsfolgen, somit auch die Frage nach der im Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber **anzuwendenden Tarifverträge**.⁸⁹⁶

§ 613a Abs. 5 BGB gibt nach der Auffassung des BAG aber **keinen Anspruch auf Auskunft über** die zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs **erworbenen Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung**. Ein derartiger Anspruch auch gegen den Veräußerer kann jedoch aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) entstehen.⁸⁹⁷

Wird das Widerspruchsrecht nach dem Betriebsübergang ausgeübt, **wirkt es auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück**.⁸⁹⁸

Die Neuregelung hat Bedeutung **für jede Form der Übertragung** von Betrieben oder Betriebsteilen – also auch für das Outsourcing von Dienstleistungen, sofern die Voraussetzungen des § 613a BGB erfüllt sind.

⁸⁹⁴ APS/Steffan, 2. Aufl. § 613a BGB Rn. 213; Willemsen/Lembke NJW 2002, 1159, 1163; Grau, Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang gem. § 613a Abs. 5 und 6 BGB, S. 190.

⁸⁹⁵ BAG v. 13.7.2006 - 8 AZR 303/05, DZWIR 2007, 193 = ZIP 2006, 2143; dazu EWiR 2007, 41 (Laskawy/Lomb); Bichlmeier, DZWIR 2007, 231.

⁸⁹⁶ BAG v. 13.7.2006 - 8 AZR 303/05, DZWIR 2007, 193 = ZIP 2006, 2143; dazu EWiR 2007, 41 (Laskawy/Lomb); Bichlmeier, DZWIR 2007, 231.

⁸⁹⁷ BAG v. 22.5.2007 – 3 AZR 834/05, ArbRB 2007, 322; dazu NJW-Spezial 2007, 547.

⁸⁹⁸ BAG v. 13.7.2006 – 8 AZR 305/05, DZWIR 2007, 196 = BB 2006, 2583 = ZIP 2006, 2050.

Durch den in **§ 324 UmwG n.F.** eingefügten Verweis auf § 613a Abs. 5 BGB soll festgeschrieben werden, dass die Verpflichtung des Arbeitgebers, die Arbeitnehmer über einen Betriebsübergang zu unterrichten, nicht auf eine Übertragung durch Einzelrechtsnachfolge beschränkt ist, sondern **auch Übertragungsvorgänge** erfasst, die sich **im Wege der Gesamtrechtsnachfolge** nach den Vorschriften des UmwG vollziehen.

Das LAG Düsseldorf⁸⁹⁹ vertritt zum **Inhalt der Unterrichtungspflicht** eine sehr restriktive Auffassung: „Gem. § 613a Abs.5 Nr.3 BGB ist nur über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Betriebsüberganges zu unterrichten. Über einen zwischen dem Betriebsrat und dem Betriebsveräußerer abgeschlossenen **Interessenausgleich und Sozialplan**, der Abfindungsregelungen für die Arbeitnehmer vorsieht, denen aufgrund ihres Widerspruches gegen den Betriebsübergang aus betriebsbedingten Gründen gekündigt wird, ist nicht gem. § 613a Abs.5 Nr.3 BGB zu unterrichten, da es sich insoweit nicht um die Folgen des Betriebsüberganges, sondern um die Folgen des Nichtüberganges handelt. Der Inhalt der Unterrichtung gem. § 613a Abs. 5 Nr.3 BGB bestimmt sich nach dem **Kenntnisstand des Veräußerers und Erwerbers zum Zeitpunkt der Unterrichtung**. § 613a Abs. 5 Nr.3 BGB beinhaltet keine nachträgliche Unterrichtungspflicht für den Fall, dass der mitzuteilende **Sachverhalt** sich nach der Unterrichtung **verändert** hat. Eine gem. § 613a Abs. 5 Nr.4 „in Aussicht genommene“ Maßnahme setzt neben einer objektiven Konkretisierung eine hinreichend verfestigte subjektive Absicht voraus, auf die gegebenenfalls aus objektiven Indizien geschlossen werden kann.“

Eine **Heilung durch eine Nachunterrichtung** soll allerdings möglich sein.⁹⁰⁰

e) **Adressat der Unterrichtungspflicht**

Die Unterrichtung muss **entweder der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber** vornehmen. In der Praxis dürfte es sich empfehlen, dass sich die beteiligten Rechtsträger auf eine einheitliche ordnungsgemäße Unterrichtung verständigen. Anderenfalls besteht die **Gefahr sich widersprechender Informationen**. Auch besteht die Gefahr, dass Schadensersatzansprüche der Arbeitnehmer wegen fehlerhafter Aufklärung bestehen, aber zwischen den Rechtsträgern selbst keine besondere Regressmöglichkeit geschaffen wurde.

Außerdem besteht das Risiko, dass die **Frist zur Ausübung des Widerspruchsrechts** nicht beginnt, was ganz erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge hätte.

⁸⁹⁹ LAG Düsseldorf v. 1.4.2005 - 18 Sa 1950/04, BB 2006, 276 = ZIP 2005, 1752; dazu EWiR 2006, 395 (Lelley).

⁹⁰⁰ Leßmann, DB 2011, 2378 ff.

Es berührt die Ordnungsgemäßheit einer Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB nicht, wenn darin als Betriebserwerber eine im Zeitpunkt des Erwerbs **noch nicht ins Handelsregister eingetragene GmbH** genannt wird, diese Eintragung aber bis zur Unterrichtung erfolgt ist.⁹⁰¹

Zum **Widerspruch** des Arbeitnehmers **bei mehreren Betriebsübergängen** hat das BAG entschieden.⁹⁰²

„Neuer Inhaber“ i.S.v. § 613a Abs. 6 Satz 2 BGB ist stets derjenige, der beim letzten Betriebsübergang den Betrieb erworben hat. „Bisheriger Arbeitgeber“ i.S.v. § 613a Abs. 6 Satz 2 BGB kann nur derjenige sein, der bis zum letzten Betriebsübergang, also vor dem neuen Inhaber den Betrieb innehatte. Kommt es nach einem Betriebsübergang zu einem weiteren Betriebsübergang und hat der Arbeitnehmer bis dahin dem mit dem vorangegangenen Betriebsübergang verbundenen Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht widersprochen, verliert der vormalige Arbeitgeber seine Eigenschaft als „bisheriger“ Arbeitgeber i.S.v. § 613a Abs. 6 Satz 2 BGB an den Zwischenerwerber. Will der Arbeitnehmer in einem solchen Fall mit einem Widerspruch einen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit dem vormaligen Arbeitgeber bewirken, muss er deshalb zunächst erfolgreich dem an den weiteren Betriebsübergang geknüpften Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den neuen Inhaber widersprechen. Das Recht, dem infolge des vorangegangenen Betriebsübergangs eingetretenen Übergang des Arbeitsverhältnisses zu widersprechen, kann allerdings zuvor erloschen sein. Dies ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen einer Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB von den dort genannten Personen über den mit dem letzten und dem vorangegangenen Betriebsübergang verbundenen jeweiligen Übergang seines Arbeitsverhältnisses unter Mitteilung des Zeitpunkts oder des geplanten Zeitpunkts sowie des Gegenstands des Betriebsübergangs und des Betriebsübernehmers in Textform in Kenntnis gesetzt wurde und er dem infolge des vorangegangenen Betriebsübergangs eingetretenen Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht binnen einer Frist von einem Monat nach Zugang der Unterrichtung über den infolge des weiteren Betriebsübergangs eintretenden Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen hat. Weitere Voraussetzung ist, dass diese Monatsfrist noch vor dem weiteren Betriebsübergang abgelaufen ist. Darauf, ob die Unterrichtungen über den an den vorangegangenen und weiteren Betriebsübergang geknüpften jeweiligen Übergang des Arbeitsverhältnisses im Übrigen ordnungsgemäß i.S.v. § 613a Abs. 5 BGB sind, kommt es insoweit nicht an.

⁹⁰¹ LAG Berlin v. 20.7.2007 – 6 Sa 680/07, ZIP 2007, 2003 und ZIP 2008, 241.

⁹⁰² BAG v. 19.11.2015 – 8 AZR 773/14, NZA 2016, 647 = ZIP 2016, 990.

f) Form der Unterrichtung

Die Unterrichtung des Arbeitnehmers muss in **Textform** (§ 126b BGB) erfolgen. Dies bedeutet, dass

- die Erklärung so abgegeben werden muss,
- dass sie in Schriftzeichen lesbar ist,
- die Person des Erklärenden genannt wird und
- der Abschluss der Erklärung erkennbar gemacht ist.

Möglich ist damit zwar auch eine Unterrichtung **per e-mail**. Wie bei der Versendung **per Telefax** besteht dabei allerdings für den Arbeitgeber das Risiko, den tatsächlichen Zugang der Erklärung nachweisen zu müssen.

Auf die Unterrichtung soll der Arbeitnehmer auch **nicht wirksam verzichten** können.⁹⁰³

g) Rechtsfolgen der unterlassenen bzw. nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung

Eine fehlerhafte Unterrichtung der Arbeitnehmer über den Betriebsübergang hat ein prinzipiell **zeitlich unbegrenztes Widerspruchsrecht** nebst Rückkehrmöglichkeiten zum Veräußerer nach dem Betriebsübergang zur Folge. Wird der Arbeitnehmer über einen Betriebsübergang nicht ordnungsgemäß nach § 613a Abs 5 BGB unterrichtet, läuft die einmonatige Widerspruchsfrist gem. § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht.⁹⁰⁴

Die Verletzung der Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB führt aber auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) **nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung**.⁹⁰⁵

Der Arbeitnehmer soll durch die Unterrichtung über einen Betriebsübergang nach § 613a Abs. 5 BGB eine **ausreichende Wissensgrundlage** für die Ausübung oder Nichtausübung seines Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB erhalten. Die Widerspruchsfrist nach § 613a Abs. 6 BGB wird weder durch eine unterbliebene noch durch eine nicht ordnungsgemäße Unterrichtung ausgelöst.

Nur eine den Vorgaben des § 613a Abs. 5 BGB genügende Unterrichtung über einen Betriebsübergang setzt für den vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer die einmonatige Frist für den Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber in Lauf. Genügt die Unterrichtung formal den Anforderungen des §

⁹⁰³ Grobys, BB 2002, 726, 730.

⁹⁰⁴ Dazu Steffan, NZA 2016, 608.

⁹⁰⁵ BAG v. 24.5.2005 – 8 AZR 398/04, DZWIR 2006, 367 = ZIP 2005, 1978; dazu EWIR 2006, 165 (Grimm/Brock); Nicolai, BB 2006, 1162; Bichlmeier, DZWIR 2007, 231.

613a Abs. 5 BGB und ist sie **nicht offensichtlich fehlerhaft**, so ist es Sache des Arbeitnehmers, der sich auf die Unzulänglichkeit der Unterrichtung beruft, einen **behaupteten Mangel näher darzulegen**.⁹⁰⁶ Hierzu ist er im Rahmen einer **abgestuften Darlegungslast** nach § 138 Abs. 3 ZPO verpflichtet. Dem bisherigen Arbeitgeber und/oder dem neuen Inhaber – je nachdem, wer die Unterrichtung vorgenommen hat – obliegt dann die Darlegungs- und Beweislast für die ordnungsgemäße Erfüllung der Unterrichtungspflicht, indem mit entsprechenden Darlegungen und Beweisangeboten die Einwände des Arbeitnehmers entkräftet werden.

Erfolgt eine solche Unterrichtung überhaupt nicht, so beginnt auch **keine Frist, binnen derer der Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses** gegen den **Betriebserwerber** gerichtet werden muss. Allerdings können die entsprechenden Erklärungen unter Umständen **verwirkt** sein, wofür aber sowohl ein entsprechendes **Zeitmoment** als auch ein entsprechendes **Umstandsmoment** vorliegen müssen.⁹⁰⁷

Der Gesetzgeber hat dem Arbeitnehmer über § 613a Abs. 6 BGB die Möglichkeit eingeräumt, bei einer Verletzung der Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB einen **Widerspruch auch ohne Einhaltung der Widerspruchsfrist** des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB auszuüben. Damit hat es der Arbeitnehmer in der Hand, durch die nicht fristgebundene Ausübung des Widerspruchsrechts den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebsveräußerer zu erreichen. Nimmt er dieses Recht nicht wahr, liegt es nach der Auffassung des BAG **nicht** im Schutzzweck der Vorschrift des § 613a Abs. 5 BGB, dem Arbeitnehmer gleichsam eine erneute Widerspruchsmöglichkeit einzuräumen, indem er im Wege einer **Schadensersatzklage** vom Betriebsveräußerer verlangt, **mittels der Naturalrestitution wirtschaftlich so gestellt zu werden, als hätte er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber ordnungsgemäß widersprochen**. Würde ein solcher Schadensersatzanspruch zuerkannt, würden letztlich die Regelungen bzgl. des Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers umgangen.⁹⁰⁸

Informiert der Betriebsübernehmer den Veräußerer und die betroffenen Arbeitnehmer nicht von einem Betriebsübergang und greift der Arbeitnehmer eine **wegen Betriebsstilllegung ausgesprochene Kündigung** deswegen nicht an, so kommt jedoch ein **Schadensersatzanspruch** des Arbeitnehmers gegen den Betriebsübernehmer in Betracht. Dieser ist auf die **Wiederbegründung des Arbeitsverhältnisses** gerichtet.⁹⁰⁹

⁹⁰⁶ BAG v. 10.11.2011 – 8 AZR 430/10, NZA 2012, 584.

⁹⁰⁷ BAG v. 27.1.2011 – 8 AZR 326/09, NZA 2011, 1162, dazu EWiR 2011, 525 (Fuhlrott).

⁹⁰⁸ BAG v. 11.11.2010 – 8 AZR 169/09, AuA 2011, 488; dazu NJW-Spezial 2011, 211.

⁹⁰⁹ LAG Kiel v. 14.2.2012 – 1 Sa 221 d/11 (r.k.); dazu EWiR 2012, 277 (Fuhlrott).

Widerspricht ein nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechend informierter Arbeitnehmer einem Betriebsübergang, ist dieser **Widerspruch nicht aufgrund mangelhafter Informationen zum Betriebsübergang unwirksam**. Denn wenn ein Widerspruch erfolgt, kann davon ausgegangen werden, dass der Arbeitnehmer sich eventuell fehlende oder unvollständige Informationen zum Betriebsübergang selbst verschafft hat und sein Widerspruchsrecht deshalb ausübt, weil er das Arbeitsverhältnis mit seinem bisherigen Vertragspartner fortsetzen will. Soweit bei Abgabe dieser Erklärung ein auf Arbeitnehmerseite beachtlicher **Rechtsfolgenirrtum** vorgelegen haben sollte, genügen die gesetzlich vorgesehenen **Anfechtungsmöglichkeiten**, um die eigene Erklärung wieder zu beseitigen.⁹¹⁰

Haftet der Betriebserwerber neben dem Betriebsveräußerer nach § 613a Abs. 2 BGB als **Gesamtschuldner für Vergütungsansprüche**, ist die **Einwendung des Verfalls für jeden Schuldner gesondert** zu beurteilen. Der Betriebserwerber ist nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert, sich auf den Verfall des Vergütungsanspruchs zu berufen, wenn weder er noch der Betriebsveräußerer die Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB erfüllt hat und ein innerer Zusammenhang zwischen dieser Pflichtverletzung und der Fristversäumung besteht.⁹¹¹

h) Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers nach § 613a Abs. 5, 6 BGB

Nach § 613a Abs. 6 BGB n.F. kann der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses **innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung** gemäß Abs. 5 schriftlich widersprechen. Damit wird das schon bisher richterrechtlich entwickelte und in der Literatur weitestgehend anerkannte Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers gesetzlich festgeschrieben. Allerdings besteht kein Widerspruchsrecht bei gesetzlich angeordnetem Übergang eines Arbeitsverhältnisses.⁹¹²

Dieser Widerspruch hat zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Betriebsveräußerer unverändert fortgeführt wird. Der Betriebsveräußerer wird den widersprechenden Arbeitnehmer in der Folge entweder einsetzen oder das Arbeitsverhältnis betriebsbedingt beenden. Der Widerspruch kann grundsätzlich nur innerhalb eines Monats ab Zugang der Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB erklärt werden. Ein nach Ablauf dieser Frist erklärter Widerspruch ist grundsätzlich unwirksam.

⁹¹⁰ LAG Köln v. 2.8.2010 – 2 Sa 176/10, ZIP 2011, 830.

⁹¹¹ BAG v. 22.8.2012 – 5 AZR 526/11, ZIP 2013, 86; dazu EWiR 2013, 105 (Fuhlrott).

⁹¹² BAG v. 2.3.2006 – 8 AZR 124/05, NJW 2006, 337 = NZA 2006, 848; dazu Kirmse, NJW 2006, 3325.

Da in § 324 UmwG n.F. auch ein Verweis auf § 613a Abs. 6 BGB eingefügt worden ist, wird ebenfalls gesetzlich anerkannt, dass der Arbeitnehmer **auch im Falle** des sich im Wege **der Umwandlung** vollziehenden Betriebsübergangs dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen kann. Dies entspricht der schon bisher in der Literatur vertretenen und durch das BAG im Jahre 2000 anerkannten Auffassung.⁹¹³

Sie ist allerdings dann problematisch, wenn der übertragende Rechtsträger mit der Umwandlung aufgelöst wird. Hier wird man prüfen müssen, ob in dem Widerspruch eine fristlose **Eigenkündigung** liegt (§§ 133, 157 BGB). Eine andere Deutung kommt dann in Betracht, wenn man für diese Fallkonstellation § 25 Abs. 2 UmwG als einschlägig ansieht.

Ob bei der **Verschmelzung** ein solches Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer überhaupt besteht, war bislang umstritten, da im Rahmen der Verschmelzung der übertragende Rechtsträger, also der bisherige Arbeitgeber, ohne Liquidation erlischt und damit wegfällt. Das Widerspruchsrecht ginge also möglicherweise ins Leere. Wer sollte beim **Untergang des übertragenden Rechtsträgers** später kündigen und wer sollte die Ansprüche erfüllen?

Eine andere Wertung ergibt sich nur, wenn man insoweit § 25 Abs. 2 UmwG für anwendbar ansieht, wonach die „**Fiktion des Fortbestehens**“ **des übertragenden Rechtsträgers** ggf. einschlägig ist und zum Erfordernis einer Abwicklung führen kann. Ein Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses würde also ggf. dazu führen, dass **Annahmeverzugsansprüche** des Arbeitnehmers gegen den eigentlich durch die Verschmelzung erlöschenden oder schon erloschenen übertragenden Rechtsträger begründet und im Rahmen einer Abwicklung befriedigt werden müssten. Allerdings soll im Allgemeinen eine **vorübergehende Beschäftigung** des widersprechenden Arbeitnehmers **beim Betriebserwerber grundsätzlich zumutbar** i.S.v. § 615 BGB sein, so dass der Arbeitnehmer bei einer Weigerung dort bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu arbeiten, seine Vergütungsansprüche aus Annahmeverzug riskiert.⁹¹⁴ Ferner könnten so bei einem **kollektivem Widerspruch** einer Vielzahl von Arbeitnehmern ggf. auch noch ein Interessenausgleich und ein Sozialplan dort erzwungen werden.

Ein Arbeitnehmer kann dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf ein anderes Unternehmen im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge **nicht widersprechen, wenn der bisherige Arbeitgeber im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge erlischt**. Das hat das BAG für den Fall einer Umstrukturierung im

⁹¹³ BAG v. 25.5.2000 – 8 AZR 416/99, NZA 2000, 1115, 1117 f. = ZInsO 2001, 46, 47.

⁹¹⁴ BAG v. 19.3.1998 – 8 AZR 139/97, NZA. 1998, 750 = ZIP 1998, 1080; BAG v. 5.2.1997 – 10 AZR 553/96, ZIP 1997, 2167.

Wege des sog. **Anwachungsmodells** entschieden.⁹¹⁵ Der Kläger war bei einer GmbH & Co. KG beschäftigt. Ihr gesamtes Vermögen war durch Ausscheiden aller Mitgesellschafter auf eine GmbH übergegangen, diese trat somit die gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge der GmbH & Co. KG an, so dass die GmbH & Co. KG erlosch. Der Kläger widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die GmbH zunächst, hielt aber später diesen Widerspruch für unwirksam und beantragte die Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses mit der GmbH. Das Bundesarbeitsgericht stellte fest, dass zwischen dem Kläger und der GmbH ein Arbeitsverhältnis bestehe. Sein Arbeitsverhältnis sei infolge der Gesamtrechtsnachfolge auf diese Gesellschaft übergegangen. Dem stehe auch nicht der vom Kläger erklärte Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die GmbH entgegen. Der vom Kläger erklärte Widerspruch sei nämlich unwirksam, weil der Kläger nicht gemäß § 613a Absatz 6 BGB habe widersprechen können. Ein solcher Widerspruch sei nämlich nicht möglich, wenn der bisherige Arbeitgeber durch die gesellschaftsrechtliche Gestaltung erloschen sei.

Auch wenn diese Entscheidung nicht unmittelbar den Übergang von Arbeitsverhältnissen infolge einer **Verschmelzung** nach dem Umwandlungsgesetz betrifft, wird mit der Entscheidung doch eine lange offene Fragestellung geklärt. Bislang bestand keine Einigkeit darüber, welche Folge ein Widerspruch gegen den Übergang eines Arbeitsverhältnisses hat, wenn ein Arbeitsverhältnis infolge einer Verschmelzung auf einen anderen Arbeitgeber übergeht und der bisherige Arbeitgeber im Rahmen der Verschmelzung erlischt. Dazu wurde bisher verschiedentlich angenommen, dass ein Widerspruch die Folge einer Kündigung habe, mithin also zum Erlöschen des Arbeitsverhältnisses führe. Das BAG hat nunmehr klargestellt, dass ein Widerspruch in einem solchen Fall schlicht keinerlei Wirkungen hat, weil ein Widerspruchsrecht nicht bestehe. Damit hat es auch verdeutlicht, dass ein **Widerspruch** in diesem Fall **nicht ohne weiteres als Kündigung ausgelegt** werden kann.

Demgegenüber kommt bei einem **Spaltungsvorgang** ein solches Widerspruchsrecht mit den dazu von der Rechtsprechung entwickelten Folgen in Betracht.⁹¹⁶ Die Rechtsträger sind in der Festlegung frei, welche Betriebe und Betriebsteile auf welchen anderen Rechtsträger zu übertragen sind. Gemeinsam mit diesen übertragenen Betrieben oder Betriebsteilen gehen dann die damit verbundenen bzw. ihnen zugeordneten Arbeitsverhältnisse über. Dies kommt auch in § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG zum Ausdruck.

⁹¹⁵ BAG v. 21.2.2008 - 8 AZR 157/07, ZIP 2008, 1296 = ZInsO 2008, 928; dazu NJW-Spezial 2008, 434 (Groby/Steinau-Steinrück).

⁹¹⁶ BAG v. 19.3.1998 - 8 AZR 139/97, NZA. 1998, 750 = ZIP 1998, 1080; LAG Hamm v. 6.7.2000 - 4 Sa 233/00, ZInsO 2001, 336; *Baumann*, DStR 1995, 688; *Henrichs*, ZIP 1995, 794.

Hier kommt ein **Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers** mit den bekannten Folgen nach § 613a BGB in Betracht.⁹¹⁷ Der Widerspruch **bedarf** dabei **keiner Begründung**.

Auch ein **kollektiver, gleichlautender Widerspruch** einer Mehrzahl von betroffenen Arbeitnehmern gegen den Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse ist nicht ohne weiteres unzulässig bzw. unwirksam. Allerdings kommt insoweit eine Missbrauchskontrolle hinsichtlich etwaiger unlauterer Zwecke in Betracht.⁹¹⁸

Auch nach Einfügung der Absätze 5 und 6 in § 613a BGB ab 1.4.2002 hat der Widerspruch zwar – wie auch früher – **Rückwirkung**, auch wenn er erst nach dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs erklärt wird.⁹¹⁹ Nach den Grundsätzen des faktischen Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer nach Auffassung des LAG Köln für die Zeit zwischen Betriebsübergang und Erklärung des Widerspruches **Anspruch auf Vergütung gegen den Betriebserwerber**. Ein Anspruch gegen den Veräußerer aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges ist nicht gegeben.⁹²⁰

Ein Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses gem. § 613a Abs. 6 BGB kann nur dann auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurückwirken, wenn das **Arbeitsverhältnis** zum Erwerber zu dieser Zeit überhaupt **noch besteht**.⁹²¹

i) Adressat des Widerspruchs

Nach § 613a Abs. 6 S. 2 BGB n.F. kann der Arbeitnehmer den Widerspruch **entweder** gegenüber dem **bisherigen Arbeitgeber oder** gegenüber dem **neuen Inhaber** erklären.

Der Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB ist bei mehreren aufeinander folgenden Betriebsübergängen gegenüber dem „neuen Inhaber“ oder dem „bisherigen Arbeitgeber“ zu erklären; er richtet sich **gegen den letzten Übergang des Arbeitsverhältnisses** infolge des letzten Betriebsübergangs.⁹²²

Hat der Arbeitnehmer **ungenaue Kenntnis über den tatsächlichen Übernehmer** und erklärt er im Hinblick darauf vorsorglich den Widerspruch gegenüber allen als Übernehmer in

⁹¹⁷ Vgl. *Baumann*, DStR 1995, 688, 689; *Hennrichs*, ZIP 1995, 794, 799; *Commandeur*, NJW 1996, 2543; zum Widerspruchsrecht auch BAG v. 19.3.1998 – 8 AZR 139/97, NZA 1998, 750 = ZIP 1998, 1080 ff.; zuvor BAG v. 21.5.1992 - 2 AZR 449/91, BAGE 70, 238, 250; dazu auch *Arens*, in: Handbuch der Unternehmensinsolvenz 1999, Kap. 14, Rn. 58 m.w.N.

⁹¹⁸ BAG v. 30.9.2004 – 8 AZR 462/03, ZIP 2005, 132; so auch schon LAG Brandenburg v. 29.8.2003 – 199/03 und 232/03, EWiR 2004, 173 (Schnitker/Grau).

⁹¹⁹ BAG v. 13.7.2006 – 8 AZR 382/05, NJW 2007, 250 = ZIP 2007, 87.

⁹²⁰ LAG Köln v. 11.6.2004 - 12 Sa 374/04, ZIP 2005, 591, dazu EWiR 2005, 563 (H. Meyer).

⁹²¹ LAG Berlin v. 20.7.2007 – 6 Sa 680/07, ZIP 2007, 2003.

⁹²² BAG v. 24.4.2014 – 8 AZR 369/13, ZIP 2014, 1647; dazu EWiR 2014, 663 (Greiner); NJW-Spezial 2014, 530; bestätigt durch BAG v. 13.11.2014 – 8 AZR 919/13; dazu NJW-Spezial 2015, 52.

Betracht kommenden Rechtsträgern, muss der bisherige Arbeitgeber diesen Widerspruch gegen sich gelten lassen.

Erforderlich ist deshalb, dass die beteiligten Rechtsträger sich über den Zugang eines Widerspruchs **untereinander informieren**. Die Begründung des Gesetzesentwurfs enthält hier den Hinweis: "Der Arbeitgeber, dem gegenüber der Widerspruch erklärt wurde, *so//* den jeweils anderen Arbeitgeber hierüber unterrichten."

j) Form und Inhalt des Widerspruchs

Der Widerspruch bedarf der **Schriftform**. Damit ist auch die eigenhändige Unterzeichnung durch den Arbeitnehmer erforderlich (§ 126 Abs. 1 BGB). Der schriftlichen Form steht gemäß § 126 Abs. 3 BGB die Erklärung **in elektronischer Form** (§ 126 a BGB) gleich. Für einen Widerspruch in elektronischer Form wäre aber erforderlich, dass die Erklärung **mit** dem Namen des Arbeitnehmers und einer qualifizierten **elektronischen Signatur** nach dem Signaturgesetz **versehen** ist.

Allerdings soll auch ein **konkludent geäußerter Widerspruch** möglich und wirksam sein.⁹²³

Der Erklärung muss der Wille des Arbeitnehmers zu entnehmen sein, einen Übergang des Arbeitsverhältnisses zu verhindern. Eine **Begründung** des Widerspruchs ist **nicht erforderlich**.

Als rechtsgestaltende Willenserklärung kann der Widerspruch **nicht an Bedingungen geknüpft** werden.

k) Widerspruchsfrist

Der Widerspruch ist nach § 613a Abs. 6 S. 1 BGB n.F. **innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung** nach Abs. 5 zu erklären. Der Regierungsentwurf hatte noch – wie es auch der schon **bisher vom BAG** angenommenen Frist entsprach – eine **Frist von drei Wochen** vorgesehen, der Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung aber die Verlängerung auf einen Monat empfohlen.

Die **Frist beginnt mit Zugang** der Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB. Allerdings setzt nur eine **vollständige Unterrichtung** über die in § 613a Abs. 5 BGB geregelten Punkte die Widerspruchsfrist in Gang⁹²⁴, so dass ein pauschaler Hinweis des Arbeitgebers auf den Übergang nicht ausreicht. Entsprechendes gilt bei fehlerhafter oder unvollständiger

⁹²³ BAG v. 13.7.2006 – 8 AZR 382/05, NJW 2007, 250 = ZIP 2007, 87.

⁹²⁴ BAG v. 2.4.2009 – 8 AZR 220/07, ZinsO 2010, 496.

Unterrichtung. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG beginnt die Monatsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht zu laufen, wenn die Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB nicht oder fehlerhaft erfolgt war. Folge der fehlenden Unterrichtung der Arbeitnehmer ist, dass die Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 BGB nicht läuft.⁹²⁵

Auf **anderen Wegen erlangte Kenntnis** des Arbeitnehmers vom Übergang ist insofern – abgesehen von einer möglichen Verwirkung des Widerspruchsrechts – unbeachtlich.

Eine **Abkürzung der Frist** ist nur unter Einbeziehung des Arbeitnehmers möglich, also z.B. nicht durch Vereinbarung der beteiligten Rechtsträger. Möglich ist damit eine Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber oder dem übernehmenden Rechtsträger und dem Arbeitnehmer oder eine Verkürzung der Frist infolge einer abschließenden Erklärung des Arbeitnehmers im Hinblick auf sein Widerspruchsrecht.

In Betracht kommt auch eine **einvernehmliche Verlängerung**, die allerdings durch dreiseitige Vereinbarung zwischen dem Arbeitnehmer, dem bisherigen Arbeitgeber und dem Betriebserwerber erfolgen muss.

Kollektivrechtliche Regelungen über die Art und Weise bzw. die Frist für die Erklärung des Widerspruchs sind **unzulässig**, da es sich beim Widerspruchsrecht um eine individualrechtliche Rechtsposition handelt.

Zur **Schlüssigkeit einer Klage** auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses aufgrund eines **Widerspruchs**, der **später als einen Monat nach erfolgter Unterrichtung** über einen Betriebsübergang eingelegt wurde, gehört die Darlegung, dass die Frist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht zu laufen begonnen hatte, weil die Unterrichtung nicht § 613a Abs. 5 BGB entsprach.

Der Widerspruch kann nach § 613a Abs. 6 Satz 2 BGB gegenüber dem "bisherigen Arbeitgeber" oder dem "neuen Inhaber" erklärt werden. Ist das Arbeitsverhältnis mehrfach infolge **mehrerer Betriebsübergänge** nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB übergegangen, gehört zur Schlüssigkeit einer Feststellungsklage die Darlegung, dass der Widerspruch im Zeitpunkt seiner Einlegung gegenüber dem "neuen Inhaber" oder dem "bisherigen Arbeitgeber" i.S.v. § 613a Abs. 6 Satz 2 BGB erklärt worden ist; er richtet sich **gegen den letzten Übergang des Arbeitsverhältnisses** infolge des letzten Betriebsübergangs. Gegenüber einem ehemaligen Arbeitgeber mit Bezug auf einen früheren Betriebsübergang

⁹²⁵ Vgl. ErfK/Preis, § 613a BGB Rn. 89.

kann ein Widerspruch nicht mehr erklärt werden. "Bisheriger Arbeitgeber" im Sinne von § 613a Abs. 6 BGB ist derjenige, der bis zum letzten Betriebsübergang den Betrieb innehatte. "Neuer Inhaber" ist der Erwerber des letzten Betriebsübergangs.⁹²⁶

I) **Rechtsfolgen des Widerspruchs**

Das Bundesarbeitsgericht hat schon vor der gesetzlichen Regelung des Widerspruchsrechts in § 613a Abs. 6 BGB die Auffassung vertreten, der Widerspruch führe (rückwirkend) zum **Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zum Betriebsveräußerer**.⁹²⁷ Vor Einführung des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB konnte der Arbeitnehmer grundsätzlich bis zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs widersprechen; er musste sich nicht ab Kenntnis von dem bevorstehenden Betriebsübergang innerhalb eines bestimmten Zeitraumes erklären, es sei denn, er wäre dazu aufgefordert worden. Nach dem Betriebsübergang konnte der Arbeitnehmer den Widerspruch nur noch unverzüglich erklären. Hatte er keine Kenntnis vom Betriebsübergang, musste er nach Erlangung der Kenntnis unverzüglich widersprechen. Die Erklärungsfrist betrug entsprechend den §§ 4, 7 KSchG drei Wochen.⁹²⁸ Nach der Neuregelung des § 613a Abs. 6 BGB kann der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB schriftlich widersprechen.

Der fristgerecht und formwirksam erklärte Widerspruch bewirkt, dass das **Arbeitsverhältnis zum bisherigen Arbeitgeber fortbesteht**.

Dies muss auch dann gelten, wenn der **Widerspruch erst im Anschluss an das Wirksamwerden des Betriebsübergangs** bzw. der Umwandlung erklärt wird. Der Arbeitnehmer wird dann so behandelt, als habe das Arbeitsverhältnis den gesamten Zeitraum über mit dem bisherigen Arbeitgeber bestanden. Angesichts hieraus folgender **Rückabwicklungsprobleme** empfiehlt es sich, die Frage einer Ausübung des Widerspruchsrechts vor dem Wirksamwerden des Betriebsübergangs zu regeln.

Der nach § 613a Abs. 5 BGB nicht oder unzureichend informierte Arbeitnehmer, der nach dem Betriebsübergang **zunächst für den Betriebserwerber tatsächlich weiterarbeitet**, hat nach später erfolgtem wirksamem Widerspruch keinen Anspruch gegen den Betriebsveräußerer für die tatsächlich geleistete Arbeit aus § 611 BGB. Sein **Vergütungsanspruch** folgt aus dem **faktischen Arbeitsverhältnis zum Betriebserwerber**.

⁹²⁶ BAG v. 16.10.2014 – 8 AZR 696/13, NZA 2015, 433.

⁹²⁷ BAG v. 22.4.1993 - 2 AZR 313/92, AP BGB § 613a Nr. 102 = EzA BGB § 613a Nr. 112; BAG v. 11.7.1995 - 3 AZR 154/95, AP TVG § 1 Tarifverträge: Einzelhandel Nr. 56 = EzA BGB § 613a Nr. 130; a.A. Rieble, NZA 2004, 1.

⁹²⁸ BAG v. 19.3.1998 – 8 AZR 139/97, BAGE 88, 196 = AP BGB § 613a Nr. 177 = EzA BGB § 613a Nr. 163; BAG v. 25.1.2001 – 8 AZR 336/00, AP BGB § 613a Nr. 215 = EzA BGB § 613a Nr. 194.

Der Betriebsveräußerer befindet sich grundsätzlich auch nur dann für diesen Zeitraum im **Annahmeverzug**, wenn ihm die Arbeitsleistung erfolglos angeboten wurde. Annahmeverzug besteht nur dann, wenn der Arbeitnehmer darlegt und beweist, dass er bei einer ordnungsgemäßen Information nach § 613a Abs. 5 BGB den Widerspruch unmittelbar erklärt und seine Arbeitsleistung angeboten hätte. Der Arbeitnehmer muss sich im Falle des ausnahmsweise bestehenden Annahmeverzuges nach § 615 S. 2 BGB den gegen den Betriebserwerber im faktischen Arbeitsverhältnis erzielten Verdienst unabhängig davon anrechnen lassen, ob er ihn tatsächlich erhalten hat. Zwischen Betriebsveräußerer und Betriebserwerber besteht **kein Gesamtschuldverhältnis**, aus dem der Arbeitnehmer wahlweise vorgehen kann. Der Betriebserwerber kann sich im faktischen Arbeitsverhältnis nicht auf Ausschlussstatbestände, die zwischen dem Arbeitnehmer und Betriebsveräußerer vereinbart wurden (z.B. Ausschlussfristen) berufen. Wegen der unzureichenden Information kann unter Umständen ein **Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB** gegen den Betriebsveräußerer bestehen.⁹²⁹

Das LAG Berlin-Brandenburg hat mit Urteil vom 20.11.2013 ähnlich entschieden: Widerspricht ein Arbeitnehmer zeitlich nach einem Betriebsübergang dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber, finden auf die Rechtsbeziehung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebserwerber die **Grundsätze des faktischen Arbeitsverhältnisses** Anwendung. Nach den Grundsätzen des faktischen Arbeitsverhältnisses bestehen gegen den Betriebserwerber **keine Ansprüche auf Leistungen, die allein an den Bestand des Arbeitsverhältnisses** und nicht an die Erbringung der Arbeitsleistung **anknüpfen**, da der Arbeitnehmer weiterhin in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsveräußerer steht und insofern nicht schutzbedürftig ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn **zum Zeitpunkt des Widerspruchs die Leistungen noch nicht erbracht** waren und deshalb auch keine Rückabwicklungsschwierigkeiten bestehen können. Eine **vertragliche Ausschlussfrist**, nach der alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb von **drei Monaten** nach dem Zeitpunkt, in dem der Anspruchsteller von den **anspruchsbegründenden Umständen Kenntnis erlangt** hat oder hätte erlangen müssen, gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich geltend gemacht werden müssen, ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, da dem Arbeitnehmer ab der Fälligkeit der Ansprüche nach den allgemeinen Regeln gegebenenfalls weniger als drei Monate für die Geltendmachung verbleiben.⁹³⁰

⁹²⁹ ArbG Bielefeld v. 4.4.2012 - 6 Ca 1896/11, n.V.

⁹³⁰ LAG Berlin-Brandenburg v. 20.11.2013 – 21 Sa 866/13 und 21 Sa 960/13, dazu EWiR 2014, 531 (Grau/Schaut)

Geht ein Betrieb oder Betriebsteil im Wege eines Betriebsübergangs auf einen Erwerber über, so werden nur diejenigen **Arbeitnehmer** von diesem Betriebsübergang **erfasst**, deren Arbeitsverhältnisse **dem übergegangenen Betrieb oder Betriebsteil zugeordnet** waren. Widerspricht ein Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber des Betriebes, dem er wirksam zugeordnet war, so hat er **grundsätzlich keinen Anspruch** gegen seinen bisherigen Arbeitgeber **auf Zuordnung zu einem anderen Betrieb**, der ebenfalls im Wege eines Betriebsübergangs **auf einen anderen Erwerber übergehen** soll. Dies gilt auch dann, wenn ihm eine betriebsbedingte Kündigung durch seinen bisherigen Arbeitgeber wegen Wegfalles einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit droht.⁹³¹

Hat ein Arbeitnehmer den Widerspruch gem. § 613a Abs. 6 S.1 BGB wirksam erklärt, kann er diesen als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung **nicht einseitig nach Zugang** beim Erklärungsadressaten **widerrufen** oder mit einem Vorbehalt versehen.

Außerdem ist nach erklärtem Widerspruch eine zwischen dem Betriebsveräußerer und dem Arbeitnehmer vereinbarte **Aufhebung des Widerspruchs dem Erwerber gegenüber unwirksam**.⁹³² Die rechtsgestaltende Wirkung des Widerspruchs hat nämlich insoweit auch **(Dritt-) Wirkung** bezüglich des Erwerbers gehabt als das Arbeitsverhältnis trotz Betriebsübergangs nicht auf ihn übergegangen ist. Eine Einigung über die Zurücknahme eines Widerspruchs zum Betriebsübergang kann rechtswirksam nur zwischen Arbeitnehmer, bisherigen Arbeitgeber und Betriebsnachfolger getroffen werden.⁹³³

Eine **Vereinbarung** mit einem **Arbeitnehmer in der Freizeitphase der Block-Altersteilzeit**, wonach dieser im Interesse von Veräußerer und Erwerber sein **Widerspruchsrecht** nach § 613a Abs. 6 BGB ausüben soll, ist nach der Auffassung des LAG Frankfurt für diesen nachteilig und **verstößt gegen § 134 BGB**, wenn die Risiken eines solchen Widerspruchs falsch dargestellt werden (hier: zugesagte, aber tatsächlich fehlende Insolvenzversicherung eines Abfindungsanspruchs zum Ende der Altersteilzeit). Damit ist auch der erklärte **Widerspruch unbeachtlich**. Das LAG Frankfurt hat dabei nicht entschieden, ob eine solche Vereinbarung rechtswirksam ist, wenn eine vollständige Insolvenzversicherung zugesagt ist, aber dann scheitert.⁹³⁴

Wird bei der Unterrichtung über einen Betriebsübergang durch Verschweigen bestimmter Umstände ein falscher und für die Abgabe des Widerspruchs bedeutsamer Eindruck erweckt (Täuschung über die Insolvenzversicherung eines Zeitguthabens), kann dies zur **Anfechtung**

⁹³¹ BAG v. 21.2.2013 – 8 AZR 877/11; NZA 2013, 617; dazu NJW-Spezial 2013, 338.

⁹³² BAG v. 30.10.2003 - 8 AZR 491/02, DB 2004, 990 = ZIP 2004, 729; dazu EWiR 2004, 589 (Wank).

⁹³³ LAG Hamm v. 20.6.2002 – 19 Sa 43/02, NZA-RR 2003, 185 = ZInsO 2003, 483.

⁹³⁴ LAG Frankfurt v. 16.2.2011 – 18 Sa 1232/10, ZIP 2011, 1230, dazu EWiR 2011, 491 (Grimm).

des ausgeübten Widerspruchs wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB berechtigen.⁹³⁵

Nach einer Entscheidung des BSG vom 08.07.2009 stellt der **Widerspruch** eines Arbeitnehmers gegen den Betriebsübergang als solcher **keinen sperrzeitrelevanten Sachverhalt** dar. Allerdings hält das BSG für Fallgestaltungen der vorliegenden Art an seiner Rechtsprechung fest, dass ein wichtiger Grund zur Lösung des Beschäftigungsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag nur besteht, wenn dem Arbeitnehmer anderenfalls objektiv rechtmäßig zum selben Zeitpunkt gekündigt worden und ihm die Hinnahme der Kündigung nicht zumutbar gewesen wäre. Dies wird das Landessozialgericht noch zu klären haben.⁹³⁶

Geht ein Betrieb als Ganzes auf einen anderen Arbeitgeber über und widersprechen Arbeitnehmer diesem Betriebsübergang und werden daraufhin gekündigt, ist nach der Auffassung des LAG Nürnberg⁹³⁷ **weder eine Anhörung des Betriebsrats des übergegangenen Betriebes noch eine solche des Betriebsrats des Hauptbetriebes erforderlich**. Es sei weder eine entsprechende Anwendung des § 21b BetrVG (**Restmandat**) noch eine solche des § 21a BetrVG (**Übergangsmandat**) veranlasst. Die Kündigung dieser widersprechenden Arbeitnehmer stellt nach der Auffassung des LAG Nürnberg unabhängig von der Zahl der gekündigten Arbeitnehmer **keine interessenausgleichs- und sozialplanpflichtige Maßnahme** dar. Die in einer Sitzung des Wirtschaftsausschusses gemachte Äußerung des Arbeitgebers, die widersprechenden Mitarbeiter erhielten eine Abfindung gemäß einem bestehenden Sozialplan, lässt sich als „Zusage“ nur dann interpretieren, wenn sie so verstanden werden musste, dass dies unabhängig von den Regelungen im Sozialplan der Fall sein solle. Ein **Schadensersatzanspruch** scheidet aus, wenn dem Geschäftsführer vor seiner Äußerung nicht deutlich gemacht wurde, dass diese Äußerung an die betroffenen Arbeitnehmer weitergegeben werden solle.

m) Verzicht und Verwirkung des Widerspruchsrechts

Ein **Verzicht** auf das Widerspruchsrecht bei einem Betriebsübergang ist nach der Auffassung des LAG Hannover - **auch bei fehlerhafter Unterrichtung** - möglich. Im Fall eines Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB tritt der neue Inhaber in die Rechte und Pflichten aus dem im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnis ein. Verzichtet der Arbeitnehmer auf sein Widerspruchsrecht oder stimmt dem Übergang des

⁹³⁵ BAG v. 15.12.2011 – 8 AZR 220/11, NJW 2012, 1677 = ZIP 2012, 1144; dazu EWIR 2012, 477 (Greiner); NJW-Spezial 2012, 275.

⁹³⁶ BSG v. 8.7.2009 - B 11 AL 17/08 R, ZInsO 2010, 248.

⁹³⁷ LAG Nürnberg v. 9.8.2011 – 6 Sa 230/10, ZIP 2012, 844.

Arbeitsverhältnisses ausdrücklich zu, ist ein (späterer) Widerspruch ausgeschlossen. Allgemeine Einwände stehen dem Verzicht nicht entgegen. § 613a Abs. 6 BGB ist dispositives Recht. Vertragliche Abbedingungen sind damit grundsätzlich möglich.⁹³⁸

Der Arbeitnehmer kann sowohl auf sein **Widerspruchsrecht** nach § 613a Abs. 6 BGB als solches als auch zeitweilig auf dessen Ausübung **verzichten**. Bei der Auslegung einer Erklärung als „Verzicht“ ist die hohe Bedeutung des Widerspruchsrechts für die Arbeitnehmer zu beachten. Ein **Verzicht muss eindeutig und zweifels** frei zum Ausdruck gebracht werden. Der 8. Senat des BAG hat es offengelassen, ob ein wirksamer Verzicht auf das Widerspruchsrecht als solches bzw. auf dessen Ausübung eine ordnungsgemäße Unterrichtung i.S.v. § 613a Abs. 5 BGB voraussetzt. Ebenso nicht entschieden hat der 8. Senat, ob in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam ein kompensationsloser Verzicht auf das Widerspruchsrecht bzw. auf dessen Ausübung erklärt werden kann.⁹³⁹

Das **Widerspruchsrecht** kann auch **verwirkt** werden.⁹⁴⁰ Das Berufen auf Verwirkung kann ggf. auch dem Betriebsveräußerer zugestanden werden, unabhängig davon, ob und ggf. wann er von den für die Verwirkung maßgeblichen Aspekten erfahren hat.⁹⁴¹ Zur Verwirkung des Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers sind zwischenzeitlich mehrere Entscheidungen ergangen, aus denen allerdings überwiegend die Tendenz abzulesen ist, die Geltendmachung des Widerspruchsrechts möglichst nicht an einer Verwirkung scheitern zu lassen.

Ein Recht kann **nur unter engen Voraussetzungen** verwirken. Es reicht nicht aus, dass der Berechtigte das Recht längere Zeit nicht in Anspruch genommen hat (**Zeitmoment**). Hinzukommen muss das sog. **Umstandsmoment**. Mit der Verwirkung soll die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen werden. Die Verwirkung dient dem **Vertrauensschutz**. Der Berechtigte muss unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erwecken mussten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes beim Verpflichteten das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist. Hierüber herrscht Einvernehmen.⁹⁴²

⁹³⁸ LAG Hannover v. 5.2.2018 – 8 Sa 831/17, ZIP 2018, 2088.

⁹³⁹ BAG v. 28.2.2019 – 8 AZR 201/18, ZIP 2019, 1631.

⁹⁴⁰ Dazu Kittner, NJW 2012, 1180; Bauer/Ernst, NZA 2018, 1243.

⁹⁴¹ BAG v. 2.4.2009 – 8 AZR 220/07, ZinsO 2010, 496.

⁹⁴² BAG v. 25.4.2001 - 5 AZR 497/99, AP Nr. 46 zu § 242 BGB Verwirkung = NZA 2001, 966; BAG v. 18.12.2003 - 8 AZR 621/02, AP Nr. 263 zu § 613a BGB = NZA 2004, 791.

Die Annahme der Verwirkung des Widerspruchsrechts setzt in einem solchen Fall nicht voraus, dass die Unterrichtung über den Betriebsübernehmer den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB genügt. Vielmehr genügt es grundsätzlich, dass der **neue Inhaber namentlich zutreffend bezeichnet und dadurch hinreichend individualisiert** worden ist.

Das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB ist noch nicht verwirkt, wenn die Widerspruchsfrist mangels ordnungsgemäßer Unterrichtung nicht zu laufen begonnen hat und der Widerspruch dann **22 Monate nach dem Betriebsteilübergang** erfolgt ist und der Arbeitnehmer in dieser Zeit **über den Bestand seines Arbeitsverhältnisses nicht disponiert** hat, sondern es lediglich zu unwesentlichen Änderungen im Vertragsinhalt und ansonsten einer widerspruchslosen Weiterarbeit gekommen.⁹⁴³

Erhält ein Arbeitnehmer nach Betriebsübergang vom **Betriebserwerber** eine Kündigung und erhebt er dagegen **keine Kündigungsschutzklage**, so kann dadurch das für die Annahme einer Verwirkung erforderliche Umstandsmoment erfüllt sein. Um die Erfüllung des Umstandsmoments zu vermeiden ist erforderlich, dass entweder eine Kündigungsschutzklage erhoben oder binnen der Frist des § 4 S. 1 KSchG die **Unwirksamkeit der Kündigung in sonstiger Weise gegenüber der Betriebserwerberin oder auch der Betriebsveräußerin geltendgemacht** wird. Die Unwirksamkeit der von dem Betriebserwerber ausgesprochenen Kündigung kann auch dadurch geltend gemacht werden, dass binnen der **Dreiwochenfrist** des Kündigungsschutzgesetzes, also binnen der noch offenen Frist für die Erhebung einer Kündigungsschutzklage, der **Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses** infolge des Betriebsübergangs **erklärt** wird. Dergestalt lässt der Arbeitnehmer die von dem Betriebserwerber ausgesprochene Kündigung zu einem Zeitpunkt ins Leere gehen, als noch die Möglichkeit zu einer gegen den Betriebserwerber zu richtenden Kündigungsschutzklage besteht. Eine Disposition des Arbeitnehmers durch Nichterhebung einer Kündigungsschutzklage kann in diesem Falle nicht angenommen werden.⁹⁴⁴

Verklagt ein Arbeitnehmer **nach einem Betriebsübergang den Betriebserwerber** auf Feststellung, dass zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht, so kann er durch die **Art und Weise der Prozessführung und Prozessbeendigung** sein Recht zum Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Betriebsveräußerer verwirken. Es stellt einen die Verwirkung des Rechts zum Widerspruch begründenden Umstand dar, wenn ein Arbeitnehmer zunächst das Bestehen seines Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserwerber geltend macht und dann über diesen Streitgegenstand eine

⁹⁴³ LAG Düsseldorf v. 9.1.2018 – 3 Sa 251/17, AE 2018, 83.

⁹⁴⁴ BAG v. 9.12.2010 – 8 AZR 152/08, ZInsO 2011, 1616.

vergleichsweise Regelung trifft. Das gilt jedenfalls dann, wenn ein Betriebsübergang stattfand und das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers tatsächlich auf den zunächst verklagten Betriebserwerber übergegangen ist. Nach einer vergleichweisen Einigung mit dem Betriebserwerber, durch welche der Bestand des Arbeitsverhältnisses geregelt wird, geht ein rechtsgestaltender Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines "bereinigten" Arbeitsverhältnisses ins Leere.⁹⁴⁵

Das Recht des Arbeitnehmers, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserwerber zu widersprechen, kann verwirkt werden, wenn die einmonatige Widerspruchsfrist wegen einer fehlerhaften Unterrichtung über den Betriebsübergang noch nicht zu laufen begonnen hat. Das für die Verwirkung erforderliche **Umstandsmoment** liegt regelmäßig **nicht** vor, wenn bei **zwei zeitlich aufeinanderfolgenden Betriebsübergängen** der Arbeitnehmer zunächst dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Zweiterwerber und **erst später dem Übergang auf den Ersterwerber widerspricht**.⁹⁴⁶

Das **BAG** hat es dahingestellt sein lassen, ob mit dem Ablauf von 11 Monaten das Zeitmoment erfüllt ist. Allein die Tatsache, dass der Arbeitnehmer nach dem Betriebsübergang die Arbeit bei dem Betriebsinhaber weitergeführt hatte, ist für das Umstandsmoment nicht ausreichend.⁹⁴⁷ Es soll auf die konkreten Umstände des Einzelfalles ankommen.⁹⁴⁸

Auch das **LAG Düsseldorf** hat sich in mehreren Entscheidungen gegen eine Verwirkung des Widerspruchsrechts der jeweiligen Arbeitnehmer ausgesprochen:⁹⁴⁹ Das LAG Düsseldorf hat in allen Urteilen die Revision zugelassen.

- **Zeitmoment:** Das LAG Düsseldorf hat in sämtlichen Entscheidungen abgelehnt, auf starre Fristen abzustellen. Insbesondere sei auch eine Analogie zu § 5 Abs. 3 S. 2 KSchG (Geltendmachung innerhalb von sechs Monaten) nicht zulässig. Es sei auch zu berücksichtigen, dass ein für die Verwirkung zugrundezulegender Zeitraum erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnen könne, in dem der Berechtigte Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung erlangt habe. Der Arbeitnehmer sei nicht gehalten, sein Widerspruchsrecht auf einer unzureichenden Tatsachenbasis auszuführen. Immer aber komme es auf die **Umstände des Einzelfalles** an. Das LAG hat daher Zeiträume von knapp acht Monaten⁹⁵⁰, über neun Monate⁹⁵¹, über 10 Monate⁹⁵² und

⁹⁴⁵ BAG v. 17.10.2013 – 8 AZR 974/12, NZA 2014, 774.

⁹⁴⁶ BAG v. 26.5.2011 – 8 AZR 18/10, NJW 2012, 28; dazu NJW-Spezial 2011, 628.

⁹⁴⁷ BAG v. 14.12.2006 - 8 AZR 763/05, BB 2007, 1340 m. Anm. Schnitker/Grau

⁹⁴⁸ BAG v. 13.7.2006 – 8 AZR 382/05, NJW 2007, 250 = ZIP 2007, 87.

⁹⁴⁹ LAG Düsseldorf v. 13.12.2006 - 7 (3) Sa 542/06; LAG Düsseldorf v. 13.12.2006 - 7 (6) Sa 629/06; LAG Düsseldorf v. 20.12.2006 - 7 (1) Sa 763/06; LAG Düsseldorf v. 18.1.2007 - 5 Sa 1062/06.

⁹⁵⁰ 7 (3) Sa 542/06.

selbst von über 15 Monate⁹⁵³ zwischen (fehlerhafter) Unterrichtung und Ausübung des Widerspruchsrechts für unschädlich angesehen.

- **Umstandsmoment:** Das LAG Düsseldorf hält es für grundsätzlich unerheblich, dass der Arbeitnehmer während der noch laufenden Widerspruchsfrist die Arbeit bei dem Erwerber fortgeführt hat. Im Übrigen betont es, dass es auch in diesem Zusammenhang stets auf die Umstände des Einzelfalls ankommt. Es hat daher in den konkreten Fällen für den Eintritt einer Verwirkung nicht ausreichen lassen, dass der Arbeitnehmer (jeweils in Unkenntnis der fehlerhaften Unterrichtung) einen Aufhebungsvertrag mit dem Erwerber geschlossen hatte⁹⁵⁴, ein Arbeitsverhältnis zu einem dritten ArbG eingegangen war⁹⁵⁵, gegen die Kündigung des Erwerbers keine Kündigungsschutzklage erhoben hatte⁹⁵⁶ oder sich umgekehrt gegen eine Kündigung durch den Erwerber mit einer Kündigungsschutzklage zur Wehr gesetzt hatte.⁹⁵⁷

Widerspricht der Arbeitnehmer dem Betriebsübergang **mehr als 14 Monate** nach dem Unterrichtungsschreiben und dem Betriebsübergang, dann ist dies nach der Auffassung des **LAG Nürnberg** wegen Verwirkung zumindest dann unbeachtlich, wenn dem Arbeitnehmer die wirtschaftlichen Folgen aufgrund einer mündlichen Unterrichtung des Arbeitgebers im Zeitpunkt des Widerspruchs länger als ein Jahr bekannt gewesen sind.⁹⁵⁸

Das **LAG München** hat eine Verwirkung des Widerspruchsrechts **acht Monate** nach Kenntniserlangung als möglich angesehen⁹⁵⁹, das **ArbG Frankfurt** nach **22 Monaten**.⁹⁶⁰

Allerdings kann nach Auffassung des LAG Schleswig-Holstein auch **nach einem Widerspruch** des Arbeitnehmers dessen späteres **Berufen auf den Widerspruch verwirkt** sein, wenn er beim neuen Arbeitgeber längere Zeit widerspruchslos und ohne sonstige Vorbehalte die **Arbeit aufgenommen** und von diesem die **Arbeitsvergütung entgegengenommen** hat.⁹⁶¹ In dem entschiedenen Fall handelte es sich um den Zeitraum von (nur) drei Monaten.

⁹⁵¹ 7 (6) Sa 629/06.

⁹⁵² 7 (1) Sa 763/06.

⁹⁵³ 5 Sa 1062/06.

⁹⁵⁴ 7 (3) Sa 542/06.

⁹⁵⁵ 7 (6) Sa 629/06.

⁹⁵⁶ 7 (1) Sa 763/06.

⁹⁵⁷ 5 Sa 1062/06.

⁹⁵⁸ LAG Nürnberg v. 10.10.2006 – 6 Sa 53/06, BB 2007, 1284; dazu Lindemann/Wolter-Roßtäuscher, BB 2007, 938.

⁹⁵⁹ LAG München v. 12.10.2006 – 2 Sa 990/05, BB 2007, 502.

⁹⁶⁰ ArbG Frankfurt v. 26.6.2007 – 4 Ca 426/07, BB 2008, 58.

⁹⁶¹ LAG Schleswig-Holstein v. 25.1.2003 - 5 Sa 206c/02, BB 2003, 385, dazu EWIR 2002, 355 (Schnitker/Grau).

Mit seinem Urteil vom 17.10.2013 hat das BAG⁹⁶² seine Rechtsprechung zur Verwirkung des Widerspruchsrechts nach einem Betriebsübergang weiter konkretisiert. Beschränkt wird das Widerspruchsrecht im Falle einer nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung nur durch das Rechtsprinzip der Verwirkung. Die Verwirkung eines Rechts setzt dabei ein Zeit- und ein Umstandsmoment voraus. Der Arbeitnehmer muss also zum einen sein Recht zum Widerspruch seit geraumer Zeit nicht geltend gemacht haben. Zum anderen muss er beim Betriebsveräußerer und beim Betriebserwerber das Vertrauen begründet haben, dass er das Widerspruchsrecht auch in Zukunft nicht mehr ausübt. Da nach der Rechtsprechung des BAG pauschale Aussagen zu Zeit- und Umstandsmoment nicht möglich sind, ist die Praxis hier darauf angewiesen, aus den entschiedenen Einzelfällen Hinweise zu erlangen.

In dem vom BAG entschiedenen Fall war ein Catering-Auftrag von einer Firma („Betriebsveräußerer“) auf eine andere übergegangen. Der neue Auftragnehmer („Betriebserwerber“) setzte den Catering-Betrieb im Wesentlichen unverändert fort. Der Betriebsveräußerer informierte die betroffenen Arbeitnehmer über den Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf den Betriebserwerber. Diese Unterrichtung genügte nicht den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB. Der Betriebserwerber bestritt das Vorliegen eines Betriebs(teil)übergangs. Daraufhin klagte der Arbeitnehmer in einem ersten Prozess auf die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserwerber und erhob gegen die vom Betriebserwerber vorsorglich ausgesprochene Kündigung **Kündigungsschutzklage**. Der Prozess endete mit einem **Vergleich**, in welchem sich Arbeitnehmer und Betriebserwerber darauf **einigten, dass kein Betriebsübergang stattgefunden** habe und kein Arbeitsverhältnis mit dem Betriebserwerber bestehe. Der Betriebserwerber verpflichtete sich darüber hinaus zur Zahlung von EUR 45.000. Damit wurde auch die Kündigungsschutzklage erledigt.

Anschließend erklärte der Arbeitnehmer den Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber und verlangte vom Betriebsveräußerer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sowie Annahmeverzugslohn. LAG und BAG sahen jedoch in dem Abschluss des Vergleichs eine **Disposition des Arbeitnehmers über sein Arbeitsverhältnis**. Eine solche Disposition begründe ein Umstandsmoment für die Verwirkung⁹⁶³, obwohl der Kläger sich die Ausübung in mehreren Schreiben vorbehalten hatte. Das Widerspruchsrecht war daher nach Ansicht des Gerichtes verwirkt. Dies gelte jedenfalls dann, wenn – wie im entschiedenen Fall – ein Betriebs(teil)übergang tatsächlich stattfand und das Arbeitsverhältnis daher tatsächlich zunächst auf den Betriebserwerber übergegangen sei.

⁹⁶² BAG v. 17.10.2013 - 8 AZR 974/12, NZA 2014, 774.

⁹⁶³ BAG v. 2.4.2009 – 8 AZR 262/07, NZA 2009, 1149; BAG v. 23.7.2009 – 8 AZR 357/08, NZA 2010, 393.

Wie entschieden worden wäre, wenn der Arbeitnehmer gegenüber dem Betriebsveräußerer behauptet hätte, dass kein Betriebsübergang vorgelegen habe und daher das Arbeitsverhältnis unverändert fortbestehe, ist unklar. In diesem Fall läge jedenfalls kein widersprüchliches Verhalten vor.

n) Überlegungen für die Praxis

Die neuen gesetzlichen Neuerungen machen es erforderlich, dass insbesondere auf die **Prüfung**, ob überhaupt die **Voraussetzungen des Betriebsüberganges** i.S.v. § 613 a BGB vorliegen, größere Sorgfalt verwendet wird, denn von der Beurteilung dieser Frage hängen die in § 613 a Abs. 5 und 6 BGB geregelten Pflichten bzw. Rechte ab.

Auch die Unterrichtung als solche bedarf **intensiver Vorbereitung**, wenn man sich die Rechtsfolgen einer fehlerhaften oder unzureichenden Unterrichtung vor Augen hält. Darüber hinaus bedarf es eines exakt **abgestimmten Vorgehens der an dem Betriebsübergang beteiligten Rechtsträger**.

8. Weitergeltung von Tarifverträgen und Verweisungen auf Tarifverträge?

Im Rahmen des Betriebsübergangs sollen die bisherigen Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer auch beim neuen Inhaber grundsätzlich weiter gelten.⁹⁶⁴ Verweist ein Arbeitsvertrag auf die „jeweiligen Tarifverträge“, so ist darin eine Gleichstellungsabrede zu sehen, die es dem Arbeitgeber ermöglichen soll, ohne die Mitgliedschaft der einzelnen Arbeitnehmer in der Gewerkschaft überprüfen zu müssen, jeweils den Tarifvertrag anwenden zu können, an den er selbst im Sinne des Tarifvertragsrechts gebunden ist.

Geht allerdings ein Betrieb auf einen **nicht tariflich gebundenen Arbeitgeber** über, kann die arbeitsvertraglich vereinbarte Gleichstellung mit tarifgebundenen Arbeitnehmern inhaltlich nicht ausgefüllt werden. Solange der neue Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist, bleibt die **Inbezugnahme Klausel ohne materiellrechtliche Bedeutung**.⁹⁶⁵ Diese Rechtsprechung kann für den Insolvenzverwalter möglicherweise eine hohe praktische Bedeutung erlangen, weil üblicherweise nach den Satzungen der Arbeitgeberverbände das gemeinschuldnerische Unternehmen mit der Insolvenzeröffnung aus dem Arbeitgeberverband ausscheidet.⁹⁶⁶

Auch nach der neuen Rechtsprechung des EuGH erfolgt wegen der **negativen Koalitionsfreiheit** des Betriebsübernehmers beim Betriebsübergang **keine dynamische**

⁹⁶⁴ LAG Hamm v. 27.7.1999 - 6 Sa 1602/98, DB 2000, 95, dazu EWIR 2000, 383 (Hottgenroth) zur Problematik bei Mischung von tariflichen und außertariflichen Bedingungen.

⁹⁶⁵ BAG v. 4.8.1999 – 5 AZR 642/98, ZIP 1999, 1985, dazu EWIR 1999, 1109 (Thüsing).

⁹⁶⁶ BAG v. 20.11.1997 – 2 AZR 52/97, ZIP 1998, 437, dazu EWIR 1998, 343 (Rombach).

Fortgeltung arbeitsvertraglicher Verweisungsklauseln auf Kollektivverträge. Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 77/ 187/ EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen ist deshalb dahin auszulegen, dass er nicht dem entgegensteht, dass der Erwerber, der nicht Partei eines den Veräußerer bindenden Kollektivvertrags ist, auf den der Arbeitsvertrag verweist, durch Kollektivverträge, die dem zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs geltenden nachfolgen, nicht gebunden ist.⁹⁶⁷

Zu den bei einem Betriebsübergang nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB in das Arbeitsverhältnis zwischen dem Betriebserwerber und dem Arbeitnehmer **transformierten Normen** gehört der **gesamte Bestand der Tarifnormen**, die die Rechte und Pflichten zwischen dem tarifgebundenen Betriebsveräußerer und dem tarifgebundenen Arbeitnehmer geregelt haben. Dies gilt auch für eine dort **bereits festgelegte dynamische Veränderung**, die erst nach dem Betriebsübergang eintreten soll. Die Wirkungsweise der nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB in das Arbeitsverhältnis zwischen Betriebserwerber und Arbeitnehmer transformierten Normen entspricht regelmäßig derjenigen, die bei einem Austritt des Veräußerers aus dem tarifschließenden Arbeitgeberverband hinsichtlich des zur Zeit des Austritts geltenden Verbandstarifvertrages nach § 3 Abs. 3 TVG eintreten würde. Dabei entspricht das Ende der Sperrfrist nach § 613a Abs. 1 Satz 2 und 4 BGB dem Ende des nachbindenden Tarifvertrages.⁹⁶⁸

Nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB werden die beim **Betriebsveräußerer** durch Rechtsnormen eines **Tarifvertrags** unmittelbar und zwingend geregelten Rechte und Pflichten der Arbeitsverhältnisse durch die für dieselben Regelungsgegenstände bestehenden tarifvertraglichen Regelungen, an die der Betriebserwerber und der Arbeitnehmer gebunden sind - "**kongruente Tarifgebundenheit**" - abgelöst. Die Ablösung erfolgt grundsätzlich unabhängig davon, ob sich für die übergegangenen Arbeitsverhältnisse die Arbeitsbedingungen verbessern oder verschlechtern. Aus der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache "Scattolon"⁹⁶⁹ folgt kein allgemeines Verschlechterungsverbot.⁹⁷⁰

Bei einem Betriebsübergang tritt der **Erwerber** nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur in Rechte und Pflichten aus zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs unmittelbar geltende

⁹⁶⁷ EuGH v. 9.3.2006 – RsC-499/04, BB 2006, 891 = ZIP 2006, 723 m. Anm. Simon/Koch/Halbsguth; dazu EWiR 2006, 507 (Laskawy/Lomb).

⁹⁶⁸ BAG v. 22.4.2009 - 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41.

⁹⁶⁹ EuGH v. 6.9.2011 - C-108/10, NZA 2011, 1077.

⁹⁷⁰ BAG v. 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, 922 = ZIP 2019, 1081; dazu EWiR 2019, 441 (Laskawy/Lomb).

Tarifverträge ein. Vielmehr ist er auch **an zu diesem Zeitpunkt bereits gekündigte, aber noch nachwirkende Tarifverträge gebunden**. Die Bindung hält an, bis für die betroffenen Arbeitsverhältnisse ein **neuer Tarifvertrag** gilt oder mit den Arbeitnehmern eine **neue Einzelvereinbarung** abgeschlossen wird.⁹⁷¹

Ein für alle Arbeitnehmer und Auszubildenden des Arbeitgebers geltender **Anerkennungshaustarifvertrag**, der auf Verbandstarifverträge mit einem anderen räumlichen Geltungsbereich verweist, gilt **unabhängig davon, ob der räumliche Geltungsbereich des Verweisungstarifvertrags** auch für die vom Haustarifvertrag erfassten Arbeitnehmer und Auszubildenden **gegeben** ist. Dies spielt insbesondere dann eine Rolle, wenn es zu einem Betriebsübergang kommt. Der Arbeitnehmer des tarifgebundenen Arbeitgebers kann sich auch dann weiterhin auf die Geltung des Tarifvertrages in Verbindung mit dem Manteltarifvertrag berufen, wenn der **Betrieb auf einen nicht tarifgebundenen Arbeitgeber übergeht**. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Tarifvertrag die Regelung enthält, dass dieser für die unter dem jeweiligen Geltungsbereich aufgeführten Arbeitnehmer gelten soll; ein solcher Tarifvertrag stellt lediglich auf den jeweiligen persönlichen, nicht aber auf den räumlichen Geltungsbereich ab.

Nach der Rechtsprechung des 4. Senats kann eine **nachfolgende Änderung der Tarifnormen** für den Bestand oder den Inhalt der nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB zuvor transformierten kollektiv-rechtlichen Regelungen grundsätzlich nur zu einem Wegfall der Sperrfrist nach § 613a Abs. 1 Satz 4 BGB für den Erwerber führen und die Regelungen des bisher maßgebenden Tarifvertrags einzelvertraglich dispositiv werden. Ein anderes Ergebnis kann sich allenfalls dann ergeben, wenn die Nachwirkung von Tarifnormen ausgeschlossen worden war.⁹⁷²

Zur Weitergeltung einer **zeitdynamischen Bezugnahme Klausel** nach einem **Betriebsübergang** hat das BAG entschieden:⁹⁷³

Die Arbeitsvertragsparteien können grundsätzlich auch unwirksame Tarifverträge in Bezug nehmen. Für eine Annahme, sie hätten den Tarifvertrag nur für den Fall seiner Wirksamkeit in Bezug nehmen wollen, müssen sich aus der Auslegung des Arbeitsvertrags besondere Anhaltspunkte ergeben.

⁹⁷¹ EuGH v. 11.9.2014 – Rs C-328/13, NZA 2014, 1092 = ZIP 2014, 1893; dazu EWiR 2014, 791 (Leder).

⁹⁷² BAG v. 3.7.2013 – 4 AZR 961/11, NZA 2014, 163.

⁹⁷³ BAG v. 30.8.2017 – 4 AZR 443/15, ZIP 2018, 397.

9. Urlaubsansprüche bei Betriebsübergang

Schließlich kann auch als geklärt angesehen werden, dass der bisherige Arbeitgeber dem neuen Arbeitgeber anteiligen Ausgleich in Geld schuldet, wenn er den Arbeitnehmern (auch) vor dem Betriebsübergang entstandene Urlaubsansprüche erfüllt.⁹⁷⁴

Setzt der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis beim Erwerber fort, kann er jedoch nicht vom bisherigen Arbeitgeber Abgeltung des dort bislang noch nicht genommenen Urlaubs verlangen.⁹⁷⁵ Scheidet der Arbeitnehmer allerdings dann noch im gleichen Urlaubsjahr beim Erwerber aus, soll der frühere Arbeitgeber die anteilige Urlaubsabgeltung für die bei ihm entstandenen Urlaubsansprüche schulden.⁹⁷⁶

Vom Grundsatz der Haftungsbeschränkung eines Betriebserwerbers in der Insolvenz⁹⁷⁷ werden Urlaubsansprüche nicht erfasst, soweit sie nicht einem Zeitpunkt vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugeordnet werden können.⁹⁷⁸ Geht ein Betrieb in der Insolvenz über, hat der Betriebserwerber für die Erfüllung bestehender Urlaubsansprüche einzutreten. Das gilt auch für übertragene Urlaubsansprüche und für Ansprüche auf Ersatz für verfallenen Urlaub. Dabei ist die vertragliche Festlegung von Ausschlussfristen zur Geltendmachung des gesetzlichen Mindesturlaubs ist mit § 13 Abs. 1 BUrIG unvereinbar.⁹⁷⁹

10. Passivlegitimation im Rahmen des Kündigungsschutzes

Ob bei einer Kündigung vor Betriebsübergang der Betriebsveräußerer – so das BAG – oder der Erwerber – so Teile der Literatur – der richtige Beklagte im Rahmen einer Kündigungsschutzklage ist, ist aber streitig⁹⁸⁰. Nach Auffassung des BAG bleibt der (kündigende) bisherige Arbeitgeber auch nach dem Betriebsübergang passivlegitimiert, es bedarf also keiner Auswechslung des Beklagten bzw. keiner Klage sogleich gegen den Erwerber, wenn die Klageerhebung erst nach dem Betriebsübergang erfolgt.⁹⁸¹ Andererseits soll aber **keine Rechtskraftwirkung gemäß § 325 ZPO** gegenüber dem Übernehmer aus einem rechtskräftigen Kündigungsschutzurteil zugunsten des Arbeitnehmers resultieren,

⁹⁷⁴ BGH v. 4.7.1985 – III ZR 172/84, NJW 1985, 2643; BGH v. 25.3.1999 – III ZR 27/98, EzA § 613a BGB Nr.180 = WM 1999, 1026 = ZInsO 1999, 533, dazu EWiR 1999, 587 (Griebeling).

⁹⁷⁵ BAG v. 2.12.1999 - 8 AZR 774/98, ZInsO 2000, 412 = ZIP 2000, 714, dazu EWiR 2000, 667 (Bormann).

⁹⁷⁶ LAG Niedersachsen v. 9.11.1999 - 7 Sa 40/99, RzK I 5e Nr. 122.

⁹⁷⁷ BAG v. 20.6.2002 – 8 AZR 459/01, AP Nr. 10 zu § 113 InsO = EzA § 613a BGB Nr. 211

⁹⁷⁸ BAG v. 18.11.2003 – 9 AZR 347/02, EzA § 613a BGB Nr. 21 = ZIP 2004, 1011 = ZInsO 2005, 222.

⁹⁷⁹ BAG v. 18.11.2003 – 9 AZR 95/03, EzA § 613a BGB Nr. 19 = ZIP 2004, 1013.

⁹⁸⁰ BAG v. 20.3.1997 – 8 AZR 769/95, ZIP 1997, 1760, dazu EWiR 1999, 633 (Kreitner); Löwisch/Neumann, DB 1996, 474; Berscheid, ZInsO 1998, 159, 168; Caspers, Personalabbau im Insolvenzverfahren, Rn. 321 ff. m. w. N.

⁹⁸¹ BAG v. 18.3.1999 – 8 AZR 306/98, EzA § 613a BGB Nr. 179 = ZIP 1999, 1223; a.A. LAG Hamm v. 7.1.1999 – 4 Sa 2350/97, ZInsO 1999, 363; LAG Hamm v. 11.3.1999 – 4 Sa 966/98, ZInsO 1999, 424.

wenn der behauptete Betriebsübergang vor Eintritt der Rechtshängigkeit der Kündigungsschutzklage vollzogen wurde.⁹⁸².

Dem folgt auch das LAG Köln: Der **Betriebserwerber** ist für die gerichtliche Klärung der Wirksamkeit einer Kündigung **nicht passivlegitimiert**, wenn der Betriebsveräußerer diese **vor dem Betriebsübergang**, der noch vor Rechtshängigkeit der Kündigungsschutzklage vollzogen wurde, ausgesprochen hat.⁹⁸³

Geht ein Betrieb oder Betriebsteil **nach dem Ausspruch einer Kündigung** durch den Insolvenzverwalter auf einen anderen Inhaber über, kann die Kündigungsschutzklage auch dann gegen den Insolvenzverwalter gerichtet werden, wenn der Übergang schon vor Klageerhebung stattgefunden hat. In einem solchen Fall würde - unterstellt, es läge ein Betriebsübergang vor - der neue Inhaber das **Arbeitsverhältnis in gekündigtem Zustand übernehmen** und müsste sich das Ergebnis der Kündigungsschutzklage zurechnen lassen. Es kann dahinstehen, ob der Arbeitnehmer die Kündigungsklage auch gegen den neuen Inhaber richten kann. Jedenfalls dann, wenn er sich mit dem bisherigen Inhaber auf eine **Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung** einigt, bleibt es bei den Kündigungswirkungen selbst dann, wenn das Arbeitsverhältnis inzwischen zum Betriebserwerber besteht. Wird innerhalb dieser Einigung mit dem bisherigen Betriebsinhaber gleichzeitig klargestellt, dass kein Betriebsübergang stattgefunden hat, so wirkt dies auch im Verhältnis des Klägers zum Betriebserwerber. Eine solche Einigung kommt nämlich einem Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB gleich mit der Folge, dass ein Fortsetzungsverlangen gegenüber dem Betriebserwerber nunmehr rechtsmissbräuchlich wäre.⁹⁸⁴

Wird eine **gegen den bisherigen Arbeitgeber erhobene Kündigungsschutzklage rechtskräftig abgewiesen**, so kann der Arbeitnehmer nicht anschließend gegenüber einem möglichen Betriebserwerber das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses geltend machen. Eine Kündigung kann nicht im Verhältnis zum Veräußerer wirksam, hingegen im Verhältnis zum Erwerber (relativ) unwirksam sein. An der Wirksamkeit des Ausspruchs einer Kündigung wegen einer Betriebsstilllegung ändert sich auch dann nichts mehr, wenn sich während des Laufs der Kündigungsfrist die Sachlage ändert und der Betrieb veräußert wird. Dem Arbeitnehmer bleibt nur die Möglichkeit der Geltendmachung eines **Wiedereinstellungsanspruchs**, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen.⁹⁸⁵

⁹⁸² BAG v. 18.2.1999 – 8 AZR 485/97, ZIP 1999, 1142 = NJW 2000, 92.

⁹⁸³ LAG Köln v. 10.2.2012 – 10 Sa 1144/11, ZIP 2012, 1778.

⁹⁸⁴ LAG Nürnberg v. 9.12.2014 – 6 Sa 550/14, AE 2015, 142.

⁹⁸⁵ LAG Düsseldorf v. 10.6.2011 – 6 Sa 32/711, ZInsO 2011, 2138.

Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Entscheidung Stellung genommen zur Frage der **Wirksamkeit eines Beendigungsvergleichs** in Zusammenhang mit einem Betriebsübergang.⁹⁸⁶ Danach wirkt ein Beendigungsvergleich zwischen Betriebsveräußerer und Arbeitnehmer nach Betriebsübergang auch gegenüber dem Betriebsübernehmer. Der Betriebsveräußerer, der einem Arbeitsverhältnis vor dem Betriebsübergang gekündigt hat, bleibt trotz des Betriebsübergangs Beklagter in dem Kündigungsrechtsstreit, den der Arbeitnehmer gegen ihn angestrengt hat. Obwohl nach § 613a Abs. 1 BGB der Betriebserwerber neuer Arbeitgeber wird, kann der Betriebsveräußerer in diesem Rechtsstreit auch einen Beendigungsvergleich abschließen. Er wirkt zumindest dann gegenüber dem **Betriebserwerber**, wenn dieser **mit dem Vergleich einverstanden** ist bzw. ihn genehmigt.

Nach dieser Rechtsprechung des BAG bleibt der Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis vor einem Betriebsübergang gekündigt hat, für die gerichtliche Klärung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung auch **nach dem Betriebsübergang prozessführungsbefugt**. **§ 265 ZPO** wird insoweit **analog** angewandt.⁹⁸⁷ Das Arbeitsverhältnis geht so auf den Erwerber über, wie es im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestanden hat.⁹⁸⁸ Dies gilt zumindest dann, wenn der (unterstellte) **Betriebsübergang nach Klageerhebung** erfolgt ist. § 265 Abs. 2 ZPO bewirkt, dass der Veräußerer den Prozess im eigenen Namen in gesetzlicher Prozessstandschaft weiterführen darf. Der **Prozessstandschafter** ist zu allen Prozesshandlungen befugt.⁹⁸⁹ Nach der Auffassung des BGH darf ein Prozessstandschafter nach § 265 Abs. 2 ZPO auch ohne jegliche Einschränkungen den Rechtsnachfolger materiell-rechtlich bindende außergerichtliche Vergleiche oder Prozessvergleiche abschließen.⁹⁹⁰ Nach dieser Auffassung ist der Prozessbeendigungsvergleich materiell-rechtlich ohne weiteres wirksam. Nach § 177 Abs. 1 BGB hängt die Wirksamkeit eines Vertrags, den ein Vertreter ohne Vertretungsmacht abschließt, von der Genehmigung des Vertretenen ab. Diese Genehmigung kann durch schlüssiges Handeln erfolgen, sie bedarf auch nicht der Form, die für das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft bestimmt ist (§ 182 Abs. 2 BGB). Die wirksame Genehmigung hat darüber hinaus rückwirkende Kraft. Von Vertretern ohne Vertretungsmacht abgeschlossene Aufhebungsverträge sind auch im Arbeitsrecht generell genehmigungsfähig.⁹⁹¹

⁹⁸⁶ BAG v. 24.8.2006 - 8 AZR 574/05, ZIP 2007, 93.

⁹⁸⁷ BAG v. 18.3.1999 - 8 AZR 306/98, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 44 = EzA BGB § 613a Nr. 179.

⁹⁸⁸ BAG v. 26.5.1983 - 2 AZR 477/81, BAGE 43, 13 = AP BGB § 613a Nr. 34 = EzA BGB § 613a Nr. 34; BAG v. 22.2.1978 - 5 AZR 800/76, AP BGB § 613a Nr. 11 = EzA BGB § 613a Nr. 18.

⁹⁸⁹ BGH v. 14.5.1986 - IVa ZR 146/85, NJW-RR 1987, 307; BGH v. 12.7.1957 - VI ZR 176/56, NJW 1957, 1635; Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, ZPO, 64. Aufl., § 265 Rn. 16, 19.

⁹⁹⁰ BGH v. 14.5.1986 - IVa ZR 146/85, NJW-RR 1987, 307; ebenso Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, ZPO, § 265 Rn. 16, 19; Thomas/ Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 265 Rn. 12; vgl. auch LAG Köln v. 19.10.1989 - 8 Sa 802/89, LAGE BGB § 613a Nr. 17.

⁹⁹¹ BAG v. 12.1.1995 - 2 AZR 362/94, n.v.

Allerdings kann auch nach Auffassung des BAG in diesen Fällen ein **Auflösungsantrag des Arbeitnehmers** gemäß §§ 9, 10 KSchG nicht gegen den beklagten bisherigen Arbeitgeber gerichtet werden, sondern nur in einem Prozess gegen den Erwerber.⁹⁹² In diesen Fällen wird sich wohl eine subjektive Klageerweiterung auf Beklagtenseite anbieten, sofern nicht ohnehin schon wegen des allgemeinen Feststellungsantrags nach § 256 ZPO und des allgemeinen Weiterbeschäftigungsantrags neben dem eigentlichen Feststellungsantrag nach §§ 4, 7 KSchG das Klageverfahren von vornherein sogleich auch gegen den Erwerber gerichtet wurde.⁹⁹³

Umgekehrt ist aber nach Auffassung des BAG ein Arbeitgeber, der eine Kündigung vor einem Betriebsübergang ausgesprochen hat, trotz des Verlustes der Arbeitgeberstellung durch einen Betriebsübergang befugt, einen **arbeitgeberseitigen Auflösungsantrag** nach § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG zu stellen. Dies gilt zumindest dann, wenn der Auflösungszeitpunkt zeitlich vor dem Betriebsübergang liegt.⁹⁹⁴

Die vorstehend zitierte Rechtsprechung des BAG ist aber nicht dahingehend zu interpretieren, dass in Betriebsübergangsfällen immer nur der Kündigende für eine Kündigungsschutzklage passivlegitimiert ist. Bei einer **Kündigung durch den Betriebsveräußerer nach Betriebsübergang** soll dieser nämlich dann nicht mehr passivlegitimiert sein, wenn der gekündigte Arbeitnehmer dem vorausgegangenem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht widersprochen hatte.⁹⁹⁵

Ein Erfolg im Kündigungsschutzprozess setzt nach der **punktuellen Streitgegenstandstheorie** voraus, dass **zum Zeitpunkt der Kündigung (noch) ein Arbeitsverhältnis** besteht. Dies gilt auch im Falle des Betriebsübergangs. Die **Kündigung eines Betriebsveräußerers nach der Betriebsübertragung** geht mangels eines mit ihm bestehenden Arbeitsverhältnisses ins Leere. Eine gleichwohl erhobene Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung ist unbegründet.⁹⁹⁶

Diese Rechtsprechung hat das LAG Köln relativiert:⁹⁹⁷

⁹⁹² BAG v. 20.3.1997 – 8 AZR 769/95, ZIP 1997, 1760, dazu EWIR 1998, 17 (Künzl).

⁹⁹³ Zum Feststellungsinteresse bei Betriebsübergang während des Erziehungsurlaubs siehe BAG v. 2.12.1999 - 8 AZR 796/98, ZInsO 2000, 412, dazu EWIR 2000, 471 (Schlachter) = BB 2000, 1523.

⁹⁹⁴ BAG v. 24.5.2005 - 8 AZR 246/04, ZIP 2005, 1611 = ZInsO 2006, 117 m. Anm. Berkowsky.

⁹⁹⁵ BAG v. 9.10.1997 – 2 AZR 586/96, ZInsO 1998, 142; LAG Hamm v. 11.3.1999 – 4 Sa 966/98, ZInsO 1999, 424.

⁹⁹⁶ BAG v. 20.3.2014 – 8 AZR 1/13, NJW 2014, 2604 m. Anm. Kock; BAG v. 26.7.2007 - 8 AZR 769/06, NZA 2008, 112; BAG v. 15.12.2005 – 8 AZR 202/05, NZA 2006, 597.

⁹⁹⁷ LAG Köln v. 2.8.2010 – 2 Sa 176/10, ZIP 2011, 830.

Kündigt der bisherige Betriebsinhaber nach Betriebsübergang gegenüber einem übergegangenen Arbeitnehmer und **widerspricht der Arbeitnehmer** danach dem stattgefundenen Betriebsübergang, so bestand zum Kündigungszeitpunkt ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Kündigendem. Die zum Kündigungszeitpunkt gegebenen Umstände (Betriebsgröße, Existenz eines Betriebsrats, Stilllegungsabsicht) sind der Prüfung der Wirksamkeit zu Grunde zu legen.

Stützt der Arbeitnehmer seine **Kündigungsschutzklage gegen den Betriebsveräußerer** allein auf die Behauptung, der **Betrieb sei schon vor der Kündigung** auf einen Erwerber **übergegangen**, so ist nach der Auffassung des BAG die Klage als unschlüssig abzuweisen.⁹⁹⁸

Die Annahme eines Betriebsübergangs vor der Kündigung führt nach der Rechtsprechung des BAG zur **Unschlüssigkeit** des gegen den Veräußerer gerichteten Kündigungsschutzantrags. Ein Erfolg im Kündigungsschutzprozess setzt nämlich nach der **punktuellen Streitgegenstandstheorie** voraus, dass zum Zeitpunkt der Kündigung (noch) ein Arbeitsverhältnis besteht. Dies gilt auch im Falle des Betriebsübergangs. Die Kündigung eines Betriebsveräußerers nach Betriebsübergang geht zwar mangels eines bestehenden Arbeitsverhältnisses ins Leere, eine gleichwohl erhobene Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung ist aber unbegründet, denn ein Arbeitsverhältnis besteht nicht mehr.⁹⁹⁹

Allerdings kann ein Arbeitnehmer, wenn er die Kündigungsschutzklage nicht nur auf die infolge des Betriebsübergangs weggefallene Kündigungsbefugnis stützt, sich das Vorbringen des Beklagten, ein Betriebsübergang habe nicht stattgefunden, **hilfsweise zu eigen machen** und seine Klage auch auf andere Unwirksamkeitsgründe stützen. Dann ist die Klage zwar nach dem Hauptvorbringen unschlüssig, nach dem Hilfsvorbringen dagegen schlüssig. Wenn das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Kündigung nach den festgestellten Umständen tatsächlich nicht mehr besteht, was aufzuklären ist, ist die Kündigungsschutzklage im Ergebnis unbegründet.¹⁰⁰⁰

Hat der Arbeitnehmer **nichts vom Betriebsübergang gewusst** und deshalb das Widerspruchsrecht nicht ausgeübt, müsste konsequenterweise dann geprüft werden, ob in

⁹⁹⁸ BAG v. 18.4.2002 - 8 AZR 346/01, ZIP 2002, 2003 = AP BGB § 613a Nr. 232 = EzA BGB § 613a Nr. 207; zu einer Feststellungsklage wegen Vergütungsdifferenzen siehe auch LAG Hamm v. 4.6.2002 - 4 Sa 80/02, ZInsO 2002, 1205.

⁹⁹⁹ BAG v. 27.10.2005 - 8 AZR 568/04, DB 2006, 285, ausführlich schon BAG v. 18.4.2002 - 8 AZR 346/01, ZIP 2002, 2003 = AP BGB § 613a Nr. 232 = EzA BGB § 613a Nr. 207; BAG v. 20.3.2003 - 8 AZR 312/02, EzA BGB 2002 § 613a Nr. 7.

¹⁰⁰⁰ BAG v. 15.12.2005 - 8 AZR 222/05, BB 2006, 2697 = NZA 2006, 723 = ZIP 2006, 1145; dazu EWiR 2006, 617 (Junker).

einer solchen Fallkonstellation wegen Versäumung der Fristen nach § 4 KSchG, § 113 Abs. 2 InsO eine nachträgliche Klagezulassung nach § 5 KSchG gegen den inzwischen bekannten Erwerber als richtigen Beklagten erfolgen kann.¹⁰⁰¹

Dann stellt sich allerdings auch die Frage nach dem „richtigen“ Beklagten in den Fällen, in denen vor dem eigentlichen Betriebsübergang der (spätere) Erwerber die Kündigung bereits ausspricht. Hängt dabei unter Berücksichtigung der vorstehenden BAG – Entscheidung die Passivlegitimation davon ab, ob der Arbeitnehmer dann dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widerspricht bzw. ob er die Kündigungsschutzklage vor oder nach einem solchen Widerspruch erhebt?

Ohnehin muss – unabhängig von der Passivlegitimation – in materiell-rechtlicher Hinsicht in den vorstehend beschriebenen Fallkonstellationen jeweils geprüft werden, ob überhaupt der „richtige“ Arbeitgeber gekündigt hat.¹⁰⁰²

Ein im Verlauf eines Rechtsstreits erfolgter Übergang des Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserwerber nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB lässt das besondere Feststellungsinteresse einer im Übrigen zulässigen Feststellungsklage gegen den Betriebsveräußerer nicht entfallen, wenn durch den Feststellungsantrag der streitige Inhalt der Rechte und Pflichten im Zeitpunkt des Übergangs des Arbeitsverhältnisses geklärt wird. Die Rechtskraft des Urteils erstreckt sich in entsprechender Anwendung von § 265 Abs. 1, § 325 ZPO auf den Betriebserwerber.¹⁰⁰³

11. Kündigung des Betriebsveräußerers nach Betriebsübergang und Übergang eines gekündigten Arbeitsverhältnisses nach der Rechtsprechung des LAG Hamm

Ist das Arbeitsverhältnis mangels Widerspruch des Arbeitnehmers auf den Betriebserwerber übergegangen, dann fehlt nach der Rechtsauffassung des LAG Hamm in den Fällen, in denen die Unwirksamkeit einer Kündigung allein oder in erster Linie auf § 613a Abs. 4 BGB gestützt wird, einer Feststellungsklage gegenüber dem Betriebsveräußerer das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. Der Arbeitnehmer habe kein anerkanntes rechtliches Interesse daran, gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber als Betriebsveräußerer festgestellt zu wissen, dass die noch von diesem ausgesprochene Kündigung rechtsunwirksam ist.¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰¹ Dazu Caspers, aaO, Rn. 323; Löwisch/Neumann, DB 1996, 474, 475; siehe auch BAG v. 12.11.1998 – 8 AZR 265/97, ZIP 1999, 670, dazu EWIR 1999, 207 (Junker).

¹⁰⁰² LAG Hamm v. 11.3.1999 – 4 Sa 966/98, ZInsO 1999, 424.

¹⁰⁰³ BAG v. 19.11.2015 – 4 AZR 761/12, NZA 2015, 950.

¹⁰⁰⁴ LAG Hamm v. 2.12.1999 – 4 Sa 1153/99, ZInsO 2000, 55 = ZIP 2000, 325, dazu EWIR 2000, 277 (Griebeling) im Anschluss an LAG Hamm v. 26.11.1998 – 4 Sa 384/98, ZInsO 1999, 302; dazu BAG v.

Nach erfolgtem Betriebsübergang habe der Arbeitnehmer Klage auf Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses gegen den neuen Inhaber nicht nur dann zu erheben, wenn dieser gekündigt hat, sondern auch, wenn die Kündigung vom alten Arbeitgeber ausgesprochen wurde, aber die Kündigungsfrist erst nach Betriebsübergang abläuft. Bei einer Kündigung des Betriebsveräußerers, die notwendigerweise vor dem Betriebsübergang liegen muss, sei die Klage sofort gegen den Betriebserwerber zu richten, denn die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung des Betriebsveräußerers sei in dem Rechtsstreit gegen den Betriebserwerber als Vorfrage inzident zu prüfen.¹⁰⁰⁵

Nach dem Betriebsübergang ist der Betriebsveräußerer als Nichtberechtigter in Bezug auf die Arbeitgeberstellung und -funktion anzusehen, so dass er rechtswirksam keine Kündigung mehr aussprechen kann. Er ist nach dem Betriebsübergang im Prozess jedenfalls dann nicht mehr passivlegitimiert, wenn der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht widersprochen hat¹⁰⁰⁶, sondern nahtlos von dem Betriebserwerber weiterbeschäftigt worden ist, denn passivlegitimiert ist insoweit grundsätzlich nur der Arbeitgeber.¹⁰⁰⁷

Wird eine Kündigung vor dem Betriebsübergang ausgesprochen, so geht das Arbeitsverhältnis gem. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB im „gekündigten“ Zustand über. War die Kündigung wirksam und liegt der Kündigungstermin zeitlich nach dem Termin des Betriebsübergangs, so endet es beim Erwerber.¹⁰⁰⁸ Will der Arbeitnehmer nicht, dass sein gekündigtes Arbeitsverhältnis auf den Erwerber übergeht, so kann er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber widersprechen. Widerspricht der Arbeitnehmer nicht, so hat der Erwerber statt des Veräußerers ab Betriebsübergang bis zum wirksamen Kündigungstermin die Arbeitgeberpflichten zu erfüllen.¹⁰⁰⁹

Auch ist nach dem Betriebsübergang der **Erwerber allein passivlegitimiert für eine Beschäftigungsklage**, auch wenn die Bestandsschutzklage noch gegen den Veräußerer gerichtet wurde.¹⁰¹⁰ Ist allerdings der Weiterbeschäftigungsanspruch gegen den Veräußerer rechtskräftig abgewiesen worden, soll ein **Wiedereinstellungsanspruch** gegen den Erwerber nicht mehr bestehen.¹⁰¹¹

27.1.2000 - 8 AZR 106/99, ZInsO 2000, 411 und nach Zurückverweisung LAG Hamm v. 22.8.2000 - 779/00, ZInsO 2000, 569.

¹⁰⁰⁵ LAG Hamm v. 2.12.1999 – 4 Sa 1153/99, ZInsO 2000, 55 = ZIP 2000, 325, dazu EWiR 2000, 277 (Griebeling) im Anschluss an LAG Hamm v. 11.3.1999 – 4 Sa 966/98, ZInsO 1999, 424.

¹⁰⁰⁶ Im Anschluss an BAG v. 9.10.1997 – 2 AZR 586/96, ZInsO 1998, 142.

¹⁰⁰⁷ BAG v. 31.3.1993 – 2 AZR 467/92, NZA 1994, 237.

¹⁰⁰⁸ Im Anschluss an BAG v. 22.2.1978 – 5 AZR 800/76, AP Nr. 11 zu § 613a BGB.

¹⁰⁰⁹ BAG v. 23.9.1999 – 8 AZR 614/98, ZInsO 2000, 351.

¹⁰¹⁰ LAG Düsseldorf v.12.3.2001 – 5 Sa 230/00, ZInsO 2001, 1123; das LAG Kiel v. 28.7.2005 – 2 Ta 174/05, ZIP 2005, 1984 will dabei den Streitwert nach § 42 Abs. 4 GKG nur einmal festsetzen.

¹⁰¹¹ LAG Köln v. 20.12.2002 - 11 (13) Sa 593/02, ZIP 2003, 592, n.rk.

Der scheinbar nur den Betriebserwerber betreffende Antrag eines Arbeitnehmers **festzustellen**, dass das **Arbeitsverhältnis aufgrund eines Betriebsübergangs zum Erwerber besteht**, kann zugleich gegen den Betriebsveräußerer gerichtet sein. Hat nach dem möglichen Betriebsübergang der Veräußerer das Arbeitsverhältnis gekündigt und hat der Arbeitnehmer deshalb gegen ihn hilfsweise Kündigungsschutzklage erhoben, handelt es sich bei dieser in einem solchen Fall um eine **objektive Eventualklage** innerhalb eines zum Veräußerer bereits unbedingt bestehenden Prozessrechtsverhältnisses. Eine in subjektiver Hinsicht bedingte – unzulässige – Klagehäufung liegt dann nicht vor.¹⁰¹²

12. Klagefrist

Der gesetzliche Kündigungsschutz bleibt den Arbeitnehmern auch dann erhalten, wenn der Betrieb oder ein Betriebsteil auf einen Erwerber übergeht. § 613 a BGB gilt also sowohl im Liquidations- als auch im Insolvenzverfahren¹⁰¹³. Es ist jedoch gem. § 113 Abs. 2 InsO schon seit dem 1.1.1999 vorgesehen, dass alle etwaigen Unwirksamkeitsgründe, etwa auch der Unwirksamkeitsgrund des § 613a Abs. 4 BGB im Insolvenzverfahren, ebenso wie die Unwirksamkeit einer Kündigung nach dem KSchG, binnen drei Wochen durch Klageerhebung geltend gemacht werden müssen¹⁰¹⁴.

13. Einschränkung der Klagemöglichkeit

Die individuelle Klagemöglichkeit der Arbeitnehmer gegen die Kündigungen durch Berufen auf Fehlen dringender betrieblicher Erfordernisse oder auf fehlerhafte Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 1 bis Abs. 3 KSchG, kann zu erheblichen Unsicherheiten bezüglich Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit der Kündigungen führen und so das Scheitern aussichtsreicher Übernahmeverhandlungen verursachen. In vielen Fällen lässt sich eine Betriebsveräußerung nur verwirklichen, wenn der Personalbestand des Betriebes noch vor der Übernahme soweit abgebaut wird, dass der Erwerber den Betrieb wieder in die Gewinnzone führen kann.

Das Ziel der Neuregelung in §§ 125 bis 128 InsO ist es daher, die Nachteile des bisherigen Rechtszustandes zu vermeiden, ohne zu sehr in den Kündigungsschutz einzugreifen¹⁰¹⁵. § 128 Abs. 1 InsO verweist hierzu auf die Vorschriften der §§ 125 bis 127 InsO. Ein zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat geschlossener Interessenausgleich, der die infolge der Betriebsänderung zu entlassenden Arbeitnehmer bezeichnet, soll die Vermutung

¹⁰¹² BAG v. 24.9.2015 – 2 AZR 562/14, ZIP 2016, 488 = NZA 2016, 366; dazu EWi 2016, 253 (Schubert).

¹⁰¹³ EuGH v. 12.3.1998 - C - 319/94, ZIP 1998, 1408, dazu EWiR 1998, 941 (Schipp); zur Kritik daran siehe Gravenbrucher Kreis, ZIP 1989, 468, 474; ZIP 1997, 1091 und Antwort der Bundesregierung ZIP 1997, 1479 f.; Arbeitskreis für Insolvenzrecht im DAV, AnwBl. 1988, 157, 158.

¹⁰¹⁴ Grunsky / Moll, Arbeitsrecht und Insolvenz, Rn. 417, 420.

¹⁰¹⁵ Begründung des Regierungsentwurfs, BTDS. 12/2443, S. 97.

rechtfertigen, dass die Kündigungen durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt sind und dass im Falle eines Betriebsübergangs die Rechtsfolge § 613 a BGB nicht eingreift¹⁰¹⁶.

Die soziale Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer kann dann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit nachgeprüft werden. Diese Wirkungen des Interessenausgleichs entfallen allerdings, wenn sich die Sachlage nach seinem Zustandekommen ändert. Die Regelung verbessert damit deutlich die Kündigungsmöglichkeiten des Verwalters und verlagert erhebliche Verantwortung auf den Betriebsrat.

14. Beschlussverfahren bei Betriebsveräußerung

Wenn ein Betriebsrat nicht besteht oder wenn ein Interessenausgleich nicht zustande kommt, soll die Zulässigkeit eines Personalabbaus dadurch beschleunigt und einheitlich geklärt werden, dass der Insolvenzverwalter, der eine insolvenzbedingte Betriebsänderung plant, hierüber im Beschlussverfahren die Entscheidung des Arbeitsgerichts beantragen kann (§ 128 Abs. 2 InsO).¹⁰¹⁷ Diese Entscheidung ist **in einem etwaigen Kündigungsschutzprozess verbindlich**, soweit sich die Sachlage seit der letzten mündlichen Verhandlung im Beschlussverfahren nicht geändert hat.

Beide Möglichkeiten, also der weitgehend verbindliche Interessenausgleich und das Beschlussverfahren, bestehen nicht nur, wenn das Unternehmen in der Hand des Schuldners saniert werden soll, sondern auch im Falle einer **Betriebsveräußerung**. Der Insolvenzverwalter soll nämlich nicht darauf verwiesen werden, in diesem Fall die Betriebsänderung selbst durchzuführen und den Betrieb erst anschließend zu veräußern. Vielmehr wird es möglich, dass der Erwerber die Betriebsänderung durchführt, wobei der Insolvenzverwalter aber schon vor der Betriebsveräußerung nicht nur die erforderlichen Kündigungen aussprechen kann, sondern auch in den besonderen Verfahren nach §§ 125, 126 InsO deren Wirksamkeit klären kann. Dem Erwerber wird durch § 128 Abs. 1 S. 2 InsO im Beschlussverfahren vor dem Arbeitsgericht die Rechtsstellung eines Beteiligten eingeräumt.

15. Abbedingung der Haftungsfolgen des § 613a BGB in der Insolvenz

Grundsätzlich tritt der Übernehmer eines Betriebes oder Teilbetriebes nach § 613a BGB in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ein. Dieser Grundsatz gilt zunächst auch in der Insolvenz.

¹⁰¹⁶ Streitig ist allerdings, ob bei der namentlichen Nennung der Arbeitnehmer im Interessenausgleich die Vermutungswirkung sich darauf erstreckt, dass die Kündigung nicht wegen eines Betriebsüberganges i.S.v. § 613 a Abs. 4 BGB erfolgt; dazu Zwanziger, BB 1997, 626, 628 f.

¹⁰¹⁷ Dazu Zwanziger, AuR 1997, 427, 429 f.; Caspers, Personalabbau im Insolvenzverfahren, Rn. 299 ff.

Das BAG hat zur Anwendbarkeit des § 613a BGB in der Insolvenz wie folgt formuliert:

*„Wird ein Betrieb im Rahmen eines Insolvenzverfahrens veräußert, ist § 613a BGB insoweit nicht anwendbar, wie die Vorschrift die Haftung des Betriebserwerbers für bereits entstandene Ansprüche vorsieht. Insoweit haben die Verteilungsgrundsätze des Insolvenzverfahrens Vorrang, das von dem Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung beherrscht wird.“*¹⁰¹⁸

An den Grundsätzen der **Haftungsbeschränkung eines Betriebserwerbers im Konkurs** wird auch unter der Geltung der Insolvenzordnung festgehalten. Danach ist die Haftung eines Betriebserwerbers gemäß § 613a BGB nicht beschränkt, wenn er den Betrieb vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens übernommen hat.¹⁰¹⁹ Die Haftung eines Betriebserwerbers gemäß § 613a BGB ist dagegen auf die Masseverbindlichkeiten beschränkt, wenn er den Betrieb nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens übernommen hat.¹⁰²⁰ Begründet wurde und wird diese Rechtsprechung mit dem das Konkursrecht prägenden Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung. Würde die vom Betriebserwerber übernommene Belegschaft einen neuen zahlungskräftigen Haftungsschuldner für bereits entstandene Ansprüche erhalten, wäre sie im Verhältnis zu anderen Konkursgläubigern unangemessen bevorzugt. Dieser Vorteil müsste von den übrigen Konkursgläubigern finanziert werden, weil der Betriebserwerber den an die Masse zu zahlenden Kaufpreis mit Rücksicht auf die übernommene Haftung mindern würde. Die Verteilungsgrundsätze des Konkursverfahrens seien daher vorrangig, § 613a BGB sei insoweit teleologisch zu reduzieren.

Das LAG Frankfurt/M.¹⁰²¹ hat diese Rechtsprechung mit seinem Urteil vom 23.8.2006 wegen angeblichen Verstoßes gegen europarechtliche Vorgaben (RL 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001) für den Fall des Übergangs eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses während der Freistellungsphase des Arbeitnehmers in Frage gestellt, das BAG hat für diese Fallgestaltungen aber allein unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Altersteilzeitarbeitsverhältnisse entschieden.¹⁰²²

¹⁰¹⁸ BAG v. 13.11.1986 – 2 AZR 771/85; DB 1987, 990 = ZIP 1987, 525, dazu EWIR 1987, 357 (Grunsky); BAG v. 11.2.1989 – 3 AZR 117/91; DB 1992, 2559 = ZIP 1992, 2559, dazu EWIR 1992, 857 (Schaub).

¹⁰¹⁹ BAG v. 20.6.2002 - 8 AZR 459/01, AP Nr 10 zu § 113 InsO = ZIP 2003, 222 unter Hinweis auf BAG v. 17.1.1980 - 3 AZR 160/79, BAGE 32, 326 = AP BGB § 613a Nr. 18; BAG v. 11.10.1995 - 10 AZR 984/94, BAGE 81, 132, 135 f. = AP BGB § 613 a Nr. 132; so auch: KR / Pfeiffer, § 613 a BGB Rn. 134; Berscheid, NZI 2000, 1, 5; Kammel, NZI 2000, 102; Kübler/Prütting/Moll, InsO § 128 Rn. 5; a.A. Lohkemper, ZIP 1999, 1251.

¹⁰²⁰ BAG v. 9.12.2009 - 7 ABR 90/07, NZA 2010, 461 = ZIP 2010, 588; dazu EWIR 2010, 543 (Tintelnot/Graj).

¹⁰²¹ LAG Frankfurt/M. v. 23.8.2006 – 8 Sa 1744/05, ZIP 2007, 391 m. Anm. Richter/Nacewicz, ZIP 2008, 256; Bezani/Wilke, NJW-Spezial 2008, 437), dazu EWIR 2007, 365 (Greiner); siehe auch LAG Düsseldorf v. 22.10.2003 – 12 Sa 1202/03, ZIP 2004, 272 m. Anm. Vogel/Neufeld, ZIP 2004, 1938.

¹⁰²² BAG v. 31.1.2008 – 8 AZR 27/07, DB 2008, 1438 = ZIP 2008, 1133; dazu EWIR 2008, 611 (Lelley/Brier).

Ist der **Betriebsübergang** aber **vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens** erfolgt, so gelten die konkursrechtlichen Einschränkungen nicht. Ausschlaggebend ist insoweit, dass außerhalb eines Insolvenzverfahrens der Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung der Konkursgläubiger nicht zum Tragen kommt und damit die Voraussetzungen für die Haftungsprivilegierung des Erwerbers entfallen. An dieser Rechtsprechung sei auch unter der Geltung der Insolvenzordnung festzuhalten.¹⁰²³

Eine Haftung des Betriebserwerbers für die Verbindlichkeiten kann daher nur für die Zeit vor Insolvenzeröffnung entfallen, wenn dieser den **Betrieb nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens übernimmt**. Für einen Betriebsübergang in der Sequestration bzw. im Insolvenzeröffnungsverfahren soll dies dagegen nicht gelten.¹⁰²⁴ Ist aber der Erwerber in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen nach Insolvenzeröffnung eingetreten, hängt die einschränkende Haftungsauslegung von § 613a BGB nicht davon ab, ob der Arbeitnehmer nur eine einfache oder eine vorrangige Insolvenzforderung geltend macht. Für die Frage der Haftungsreduktion ist dieser Umstand nicht entscheidend¹⁰²⁵. Der Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung der Insolvenzgläubiger ist nämlich erst dann nicht gewahrt, wenn der Arbeitnehmer im Insolvenzverfahren wegen seiner Forderung gegen den früheren Betriebsinhaber überhaupt nicht befriedigt wird. Dann ist die Haftung des Erwerbers gerechtfertigt.

Vom Grundsatz der Haftungsbeschränkung eines Betriebserwerbers in der Insolvenz¹⁰²⁶ werden außerdem auch **Urlaubsansprüche** nicht erfasst, soweit sie nicht – infolge bereits erfolgter zeitlicher Festlegung – einem Zeitpunkt vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugeordnet werden können.¹⁰²⁷ Gegen eine einzelvertragliche Verlängerung der Übertragung bis zum Ende des auf das Urlaubsjahr folgenden Kalenderjahres bestehen schon deshalb keine Bedenken, weil § 7 Abs. 3 S. 4 BUrlG zeigt, dass insoweit noch ein ausreichender Zusammenhang von Urlaubsnahme und Urlaubsjahr vorliegt. Die Regelung der Unabdingbarkeit in § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG lässt eine derartige Abweichung von § 7 Abs. 3 S. 3 BUrlG zu.

Bei einem **Betriebsübergang in der Insolvenz** haftet der Erwerber nicht für die zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bereits **erdiente endgehaltsbezogene Dynamik**. Der Arbeitnehmer hat die Gegenleistung für die dienstzeitabhängigen Steigerungsraten der

¹⁰²³ BAG v. 20.6.2002 - 8 AZR 459/01, AP Nr. 10 zu § 113 InsO = ZIP 2003, 222.

¹⁰²⁴ Ständige Rechtsprechung des BAG; kritisch dazu Lohkemper, ZIP 1999, 1251; anders auch zu § 75 AO BFH v. 23.7.1998 - VII R 143/97, ZIP 1998, 1845, dazu EWiR 1998, 1017 (Bähr).

¹⁰²⁵ BAG v. 25.2.1981 - 5 AZR 922/78, DB 1981, 1834.

¹⁰²⁶ Vgl. BAG v. 20.6.2002 - 8 AZR 459/01, AP Nr. 10 zu § 113 InsO = EzA § 613a BGB Nr. 211.

¹⁰²⁷ BAG v. 18.11.2003 - 9 AZR 347/03, AP Nr. 16 zu § 113 InsO = NZA 2004, 654, dazu EWiR 2004, 793 (Schnitker/Grau); Fortführung von BAG v. 25.3.2003 - 9 AZR 174/02, AP Nr. 4 zu § 55 InsO = EzA § 55 InsO Nr. 5.

Betriebsrente bis zur Insolvenzeröffnung bereits erbracht. Die Differenz, die sich daraus ergibt, dass der Pensionssicherungsverein aufgrund der Veränderungssperre in § 7 Abs. 2 Satz 3 BetrAVG i.V.m. § 2 Abs. 5 BetrAVG den von ihm zu tragenden Teil der Betriebsrente nicht dynamisch auf der Grundlage des nach Insolvenzeröffnung sich entwickelnden Gehalts, sondern auf der Grundlage des zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bezogenen Entgelts berechnet, kann der Arbeitnehmer nach den Verteilungsgrundsätzen der Insolvenz im Insolvenzverfahren geltend machen. Für die Berechnung der Anspruchshöhe ist die künftige Gehaltsentwicklung zu schätzen. Stellt eine vor dem RV-Altersgrenzenanpassungsgesetz entstandene Versorgungsordnung für den Eintritt des Versorgungsfalles auf die Vollendung des 65. Lebensjahres ab, so ist diese Versorgungsordnung auch dann regelmäßig dahingehend auszulegen, dass damit auf die Regelaltersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung nach §§ 35, 235 Abs. 2 Satz 2 SGB VI Bezug genommen wird, wenn es sich nicht um eine Gesamtversorgung handelt.¹⁰²⁸

16. Haftungsfolge bei Versorgungsansprüchen

Für die Versorgungsansprüche bedeutet die **Beschränkung der Anwendbarkeit des § 613a BGB**, dass der Betriebserwerber nur den Teil der Leistung schuldet, den der Arbeitnehmer bei ihm erdient hat; für die beim Veräußerer bis zum Insolvenzfall erdienten unverfallbaren Anwartschaften haftet dagegen der Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung.¹⁰²⁹

Die **Einschränkung der Haftung des Betriebserwerbers** beruht auf dem konkursrechtlichen (nunmehr: insolvenzrechtlichen) Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbehandlung und –befriedigung.¹⁰³⁰ Für Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung bedeutet dies, dass der Betriebserwerber für den Teil der Betriebsrentenansprüche haftet, der nach Eröffnung des Konkurs- bzw. Insolvenzverfahrens erdient worden ist. Soweit bei Verfahrenseröffnung Versorgungsansprüche bereits entstanden waren, nehmen sie an der Verteilung als Konkurs- bzw. Insolvenzforderung teil. Maßgeblich für die konkursrechtliche Einschränkung der Erwerberhaftung nach § 613a BGB ist demnach allein der Zeitpunkt der Eröffnung des Konkursverfahrens.¹⁰³¹ Nur soweit der Arbeitnehmer seine Versorgungsanwartschaft bereits bei Eintritt des Sicherungsfalles erdient

¹⁰²⁸ LAG Düsseldorf v. 7.12.2016 – 12 Sa 592/16, ZIP 2017, 442; LAG Düsseldorf v. 20.1.2017 – 6 Sa 582/16, NZI 2017, 984 m. Anm. Werth.

¹⁰²⁹ Std. Rspr. des BAG: siehe BAG v. 4.7.1989 – 3 AZR 756/87, DB 1989, 2541 = ZIP 1989, 1834, dazu EWiR 1990, 455 (Höfer/Küpper); BAG v. 11.2.1989 – 3 AZR 117/91, DB 1992, 2559 = ZIP 1992, 1247; BVerwG v. 13.7.1999 - 1 C 14/98, ZIP 1999, 2067, dazu EWiR 2000, 275 (Joost); LAG Rheinland-Pfalz v. 4.11.2016 – 1 Sa 118/16, AE 2017, 58 = NZI 2017, 159; zur Nachhaftung bei Spaltung auf sog. „Rentnergesellschaften“ siehe Ihrig/Kranz, ZIP 2012, 749.

¹⁰³⁰ Std. Rspr. des BAG: BAG v. 13.7.1994 - 7 ABR 50/93, BAGE 77, 218; BAG v. 9.12.2009 – 3 AZR 384/07, BB 2010, 191.

¹⁰³¹ BAG v. 19.5.2005 - 3 AZR 649/03, BAGE 114, 349; BAG v. 9.12.2009 – 3 AZR 384/07, BB 2010, 191.

(unverfallbare Anwartschaft) hat, geht sie nach § 9 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 2 BetrAVG auf den PSV als Träger der Insolvenzversicherung über.

Das bedeutet im Einzelnen:

- der Erwerber tritt in die Verpflichtungen aus den Versorgungsanwartschaften der übernommenen Arbeitnehmer ein,
- er schuldet im Versorgungsfall nicht die volle Betriebsrente,
- der Träger der Insolvenzversicherung PSV haftet für den bereits erdienten Teil zeitanteilig, wenn die übernommene Versorgungsanwartschaft schon bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unverfallbar war (§ 7 Abs. 2 BetrAVG),
- eine Haftung des Betriebserwerbers oder des PSV scheidet für den Teil der Versorgungsanwartschaften aus, die bei der Insolvenzeröffnung noch verfallbar waren; dieser Teil ist zur Insolvenztabelle anzumelden,
- bei Vorliegen eines sachlichen Grundes kann der Betriebserwerber mit den übernommenen Arbeitnehmern vereinbaren, dass die betriebliche Altersversorgung für die Zukunft aufgehoben oder eingeschränkt wird.

Zur Haftung des Betriebsveräußerers für Versorgungsverbindlichkeiten bei Betriebsübernahme unter Berücksichtigung der Neuregelung des § 26 HGB nach Art. 37 Abs. 1 EGHGB hat der 3. Senat des BAG¹⁰³² entschieden:

„Nach § 613a BGB gehen mit einem Betriebsübergang nur die zu diesem Zeitpunkt bestehenden Arbeitsverhältnisse, nicht auch die Ruhestandsverhältnisse auf den Erwerber über. Der 3. Senat des BAG hält an seiner ständigen Rechtsprechung zu § 26 HGB a.F. fest, wonach diese Bestimmung bei Versorgungsverbindlichkeiten nicht über ihren Wortlaut hinaus zur umfassenden Enthftung des bisherigen Firmeninhabers nach Ablauf der dort vorgesehenen Zeitspanne führt. Er lässt aber unentschieden, ob nach der Neuregelung des § 26 HGB, der zufolge fünf Jahre nach Eintragung der Firmennachfolge ausschließlich der Firmenübernehmer für Versorgungsverbindlichkeiten haftet, selbst wenn er nie Arbeitgeber des Versorgungsgläubigers war, § 7 BetrAVG dahin modifiziert werden muss, dass der Firmenübernehmer nach der Enthftung des Firmenveräußerers als Arbeitgeber im Sinne des Insolvenzschutzes anzusehen ist.

Nach Art. 37 Abs. 1 EGHGB findet auf Versorgungsverbindlichkeiten, die vor dem 26. März 1994 entstanden sind und später als vier Jahre nach der Eintragung einer Firmenübernahme fällig werden, § 26 HGB in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung Anwendung mit der Maßgabe, dass die in der Folgezeit fällig werdenden Versorgungsverbindlichkeiten nach Ablauf eines Jahres verjähren.“

¹⁰³² BAG v. 23.3.2004 - 3 AZR 151/03, ZIP 2004, 1227, dazu EWIR 2004, 853 (Laskawy/Lomb).

Bei einem Betriebsübergang in der Insolvenz **haftet** der **Erwerber nicht für** die zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung **bereits erdiente endgehaltsbezogene Dynamik**. Der Arbeitnehmer hat die Gegenleistung für die dienstzeitabhängigen Steigerungsraten der Betriebsrente bis zur Insolvenzeröffnung bereits erbracht. Die Differenz, die sich daraus ergibt, dass der Pensionssicherungsverein aufgrund der Veränderungssperre in § 7 Abs. 2 Satz 3 BetrAVG i.V.m. § 2 Abs. 5 BetrAVG den von ihm zu tragenden Teil der Betriebsrente nicht dynamisch auf der Grundlage des nach Insolvenzeröffnung sich entwickelnden Gehalts, sondern auf der Grundlage des zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bezogenen Entgelts berechnet, kann der Arbeitnehmer nach den Verteilungsgrundsätzen der Insolvenz im Insolvenzverfahren geltend machen. Für die Berechnung der Anspruchshöhe ist die künftige Gehaltsentwicklung zu schätzen.¹⁰³³

Ein Arbeitsverhältnis geht auch dann auf einen Betriebserwerber über, wenn es **wirksam auf das Ende des Tages vor dem Betriebsübergang befristet** ist und der Erwerber es **nahtlos** durch Abschluss eines neuen Arbeitsverhältnisses **fortsetzt**. In Rentenanwartschaften, die ein Arbeitnehmer für Zeiten nach der Eröffnung eines insolvenzrechtlichen Verfahrens erwirbt, tritt **im Falle eines späteren Betriebsübergangs** der Betriebserwerber ein. Die Masse haftet für derartige Ansprüche nur insoweit, als die besonderen Voraussetzungen einer Mithaftung des Betriebsveräußerers vorliegen.¹⁰³⁴

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, alle drei Jahre die Anpassung der Betriebsrente zu prüfen (§ 16 BetrAVG). Arbeitgeber ist, wer dem Versorgungsempfänger aus der ursprünglich erteilten Zusage verpflichtet ist. Bei einem **Betriebsübergang** geht die **Anpassungsverpflichtung** auf den Betriebserwerber über.¹⁰³⁵

Die **Einschränkung der Haftung für Ansprüche aus der betrieblichen Altersversorgung in der Insolvenz** bei Betriebsübergang hat das BAG inzwischen insgesamt in Frage gestellt und dem **EuGH vorgelegt**.¹⁰³⁶

Der Gerichtshof der Europäischen Union wird gemäß Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) um die Beantwortung der folgenden Fragen ersucht:

1. Erlaubt Art. 3 Absatz 4 der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen

¹⁰³³ LAG Düsseldorf v. 20.1.2017 – 6 Sa 581/16, ZlInsO 2017, 2237.

¹⁰³⁴ BAG v. 19.5.2005 – 3 AZR 649/03, BB 2006, 943 = DZWIR 2006, 67 m. Anm. Flitsch.

¹⁰³⁵ BAG v. 21.2.2006 – 3 AZR 216/05, BB 2006, 2694 = ZIP 2006, 1742; dazu EWiR 2007, 35 (Schumann).

¹⁰³⁶ BAG v. 16.10.2018 - 3 AZR 139/17, ZIP 2018, 2179; dazu EWiR 2018, 695 (Witschen) und BAG v. 16.10.2018 - 3 AZR 878/16; dazu Polloczek/Rein, NZI 2019, 65.

der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen bei einem Betriebsübergang nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Betriebsveräußerers im nationalen Recht, welches grundsätzlich die Anwendung von Art. 3 Absatz 1 und Absatz 3 der Richtlinie 2001/23/EG auch für die Rechte der Arbeitnehmer auf Leistungen bei Alter, Invalidität oder für Hinterbliebene aus betrieblichen oder überbetrieblichen Zusatzversorgungseinrichtungen bei einem Betriebsübergang anordnet, eine Einschränkung dahingehend, dass der Erwerber nicht für Anwartschaften haftet, die auf Beschäftigungszeiten vor der Insolvenzeröffnung beruhen?

2. Falls die erste Vorlagefrage bejaht wird:

Richten sich die nach Art. 3 Absatz 4 Buchstabe b der Richtlinie 2001/23/EG notwendigen Maßnahmen zum Schutz der Interessen der Arbeitnehmer hinsichtlich ihrer Rechte oder Anwartschaftsrechte auf Leistungen bei Alter aus betrieblichen oder überbetrieblichen Zusatzversorgungseinrichtungen bei einem Betriebsübergang nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Betriebsveräußerers nach dem von Art. 8 der Richtlinie 2008/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers geforderten Schutzniveau?

3. Falls die zweite Vorlagefrage verneint wird:

Ist Art. 3 Absatz 4 Buchstabe b der Richtlinie 2001/23/EG dahin auszulegen, dass die notwendigen Maßnahmen zum Schutz der Interessen der Arbeitnehmer hinsichtlich ihrer Rechte oder Anwartschaftsrechte auf Leistungen bei Alter aus betrieblichen oder überbetrieblichen Zusatzversorgungseinrichtungen getroffen sind, wenn das nationale Recht vorsieht, dass

4. Ist, wenn das nationale Recht die Anwendung von Art. 3 und Art. 4 der Richtlinie 2001/23/EG im Fall eines Betriebsübergangs auch während eines Insolvenzverfahrens anordnet, Art. 5 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie 2001/23/EG auf Versorgungsanwartschaften der Arbeitnehmer aus betrieblichen oder überbetrieblichen Zusatzversorgungseinrichtungen anwendbar, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zwar bereits entstanden sind, jedoch erst bei Eintritt des Versorgungsfalles und damit erst zu einem späteren Zeitpunkt zu Leistungsansprüchen der Arbeitnehmer führen?

5. Falls die zweite oder die vierte Vorlagefrage bejaht werden:

Erfasst das nach Art. 8 der Richtlinie 2008/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers von den Mitgliedstaaten zu gewährende Mindestschutzniveau auch den Teil der zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung erworbenen Versorgungsanwartschaft, der nur deshalb entsteht, weil das Arbeitsverhältnis nicht im Zusammenhang mit der Insolvenz beendet wird?

6. Falls die fünfte Vorlagefrage bejaht wird:

Unter welchen Umständen können die durch die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers erlittenen Verluste des ehemaligen Arbeitnehmers bei den Leistungen der betrieblichen Altersversorgung als offensichtlich unverhältnismäßig angesehen werden und damit die Mitgliedstaaten verpflichten, hiergegen einen Mindestschutz nach Art. 8 der Richtlinie 2008/94/EG zu gewährleisten, obwohl der ehemalige Arbeitnehmer mindestens die Hälfte der Leistungen erhält, die sich aus seinen erworbenen Rentenansprüchen ergeben?

7. Falls die fünfte Vorlagefrage bejaht wird:

Wird ein nach Art. 3 Absatz 4 Buchstabe b der Richtlinie 2001/23/EG oder Art. 5 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie 2001/23/EG erforderlicher

- Art. 8 der Richtlinie 2008/94/EG gleichwertiger - Schutz für Versorgungsanwartschaften der Arbeitnehmer auch dann gewährt, wenn sich dieser nicht aus dem nationalen Recht, sondern nur aus einer unmittelbaren Anwendung von Art. 8 der Richtlinie 2008/94/EG ergibt?

8. Falls die siebte Vorlagefrage bejaht wird:

Entfaltet Art. 8 der Richtlinie 2008/94/EG auch dann unmittelbare Wirkung, sodass er von einem einzelnen Arbeitgeber vor dem nationalen Gericht geltend gemacht werden kann, wenn dieser zwar mindestens die Hälfte der Leistungen erhält, die sich aus seinen erworbenen Rentenansprüchen ergeben, seine durch die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers erlittenen Verluste aber dennoch als unverhältnismäßig anzusehen sind?

9. Falls die achte Vorlagefrage bejaht wird:

Ist eine privatrechtlich organisierte Einrichtung, die von dem Mitgliedstaat - für die Arbeitgeber verpflichtend - als Träger der Insolvenzversicherung der betrieblichen Altersversorgung bestimmt ist, der staatlichen Finanzdienstleistungsaufsicht unterliegt sowie die für die Insolvenzversicherung erforderlichen Beiträge kraft öffentlichen Rechts von den Arbeitgebern erhebt und wie eine Behörde die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung durch Verwaltungsakt herstellen kann, eine öffentliche Stelle des Mitgliedstaates?

17. Beweislastfragen

Dagegen findet § 613a BGB auf die Arbeitnehmeransprüche noch Anwendung, wenn der Betrieb bei Übernahme zwar bereits insolvent war, aber die **Veräußerung noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens** erfolgt ist. Beweispflichtig dafür, dass der Betriebsübergang nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt ist, ist der Erwerber. Für die Voraussetzung der Übernahme des Betriebes kommt es nicht darauf an, ob und wann der Erwerber den Betrieb tatsächlich weitergeführt hat, sondern darauf, zu welchem Zeitpunkt er eine Rechtsposition erlangt hatte, die ihm die Weiterführung rechtlich und tatsächlich ermöglichte¹⁰³⁷.

¹⁰³⁷ BAG v. 13.11.1986 – 2 AZR 771/85, DB 1987, 990 = ZIP 1987, 525.

18. Geltung des § 25 HGB in der Insolvenz?

Demgegenüber schließt der Erwerb eines Handelsunternehmens aus der Hand des Insolvenzverwalters die Anwendbarkeit von **§ 25 Abs. 1 HGB** aus. Ein Konkurs- bzw. Insolvenzgläubiger i.S.v. § 38 InsO kann sich daher nicht auf § 25 Abs. 1 HGB berufen, wenn der Konkurs- bzw. Insolvenzverwalter das Handelsgeschäft veräußert hat.¹⁰³⁸ Dieser Rechtsprechung ist die Literatur einhellig gefolgt.¹⁰³⁹ Dies soll auch im Falle des Firmenerwerbs im Rahmen eines Insolvenzverfahrens unter Eigenverwaltung gelten.¹⁰⁴⁰

Die Auffassung wird mit zum Teil unterschiedlicher Begründung auch nach Inkrafttreten der Insolvenzordnung weiterhin vertreten. Hiervon abzuweichen besteht nach Ansicht des BAG kein Anlass. Die Anwendung von § 25 Abs. 1 HGB auch im Falle des Erwerbs vom Insolvenzverwalter stünde im Widerspruch zu den bestimmenden **Grundsätzen des Insolvenzverfahrens** und der dem Insolvenzverwalter darin zugewiesenen Funktion.¹⁰⁴¹ Die Veräußerung in der Insolvenz dulde wesensgemäß eine Schuldenhaftung des Erwerbers nach § 25 Abs. 1 HGB nicht.¹⁰⁴² Aufgabe des Insolvenzverwalters sei es, die Vermögensgegenstände des Gemeinschuldners zu verwerten und dabei im Interesse der Insolvenzgläubiger den höchstmöglichen Erlös zwecks anschließender Verteilung zu erzielen. Mit dieser Aufgabe wäre es unvereinbar, wenn der Erwerber eines zur Masse gehörenden Unternehmens nach § 25 Abs. 1 HGB oder § 419 BGB a.F. haften müsste. Eine Veräußerung des Unternehmens mit sämtlichen Schulden, die zum Zusammenbruch geführt haben, wäre in den seltensten Fällen erreichbar.

Die Unanwendbarkeit des § 25 Abs. 1 HGB auf Unternehmensveräußerungen durch den Konkursverwalter beruht, wie der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 11. April 1988¹⁰⁴³ ausgeführt hat, maßgeblich auf dem Gesichtspunkt, dass die Aufgabe des Konkursverwalters, das Unternehmen im Interesse der Gläubiger an der schnellstmöglichen Verwertung der Masse im Ganzen zu veräußern, nicht durch eine mögliche Haftung des Erwerbers für die Schulden des bisherigen Unternehmensträgers erschwert werden soll.

¹⁰³⁸ BAG v. 29.4.1966 - 3 AZR 208/65, BAGE 18, 286; BAG v. 21.2.1990 - 5 AZR 160/89, BAGE 64, 196; BAG v. 20.9.2006 - 6 AZR 215/06, NJW 2007, 942; BGH v. 11.4.1988 - II ZR 313/87, BGHZ 104, 151; BGH v. 4.11.1991 - II ZR 85/91, ZIP 1992, 398; BGH v. 28.11.2005 - II ZR 355/03, DB 2006, 444; OLG Düsseldorf v. 21.5.1999 - 22 U 259/98, NJW-RR 1999, 1556; LAG Hamm v. 6.4.2016 - 2 Sa 1395/15, ZIP 2016, 2167.

¹⁰³⁹ Vgl. Uhlenbruck, ZIP 2000, 401, 403; GK-HGB/Nickel, § 25 Rn. 11; Koller/Roth/Morck, HGB, § 25 Rn. 4; Ebenroth/Boujong/Joost/Zimmer/Scheffel, HGB Bd. 1, § 25, Rn. 41; GK-HGB/ Hüffer, 4. Aufl., Bd. I, § 25 Rn. 60 f.; MüKo-HGB/Lieb, Bd. 1, § 25, Rn. 32; MüKo-InsO/Ott, Bd. 1, § 80, Rn. 102; Baumbach/Hopt, HGB, § 25, Rn. 4; Jaeger/Henckel, InsO, 1. Aufl., Bd. 1, § 35 Rn. 30.

¹⁰⁴⁰ LAG Hamm v. 6.4.2016 - 2 Sa 1395/15, NZI 2016, 854 m. Anm. Jurtzek.

¹⁰⁴¹ BAG v. 20.9.2006 - 6 AZR 215/06, NJW 2007, 942.

¹⁰⁴² BAG v. 20.9.2006 - 6 AZR 215/06, NJW 2007, 942; vgl. noch zur KO Beitzke, Anm. zu BAG v. 29.4.1966 - 3 AZR 208/65, AP BGB § 419 Betriebsnachfolge Nr. 7.

¹⁰⁴³ BGH v. 11.4.1988 - II ZR 313/ 87, BGHZ 104, 151.

19. Auswirkungen des Betriebsübergangs auf Gesamtbetriebsräte

a) **Übergang sämtlicher Betriebe eines Unternehmens auf zwei andere Unternehmen**

Das BAG hat in einer **Entscheidung vom 5. Juni 2002**¹⁰⁴⁴ erstmals zu der Frage Stellung genommen, welche Rechtsfolgen der rechtsgeschäftliche **Übergang sämtlicher Betriebe eines Unternehmens auf zwei andere Unternehmen** nach § 613 a BGB für die Existenz des beim übertragenden Unternehmen bestehenden Gesamtbetriebsrats auslöst und wie zu verfahren ist, um auch nach einem Betriebsübergang in den aufnehmenden Unternehmen (wieder) einen ordnungsgemäß errichteten Gesamtbetriebsrat zu etablieren.

Diese gesetzlich nicht geregelte Frage ist nicht nur für die Mitglieder der einzelnen Betriebsräte und des Gesamtbetriebsrats, sondern auch für die beteiligten Unternehmen von entscheidender Bedeutung: Bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Bildung eines Gesamtbetriebsrats (§ 47 Abs. 1 BetrVG) ist diese zwingend vorgeschrieben, aber nur ein ordnungsgemäß errichteter Gesamtbetriebsrat kann wirksame Gesamtbetriebsvereinbarungen schließen.

Falls in einem Unternehmen die Voraussetzungen für die Bildung eines **Konzernbetriebsrats** vorliegen, kommt hinzu, dass eine wirksame Delegation in diesen Konzernbetriebsrat durch den Gesamtbetriebsrat nur erfolgen kann, wenn Letzterer gesetzmäßig errichtet und zusammengesetzt ist.

Schließlich setzt auch die wirksame Bildung eines **Unternehmenswahlvorstands** durch den Gesamtbetriebsrat für die **Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat** des Arbeitgebers eine rechtswirksame Errichtung und Zusammensetzung des Gesamtbetriebsrats voraus, so die Aufsichtsratswahlen nicht anfechtungsgefährdet sein sollen.

Hinsichtlich des einzelnen Betriebsrats ist die Sachlage nach Rechtsprechung und h.M in der Literatur eindeutig: Die Rechtsstellung des Betriebsrats bleibt bei einem Betriebsübergang jedenfalls so lange unberührt, wie die Identität des Betriebes beim neuen Arbeitgeber fortbesteht. Ein Betriebsübergang nach § 613 a BGB beeinflusst also nicht die betriebsverfassungsrechtliche Rechtsstellung des für diesen Betrieb gewählten Betriebsrats.

¹⁰⁴⁴ BAG v. 5.6.2002 - 7 ABR 17/01, ZIP 2003, 271.

b) Übergang aller Betriebe eines unverändert auf ein anderes Unternehmen

Ob dies auch für den Gesamtbetriebsrat gilt, wenn sämtliche Betriebe eines Unternehmens unverändert auf ein anderes Unternehmen übertragen werden, das bisher nicht über eigene Betriebe verfügt, ist bislang vom BAG nicht entschieden worden. Allerdings deutet das BAG im Beschluss vom 5. Juni 2002 zu einer solchen Sachverhaltskonstellation an (Ziffer II. 2 der Entscheidung), dass dann vergleichbare Gründe wie beim Inhaberwechsel in einem Betrieb dafür sprechen könnten, vom Fortbestand nicht nur der einzelnen Betriebsräte, sondern auch vom Fortbestand des von den Betriebsräten errichteten Gesamtbetriebsrats auszugehen. Dies würde jedoch voraussetzen, dass sich die betrieblichen Strukturen in keiner Weise ändern.

Sobald sich jedoch die Unternehmensorganisation durch einen Betriebsübergang dergestalt ändert, dass im übertragenden Unternehmen keine Betriebe, in denen Betriebsräte gewählt sind, zurückbleiben, besteht der Gesamtbetriebsrat auch im aufnehmenden Unternehmen nicht mehr fort, selbst wenn sich die Betriebe des veräußernden Unternehmens nach der Veräußerung an zwei verschiedene Rechtsträger zu einem Gemeinschaftsbetrieb zusammenschließen.

Das BAG hat in der Entscheidung vom 5. Juni 2002 (Ziffer II. 2 der Entscheidung) ausdrücklich klargestellt, dass:

„... der Fortbestand des Gesamtbetriebsrats dann nicht in Betracht kommt, wenn nicht sämtliche Betriebe eines Unternehmens auf den neuen Inhaber übertragen werden oder das übernehmende Unternehmen bereits einen oder mehrere Betriebe hat und sich die betrieblichen Strukturen im übernehmenden Unternehmen durch Integration der neuen Betriebe in das Unternehmen entsprechend ändern. In diesem Falle entfallen die Grundlagen für die Errichtung dieses Gesamtbetriebsrats. Es muss dann ein neuer Gesamtbetriebsrat nach den gesetzlichen Vorgaben des § 47 BetrVG errichtet werden“.

Dies gilt nach Auffassung des BAG bereits dann, wenn die betriebsverfassungsrechtliche Identität eines Betriebs im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang verändert wird. Dabei kommt es nicht einmal darauf an, dass es sich um wesentliche Änderungen handelt oder darauf, dass eine Vielzahl von Betrieben betroffen ist.

Beachtet werden muss, dass die Frage des Fortbestands des Gesamtbetriebsrats in dieser Entscheidung des BAG aufgrund des dort vorliegenden Sachverhalts aus **Sicht des aufnehmenden Unternehmens** beantwortet wurde. Umgekehrt ist davon auszugehen, dass der Betriebsübergang eines oder mehrerer Betriebe auf ein anderes Unternehmen **im**

übertragenden Unternehmen nicht zum Fortfall des Gesamtbetriebsrats führt, sofern dort mehr als ein Betrieb, in dem ein Betriebsrat gewählt ist, bestehen bleibt.

Nach der Entscheidung des BAG vom 5. Juni 2002 steht der Untergang des Gesamtbetriebsrats im Falle eines Betriebsübergangs, der zu einer Änderung der betrieblichen Strukturen (im Sinne einer überbetrieblichen Organisationsänderung im Unternehmen - nicht gemeint sind rein innerbetriebliche Veränderungen) im aufnehmenden Unternehmen führt, auch **nicht zur Disposition der Betriebsparteien**: Die Parteien können die Weitergeltung der Gesamtbetriebsvereinbarungen und den Fortbestand des bestehenden Gesamtbetriebs also auch nicht kraft Vereinbarung herbeiführen.

20. Auswirkungen des Betriebsübergangs auf (Gesamt-)Betriebsvereinbarungen

Wurden die Normen einer **Betriebsvereinbarung** infolge eines Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB in das Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber transformiert, können sie auch bei einem **nachfolgenden Betriebsübergang** nur auf der Grundlage von § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB für das auf den weiteren Erwerber übergegangene Arbeitsverhältnis zur Anwendung gelangen.¹⁰⁴⁵

Hinsichtlich der Fortgeltung der im übertragenden Unternehmen abgeschlossenen **Gesamtbetriebsvereinbarungen** hat das BAG in der Entscheidung vom 5. Juni 2002 (mangels Entscheidungserheblichkeit) keine Ausführungen gemacht. Diese Rechtsfrage hat das BAG nunmehr mit **Beschluss vom 18. September 2002** angesprochen:

*"Im Fall eines Betriebsübergangs **behalten Gesamtbetriebsvereinbarungen**, die in den Betrieben des abgebenden Unternehmens gelten, in den übertragenen Teilen des Unternehmens **ihren Status als Rechtsnormen** auch dann, wenn nur einer oder mehrere Betriebe übergehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das andere Unternehmen bis dahin keinen Betrieb führte und die übertragenen Betriebe ihre Identität bewahrt haben. Wird nur ein Betrieb übernommen, bleiben die Gesamtbetriebsvereinbarungen als Einzelbetriebsvereinbarungen bestehen. Werden alle oder mehrere Betriebe übernommen, bleiben dort die Gesamtbetriebsvereinbarungen als solche bestehen. Wird ein übernommener Betriebsteil vom Erwerber als selbstständiger Betrieb geführt, gelten in ihm die im ursprünglichen Betrieb bestehenden Einzel- und Gesamtbetriebsvereinbarungen normativ weiter."¹⁰⁴⁶*

Der Inhalt einer **Gesamtbetriebsvereinbarung** gilt nach einem **Betriebsübergang** in dem übertragenen Betrieb als **Einzelbetriebsvereinbarung** weiter, wenn ihr **Gegenstand im**

¹⁰⁴⁵ BAG v. 12.6.2019 – 1 AZR 154/15, ZIP 2019, 1340.

¹⁰⁴⁶ BAG v. 18.9.2002 - 1 ABR 54/01, ZIP 2003, 1059.

Unternehmen des Betriebserwerbers nicht normativ geregelt ist. Der Inhalt einer Gesamtbetriebsvereinbarung tritt als gleichermaßen in dem Betrieb geltendes Regelwerk neben die in den erfassten betrieblichen Einheiten geltenden Betriebsvereinbarungen. Dieses Nebeneinander bleibt bestehen, wenn ein Betrieb unter Wahrung seiner Identität auf einen anderen Rechtsträger übertragen wird. Den **Interessen des übernehmenden Rechtsträgers** wird dadurch ausreichend Rechnung getragen, dass dieser - sofern nicht ohnehin nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB dessen Kollektivrecht zur Anwendung kommt - mit der zuständigen Arbeitnehmerversammlung oder mithilfe der im Betriebsverfassungsgesetz vorgesehenen Konfliktlösungsmöglichkeiten Regelungen treffen kann, durch die der Inhalt der Betriebsvereinbarung unternehmensbezogen angepasst werden kann.

Gilt eine Gesamtbetriebsvereinbarung über Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nach einem Betriebsübergang als Betriebsvereinbarung weiter, kann sie vom Betriebserwerber durch eine **Kündigung** (§ 77 Abs. 5 BetrVG) beendet werden. Diese bedarf keines sie rechtfertigenden Grundes und bewirkt die Schließung des Versorgungswerks für neu eintretende Arbeitnehmer mit Ablauf der Kündigungsfrist. Damit fehlt es für diese Arbeitnehmergruppe an einer Rechtsgrundlage für die Entstehung eines Anspruchs auf die in der Betriebsvereinbarung geregelten Leistungen der betrieblichen Altersversorgung.¹⁰⁴⁷

VII. Verfahren bei Massenentlassungen

Unter bestimmten Umständen können die EU-Mitgliedstaaten Regelungen schaffen, wonach der Staat im Interesse des Schutzes der Arbeitnehmer und der Beschäftigung **Massenentlassungen untersagen** kann. Voraussetzung hierfür ist allerdings ein **gerechtes Gleichgewicht zwischen dem Schutz der Arbeitnehmer und der Beschäftigung einerseits und der Niederlassungsfreiheit und der unternehmerischen Freiheit der Arbeitgeber andererseits**. Zudem dürfen die gesetzlichen Kriterien für die Beurteilung einer Massenentlassung nicht zu allgemein und ungenau gefasst sein.¹⁰⁴⁸

1. Melde- und Anzeigepflicht, Konsultationspflicht

Bei bevorstehenden Massenentlassungen muss der Arbeitgeber bzw. der Insolvenzverwalter in der Rolle des Arbeitgebers vor Ausspruch der Kündigungen den **Betriebsrat konsultieren**

¹⁰⁴⁷ BAG v. 5.5.2015 – 1 AZR 763/13, NZI 2015, 867 = ZIP 2015, 1748; dazu EWiR 2015, 653 (Hergenröder); dazu NJW-Spezial 2015, 595.

¹⁰⁴⁸ EuGH v. 21.12.2016 – C-201/15, NZA 2017, 167; dazu NJW-Spezial 2017, 83.

und der Arbeitsagentur unter **Beifügung der Stellungnahme des Betriebsrates** diese **schriftlich anzeigen** (§ 17 Abs. 1 und Abs. 2 KSchG).¹⁰⁴⁹

Die frühere **Meldepflicht** gegenüber dem Landesarbeitsamt gemäß § 8 AFG ist entfallen.

Das Verfahren der **Massenentlassungsanzeige** gem. §§ 17, 18 KSchG ist in der Insolvenz uneingeschränkt vom Insolvenzverwalter zu beachten, allerdings mit der Besonderheit des § 125 Abs. 2 InsO.¹⁰⁵⁰

Eine Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 3 KSchG ist an die **örtlich zuständige Arbeitsagentur** zu richten. Eine Anzeige an eine örtlich unzuständige Arbeitsagentur führt zur Unwirksamkeit der Kündigung. Dies gilt auch dann, wenn die Arbeitsagentur keine Bedenken erhebt. Unsicherheiten können durch vorsorgliche mehrfache Einreichung bei allen in Betracht kommenden Arbeitsagenturen gemeistert werden.¹⁰⁵¹

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist gem. § 134 BGB i.V. mit § 17 Abs. 1 KSchG unwirksam, wenn die Kündigungserklärung erfolgt, bevor die Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit eingegangen ist. Die **Kündigungserklärung** ist erfolgt, wenn das **Kündigungsschreiben unterzeichnet** ist. Auf den Zugang der Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer kommt es nicht an.¹⁰⁵²

Die nach § 17 Abs. 1 KSchG erforderliche Massenentlassungsanzeige kann erst dann wirksam erstattet werden, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt ihres Eingangs bei der Agentur für Arbeit bereits zur Kündigung entschlossen ist. Kündigungen im Massenentlassungsverfahren sind daher - vorbehaltlich der Erfüllung sonstiger Kündigungsvoraussetzungen - wirksam, wenn die ordnungsgemäße Anzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit eingeht, bevor dem Arbeitnehmer das Kündigungsschreiben **zugegangen** ist.¹⁰⁵³

¹⁰⁴⁹ Siehe dazu Grobys, NJW-Spezial 2016, 690; v. Steinau-Steinrück/Bertz, NZA 2017, 145. Zum Betriebsbegriff in diesem Zusammenhang siehe EuGH v. 15.2.2007 – Rs C-270/05, NZA 2007, 319 = ZIP 2007, 496; dazu EWIR 2007, 317 (A. Junker/Allenberg).

¹⁰⁵⁰ EuGH, Urt. v. 17.12.1998 – C-250/97, NZA 1999, 305 = NZI 1999, 227 = ZInsO 1999, 419 = ZIP 1999, 1183, dazu EWIR 1999, 807 (Schaub). Siehe für das bisherige Konkursverfahren BSG v. 5.12.1978 – 7 Rar 32/78, DB 1979, 1823; Hess / Weis/ Wienberg, Insolvenzarbeitsrecht, Rn. 642; zum Gesamtvollstreckungsverfahren Smid/Zeuner, GesO, § 9 Rn. 109; zum Recht der InsO umfassend Berscheid, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 1043 ff.

¹⁰⁵¹ ArbG Berlin v. 7.2.2019 - 41 Ca 4536/18, ZIP 2019, 836.

¹⁰⁵² EuGH v. 27.1.2005 – C-188/03, NJW 2005, 1099; BAG v. 23.3.2006 – 2 AZR 343/05, NJW 2006, 3161; BAG v. 9.6.2016 – 6 AZR 405/15, NZA 2016, 1198; LAG Baden-Württemberg v. 21.8.2018 – 12 Sa 17/18, AE 2019, 35.

¹⁰⁵³ BAG v. 13.6.2019 – 6 AZR 459/17,

Die Bundesagentur für Arbeit eröffnet nach § 17 der "Fachlichen Weisungen KSchG" gemäß Ziffer 2.2.3 Örtliche Zuständigkeit zu (4) für "**Großunternehmen mit deutschlandweitem Filialnetz**" die **Möglichkeit einer Sammelanzeige** bei der Arbeitsagentur für Arbeit am **Hauptsitz** des Unternehmens. Dabei ist für jeden Betrieb der "Vordruck KSchG 1" auszufüllen. Erstattet ein Arbeitgeber keine solche Sammelanzeige, sondern eine einzige Gesamtanzeige ohne Verwendung der Vordrucke für jeden Betrieb, so ist dies nur dann unschädlich, wenn die Arbeitsagentur den an sich örtlich zuständigen Agenturen für Arbeit die Angaben der Arbeitnehmer des jeweiligen Betriebs aufbereitet nach Maßgabe des § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG i.V.m. § 17 Abs. 2 Nr. 1 bis Nr. 5 KSchG weiterleiten konnte und vor Ausspruch der Kündigung weiter geleitet hat.¹⁰⁵⁴

Zu den Voraussetzungen eines **ordnungsgemäßen Konsultationsverfahrens** bei Massenentlassungen in einem **Konzernunternehmen** hat das LAG Berlin-Brandenburg entschieden: Die Konsultation mit dem Betriebsrat ist bei einer Massenentlassung nur dann ordnungsgemäß, wenn in einem faktisch abhängigen Unternehmen nicht nur die vordergründigen Gründe, sondern die **Hintergründe ausführlich mitgeteilt** werden.¹⁰⁵⁵

Gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 6 KSchG ist in die der Massenentlassungsanzeige **vorausgehende Mitteilung an den Betriebsrat** auch aufzunehmen, welche Kriterien für die Berechnung der Abfindungen zugrunde gelegt werden. **Anstelle der Stellungnahme des Betriebsrats** nach § 17 Abs. 3 S. 2 KSchG **kann** und sollte ein mit dem Betriebsrat abgeschlossener **Interessenausgleich** nach §§ 111 ff. BetrVG bzw. § 125 Abs. 2 InsO **beigefügt** werden.¹⁰⁵⁶

Die **Unterrichtung des Betriebsrates** durch den Arbeitgeber nach § 17 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 Nr. 1 bis Nr. 6 KSchG kann **in Textform (§ 126b BGB)** erfolgen.¹⁰⁵⁷

Das LAG Hannover nimmt die **Entbehrlichkeit des Konsultationsverfahrens** vor Massenentlassungen **bei Verhandlungen mit dem Betriebsrat über einen Interessenausgleich** an. Die Verhandlungen über einen Interessenausgleich i.S.v. § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG und die Beratung gem. § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG mögen sich möglicherweise formal unterscheiden, sind in der Praxis inhaltlich deckungsgleich. Hier eine Unterscheidung zu treffen, wäre ein übertriebener Formalismus. Bei aller Formalisierung der nationalen Rechtsordnung, auch unter Einfluss der zunehmenden Europäisierung, muss das

¹⁰⁵⁴ ArbG Berlin v. 7.2.2019 - 41 Ca 4536/18, ZIP 2019, 836.

¹⁰⁵⁵ LAG Berlin-Brandenburg v. 26.11.2015 – 10 Sa 1501/15, ZIP 2016, 789.

¹⁰⁵⁶ Dazu Plössner, AuA 1999, 100 ff.; dazu auch Salamon, NZA 2015, 789.

¹⁰⁵⁷ BAG v. 22.9.2016 – 2 AZR 276/16, NZA 2017, 175 = ZIP 2017, 193; dazu EWIR 2017, 153 (Laskawy).

Recht praxistauglich sein. Gekünstelte theoretische Ergebnisse sind zu vermeiden.¹⁰⁵⁸ Das LAG Berlin-Brandenburg hat gegenteilig entschieden.¹⁰⁵⁹

Bei einer geplanten Massenentlassung genügt der Arbeitgeber seiner Anzeigepflicht gem. § 17 KSchG, wenn er mit dem Betriebsrat über die Entlassungen bzw. Möglichkeiten ihrer Vermeidung **ernstlich verhandelt** und der Betriebsrat sich in einer Weise äußert, die erkennen lässt, dass er seine **Beteiligungsrechte als gewahrt ansieht**.¹⁰⁶⁰

Der Arbeitgeber hat seine Beratungspflicht i.S.v. § 17 Abs. 2 KSchG erfüllt, wenn er mit **ernsthaftem Willen, zu einer Einigung** zu gelangen, die Verhandlungsgegenstände gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG **mit dem Betriebsrat erörtert** hat. Zwar sieht die Regelung gem. Art. 2 Abs. 1 RL 98/59/EG die Beratungspflicht vor, „um zu einer Einigung zu gelangen“, es besteht jedoch **kein Zwang zur Einigung**, zumal Möglichkeiten zur Vermeidung von Kündigungen bzw. der Milderung von Folgen nur zu beraten sind. Das Ende des Konsultationsverfahrens ist begrifflich nicht im Sinne eines prozessualen Verfahrensabschlusses, sondern als Erfüllung der Beratungspflicht zu verstehen. Somit kann das Ergebnis der Verhandlungen sowohl in einer Übereinkunft als auch im Scheitern liegen. Nach Wortlaut, Systematik und Zweck der RL 98/59/EG steht die Beurteilungskompetenz bezüglich des Scheiterns der Verhandlungen dem Arbeitgeber zu, denn er bleibt frei in seiner Entscheidung, ob er Massenentlassungen durchführen will.¹⁰⁶¹

Eine **Stellungnahme des Betriebsrats nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG** liegt nur vor, wenn sich der Erklärung entnehmen lässt, dass der Betriebsrat seine Beteiligungsrechte als gewahrt ansieht und er eine abschließende Meinung zu den vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigungen geäußert hat.¹⁰⁶²

Ein **einheitliches Konsultations- und Anzeigeverfahren bei sukzessiven Massenentlassungen** ist nach der Auffassung des BAG **möglich**.¹⁰⁶³ Sollen in einem Betrieb nacheinander mehrere Massenentlassungen i.S.v. § 17 Abs. 1 KSchG durchgeführt werden, kann u.U. das Konsultationsverfahren ebenso wie das Anzeigeverfahren bezogen auf alle beabsichtigten Kündigungen zusammengefasst werden. Es bedarf allerdings gem. § 18 Abs. 4 KSchG einer **erneuten Anzeige**, wenn die **Entlassungen nicht innerhalb von 90 Tagen nach der Sperrfrist „durchgeführt“**, d.h. erklärt werden.

¹⁰⁵⁸ LAG Hannover v. 26.2.2015 – 5 Sa 1318/14, AE 2015, 210 = ZIP 2015, 1604; dazu EWiR 2015, 655 (Klasen).

¹⁰⁵⁹ LAG Berlin-Brandenburg v. 9.12.2015 – 15 Sa 1512/15, ZIP 2016, 286; dazu EWiR 2016, 185 (Lindemann).

¹⁰⁶⁰ LAG Berlin-Brandenburg v. 10.8.2016 – 24 Sa 1773/15, dazu EWiR 2017, 285 (Menke).

¹⁰⁶¹ LAG Berlin-Brandenburg v. 15.7.2016 – 2 Sa 687/16, ZIP 2017, 252.

¹⁰⁶² BAG v. 26.2.2015 – 2 AZR 955/13, NZA 2015, 881 = ZIP 2015, 1307; dazu EWiR 2015, 423 (Fuhlrott).

¹⁰⁶³ BAG v. 9.6.2016 – 6 AZR 638/15, ZIP 2016, 2037; dazu EWiR 2016, 773 (Stütze).

Die Definition der Massenentlassung im spanischen Recht verstößt wegen Verkennung des **Betriebsbegriffs** gegen das Unionsrecht. Dies hat der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 13.05.2015 klargestellt.¹⁰⁶⁴ Die spanische Regelung sehe als einzige Referenzeinheit das „**Unternehmen**“ vor. Dies könne das im Unionsrecht vorgesehene Informations- und Konsultationsverfahren vereiteln, wenn bei Heranziehung des „Betriebs“ als Referenzeinheit die Entlassungen als „Massenentlassung“ hätten qualifiziert werden müssen. Nach dem Urteil des EuGH wird bei einem **Unternehmen, das aus mehreren Einheiten besteht**, der Betrieb im Sinne der Richtlinie von der Einheit gebildet, der die von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgabe angehören. Die Zahl der vorgenommenen Entlassungen ist danach in jedem Betrieb eines Unternehmens gesondert zu berücksichtigen. Eine nationale Regelung, die als einzige Referenzeinheit das Unternehmen und nicht den Betrieb vorsieht, verstoße gegen die Richtlinie, wenn die Anwendung dieses Kriteriums zur Folge hat, dass das in der Richtlinie vorgesehene Informations- und Konsultationsverfahren vereitelt wird, während die Entlassungen, wenn der Betrieb als Referenzeinheit verwendet worden wäre, als „Massenentlassungen“ hätten qualifiziert werden müssen. Die **Ersetzung des Begriffs „Betrieb“ durch den Begriff „Unternehmen“** könne nur dann als für die Arbeitnehmer günstig angesehen werden, wenn es sich dabei um ein ergänzendes Element handelt, das nicht zur Aufgabe oder Verringerung des Schutzes führt, der den Arbeitnehmern gewährt worden wäre, wenn bei Heranziehung des Betriebsbegriffs die nach der Richtlinie für die Einstufung als „Massenentlassungen“ erforderliche Zahl von Entlassungen erreicht worden wäre.

Der **Begriff „Betrieb“** in Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a Ziff. ii RL 98/59/EG des Rates vom 20.7.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen ist ebenso auszulegen wie in Buchst. a Ziff. i dieses Unterabsatzes. Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a Ziff. ii RL 98/59/EG ist in dem Sinne auszulegen, dass er einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, die eine Pflicht zur Information und Konsultation der Arbeitnehmer vorsieht, wenn innerhalb eines Zeitraums von 90 Tagen mindestens 20 Arbeitnehmer eines einzelnen Betriebs eines Unternehmens entlassen werden, nicht aber, wenn die Gesamtzahl der Entlassungen in allen Betrieben oder in bestimmten Betrieben eines Unternehmens innerhalb desselben Zeitraums die **Schwelle von 20 Arbeitnehmern** erreicht oder übersteigt.¹⁰⁶⁵

Zum Begriff des **den Arbeitgeber beherrschenden Unternehmens** i.S.d. Massenentlassungs-RL hat der EuGH entschieden:

¹⁰⁶⁴ EuGH v. 13.5.2015 - C-392/13, NZA 2015, 669; dazu NJW-Spezial 2015, 371; Weber, NZA 2016, 727.

¹⁰⁶⁵ EuGH v. 30.4.2015 – Rs C-80/14, NZA 2015, 601 (Court of Appeal of England and Wales (Civil Division) (Vereinigtes Königreich); dazu EWIR 2015, 391 (Mückl) ; Weber, NZA 2016, 727.

Art. 2 Abs. 4 Unterabs. 1 RL 98/59/EG ist dahin auszulegen, dass unter einem „den Arbeitgeber beherrschenden Unternehmen“ jedes Unternehmen zu verstehen ist, das mit dem Arbeitgeber **durch Beteiligungen an dessen Gesellschaftskapital oder durch andere rechtliche Verbindungen verbunden** ist, die es ihm ermöglichen, einen **bestimmenden Einfluss in den Entscheidungsorganen** des Arbeitgebers **auszuüben** und ihn zu zwingen, Massenentlassungen in Betracht zu ziehen oder vorzunehmen.¹⁰⁶⁶

Der EuGH hat zur Massenentlassungsanzeigepflicht entschieden, dass **befristet beschäftigte Arbeitnehmer** unter die „in der Regel“ **beschäftigten Arbeitnehmer** fallen.¹⁰⁶⁷

Der EuGH¹⁰⁶⁸ hat zur Massenentlassungsanzeigepflicht ferner entschieden, dass auch (zumindest **Fremd-)** **GmbH-Geschäftsführer und Praktikanten** bei der Bemessungszahl des § 17 KSchG zu berücksichtigen sind. Art. 1 Abs. 1 der Massenentlassungs-RL stehe der in § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG getroffenen Regelung entgegen, bei der Berechnung der Zahl der Arbeitnehmer ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft unberücksichtigt zu lassen, das seine Tätigkeit nach Weisung und Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt, als Gegenleistung für seine Tätigkeit eine Vergütung erhält und **selbst keine Anteile an dieser Gesellschaft besitzt**. Die Massenentlassungs-RL wolle einen vergleichbaren Schutz der Arbeitnehmerrechte in den verschiedenen Mitgliedsstaaten gewährleisten und die Belastungen, die für die Unternehmen in der Union mit diesen Schutzvorschriften verbunden seien, einander angleichen. Daher müsse der Begriff „Arbeitnehmer“ in Art. 1 Abs. 1 der Massenentlassungs-RL autonom und einheitlich ausgelegt werden. Es sei ohne Bedeutung, wie die Natur des Beschäftigungsverhältnisses nach nationalem Recht einzuordnen sei. Das Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft, das gegen Entgelt Leistungen gegenüber der Gesellschaft erbringe, die es bestellt habe und in die es eingegliedert sei, das seine Tätigkeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübe und das jederzeit ohne Einschränkung von seinem Amt abberufen werden könne, sei Arbeitnehmer i.S.d. Unionsrechts.

Gleiches gelte für **Praktikanten**. Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff umfasse auch Personen, die einen **Vorbereitungsdienst** ableisteten oder in einem Beruf

¹⁰⁶⁶ EuGH v. 7.8.2018 – verb. Rs C-61/17, C-62/17, C-72/17, ZIP 2018, 1751; dazu EWiR 2018, 631 (Forst); NJW-Spezial 2018, 595.

¹⁰⁶⁷ EuGH v. 11.11.2015 – C-422/14, NZA 2015, 1441 = NJW 2016, 927 = ZIP 2015, 2292; dazu EWiR 2016, 59 (Klopp); NJW-Spezial 2015, 755; Franzen, NZA 2016, 26; Dimsic, NJW 2016, 901.

¹⁰⁶⁸ EuGH v. 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 = GmbHR 2015, 979 m. Anm. Brötzmann = NJW 2015, 2481 m. Anm. Arnold; dazu EWiR 2015, 553 (Lindemann); NJW-Spezial 2015, 499; v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2015, 498; Kleinebrink/Commandeur, NZA 2015, 853; Lunk, NZA 2015, 917; Lunk/Hildebrand, NZA 2016, 129; Weber, NZA 2016, 727; Sittard/Köllmann, JM 2016, 458.

Ausbildungszeiten absolvierten, wenn diese Zeiten unter den Bedingungen einer **tatsächlichen und echten Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis** für einen Arbeitgeber nach dessen Weisung absolviert würden. Auf die Herkunft der zur Vergütung eingesetzten Mittel komme es nicht an.

Ungeklärt ist noch, ob im Betrieb beschäftigte **Leiharbeitnehmer** zu berücksichtigen sind. Das BAG hat diese Frage inzwischen dem **EuGH vorgelegt**.¹⁰⁶⁹

„1.°Ist Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a RL 98/59/EG dahin auszulegen, dass zur Bestimmung der Zahl der in der Regel in einem Betrieb tätigen Arbeitnehmer auf die Anzahl der im Zeitpunkt der Entlassung bei gewöhnlichem Geschäftsgang beschäftigten Arbeitnehmer abzustellen ist?

2. Ist Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a RL 98/59/EG dahin auszulegen, dass bei der Bestimmung der Zahl der in der Regel in einem Betrieb eines entleihenden Unternehmens tätigen Arbeitnehmer dort eingesetzte Leiharbeitnehmer mitzählen können?

Sofern die zweite Frage bejaht wird:

3. Welche Voraussetzungen gelten für die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Bestimmung der Anzahl der in der Regel in einem Betrieb eines entleihenden Unternehmens tätigen Arbeitnehmer?“

Das BVerfG sieht eine verfassungswidrige **faktische Diskriminierung durch den Ausschluss einer Arbeitnehmerin in Elternzeit vom Massenentlassungsschutz**:

Es verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn einer Arbeitnehmerin in Elternzeit aufgrund besonderer Schutznormen und damit einhergehender Durchführung eines behördlichen Verfahrens nicht im 30-Tages-Zeitraum des § 17 Abs. 1 KSchG gekündigt wird und sie dadurch vom Anwendungsbereich des Massenentlassungsschutzes ausgeschlossen wird.¹⁰⁷⁰

Bei der gemäß § 17 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 KSchG iVm. § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KSchG zwingend erforderlichen **Angabe der Anzahl der zu entlassenden Arbeitnehmer** sind auch die Arbeitnehmer mitzuzählen, die auf Veranlassung des Arbeitgebers im Wege der **Eigenkündigung** aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden und damit einer sonst erforderlichen betriebsbedingten Arbeitgeberkündigung zuvorgekommen sind. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber keine Kenntnis davon hat, dass diese Arbeitnehmer bereits ein neues Arbeitsverhältnis begründet haben. Wird in einer Massenentlassungsanzeige die Anzahl der zu entlassenden Arbeitnehmer **zu niedrig**

¹⁰⁶⁹ BAG v. 16.11.2017 – 2 AZR 90/17, NZA 2018, 245 = ZIP 2018, 241; dazu EWiR 2018, 189 (Wolff/Stemmler); NJW-Spezial 2018, 116 und 146.

¹⁰⁷⁰ BVerfG, Beschl. v. 8.6.2016 – 1 BvR 3634/13, NZA 2016, 939 = ZIP 2016, 1793.

angegeben, können sich auf diesen Fehler **nur die Arbeitnehmer berufen, die von der Massentlassungsanzeige nicht erfasst** sind.¹⁰⁷¹

Bestreitet der Arbeitnehmer, dass die Massentlassungsanzeige ordnungsgemäß vor Ausspruch der Kündigung erfolgt ist, und behauptet der Arbeitgeber, die Anzeige ordnungsgemäß erstattet zu haben, ist **zur Vorbereitung der streitigen Verhandlung die Einholung einer amtlichen Auskunft bei der zuständigen Agentur für Arbeit über Inhalt und Zeitpunkt der Massentlassungsanzeige nach § 56 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG zulässig und naheliegend**. Erklärt der Betriebsrat das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG vor Ablauf von zwei Wochen nach seiner Unterrichtung für abgeschlossen, steht der Massentlassungsanzeige das Erfordernis einer rechtzeitigen Unterrichtung nicht entgegen.¹⁰⁷² Ebenso wie im Verfahren nach § 102 BetrVG kommt es hierbei nicht darauf an, ob dem Betriebsrat bei seiner internen Willensbildung Fehler unterlaufen sind. Unterzeichnen die Betriebsparteien einen Interessenausgleich, dem kein wirksamer Betriebsratsbeschluss zugrunde liegt, so hat der Arbeitgeber dennoch einen Interessenausgleich versucht i. S. v. § 113 Abs. 3 BetrVG.¹⁰⁷³

Bei einer **betriebsübergreifenden Betriebsänderung** ersetzt nach der Auffassung des BAG gemäß § 125 Abs. 2 InsO ein vom Insolvenzverwalter mit dem **Gesamtbetriebsrat** abgeschlossener Interessenausgleich mit Namensliste die **Stellungnahmen der örtlichen Betriebsräte** nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG zu den vom Insolvenzverwalter beabsichtigten Massentlassungen.¹⁰⁷⁴

Die **Formblätter der Agentur für Arbeit** sehen nur auf der ersten Seite ein Unterschriftenfeld vor, nicht jedoch auch auf den einzelnen Blättern der dortigen Anlagen, die **Pflichtangaben** für die Massentlassungsanzeige nach § 17 KSchG enthalten sollen. Ob damit die Verwendung dieser Formblätter dem **Schriftformerfordernis des § 17 KSchG i.V.m § 126 BGB** genügt, erscheint zweifelhaft.

Die Unterschrift muss nämlich den **Text räumlich abschließen**. Eine „**Oberschrift**“ am oberen Rand wie bei den zeitweilig von Kreditinstituten eingesetzten Überweisungsformularen genügt ebenso nicht.¹⁰⁷⁵ wie neben dem Text stehende „**Nebenschriften**“. Ober- und Nebenschriften sind schon vom äußeren Erscheinungsbild her nicht geeignet, die **Übernahme der Verantwortung** für den auf dem Schriftstück

¹⁰⁷¹ BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, ZIP 2012, 1822.

¹⁰⁷² BAG v. 13.12.2012 – 6 AZR 752/11, NZA 2013, 1040.

¹⁰⁷³ LAG Nürnberg v. 10.12.2014 – 2 Sa 379/14, AE 2015, 143 = ZIP 2015, 702.

¹⁰⁷⁴ BAG v. 7.7.2011 – 6 AZR 248/10, NJW 2011, 3180 = ZIP 2011, 1786; dazu EWIR 2011, 677 (Mückl).

¹⁰⁷⁵ BGH v. 20.11.1990 - XI ZR 107/89, BGHZ 113, 48, 51f. = NJW 1991, 487

befindlichen Text auszudrücken, sie erfüllen nicht die einer Unterschrift zukommende Funktion, den **Urkundentext räumlich und zeitlich abzuschließen**.¹⁰⁷⁶

2. Entlassungsbegriff und Kündigung

Ähnlich wie bei der Sozialplanpflicht gemäß §§ 111, 112, 112a BetrVG¹⁰⁷⁷ gelten als „Entlassungen“ i.S.v. §§ 17, 18 KSchG nicht nur die Fälle von Kündigungen, sondern auch vom Arbeitgeber veranlasster **Aufhebungsverträge** und möglicherweise auch **Eigenkündigungen** (§ 17 Abs. 1 S. 2 KSchG).

Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, der Agentur für Arbeit schriftlich (§ 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG) Anzeige zu erstatten, bevor er in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als fünf Arbeitnehmer innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt. Den **Entlassungen stehen andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses gleich**, die vom Arbeitgeber veranlasst werden (§ 17 Abs. 1 Satz 2 KSchG). Zur Berücksichtigung von beabsichtigten - und auch geschlossenen - **Aufhebungsverträgen** im Rahmen eines stilllegungsbedingten Personalabbaus als „andere Beendigungen“ iSv. § 17 Abs. 1 Satz 2 KSchG hat das BAG ausgeführt; Auch zur Berücksichtigung von „anderen Beendigungen“ (§ 17 Abs. 1 Satz 2 KSchG) bei der Berechnung des Schwellenwertes von fünf Entlassungen (§ 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KSchG) ist unter dem Begriff „Entlassung“ die Erklärung der Kündigung zu verstehen.¹⁰⁷⁸

Erhalten Arbeitnehmer aus betriebsbedingten Gründen **Änderungskündigungen**, zählt dies als „Entlassung“. Selbst wenn **Beschäftigte die Änderungskündigung angenommen** haben, kann damit der Arbeitgeber zur Anzeige der Kündigungen bei der Arbeitsagentur verpflichtet sein. Diese zähle daher auch bei der Berechnung des Schwellenwertes mit, ab wann ein Arbeitgeber eine Massenentlassungsanzeige bei der Arbeitsagentur vornehmen muss. Als „Entlassung“ gelte eine Kündigungserklärung. Das Gesetz unterscheide nicht zwischen unterschiedlichen Formen der Kündigung. „Auch wenn die Änderungskündigung im Ergebnis lediglich auf eine Änderung der Vertragsbedingungen zielt, handelt es sich bei ihr doch – wegen der mit ihr verbundenen Kündigungserklärung – um eine ‚echte‘ Kündigung, stellte der 2. BAG-Senat klar. Die **Arbeitsagentur** müsse zudem die Möglichkeit haben, selbst bei Änderungskündigungen nach Lösungen und Problemen im Betrieb zu suchen. Denn weder Arbeitgeber noch Arbeitsverwaltung könnten wissen, ob der betroffene

¹⁰⁷⁶ BGH v. 21.1.1992 - XI ZR 71/91, NJW 1992, 829, 830.

¹⁰⁷⁷ BAG v. 28.10.1992 – 10 AZR 405/91 und 406/91, BB 1993, 792 und 793; BAG v. 28.4.1993 – 10 AZR 222/92, BB 1993, 1807; LAG Düsseldorf v. 3.7.1991 – 4 Sa 469/91, BB 1991, 1792.

¹⁰⁷⁸ BAG v. 19.3.2015 – 8 AZR 119/14, DB 2015, 2029.

Arbeitnehmer das Änderungsangebot annimmt oder dem Arbeitsmarkt wieder zur Verfügung steht.¹⁰⁷⁹

Unter "**Entlassung**" wurde **früher** dabei nicht der rechtliche Beendigungstatbestand verstanden, insbesondere der Ausspruch der Kündigung, sondern erst die dadurch herbeigeführte **tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses** bzw. das tatsächliche Ausscheiden (vgl. § 17 Abs. 1 S. 2 n. F.)¹⁰⁸⁰.

Der **EuGH** hat dazu aber anders entschieden.¹⁰⁸¹ Entgegen der bisherigen deutschen Rechtsprechung müssen die **Konsultation** des Betriebsrates **und** die **Anzeige** an die Bundesagentur für Arbeit bei Massenentlassungen bereits **vor Ausspruch der Kündigung** stattfinden. Dadurch verzögert sich gegebenenfalls das Verfahren bei Massenentlassungen, die gem. §§ 17 und 18 KSchG bei der Arbeitsverwaltung anzuzeigen sind, erheblich. Denn bislang konnte der Arbeitgeber die Kündigungen aussprechen und hatte dann Zeit, parallel zum Lauf der Kündigungsfristen das Anzeigeverfahren bei der Agentur für Arbeit einzuleiten.

Das LAG Berlin, das LAG Köln und das LAG Niedersachsen wollten deshalb auch für die Fälle, in denen bis zur Entscheidung des EuGH auf der Grundlage der nationalen Rechtsprechung vorgegangen wurde, **Vertrauensschutz** gewähren, so dass die Kündigungen nicht wegen Verstoß gemäß §§ 17 ff. KSchG unwirksam sind.¹⁰⁸² Diese Rechtsprechung hat das **BAG** inzwischen **bestätigt**:¹⁰⁸³

„Entlassung iSd. § 17 Abs. 1 KSchG meint bei einer der Richtlinie RL 98/59/EG vom 20. Juli 1998 entsprechenden richtlinienkonformen Auslegung der kündigungsschutzrechtlichen Bestimmung den Ausspruch der Kündigung. Eine nach Ausspruch der Kündigung erstattete Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit führt jedenfalls dann nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, wenn sich der Arbeitgeber berechtigterweise auf den auch bei einer Änderung der Rechtsprechung zu beachtenden Vertrauensschutz berufen kann.“

¹⁰⁷⁹ BAG v. 20.2.2014 – 2 AZR 346/12, NJW 2014, 3120 = ZIP 2014, 1691; dazu EWiR 2014, 635 (Schubert).

¹⁰⁸⁰ BAG v. 6.12.1973 – 2 AZR 10/73, AP Nr. 1 zu § 17 KSchG 1969; BAG v. 24.10.1996 – 2 AZR 895/95, NJW 1997, 2131; BAG v. 11.3.1999 – 2 AZR 461/98, ZIP 1999, 1568 = EzA § 17 KSchG Nr. 8 = ZInsO 1999, 420 = DZWIR 1999, 326 m. Anm. Bichlmeier; Ermer, NJW 1998, 1288.

¹⁰⁸¹ EuGH v. 27.1.2005 – Rs C 188/03 (Jung); ZIP 2005, 230; dazu EWiR 2005, 213 (Grimm); so auch bereits der Generalanwalt beim EuGH in seinem Entscheidungsvorschlag v. 30.9.2004, ZIP 2004, 2019, dazu EWiR 2005, 69 (Hennings).

¹⁰⁸² LAG Berlin v. 27.4.2005 – 17 Sa 2646/04, BB 2005, 1860; dazu NJW Spezial 2005, 325; LAG Berlin v. 1.7.2005 – 8 Sa 781/05, ZInsO 2005, 1231; LAG Köln v. 25.2.2005 – 11 Sa 767/04, ZIP 2005, 1153, dazu EWiR 2006, 121 (Grimm/Windeln); LAG Köln v. 10.5.2005 – 1 Sa 1510/04, BB 2005, 1860 = ZIP 2005, 1524; LAG Niedersachsen v. 11.8.2005 – 7 Sa 1256/04, NZA-RR 2006, 16; Junk/Kühnel, BB 2005, 331; Dornbusch/Wolf, BB 2005, 885.

¹⁰⁸³ BAG v. 23.3.2006 – 2 AZR 343/05, DB 2006, 1902 = BB 2006, 1971 = NZA 2006, 971; BAG v. 6.7.2006 – 2 AZR 520/05, ZIP 2006, 2329; dazu NJW-Spezial 2006, 456; BAG v. 1.2.2007 – 2 AZR 15/06; Bauer/Krieger/Powietzka, BB 2006, 2023.

Das BVerfG hat die Gewährung von Vertrauensschutz durch das BAG jedoch inzwischen als Verstoß des BAG gegen die Pflicht zur Vorlage an den EuGH bewertet:¹⁰⁸⁴

„Es ist Sache des EuGH, auch darüber zu entscheiden, ob – entgegen der grundsätzlichen ex-tunc-Wirkung von Entscheidungen gem. Art. 267 AEUV – aufgrund der unionsrechtlichen Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes die Geltung der von ihm vorgenommenen Auslegung einer Norm in zeitlicher Hinsicht ausnahmsweise eingeschränkt werden soll. Das BAG hat deshalb in seiner Entscheidung vom 1.2.2007 – 2 AZR 15/06 das Recht des Beschwerdeführers (ein vor der Anzeige von Massenentlassungen gekündigter Arbeitnehmer) auf seinen gesetzlichen Richter verletzt, indem es Vertrauensschutz in seine frühere nicht richtlinienkonforme Auslegung der §§ 17, 18 KSchG gewährt hat, ohne zuvor vom EuGH klären zu lassen, ob die mit dem Vertrauensschutz einhergehende Beschränkung der Wirkung der Junk-Entscheidung des EuGH v. 27.1.2005 – Rs C-188/03 (ZIP 2005, 230) mit dem Unionsrecht vereinbar ist.“

Das BAG hat dabei zunächst **offengelassen**, ob künftig eine nicht oder nicht rechtzeitig erstattete Massenentlassungsanzeige zur **Unwirksamkeit der Kündigungen** führt. Das LAG Düsseldorf hat dies aber angenommen.¹⁰⁸⁵ Unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung geht das BAG seit der Entscheidung des Zweiten Senats vom 23. März 2006¹⁰⁸⁶ nunmehr davon aus, dass "Entlassung" iSd. § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG aufgrund der richtlinienkonformen Auslegung der RL 98/ 59/ EG vom 20. Juli 1998 der Norm als "Ausspruch der Kündigung" zu verstehen ist. Nachdem es der Zweite Senat und der Sechste Senat¹⁰⁸⁷ zunächst offengelassen hatten, ob ein Verstoß gegen § 17 KSchG zur Unwirksamkeit der Kündigung führt, entspricht es jetzt der Rechtsprechung des BAG, dass eine Kündigung dann rechtsunwirksam ist, wenn sie der Arbeitgeber vor einer nach § 17 Abs. 1 KSchG erforderlichen, den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Anzeige ausgesprochen hat.¹⁰⁸⁸

Jedoch führt auch nach der Auffassung des BAG¹⁰⁸⁹ nicht jeder Fehler im Rahmen der Betriebsratskonsultation nach § 17 KSchG zur Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen: Fehlt eine **Stellungnahme des Betriebsrats** zu den Entlassungen, so hat der

¹⁰⁸⁴ BVerfG v. 10.12.2014 – 2 Bv 1549/07, ZIP 2015, 335; dazu EWiR 2015, 193 (Oetker).

¹⁰⁸⁵ LAG Düsseldorf v. 1.3.2007 – 13 Sa 1275/06, ZIP 2007, 1025.

¹⁰⁸⁶ BAG v. 23.3.2006 - 2 AZR 343/05, BAGE 117, 281 = AP KSchG 1969 § 17 Nr. 21 = EzA KSchG § 17 Nr. 16.

¹⁰⁸⁷ BAG v. 13.7.2006 - 6 AZR 198/06, BAGE 119, 66 = AP KSchG 1969 § 17 Nr. 22 = EzA KSchG § 17 Nr. 17.

¹⁰⁸⁸ BAG v. 20.9.2006 - 6 AZR 219/06, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 24; BAG v. 12.7.2007 - 2 AZR 619/05, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 33; BAG v. 26.7.2007 - 8 AZR 769/06, AP BGB § 613a Nr. 324; BAG v. 8.11.2007 - 2 AZR 554/05, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 28 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 156; BAG v. 28.5.2009 – 8 AZR 273/08, NZA 2009, 1267 = ZIP 2010, 246; dazu EWiR 2010, 161 (A. Klasen).

¹⁰⁸⁹ BAG v. 28.5.2009 – 8 AZR 273/08, ZIP 2010, 246; ähnlich LAG Stuttgart v. 16.9.2010 – 11 Sa 35/10, ZIP 2010 bei einer geringfügigen Überschreitung der angegebenen Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer.

Arbeitgeber der Agentur für Arbeit nach § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG glaubhaft zu machen, dass er den Betriebsrat mindestens zwei Wochen vor Erstattung der Anzeige nach § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG unterrichtet hat, und den Stand der Beratungen darzulegen.

§ 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG ist nach der Auffassung des LAG Hamm **kein Verbotsgesetz** i. S. v. § 134 BGB. Die **nicht gleichzeitige Zuleitung** einer Abschrift des Schreibens an den Betriebsrat über die Unterrichtung über anzeigepflichtige Entlassungen (§ 17 Abs. 2 KSchG) führt daher für sich genommen nicht zur Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung.¹⁰⁹⁰

Der Umstand, dass der Agentur für Arbeit mit der Anzeige nicht, wie von § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG bei fehlender Stellungnahme des Betriebsrats gefordert, den **Stand der Beratungen mitgeteilt** wurde, führt nicht ohne weiteres zur Unwirksamkeit der Kündigung. Die Vorschriften der §§ 17 ff. KSchG verfolgen einen arbeitsmarktpolitischen Zweck. Die Agentur für Arbeit soll in die Lage versetzt werden, vorausschauend Arbeitsvermittlungs- und andere Maßnahmen einzuleiten, um folgende Massenentlassungen von den betroffenen Arbeitnehmern möglichst abzuwenden.¹⁰⁹¹ Diese Rechtsprechung entspricht auch Art. 4 Abs. 2 der EWG-Richtlinie Nr. 98/ 59/ EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen. Danach besteht der Zweck der Anzeige darin, es der zuständigen Behörde zu ermöglichen, nach Lösungen für die durch die beabsichtigten Massenentlassungen aufgeworfenen Probleme zu suchen. Dafür muss die Behörde die 30-Tage-Frist des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie für die Suche nach solchen Lösungen nutzen.¹⁰⁹² Legt man diesen Gesetzeszweck zugrunde, so hat die nicht erfolgte Darlegung des Standes der Beratungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat zumindest dann keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Anzeige nach § 17 KSchG, wenn die Agentur für Arbeit nachträglich zu erkennen gibt, dass sie aufgrund der vom Arbeitgeber gemachten Angaben und der von ihm mitgeteilten Unterrichtung des Betriebsrats in der Lage war, sich ein ausreichendes Bild von den geplanten Massenentlassungen zu machen, um erforderliche arbeitsmarktpolitische Maßnahmen zu ergreifen und/ oder Entscheidungen nach § 18 Abs. 1 oder Abs. 2 KSchG zu treffen. Dabei kommt der Tatsache, dass nach § 20 Abs. 3 KSchG der Entscheidungsträger der Agentur für Arbeit vor einer Entscheidung nach § 18 Abs. 1 oder Abs. 2 KSchG den Arbeitgeber und den Betriebsrat anzuhören hat und diese die für die Beurteilung des Falles vom Entscheidungsträger für erforderlich gehaltenen Auskünfte zu erteilen haben, erhebliche Bedeutung zu. Dadurch kann sich die Agentur für Arbeit nämlich selbst ein Bild vom Stand der Beratungen verschaffen.

¹⁰⁹⁰ LAG Hamm v. 13.1.2015 – 7 Sa 900/14, ZIP 2015, 893.

¹⁰⁹¹ BAG v. 24.10.1996 - 2 AZR 895/95, BAGE 84, 267 = AP KSchG 1969 § 17 Nr. 8 = EzA KSchG § 17 Nr. 6.

¹⁰⁹² EuGH v. 27.1.2005 - C-188/03 [Junk], AP KSchG 1969 § 17 Nr. 18 = EzA KSchG § 17 Nr. 13.

Nach der Auffassung des LAG Hamm führt im Rahmen der Einleitung des Konsultationsverfahrens eine **lediglich mündliche, jedoch mit den Pflichtangaben nach § 17 Absatz 2 Satz 1 Nrn. 1 – 5 KSchG versehene Unterrichtung** trotz Verstoßes gegen § 17 Absatz 2 Satz 1 KSchG nicht zur Unwirksamkeit einer im Zusammenhang mit der Massenentlassung erklärten Kündigung.¹⁰⁹³

Bei der gemäß § 17 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 KSchG iVm. § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KSchG zwingend erforderlichen **Angabe der Anzahl der zu entlassenden Arbeitnehmer** sind auch die Arbeitnehmer mitzuzählen, die auf Veranlassung des Arbeitgebers im Wege der **Eigenkündigung** aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden und damit einer sonst erforderlichen betriebsbedingten Arbeitgeberkündigung zuvorgekommen sind. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber keine Kenntnis davon hat, dass diese Arbeitnehmer bereits ein neues Arbeitsverhältnis begründet haben.¹⁰⁹⁴

Bei der **Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer** nach § 17 Abs. 1 KSchG sind nach der Ansicht des LAG Stuttgart auch die Arbeitnehmer zu berücksichtigen, die auf Veranlassung des Arbeitgebers bereits vor Ausspruch der Kündigungen einen dreiseitigen Vertrag zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses und **Übertritt in eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft** unterzeichnet haben.¹⁰⁹⁵

Wird in einer Massenentlassungsanzeige die Anzahl der zu entlassenden Arbeitnehmer **zu niedrig angegeben**, können sich auf diesen Fehler **nur die Arbeitnehmer berufen, die von der Massenentlassungsanzeige nicht erfasst sind**.¹⁰⁹⁶

Die **Beifügung der Stellungnahme des Betriebsrats** gemäß § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Massenentlassungsanzeige. Die **Stellungnahme** des Betriebsrats genügt den gesetzlichen Anforderungen des § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG nur, wenn sie sich **auf die angezeigten Kündigungen bezieht** und eine **abschließende Meinungsäußerung des Betriebsrats zu diesen Kündigungen enthält**, wobei auch eine eindeutige Äußerung, keine Stellung nehmen zu wollen, ausreichend ist.¹⁰⁹⁷

Unklar war bislang auch, welche **Bedeutung § 18 KSchG** überhaupt noch hat. Das LAG Berlin-Brandenburg wollte daraus eine entsprechend **verlängerte Kündigungsfrist**

¹⁰⁹³ LAG Hamm v. 15.12.2010 – 6 Sa 1344/10, ZIP 2011, 1069 = ZInsO 2011, 876; dazu EWiR 2011, 395 (Hergenröder).

¹⁰⁹⁴ BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, ZIP 2012, 1822.

¹⁰⁹⁵ LAG Stuttgart v. 23.10.2013 – 10 Sa 32/13, ZIP 2014, 937; dazu EWiR 2014, 463 (Hützen).

¹⁰⁹⁶ BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, ZIP 2012, 1822.

¹⁰⁹⁷ BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, ZIP 2012, 1822.

ableiten¹⁰⁹⁸ bzw. es sollte im Fall einer Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 1 KSchG die Kündigungsfrist erst mit Ablauf der Sperrfrist des § 18 Abs. 1 KSchG in Lauf gesetzt werden.¹⁰⁹⁹ Das BAG hat dazu aber inzwischen anders entschieden:

*„Die Entlassungssperre nach § 18 Abs. 1 KSchG hindert weder den Ausspruch einer Kündigung nach Anzeige der Massenentlassung bei der Agentur für Arbeit während des Laufs der Sperrfrist nach § 18 Abs. 1 oder Abs. 2 KSchG noch verlängert die Sperrfrist die gesetzlichen Kündigungsfristen.“*¹¹⁰⁰

Eine **"erneute Anzeige"** im Sinne von § 18 Abs. 4 KSchG ist nach der Auffassung des BAG nicht erforderlich, wenn Kündigungen nach einer ersten Anzeige vor Ablauf der Freifrist ausgesprochen werden, die Arbeitsverhältnisse wegen **langer Kündigungsfristen** aber erst nach Ablauf der Freifrist enden.¹¹⁰¹

Das LSG Baden-Württemberg verneint dagegen einen Individualschutz der Regelungen der §§ 17 ff. KSchG und versagt daher dem gekündigten Arbeitnehmer zumindest eine **Klagebefugnis** gegen einen **Bescheid der Arbeitsverwaltung nach § 18 KSchG**.¹¹⁰²

Das BAG hat dazu inzwischen anders entschieden: Begeht der Arbeitgeber bei der Erstattung einer nach § 17 KSchG erforderlichen Massenentlassungsanzeige **Fehler**, werden diese durch einen bestandskräftigen Bescheid der Agentur für Arbeit nach §§ 18, 20 KSchG **nicht geheilt**. Die Arbeitsgerichte sind durch einen solchen Bescheid nicht gehindert, die Unwirksamkeit der Massenentlassungsanzeige festzustellen.¹¹⁰³ Bereits nach allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Grundsätzen entfaltet allein die im Verwaltungsakt verbindlich mit Außenwirkung getroffene Regelung Bindungswirkung. Die einem Verwaltungsakt zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände sowie deren rechtliche Beurteilung gehören als Vorfragen dagegen nicht zum Regelungsinhalt. Darüber hinaus wäre das von Art. 6 MERL geforderte Schutzniveau unterschritten, wenn ein Bescheid nach §§ 18, 20 KSchG dem Arbeitnehmer die Möglichkeit abschneiden würde, sich im Kündigungsschutzprozess auf Formfehler bei den Anforderungen des § 17 Abs. 3 KSchG zu berufen. Früheren Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, die eine Heilungswirkung der Bescheide der Arbeitsverwaltung angenommen haben, ist durch die Rechtsprechung des

¹⁰⁹⁸ LAG Berlin-Brandenburg v. 23.2.2007 – 6 Sa 2152/06, BB 2007, 2296; a.A. BAG v. 28.5.2009 – 8 AZR 273/08, ZIP 2010, 246.

¹⁰⁹⁹ LAG Berlin-Brandenburg v. 21.12.2007 - 6 Sa 1846/07, EzA-SD 2008, 7.

¹¹⁰⁰ BAG v. 6.11.2008 - 2 AZR 935/07, BB 2009, 727 m. Anm. Simon/Greßlin = ZIP 2009, 487; dazu EWiR 2009, 279 (Roock/Fuhlrott); dazu NJW-Spezial 2009, 179; BAG v. 28.5.2009 – 8 AZR 273/08, ZIP 2010, 246.

¹¹⁰¹ BAG v. 23.2.2010 – 2 AZR 268/08, ZIP 2010, 1461; dazu EWiR 2010, 579 (Hergenröder).

¹¹⁰² LSG Baden-Württemberg v. 8.1.2007 – L 8 AL 3242/06, NJW 2007, 1839.

¹¹⁰³ BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, ZIP 2012, 1822.

Gerichtshofs der Europäischen Union seit der Junk-Entscheidung vom 27. Januar 2005¹¹⁰⁴ der Boden entzogen.

Bei der gemäß § 17 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 KSchG iVm. § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KSchG zwingend erforderlichen Angabe der Anzahl der zu entlassenden Arbeitnehmer sind auch die Arbeitnehmer mitzuzählen, die auf Veranlassung des Arbeitgebers im Wege der Eigenkündigung aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden und damit einer sonst erforderlichen betriebsbedingten Arbeitgeberkündigung zuvorgekommen sind. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber keine Kenntnis davon hat, dass diese Arbeitnehmer bereits ein neues Arbeitsverhältnis begründet haben.¹¹⁰⁵

Wird in einer Massentlassungsanzeige die Anzahl der zu entlassenden Arbeitnehmer zu niedrig angegeben, können sich auf diesen Fehler nur die Arbeitnehmer berufen, die von der Massentlassungsanzeige nicht erfasst sind.¹¹⁰⁶

Das BAG hat seine Rechtsprechung inzwischen noch vertieft: Wurde die Massentlassungsanzeige im Einklang mit der früheren Rechtsprechung und Verwaltungspraxis erst nachträglich erstattet, kann sich der Arbeitgeber hinsichtlich der Wirksamkeit der Kündigungen auf Vertrauensschutz berufen, **solange er von der geänderten Rechtsauffassung der Arbeitsverwaltung keine Kenntnis haben musste.**¹¹⁰⁷

Auch hat das BAG im Rahmen der Frage, ob Vertrauensschutz zu gewähren ist, auf das **Verhalten der Arbeitsverwaltung** gegenüber dem betroffenen Arbeitgeberunternehmen im konkreten Fall abgestellt.¹¹⁰⁸ Auch die Einschätzung der Rechtsfolgen der "Junk"-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs durch die für die Anwendung und Ausführung der §§ 17 ff. KSchG zuständige Arbeitsverwaltung, insbesondere durch die Bundesagentur für Arbeit als oberste Behörde, sei für die Frage des schutzwürdigen Vertrauens bedeutsam. Verlautbarte die Bundesagentur für Arbeit ihre der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts widersprechende und mit der des Europäischen Gerichtshofs übereinstimmende Einschätzung der Rechtslage in einer solchen Form, dass von einem Arbeitgeber bzw. seinem mit gehöriger Sorgfalt beratenden Anwalt die Kenntnis dieser

¹¹⁰⁴ EuGH v. 27.1.2005 - C-188/03 [Junk], AP KSchG 1969 § 17 Nr. 18 = EzA KSchG § 17 Nr. 13.

¹¹⁰⁵ BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, ZIP 2012, 1822.

¹¹⁰⁶ BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, ZIP 2012, 1822.

¹¹⁰⁷ BAG v. 13.7.2006 – 6 AZR 198/06, DB 2006, 2820 = ZIP 2006, 2396 = BB 2007, 159 m. Anm. Lemke; BAG v. 20.9.2006 – 6 AZR 249/05, NZA 2007, 387 = ZIP 2007, 595; dazu EWiR 2007, 363 (Grimm/Michaelis); BAG v. 29.11.2007 - 2 AZR 763/06, DB 2008, 1756.

¹¹⁰⁸ BAG v. 20.9.2006 - 6 AZR 219/06, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 24; BAG v. 29.11.2007 - 2 AZR 763/06, ArbRB 2008, 200.

Einschätzung erwartet werden musste, sei das Vertrauen in den Fortbestand der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht mehr schutzwürdig.

In der maßgeblichen Richtlinie RL 98/59/EG vom 20. Juli 1998 heißt es: "*Der Arbeitgeber hat der zuständigen Behörde alle beabsichtigten Massenentlassungen schriftlich anzuzeigen*" (Artikel 3 Abs. 1). Der EuGH bezieht sich in seinem Urteil auf den **Wortlaut** sowie auf den **Zweck** der vorgeschriebenen Entlassungsanzeige. Aus dem Wortlaut der "beabsichtigten" Massenentlassung schließt er, dass die Anzeige an die Arbeitsagentur bereits vor der Entscheidung des Arbeitgebers über die Kündigungen stattfinden muss. Denn die Anzeige diene dazu, der Arbeitsagentur Zeit einzuräumen, um Lösungen für die durch die Massenentlassung auftretenden Probleme zu finden. Der dafür vorgeschriebene Mindestzeitraum von 30 Tagen müsse vor dem Ausspruch der Kündigung zur Verfügung stehen, andernfalls könnten Lösungen für Probleme gar nicht mehr gefunden werden.

Gleiches gilt für die Vorschrift aus der Richtlinie, dass der Arbeitgeber "vor der beabsichtigten Massenentlassung" die Arbeitnehmervertreter zu konsultieren habe – im deutschen Recht also das **Anhörungsverfahren beim Betriebsrat und Interessenausgleich sowie Sozialplanverfahren** stattfinden muss. Auch hier betont der EuGH, dass ausdrücklich von "beabsichtigten" Entlassungen die Rede ist. Auch hier dürfe eine Entscheidung des Arbeitgebers, zu kündigen oder nicht, noch nicht getroffen sein. Denn für den Betriebsrat wäre es erheblich schwieriger, die Rücknahme einer bereits getroffenen Entscheidung zu erreichen, als den Verzicht auf eine beabsichtigte Entscheidung.

Problematisch ist allerdings, dass das deutsche Recht in § 17 Abs. 5 KSchG **leitende Angestellte** aus der Regelung über den Massenentlassungsschutz ausnimmt, was im Hinblick auf die zugrunde liegende europäische Richtlinie bedenklich erscheint.¹¹⁰⁹

Das ArbG Berlin hat dem EuGH u.a. die weitere Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob Art. 2 der Richtlinie 98/59/EG dahin auszulegen ist, dass das **Konsultationsverfahren** im Falle geplanter Massenentlassungen schon dann abgeschlossen ist, wenn die unmittelbaren Verhandlungen zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmervertretern gescheitert sind, oder erst, wenn eine im nationalen Recht vorgesehene betriebliche **Einigungsstelle angerufen** wurde und die dortigen **Verhandlungen abgeschlossen** sind.¹¹¹⁰ Das **BVerfG**

¹¹⁰⁹ EuGH v. 17.12.1998 - Rs.C-250/97, ZIP 1999, 1183, dazu EWIR 1999, 807 (Schaub); Schaub, ZIP 1999, 1949, 1953.

¹¹¹⁰ ArbG Berlin v. 21.2.2006 – 79 Ca 22399/05, ZIP 2006, 962; inzwischen zurückgenommen nach Einigung der Parteien durch Beschl. v. 26.7.2006 – 37 Ca 8899/06, BB 2006, 2984.

hat jedoch in einer Entscheidung vom 25.02.2010 insoweit eine **Vorlagepflicht an den EuGH** für geboten erachtet.¹¹¹¹

Zuvor hatte der **EuGH** aber auch entschieden¹¹¹², dass Art. 6 in Verbindung mit Art. 2 der Richtlinie 98/ 59/ EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massentlassungen einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, die Verfahren vorsieht, die sowohl den Arbeitnehmervetretern als auch dem einzelnen Arbeitnehmer ermöglichen sollen, die Einhaltung der in dieser Richtlinie vorgesehenen Verpflichtungen überprüfen zu lassen, aber das **individuelle Klagerecht** der Arbeitnehmer hinsichtlich der möglichen Rügen **beschränkt** und davon abhängig macht, dass zuvor die Arbeitnehmervetreter Einspruch beim Arbeitgeber erhoben haben und der betreffende Arbeitnehmer dem Arbeitgeber mitgeteilt hat, dass er die Nichteinhaltung des Verfahrens der Information und Konsultation geltend mache. Zumindest der nationale Gesetzgeber könnte also die Auswirkungen unterbliebener oder nicht ordnungsgemäßer Massentlassungsanzeigeverfahren bzw. Konsultationen i.S.v. § 17 KSchG auf die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen einschränken bzw. die diesbezüglichen Klagemöglichkeiten der Arbeitnehmer.

3. Entlassungsbegriff und Aufhebungsvereinbarungen

Das BAG¹¹¹³ hat den Entlassungsschutz auch **auf Aufhebungsverträge** im Zusammenhang mit Massentlassungen **ausgedehnt**. **Vorzeitige Kündigungen befristeter Arbeitsverträge** unterfallen der Regelung ohnehin.¹¹¹⁴ Danach ist die mit einem Auflösungsvertrag bezweckte Entlassung – bei Vorliegen der Voraussetzung einer Massentlassung – gem. §§ 17, 18 KSchG so lange unwirksam, als nicht eine formgerechte Massentlassungsanzeige (§ 17 Abs. 3 KSchG) beim Arbeitsamt eingereicht und dessen Zustimmung eingeholt wird.

Bei Arbeitnehmern in Elternzeit ist Entlassung i.S.v. § 17 KSchG bereits der **Eingang des Antrags auf Zustimmung zur Kündigung bei der zuständigen Behörde**.¹¹¹⁵ Das Konsultationsverfahren gemäß Art. 2 Abs. 1 MERL (§ 17 Abs. 2 KSchG) ist regelmäßig auf alle für eine Kündigung in Betracht kommenden Arbeitnehmer zu erstrecken. Das gilt grundsätzlich **auch für Arbeitnehmer, deren Kündigung einer behördlichen Zustimmung bedarf**. Geht Arbeitnehmern mit einem solchen Sonderkündigungsschutz nach der

¹¹¹¹ BVerfG v. 25.2.2010 – 1 BvR 230/09, ZIP 2010, 642 gegen BAG v. 21.5.2008 - 8 AZR 84/07, ZIP 2008, 1499 (LS) = NZA 2008, 753.

¹¹¹² EuGH v. 16.7.2009 – Rs C-12/08, ZIP 2010, 52.

¹¹¹³ BAG v. 11.3.1999 – 2 AZR 461/98, AP Nr. 12 zu § 17 KSchG 1969 = EzA § 17 KSchG Nr. 8 = DZWIR 1999, 326 (Bichlmeier) = NZA 1999, 761; dazu EWIR 1999, 853 (Wertheimer).

¹¹¹⁴ LAG Nürnberg v. 21.8.2001 – 6 TaBV 24/01, ZInsO 2002, 96.

¹¹¹⁵ BAG v. 26.1.2017 – 6 AZR 442/16, NZA 2017, 577 = ZIP 2017, 692; dazu EWIR 2017, 347 (Klasen).

behördlichen Zustimmung eine Kündigung erst außerhalb des 30-Tage-Zeitraums des § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG zu, können sie sich jedoch nach der unionsrechtlichen Ausgestaltung des Massenentlassungsschutzes auf Fehler im Konsultationsverfahren nicht berufen. Solche Arbeitnehmer bedürfen des Massenentlassungsschutzes nach der MERL nicht. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Systematik der MERL in § 17 KSchG übernommen. Diese Konzeption ist jedoch nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 8. Juni 2016¹¹¹⁶ mit Art. 3 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Art. 6 GG nicht uneingeschränkt vereinbar. Das gebietet eine verfassungskonforme Auslegung des § 17 KSchG: Arbeitnehmer, deren Kündigung allein deshalb außerhalb des 30-Tage-Zeitraums erfolgt, weil zuvor ein anderes behördliches Verfahren, das keinen dem Massenentlassungsschutz gleichwertigen Schutz bietet, durchgeführt werden musste, sind so zu behandeln, wie Arbeitnehmer, für deren Kündigungen § 17 KSchG gilt. Darum gilt der 30-Tage-Zeitraum in solchen Fällen auch dann als gewahrt, wenn die Antragstellung auf Zustimmung der zuständigen Behörde innerhalb dieses Zeitraums erfolgt ist. Diese Erweiterung des nationalrechtlichen Entlassungsbegriffs für bestimmte Personen mit Sonderkündigungsschutz gegenüber den Vorgaben des Gerichtshofs der Europäischen Union ist noch von der Günstigkeitsklausel in Art. 5 MERL gedeckt.

Besteht die fragliche Entlassung aus einer vom Arbeitgeber veranlassten **Aufhebungsvereinbarung**, dann soll in dem Abschluss dieser Vereinbarung **kein Verzicht** des Arbeitnehmers **auf ein Berufen auf die Unwirksamkeit** wegen eines Verstoßes gegen § 17 KSchG liegen; ein solcher Verzicht des Arbeitnehmers soll vielmehr erst nach Abschluss der Aufhebungsvereinbarung erfolgen können. Obwohl der Arbeitnehmer die Aufhebungsvereinbarung mit dem Arbeitgeber abgeschlossen hat, soll er sich (zumindest bis zum vereinbarten Beendigungstermin?) auf die Unwirksamkeit der Entlassung berufen können, ohne sich rechtsmissbräuchlich zu verhalten.¹¹¹⁷

Offenbar geht das BAG dabei davon aus, dass in diesem Fall – anders als in Kündigungsfällen – das Berufen des Arbeitnehmers nur zu einer Unwirksamkeit bzw. Verschiebung der Entlassung führt, nicht aber zur rechtlichen Unwirksamkeit der Beendigungsvereinbarung. Dann stellt sich allerdings die Frage, ob insoweit die Regeln eines faktischen Arbeitsverhältnisses gelten.

Dogmatisch ist allerdings nicht recht verständlich, wie aus der Schutzvorschrift des § 17 KSchG zugunsten der Arbeitsverwaltung eine solche **Wahlrechtsmöglichkeit für den**

¹¹¹⁶ BVerFG v. 8.6.2016 - 1 BvR 3634/13, NZA 2016, 939.

¹¹¹⁷ BAG v. 11.3.1999 – 2 AZR 461/98, AP Nr. 12 zu § 17 KSchG 1969 = EzA § 17 KSchG Nr. 8 = DZWIR 1999, 326 (Bichlmeier) = NZA 1999, 761; dazu EWIR 1999, 853 (Wertheimer).

einzelnen Arbeitnehmer bezüglich seiner individuellen Rechtsposition resultieren soll. Allerdings geht das BAG offenbar davon aus, dass ausweislich der Formulierung in § 20 Abs. 4 KSchG das Verfahren nach §§ 17, 18 KSchG – zumindest auch – dem individuellen Arbeitnehmerschutz dienen sollte. Auch stellt sich dann die Frage, ob die **schuldhaftes Nichtausübung** dieses Wahlrechts durch den Arbeitnehmer zu einer **Sperrfristanordnung** für den Bezug von Arbeitslosengeld nach § 144 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 SGB III führen kann.

4. Unterlassene oder fehlerhafte Massenentlassungsanzeigen / Konsultation

a) Rechtsfolgen einer nicht ordnungsgemäßen Massenentlassungsanzeige / Konsultation

Die Folgen einer unterlassenen oder nicht ordnungsgemäßen Betriebsratkonsultation und / oder Massenentlassungsanzeige nach § 17 KSchG für die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen waren aber auch früher dogmatisch und praktisch nicht eindeutig geklärt.¹¹¹⁸

Die unterlassene Beteiligung des Betriebsrates im Rahmen des § 17 Abs. 3 KSchG sollte beispielsweise schon nach einer Entscheidung des LAG Hamm aus dem Jahre 1986¹¹¹⁹ zur **Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung** führen können, wobei das LAG Hamm in dieser Entscheidung nicht näher ausführt, wie der Fehler im Rahmen der Massenentlassungsanzeige auf die Kündigungen durchschlägt.

Demgegenüber wurde früher vertreten, dass eine unterlassene oder fehlerhafte Betriebsratkonsultation und / oder Massenentlassungsanzeige zunächst nur zu einer **sog. „Entlassungssperre“** (§ 18 KSchG) führe.¹¹²⁰ Die Kündigungen selbst sollen zunächst wirksam sein, wenn sie im Übrigen den gesetzlichen Voraussetzungen entsprechen. Ist die Kündigungsfrist länger als die Sperrfrist nach § 18 KSchG und wird die Anzeige nachgeholt oder die Genehmigung von der Arbeitsverwaltung rückwirkend erteilt, dann bleibt der Fehler ohne Auswirkung auf die Kündigung. Läuft dagegen die Kündigungsfrist ab, bevor die Anzeige wirksam erstattet ist, soll sie das Arbeitsverhältnis nicht beenden können. Der Arbeitgeber soll auch nicht einen Teil der Entlassungen, die sich unterhalb der Grenzen des § 17 KSchG halten, durchführen können.¹¹²¹

Allerdings solle es sich nur um eine **„relative“ Unwirksamkeit** handeln. Der Arbeitnehmer soll sich nämlich darauf berufen müssen, und zwar spätestens bis zum Ablauf der

¹¹¹⁸ Siehe Lingemann/Steinhauser, NJW 2017, 2245.

¹¹¹⁹ LAG Hamm v. 6.6.1986 – 16 Sa 2188/86, LAGE § 17 KSchG Nr. 2; differenzierend zuerst Schaub, ArbR-HdB, 8. Aufl., § 142 V 1, S. 1258 m. w. N.

¹¹²⁰ Vgl. Schaub, ArbR-HdB, 8. Aufl., § 142 V 1, S. 1258; Schaub, ZIP 1999, 1949, 1954.

¹¹²¹ BAG v. 3.10.1963 – 2 AZR 160/63 und v. 13.3.1969 – 2 AZR 157/68, AP Nr. 9, 10 zu § 15 KSchG 1951.

Kündigungsfrist.¹¹²² Berufe er sich rechtzeitig auf die Unwirksamkeit, dann soll die Kündigung von Anfang an unwirksam sein, wobei er sich aber auch **prozessual** ebenfalls rechtzeitig darauf berufen müsse.¹¹²³. Insoweit sind §§ 4, 6 und 7 KSchG zu beachten.

Der Arbeitnehmer ist **darlegungs- und beweisbelastet** für das Vorliegen der tatsächlichen **Voraussetzungen** einer Pflicht zur Massenentlassungsanzeige nach § 17 KSchG; der Arbeitgeber sodann für die ordnungsgemäße **Durchführung** des Verfahrens.¹¹²⁴

Das BAG hat mit Urteil vom 13.12.2012 ergänzend entschieden:¹¹²⁵ Der **Arbeitnehmer** ist darlegungs- und ggf. beweispflichtig für die tatsächlichen Voraussetzungen der Anzeigepflicht nach § 17 KSchG. Steht die Anzeigepflicht fest, trifft die Darlegungs- und Beweislast für die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens nach § 17 KSchG den Arbeitgeber, weil die ordnungsgemäße Durchführung dieses Verfahrens Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung ist. Die konkreten **Anforderungen an den erforderlichen Vortrag** richten sich nach den allgemeinen Regelungen zur Verteilung der Erklärungslast gemäß § 138 Abs. 2 ZPO. Trägt der Arbeitgeber ohne Rüge des Arbeitnehmers zu dem von ihm durchgeführten Verfahren nach § 17 KSchG vor und ist daraus eindeutig ersichtlich, dass den Anforderungen des § 17 KSchG nicht genügt ist, hat das Gericht nach den allgemeinen zivilprozessualen Regeln **unabhängig von einer ausdrücklichen Rüge des Arbeitnehmers derartige Unwirksamkeitsgründe von Amts wegen zu berücksichtigen**. Gleiches gilt, wenn sich solche Unwirksamkeitsgründe aus **vom Arbeitgeber in das Verfahren eingeführten Unterlagen eindeutig ergeben**. Hat das Arbeitsgericht seine **Hinweispflicht nach § 6 Satz 2 KSchG** verletzt, muss das Landesarbeitsgericht selbst prüfen, ob der Arbeitgeber seinen Pflichten aus § 17 KSchG genügt hat, sofern nach vorstehenden Grundsätzen eine solche Prüfung geboten ist.

Die Pflicht zur **Konsultation** des Betriebsrats nach § 17 Abs. 2 KSchG und die in § 17 Abs. 1, 3 KSchG geregelte **Anzeigepflicht** gegenüber der Agentur für Arbeit sind **zwei getrennt durchzuführende Verfahren**, die in unterschiedlicher Weise der Erreichung des mit dem Massenentlassungsschutz nach § 17 KSchG verfolgten Ziels dienen und jeweils eigene Wirksamkeitsvoraussetzungen enthalten. Aus jedem dieser beiden Verfahren kann sich ein **eigenständiger Unwirksamkeitsgrund** für die im Zusammenhang mit einer Massenentlassung erfolgte Kündigung ergeben. Darum ist der Arbeitnehmer, der erstinstanzlich lediglich Mängel hinsichtlich des einen Verfahrens rügt, bei ordnungsgemäß

¹¹²² Zur "Heilung" unterbliebener Massenentlassungsanzeigen siehe auch Bauer/Powietzka, DB 2000, 1073 ff.
¹¹²³ BAG v. 6.12.1973 – 2 AZR 10/73, AP Nr. 1 zu § 17 KSchG 1969; Schaub, 8. Aufl., § 142 V 1, S. 1258, m.w.N.; siehe nun auch LAG Niedersachsen v. 6.4.2009 – 9 Sa 1297/08, BB 2009, 1981 m. Anm. Langner/Kobilaka.

¹¹²⁴ BAG v. 18.1.2012 – 6 AZR 407/10, ZIP 2012, 1193.

¹¹²⁵ BAG v. 13.12.2012 - 6 AZR 5/12, NZI 2013, 447 m. Anm. Göpfert,

erteiltem Hinweis in zweiter Instanz mit Rügen von Mängeln hinsichtlich des anderen Verfahrens präkludiert.¹¹²⁶

Die **falsche Angabe der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer** führt jedoch nicht zur Unwirksamkeit der Anzeige, wenn die Agentur für Arbeit dadurch bei einer sachlichen Prüfung nicht beeinflusst wurde.¹¹²⁷ Nur dann, wenn wegen zu hoher Angabe der regelmäßig Beschäftigten im Verhältnis zur Zahl der zu Kündigenden keine Massentlassungsanzeige erforderlich gewesen wäre und die Agentur für Arbeit sich deshalb veranlasst gesehen hätte, ein Negativattest zu erteilen, wäre eine Beeinflussung der Arbeit der Agentur in Betracht gekommen. Ob nun aber eine Massentlassungsanzeige nach den §§ 17 ff. KSchG erforderlich ist, hängt vom Verhältnis der zu entlassenden Mitarbeiter zu den regelmäßig beschäftigten Mitarbeitern ab. Soweit nicht weniger als 20 Mitarbeiter im Betrieb regelmäßig beschäftigt sind, kann eine überhöhte Angabe der regelmäßig Beschäftigten nur Auswirkungen auf die Arbeit der Agentur für Arbeit haben, wenn im Verhältnis zur Zahl der zu entlassenden Mitarbeiter der gesetzlich vorgesehene Prozentsatz unterschritten ist, der eine Massentlassungsanzeige erforderlich macht.

Strenger haben das LAG Düsseldorf¹¹²⁸ und das LAG Rheinland-Pfalz¹¹²⁹ entschieden: Der Verstoß gegen die Mussvorschrift des 17 Abs. 3 Satz 2, 3 KSchG hat die **Unwirksamkeit der Kündigung** zur Folge. Unerheblich ist, dass die Agentur für Arbeit die ihr nicht ordnungsgemäß angezeigte Massentlassung nicht beanstandet hat. Das LAG Baden-Württemberg ist dem für den Fall der Nichtbeifügung einer Stellungnahme des Betriebsrates gemäß § 17 Abs. 3 S. 2 BetrVG gefolgt.¹¹³⁰

Das BAG hat mit Urteil vom 22.11.2012 diese strenge Auffassung bestätigt: Eine Kündigung ist **nach § 134 BGB nichtig**, wenn im Zeitpunkt ihres Zugangs die – nach § 17 Abs. 1 KSchG erforderliche – Massentlassungsanzeige nicht wirksam erstattet ist.¹¹³¹

Das LAG Stuttgart geht noch weiter¹¹³² und nimmt die Unwirksamkeit einer **vor Eingang der Massentlassungsanzeige bei der Arbeitsagentur unterzeichneten Kündigung** an. Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist danach gemäß § 134 BGB

¹¹²⁶ BAG v. 20.1.2016 – 6 AZR 601/14, ZIP 2016, 633; dazu EWiR 2016, 281 (Mehrens).

¹¹²⁷ BAG v. 21.3.2001 - 8 AZR 565/00, AP Nr. 59 zu Art. 101 GG; LAG Stuttgart v. 16.9.2010 – 11 Sa 35/10, ZIP 2010, 2465; dazu EWiR 2011, 93 (Th.Hartmann); KR/Weigand, § 17 KSchG, Rn. 83.

¹¹²⁸ LAG Düsseldorf v. 10.11.2011 – 12 Sa 1321/10, EWiR 2011, 165 (Mückl); LAG Düsseldorf v. 26.9.2013 – 5 Sa 530/13, ZIP 2014, 47 (fehlende Angaben zu den Kriterien der Sozialauswahl).

¹¹²⁹ LAG Rheinland-Pfalz v. 26.8.2011 – 7 Sa 672/10, AE 2012, 104.

¹¹³⁰ LAG Baden-Württemberg v. 21.7.2010 – 13 Sa 31/10, ZInsO 2011, 1605.

¹¹³¹ BAG v. 22.11.2012 - 2 AZR 371/11, ZIP 2013, 742; dazu NJW-Spezial 2013, 308; EWiR 2013, 395 (Göpfert/Pfister).

¹¹³² LAG Stuttgart v. 21.8.2018 – 12 Sa 17/18, ZIP 2019, 386; dazu EWiR 2019, 283 (Köhler/Goldstein).

i.V.m. § 17 Abs. 1 KSchG unwirksam, wenn die Kündigungserklärung erfolgt, bevor die Massentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit eingegangen ist. Die Kündigungserklärung ist erfolgt, wenn das Kündigungsschreiben unterzeichnet ist. Auf den **Zugang der Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer** kommt es nicht an.

Der deutsche Gesetzgeber hat zur Umsetzung der RL98/59/EG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massentlassungen vom 20.7.1998 (EG-Massentlassungsrichtlinie) die §§ 17 ff. KSchG bestimmt. Eines Rückgriffs auf die §§ 111 ff. BetrVG bedarf es im Rahmen einer europarechtskonformen Umsetzung der EG-Massentlassungsrichtlinie durch den deutschen Gesetzgeber nur, wenn und soweit durch § 17 KSchG keine ausreichende Umsetzung der EG-Massentlassungsrichtlinie erfolgt ist. Eine **ohne Durchführung eines Konsultationsverfahrens i.S.v. § 17 Abs. 2 KSchG** im Rahmen einer Massentlassung ausgesprochene **Kündigung** ist – unabhängig von dem Erfordernis einer ordnungsgemäßen Anzeige bei der Agentur für Arbeit nach § 17 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KSchG – wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot i.S.v. § 134 BGB **rechtsunwirksam**.¹¹³³ Durch die Unwirksamkeit der Kündigung als Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 17 Abs. 2 KSchG hat der deutsche Gesetzgeber eine wirksame und abschreckende Sanktion bei einem Verstoß gegen Art. 2 EG-Massentlassungsrichtlinie vorgesehen und damit Art. 6 EG-Massentlassungsrichtlinie genügt. Art. 6 EG-Massentlassungsrichtlinie gebietet es deswegen nicht, von einer vollständigen **Verrechnung von Nachteilsausgleichsanspruch und Sozialplanabfindung** abzusehen, wenn der Arbeitgeber die Konsultationspflicht aus Art. 2 EG-Massentlassungsrichtlinie verletzt hat.¹¹³⁴

Zur **Heilung einer fehlerhaften Unterrichtung des Betriebsrats** über Massentlassungen (ohne Angabe der Berufsgruppen) durch abschließende Stellungnahme des Betriebsrats hat das BAG entschieden:¹¹³⁵

Wird der Betriebsrat vor einer Massentlassung im Rahmen des Konsultationsverfahrens entgegen § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 KSchG nicht über die betroffenen Berufsgruppen unterrichtet, kommt eine **Heilung** dieses Verfahrensfehlers **durch eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats** in Betracht, wenn wegen einer Betriebsstilllegung die Entlassung aller Arbeitnehmer beabsichtigt.

Aus einem Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Anzeigepflichten gegenüber dem Arbeitsamt nach § 17 Abs. 3 KSchG können auch **Nachteilsausgleichsansprüche** aus

¹¹³³ BAG v. 21.3.2013 – 2 AZR 60/12, BAGE 144, 366 = ZIP 2013, 1589.

¹¹³⁴ LAG Berlin-Brandenburg v. 29.3.2017 – 4 Sa 1619/16, ZIP 2017, 2637 = ZInsO 2017, 2637.

¹¹³⁵ BAG v. 9.6.2016 – 6 AZR 405/15, ZIP 2016, 1885; dazu EWiR 2016,675 (Göpfert).

§ 113 Abs. 3 BetrVG selbst im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung nicht hergeleitet werden.¹¹³⁶ Im Verhältnis zwischen privaten Parteien ist die Massenentlassungsrichtlinie RL 98/59/EG – wie andere europäische Richtlinien auch – nicht unmittelbar anwendbar. Die einschlägigen nationalen Vorschriften sind jedoch soweit wie möglich richtlinienkonform auszulegen. Verstöße des Arbeitgebers gegen seine Anzeigepflichten nach § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG führen nach deutschem Recht allenfalls zur Unwirksamkeit der Entlassung der betroffenen Arbeitnehmer i.S.v. § 18 Abs. 1 KSchG. Ein Anspruch auf Nachteilsausgleich ist dagegen im Kündigungsschutzgesetz nicht vorgesehen. Aus § 18 Abs. 1 KSchG lässt sich – unabhängig davon, welche Sanktion das Gemeinschaftsrecht für den Fall des Verstoßes gegen die in Art. 2 Abs. 3 S. 2, Art. 3 RL 98/59/EG vorgesehenen Anzeigepflichten fordert – ein solcher Anspruch auch im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung nicht ableiten.¹¹³⁷

Beabsichtigt der Arbeitgeber Massenentlassungen, muss er gemäß § 17 Abs. 2 KSchG vor Erklärung der Kündigungen den **Betriebsrat unterrichten**. Nimmt der Betriebsrat hierzu Stellung, muss der Arbeitgeber gemäß § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG seiner Massenentlassungsanzeige gegenüber der Agentur für Arbeit diese **Stellungnahme beifügen**. Ist die Stellungnahme in einen der Massenentlassungsanzeige beigefügten **Interessenausgleich integriert**, ist der gesetzlichen Anforderung genügt. Einer separaten Stellungnahme in einem eigenständigen Dokument bedarf es nicht.

Allerdings ist auch bei einem Interessenausgleich mit Namensliste eine **vorherige schriftliche Unterrichtung** des Betriebsrates erforderlich.¹¹³⁸

Der Arbeitgeber hat seine Beratungspflicht i.S.v. § 17 Abs. 2 KSchG erfüllt, wenn er mit **ernsthaftem Willen zu einer Einigung** zu gelangen, die Verhandlungsgegenstände gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG mit dem Betriebsrat erörtert hat. Zwar sieht die Regelung gemäß Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 98/59/EG die Beratungspflicht vor, „um zu einer Einigung zu gelangen“, es besteht jedoch **kein Zwang zur Einigung**, zumal Möglichkeiten zur Vermeidung von Kündigungen bzw. der Milderung von Folgen nur zu beraten sind. Das Ende des Konsultationsverfahrens ist begrifflich nicht im Sinne eines prozessualen Verfahrensabschlusses, sondern als Erfüllung der Beratungspflicht zu verstehen. Somit kann das Ergebnis der Verhandlungen sowohl in einer **Übereinkunft** als auch im **Scheitern** liegen. Nach Wortlaut, Systematik und Zweck der Richtlinie 98/59/EG steht die Beurteilungskompetenz

¹¹³⁶ BAG v. 30.3.2004 – 1 AZR 7/03, AP Nr. 47 zu § 113 BetrVG 1972 = ArbRB 2004, 241 (Kappelhoff) = NZA 2004, 931 = ZIP 2004, 1823; dazu EWIR 2005, 197 (Pomberg).

¹¹³⁷ BAG v. 30.3.2004 – 1 AZR 7/03, AP Nr. 47 zu § 113 BetrVG 1972 = ArbRB 2004, 241 (Kappelhoff) = NZA 2004, 931 = ZIP 2004, 1823.

¹¹³⁸ BAG v. 18.1.2012 – 6 AZR 407/10, ZIP 2012, 1193.

bezüglich des Scheiterns der Verhandlungen dem Arbeitgeber zu, denn er bleibt frei in seiner Entscheidung, ob er Massenentlassungen durchführen will.¹¹³⁹

Ist vor Ausspruch einer Kündigung ein nach § 17 Abs. 2 KSchG erforderliches **Konsultationsverfahren nicht durchgeführt** worden, ist die **Kündigung** wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot i. S. von § 134 BGB **rechtsunwirksam**.¹¹⁴⁰

Bei beabsichtigten Massenentlassungen ist der Betriebsrat nach § 17 Abs. 2 Satz 1 KSchG schriftlich u.a. über die Gründe für die geplanten Entlassungen zu unterrichten. Hat der Arbeitgeber die von § 17 Abs. 2 Satz 1 KSchG geforderten **Angaben in einem nicht unterschriebenen Text** festgehalten und diesen dem Betriebsrat zugeleitet, **genügt die abschließende Stellungnahme des Betriebsrats** zu den Entlassungen, um einen eventuellen **Schriftformverstoß zu heilen**. Der Betriebsrat macht mit seiner abschließenden Stellungnahme deutlich, dass er sich für ausreichend unterrichtet hält und die Zweiwochenfrist des § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG nicht ausschöpfen will. Der 6. Senat lässt deshalb offen, ob § 17 Abs. 2 Satz 1 KSchG **gesetzliche Schriftform i.S.v. § 126 Abs. 1 BGB** verlangt.¹¹⁴¹

Hat in einem **Interessenausgleich ohne Namensliste** der Betriebsrat erklärt, dass ihm die nach § 17 Abs. 2 KSchG erforderlichen Auskünfte erteilt worden seien und er abschließend keine Möglichkeiten sehe, die beabsichtigten Entlassungen zu vermeiden und das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG sei damit abgeschlossen, ist eine anschließende Kündigung nicht deshalb unwirksam, weil der Massenentlassungsanzeige keine **separate Stellungnahme des Betriebsrats beigefügt** gewesen ist und die Beifügung eines Interessenausgleichs nur dann genüge würden, wenn es sich um einen solchen mit Namensliste handele. Die Stellungnahme des Betriebsrats ist der Massenentlassungsanzeige beizufügen, um gegenüber der Agentur für Arbeit zu belegen, ob und welche Möglichkeit der Betriebsrat sieht, die angezeigten Kündigungen zu vermeiden. Diesem Zweck ist genügt, wenn sich aus einer abschließenden Stellungnahme des Betriebsrats in einem der Anzeige beigefügten Interessenausgleich ohne Namensliste **eindeutig** ergibt, dass die **Kündigungen auch nach Auffassung des Betriebsrats unvermeidlich** sind.¹¹⁴²

¹¹³⁹ LAG Berlin-Brandenburg v. 15.7.2016 – 2 Sa 687/16, AE 2017, 21 = ZIP 2017, 252.

¹¹⁴⁰ BAG-v. 21.3.2013 - 2 AZR 60/12, ZIP 2013, 1589; dazu EWiR 2013, 693 (C. Schubert); LAG Rheinland-Pfalz v. 20.2.2014 – 2 Sa 119/13, NZI 2014, 662 m. Anm. Bissels/Falter.

¹¹⁴¹ BAG v. 20.9.2012 – 6 AZR 155/11, ZIP 2012, 2412; dazu EWiR 2013, 85 (Wank).

¹¹⁴² BAG v. 21.3.2012 – 6 AZR 596/10, ZIP 2012, 429; dazu EWiR 2012, 429 (Fuhlrott); NJW-Spezial 2012, 403.

Das BAG hat zur **Heilung einer fehlerhaften Unterrichtung des Betriebsrats** bei einer Massenentlassung geurteilt und ausgeführt:¹¹⁴³

Es kann offenbleiben, ob die fehlende Information über die Berufsgruppen im Falle einer Betriebsstilllegung überhaupt nachteilige Rechtsfolgen für den Arbeitgeber bewirken kann. Denn bei einer beabsichtigten Entlassung aller Arbeitnehmer wegen Stilllegung des Betriebs kann eine unterbliebene Unterrichtung über die Berufsgruppen durch eine **abschließende Stellungnahme des Betriebsrats geheilt** werden. Dieser muss zu entnehmen sein, dass der Betriebsrat seinen Beratungsanspruch als erfüllt ansieht.

Ein Interessenausgleich mit Namensliste gilt bereits dann als **zustande gekommen**, wenn er nicht in der Schriftform des § 112 BetrVG, §§ 125, 126 BGB niedergelegt worden ist. Er ist dann lediglich **(noch) nicht wirksam** geworden.¹¹⁴⁴

Bei einer **betriebsübergreifenden Betriebsänderung** ersetzt gem. § 125 Abs. 2 InsO ein vom Insolvenzverwalter **mit dem Gesamtbetriebsrat abgeschlossener Interessenausgleich mit Namensliste** die Stellungnahmen der örtlichen Betriebsräte nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG zu den vom Insolvenzverwalter beabsichtigten Massenentlassungen.¹¹⁴⁵

Trotz zahlreicher bereits vorliegender Entscheidungen des BAG ist das Rechtsgebiet der Massenentlassungsanzeige und des Konsultationsverfahrens immer noch als weitgehend unsicher und risikoreich zu bezeichnen. Hat bei mithin **objektiv zweifelhafter Rechtslage** der Arbeitgeber **sorgfältig geprüft**, ob die im Rahmen des Konsultationsverfahrens erfolgte Äußerung des Betriebsrats eine hinreichende, **abschließende Stellungnahme i.S.v. § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG** ist, und diese Frage ebenso und mit vertretbaren Gründen bejaht wie später sämtliche in erster und zweiter Instanz in ca. 100 Kündigungsschutz- und ca. 20 Berufungsverfahren mit der Prüfung der Rechtslage beschäftigten Kammern von ArbG und LAG, ist sein **Rechtsirrtum unverschuldet**, wenn nachfolgend durch das BAG festgestellt wird, dass keine ausreichende Stellungnahme vorgelegen habe, und die Kündigung damit für unwirksam erklärt wird. Befand sich der kündigende Arbeitgeber bis zu einer Entscheidung des BAG in einem unverschuldeten Rechtsirrtum, steht dem zu Unrecht gekündigten Arbeitnehmer für die Zeit bis dahin ein Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen auf den nachzuzahlenden Annahmeverzugslohn gem. § 286 Abs. 4 BGB nicht zu.¹¹⁴⁶

¹¹⁴³ BAG v. 9.6.2016 - 6 AZR 405/15, ZIP 2016, 1885; dazu EWiR 2016,675 (Göpfert).

¹¹⁴⁴ BAG v. 18.1.2012 – 6 AZR 407/10, ZIP 2012, 1193.

¹¹⁴⁵ BAG v. 7.7.2011 – 6 AZR 248/10, NZI 2011, 719 = ZIP 2011, 1786.

¹¹⁴⁶ LAG Düsseldorf v. 1.8.2017 – 3 Sa 864/16, ZIP 2018, 94.

b) Bedeutung der Zustimmung der Arbeitsverwaltung

Hat die Arbeitsverwaltung einer anzeigepflichtigen Entlassung die **Zustimmung** durch **bestandskräftigen Verwaltungsakt erteilt**, so sollten nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG die Arbeitsgerichte durch die Bestandskraft gehindert sein, die Entscheidung der Arbeitsverwaltung im Kündigungsschutzprozess zu überprüfen.¹¹⁴⁷

Das BAG hat aber nunmehr entschieden, dass **Fehler bei der Erstattung der Massenentlassungsanzeige** durch einen bestandskräftigen Bescheid der Arbeitsverwaltung **nicht geheilt** werden. Begehe der Arbeitgeber bei der Erstattung einer nach § 17 KSchG erforderlichen Massenentlassungsanzeige Fehler, würden diese durch einen bestandskräftigen Bescheid der Agentur für Arbeit nach §§ 18, 20 KSchG nicht geheilt. Die Arbeitsgerichte seien durch einen solchen Bescheid nicht gehindert, die Unwirksamkeit der Massenentlassungsanzeige festzustellen.¹¹⁴⁸ Ein Bescheid der Agentur für Arbeit heilt Fehler einer Massenentlassungsanzeige nicht.¹¹⁴⁹

Wichtige **Detailaspekte zu der Erforderlichkeit der Zustimmung der Arbeitsverwaltung** zu einer Massenentlassung hatte das BAG mit Urteil vom 13.4.2000 festgestellt:¹¹⁵⁰

1. Liegt bei einer nach §§ 17 ff. KSchG anzeigepflichtigen Massenentlassung im vorgesehenen Entlassungszeitpunkt nicht die erforderliche Zustimmung der Arbeitsverwaltung vor, so darf der Arbeitgeber **trotz privatrechtlich wirksamer Kündigung** den Arbeitnehmer solange nicht entlassen, bis die Zustimmung erteilt ist (**Entlassungssperre**). Die §§ 17 ff. KSchG bestimmen – vor allem **im öffentlichen Interesse**, nicht im Interesse des einzelnen Arbeitnehmers –, dass die Kündigungsfrist auch einer sonst privatrechtlich wirksamen Kündigung durch **privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt der Arbeitsverwaltung** festgelegt wird.
2. Ein **rechtskräftiger Verwaltungsakt bindet die Arbeitsgerichte** – von dem seltenen Fall der Nichtigkeit abgesehen – ebenso wie ein Negativattest der Arbeitsverwaltung. Die **Nachprüfung** dieses Verwaltungsakts geschieht auch nicht durch die Arbeitsgerichte, sondern **durch die Sozialgerichte**.
3. Steht aufgrund des Bescheides der Arbeitsverwaltung fest, dass die Entlassung des Arbeitnehmers nicht zu dem im Kündigungsschreiben ins Auge gefassten Entlassungstermin erfolgen darf, so ist die rechtliche Situation dieselbe, **wie wenn** der Arbeitgeber ansonsten wirksam gekündigt, aber die **Kündigungsfrist** nach dem Gesetz,

¹¹⁴⁷ BAG v. 24.10.1996 – 2 AZR 895/95, AP Nr. 8 zu § 17 KSchG 1969; BAG v. 22.1.1998 – 2 AZR 266/97, ZInsO 1998, 190; siehe auch BAG v. 11.3.1998 – 2 AZR 415/97, ZInsO 1998, 191.

¹¹⁴⁸ BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, ZIP 2012, 1822; ähnlich bereits BAG v. 21.3.2012 – 6 AZR 596/10, ZIP 2012, 429; dazu EWIR 2012, 429 (Fuhlrott); NJW-Spezial 2012, 403.

¹¹⁴⁹ BAG v. 20.9.2012 – 6 AZR 155/11, ZIP 2012, 2412; dazu EWIR 2013, 85 (Wank).

¹¹⁵⁰ BAG v. 13.4.2000 – 2 AZR 215/99, AP Nr. 13 zu § 17 KSchG 1969 = AP Nr. 3 zu § 18 KSchG 1969 = EzA § 17 KSchG Nr. 9 = BB 2000, 2264 = DB 2000, 2175 = FA 2000, 264 = NJW 2001, 94 = NZA 2001, 144 = NZI 2001, 272 = ZInsO 2000, 466; dazu Bauer/Powietzka, DB 2001, 383 ff.

Tarifvertrag etc. **zu kurz bemessen** hat. Die Entlassung kann dann nicht zu dem vorgesehenen Termin erfolgen, der Arbeitgeber gerät, wenn er den Arbeitnehmer nicht weiterbeschäftigt, in **Annahmeverzug**.

4. Nichts anderes gilt, wenn **bis zu dem vorgesehenen Entlassungstermin nicht einmal eine Massenentlassungsanzeige erstattet** worden ist; dann fehlt es überhaupt an einer für die Kündigung gültigen Kündigungsfrist. Dann ist, da § 17 Abs. 1 KSchG die Erstattung der Massenentlassungsanzeige vor der Entlassung fordert, von Ausnahmefällen abgesehen (rechtskräftiges Negativattest, nachträgliche Verringerung der Quote etc.) aufgrund der ausgesprochenen Kündigung eine **Entlassung des Arbeitnehmers überhaupt nicht mehr möglich**.

Ist die **Kündigungsfrist länger als die Sperrfrist** nach § 18 KSchG und wird die **Anzeige nachgeholt** oder die Genehmigung von der Arbeitsverwaltung rückwirkend erteilt, dann **bleibt der Fehler ohne Auswirkung** auf die Kündigung.

Läuft dagegen die **Kündigungsfrist ab, bevor die Anzeige wirksam erstattet ist**, soll die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beenden können. Der Arbeitgeber soll auch nicht einen Teil der Entlassungen, die sich unterhalb der Grenzen des § 17 KSchG halten, durchführen können.¹¹⁵¹

c) **Bisherige Rechtsprechung des BAG**

Das BAG¹¹⁵² hatte die Fragestellung vermeintlich abschließend entschieden: Bei fehlender oder fehlerhafter Massenentlassungsanzeige nach §§ 17, 18 KSchG sei nur die Entlassung des betreffenden Arbeitnehmers unzulässig. Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Pflichten aus § 17 KSchG führe nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Die Unwirksamkeit einer Kündigung wegen Verstoßes des privaten Arbeitgebers gegen seine Unterrichtungspflicht nach § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 KSchG und seine Beratungspflicht nach § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG lasse sich auch nicht mit der im Hinblick auf die Richtlinie 98/59/EG erforderlichen gemeinschaftskonformen Auslegung der §§ 17, 18 KSchG begründen.¹¹⁵³

§ 18 Abs. 1 KSchG betreffe nach seinem klaren Wortlaut nur die Wirksamkeit der anzeigepflichtigen Entlassung, nicht die Wirksamkeit der Kündigung. Liege im vorgesehenen

¹¹⁵¹ BAG v. 3.10.1963 – 2 AZR 160/63 und v. 13.3.1969 – 2 AZR 157/68, AP Nr. 9 und Nr. 10 zu § 15 KSchG 1951.

¹¹⁵² BAG v. 18.9.2003 - 2 AZR 79/02, ZIP 2004, 677, dazu EWiR 2004, 873 (Ingenfeld) unter Hinweis auf BAG v. 24.10.1996 - 2 AZR 895/95, BAGE 84, 267; BAG v. 11.3.1999 - 2 AZR 461/98, BAGE 91, 107 und BAG v. 13.4.2000 - 2 AZR 215/99, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 13 = EzA KSchG § 17 Nr. 9.

¹¹⁵³ Anders dann aber der Generalanwalt beim EuGH in seinem Entscheidungsvorschlag v. 30.9.2004 – RsC-188/03, ZIP 2004, 2019, dazu EWiR 2005, 69 (Hennings) und nunmehr auch der EuGH v. 27.1.2005 – RsC-188/03, ZIP 2005, 230; dazu EWiR 2005, 213 (Grimm); Lemke/Oberwinter, NJW 2007, 721.

Entlassungszeitpunkt nicht die erforderliche Zustimmung der Arbeitsverwaltung vor, so trete unabhängig von der privatrechtlichen Wirksamkeit der Kündigung eine Entlassungssperre ein. Ob die Kündigung als privatrechtliches Rechtsgeschäft wirksam oder unwirksam ist, regelt sich nach anderen Vorschriften, etwa § 1 KSchG. §§ 17 ff. KSchG bestimmen nur, dass die Kündigungsfrist auch einer sonst privatrechtlich wirksamen Kündigung durch privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt der Arbeitsverwaltung festgelegt wird.

Die gesetzliche Regelung trage dem Umstand Rechnung, dass sich die Wirksamkeit der Kündigung nach dem Sachverhalt zur Zeit ihres Ausspruchs richtet. Bei Ausspruch der Kündigung stehe aber oft nicht einmal fest, ob eine Massenentlassungsanzeige überhaupt erforderlich sei. Jedenfalls könne der Arbeitgeber auch nach Ausspruch der Kündigung bis zur Entlassung die Massenentlassungsanzeige nachholen. Geschehe dies - etwa bei einer längeren Kündigungsfrist - rechtzeitig, so könne die Entlassung zum vorgesehenen Termin erfolgen. Selbst nach der Entlassung könne sich nach der Rechtsprechung im Extremfall noch ergeben, dass durch spätere Entlassungen innerhalb von 30 Kalendertagen die Quote des § 17 Abs. 1 KSchG erreicht wird. Dann werde nachträglich die bereits vollzogene Entlassung unwirksam. Diese Besonderheiten lasse sich mit der Frage nach der Wirksamkeit einer Kündigung als einseitiger Willenserklärung, die vom Empfängerhorizont her schon bei ihrem Ausspruch klar und unbedingt erkennen lassen muss, in welcher Weise sie das Arbeitsverhältnis gestaltet, kaum vereinbaren.

Auch wegen der Frage, auf welchen **Zeitpunkt** abzustellen ist, wenn es um die Frage der **Zahl „in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer“** geht, hat das BAG auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Vollziehung der Entlassung abgestellt. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Senats sei für die Anzeigepflicht nicht die Beschäftigungszahl im Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs, sondern in dem der **tatsächlichen Vollziehung der Entlassung** maßgebend.¹¹⁵⁴ Die Regelung der §§ 17, 18 KSchG diene in erster Linie arbeitsmarktpolitischen Zwecken. Der Arbeitsverwaltung solle die Möglichkeit erhalten bleiben, rechtzeitig Maßnahmen zur Vermeidung oder wenigstens zur Verzögerung von Belastungen des Arbeitsmarktes einzuleiten und für die anderweitige Beschäftigung der Entlassenen zu sorgen.¹¹⁵⁵ Dieser arbeitsmarktpolitische Zweck sei bereits in der Gesetzesbegründung zu den §§ 15, 16 KSchG 1951 betont worden.¹¹⁵⁶ Damit knüpfe die Anzeigepflicht an die tatsächliche Entlassung, also das Ausscheiden aus dem

¹¹⁵⁴ BAG v. 24.2.2005 – 2 AZR 207/04, NZA 2005, 766 = ZIP 2005, 1330 = DB 2005, 1576 unter Hinweis auf BAG v. 18.9. 2003 - 2 AZR 79/02, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 14 = EzA KSchG § 17 Nr. 11; BAG v. 13.4.2000 - 2 AZR 215/99, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 13 = EzA KSchG § 17 Nr. 9 jeweils mwN.

¹¹⁵⁵ BAG v. 6.12.1973 – 2 AZR 10/73, BAGE 25, 430; BAG v. 14.8.1986 - 2 AZR 683/85, RzK I 8 b Nr. 8; entsprechend zur Vorgängerregelung von § 15 KSchG (1951) BAG v. 6.11.1958 – 2 AZR 354/55, BAGE 7, 4.

¹¹⁵⁶ RdA 1951, 58, 61, 65.

Arbeitsverhältnis, nicht aber an den Ausspruch der Kündigung an. Diese Auffassung sei auf breite Zustimmung gestoßen.¹¹⁵⁷

Diese Auffassung des BAG ist durch die **neue Rechtsprechung des EuGH** überholt. Sowohl die Konsultation des Betriebsrates als auch die Anzeige bei der Bundesagentur für Arbeit müssen also **in Zukunft vor Ausspruch der Kündigung** bereits stattgefunden haben.

Bestreitet der Arbeitnehmer, dass die Massentlassungsanzeige ordnungsgemäß vor Ausspruch der Kündigung erfolgt ist, und behauptet der Arbeitgeber, die Anzeige ordnungsgemäß erstattet zu haben, ist **zur Vorbereitung der streitigen Verhandlung die Einholung einer amtlichen Auskunft bei der zuständigen Agentur für Arbeit über Inhalt und Zeitpunkt der Massentlassungsanzeige nach § 56 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG zulässig und naheliegend**. Erklärt der Betriebsrat das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG vor Ablauf von zwei Wochen nach seiner Unterrichtung für abgeschlossen, steht der Massentlassungsanzeige das Erfordernis einer rechtzeitigen Unterrichtung nicht entgegen.¹¹⁵⁸ Ebenso wie im Verfahren nach § 102 BetrVG kommt es hierbei nicht darauf an, ob dem Betriebsrat bei seiner internen Willensbildung Fehler unterlaufen sind. Unterzeichnen die Betriebsparteien einen Interessenausgleich, dem kein wirksamer Betriebsratsbeschluss zugrunde liegt, so hat der Arbeitgeber dennoch einen Interessenausgleich versucht i. S. v. § 113 Abs. 3 BetrVG.¹¹⁵⁹

5. Auskunftspflicht

Im Rahmen der Auskunftspflicht kann die Agentur für Arbeit gem. § 20 Abs. 3 KSchG von dem Arbeitgeber bzw. dem Insolvenzverwalter alle für die Beurteilung des Falles erforderlichen Auskünfte verlangen. Die Verweigerung der Auskünfte ohne triftigen Grund kann dazu führen, dass der Ausschuss den Antrag auf Genehmigung von Entlassungen zurückweist. Einen **triftigen Grund** für die Verweigerung von Auskünften durch den Insolvenzverwalter wird man etwa dann anerkennen müssen, wenn er nachweisen kann, dass ihm das Personal zur Erstellung umfangreicher Auskünfte fehlt¹¹⁶⁰. § 17 Abs. 3 a KSchG n. F. erweitert die Anzeige- und damit auch die Auskunfts- und Beratungspflichten auch auf (grenzüberschreitende) Konzerne¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁷ KR/Weigand, § 17 KSchG Rn. 32, 53; von Hoyningen-Huene/Linck KSchG, § 17 Rn. 15; ErfK/Ascheid, § 17 KSchG Rn. 12; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Rn. 953, 956; Kittner/Däubler/Zwanziger KSchR, § 17 KSchG Rn. 13; Henssler/Willemsen/Kalb-Pods, Arbeitsrecht, KSchG § 17 Rn. 8 ff.

¹¹⁵⁸ BAG v. 13.12.2012 – 6 AZR 752/11, NZA 2013, 1040.

¹¹⁵⁹ LAG Nürnberg v. 10.12.2014 – 2 Sa 379/14, ZIP 2015, 702.

¹¹⁶⁰ Irschlinger, Arbeitsrechtliche Probleme im Konkurs, S. 54 m.w.N.

¹¹⁶¹ Ermer, NJW 1998, 1288.

VIII. Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften / Transfer-Kurzarbeitergeld

1. Beschäftigtertransfer

In einer sich schnell verändernden Wirtschafts- und Arbeitswelt sind Beschäftigungssicherung und Beschäftigtertransfer zentrale personal- und beschäftigungspolitische Herausforderungen, um vorhandene Arbeitsplätze zu erhalten und Beschäftigung zu sichern. Wenn Arbeitslosigkeit droht, benötigen die Beschäftigten professionelle Unterstützung bei der beruflichen Neuorientierung. Unternehmensleitungen, Insolvenzverwalter und Betriebsräte suchen deshalb immer öfter nach neuen Wegen der Verhinderung von Arbeitslosigkeit.

a) Hilfen der Agentur für Arbeit

Folgende Dienstleistungen bietet die Agentur für Arbeit unter bestimmten Voraussetzungen an:

- Information und Beratung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern
- die Gewährung von Kurzarbeitergeld bei unvermeidbarem Arbeitsausfall
- die finanzielle Förderung der Weiterbildung von Beschäftigten, die aufgrund eines fehlenden Berufsabschlusses oder aufgrund ihres Alters einem erhöhten Arbeitsplatzrisiko ausgesetzt sind.

b) Transferagenturen, Transfergesellschaften und Transfersozialpläne

Transferagenturen, Transfergesellschaften und Transfersozialpläne bieten bei Betriebsänderungen, insbesondere bei Betriebs- und Teilbetriebsschließungen, gerade auch im Zusammenhang mit Unternehmensinsolvenzen, zusätzliche Handlungsmöglichkeiten. Sie eröffnen durch ein **vielfältiges System abgestufter Transferleistungen** - Beratung, Vermittlung, Einarbeitung, Qualifizierung und Existenzgründungsförderung - neue Beschäftigungschancen für von Arbeitslosigkeit bedrohte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.

In fast allen Bundesländern gibt es dazu **dauerhaft errichtete Transferagenturen und Transfergesellschaften**, auf die bei Bedarf zurückgegriffen werden kann. Transferagenturen und Transfergesellschaften sind Organisationen auf Zeit, die in Kooperation mit der Arbeitsverwaltung und regionalen Trägern den Transferprozess begleiten. Sie unterstützen Unternehmen und Beschäftigte, neue Wege in den Arbeitsmarkt zu beschreiten.

Unter dem Aspekt "von Job zu Job" erhalten betroffene Arbeitnehmer in einer Transferagentur oder im Rahmen einer Transfergesellschaft umfassende Beratung und

Unterstützung mit dem **Ziel, schnellstmöglich ein neues Arbeitsverhältnis aufnehmen** und so Arbeitslosigkeit vermeiden zu können.

Die Tätigkeit einer BQG wird vornehmlich durch **öffentliche Gelder** nach dem SGB III finanziert, insbesondere

- durch Strukturkurzarbeitergeld und
- durch Qualifizierungsmittel.

Die verbleibenden Kosten (**sog. Remanenzkosten**), bestehen

- aus den Sozialversicherungsbeiträgen auf das Kurzarbeitergeld,
- aus der Aufstockung des Nettoverdienstes auf mindestens 80 % des ursprünglichen Verdienstes der Mitarbeiter
- sowie aus dem Urlaubs- und Feiertagsentgelt.

Für den Beschäftigtentransfer stehen unter bestimmten Voraussetzungen auch **Mittel aus dem Europäischen Sozialfonds** zur Verfügung.

2. Transferagenturen

Die Transferagentur ist eine **Beratungs- und Vermittlungsstelle**, die entweder in dem Personal abgebenden Unternehmen oder bei einer vom Unternehmen beauftragten Beratungsfirma eingerichtet wird. Die Agentur übernimmt die **Betreuung der von Arbeitslosigkeit bedrohten Beschäftigten**. Da sie bereits in der Kündigungsfrist aktiv ist, verbessert sie die Vermittlungschancen der Betroffenen nachhaltig und verhindert Arbeitslosigkeit.

Aufgaben einer Transferagentur sind:

- Individuelle Beratung und Planung des weiteren Berufsweges
- Bewerbungs- und Motivationstraining
- Akquisition und Vermittlung von offenen Stellen
- Organisation kurzfristiger Qualifizierungen
- Organisation von Betriebspraktika

Voraussetzungen für einen erfolgreichen Einsatz einer Transferagentur sind:

- Frühzeitige Planung und Einrichtung durch das Unternehmen
- Freistellung der betroffenen Beschäftigten für die Aktivitäten der Transferagentur
- Sicherstellung der Organisation und Finanzierung durch das Unternehmen.

3. Transfergesellschaften, Beschäftigungs- bzw. Qualifizierungsgesellschaften

a) Rechtliche Grundlagen

Transfer-, Beschäftigungs- bzw. Qualifizierungsgesellschaften (BQG) haben zwischenzeitlich erhebliche wirtschaftliche Bedeutung als Gestaltungselement bei Unternehmenskrisen, -insolvenzen und -umstrukturierungen erlangt. Statt (unmittelbarer) Arbeitslosigkeit wird den Arbeitnehmern eine am Arbeitsmarkt orientierte Beschäftigung angeboten. Derartige Beschäftigungsgesellschaften können von Unternehmen, die Massenentlassungen durchführen müssen, für den Einzelfall gegründet werden; sie können aber auch regional oder überregional für eine Mehrzahl von Fällen organisiert sein.

Neben dem hier gebrauchten Terminus einer Beschäftigungsgesellschaft hat sich auch der Begriff Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (BQG) eingebürgert; daneben spricht man von **Transfer- und Personalentwicklungsgesellschaften**.¹¹⁶²

Die Transfergesellschaft ist eine **eigenständige Organisationseinheit** bei einem **externen Personaldienstleister**, die

- die betroffenen Beschäftigten in ein befristetes Arbeitsverhältnis übernimmt,
- sie intensiv berät und informiert,
- offene Stellen akquiriert und Arbeit vermittelt,
- berufliche Qualifizierungsmaßnahmen organisiert und unterstützt,
- Betriebspraktika oder Zweitarbeitsverhältnisse vermittelt und
- bei Existenzgründungen berät und unterstützt.

Für von Arbeitslosigkeit bedrohte Beschäftigte, die voraussichtlich kurzfristig keine neue Stelle finden werden, kann die Einrichtung einer Transfergesellschaft der richtige Weg in eine neue berufliche Zukunft sein. Insbesondere **Beschäftigte ohne abgeschlossene Berufsausbildung** bzw. mit Qualifikationen, die auf dem Arbeitsmarkt derzeit nicht nachgefragt werden, finden Unterstützung bei Transfergesellschaften.

Die Transfergesellschaften helfen aber nicht nur bei der beruflichen Neuorientierung, sondern geben auch **psychologische und pädagogische Betreuung** und **konkrete Hilfestellung**, etwa bei Zahlungsunfähigkeit und / oder Überschuldung, unterstützen mit **Bewerbungstraining** und aktiver Stellensuche, bieten individuelle Qualifizierungen aller Art und stellen **Kontakte zu potenziellen neuen Arbeitgebern** her.

¹¹⁶² Dazu etwa Meyer, BB 2004, 420; Lembke, BB 2004, 773; Praß/Sämisch, ZInsO 2004, 1284; Bichlmeier, DZWIR 2006, 239; Krieger/Fischinger, NJW 2007, 2289; Staufenbergel, ZInsO 2010, 497.

Für den Erfolg der Transfermaßnahmen ausschlaggebend sind die regionalen Infrastrukturen: fundierte Beratung für die Betriebsparteien, kompetente Dienstleister in der Region, Kontakte untereinander.

Transfergesellschaften im engeren Sinne sind **keine Beschäftigungsgesellschaften**. Sie verfolgen ausschließlich das Ziel, die betreuten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer so schnell wie möglich wieder in neue Beschäftigungsverhältnisse zu vermitteln. Der Wechsel in eine Transfergesellschaft ist freiwillig, auch ist jederzeit – etwa wegen Arbeitsaufnahme – ein Austritt möglich.

Wenn sich die **Vergütung im Transferarbeitsverhältnis** aus dem Transferkurzarbeitergeld und einer Aufstockungsleistung des bisherigen Arbeitgebers zusammensetzt, besteht ohne besondere Anhaltspunkte im Arbeitsvertrag **keine eigenständige Vergütungspflicht der Transfergesellschaft**.¹¹⁶³

Auch Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (**BQG**) als Arbeitgeber unterliegen nach der Auffassung des BVerwG jedoch der Pflicht, eine **Schwerbehinderten-Ausgleichsabgabe** nach dem SGB IX zu entrichten.¹¹⁶⁴ Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften, die nicht auf wenigstens fünf Prozent der "Arbeitsplätze" schwerbehinderte Menschen beschäftigen, sind daher grundsätzlich zur Zahlung einer Ausgleichsabgabe verpflichtet. Die Arbeitnehmer dieser Gesellschaften verfügen über einen Arbeitsplatz i.S.v. § 71 Abs. 1 Satz 1 SGB IX. Dem steht weder entgegen, dass sie keinen Arbeitsplatz im räumlich-gegenständlichen Sinn besitzen, noch der Umstand, dass sich die Beschäftigungsgesellschaften das übernommene Personal nicht aussuchen können.

b) Problematik des § 613a BGB

Der Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einer Beschäftigungsgesellschaft erfolgt im Zuge eines **dreiseitigen Vertrages**; dieser beinhaltet die Beendigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses zu dem bisherigen Arbeitgeber und die Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses zu der Beschäftigungsgesellschaft. Die Arbeitsbedingungen müssen dem Zweck des Arbeitsvertrages angepasst werden. Eine **einseitige Versetzungsbefugnis** des Arbeitgebers besteht nicht, auch dann nicht, wenn ein Tarifvertrag diese vorsieht und die Versetzung mit einer dauerhaften erheblichen Umgestaltung der Arbeitsbedingungen verbunden ist.¹¹⁶⁵

¹¹⁶³ BAG v. 19.3.2014 – 5 AZR 299/13, ZIP 2014, 2102.

¹¹⁶⁴ BVerwG v. 16.5.2013 – 5 C 20.12, ZIP 2014, A 42.

¹¹⁶⁵ LAG Brandenburg v. 30.6.2005 – 9 Sa 79/05, BB 2005, 2017 = ZIP 2006, 392.

Zum **Übertritt in eine Transfergesellschaft als Sozialplanleistung** hat das LAG Berlin-Brandenburg entschieden:¹¹⁶⁶

Ein durch **Spruch der Einigungsstelle beschlossener Transfersozialplan** zum Übertritt in eine externe Transfergesellschaft muss **hinreichend konkrete Regelungen zum Ausgleich und der Milderung der wirtschaftlichen Nachteile** der betroffenen Beschäftigten enthalten. Dem genügt ein vorgesehene Gesamtbudget der Weiterbildungsmittel für den Träger ohne Vorgaben oder Einfluss der Einigungsstelle zur Verteilung dieser Mittel auf die übergehenden Beschäftigten regelmäßig nicht. Sieht der für den Übertritt in die Transfergesellschaft darin vorgesehene **Aufhebungsvertrag** mit dem bisherigen Arbeitgeber ohne spezifischen Grund **nachteilige Regelungen** wie allgemeine Ausgleichsklauseln vor, liegt hierin selbst bei angenommener Regelungsmacht jedenfalls eine **Überschreitung des Ermessens der Einigungsstelle**.

Der **vollständige Ausschluss** der Arbeitnehmer von Sozialplanabfindungsansprüchen, die das sofortige Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis und den Wechsel in die **Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft** durch den Abschluss eines dreiseitigen Vertrags abgelehnt haben, verstößt gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Sinn und Zweck des Sozialplans ist es nicht, dem Insolvenzverwalter die Durchführung des Insolvenzverfahrens zu erleichtern und ihm Kosten durch ein vorzeitiges Ausscheiden der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis zu ersparen, so dass diese Umstände die unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer wegen des Wechsels bzw. dessen Ablehnung sachlich nicht rechtfertigen können.¹¹⁶⁷

In der Praxis dient die **Überleitung** eines Teils der Belegschaft **in eine Transfergesellschaft** oft dazu, diese Arbeitsverhältnisse mit dem bisherigen Arbeitgeber wirksam zu beenden, bevor hinsichtlich der verbleibenden Belegschaft ein Betriebs- oder Teilbetriebsübergang vollzogen werden kann, ohne dass die in die Transfergesellschaft gewechselten Arbeitnehmer sich auch auf § 613a BGB berufen können.

Bei der **Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer** nach § 17 Abs. 1 KSchG sind nach der Ansicht des LAG Stuttgart allerdings auch die Arbeitnehmer zu berücksichtigen, die auf Veranlassung des Arbeitgebers bereits vor Ausspruch der Kündigungen einen dreiseitigen Vertrag zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses und **Übertritt in eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft** unterzeichnet haben.¹¹⁶⁸

¹¹⁶⁶ LAG Berlin-Brandenburg v. 1.3.2016 – 9 TaBV 1519/15, ZInsO 2017, 1567 = ZIP 2016, 1500.

¹¹⁶⁷ LAG Hamm v. 14.5.2014 – 2 Sa 1652/13, ZIP 2015, 193; dazu EWiR 2015, 161 (Grimm).

¹¹⁶⁸ LAG Stuttgart v. 23.10.2013 – 10 Sa 32/13, ZIP 2014, 937; dazu EWiR 2014, 463 (Hützen).

Führt der Insolvenzverwalter den Betrieb mit Arbeitnehmern als **Leiharbeitnehmern** weiter, die das Arbeitsverhältnis beendet haben und in eine Beschäftigungsgesellschaft gewechselt sind, handelt es sich nach der Auffassung des LAG Köln **nicht** um einen **Betriebsübergang**, da kein Inhaberwechsel stattfindet. Die von ausgeliehenen Arbeitnehmern besetzten Arbeitsplätze stellen freie Arbeitsplätze i.S. des Kündigungsschutzrechts dar. Maßgeblich ist, ob der gekündigte Mitarbeiter einen entliehenen Arbeitnehmer ersetzen könnte, oder ob seine bisherige Arbeitsaufgabe entfallen ist und die verbliebenen Aufgaben nicht von ihm ausgefüllt werden können.¹¹⁶⁹

Ein bestehendes Arbeitsverhältnis wird i.S.v. **§ 3 Nr. 9 EStG** aufgelöst, selbst wenn der Arbeitnehmer mit dessen **Aufhebung** zugleich in ein **neues (befristetes) Arbeitsverhältnis mit einer externen Beschäftigungs-Gesellschaft und Qualifizierungs-Gesellschaft** eintritt. Sind monatliche Zahlungen nach der Betriebsvereinbarung (Sozialplan) unter Berücksichtigung der maßgebenden Auslegungsgrundsätze zum **Ausgleich der durch Kurzarbeit entstehenden Nachteile** und für die Dauer der Kurzarbeit erbracht, stellen die gezahlten Zuschüsse zum Kurzarbeitergeld keine steuerfreie (ratierliche) Abfindung, sondern **steuerpflichtigen Arbeitslohn** dar.¹¹⁷⁰

Auch der Transfer der Arbeitnehmer vom insolventen Unternehmen zur BQG findet weder aufgrund eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB statt noch begründet er einen Betriebsübergang. Die BQG übernimmt außer den Arbeitnehmern keine materiellen oder immateriellen Betriebsmittel und verfolgt mit der Qualifizierung, Fortbildung und Vermittlung der Arbeitnehmer völlig andere Betriebszwecke als der abgebende Arbeitgeber, sodass bei der erforderlichen Gesamtbetrachtung nicht von einem Übergang einer wirtschaftlichen Einheit gesprochen werden kann, die ihre Identität gewahrt hat. Die **Nichtanwendbarkeit von § 613a BGB** hat zur Folge, dass die BQG nicht an die im insolventen Unternehmen geltenden Arbeitsbedingungen gebunden ist¹¹⁷¹ und insbesondere keine Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung übernehmen muss.¹¹⁷²

Hat der Arbeitnehmer das Vertragswerk bereits unterschrieben und die Vertragsurkunde unterzeichnet an den Betriebsrat ausgehändigt, soll er nach der Auffassung des LAG Baden-Württemberg seine **Zustimmung** zum dreiseitigen Vertrag **nicht mehr widerrufen** können.¹¹⁷³ Im dort entschiedenen Fall war in den vorgefertigten Vereinbarungsentwürfen

¹¹⁶⁹ LAG Köln v. 27.6.2011 – 2 Sa 1369/10, ZlInsO 2012, 2348.

¹¹⁷⁰ BFH v. 20.7.2010 – IX R 23/09, BStBl. II 2011, 218.

¹¹⁷¹ BAG v. 18.8.2005 – 8 AZR 523/04, BAGE 115, 340 = ZIP 2006, 148 = BB 2006, 665 m. Anm. Freihube; dazu EWiR 2006, 197 (*Lindemann*); dazu auch NJW-Spezial 2006, 131 f.;; *Gaul/Otto*, ZIP 2006, 646 f.

¹¹⁷² *Bachner/Schindele*, NZA 1999, 130, 135; *Küttner/Kania*, Kap. 98, Rn 3; *Annulß/Lembke*, Rn 496.

¹¹⁷³ LAG Baden-Württemberg v. 8.7.2004 – 11 Sa 6/04, EWiR 2005, 19 (*Lindemann*).

vorgesehen, dass der Arbeitnehmer auf eine Annahme des Angebots verzichte (vgl. § 151 S. 1 Alt. 2 BGB).

Diese Rechtsprechung hat das LAG Baden-Württemberg¹¹⁷⁴ inzwischen bestätigt und ergänzt: Wird dem Arbeitnehmer ein dreiseitiger Vertrag, zwischen ihm, dem Insolvenzverwalter und der Beschäftigungsgesellschaft, sowie ein **befristeter und ein unbefristeter Vertrag mit dem Erwerber** zur Unterschrift vorgelegt mit der Aufforderung, abzuwarten, welchen Vertrag er gegengezeichnet zurückerhalte, kann von einer sicheren Aussicht auf Einstellung nicht ausgegangen werden, es handelt sich beim dreiseitigen Vertrag vielmehr um ein **Risikogeschäft**. Der Arbeitnehmer kann im dreiseitigen Vertrag auf den **Zugang der Annahmeerklärung** durch Insolvenzverwalter und Beschäftigungsgesellschaft **ausdrücklich** aber auch **konkudent verzichten**.

Diese Rechtsprechung überzeugt nicht, da das gesetzliche Schriftformerfordernis nach §§ 623, 126 Abs. 2 BGB voraussetzt, dass eine **einheitliche Urkunde** erstellt wird und von allen Vertragsbeteiligten unterschrieben wird. Die vom Gesetzgeber angestrebte **Rechtsklarheit und Rechtssicherheit** kann nur erreicht werden, wenn der Arbeitnehmer auch ein Vertragsexemplar beanspruchen kann und auch erhält. Nur wenn vor dem anstehenden Betriebsübergang das Dreiecks-Rechtsgeschäft, bestehend aus Beendigungsvereinbarung zwischen bisherigem Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie aus Abschluss eines neuen Beschäftigungsvertrages zwischen Transfergesellschaft und Arbeitnehmer, vollständig wirksam geworden ist, geht das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers nicht gemäß § 613a BGB auf den Erwerber über. Bis zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs kann der bisherige Arbeitgeber längstens von einer **Bindungswirkung des Angebots** des Arbeitnehmers an dessen Angebot „unter regelmäßigen Umständen“ i.S.v. § 147 Abs. 2 BGB ausgehen. Wenn der Arbeitnehmer aber bis zum Betriebsübergang aber ggf. gar nicht erfährt, ob „sein“ Angebot einerseits vom bisherigen Arbeitgeber und auch andererseits von der Transfergesellschaft angenommen wurde, wäre Mißbrauch „Tür und Tor geöffnet“.¹¹⁷⁵ Ist spätestens zum Zeitpunkt des vorgesehenen Endes des bisherigen Arbeitsverhältnis und bis zum Stichtag des Betriebsübergangs das „Angebot“ des Arbeitnehmers auf Abschluss des **dreiseitigen Vertrages** ihm gegenüber nicht von beiden anderen Vertragsparteien formgerecht angenommen, ist sein Angebot erloschen.

¹¹⁷⁴ LAG Baden-Württemberg v. 18.12.2008 – 11 Sa 59/08, ZInsO 2010, 640.

¹¹⁷⁵ Siehe auch ArbG Hannover v. 12.5.2009 – 7 Ca 393/08, n.v.; ArbG Braunschweig v. 14.10.2009 – 1 Ca 185/09, n.v., die schon eine Umgehung des § 613a BGB gemäß § 134 BGB angenommen haben. Siehe auch LAG Niedersachsen v. 18.2.2010 – 7 Sa 780/09, AE 2010, 236, wonach der Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit dem Insolvenzverwalter und die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit einer BQG für nur einen Tag wegen Umgehung des § 613a BGB unwirksam ist.

§ 613a BGB wird regelmäßig nicht entgegenstehen, weil die **Beendigungsvereinbarungen vor dem Stichtag des Betriebsübergangs wirksam** werden und außerdem weil in der Regel keine Betriebsmittel übernommen werden und die Arbeitnehmer einen anderen Betriebszweck, nämlich die Qualifizierung, verfolgen. Werden allerdings die bei einer derartigen Beschäftigungsgesellschaft „geparkten“ Arbeitnehmer von einer Auffanggesellschaft im Rahmen der Umstrukturierung und Sanierung eines Unternehmens im alten Betrieb weiter beschäftigt - etwa durch Arbeitnehmerüberlassung - dann stellt sich gleichwohl die Problematik des § 613a BGB.¹¹⁷⁶

Zur Problematik des **Aufhebungsvertrages** beim Betriebsübergang und zum Aspekt der **unzulässigen Umgehung des Kündigungsschutzes** in diesem Zusammenhang hat das BAG entschieden, dass die Parteien eines Arbeitsverhältnisses dieses durch Aufhebungsvertrag auch rückwirkend auflösen können, wenn es bereits außer Vollzug gesetzt worden war. Die Arbeitsvertragsparteien können ihr Rechtsverhältnis im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang auch ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes wirksam durch Aufhebungsvertrag auflösen, wenn die Vereinbarung auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet ist.¹¹⁷⁷

Schließen Arbeitnehmer vor einem Betriebsübergang einen dreiseitigen Vertrag, mit dem sie vom Betriebsveräußerer zu einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (B & Q) wechseln, so ist diese Vereinbarung wirksam, wenn sie **auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet** ist. Die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebsveräußerer verstößt jedoch gegen zwingendes Recht, wenn dadurch bei gleichzeitigem **Erhalt des Arbeitsplatzes** die Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses und die Umgehung der Rechtsfolgen des § 613a BGB bezweckt wird. Davon ist auszugehen, wenn die Betriebserwerberin den Arbeitnehmern schon **neue Arbeitsverhältnisse verbindlich in Aussicht gestellt** hat.¹¹⁷⁸

Grundsätzlich gewährt § 613a BGB keinen Schutz vor der einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne sachlichen Grund. Aufgrund der **Vertragsfreiheit** können die Vertragsparteien auch im Rahmen des § 613a BGB die Kontinuität des Arbeitsvertrages beenden. Der Arbeitnehmer könnte nämlich dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber auch widersprechen und damit den Eintritt der Rechtsfolgen des §

¹¹⁷⁶ BAG v. 23.11.2006 – 8 AZR 349/06, NZA 2007, 866 = NJW 2007, 2351 sowie 8 AZR 423/06, 8 AZR 606/05 und 8 AZR 350/06; dazu Krieger/Fischinger, NJW 2007, 2289.

¹¹⁷⁷ BAG v. 10.12.1998 - 8 AZR 324/97, BAGE 90, 260 = ZIP 1999, 320; Bestätigung von BAG v. 28.4.1987 - 3 AZR 75/86, BAGE 55, 228 = AP Nr 5 zu § 1 BetrAVG Betriebsveräußerung; ähnlich LAG Baden-Württemberg v. 8.7.2004 – 11 Sa 6/04, EWIR 2005, 19 (Lindemann); dazu auch Zobel, ZInsO 2006, 576.

¹¹⁷⁸ BAG v. 18.8.2011 – 8 AZR 312/10, ZIP 2011, 2426 = DB 2011, 2850, dazu EWIR 2012, 41 (Jost); BAG v. 10.12.1998 - 8 AZR 324/97, BAGE 90, 260 = ZIP 1999, 320; Bestätigung von BAG v. 28.4.1987 - 3 AZR 75/86, BAGE 55, 228 = AP Nr 5 zu § 1 BetrAVG Betriebsveräußerung, zum sog. „Lemgoer Modell“.

613a BGB verhindern. Nach der Rechtsprechung des 8. Senats des BAG ist der **Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit einem Betriebsveräußerer** und damit zusammenhängend der **Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einer BQG** trotz eines anschließenden Betriebsübergangs grundsätzlich wirksam, wenn die **Vereinbarung auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet** ist. § 613a BGB wird jedoch umgangen, wenn der Aufhebungsvertrag die **Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes bezweckt**, weil zugleich ein neues Arbeitsverhältnis vereinbart oder zumindest verbindlich in Aussicht gestellt wurde.¹¹⁷⁹

Dies gilt auch, wenn der Arbeitnehmer die Umgehung des § 613a BGB damit begründet, es sei zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen worden, jedoch **nach den gesamten Umständen klar gewesen, dass er vom Betriebserwerber eingestellt werde**. Diese Umstände hat der Arbeitnehmer näher darzulegen und ggf. zu beweisen. Auch in diesem Falle liegt die objektive Zwecksetzung des Aufhebungsvertrages in der Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes. Diese Prüfung berücksichtigt auch in angemessener Weise die für den betroffenen Arbeitnehmer bestehende, seine rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit beeinträchtigende **Drucksituation**.¹¹⁸⁰ Fehlt es an dem gleichzeitigen Abschluss oder dem **Inaussichtstellen eines neuen Arbeitsvertrages**, so stellt sich der Aufhebungsvertrag für den Arbeitnehmer als ein - im Rahmen der Vertragsfreiheit zulässiges - Risikogeschäft dar, weil nicht klar ist, ob der Betriebserwerber den Arbeitnehmer übernehmen wird.¹¹⁸¹

Eine **Gesetzesumgehung** der Regelung zum Betriebsübergang liegt bei einer Vertragsgestaltung vor, wenn **sämtliche Arbeitnehmer** u.a. ihr Arbeitsverhältnis zum Betriebsveräußerer im Wege eines **dreiseitigen Vertrages einvernehmlich beenden**, ohne Unterbrechung ein **befristetes Arbeitsverhältnis mit einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft** vereinbaren und **gleichzeitig vier verbindliche Vertragsangebote zum Abschluss eines (unterschiedlich lange befristeten) Arbeitsvertrages mit dem Erwerber** (Vertragsbeginn: 30 Minuten nach Eintritt in die Transfergesellschaft) **abgeben**.¹¹⁸²

¹¹⁷⁹ BAG v. 18.8.2011 - 8 AZR 312/10, AP BGB § 613a Nr. 414 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 128; BAG v. 25.10.2012 – 8 AZR 575/11, NZA 2013, 203, dazu NJW-Spezial 2013, 115.

¹¹⁸⁰ BAG v. 18.8.2005 - 8 AZR 523/04, BAGE 115, 340 = AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 31 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 40.

¹¹⁸¹ BAG v. 10.12.1998 - 8 AZR 324/97, BAGE 90, 260 = AP BGB § 613a Nr. 185 = EzA BGB § 613a Nr. 175; BAG v. 25.10.2012 – 8 AZR 575/11, NZA 2013, 203, dazu NJW-Spezial 2013, 115.

¹¹⁸² LAG Köln v. 25.2.2011 – 3 Sa 1470/09, ZIP 2011, 1633; dazu EWIR 2011, 633 (Schöne).

§ 613a Abs. 1 BGB bezweckt insbesondere den Erhalt des sozialen Besitzstands der von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer sowie die Gewährung eines lückenlosen Bestandsschutzes. Eine dem Normzweck zuwiderlaufende Vertragsgestaltung, die zielgerichtet der „**personellen Bereinigung**“ des Betriebs zum Zweck des anschließenden Betriebsübergangs dient, stellt eine **Umgehung** des § 613a Abs. 1 BGB dar und ist gem. § 134 BGB rechtsunwirksam.

Eine solche Gesetzesumgehung liegt bei einer Vertragsgestaltung vor, nach der

- sämtliche Arbeitnehmer ihr Arbeitsverhältnis zum Betriebsveräußerer im Wege eines dreiseitigen Vertrags einvernehmlich beenden, ohne Unterbrechung ein befristetes Arbeitsverhältnis mit einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft vereinbaren und gleichzeitig vier verbindliche Vertragsangebote zum Abschluss eines (unterschiedlich lange befristeten) Arbeitsvertrags mit dem Erwerber (Vertragsbeginn: 30 Minuten nach Eintritt in die Transfergesellschaft) abgeben;
- in einem vor Vollzug des Betriebsübergangs abgeschlossenen Tarifvertrag festgelegt wird, dass von rund 1600 Arbeitnehmern des Veräußerers bei dem Erwerber zum Zeitpunkt des Erwerbs 1132 Arbeitnehmer unbefristet und 400 Arbeitnehmer befristet beschäftigt werden;
- der Erwerber die vorherige Beendigung der Arbeitsverhältnisse zur Bedingung der Übernahme der Betriebsmittel gemacht hat, weil eine Fortführung des Betriebs mit der gesamten Belegschaft bei einem Eintritt in alle Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB aus seiner Sicht nicht möglich sei.

Der Abschluss eines **Aufhebungsvertrages mit dem Insolvenzverwalter** und die Begründung eines **Arbeitsverhältnisses mit einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft für lediglich 1 Tag** ist nach der Auffassung des LAG Niedersachsen wegen **Umgehung des § 613a BGB** unwirksam.¹¹⁸³ Das BAG hat diese Entscheidung bestätigt.¹¹⁸⁴

Vor diesem Hintergrund hatte das LAG Bremen¹¹⁸⁵ das Beschäftigungsgesellschaftsmodell im „**Vulkan-Verbund**“ - **Konkurs** verworfen, wonach der Konkursverwalter zur Reduzierung von Personalkosten Beendigungskündigungen ausgesprochen hatte, um die Arbeiten durch Leiharbeiter ausführen zu lassen, wobei die im Gemeinschuldnerunternehmen (teilweise freiwillig) ausgeschiedenen Arbeitnehmer in solchen Beschäftigungsgesellschaften als

¹¹⁸³ LAG Niedersachsen v. 10.2.2010 – 7 Sa 779/09, BB 2010, 2181; dazu EWiR 2010, 735 (Lieder/Kliebisch).

¹¹⁸⁴ BAG v. 18.8.2011 – 8 AZR 312/10, ZIP 2011, 2426.

¹¹⁸⁵ LAG Bremen v. 2.12.1997 - 1(2) Sa 340/96, ZIP 1998, 572, dazu EWiR 1998, 425 (Schaub) im Anschluss an BAG v. 26.9.1996 – 2 AZR 200/96, ZIP 1997, 249, dazu EWiR 1997, 231 (Hromadka).

Leiharbeitnehmer eingesetzt wurden und wobei der Konkursverwalter an den Gesellschaften beteiligt war.¹¹⁸⁶

Diese Rechtsprechung hat das LAG Bremen später bestätigt: Unterbricht ein Aufhebungsvertrag aller Arbeitnehmer mit dem Betriebsveräußerer die **Kontinuität des Arbeitsverhältnisses** dergestalt, dass der neue Arbeitsvertrag mit dem Betriebserwerber schlechtere Konditionen (hier Befristung und geringere Vergütung) für die überwiegende Anzahl der Kernbelegschaft vorsieht, stellt dies eine nach § 134 BGB nichtige Umgehung des § 613a BGB dar. Dafür spricht auch die **nahtlose Weiterbeschäftigung im übernommenen Betrieb ohne vorherige Einstellungszusage** des Erwerbers.¹¹⁸⁷

Diese Rechtsprechung hat das **BAG** inzwischen ebenfalls bestätigt, aber auch relativiert.¹¹⁸⁸ Die Arbeitsvertragsparteien können das Arbeitsverhältnis im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang wirksam durch Aufhebungsvertrag auflösen, wenn die **Vereinbarung auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet** ist. Dies gilt auch dann, wenn eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft zwischengeschaltet ist. Ein Aufhebungsvertrag ist jedoch wegen **gesetzwidriger Umgehung** der Rechtsfolgen des § 613a BGB unwirksam, wenn zugleich ein **neues Arbeitsverhältnis zum Betriebsübernehmer vereinbart oder zumindest verbindlich in Aussicht gestellt** wird. Wird ein Arbeitnehmer von einer Auffanggesellschaft nach Abschluss eines Aufhebungsvertrags zu verschlechterten Arbeitsbedingungen eingestellt, liegt hierin noch keine Umgehung des § 613a BGB, wenn die **Änderung der Arbeitsbedingungen sachlich gerechtfertigt** ist.

Das BAG hat in einer neuen Entscheidung zur Frage der Wirksamkeit von Aufhebungsverträgen im Zusammenhang mit Betriebsübergängen nach § 613a BGB erneut Stellung bei einem geplanten Wechsel des Mitarbeiters in eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft genommen.¹¹⁸⁹ Es ist möglich das Arbeitsverhältnis im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang per Aufhebungsvertrag wirksam aufzulösen. **Voraussetzung** dafür ist, dass diese Vereinbarung auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet ist. Sie darf nicht nur der Unterbrechung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses dienen. Nichts anderes gilt bei einem geplanten Wechsel des Mitarbeiters in eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft. Eine

¹¹⁸⁶ Vgl. zu dem Dreiecksverhältnis bei einer solchen BQG auch ArbG Gelsenkirchen v. 1.12.1999 - 4 Ca 1686/99, DZWIR 2000, 142 m. Anm. Weisemann; LAG Baden-Württemberg v. 8.7.2004 - 11 Sa 6/04, EWiR 2005, 19 (Lingemann); zum Vertragswerk Ehlers, NWB, Fach 22, 191; ders. NWB, Fach 25, 3809.

¹¹⁸⁷ LAG Bremen v. 26.8.2004 - 3 Sa 80/04 und 1 Sa 81/04, ZIP 2004, 2452.

¹¹⁸⁸ BAG v. 18.8.2005 - 8 AZR 523/04, BAGE 115, 340 = ZIP 2006, 148 = BB 2006, 665 m. Anm. Freihube; dazu EWiR 2006, 197 (Lindemann); dazu auch NJW-Spezial 2006, 131 f.; siehe auch LAG Baden-Württemberg v. 18.12.2008 - 11 Sa 59/08, ZInsO 2010, 640.

¹¹⁸⁹ BAG v. 23.11.2006 - 8 AZR 349/06, BB 2007, 1054 = ZIP 2007, 643.

Umgehung des Kündigungsverbots des § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB liegt nicht vor, wenn der Arbeitnehmer freiwillig einen Aufhebungsvertrag schließt, eine Beschäftigungsgesellschaft zwischengeschaltet ist und der Arbeitnehmer **keine sichere Aussicht** darauf hat, **beim Erwerber eingestellt zu werden**.

Allerdings ist ein **Aufhebungsvertrag unwirksam**, wenn das Unternehmen den Arbeitnehmer insofern getäuscht hat, dass es **vorspiegelt, der Betrieb solle stillgelegt werden** und es würden nur noch Restaufträge abgearbeitet.

Eine **arglistige Täuschung** i.S.v. § 123 Abs. 1 BGB setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass der Täuschende durch Vorspiegelung oder Entstellung von Tatsachen beim Erklärungsgegner einen Irrtum erregt und ihn hierdurch zur Abgabe einer Willenserklärung veranlasst hat. Dabei muss sich die Täuschung auf objektiv nachprüfbar Tatsachen beziehen. Die Äußerung subjektiver Werturteile genügt nicht. Soweit ein Aufhebungsvertrag in einer Situation unterschrieben wird, in der einerseits eine durch den Gläubigerausschuss manifestierte **Stilllegungsabsicht** bestand, zugleich aber deutlich gemacht wird, dass ein Investor gesucht wurde, liegt regelmäßig keine arglistige Täuschung über die Fortführung des Betriebs vor. Für die fortdauernde Stilllegung des Betriebs als Geschäftsgrundlage einer Aufhebungsvereinbarung ist ein **Kläger** in vollem Umfang **darlegungs- und beweisbelastet**, und zwar auch dafür, dass dem Vertragsschluss bestimmte beiderseitige Vorstellungen zugrunde gelegen haben.¹¹⁹⁰

Es kann eine Umgehung des nach § 613a BGB bezweckten Schutzes der Arbeitnehmer vorliegen, wenn bei einem Betriebsübergang die beschäftigten **Arbeitnehmer** durch Veräußerer und Erwerber **veranlasst** werden, gleichzeitig zu vereinbaren

- die **Aufhebung** des mit dem Veräußerer bestehenden unbefristeten Arbeitsverhältnisses und die **befristete Einstellung bei einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft**, und
- den Abschluss eines **befristeten Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber**, das zu dem Zeitpunkt beginnt, zu dem auch die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses mit dem Veräußerer und die befristete Einstellung bei der Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft wirksam werden sollen.

Die Übernahme wird den beschäftigten Arbeitnehmern „verbindlich in Aussicht“ gestellt, wenn die geplante **Fortführung des Betriebs ohne Unterbrechung nur mit der ganz überwiegenden Zahl der Stammarbeitnehmer möglich** ist.¹¹⁹¹

¹¹⁹⁰ LAG Hamburg v. 16.12.2014 – 4 Sa 40/14, ZIP 2015, 700.

¹¹⁹¹ LAG Köln v. 7.3.2012 – 9 Sa 956/11, ZIP 2012, 2171.

Die Bestandschutzregelungen des § 613a BGB finden auch im **Insolvenzverfahren** uneingeschränkt Anwendung und stehen weder von den Voraussetzungen noch von den Rechtsfolgen her zur Disposition der Tarifvertragsparteien und/oder der Betriebsparteien.

Eine Umgehung des § 613a BGB liegt nach der Auffassung des LAG Hamm dagegen nicht vor, wenn die Arbeitnehmer der Betriebsveräußerin zum Ausspruch von **Eigenkündigungen** veranlasst werden, ohne dass die Betriebserwerberin konkrete Zusagen hinsichtlich der weiteren Beschäftigung einzelner Arbeitnehmer gemacht hat. Dies gilt auch dann, wenn die **Betriebserwerberin zwei Drittel der Belegschaft kurze Zeit nach dem Ausspruch der Eigenkündigungen einstellt.**¹¹⁹²

Eine vom Sequester bzw. Insolvenzverwalter wegen beabsichtigter Betriebsschließung ausgesprochene Kündigung bleibt auch dann wirksam, wenn **später unerwartet Finanzmittel** zur Betriebsfortführung, z. B. Landesmittel, zur Verfügung stehen¹¹⁹³. Ggf. greifen dann aber die Regeln über einen - rechtzeitig geltend zu machenden¹¹⁹⁴ Wiedereinstellungsanspruch.¹¹⁹⁵ **Unzulässig** ist jedoch eine betriebsübergreifende **Austauschkündigung**, wenn diese nur einer Umorganisation des Unternehmens dient.

Der **Wegfall der Refinanzierungszahlungen** der Bundesagentur für Arbeit an eine Transfergesellschaft **berechtigt** diese **nicht zu außerordentlichen betriebsbedingten Kündigungen** der dort bestehenden Arbeitsverhältnisse. Eine auf betriebliche Gründe gestützte außerordentliche Kündigung - mit einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufrist - kommt in Betracht, wenn die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist und dies dazu führt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer andernfalls trotz Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit unter Umständen noch für erhebliche Zeiträume vergüten müsste, ohne dass dem eine entsprechende Arbeitsleistung gegenüberstünde. Ein wichtiger Grund liegt **nicht** bereits in einer **schlechten wirtschaftlichen Lage oder der (drohenden) Insolvenz des Arbeitgebers** als solcher. Das wirtschaftliche Risiko trägt der Arbeitgeber. Dieser Grundsatz kommt ua. in § 113 Satz 1, Satz 2 InsO zum Ausdruck. Danach steht - selbst bei Ausschluss der ordentlichen

¹¹⁹² LAG Hamm v. 27.5.2011 – 18 Sa 1587/09, ZInsO 2012, 2352.

¹¹⁹³ ArbG Aachen v. 23.9.1997 – 4 Ca 648/96, ZIP 1998, 611; ArbG Bonn v. 13.10.1999 - 5 Ca 1311/99, ZInsO 2000, zur Wiedereinstellungszusage bei zwischenzeitlich eingetretener Insolvenz 119.

¹¹⁹⁴ Zur rechtzeitigen Geltendmachung des Wiedereinstellungsanspruchs - innerhalb von drei Wochen nach Kenntniserlangung der maßgeblichen Umstände - siehe LAG Hamm v. 11.5.2000 - 4 Sa 1469/99, DZWIR 2000, 457; ArbG Frankfurt v. 20.7.1999 - 5 Ca 7905/97, ZInsO 2000, 56; Dreher, BB 2000, 2358.

¹¹⁹⁵ Zum Wiedereinstellungsanspruch nach (wirksamer) Kündigung allgemein BAG v. 6.8.1997 – 7 AZR 557/96, BB 1998, 538, dazu EWiR 1998, 323 (Boudon); BAG v. 4.12.1997 – 3 AZR 140/97, BB, 1998, 1108; BAG v. 12.11.1998 - 8 AZR 265/97, MDR 1999, 551; LAG Köln v. 26.3.1998 – 5 Sa 11/98, LAGE § 1 KSchG Nr. 3; Beckschulte, DB 1998, 417; Berscheid, MDR 1998, 1129; Ziemann, MDR 1999, 716; Günzel, DB 2000, 1227; Meyer, BB 2000, 1032; Oetker, ZIP 2000, 643; Sartorius, ZAP, Fach 17, 569 ff.

Kündigung - auch dem Insolvenzverwalter bei betrieblichen Gründen nur das Recht zur ordentlichen Kündigung mit einer Frist von bis zu drei Monaten zu.¹¹⁹⁶

c) Haftungsfragen

Fällt eine solche BQG in Insolvenz, kann deren Insolvenzverwalter ggf. gem. § 93 InsO im Wege der **Durchgriffshaftung** wegen existenzvernichtenden Eingriffs die Gesellschafter auf den Ausfall der Forderungen der Insolvenzgläubiger in Anspruch nehmen. Die Durchgriffshaftung **wegen existenzvernichtenden Eingriffs** setzt nach der Auffassung des OLG Düsseldorf nicht zwingend einen unkompensierten benachteiligenden Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen voraus, sondern findet auch Anwendung, wenn der Gesellschaft von vornherein die Fähigkeit vorenthalten wird, die vorhersehbaren Risiken ihres Geschäftsbetriebs zu bestehen und ihren Verbindlichkeiten nachzukommen (so genannte „Aschenputtel-Gesellschaft“). In einer derartigen „**Aschenputtel-Situation**“ befindet sich nach der Auffassung des OLG Düsseldorf auch eine in der Rechtsform der GmbH geführte Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (BQG), deren Existenz von dem Überleben des zu sanierenden, die Arbeitnehmer abgebenden Unternehmens abhängt.¹¹⁹⁷

Ob diese Rechtsprechung aufrecht erhalten bleiben kann, nachdem der **BGH** im Fall „Trihotel“ entschieden hat¹¹⁹⁸, dass die Existenzvernichtungshaftung nicht eine eigenständige, zur Außenhaftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft führende Haftungsfigur sei, sondern eine **an § 826 BGB orientierte Innenhaftung**, erscheint aber fraglich.

Der II. Zivilsenat des BGH¹¹⁹⁹ hat vor dem Hintergrund der im Urteil vom 16. Juli 2007 („Trihotel“) neu strukturierten sog. Existenzvernichtungshaftung inzwischen eine Innenhaftung der Gesellschafter einer BQG (Gemeinschuldnerin) gegenüber dieser Gesellschaft wegen existenzvernichtenden Eingriffs gemäß § 826 BGB verneint. Denn das - ihnen nach den Feststellungen des Berufungsgericht anzulastende - **Versäumnis**, im Rahmen der dreiseitigen Verträge den Anspruch der Gemeinschuldnerin gegen der zu sanierenden Gesellschaft auf Zahlung der **sog. Remanenzkosten** für die Aufstockung des Strukturkurzarbeitergeldes zugunsten der übernommenen Arbeitnehmer für deren maximale Verweildauer bei der Gemeinschuldnerin entsprechend den branchenüblichen

¹¹⁹⁶ BAG v. 24.1.2013 – 2 AZR 453/11, DB 2013, 1366; dazu NJW-Spezial 2013, 404.

¹¹⁹⁷ OLG Düsseldorf v. 26.10.2006 – I-6 U 248/05, ZIP 2007, 227 = GmbHR 2007, 310 m. Anm. Ulrich.

¹¹⁹⁸ BGH v. 16.7.2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 = ZIP 2007, 1552 = GmbHR 2007, 932 m. Anm. Schröder; ähnlich BGH v. 2.6.2008 – II ZR 104/07, BB 2008, 2093; dazu auch Ihrig, DStR 2007, 1170; zum Konzept der Existenzvernichtungshaftung nach dem MoMiG siehe auch Weller, DStR 2007, 1166; Jacob, GmbHR 2007, 796; Smid, DZWIR 2008, 265.

¹¹⁹⁹ BGH v. 28.4.2008 - II ZR 264/06, BB 2008, 1697 = GmbHR 2008, 805 m. Anm. Ulrich = ZIP 2008, 1232 dazu Altmeyden, ZIP 2008, 1201; dazu EWIR 2008, 493 (Bruns); Leuring, NJW-Spezial 2008, 431 f.; Weber/Sieber, ZInsO 2008, 952.

Gepflogenheiten gegen eine vorzeitige Insolvenz der **abzusichern** oder absichern zu lassen, stelle schon begrifflich keinen "Eingriff" in das zweckgebundene, den Gläubigern als Haftungsfonds dienende Gesellschaftsvermögen dar. Das **Unterlassen der gebotenen Absicherung** stehe einem Eingriff in den zweckgebundenen Haftungsfonds im Sinne eines Verstoßes gegen die Pflicht zur Respektierung der Zweckbindung dieses Vermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger während der Lebensdauer der GmbH nicht gleich; durch dieses Unterlassen sei das Stammkapital der Schuldnerin von den Gesellschaftern nicht angetastet worden.

Die beklagten Gesellschafter hafteten dem Insolvenzverwalter gegenüber in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter für die Befriedigung der im Insolvenzverfahren offen gebliebenen Drittgläubigerforderungen gegen die Gemeinschuldnerin auch nicht auf der Grundlage eines speziellen Haftungsinstituts der **Haftung** des GmbH-Gesellschafters **wegen (materieller) Unterkapitalisierung** der GmbH. Eine derartige Haftung wegen unzureichender Kapitalisierung der Gesellschaft sei es in Form zu geringer Eigenkapitalausstattung, sei es in Gestalt einer allgemeinen Mangelhaftigkeit der Vermögensausstattung im weitesten Sinne sei **weder gesetzlich normiert noch durch höchstrichterliche Rechtsfortbildung als gesellschaftsrechtlich fundiertes Haftungsinstitut anerkannt**. Vielmehr ist nach Auffassung des II. Zivilsenats eine sachgerechte Lösung des Problems der materiellen Unterkapitalisierung nach wie vor allenfalls in einer Heranziehung der deliktischen Generalnorm der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung nach § 826 BGB im Einzelfall zu sehen.

Als Ansprüche gegen die Gesellschafter im Zusammenhang mit der Unterlassung der Absicherung der Remanenzkostenansprüche gegen Insolvenz der zu sanierenden Gesellschaft kommen nach Auffassung des BGH allerdings solche in Betracht, die den betroffenen **Arbeitnehmern** aus **Delikt (§§ 826, 830 BGB)** oder aus **Verschulden bei Vertragsschluss (§ 311 Abs. 3 BGB)** jeweils individuell zustehen, falls sie bei Eingehung der dreiseitigen Verträge durch Verschweigen **arglistig getäuscht wurden**. Zu deren **klageweiser Geltendmachung** seien auch während des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der BQG **nur die betroffenen Arbeitnehmer** selbst, nicht hingegen der Insolvenzverwalter berechtigt.

Entsprechendes gilt nach Auffassung des BGH für die aus diesen Pflichtwidrigkeiten der Gesellschafter gegenüber den Arbeitnehmern resultierenden **"sekundären" Ansprüche der Sozialversicherungsträger/ Arbeitsverwaltung** und des **Finanzfiskus**.

Verpflichtet sich eine Personal-Service-Agentur durch einen Vertrag gegenüber der Bundesagentur für Arbeit zur Einstellung von zuvor arbeitslosen Arbeitnehmern in sozialversicherungspflichtige, nach einem Tarifvertrag zu vergütende Beschäftigungsverhältnisse, so hat die Bundesagentur für Arbeit in der **Insolvenz der Personal-Service-Agentur** die von ihr als Gegenleistung für die Einstellung eines jeden Arbeitnehmers geschuldete **Fallpauschale** nicht an den Insolvenzverwalter zu entrichten, wenn die Personal-Service-Agentur keine Lohnzahlungen an die Arbeitnehmer erbracht hat.¹²⁰⁰

4. Transfersozialpläne

a) Rechtliche Grundlagen

Ein weiteres wesentliches Instrument sind Transfersozialpläne. Darin wird z.B. vereinbart, dass betroffene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer **vor der Entlassung für Eingliederungsprojekte freigestellt** und **durch eine Transferagentur betreut** werden, damit sie sich optimal auf die Übernahme einer neuen Beschäftigung vorbereiten können.

Transfersozialpläne regeln also **nicht nur Abfindungen**, sondern konkretisieren die Transfermaßnahmen zu einem neuen Arbeitsplatz. Sie haben in den vergangenen Jahren zunehmend Abfindungssozialpläne ersetzt.

Die Idee der Transfersozialpläne wurde Mitte der 90er-Jahre maßgeblich von den Sozialpartnern der chemischen und kunststoffverarbeitenden Industrien entwickelt. Im Mittelpunkt stand die Idee, die **Sozialplanmittel** in erster Linie dazu zu verwenden, den von Arbeitslosigkeit bedrohten Arbeitnehmern durch Beratungs- und Vermittlungsangebote eine **Anschlussbeschäftigung** bei einem neuen Arbeitgeber **zu ermöglichen**.

Als hemmend für Transfersozialpläne stellt sich häufig insbesondere die Haltung der Betroffenen in den Betrieben dar. Die bewährten Wege des **Abfindungssozialplans** finden trotz der lohnsteuerrechtlichen Nachteile häufig mehr Zuspruch der Beteiligten. Nach wie vor ist auf allen Ebenen das Problembewusstsein nur schwach entwickelt. Die Personalverantwortlichen haben oft nur die möglichst schnelle und reibungslose Trennung von Mitarbeitern mit **klar kalkulierbaren Kosten** im Blick. Für die von Entlassung bedrohten Arbeitskräfte ist zunächst eine **hohe Abfindung** von Bedeutung und damit zentrales Verhandlungsziel der Betriebsräte in Sozialplanverhandlungen. Da die eigene Position am Arbeitsmarkt unzulänglich und meist viel zu positiv eingeschätzt wird, fehlt das Bewusstsein für die Notwendigkeit von Qualifizierungen. Eine **realistischere Einschätzung** der Chancen

¹²⁰⁰ BGH v. 17.12.2009 – IX ZR 214/08, ZInsO 2010, 284 = ZIP 2010, 238, dazu EWiR 2010, 187 (Plagemann).

und der persönlichen Arbeitsfähigkeit werden vielfach erst nach einer längeren Phase der Arbeitslosigkeit mit allen damit verbundenen Nachteilen vorgenommen.

Bei einem Transfersozialplan wird das alte Arbeitsverhältnis durch einen **Aufhebungsvertrag** aufgelöst, die Betroffenen erhalten eine Abfindung. Die betroffenen Arbeitnehmer werden für bis zu einem Jahr Beschäftigte in einer **Transfer- bzw. Personalentwicklungsgesellschaft**. Laut SGB III steht ihnen in dieser Zeit Kurzarbeitergeld für »100%ige Kurzarbeit« zu.

Die Personalentwicklungsgesellschaft muss eine **betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit** sein. Die Personalentwicklungsgesellschaft soll die betroffenen Arbeitnehmer für eine Weitervermittlung qualifizieren, bei Bewerbungen unterstützen und in ein neues Arbeitsverhältnis vermitteln. Während der Zugehörigkeit zur Personalentwicklungsgesellschaft können **Praktika in anderen Betrieben** erfolgen. Wenn Beschäftigte der Personalentwicklungsgesellschaft in einer anderen Firma ein zweites Arbeitsverhältnis eingehen, haben sie üblicherweise innerhalb eines Jahres ein **Rückkehrrecht** zur Personalentwicklungsgesellschaft.

Sind die Mitarbeiter **nach einem Jahr** in der Personalentwicklungsgesellschaft nicht vermittelt, müssen sie sich **arbeitslos** melden. Das **Arbeitslosengeld** wird auf Basis der Altbeschäftigung berechnet. Die etwaige Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes wird durch das Jahr Kurzarbeit nicht mit dem Arbeitslosengeld gegengerechnet.

Ein Transfersozialplan sollte folgende **Ziele** beinhalten:

- Gründung von Personalentwicklungsgesellschaften
- Abkehr von der üblichen Sozialplanpraxis: Beschäftigungstransfer statt Zahlung einer Abfindung
- Vermittlung von Qualifizierung
- Von der Jobsicherheit zur Vielseitigkeit und Beweglichkeit der Arbeitnehmer (von passiver zu aktiver Beschäftigungspolitik)
- Nutzung vorhandener Fördermittel durch überzeugende Konzepte für den ersten Arbeitsmarkt (Stammebelegschaften)
- Aufbau eines Transfernetzwerks zwischen Unternehmen und Verbänden.

Dazu gehören aber auch **Arbeitszeitflexibilisierung**, Arbeitszeitkorridor (Korridor für Wochen-Stunden), Freizeitausgleich für Mehrarbeit, Teilzeitarbeit, Altersteilzeit, Entgeltkorridor, Kürzung der tariflichen Jahresleistung.

Ein **durch Spruch der Einigungsstelle beschlossener Transfersozialplan zum Übertritt in eine externe Transfergesellschaft** muss hinreichend konkrete Regelungen zum Ausgleich und der Milderung der wirtschaftlichen Nachteile der betroffenen Beschäftigten enthalten. Dem genügt ein vorgesehene Gesamtbudget der Weiterbildungsmittel für den Träger ohne Vorgaben oder Einfluss der Einigungsstelle zur Verteilung dieser Mittel auf die übergehenden Beschäftigten regelmäßig nicht. Sieht der für den Übertritt in die Transfergesellschaft vorgesehene Aufhebungsvertrag mit dem bisherigen Arbeitgeber ohne spezifischen Grund nachteilige Regelungen wie allgemeine Ausgleichsklauseln vor, liegt hierin selbst bei angenommener Regelungsmacht jedenfalls eine Überschreitung des Ermessens der Einigungsstelle.¹²⁰¹

b) Erstreikbarkeit eines Transfersozialplan

Die Gewerkschaften können mit dem Streik auch sehr weitgehende Tarifforderungen verfolgen. Der Umfang einer Streikforderung, die auf ein tariflich regelbares Ziel gerichtet ist, unterliegt wegen der durch Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz gewährleisteten Koalitionsbetätigungsfreiheit einer Gewerkschaft und im Interesse der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie keiner gerichtlichen Kontrolle. Gewerkschaften dürfen daher auch zu Streiks für einen Tarifvertrag aufrufen, in dem wirtschaftliche Nachteile aus einer Betriebsänderung ausgeglichen oder gemildert werden sollen. Das BAG hat deshalb die gegen solche Streikaufrufe der Industriegewerkschaft Metall gerichtete Unterlassungsklage eines Arbeitgeberverbands abgewiesen.¹²⁰²

Zwar sind nach §§ 111, 112 BetrVG Arbeitgeber und Betriebsrat für die Aufstellung betriebsbezogener Sozialpläne zuständig, das Betriebsverfassungsgesetz schränkt jedoch die Regelungsbefugnis von Tarifvertragsparteien nicht ein. Zum einen stellt das Gesetz selbst einleitend klar, die Interessenvertretung der Tarifvertragsparteien soll durch die Betriebsverfassung „nicht berührt“ werden (§ 2 Abs. 3 BetrVG). Auch ist die Tarifautonomie keineswegs auf „Betriebsferne“ ausgelegt. Zum Beispiel regelt § 112 Abs. 1 S. 4 BetrVG, dass Betriebsräte (trotz des Tarifvorrangs) Sozialpläne abschließen dürfen, also dass die so genannte Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht für Sozialpläne gilt. Diese Regelung setzt offensichtlich voraus, dass Überschneidungen mit sozialplanähnlichen Tarifverträgen möglich sind. Typische Sozialplaninhalte - wie Ansprüche auf Abfindungen oder Qualifizierungsmaßnahmen - sind zugleich tariflich regelbare Angelegenheiten.

¹²⁰¹ LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 1.3.2016 – 9 TaBV 1519/15, ZIP 2016, 1500; dazu EWiR 2016, 643.

¹²⁰² BAG v. 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 = ZIP 2007, 1768 m. Anm. Kock; dazu EWiR 2007, 657 (Weller).

Firmenbezogene Verbandstarifverträge sind auch nicht wegen Verstoßes gegen den vereinsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unwirksam. Andernfalls würden vereinsrechtliche Binnenschranken der Koalitionsbetätigung eines Arbeitgeberverbands in das Außenverhältnis zum Tarifpartner übertragen. Für eine solche Außenwirkung gibt es keine tragfähige Begründung. Weder die Tariffähigkeit noch die Tarifzuständigkeit des Arbeitgeberverbands werden durch eine vereinsinterne Ungleichbehandlung beeinträchtigt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts können Arbeitskämpfe nur zur **Durchsetzung tariflich regelbarer Ziele** geführt werden.¹²⁰³ Dies folgt aus der Hilfsfunktion des Arbeitskampfs zur Sicherung der Tarifautonomie.¹²⁰⁴ Streiks um tarifliche Abfindungsregelungen werden aber um tariflich regelbare Ziele geführt. Tariflich regelbar sind jedenfalls solche Ziele, die sich den in § 1 Abs. 1 TVG aufgeführten möglichen Gegenständen von Rechtsnormen eines Tarifvertrags zuordnen lassen. Ob eine solche Zuordnung für sämtliche denkbaren Regelungen eines firmenbezogenen Verbandstarifvertrags, mit denen wirtschaftliche oder sonstige Nachteile infolge einer Betriebsänderung ausgeglichen oder gemildert werden sollen, möglich ist, bedarf keiner Entscheidung. Zumindest Abfindungsregelungen sind Rechtsnormen iSv. § 1 Abs. 1 TVG, die eine Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen. Tarifliche Abfindungsregelungen sind keine auf einen Einzelfall beschränkten Bestimmungen. Sie sehen für eine Vielzahl von möglichen Betroffenen nach abstrakten Kriterien die Entstehung von Ansprüchen vor; der Umstand, dass der Anspruchsgegner stets derselbe ist, nimmt den Regelungen nicht ihren generellen Charakter.

Die **Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien** scheidet auch nicht deshalb aus, weil die dem Unternehmen zum Zweck des Nachteilsausgleichs insgesamt zur Verfügung stehenden Mittel durch einen tariflichen Sozialplan zu Lasten der nicht tarifgebundenen, auf einen betrieblichen Sozialplan angewiesenen Arbeitnehmer aufgezehrt würden. Ob es zu einer solchen Verdrängung kommt, lässt sich schon in tatsächlicher Hinsicht nicht generell beurteilen. Im Übrigen könnte die betriebliche Einigungsstelle gehalten sein, das Vorliegen eines tariflichen Sozialplans bei ihren eigenen Festsetzungen der ausgleichspflichtigen Nachteile zu berücksichtigen und dementsprechend etwa eine Anrechnung tariflicher Abfindungsansprüche auf von ihr begründete Abfindungsforderungen vorzusehen.

5. Transfer-Kurzarbeitergeld

Die finanzielle Ausstattung einer derartigen Transfer- bzw. Beschäftigungsgesellschaftlich erfolgt durch den bisherigen Arbeitgeber - oft im Rahmen eines **sog. Transfer-Sozialplanes**

¹²⁰³ BAG v. 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, BAGE 104, 155.

¹²⁰⁴ BVerfG v. 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212.

- und durch die Bundesagentur für Arbeit. Diese nimmt an der Finanzierung durch die Gewährung von Transferkurzarbeitergeld gemäß § 111 SGB III (§ 216b SGB III a.F.) teil, das das **bisherige Struktur- Kurzarbeitergeld abgelöst** hat. Zusätzlich werden **Zuschüsse zu den Einzelmaßnahmen** gewährt, die eine breite Qualifizierung zum Ziele haben. Der bisherige Arbeitgeber stockt das Transferkurzarbeitergeld in der Regel auf 80 Prozent des letzten Nettoverdienstes auf.

Allerdings wird diese Teilhabe an den Leistungen einer Beschäftigungsgesellschaft oft mit einer **Verkürzung der Kündigungsfristen** der Arbeitnehmer erkaufte. Der Transfer - Sozialplan konnte nach dem alten Recht bis zum 31.12.2003 ebenfalls seitens der Arbeitsverwaltung gefördert werden durch einen Zuschuss gemäß § 254 ff SGB III. Diese Vorschriften sind zum 31.12.2003 außer Kraft getreten. An ihre Stelle treten die in § 216a SGB III geregelten Ansprüche auf Förderung der Teilnahme an Transfermaßnahmen. Diese wurden inzwischen durch §§ 110, 111 SGB III ersetzt.

Das dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2003¹²⁰⁵ hat die Leistungen zur Unterstützung betriebliche Restrukturierungen neu geordnet.¹²⁰⁶ Die Leistungen zur Förderung der Teilnahme an Transfermaßnahmen (§ 110 SGB III = § 216a SGB III a.F.) lösen die bisherigen Vorschriften über Zuschüsse zu Sozialplanmaßnahmen ab. Das bisherige Kurzarbeitergeld in einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit wird durch das neue Transferkurzarbeitergeld (§ 111 SGB III = § 216b SGB III) ersetzt. Die Vorschriften über das Transferkurzarbeitergeld gelten für **Maßnahmen, die ab dem 1.1.2004 begonnen haben**. Soweit der Anspruch auf Kurzarbeitergeld bis zum 31.12.2003 entstanden war, richtet sich der Anspruch nach dem alten Recht (§ 434j Abs. 11 SGB III).

Um den **Vorrang der Vermittlung in Arbeit** sicherzustellen, hat der Arbeitgeber den geförderten Arbeitnehmern Vorschläge zu unterbreiten (§ 111 SGB III).

Die weiteren **Voraussetzungen für das Transferkurzarbeitergeld** sind erfüllt, wenn und solange die Arbeitnehmer von einem

- dauerhaften unvermeidbaren Arbeitsausfall mit Entgeltausfall betroffen sind (Nr. 1),
- die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind (Nr. 2),
- die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind (Nr. 3)
- sich die Betriebsparteien **im Vorfeld** der Entscheidung über die Inanspruchnahme von Transferkurzarbeitergeld, insbesondere im Rahmen ihrer Verhandlungen über einen die Integration der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer fördernden

¹²⁰⁵ BGBl. I 2003, S. 2848.

¹²⁰⁶ Dazu Mengel/Ullrich, BB 2006, 1109 ff.

Interessenausgleich oder Sozialplan nach § 112 des Betriebsverfassungsgesetzes, **von der Agentur für Arbeit beraten lassen** haben (Nr. 4) und

- und der dauerhafte Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt ist (Nr. 5).

Das Transfer-Kurzarbeitergeld entspricht seiner **Berechnung** dem **Kurzarbeitergeld**. Die Bezugsdauer wird durch (§ 111 Abs. 1 S. 2 SGB III **auf 12 Monate begrenzt**). Eine Verlängerungsmöglichkeit durch Verordnung besteht nicht mehr.

Negative Auswirkungen auf den späteren **Bezug von Arbeitslosengeld** hat die Tätigkeit in einer Beschäftigungsgesellschaft **nicht**. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das Ruhen des Leistungsanspruchs und auf den Eintritt einer Sperrzeit:

- Der Leistungsanspruch auf Arbeitslosengeld könnte wegen Zahlung einer Entlassungsentschädigung nach § 143a SGB III ruhen. Zwar wird das Arbeitsverhältnis zu dem bisherigen Arbeitgeber beendet, es wird auch in der Regel eine Abfindung gewährt, jedoch ist dies für den Eintritt und die Dauer der Arbeitslosigkeit nicht maßgebend. Denn infolge der Tätigkeit für die Beschäftigungsgesellschaft wird während des Laufs der für den bisherigen Arbeitgeber geltenden Kündigungsfrist kein Arbeitslosengeld in Anspruch genommen.
- Darüber hinaus ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld nach § 143a Abs. 2 Satz 1 SGB III für höchstens ein Jahr.
- Ferner entfällt die Minderung des Arbeitslosengeldanspruchs infolge des Eintritts einer Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe nach § 128 Abs. 3 Satz 2 SGB III, wenn das Ereignis das die Sperrzeit begründet, länger als ein Jahr zurückliegt.

Probleme können jedoch im Hinblick auf den **Sozialversicherungsschutz**, insbesondere auch den Unfallversicherungsschutz entstehen: Bestehen nämlich die einzigen vertraglichen Verpflichtungen des Arbeitnehmers in der BQG darin, sich um ein neues Arbeitsverhältnis zu bemühen, liegt nach Auffassung des SG Mannheim **kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis** vor.¹²⁰⁷

Ist über das Vermögen eines Arbeitnehmers das Insolvenzverfahren eröffnet worden, kann der Insolvenzverwalter vom Arbeitgeber die **Abführung des pfändbaren Teils** des Arbeitseinkommens zur Insolvenzmasse verlangen. Die **Berechnung** des dem Schuldner verbleibenden unpfändbaren Arbeitseinkommens richtet sich nach den Pfändungsschutzbestimmungen **gemäß §§ 850 ff. ZPO**. Bezieht der Schuldner, der aufgrund eines dreiseitigen Vertrages zu einer Beschäftigungs- und

¹²⁰⁷ SG Mannheim v. 14.1.2003 – S 9 U 1979/02, BB 2004, 112.

Qualifizierungsgesellschaft gewechselt ist, neben dem Transferkurzarbeitergeld gemäß § 111 SGB III einen **Aufstockungsbetrag** zur Sicherung seines bisherigen Nettoentgelts, handelt es sich um ein einheitliches Arbeitseinkommen. Eines Zusammenrechnungsbeschlusses gemäß § 850e Nr. 2 bzw. Nr. 2a ZPO i.V.m. § 36 Abs. 4 InsO bedarf es nicht.

Kurzarbeitergeld, das als **Struktur- oder Transferkurzarbeitergeld** nach den §§ 169 ff., 111 gezahlt wird, ist also als **Lohnersatzleistung** nach § 54 SGB I wie Arbeitseinkommen **der Pfändung unterworfen**. Es ist nach den §§ 35, 36 Abs. 1 InsO in Höhe des nach § 850c ZPO pfändbaren Teils zur Insolvenzmasse zu ziehen.¹²⁰⁸

Erhält ein Arbeitnehmer von einer Transfergesellschaft, in der er nach **Beendigung seines bisherigen Arbeitsverhältnisses** übergangsweise beschäftigungslos angestellt ist, **Aufstockungsbeträge zum Transferkurzarbeitergeld**, unterliegen diese Beträge dem **ermäßigten Steuertarif**.¹²⁰⁹ Der von der Transfer-GmbH gezahlte **Zuschuss zum Transferkurzarbeitergeld stellt keinen laufenden Arbeitslohn**, sondern neben der Abfindungszahlung einen Teil einer begünstigt zu steuernden Gesamtabfindung **dar**. Die Aufstockungsbeträge stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem beendeten Arbeitsverhältnis, weil der **Arbeitnehmer nicht von der Transfer-GmbH beschäftigt** wurde. Dementsprechend konnten die Zahlungen **keine Gegenleistung für laufend erbrachte**, sondern nur für die gegenüber der früheren Arbeitgeberin erbrachten **Arbeitsleistungen** des Klägers sein.

Der BFH hat dazu in der Revisionsinstanz gegenteilig entschieden:¹²¹⁰

Aufstockungsbeträge zum Transferkurzarbeitergeld, die auf der Grundlage eines Transfer-Arbeitsverhältnisses und mit Rücksicht auf dieses von der Transfergesellschaft geleistet werden, sind regelmäßig keine Entschädigung i.S. von § 24 Nr. 1 Buchst. a, § 34 Abs. 2 Nr. 2 EStG, sondern **laufender Arbeitslohn i.S.v. § 19 EStG**.

IX. Zeugniserteilung in der Insolvenz

1. Bisherige Rechtsprechung: Zeugniserteilung durch den Arbeitgeber

Der **insolvente Arbeitgeber** hatte nach der bisherigen Rechtsprechung für die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Zeugnis auszustellen¹²¹¹. Eine Zeugniserteilung durch den Insolvenzverwalter scheidet grundsätzlich aus. Das sei sachgerecht, weil der

¹²⁰⁸ LAG Hamm v. 16.8.2006 – 2 Sa 385/06, ZIP 2007, 348; dazu EWiR 2007, 337 (Keller).

¹²⁰⁹ FG Münster v. 15.11.2017 - 7 K 2635/16 E, DStRE 2018, 1295; Revision zugelassen.

¹²¹⁰ BFH v. 12.3.2019 – IX R 664/17, DStR 2019, 1256 m. Anm. Avvento; dazu DStRK 2019, 180 (Avvento).

¹²¹¹ BAG v. 28.11.1966 – 5 AZR 190/66, BAGE 19, 146, 152; LAG Düsseldorf v. 7.11.2003 - 16 Ta 571/03, ZIP 2004, 631, dazu EWiR 2004, 863 (Johlke/Schröder); Pape/Uhlenbruck, Insolvenzrecht, S. 525 Rn. 714.

Insolvenzverwalter regelmäßig nur für eine kurze Zeit den Betrieb führe und daher die Leistungen der Arbeitnehmer nicht umfassend beurteilen könne.¹²¹²

Eine **Ausnahme** sei nur dann zu machen, wenn der **Insolvenzverwalter für eine längere Zeit das Arbeitsverhältnis fortgesetzt** habe und daher eine ausreichende Grundlage für die Beurteilung der Arbeitnehmer habe. Dann sei auch er verpflichtet, für die Zeit ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer ein Zeugnis zu erteilen¹²¹³. In diesen Fällen könne der Arbeitnehmer zwei Zeugnisse verlangen, nämlich eines bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens von dem Arbeitgeber und ein weiteres ab Eröffnung von dem Insolvenzverwalter.

2. Neuere Rechtsprechung: Zeugniserteilung durch den Insolvenzverwalter

Zum Zeugnisanspruch im vorläufigen und im eröffneten Insolvenzverfahren hat das **BAG** inzwischen klarstellend und grundlegend entschieden¹²¹⁴:

- Wird ein **Arbeitsverhältnis vor Insolvenzeröffnung beendet**, bleibt der Arbeitgeber grundsätzlich Schuldner des Anspruchs auf Erteilung eines Arbeitszeugnisses. Diese Verpflichtung trifft nicht einen vorläufigen Insolvenzverwalter, auf den die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis weder gem. §22 Abs.1 InsO noch aufgrund einer Einzelermächtigung gem. §22 Abs.2 InsO in Bezug auf die Arbeitsverhältnisse übergegangen ist. Es besteht also insbesondere **kein Zeugnisanspruch gegen einen schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter** für vor Insolvenzeröffnung beendete Arbeitsverhältnisse
- Erlangt ein vorläufiger Insolvenzverwalter die **volle Verfügungsbefugnis** über die Arbeitsverhältnisse oder wird das Arbeitsverhältnis erst nach der Insolvenzeröffnung beendet, schuldet der Insolvenzverwalter das Arbeitszeugnis, unabhängig davon, ob und wie lange er den Arbeitnehmer beschäftigt hat oder eigene Kenntnisse über dessen Arbeitsleistung gewinnen konnte. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung hat der Insolvenzverwalter einen **Auskunftsanspruch** nach §97 InsO gegenüber dem Schuldner.

Unabhängig davon besteht aber nach Auffassung des LAG Düsseldorf¹²¹⁵ eine Pflicht des Arbeitgebers (Insolvenzschuldner) zur **Erfüllung eines vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens titulierten Zeugnisanspruchs**. Ein titulierter Anspruch auf Erteilung eines Arbeitszeugnisses aus einem beendeten Arbeitsverhältnis sei auch im Fall einer

¹²¹² A.A. Berscheid, ZInsO 1999, 205, 207.

¹²¹³ Schaub / Linck, ArbR-HdB, 11. Aufl., § 146 I 5, S. 1508 m. w. N.

¹²¹⁴ BAG v. 23.6.2004 - 10 AZR 495/03, BB 2004, 2526 = ZIP 2004, 1974, dazu EWIR 2004, 1185 (Richter); unter Hinweis auf Wimmer/Eisenbeis, InsO, §113 Rn.109; a.A. Kübler/Prütting/Moll, InsO, Stand: März 2004, § 113 Rn.14.

¹²¹⁵ LAG Düsseldorf v. 7.11.2003 - 16 Ta 571/03, LAGE § 89 InsO Nr. 1 = NZA-RR 2004, 206 = ZIP 2004, 631.

nachfolgenden Insolvenzeröffnung weiterhin **gegen den bisherigen Arbeitgeber vollstreckbar**.

B. Kollektives Arbeitsrecht in der Insolvenz

I. Allgemeines zu den Beteiligungsrechten des Betriebsrates

Entsprechend den allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen muss auch der (vorläufige) Insolvenzverwalter die Beteiligungsrechte der Betriebsverfassungsorgane, insbesondere des Betriebsrates, beachten. Von erheblicher praktischer Bedeutung ist dabei zunächst das **Anhörungserfordernis** bei Voll- und Änderungskündigungen nach § 102 BetrVG.¹²¹⁶ Nach Auffassung des BAG soll aber auch in der Insolvenz eine Anhörungspflicht nach § 102 BetrVG nicht schon bzgl. einer den Kündigungen vorausgehenden Freistellung der Arbeitnehmer bestehen.¹²¹⁷ Dies wird man aber dahingehend klarstellend ergänzen müssen, dass eine (Teil-)Betriebsstilllegung aber nach §§ 111 ff. BetrVG mitbestimmungspflichtig sein kann.

Gerade in der Insolvenz ist aber häufig entweder die Belegschaftsstärke erheblich gesunken oder es sind auch bereits einige Betriebsräte ausgeschieden. Dann stellt sich die Frage nach dem **Restmandat der verbliebenen Betriebsräte**.¹²¹⁸

1. Betriebsänderungen

Bedeutend ist in der Insolvenz aber auch das Mitbestimmungsrecht bei sog. Betriebsänderungen. Betriebsänderungen sind in § 111 BetrVG definiert, sie können aber nach § 112a BetrVG auch allein in einer **Massenentlassung** bestehen, wenn die Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer -bezogen auf die regelmäßige Beschäftigtenzahl- die dort genannten Grenzen überschreitet.¹²¹⁹ Bei der Ermittlung dieses Schwellenwerts sind **Leiharbeiter, die länger als drei Monate im Unternehmen eingesetzt sind**, zu berücksichtigen, obwohl sie nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Entleiher stehen.¹²²⁰

Der Betriebsrat hat dabei ein **Unterrichtungs- und Beratungsrecht** und kann darüber hinaus zum Ausgleich der Arbeitnehmerinteressen aufgrund eigener Initiative in Verhandlungen mit dem Unternehmer treten. Unterlässt der Arbeitgeber die gebotene Beratung mit dem Betriebsrat, haben Arbeitnehmer, die infolge der Betriebsänderung ihren

¹²¹⁶ LAG Hamm v. 16.8.2000 - 2 Sa 1859/00, BB 2000, 2472.

¹²¹⁷ BAG v. 22.1.1998 – 2 AZR 266/97, ZInsO 1998, 190.

¹²¹⁸ BAG v. 12.1.2000 - 7 ABR 61/98, ZInsO 2000, 464.

¹²¹⁹ Zur Ermittlung der regelmäßigen Belegschaftsstärke siehe BAG v. 10.12.1996 – 1 ABR 43/96; BB 1997, 1206 = ZIP 1997, 855, dazu EWiR 1997, 581 (Plander).

¹²²⁰ BAG v. 18.10.2011 – 1 AZR 335/10, ZIP 2012, 540; dazu EWiR 2012, 165 (Unger-Hellmich); Tschöpe, NJW 2012, 2161.

Arbeitsplatz verlieren, einen Anspruch auf eine Abfindung als **Nachteilsausgleich** (§ 113 Abs. 3 BetrVG).

Als **Betriebsänderungen** gelten nach §§ 111, 112a BetrVG insbesondere

- Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebes oder von wesentlichen Betriebsteilen
- Verlegung des ganzen Betriebes oder von wesentlichen Betriebsteilen
- Zusammenschluss mit anderen Betrieben oder die Spaltung von Betrieben
- grundlegende Änderung der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen
- Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren
- sog. Massenentlassungen in den Größenordnungen des § 112a BetrVG.

Die **teilweise Stilllegung eines Betriebs ist keine Spaltung** i.S.v. § 111 Satz 3 Nr. 3 BetrVG. Sofern die teilweise Stilllegung eines Betriebs also nicht einen wesentlichen Betriebsteil i.S.v. § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG betrifft oder einen anderen Tatbestand des § 111 Satz 3 Nr. 1 – 5 BetrVG erfüllt oder eine Massenentlassung i.S.v. § 112a BetrVG darstellt, erfordert sie auch keinen Interessenausgleich und keinen Sozialplan.¹²²¹ Allerdings liegt eine Spaltung des Betriebes i.S.v. § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG vor, wenn **mindestens zwei Einheiten entstehen**. In diesem Fall ist es **nicht erforderlich**, dass „**wesentliche**“ **Betriebsteile betroffen** sind.

Nach § 111 S.1 BetrVG müssen Arbeitgeber, die **in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmer** beschäftigen, vor einer Betriebsänderung, insbesondere einer Betriebsstilllegung, mit dem Betriebsrat über einen Interessenausgleich beraten. Für die regelmäßige Beschäftigtenzahl ist auf den Stilllegungsentschluss abzustellen. Entscheidend ist dabei nicht, wie viele Arbeitnehmer dem Unternehmen zu diesem Zeitpunkt zufällig angehören, sondern welche Beschäftigtenzahl zu diesem Zeitpunkt für das Unternehmen kennzeichnend ist.¹²²²

Zwar beziehen sich die Vorschriften der §§ 111 ff. BetrVG ihrem Wortlaut nach nur auf Betriebe mit in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmer, das BAG hat die Interessenausgleichspflicht aber auch angenommen, wenn eine geplante Betriebsänderung **mehrere betriebsverfassungsrechtliche Kleinbetriebe** eines größeren Unternehmens erfasst.¹²²³

¹²²¹ BAG v. 18.3.2008 – 1 ABR 77/06, NZA 2008, 957 = ZIP 2008, 1444; dazu EWiR 2008, 549 (Urban).

¹²²² BAG v. 16.11.2004 – 1 AZR 642/03, ZIP 2005, 500.

¹²²³ BAG v. 8.6.1999 – 1 AZR 831/98, ZIP 1999, 1898, dazu EWiR 2000, 113 (H. Otto) = DStR 1999, 1085 m. Anm. Eckert.

Aus der **Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats** für einen Interessenausgleich folgt nicht notwendig seine Zuständigkeit auch für den Abschluss eines **Sozialplans**. Vielmehr ist hierfür Voraussetzung, dass die Regelung des Ausgleichs oder der Abmilderung der durch die Betriebsänderung entstehenden Nachteile zwingend **unternehmenseinheitlich oder betriebsübergreifend** erfolgen muss.¹²²⁴

Ein **Personalabbau** kann eine Betriebsänderung i.S.v. § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG darstellen. Maßgebend sind die **Zahlen des § 17 Abs. 1 KSchG**; in größeren Betrieben müssen allerdings **mindestens 5% der Belegschaft** betroffen sein. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass der Personalabbau auf einer einheitlichen unternehmerischen Planung beruht. Maßgebender Anknüpfungspunkt für das Mitbestimmungsrecht ist die unternehmerische Entscheidung, aus der sich ergibt, wie viele Arbeitnehmer voraussichtlich insgesamt entlassen werden.¹²²⁵

Bei einem **stufenweisen Personalabbau** ist entscheidend, ob er auf einer **einheitlichen unternehmerischen Planung** beruht. § 112a Abs. 1 BetrVG schränkt die Sozialplanpflicht in Fällen des Personalabbaus ein. Die Vorschrift ist auch anwendbar, wenn zu dem Personalabbau weitere Maßnahmen des Arbeitgebers hinzukommen. Unanwendbar ist sie erst, wenn die sonstigen Maßnahmen allein oder zusammen mit dem Personalabbau eine Betriebsänderung i.S.v. § 111 BetrVG darstellen. Dann ist nach § 112 Abs. 4 BetrVG ein Sozialplan erzwingbar.¹²²⁶

In **Kleinbetrieben** mit bis zu 20 Arbeitnehmern müssen für eine Betriebsänderung i.S.v. § 111 BetrVG durch alleinigen Personalabbau **mindestens sechs Arbeitnehmer** betroffen sein.¹²²⁷

Ein Anspruch des Betriebsrats auf **Unterlassung von Kündigungen** besteht auch nicht zur **Sicherung des Verhandlungs- und Beratungsanspruchs** vor geplanten Betriebsänderungen. Es ist Sache des Gesetzgebers, einen derart weitreichend in die unternehmerische Freiheit eingreifenden Anspruch einzuführen. Auch Art. 8 der Richtlinie

¹²²⁴ BAG v. 3.5.2006 – 1 ABR 15/05, BB 2006, 2250.

¹²²⁵ Zur Berechnung der Zahl der maßgeblichen Arbeitnehmer in einem gemeinsamen Betrieb siehe BAG v. 11.11.1997 - 1 ABR 6/97, ZIP 1998, 1320, dazu EWiR 1998, 919 (Däubler); zur Sozialauswahl bei einem erst später gewählten Betriebsrat ArbG Reutlingen v. 29.10.1998 – 3 (1) BV 7/98, EzA § 112 BetrVG 1972 Nr. 100

¹²²⁶ BAG v. 22.5.1979 - 1 ABR 17/77, BAGE 32, 14; BAG v. 10.12.1996 - 1 AZR 290/96, AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 32 = EzA BetrVG 1972 § 111 Nr. 34; BAG v. 8.6.1999 - 1 AZR 696/98; BAG v. 22.1.2004 - 2 AZR 111/02, AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11; BAG v. 28.3.2006 – 1 ABR 5/05, BB 2006, 2084 = ZIP 2006, 1460; dazu EWiR 2006, 583 (Oetker).

¹²²⁷ BAG v. 9.11.2010 – 1 AZR 708/09, ZIP 2011, 730; dazu EWiR 2011, 269 (Joost).

2002/14/EG verlangt einen solchen Anspruch nicht.¹²²⁸ Ein **Verfügungsanspruch** des Betriebsrats auf **Unterlassung** einer unter Umständen als **Betriebsänderung** anzusehenden Maßnahme vor Aufnahme von Verhandlungen über einen Interessenausgleich oder auf Einhaltung eines Interessenausgleichs bei einer Betriebsänderung besteht nach wohl herrschender Meinung nicht.¹²²⁹ Für eine **einstweilige Verfügung** auf Unterlassung einer unter Umständen als Betriebsänderung anzusehenden Maßnahme vor Aufnahme von Verhandlungen über einen Interessenausgleich fehlt es darüber hinaus regelmäßig an einem Verfügungsgrund.¹²³⁰

Das LAG Berlin-Brandenburg sieht dies anders:¹²³¹

Ein Betriebsrat kann im Fall einer Betriebsänderung zur Sicherung seines Verhandlungsanspruchs für den Interessenausgleich einen Anspruch auf Unterlassung von Maßnahmen haben, die auf die Durchführung der Betriebsänderung gerichtet sind. Durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung können allerdings nur solche Maßnahmen des Arbeitgebers untersagt werden, die den Verhandlungsanspruch des Betriebsrats rechtlich oder faktisch in Frage stellen. Denn der Unterlassungsanspruch dient allein der Sicherung des Verhandlungsanspruchs und besteht nicht losgelöst hiervon. Ein solcher Anspruch könne, so das LAG, gegebenenfalls nur auf die Unterlassung von **Maßnahmen** gerichtet sein, **die rechtlich oder faktisch nicht mehr umkehrbar** seien und damit den Verhandlungsanspruch des Betriebsrates gefährdeten.

Hat der Betriebsrat vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers nach § 111 Abs. 1 Satz 2 BetrVG oder nach § 80 Abs. 3 BetrVG einen **Rechtsanwalt als Berater oder Sachverständigen** hinzugezogen und dauerte dessen Tätigkeit bis nach der Insolvenzeröffnung an, sind die **Honoraransprüche** für die bis zur Insolvenzeröffnung erbrachten Beratungsleistungen keine Masseverbindlichkeiten, sondern Insolvenzforderungen.¹²³²

¹²²⁸ LAG Köln v. 27.5.2009 - 2 TaBVGa 7/09, ZInsO 2010, 591 m.w.N.; wie hier z.B. LAG Nürnberg v. 9.3.2009 - 6 TaBVGa 2/09; LAG Rheinland-Pfalz v. 30.3.2006- 11 TaBV 53/05; LAG Köln v. 30.3.2006 - 2 Ta 145/06; LAG Köln v. 1.9.1995 – 13 Ta 221/95, DB 1995, 2115; LAG Köln v. 30.4.2004 – 5 Ta 1667/04 , NZA-RR 2005, 199; LAG Düsseldorf v. 14.12.2005 - 12 TaBV 60/05; LAG München v. 8.6.2005 - 5 TaBV 46/05; LAG Sachsen-Anhalt v. 30.11.2004 - 11 TaBV 18/04; LAG Rheinland-Pfalz v. 24.11.2004 - 9 TaBV 29/04; a.A. etwa LAG München v. 22.12.2008 - 6 TaBVGa 6/08; LAG Hamm v. 21.8.2008 - 13 TaBVGa 16/08; LAG Hamm v. 30.7.2007 - 10 TaBVGa 17/07; LAG Hessen v. 27.06.2007 - 4 TaBVGa 137/07, allerdings nur zeitlich befristet; LAG Niedersachsen v. 4.5.2007 - 17 TaBVGa 57/07; einschränkend LAG Berlin-Brandenburg v. 19.6.2014 – 7 TaBVGa 1219/14; verneinend auch für europäische Betriebsräte: LAG Köln v. 8.9.2011 – 13 Ta 267/11, ZIP 2011, 2121.

¹²²⁹ Willemsen/Schweibert, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 3. Aufl. 2008, Rn. C 307 m.w.N.

¹²³⁰ LAG Köln v. 30.4.2004 – 5 Ta 166/04, ZIP 2004, 2155; a.A. LAG Thüringen v. 26.9.2000 – 1 TaBV 14/00, LAGE § 111 BetrVG 1972 Nr. 17 Unterlassungsanspruch; LAG Thüringen v. 18.8.2003 – 1 TaBV 104/03, ZIP 2004, 1118; LAG Hamm v. 30.7.2007 – 10 TaBVGa 17/07, BB 2008, 171 m. Anm. Lemke; siehe auch schon BAG v. 28.7.1991 – 7 ABR 72/90, ZIP 1992, 950, dazu EWIR 1992, 15 (Däubler).

¹²³¹ LAG Berlin-Brandenburg v. 19.6.2014 - 7 TaBVGa 1219/14.

¹²³² BAG v. 9.12.2009 – 7 ABR 90/07, NZA 2010, 461 = ZIP 2010, 588; dazu EWIR 2010, 543 (Tintelnot/Graj).

2. Interessenausgleich und Sozialplan

Ebenso wie der Arbeitgeber ist der Insolvenzverwalter bei geplanten Betriebsänderungen verpflichtet, den Betriebsrat nach § 111 BetrVG zu unterrichten und zu versuchen, einen **Interessenausgleich** nach § 112 Abs. 2 BetrVG aufzustellen¹²³³. Dieser umfasst die Entscheidung, ob und zu welchem Zeitpunkt, in welchem Umfang und in welcher Form die Betriebsänderung durchzuführen ist. Dabei sollen zum einen die Interessen des Unternehmens an der Durchführung der Betriebsänderung und zum anderen die Interessen der Belegschaft an der Vermeidung von wesentlichen Nachteilen hinreichend berücksichtigt und verbindlich geregelt werden. Auch in der Insolvenz sind weder im Verfahren nach §§ 111 ff. BetrVG noch nach § 122 InsO die Informationspflichten gegenüber dem Betriebsrat eingeschränkt.¹²³⁴

Der **Sozialplan** nach § 112 BetrVG regelt die sozialen Auswirkungen der geplanten Betriebsänderung. Damit soll ein Ausgleich bzw. eine Milderung der wirtschaftlichen Nachteile der Arbeitnehmer erreicht werden. Die bloße Verringerung der Haftungsmasse im Rahmen der Abspaltung oder Ausgliederung eines Betriebs oder Betriebsteils auf ein anderes Unternehmen gehört aber nicht zu den ausgleichspflichtigen Nachteilen im Rahmen eines Sozialplans¹²³⁵.

Anders als beim Interessenausgleich hat der Betriebsrat bei der Aufstellung eines Sozialplans ein **erzwingbares Mitbestimmungsrecht**. Dieses Recht kann er nämlich gegebenenfalls durch eine Entscheidung der **Einigungsstelle** gem. § 112 Abs. 4 BetrVG durchsetzen. Der Interessenausgleich kann dagegen nur freiwillig zustande kommen.

3. Nachteilsausgleich

Der Unternehmer kann eine **Betriebsänderung** sanktionslos erst **durchführen**, wenn alle in § 112 Abs. 2 BetrVG vorgesehene Verfahrensschritte durchlaufen sind. Er muss, falls keine Einigung mit dem Betriebsrat möglich ist, zur Vermeidung von Nachteilsausgleichsansprüchen (§ 113 Abs. 3 BetrVG) im Zweifel selbst die **Einigungsstelle** anrufen, um dort einen Interessenausgleich zu versuchen. Eine **mündliche Absprache** mit dem Betriebsrat reicht dabei zur Vermeidung einer Pflicht zum Nachteilsausgleich nicht aus.¹²³⁶

¹²³³ Vgl. Willemsen/Tiesler, Interessenausgleich und Sozialplan in der Insolvenz, Köln 1995, Rn. 29; Schaub, Personalanpassung und Personalabbau, Rn. 458 ff.; Freckmann, DStR 2007, 1842.

¹²³⁴ ArbG Berlin v. 26.3.1998 – 5 BV 5735/98, DZWIR 1999, 242.; siehe auch Müller, DZWIR 1999, 221 ff.

¹²³⁵ BAG v. 10.12.1996 - 1 ABR 32/96, ZIP 1997, 1388, dazu EWiR 1997, 773 (Plander).

¹²³⁶ BAG v. 26.10.2004 – 1 AZR 493/03, BB 2005, 559 = ZInsO 2005.

Verhandelt jedoch der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich nicht oder weicht er von einem getroffenen Interessenausgleich ab, können die betroffenen Arbeitnehmer Ansprüche auf **Nachteilsausgleich gemäß § 113 Abs. 3 BetrVG** geltend machen.¹²³⁷ Der Anspruch auf Nachteilsausgleich verfolgt das Ziel, ein bestimmtes betriebsverfassungswidriges Verhalten des Arbeitgebers durch Kostenbelastung zu sanktionieren. Der damit verfolgte Sanktionszweck gebietet es, die Berechnung der festzusetzenden Abfindung nicht nach den Kriterien durchzuführen, die für Sozialplanleistungen gelten. Maßgebend ist vielmehr aufgrund der gesetzlichen Verweisung in § 113 Abs. 1 BetrVG allein § 10 KSchG.¹²³⁸

Für einen Anspruch auf Nachteilsausgleich aus § 113 Abs. 3 BetrVG ist der **objektive Verstoß** des Arbeitgebers gegen seine Pflichten aus § 111 BetrVG ausreichend, auf ein Verschulden kommt es nicht an. Der Nachteilsausgleichsanspruch **entsteht**, sobald der Unternehmer **mit der geplanten Betriebsänderung beginnt**, ohne dass er bis dahin einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht hätte.¹²³⁹

Der Unternehmer beginnt mit der Durchführung einer Betriebsänderung in Form einer Betriebsstilllegung, wenn er **unumkehrbare Maßnahmen zur Auflösung der Betriebsorganisation** ergreift. Dies ist weder bei einer Einstellung der Produktion noch bei einer Freistellung der Arbeitnehmer der Fall.¹²⁴⁰

Ein Nachteilsausgleich gemäß § 113 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 BetrVG setzt voraus, dass der Arbeitgeber eine geplante **Betriebsänderung** nach § 111 BetrVG **durchführt**, ohne über sie einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht zu haben. Die Unterrichts- und Beratungspflicht des § 111 Satz 1 BetrVG knüpft an **greifbare Planungen** über eine Betriebsänderung an und setzt eine hinreichend bestimmte, in Einzelheiten bereits absehbare Maßnahme voraus, deren Durchführung der Unternehmer konkret anstrebt. Eine Betriebsänderung in Form der **Stilllegung** besteht in der Aufgabe des Betriebszwecks unter gleichzeitiger Auflösung der Betriebsorganisation für unbestimmte, nicht nur vorübergehende Zeit. Ihre Umsetzung erfolgt, sobald der Unternehmer **unumkehrbare Maßnahmen zur Auflösung der betrieblichen Organisation** ergreift und damit vollendete Tatsachen schafft. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn er die bestehenden Arbeitsverhältnisse zum Zwecke der Betriebsstilllegung kündigt. Die Unterrichts- und Beratungspflicht über eine

¹²³⁷ Zum Beginn der Nachteilsausgleichspflicht BAG v. 19.1.1999 - 1 AZR 342/98, BB 2000, 47 = ZInsO 1999, 544, dazu EWiR 1999, 727 (Ehrich).

¹²³⁸ Zum Beginn der Nachteilsausgleichspflicht BAG v. 10.12.1996 – 1 ABR 290/96, AP Nr. 32 zu § 113 BetrVG 1972; BAG v. 19.1.1999 – 1 AZR 342/98, BB 2000, 47 = ZInsO 1999, 544, dazu EWiR 1999, 727 (Ehrich).

¹²³⁹ BAG v. 23.9.2003 – 1 AZR 576/02, AP Nr. 43 zu § 113 BetrVG 1972 = ArbRB 2004, 104 (Lunk) = NZA 2004, 440 = ZInsO 2004, 352 = ZIP 2004, 627, dazu EWiR 2004, 895 (Joost).

¹²⁴⁰ BAG v. 14.4.2015 – 1 AZR 794/13, ZIP 2015, 1406.

betriebsbezogene Betriebsänderung besteht gegenüber dem örtlichen, unmittelbar durch die Arbeitnehmer legitimierten Betriebsrat.¹²⁴¹

Nach § 113 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 BetrVG kann ein Arbeitnehmer vom Unternehmer die Zahlung einer Abfindung verlangen, wenn der Unternehmer eine geplante Betriebsänderung nach § 111 BetrVG durchführt, ohne über sie einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht zu haben, und infolge der Maßnahme Arbeitnehmer entlassen werden oder andere wirtschaftliche Nachteile erleiden. Die **Unterrichtungs- und Beratungspflicht** des § 111 Satz 1 BetrVG knüpft an greifbare Planungen über eine Betriebsänderung an und setzt eine hinreichend bestimmte, in Einzelheiten bereits absehbare Maßnahme voraus, deren Durchführung der Unternehmer konkret anstrebt. Die Unterrichtungs- und Beratungspflicht über eine betriebsbezogene Betriebsänderung besteht **gegenüber dem örtlichen Betriebsrat**. Für eine **betriebsübergreifende Betriebsänderung** ist der **Gesamtbetriebsrat** zuständig. Ob eine originäre Zuständigkeit des **Konzernbetriebsrats** nach § 58 Abs. 1 Satz 1 BetrVG im Zusammenhang mit einer Betriebsänderung in Form einer Betriebsschließung eröffnet sein kann, bleibt offen. Eine Betriebsänderung in Form der **Stilllegung** besteht in der Aufgabe des Betriebszwecks unter gleichzeitiger Auflösung der Betriebsorganisation für unbestimmte, nicht nur vorübergehende Zeit. Ihre Umsetzung erfolgt, sobald der Unternehmer **unumkehrbare Maßnahmen zur Auflösung der betrieblichen Organisation** ergreift.¹²⁴²

Die Pflichten zum Versuch eines Interessenausgleichs und ggf. zum Nachteilsausgleich richten sich an den **Rechtsträger des Betriebs**. Eine generelle Zurechnung von Maßnahmen anderer Unternehmen kommt auch bei **konzernangehörigen Unternehmen** nicht in Betracht.¹²⁴³

Mit diesem Nachteilsausgleich nach § 113 Abs. 3 BetrVG (Anspruch der betroffenen Arbeitnehmer auf Ausgleich der ihnen entstehenden wirtschaftlichen Nachteile) sind **Ansprüche aus einem später vereinbarten Sozialplan** nach §§ 112, 112a BetrVG **zu verrechnen**. Das gilt jedenfalls dann, wenn das Unternehmen vor Beginn der Betriebsänderung den Konsultationspflichten der EG-Massentlassungsrichtlinie genügt hat.¹²⁴⁴

¹²⁴¹ BAG v. 18.7.2017 – 1 AZR 546/15, ZIP 2017, 2221.

¹²⁴² BAG v. 18.7.2017 – 1 AZR 546/15, NZA 2017, 1618.

¹²⁴³ BAG v. 14.4.2015 – 1 AZR 794/13, ZIP 2015, 1406 = ZInsO 2015, 1695; dazu EWIR 2015, 587 (Stütze).

¹²⁴⁴ BAG v. 16.5.2007 – 8 AZR 693/06, NZA 2007, 1296 = BB 2008, 53 m. Anm. Grau.

Abfindungen aufgrund eines Sozialplans und aufgrund eines gesetzlichen Nachteilsausgleichs sind - im Wege der **Erfüllungswirkung** gemäß § 362 Abs. 1 BGB - verrechenbar.¹²⁴⁵

Der Arbeitnehmer kann auf einen bereits bestehenden Nachteilsausgleichsanspruch auch ohne Zustimmung des Betriebsrats **wirksam verzichten** (§ 397 Abs. 2 BGB). Der Nachteilsausgleichsanspruch ist als Anspruch „aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ anzusehen, der von einer entsprechenden Ausgleichsklausel im Aufhebungsvertrag erfasst wird. § 113 BetrVG enthält nämlich – anders als § 112 Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 77 Abs. 4 S. 2 BetrVG für Sozialplanansprüche – keine ausdrückliche Anordnung der Unverzichtbarkeit von Nachteilsausgleichsansprüchen. Eine analoge Anwendung dieser Vorschriften auf die Ansprüche aus § 113 Abs. 3 BetrVG scheidet aus. Die Unverzichtbarkeit von Nachteilsausgleichsansprüchen ist weder vom Normzweck des § 113 Abs. 3 BetrVG her geboten, noch steht der Wirksamkeit eines Verzichts auf Nachteilsausgleichsansprüche Art. 2 RL 75/129/EWG, der Massenentlassungsrichtlinie v. 17.02.1975 nicht entgegen.¹²⁴⁶

Besonderheiten gelten hier in der **Insolvenz** nur bedingt:

§ 122 Abs. 1 InsO zeigt, dass der **Insolvenzverwalter** nur **mit arbeitsgerichtlicher Zustimmung** von der Verpflichtung befreit werden kann, einen Interessenausgleich nach § 112 Abs. 2 BetrVG zu versuchen. Für **massearme Verfahren** ist dabei keine Ausnahme vorgesehen. Ohne gerichtlichen Beschluss steht den von der Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmern somit grundsätzlich ein Anspruch auf Nachteilsausgleich auch im massearmen Insolvenzverfahren zu.

Gemäß **§ 113 Abs. 3 iVm. Abs. 1 BetrVG** kann ein Arbeitnehmer vom Unternehmer die Zahlung einer Abfindung verlangen, wenn der Unternehmer eine geplante Betriebsänderung nach § 111 BetrVG durchführt, ohne über sie einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht zu haben, und infolge der Maßnahme Arbeitnehmer entlassen werden oder andere wirtschaftliche Nachteile erleiden.¹²⁴⁷ Die Vorschrift gilt - wie überhaupt die Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes über Interessenausgleich, Sozialplan und Nachteilsausgleich bei Betriebsänderungen - auch im Insolvenzverfahren und **sanktioniert das objektiv betriebsverfassungswidrige Verhalten eines Verwalters**, wenn dieser eine nach § 111

¹²⁴⁵ BAG v. 12.2.2019 – 1 AZR 279/17, ZIP 2019, 833; dazu EWiR 2019, 381 (Schubert/Schmidt); NJW-Spezial 2019, 339.

¹²⁴⁶ BAG v. 23.9.2003 – 1 AZR 576/02, AP Nr. 43 zu § 113 BetrVG 1972 = ArbRB 2004, 104 (Lunk) = NZA 2004, 440 = ZInsO 2004, 352 = ZIP 2004, 627, dazu EWiR 2004, 895 (Joost).

¹²⁴⁷ BAG v. 18.7.2017 - 1 AZR 546/15, NZA 2018, 1618.

BetrVG geplante Betriebsänderung durchführt, ohne über sie einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht zu haben.¹²⁴⁸

Aus der Inbezugnahme von § 10 Abs. 2 KSchG in § 113 Abs. 1 BetrVG ergibt sich, dass bei der vom Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen festzusetzenden Höhe des Nachteilsausgleichs auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit und das Alter des Arbeitnehmer besonderes Gewicht zu legen ist. Bei der **Festsetzung der Abfindungshöhe** ist zwar auch die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers angemessen zu berücksichtigen, ohne dass das **Gericht** im Rahmen des Nachteilsausgleichs an die weitergehenden Vorgaben des § 112 Abs. 5 BetrVG oder an die für Sozialpläne in der Insolvenz geltenden Regelung in § 123 InsO gebunden ist.

Jedoch kann eine pflichtgemäße Ermessensausübung es erfordern, dass bei einem massearmen Insolvenzverfahren auf den **Rechtsgedanken des § 123 InsO** zurückgegriffen wird. Denn bei der Ermittlung der Höhe eines Anspruches auf Nachteilsausgleich gegen den Insolvenzverwalter sind auch die Interessen der übrigen am Insolvenzverfahren beteiligten Gläubiger einzubeziehen.¹²⁴⁹ Die Regelungen des § 123 Abs. 2 und 3 InsO gelten aber nach anderer Auffassung nur für Sozialplanansprüche und können auch **nicht analog** auf die Nachteilsausgleichsansprüche angewendet werden.¹²⁵⁰

Für die Nachteilsausgleichsansprüche auch in der Insolvenz sind daher gem. § 113 Abs. 3 S. 1 i.V.m. Abs. 1 Hs. 2 BetrVG und § 10 Abs. 1 und 2 KSchG

- bis zu 12 bzw. 15 bzw. 18 Monatsverdienste anzusetzen,
- und zwar unter Anrechnung von Sozialplanansprüchen,

aber ohne die Beschränkung des Gesamtbetrages auf ein Drittel der Insolvenzmasse und ohne anteilige Kürzung der einzelnen Forderungen.

Bei der Abgrenzung von Insolvenzforderungen (§ 38 InsO) zu Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 1 InsO) ist die **Insolvenzeröffnung der entscheidende Stichtag**. Bei Nachteilsausgleichsansprüchen ist daher darauf abzustellen, ob mit der Durchführung einer **Betriebsänderung** der spätere Insolvenzschuldner *vor* Insolvenzeröffnung – dann: Insolvenzforderung – oder der endgültige Insolvenzverwalter *nach* Verfahrenseröffnung – dann: Masseverbindlichkeit – **begonnen** hat.¹²⁵¹ Dem letzteren Fall steht es gleich, wenn der

¹²⁴⁸ BAG v. 22.7. 2003 - 1 AZR 541/02, BAGE 107, 91; BAG v. 27.4.2006 - 6 AZR 364/05, BAGE 118, 115; BAG v. 18.11.2003 - 1 AZR 30/03, BAGE 108, 294.

¹²⁴⁹ LAG Niedersachsen v. 12.8.2002 – 5 Sa 534/02, LAGE § 122 InsO Nr. 1 (Oetker) = ZInsO 2004, 572.

¹²⁵⁰ LAG Hamm v. 26.8.2004 – 4 Sa 1853/03, EzA-SD 2004, Nr. 24 S. 14.

¹²⁵¹ LAG Hamm v. 26.8.2004 – 4 Sa 1853/03, EzA-SD 2004, Nr. 24 S. 14.

"starke" vorläufige Insolvenzverwalter nach seiner Bestellung mit der Durchführung einer Betriebsänderung vor Durchführung der Interessenausgleichsverhandlung beginnt.

Der Anspruch auf Nachteilsausgleich ist als **Insolvenzforderung** zu berichtigen, wenn unabhängig vom Verhalten des Insolvenzverwalters die **Betriebsstilllegung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begonnen** wurde und der Versuch eines vorherigen Interessenausgleichs unterblieben ist.¹²⁵² Er ist eine **Masseverbindlichkeit** nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO, wenn eine geplante **Betriebsänderung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durchgeführt** wird.¹²⁵³ Aus welchen Handlungen des Verwalters Verbindlichkeiten folgen, ist nicht in § 55 InsO geregelt, sondern ergibt sich aus anderen Vorschriften. Gemäß § 113 BetrVG begründet das **betriebsverfassungswidrige Verhalten des Insolvenzverwalters** einen Anspruch auf Nachteilsausgleich, wenn der Verwalter nach Verfahrenseröffnung von einem Interessenausgleich über die geplante Betriebsänderung ohne zwingenden Grund abweicht (§ 113 Abs. 1 BetrVG) oder eine nach § 111 BetrVG geplante Betriebsänderung durchführt, ohne über sie einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht zu haben (§ 113 Abs. 3 BetrVG). In diesen Fällen löst auch kein Unterlassen, sondern die betriebsverfassungswidrige Handlung des Verwalters die Masseschuld aus. Ebenso spricht der Verweis der Revision auf § 122 InsO nicht gegen, sondern für einen Nachteilsausgleichsanspruch, wenn der Insolvenzverwalter eine geplante Betriebsänderung ohne den nach § 111 Satz 1 BetrVG gebotenen Versuch eines Interessenausgleichs durchführt.¹²⁵⁴

Eine **die betriebliche Tätigkeit untersagende ordnungsbehördliche Maßnahme** oder der **Wegfall einer rechtlichen Betriebszulassungsvoraussetzung** lösen für sich gesehen die Unterrichts- und Beratungspflicht nach § 111 Satz 1 BetrVG ebenso wenig aus wie tatsächliche, eine Einstellung der betrieblichen Tätigkeit bedingende äußere Zwänge (Brand, Bodenkontaminierung oder ähnliche Vorkommnisse). Solche Umstände rechtlicher oder tatsächlicher Art sind allenfalls der Anlass für eine Betriebsänderung, nicht die Betriebsänderung „an sich“ oder der Beginn ihrer Durchführung.¹²⁵⁵

Vor Durchführung einer Betriebsänderung muss der Unternehmer im Zusammenhang mit einem Interessenausgleichsversuch grundsätzlich die **Einigungsstelle anrufen**. Das folgt aus dem Schutzzweck des § 113 Abs. 3 BetrVG.¹²⁵⁶ Die Vorschrift schützt das Interesse der von einer Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer mittelbar durch die Sicherung des

¹²⁵² BAG v. 4.12.2002 - 10 AZR 16/02, BAGE 104, 94.

¹²⁵³ BAG v. 22.7.2003 - 1 AZR 541/02, BAGE 107, 91.

¹²⁵⁴ BAG v. 7.11.2017 - 1 AZR 186/16, NZA 2018, 464 = NZI 2018, 279; dazu EWiR 2018, 349 (Klasen); BAG v. 22.7.2003 - 1 AZR 541/02, BAGE 107, 91.

¹²⁵⁵ BAG v. 7.11.2017 - 1 AZR 186/16, NZA 2018, 464 = NZI 2018, 279 = ZIP 2018, 848.

¹²⁵⁶ BAG v. 18.12.1984 - 1 AZR 176/82, BAGE 47, 329.

Verhandlungsanspruchs des Betriebsrats. Dieser umfasst nach § 112 Abs. 2 BetrVG auch die Durchführung eines Einigungsstellenverfahrens.¹²⁵⁷ Ob die Anrufung der Einigungsstelle ggf. dann unterbleiben kann, wenn die Betriebsparteien einvernehmlich hiervon Abstand nehmen und der Betriebsrat eindeutig ausdrückt, seinen Informations- und Beratungsanspruch des § 111 Satz 1 BetrVG auch ohne Durchführung des Verfahrens nach § 112 Abs. 2 BetrVG als erfüllt anzusehen, muss der Senat nicht entscheiden.¹²⁵⁸

Im Insolvenzfall gilt nichts anderes.¹²⁵⁹ Ein Verwalter kann sich im Rahmen eines eröffneten Insolvenzverfahrens selbst dann nicht darauf berufen, der - ausreichend zu unternehmende - Versuch eines Interessenausgleichs sei entbehrlich, wenn es zu einer Betriebsstilllegung keine sinnvolle Alternative gibt.¹²⁶⁰ Nach der am 1. Januar 1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung hat er in jedem Fall den Betriebsrat an seiner Entscheidung über die Betriebsänderung zu beteiligen und mit ihm einen hinreichenden Interessenausgleich unter Einschluss des nach § 112 Abs. 2 BetrVG vorgesehenen Verfahrens zu versuchen.¹²⁶¹ Von Letzterem ist der Verwalter nur im Fall einer gerichtlichen Zustimmung zur Durchführung der Betriebsänderung nach § 122 InsO befreit.

Gemäß § 113 Abs. 3 und Abs. 1 Halbs. 2 BetrVG iVm. § 10 KSchG hat die **Bemessung der Abfindungshöhe** unter Berücksichtigung des Lebensalters und der Betriebszugehörigkeit zu erfolgen. Bei der **Ermessensentscheidung** sind die Arbeitsmarktchancen und das Ausmaß des betriebsverfassungswidrigen Verhaltens zu beachten.¹²⁶² Der **Sanktionscharakter** der Abfindung führt dazu, dass der Abfindungsanspruch nicht von der finanziellen Leistungsfähigkeit oder individuellen Leistungsbereitschaft des Arbeitgebers abhängt.¹²⁶³ Das **gilt auch in der Insolvenz**.¹²⁶⁴ Die Bemessung der Abfindung im Rahmen des § 113 Abs. 1 BetrVG steht grundsätzlich im **Beurteilungsspielraum des Tatsachenrichters**.¹²⁶⁵ Seine Entscheidung unterliegt der Überprüfung durch das Revisionsgericht nur daraufhin, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und nicht gegen Rechtsvorschriften oder Denkgesetze verstoßen hat.¹²⁶⁶

Der Ansatz einer an § 1a Abs. 2 Satz 1 KSchG orientierten Höhe der Abfindung von 0,5 Monatsverdiensten für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses ist

¹²⁵⁷ BAG v. 20.11.2001 - 1 AZR 97/01, BAGE 99, 377.

¹²⁵⁸ BAG v. 7.11.2017 – 1 AZR 186/16, NZI 2018, 279; BAG v. 22.7. 2003 - 1 AZR 541/02, BAGE 107, 91.

¹²⁵⁹ BAG v. 7.11.2017 – 1 AZR 186/16, NZI 2018, 279.

¹²⁶⁰ BAG v. 18.11.2003 - 1 AZR 30/03, BAGE 108, 294.

¹²⁶¹ BAG v. 22.7.2003 - 1 AZR 541/02, BAGE 107, 91.

¹²⁶² BAG v. 18.10.2011 - 1 AZR 335/10, BAGE 139, 342.

¹²⁶³ BAG v. 20.11.2001 - 1 AZR 97/01, BAGE 99, 377.

¹²⁶⁴ BAG v. 7.11.2017 – 1 AZR 186/16, NZI 2018, 279.

¹²⁶⁵ BAG v. 7.11.2017 – 1 AZR 186/16, NZI 2018, 279; BAG v. 14.9.1976 - 1 AZR 784/75, NJW 1977, 787.

¹²⁶⁶ BAG v. 7.11.2017 – 1 AZR 186/16, NZI 2018, 279; BAG v. 10.12.1996 - 1 AZR 290/96, NZA 1997, 787.

revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die in § 1a Abs. 2 KSchG festgelegte Höhe des gesetzlichen Abfindungsanspruchs nach § 1a Abs. 1 KSchG kann wegen der hierin ausgedrückten gesetzgeberischen Wertung als Berechnungsgrundlage beim Nachteilsausgleich nach § 113 Abs. 1 bis 3 BetrVG herangezogen werden. Auch der 1. Senat des BAG ist in der Vergangenheit von einem Regelwert von einem halben Bruttomonatsgehalt pro Beschäftigungsjahr ausgegangen.¹²⁶⁷

Im Falle der **Masseunzulänglichkeit** sind die **Nachteilsausgleichsansprüche** Altmasseverbindlichkeit i.S.v. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO, wenn der Insolvenzverwalter die interessenausgleichspflichtigen Kündigungen bereits **vor der Anzeige der Masseunzulänglichkeit** ausgesprochen hat; sie sind Neumasseverbindlichkeiten i.S.v. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO, wenn er dies danach getan hat.¹²⁶⁸

Das BAG hat zum Nachteilsausgleich bei Betriebsstilllegung **nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit** durch einen Insolvenzverwalter entschieden:¹²⁶⁹

*„Begründet ein Insolvenzverwalter nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch betriebsverfassungswidriges Verhalten Ansprüche auf Nachteilsausgleich nach § 113 Abs. 3 BetrVG, handelt es sich um **Neumasseverbindlichkeiten** i.S.v. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Sie können regelmäßig im Wege der Leistungsklage verfolgt werden. Ein Arbeitgeber bzw. Insolvenzverwalter beginnt durch die widerrufliche Freistellung der Arbeitnehmer noch nicht mit der Durchführung einer beabsichtigten Betriebsstilllegung.“*

Bezifferte Schadensersatzansprüche gegen den Insolvenzverwalter, der Masseunzulänglichkeit angezeigt hat, können erst nach Abschluss des Insolvenzverfahrens durchgesetzt werden, weil erst da feststeht, ob und in welcher Höhe ein Schaden durch Forderungsausfall entstanden ist.¹²⁷⁰

Die **Abweichung vom Interessenausgleich** (§ 113 Abs. 1 BetrVG) ist von der **Planung einer vollständig neuen Betriebsänderung** (§ 113 Abs. 3 BetrVG) zu unterscheiden. Schließt der Insolvenzverwalter zunächst einen auf Fortführung des Betriebes mit reduzierter Belegschaft ausgerichteten Interessenausgleich, liegt eine neue Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG vor, wenn er sich später entschließt, den Betrieb insgesamt stillzulegen. In diesem Fall werden sämtliche Beteiligungsrechte des Betriebsrats neu ausgelöst.

¹²⁶⁷ BAG v. 7.11.2017 – 1 AZR 186/16, NZI 2018, 279; BAG v. 18.10.2011 - 1 AZR 336/10.

¹²⁶⁸ LAG Hamm v. 26.8.2004 – 4 Sa 1853/03, EzA-SD 2004, Nr. 24 S. 14.

¹²⁶⁹ BAG v. 30.5.2006 - 1 AZR 25/05, BB 2006, 1745 = NZI 2007, 126 = ZIP 2006, 1510; so zuvor auch schon LAG Berlin v. 12.11.2004 – 2 Sa 1863/04, ZInsO 2005, 1061.

¹²⁷⁰ LAG Baden-Württemberg v. 22.7.2004 – 11 Sa 106/03, LAGE § 113 BetrVG 2001 Nr. 1.

4. Problem der nachträglichen Betriebsratwahl

a) Wahl des Betriebsrates nach Insolvenzeröffnung

Gerade in Krisen- und Insolvenzsituationen, die mit Kündigungs- oder Betriebsänderungsmaßnahmen verbunden sind, wird von der Arbeitnehmerschaft häufig erstmals eine Betriebsratwahl initiiert, insbesondere um noch in den Genuss von Sozialplanleistungen zu kommen. Ob ein erst nach dem Betriebsänderungs- oder Stilllegungsbeschluss gewählter Betriebsrat noch den Abschluss einer (Interessenausgleichs- und) Sozialplanvereinbarung verlangen kann, ist streitig.¹²⁷¹

Die Verpflichtung des Insolvenzverwalters, den Betriebsrat über eine geplante Betriebsänderung zu unterrichten, diese mit ihm zu beraten und den Versuch eines Interessenausgleichs zu unternehmen, besteht jedoch auch dann, wenn der Betriebsrat erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gewählt wurde.¹²⁷²

b) Betriebsratanhörung

Entsprechendes gilt für die Frage, ab welchem Zeitpunkt ein Betriebsrat nach § 102 BetrVG vor Ausspruch einer Kündigung angehört werden muss. Das **LAG Hamm**¹²⁷³ vertritt dazu die Auffassung, dass dies **erst bei voller Handlungsfähigkeit** des Betriebsrates nach wirksamer Konstituierung gemäß §§ 26, 29 BetrVG der Fall sei, nämlich wenn

- eine wirksame, zumindest aber nicht nichtige Betriebsratwahl stattgefunden habe, und
- nach endgültiger Feststellung der gewählten Betriebsratmitglieder durch den Wahlvorstand
- im Rahmen einer vom Wahlvorstand einberufenen Betriebsratsitzung die Wahl des Vorsitzenden und seines Stellvertreters erfolgt sei und damit die Amtsausübungsbefugnis beginne.

Dabei soll auch nicht etwa eine Pflicht des Arbeitgebers bzw. des Insolvenzverwalters bestehen, bis dahin mit den Kündigungsmaßnahmen zu warten¹²⁷⁴.

II. Interessenausgleich

Der Interessenausgleich nach § 112 BetrVG regelt die Frage, ob und zu welchem **Zeitpunkt**, in welchem **Umfang** und in welcher **Form** eine geplante Betriebsänderung durchgeführt werden soll. Dabei werden zum einen die Interessen des Unternehmens an der

¹²⁷¹ Verneinend BAG v. 28.4.1984 – 1 ABR 3/80, AP Nr. 15 zu § 112 BetrVG und BAG v. 28.10.1992 – 10 ABR 75/91, AP Nr. 63 zu § 112 BetrVG; bejahend, falls zur Zeit der Arbeitgeberentscheidung die Betriebsratbildung schon „greifbare Formen“ (analog § 1923 Abs. 2 BGB) angenommen habe, ArbG Reutlingen v. 29.10.1998 – 3/1 BV 7/98, ZInsO 1999, 303.

¹²⁷² BAG v. 18.11.2003 - 1 AZR 30/03, AP Nr. 162 zu § 112 BetrVG 1972 = ZIP 2004, 235.

¹²⁷³ LAG Hamm v. 20.5.1999 – 4 Sa 1989/98, ZInsO 1999, 362.

¹²⁷⁴ LAG Hamm v. 20.5.1999 – 4 Sa 1989/98, ZInsO 1999, 362, unter Hinweis auf BAG v. 23.8.1984 – 6 AZR 520/82, AP Nr. 36 zu § 102 BetrVG; BAG v. 28.10.1992 – 10 AZR 75/91, AP Nr. 63 zu § 112 BetrVG.

Betriebsänderung und zum anderen die Interessen der Belegschaft an der Vermeidung von Nachteilen geregelt. Hierzu gehört auch die Frage, wie die **Personalplanung** erfolgt, also ob Arbeitnehmer **entlassen, versetzt oder umgeschult** werden¹²⁷⁵.

1. Rechtsgrundlagen des Interessenausgleichs

Der Interessenausgleich ist eine Kollektivvereinbarung eigener Art und ist vom Unternehmer und Betriebsrat **schriftlich niederzulegen und zu unterschreiben**. Er wird nach den Vorschriften über den Vertrag gem. §§ 145 ff. BGB und die Betriebsvereinbarung gem. § 77 BetrVG behandelt. Die **Nichtbeachtung der Schriftform** kann trotz inhaltlicher Einigkeit mit dem Betriebsrat zu **Nachteilsausgleichsansprüchen** betroffener Arbeitnehmer führen.¹²⁷⁶

Aus dem Interessenausgleich erwachsen Rechte und Pflichten der Betriebsvereinbarungsparteien gegeneinander. Diese können jedoch **nicht** im Wege des Leistungsantrags **im Beschlussverfahren erzwungen** werden. § 113 Abs. 1 BetrVG setzt voraus, dass der Arbeitgeber vom Interessenausgleich abweichen kann. Weicht der Arbeitgeber von dem Interessenausgleich ab, begründet das einen Anspruch des Arbeitnehmers aus dem Individualarbeitsverhältnis auf Nachteilsausgleich (vgl. § 113 Abs. 3 BetrVG). Gleiches gilt, wenn der Unternehmer erst gar keinen Interessenausgleich versucht.

2. Zustandekommen des Interessenausgleichs

Kommt es zwischen dem Unternehmer und dem Betriebsrat nicht zu einer Einigung, können Unternehmer oder Betriebsrat gem. § 112 Abs. 2 BetrVG versuchen, eine gütliche Einigung durch **Vermittlung des Vorstands der Bundesagentur für Arbeit** oder gem. § 113 Abs. 3 BetrVG durch die **Einigungsstelle** zu erreichen.

Dabei haben diese Stellen nicht die Kompetenz, eine Entscheidung über den Interessenausgleich gegen die Vorstellungen einer Partei zu treffen. Folglich kann der Versuch, einen Interessenausgleich herbeizuführen, auch im Rahmen dieses Verfahrens scheitern. Der Grund liegt vor allem darin, dass dem Unternehmer gegen seinen Willen kein Interessenausgleich aufgezwungen werden soll, der die alleinige Verantwortung und das Risiko der von ihm geplanten Maßnahmen trägt.

¹²⁷⁵ BAG v. 17.9.1991 – 1 ABR 23/91, DB 1992, 229 = ZIP 1992, 260, dazu EWiR 1992, 229 (Däubler).

¹²⁷⁶ BAG v. 26.10.2004 – 1 AZR 493/03, BB 2005, 559 = ZInsO 2005, 167.

Ein Verfügungsanspruch des Betriebsrats auf **Einhaltung eines Interessenausgleichs** bei einer Betriebsänderung besteht nicht. Für eine **einstweilige Verfügung** fehlt es darüber hinaus regelmäßig an einem Verfügungsgrund.¹²⁷⁷

Der Interessenausgleich kann zusammen mit dem Sozialplan verhandelt und abgeschlossen werden. Diese Vorgehensweise ist jedoch nicht zwingend. Auch **ersetzt** der Interessenausgleich bzw. die Verhandlung darüber mit dem Betriebsrat **nicht die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates** gem. § 102 Abs. 1 BetrVG¹²⁷⁸. Fraglich ist auch, ob im Hinblick auf die Wochenfrist des § 102 BetrVG die Unterschrift des Betriebsrates unter den Interessenausgleich als abschließende Stellungnahme des Betriebsrates i.S.v. § 102 BetrVG verstanden werden kann.

Stimmen beide Seiten dem Interessenausgleich zu, ist das Verfahren damit beendet. Stimmt eine Partei dagegen nicht zu, muss der Unternehmer die **Einigungsstelle anrufen, um die Ansprüche der Arbeitnehmer auf Nachteilsausgleich gem. § 113 BetrVG zu vermeiden**¹²⁷⁹. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Betriebsrat nicht zuvor den Vorstand der Bundesagentur für Arbeit oder die Einigungsstelle zur Vermittlung gem. § 112 Abs. 2 BetrVG angerufen hat.

Bei der Betriebsänderung in einem **Konzernunternehmen** ist dieses – und **nicht das herrschende Unternehmen** – zur Beteiligung des Betriebsrats nach § 111 BetrVG verpflichtet und damit ggf. auch **Schuldner des Nachteilsausgleichs** gem. § 113 BetrVG.¹²⁸⁰

Die **Zuständigkeit eines Konzernbetriebsrats** für Interessenausgleichsverhandlungen **endet** aber nach der Ansicht des LAG Stuttgart auch dann spätestens mit der **Insolvenzeröffnung**, wenn eine geplante Betriebsänderung die Betriebe verschiedener Unternehmen betrifft. Dies gilt auch bei Eigenverwaltung mit Sachwalterbestellung.¹²⁸¹

3. Besonderheiten im Insolvenzverfahren

Diese allgemeingültigen Regeln zum Interessenausgleich erlangen im Insolvenzverfahren dann Gültigkeit, wenn das besondere Verfahren im Sinne der InsO keinen Erfolg hatte. Da das allgemeingültige Verfahren oft eine beträchtliche Zeit in Anspruch nimmt und dadurch

¹²⁷⁷ LAG Köln v. 30.4.2004 – 5 Ta 166/04, ZIP 2004, 2155; a.A. LAG Thüringen v. 26.9.2000 – 1 TaBV 14/00, LAGE § 111 BetrVG 1972 Nr. 17 Unterlassungsanspruch; LAG Thüringen v. 18.8.2003 – 1 TaBV 104/03, ZIP 2004, 1118; siehe auch schon BAG v. 28.7.1991 – 7 ABR 72/90, ZIP 1992, 950, dazu EWIR 1992, 15 (Däubler).

¹²⁷⁸ Kübler/Prütting/Moll, InsO, § 125 Rn. 80 f.; a.A. Warrikoff, BB 1994, 2338, 2342.

¹²⁷⁹ BAG v. 20.11.1970 – 1 AZR 409/69, NJW 1971, 774 = DB 1971, 534.

¹²⁸⁰ BAG v. 14.4.2015 – 1 AZR 794/13, ZIP 2015, 1406.

¹²⁸¹ LAG Stuttgart v. 23.6.2015 – 22 Sa 61/14, ZIP 2016, 232.

die Sanierung des Betriebes verzögert wird, ist in der InsO eine **Beschleunigung** vorgesehen¹²⁸².

Es soll vor allem verhindert werden, dass der **Sanierungsprozess** durch langwierige Kündigungsschutzprozesse der Arbeitnehmer **verzögert** wird, oder dass eine beabsichtigte, mit Rationalisierungsmaßnahmen verbundene Betriebsveräußerung daran scheitert, dass der potentielle Erwerber nicht übersehen kann, welche Arbeitsverhältnisse mit dem Betrieb gem. § 613a BGB auf ihn übergehen.

III. Betriebsänderung in der Insolvenz

1. Insolvenzspezifische Probleme bei Betriebsänderungen

Oft sind Betriebsänderungen i.S.v. §§ 111 ff. BetrVG im Insolvenzverfahren erforderlich, die mit der Entlassung einer größeren Zahl von Arbeitnehmern verbunden sind, z.B. **Einschränkung und Stilllegung von Betrieben oder wesentlichen Betriebsteilen** gem. § 111 BetrVG oder **Personalabbau** i.S.v. § 112a Abs. 1 BetrVG. Die Durchführung derartiger Verfahren hat für den Arbeitgeber oft eine Vielzahl von Kündigungsschutzprozessen zur Folge¹²⁸³. Ferner kann der potentielle Erwerber bei beabsichtigten, mit Rationalisierungsmaßnahmen verbundenen Betriebsveräußerungen nicht übersehen, welche Arbeitsverhältnisse mit dem Betrieb auf ihn übergehen würden (§ 613a BGB).

Die **Zuständigkeit eines Konzernbetriebsrats** für Interessenausgleichsverhandlungen **endet** auch dann **spätestens mit der Insolvenzeröffnung**, wenn eine geplante Betriebsänderung die Betriebe verschiedener Unternehmen betrifft. Dies gilt auch bei Eigenverwaltung mit Sachwalterbestellung.¹²⁸⁴

Um den Insolvenzverwalter vor langwierigen Kündigungsschutzprozessen zu schützen, und um zu verhindern, dass mit Rationalisierungsmaßnahmen verbundene Betriebsveräußerungen an diesen Schwierigkeiten scheitern, wurden weit reichende **Neuregelungen in §§ 121, 122, 125, 126 InsO** aufgenommen¹²⁸⁵.

¹²⁸² Meinel, DB 1997, 170; Zwanziger, BB 1997, 626; Zwanziger, Das Arbeitsrecht der InsO, S. 91 ff.; Giesen, ZIP 1998, 142 ff.; Kocher, BB 1998, 213; Lorenz, DB 1996, 1973, 1977; Berscheid, InVO 1997, 309; Hohenstatt, NZA 1998, 846; Lakies, BB 1999, 206; Annuß, NZI 1999, 344; Weisemann, in: Smid, InsO, 2. Aufl., § 121, Rn. 7 ff.; zum Nachteilsausgleich gemäß § 113 Abs. 3 BetrVG im Insolvenzverfahren siehe Kohte, AuA 1998, 374.

¹²⁸³ Vgl. zu den Einzelheiten Moll, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Köln 1997, S. 238 ff; zu den Sanierungsmöglichkeiten ohne Beendigungskündigungen Böhm, in: Brennpunkte des Arbeitsrechts 1997, S. 287 ff.

¹²⁸⁴ LAG Stuttgart v. 23.6.2015 – 22 Sa 61/14, ZIP 2016, 232; dazu EWiR 2016, 413 (Grimm/Kühne).

¹²⁸⁵ Dazu ZIP-Dokumentation, ZIP 1997, 1722 ff.; Lorenz, DB 1996, 1973, 1977 ff; Zwanziger, BB 1997, 42 ff. und 626 ff.

2. Neue Verfahrensregelungen zum Interessenausgleich nach § 121 InsO

Zunächst verbleibt es bei der **Pflicht**, bei einer Betriebsänderung zunächst einen **Interessenausgleich zu versuchen**, mit der Folge, dass bei Nichtbeachtung die von der Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer Nachteilsausgleichsansprüche gem. § 113 Abs. 3 BetrVG geltend machen können. Dem Arbeitnehmer soll auch nicht der Rechtsschutz gegen eine ungerechtfertigte Kündigung genommen werden. Durch die InsO wird aber eine Beschleunigung des Verfahrens erreicht¹²⁸⁶.

Zum Verfahren für das Zustandekommen des Interessenausgleichs gilt grundsätzlich § 112 BetrVG mit der Besonderheit des § 121 InsO. Können sich der Insolvenzverwalter und der Betriebsrat nicht darüber einigen, welche Personen zu entlassen sind, geht dem Verfahren vor der Einigungsstelle nur dann ein **Vermittlungsversuch** des Vorstands der Bundesagentur für Arbeit voraus, wenn der Insolvenzverwalter und der Betriebsrat gemeinsam um eine solche Vermittlung ersuchen.

Ein **Vermittlungsversuch des Vorstands der Bundesagentur für Arbeit** findet nach § 121 InsO nur dann statt, wenn Insolvenzverwalter und Betriebsrat gemeinsam um eine solche Vermittlung ersuchen. Können sich also der Insolvenzverwalter und der Betriebsrat nicht darüber einigen, einen solchen Vermittlungsversuch zu beantragen, kann jeder von ihnen sogleich die Einigungsstelle anrufen¹²⁸⁷. Allerdings soll nach Ablauf der bisherigen Zwei-Monats-Frist des § 113, Abs. 3, S. 2 die Einigungsstelle ihrerseits unzuständig sein, der Arbeitgeber also ohne deren Einsetzung die Betriebsänderung durchführen können¹²⁸⁸. Die Zwei-Monats-Frist des § 113 Abs. 3 S. 2 BetrVG ist zum Bedauern vieler Praktiker mit Wirkung ab 1.1.1999 wieder abgeschafft worden.

3. Verfahrensregelungen zum Interessenausgleich nach § 122 InsO

a) Antrag auf Zustimmung des Arbeitsgerichts

Dem Insolvenzverwalter bleibt außerdem die Möglichkeit, die Zustimmung des Arbeitsgerichts gem. **§ 122 Abs. 1 InsO** zur Betriebsänderung ohne Durchführung eines Einigungsstellenverfahrens zu beantragen, wenn **innerhalb von drei Wochen nach Verhandlungsbeginn bzw. nach Aufforderung zur Aufnahme** von Verhandlungen ein Interessenausgleich nicht zustande gekommen ist.

¹²⁸⁶ Vgl. dazu Meinel, DB 1997, 170; Kania, DStR 1996, 832, 834 und DZWIR 2000, 328; Berscheid in Kölner Schrift zur InsO, S. 1094 ff.

¹²⁸⁷ Grunsky/Moll, Arbeitsrecht und Insolvenz, Köln 1997, Rn. 303; Hess/Weis/Wienberg, Insolvenzarbeitsrecht, Rn. 895.

¹²⁸⁸ A.A. LAG Hamm v. 1.7.1997 - 13 TaBV 54/97, InVo 1997, 325 = ZIP 1997, 2210 dazu EWiR 1998, 153 (Henssler); LAG Hamm v. 31.8.1998 - 13 TaBV 71/98, BetrVG § 113 Abs. 3 Interessenausgleichspflicht.

Um die Verzögerungen zu vermeiden, die nach dem ursprünglichen Verfahren dadurch entstehen, dass das Einigungsverfahren einschließlich der Durchführung der Einigungsstelle voll ausgeschöpft wird, ist die Regelung in § 122 InsO eingeführt worden. Danach wird es dem Insolvenzverwalter **nach dreiwöchiger ergebnisloser Verhandlung** mit dem Betriebsrat über einen Interessenausgleich erlaubt, nach **Zustimmung durch das Arbeitsgericht** geplante Betriebsänderungen durchzuführen, bevor das in § 112 Abs. 2 BetrVG vorgesehene Verfahren für das Zustandekommen eines Interessenausgleichs ausgeschöpft ist, **ohne** dass die Sanktion des § 113 Abs. 3 BetrVG (**Nachteilsausgleichspflicht**) eintritt.

Das Arbeitsgericht Berlin hat den Antrag der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG in Eigenverwaltung, ihr gemäß § 122 InsO die Stilllegung des Betriebs zu gestatten, ohne hierüber zuvor mit der Personalvertretung Kabine Verhandlungen in einer Einigungsstelle geführt zu haben, als unzulässig abgewiesen.¹²⁸⁹ Air Berlin habe mit **unumkehrbaren Maßnahmen** bereits mit der **Betriebsstilllegung begonnen**, indem sämtlichen Pilotinnen und Piloten schon gekündigt worden sei. Für ein gerichtliches Verfahren auf Zustimmung zu einer Betriebsstilllegung fehle es daher an dem erforderlichen **Rechtsschutzinteresse**.

b) Verfahrensrechtliche Regelungen

Das Arbeitsgericht entscheidet dabei durch **Beschluss**. Das Arbeitsgericht wägt dabei die Interessen der Arbeitnehmer gegen die Gesichtspunkte der Wirtschaftlichkeit gegeneinander ab. Der Betriebsrat ist an dem Verfahren im Beschlussverfahren nach dem ArbGG beteiligt.

Die Zustimmung des Arbeitsgerichts muss der Insolvenzverwalter beantragen. Das Arbeitsgericht muss die Zustimmung erteilen, wenn die **wirtschaftliche Lage des Unternehmens** auch unter **Berücksichtigung der sozialen Belange der Arbeitnehmer** es erfordert, dass die Betriebsänderung ohne vorheriges Verfahren nach § 112 Abs. 2 BetrVG durchgeführt wird.¹²⁹⁰

Der **Antrag des Insolvenzverwalters** ist nach Maßgabe des § 61a Abs. 3 bis 6 ArbGG vorrangig zu erledigen (**Beschleunigungsgrundsatz**). Das einzige **Rechtsmittel** ist die **Rechtsbeschwerde zum BAG**.¹²⁹¹ Dieses ist wiederum an die Voraussetzung geknüpft, dass sie in dem Beschluss des Arbeitsgerichts zugelassen ist.

¹²⁸⁹ ArbG Berlin v. 21.12.2017 – 41 BV 13752/17, NZI 2018, 222.

¹²⁹⁰ Dazu Kreutzer/Rößner, NZI 2012, 699.

¹²⁹¹ Zum Verfahren siehe auch Grunsky/Moll, Arbeitsrecht und Insolvenz, Rn. 371 ff. und Rn. 381 ff.; Giesen, ZIP 1998, 46, 51 ff. und ZIP 1998, 142 ff.; Kocher, BB 1998, 213, 215 f.; Arend, ZInsO 1998, 303, 305; Kübler/Prütting/Moll, InsO, § 126 Rn 46 ff.

Diesen Weg der Zustimmungsersetzung nach § 122 InsO sollte der Insolvenzverwalter allerdings im Hinblick auf das Risiko eines Unterliegens im arbeitsgerichtlichen Verfahren nur **parallel zur Aufnahme bzw. zur Fortsetzung der Interessenausgleichsverhandlungen** gehen.¹²⁹²

Antragsvoraussetzungen gem. § 122 Abs. 1 Satz 1 InsO sind lediglich, dass eine Betriebsänderung geplant ist und zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat ein Interessenausgleich nach § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nicht innerhalb von drei Wochen nach Verhandlungsbeginn oder schriftlicher Aufforderung zur Aufnahme von Verhandlungen zustande kommt, obwohl der Insolvenzverwalter den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend unterrichtet hat.

c) **Entscheidungsgrundlagen**

Im Rahmen des § 122 Abs. 2 Satz 1 InsO ist es kein relevanter sozialer Belang der Arbeitnehmer, dass die Durchführung des Einigungsstellenverfahrens die Realisierung der Betriebsänderung verzögert und infolgedessen auch die Kündigungstermine hinausgeschoben werden. Vielmehr **muss der Betriebsrat Alternativkonzepte zu der geplanten Betriebsänderung vortragen**, die die sozialen Belange der Arbeitnehmer besser berücksichtigen, ohne die wirtschaftliche Lage des Unternehmens unangemessen mehr zu strapazieren.¹²⁹³

Das Arbeitsgericht hat die Zustimmung gem. § 122 Abs. 2 InsO zu erteilen, wenn dies die **wirtschaftliche Lage des Unternehmens** auch unter **Berücksichtigung der sozialen Belange** des Arbeitnehmers erfordert. Das Arbeitsgericht soll danach die Zustimmung insbesondere dann erteilen müssen, wenn der Betrieb nicht genug produktiv ist, seine laufenden Kosten einschließlich der Personalkosten aus den laufenden Einnahmen zu decken.¹²⁹⁴

Das ArbG Lingen¹²⁹⁵ führt dazu aus: Die Entscheidung des Arbeitsgerichts nach § 122 Abs. 2 Satz 1 InsO ergeht nicht über die **Frage des „Ob“ der Betriebsänderung**, sondern über die Frage des „Wann“ (vor Durchführung des Einigungsstellenverfahrens oder danach). Sie ist **keine Zustimmung zu der geplanten Betriebsänderung**. Es geht lediglich um den Zeitpunkt der Betriebsänderung, um die Eilbedürftigkeit der Umsetzung der Entscheidung

¹²⁹² Grunsky / Moll, Arbeitsrecht und Insolvenz, Rn. 320, Caspers, Personalabbau in der Insolvenz, S 187, Rn 431; Eisenbeis, in: Frankfurter Komm., InsO, § 122 Rn. 22 ff.; zur Unterrichtungspflicht ArbG Berlin v. 26.3.1998 – 5 BV 5735/98, ZInsO 1999, 51.

¹²⁹³ ArbG Lingen v. 9.7.1999 – 2 BV 4/99, ZInsO 1999, 656 = ZIP 1999, 1892, dazu EWiR 1999, 1131 (Moll).

¹²⁹⁴ ArbG Lingen v. 9.7.1999 – 2 BV 4/99, ZInsO 1999, 656 = ZIP 1999, 1892, dazu EWiR 1999, 1131 (Moll).

¹²⁹⁵ ArbG Lingen v. 9.7.1999 – 2 BV 4/99, ZInsO 1999, 656 = ZIP 1999, 1892, dazu EWiR 1999, 1131 (Moll).

des Insolvenzverwalters. Das Arbeitsgericht hat insbesondere nicht darüber zu befinden, ob die geplante Betriebsänderung sinnvoll oder wirtschaftlich zweckmäßig ist.

d) Berechnung der 3-Wochen-Frist

Die **Drei-Wochen-Frist** beginnt nicht notwendigerweise erst ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Bestellung des Insolvenzverwalters zu laufen. Haben der Schuldner oder der vorläufige Insolvenzverwalter die Interessenausgleichsverhandlungen bereits eingeleitet, so kann der Insolvenzverwalter – bei unveränderter Betriebsänderung – auf diesen früheren Zeitpunkt hinsichtlich der Fristberechnung verweisen und in die Verhandlungen eintreten. Daher soll – zumindest nach instanzgerichtlicher Auffassung - in die Berechnung der Drei-Wochen-Frist möglicherweise auch die der Insolvenzeröffnung vorausgegangene Verhandlung des Schuldners und des vorläufigen Insolvenzverwalters mit dem Betriebsrat einbezogen werden können.¹²⁹⁶

e) Vorläufiger Rechtsschutz

Streitig ist, ob bis zum Ablauf der Drei-Wochen-Frist der Insolvenzverwalter gehindert ist, die geplante Betriebsänderung durchzuführen, mithin die betriebsbedingt veranlassten Kündigungen auszusprechen, wenn nicht vor Ablauf dieser Frist ein Interessenausgleich vereinbart wird oder der Insolvenzverwalter nach Ablauf dieser Frist die gerichtliche Zustimmung des Arbeitsgerichts erzwingt. Das kann notfalls **im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens** geschehen, weil auch insoweit der Insolvenzverwalter seine Rechte gem. § 122 Abs. 1 InsO kurzfristig durchsetzen können muss¹²⁹⁷.

Bevor nicht der Insolvenzverwalter entweder einen Interessenausgleich abgeschlossen hat oder die Zustimmung des Arbeitsgerichts eingeholt hat, sind nach der strengen Auffassung in der Drei-Wochen-Frist Betriebsänderungen, also auch der Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen, unzulässig, was auch der Betriebsrat mit einer **einstweiligen Verfügung auf Unterlassung** durchsetzen könne¹²⁹⁸.

¹²⁹⁶ ArbG Lingen v. 9.7.1999 – 2 BV 4/99, ZInsO 1999, 656 = ZIP 1999, 1892, dazu EWiR 1999, 1131 (Moll).

¹²⁹⁷ So ArbG Hannover v. 4.2.1997 – 10 BV Ga 1/97, ZIP 1997, 474, dazu EWiR 1997, 369 (Schaub) = InVo 1997, 207; ArbG Kaiserslautern v. 19.12.1996 – 7 BVGa 2493/96, InVo 1997, 208, m. Anm. Hess/ Weis, InVo 1997, 210 ff.; Zwanziger, BB 1998, 477; Caspers, a.a.O., Rn 421; Eisenbeis, aaO, Rn. 27.

¹²⁹⁸ So ArbG Hannover, a.a.O.; ArbG Hamburg v. 4.11.1997 - 25 GaBV 6/97, BB 1998, 428; zum Meinungsstand nach früheren Recht Moll, a.a.O., 239 m.w.N.; zum Recht der InsO Schaub, ArbR-Hdb, S. 1801 und S. 1999; Hess/Weis, InVo 1996, 309, 311; Berscheid, InVo 1997, 309, 312; Grunsky / Moll, Arbeitsrecht und Insolvenz, Rn 308 ff. und 315 f. auch zu den Besonderheiten des Verfahrens und zum Wirksamkeitszeitpunkt des Beschlusses nach § 122 InsO; Haarmeyer, ZAP-Ost, Fach 14, 277, 280.

Diese Auffassung ist aber in der **obergerichtlichen Rechtsprechung** zur Neuregelung in § 122 InsO i.V.m. § 113 BetrVG bislang **nicht einhellig bestätigt** worden¹²⁹⁹. Das LAG Niedersachsen als Beschwerdeinstanz hat die Rechtsfrage nicht mehr entschieden, weil nach seiner Auffassung die Betriebsänderung bereits abgeschlossen war, hat aber in einem obiter dictum Zweifel angemeldet, ob ein solcher Unterlassungsanspruch des Betriebsrates bestehe.

4. Sonderfall einer Betriebsvereinbarung: Kündigungserleichterung nach § 125 InsO

Schon zum BetrVG in seiner früheren Fassung galt, dass in einem Interessenausgleich nach § 112 Abs. 1 BetrVG wirksam **Auswahlkriterien** für solche Kündigungen festgelegt werden können, die mit der Betriebsänderung notwendig werden¹³⁰⁰.

a) Interessenausgleich mit Namensliste

In dem **Interessenausgleich** können, wie auch schon nach der bisherigen Rechtslage, wirksam Auswahlkriterien für Kündigungen festgelegt werden. § 125 InsO enthält eine weitergehende Regelung, die **auch für Änderungskündigungen** gilt¹³⁰¹. Ist zwischen dem Insolvenzverwalter und Betriebsrat ein Interessenausgleich mit einer sog. Namensliste zustande gekommen, und ist darin konkret geregelt, welche Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der geplanten Betriebsänderung entlassen werden müssen, wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Diese Möglichkeit steht allerdings dem vorläufigen Insolvenzverwalter **im Eröffnungsverfahren** noch nicht zur Verfügung;¹³⁰² insoweit ist er auf die **Regelung des § 1 Abs. 5 KSchG** angewiesen.

Wenn zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat in einem Interessenausgleich Einigkeit darüber erzielt worden ist, welche Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der geplanten Betriebsänderung entlassen werden müssen und eine entsprechende Namensliste erstellt wird¹³⁰³, ist es gerechtfertigt, die **soziale Rechtfertigung der Kündigung nur noch in**

¹²⁹⁹ Das LAG Niedersachsen v. 27.3.1997 – 16 a TaBV 18/97, ZIP 1997, 1201 dazu EWiR 1997, 685 (Schaub); das LAG Düsseldorf v. 19.11.1996 – 8 TaBV 80/96, DB 1997,1068 = EWiR 1997, 637 (Schaub) und das LAG Hamm v. 23.7.1997 - 13 TaBV 77/97, InVo 1997, 324 haben den Unterlassungsanspruch ausdrücklich verneint, das LAG Hamburg, v. 26.6.1997 - 6 TaBV 5/97, ZIP 1997, 2205 m. Anm. Berscheid, dazu EWiR 1998, 197 (Schaub), bejaht; dazu auch Giesen, ZIP 1998, 142, 146 f.; Hohenstatt, NZA 1998, 846; zum Unterlassungsanspruch des Betriebsrates gegen Verletzungen des Mitbestimmungsrechts aus § 87 BetrVG allgemein BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, BB 1994, 2273.

¹³⁰⁰ BAG v. 20.10.1983 – 2 AZR 211/82, AP Nr. 13 zu § 1 KSchG 1969; ArbG Herford v. 14.11.2015 – 1 Ca 27/14, AE 2015, 143; ArbG Bielefeld v. 3.3.2015 – 7 Ca 204/14, AE 2015, 145; ArbG Magdeburg v. 11.11.2014 – 9 Ca 596/14, AE 2015, 147..

¹³⁰¹ Zwanziger, BB 1997, 626; Zwanziger, ArbuR 1997, 427, 433; Grunsky/Moll, Arbeitsrecht und Insolvenz, Rn. 354 f. und Rn. 380; Fischermeier, NZA 1997, 1089, 1099 f.; Kübler/Prütting/Moll, InsO, § 125 Rn. 29.

¹³⁰² Dazu Mückl/Krings, ZIP 2012, 106; Rieble/vielmeier, ZIP 2019, 1789.

¹³⁰³ Zu den Mindestvoraussetzungen und Rechtswirkungen dieser Namenslisten siehe Kübler/Prütting/Moll, InsO, § 125 Rn. 19 ff.; Weisemann, in: Smid, InsO, 2. Aufl., § 121, Rn. 4 ff.

Ausnahmefällen in Frage stellen zu lassen. Entsprechendes soll – über den Wortlaut des § 125 InsO hinaus – auch für die zutreffende **Bildung der Vergleichsgruppe**¹³⁰⁴ und für die **Ordnungsgemäßheit der Sozialauswahl** gelten.¹³⁰⁵

Es kann danach angenommen werden, dass der Betriebsrat seine Verantwortung gegenüber den Arbeitnehmern wahrnimmt, nur unvermeidbaren Entlassungen zustimmt und darauf achtet, dass bei der Auswahl der ausscheidenden Arbeitnehmer soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt werden. Nach § 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO wird daher vermutet, dass einer Weiterbeschäftigung der **namentlich bezeichneten Arbeitnehmer** dringende betriebliche Erfordernisse entgegenstehen. Es wird insoweit eine Beweislastumkehr erreicht, so dass die Arbeitnehmer entgegen § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG beweispflichtig sind, wenn sie diesen Umstand bestreiten wollen.¹³⁰⁶

Voraussetzung ist aber eine **genaue namentliche Bezeichnung der betroffenen Arbeitnehmer nach Art, Inhalt und Frist der beabsichtigten Kündigung** (Voll- oder Änderungskündigung, ggf. Inhalt der Änderungen) im Interessenausgleich.¹³⁰⁷

Ein **vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens** zwischen dem Schuldner und dem bei ihm gebildeten Betriebsrat mit Zustimmung des vorläufigen (schwachen) Insolvenzverwalters geschlossener Interessenausgleich mit Namensliste entfaltet **nicht die Wirkungen des § 125 InsO**. Vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist § 125 InsO weder unmittelbar noch analog anzuwenden.¹³⁰⁸

Beabsichtigt der Arbeitgeber eine Vielzahl von Entlassungen (**Massenentlassung**), hat er diese nach Maßgabe des § 17 KSchG der Agentur für Arbeit anzuzeigen und der Anzeige eine **Stellungnahme des Betriebsrats** beizufügen. Im Insolvenzfall ersetzt gemäß § 125 Abs. 2 InsO ein zwischen dem Insolvenzverwalter und dem Betriebsrat zustande gekommener Interessenausgleich die Stellungnahme des Betriebsrats, wenn in dem Interessenausgleich die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, namentlich bezeichnet sind. Maßgebend ist, dass der **Gesamtbetriebsrat** nach § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG für den

¹³⁰⁴ LAG Köln v. 25.2.2005 – 11 sa 767/04, ZIP 2005, 1153; dazu EWiR 2006, 121 (Grimm/Windeln).

¹³⁰⁵ LAG Hamm v. 19.1.2005 – 2 Sa 1156/04, ZInsO 2006, 390.

¹³⁰⁶ Kania, DStR 1997, 832, 834; LAG Hamm v. 26.11.1998 - 4 Sa 34/98, ZInsO 1999, 364 zur Nichtberücksichtigung sozial schutzwürdigerer Arbeitnehmer bei der Bildung der Gruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer; ArbG Kiel v. 6.3.1998 – 4 Ca 2454a/97, ZInsO 1998, 237 zu § 1 Abs. 5 KSchG; zur Geltendmachung eines Arbeitskräfteüberhangs und zur Missbrauchskontrolle durch die Arbeitsgerichte vgl. BAG v. 11.9.1986 – 2 AZR 564/85, BB 1987, 1882; BAG v. 30.4.1987 – 2 AZR 184/86, DB 1987, 2207; BAG v. 18.1.1990 – 2 AZR 183/89, DB 1990, 1773; Moll, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, 194 f.

¹³⁰⁷ Dazu ArbG Hannover v. 22.8.1997 - 1 Ca 775/96, BB 1997, 2167; Grunsky / Moll, Arbeitsrecht und Insolvenz, Rn. 350 ff.; Zwanziger, Das Arbeitsrecht der InsO, S. 91 f.; zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast LAG Köln v. 1.8.1997 – 11 Sa 355/87, LAGE § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 1.

¹³⁰⁸ BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, ZIP 2012, 1822.

Abschluss des betriebsübergreifenden Interessenausgleichs zuständig war und in diesem die Arbeitnehmer namentlich bezeichnet waren, denen gekündigt werden sollte. Damit ersetzt der mit dem Gesamtbetriebsrat zustande gekommene Interessenausgleich gemäß § 125 Abs. 2 InsO die Stellungnahme des Betriebsrats nach § 17 Abs. 3 S. 2 KSchG.¹³⁰⁹

Die **Verbindung des Interessenausgleichsverfahrens** nach § 111 BetrVG, § 125 InsO mit der Erfüllung der **Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat nach § 17 Abs. 2 Satz 1 KSchG** ist auch unter Berücksichtigung des Erfordernisses unionsrechtskonformer Auslegung anhand der Vorgaben in Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. b der sog. Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG **zulässig**. Wird ein geplanter Personalabbau auf der Grundlage eines unternehmenseinheitlichen Konzepts durchgeführt und sind mehrere Betriebe von der Betriebsänderung betroffen, ist der **Gesamtbetriebsrat** nach § 50 Abs. 1 BetrVG originär zuständig für den Abschluss eines betriebsübergreifenden Interessenausgleichs mit Namensliste i.S.v. § 125 InsO. Der Interessenausgleich mit Namensliste ersetzt in einem solchen Fall die Stellungnahme des Gesamtbetriebsrats nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG.¹³¹⁰

b) Form der Namensliste nach § 125 InsO

Wird ein Interessenausgleich mit Namensliste eingereicht, so muss letztere ein äußeres Merkmal aufweisen, das sie als Bestandteil des Interessenausgleichs ausweist. Dafür genügt nicht der einseitige Hinweis im Interessenausgleich auf eine „Anlage 1“, ebenso wenig die Verwahrung in einer Plastikhülle innerhalb eines Ordners, weil die Namensliste unter solchen Umständen problemlos ausgetauscht werden könnte. Vielmehr ist eine - grundsätzlich vor Unterzeichnung¹³¹¹ - **feste Verbindung** der Namensliste mit dem Interessenausgleich (z.B. mittels Heftmaschine) erforderlich.¹³¹²

Das Schriftformerfordernis ist nach der Rechtsprechung des BAG nicht allein deshalb verletzt, weil die **Namensliste** nicht im Interessenausgleich selbst, sondern **in einer Anlage** enthalten ist. § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG spricht zwar davon, die namentliche Bezeichnung müsse "in einem Interessenausgleich" erfolgen. Das Erfordernis ist aber erfüllt, wenn Interessenausgleich und Namensliste **eine Urkunde** bilden.¹³¹³

¹³⁰⁹ BAG v. 7.7.2011 – 6 AZR 248/10, ZIP 2011, 1786; dazu EWIR 2011, 677 (Mückl).

¹³¹⁰ BAG v. 20.9.2012 – 6 AZR 155/11, ZIP 2012, 2412; dazu EWIR 2013, 85 (Wank).

¹³¹¹ LAG Hamm v. 10.3.2000 - 10 Sa 1843/99, ZInsO 2000, 467.

¹³¹² BAG v. 7.5.1998 – 2 AZR 55/98, BAGE 88, 375 = BB 1998, 1111 = EzA § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 6.

¹³¹³ BAG v. 6.7.2006 - 2 AZR 520/05, ZIP 2006, 2329; BAG v. 22.1.2004 - 2 AZR 111/02, AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11; BAG v. 21.2.2002 - 2 AZR 581/00, EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 10; BAG v. 7.5.1998 - 2 AZR 55/98, BAGE 88, 375.

Wird die Namensliste getrennt vom Interessenausgleich erstellt, reicht es aus, wenn sie von den Betriebsparteien **unterzeichnet** ist **und** in ihr oder im Interessenausgleich auf sie **Bezug genommen** ist.¹³¹⁴ Aber auch dann, wenn die Namensliste selbst nicht unterschrieben ist, kann die Unterschrift unter dem Interessenausgleich die Namensliste noch als Teil des Interessenausgleichs decken. Ausreichend ist es jedenfalls, wenn die Haupturkunde unterschrieben, in ihr auf die nicht unterschriebene Anlage ausdrücklich Bezug genommen ist und Haupturkunde und nachfolgende **Anlage mittels Heftmaschine körperlich** derart zu einer einheitlichen Urkunde **verbunden** sind, dass eine Lösung **nur durch Gewaltanwendung** (Lösen der Heftklammer) möglich gewesen wäre.¹³¹⁵

Das Erfordernis der Einheit der Urkunde, das als Voraussetzung der Schriftform dem in § 126 Abs. 2 BGB vorgesehenen Regelfall eines Schriftstücks zu entnehmen ist, ist **nicht** bereits dann erfüllt, wenn eine **bloß gedankliche Verbindung** (Bezugnahme) zur Haupturkunde besteht. Vielmehr muss die Verbindung auch äußerlich durch tatsächliche Beifügung der in Bezug genommenen Urkunde zur Haupturkunde in Erscheinung treten.¹³¹⁶ Deshalb müssen **im Augenblick der Unterzeichnung** die Schriftstücke als einheitliche Urkunde äußerlich erkennbar werden.¹³¹⁷ Die erst nach Unterzeichnung des Interessenausgleichs durch den Arbeitgeber vorgenommene Zusammenheftung mittels Heftmaschine genügt daher dem Schriftformerfordernis nicht.¹³¹⁸

Ob es für eine **einheitliche, formwirksame Urkunde** unter Umständen ausreichen könnte, wenn mehrere Exemplare mit Originalunterschriften und der gleich lautenden Namensliste als nicht fest verbundenen Anlage erstellt und von den Betriebspartnern oder gar auch von weiteren Beteiligten – hier: Gewerkschaft und Konkursgericht – separat verwahrt werden, erscheint zweifelhaft; auch dann sind nämlich die Namensliste als Anlage und der Interessenausgleich im Übrigen nicht jeweils zu einer Urkunde verbunden.

Nach der Auffassung des **LAG Schleswig-Holstein** sollte sich eine Einheitlichkeit der Urkunde auch dadurch ergeben können, dass die nicht unterschriebene Namensliste mit dem (unterschriebenen) Interessenausgleich durch Nummerieren der Blätter, Bezugnahme

¹³¹⁴ BAG v. 6.7.2006 - 2 AZR 520/05, ZIP 2006, 2329; BAG v. 22.1.2004 - 2 AZR 111/02, AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11; KR/Etzel, 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 703a.

¹³¹⁵ BAG v. 7.5.1998 - 2 AZR 55/98, BAGE 88, 375 = BB 1998, 1111; BAG v. 6.12.2001 - 2 AZR 422/00, EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 9.

¹³¹⁶ BAG v. 6.7.2006 - 2 AZR 520/05, ZIP 2006, 2329; BGH v. 13.11.1963 - V ZR 8/62, BGHZ 40, 255, 263.

¹³¹⁷ BGH v. 13.11.1963 - V ZR 8/62, BGHZ 40, 255, 263; vgl. auch BAG v. 6.7.2006 - 2 AZR 520/05, ZIP 2006, 2329; BAG v. 7.5.1998 - 2 AZR 55/98, BAGE 88, 375 = BB 1998, 1111.

¹³¹⁸ BAG v. 6.7.2006 - 2 AZR 520/05, ZIP 2006, 2329.

oder den eindeutigen Sinnzusammenhang des fortlaufenden Textes zumindest mit einem „gedanklichen Band“ verbunden sei.¹³¹⁹

Ist der Interessenausgleich mit Namensliste **nicht formgültig zustande gekommen**, dann greift weder die Vermutungswirkung noch der schärfere Prüfungsmaßstab für die Sozialauswahl gem. § 125 Abs. 1 InsO¹³²⁰ und es verbleibt bei der „normalen“, abgestuften Darlegungs- und Beweislast.¹³²¹

c) Die Vermutungswirkung der Namensliste

Ein Interessenausgleich mit Namensliste hat für die Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess maßgebliche Bedeutung. Danach kann die soziale Rechtfertigung der Kündigungen nur noch in Ausnahmefällen in Frage gestellt werden. Bei Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste kehrt sich im Kündigungsschutzprozess, in dem der Arbeitgeber im Allgemeinen für das Vorliegen von dringenden betrieblichen Erfordernissen darlegungs- und beweispflichtig ist, die **Darlegungs- und Beweislast** um.¹³²² Wenn die Arbeitnehmer das **dringende betriebliche Erfordernis** für ihre Kündigung bestreiten wollen, sind sie entgegen § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG beweispflichtig. Entsprechendes gilt für die Bildung der Vergleichsgruppe¹³²³ und für die **Sozialauswahl**¹³²⁴

Kommt in der Insolvenz bei einer Betriebsänderung ein **Interessenausgleich** mit **Namensliste** zustande, kann die **soziale Auswahl** nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Nicht fehlerhaft ist es, wenn in die Sozialauswahl Arbeitnehmer mit besonderem Kündigungsschutz nicht einbezogen werden. **Gesetzliche Kündigungsverbote** gehen dem allgemeinen Kündigungsschutz als spezialgesetzliche Regelungen vor. Auch in der Insolvenz genießen **Betriebsratsmitglieder** daher den besonderen Kündigungsschutz. Sie sind nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen. § 125 InsO ist nur im Verhältnis zu § 1 KSchG lex specialis, nicht aber gegenüber § 15 KSchG. Eine ordentliche Kündigung ist ihnen gegenüber nur unter den Voraussetzungen des § 15 Abs. 4 und Abs. 5 KSchG möglich.¹³²⁵

¹³¹⁹ LAG Schleswig-Holstein v. 22.4.1998 – 2 Sa 556/97, LAGE § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 5; a. A. ArbG Hannover v. 22.8.1997 – 1 Ca 775/96, BB 1997, 2167 und LAG Rheinland-Pfalz v. 17.10.1997 – 9 Sa 401/97, InVo 1998, 70.

¹³²⁰ Vgl. dazu BAG v. 7.5.1998 – 2 AZR 536/97, EzA § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 5.

¹³²¹ BAG v. 20.5.1999 – 2 AZR 278/98, ZInsO 2000, 351.

¹³²² LAG Hamm v. 6.7.2000 - 799/00, ZInsO 2000, 569; BAG v. 26.4.2007 – 8 AZR 695/05, NZI 2007, 389 = ZIP 2007, 2136; dazu EWIR 2008, 11 (Lindemann).

¹³²³ LAG Köln v. 3.8.2009 – 5 Sa 43/09, ZInsO 2010, 545.

¹³²⁴ LAG Köln v. 25.2.2005 – 11 Sa 764/04, ZIP 2005, 1153, dazu EWIR 2006, 121 (Grimm/Windeln); LAG Köln v. 3.8.2009 – 5 Sa 43/09, ZInsO 2010, 545.

¹³²⁵ BAG v. 17.11.2005 - 6 AZR 118/05, ZIP 2006, 918 unter Hinweis auf KR/Weigand, §§ 113, 120 ff. InsO Rn. 48 mwN und KR/Weigand, § 125 InsO Rn. 2; ErfK/Ascheid, 6. Aufl. § 125 InsO Rn. 1; BAG v. 17.10.2004 – 2 AZR 81/04, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 56 = EzA KschG § 15 nF Nr. 57.

Die soziale Rechtfertigung einer vom Insolvenzverwalter in Anwendung einer Namensliste erklärten betriebsbedingten Kündigung ist nach dem Willen des Gesetzgebers nur in Ausnahmefällen in Frage zu stellen. Bei der einem Interessenausgleich mit Namensliste nach § 125 InsO zugrunde liegenden Sozialauswahl kann sich die **Berücksichtigung von Unterhaltspflichten gegenüber Kindern** auf diejenigen beschränken, die **aus der Lohnsteuerkarte entnommen** werden können. Dagegen darf bei der Erstellung der Namensliste zu einem solchen Interessenausgleich auch bei Anwendung des hier anzulegenden weiten Maßstabs jedenfalls die **Verpflichtung zur Gewährung von Familienunterhalt gemäß § 1360 BGB nicht gänzlich außer Betracht** bleiben. Eine Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn die der Entscheidung des nationalen Gerichts zugrunde liegende Rechtsfrage zwar noch nicht vom Gerichtshof der Europäischen Union entschieden worden ist, dieser die Subsumtion unter die maßgebliche unionsrechtliche Bestimmung aber ausdrücklich dem nationalen Gericht überlassen hat, wie es für die Rechtfertigung nach Art. 6 RL 2000/78/EG geschehen ist.¹³²⁶

Nach der Auffassung des BAG soll den Arbeitnehmer schon die Darlegungslast für **fehlende Betriebsbedingtheit** der Kündigung, etwaige **andere Beschäftigungsmöglichkeiten**, den **auswahlrelevanten Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer** und grobe Fehler in der **Sozialauswahl** treffen¹³²⁷.

Das BAG hat mit Urteil vom 28.10.2004¹³²⁸ entschieden, dass bei der betriebsbedingten Kündigung eines Arbeitnehmers des stillzulegenden Betriebsteils bei der Sozialauswahl auch ein vergleichbarer Arbeitnehmer zu berücksichtigen ist, der zur Zeit der Kündigung dem später zu übertragenden Betriebsteil angehört. Nach dieser Entscheidung hat auch in der Insolvenz grundsätzlich eine **auf den gesamten Betrieb bezogene Sozialauswahl** zu erfolgen. Dies folge aus dem Schutzzweck der Sozialauswahl, den Arbeitsplatz des sozial schwächeren Arbeitnehmers zu erhalten.

Das BAG hat vor diesem Hintergrund aber für **Altfälle** die Zulässigkeit der Beschränkung der Sozialauswahl auf einen bestimmten Geschäftsbereich bestätigt.¹³²⁹ Die vom Insolvenzverwalter wegen Stilllegung eines Geschäftsbereichs ausgesprochene Kündigung sei insoweit nicht sozial ungerechtfertigt, wenn die Betriebsparteien in einem

¹³²⁶ BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 682/10, ZIP 2012, 1927.

¹³²⁷ BAG v. 7.5.1998 – 2 AZR 536/97, BB 1998, 2263 = ZIP 1998, 1809; siehe auch LAG Köln v. 1.8.1997 – 11 Sa 355/97, LAGE § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 1; a.A. LAG Düsseldorf v. 24.3.1998 – 3 (8) Sa 2045/97 und 3(8)(11) Sa 2088/97 und 3 Sa 1926/97, LAGE § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 6.

¹³²⁸ BAG v. 28.10.2004 - 8 AZR 391/03, ZIP 2005, 412.

¹³²⁹ BAG v. 17.11.2005 - 6 AZR 107/05, BB 2006, 1636 = ZIP 2006, 774 = DZWIR 2006, 284 m. Anm. Bichlmeier; dazu auch Lindemann, ZInsO 2006, 697.

Interessenausgleich mit Namensliste die Sozialauswahl auf einen der Geschäftsbereiche beschränken, weil dort die Arbeitnehmer anderer Geschäftsbereiche **nicht ohne Einarbeitungszeit** beschäftigt werden können. Es aber offengelassen, ob nach der Veröffentlichung des Urteils des Achten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 28. Oktober 2004 an der Beschränkbarkeit des auswahlrelevanten Personenkreises festzuhalten ist.

Die **Sozialauswahl** kann nach § 125 Abs. 1 Nr. 2 InsO nur im Hinblick auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten¹³³⁰, und nur dann mit Erfolg in Frage gestellt werden, wenn sie grob fehlerhaft ist. Allerdings bezieht sich der Prüfungsmaßstab der groben Fehlerhaftigkeit nicht nur auf die sozialen Indikatoren und deren Gewichtung selbst. Vielmehr wird die gesamte Sozialauswahl, also insbesondere **auch die Bildung der auswahlrelevanten Gruppen**, nur auf ihre groben Fehler überprüft.

Für einen Interessenausgleich mit Namensliste in der **Insolvenz** gemäß § 125 InsO vertritt das LAG Köln die Auffassung, dass eine grobe Fehlerhaftigkeit der Namensliste im Rahmen der Sozialauswahl nicht vorliege, wenn die Gruppenbildung berücksichtigt, dass eine **Umsetzung, Neuschulung und Neueinarbeitung weitgehend vermieden** wird.¹³³¹

Die sog. „Namenslistenregelung“ war im Zeitraum vom 01.10.1996 bis 31.12.1998 schon in der Vorschrift des **§ 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG a.F. [1996]** enthalten. Die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers beschränkt sich auf die „Vermutungsbasis“¹³³², nämlich auf die tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorschriften des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG bzw. § 125 InsO.

Die zu § 1 Abs. 5 KSchG a.F. [1996] entwickelten Rechtssätze lassen sich nach Auffassung des **LAG Hamm vollinhaltlich auf die Vorschrift des § 125 InsO übertragen**. Sie gelten **auch bei Änderungskündigungen** aufgrund eines Interessenausgleichs mit Namensliste sowie hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast anlässlich von Änderungs- oder Beendigungskündigungen bei einer Betriebsveräußerung in der Insolvenz aufgrund eines Interessenausgleichs mit Namensliste entsprechend (§ 128 Abs. 2 InsO).

Die Regelungen des § 125 InsO wollen eine **erfolgreiche Sanierung insolventer Unternehmen fördern** und im Insolvenzfall zusätzliche Kündigungserleichterungen schaffen. Der Insolvenzverwalter soll nicht einer Fülle von langwierigen und schwer

¹³³⁰ Zur Gewichtung der Unterhaltspflichten im Rahmen des bisherigen § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG siehe einerseits LAG Hamm v. 23.4.1998 – 12 Sa 64/98, n.v. und andererseits LAG Rostock v. 16.4.1998 – 1 Sa 401/97, n.v.; nach h.M. sind nur Unterhaltspflichten gegenüber gesetzlich Unterhaltsberechtigten zu berücksichtigen.

¹³³¹ LAG Köln v. 2.5.2005 - 2 Sa 1511/04, LAGE § 125 InsO Nr. 7.

¹³³² Im Anschluss an LAG Köln v. 1.8.1997 – 11 Sa 355/97, LAGE § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 1.

kalkulierbaren Kündigungsschutzprozessen ausgesetzt werden. Im Insolvenzfall wird daher der **individuelle Kündigungsschutz** nach § 1 KSchG zugunsten einer kollektivrechtlichen Regelungsbefugnis der Betriebsparteien **eingeschränkt**.

Mit der Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle durch § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO auf „**grobe Fehler**“ bei Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste wird zugleich der Prüfungsmaßstab gesenkt. Der Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers bei der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG wird zugunsten einer vom Insolvenzverwalter und Betriebsrat vereinbarten betrieblichen Gesamtlösung erweitert.

Kommt zwischen dem Arbeitgeber bzw. Insolvenzverwalter und dem Betriebsrat ein Interessenausgleich mit einer solchen Namensliste zustande, dann wirkt sich dies bei einer namentlichen Benennung der zu kündigenden Arbeitnehmer nach Auffassung des **LAG Hamm zusammenfassend** wie folgt aus¹³³³:

- Vermutung, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch dringende betriebliche Gründe bedingt ist (vgl. § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO)
- Beschränkung der Überprüfbarkeit der Sozialauswahl auf grobe Fehlerhaftigkeit (vgl. § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO)
- Vermutung, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht wegen eines Betriebsübergangs erfolgt ist, falls der Betrieb in der Insolvenz den Inhaber wechselt (vgl. § 128 Abs. 2 InsO)
- Beschränkung der Überprüfbarkeit der Zuordnung der Arbeitnehmer zu einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil auf grobe Fehlerhaftigkeit bei Unternehmensumstrukturierungen (§ 323 Abs. 2 UmwG analog).

Grobe Fehlerhaftigkeit i.S.d. § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO ist bei der Sozialauswahl über einen Interessenausgleich mit Namensliste nach der Auffassung des **LAG Hamm**¹³³⁴ anzunehmen, wenn die Betriebsparteien

- den auswahlrelevanten Personenkreis der austauschbaren und damit vergleichbaren Arbeitnehmer willkürlich bestimmt oder nach unsachlichen Gesichtspunkten eingegrenzt haben,
- unsystematische Altersgruppen mit wechselnden Zeitsprüngen (bspw. in 12er, 8er und 10er Jahresschritten) gebildet haben,
- eines der drei sozialen Grundkriterien überhaupt nicht berücksichtigt oder zusätzlichen Auswahlkriterien eine überhöhte Bewertung beigemessen haben,

¹³³³ LAG Hamm v. 6.7.2000 – 233/00, ZInsO 2001, 336.

¹³³⁴ LAG Hamm v. 5.6.2003 – 4/16 Sa 1976/02, DZWIR 2004, 153 (Weisemann) = ZInsO 2003, 1060 = ZIP 2004, 1863, dazu EWiR 2004, 449 (Thüsing).

- die der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehenden Gründen nicht nach sachlichen Gesichtspunkten konkretisiert haben.

Eine Sozialauswahl, der eine **Verkennung des Betriebsbegriffs** zugrunde liegt, ist nicht stets als grob fehlerhaft anzusehen. Die Sozialauswahl ist vielmehr nur dann grob fehlerhaft, wenn im Interessenausgleich der Betriebsbegriff selbst grob verkannt worden ist, seine **Fehlerhaftigkeit also „ins Auge springt“**. Auch bei Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste in der Insolvenz nach § 125 InsO können die Betriebsparteien den Kreis der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer über die **Definition des Betriebsbegriffs** im Interessenausgleich **nicht enger oder weiter ziehen**, als es das Kündigungsschutzgesetz in seiner Auslegung durch das Bundesarbeitsgericht zulässt. Die **gesetzlichen Grundbedingungen der Sozialauswahl stehen nicht zur Disposition der Betriebspartner**. Eine Sozialauswahl ist nur dann unwirksam, wenn sich ihr Ergebnis als fehlerhaft erweist. Auch ein mangelhaftes Auswahlverfahren kann zu einem richtigen, nicht fehlerhaften Auswahlergebnis führen.¹³³⁵

Die Vermutungswirkung des § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO erstreckt sich lediglich auf eine im Interessenausgleich geregelte Betriebsänderung. Liegt **keine Betriebsänderung** vor, sondern handelt es sich in Wahrheit um einen **Betriebsteilübergang i.S.v. § 613a BGB**, so greift § 125 Abs. 1 InsO jedenfalls für die vom Betriebsteilübergang betroffenen Arbeitsverhältnisse nicht ein. Soweit die Voraussetzungen des § 125 Abs. 1 InsO vorliegen, gelangt die Vermutungswirkung des § 128 Abs. 2 InsO zur Anwendung. Diese Vermutung kann widerlegt werden (§ 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 292 ZPO). Dafür ist der Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig.¹³³⁶

Einschränkungen macht auch das LAG Düsseldorf hinsichtlich der **Vermutungswirkung bzgl. des eigentlichen Kündigungsgrundes**: Da § 125 Abs.1 S. 1 InsO voraussetzt, dass es sich um eine Betriebsänderung i.S.v. § 111 BetrVG handelt, kommt es auch im Rahmen des § 125 InsO zunächst darauf an, inwieweit eine **Stilllegung des Betriebs oder eine Betriebsveräußerung** geplant waren. Für den im Rahmen des § 125 Abs.1 S.1 Nr. 1 InsO vom Insolvenzverwalter zu erbringenden Nachweises einer geplanten Stilllegung des Betriebs reichen unter Umständen die Kündigung aller Arbeitnehmer und der Entschluss zu einer sog. Ausproduktion nicht aus, wenn es kurze Zeit (hier: circa einen Monat) nach dem

¹³³⁵ BAG v. 20.9.2012 – 6 AZR 483/11, ZIP 2013, 284.

¹³³⁶ BAG v. 28.8.2003 – 2 AZR 377/02, AP Nr. 134 zu § 102 BetrVG = ArbRB 2004, 103 (Berscheid) = ZInsO 2004, 288 = ZIP 2004, 525, dazu EWiR 2004, 419 (Grimm/Brock).

Abbruch von Verhandlungen über eine Betriebsveräußerung mit demselben Interessenten doch noch zu einem Betriebsübergang nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB kommt.¹³³⁷

Eine einschränkende Auffassung vertritt auch das ArbG Stuttgart in einem „Schlecker-Fall“¹³³⁸: Die **Auskunftspflicht** über die Sozialauswahl gem. **§ 1 Abs. 3 S. 1 Halbs. 2 KSchG** gilt – bei einem entsprechenden Verlangen des Arbeitnehmers – auch in den Fällen eines **Interessenausgleichs mit Namensliste in der Insolvenz** i.S.v. § 125 InsO uneingeschränkt. Erfüllt der Insolvenzverwalter die Auskunftspflicht nicht bzw. nicht hinreichend ist die **Kündigung ohne weiteres als sozialwidrig** anzusehen.

Von einer **geplanten Stilllegung des Betriebes** kann gem. § 125 Abs. 1 InsO ausgegangen werden, wenn der Insolvenzverwalter seine Stilllegungsabsicht sowohl gegenüber den Beschäftigten als auch gegenüber dem Insolvenzgericht unmissverständlich äußert, mit dem Betriebsrat einen entsprechenden Interessenausgleich mit Namensliste abschließt, allen Arbeitnehmern kündigt, sie mit abnehmender Tendenz im Rahmen einer geplanten Auslaufproduktion weiterbeschäftigt und dem Arbeitsamt die Entlassung aller Arbeitnehmer mit der Begründung „Betriebsstilllegung“ anzeigt. In diesem Fall bleibt die Vermutungswirkung der Betriebsbedingtheit der Kündigung auch dann bestehen, wenn ein beträchtlicher Teil der Arbeitnehmer (hier 83 von 180 Arbeitnehmern) über den geplanten Abschluss der Auslaufproduktion hinaus noch mit befristeten Arbeitsverträgen weiterbeschäftigt wird.¹³³⁹

Hat der **Insolvenzverwalter** mit dem Betriebsrat eine solche **Namensliste** nach § 125 InsO vereinbart und veräußert er anschließend den Betrieb im Rahmen einer **sanierenden Übertragung**, soll nach der Auffassung des LAG Niedersachsen der Betrieb nur mit den übrigen Mitarbeitern übergehen und der Insolvenzverwalter hinsichtlich der sich aus der Namensliste ergebenden Arbeitnehmer **kündigungsbefugt bleiben**.¹³⁴⁰

Das LAG Hamm hat gegenteilig entschieden: Schließt der Insolvenzverwalter mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich mit Namensliste, verzögert sich jedoch der Ausspruch einer beabsichtigten Kündigung wegen des behördlichen Zustimmungserfordernisses gemäß § 85 SGB IX und überträgt der Insolvenzverwalter den Betrieb sodann gemäß § 613a BGB auf einen Erwerber, so entfällt hiermit seine Arbeitgeberstellung und Kündigungsberechtigung. Anders als beim Betriebsteilübergang **erfasst der Übergang des vom Insolvenzverwalter verkleinerten Betriebes sämtliche bestehenden**

¹³³⁷ LAG Düsseldorf v. 23.1.2003 – 11/13 Sa 1102/02, ZInsO 2004, 1271.

¹³³⁸ ArbG Stuttgart v. 24.7.2012 – 16 Ca 2422/12, ZIP 2012, 2078.

¹³³⁹ LAG Hamm v. 12.2.2003 – 2 Sa 826/02, ZInsO 2004, 566.

¹³⁴⁰ LAG Niedersachsen v. 30.11.2000 – 8 Sa 1012/00, ZInsO 2001, 776.

Arbeitsverhältnisse, nicht hingegen sind unwirksam gekündigte Arbeitsverhältnisse dem Insolvenzverwalter zuzuordnen.¹³⁴¹

Nachträgliche Änderungen der Sachlage, etwa eine neue betriebliche Planung oder ein unvorhergesehenes Ausscheiden anderer Arbeitnehmer, sind allerdings zu berücksichtigen. § 125 Abs. 1 Satz 2 InsO (wesentliche Änderung der Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs mit dem Betriebsrat) greift nur dann ein, wenn die Änderung **zwischen dem Abschluss des Interessenausgleichs und dem Zeitpunkt der Kündigung** erfolgt.¹³⁴²

Das BAG hatte zu entscheiden, ob die **vorsätzliche Abweichung von einer Auswahlrichtlinie**, die die Bewertung der sozialen Auswahlkriterien verbindlich regelt, zur groben Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl führt. Arbeitgeber und Betriebsrat können nach der Auffassung des BAG Auswahlrichtlinien i.S.v. § 1 Abs. 4 KSchG später oder zeitgleich – etwa bei **Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste** – ändern. Setzen sich die Betriebsparteien in einem bestimmten Punkt gemeinsam über die Auswahlrichtlinie hinweg, gilt die Namensliste.¹³⁴³

Bei einer **Betriebsänderung** ersetzt gemäß § 125 Abs. 2 InsO ein vom Insolvenzverwalter mit dem Betriebsrat abgeschlossener **Interessenausgleich mit Namensliste** die Stellungnahmen des Betriebsrats nach **§ 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG** zu den vom Insolvenzverwalter beabsichtigten Massenentlassungen. Bei einer **betriebsübergreifenden Betriebsänderung** ersetzt dementsprechend nach der Auffassung des BAG gemäß § 125 Abs. 2 InsO ein vom Insolvenzverwalter mit dem **Gesamtbetriebsrat** abgeschlossener Interessenausgleich mit Namensliste die **Stellungnahmen der örtlichen Betriebsräte** nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG zu den vom Insolvenzverwalter beabsichtigten Massenentlassungen.¹³⁴⁴

d) Erhaltung bzw. Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur

Die durch § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO im Insolvenzverfahren eröffnete Möglichkeit der Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur durch **Bildung von Altersgruppen verletzt das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung nicht**. Sie ist durch das Ziel der Sanierung eines insolventen Unternehmens gerechtfertigt.¹³⁴⁵ Die Arbeitsgerichte haben aber zu prüfen, ob die Altersgruppenbildung im konkreten Interessenausgleich **gemäß**

¹³⁴¹ LAG Hamm v. 19.5.2005 - 8 Sa 2123/04, LAGReport 2005, 358.

¹³⁴² ArbG Aachen v. 6.8.1999 – 6 Sa 64/99, ZIP 2000, 202 = ZInsO 2000, 175; dazu EWiR 2000, 131 (Westpfahl).

¹³⁴³ BAG v. 24.10.2013 – 6 AZR 854/11, NZA 2014, 46.

¹³⁴⁴ BAG v. 7.7.2011 – 6 AZR 248/10, NJW 2011, 3180 = ZIP 2011, 1786; dazu EWiR 2011, 677 (Mückl).

¹³⁴⁵ BAG v. 19.12.2013 - 6 AZR 790/12, NZA 2014, 909.

§ 10 AGG gerechtfertigt ist. Der kündigende **Insolvenzverwalter** ist **darlegungs- und beweispflichtig** für die sanierungsbedingte Erforderlichkeit der Altersgruppenbildung.

Eine grobe Fehlerhaftigkeit liegt nicht vor, wenn eine **ausgewogene Personalstruktur geschaffen oder erhalten** wird. Es sind dabei neue betriebliche Planungen oder ein unvorhergesehenes Ausscheiden anderer Arbeitnehmer zu berücksichtigen¹³⁴⁶. Der **Begriff** der ausgewogenen Personalstruktur dem Arbeitgeber einen weiten Ermessensspielraum lässt, Streitig ist aber, ob er **gerichtlich voll nachprüfbar** ist.¹³⁴⁷

Dies gilt auch für die **Herausnahme von Arbeitnehmern aus einer Vergleichsgruppe** jedenfalls insoweit, als dies gem. § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 InsO dem Erhalt oder der Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur dient. Grob fehlerhaft i.S.v. § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO ist eine soziale Auswahl, wenn ein **evidenter Fehler** vorliegt und der Interessenausgleich, insbesondere bei der Gewichtung der Auswahlkriterien, jede Ausgewogenheit vermissen lässt.¹³⁴⁸

Die **Bildung von Altersgruppen** bei der einem Interessenausgleich mit Namensliste nach § 125 InsO zugrunde liegenden Sozialauswahl als solche verletzt das Verbot der Altersdiskriminierung nicht und ist deshalb nicht nach § 7 Abs. 1, Abs. 2 AGG i. V. m. §§ 1, 3 Abs. 2 AGG unwirksam. Ein im Allgemeininteresse liegendes legitimes Ziel aus dem Bereich der Sozialpolitik, das die Benachteiligung älterer Arbeitnehmer durch eine Altersgruppenbildung rechtfertigt, liegt auch dann vor, wenn die Sozialauswahl nach Altersgruppen dazu dienen soll, den **Betrieb aus der Insolvenz heraus verkaufsfähig zu machen**.¹³⁴⁹

Die gesetzliche Vorgabe in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG, das Lebensalter als eines von mehreren Kriterien bei der Sozialauswahl zu berücksichtigen, und die durch § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG eröffnete Möglichkeit, die Auswahl zum Zweck der Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur innerhalb von Altersgruppen vorzunehmen, **verstoßen nicht gegen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung** und dessen Ausgestaltung durch die Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000.¹³⁵⁰ Das gilt auch für die **Schaffung einer**

¹³⁴⁶ Begründung zu § 128 Regierungsentwurf zur InsO, BTDs. 12/2443, 149, abgedruckt in: Kübler/Prütting, RWS-Dok. 18, Bd. I, S. 326 ff.

¹³⁴⁷ So Kania, DStR 1997, 832; a.A. Warrikoff, BB 1994, 2338, 2342.

¹³⁴⁸ BAG v. 28.8.2003 – 2 AZR 368/02, AP Nr. 1 zu § 125 InsO = ArbRB 2004, 102 (Berscheid) = NZA 2004, 432 = NZI 2004, 338 = ZIP 2004, 1271, dazu EWIR 2004, 1233 (Moll/Henke); ähnlich auch LAG Hamm v. 12.11.2003 – 2 Sa 1232/03, ZInsO 2004, 1097; dazu Fleddermann, ZInsO 2004, 1071.

¹³⁴⁹ BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 682/10, ZIP 2012, 1927.

¹³⁵⁰ BAG v. 15.12.2011 – 2 AZR 42/10, ZIP 2012, 1623.

ausgewogenen Personalstruktur durch einen Interessenausgleich mit Namensliste nach § 125 InsO.¹³⁵¹

Das BAG hat jedoch die **Voraussetzungen** für die Bildung solcher Altersstrukturgruppen inzwischen noch einmal präzisiert und teiölweise verschärft:¹³⁵²

§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG gestattet zwar die Vornahme der Sozialauswahl im Rahmen von Altersgruppen, wenn dies zur Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur der Belegschaft im betrieblichen Interesse liegt. Eine solche Ausnahme von dem Grundsatz des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG, dass die Sozialauswahl innerhalb der gesamten Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer stattzufinden hat, ist aber nur gerechtfertigt, wenn **innerhalb der Vergleichsgruppe nach sachlichen Kriterien Altersgruppen gebildet** werden, die prozentuale Verteilung der Belegschaft auf die Altersgruppen festgestellt und die **Gesamtzahl der auszusprechenden Kündigungen** diesem Proporz entsprechend auf die einzelnen Altersgruppen verteilt wird. Die Beteiligung der einzelnen Altersgruppen an dem Personalabbau hat auch im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG **streng proportional** zu erfolgen. Eine altersgruppenbezogene Sozialauswahl führt zu einem **- groben - Auswahlfehler** in Bezug auf den klagenden Arbeitnehmer, wenn ihre Voraussetzungen nicht vorliegen und innerhalb der dann insgesamt zu betrachtenden Vergleichsgruppe ein in dem erforderlichen Maß weniger schutzbedürftiger Arbeitnehmer verschont bleibt.

Das Gesetz bestimmt für die soziale Auswahl in § 125 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Hs. 2 InsO, dass es nicht als grob fehlerhaft anzusehen ist, wenn eine **ausgewogene Personalstruktur** nicht nur „erhalten“, sondern auch wenn sie erst „**geschaffen**“ wird.¹³⁵³ Dabei geht es nicht um den „Ausschluss“ oder um die „Herausnahme“ einzelner Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl, gemeint ist vielmehr, dass die soziale Auswahl von vornherein nur innerhalb von abstrakten Altersgruppen vorgenommen wird.¹³⁵⁴

Im Insolvenzverfahren können nach der Auffassung des ArbG Cottbus unter eingeschränkten Voraussetzungen in einem Interessenausgleich mit Namensliste bei der zu treffenden Sozialauswahl zur Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur **Fehlzeiten herangezogen** werden. Dabei dürfen nur solche Fehlzeiten in einem angemessenen Zeitraum (z. B. 2 Jahre) berücksichtigt werden, die für die Zukunft relevant sein können. Die Berücksichtigung von Fehlzeiten allein in der Altersgruppe der 51- bis 60-jährigen ist

¹³⁵¹ BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 790/12, ZIP 2014, 536.

¹³⁵² BAG v. 26.3.2015 – 2 AZR 478/13, NJW 2015, 3116 = NZA 2015, 1122 m. Anm. Krieger; dazu Lingemann/Otte, NZA 2016, 65.

¹³⁵³ Dazu Göpfert/Stark, ZIP 2015, 155.

¹³⁵⁴ LAG Hamm v. 5.6.2003 – 4/16 Sa 1976/02, DZWIR 2004, 153 (Weisemann) = ZInsO 2003, 1060 = ZIP 2004, 1863, dazu EWIR 2004, 449 (Thüsing).

altersdiskriminierend und eine solche Auswahl ist grob fehlerhaft. Die Berücksichtigung von Fehlzeiten als alleiniges Kriterium in einer Altersgruppe führt zu einer unzulässigen personenbedingten Kündigung. Die Berücksichtigung von Fehlzeiten zur Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur kann nur **bezogen auf den gesamten auswahlrelevanten Personenkreis** erfolgen. Der auswahlrelevante Personenkreis kann in angemessene Gruppen mit unterschiedlichen Fehlzeiten aufgeteilt und die Kündigungen auf die Gruppen anteilig verteilt werden.¹³⁵⁵

Diese Regelung geht auch über die allgemeine Regelung in § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG a.F. und seit 1.1.2004 n.F. hinaus, wonach die Grundsätze der Sozialauswahl lediglich zur „**Sicherung** einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes“ überspielt werden können.¹³⁵⁶ Demgegenüber lässt § 125 Abs. 1 Nr. 2 InsO auch die (erstmalige) **Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur** zu. Darin soll aber nach der instanzgerichtlichen Rechtsprechung keine Fiktion oder unwiderlegliche Vermutung für nicht grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl liegen, sondern allein der Kreis der berechtigten betrieblichen Belange im Sinne des § 1 Abs. 3 KSchG erweitert werden, wie insgesamt die namentliche Bezeichnung von zu kündigenden Arbeitnehmern in einer Liste zu einem Interessenausgleich nur eine widerlegliche Vermutung zugunsten des Arbeitgebers nach § 1 Abs. 3, Abs. 5 KSchG enthalten soll.¹³⁵⁷

Bei der Bildung von **Altersgruppen** wird eine **bestimmte Staffelung** durch das Gesetz **nicht vorgeschrieben**. Die Betriebsparteien sind daher hinsichtlich der Anzahl der zu bildenden Altersgruppen (Dreier-, Vierer- oder Fünfeinteilung) frei. Für die einzelnen auswahlrelevanten Personenkreise können unterschiedliche Altersgruppeneinteilungen vorgenommen werden. Es ist mithin nicht zu beanstanden, wenn bei einem Heizungs- und Sanitärunternehmen bei den Sanitärinstallateuren eine Viereinteilung und bei den Heizungsmonteuren eine Dreiereinteilung für die Altersgruppen vorgenommen worden ist.¹³⁵⁸

Das Arbeitsgericht Osnabrück hat eine Alterstrukturgruppenbildung wegen des **europarechtlichen Diskriminierungsverbots** zumindest insoweit als rechtswidrig angesehen, wie es um die bloße Erhaltung der Altersstruktur gehe.¹³⁵⁹ Das Arbeitsgericht

¹³⁵⁵ ArbG Cottbus v. 23.8.2012 – 11 Ca 10335/12, ZInsO 2012, 2308.

¹³⁵⁶ Berkowsky, NZI 1999, 129, 134.

¹³⁵⁷ LAG Hamm v. 28.5.1998 – 8 Sa 76/98, LAGE § 125 InsO Nr.1 = ZInsO 1998, 236, dazu EWiR 1998, 1093 (Westpfahl); LAG Sachsen-Anhalt v. 13.5.1998 – 3 Sa 694/97, AuA 1999, 236.; LAG Düsseldorf v. 29.1.1998 – 5/4 Sa 1914/97, InVo 1999, 12; LAG Düsseldorf v. 25.1.1998 – 12/13 Sa 2121/97, InVo 1999, 16.

¹³⁵⁸ LAG Hamm v. 5.6.2003 – 4/16 Sa 1976/02, DZWIR 2004, 153 (Weisemann) = ZInsO 2003, 1060 = ZIP 2004, 1863, dazu EWiR 2004, 449 (Thüsing).

¹³⁵⁹ ArbG Osnabrück v. 5.2.2007 – 3 Ca 778/06, ZIP 2007, 1284 = BB 2007, 1504 m. Anm. Thüsing; dazu auch Freckmann, BB 2007, 1049.

Bielefeld hat auch unter der Geltung des AGG gegenteilig entschieden.¹³⁶⁰ Auch das LAG Niedersachsen ist anderer Auffassung und hat in der Berufungsinstanz das Urteil des Arbeitsgerichts Osnabrück abgeändert.¹³⁶¹

Eine Gruppenbildung bei der Sozialauswahl im Insolvenzverfahren nach den Merkmalen **praktische Erfahrung und geringerer Schulungsbedarf** ist nach Auffassung des **LAG Köln** nicht grob fehlerhaft. Die grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl mit Namensliste nach § 125 InsO sei als Prüfungsmaßstab auch bei der Bildung der Vergleichsgruppen anzuwenden. Eine grob fehlerhafte Sozialauswahl liege nicht vor, wenn die Gruppenbildung berücksichtigt, dass eine Umsetzung, Neuschulung und Neueinarbeitung weitgehend vermieden wird. Damit sind Mitarbeiter, die in der Vergangenheit eine Maschine noch nie bedient haben, nicht mit Mitarbeitern vergleichbar, die schon an dieser Maschine gearbeitet haben.¹³⁶²

5. Inhalt und Umfang der Unterrichtung des Betriebsrates

Der Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste gem. § 125 Abs. 1 InsO kann **mit dem Anhörungsverfahren gem. § 102 Abs. 1 BetrVG verbunden** werden.¹³⁶³ Dann muss sich aus dem Interessenausgleich ergeben, dass der Betriebsrat zur Kündigung des betroffenen Arbeitnehmers angehört worden ist und eine abschließende Stellungnahme dazu abgegeben hat.¹³⁶⁴

In wieweit die Regelung des § 125 Abs. 1 InsO sich auch auf **Umfang und Inhalt der vom Insolvenzverwalter nach § 102 BetrVG gegenüber dem Betriebsrat zu erteilenden Informationen** auswirkt, ist noch nicht abschließend geklärt.¹³⁶⁵ Einerseits wird verlangt, dass der Insolvenzverwalter dem Betriebsrat im einzelnen auch darstellt, nach welchen Gesichtspunkten die Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer innerhalb der Altersgruppen erfolgt ist, andererseits soll aber der **mitzuteilende Kündigungssachverhalt „subjektiv determiniert“** sein, so dass zur ordnungsgemäßen Betriebsratanhörung allein diejenigen Tatsachen mitzuteilen sein sollen, welche aus der Sicht des Insolvenzverwalters den Kündigungsentschluss tragen.

¹³⁶⁰ ArbG Bielefeld v. 25.4.2007 - 6 Ca 2886/06, BB 2007, 1961 m. Anm. *Neufeld*.

¹³⁶¹ LAG Niedersachsen v. 13.7.2007 – 16 Sa 269/07, ZIP 2008, 132.

¹³⁶² LAG Köln v. 2.5.2005 - 2 Sa 1511/04, LAGE InsO § 125 Nr. 7.

¹³⁶³ LAG Hamm v. 5.5.2004 – 2 Sa 2182/03, ArbRB 2005, 38 (Lunk) = ZInsO 2005, 1116.

¹³⁶⁴ LAG Hamm v. 12.2.2003 – 2 Sa 826/02, ZInsO 2004, 566; LAG Hamm v. 3.9.2003 – 2 Sa 331/03, ZInsO 2004, 820; LAG Hessen v. 18.7.2003 – 17/12 Sa 828/02, ArbUR 2004, 316, dazu Fleddermann, ZInsO 2004, 1301.

¹³⁶⁵ Dazu Berscheid, ZInsO 1999, 511.

Die **Anforderungen an den Inhalt der** Anhörung werden dabei nicht herabgesetzt.¹³⁶⁶ Auch bei Vorliegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste i.S.d. § 125 Abs. 1 InsO unterliegt die **Betriebsratsanhörung** nach § 102 Abs. 1 BetrVG nach Ansicht des BAG grundsätzlich keinen erleichterten Anforderungen.¹³⁶⁷ Wie im Fall des § 1 Abs. 5 KSchG ergibt sich auch bei § 125 Abs. 1 InsO weder aus Wortlaut noch aus Sinn und Zweck des Gesetzes ein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber beim Vorliegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste die Anwendung des § 102 BetrVG auch nur einschränken wollte. Das Gegenteil zeigt vielmehr § 125 Abs. 2 InsO, der lediglich für die Stellungnahme des Betriebsrates nach § 17 Abs. 3 S. 2 KSchG anordnet, sie werde durch den Interessenausgleich ersetzt (vgl. § 1 Abs. 5 S. 4 KSchG a.F. [1996])

Kommt nämlich ein **Interessenausgleich** nach § 125 Abs. 1 InsO zustande, so ersetzt dieser zugleich die Stellungnahme des Betriebsrats im Rahmen der **Massenentlassungsanzeige** nach § 125 Abs. 2 InsO.

Besteht die Betriebsänderung bzw. die damit verbundene Entlassungsmaßnahme in einem **Arbeitsplatzabbau** und in einer damit verbundenen **Umorganisation** des (verbleibenden) Betriebes, so ist nach der Rechtsprechung des LAG Hamm die Betriebsratsanhörung nicht ordnungsgemäß, wenn nach dem Interessenausgleich mit Namensliste **in den einzelnen Abteilungen unproportional bzw. überproportional gekündigt** werden soll, ohne dass in der Betriebsratsanhörung erläutert wird, wie nach der Kündigungsmaßnahme die verbleibende Arbeit in den einzelnen Abteilungen von den dort verbliebenen Arbeitnehmern erledigt werden soll, insbesondere in den Abteilungen, in denen überproportional viele Kündigungen erfolgen sollen.¹³⁶⁸

Treffen **Unterrichtungspflichten** des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat **nach mehreren Vorschriften** zusammen, ist es nicht zwingend erforderlich, dass der Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat jeweils getrennte Verfahren einleitet. Es ist zulässig und aus Zweckmäßigkeitsgründen angebracht, die einzelnen Verfahren zu verbinden, auch wenn sie unterschiedlichen inhaltlichen Anforderungen unterliegen.¹³⁶⁹ Der Arbeitgeber sollte bei der Verbindung der verschiedenen Anhörungsverfahren dies von Anfang an klarstellen.¹³⁷⁰

¹³⁶⁶ BAG v. 23.8.2003 – 2 AZR 277/02, ZIP 2004, 532.

¹³⁶⁷ BAG v. 28.8.2003 – 2 AZR 377/02, AP Nr. 134 zu § 102 BetrVG = ArbRB 2004, 103 (Berscheid) = ZInsO 2004, 288 = ZIP 2004, 525, dazu EWiR 2004, 419 (Grimm/Brock); bestätigt durch BAG v. 23.10.2008 – 2 AZR 163/07, BB 2009, 1798.

¹³⁶⁸ LAG Hamm v. 5.10.2011 – 6 Sa 2/11; ArbG Herford v. 21.12.2011 – 2 Ca 618/11.

¹³⁶⁹ LAG Hamm v. 1.4.2004 – 4 Sa 1340/03, ArbRB 2005, 80.

¹³⁷⁰ BAG v. 20.5.1999 – 2 AZR 532/98, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste.

Die sich aus § 125 InsO ergebenden geringeren Anforderungen des materiellen Rechts an die soziale Rechtfertigung der Kündigung sollen sich deshalb nur mittelbar auch auf den **Umfang der Anhörungspflicht** des Insolvenzverwalters im Rahmen des § 102 Abs. 1 BetrVG auswirken, indem der Betriebsrat aufgrund der Vorkenntnisse aus den Interessenausgleichsverhandlungen und die Verhandlungen um die Namensliste schon über wesentliche Sachverhaltsinformationen verfügt. Die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG soll aber durch einen Interessenausgleich mit Namensliste nicht automatisch überflüssig werden bzw. nicht mit einer in der Summe geringeren Informationserteilung an den Betriebsrat verbunden sein.¹³⁷¹

Regelmäßig gehen dem Abschluss eines Interessenausgleichs, der mit einer Namensliste der zu kündigenden Arbeitnehmer verbunden ist, längere Verhandlungen voran, aufgrund derer **beim Betriebsrat erhebliche Vorkenntnisse** über die vom Insolvenzverwalter geltend gemachten Kündigungsgründe und auch die vielleicht mit dem Betriebsrat zusammen vorgenommene Sozialauswahl vorhanden sein können. Die dem Betriebsrat aus diesen Verhandlungen bekannten Tatsachen muss der Insolvenzverwalter im Anhörungsverfahren jedoch nicht erneut vortragen. Dass der Betriebsrat derartige Vorkenntnisse hatte, muss der Insolvenzverwalter allerdings **im Prozess hinreichend konkret darlegen und ggf. beweisen**.

Im Interessenausgleich sollte deutlich gemacht werden, dass mit der Unterzeichnung des Interessenausgleichs auch das Anhörungsverfahren hinsichtlich aller auszusprechenden Kündigungen abgeschlossen sein soll. Folgende **Formulierungen** werden dazu vorgeschlagen¹³⁷²:

„Bei der Verhandlung über den Interessenausgleich und der Erstellung der Namensliste lagen dem Betriebsrat die Sozialdaten sämtlicher Arbeitnehmer des Betriebes vor. Mit der Erstellung der Namensliste ist gleichzeitig das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG zur Kündigung der in der Namensliste genannten Arbeitnehmer eingeleitet worden. Die Erörterungen, die zur Erstellung der Namensliste geführt haben, sind gleichzeitig die förmliche Information des Betriebsrates über die Kündigungsgründe gemäß § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. Der Betriebsrat hatte in seiner heutigen Sitzung vom Gelegenheit, über die beabsichtigten Kündigungen zu beraten. Er gibt dazu folgende abschließende Stellungnahme ab: Die Kündigungen werden zur Kenntnis genommen. Der Betriebsrat betrachtet das Anhörungsverfahren damit als abgeschlossen.“

¹³⁷¹ LAG Hamm v. 28.5.1998 – 8 Sa 76/98, ZInsO 1998, 236, dazu EWIR 1998, 1093 (Westphal); LAG Düsseldorf v. 24.3.1998 – 3(8)(11) Sa 2088/97 n.v. und 3(8) Sa 2045/97 n.v. und v. 21.4.1998 – 3(11)(18) Sa 1968/97, EzA-SD 1998, 13/6-8; ArbG Hamburg, v. 11.5.1998 – 21 Ca 106/97, ZInsO 1998, 237; ArbG Kiel v. 6.3.1998 - 4 Ca 2458/97, ZInsO 1998, 237 zu § 1 Abs. 5 KSchG.

¹³⁷² Bertram, NZI 2001, 625, 629.

oder¹³⁷³:

„Die vertragschließenden Betriebspartner sind sich darüber einig, dass der Betriebsrat über die zum jeweils nächst zulässigen Kündigungstermins vorzunehmenden Entlassungen und Versetzung sowie über die Fälle des Ablaufs der Höchstfrist (§ 113 Abs. 1 InsO) mit dem vom Insolvenzverwalter am gemäß §§ 99 Abs. 1, 102 Abs 1 BetrVG umfassend informiert worden ist und dass Sie am zur Vermeidung der Entlassungen und zur Milderung ihrer Folgen beraten haben, die schließlich zum Abschluss des vorstehenden Interessenausgleichs geführt haben. Der Betriebsrat erteilt nach abschließender Beratung am heutigen gegen zu den Kündigungen und Umsetzungen der in diesem Interessenausgleich namentlich benannten Arbeitnehmer seine Zustimmung.“

oder¹³⁷⁴:

„Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Erstellung der Namensliste im Rahmen dieses Interessenausgleichs die Information des Betriebsrats nach § 102 BetrVG ersetzt, der Betriebsrat die beabsichtigten Kündigungen zur Kenntnis genommen hat und das Anhörungsverfahren gemäß § 102 BetrVG damit abgeschlossen ist.“

Solche Klauseln belegen gemäß **§ 416 ZPO**, dass die Betriebsratanhörung im Rahmen der Verhandlungen über einen Interessenausgleich stattgefunden hat, sie verringern aber nicht die Anforderungen an die Anhörung.¹³⁷⁵

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG kann die Anhörung des Betriebsrats im Falle der beabsichtigten Kündigung eines schwerbehinderten Menschen bereits **vor der Durchführung des Zustimmungsverfahrens beim Integrationsamt** nach §§ 85 ff. SGB IX erfolgen, zumal das Integrationsamt eine Stellungnahme des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung einholt (§ 87 Abs. 2 SGB IX).¹³⁷⁶

IV. Beschlussverfahren zum Kündigungsschutz

1. Beschlussverfahren nach § 126 InsO

Ist eine umfassende Klärung der Rechtmäßigkeit von Kündigungen durch einen Interessenausgleich nicht möglich, sei es, weil keine Einigung zwischen Betriebsrat und Insolvenzverwalter erzielt wird, oder weil kein Betriebsrat vorhanden ist, auch wenn es sich

¹³⁷³ Griese, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, S. 1513, 1537, Rn. 69.

¹³⁷⁴ LAG Hamm v. 3.9.2003 – 2 Sa 331/03, ZInsO 2004, 820; LAG Hamm v. 12.2.2003 – 2 Sa 826/02, ZInsO 2004, 566; LAG Hamm v. 1.4.2004 – 4 Sa 1340/03, ArbRB 2005, 80.

¹³⁷⁵ BAG v. 28.8.2003 – 2 AZR 377/02, ZIP 2004, 525, 532.

¹³⁷⁶ BAG v. 18.5.1994 - 2 AZR 626/93, AP BPersVG § 108 Nr. 3 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 31; BAG v. 11.3.1998 - 2 AZR 401/97, RzK IV 8a Nr. 45; BAG v. 23.10.2008 – 2 AZR 163/07, BB 2009, 1758 m. Anm. Kast.

um einen Kleinbetrieb i.S.v. § 23 KSchG handelt,¹³⁷⁷ so kann der Insolvenzverwalter die **soziale Rechtfertigung der geplanten Entlassungen in einem besonderen Beschlussverfahren durch das Arbeitsgericht** feststellen lassen.¹³⁷⁸

Kommt also ein entsprechender Interessenausgleich zwischen dem Betriebsrat und Insolvenzverwalter nicht zustande,

- weil kein Betriebsrat vorhanden ist, oder
- weil keine Einigung zwischen Betriebsrat und Insolvenzverwalter erzielt wird,

kann der Insolvenzverwalter beim Arbeitsgericht gem. § 126 InsO die Feststellung beantragen, dass die **Kündigung der Arbeitsverhältnisse bestimmter, im Antrag genau bezeichneter Arbeitnehmer durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt** und sozial gerechtfertigt ist¹³⁷⁹.

Das Beschlussverfahren nach § 126 InsO ist auch dann **(noch) zulässig, wenn die Kündigung der im Antrag bezeichneten Arbeitnehmer schon zuvor erfolgt ist**¹³⁸⁰ oder wenn nach einem Interessenausgleich nach § 125 InsO wegen einer weiteren Betriebsänderung ein Interessenausgleich nicht zustande kommt.¹³⁸¹

Ist für die gekündigten Arbeitnehmer die dreiwöchige **Klagefrist abgelaufen**, besteht für die Durch- oder Fortführung des Verfahrens nach § 126 InsO kein Rechtsschutzinteresse mehr.¹³⁸²

In den in § 126 Abs. 1 S.1 InsO geregelten Fällen kann der Insolvenzverwalter beim Arbeitsgericht eine Feststellung beantragen, dass die Kündigung bestimmter, namentlich genannter Arbeitnehmer durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt und sozial gerechtfertigt ist. Die **Sozialauswahl** kann vom Arbeitsgericht gem. § 126 Abs. 1 S. 2 InsO nur noch im Hinblick auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten nachgeprüft werden¹³⁸³.

¹³⁷⁷ Warrikoff, BB 1994, 2338, 2342; Lakies, BB 1999, 206, 208.

¹³⁷⁸ Vgl. zur Entstehungsgeschichte Kübler/Prütting/Moll, InsO, § 126 Rn. 1.

¹³⁷⁹ Dazu umfassend Caspers, Personalabbau im Insolvenzverfahren, S. 100 ff., Rn. 229 ff.; Lakies, NZI 2000, 345 ff.; Weisemann, in: Smid, InsO, 2. Aufl., § 121, Rn. 1 ff.

¹³⁸⁰ BAG v. 29.6.2000 - 8 ABR 44/99, ZIP 2000, 1588.

¹³⁸¹ BAG v. 20.1.2000 - 2 ABR 30/99, EzA § 126 InsO Nr.1 = AP Nr. 1 zu § 126 InsO = BB 2000, 1632.

¹³⁸² ArbG Offenbach v. 17.2.2000 - 5 BV 23/99, ZInsO 2000, 684.

¹³⁸³ Zu diesen und den weiteren Neuregelungen des „Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes“ v. 25.09.1996 (BGBl. I, S. 1476 ff.), das in Art. 6 mit Wirkung ab 1.10.1996 die arbeitsrechtlichen Teilregelungen vorzeitig in Kraft gesetzt hat, siehe Lorenz, DB 1996, 1973 ff.; Zwanziger, BB 1997, 42 ff. und 626 ff.; ZIP-Dokumentation, ZIP 1997, 1722 ff. Die Vorwegnahme galt allerdings nur für das Konkursverfahren, nicht für das Vergleichs- oder das Gesamtvollstreckungsverfahren; kritisch dazu Gravenbrucher Kreis, ZIP 1997, 1091 ff.

Die Vorschrift ergänzt somit die Regelung des § 125 InsO. Anders als im Verfahren nach § 125 InsO erfolgt hier jedoch **keine Beweislastumkehr** bzw. **keine Einschränkung der Prüfungskompetenz**, so dass das Arbeitsgericht uneingeschränkt die Wirksamkeit der Kündigungen überprüft. Die Überprüfung der Sozialauswahl ist jedoch wiederum wie bei § 125 InsO auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten beschränkt. Eine Einschränkung der gerichtlichen Überprüfung auf grobe Fehlerhaftigkeit wie in § 125 InsO ist allerdings nicht vorgesehen.

Beachtet werden muss aber auch, dass die Erstellung und Unterzeichnung einer Namensliste der zu kündigenden Arbeitnehmer im Rahmen der Verhandlungen mit dem Betriebsrat gemäß § 125 InsO oder im Rahmen eines Beschlussverfahrens gemäß § 126 InsO **nicht** die ordnungsgemäße **Anhörung des Betriebsrates gemäß § 102 BetrVG ersetzt**¹³⁸⁴. Ob zuvor der Betriebsrat gemäß § 102 BetrVG angehört werden muss, ist zwar in der Literatur streitig¹³⁸⁵. Auch das BAG hat aber zur Regelung des § 1 Abs. 5 KSchG in der bis zum 31.12.1998 geltenden Fassung entschieden, dass ein Interessenausgleich mit Namensliste nicht die Anforderungen an die Betriebsratanhörung herabsetzt.¹³⁸⁶

2. Arbeitsgerichtliche Besonderheiten des Verfahrens nach § 126 InsO

Für das Verfahren gelten im Grundsatz die Regelungen des ArbGG über das Beschlussverfahren, z.B. § 82 ArbGG über die örtliche Zuständigkeit. Das Arbeitsgericht entscheidet durch **Beschluss**.¹³⁸⁷

Das Verfahren ist vom Gericht wegen der Eilbedürftigkeit ebenfalls mit **Vorrang vor anderen Verfahren** zu behandeln ist.

Einziges Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Arbeitsgerichts ist die **Zulassungs-Rechtsbeschwerde zum BAG**, die **nur bei grundsätzlicher Bedeutung** der Rechtssache **oder** bei **Abweichung** von einer obergerichtlichen Entscheidung **zugelassen** wird. Das Rechtsmittel ist **innen eines Monats** nicht nur **einzulegen**, sondern gem. § 126 Abs. 2 i.V.m. § 122 Abs. 3 InsO auch **zu begründen**.

¹³⁸⁴ LAG Düsseldorf v. 21.4.1998 – 3 (11) (18) Sa 1968/97, LAGE § 102 BetrVG 1972 Nr. 69 zu § 1 Abs. 5 KSchG; LAG Hamm v. 28.5.1998 – 8 Sa 76/98, ZInsO 1998, 236; ArbG Kiel v. 6.3.1998 – 4 Ca 2458a/97, ZInsO 1998, 237; ArbG Hamburg v. 11.5.1998 – 21 Ca 106/97, ZInsO 1998, 237 zu § 1 Abs. 5 KSchG; Arend, ZInsO 1998, 303, 306; Kohls, ZInsO 1998, 220.

¹³⁸⁵ Dazu Zwanziger, BB 1997, 626; Grunsky/Moll, Arbeitsrecht und Insolvenz, Rn. 403 ff; a.A. Warrikoff, BB 1994, 2338, 2342 f.; offengelassen von Eisenbeis, in: Frankfurter Komm. zur InsO, Rn. 4.

¹³⁸⁶ BAG v. 20.5.1999 – 2 AZR 532/98 und 2 AZR 148/99, ZInsO 1999, 601 = ZIP 1999, 1610 und 1647, dazu EWiR 1999, 1135 (Schlachter) und 1999, 1095 (Haertlein).

¹³⁸⁷ Zum Gegenstandswert siehe AG Hamburg v. 7.10.2005 – 18 BV 5/05, ZInsO 2005, 1320: 2/3 des Wertes aus § 42 Abs. 4 GKG.

Zum Verfahren im Übrigen gilt das zu § 122 InsO Gesagte entsprechend.

3. Bindungswirkung im Kündigungsschutzverfahren nach § 127 InsO

In § 127 InsO wird klargestellt, dass die rechtskräftige Entscheidung im Beschlussverfahren nach § 126 InsO **im Individualklageverfahren um den Kündigungsschutz** des Arbeitnehmers **bindend** ist. Ob diese Bindungswirkung auch bei einer ablehnenden Entscheidung im Beschlussverfahren gemäß § 126 InsO gilt, ist allerdings noch nicht geklärt¹³⁸⁸. Nachträgliche Änderungen der Sachlage sind jedoch zu berücksichtigen, ebenso auch im Verfahren nach § 129 InsO¹³⁸⁹.

Hat der Insolvenzverwalter vor Beendigung des Verfahrens nach § 126 InsO die Kündigungen ausgesprochen und hat ein Arbeitnehmer bereits Kündigungsschutzklage eingereicht, ist dieses Klageverfahren gemäß § 127 Abs. 2 InsO auf Antrag des Insolvenzverwalters bis zur Rechtskraft der Entscheidung nach § 126 InsO auszusetzen¹³⁹⁰. Warum die Aussetzung nur auf Antrag des Verwalters erfolgen soll und nicht von Amts wegen erfolgt, ist nicht recht verständlich, da die Entscheidung nach § 127 InsO im individuellen Kündigungsschutzverfahren verbindlich und damit letztlich auch vorgeiflich ist. Unterlässt der Verwalter die Stellung des Aussetzungsantrags, besteht weiterhin die Gefahr divergierender Entscheidungen im Beschlussverfahren einerseits und im Urteilsverfahren andererseits, wenn letzteres vor ersterem entschieden wird.

Aus § 127 Abs.2 InsO kann abgeleitet werden, dass der **Ausspruch der Kündigungen** durch den Insolvenzverwalter **vor Einleitung eines Beschlussverfahrens** nach § 126 InsO vom Gesetzgeber als **zulässig** erachtet wird.¹³⁹¹

Die Entscheidung im Verfahren nach § 126 InsO ist im Kündigungsschutzprozess gem. § 127 Abs. 1 S. 2 InsO dann nicht mehr bindend, wenn sich die **Sachlage** nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung **wesentlich geändert** hat¹³⁹².

V. Sozialplan

1. Abschlussvoraussetzungen

Der Sozialplan nach § 112 BetrVG ist eine **Betriebsvereinbarung** des Arbeitgebers und des Betriebsrats über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der Betriebsänderung entstehen. Sie wird nach den Regeln der

¹³⁸⁸ Vgl. Grunsky/Moll, Arbeitsrecht und Insolvenz, Rn. 391.

¹³⁸⁹ Zwanziger, BB 1997, 42.

¹³⁹⁰ Giesen, ZIP 1998, 46, 54; Grunsky/Moll, Arbeitsrecht und Insolvenz, Rn. 390 f.; Hess/Weis/Wienberg, Insolvenzarbeitsrecht, Rn. 1166.

¹³⁹¹ So im Ergebnis auch BAG v. 29.6.2000 - 8 ABR 44/99, ZIP 2000, 1588.

¹³⁹² Dazu Kübler/Prütting/Moll, InsO, § 127 Rn. 30 ff.

§§ 145 ff. BGB abgeschlossen¹³⁹³ oder beruht ersatzweise auf einem **Beschluss der Einigungsstelle**. Die Vereinbarung eines „Sozialplans“ in einem betriebsratlosen Betrieb zwischen dem Insolvenzverwalter und „den Arbeitnehmern“ ist nach der Rechtsprechung des BAG nicht wirksam.¹³⁹⁴

Der Sozialplan bedarf zu seiner Wirksamkeit der **Schriftform** gem. § 125 BGB. Für den Betriebsrat muss der Betriebsratsvorsitzende unterschreiben, bei dessen Abwesenheit sein Stellvertreter. Die Wirksamkeit der Unterschrift ist wiederum von der Beschlussfassung des Betriebsrates gem. § 33 BetrVG abhängig. Beruht der Sozialplan auf einem Spruch der Einigungsstelle, so ist dieser von dem Vorsitzenden der Einigungsstelle zu unterzeichnen.

Bei Betriebsänderungen obliegt die **Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte** dem Gesamtbetriebsrat, sofern es sich um Maßnahmen handelt, die das gesamte Unternehmen oder mehrere Betriebe betreffen und notwendigerweise nur einheitlich oder jedenfalls betriebsübergreifend geregelt werden können. Nach § 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist die **originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats** von zwei Voraussetzungen abhängig:

- Zum einen muss die Angelegenheit entweder das Gesamtunternehmen oder **zumindest mehrere Betriebe** des Unternehmens **betreffen**.
- Zum anderen darf die Angelegenheit **nicht durch die einzelnen Betriebsräte** innerhalb ihrer Betriebe **geregelt werden können**.

Beide Voraussetzungen müssen **kumulativ** vorliegen.¹³⁹⁵ Fehlt es an einer der beiden Voraussetzungen, sind die örtlichen Betriebsräte zuständig.

Eine überbetriebliche Angelegenheit liegt schon dann vor, wenn mehrere Betriebe betroffen sind. Nicht erforderlich ist, dass es sich um sämtliche Betriebe des Unternehmens handelt. Der **Begriff des "Nichtregelkönnens"** setzt nicht notwendig die objektive Unmöglichkeit einer betrieblichen Regelung voraus. Ausreichend, aber regelmäßig auch zu verlangen ist vielmehr, dass ein sachlich zwingendes Erfordernis für eine betriebsübergreifende Regelung besteht.¹³⁹⁶

¹³⁹³ Auch als Verhandlungsergebnis stellt ein Interessenausgleich oder ein Sozialplan nach der Auffassung des BAG keinen Vergleich i.S.v. § 779 BGB und damit i.S.v. § 23 BRAGO dar: BAG v. 13.5.1998 – 7 ABR 65/96, NZA 1998, 900, dazu EWIR 1998, 1061 (Willemsen).

¹³⁹⁴ BAG v. 21.9.1999 – 9 AZR 912/98, ZIP 2000, 846 = ZInsO 2000, 569.

¹³⁹⁵ BAG v. 26.1.1993 - 1 AZR 303/92, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 102; BAG v. 14.12.1999 - 1 ABR 27/ 98, BAGE 93, 75; BAG v. 3.5.2006 – 1 ABR 15/05, BB 2006, 2250.

¹³⁹⁶ Vgl. etwa BAG v. 11.12.2001 - 1 AZR 193/01, BAGE 100, 60; BAG v. 15.1.2002 - 1 ABR 10/01 - BAGE 100, 157; BAG v. 23.10.2002 - 7 ABR 55/01, AP BetrVG 1972 § 50 Nr. 26 = EzA BetrVG 2001 § 50 Nr. 1 mwN.

Dabei folgt nach der Rechtsprechung des BAG - wie auch nach der im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung¹³⁹⁷ - aus der Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für einen Interessenausgleich nicht ohne weiteres seine Zuständigkeit auch für den Abschluss eines **Sozialplans**. Vielmehr ist hierfür Voraussetzung, dass die Regelung des Ausgleichs oder der Abmilderung der durch die Betriebsänderung entstehenden Nachteile zwingend **unternehmenseinheitlich oder betriebsübergreifend** erfolgen muss.¹³⁹⁸

Hat eine Betriebsänderung nachteilige Auswirkungen für die Arbeitnehmer, kann der Betriebsrat einen Sozialplan **auch gegen den Willen des Unternehmers** erzwingen. Sperrt sich der Unternehmer gegen einen erforderlichen Sozialplan, kann der Betriebsrat diesen durch den bindenden Spruch der Einigungsstelle durchsetzen.

Bei einem Streit um einen möglichen Betriebsübergang gemäß § 613a BGB kann für vorsorglich betriebsbedingt gekündigte Arbeitnehmer auch **unter Vorbehalt ein Sozialplan abgeschlossen** werden¹³⁹⁹. Der bloße Inhaberwechsel oder die allein mit einem Inhaberwechsel verbundenen Nachteile sind aber nicht sozialplanpflichtig.¹⁴⁰⁰

Der Abschluss eines Sozialplans macht den **Versuch eines Interessenausgleichs nicht entbehrlich**. Während ein Sozialplan auch für Maßnahmen aufgestellt werden kann, die noch nicht geplant, aber in groben Umrissen absehbar sind, gelten für den Interessenausgleich strengere Anforderungen. Hier ist Voraussetzung, dass über konkret geplante Maßnahmen mit dem Betriebsrat verhandelt und schon eine Einigung über das Ob und Wie angestrebt werden kann. Dies schließt vorweggenommene Regelungen für künftige, in ihren Einzelheiten noch nicht absehbare Maßnahmen aus. In einer solchen Regelung läge in Wirklichkeit ein Verzicht auf die Mitgestaltung der künftigen Betriebsänderung.¹⁴⁰¹

Auch bei einem **individualvertraglichen Verzicht auf einen Sozialplananspruch** findet das Günstigkeitsprinzip Anwendung. Der Arbeitnehmer kann auf einen Sozialplananspruch auch ohne Zustimmung des Betriebsrats wirksam verzichten, wenn die abweichende Regelung für ihn objektiv günstiger ist. Ist nicht zweifelsfrei feststellbar, dass die Abweichung für den Arbeitnehmer günstiger ist, bleibt es bei der zwingenden Geltung des Sozialplans. Bei dem Günstigkeitsvergleich ist auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem sich der Sozialplan und die einzelvertragliche Abrede erstmals konkurrierend gegenüberstehen. Die nach § 112

¹³⁹⁷ DKK/Trittin, 10. Aufl., § 50 Rn. 59b; ErfK/Eisemann, 6. Aufl., § 50 BetrVG Rn. 6; Fitting, § 50, Rn. 60; GK-BetrVG/ Kreutz, 8. Aufl. § 50 Rn. 44; Richardi/Annauß, BetrVG, 10. Aufl., § 50 Rn. 37; a.A. Schmitt-Rolfes, FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 1081, 1088 f.

¹³⁹⁸ BAG v. 3.5.2006 – 1 ABR 15/05, BB 2006, 2250.

¹³⁹⁹ BAG v. 1.4.1998 – 10 ABR 17/97, ZIP 1998, 1199, dazu EWIR 1998, 725 (Junker/Schnelle).

¹⁴⁰⁰ BAG v. 25.1.2000 - 1 ABR 1/99, ZIP 2000, 2039.

¹⁴⁰¹ BAG v. 26.8.1997 – 1 ABR 12/97, AP Nr. 117 zu § 112 BetrVG 1972; BAG v. 19.1.1999 – 1 AZR 342/98, ZInsO 1999, 544.

Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 77 Abs. 4 S. 2 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zum Verzicht auf einen Anspruch aus einem Sozialplan muss sich grundsätzlich auf den einzelnen konkreten Verzicht beziehen.¹⁴⁰²

2. Laufzeit des Sozialplanes

Der Sozialplan endet mit der **Zweckerreichung** oder mit **Zeitablauf**. Für den Fall, dass er Dauerleistungen enthält, besteht eine **Kündigungsmöglichkeit**, wobei grundsätzlich nur ordentlich gekündigt werden kann, außer es liegt ein wichtiger Grund vor und es sind noch keine Rechte der einzelnen Arbeitnehmer entstanden¹⁴⁰³. Dann besteht auch die Möglichkeit einer **außerordentlichen Kündigung**. Anerkannt ist ferner, dass ein Sozialplan durch eine nachfolgende Betriebsvereinbarung geändert werden kann (sog. **Zeitkollisionsregel**)¹⁴⁰⁴. Oftmals ergibt sich auch aus dem Zweck des Sozialplans, dass eine Kündigung nur in Betracht kommt, wenn die **Geschäftsgrundlage weggefallen** ist und eine Anpassung an die wirtschaftlichen Verhältnisse notwendig ist¹⁴⁰⁵.

3. Geltungsbereich des Sozialplanes

Welchen persönlichen Geltungsbereich der Sozialplan haben soll, ist grundsätzlich den Vertragsparteien überlassen. Einschränkungen ergeben sich jedoch aufgrund der **Zweckbestimmung für bestimmte Arbeitnehmergruppen**. Vorrangig werden vom Sozialplan nämlich diejenigen Arbeitnehmergruppen erfasst, die aufgrund einer Kündigung durch den Arbeitgeber ausscheiden. Unerheblich ist dabei, ob diese bereits **Kündigungsschutz** nach dem KSchG genießen. Diejenigen Arbeitnehmer, die aufgrund eigener Kündigung ausscheiden oder aufgrund einer ordentlichen verhaltensbedingten oder einer außerordentlichen arbeitgeberseitigen Kündigung, werden grundsätzlich nicht von dem Sozialplan erfasst.

Ein im gegenseitigen Einvernehmen auf Veranlassung des Arbeitgebers geschlossener **Aufhebungsvertrag**, der durch die bevorstehende Betriebsänderung veranlasst ist, steht aber nicht der Anwendbarkeit des Sozialplans entgegen¹⁴⁰⁶.

Auch **Abfindungsprogramme nach dem Windhundprinzip** können zulässig sein.

Der Arbeitgeber kann im Rahmen einer Personalabbaumaßnahme diejenigen Arbeitnehmer, denen er die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses anbieten will, nach der Priorität der

¹⁴⁰² BAG, v. 27.1.2004 – 1 AZR 148/03, AP Nr. 166 zu § 112 BetrVG 1972 = ArbRB 2004, 175 (Mues) = NZA 2004, 667 = ZIP 2004, 1165, dazu EWiR 2004, 689 (Ehrich).

¹⁴⁰³ LAG Saarland v. 3.7.1985 – 1 TaBv 3/84, DB 1986, 48.

¹⁴⁰⁴ BAG v. 24.3.1981 – 1 AZR 805/78, NJW 1982, 70 = ZIP 1981, 1125.

¹⁴⁰⁵ BAG v. 30.10.1980 – 3 AZR 364/79, NJW 1981, 1632 = ZIP 1981, 1632.

¹⁴⁰⁶ BAG v. 23.8.1988 – 1 AZR 276/87, NJW 1989, 1054 = ZIP 1988, 1417, dazu EWiR 1989, 437 (Grunsky); BAG v. 28.10.1992 – 10 AZR 406/91, AP 65 zu § 112 BetrVG 1972 = ZIP1993, 453.

Meldung auswählen („Windhundprinzip“). Weder das Abstellen auf die Priorität der Meldung als solches noch Probleme in dem zur Entgegennahme der Meldung vorgesehenen technischen System begründen ohne Hinzutreten weiterer Umstände eine treuwidrige Vereitelung des Zugangs der Meldung oder des Eintritts der Bedingung. Aus technischen Fehlern im Rahmen der Entgegennahme der Meldung lässt sich kein Anspruch auf Abschluss eines Aufhebungsvertrags und Zahlung der vorgesehenen Abfindung im Wege des Schadensersatzes ableiten.¹⁴⁰⁷

Ausnahmsweise werden auch vom Arbeitgeber veranlasste **Eigenkündigungen** im Zusammenhang mit der Betriebsänderung von dem Sozialplan erfasst.¹⁴⁰⁸ Sieht ein Sozialplan die Zahlung einer Abfindung bei einer betriebsbedingten Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch auf Veranlassung des Arbeitnehmers vor, so hat dieser im Falle einer Eigenkündigung regelmäßig nur dann einen Anspruch auf die Abfindungszahlung, wenn er aufgrund des Verhaltens des Arbeitgebers zumindest **ernsthaft mit einer betriebsbedingten Kündigung seines Arbeitsverhältnisses rechnen musste** und davon ausgehen konnte, er komme einer solchen mit seiner Eigenkündigung nur zuvor. Hierfür genügt nicht, dass der Arbeitgeber zuvor lediglich auf eine unsichere Lage des Unternehmens, notwendig werdende Betriebsänderungen und eine nicht auszuschließende Möglichkeit des Arbeitsplatzverlustes hingewiesen hat.¹⁴⁰⁹

In einem Sozialplan können Arbeitnehmer von Abfindungsleistungen ausgeschlossen werden, die **nach dem Bezug von Arbeitslosengeld I rentenberechtigt** sind und zuvor die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses an einem anderen Unternehmensstandort abgelehnt haben.¹⁴¹⁰

Der **vollständige Ausschluss der Arbeitnehmer von Sozialplanabfindungsansprüchen**, die das sofortige Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis und den **Wechsel in die Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft** durch den Abschluss eines dreiseitigen Vertrags **abgelehnt** haben, verstößt gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Sinn und Zweck des Sozialplans ist es nicht, dem Insolvenzverwalter die Durchführung des Insolvenzverfahrens zu erleichtern und ihm Kosten durch ein vorzeitiges Ausscheiden der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis zu ersparen,

¹⁴⁰⁷ LAG Düsseldorf v. 12.4.2016 – 14 Sa 1344/15, ZIP 2016, 1491.

¹⁴⁰⁸ BAG v. 19.7.1995 – 10 AZR 885/94, NZA 1996, 271 = ZIP 1995, 1915, dazu EWiR 1996, 153 (Otto); LAG Rheinland-Pfalz v. 2.6.1993 – 6 Sa 284/93, NZA 1993, 1144; siehe auch EG-Anpassungsgesetz v. 20.7.1995 BGBl I, S. 946, 948.

¹⁴⁰⁹ BAG v. 15.5.2007 – 1 AZR 370/06, ZIP 2007, 1575.

¹⁴¹⁰ BAG v. 9. 12. 2014 – 1 AZR 102/13, ZIP 2015, 492; dazu EWiR 2015, 361 (Schewiola).

so dass diese Umstände die unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer wegen des Wechsels bzw. dessen Ablehnung sachlich nicht rechtfertigen können.¹⁴¹¹

Zulässig ist aber, solche Arbeitnehmer aus dem Geltungsbereich des Sozialplanes herauszunehmen, die einen **zumutbaren anderen Arbeitsplatz** – und sei es auch bei einem Betriebsübernehmer i. S. v. § 613a BGB - **ablehnen**¹⁴¹². Macht ein Arbeitnehmer geltend, er sei in einem Sozialplan in der Insolvenz zu Unrecht von den Sozialplanleistungen ausgeschlossen worden, muss er seine vermeintliche Sozialplanforderung zur Insolvenztabelle anmelden und dazu ggf. selbst berechnen.¹⁴¹³ Die Betriebsparteien können den Anspruch auf eine Sozialplanabfindung im Falle einer vom Arbeitgeber veranlassten Eigenkündigung des Arbeitnehmers an die Voraussetzung knüpfen, dass dem Arbeitnehmer zuvor ein - unzumutbares - Arbeitsplatzangebot gemacht wurde.¹⁴¹⁴

Ist in einem Sozialplan eine **Ausnahmeregelung** enthalten, nach der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Sozialplanabfindung haben, deren Arbeitsverhältnis "infolge der Betriebsänderung auf einen Übernehmer übergeht", werden von dieser Ausnahmeregelung nur die Arbeitnehmer erfasst, deren Arbeitsverhältnis ungekündigt auf einen Betriebsübernehmer übergeht, oder solche, bei denen die Wirkungen einer ausgesprochenen Kündigung ersatzlos beseitigt werden und das **Arbeitsverhältnis vom Betriebsübernehmer zu unveränderten Bedingungen fortgesetzt** wird. Dies folgt zwar nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut der Ausnahmeregelung, ergibt sich aber aus deren Gesamtzusammenhang, ihrem Sinn und Zweck und dem Grundsatz der gesetzeskonformen Auslegung.

Eine Regelung, nach der Arbeitnehmer nur deshalb von einer Abfindung ausgeschlossen werden, weil ihr **Arbeitsverhältnis in gekündigtem Zustand noch vor Ablauf der Kündigungsfrist auf einen Betriebserwerber übergeht**, wäre mit dem von den Betriebsparteien bei Sozialplänen zu beachtenden **betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz** des § 75 Abs. 1 BetrVG nicht vereinbar. Dieser zielt darauf ab, eine Gleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Sachverhalten sicherzustellen und eine gleichheitswidrige Gruppenbildung auszuschließen. Der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis nach Betriebsübergang auf Grund einer bereits zuvor vom bisherigen Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigung endet, erleidet dieselben Nachteile wie der

¹⁴¹¹ LAG Hamm v. 14.5.2014 – 2 Sa 1652/13, NZI 2015, 139.

¹⁴¹² BAG v. 5.2.1997 – 10 AZR 553/96, BB 1997, 2167 = ZIP 1997, 1385, dazu EWiR 1997, 973 (Joost); BAG v. 15.12.1998 – 1 AZR 332/98, DStR 1999, 1161 und LAG Köln v. 14.12.1998 – 11 Sa 785/98, DStR 1999, 1161 m. Anm. Eckert.

¹⁴¹³ LAG Hamm v. 25.11.1998 – 2 Sa 453/98, ZInsO 1999, 120, dazu EWiR 1999, 713 (Diller).

¹⁴¹⁴ BAG v. 13.2.2007 – 1 AZR 163/06, ZIP 2007, 1075.

Arbeitnehmer, der sein Arbeitsverhältnis zum selben Kündigungstermin ohne vorherigen Betriebsübergang verliert.¹⁴¹⁵

Sozialplanleistungen dürfen **nicht vom Verzicht auf** die Erhebung einer **Kündigungsschutzklage abhängig gemacht** werden. An dieser Rechtslage hat sich durch den zum 1. Januar 2004 neu eingeführten § 1a KSchG nichts geändert. Die Betriebsparteien sind aber nicht gehindert, bei einer Betriebsänderung im Interesse des Arbeitgebers an alsbaldiger Planungssicherheit zusätzlich zu einem Sozialplan **in einer freiwilligen Betriebsvereinbarung** Leistungen für den Fall vorzusehen, dass der Arbeitnehmer von der Möglichkeit zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage keinen Gebrauch macht (sog. „Turboprämie“). Das Verbot, Sozialplanleistungen von einem entsprechenden Verzicht abhängig zu machen, darf dadurch aber nicht umgangen werden.¹⁴¹⁶

4. Leitende Angestellte und Heimarbeiter

Umstritten ist, ob **leitende Angestellte** vom Sozialplan erfasst werden, da das BetrVG nach § 5 BetrVG auf diese grundsätzlich keine Anwendung findet. Während das BAG zunächst angenommen hatte, dass Arbeitgeber und Betriebsrat eine Regelung zugunsten der leitenden Angestellten abschließen können¹⁴¹⁷, hat es diese Meinung später wieder aufgegeben¹⁴¹⁸. Es ist jedoch als zulässig anzusehen, dass leitende Angestellte durch Vereinbarung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses in den Anwendungsbereich des Sozialplanes eingeschlossen werden.

Kommt dagegen ein Sozialplan nicht durch eine Einigung zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat zustande, sondern aufgrund eines Verfahrens nach § 112 Abs. 4 BetrVG vor der **Einigungsstelle**, dann gilt der Sozialplan für leitende Angestellte nur in den Fällen, in denen der Arbeitgeber und der Betriebsrat gem. § 76 Abs. 6 BetrVG die Einigungsstelle zur Festlegung von Sozialplanleistungen auch für leitende Angestellte veranlasst haben.

Schließlich können Sozialpläne auch für **Heimarbeiter** des Betriebes geschlossen werden.¹⁴¹⁹

5. Inhalt des Sozialplanes

Den Inhalt eines Sozialplans können die Parteien im Rahmen ihres Beurteilungsspielraumes selbst gestalten. Die Grenzen werden durch die gesetzlichen Vorgaben gezogen. Unwirksam

¹⁴¹⁵ BAG v. 22.11.2005 – 1 AZR 458/04, ZIP 2006, 489; dazu EWiR 2006, 327 (Grimm/Brock); vgl. auch BAG v. 31.5.2005 – 1 AZR 254/04, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 175 = EzA BetrVG 2001 § 112 Nr. 14.

¹⁴¹⁶ BAG v. 31.5.2005 – 1 AZR 254/04, BB 2005, 1967 = ZIP 2005, 1468; dazu Benecke, BB 2006, 938.

¹⁴¹⁷ BAG v. 31.1.1979 – 5 AZR 454/77, NJW 1979, 1621.

¹⁴¹⁸ BAG v. 16.7.1985 – 1 AZR 206/81, NJW 1986, 94 = ZIP 1985, 1285, dazu EWiR 1985, 729 (Balz).

¹⁴¹⁹ So auch: Schmidt, NZA 1989, 126.

sind lediglich Regelungen, die ausschließlich die Arbeitnehmer belasten oder solche, die lediglich eine Vereinbarung über die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses enthalten. Dieses würde nämlich zu einer Umgehung der Kündigungsschutzvorschriften der §§ 622 ff. BGB und des KSchG führen.

Üblicherweise enthält der Sozialplan Abfindungsregelungen für die Arbeitnehmer, die im Rahmen der fraglichen Betriebsänderung ihren Arbeitsplatz verlieren¹⁴²⁰. Auch hinsichtlich der Sozialplanansprüche gelten etwaige tarifliche Verfallfristen.¹⁴²¹

Bei der Berechnung der Abfindung¹⁴²² wird in der Praxis häufig nach der Formel verfahren:

$$\frac{\text{Lebensalter x Betriebszugehörigkeit}}{100} = \text{Anzahl der Grundbeträge}$$

Darüber hinaus werden häufig gesonderte Regelungen für folgende Kriterien aufgenommen:

- Festsetzung des Stichtags zur Berechnung
 - der Betriebszugehörigkeit,
 - des Lebensalters,
- Familienstand, Unterhaltsverpflichtungen
- Schwerbehinderteneigenschaft.

Die mit **Stichtagsregelungen** in Sozialplänen verbundene Gruppenbildung darf nicht gegen den betriebsverfassungsrechtlichen **Gleichbehandlungsgrundsatz** verstoßen. An Stichtage anknüpfende Differenzierungen bei Grund und Höhe von Abfindungsansprüchen müssen nach dem Zweck eines Sozialplans sachlich gerechtfertigt sein. Dieser besteht darin, die durch eine Betriebsänderung den Arbeitnehmern drohenden wirtschaftlichen Nachteile auszugleichen oder abzumildern.¹⁴²³

Eine Berechnung der Sozialplanleistungen nicht auf der Grundlage der letzten Vergütungsbeträge der einzelnen Arbeitnehmer, sondern an einem **Durchschnittseinkommen** während eines Referenzzeitraums am Ende des Arbeitsverhältnisses ist dabei auch zulässig.¹⁴²⁴ Zulässig ist auch die Vereinbarung einer Höchstbetragsregelung für Sozialplanabfindungen.¹⁴²⁵

¹⁴²⁰ Vgl. dazu Moll, in Schmidt/Uhlenbruck, 243 f.; Willemsen/Tiesler, a.a.O. 39 ff.

¹⁴²¹ LAG Hamburg v. 4.6.1999 - 3 Sa 91/98, BB 1999, 2677.

¹⁴²² Vgl. hierzu auch das Muster bei Schaub, ArbR-Formularbuch, 6. Auflage, § 28 III.

¹⁴²³ BAG v. 19.2.2008 – 1 AZR 1004/06, ZIP 2008, 1087.

¹⁴²⁴ BAG v. 17.11.1998 – 1 AZR 221/98, ZInsO 1999, 361 = ZIP 1999, 931, dazu EWIR 1999, 1037 (Büdenbender).

¹⁴²⁵ BAG v. 19.10.1999 – 1 AZR 838/98, ZIP 2000, 815, dazu EWIR 2000, 559 (Däubler).

Sind Arbeitnehmer durch eine Betriebsänderung zwar nicht in Form einer Kündigung, aber sonst wirtschaftlich nachteilig betroffen, sollen sie durch den Sozialplan einen **Ausgleich dieser Nachteile** erhalten. Dabei ist die Ermittlung und Gewichtung der Nachteile in aller Regel recht schwierig¹⁴²⁶.

Es hält sich im Rahmen des den Betriebsparteien durch § 112 Abs. 1 BetrVG **eingräumten Beurteilungsspielraums**, wenn sie Arbeitnehmern, die ein nach den Regelungen des Sozialplans **örtlich nicht zumutbares Arbeitsangebot** annehmen, die Möglichkeit einer ernsthaften Erprobung der neuen Lebensverhältnisse eröffnen, hierfür eine Erprobungsfrist bestimmen und für den Fall, dass sich ein Arbeitnehmer am Ende dieser **Erprobungsfrist** gegen eine Fortsetzung der Tätigkeit am neuen Arbeitsort entscheidet, einen Abfindungsanspruch gewähren. Die Betriebsparteien dürfen auch den Arbeitnehmern, die ein nach den Regelungen des Sozialplans regional unzumutbares Arbeitsangebot angenommen haben, eine Erprobungszeit einräumen, in der die Beschäftigten ernsthaft prüfen konnten, ob sie an dem neuen Arbeitsort dauerhaft weiter arbeiten wollen. Die Betriebsparteien müssen diese Erprobungszeit allerdings **zeitlich begrenzen**, weil sie den Arbeitnehmern im Falle einer Eigenkündigung eine Abfindung nach dem Sozialplan gewähren wollten und hierfür ein zeitlicher Zusammenhang zu der Betriebsänderung bestehen muss.¹⁴²⁷

Sozialplanabfindungsansprüche können in der Insolvenz des Arbeitgebers wegen § 123 Abs. 3 Satz 2 InsO nur mit eigener **Feststellungsklage** geltend gemacht werden. Der **Übergang von der Leistungsklage zur Feststellungsklage** ist auch noch in der Berufungsinstanz nach § 264 Nr. 2 ZPO zulässig. Der **vollständige Ausschluss** der Arbeitnehmer von Sozialplanabfindungsansprüchen, die das sofortige Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis und den Wechsel in die **Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft** durch den Abschluss eines dreiseitigen Vertrags abgelehnt haben, verstößt gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Sinn und Zweck des Sozialplans ist es nicht, dem Insolvenzverwalter die Durchführung des Insolvenzverfahrens zu erleichtern und ihm Kosten durch ein vorzeitiges Ausscheiden der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis zu ersparen, so dass diese Umstände die unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer wegen des Wechsels bzw. dessen Ablehnung sachlich nicht rechtfertigen können.¹⁴²⁸

¹⁴²⁶ Zur Berücksichtigungsfähigkeit in der Insolvenz Caspers, Personalabbau im Insolvenzverfahren, Rn. 35.

¹⁴²⁷ BAG v. 20.4.2010 – 1 AZR 988/08, ZIP 2011, 537.

¹⁴²⁸ LAG Hamm v. 14.5.2014 – 2 Sa 1652/13, ZIP 2015, 193.

Der **Normzweck eines Sozialplans** wird nach § 112 Abs 1 Satz 2 BetrVG nicht nur durch einen Ausgleich, sondern schon durch die **Milderung** der den Arbeitnehmern auf Grund der Betriebsänderung entstehenden wirtschaftlichen Nachteile erreicht. Hat der Betriebsrat den Spruch der Einigungsstelle zur Aufstellung eines Sozialplans mit der Begründung angefochten, dessen Gesamtvolumen sei zu gering, muss er darlegen, dass der Sozialplan seinen gesetzlichen Zweck nicht erfüllt, weil er nicht einmal eine substantielle Milderung der Nachteile vorsieht. Ein Ermessensfehler der Einigungsstelle liegt auch bei **Überschreitung der Grenze des § 112 Abs 1 Satz 2 BetrVG** nicht vor, wenn andernfalls das Sozialplanvolumen für das Unternehmen wirtschaftlich nicht vertretbar wäre. In diesem Zusammenhang kann es auf die Möglichkeit eines sogenannten Berechnungsdurchgriffs auf Konzernobergesellschaften ankommen.¹⁴²⁹

Mit dem arbeitsrechtlichen **Gleichbehandlungsgrundsatz** ist es aber nicht vereinbar, wenn die Betriebsparteien hinsichtlich der Abfindungsansprüche zwischen Arbeitnehmern, denen infolge der Betriebsänderung gekündigt worden ist, und solchen, die ihr Arbeitsverhältnis aus eigener Initiative beendet haben, unterscheiden, wenn die **Eigenkündigung** vom Arbeitgeber veranlasst worden ist.¹⁴³⁰

Sieht eine (Gesamt-)Betriebsvereinbarung einen Abfindungsanspruch grundsätzlich auch für den Fall einer **Eigenkündigung** des Arbeitnehmers vor und muss die Eigenkündigung darüber hinaus "betriebsbedingt" sein, setzt dies voraus, dass der Arbeitnehmer auf Grund des Verhaltens des Arbeitgebers zumindest ernsthaft mit der betriebsbedingten Kündigung seines Arbeitsverhältnisses rechnen musste und davon ausgehen konnte, er komme einer solchen mit seiner Eigenkündigung nur zuvor. Zweck eines Sozialplans ist es gemäß § 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG, die den Arbeitnehmern durch die Betriebsänderung entstehenden wirtschaftlichen Nachteile auszugleichen oder abzumildern. Dabei können die Betriebsparteien eine typisierende Beurteilung dahin vornehmen, dass Arbeitnehmern, die "vorzeitig", also zu einem früheren Zeitpunkt als durch die Betriebsänderung geboten, selbst kündigen, keine oder sehr viel geringere wirtschaftliche Nachteile drohen als den anderen Arbeitnehmern. Auch dies rechtfertigt es, eine "betriebsbedingte Beendigung" von Arbeitsverhältnissen im Falle einer vom Arbeitnehmer ausgesprochenen Kündigung nur dann anzunehmen, wenn dieser berechtigterweise davon ausgehen konnte, durch seine

¹⁴²⁹ BAG v. 24.8.2004 – 1 ABR 23/03, ZIP 2005, 543 = ZInsO 2005, 672; dazu EWiR 2005, 687 (Moll/Schöllmann).

¹⁴³⁰ BAG v. 6.5.2003 - 1 ABR 11/02, BAGE 106, 95 = AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 161 = EzA BetrVG 2001 § 112 Nr. 8; BAG v. 20.4.1994 - 10 AZR 323/93, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 77 = EzA BetrVG 1972 § 112 Nr. 75.

Eigenkündigung komme er einer ansonsten notwendigen betriebsbedingten Kündigung des Arbeitgebers nur zuvor.¹⁴³¹

Oft werden dabei für Arbeitnehmer, die unmittelbar nach ihrem Ausscheiden in den **vorgezogenen Ruhestand** gehen können, **geringere Sozialplanleistungen** vorgesehen. Das verstößt, wie das BAG¹⁴³² bereits früher mehrfach entschieden hat, nicht gegen das Betriebsverfassungsgesetz und stellt auch keine Diskriminierung wegen des Alters dar. Das LAG Köln hatte darüber zu entscheiden, ob eine solche Sozialplanklausel auch dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) entspricht, das in § 10 Nr. 6 solche Differenzierungen ausdrücklich behandelt, sie aber nur zulässt, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sind. Dies hat das Landesarbeitsgericht Köln bejaht.¹⁴³³ Es verstoße nicht gegen § 75 BetrVG, wenn in einem Sozialplan für Arbeitnehmer, die unmittelbar nach ihrem Ausscheiden in den vorgezogenen Ruhestand gehen können, geringere Sozialplanleistungen vorgesehen werden. Nach § 10 Nr. 6 AGG sei eine entsprechende Differenzierung in Sozialplänen zulässig. Die Betriebsparteien können in Sozialplänen für Arbeitnehmer, die im Anschluss an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf vorzeitige Altersrente haben, geringere Abfindungen vorsehen oder ausschließen.¹⁴³⁴

Der **EuGH** hat jedoch **geringere Sozialplanabfindungen für rentennahe Arbeitnehmer als Diskriminierung** bewertet:¹⁴³⁵

Art. 2 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf sind dahin auszulegen, dass sie einer Regelung eines betrieblichen Systems der sozialen Sicherheit nicht entgegenstehen, die vorsieht, dass bei Mitarbeitern, die älter als 54 Jahre sind und denen betriebsbedingt gekündigt wird, die ihnen zustehende Abfindung auf der Grundlage des frühestmöglichen Rentenbeginns berechnet wird und im Vergleich zur Standardberechnungsmethode, nach der sich die Abfindung insbesondere nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit richtet, eine geringere als die sich nach der Standardmethode ergebende Abfindungssumme, mindestens jedoch die Hälfte dieser Summe, zu zahlen ist. Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78 ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung eines betrieblichen Systems der sozialen Sicherheit entgegensteht, die vorsieht, dass bei Mitarbeitern, die älter als 54 Jahre sind und denen betriebsbedingt

¹⁴³¹ BAG v. 15.5.2007 – 1 AZR 370/06, ZIP 2007, 1575; dazu EWIR 2007, 737 (Laskawy/Lomb).

¹⁴³² BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 156/87, BB 1988, 2385 = DB 1988, 2464 = NZA 1989, 165; BFH v. 9.12.2014 – 1 AZR 102/13, ZIP 2015, 492.

¹⁴³³ LAG Köln v. 4.6.2007 – 16 Sa 201/07, BB 2007, 2572; so auch LAG Berlin-Brandenburg v. 20.11.2007 – 19 Sa 1416/07, ZInsO 24/2008, VI.

¹⁴³⁴ So nun auch in der Revisionsinstanz BAG v. 11.11.2008 – 1 AZR 475/07, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 197; dazu NJW-Spezial 2009, 115.

¹⁴³⁵ EuGH v. 6.12.2012 – C-152/11, NJW 2013, 587.

gekündigt wird, die ihnen zustehende Abfindung auf der Grundlage des frühestmöglichen Rentenbeginns berechnet wird und im Vergleich zur Standardberechnungsmethode, nach der sich die Abfindung insbesondere nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit richtet, eine geringere als die sich nach der Standardmethode ergebende Abfindungssumme, mindestens jedoch die Hälfte dieser Summe, zu zahlen ist und bei der Anwendung der alternativen Berechnungsmethode auf die Möglichkeit, eine vorzeitige Altersrente wegen einer Behinderung zu erhalten, abgestellt wird.

Das BAG ist dem aber nicht uneingeschränkt gefolgt: Den Betriebsparteien wird durch § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG ein **Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum** für eine unmittelbar auf dem Alter beruhende Ungleichbehandlung bei Sozialplanleistungen eröffnet. Dessen Ausgestaltung unterliegt einer weiteren **Verhältnismäßigkeitsprüfung** nach § 10 Satz 2 AGG. Es ist unionsrechtlich nicht geboten, älteren Arbeitnehmern einen Abfindungsbetrag zu gewähren, der die zu erwartenden Nachteile bis zur Inanspruchnahmemöglichkeit einer vorgezogenen Regelaltersrente übersteigt.¹⁴³⁶ Die Betriebsparteien dürfen bei der Bemessung von Sozialplanleistungen berücksichtigen, dass Arbeitnehmer eine vorgezogene gesetzliche Altersrente beziehen können. Das verstößt nicht gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 75 Abs. 1 BetrVG) und das Verbot der Altersdiskriminierung im Recht der Europäischen Union. Ein Sozialplan soll die **künftigen Nachteile ausgleichen**, die Arbeitnehmern durch eine Betriebsänderung entstehen. Dafür stehen den Betriebsparteien nur begrenzte finanzielle Mittel zur Verfügung. Die an das Lebensalter anknüpfende Berechnung der Abfindung ist nach § 10 Satz 3 Nr. 6 Alt. 2 AGG und Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2000/78/EG zulässig. Wegen der **Überbrückungsfunktion einer Sozialplanabfindung** ist es nicht zu beanstanden, wenn die Betriebsparteien bei rentennahen Arbeitnehmern nur deren bis zum vorzeitigen Renteneintritt entstehenden wirtschaftlichen Nachteile nach einer darauf bezogenen Berechnungsformel ausgleichen. Sie sind **nicht gehalten**, den rentennahen Arbeitnehmern **mindestens die Hälfte einer nach der Standardformel berechneten Abfindung zu gewähren**. Das gibt auch das Unionsrecht nicht vor.

Ein Sozialplan kann auch die Kürzung einer Abfindung für den Fall der **Ablehnung eines zumutbaren Weiterbeschäftigungsangebots** vorsehen.¹⁴³⁷ Die Betriebsparteien haben bei Sozialplänen - wie auch sonst bei Betriebsvereinbarungen - den **betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz** des § 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu beachten, dem wiederum der **allgemeine Gleichheitssatz** des Art. 3 Abs. 1 GG zugrunde liegt. Dieser zielt darauf ab, eine Gleichbehandlung von Personen in

¹⁴³⁶ BAG v. 26.3.2013 – 1 AZR 813/11, ZIP 2013, 1349; dazu EWIR 2013, 707 (M. Roth)

¹⁴³⁷ BAG v. 6.11.2007 – 1 AZR 960/06, ZIP 2008, 327.

vergleichbaren Sachverhalten sicherzustellen und eine gleichheitswidrige Gruppenbildung auszuschließen. Maßgeblich für das Vorliegen eines die **Bildung unterschiedlicher Gruppen** rechtfertigenden Sachgrunds ist vor allem der mit der Regelung verfolgte Zweck.¹⁴³⁸

Hiernach können die Betriebsparteien in Sozialplänen bei Abfindungen differenzieren zwischen Arbeitnehmern, denen kein **zumutbares Angebot einer Weiterbeschäftigung** gemacht wird und denjenigen, die ein solches **Angebot ablehnen**.¹⁴³⁹ Zwar erfolgt dadurch eine Gruppenbildung. Diese ist aber ausgehend von dem mit einem Sozialplan verfolgten Zweck sachlich gerechtfertigt.

Zweck eines Sozialplans ist es nämlich gemäß § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG, die den Arbeitnehmern durch die Betriebsänderung entstehenden wirtschaftlichen Nachteile auszugleichen oder abzumildern. Bei deren Einschätzung haben die **Betriebsparteien** einen **erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraum**.¹⁴⁴⁰ In dessen Rahmen sind sie nicht gehalten, auf alle Umstände Rücksicht zu nehmen, die es einem Arbeitnehmer aus persönlichen Gründen schwer machen, einen Arbeitsplatz an einem anderen Ort anzunehmen.¹⁴⁴¹ Zum anderen liegt es im Beurteilungsspielraum der Betriebsparteien, wenn diese **pauschalierend** davon ausgehen, dass ein Arbeitnehmer, der eine zumutbare Weiterbeschäftigung ausschlägt, durch die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses bei dem bisherigen Arbeitgeber keine oder nur geringe wirtschaftliche Nachteile erleiden wird.¹⁴⁴²

Eine solche Differenzierung entspricht auch der **Regelung in § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG**. Danach soll die **Einigungsstelle** beim Ausgleich der durch eine Betriebsänderung entstehenden Nachteile diejenigen Arbeitnehmer von Leistungen ausschließen, die in einem zumutbaren Arbeitsverhältnis im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens oder eines zum Konzern gehörenden Unternehmens weiterbeschäftigt werden können, die Weiterbeschäftigung jedoch ablehnen. Die Regelung gilt zwingend zwar nur für die Entscheidung der Einigungsstelle und nicht für eine einvernehmliche Vereinbarung der Betriebsparteien. Ihr kann aber der **allgemeine Gedanke** entnommen werden, dass ein Ausgleich von Nachteilen entbehrlich sein kann, wenn dem Arbeitnehmer ein zumutbarer anderer Arbeitsplatz angeboten wird. Dieser Grundsatz ist auch bei einer einvernehmlichen Regelung der Betriebsparteien zu berücksichtigen.¹⁴⁴³

¹⁴³⁸ BAG v. 13.2.2007 - 1 AZR 163/06, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 185 = EzA BetrVG 2001 § 112 Nr. 20.

¹⁴³⁹ BAG v. 28.9.1988 - 1 ABR 23/87, BAGE 59, 359.

¹⁴⁴⁰ BAG v. 13.2.2007 - 1 AZR 163/06, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 185 = EzA BetrVG 2001 § 112 Nr. 20.

¹⁴⁴¹ BAG v. 28.9.1988 - 1 ABR 23/87, BAGE 59, 359.

¹⁴⁴² BAG v. 13.2.2007 - 1 AZR 163/06, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 185 = EzA BetrVG 2001 § 112 Nr. 20.

¹⁴⁴³ BAG v. 15.12.1998 - 1 AZR 332/98, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 126 = EzA BetrVG 1972 § 112 Nr. 103.

Gemäß § 118 Abs. 1 Nr. 1, § 119 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 Nr. 1 und 3, § 121 Abs. 1 SGB III hat nur derjenige arbeitslose Arbeitnehmer **Anspruch auf Arbeitslosengeld**, der bereit ist, eine ihm zumutbare Beschäftigung anzunehmen. § 121 SGB III enthält Regelungen über die Zumutbarkeit einer Beschäftigung. § 121 Abs. 4 SGB III bestimmt, welcher "**Pendelbereich**" **zwischen Wohnung und angebotener Arbeitsstätte** zumutbar ist. Nach § 121 Abs. 4 Satz 4 und 5 SGB III wird den Arbeitnehmern grundsätzlich auch ein Umzug zugemutet. Dies gilt aber nach § 121 Abs. 4 Satz 6 SGB III nicht, wenn dem Umzug ein wichtiger Grund entgegensteht. Ein wichtiger Grund kann sich nach § 121 Abs. 4 Satz 7 SGB III insbesondere aus familiären Bindungen ergeben.

Diese sozialrechtlichen **Regelungen über die Unzumutbarkeit in § 121 SGB III** finden auf die Ausgestaltung von Sozialplänen **weder unmittelbar noch entsprechend Anwendung**.¹⁴⁴⁴ Die in § 121 SGB III zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertungen können auf die Gestaltung von Sozialplänen nicht übertragen werden. Die Interessenlage der Betroffenen und die sich daraus ergebenden Maßstäbe für eine Regelung der Zumutbarkeit unterscheiden sich nicht unerheblich. § 121 SGB III betrifft das Verhältnis zwischen dem Staat als Träger der Daseinsvorsorge und dem Bürger in seiner Eigenschaft als Leistungsempfänger. Die Versagung des Arbeitslosengeldes im Falle der Ablehnung einer zumutbaren Beschäftigung stellt der Sache nach eine nicht unerhebliche öffentlich-rechtliche Sanktion für mangelnde eigene Leistungsbereitschaft des Leistungsempfängers beim Bezug sozialversicherungsrechtlicher Leistungen dar, die ihrerseits auf eigenen früheren Beitragsleistungen des Leistungsempfängers beruhen. Die hierbei dem Staat gesetzten Grenzen finden ua. in § 121 Abs. 4 Satz 6 und 7 SGB III ihren Niederschlag.¹⁴⁴⁵ In **Sozialplänen** regeln dagegen die Betriebsparteien den Ausgleich oder die Milderung von wirtschaftlichen Nachteilen, welche die Arbeitnehmer auf Grund einer Betriebsänderung erleiden. Sie **gestalten kein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis** zwischen Staat und Bürger, sondern ein privates Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern. Es geht nicht um die Versagung von Leistungen, die letztlich auf eigenen Beitragsleistungen beruhen, sondern um die Verteilung eines vom Arbeitgeber zur Verfügung zu stellenden, regelmäßig nicht unbegrenzten finanziellen Volumens auf die von einer Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer und um die Beurteilung der diesen Arbeitnehmern entstehenden wirtschaftlichen Nachteile.

Auch aus **Art. 6 Abs. 1 und 2 GG** folgt **keine zwingende Verpflichtung** der Betriebsparteien, in Sozialplänen die Frage der Zumutbarkeit eines Arbeitsplatzes in

¹⁴⁴⁴ GK-BetrVG/Oetker, 8. Aufl., § 112, 112a Rn. 335; Fitting, BetrVG, 23. Aufl. §§ 112, 112a, Rn. 230; Richardi/Annuß, BetrVG, 10. Aufl. § 112 Rn. 157.

¹⁴⁴⁵ Vgl. dazu auch BSG v. 17.11.2005 - B 11a/ 11 AL 49/04 R, SozR 4-4300 § 144 Nr. 10.

bestimmter Weise zu regeln. Sie dürfen zwar die familiären Verhältnisse hierbei berücksichtigen¹⁴⁴⁶, müssen dies aber nicht.

Allerdings entfalten die in Art. 6 GG enthaltenen Wertungen über § 75 Abs. 1 BetrVG auch Wirkung für die Ausgestaltung von Betriebsvereinbarungen und Sozialplänen. Art. 6 GG richtet sich zwar in erster Linie an den Staat. Adressat der daraus folgenden grundrechtlichen Schutzpflicht ist aber nicht nur der Gesetzgeber. Vielmehr haben auch die Gerichte, insbesondere bei der Auslegung von Generalklauseln und der Anwendung auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe, wie etwa "den Grundsätzen von Recht und Billigkeit" in § 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, die grundrechtlichen Wertungen zu beachten.¹⁴⁴⁷ Regelungen in Betriebsvereinbarungen, die grundrechtlichen Wertungen widersprechen, dürfen nicht angewendet werden. Dementsprechend hat das BAG in Sozialplänen, nach denen **Zeiten des Erziehungsurlaubs bzw. der Elternzeit bei der Bemessung von Sozialplanansprüchen** nicht als Beschäftigungszeit mitzählen, für unwirksam und unanwendbar erachtet.¹⁴⁴⁸ Durch die Nichtberücksichtigung solcher Zeiten werden Arbeitnehmer, welche die Elternzeit in Anspruch nehmen, in einer mit den Wertungen des Art. 6 GG nicht zu vereinbarenden Weise benachteiligt.

Die Betriebsparteien dürfen zwar gemäß § 75 Abs. 1 BetrVG wegen der sich aus Art. 6 GG ergebenden Wertungen in Sozialplänen keine Regelungen treffen, die geeignet sind, Ehe und Familie zu diskriminieren und Arbeitnehmer wegen ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft oder der Wahrnehmung von Rechten und Pflichten gegenüber Kindern zu benachteiligen. Aus Art. 6 GG ergibt sich für die Betriebsparteien aber **nicht die Pflicht, verheiratete Arbeitnehmer oder solche, die mit ihren Kindern in häuslicher Gemeinschaft leben, gegenüber unverheirateten, kinderlosen Arbeitnehmern zu bevorzugen**. Der grundgesetzliche Schutz von Ehe und Familie verpflichtet die Betriebsparteien nicht zu einer "**positiven Diskriminierung**". Sie müssen von einer Reduzierung der Abfindung nicht diejenigen Arbeitnehmer ausnehmen, die eine ihnen angebotene Weiterbeschäftigung wegen familiärer Bindungen ablehnen. Diese Arbeitnehmer werden gegenüber ungebundenen Arbeitnehmern, die ein entsprechendes Angebot ausschlagen, nicht benachteiligt. Sie werden nur nicht wegen ihrer familiären Bindung bevorzugt.

Aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Oktober 2005¹⁴⁴⁹ ergibt sich nichts Gegenteiliges. Zum einen betrifft der Beschluss zur Verfassungsmäßigkeit einer

¹⁴⁴⁶ BAG v. 28.9.1988 - 1 ABR 23/87, BAGE 59, 359.

¹⁴⁴⁷ BAG v. 12.11.2002 - 1 AZR 58/02, BAGE 103, 321; BAG v. 21.10.2003 - 1 AZR 407/02, BAGE 108, 147; vgl. auch BVerfG v. 6.2.2001 - 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89, zu B I 1 und 2 a der Gründe.

¹⁴⁴⁸ BAG 12.11.2002 - 1 AZR 58/02, BAGE 103, 321; BAG v. 21.10.2003 - 1 AZR 407/02, BAGE 108, 147.

¹⁴⁴⁹ BVerfG v. 11.10.2005 - 1 BvR 1232/00, 1 BvR 2627/03, BVerfGE 114, 316.

Zweitwohnungsteuer das Verhältnis zwischen Staat und Bürger. Zum anderen **verlangt das Bundesverfassungsgericht nicht die Privilegierung der ehelichen Lebensgemeinschaft, sondern verbietet nur deren Benachteiligung**. Es hat die Zweitwohnungsteuer für Ehegatten allein deshalb für unzulässig erachtet, weil dadurch die Entscheidung, trotz des beruflichen Ortswechsels eines Ehegatten die gemeinsame Wohnung beizubehalten, erschwert werde.

Dagegen ist den Betriebsparteien in einem Sozialplan eine **Gruppenbildung** verwehrt, die dazu dienen soll, dem Arbeitgeber eine **eingearbeitete und qualifizierte Belegschaft zu erhalten**. Ein solches Ziel entspricht nicht dem Zweck eines Sozialplans. Dieser dient nach seiner ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung in § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG dem Ausgleich oder der Abmilderung der den Arbeitnehmern durch die Betriebsänderung entstehenden wirtschaftlichen Nachteile. Betriebliche Interessen an der Erhaltung der Belegschaft oder von Teilen derselben sind daher nicht geeignet, Differenzierungen bei der Höhe von Sozialplanabfindungen zu rechtfertigen.¹⁴⁵⁰ Soweit früheren Entscheidungen etwas anderes entnommen werden konnte,¹⁴⁵¹ wird daran nicht festgehalten.

6. Auslegung von Sozialplänen

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind Sozialpläne als Betriebsvereinbarungen besonderer Art wegen ihrer aus § 77 Abs. 4 Satz 1, § 112 Abs. 1 Satz 3 BetrVG folgenden normativen Wirkung **wie Tarifverträge auszulegen**. Auszugehen ist dementsprechend zunächst vom **Wortlaut** und dem durch ihn vermittelten Wortsinn. Darüber hinaus kommt es auf den **Gesamtzusammenhang** und die **Systematik** der Bestimmung an. Von besonderer Bedeutung sind ferner der Sinn und Zweck der Regelung. Der **tatsächliche Wille** der Betriebsparteien ist nur insoweit zu berücksichtigen, als er in dem Regelungswerk seinen Niederschlag gefunden hat. Im Zweifel gebührt derjenigen Auslegung der Vorzug, die zu einem sachgerechten, zweckorientierten, praktisch brauchbaren und gesetzeskonformen Verständnis der Regelung führt.¹⁴⁵²

¹⁴⁵⁰ BAG v. 31.5.2005 - 1 AZR 254/04, BAGE 115, 68; BAG v. 13.2.2007 - 1 AZR 163/06, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 185 = EzA BetrVG 2001 § 112 Nr. 20.

¹⁴⁵¹ BAG v. 28.9.1988 - 1 ABR 23/87, BAGE 59, 359; BAG v. 9.11.1994 - 10 AZR 281/94, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 85 = EzA BetrVG 1972 § 112 Nr. 78; BAG v. 19.7.1995 - 10 AZR 885/94, BAGE 80, 286.

¹⁴⁵² BAG v. 6.11.2007 - 1 AZR 960/06, DB 2008, 356 = NZA 2008, 232 = ZIP 2008, 327; dazu EWiR 2008, 233 (Bieszk); BAG v. 13.2.2007 - 1 AZR 163/06, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 185 = EzA BetrVG 2001 § 112 Nr. 20.

7. Begrenzung der Sozialplandotierung im Insolvenzverfahren

Die Regeln für den Abschluss von Sozialplänen, die in dem bisherigen Gesetz über den Sozialplan im Konkurs- und Vergleichsverfahren¹⁴⁵³ enthalten waren, werden nunmehr ab 01.01.1999 durch die Regelungen in **§§ 123, 124 InsO** ersetzt.¹⁴⁵⁴

Wie bereits im bisher geltenden Recht ist auch in § 123 Abs. 1 InsO eine **(absolute) Obergrenze** für die Sozialplandotierung in der Insolvenz geregelt. Danach kann in einem Sozialplan, der nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgestellt wird, für den Ausgleich und die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen, ein Gesamtbetrag von **bis zu 2 ½ Monatsverdiensten** der von Entlassung betroffenen Arbeitnehmer vorgesehen werden.¹⁴⁵⁵

Diese Grenze ist jedoch **nicht** dahin **misszuverstehen**, dass in der Regel jeder von einer Entlassung betroffene Arbeitnehmer einen Betrag von zweieinhalb Monatsverdiensten als Sozialplanleistung erhält. Vielmehr ist die individuelle Situation der Arbeitnehmer zu berücksichtigen. In Betracht kommt auch, dass ein Arbeitnehmer, der sofort einen neuen Arbeitsplatz gefunden hat, gar keine Abfindung erhält¹⁴⁵⁶. Schon nach bisheriger Rechtsprechung des BAG¹⁴⁵⁷ ist im Übrigen anerkannt, dass einem Arbeitnehmer, der ein zumutbares Arbeitsplatzangebot im Rahmen der Betriebsänderung ablehnt, eine Sozialplanabfindung versagt werden kann. Das gilt auch, wenn der Arbeitnehmer eine zumutbare Weiterbeschäftigung bei einem Betriebserwerber ausschlägt.¹⁴⁵⁸

Eine **relative Obergrenze** ist in § 123 Abs. 2 S. 2 InsO enthalten. Danach darf für die Berichtigung von Sozialplanforderungen **nicht mehr als ein Drittel der Masse** verwendet werden, die ohne einen Sozialplan für die Verteilung an die Insolvenzgläubiger zur Verfügung stünde. Die Vorschriften über die relative Obergrenze decken auch den Fall ab, dass in einem Insolvenzverfahren zeitlich nacheinander mehrere Sozialpläne aufgestellt werden. In solchen Fällen darf die Gesamtsumme aller Forderungen aus diesen Sozialplänen die relative Grenze nicht übersteigen. Diese Grenzen wirken sich jedoch nur in den Fällen aus, in denen sich die Verteilung der Insolvenzmasse nach den Vorschriften der InsO richtet. Erfolgt sie dagegen nach anderen Vorschriften, gelten diese Grenzen nicht.

¹⁴⁵³ Dazu Balz, Das neue Gesetz über Sozialplan im Konkurs- und Vergleichsverfahren, Köln 1985, S. 45 ff..

¹⁴⁵⁴ Dazu etwa Annuß, NZI 1999, 344, 347.

¹⁴⁵⁵ Dazu Schwerdtner in: Kölner Schrift zur InsO, S. 1138 ff.; Weisemann, in: Smid, InsO, 2. Aufl., § 123, Rn. 10 ff.; zu den Zuschüssen der Arbeitsverwaltung zu Sozialplänen nach §§ 254 ff. SGB III siehe Wutzke, ZInsO 1998, 6 ff.

¹⁴⁵⁶ Begründung zu § 123 Regierungsentwurf zur InsO, BTDr. 12/2443, 154; abgedruckt in: Kübler/Prütting, RWS-Dok. 18, Bd. I, S. 322 f..

¹⁴⁵⁷ BAG v. 27.10.1987 – 1 ABR 9/86, BAGE 56, 270 = DB 1988, 588, BAG v. 28.9.1988 – 1 ABR 23/87, BAGE 59, 359, dazu EWiR 1989, 323 (Schaub); BAG v. 5.12.1997 – 10 AZR 553/96, AP Nr. 112 zu § 112 BetrVG 1972; Willemsen/Tiesler, a.a.O., 40 f.

¹⁴⁵⁸ BAG v. 19.1.1999 – 1 AZR 342/98, ZInsO 1999, 544.

Wie bereits nach dem früher geltenden Recht sind die Grenzen als Höchstgrenzen ausgestaltet, so dass es im **Ermessen des Insolvenzverwalters und des Betriebsrates** liegt, ob sie diese Grenzen ausschöpfen wollen. Der Betriebsrat wird in den Fällen, in denen eine Sanierung des Unternehmens in Aussicht steht, eher bereit sein, einer geringeren Sozialplandotierung zuzustimmen.

§§ 123, 124 InsO enthalten eine abschließende Regelung hinsichtlich des Umfangs der Leistungen, die in einem Sozialplan zu Lasten der Masse vereinbart werden dürfen. Die Vereinbarung über das Unwirksamwerden (auflösende Bedingung) eines Sozialplanes für den Fall der Insolvenz der Gesellschaft ist daher ihrerseits unwirksam.¹⁴⁵⁹

8. Bedeutung des § 123 InsO für Abfindungstarifverträge

Nachdem das BAG die grundsätzliche Zulässigkeit,¹⁴⁶⁰ aber auch die Erstreikbarkeit¹⁴⁶¹ von sog. Abfindungstarifverträgen (auch als „Sozialtarifverträge“ oder „Tarifsozialpläne“ bezeichnet)¹⁴⁶² anerkannt hat, stellt sich die Frage, ob die Begrenzungen des § 123 Abs. 1 und Abs. 2 InsO für Sozialplanforderungen entsprechend auch für **nachinsolvenzlich abgeschlossene Abfindungstarifverträge** gelten.¹⁴⁶³

Wäre dies nicht der Fall, würde es sich für die jeweilige Fachgewerkschaft anbieten, in der Insolvenz zu versuchen, ggf. durch Streikmaßnahmen, noch solche Abfindungstarifverträge gegen den Insolvenzverwalter durchzusetzen, um für die Belegschaft - zu Lasten der anderen Massegläubiger - eine deutlich bessere Abfindungshöhe zu erzwingen. Der Zweck der Regelung des § 123 InsO könnte so ausgehebelt werden.

Für **vorinsolvenzlich abgeschlossene Abfindungstarifverträge**, die für den Fall einer Kündigung Abfindungsansprüche der gekündigten Arbeitnehmer vorsehen, dürfte bei einer Kündigung durch den Insolvenzverwalter schon fraglich sein, ob ein Abfindungsanspruch - als einfache Insolvenzforderung, die ggf. zur Insolvenztabelle anzumelden wäre - besteht. Da der Abfindungsanspruch zwar durch die Kündigung seitens des Insolvenzverwalters ausgelöst wird, sich jedoch aus einem vorinsolvenzlich abgeschlossenen Tarifvertrag ergibt, ist wegen des **Ausschlusses jeglicher Kündigungserschwernisse** zu Lasten des insolventen Unternehmens gemäß der weiten Interpretation der Vorschrift des § 113 Abs. 1 InsO anzunehmen, dass der tarifliche Abfindungsanspruch in der Insolvenz untergeht. Das

¹⁴⁵⁹ LAG Hannover v. 24.9.2009 – 4 TaBV 44/08, ZIP 2010, 442.

¹⁴⁶⁰ BAG v. 6.12.2006 - 4 AZR 798/05, NZA 2007, 821; BAG v. 24.4.2007 - 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987.

¹⁴⁶¹ BAG v. 24.4.2007 - 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987.

¹⁴⁶² *Krieger*, FA 2007, 366; *Schmidt*, ZInsO 2008, 247.

¹⁴⁶³ Dazu *Schmidt*, ZInsO 2008, 247.

LAG Hamm hat nämlich für Kündigungen, die nur unter qualifizierten Voraussetzungen ausgesprochen werden können, beispielsweise nach tariflichvertraglicher Regelung nur gegen Zahlung einer Abfindung, bereits in diesem Sinne entschieden.¹⁴⁶⁴

9. Insolvenzzrang der Sozialplanforderungen

In der InsO sind die Sozialplanforderungen **aus nachinsolvenzlich abgeschlossenen Sozialplänen** nicht mehr als bevorrechtigte Insolvenzforderungen eingestuft, sondern als Masseforderungen (§ 123 Abs. 2 S. 1 InsO)¹⁴⁶⁵. Das gilt auch dann, wenn sie auf eine noch **vor der Insolvenzeröffnung geplante Betriebsänderung** zurückgehen.¹⁴⁶⁶

Auch wenn zunächst der Eindruck entstehen sollte, dass die Stellung der Arbeitnehmer damit verbessert werde, hat dies nicht die vermutete Wirkung. Die Vorschrift über die relative Begrenzung des Sozialplanvolumens bewirkt, dass die Sozialplangläubiger grundsätzlich nur befriedigt werden, wenn die übrigen Masseverbindlichkeiten voll erfüllt werden können. Dadurch stehen die Sozialplanforderungen **generell im Nachrang zu den herkömmlichen Masseforderungen**. Der Vorteil der Einstufung der Sozialplanforderungen als Masseforderungen besteht darin, dass eine **Anmeldung und Feststellung der Sozialplanforderungen entfällt**.¹⁴⁶⁷

Forderungen aus einem nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgestellten Sozialplan sind gemäß § 123 Abs. 2 Satz 1 InsO **Masseverbindlichkeiten**, die nach § 53 InsO vorweg zu befriedigen sind. **§ 123 Abs. 3 Satz 2 InsO** bestimmt jedoch, dass eine **Zwangsvollstreckung** in die Masse wegen einer Sozialplanforderung schlechthin unzulässig ist. Nach allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur fehlt deswegen einer Leistungsklage gegen den Insolvenzverwalter wegen Forderungen aus einem von ihm vereinbarten Sozialplan das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis, weil ein entsprechender Leistungstitel dauerhaft keine Vollstreckungsgrundlage wäre. Der Gläubiger ist auf den Weg der Feststellungsklage verwiesen.¹⁴⁶⁸ Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass der

¹⁴⁶⁴ LAG Hamm v. 26.11.1998 - 8 Sa 1576/98, ZInsO 1999, 302, dazu EWIR 1999, 467 (*Moll*), LAG Schleswig-Holstein v. 28.4.2004 - 3 Sa 551/03, ZInsO 2004, 1328; a.A. LAG Baden-Württemberg v. 9.11.1998 - 15 Sa 87/98, LAGE § 113 InsO Nr. 6 = ZInsO 1999, 423 für den Fall eines tarifvertraglichen Zustimmungserfordernisses des Betriebsrats.

¹⁴⁶⁵ Zum Rang von Sozialplanansprüchen aus vorinsolvenzlichen Sozialplänen nach bisherigem Recht BAG v. 27.10.1998 - 1 AZR 94/98, ZIP 1999, 540 = DZWIR 2000, 19 m. Anm. Bichlmeier und des Abfindungsanspruchs des Arbeitnehmers gemäß §§ 113 Abs. 3, 111 Abs. 1 BetrVG siehe ArbGG Lörrach v. 7.7.1994 - 4 Ca 19/94, EWIR 1994, 804 (Pape); LAG Baden-Württemberg, v. 18.6.1996 - 10 Sa 98/94, ZIP 1996, 1387, dazu EWIR 1996, 855 (Uhlenbruck).

¹⁴⁶⁶ LAG Hamm v. 30.4.2010 - 10 TaBV 7/10, ZIP 2010, 2315.

¹⁴⁶⁷ Auch soll ein späterer Betriebsübernehmer für solche Sozialplanverpflichtungen nicht haften: ArbG Minden v. 11.8.1999 - 2 Ca 1695/98, DZWIR 2000, 147 = ZInsO 2000, 175.

¹⁴⁶⁸ BAG v. 22.11.2005 - 1 AZR 458/04, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 176 = EzA BetrVG 2001 § 112 Nr. 15; BAG v. 31.7.2002 - 10 AZR 275/01, BAGE 102, 82, 84; für das Vollstreckungsverbot nach § 210 InsO grundlegend BAG v. 11.12.2001 - 9 AZR 459/00, AP InsO § 209 Nr. 1 = EzA InsO § 210 Nr. 1; FK/ InsO/

Sozialplan **nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit vereinbart** worden ist. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist keine Spezialregelung, die nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit das in § 123 Abs. 3 Satz 2 InsO enthaltene Vollstreckungsverbot verdrängt.

Eine **Leistungsklage** gegen den Insolvenzverwalter auf Zahlung der Abfindung aus einem **nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit** vereinbarten Sozialplan ist daher unzulässig. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO steht dem nicht entgegen. Diese Vorschrift hat nach der Auffassung des BAG für Sozialplanansprüche keine Bedeutung.¹⁴⁶⁹

Sozialplanabfindungsansprüche können in der Insolvenz des Arbeitgebers wegen § 123 Abs. 3 Satz 2 InsO nur mit eigener **Feststellungsklage** geltend gemacht werden. Der Übergang von der Leistungsklage zur Feststellungsklage ist aber auch noch in der **Berufungsinstanz** nach § 264 Nr. 2 ZPO zulässig.¹⁴⁷⁰

Das LAG Düsseldorf hat entschieden, dass Sozialplanansprüche auch nach neun Jahren noch nicht verjährt sind, wenn **vor Abschluss des Sozialplans Masseunzulänglichkeit angezeigt** wurde. Zum einen seien die Ansprüche noch nicht fällig, d.h. die Verjährungsfrist habe noch nicht zu laufen begonnen. Zwar verjährten Sozialplanansprüche innerhalb von drei Jahren ab Fälligkeit und diese Fälligkeit sei grundsätzlich mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses gegeben. Anders sei dies aber, wenn vor Abschluss des Sozialplans Masseunzulänglichkeit angezeigt werde. Der Anspruch werde dann **erst mit Abschluss des Insolvenzverfahrens und Verteilung der Masse fällig**. Vorher sei der Anspruch sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach unsicher, so dass die Verjährung unterbrechende Leistungs- oder Feststellungsklagen nicht möglich seien. Zum anderen verstoße es gegen Treu und Glauben, wenn der Insolvenzverwalter sich auf Verjährung berufe, nachdem er die Ansprüche jahrelang – auch nach dem von ihm angenommenen Ablauf der Verjährung – in den Zwischenberichten aufgenommen hatte. Die Arbeitnehmer hätten objektiv davon ausgehen dürfen, "dass mit ihrem Sozialplananspruch alles in Ordnung sei". Das LAG hat die Revision nicht zugelassen.¹⁴⁷¹

§ 258 Abs. 2 InsO ermöglicht, für nicht fällige Masseansprüche anstelle einer Sicherheitsleistung einen **Finanzplan** vorzulegen. Diese Regelung gilt auch für Sozialplanansprüche. § 258 Abs. 2 InsO weist die Möglichkeit, einen Finanzplan zu erstellen, nicht ausschließlich dem Insolvenzverwalter zu. Nicht er, sondern das **Insolvenzgericht** hat

Eisenbeis, § 123 Rn. 21; Nerlich/Römermann/*Hamacher* InsO, § 123 Rn. 43 f.; Braun/Wolf, InsO, § 123 Rn. 14; Linck in HK/InsO, § 123 Rn. 26.

¹⁴⁶⁹ BAG v. 21.1.2010 – 6 AZR 785/08, NZI 2010, 317 = ZIP 2010, 546 = ZInsO 2010, 495; dazu EWIR 2010, 301 (*Moll/Krahforst*).

¹⁴⁷⁰ LAG Hamm v. 14.5.2014 – 2 Sa 1652/13, NZA 2015, 139.

¹⁴⁷¹ LAG Düsseldorf v. 10.10.2013 – 5 Sa 823/13, ZIP 2014, 592.

daher zu **prüfen**, ob dem Insolvenzgericht vorgelegte Unterlagen die an einen Finanzplan i.S.v. § 258 Abs. 2 InsO zu stellenden Anforderungen erfüllen.¹⁴⁷²

10. Abschlagszahlungen auf Sozialplanansprüche

Nach § 123 Abs. 3 InsO soll der Insolvenzverwalter mit Zustimmung des Insolvenzgerichts Abschlagszahlungen auf die Sozialplanforderungen leisten, soweit hinreichende Barmittel in der Masse vorhanden sind. Die **Zustimmung des Insolvenzgerichts** als Voraussetzung ist vorgesehen worden, damit die Befriedigung anderer Gläubiger nicht durch zu hohe Abschlagszahlungen an die Sozialplanberechtigten gefährdet wird¹⁴⁷³. Allerdings ist eine Zwangsvollstreckung in die Masse wegen einer Sozialplanforderung gem. § 123 Abs. 3 S. 2 InsO unzulässig.

11. Widerrufsregelung des § 124 InsO

Sozialpläne, die **in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Verfahrenseröffnung** aufgestellt worden sind, können sowohl vom Insolvenzverwalter als auch vom Betriebsrat widerrufen werden.¹⁴⁷⁴ Der Grund liegt darin, dass solche Sozialpläne typischerweise bereits Nachteile ausgleichen sollen, die mit dem Eintritt der Insolvenz in Verbindung stehen. Die so durch den Sozialplan begünstigten Arbeitnehmer sollen mit denen gleichgestellt werden, die Leistungen nach einem Sozialplan beanspruchen können, der erst nach Verfahrenseröffnung aufzustellen gewesen wäre. Wird der ursprüngliche Sozialplan also widerrufen, können die begünstigten Arbeitnehmer bei der Aufstellung des neuen Sozialplans berücksichtigt werden.

Die **Leistungen** an die im ursprünglichen Sozialplan berücksichtigten Arbeitnehmer **können** also **neu festgesetzt werden**. Dabei kann die schwierige wirtschaftliche Lage des Unternehmens insoweit berücksichtigt werden, als das Sozialplanvolumen unterhalb der zulässigen Höchstgrenzen festgelegt werden kann, um die Sanierungschancen zu verbessern. Neu festgelegt werden können dabei auch die Beteiligungen der einzelnen Arbeitnehmer an dem Gesamtvolumen des Sozialplanes, so dass die Mittel z.B. auf besondere Notfälle konzentriert werden können¹⁴⁷⁵. Die Berücksichtigung der Sozialplanleistungen im Insolvenzverfahren für die bereits in einen früheren Sozialplan aufgenommenen Arbeitnehmer hat den Vorteil, dass diese Leistungen aus dem Sozialplan nach der Verfahrenseröffnung ungekürzt aus der Insolvenzmasse zu zahlen sind.

¹⁴⁷² LAG Düsseldorf v. 19.3.2015 – 13 Sa 1222/14, ZIP 2015, 1743.

¹⁴⁷³ Begründung zu § 123 Regierungsentwurf zur InsO, BT Drucks. 12/2443, S. 154, abgedruckt in: Kübler/Prütting, RWS-Dok. 18, Bd. I, S. 322 f..

¹⁴⁷⁴ Dazu umfassend Schwerdtner in: Kölner Schrift zur InsO, S. 1151 ff; Caspers, Personalabbau in der Insolvenz, S. 206 ff, Rn. 474 ff.

¹⁴⁷⁵ Begründung zu § 123 Regierungsentwurf zur InsO, BT Drucks. 12/2443, S. 155, abgedruckt in: Kübler/Prütting, RWS –Dok. 18, Bd. I, S. 322 f..

Aus Gründen der Rechtssicherheit können **schon ausgezahlte Beträge** gem. § 124 Abs. 3 InsO wegen Widerrufs des Sozialplans **nicht zurückgefordert** werden. Das Volumen des Sozialplans im Insolvenzverfahren ist dann unter Berücksichtigung dieser Leistungen niedriger festzusetzen¹⁴⁷⁶. Die Möglichkeit der Rückforderung der Leistungen aufgrund des Rechts der Insolvenzanfechtung wird jedoch durch diese Vorschrift nicht ausgeschlossen.

12. Ansprüche aus nicht widerrufenen oder nicht mehr widerrufbaren Sozialplänen

Ansprüche aus einem Sozialplan, der früher als drei Monate vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgestellt worden ist bzw. der vom Insolvenzverwalter nicht nach § 124 InsO widerrufen worden ist, und der nicht bei Verfahrenseröffnung berichtigt worden ist, können nur **als Insolvenzforderungen** geltend gemacht werden, **müssen also angemeldet und festgestellt werden**¹⁴⁷⁷.

Tarifliche Ausschlussfristen finden in der Insolvenz grundsätzlich uneingeschränkt Anwendung. Tarifliche Verfallfristen dienen nicht allein dem Arbeitnehmerschutz, sondern können beiden Seiten zugutekommen. Sie verfolgen den Zweck, im Zusammenhang mit der Erhebung von Ansprüchen der Arbeitsvertragsparteien eine möglichst große Sicherheit und schnellstmögliche Klarheit zu schaffen. Die Besonderheiten des **Insolvenzverfahrens** stehen diesem Zweck nicht entgegen und rechtfertigen es nicht, den Insolvenzverwalter von seiner bestehenden Bindung an die tariflichen Ausschlussfristen zu befreien. Sozialplanansprüche unterliegen den tariflichen Verfallfristen, weil es sich dabei um Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis handelt. Daher besteht kein Anspruch des Insolvenzverwalters gegen Arbeitnehmer auf **Rückzahlung einer Sozialplanabfindung**, wenn der Anspruch nach den tariflichen Ausschlussfristen verfallen ist.¹⁴⁷⁸

Abfindungsansprüche aus einem **Sozialplan**, der vom Insolvenzverwalter **nach Anzeige der Massenunzulänglichkeitsanzeige abgeschlossen** wird, **verjähren** nach der Auffassung des ArbG Duisburg **nicht bereits nach drei Jahren** nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem das Arbeitsverhältnis endete. Die Erhebung der Verjährungseinrede verstößt jedenfalls gegen **Treu und Glauben**, wenn der Sozialplan bereits erkennen lässt, dass eine zeitnahe Befriedigung des Anspruchs von den Betriebsparteien nicht in Betracht gezogen wurde und sowohl Arbeitnehmer, Insolvenzverwalter als auch sonstige Massegläubiger kein Interesse an der Durchführung eines Rechtsstreits wegen eines

¹⁴⁷⁶ Vgl. Moll, a.a.O., 366.

¹⁴⁷⁷ Caspers, a.a.O., Rn. 549; zur Verjährung siehe Pott, NZI 2015, 539.

¹⁴⁷⁸ LAG Hamm v. 10.10.2007 – 2 Sa 429/07, ZInsO 2008, 688.

unstreitigen Anspruchs wegen der besonderen Kostentragungspflicht gem. § 12a ArbGG zu haben könnten.¹⁴⁷⁹

13. Anmeldung von Sozialplanansprüchen zur Tabelle

Macht ein Arbeitnehmer geltend, er sei in einem Sozialplan im Insolvenzverfahren zu Unrecht von Sozialplanleistungen ausgeschlossen worden, hat er seine **vermeintliche Abfindungsforderung zur Tabelle anzumelden**. Der Verwalter ist nicht verpflichtet, ihm vorab die hypothetische Höhe seines Abfindungsanspruchs mitzuteilen, wenn er seine Forderung selbst ausrechnen kann. Dies gilt auch dann, wenn im Sozialplan ein Punktwert angegeben ist, welcher sich bei Einbeziehung des klagenden Arbeitnehmers in den Kreis der Abfindungsberechtigten verändern könnte.¹⁴⁸⁰

VI. Wirkung der Verfahrenseröffnung auf Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen

1. Tarifbindung

Der Grundsatz, dass das Arbeitsverhältnis über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinaus fortbesteht, führt zu einer **Bindung des Insolvenzverwalters an die Tarifverträge** in dem Umfang, in dem die Bindung auch für den Gemeinschuldner galt¹⁴⁸¹. Dies gilt also sowohl für den Fall einer Mitgliedschaft im vertragschließenden Arbeitgeberverband als auch für den Fall eines Firmentarifvertrages als auch für Tarifbindung durch arbeitsvertragliche Inbezugnahme.

Allerdings gelten für **anfechtungsrechtliche Rückgewähransprüche** des Insolvenzverwalters gegen Arbeitnehmer nicht etwaige arbeitsvertragliche oder tarifliche Verfallklauseln¹⁴⁸², die ansonsten für neue Ansprüche aus fortbestehenden Arbeitsverhältnissen weiter gelten, während für noch nicht verfallene Ansprüche aus der Zeit vor der Insolvenzeröffnung nach der Rechtsprechung des BAG tarifliche Ausschlussfristen ihren Sinn verlieren sollen.¹⁴⁸³

Auf das in einem **Sanierungstarifvertrag** vereinbarte **außerordentliche Kündigungsrecht** zugunsten der Gewerkschaft finden §§ 103, 119 InsO keine Anwendung.¹⁴⁸⁴

¹⁴⁷⁹ AG Duisburg v. 6.5.2013 – 3 Ca 650/13, NZI 2013, 752 m. Anm. Höflich-Bartlik/Mattes.

¹⁴⁸⁰ LAG Hamm v. 25.11.1998 – 2 Sa 453/98, ZInsO 1999, 120, dazu EWiR 1999, 713 (Diller).

¹⁴⁸¹ Zur Bindung des Insolvenzverwalters an ein tarifvertragliches Erfordernis der Zustimmung des Betriebsrates zu einer betriebsbedingten Kündigung LAG Baden-Württemberg v. 9.11.1998 – 15 Sa 87/98, LAGE § 113 InsO Nr. 6.

¹⁴⁸² LAG Hamm v. 26.11.1997 – 14 Sa 1240/97, ZIP 1998, 920.

¹⁴⁸³ BAG v. 18.12.1984 – 1 AZR 588/82, ZIP 1985, 754, 756 f. dazu EWiR 1985, 247 (Bauer); LAG Hamm v. 20.3.1998 – 10 Sa 1737/97, EWiR 1998, 121 (Diller); zur Suspendierung von Ausschlussfristen bei vorbehaltloser Ausweisung von Vergütungsansprüchen in einer Vergütungsabrechnung des Arbeitgebers siehe BAG v. 21.4.1993 – 5 AZR 399/93, BB 1993, 1736.

¹⁴⁸⁴ LAG München v. 24.5.2019 – 3 Sa 808/18, NZI 2019, 708.

2. Insolvenzbedingtes Ausscheiden aus dem Arbeitgeberverband

Wenn nach der **Satzung des Arbeitgeberverbandes** der Insolvenzeröffnung zu einer Beendigung der Mitgliedschaft führt, endet ipso jure hierdurch mit Verfahrenseröffnung die Stellung als Mitglied einer Tarifvertragspartei. Dies führt aber nicht dazu, dass die Verfahrenseröffnung die Tarifverträge unanwendbar macht.

Vielmehr kommt es gem. § 3 Abs. 3 TVG zu einer **Nachwirkung** der Tarifverträge, so dass der Insolvenzverwalter an alle bei Insolvenzeröffnung bestehenden Tarifverträge nach wie vor gebunden bleibt. Nur diejenigen Tarifverträge, die nach Verfahrenseröffnung neu abgeschlossen werden, binden den Insolvenzverwalter nicht mehr. In der Praxis kommt insoweit eine große Bedeutung den (rückwirkenden) tarifvertraglichen Entgelterhöhungen zu.

Ist in der Satzung des Arbeitgeberverbandes **keine Beendigung der Mitgliedschaft** für den Fall der Verfahrenseröffnung enthalten, erstreckt sich die fortwirkende Tarifbindung nicht nur auf bestehende Tarifverträge, sondern auch auf nach Verfahrenseröffnung abgeschlossene Tarifverträge.

Der Insolvenzverwalter kann sich im **Berufungsverfahren** vor dem Landesarbeitsgericht jedenfalls dann nicht durch einen Vertreter eines Arbeitgeberverbandes vertreten lassen, wenn nach der Verbandssatzung die Mitgliedschaft des Gemeinschuldners geendet hat und der Insolvenzverwalter nicht selbst Mitglied des Verbandes ist¹⁴⁸⁵.

3. Bindung an Betriebsvereinbarungen

Grundsätzlich besteht kein Recht des Insolvenzverwalters, Ansprüche der Arbeitnehmer einzustellen oder einseitig zu kürzen. Soweit Betriebsvereinbarungen bestehen, werden die Rechte des Arbeitnehmers daraus durch das Insolvenzverfahrens ebenfalls nicht berührt. Wenn in den Betriebsvereinbarungen aber Leistungen vorgesehen sind, die eine **Belastung für die Insolvenzmasse** ergeben, sollen gem. § 120 Abs. 1 S. 1 InsO der Insolvenzverwalter und der Betriebsrat über eine einvernehmliche Herabsetzung der Leistung beraten.¹⁴⁸⁶

Darüber hinaus hat der Insolvenzverwalter das Recht, mit einer Drei-Monats-Frist diese Betriebsvereinbarungen zu kündigen, auch wenn eine **längere Kündigungsfrist** vorgesehen ist. Diese Regelung soll nicht nur für freiwillige Betriebsvereinbarungen gelten, sondern auch für Betriebsvereinbarungen i.S.v. § 87 BetrVG¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁸⁵ BAG v. 20.11.1997 – 2 AZR 52/97, ZIP 1998, 437, dazu EWiR 1998, 343 (Rombach).

¹⁴⁸⁶ Dazu Oetker/Friese, DZWIR 2000, 397; Weisemann, in: Smid, InsO, 2. Aufl., § 120, Rn. 8 ff.

¹⁴⁸⁷ Warrikoff, BB 1994, 2338 f.; Moll, a.a.O., 362.

Nach der Rechtsprechung des BAG wirken Betriebsvereinbarungen über **freiwillige Leistungen** nicht nach, wenn der Arbeitgeber sie zu dem Zweck gekündigt hat, die freiwilligen Leistungen gänzlich einzustellen¹⁴⁸⁸. Sollen dagegen die freiwilligen Leistungen nur gekürzt werden, gilt Nachwirkung gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG ebenso wie bei Betriebsvereinbarungen im Rahmen der zwingenden Mitbestimmung, insbesondere nach § 87 BetrVG, da dann Verteilungsregelungen erforderlich sind¹⁴⁸⁹.

Gem. § 120 Abs. 1 S. 2 InsO können diese Betriebsvereinbarungen dann auch mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden, wenn sie eine **längere Frist** enthalten.

Nach § 120 Abs. 2 InsO bleibt davon das Recht zur Kündigung aus einem **wichtigen Grund** ohne Einhaltung der Kündigungsfrist unberührt. Dabei stellt allein die Verfahrenseröffnung keinen wichtigen Grund im Sinne dieser Vorschrift dar. Ebenso wie das Arbeitsverhältnis ohne die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung fortbesteht, muss dies auch für die Ansprüche gelten, die auf einer Betriebsvereinbarung beruhen.

C. Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis für die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Die Arbeitnehmer genießen eine Sonderstellung in der Insolvenz ihres Arbeitgebers. Diese Sonderstellung besteht nicht nur darin, dass ihre Arbeitsverhältnisse grundsätzlich fortgesetzt werden, als auch darin, dass die daraus resultierenden Ansprüche in bestimmter Weise gegenüber anderen Gläubigern bevorrechtigt sind und zum Teil sogar neue Ansprüche, z.B. gegenüber der Bundesagentur für Arbeit auf **Insolvenzgeld**, entstehen.

Dabei unterscheidet sich der Grad der Sicherung der Ansprüche danach, **zu welchem Zeitpunkt sie entstanden** sind. Im Folgenden soll der Übersichtlichkeit wegen zwischen der Sicherung von Ansprüchen, die bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits entstanden waren, und solchen Ansprüchen unterschieden werden, die erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehen.¹⁴⁹⁰

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben nach § 165 Abs. 1 Satz 1 SGB III in der seit dem 01. April 2012 geltenden Fassung durch das Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt (BGBl. 2011 I, 2854) Anspruch auf **Insolvenzgeld**, wenn sie **im Inland beschäftigt** waren und bei einem **Insolvenzereignis** für die

¹⁴⁸⁸ BAG v. 26.10.1993 – 1 AZR 46/93, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung = DB 1994, 987.

¹⁴⁸⁹ Vgl. Moll, a.a.O., 362.

¹⁴⁹⁰ Zum Entgeltanspruch des freigestellten Arbeitnehmers nach bisherigem Recht siehe zuletzt BAG v. 8.12.1998 – 9 AZR 622/97, ZIP 1999, 585, dazu EWIR 1999, 755 (Gerhardt).

vorausgegangenem drei Monate des Arbeitsverhältnisses noch Ansprüche auf Arbeitsentgelt haben. Als **Insolvenzereignis** gilt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers (Nr. 1), die Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse (Nr. 2) oder die vollständige Beendigung der Betriebstätigkeit im Inland, wenn ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht gestellt worden ist und ein Insolvenzverfahren offensichtlich mangels Masse nicht in Betracht kommt (Nr. 3).

Arbeitnehmer haben auch dann Anspruch auf Insolvenzgeld, wenn sie erst **nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, aber vor dem Insolvenzereignis eingestellt** wurden.¹⁴⁹¹

Der Auftrag, einen arbeitsrechtlichen Anspruch im Insolvenzverfahren durchzusetzen, umfasst regelmäßig auch die **Verpflichtung**, den Arbeitnehmer **über die Voraussetzungen eines Insolvenzgeldanspruchs zu informieren**.¹⁴⁹²

Die **Insolvenzgeldversicherung** folgt dem Grundsatz, dass der Arbeitnehmer sich wegen der Realisierung seines **Arbeitsentgeltanspruches** ausschließlich an seinen Arbeitgeber halten muss. Es widerspräche dem Zweck dieser Sozialleistung, wenn nach der durch ein gesetzliches Insolvenzereignis offenbaren Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers der Arbeitnehmer auf das Ergebnis des Insolvenzverfahrens oder die Geltendmachung der ausstehenden Arbeitsentgeltansprüche gegen Dritte verwiesen würde. Denn das Insolvenzgeld soll das ausstehende Arbeitsentgelt für die letzten drei Monate des Arbeitsverhältnisses vor dem Insolvenzereignis zeitnah zur Deckung des Lebensunterhalts zur Verfügung stellen und daher möglichst früh nach dem Insolvenzereignis gewährt werden. Besteht ein Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf Arbeitsentgelt ist kein Grund ersichtlich, den Arbeitnehmer nach Insolvenz des Arbeitgebers zur Bekämpfung von Missbrauch des Insolvenzgeldes auf Ansprüche gegen Dritte zu verweisen.¹⁴⁹³

Auch der Regelung des § 165 SGB III lässt sich nicht entnehmen, dass Ansprüche gegen Dritte zur Realisierung des Arbeitsentgeltanspruches vorrangig gegenüber dem Anspruch auf Insolvenzgeld sind. Hiernach ist Voraussetzung für die Gewährung des Insolvenzgeldes lediglich, dass ein Arbeitnehmer bestimmte Arbeitsentgeltansprüche gegen seinen Arbeitgeber hat, diese nicht erfüllt worden sind und bei dem Arbeitgeber ein Insolvenzereignis eingetreten ist. Kann der Arbeitnehmer neben dem Arbeitgeber Dritte

¹⁴⁹¹ LSG Niedersachsen-Bremen v. 13.3.2018 – L 7 AL 71/16, NZI 2018, 409 m. Anm. Fuchs.

¹⁴⁹² LSG NRW v. 23.6.2009 – L 1 AL 6/07, ZInsO 2010, 44.

¹⁴⁹³ So schon zum Konkursausfallgeld BSG v. 2.11.2000 - B 11 AL 23/00 R; LSG Baden-Württemberg v. 20.10.2017 – L 8 AL 1845/16, NZI 2018, 80.

wegen seiner Arbeitsentgeltforderungen in Anspruch nehmen, sieht das Gesetz nicht vor, dass der Anspruch auf Insolvenzgeld nicht oder erst entsteht, wenn auch der Dritte zahlungsunfähig geworden ist. Das Gesetz setzt zudem den endgültigen Ausfall des Entgeltanspruchs für das Entstehen des Anspruchs auf Insolvenzgeld nicht voraus. Solange die Ansprüche des Arbeitnehmers nicht tatsächlich befriedigt werden, ist nach Eintritt eines Insolvenzereignisses beim Arbeitgeber für den Anspruch auf Insolvenzgeld unerheblich, ob Aussicht besteht, dass die Arbeitsentgeltansprüche, die den Anspruch auf Insolvenzgeld begründen, später durch den Konkursverwalter oder Dritte, z. B. einen Übernehmer des Betriebes, befriedigt werden.

Dies bestätigt auch die Regelung des § 169 SGB III. Danach geht mit der Beantragung von Insolvenzgeld - und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem unter Umständen noch gar nicht abzusehen ist, ob der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers noch befriedigt werden kann - der Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt, der den Anspruch auf Insolvenzgeld nach § 165 SGB III begründet, auf die Beklagten über. Für den Fall, dass gegenüber dem Betriebserwerber nach § 613a BGB ein Anspruch auf Arbeitsentgelt im Insolvenzzeitraum besteht, obliegt es der Beklagten diese Ansprüche geltend zu machen. Vermutete Manipulationen durch den Arbeitgeber dürfen jedoch nicht auf dem Rücken der Versicherten ausgetragen werden.

Für den Insolvenzgeldzeitraum nach § 165 Abs. 1 S. 1 SGB III kommt es auf das **Arbeitsverhältnis im Sinne des Arbeitsrechts** an, nicht hingegen auf das faktische Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Sozialversicherungsrechts. Hat der Arbeitnehmer offene Lohnforderungen für mehrere Monate und begleicht der Arbeitgeber dann einen Teil der Schuld, ist die Zahlung des Arbeitgebers auf die Forderungen im Zweifel in der Reihenfolge des § 366 Abs. 2 BGB anzurechnen.¹⁴⁹⁴

Honoraransprüche eines Beraters des Betriebsrates nach § 111 S. 2 BetrVG für Tätigkeiten vor Insolvenzeröffnung sind Insolvenzforderungen.¹⁴⁹⁵

I. Grundzüge des Entgeltschutzes in der Insolvenz

Die Arbeitnehmer nehmen mit ihren Insolvenzforderungen am Insolvenzverfahren teil. Insoweit haben sie **Stimmrechte in der Gläubigerversammlung**, die wesentliche Entscheidungen über den Ablauf des Insolvenzverfahrens zu treffen hat.

¹⁴⁹⁴ SG Karlsruhe v. 27.10.2017 – S 5 AL 2200/17, NZI 2018, 713.

¹⁴⁹⁵ LAG München v. 10.5.2007 – 2 TaBV 36/06, ZInsO 2007, 1004.

1. Entgeltrückstände außerhalb des Insolvenzgeldzeitraums

a) Laufende Vergütungsansprüche

Die **Privilegierung** rückständiger Vergütungsansprüche wie im Konkursrecht (§§59 Abs. 1, 61 Abs. 1 KO) ist **entfallen**. Sie sind nunmehr gem. §§ 38, 108 Abs. 2 InsO **einfache Insolvenzforderungen**¹⁴⁹⁶. Das gilt auch für vor der Insolvenzeröffnung geleistete „**Sanierungsstunden**“ der Arbeitnehmer, die – wegen Kündigung des Arbeitsverhältnisses – nach Insolvenzeröffnung fällig werden.¹⁴⁹⁷

Das BAG hat mit Urteil vom 21.2.2013 entschieden¹⁴⁹⁸: Von § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO werden u.a. Arbeitsverhältnisse erfasst, die der Insolvenzverwalter in seiner Funktion als Partei kraft Amtes selbst begründet. Werden Ansprüche durch Vereinbarungen des Schuldners vor Insolvenzeröffnung begründet, handelt es sich demgegenüber auch für den Zeitraum nach Insolvenzeröffnung nicht um Masseverbindlichkeiten i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO unterfallen alle Entgeltansprüche, die aus der Beschäftigung von Arbeitnehmern durch den Insolvenzverwalter nach Insolvenzeröffnung erwachsen, und alle sonstigen Ansprüche, die sich aus dem bloßen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ergeben. Ist ein regelmäßiges Arbeitsentgelt vereinbart, entstehen die Entgeltansprüche mit den Zeitabschnitten, nach denen die Vergütung zu bemessen ist.

Fallen die Zeitabschnitte in die Zeit nach Insolvenzeröffnung, handelt es sich um Masseverbindlichkeiten i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO. Die Regelung der Insolvenzforderungen in §§ 38, 108 Abs. 3 InsO beruht auf dem in § 1 Satz 1 InsO ausgedrückten Ziel des Insolvenzverfahrens, alle Gläubiger des Schuldners im Regelfall gemeinschaftlich zu befriedigen. Die Regelung der **vorweg zu berechtigenden Masseverbindlichkeiten** in §§ 53, 55 InsO hat im Unterschied dazu **Ausnahmecharakter**. Die Insolvenzordnung sieht nicht vor, dass Arbeitnehmer generell gegenüber anderen Gläubigern bevorzugt werden. Die Entstehung von Masseverbindlichkeiten soll begrenzt werden. Die Bevorrechtigung von Ansprüchen auf Arbeitsentgelt ist lediglich dann gerechtfertigt, wenn die Verbindlichkeiten Gegenleistungen für Arbeitsleistungen sind, die der Masse nach Insolvenzeröffnung zugutegekommen sind.

Soweit die Vergütungsansprüche nicht **wegen der Beantragung von Insolvenzgeld auf die BA für Arbeit übergehen**¹⁴⁹⁹, muss der Arbeitnehmer sie - als Bruttoforderung¹⁵⁰⁰ - zur

¹⁴⁹⁶ Moll, in: Schmidt/Uhlenbruck, 359 f.; Schulte-Kaubrügger, DZWIR 2000, 426 f.

¹⁴⁹⁷ LAG Berlin-Brandenburg v. 17.3.2011 – 5 Sa 2740/10, ZIP 2011, 1833.

¹⁴⁹⁸ BAG v. 21.2.2013 - 6 AZR 406/11, NJW 2013, 3116.

¹⁴⁹⁹ Bereits mit der Beantragung geht der Anspruch auf die BA über: LAG Hamm v. 23.9.1999 - 4 Sa 1007/98, ZIP 2000, 246, dazu EWiR 2000, 923 (Plagemann).

¹⁵⁰⁰ Förster, ZInsO 2000, 266.

Insolvenztabelle anmelden. Der Anspruchsübergang bei Geltendmachung von Insolvenzgeld ist dabei nur vorläufig. Wird die Gewährung von Insolvenzgeld abgelehnt, fällt der Anspruch an den Arbeitnehmer zurück und muss von ihm selbst geltend gemacht werden.¹⁵⁰¹ Problematisch ist dabei aber, dass dann möglicherweise die **Anmeldefristen** im Insolvenzverfahren bereits abgelaufen sein können.

Die Ansprüche dürfen dabei **zur Zeit der Verfahrenseröffnung noch nicht verfallen** sein.¹⁵⁰² Ab dem Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung gelten dagegen die **tariflichen Ausschlussfristen** für die Arbeitnehmer nicht mehr.¹⁵⁰³

b) Zeitguthaben

Nach Auffassung des BSG¹⁵⁰⁴ besteht kein Anspruch auf Kaug bei **Arbeitszeitguthaben** aufgrund **vor dem Kaug-Zeitraum geleisteter Vorarbeitsstunden**. Es begründen nur solche Ansprüche auf Arbeitsentgelt einen Anspruch auf Kaug, die für den Kaug-Zeitraum zu erbringen sind. Offene Ansprüche auf Zahlung des laufenden Arbeitslohns sind grundsätzlich dem Zeitraum zuzuordnen, in dem die Arbeit als Gegenleistung für den Entgeltanspruch erbracht worden ist. Es kommt nicht darauf an, ob der Anspruch im Kaug-Zeitraum fällig oder bezifferbar geworden ist. Arbeitszeitguthaben liegen außerhalb des Schutzbereiches der Kaug-Versicherung, soweit eine Zuordnung der Ansprüche zum Kaug-Zeitraum weder im Hinblick auf den Erarbeitungsgrundsatz noch auf die bestimmungsgemäße Verwendung des Zeitguthabens möglich ist. Entsprechendes gilt für das Insolvenzgeld.

Nach Auffassung des BAG¹⁵⁰⁵ kann auch **keine Aussonderung** von Geldern auf einem vom Arbeitgeber als Inhaber für Arbeitszeitguthaben der Arbeitnehmer geführtem Bankkonto erfolgen. Diese vom Arbeitgeber **auf einem besonderen Bankkonto** für die Abgeltung von Arbeitszeitguthaben der Arbeitnehmer bereitgestellte Gelder unterliegen in der Insolvenz nicht der Aussonderung, wenn der Arbeitgeber selbst Inhaber des Kontos ist.

c) Nachteilsausgleich

Auch der **Anspruch auf Nachteilsausgleich bei vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit Zustimmung des "schwachen" vorläufigen Insolvenzverwalters erfolgter Kündigung** ist

¹⁵⁰¹ LAG Düsseldorf v. 17.5.1999 - 18/16 Sa 194/99, ZInsO 1999, 601; LAG Hamm v. 23.9.1999 - 4 Sa 1007/98, ZInsO 1999, 659 = ZIP 2000, 246 und v. 17.2.2000 - 4 Sa 1137/99, ZInsO 2000, 468.

¹⁵⁰² BAG v. 18.12.1984 - 1 AZR 588/82, NZA 1985, 396 = ZIP 1985, 754; LAG Hamm v. 18.5.2000 - 4 Sa 1963/99, ZInsO 2000, 570.

¹⁵⁰³ LAG Hamm v. 18.5.2000 - 4 Sa 1963/99, ZInsO 2000, 570.

¹⁵⁰⁴ BSG v. 25.6.2002 - B 11 AL 90/01 R, ZInsO 2002, 1049 = ZIP 2004, 135, dazu EWIR 2004, 889 (Plagemann); so auch schon LSG Rheinland-Pfalz v. 31.1.2002 - L 1 AL 156/00, DB 2002, 1012.

¹⁵⁰⁵ BAG v. 24.9.2003 - 10 AZR 640/02, DZWIR 2004, 287, m. Anm. Bichlmeier; im Anschluss an LAG Hannover v. 23.9.2002 - 17 Sa 609/02, ZIP 2003, 448.

nach Auffassung des BAG¹⁵⁰⁶ nur **einfache Insolvenzforderung**. Führt der Unternehmer eine geplante Betriebsänderung durch, ohne über sie einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht zu haben, so sind die daraus folgenden Ansprüche entlassener Arbeitnehmer auf Nachteilsausgleich im nach Zugang der Kündigungen eröffneten Insolvenzverfahren auch dann einfache Insolvenzforderungen, wenn die Kündigungen in Absprache mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter und mit dessen Zustimmung erfolgten.

d) Tarifliche Abfindungsansprüche

Sieht ein Tarifvertrag für den Fall der Kündigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund von Rationalisierungsmaßnahmen die Zahlung einer Abfindung vor, ist nach der Auffassung des BAG der Abfindungsanspruch auch dann bloße **Insolvenzforderung** i.S.v. § 38 InsO, wenn die Kündigung erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch den Insolvenzverwalter erklärt wird.¹⁵⁰⁷

e) Insolvenzzrechtlicher Rang eines Abfindungsanspruchs nach §§ 9, 10 KSchG

Macht erst der **Insolvenzverwalter** einen **Antrag auf Auflösung** des Arbeitsverhältnisses nach § 9 KSchG rechtshängig und löst das Gericht das Arbeitsverhältnis daraufhin auf, ist der Anspruch auf Abfindung nach § 10 KSchG eine **Masseverbindlichkeit**, die nach § 53 InsO vorweg zu berichtigen, also wie geschuldet in voller Höhe zu erfüllen ist. Das gilt auch dann, wenn die der Auflösung zugrunde liegende Kündigung noch vom späteren Insolvenzschuldner erklärt worden ist.¹⁵⁰⁸

f) Schadenersatzansprüche wegen Auflösungsverschuldens

Gerät der Arbeitgeber vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens in erheblichem Umfang (hier drei Monate) mit der Zahlung der fälligen Löhne in Rückstand, kann darin ein **Auflösungsverschulden** mit dem Gewicht eines wichtigen Grundes gemäß § 628 Abs. 2 BGB liegen. Eine **vorherige Abmahnung** ist entbehrlich, wenn sie wegen Zahlungsunfähigkeit nicht erfolgreich gewesen wäre. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld gemäß § 183 Abs. 1 S. 1 SGB III entlastet den Arbeitgeber nicht. Der gemäß § 628 Abs. 2 BGB zu ersetzende Schaden ist der Verdienstaufschlag bis zum fiktiven Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist.¹⁵⁰⁹

¹⁵⁰⁶ BAG v. 4.12.2002 - 10 AZR 16/02, ZIP 2003, 311 = AP Nr. 2 zu § 38 InsO.

¹⁵⁰⁷ BAG v. 27.4.2006 – 6 AZR 364/05, DZWIR 2007, 324 = NZI 2006, 716.

¹⁵⁰⁸ BAG v. 14.3.2019 - 6 AZR 4/18, NZA 2019, 567 = NZI 2019, 385 m. Anm. Fuchs; dazu EWIR 2019, 309 (Krings).

¹⁵⁰⁹ LAG Hamm v. 29.3.2006 – 2 Sa 1571/05, ArbRB 2006, 329 = ZInsO 2007, 837.

g) Gestundete Vergütungsansprüche von Gesellschafter-Arbeitnehmern

Nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO i.d.F. des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008 (MoMiG, BGBl. I S. 2026) werden Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger berichtigt. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO i.d.F. des MoMiG verfolgt das gesetzgeberische Ziel, Rückgewähransprüche aus Gesellschafterdarlehen und sog. gleichgestellte Forderungen zugunsten der Gläubigersamtheit stets mit Nachrang zu versehen. Der umfassende gesetzliche Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO i.d.F. des MoMiG gilt im Unterschied zum früheren Recht unabhängig von den qualifizierenden Merkmalen des Eigenkapitalersatzes und der Gesellschaftskrise. **Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen, sind Rückgewähransprüchen aus Gesellschafterdarlehen nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO gleichgestellt**, um Schutzlücken zu vermeiden. Der Begriff der Rechtshandlung ist deshalb weit auszulegen. Rechtshandlung ist jedes von einem Willen getragene Handeln vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, das eine rechtliche Wirkung auslöst. Forderungen aus solchen Rechtshandlungen sind auch Ansprüche eines Gesellschafters auf Arbeitsvergütung, die er „stehengelassen“ und damit der Schuldnerin gestundet hat. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO idF vom 23. Oktober 2008 kommt für **Ansprüche eines Gesellschafters auf Arbeitsentgelt**, die vor Inkrafttreten des MoMiG am 1. November 2008 entstanden sind und die er der Schuldnerin vor Insolvenzeröffnung gestundet hat, keine echte Rückwirkung zu. Die verfassungsrechtlichen Grenzen einer unechten Rückwirkung sind nicht überschritten.¹⁵¹⁰

h) Nichtangemeldete Forderungen nach Aufhebung des Insolvenzverfahren nach Bestätigung eines Insolvenzplans

Das BAG hat mit Urteil vom - entschieden: Gläubiger sind als „Nachzügler“ mit **Forderungen, die bei rechtskräftiger Bestätigung eines Insolvenzplans unbekannt** waren, nach dem gesetzlichen Regelungskonzept der §§ 254 ff. InsO nicht ausgeschlossen. Die Insolvenzordnung sieht nicht vor, dass Ansprüche, die im Insolvenzverfahren nicht angemeldet wurden, nach rechtskräftiger Bestätigung des Insolvenzplans und Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht mehr gegen den Insolvenzschuldner geltend gemacht werden können. „Nachzügler“ müssen ihre Forderungen jedoch **zunächst rechtskräftig durch das Prozessgericht feststellen lassen**, bevor sie ihre Ansprüche im Weg der Leistungsklage gegenüber dem Schuldner durchsetzen können. Der Senat lässt offen, ob der gewillkürte

¹⁵¹⁰ BAG v. 27.3.2014 – 6 AZR 204/12, NZA 2014, 1030 = NJW 2014, 380.

vollständige Ausschluss unbekannter Forderungen in einem Insolvenzplan mit Blick auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG wirksam ist.¹⁵¹¹

Das BAG hat zum **Anspruch auf Insolvenzplanquote trotz Ausschlusses von der Verteilung wegen Versäumung der Klagefrist** entschieden:¹⁵¹² Eine Klausel in einem Insolvenzplan, die vorsieht, dass Gläubiger, die ihre Forderung angemeldet, aber nach Bestreiten innerhalb einer Ausschlussfrist von einem Monat nach Bestandskraft des den Insolvenzplan bestätigenden Beschlusses des Amtsgerichts nicht im Klagewege weiterverfolgt haben, bei der Verteilung analog § 189 InsO nicht berücksichtigt werden, lässt den Anspruch der Insolvenzgläubiger materiellrechtlich unberührt, wenn die Frist versäumt wird. Eine solche Klausel begegnet darum keinen rechtlichen Bedenken. Es bleibt den Insolvenzgläubigern, die die Frist versäumt haben, unbenommen, **nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens die Planquote mit einer Leistungsklage** gegenüber dem Schuldner durchzusetzen.

2. Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen seit dem 1.1.2009

a) Flexigesetz II

Am 13.11.2008 hat der Bundestag in zweiter und dritter Lesung das „Gesetz zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen und zur Änderung anderer Gesetze“ („**Flexigesetz II**“) verabschiedet.¹⁵¹³ Dieses geht auf einen Gesetzentwurf zurück, den die Bundesregierung am 13.08.2008 beschlossen und dem Bundesrat zur Erarbeitung einer Stellungnahme zugeleitet hatte. Der Bundestag hatte das Gesetz am 25.09.2008 in erster Lesung beraten und an den federführenden Ausschuss für Arbeit und Soziales überwiesen. Nachdem das Gesetz am 19.12.2008 auch den Bundesrat passiert hat, ist es nach seiner Verkündung im Bundesgesetzblatt **am 01.01.2009 in Kraft getreten**.

Arbeitszeit- bzw. Zeitwertkonten ermöglichen den Arbeitsvertragsparteien eine flexible Gestaltung der Arbeitszeit. Im Einzelnen haben sich in der arbeitsrechtlichen Praxis eine Vielzahl unterschiedlicher Modelle herausgebildet. Besonders häufig finden sich dabei **Kurzzeitkontenmodelle**, die den Zweck verfolgen, Schwankungen der vertraglich vereinbarten werktäglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit aufzufangen und innerhalb eines bestimmten Zeitraums, häufig innerhalb eines Jahres, auszugleichen.

¹⁵¹¹ BAG v. 12.9.2013 - 6 AZR 907/11, NZA 2014, 280.

¹⁵¹² BAG v. 19.11.2015 – 6 AZR 559/14, NZA 2016, 314 = NZI 2016, 175 m. Anm. Krings/Schlering = ZIP 2016, 178.

¹⁵¹³ Dazu – mit synoptischer Übersicht zum bisherigen Recht – Haßlöcher, BB 2009, 440.

Langzeit- bzw. Lebensarbeitszeitkonten ermöglichen dem Arbeitnehmer demgegenüber, über einen längeren Zeitraum hinweg ein umfangreiches Zeitwertguthaben anzusparen, um z.B. für einen begrenzten Zeitraum eine berufliche „Auszeit“ (sabbatical) einzulegen oder aber in den vorgezogenen Ruhestand gehen zu können. Als Rechtsgrundlagen kommen neben tariflichen Regelungen auch individualvertragliche Abreden und Betriebsvereinbarungen in Betracht.

Zu unterscheiden sind dabei **Geldkonten** einerseits und **Zeitkonten** andererseits. Während Zeitkonten lediglich die geleisteten Arbeitsstunden erfassen, findet bei den Geldkonten eine Umrechnung des angesammelten Zeitguthabens bzw. –defizits in einen Geldbetrag statt.

Die **sozialrechtliche Absicherung der Zeitwertkonten** erfolgte mit dem 1998 in Kraft getretenen „Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen“ (sog. „Flexi-Gesetz I“)¹⁵¹⁴. So stellt **§ 7 Abs. 1a SGB IV** sicher, dass auch die Zeiten einer **Freistellungsphase**, in welcher der Arbeitnehmer das angesparte Wertguthaben bei Fortzahlung seiner Bezüge aufbraucht, sozialversicherungsrechtlich als **Beschäftigungsverhältnis** anzusehen sind.

Die **Beitragsbemessung** richtet sich bei Zeitwertguthaben in der Arbeits- wie in der Freistellungsphase gemäß § 23b Abs. 1 SGB IV nach dem jeweils tatsächlich gezahlten Arbeitsentgelt, das Zeitwertguthaben unterliegt mithin in der Ansparphase noch nicht der Beitragspflicht.

Im **Störfall**, also bei einer unvorhergesehenen vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist das Zeitwertguthaben aufzulösen und zu verbeitragen (§ 23b Abs. 2, 2a SGB IV). Unter bestimmten Voraussetzungen ist gemäß § 23b Abs. 3a SGB IV aber auch eine Verwendung für die betriebliche Altersversorgung möglich. § 7b SGB IV verpflichtet die Vertragsparteien schließlich, Vorkehrungen für den Fall der Insolvenz des Arbeitgebers zu treffen.

Bereits im Koalitionsvertrag hatten sich die Koalitionsparteien darauf verständigt, die gesetzlichen Rahmenbedingungen bei der Verwendung und beim **Schutz von Langzeitarbeitskonten** zu verbessern. Das nunmehr verabschiedete Gesetz setzt folgende **Schwerpunkte**:

- Ergänzung der Definition von Wertguthaben und praxisorientierte Abgrenzung zu anderen Formen von Arbeitszeitflexibilisierungen;

¹⁵¹⁴ BGBl. I 1998, 688.

- Konkretisierung von Pflichten bei der Führung von Wertguthaben;
- Verbesserung des Insolvenzschutzes von Wertguthaben;
- Einführung einer beschränkten Portabilität von Wertguthaben.

b) Inhalt des Gesetzes

Definition und Abgrenzung von Wertguthaben

§ 7b SGB IV enthält nunmehr eine **umfassendere Definition von Wertguthaben**. Erfasst werden sollen damit alle diejenigen Formen von Zeitwertguthaben, bei denen die normalerweise sofortige Fälligkeit der Beiträge zur Sozialversicherung in die Auszahlungsphase verschoben wird.

Eine **Wertguthabenvereinbarung** liegt danach vor, wenn

1. der Aufbau des Wertguthabens aufgrund einer **schriftlichen Vereinbarung** erfolgt,
2. diese Vereinbarung **nicht** das Ziel der **flexiblen Gestaltung der werktäglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit** oder den Ausgleich betrieblicher Produktions- und Arbeitszeitzyklen verfolgt,
3. **Arbeitsentgelt** in das Wertguthaben eingebracht wird, um es für Zeiten der Freistellung von der Arbeitsleistung oder der Verringerung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit zu entnehmen,
4. das aus dem Wertguthaben fällige Arbeitsentgelt mit einer **vor oder nach der Freistellung von der Arbeitsleistung** oder der **Verringerung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit** erbrachten Arbeitsleistung erzielt wird und
5. das fällige Arbeitsentgelt insgesamt **400 Euro monatlich übersteigt**, es sei denn, die Beschäftigung wurde vor der Freistellung als geringfügige Beschäftigung ausgeübt.

Kurzzeit- bzw. Gleitzeitkonten werden gemäß § 7b Nr. 2 SGB IV ausdrücklich **ausgeklammert**. Deren primäres Regelungsziel ist nicht die entgeltliche Freistellung von der Arbeitsleistung, sondern eine Flexibilisierung der betrieblichen Arbeitszeit.

Die **Inanspruchnahme eines Zeitwertguthabens** ist gemäß § 7c Abs. 1 SGB IV entweder für gesetzlich geregelte Freistellungen von der Arbeitsleistung, etwa bei der Inanspruchnahme von Pflege- oder Elternzeit (§ 3 PflegeZG bzw. § 15 BEEG), oder nach vertraglicher Vereinbarung, z.B. für einen vorgezogenen Ruhestand, möglich.

Geringfügig Beschäftigten war gemäß § 7 Abs. 1a S. 1 SGB IV a.F. die Möglichkeit, Arbeitszeit in einem Zeitwertkonto zum Zwecke einer späteren Freistellung anzusparen, verwehrt. Diese Begrenzung hat der Gesetzgeber nunmehr aufgehoben.

Die in diesem Zusammenhang eingeführte Regelung des § 7b Nr. 5 SGB IV soll einen **Missbrauch von Zeitwertguthaben** dadurch verhindern, dass ein sozialversicherungspflichtiger Beschäftigter durch Verringerung des in der Freistellungsphase gewährten Entgelts unterhalb der Geringfügigkeitsgrenze Sozialversicherungsfreiheit herbeiführt.

c) Führung von Wertguthaben

§ 7d Abs. 1 SGB IV verpflichtet den **Arbeitgeber**, Wertguthaben als Arbeitsentgeltguthaben einschließlich des darauf entfallenden Arbeitgeberanteils am **Gesamtsozialversicherungsbeitrag** zu führen. Der Arbeitgeber ist gemäß § 7d Abs. 2 SGB IV verpflichtet, den Arbeitnehmer **mindestens einmal jährlich** in **Textform** über die **Höhe** seines im Wertguthaben enthaltenen Arbeitsentgeltguthabens zu unterrichten.

Die **Anlage des Wertguthabens** hat nach den **Vermögensanlagevorschriften für die Sozialversicherungsträger** (§§ 80 ff. SGB IV) zu erfolgen, § 7d Abs. 3 SGB IV. **Bis zu 20 %** kann der Arbeitgeber aber auch **in Aktien bzw. Aktienfonds** anlegen, muss aber jedenfalls garantieren, dass dem Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme wenigstens ein Wertguthaben in Höhe des angelegten Betrags verbleibt. **Tarifverträge** können einen höheren Aktienanteil vorsehen.

Individualvertraglich ist eine **Abweichung** nur bei Wertguthabenvereinbarungen mit dem Zweck des vorzeitigen Ausstiegs aus dem Arbeitsleben in den Ruhestand möglich. Die Bundesregierung will mit diesen strengen Anlagevorschriften spekulative Geschäfte mit den in den Wertguthaben enthaltenen Sozialversicherungsbeiträgen bzw. der zu entrichtenden Einkommensteuer verhindern.

d) Insolvenzschutz

Die Regelungen zum **Insolvenzschutz** werden, nachdem das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung hier bereits in ihrem Bericht vom 18.12.2001 (BT-Drs. 14/7944) erhebliche Defizite festgestellt hat, in § 7e SGB IV völlig neu gestaltet. Gemäß Abs. 1 haben die Arbeitsvertragsparteien bereits in der Wertguthabenvereinbarung Vorkehrungen zu treffen, um das gesamte Wertguthaben einschließlich des darin enthaltenen Gesamtsozialversicherungsbeitrags gegen das **Risiko der Insolvenz** vollständig

abzusichern. Dazu sind nach Abs. 2 die Wertguthaben unter Ausschluss der Rückführung **durch einen Dritten** zu führen, der im Fall der Insolvenz des Arbeitgebers für die Erfüllung der Ansprüche aus den Wertguthaben einsteht, insbesondere in einem Treuhandverhältnis. Auf diese Weise will die Bundesregierung gewährleisten, dass die Wertguthaben mangels Trennung vom übrigen Betriebs- und Anlagevermögen des Arbeitgebers in der Insolvenzmasse aufgehen und Arbeitnehmer wie Sozialversicherungsträger möglicherweise einen Totalverlust erleiden.

Daneben lässt das Gesetz aber auch **andere geeignete Sicherungsformen** zu, namentlich ein **Versicherungsmodell** oder ein **schuldrechtliches Verpfändungs- oder Bürgschaftsmodell** mit ausreichender Sicherung gegen Kündigung. Ausdrücklich keine geeigneten Sicherungsvorkehrungen sind indes bilanzielle Rückstellungen oder zwischen Konzernunternehmen begründete Einstandspflichten. Eine entsprechende Regelung findet sich auch in § 8a Abs. 1 S. 2 ATG.

Abs. 5 trifft nunmehr auch **erstmalig** eine **Sanktionsregelung** für den Fall, dass der Arbeitgeber seiner Insolvenzschutzpflicht nicht nachkommt. Eine solche findet sich bereit jetzt in § 8a Abs. 5 ATG, wonach der Arbeitnehmer Anspruch auf Sicherheitsleistung durch Stellung eines tauglichen Bürgen oder Hinterlegung von Geld oder zur Sicherheitsleistung geeigneter Wertpapiere hat. § 7e Abs. 5 SGB IV räumt dem **Arbeitnehmer** demgegenüber ein **Recht zur außerordentlichen Kündigung der Wertguthabensvereinbarung** ein, das Wertguthaben ist dann nach Maßgabe des § 23b SGB IV aufzulösen. Ein Recht zur Auflösung des Wertguthabens steht gemäß § 7e Abs. 6 SGB IV auch den **Prüfern der Deutschen Rentenversicherung Bund** zu, wenn diese im Rahmen einer Betriebsprüfung einen fehlenden oder unzureichenden Insolvenzschutz aufdecken und nicht binnen zwei Monaten eine Heilung erfolgt.

Kommt es wegen eines **nicht geeigneten oder nicht ausreichenden Insolvenzschutzes** zu einer Verringerung oder einem Verlust des Wertguthabens, haftet der **Arbeitgeber** für den entstandenen Schaden, § 7e Abs. 7 S. 1 SGB IV. **Daneben** haften auch die **organschaftlichen Vertreter** des Arbeitgebers aufgrund vermuteten Verschuldens.

e) Portabilität von Wertguthaben

Bei einer vorzeitigen Beendigung der Beschäftigung war bislang das Wertguthaben aufzulösen und zu verbeitragen. Nunmehr eröffnet der neu geschaffene § 7f Abs. 1 SGB IV eine Möglichkeit, das **angesparte Guthaben** zu erhalten und entweder **auf einen neuen Arbeitgeber zu übertragen**, wenn dieser seinerseits mit dem Beschäftigten eine

Wertguthabenvereinbarung nach § 7b abgeschlossen und der Übertragung zugestimmt hat (Nr. 1), oder aber **auf die Deutsche Rentenversicherung Bund** zu übertragen, vorausgesetzt das Wertguthaben einschließlich des Gesamtsozialversicherungsbeitrages übersteigt einen Betrag in Höhe des Sechsfachen der monatlichen Bezugsgröße (Nr. 1). Dies entspricht derzeit einem Wertguthaben von 14.910,- EUR (West) bzw. 12.600,- EUR (Ost).

Eine Übertragung auf die Deutsche Rentenversicherung Bund (DRV) kommt immer dann in Betracht, wenn der neue Arbeitgeber das Wertguthaben nicht weiterführen will oder sich an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Phase der Erwerbslosigkeit anschließt. Die **Übertragung an die Deutsche Rentenversicherung Bund ist unumkehrbar**, das Wertguthaben kann also auch nicht später auf einen neuen Arbeitgeber übertragen werden.

§ 7f Abs. 2 SGB IV regelt die **Entnahme** aus einem bei der Deutschen Rentenversicherung Bund geführten Wertguthaben:

- Befindet sich der Arbeitnehmer bereits in einem **Anschlussarbeitsverhältnis**, setzt dies das Bestehen eines gesetzlichen oder arbeitsvertraglich vereinbarten Freistellungsanspruchs voraus.
- Außerhalb eines Arbeitsverhältnisses ist dies nur zum Zwecke des Eintritts in den vorgezogenen Ruhestand möglich. Gemäß § 7 Abs. 3 S. 2 SGB IV gilt auch bei der Entnahme von Arbeitsentgelt aus einem bei der Deutschen Rentenversicherung Bund geführten Zeitwertkonto die **Beschäftigungsfiktion**.

Die **Deutsche Rentenversicherung** verwaltet die Wertguthaben bis zu deren Auflösung **treuhänderisch** und getrennt von ihrem sonstigen Vermögen.

f) Sonstige Regelungen

In § 22 Abs. 1 S. 2 SGB IV nimmt der Gesetzgeber nunmehr auch eine ausdrückliche Regelung zur **Beitragsfälligkeit** der in den als Geldkonten geführten Kurzarbeitskonten angesammelten Guthaben. Maßgeblich ist danach das **Zuflussprinzip**, d.h. dass auch diese Arbeitszeitkonten **erst bei Auszahlung als Arbeitsentgelt** an den Beschäftigten **verbeitragt** werden.

Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales vom 12.11.2008:

Die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales hat zu folgenden **Modifikationen** an dem Gesetz geführt:

- Eine Änderung in § 7e Abs. 1 S. 1 SGB IV stellt sicher, dass Arbeitszeitkonten in den **Insolvenzschutz** einbezogen sind, sobald deren **Volumen die einfache Bezugsgröße übersteigt** (derzeit 2.485 € West bzw. 2.100 € Ost). Der Gesetzentwurf setzte diese Grenze ursprünglich bei der dreifachen Bezugsgröße an.
- Abgesenkt wurde auch der **Grenzwert**, den ein Wertguthaben erreichen muss, um bei einer vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses **auf die Deutsche Rentenversicherung Bund übertragen** werden zu können, und zwar von der zwölfwachen auf die **sechsfache Bezugsgröße** (§ 7f Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB IV). Außerdem sollen die Regelungen zur Übertragung von Wertguthaben auf die Deutsche Rentenversicherung Bund erst **am 01.07.2009 in Kraft** treten.
- Die Möglichkeit, **Wertguthaben beitragsfrei in die betriebliche Altersversorgung zu überführen** (§ 23b Abs. 3a SGB IV) wird abgeschafft. Dies gilt aus Vertrauensschutzgründen jedoch nur für **Wertguthabenvereinbarungen**, welche die Arbeitsvertragsparteien **nach dem 13.11.2008 abgeschlossen** haben. Damit will der Gesetzgeber eine Umgehungsmöglichkeit der bestehenden Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung versperren und eine zweckentsprechende Verwendung der Wertguthaben sicherstellen.
- Die Neuregelung des § 2 Abs. 1a SGB VII bezieht künftig alle **Teilnehmer eines unentgeltlichen Freiwilligendienstes** aller Generationen in den Versicherungsschutz der **gesetzlichen Unfallversicherung** ein.
- Eine Änderung in § 2 Abs. 2 BetrAVG stellt in Bezug auf die **unverfallbaren Anwartschaft** bei einer **Direktversicherung** klar, dass auch bei der sog. **versicherungsrechtlichen Lösung** eine Abfindung des Anspruchs nach § 3 BetrAVG möglich bleibt. Dadurch soll ein unverhältnismäßiger Verwaltungsaufwand durch „Mini-Renten“ vermieden werden. Gleiches gilt für Pensionskassen. Der Zeitraum, für den der Pensions-Sicherungsverein in Bezug auf rückständige Versorgungsleistungen insolventer Arbeitgeber eintreten muss, wird von 6 auf 12 Monate verlängert (§ 7 Abs. 1a S. 3 BetrAVG).
- Der Anwendungsbereich des **besonderen Gerichtsstands des Arbeitsortes** (§ 48 Abs. 1a ArbGG), den der Gesetzgeber erst zum 01.04.2008 eingeführt hat, wird nunmehr auf Urteilsverfahren in den Fällen des § 2 Abs. 1 Nr. 3, 4a, 7, 8, 10 und Abs. 2 ArbGG begrenzt.

3. Feststellungsklage nach § 146 KO / § 179 InsO und Leistungsklage

a) Einfache Insolvenzforderungen

Die vorausgegangene Anmeldung ist notwendige Prozessvoraussetzung für eine Feststellungsklage gegen den Insolvenzverwalter nach § 179 InsO. Für eine allgemeine Feststellungsklage (§ 256 Abs. 1 ZPO), mit der das Bestehen einer Insolvenzforderung dem Grunde nach festgestellt werden soll, besteht neben der Klage nach § 179 InsO kein Rechtsschutzinteresse. Dies entspricht der früheren Rechtslage zu § 146 KO / § 11 Abs. 3 GesO.

War die streitgegenständliche Forderung im Zeitpunkt der nach § 146 KO erhobenen Feststellungsklage noch nicht bei dem Konkursgericht angemeldet und von diesem geprüft worden, so konnte dieser Mangel noch nach Rechtshängigkeit behoben werden. Geschieht dies bis zur Abgabe übereinstimmender Erledigungserklärung nicht, hat der Arbeitnehmer die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.¹⁵¹⁵

Trägt der Insolvenzverwalter eine **angemeldete titulierte Forderung nicht in die Tabelle ein oder bestreitet er die Forderung**, ohne seinen Widerspruch zu verfolgen, ist der **Gläubiger** der Forderung **zur Aufnahme des Rechtsstreits befugt**.¹⁵¹⁶

b) Feststellungsinteresse

Soweit es um **Altmasseforderungen** i.S.v. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO geht, können diese wegen des Vollstreckungsverbots nach § 210 InsO **nach Anzeige der (drohenden) Masseunzulänglichkeit auch** nur noch im Wege der **Feststellungsklage** geltend gemacht werden. Dem Kläger fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, soweit der Vollstreckungsschutz des § 210 InsO greift. Für das Vollstreckungsverbot des § 210 InsO finden die zu § 60 KO entwickelten Grundsätze weiter Anwendung.

Es besteht aber ein rechtlich geschütztes Interesse auf Feststellung, ob die geltend gemachten Ansprüche Masseverbindlichkeiten sind oder nicht. Eine **Leistungsklage** ist dann mangels Rechtsschutzbedürfnisses nicht mehr zulässig.¹⁵¹⁷

Entsprechendes gilt nach der Rechtsprechung des BAG und des BGH auch für **Neumassegläubiger**, wenn sich im Laufe des Verfahrens herausstellt, dass die Neumasseverbindlichkeiten nicht mehr vollständig erfüllt werden können.¹⁵¹⁸

¹⁵¹⁵ LAG Hamm v. 22.11.1999 – 4 Sa 1414/99, FA 2000, 90 = ZInsO 2000, 55.

¹⁵¹⁶ BAG v. 28.8.2013 - 5 AZN 426/13 (F), NZI 2014, 328.

¹⁵¹⁷ OLG Köln v. 29.6.2001 – 19 U 199/00, ZInsO 2001, 762 = ZIP 2001, 1422; dazu EWiR 2001, 1011 (Eckert).

Das BAG hat mit Urteil vom 21.2.2013 entschieden¹⁵¹⁹: Geht der Arbeitnehmer nicht von einer Masseverbindlichkeit, sondern nur von einer **Insolvenzforderung** iSv. § 38 InsO aus, ist die auf eine Leistung des Insolvenzverwalters gerichtete **Klage unzulässig**. Beruft sich der Arbeitnehmer dagegen auf eine vorweg zu berichtigende **Masseverbindlichkeit** iSv. § 55 InsO, ist die **Klage nicht unzulässig, sondern unbegründet**, wenn es sich in Wirklichkeit um eine Insolvenzforderung handelt.

4. Rang der vom vorläufigen Insolvenzverwalter begründeten Vergütungsansprüche

Lange streitig und nicht abschließend geklärt war, ob die Entgeltansprüche der Arbeitnehmer, die von dem vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verfügungsbefugnis nach § 22 Abs. 1 InsO weiterbeschäftigt worden sind, Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 2 InsO sind,¹⁵²⁰ oder Insolvenzforderungen nach § 108 Abs. 2 InsO, so dass im letzteren Fall die Möglichkeit der Insolvenzgeld-Vorfinanzierung eröffnet wäre.¹⁵²¹

Das Arbeitsgericht Bielefeld führt dazu aus¹⁵²²: Werden Arbeitnehmer von einem sog. „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis i.S.d. § 22 Abs. 1 InsO vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Arbeitsleistung herangezogen und zahlt ihnen die Bundesagentur für Arbeit für diesen Zeitraum Insolvenzgeld, so sind die auf diese nach den §§ 183, 187 SGB III **übergegangenen Arbeitsentgeltansprüche keine Masseverbindlichkeiten** i.S.d. § 55 Abs. 2 InsO. Entgeltansprüche der Arbeitnehmer, die der vorläufige Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis begründet, nach dieser Auffassung einfache Insolvenzforderungen gem. §§ 38, 108 Abs. 2 InsO.¹⁵²³

¹⁵¹⁸ BAG v. 31.3.2004 - 10 AZR 253/03, BB 2004, 2079 = DZWIR 2005, 106 m. Anm. Oetker = ZInsO 2005, 52 = ZIP 2004, 1323, dazu EWIR 2004, 815 (Bork); BGH v. 3.4.2003 – IX ZR 101/02, ZInsO 2003, 465 = ZIP 2003, 914, 917.

¹⁵¹⁹ BAG v. 21.2.2013 - 6 AZR 406/11, NJW 2013, 3116.

¹⁵²⁰ So ArbG Aachen v. 20.9.1999 – 5 Ca 3683/99d, ZIP 1999, 1982; einschränkend für den Fall des Übergangs auf die Bundesanstalt für Arbeit als Insolvenzverbindlichkeiten nach § 38 InsO aber die Berufungsinanz dazu LAG Köln v. 25.2.2000 – 12 Sa 1512/99, ZIP 2000, 805, dazu EWIR 2000, 735 (Jaffe) = ZInsO 2000, 237 = DZWIR 2000, 238 m. Anm. Weisemann.

¹⁵²¹ So ArbG Bielefeld v. 16.6.1999 – 4 Ca 1444/99, DZWIR 1999, 455 = NZI 1999, 424, zustimmend Wiester, NZI 1999, 397.

¹⁵²² ArbG Bielefeld v. 16.6.1999 – 4 Ca 759/99, BuW 1999, 877; ArbG Bielefeld v. 16.6.1999 – 4 Ca 1264/99, DZWIR 1999, 455 = ZInsO 1999, 539 = ZIP 1999, 1493; ArbG Bielefeld v. 16.6.1999 – 4 Ca 1444/99, NZI 1999, 424.

¹⁵²³ Bestätigt von LAG Hamm v. 10.1.2000 – 19 Sa 1638/99 (Vorinstanz: ArbG Bielefeld v. 16.6.1999 – 4 Ca 759/99, BuW 1999, 877 = DZWIR 2000, 106 (Lakies) = InVo 2000, 95 (Hess) = ZInsO 2000, 113 = ZIP 2000, 590 (Zwanziger), dazu EWIR 2000, 539 (Peters-Lange); weitere Besprechungen: Berscheid, ZInsO 2000, 697; Pape, ZInsO 2000, 143; Schrader, ZInsO 2000, 196; in der Revision bestätigt durch BAG v. 3.4.2001 – 9 AZR 143/00, DZWIR 2002, 59 = ZInsO 2001, 1174 und BAG v. 3.4.2001 – 9 AZR 301/00, AP Nr. 1 zu § 55 InsO = BB 2001, 2530 (Abele) = DZWIR 2002, 57 = InVo 2002, 100 = NZA 2002, 90 = NZI 2002, 118 = ZInsO 2001, 1171 = ZIP 2001, 1964, dazu EWIR 2001, 1063 (Bork); a.A. zuvor ArbG Aachen/G-Tag Düren v. 20.9.1999 – 5 Ca 3683/99 D, InVo 2000, 130 = NZI 1999, 510 = ZInsO 1999, 721 = ZIP 1999, 1982, dazu EWIR 2000, 183 (Marotzke); Hess, InsO, § 187, Rn. 48.

Das BAG¹⁵²⁴ hat dazu bestätigt:

*„Entgeltforderungen der Arbeitnehmer, die von einem nach § 21 Abs. 2 i.V.m. § 22 Abs. 1 InsO mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners bestellten vorläufigen Insolvenzverwalters beschäftigt worden sind, gelten nach § 55 Abs. 2 S. 2 InsO als Masseverbindlichkeiten. Weder nach Wortlaut, noch nach Systematik oder Regelungsziel des Gesetzgebers kommt § 108 Abs. 2 InsO gegenüber § 55 Abs. 2 InsO ein Vorrang zu. Das **Vorzugsrecht des § 55 Abs. 2 S. 2 InsO** dient nur dem Schutz der Vertragspartner, die wegen der Inanspruchnahme durch den vorläufigen Insolvenzverwalter ein mit dem Schuldner bestehendes Dauerschuldverhältnis erfüllen. Es **geht nicht auf die Bundesanstalt für Arbeit über**, wenn die Arbeitnehmer für die von dem vorläufigen Insolvenzverwalter begründeten Arbeitsentgeltansprüche Insolvenzgeld beantragen.“*

und:

„Beschäftigt ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Verwaltungsbefugnis die Arbeitnehmer des Schuldners weiter, so werden Ansprüche auf Arbeitsentgelt begründet, die nach § 55 Abs. 2 S. 2 InsO als Masseverbindlichkeiten gelten. Beantragen die Arbeitnehmer Insolvenzgeld, so entfällt das Vorzugsrecht. Ein Übergang des Vorzugsrechts auf die Bundesanstalt für Arbeit ist damit ausgeschlossen. Art. 87 EG steht dieser Auslegung des § 55 Abs. 2 S. 2 InsO nicht entgegen, denn die Entlastung der Masse geschieht hier nicht selektiv. Die Möglichkeit, Insolvenzgeld ohne vorzugsweise Befriedigung der Bundesanstalt für Arbeit in Anspruch zu nehmen, besteht gleichermaßen für Unternehmen aller Branchen, die insolvent werden und deren Sanierung durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis eingeleitet wird.“

Die letzte Unsicherheit wurde auf Druck der Insolvenzverwalter mit dem **Insolvenzrechtsänderungsgesetz vom 26.10.2001**¹⁵²⁵ beseitigt. Gemäß dem neu angefügten § 55 Abs. 3 InsO sind die nach § 187 SGB III auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangenen Forderungen immer nur einfache Insolvenzforderungen, und zwar nunmehr sogar auch dann, wenn der vorläufige Verwalter mit Verfügungsbefugnis ausgestattet war.

Zu dem Rang eines Vergütungsanspruchs des Arbeitnehmers gegen den starken Insolvenzverwalter nach **Rückabwicklung eines Altersteilzeitverhältnisses** als Masseverbindlichkeit hat das BAG entschieden, dass § 55 Abs. 3 Satz 1 InsO mangels

¹⁵²⁴ BAG v. 3.4.2001 – 9 AZR 143/00, DZWIR 2002, 59 = ZInsO 2001, 1174 und BAG v. 3.4.2001 – 9 AZR 301/00, AP Nr. 1 zu § 55 InsO = BB 2001, 2530 (Abele) = DZWIR 2002, 57 = InVo 2002, 100 = NZA 2002, 90 = NZI 2002, 118 = ZInsO 2001, 1171 = ZIP 2001, 1964, dazu EWIR 2001, 1063 (Bork).

¹⁵²⁵ BGBl I S. 2710, 2711; in Kraft seit dem 1.12.2001.

Regelungslücke nicht analog auf Entgeltansprüche angewendet werden kann, die von dem gesetzlichen Forderungsübergang nicht erfasst werden.¹⁵²⁶

II. Arbeitnehmer als Gläubigergruppe

Ausgedehnt wird auch die Stellung der Arbeitnehmer bei Aufstellung des Insolvenzplans. Sie stellen gem. § 222 Abs. 3 InsO eine besondere Gruppe der Insolvenzgläubiger dar. Stimmen die Arbeitnehmer, denen nicht unerhebliche Insolvenzforderungen zustehen, einem Plan zu und ist die Ablehnung anderer Gläubigergruppen nach dem Obstruktionsverbot des § 245 InsO unbeachtlich, so kann der von den Arbeitnehmern befürwortete Plan sogar gegen den Willen der übrigen Beteiligten bestätigt werden.

D. Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis für die Zeit nach der Verfahrenseröffnung und aus Altersteilzeit

I. Qualifizierung der Ansprüche

Ansprüche der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis für die **Zeit vor der Insolvenzeröffnung** – soweit sie nicht gegen den starken vorläufigen Insolvenzverwalter begründet wurden – stellen **einfache Insolvenzforderungen** gemäß § 38 Abs. 2, 108 InsO dar.

1. Masseverbindlichkeiten

Eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO setzt voraus, dass der Anspruch in einem zumindest teilweise synallagmatischen Verhältnis zu der erbrachten Arbeitsleistung steht. Es muss **im weitesten Sinn Entgelt „für die Zeit“ nach Eröffnung** des Insolvenzverfahrens geschuldet sein. Demgegenüber genügt es nicht, dass die Forderung erst nach Eröffnung des Verfahrens fällig wird, also erst „in der Zeit“ nach Verfahrenseröffnung erfüllt werden muss. Auch Leistungen, die nur vom Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Stichtag abhängen, können Masseverbindlichkeiten i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO sein.

Ob **Sonderleistungen**, d.h. Zuwendungen zum laufenden Arbeitsentgelt, als Insolvenzforderungen oder Masseverbindlichkeiten einzuordnen sind, hängt vom Zweck der Leistungen ab. Eine **Masseverbindlichkeit** nach § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO **erfordert eine Leistung an den sog. „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verfügungsbefugnis** i.S.v. § 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 iVm. § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO. Nur aufgrund eines allgemeinen Verfügungsverbots kann der vorläufige Insolvenzverwalter nach § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO umfassend für den Schuldner handeln. Dagegen bewirkt der

¹⁵²⁶ BAG v. 27.7.2017 – 6 AZR 801/16, ZIP 2017, 2113; dazu EWiR 2018, 23 (Knof/Stütze).

Zustimmungsvorbehalt des § 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 InsO ohne ergänzende gerichtliche Anordnungen lediglich, dass der vorläufige Insolvenzverwalter wirksame rechtsgeschäftliche Verfügungen des Schuldners verhindern kann.¹⁵²⁷

Geht der Arbeitnehmer nicht von einer **Masseverbindlichkeit**, sondern nur von einer Insolvenzforderung i.S.v. § 38 InsO aus, ist die auf eine Leistung des Insolvenzverwalters gerichtete **Klage unzulässig**. Beruft sich der Arbeitnehmer dagegen auf eine vorweg zu berichtigende Masseverbindlichkeit i.S.v. § 55 InsO, ist die Klage nicht unzulässig, sondern **unbegründet**, wenn es sich in Wirklichkeit um eine Insolvenzforderung handelt.

Werden Ansprüche durch Vereinbarungen des Schuldners vor Insolvenzeröffnung begründet, handelt es sich auch für den Zeitraum nach Insolvenzeröffnung nicht um Masseverbindlichkeiten i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Dies gilt etwa für die Vergütungsansprüche für **vor der Insolvenzeröffnung geleistete Mehrarbeit**.¹⁵²⁸

§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO unterfallen alle Entgeltansprüche, die aus der **Beschäftigung von Arbeitnehmern durch den Insolvenzverwalter nach Insolvenzeröffnung** erwachsen, und alle sonstigen Ansprüche, die sich aus dem bloßen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ergeben. Ist ein regelmäßiges Arbeitsentgelt vereinbart, entstehen die Entgeltansprüche mit den **Zeitabschnitten**, nach denen die Vergütung zu bemessen ist.

Fallen die Zeitabschnitte in die Zeit nach Insolvenzeröffnung, handelt es sich um **Masseverbindlichkeiten** i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO. Von § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO werden u.a. Arbeitsverhältnisse erfasst, die der **Insolvenzverwalter** in seiner Funktion als Partei kraft Amtes **selbst begründet**.

Die Regelung der Insolvenzforderungen in §§ 38, 108 Abs. 3 InsO beruht auf dem in § 1 Satz 1 InsO ausgedrückten Ziel des Insolvenzverfahrens, alle Gläubiger des Schuldners im Regelfall gemeinschaftlich zu befriedigen. Die Regelung der vorweg zu berichtigenden Masseverbindlichkeiten in §§ 53, 55 InsO hat im Unterschied dazu Ausnahmecharakter. Die Insolvenzordnung sieht nicht vor, dass Arbeitnehmer generell gegenüber anderen Gläubigern bevorzugt werden. Die Entstehung von Masseverbindlichkeiten soll begrenzt werden. Die **Bevorrechtigung von Ansprüchen auf Arbeitsentgelt** ist lediglich dann gerechtfertigt, wenn die Verbindlichkeiten Gegenleistungen für Arbeitsleistungen sind, die der Masse nach Insolvenzeröffnung zugutegekommen sind.

¹⁵²⁷ BAG v. 12.9.2013 – 6 AZR 953/11, NZA 2014, 280 = NZI 2014, 38.

¹⁵²⁸ BAG v. 21.2.2013 – 6 AZR 406/11, NZI 2013, 547 = ZIP 2013, 1033; dazu EWiR 2013, 517 (Budnik).

Nach § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO stellen die Ansprüche der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis für die Zeit nach der Konkurseröffnung **Masseschulden** dar. Daran hat sich mit dem Inkrafttreten der InsO im Grundsatz nichts geändert. Nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 209 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 3 InsO gehören Ansprüche der Arbeitnehmer zu den Masseverbindlichkeiten, soweit die **Erfüllung des Vertragsverhältnisses zur Insolvenzmasse** erfolgt.

Erweist sich eine Kündigung, die das Arbeitsverhältnis spätestens zum ersten Termin beenden würde, zu dem der Verwalter **nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit kündigen** konnte, als rechtsunwirksam, gelten die Ansprüche aus **Annahmeverzug** für die Zeit nach diesem Termin gemäß § 209 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 1 Nr. 2 InsO als **Neumasseverbindlichkeiten**.¹⁵²⁹

Will der Insolvenzverwalter **nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit zur Vermeidung von Neumasseverbindlichkeiten** nach § 209 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 1 Nr. 2 InsO eine **Nachkündigung** erklären und verweigert das Integrationsamt die nach § 168 SGB IX erforderliche Zustimmung, weil über die Wirksamkeit einer früheren Kündigung noch nicht rechtskräftig entschieden sei, ist der Insolvenzverwalter verpflichtet, gegen den Ablehnungsbescheid die **rechtlich vorgesehenen Rechtsbehelfe einzulegen**. Bis zur bestandskräftigen Entscheidung über die erforderliche Zustimmung zur Kündigung besteht ein rechtliches Hindernis für die Nachkündigung, das den Termin der von § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO verlangten erstmöglichen Kündigung hinausschiebt.¹⁵³⁰

Der begründete **Einwand der Neumasseunzulänglichkeit** führt zu Einschränkungen bei einer im Wege der Zahlungsklage verfolgten Forderung des Neumassegläubigers. Die **Leistungsklage** ist **mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig**, wenn der Neumassegläubiger aus der freien Masse nicht befriedigt werden kann, ohne dass daneben die Kosten des Insolvenzverfahrens gedeckt sind, oder wenn die zu erwirtschaftende Insolvenzmasse nicht ausreicht, um alle Neumassegläubiger voll zu befriedigen. In diesen Fällen ist der Anspruch im Weg der **Feststellungsklage** zu verfolgen.¹⁵³¹

Die **Anmeldung von Masseforderungen zur Insolvenztabelle wahrt** eine tarifliche **Ausschlussfrist**, die eine schriftliche Geltendmachung verlangt.¹⁵³²

¹⁵²⁹ BAG v. 22.2.2018 – 6 AZR 868/16, NZA 2018, 66 = NJW 2018, 1563 = ZIP 2018, 988; dazu EWiR 2018, 439 (Ries); NJW-Spezial 2018, 342.

¹⁵³⁰ BAG v. 22.2.2018 – 6 AZR 95/17, NZA 2018, 651 = NJW 2018, 1628.

¹⁵³¹ BAG v. 18.7.2017 – 1 AZR 546/15, NZA 2017, 1618; dazu EWiR 2018, 27 (Fritzsche).

¹⁵³² BAG v. 15.2.2005 – 9 AZR 78/04, ZInsO 2006, 112.

Der **Differenzbetrag zwischen dem bezogenen Arbeitslosengeld und dem Netto-Entgelt** ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellt für den Insolvenzverwalter nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO eine Masseverbindlichkeit dar.

Die **Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts** aus § 273 Abs. 1 BGB in Bezug auf arbeitsrechtliche Vergütungsansprüche als Altmasseverbindlichkeiten ist nach Anzeige der Masseunzulässigkeit gem. § 210 InsO unzulässig. Es besteht daher kein Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers an seiner Arbeitsleistung wegen rückständiger Vergütung im Rang einer Altmasseverbindlichkeit.¹⁵³³

Ein **tarifvertraglich geregeltes Zurückbehaltungsrecht** (hier: nach § 18 Abs. 5 VTV a.F. - Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe) gegenüber einer Erstattungsforderung eines unter den Anwendungsbereich des TV fallenden Arbeitgebers, das bereits vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bestand, ist auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers gegenüber dem **Insolvenzverwalter** zu beachten. Das Zurückbehaltungsrecht geht über das Zurückbehaltungsrecht des nicht, nicht vollständig oder nicht ordnungsgemäß erfüllten Vertrags nach § 320 BGB hinaus, weil es eine Vorleistungspflicht des unter den Geltungsbereich des TV fallenden Arbeitgebers begründet. Hat der Kläger vorzuleisten, ist seine Klage mangels Fälligkeit des Anspruchs abzuweisen, sofern er seine Leistung nicht bereits bewirkt oder zumindest angeboten hat. Eine Verurteilung Zug um Zug nach § 322 Abs. 1 BGB scheidet dann aus.¹⁵³⁴

2. Gesamtsozialversicherungsbeitrag in der Insolvenz

Ansprüche auf Gesamtsozialversicherungsbeiträge **für die Zeit nach Eröffnung** des Insolvenzverfahrens sind **Masseverbindlichkeiten** i.S.v. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO (sog. **Altmasseverbindlichkeiten**), wenn der Insolvenzverwalter dem Insolvenzgericht **Masseunzulässigkeit** angezeigt, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Arbeitnehmern gekündigt und diese unter Anrechnung auf anderweitige Vergütungsansprüche von der Arbeitsleistung freigestellt hat.

Auch für diese Altmasseverbindlichkeiten hat der Insolvenzverwalter **Beitragsnachweise** zu erstellen. Unterlässt er dies, kann der Rentenversicherungsträger im Rahmen einer **Arbeitgeberprüfung** nach § 28p SGB IV die Beitragsnachweise selbst erstellen. Der Rentenversicherungsträger ist auch berechtigt, die Höhe der geschuldeten Gesamtsozialversicherungsbeiträge **durch Verwaltungsakt festzustellen**, er darf den

¹⁵³³ BAG v. 8.5.2014 – 6 AZR 246/12, NZI 2014, 660; dazu EWiR 2014, 655 m. Anm. Zimmer.

¹⁵³⁴ LAG Berlin-Brandenburg v. 8.4.2015 – 4 Sa 2182/14, ZIP 2015, 1455.

Insolvenzverwalter allerdings wegen des für Altmasseverbindlichkeiten bestehenden **Vollstreckungsverbots** gem. § 210 InsO nicht auf Zahlung in Anspruch nehmen. Beitragsansprüche entstehen unabhängig davon, ob das Arbeitsentgelt fällig ist. **Säumniszuschläge fallen für Altmasseverbindlichkeiten nicht an.**¹⁵³⁵

Das hat das BSG inzwischen bestätigt:¹⁵³⁶

Das nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit bestehende insolvenzrechtliche **Vollstreckungsverbot für Massegläubiger** hindert den prüfenden Rentenversicherungsträger nicht, rückständige Gesamtsozialversicherungsbeiträge gegenüber dem Insolvenzverwalter durch **Leistungs-/Zahlungsbescheid** festzusetzen.

Jedenfalls gibt die "**Freistellung des Arbeitgebers**" von der Entrichtungsverpflichtung diesem einen von den Rentenversicherungsträgern bei der Festsetzung von Beitragsnachforderungen im Rahmen einer Betriebsprüfung zu beachtenden Erfüllungseinwand. In diesem Sinne verschafft § 335 Abs 3 S 2 SGB III dann, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen, dem Arbeitgeber nur einen Einwand der Zahlungsbefreiung, der verhindern soll, dass der Arbeitgeber der **Gefahr einer Doppelbelastung** ausgesetzt ist. Es soll vermieden werden, dass der Arbeitgeber Beiträge faktisch doppelt - zum einen auf das Arbeitslosengeld und zum anderen auf das Arbeitsentgelt - entrichtet bzw trotz Beitragsersatz nach § 335 Abs 3 S 1 SGB III den vollen Gesamtsozialversicherungsbeitrag zahlt. Der **Befreiungseinwand** besteht damit lediglich im Hinblick auf eine "betragsmäßige Entsprechung" der Beiträge, ohne dass eine Erfüllungswirkung eintreten kann. Dieser Einwand der Zahlungsbefreiung ist aufgrund der dargestellten Zweiteilung des Beitrags(erhebungs)verfahrens im Fall der Betriebsprüfung gegenüber den Einzugsstellen vorzubringen, denen der Bescheid nach § 28p Abs 1 S 5 SGB IV für den Inhalt des mit ihnen konkret bestehenden Beitragsrechtsverhältnisses eine Berechnungsgrundlage und - im Insolvenzverfahren - ein Mittel der Glaubhaftmachung ihrer Beitragsforderungen (§ 28f Abs. 3 S 3 SGB IV) verschafft.

II. Einzelprobleme

1. Abfindungen

a) Abfindung aus vorinsolvenzlicher Zeit

Abfindungen nach §§ 9, 10 KSchG stellen für den Fall, dass sie vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vereinbart oder ausgeurteilt werden, keine bevorrechtigten Forderungen dar, auch wenn die Kündigung erst nach der Verfahrenseröffnung erfolgt.¹⁵³⁷

¹⁵³⁵ LSG Stuttgart v. 16.12.2014 – L 11 R 157/14, ZIP 2015, 396; dazu EWiR 2015, 229 (Plagemann).

¹⁵³⁶ BSG v. 28.5.2015 – B 12 R 16/13 R, NZI 2016, 27 m. Anm. Plagemann.

- Beruht der Anspruch auf Abfindung auf einer Regelung in dem **Arbeitsvertrag**, dass für den Fall der Beendigung eine Abfindung zu zahlen ist, stellt dieser Abfindungsanspruch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine Masseverbindlichkeit nach § 55 InsO dar. Das wird damit begründet, dass dieser Anspruch im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits aufschiebend bedingt entstanden war, so dass der Arbeitnehmer hierfür nur eine gewöhnliche Gläubigerstellung erhält.¹⁵³⁸
- Wird eine Abfindungsforderung durch eine **Altersteilzeit- und Abfindungsvereinbarung** vor dem Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet, liegt auch dann für den Zeitraum nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine Masseverbindlichkeit i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO vor, wenn erst der Insolvenzverwalter kündigt.¹⁵³⁹
- Abfindungsforderungen, die auf einem vor Insolvenzeröffnung abgeschlossenen **Tarifvertrag** beruhen und durch eine Kündigung des Insolvenzverwalters ausgelöst werden, sind ebenfalls keine Masseforderungen i.S.v. § 55 Abs.1 InsO.¹⁵⁴⁰

Der **Rücktritt** eines Arbeitnehmers **von einem** mit dem Arbeitgeber geschlossenen **Aufhebungsvertrag wegen Nichtzahlung der vereinbarten Abfindung** ist ausgeschlossen, wenn das Insolvenzgericht dem Arbeitgeber nach dem Eröffnungsantrag derartige Zahlungen gem. § 21 InsO untersagt hat.¹⁵⁴¹

b) **Abfindung aus nachinsolvenzlicher Zeit**

Wird jedoch eine solche **Abfindung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vereinbart**, ist sie durch Handlung des Insolvenzverwalters ausgelöst worden, und wird dann als **Masseverbindlichkeit** nach § 55 InsO behandelt.

Macht erst der Insolvenzverwalter einen **Antrag auf Auflösung** des Arbeitsverhältnisses **nach § 9 KSchG** rechtshängig und löst das Gericht das Arbeitsverhältnis daraufhin auf, ist der Anspruch auf Abfindung nach § 10 KSchG eine Masseverbindlichkeit, die nach § 53 InsO vorweg zu berichtigen, also wie geschuldet in voller Höhe zu erfüllen ist. Das gilt auch dann,

¹⁵³⁷ LAG Hessen v. 21.5.2013 – 8 Sa 1235/12, NZI 2013, 8 m. Anm. Buck; BAG v. 25.2.1981 – 5 AZR 922/78, NJW 1982, 127. So auch OLG Frankfurt v. 16.9.2004 – 3 U 205/03, ZInsO 2004, 1260, für eine in einem GmbH-Geschäftsführer-Dienstvertrag vorgesehene Abfindung.

¹⁵³⁸ BAG v. 26.3.1981 – 3 AZR 485/78, MDR 1981, 964.

¹⁵³⁹ BAG v. 27.9.2007 - 6 AZR 975/06, BB 2008, 787; BAG v. 19.1.2006 - 6 AZR 529/04, BAGE 117, 1; BAG v. 31.7.2002 - 10 AZR 275/01, BAGE 102, 82.

¹⁵⁴⁰ LAG Köln v. 28.4.2005 - 5 Sa 1409/04, ZIP 2005, 1605.

¹⁵⁴¹ BAG v. 10.11.2011 – 6 AZR 357/10, ZIP 2012, 91; dazu EWiR 2012, 91 (Greiner).

wenn die der Auflösung zugrunde liegende Kündigung noch vom späteren Insolvenzschuldner erklärt worden ist.¹⁵⁴²

2. Einmalzahlungen und erfolgsabhängige Vergütungen

Bei Ansprüchen auf Beteiligungen am Jahresgewinn oder auf ähnliche **Tantiemen**¹⁵⁴³ oder Prämien, kommt es für die Behandlung als Masseverbindlichkeit darauf an, auf welchen Zeitraum die Beteiligung entfällt bzw. bezogen ist. Nur der Teil, der auf die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entfällt, stellt eine bevorrechtigte Masseverbindlichkeit gem. § 55 InsO dar.

Ähnliches gilt auch für **Sonderzahlungen** wie Weihnachtsgratifikationen und Urlaubsgeldansprüche.

Ansprüche auf **variable Sonderzahlungen**, die Entgelt für geleistete Arbeit sind, entstehen, auch wenn sie erst nach dem Ende des Bezugsjahres fällig werden, regelmäßig zeitanteilig im Bezugsjahr. Für Zeiten vor Insolvenzeröffnung sind die betreffenden Ansprüche Insolvenzforderungen nach § 108 Abs. 3 InsO, für Zeiten nach Insolvenzeröffnung Massesforderungen nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Das gilt auch für **Schadensersatzansprüche**, die darauf gestützt werden, dass der Arbeitgeber seiner Verpflichtung zum **Abschluss einer Zielvereinbarung nicht nachgekommen** ist.¹⁵⁴⁴

Zur **Einordnung einer Sonderzahlung** des Arbeitgebers als Insolvenzforderung hat das LAG Düsseldorf entschieden: ist die Sonderzahlung kein Entgelt für die in einem Entgeltabrechnungszeitraum geleistete Arbeit und steht sie in keinem unmittelbaren Austauschverhältnis zur Arbeitsleistung des einzelnen Arbeitnehmers, dann handelt es sich bei der Sonderzahlung eines Jahres insgesamt und nicht nur anteilig um eine Neumasseverbindlichkeit, wenn die Masseunzulänglichkeit vor dem Stichtag angezeigt wird.¹⁵⁴⁵

Zur insolvenzrechtlichen **Einordnung einer Sonderzahlung** des Arbeitgebers **nach angezeigter Masseunzulänglichkeit** hat das BAG dazu in der Revisionsinstanz entschieden:

Alle arbeitsrechtlichen Sonderzahlungen, d.h. nicht nur solche mit reinem **Entgeltcharakter**, sondern auch solche zur **reinen Belohnung von Betriebstreue oder mit „Mischcharakter“**, unterliegen nach angezeigter Masseunzulänglichkeit § 209 InsO. Nur der

¹⁵⁴² BAG v. 14.3.2019 - 6 AZR 4/18, NZA 2019, 567 = ZIP 2019, 777.

¹⁵⁴³ Dazu ArbG Weiden v. 13.5.2015 – 3 Ca 1714/14, NZI 2015, 853 = ZIP 2015, 2334.

¹⁵⁴⁴ BAG v. 14.11.2012 – 10 AZR 3/12, NJW 2013, 2300 m. Anm. Kock.

¹⁵⁴⁵ LAG Düsseldorf v. 10.2.2016 – 12 Sa 1051/15, ZIP 2016, 1180.

auf die Zeit der Arbeitsleistung nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit entfallende anteilige Anspruch ist als Neumasseverbindlichkeit i.S.v. § 209 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 3 InsO zu berichtigen.¹⁵⁴⁶

3. Urlaubsansprüche

Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüche sind nach Auffassung des BAG **Masseforderungen**, auch soweit sie aus Kalenderjahren vor der Insolvenzeröffnung stammen.

Das BAG¹⁵⁴⁷ hat für Urlaubsabgeltungsansprüche inzwischen Folgendes festgestellt:

*„1. Wenn das Arbeitsverhältnis nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens beendet worden ist, ist der **Urlaubsabgeltungsanspruch** nach § 7 Abs 4 BUrlG **Masseverbindlichkeit** iSv § 55 Abs 1 Nr 2 Alt 2 InsO.*

2. Urlaubsabgeltungsansprüche entstehen erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses und können nicht einem früheren Zeitraum zugeordnet werden. Deshalb ist es für die Einordnung als Masseverbindlichkeit unerheblich, ob die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgereicht hätte, den Urlaubsanspruch durch Freistellung von der Arbeitspflicht zu erfüllen.“

Das gilt auch für **tarifliche Urlaubsgeldansprüche**, soweit sie vom Bestand des Urlaubsanspruchs abhängig sind. Etwaige Ausschlussfristen sind aber zu beachten. Die Anmeldung von Masseforderungen zur Insolvenztabelle wahrt eine tarifliche Ausschlussfrist, die eine schriftliche Geltendmachung verlangt.¹⁵⁴⁸

Damit ist aber der Rang dieser Ansprüche noch nicht bestimmt. Beschäftigt der Insolvenzverwalter den Arbeitnehmer weiter, begründet dies **Neumasseverbindlichkeit** i.S.v. § 209 Abs. 2 InsO.

Der Anspruch eines Arbeitnehmers auf **Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld**, der vom Insolvenzverwalter **unwiderruflich** „unter Anrechnung auf offenen Urlaub“ **freigestellt** ist, begründet **keine Neumasseverbindlichkeit** i.S.v. § 209 Abs. 2 InsO.¹⁵⁴⁹ Das BAG begründet dies damit, dass der Insolvenzmasse **kein „wirtschaftlicher Gegenwart“ zugeflossen** sei.

¹⁵⁴⁶ BAG v. 23.3.2017 – 6 AZR 264/16, NJW 2017, 2298 = NZI 2017, 535 m. Anm. Rogner = ZIP 2017, 1031; dazu EWiR 2017, 473 (Hess).

¹⁵⁴⁷ BAG v. 25.3.2003 - 9 AZR 174/02, AP Nr 4 zu § 55 InsO = ZIP 2003, 1802.

¹⁵⁴⁸ BAG v. 15.2.2005 – 9 AZR 78/04, ZInsO 2006, 112.

¹⁵⁴⁹ BAG v. 15.6.2004 – 9 AZR 431/03, NZI 2004, 636 = ZIP 2004, 1660, dazu EWiR 2004, 1139 (Schneider).

Wird der Arbeitnehmer vom Insolvenzverwalter **nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit** zur Arbeitsleistung herangezogen, so hat der Insolvenzverwalter noch offene Urlaubsansprüche nach Maßgabe des §7 Abs. 1 BUrlG durch Freistellung von der Arbeitspflicht ohne jede Einschränkung zu erfüllen. Für den von ihm gewährten Urlaub gilt, dass der **Anspruch auf Urlaubsentgelt nur anteilig als Neumasseverbindlichkeit** zu berichtigen ist. Zur Berechnung ist der in Geld ausgedrückte Jahresurlaub des Arbeitnehmers ins Verhältnis zu der Dauer der nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit erbrachten Arbeitsleistung zu setzen. Gleiches gilt für den Anspruch auf **Urlaubsabgeltung**.¹⁵⁵⁰

Wird der Arbeitnehmer durch den Insolvenzverwalter **von der Arbeit freigestellt**, behält er bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses neben seinem Entgeltanspruch auch seinen Urlaubsanspruch. Jedoch kann der Urlaubsanspruch durch einseitige Erklärung des Insolvenzverwalters, dass die Freistellung auf den Urlaubsanspruch angerechnet werde, wirksam erfüllt werden¹⁵⁵¹. Problematisch ist in diesem Zusammenhang – wie auch außerhalb des Insolvenzverfahrens – die **neue Rechtsauffassung der Sozialversicherungsträger**, wonach zumindest **nach einer einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis mehr** bestehe.

Ansprüche auf Urlaubsabgeltung sind Masseverbindlichkeiten im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 InsO; das gilt nach der Auffassung des LAG Sachsen¹⁵⁵² für den Urlaubsabgeltungsanspruch insgesamt. Eine **Aufteilung** in einen vor und einen nach Verfahrenseröffnung entstehenden **Teilurlaubsanspruch** ist danach mit dem Urlaubsrecht nicht vereinbar. Bestimmt der Insolvenzverwalter mit seiner Freistellungserklärung im Sinne des § 366 Abs. 1 BGB, welche Ansprüche er in welcher Reihenfolge mit der Freistellung erfüllen will, soll mit der Formulierung "*unter Anrechnung seiner Ausgleichsansprüche nach dem Arbeitskonto, unter Anrechnung seiner Urlaubsansprüche*" zuerst die Freistellung unter Anrechnung der Ausgleichsansprüche nach dem Arbeitszeitkonto und danach unter Anrechnung der Urlaubsansprüche erfüllt werden; ein anderer Sinn kommt dieser Reihenfolge für den Arbeitnehmer erkennbar (§ 133 BGB) nicht zu. Die mit einer Freistellungserklärung vorgenommene Tilgungsbestimmung des § 366 Abs. 1 BGB gilt auch bei einer Mehrheit von Forderungen aus demselben Schuldverhältnis.

¹⁵⁵⁰ BAG v. 21.11.2006 – 9 AZR 97/06, BB 2007, 2296 = ZIP 2007, 834, dazu EWIR 2008, 87 (Henkel).

¹⁵⁵¹ BAG v. 18.12.1986 – 8 AZR 481/84, ZIP 1987, 798.

¹⁵⁵² LAG Sachsen v. 26.2.2013 – 1 Sa 360/12, NZI 2013, 810 m. Anm. Krings.

Hat der Arbeitnehmer im **Insolvenzverfahren** eine Hauptforderung (unter anderem) mit der Bezeichnung "Urlaub" und der Angabe eines Geldbetrages angemeldet, kann dem eine wirksame Geltendmachung des Urlaubsanspruchs nicht entnommen werden. Die Forderungsanmeldung im Insolvenzverfahren ist keine **wirksame Geltendmachung eines Urlaubsabgeltungsanspruchs**, wenn zum Zeitpunkt der Forderungsanmeldung noch gar kein Urlaubsabgeltungsanspruch besteht; denn zu diesem Zeitpunkt steht noch nicht fest, ob der Urlaub bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht in Natur eingebracht wird. Ist einem dem Arbeitnehmer übermittelten Auszug des Amtsgerichts aus der Insolvenztabelle und dem dazu beigefügten Hinweis nicht nur zu entnehmen, dass der Insolvenzverwalter die Forderung des Arbeitnehmers gerade im Hinblick auf den Urlaub nicht akzeptiert und ausdrücklich bestreitet, sondern dass der Arbeitnehmer auch gehalten ist, nunmehr seine Forderung gerichtlich geltend zu machen, weil sonst eine Berücksichtigung seines Anspruchs nicht erfolgt, besteht ein etwaiges Vertrauen des Arbeitnehmers darauf, der Insolvenzverwalter werde seinen Anspruch erfüllen, nicht mehr.¹⁵⁵³

4. Schutz von Arbeitszeitreduzierungen im Sanierungsinteresse

Eine **für den Insolvenzfall vereinbarte Rückkehr** einer Teilzeitkraft zum Anspruch auf **volle Vergütung** für die letzten 12 Monate vor ihrem Ausscheiden ist nicht sittenwidrig. Die Vereinbarung mit einer Arbeitnehmerin, die einen freiwilligen Sanierungsbeitrag in Form einer Teilzeitvereinbarung geleistet hat, unterliegt im Insolvenzfall auch nicht der Insolvenzanfechtung. Der Umstand, dass der Arbeitnehmer aus tatsächlichen Gründen auf die Arbeitsleistung verzichtet, da die volle Arbeitsleistung wegen des Fixschuldcharakters der Arbeitspflicht nicht mehr eingefordert werden kann, führt nicht zur Sittenwidrigkeit der Vereinbarung. Die Vergütungsdifferenzen sind für die Zeit nach Insolvenzeröffnung Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO.¹⁵⁵⁴

5. Karenzentschädigung aus Wettbewerbsverbot

Kündigt der Insolvenzverwalter den Anstellungsvertrag eines Geschäftsführers der Schuldnerin (GmbH), ohne dass beiderseits weitere Erklärungen abgegeben wurden, so ist der Anspruch des gekündigten Geschäftsführers auf Karenzentschädigung aus einem vertraglichen Wettbewerbsverbot **keine Masseschuld**.¹⁵⁵⁵ Das Risiko, Erfüllungsansprüche auf Karenzentschädigung nicht gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen die Masse durchsetzen zu können, trifft den gekündigten Dienstnehmer wie jeden Vertragspartner des Schuldners nach § 103 InsO. Den §§ 75, 75a HGB ist nichts zu entnehmen, wonach sie § 103 InsO verdrängen könnten. Der Insolvenzverwalter müsste sonst stets vor Kündigung eines

¹⁵⁵³ LAG München v. 18.1.2006 – 10 Sa 704/05, ZInsO 2010, 591.

¹⁵⁵⁴ BAG v. 19.1.2006 - 6 AZR 529/04, ZIP 2006, 1366.

¹⁵⁵⁵ BGH v. 8.10.2009 – IX ZR 61/06, DB 2009, 2541.

Anstellungsvertrages und mit Entschädigungspflicht für die Masse auf das Wettbewerbsverbot verzichten, wenn er an seiner Erfüllung kein Interesse hat.¹⁵⁵⁶

Bei dem Anspruch auf Karenzentschädigung handelt es sich jedenfalls auch dann um **keine Masseforderung** gem. § 55 InsO, wenn der Insolvenzverwalter nicht auf der Einhaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots besteht, sondern mit der **vorzeitigen Freistellung** des Arbeitnehmers zum Ausdruck bringt, dass dieser über seine Arbeitskraft frei verfügen kann.¹⁵⁵⁷

6. Vergütungsansprüche aus einer arbeitsvertraglichen Freistellungsabrede

Die vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätze für Vergütungsansprüche im Rahmen der **Freistellungsphase im Blockmodell** der Altersteilzeit sind nach der Auffassung des LAG Köln auf eine solche Konstellation nicht anwendbar, wenn der vertraglichen Vereinbarung nicht zu entnehmen ist, dass die Vergütungsansprüche auf einer Vorleistung des Betroffenen im Rahmen seiner vorangegangenen Beschäftigung beruhen. Ein Arbeitnehmer hat nach dem Betriebsübergang anlässlich des Insolvenzverfahrens seines Arbeitgebers Vergütungsansprüche gegen den Betriebserwerber, wenn bereits rechtskräftig entschieden wurde, dass der Erwerber in das bestehende Arbeitsverhältnis eingetreten ist und er damit auch an eine vertragliche Regelung gebunden ist, nach der der Arbeitgeber auf die Arbeitsleistung des Betroffenen bei Fortzahlung des Entgelts verzichtet hat, während dieser auf sein Recht zur Beschäftigung verzichtete.¹⁵⁵⁸

7. Halteprämien

Eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO setzt voraus, dass der Anspruch in einem zumindest teilweise synallagmatischen Verhältnis zu der erbrachten Arbeitsleistung steht. Es muss **im weitesten Sinn Entgelt „für die Zeit“ nach Eröffnung** des Insolvenzverfahrens geschuldet sein. Demgegenüber genügt es nicht, dass die Forderung erst nach Eröffnung des Verfahrens fällig wird, also erst „in der Zeit“ nach Verfahrenseröffnung erfüllt werden muss. Auch Leistungen, die nur vom Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Stichtag abhängen, können Masseverbindlichkeiten iSv. § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO sein. Ob **Sonderleistungen**, dh. Zuwendungen zum laufenden Arbeitsentgelt, als Insolvenzforderungen oder Masseverbindlichkeiten einzuordnen sind, hängt vom Zweck der Leistungen ab.¹⁵⁵⁹

¹⁵⁵⁶ BGH v. 8.10.2009 – IX ZR 61/06, DB 2009, 2541.

¹⁵⁵⁷ LAG Nürnberg v. 1.10.2014 – 4 Sa 273/14, NZI 2015, 290.

¹⁵⁵⁸ LAG Köln v. 31.1.2011 - 5 Sa 1224/10, NZI 2011, 299.

¹⁵⁵⁹ BAG v. 12.9.2013 – 6 AZR 953/11, NZI 2014, 38.

Die Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO sind für einen Anspruch auf eine Halteprämie nicht erfüllt. Von dieser Vorschrift werden Ansprüche erfasst, die der Insolvenzverwalter in seiner Funktion als Partei kraft Amtes selbst begründet. Werden Ansprüche dagegen durch Vereinbarungen des Schuldners vor Insolvenzeröffnung begründet, handelt es sich auch für den Zeitraum nach Insolvenzeröffnung nicht um Masseverbindlichkeiten iSv. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

Der Anspruch auf eine solche **Halteprämie** ist auch **keine Masseverbindlichkeit** iSv. § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO.¹⁵⁶⁰ Danach sind Masseverbindlichkeiten alle Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung für die Zeit nach Insolvenzeröffnung erfolgen muss. Die Einordnung eines Entgeltanspruchs als Masseverbindlichkeit i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO setzt voraus, dass eine Leistung mit Entgeltcharakter vorliegt. Das folgt aus dem Zweck der Vorschrift, die sicherstellt, dass der Gläubiger, der noch voll zur Masse leisten muss, auch die **volle vereinbarte Gegenleistung erhält** und nicht die Masse auf seine Kosten bereichert wird¹⁵⁶¹, sowie aus dem systematischen Zusammenhang des § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO mit § 108 Abs. 3 InsO. Eine **tatsächliche Arbeitsleistung** ist dabei **nicht zwingend erforderlich**.¹⁵⁶² Darüber hinaus muss der geltend gemachte Anspruch erst **nach Verfahrenseröffnung entstanden** sein.¹⁵⁶³

8. Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers in der masseunzulänglichen Insolvenz

Zwar kann ein Arbeitnehmer das Zurückbehaltungsrecht an seiner Arbeitsleistung nach § 273 Abs. 1 BGB ausüben, wenn der Arbeitgeber den fälligen Vergütungsanspruch nicht erfüllt. Er ist dann nicht mehr nach § 614 BGB zur Vorleistung verpflichtet. Er muss vielmehr erst dann (wieder) seine Arbeit leisten, wenn der Arbeitgeber die rückständige Gegenleistung erbringt, indem er das rückständige Entgelt zahlt. Solange der Arbeitnehmer sein Zurückbehaltungsrecht wirksam ausübt, endet der Annahmeverzug des Arbeitgebers nicht. Das ergibt sich aus § 298 BGB, der für alle Fälle des Zurückbehaltungsrechts und damit auch für § 273 BGB gilt.

Altmasseverbindlichkeiten iSv. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO können aber **kein Zurückbehaltungsrecht** gemäß § 273 Abs. 1 BGB begründen.¹⁵⁶⁴ § 273 Abs. 1 BGB setzt einen wirksamen, mit der Klage erzwingbaren und fälligen Gegenanspruch voraus. § 210 InsO verbietet jedoch die **Zwangsvollstreckung** wegen einer Altmasseverbindlichkeit. Eine

¹⁵⁶⁰ BAG v. 12.9.2013 – 6 AZR 953/11, NZI 2014, 38.

¹⁵⁶¹ BAG v. 14.11.2012 – 10 AZR 3/12, NJW 2013, 2300 m. Anm. Kock.

¹⁵⁶² BAG v. 19.7.2007 – 6 AZR 1087/06, BAGE 123, 269.

¹⁵⁶³ BAG v. 19.1.2006 – 6 AZR 529/04, BAGE 117, 1.

¹⁵⁶⁴ BAG v. 8.5.2014 – 6 AZR 246/12, ZIP 2014, 1498.

Leistungsklage wegen Altmasseverbindlichkeiten wäre deshalb **mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig**.

Allerdings hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, die Altmasseverbindlichkeiten durch Klage nach § 256 Abs. 1 ZPO gerichtlich feststellen zu lassen, sofern darüber Streit bestanden hat. Diese Möglichkeit genügt jedoch ausgehend von den Zwecken des § 273 Abs. 1 BGB und des Insolvenzverfahrens nicht, um ein Zurückbehaltungsrecht zu begründen. § 273 BGB beruht auf dem Grundgedanken des § 242 BGB. Der Schuldner soll davor geschützt werden, gegenüber einem Gläubiger, der einen Anspruch ohne Rücksicht auf einen dem Schuldner zustehenden Gegenanspruch verfolgt und dadurch Treu und Glauben verletzt, seine Leistungspflicht einseitig erfüllen und dabei das Risiko eingehen zu müssen, die ihm zustehende Leistung nicht zu erhalten. Das Zurückbehaltungsrecht bezweckt damit letztlich die **Sicherung des Anspruchs des Schuldners** und bewirkt dies durch Ausüben mittelbaren Zwangs auf den Gläubiger. Der Insolvenzverwalter handelt jedoch im Einklang mit den Bestimmungen der Insolvenzordnung, wenn er die Erfüllung von Altmasseverbindlichkeiten verweigert und den Arbeitnehmer auf die letzttrangige Befriedigung im Insolvenzverfahren verweist. § 273 Abs. 1 BGB greift daher nach seinem Zweck in einer solchen Konstellation nicht ein.

Das Insolvenzverfahren ist vom **Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung** beherrscht. Mit diesem Grundgedanken des Insolvenzrechts steht es in unauflösbarem Widerspruch, wenn dem Arbeitnehmer als Altmassegläubiger mit dem **Zurückbehaltungsrecht** ein **besonderes Zwangsmittel zur Durchsetzung** der vom Insolvenzverwalter nicht erfüllten Altmasseverbindlichkeiten zur Seite stünde. Für eine solche Bevorzugung einzelner Gläubiger gibt es im Insolvenzrecht keine Rechtsgrundlage.

Der Insolvenzverwalter nimmt die Gegenleistung des Arbeitnehmers i.S.v. § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO "in Anspruch", wenn er diese nutzt, den Arbeitnehmer also zur Arbeit heranzieht. Gegenleistung ist die vom Arbeitnehmer nach § 611 Abs. 1 BGB geschuldete Arbeitsleistung. Nicht erforderlich ist, dass der Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung auf der Grundlage eines erklärten eigenen Willensaktes in Anspruch genommen hat. Eine Privilegierung von Vergütungsansprüchen durch ihre Einordnung als **Neumasseverbindlichkeiten** rechtfertigt sich regelmäßig nur, wenn der **Arbeitnehmer durch tatsächliche Arbeitsleistung zur Anreicherung der Masse beiträgt**. Der Masse muss ein **wirtschaftlicher Wert zufließen**. Das setzt voraus, dass das Arbeitsverhältnis in Vollzug gesetzt ist.

Für die Entstehung von Neumasseverbindlichkeiten gemäß § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO iVm. § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO reicht es nach diesen Maßstäben nicht aus, dass der Insolvenzverwalter den **bisher freigestellten Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung auffordert**. Neumasseverbindlichkeiten werden grundsätzlich nur begründet, wenn der Arbeitnehmer der **Aufforderung nachkommt** und so die Gegenleistung zur Masse gelangt. Nur in diesem Fall "nutzt" der Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers und nur in diesem Fall sind die "darauf beruhenden Ansprüche aus dem Dauerschuldverhältnis", d.h. auch das Entgelt für die sog. "unproduktiven" Ausfallzeiten wie Feiertage und krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, als Teil des Synallagmas Neumasseverbindlichkeiten. Ein Arbeitnehmer, der nicht arbeitet, erbringt keine Gegenleistung. Verhindert ein freigestellter Arbeitnehmer, der vom Insolvenzverwalter zur Arbeitsleistung aufgefordert wird, durch Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts, dass seine Arbeitskraft der Masse tatsächlich zugutekommt, fließt der Masse kein Gegenwert zu.

Diese Abgrenzung von Alt- und Neumasseverbindlichkeiten entspricht dem Willen des Gesetzgebers. Dieser wollte dem Arbeitnehmer, der seine Leistung voll zu erbringen hat und nicht vom Verwalter freigestellt worden ist, Anspruch auf volle Vergütung seiner Arbeitsleistung einräumen. Daraus folgt, dass Vergütungsansprüche nur dann als Neumasseverbindlichkeiten nach § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO i.V.m. § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO privilegiert werden sollen, wenn die Arbeitsleistung der Masse tatsächlich zugutekommt. Fehlt es daran, sind die Vergütungsansprüche als Altmasseverbindlichkeiten zu klassifizieren. Etwas anderes gilt nur für die "**unproduktiven**" Ausfallzeiten.

III. Altersteilzeit in der Insolvenz

Das Altersteilzeitgesetz 1996 bezweckte - wie seine Gesetzesvorgänger - einen vereinfachten, vorzeitigen, gleitenden Übergang in den Ruhestand; diese soll für beide Vertragsparteien durch **Subventionierung seitens der Bundesagentur für Arbeit** attraktiv gemacht werden. Das Altersteilzeitverhältnis ist ein **vollwertiges Arbeitsverhältnis**. Es kann als Teilzeitarbeitsverhältnis ausgestaltet sein oder als Job-Sharing oder als Abrufarbeitsverhältnis. Es unterliegt den **allgemeinen und besonderen gesetzlichen Kündigungsschutzbestimmungen**.

Altersteilzeit kann im **Blockmodell** geleistet werden. In diesem Fall arbeitet der Arbeitnehmer während der ersten Hälfte des Altersteilzeitverhältnisses voll (**Arbeitsphase**) und während der zweiten Hälfte nicht (**Freistellungsphase**). Er erhält durchgängig die Hälfte seines Arbeitsentgeltes und einen Aufstockungsbetrag zum Nettoeinkommen, dessen Mindesthöhe im Altersteilzeitgesetz geregelt ist.

Die Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern, die sich in der **Freistellungsphase eines Altersteilzeitverhältnisses** befinden, gehen ebenfalls gem. § 613a BGB auf einen Betriebserwerber über – dies gilt auch dann, wenn über den Betriebsveräußerer ein Insolvenzverfahren eröffnet ist. Auch solche Ansprüche auf Altersteilzeitvergütung, die auf Arbeitsleistungen vor Insolvenzeröffnung beruhen, sind – zumindest nach der Auffassung des LAG Frankfurt - von einem Erwerber, der einen Betrieb vom Insolvenzverwalter erwirbt, zu erfüllen, soweit sie nach dem Betriebsübergang fällig werden.¹⁵⁶⁵ Gegenüber dem Insolvenzverwalter können solche Ansprüche aber nur als **Insolvenzforderung** geltend gemacht werden.¹⁵⁶⁶

Nach § 8 Abs. 3 Altersteilzeitgesetz (ATG) kann in der Altersteilzeitvereinbarung vorgesehen werden, dass das Arbeitsverhältnis **ohne Ausspruch einer Kündigung endet**, sobald der Arbeitnehmer **Anspruch auf eine Rente** hat. Dies war gemäß § 38 SGB VI bis zum 31.12.2006 nach Erreichen des 60. Lebensjahres und zweijähriger Altersteilzeit der Fall.

1. Insolvenzsicherung

Abwicklungsprobleme können sich dann ergeben, wenn Altersteilzeit im Blockmodell erfolgt und bei einer vorzeitigen Beendigung oder sonstigen Störung des Vertragsverhältnisse - etwa durch Insolvenz - Vorleistungen einer Vertragspartei ausgeglichen werden müssen. Gerade beim Blockmodell entstehen Wertguthaben, deren Schutz bislang in § 7d SGB IV geregelt war. Mit Wirkung ab 1.8.2003 ist darüber hinaus eine gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers begründet worden, die Arbeitnehmer über den vorgenommenen Insolvenzschutz von Wertguthaben zu informieren (**Informationspflicht**, § 7d SGB IV).¹⁵⁶⁷

Jedoch war bisher streitig, ob dieser Insolvenzschutz zwingend war oder als freiwillige Angelegenheit des Arbeitgebers betrachtet werden konnte. Diesen Meinungsstreit hat der Gesetzgeber nunmehr beendet und den **zwingenden Charakter der Wertsicherung** jedenfalls für den Bereich der Altersteilzeit in § 8a ATG mit Wirkung ab 1.7.2004¹⁵⁶⁸ klargestellt.

¹⁵⁶⁵ LAG Frankfurt/M. v. 23.8.2006 – 8 Sa 1744/05, ZIP 2007, 391, dazu EWIR 2007, 365 (S. Greiner), in Abweichung von BAG v. 19.10.2004 – 9 AZR 645/03, BAGE 112, 214 = AP Nr. 5 zu § 55 InsO m. Anm. Hanau; dazu Richter/Nacewwicz, ZIP 2008, 256.

¹⁵⁶⁶ LAG Frankfurt v. 23.8.2006 – 8 Sa 1744/05, ZIP 2007, 391; dazu Richter/Nacewwicz, ZIP 2008, 256.

¹⁵⁶⁷ BGBl. I 2003, 1526; dazu auch Oberhofer, ZInsO 2003, 591 ff.; Nimscholz, ZInsO 2005, 522 ff.; Peters-Lange, Sozialrecht in der Insolvenz, 2005, S. 144 ff.; zu den möglichen Sicherungsformen siehe Smid/Lindenberg, DZWIR 2006, 133; Passarge, NZI 2006, 20; Baldringer, ZInsO 2006, 690.

¹⁵⁶⁸ BTDs. 15/1515, S 134 zu Nr 7.

Nach **§ 15g ATG** gelten die **Neuregelungen** für Altersteilzeitarbeitsverhältnisse, die **ab dem 1. Juli 2004 begonnen** wurden. Für die davor begonnenen Altersteilzeitarbeitsverhältnisse gilt die bisherige gesetzliche Regelung.

Diese **Insolvenzversicherung** für den Bereich der Altersteilzeit darf in ihren Voraussetzungen und Wirkungen nicht mit der Sicherung von Wertguthaben nach § 7d SGB IV gleichgesetzt werden. Für Altersteilzeit im Blockmodell wurde nämlich eine **spezielle Insolvenzversicherung in § 8a ATG** vorgeschrieben.¹⁵⁶⁹ Sie unterscheidet sich von der Insolvenzversicherung für Wertguthaben nach § 7d SGB IV wie folgt:

Sicherung für Wertguthaben nach § 7d SGB IV:

- Eine Pflicht zur Insolvenzversicherung besteht nicht für die ersten drei Monate.
- Eine Sicherungspflicht besteht nur für ein Wertguthaben, das das Dreifache der monatlichen Bezugsgröße im Sinne von § 18 SGB IV übersteigt.
- Eine Sicherungspflicht besteht nur, wenn der vereinbarte Ausgleichszeitraum 27 Kalendermonate nach der ersten Gutschrift übersteigt, auch für Fälle, bei denen die Anspar- oder Abgeltungsphase kürzer ist.
- § 7d SGB IV lässt darüber hinaus Auslegungsspielräume hinsichtlich des Umfangs des abzusichernden Wertguthabens zu, insbesondere wird die Auffassung vertreten, dass bereits erbrachte Aufstockungsleistungen des Arbeitgebers das Wertguthaben mindern.
- Gesetzliche Vorgaben über geeignete oder nicht geeignete Insolvenzversicherungsformen fehlen; dahinter steht die Erwartung, dass tarifliche und einzelvertragliche Lösungen die Lücke schließen.
- Es gibt keine ausdrücklichen Sanktionen für den Fall, dass die Verpflichtung zur Insolvenzversicherung nicht erfüllt wird.

Sicherung der Altersteilzeit nach § 8a ATG:

- Der Arbeitgeber wird als konkret Verpflichteter benannt.
- Mit dem Dreifachen des monatlichen Regelarbeitsentgelts der Altersteilzeitbeschäftigten wird ein individueller Schwellenwert für die Insolvenzversicherung eingeführt.
- Die Zeitschwelle entfällt.
- Die Nachrangigkeit gegenüber dem Insolvenzgeld entfällt.
- Der Umfang der Absicherungspflicht wird klar formuliert, in dem Bruttoarbeitsentgelt und Sozialversicherungsbeitrag des Arbeitgebers als auch zu sichern benannt und der Abzug geleisteter Aufstockungsleistungen nicht zugelassen werden.

¹⁵⁶⁹ Kovacs/Koch, NZI 2004, 415 ff.; Peters-Lange, Sozialrecht in der Insolvenz, 2005, S. 144 ff.

- Die Wahl eines geeigneten Sicherungsweges wird gesetzlich vorgeschrieben, Bilanzrückstellungen und Patronatserklärungen, die sich als nicht wirksam erwiesen haben, werden ausgeschlossen.
- Der Weg zur Durchsetzung des Insolvenz sicherungsrechts des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber ist in § 8a Abs. 4 ATG gesetzlich geregelt (sog. Stufenmodell).
- Um zu verhindern, dass das Insolvenz sicherungsrecht des Arbeitnehmers ausgehöhlt wird, ist geregelt, dass es selbst auf tarifrechtlicher Grundlage nicht abbedungen werden kann.

Nach § 8a Abs. 1 ATG muss ein Wertguthaben bereits ab der ersten Gutschrift gegen Zahlungsunfähigkeit gesichert werden, wenn auf Grund der Altersteilzeit vereinbart feststeht, dass das Wertguthaben das dreifache des Regel arbeitsentgelt des im Sinne von § 6 Abs. 1 ATG einschließlich des darauf entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag übersteigen wird. **Zu sichern** sind neben dem Wertguthaben des Arbeitnehmers **auch die** darauf entfallenden **Gesamtsozialversicherungsbeiträge**.

Die Art der Insolvenz sicherung unterliegt der Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers. Als geeignete Sicherungsmittel kommen insoweit Bankbürgschaften oder die Verpfändung von Wertpapieren in Betracht. Ausdrücklich **ausgeschlossen** ist dagegen eine Sicherung allein durch bilanzielle Rückstellungen, Patronatserklärungen, Bürgschaften im Konzern oder Schuldbetritte (vgl. § 8a Abs. 1 Satz 2 ATG).

Der Arbeitgeber muss **mitteilen**, welche **Sicherungsmittel** er ergriffen hat.

Die **Sicherungspflicht** für in der Arbeitsphase erarbeitete Wertguthaben trifft nach Auffassung des ArbG Trier **im eröffneten Insolvenzverfahren** auch den **Insolvenzverwalter**.¹⁵⁷⁰ Das **BAG** hat anders entschieden: Der Insolvenzverwalter ist nicht verpflichtet, bezüglich des während der Arbeitsphase der Altersteilzeit aufgebauten Wertguthabens des Arbeitnehmers und des darauf entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag Sicherheit zu leisten.¹⁵⁷¹

Ist für ein Teilzeitarbeitsverhältnis im Blockmodell zur Sicherung des Wertguthabens des Arbeitnehmers ein Vertrag zu Gunsten Dritter in Form einer **doppelseitigen Treuhand** vereinbart, bei der Verwaltungs- und Sicherungstreuhand ausreichend klar voneinander

¹⁵⁷⁰ ArbG Trier v. 10.3.2011 – 3 Ca 918/10, ZIP 2011, 1482.

¹⁵⁷¹ BAG v. 15.1.2013 – 9 AZR 448/11, ZIP 2013, 900.

getrennt sind, fallen die zur Sicherung des Wertguthabens nach § 8a ATG hinterlegten Beträge bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht in die Insolvenzmasse, wenn der Altersteilzeitnehmer nach dem Treuhandvertrag in diesem Fall wirtschaftlich Berechtigter der verwahrten Beträge wird. Es besteht dann ein **Aussonderungsrecht nach § 47 InsO**.¹⁵⁷²

In der Literatur ist anerkannt, dass im Fall der **Insolvenz des Arbeitgebers** der Treuhandvertrag erlischt (§§ 115, 116 InsO), weshalb der Treuhänder (oder der weitere Vermögensverwalter) das **verwaltete Vermögen dem Insolvenzverwalter des Arbeitgebers herauszugeben** hat, damit dieser aus dem Treugut die Gläubiger aus der Sicherungstreuhand als Absonderungsberechtigte zu befriedigen hat.¹⁵⁷³ Die Treuhänder sind Vollrechtsinhaber an dem Zweckvermögen, das die Schuldnerin auf die Treuhänder bzw. die Depotstelle übertragen hat. Die wirtschaftliche Zuordnung des Anlagevermögens richtet sich nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung¹⁵⁷⁴ nach folgenden Gesichtspunkten: Dient das Vermögen der endgültigen Befriedigung, scheidet es endgültig aus dem Vermögen des Insolvenzschuldners aus und fällt nicht in die Insolvenzmasse, sodass der Treuhänder – wirtschaftlich gesehen – die Gläubiger vertritt. In diesem Fall besteht ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO. In die Insolvenzmasse fällt das Zweckvermögen dagegen, wenn es sich um ein Sicherungsrecht handelt, weil dann der Sicherungszweck überwiegt. Folge ist, dass **nur ein Recht auf abgesonderte Befriedigung** besteht.¹⁵⁷⁵

Das BAG hat mit Urteil vom 18.07.2013 entschieden:¹⁵⁷⁶ Der Arbeitgeber kann seine Verpflichtung zur Insolvenzsicherung von Altersteilzeitguthaben gemäß § 8a AltTZG (bis 30. Juni 2004: § 7d SGB IV) grundsätzlich durch **Vereinbarung einer sog. Doppeltreuhand** mit einem Treuhänder erfüllen. Dabei wird das Treugut dem Treuhänder im Rahmen einer **uneigennütigen Verwaltungstreuhand** übertragen. Zudem wird eine Sicherungstreuhand begründet, welche der Treuhänder zur **Insolvenzsicherung des Altersteilzeitguthabens** zwischen dem Arbeitgeber und dem Altersteilzeitnehmer vermittelt. Es hängt von der Ausgestaltung der Vereinbarungen im Einzelfall ab, ob diese Absicherung den gesetzlichen Vorgaben genügt.

Bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers erlischt die Verwaltungstreuhand gemäß § 116 Abs. 1 i.V.m. § 115 Abs. 1 InsO. Die Sicherungstreuhand

¹⁵⁷² LAG Berlin-Brandenburg v. 27.10.2011 – 5 Sa 1310/11, NZI 2012, 282 = ZIP 2012, 789.

¹⁵⁷³ Gottwald/Adolphsen, Insolvenzrechts-Handbuch, 4.A., § 40 Rn. 78; MüKo-InsO/Ganter, InsO, § 47 Rn. 389.

¹⁵⁷⁴ BGH v. 12.10.1989 – IX ZR 184/88, NJW 1990,45; vgl. Rüger, NZI 2012, 488, 490.

¹⁵⁷⁵ LAG Hamm v. 6.3.2013 – 6 Sa 976/12, ZIP 2013, 1294; dazu NWB 2013, 2695.

¹⁵⁷⁶ BAG v. 18.7.2013 - 6 AZR 47/12, ZIP 2013, 2025; dazu EWiR 2013, 733 (Mückl); NJW-Spezial 2013, 759.

bleibt als **selbstständiger Vertrag sui generis** bestehen. Die **§§ 115, 116 InsO** sind auf sie **nicht anwendbar**. Das Treugut ist Teil der Insolvenzmasse (§ 35 InsO). Weder der Treuhänder noch der gesicherte Altersteilzeitarbeitnehmer haben ein Aussonderungsrecht gemäß § 47 InsO, weil das Treugut dem Vermögen des insolventen Arbeitgebers zugeordnet bleibt. Aufgrund der Sicherungstreuhand besteht jedoch ein **Absonderungsrecht gemäß § 51 Nr. 1 InsO**.

Die Verwertung des Treuguts richtet sich nach §§ 166 bis 173 InsO. Handelt es sich bei dem Treugut um ein Wertpapierdepot, steht das **Verwertungsrecht** vorbehaltlich einer anderen Regelung gemäß § 173 Abs. 1 InsO dem Treuhänder zu. Dieser ist verpflichtet, den Erlös an den Altersteilzeitarbeitnehmer auszukehren.

Die Insolvenzsicherung von Altersteilzeitguthaben unterfällt den Vorschriften der **Insolvenzanfechtung** (§§ 129 ff. InsO). Dies gilt auch für Treuhandvereinbarungen. Eine Anfechtung der Sicherungstreuhand nach § 134 Abs. 1 InsO kommt jedoch nicht in Betracht. Die Bestellung einer Sicherheit für eine eigene, entgeltlich begründete Verbindlichkeit ist nicht als unentgeltliche Leistung anfechtbar. Mit der Sicherungstreuhand sichert der Arbeitgeber nur seine Entgeltzahlungspflicht gegenüber dem Altersteilzeitarbeitnehmer. Dieser hat hierfür **Arbeitsleistung erbracht**.¹⁵⁷⁷

Es besteht ein **Verbot nachteiliger Abweichung**. Vereinbarungen über Insolvenzschutz, die von den Vorgaben des § 8a ATG zum Nachteil des Arbeitnehmers abweichen, sind unwirksam (§ 8a Abs. 5 ATG).

Sollten demgemäß geeignete **Sicherungsmittel nicht eingesetzt** werden, dann stellt sich die Frage, ob bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen die persönliche Haftung der Organe (Geschäftsführer) persönlich begründet wird, ob nämlich gegen ein **Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB** verstoßen wurde. Das **BAG** hat dies – für eine Verpflichtung zur Alterssicherung noch auf der Grundlage des **§ 7d Abs. 1 SGB IV** - **verneint**, für die Sicherungspflicht nach **§ 8a ATG zunächst** allerdings ausdrücklich **offengelassen, inzwischen aber ebenfalls verneint**.¹⁵⁷⁸

¹⁵⁷⁷ BAG v. 18.7.2013 - 6 AZR 47/12, ZIP 2013, 2025; dazu EWIR 2013, 733 (Mückl); NJW-Spezial 2013, 759.
¹⁵⁷⁸ BAG v. 16.8.2005 – 9 AZR 470/04, ZIP 2006, 344; BAG v. 13.12.2005 – 9 AZR 436/04, GmbHR 2006, 878 = NZA 2006, 725; dazu NJW-Spezial 2006, 325; BAG v. 23.2.2010 – 9 AZR 44/09, ZIP 2010, 1361 = DB 2010, 1538; dazu EWIR 2010, 595 (Mathießen); BAG v. 12.4.2013 – 9 AZR 36/10 AP Nr. 4 zu § 7d SGB IV; BAG v. 12.4.2013 – 9 AZR 229/10, NZA 2011, 422; LAG Rostock v. 11.2.2015 – 3 Sa 103/14, ZIP 2015, 1844, LAG Hessen v. 18.7.2013 – 9 Sa 146/13, AE 2013, 182; so auch schon LAG Hamburg v. 30.3.2004 – 2 Sa 96/03, n.v.; LAG Hamm v. 6.5.2004 – 8 Sa 2220/03, n.v. zu § 7d SGB IV; LAG Düsseldorf v. 10.12.2004 - 9 (6) Sa 96/04, GmbHR 2005, 932; bejahend für § 8a ATG Smid/Lindenberg, DZWIR 2006, 133, 139.

§ 7d Abs. 1 SGB IV verpflichtet die Vertragsparteien des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses dazu, im Rahmen ihrer Vereinbarungen Vorkehrungen zu treffen, die der Erfüllung des Wertguthabens des Arbeitnehmers einschließlich des darauf entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers dienen. Damit zielt diese Norm zwar auf die **Absicherung von Wertguthaben** im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers und hat damit den Zweck, den einzelnen Arbeitnehmer vor dem Verlust seines Wertguthabens wegen Insolvenz seines Arbeitgebers zu schützen. Als **Schutzgesetze** kommen nach Auffassung des BAG allerdings nur solche gesetzlichen Gebote oder Verbote in Betracht, durch die das geschützte Interesse, die Art seiner Verletzung und der Kreis der geschützten Personen hinreichend klargestellt und bestimmt sind.¹⁵⁷⁹ Nur im Verhältnis zum Arbeitgeberunternehmen liege ein Schutzgesetz vor.

Eine Rechtsnorm kann nach der Auffassung des BAG nur dann ein Schutzgesetz sein, wenn sie - sei es auch neben dem Schutz der Gesamtheit - gerade dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines Rechtsgutes oder eines bestimmten Rechtsinteresses zu schützen. Nur so könne die Entscheidung des Gesetzgebers verwirklicht werden, dass es grundsätzlich **keine allgemeine Haftung für Vermögensschäden** geben soll.¹⁵⁸⁰ Dafür reiche zwar es aus, dass die Gewährung von Individualschutz wenigstens eines der vom Gesetzgeber mit der Norm verfolgten Anliegen ist, selbst wenn auf die Allgemeinheit gerichtete Schutzzwecke ganz im Vordergrund stehen.¹⁵⁸¹ Gegen die Annahme eines Schutzgesetzes spricht nach Auffassung des BAG, dass der **Geschützte** durch das Gesetz **selbst verpflichtet** wird, an der Gewährleistung seines Schutzes mitzuwirken. Die **Pflicht zur Absicherung der Wertguthaben** wird durch § 7d Abs. 1 SGB IV **beiden Vertragsparteien auferlegt**. Dies folge aus dem Wortlaut der Norm und dem erklärten Willen des Gesetzgebers (Begründung der Bundesregierung zu § 7a Abs. 1 SGB IV)¹⁵⁸² in der Fassung des Gesetzes zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen vom 6. April 1998¹⁵⁸³, der dem ab 1. Januar 1999 gültigen § 7d Abs. 1 SGB IV entspricht: "*In der derzeitigen Anlaufphase ist es zunächst eine Aufgabe der Vertragsparteien, entsprechend diesen Erfordernissen sachgerechte Modelle zur Sicherung der Wertguthaben zu entwickeln. Auch bei der betrieblichen Altersversorgung stand der durch den Gesetzgeber ausgeformte Insolvenzschutz nicht am Anfang, sondern am Ende einer jahrzehntelangen Entwicklung.*"

¹⁵⁷⁹ BGH v. 27.11.1963 - V ZR 201/61, BGHZ 40, 306.

¹⁵⁸⁰ BGH v. 8.6.1976 - VI ZR 50/75, BGHZ 66, 388; BAG v. 6.11.2002 - 5 AZR 487/01, AP GG Art. 3 Nr. 300.

¹⁵⁸¹ BAG v. 25.4.2001 - 5 AZR 368/99, BAGE 97, 350.

¹⁵⁸² BT-Drucks. 13/ 9818 S. 11.

¹⁵⁸³ BGBl. I 1998, S. 688.

Ein **Schadensersatzanspruch** ergibt sich nach Auffassung des BAG auch **nicht aus § 823 Abs. 1 BGB**. Die unterbliebene Absicherung des Wertguthabens gegen Insolvenz durch die Geschäftsführer zum Zeitpunkt des Abschlusses des Altersteilzeitarbeitsvertrages, könne keine unerlaubte Handlung i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB darstellen. Diese Norm diene nur dem Schutz bestimmter Rechte oder Rechtsgüter, wie Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder sonstiger Rechte. Ein **Wertguthaben**, das ein Arbeitnehmer in Altersteilzeit erwirbt, sei **kein sonstiges Recht iSd. § 823 Abs. 1 BGB**. "Sonstige Rechte" sind im Hinblick auf die Nennung hinter "Eigentum" nur diejenigen Rechte, die denselben rechtlichen Charakter wie das Eigentumsrecht besitzen und die ebenso wie Leben, Gesundheit und Freiheit von Jedermann zu beachten sind, also nur die sog. absoluten oder ausschließlichen Rechte. Ein absolutes Recht iSd. § 823 Abs. 1 BGB wird dadurch gekennzeichnet, dass es nicht nur relativ in Bezug auf einzelne andere, sondern im Verhältnis zu allen anderen Personen existiert und von diesen zu beachten ist.¹⁵⁸⁴ Gerade daran fehle es bei einem Wertguthaben. Dieses begründe lediglich den schuldrechtlichen Anspruch des Arbeitnehmers in Altersteilzeit gegen seinen Arbeitgeber, ihm während der Freistellungsphase das während der Arbeitsphase erarbeitete Arbeitsentgelt auszuzahlen.

Ein **Betrug (§ 263 StGB)**, der in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB eine Schadensersatzpflicht begründen würde, liege regelmäßig auch nicht vor. Die Erfüllung des Betrugstatbestandes würde voraussetzen, dass der Geschäftsführer beim Arbeitnehmer durch die Vorspiegelung falscher oder durch die Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen **Irrtum erregt oder unterhalten** hätte, der diesen **zum Abschluss des Altersteilzeitarbeitsvertrages veranlasst** hätte. Dass der Geschäftsführer bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Altersteilzeitarbeitsvertrages die Absicht habe, dem Arbeitnehmer keine Insolvenzversicherung des von ihm während seiner Arbeitsphase erworbenen Wertguthabens zu verschaffen, sei regelmäßig nicht ersichtlich. Der Arbeitnehmer müsse ggf. dazu vortragen, dass er nur im Vertrauen auf eine Insolvenzversicherung seines Wertguthabens sein Altersteilzeitarbeitsverhältnis aufrechterhalten habe und er dies bei Kenntnis der unterbliebenen Versicherung beendet oder sonstige rechtliche Schritte eingeleitet hätte und dass ihm dann der eingetretene Schaden nicht entstanden wäre.

Auch die **Durchgriffshaftung nach § 7e Abs. 7 Satz 2 SGB IV** gegen die Organe einer juristischen Person findet nach der Auffassung des LAG Mecklenburg-Vorpommern auf die

¹⁵⁸⁴ BAG v. 4.6.1998 - 8 AZR 786/96, BAGE 89, 80.

gesetzliche Regelung zur Insolvenzversicherung von Wertguthaben aus Altersteilzeitverträgen nach § 8a AltTZG keine Anwendung.¹⁵⁸⁵

Spiegelt der Geschäftsführer einer GmbH-Arbeitgeberin allerdings **vor**, die tariflich vorgeschriebene **Insolvenzversicherung** eines Wertguthabens aus einem Altersteilzeitarbeitsverhältnis sei erfolgt, kann dies seine Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 263 StGB begründen. Er kann einen Betrug iSd. § 263 Abs. 1 StGB durch **Täuschung des Betriebsrats** zu Lasten eines Arbeitnehmers begangen haben, wenn der Betriebsrat auf Grund einer Betriebsvereinbarung berechtigt war, den Nachweis der Insolvenzversicherung zu verlangen. Der Geschäftsführer haftet dann gem. § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 263 Abs. 1 StGB persönlich für den Schaden, der dem Arbeitnehmer durch die (teilweise) Nichterfüllung seines erarbeiteten und nicht gesicherten Wertguthabens in der Insolvenz entsteht. Der Eintritt eines derartigen Schadens ist regelmäßig zu erwarten; denn das **vor Insolvenzeröffnung erarbeitete Wertguthaben** wird nach § 108 Abs. 2 InsO nur anteilig als **Insolvenzforderung** berichtigt.¹⁵⁸⁶

Eine **Organhaftung** wegen unterlassener Insolvenzversicherung sieht nun **§ 7e Abs. 7 SGB IV** in der ab 01.09.2009 geltenden Fassung vor. Die Vorschrift lautet:

„(7) Kommt es wegen eines nicht geeigneten oder nicht ausreichenden Insolvenzschutzes zu einer Verringerung oder einem Verlust des Wertguthabens, haftet der Arbeitgeber für den entstandenen Schaden. Ist der Arbeitgeber eine juristische Person oder eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit haften auch die organschaftlichen Vertreter gesamtschuldnerisch für den Schaden. Der Arbeitgeber oder ein organschaftlicher Vertreter haften nicht, wenn sie den Schaden nicht zu vertreten haben.“

Nach dem in § 8a Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 AltTZG klar zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers findet nach der Meinung des BAG die in § 7e Abs. 7 Satz 2 SGB IV angeordnete Haftung der Organe der Arbeitgeberin auf Wertguthaben aus Altersteilzeit im Blockmodell keine Anwendung. Der Senat hält die Voraussetzungen für eine Aussetzung des Verfahrens und Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG für nicht gegeben. Der Gesetzgeber habe mit dem Anwendungsausschluss in § 8a Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 AltTZG nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. Ein Schadensersatzanspruch der Altersteilzeitarbeitnehmer gegen die Organe der Arbeitgeberin kommt weder unter dem Gesichtspunkt des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte noch nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation in Betracht. § 8a Abs. 1 Satz 1 AltTZG stellt im

¹⁵⁸⁵ LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 11.2.2015 - 3 Sa 107/14, NZI 2015, 776 und LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 11.2.2015 - 3 Sa 151/14, NZI 2015, 902; dazu EWiR 2015, 715 (Kock).

¹⁵⁸⁶ BAG v. 13.2.2007 – 9 AZR 207/06, NZA 2007, 878 = GmbHR 2007, 603 m. Anm. Kothe-Heggemann = ZIP 2007, 1334; dazu EWiR 2007, 555 (J. Schmidt).

Verhältnis zwischen Organ und Altersteilzeitarbeitnehmer kein Schutzgesetz iSd. § 823 Abs. 2 BGB dar.¹⁵⁸⁷

2. Rang der Ansprüche aus dem Altersteilzeitverhältnis in der Insolvenz

Ansprüche auf Altersteilzeitvergütung in der Freistellungsphase nach Insolvenzeröffnung stellen nach Auffassung der **4. und der 12. Kammer des LAG Düsseldorf Neumasseverbindlichkeit** dar.¹⁵⁸⁸ Der Arbeitnehmer erwerbe durch seine Tätigkeit in der Blockphase keinen Entgeltanspruch, sondern einen Anspruch auf bezahlte Freistellung in der Freistellungsphase. Dieser entstehe auch erst in der Freistellungsphase und wandle sich in einen Abgeltungsanspruch bei vertragswidriger Nichtgewährung (durch den Insolvenzverwalter).

Ansprüche des Arbeitnehmers aus einem **vor Insolvenzeröffnung abgeschlossenen Altersteilzeitvertrag** stellen nach dieser Auffassung unabhängig davon, ob sich der Arbeitnehmer noch in der Arbeitsphase oder schon in der Freistellungsphase befindet, Masseverbindlichkeiten i.S.d. § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO dar. Arbeitsentgelt im Sinne des Altersteilzeitvertrages ist auch das um die Aufstockungsbeträge erhöhte Arbeitsentgelt.

Zum **insolvenzrechtlichen Rang von Vergütungsansprüchen in der Altersteilzeit** hat das **BAG**¹⁵⁸⁹ inzwischen anders entschieden:

- Die während der **Freistellungsphase** zu leistenden Zahlungen sind eine in der Fälligkeit hinausgeschobene Vergütung für die während der Arbeitsphase geleistete, über die hälftige Arbeitszeit hinausgehende Tätigkeit. Das hat in der Insolvenz zur Folge, dass Forderungen, die auf Zeiträume vor der Eröffnung entfallen, lediglich Insolvenz- und keine Masseforderungen sind (§ 108 Abs. 2, § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO).
- Wird das **Insolvenzverfahren während der Freistellungsphase eröffnet**, sind die nach der Eröffnung zu leistenden Zahlungen Insolvenzforderungen.
- Wird es während der Arbeitsphase eröffnet, ist die nach der Eröffnung verdiente Vergütung Masseforderung. Sie ist dann in der Freistellungsphase „spiegelbildlich“ zu dem Zeitraum der Arbeitsphase auszuführen, in dem sie verdient wurde.
- Hinsichtlich dieser Masseforderungen ist auch ein **Betriebserwerber**, auf den das Altersteilzeitarbeitsverhältnis übergegangen ist, zur Zahlung verpflichtet. Für Insolvenzforderungen haftet er dagegen nicht.

¹⁵⁸⁷ BAG v. 23.2.2016 – 9 AZR 293/15, NJW 2016, 2204 = ZIP 2016, 885.

¹⁵⁸⁸ LAG Düsseldorf v. 17.9.2003 - 4 (8) Sa 686/03, ZInsO 2004, 112 = ZIP 2004, 817; vorausgehend LAG Düsseldorf v. 22.10.2003 – 12 Sa 1202/03, ZIP 2004, 272 m. Anm. Vogel/Neufeld, ZIP 2004, 1938.

¹⁵⁸⁹ BAG v. 19.10.2004 – 9 AZR 645/03, AuR 2004, 463; vorausgehend LAG Düsseldorf v. 22.10.2003 – 12 Sa 1202/03, ZIP 2004, 272 m. Anm. Vogel/Neufeld, ZIP 2004, 1938 und BAG v. 19.10.2004 – 9 AZR 647/03, ZIP 2005, 457; vorausgehend LAG Düsseldorf v. 22.10.2003 - 12 (15) Sa 1205/03, ZInsO 2004, 823; ebenso schon LAG Düsseldorf v. 16.10.2003 - 5 Sa 1122/03, BB 2004, 1747.

Für die zeitliche Zuordnung von Arbeitsentgeltforderungen im Rahmen eines Insolvenzverfahrens ist nicht maßgeblich, wann die Vergütung gezahlt werden muss, sondern für welchen Zeitraum sie gezahlt wird (**Erarbeitungsprinzip**). Veräußert der Insolvenzverwalter den Betrieb während der Arbeitsphase des Altersteilzeitverhältnisses, kann sich folglich der Betriebserwerber nicht auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts¹⁵⁹⁰ zur Haftungseinschränkung beim Betriebsübergang in der Insolvenz berufen.¹⁵⁹¹ Auch die neunte Kammer des LAG Düsseldorf¹⁵⁹² hat inzwischen bestätigt, dass zu den nach § 613a BGB auf den Erwerber übergehenden Pflichten die Verpflichtung auf Ausgleich von Wertguthaben eines Arbeitnehmers aus der Blockphase im Rahmen der Altersteilzeit gehört.

Das **BAG** hat diese Rechtsprechung inzwischen fortgesetzt und den Insolvenzrang bestimmt¹⁵⁹³:

Bei einer Insolvenz des Arbeitgebers während einer Altersteilzeitbeschäftigung im „Blockmodell“ hängt der Rang der Gehaltsforderungen des Arbeitnehmers davon ab, ob er sich im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in der Arbeits- oder in der Freistellungsphase der Altersteilzeit befindet.

- Befindet er sich noch in der Arbeitsphase, so sind die **nach Insolvenzeröffnung erarbeiten Gehaltsansprüche** vorweg zu befriedigende **Masseverbindlichkeiten**.
- Gehaltsansprüche von Altersteilzeit-Beschäftigten **in der Freistellungsphase** stellen hingegen **einfache Insolvenzforderungen** dar.¹⁵⁹⁴

Das BAG führt aus:¹⁵⁹⁵

„1. Ansprüche aus einem Altersteilzeitvertrag nach dem Blockmodell, die für die in der Insolvenz des Arbeitgebers liegende Arbeitsphase geschuldet werden, sind Masseverbindlichkeiten.

2. Sie sind Neumasseverbindlichkeiten, soweit sie für die Zeit nach dem ersten Termin geschuldet werden, zu dem der Verwalter nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit kündigen konnte.

3. Zur Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den vorläufigen Insolvenzverwalter.

¹⁵⁹⁰ BAG v. 17.1.1980 – 3 AZR 160/79, DB 1980, 308; BAG v. 4.7.1989 – 3 AZR 756/87, DB 1989, 2541 = NZA 1990, 188.

¹⁵⁹¹ ArbG Düsseldorf v. 24.7.2003 – 11 Ca 2525/03, ZInsO 2004, 406 = ZIP 2004, 133.

¹⁵⁹² LAG Düsseldorf v. 17.9.2004 – 9 (8) Sa 110/04, ZIP 2004, 2112; dazu EWiR 2005, 163 (Balle); Az. d. BAG: 9 AZR 470/04.

¹⁵⁹³ BAG v. 23.2.2005 - 10 AZR 600 - 603/03, AiB 2005, 103, m. Anm. Oberhofer/Wroblewski, ZInsO 2005, 695.

¹⁵⁹⁴ BAG 23.2.2005 - 10 AZR 662/03, DZWIR 2005, 428 m. Anm. Hollich.

¹⁵⁹⁵ BAG 23.2.2005 - 10 AZR 602/03, AP InsO § 55 Nr. 9 = DZWIR 2005, 376 m. Anm. Hollich.

4. *Der Verzugszinssatz für Ansprüche aus einem Altersteilzeitverhältnis beträgt fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.“*

Das BAG hat auch zur rechtlichen Qualifizierung von Entgeltansprüchen aus der **Rückabwicklung eines Altersteilzeitvertrages in der Insolvenz** ausgeführt, dass Ansprüche aus einem Arbeits- bzw. Altersteilzeitverhältnis gem. § 108 Abs. 2 InsO Insolvenzforderungen werden, wenn es sich um solche “für” die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens handelt. Die Abgrenzung erfolgt danach, wann die Arbeitsleistung, die den Ansprüchen zugrunde liegt, erbracht wurde. Dagegen kommt es nicht darauf an, wann der Arbeitnehmer die Zahlungen verlangen kann.¹⁵⁹⁶

Das LAG Hannover hat zum **Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers gegen den starken Insolvenzverwalter nach Rückabwicklung eines Altersteilzeitverhältnisses** inzwischen entschieden:¹⁵⁹⁷

Der Lohnspruch des Arbeitnehmers ist durch die **Stellung des Antrags auf Gewährung von Insolvenzgeld** auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangen. Da Insolvenzgeld jedoch nur in Höhe der abgesenkten Altersteilzeitvergütung bewilligt wurde, ist der **darüber hinausgehende Arbeitsentgeltanspruch** mit der Bestandskraft des Insolvenzgeldbescheids an den Arbeitnehmer zurückgefallen. Bei den zurückgefallenen Lohnansprüchen handelt es sich um **sonstige Masseverbindlichkeiten i.S.v. § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO**, da der Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung als Gegenleistung aus einem Dauerschuldverhältnis in Anspruch genommen hat. Der Gesetzgeber hat im Anschluss an die Entscheidung des BAG vom 3.4.2001¹⁵⁹⁸ § 55 InsO mit Wirkung vom 1.12.2001 abgeändert und in Absatz 3 geregelt, dass nach § 55 Abs. 2 InsO begründete Ansprüche auf Arbeitsentgelt, die auf die Bundesagentur für Arbeit übergehen, von dieser nur als Insolvenzgläubigerin geltend gemacht werden können. Nach dem Wortlaut erstreckt sich die Ausnahme von § 55 Abs. 2 InsO ausdrücklich lediglich auf die Ansprüche der Bundesagentur für Arbeit, nicht jedoch auch auf die Ansprüche der Arbeitnehmer, soweit diese nicht oder nicht mehr von dem Anspruchsübergang betroffen sind. An diese Wertung des Gesetzgebers sieht sich die erkennende Kammer gebunden. Eine weiter gehende Einschränkung des § 55 Abs. 2 InsO ist nicht nach dem **Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung** gerechtfertigt. Zwar werden die Vergütungsansprüche der Klägerin durch die gesetzliche Regelung hinsichtlich ihrer Wertigkeit unterschiedlich

¹⁵⁹⁶ BAG v. 23.2.2005 – 10 Sa 672/03, DZWIR 2005, 428 = NZI 2006, 45; BAG v. 24.9.2003 - 10 AZR 640/02, AP InsO § 47 Nr. 1 = EzA InsO § 47 Nr. 1; BAG v. 18.11.2003 - 9 AZR 95/03, AP InsO § 113 Nr. 17 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 19; BAG v. 19.10.2004 - 9 AZR 645/03, NZA 2005, 527 und BAG v. 19.10.2004 - 9 AZR 647/03, BAGE 112, 214.

¹⁵⁹⁷ LAG Hannover v. 8.9.2016 – 7 Sa 807/15, AE 2017, 13 = ZIP 2016, 1987; dazu EWIR 2017, 119 (Blank/Blank).

¹⁵⁹⁸ BAG v. 3.4.2001 - 9 AZR 301/00, ZIP 2001, 1964.

behandelt, soweit die Bundesagentur für Arbeit die übergegangenen Ansprüche nur als Insolvenzgläubigerin geltend machen kann, während die für den gleichen Monat erwachsenen Ansprüche der Klägerin als Masseforderung zustehen. Bei einer anderen Wertung würde der Arbeitnehmer gegenüber anderen Gläubigern benachteiligt, soweit der starke vorläufige Insolvenzverwalter Verbindlichkeiten eingegangen ist oder aus einem anderen Dauerschuldverhältnis fortgeführt hat. Dies lässt sich mit dem Regel-Ausnahme-Verhältnis Absätze 2 und 3 nicht rechtfertigen, wonach lediglich die Bundesagentur für Arbeit das Vorrecht des § 55 Abs. 2 InsO verliert.

Zum Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers gegen den **starken Insolvenzverwalter** nach **Rückabwicklung eines Altersteilzeitverhältnisses** als Masseverbindlichkeit hat das LAG Hannover entschieden:

Der Lohnanspruch der Klägerin ist durch die Stellung des Antrags auf Gewährung von Insolvenzgeld auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangen. Da Insolvenzgeld jedoch nur in Höhe der abgesenkten Altersteilzeitvergütung bewilligt wurde, ist der darüber hinausgehende Arbeitsentgeltanspruch mit der Bestandskraft des Insolvenzgeldbescheids an die Klägerin zurückgefallen. Bei den zurückgefallenen Lohnansprüchen der Klägerin handelt es sich um sonstige Masseverbindlichkeiten i.S.v. § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO, da der Beklagte die **Arbeitsleistung** der Klägerin als Gegenleistung aus einem Dauerschuldverhältnis **in Anspruch genommen** hat.¹⁵⁹⁹

3. Kündigung in der Freistellungsphase

Befindet sich ein Arbeitnehmer in der **Freistellungsphase** der Block-Altersteilzeit, so kann ihm selbst bei einer Stilllegung des Betriebs **nicht mehr betriebsbedingt** nach § 1 Abs. 2 KSchG **gekündigt** werden. Die Besonderheiten des Insolvenzverfahrens rechtfertigen keine abweichende Beurteilung. § 113 InsO ermöglicht zwar eine Kündigung durch den Insolvenzverwalter mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten, wenn eine Kündigung sonst mit dieser Frist nicht möglich oder ganz ausgeschlossen wäre. Auch diese Kündigung setzt aber ein dringendes betriebliches Erfordernis voraus, das einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegensteht. Allein das Fehlen hinreichender finanzieller Mittel stellt keinen ausreichenden Kündigungsgrund dar.¹⁶⁰⁰

Eine **fristlose Kündigung wegen früherer Vorfälle**, die erst in der Freistellungsphase der Altersteilzeit bekannt werden und das **Vertrauensverhältnis zerstören**, kann gerechtfertigt sein. Ein **rückdatierter Altersteilzeitvertrag**, dessen Rückdatierung der

¹⁵⁹⁹ LAG Hannover v. 8.9.2016 – 7 Sa 807/15, ZIP 2016, 1987; dazu EWiR 2017, 119 (Blank/Blank).

¹⁶⁰⁰ BAG v. 5.12.2002 – 2 AZR 571/01, AP Nr. 125 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung (Stück) = ArbRB 2003, 196 (Berscheid) = DZWIR 2003, 285 (Flitsch) = NZA 2003, 789 = NZI 2004, 105 = ZInsO 2003, 480 = ZIP 2003, 1169, dazu EWiR 2004, 119 (Herbst).

Gesellschafterversammlung einer GmbH nicht offengelegt worden ist, rechtfertigt keine fristlose Kündigung in der Freistellungsphase. Nach Auffassung des LAG Niedersachsen ist eine fristlose Kündigung grundsätzlich auch in der Freistellungsphase der Altersteilzeit möglich. Stets ist jedoch eine Interessenabwägung erforderlich.¹⁶⁰¹

4. Kündigung in der Arbeitsphase

Befindet sich ein Arbeitnehmer dagegen in der **Arbeitsphase** der Block-Altersteilzeit, so kann ihm bei einer Stilllegung des Betriebs **betriebsbedingt** nach § 1 Abs. 2 KSchG unter den allgemeinen Voraussetzungen **gekündigt** werden.¹⁶⁰²

5. Urlaubsabgeltung

Bei der Altersteilzeitarbeit im Blockmodell bewirkt der **Übergang von der Arbeits- in die Freistellungsphase keine Beendigung** des Arbeitsverhältnisses iSd. § 7 Abs. 4 BUrlG und löst damit regelmäßig **keine Urlaubsabgeltungsansprüche** aus. Zu diesem Zeitpunkt offene Urlaubsansprüche sind daher nur dann abzugelten, wenn sie zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch nicht verfallen sind und die in der Person des Arbeitnehmers liegenden Voraussetzungen für die Urlaubsgewährung erfüllt sind. § 51 Abs. 1 BAT und der Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeitarbeit vom 5. Mai 1998 enthalten keine davon abweichenden Regelungen.¹⁶⁰³ Da Altersteilzeitbeschäftigte in der Freistellungsphase somit i.d.R. keinen Anspruch auf Urlaubsabgeltung haben, sollten Altersteilzeiter im „Blockmodell“ ihren Urlaub daher möglichst bis zum Ende der Arbeitsphase nehmen. Anderenfalls verfällt der Urlaubsanspruch – sofern nicht die neue Rechtsprechung des EuGH zur Unverfallbarkeit eines durch Krankheit nicht in Anspruchnehmbaren Urlaubs gilt - ersatzlos.

E. Betriebliche Altersversorgung in der Insolvenz

I. Schutz der betrieblichen Altersversorgung von Arbeitnehmern

Die Ansprüche des Arbeitnehmers aus der betrieblichen Altersversorgung sind am stärksten in der Insolvenz des Arbeitgebers gefährdet. Dem begegnet das Gesetz mit einem **gesonderten Sicherungssystem**, welches im Folgenden nur in seinen wesentlichen Zügen skizziert werden kann. Die nationalen Gesetzgeber sind zwar durch Art. 8 der Richtlinie 80/987/EWG des Rates vom 20.10.1980 aufgefordert, die Ansprüche der Arbeitnehmer bei Zahlungsfähigkeit zu schützen, es ergibt sich daraus aber **keine Pflicht der EU-**

¹⁶⁰¹ LAG Niedersachsen v. 6.8.2014 – 17 Sa 893/13, GmbHR 2014, R 282.

¹⁶⁰² BAG v. 16.6.2005 – 6 AZR 476/04, ZIP 2005, 1842.

¹⁶⁰³ BAG v. 15.3.2005 – 9 AZR 143/04, ArbRB 2005, 260 = DZWIR 2005, 505 = NZI 2006, 45.

Mitgliedstaaten die **vollständige Absicherung der betrieblichen Altersversorgung** bei Insolvenz des Arbeitgebers selbst sicherzustellen.¹⁶⁰⁴

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG liegt betriebliche Altersversorgung vor, wenn **dem Arbeitnehmer aus Anlass seines Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung zugesagt** sind. Die Zusage muss einem **Versorgungszweck** dienen und die Leistungspflicht muss nach dem Inhalt der Zusage durch ein im Gesetz genanntes biologisches Ereignis, nämlich Alter, Invalidität oder Tod ausgelöst werden. Erforderlich und ausreichend ist, dass durch die vorgesehene Leistung ein im Betriebsrentengesetz genanntes biometrisches Risiko teilweise übernommen wird. Die Altersversorgung deckt einen Teil der „Langlebigerisiken“, die Hinterbliebenenversorgung einen Teil der Todesfallrisiken und die Invaliditätssicherung einen Teil der Invaliditätsrisiken ab. Die Risikoübernahme muss in einer Versorgung bestehen. Dabei ist der **Begriff der Versorgung weit auszulegen**. Versorgung sind alle Leistungen, die den Lebensstandard des Arbeitnehmers oder seiner Hinterbliebenen im Versorgungsfall verbessern sollen. Außer Zusagen auf rentenförmige Leistungen können auch einmalige Kapitalzuwendungen die Merkmale der betrieblichen Altersversorgung erfüllen. Es genügt, dass der Versorgungszweck die Leistung und deren Regelung prägt.¹⁶⁰⁵

Art. 8 RL 2008/94/EG verpflichtet die Mitgliedstaaten, **mindestens die Hälfte des Wertes der Anwartschaften** der Betriebsrentner im Fall der Zahlungsunfähigkeit **abzusichern**. Kommt ein Mitgliedstaat dieser Verpflichtung nicht nach, steht einem von einem Zahlungsausfall betroffenen Betriebsrentner ein **Schadensersatzanspruch gegen diesen Mitgliedstaat** zu. Art. 8 der Richtlinie 2008/94 ist dahin auszulegen,

- dass für die Feststellung, ob ein Mitgliedstaat die in diesem Artikel vorgesehene Verpflichtung erfüllt hat, die gesetzlichen Rentenleistungen nicht berücksichtigt werden dürfen,
- dass es für seine Anwendung ausreicht, dass die betriebliche Zusatzversorgungseinrichtung seit dem Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers mit unzureichenden finanziellen Mitteln ausgestattet ist und dass der Arbeitgeber wegen seiner Zahlungsunfähigkeit nicht über die notwendigen Mittel verfügt, um ausreichende Kapitalbeiträge an diese Versorgungseinrichtung mit dem Ziel zu entrichten, die den Mitgliedern geschuldeten Leistungen vollständig zu erfüllen. Es ist nicht erforderlich, dass die Mitglieder das

¹⁶⁰⁴ EuGH v. 25.1.2007 - Rs C-278/05, DZWIR 2007, 367 = ZIP 2007, 296.

¹⁶⁰⁵ BAG v. 20.9. 2016 – 3 AZR 411/15, BAGE 156, 196.

Vorliegen anderer Faktoren darlegen, auf denen der Verlust ihrer Ansprüche auf Leistungen bei Alter beruht.¹⁶⁰⁶

Nach dem Einigungsvertrag gilt das Betriebsrentengesetz auch **in den neuen Bundesländern**, wenn die **Versorgungszusage nach dem 31. Dezember 1991** erteilt wurde. Das kann auch durch **Bestätigung einer früher erteilten Zusage** geschehen.¹⁶⁰⁷ Ist das Betriebsrentengesetz anwendbar, gelten auch die Regeln zum Insolvenzschutz. Danach hat der Pensionssicherungsverein (PSV) für gesetzlich unverfallbare Betriebsrentenanwartschaften einzustehen. Bei der Prüfung, ob die notwendige Betriebszugehörigkeit für die Unverfallbarkeit vorliegt, sind Zeiten der **Tätigkeit als Mitglied einer „Produktionsgenossenschaft Handwerk“ (PGH) mitzurechnen**. Eine solche „Tätigkeit für ein Unternehmen“ steht einem Arbeitsverhältnis gleich. Voraussetzung für den Insolvenzschutz ist weiter, dass die Zusage „aus Anlass“ eines Arbeitsverhältnisses und nicht wegen einer Gesellschafterstellung erteilt wird. Das ist bei Zusagen einer in eine GmbH umgewandelten ehemaligen PGH, die diese den für sie als Arbeitnehmer tätigen GmbH-Gesellschaftern und ehemaligen PGH-Mitgliedern gegeben hat, dann der Fall, wenn die **Zusage** nicht entscheidend aufgrund der Gesellschafterstellung, sondern **aufgrund der Tätigkeit im Arbeitsverhältnis erteilt** wurde. Eine Eintrittspflicht durch den PSV scheidet jedoch nach allgemeinen Regeln dann aus, wenn die Parteien des Versorgungsverhältnisses mit dem alleinigen oder überwiegenden Zweck gehandelt haben, ihn in Anspruch zu nehmen.

Nach § 7 Abs. 2 des BetrAVG wird die Höhe der Betriebsrentenanwartschaft, für die der Pensionssicherungsverein bei Insolvenz des Arbeitgebers einzustehen hat, nach § 2 Abs. 1 BetrAVG bestimmt. Es kommt deshalb die gleiche Regelung zur Anwendung, die gilt, wenn festzustellen ist, wie hoch die gesetzlich **unverfallbare Anwartschaft eines vor Eintritt des Versorgungsfalles aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedenen Arbeitnehmers** ist. Insolvenzgeschützt ist daher der Anspruch, der dem Verhältnis der tatsächlichen Betriebszugehörigkeit bis zum Eintritt des Sicherungsfalles zur möglichen Betriebszugehörigkeit bis zur üblichen, „festen“ Altersgrenze entspricht (**zeitratierliche Berechnung**). Das kann dazu führen, dass Arbeitnehmer, die in jüngerem Alter ein Arbeitsverhältnis begonnen haben, bei gleicher Betriebszugehörigkeit eine geringere geschützte Versorgungsanwartschaft haben als solche, die es mit höherem Alter begonnen haben. Dieser Effekt kann z. B. eintreten, wenn die Versorgungsordnung eine dienstzeitabhängige Berechnung der Betriebsrente mit einer Höchstbegrenzung vorsieht. Die Klage eines Arbeitnehmers, der vom Pensionssicherungsverein den Eintritt für eine höhere

¹⁶⁰⁶ EuGH v. 25.4.2013 - Rs-C-398/11, ZIP 2013, 1787; dazu EWIR 2013, 359(Forst).

¹⁶⁰⁷ BAG v. 19.1.2010 – 3 AZR 660/09, ZIP 2010, 1663; dazu EWIR 2010, 517 (A. Klasen).

als die zeiträtierlich berechnete Anwartschaft verlangt hat, war vor dem Bundesarbeitsgericht ebenso wenig erfolgreich wie in den Vorinstanzen.¹⁶⁰⁸

Das **BVerfG** hat diese Rechtsprechung bestätigt.¹⁶⁰⁹ Es bestehen keine vernünftigen Zweifel daran, dass die vom Bundesarbeitsgericht vertretbar angenommene **mittelbare Altersdiskriminierung durch eine zeiträtierliche Berechnung** nach § 7 Abs. 2 Sätze 3, 4 BetrAVG in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG mit den europarechtlichen Vorgaben aus Art. 2 Abs. 2 Buchstabe b lit. i RL 2000/78/EG vereinbar ist. Die angegriffenen Regelungen dienen dem Schutz von Betriebsrentenanwartschaften vor einem Zahlungsausfall, also einem rechtmäßigen sozialpolitischen Ziel. Das Mittel einer **zeiträtierlichen Berechnung** zur Ermittlung des Wertes einer Anwartschaft ist **sachgerecht**; insofern ist es vertretbar, dies auch als erforderlich und angemessen zur Zielerreichung zu werten. Dafür spricht insbesondere, dass die zeiträtierliche Berechnung die Betriebsrente honoriert, während der Schutz unverfallbarer Anwartschaften vor Zahlungsunfähigkeit dem Entgeltcharakter einer Betriebsrente Rechnung trägt.

Schuldner der Anpassungsverpflichtung nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG ist dasjenige Unternehmen, welches als Arbeitgeber die Versorgungszusage erteilt oder im Wege der Rechtsnachfolge übernommen hat; auf seine wirtschaftliche Lage kommt es an. Ist am Anpassungstichtag die Prognose gerechtfertigt, dass der Versorgungsschuldner aufgrund seiner wirtschaftlichen Lage nicht imstande sein wird, die Anpassung aus den Erträgen und den verfügbaren Wertzuwächsen des Unternehmensvermögens in der Zeit bis zum nächsten Anpassungstichtag aufzubringen, kann er die Betriebsrentenanpassung ablehnen.

Etwas anderes kann gelten, wenn der Versorgungsschuldner in einen **Konzern** eingebunden ist; in diesem Fall kann ihm ausnahmsweise die günstige wirtschaftliche Lage eines anderen konzernangehörigen Unternehmens oder der Konzernobergesellschaft zuzurechnen sein. Bei der **Anpassungsentscheidung** ist dann auf die wirtschaftliche Lage dieses Unternehmens abzustellen (sog. **Berechnungsdurchgriff**). Der Berechnungsdurchgriff führt dazu, dass ein Unternehmen, welches selbst wirtschaftlich nicht zur Anpassung der Betriebsrenten in der Lage ist, gleichwohl eine Anpassung des Ruhegeldes vornehmen muss, wenn die wirtschaftliche Lage des anderen Konzernunternehmens oder der Konzernobergesellschaft dies zulässt. Deshalb setzt der Berechnungsdurchgriff einen Gleichlauf von Zurechnung und Innenhaftung im Sinne einer Einstandspflicht/Haftung des anderen Konzernunternehmens gegenüber dem Versorgungsschuldner voraus. Ein

¹⁶⁰⁸ BAG v. 19.7.2011 – 3 AZR 434/09, ZIP 2012, 44.

¹⁶⁰⁹ BVerfG v. 29.5.2012 – 1 BvR 3201/11, NZA 2013, 164.

Berechnungsdurchgriff, gestützt auf die Rechtsprechung des BGH zur **Haftung im qualifiziert faktischen Konzern nach den §§ 302, 303 AktG analog**, kommt, nachdem der **BGH**¹⁶¹⁰ diese Rechtsprechung **aufgegeben** hat, nicht mehr in Betracht.¹⁶¹¹

1. Träger der Insolvenzversicherung

Träger der Insolvenzversicherung ist gem. § 14 Abs. 1 BetrAVG der Pensionssicherungsverein auf Gegenseitigkeit in Köln¹⁶¹². Er hat gegenüber den berechtigten Arbeitnehmern gemäß § 5 BetrAVG eine Mitteilungspflicht. Die **Mitteilungspflicht nach § 9 Abs. 1 BetrAVG** dient dazu, Ansprüche und Anwartschaften nach Eintritt der Insolvenz des Arbeitgebers möglichst rasch festzustellen. Der Träger der Insolvenzversicherung hat den Versorgungsberechtigten die Ansprüche und Anwartschaften nicht nur **dem Grunde**, sondern auch **der Höhe nach** mitzuteilen. § 9 Abs. 1 BetrAVG begründet einen entsprechenden **Auskunftsanspruch** der Versorgungsberechtigten.¹⁶¹³

2. Sicherungsfälle gem. § 7 BetrAVG

§ 7 BetrAVG sieht 4 Fälle vor, deren Eintritt zu einer gesonderten Sicherung führt. Dies sind:

- Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers
- Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse
- Außergerichtlicher Vergleich des Arbeitgebers mit den Gläubigern zur Abwendung des Insolvenzverfahrens, allerdings nur mit Zustimmung des Trägers der Insolvenzversicherung
- Vollständige Einstellung der Betriebstätigkeit, wenn ein Insolvenzantrag nicht gestellt ist und ein Insolvenzverfahren mangels Masse ausgeschlossen werden kann.

Das Rentenreformgesetz 1999 hat die **früheren Sicherungsfälle des gerichtlichen Vergleichsverfahrens und der wirtschaftlichen Notlage beseitigt**, weil sie in der Praxis kaum vorkamen. Dies hat auch Auswirkungen auf das Recht des Arbeitgebers auf einen einseitigen (Teil-)Widerruf der Versorgungszusage. Einen solches Recht zum Widerruf kann er im Hinblick auf insolvenzgeschützte Rechte des Arbeitnehmers nicht mehr auf eine wirtschaftliche Notlage stützen.

Nach Aufhebung des Sicherungsfalls der wirtschaftlichen Notlage in § 7 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 BetrAVG in der vor dem 1.1.1999 geltenden Fassung ist ein – **auch nur befristeter oder**

¹⁶¹⁰ BGH v. 16.7.2007 - II ZR 3/04 - [TRIHOTEL], BGHZ 173, 246) und BGH v. 28.4.2008 - II ZR 264/06 - [GAMMA], BGHZ 176, 204.

¹⁶¹¹ BAG v. 15.1.2013 – 3 AZR 638/10, ZIP 2013, 1041 = GmbHR 2013, 747 m. Anm. Ulrich.

¹⁶¹² Berlin-Kölnische-Allee 2–4, 50969 Köln, Tel.: 0221-93 65 90, Telefax: 0221-90 65 91 96; Internet: www.psvag.de; dazu Gareis, ZInsO 2007, 23.

¹⁶¹³ BAG v. 28.6.2011 – 3 AZR 385/09, ZIP 2011, 1835 = NZI 2012, 91.

teilweiser – Widerruf einer Betriebsrentenzusage wegen wirtschaftlicher Notlage des Versorgungsschuldners nicht mehr zulässig. Dies gilt auch dann, wenn die Versorgungszusage vor der Gesetzesänderung erteilt wurde.¹⁶¹⁴

Mit Eintritt des Sicherungsfalles wird der Pensionssicherungsverein Schuldner der Versorgungsansprüche (**Schuldnerwechsel**). Zwischen Versorgungsberechtigtem und Pensionssicherungsverein entsteht ein **gesetzliches Schuldverhältnis**.

Die Einstandspflicht des Pensionssicherungsvereins nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG erfasst nur Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung, für die der Arbeitgeber die Zusage erteilt hat. Hieran fehlt es, wenn dem **bei einer Tochtergesellschaft angestellten Arbeitnehmer von der herrschenden Konzernobergesellschaft die Versorgungsleistungen zugesagt** wurden. Nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG gelten die §§ 1 bis 16 BetrAVG entsprechend für Personen, die nicht Arbeitnehmer sind, wenn ihnen Leistungen der Altersversorgung „aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen“ zugesagt worden sind. Das gilt jedoch nur dann, wenn die **Tätigkeit aufgrund von vertraglichen Beziehungen zwischen dem Begünstigten und dem Unternehmen erbracht** wird. Es reicht nicht aus, dass sie diesem wirtschaftlich zugutekommt.¹⁶¹⁵

3. Neuregelungen im Zusammenhang mit der InsO 1999

Die Vorschriften des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung vom 19.12.1974, die auf das bisherige Konkurs- und Vergleichsverfahren abgestellt waren, sind inhaltlich und sprachlich an das neue Insolvenzrecht angepasst worden. Zusätzlich sind einige inhaltliche Änderungen vorgenommen worden. Ziel war es, die in der Insolvenzpraxis aufgetretenen Schwierigkeiten zu beseitigen, und die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung im Rahmen von Insolvenzen generell zu erleichtern. Die Feststellung des genauen Umfangs der Insolvenzversicherung ist aber in der Praxis nach wie vor häufig schwierig.¹⁶¹⁶

¹⁶¹⁴ ArbG Köln v. 20.4.2016 – 20 Ca 1212/16, ZIP 2016, 1500.

¹⁶¹⁵ BAG v. 20.5.2014 – 3 AZR 1094/12, ZIP 2014, 1453; dazu EWiR 2014, 693 (Matthießen); Bestätigung von BAG v. 20.4.2004 - 3 AZR 297/03, ZIP 2004, 2070.

¹⁶¹⁶ Zur Eintrittspflicht des PSV für Mitglieder des „Bochumer Verbandes“ BAG v. 26.1.1999 – 3 AZR 464/97, ZIP 1999, 1018; zur Insolvenzversicherung und deren lohnsteuerliche Behandlung bei tarifvertraglicher Altersteilzeit BMF v. 13.2.1998, BB 1998, 680; zum fehlenden Insolvenzschutz von Überbrückungsgeldern bis zum Erreichen eines Versorgungsfalles BAG v. 3.11.1998 – 3 AZR 454/97, ZIP 1999, 1145, dazu EWiR 1999, 581 (Schumann), von zugesagten „Mindestruhegehältern“ über die gesetzliche Höhe gemäß §§ 7 Abs. 2, 2 Abs.1 BetrAVG hinaus LAG Köln v. 25.11.1998 – 7 (12) Sa 1666/97, dazu EWiR 1999, 393 (Reichold) und von Fortführungszusagen in Aufhebungsverträgen LAG Köln v. 25.8.1998 – 13(4) Sa 393/98, dazu EWiR 1999, 101 (Thüsing), zum Nichteintritt des Insolvenzverwalters in einen zugunsten eines früheren Arbeitnehmers abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag OLG Düsseldorf v. 17.4.1998 – 22 U 197/97, ZIP 1998, 1037, dazu EWiR 1998, 953 (Huntemann); zum Insolvenzschutz bei Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses aus familiären Gründen siehe BAG v. 22.2.2000 - 3 AZR 4/99, AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG Unverfallbarkeit.

Rückständige Ansprüche auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung verlieren mit Inkrafttreten der InsO die bisherigen Vorrechte nach der KO. Sie sind einfache Insolvenzforderungen. Die Insolvenzsicherung durch §§ 7 - 19 BetrAVG bleibt davon unberührt¹⁶¹⁷. Ist zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer allerdings rechtskräftig festgestellt, dass keine Leistungsansprüche aus der betrieblichen Altersversorgung bestehen, gilt dies auch für die Eintrittspflicht des Trägers der Insolvenzsicherung (PSV).¹⁶¹⁸

Zwar hat der PSV die dem Berechtigten zustehenden Versorgungsansprüche oder -anwartschaften **schriftlich mitzuteilen** (§ 9 Abs.1 S. 1 BetrAVG); unterbleibt aber die Mitteilung, so sind nicht nur Ansprüche, sondern auch Anwartschaften spätestens ein Jahr nach dem Sicherungsfall, nicht erst nach dem Eintritt des Versorgungsfalls, anzumelden (§ 9 Abs.1 S. 2 Hs. 1 BetrAVG).¹⁶¹⁹

Die **Mitteilungspflicht nach § 9 Abs. 1 BetrAVG** dient dazu, Ansprüche und Anwartschaften nach Eintritt der Insolvenz des Arbeitgebers möglichst rasch festzustellen. Der Träger der Insolvenzsicherung hat den Versorgungsberechtigten die Ansprüche und Anwartschaften nicht nur **dem Grunde**, sondern auch **der Höhe nach** mitzuteilen. § 9 Abs. 1 BetrAVG begründet einen **Auskunftsanspruch** der Versorgungsberechtigten.¹⁶²⁰

4. Gesicherte Versorgungsansprüche

Gesichert sind die **laufenden Leistungen** an die **Betriebsrentner** und die **Ansprüche** derjenigen **Arbeitnehmer**, bei denen alle Voraussetzungen für den Bezug von Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung gegeben sind.¹⁶²¹ Eine **Anpassung** der laufenden Leistungen gem. § 16 BetrAVG zu Lasten des Trägers der Insolvenzsicherung findet allerdings **nicht** mehr statt.¹⁶²²

Gesichert sind weiterhin die **unverfallbaren Anwartschaften** gem. § 2 BetrAVG. Beruht die Unverfallbarkeit auf einer vertraglichen Vereinbarung, liegen aber die gesetzlichen Voraussetzungen des § 2 BetrAVG nicht vor, sind die entsprechenden Ansprüche nicht gesichert. Der Träger der Insolvenzsicherung ist an solche vertraglichen Abreden **nicht gebunden**.¹⁶²³ Allerdings kann die Unverfallbarkeit auf **vertragliche begründete**

¹⁶¹⁷ Kania, DStR 1996, 832, 836; Langohr-Plato, ZInsO 1998, 368, 369; Wohlleben, DB 1998, 1230; umfassend auch Paulsdorff in: Kölner Schrift zur InsO, S. 1155 ff.

¹⁶¹⁸ BAG v. 23.3.1999 – 3 AZR 625/97, ZIP 1999, 1058, dazu EWiR 1999, 925 (Griebeling); zur verfahrensrechtlichen Stellung des PSV im Insolvenzverfahren Gareis, ZInsO 2007, 23.

¹⁶¹⁹ BAG v. 21.3.2000 - 3 AZR 72/99, ZIP 2000, 935, dazu EWiR 2000, 703 (Matthießen).

¹⁶²⁰ BAG v. 28.6.2011 – 3 AZR 385/09, ZIP 2011, 1835.

¹⁶²¹ BAG v. 26.1.1999 – 3 AZR 464/97, EzA § 7 BetrVG Nr. 59 = DZWIR 1999, 373 = NZA 1999, 711 = ZIP 1999, 1018; dazu EWiR 1999, 769 (Reichold); Tschöpe/Schipp, Teil 2 E Rn 329.

¹⁶²² BAG v 5.10.1993 – 3 AZR 698/92, AP Nr. 28 zu § 16 BetrAVG = EzA § 16 BetrAVG Nr. 25 = BB 1994, 864 = DB 1994, 687, dazu EWiR 1994, 527 (W. Blomeyer); Tschöpe/Schipp, Teil 2 E Rn. 330.

¹⁶²³ BAG v. 22.2.2000 - 3 AZR 4/99, DB 2000, 482 = NZA 2001, 1310; Kemper u.a., § 7 Rn 63.

Anrechnung von Vordienstzeiten beruhen, daran ist auch der Träger der Insolvenzversicherung gebunden.¹⁶²⁴

Versorgungsanwartschaften sind aber **nur in Höhe des gesetzlichen Mindestschutzes** insolvenzgesichert. Von den gesetzlichen Berechnungsgrundsätzen kann zugunsten der Versorgungsberechtigten abgewichen werden. Derartige Vereinbarungen verpflichten zwar den Arbeitgeber, grundsätzlich aber nicht den Pensions-Sicherungs-Verein.¹⁶²⁵ Dies gilt auch für sog. „**Nachdienstzeitenvereinbarungen**“. Hiermit sollten Dienstzeiten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Nachdienstzeiten) berücksichtigt werden. Darin liegt der Verzicht, die Betriebsrente wegen des vorzeitigen Ausscheidens - wie gesetzlich vorgesehen - zeitratierlich, d.h. im Verhältnis der erreichten Betriebszugehörigkeit zu der bis zum 65. Lebensjahr erreichbaren zu kürzen.

Bei einem Betriebsübergang in der Insolvenz **haftet der Erwerber nicht für** die zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung **bereits erdiente endgehaltsbezogene Dynamik**. Der Arbeitnehmer hat die Gegenleistung für die dienstzeitabhängigen Steigerungsraten der Betriebsrente bis zur Insolvenzeröffnung bereits erbracht. Die Differenz, die sich daraus ergibt, dass der Pensionssicherungsverein aufgrund der Veränderungssperre in § 7 Abs. 2 Satz 3 BetrAVG i.V.m. § 2 Abs. 5 BetrAVG den von ihm zu tragenden Teil der Betriebsrente nicht dynamisch auf der Grundlage des nach Insolvenzeröffnung sich entwickelnden Gehalts, sondern auf der Grundlage des zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bezogenen Entgelts berechnet, kann der Arbeitnehmer nach den Verteilungsgrundsätzen der Insolvenz im Insolvenzverfahren geltend machen. Für die Berechnung der Anspruchshöhe ist die künftige Gehaltsentwicklung zu schätzen.¹⁶²⁶

Das Bundesarbeitsgericht hat dem Gerichtshof der Europäischen Union in zwei Verfahren Fragen zur Haftung des Erwerbers beim Erwerb eines Betriebes aus der Insolvenz zur Vorabentscheidung vorgelegt. Konkret geht es um die Auslegung von Art. 3 Abs. 4 und Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/23/EG sowie um die Auslegung und unmittelbare Geltung von Art. 8 der Richtlinie 2008/94/EG. In den beiden anhängigen Verfahren war den klagenden Arbeitnehmern Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zugesagt worden. Nach der **Versorgungsordnung** berechnet sich ihre Betriebsrente nach der **Anzahl der Dienstjahre** und dem – zu einem bestimmten Stichtag vor dem Ausscheiden – erzielten **Gehalt**. Über das Vermögen ihrer Arbeitgeberin wurde am 1. März 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet. Im April 2009 ging der Betrieb aufgrund eines

¹⁶²⁴ BAG v. 22.2.2000 - 3 AZR 4/99, DB 2000, 482 = NZA 2001, 1310.

¹⁶²⁵ BAG v. 30.5.2006 – 3 AZR 205/05, NZA 2007, 288.

¹⁶²⁶ LAG Düsseldorf v. 20.1.2017 – 6 Sa 581/16, ZInsO 2017, 2237.

Betriebsübergangs auf die Betriebserwerberin über. Ein Arbeitnehmer erhält seit August 2015 von der Betriebserwerberin eine Betriebsrente in Höhe von ca. 145,00 Euro und vom Pensions-Sicherungs-Verein (PSV) – dem gesetzlich bestimmten Träger der Insolvenzversicherung – eine Altersrente in Höhe von ca. 817,00 Euro. Bei deren Berechnung legte der PSV – wie im Betriebsrentengesetz vorgesehen – das zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens maßgebliche Gehalt des Arbeitnehmers zugrunde. Der Arbeitnehmer hält die Betriebserwerberin für verpflichtet, ihm eine höhere Betriebsrente zu gewähren; diese müsse sich nach den Bestimmungen der Versorgungsordnung auf der Basis des zum Stichtag vor dem Versorgungsfall bezogenen Gehalts unter bloßem Abzug des Betrags errechnen, den er vom PSV erhalte. Der andere Arbeitnehmer verfügte bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht über eine gesetzlich unverfallbare Anwartschaft. Daher steht ihm bei Eintritt eines Versorgungsfalls nach dem Betriebsrentengesetz kein Anspruch gegen den PSV zu. Er hält die Betriebserwerberin für verpflichtet, ihm künftig eine Betriebsrente in voller Höhe zu gewähren.

Nach der derzeitigen – im Hinblick auf die besonderen Verteilungsgrundsätze des Insolvenzrechts einschränkenden – Auslegung von § 613a Abs. 1 BGB durch die deutschen Arbeitsgerichte würden die Arbeitnehmer mit ihren Klagebegehren nicht durchdringen. Der Senat möchte wissen, ob eine solche **einschränkende Geltung von § 613a Abs. 1 BGB im Fall eines Betriebsübergangs im Insolvenzverfahren** mit Art. 3 Abs. 4, Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/23/EG im Einklang steht und ob ggf. Art. 8 der Richtlinie 2008/94/EG vorliegend unmittelbare Geltung entfaltet und sich der Arbeitnehmer deshalb auch gegenüber dem PSV auf diesen berufen kann.¹⁶²⁷

Der Insolvenzschutz ist für **Versorgungsempfänger** und **Versorgungsanwärter** unterschiedlich ausgestaltet. Die Versorgungsempfänger genießen nach dem Betriebsrentengesetz einen weiter gehenden Insolvenzschutz als die Versorgungsanwärter.¹⁶²⁸ Bei den **Versorgungsempfängern** kommt es nach § 7 Abs. 1 BetrAVG ohne Einschränkung auf die Versorgungszusage an. Für den Insolvenzschutz der **Versorgungsanwärter** verlangt § 7 Abs. 2 BetrAVG, dass die Versorgungsanwartschaft bei der Insolvenzeröffnung nach der gesetzlichen Vorschrift des § 1b BetrAVG **unverfallbar** ist. Eine lediglich **vertragliche Unverfallbarkeit reicht nicht** aus.¹⁶²⁹

Nach § 17 gilt u.a. § 1b BetrAVG und damit auch § 30f BetrAVG entsprechend für **Personen, die nicht Arbeitnehmer sind**, wenn die Versorgungszusage aus Anlass der

¹⁶²⁷ BAG v. 16.10.2018 – 3 AZR 139/17 (A), ZIP 2018, 2179; dazu EWiR 2018, 695 (Witschen).

¹⁶²⁸ BAG v. 25.4.2017 – 3 AZR 540/15; dazu NJW-Spezial 2017, 468; BAG v. 20.9.2016 - 3 AZR 411/15; BAG v. 8.6.1999 - 3 AZR 39/98, NZA 1999, 1215; BAG v. 26.1.1999 - 3 AZR 464/97, BAGE 91, 1.

¹⁶²⁹ BAG v. 22.2.2000 - 3 AZR 4/99, DB 2000, 482 = NZA 2001, 1310

Tätigkeit für ein Unternehmen erteilt wird. Das setzt voraus, dass diese Tätigkeit aufgrund vertraglicher Beziehungen zwischen dem die Versorgungszusage Erteilenden und dem Versorgungsberechtigten erfolgt und die Tätigkeit des Versorgungsberechtigten dem Versorgungsverpflichteten nicht nur wirtschaftlich zugutekommt.¹⁶³⁰

Die vom Träger der Insolvenzversicherung zu erbringenden Leistungen werden in § 7 Abs. 2 S. 3 bis 5 BetrAVG bestimmt. § 7 Abs. 3 BetrAVG legt **Höchstgrenzen** fest (das Dreifache der im Zeitpunkt der ersten Rentenfähigkeit geltenden monatlichen Bezugsgröße gem. § 18 SGB IV), oberhalb derer keine Insolvenzversicherung besteht. Im Rahmen dieser Darstellung ist hinsichtlich Berechnung und Begrenzung der Ansprüche auf die umfangreichen Kommentierungen zum BetrAVG zu verweisen.

Zur Berechnung der zu leistenden betrieblichen Altersversorgung nach einem Betriebsübergang in der Insolvenz hat das LAG Mainz ausgeführt:

Eine Haftung des Betriebserwerbers, der einen Betrieb nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erwirbt, für vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erdiente Versorgungsleistungen besteht trotz der in § 613a BGB an sich vorgesehenen Erwerberhaftung wegen des **insolvenzrechtlichen Grundsatzes der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung** nicht. Der Tatsache, dass der Erwerber nicht für den Teil der Versorgungsleistungen haftet, die bis zur Insolvenzeröffnung erdient wurden, ist durch eine **zeitratierliche Berechnung** Rechnung zu tragen. Dafür ist maßgeblich, welche Beschäftigungsdauer von der Insolvenzeröffnung bis zum Versorgungsfall angefallen ist und in welchem Verhältnis diese zur Gesamtbeschäftigungsdauer steht. Im Rahmen dieser Berechnung ist zunächst die Höhe der Versorgungsleistung zu ermitteln, wie sie ohne zeitratierliche Begrenzung bestünde. Hierbei ist von den für den Arbeitnehmer maßgebenden Versorgungsgrundsätzen auszugehen.¹⁶³¹

Der Arbeitnehmer genießt allerdings **keinen Insolvenzschutz** für Schäden, die sich aus **unterlassenen Beitragszahlungen des Arbeitgebers bei einer Direktversicherung** ergeben.¹⁶³² Insofern ist er auf Schadensersatzansprüche angewiesen, die sich ggf. gegen Geschäftsführer und Gesellschafter des Arbeitgebers richten können.

Es ist nach der Auffassung des BAG rechtlich problematisch, wenn der Arbeitgeber bei einer **Entgeltumwandlung** dem Arbeitnehmer anstelle von Barlohn eine **Direktversicherung mit (voll) gezillmerten Tarifen** zusagt. Die Zillmerung verstößt zwar nicht gegen das

¹⁶³⁰ BAG v. 20.5.2014 - 3 AZR 1094/12; NZA 2015, 225.

¹⁶³¹ LAG Mainz v. 4.11.2016 – 1 Sa 118/16, ZIP 2017, 741.

¹⁶³² Küttner/Kreitner, Nr. 102 Rn. 83.

Wertgleichheitsgebot des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG. Es spricht jedoch einiges dafür, dass die auf gezümmerte Versicherungstarife abstellende betriebliche Altersversorgung eine **unangemessene Benachteiligung** iSd. § 307 BGB enthält. Angemessen könnte es sein, die bei der Direktversicherung anfallenden einmaligen Abschluss- und Vertriebskosten auf fünf Jahre zu verteilen. Soweit die Verwendung gezümmelter Versicherungstarife bei einer Entgeltumwandlung der **Rechtskontrolle** nicht standhält, führt dies nicht zur Unwirksamkeit der Entgeltumwandlungsvereinbarung und nicht zur Nachzahlung von Arbeitsentgelt, sondern zu einer **höheren betrieblichen Altersversorgung**.¹⁶³³

Das von § 30g Abs.2 Satz 2 BetrAVG geforderte Einvernehmen über die Anwendung von § 2 Abs. 5 BetrAVG auf vor dem 1. Januar 2001 erteilte Versorgungszusagen liegt auch vor, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren, dass sich die dem Arbeitnehmer zugesagten Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nach einer - zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung bereits bestehenden - Versorgungsordnung richten, die eine Berechnung der unverfallbaren Anwartschaft nach § 2 Abs. 5 BetrAVG anordnet. Die Eintrittspflicht des PSV erfasst jedoch **keine Verzinsung des sich auf dem Versorgungskonto des Arbeitnehmers befindlichen Versorgungskapitals nach dem Sicherungsfall**. Dies folgt aus § 7 Abs. 2 Satz 3 iVm. § 2 Abs. 5 BetrAVG in der seit dem 1. Januar 2018 geltenden Fassung.¹⁶³⁴

Art. 8 der Richtlinie 2008/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers ist dahin auszulegen, dass **jeder einzelne Arbeitnehmer** im Fall der Zahlungsunfähigkeit seines Arbeitgebers Leistungen bei Alter erhalten muss, die **mindestens 50% des Werts seiner erworbenen Ansprüche aus einer betrieblichen Zusatzversorgungseinrichtung** entsprechen. Art. 8 der Richtlinie 2008/94 hat unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens **unmittelbare Wirkung**, so dass er von einem einzelnen Arbeitnehmer vor einem nationalen Gericht geltend gemacht werden kann, um eine Entscheidung einer Stelle wie The Board of the Pension Protection Fund (Der Vorstand des Rentensicherungsfonds, Vereinigtes Königreich) anzufechten.¹⁶³⁵

5. Beginn und Ende der Leistungspflicht

Die Leistungspflicht des Pensionsversicherungsvereins beginnt mit dem **Monat, der auf den Sicherungsfall** folgt (§ 7 Abs. 1 a S. 1 BetrAVG). Rückständige Versorgungsleistungen hat

¹⁶³³ BAG v. 15.9.2009 – 3 AZR 17/09, NZA 2010, 164 = ZIP 2009, 2401, dazu EWiR 2010, 173 (Kruip).

¹⁶³⁴ BAG v. 23.1.2018 – 3 AZR 359/16, ZIP 2018, 1159; dazu EWiR 2018, 443 (Matthießen).

¹⁶³⁵ EuGH v. 6.9.2018 – C-17/17, NZA 2019, 97.

der Pensionssicherungsverein bis zu einer Dauer von sechs Monaten auszugleichen.¹⁶³⁶ Die Leistungspflicht endet mit dem **Sterbemonat des Versorgungsberechtigten**.

6. Einzelheiten des Sicherungsfalles im Sinne des BetrAVG

Der Sicherungsfall des § 7 Abs. 1 BetrAVG tritt mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein. Unter den Insolvenzschutz des § 7 Abs. 1 BetrAVG fallen alle Versorgungsempfänger, unabhängig davon, ob ihr Arbeitsverhältnis bis zum Versorgungsfall fortbestanden oder schon vorher geendet hat.¹⁶³⁷

Den Sicherungsfall lösen ferner aus:

- a) die Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse (§ 7 Abs. 1 S.4 Nr. 1 BetrAVG). Diese Vorschrift entspricht der bisherigen Regelung in § 141 b Abs. 3 Nr. 1 AFG bzw. nunmehr in § 183 Abs. 1 Nr. 2 SGB III.
- b) der außergerichtliche Vergleich (Stundungs-, Quoten- oder Liquidationsvergleich) des Arbeitgebers mit seinen Gläubigern zur Abwendung des Insolvenzverfahrens, wenn ihm der Träger der Insolvenzsicherung zustimmt (§ 7 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 BetrAVG). Die Neuregelung macht deutlich, dass die Vorschrift nur einen Vergleich betrifft, der bei drohender oder eingetretener Insolvenz geschlossen wird.
- c) die vollständige Beendigung der Betriebstätigkeit im Geltungsbereich dieses Gesetzes, wenn ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht gestellt worden ist und ein Insolvenzverfahren offensichtlich mangels Masse nicht in Betracht kommt (§ 7 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 BetrAVG). Dem Versorgungsberechtigten ist es nicht zuzumuten, selbst die Klärung herbeizuführen, ob ein Insolvenzantrag sinnvoll ist oder nicht. Daher genügt es, dass der Versorgungsberechtigte den Pensionssicherungsverein von der Betriebs- und Zahlungseinstellung unterrichtet. Nach § 9 Abs. 2 S. 1 BetrAVG ist es Aufgabe des Pensionssicherungsvereins, die gesicherten Versorgungsrechte auf sich überzuleiten und aufgrund seiner Gläubigerstellung die insolvenzrechtlich notwendigen Maßnahmen zu treffen. Die Masselosigkeit muss nicht schon bei Betriebseinstellung vorliegen und offensichtlich sein. Ein später gestellter Konkursantrag lässt nicht den Insolvenzschutz nach § 7 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 BetrAVG entfallen¹⁶³⁸.

¹⁶³⁶ Langohr-Plato, Rn. 497 ff.

¹⁶³⁷ BAG v. 6.10.1999 – 3 AZR 39/98, BB 1999, 1983 = ZIP 1999, 1689.

¹⁶³⁸ BAG v. 9.12.1997 – 3 AZR 429/97, ZIP 1998, 1156, dazu EWiR 1998, 723 (Griebeling).

7. Der frühere Sicherungsfall der wirtschaftlichen Notlage des Arbeitgebers

Der frühere Sicherungsfall der wirtschaftlichen Notlage des Arbeitgebers, soweit deren Feststellung durch rechtskräftiges Urteil eines Gerichts für zulässig erachtet wurde, ist weggefallen.¹⁶³⁹ Dies ist **weder verfassungsrechtlich¹⁶⁴⁰ noch unionsrechtlich¹⁶⁴¹ zu beanstanden.**

Aufgrund des von der Rechtsprechung hergestellten untrennbaren Zusammenhangs zwischen der Berechtigung zum Widerruf der Anwartschaft und der gleichzeitigen Übernahme des widerrufenen Teils der Anwartschaft durch den Pensionssicherungsverein ist damit auch ein **einseitiger Widerruf der Anwartschaft** durch den Arbeitgeber aufgrund einer wirtschaftlichen Notlage arbeitsrechtlich **nicht mehr zulässig.**

8. Einzelne Versorgungsformen

Erfasst werden vom gesetzlichen Insolvenzschutz der §§ 7 ff. BetrAVG auch **einzelvertraglich zugesagte Kapitalzahlungen**, wenn dem Arbeitnehmer hierdurch im Alter oder bei Invalidität eine Versorgung gewährt werden soll¹⁶⁴².

Bei Altersversorgungszusagen in Form von **Direktversicherungen** zugunsten der Arbeitnehmer ist hinsichtlich des Insolvenzschutzes zwischen **verfallbaren und unverfallbaren** Versorgungsansprüchen bzw. zwischen Versicherungen mit oder ohne unwiderrufliches Bezugsrecht des Arbeitnehmers zu unterscheiden¹⁶⁴³.

Zu berücksichtigen ist bei dieser Versorgungsform auch, dass dazu häufig Rückdeckungsversicherungen abgeschlossen sind, deren Leistungsansprüche aus steuerlichen Gründen zwar nicht an den Arbeitnehmer abgetreten aber zumindest **verpfändet** sind.¹⁶⁴⁴

Bei dem Durchführungsweg über eine **Unterstützungskasse** handelt es sich um einen **externen Durchführungsweg**. Dabei ist zwischen dem Rechtsverhältnis des Arbeitgebers zu seinem Arbeitnehmer (**Versorgungsverhältnis, Valutaverhältnis**) einerseits und dem

¹⁶³⁹ BAG v. 20.11.1984 – 3 AZR 444/82, ZIP 1985, 764, dazu EWiR 1985, 443 (Griebeling); zum Wegfall des bisherigen Sicherungsfalls der „wirtschaftlichen Notlage“ des Arbeitgebers gem. § 7 Abs. 1 Nr. 5 BetrAVG a.F. ab 1.1.1999 durch die Neufassung des BetrAVG gemäß Art. 91 EGlmsO: Diller, ZIP 1997, 765 ff. m.w.N.; Grub, DZWIR 2000, 223, 227.

¹⁶⁴⁰ BVerfG v. 29.2.2012 – 1 BvR 2378/10, ZIP 2012, 1979.

¹⁶⁴¹ BVerfG v. 29.5.2012 – 1 BvR 3201/11, ZIP 2012, 1876.

¹⁶⁴² BAG v. 30.9.1986 - 3 AZR 22/85, ZIP 1987, 1204, dazu EWiR 1987, 649 (Griebeling).

¹⁶⁴³ BAG v. 17.10.1995 – 3 AZR 622/94, DStR 1997, 1463 m. Anm. Eckert = ZIP 1996, 965, dazu EWiR 1996, 627 (Blomeyer); zum Herausgabeanspruch des Verwalters bzgl. des Versicherungsscheins bei wirksamen Widerruf siehe BAG v. 17.10.1995 - 3 AZR 622/94, ZIP 1996, 965, dazu EWiR 1996, 627 (Blomeyer); BAG v. 8.6.1999 - 3 AZR 136/98, ZIP 1999, 1638, dazu EWiR 2000, 111 (Blomeyer).

¹⁶⁴⁴ Dazu umfassend Blomeyer, VersR 1999, 653; zur steuerlichen Behandlung Arens, Familiengesellschaften, 1997, S. 248 f. m.w.N.

Rechtsverhältnis des Arbeitgebers zum Versorgungsträger (**Deckungsverhältnis**) andererseits zu unterscheiden. Was der Arbeitgeber im Deckungsverhältnis kann, weicht möglicherweise von dem ab, was er im Versorgungsverhältnis darf. In der **Insolvenz des Arbeitgebers** hat die Unterscheidung zur Folge, dass der Verwalter die Rechte des Arbeitgebers gegenüber dem Versorgungsträger ausüben kann, ohne dass dadurch Aussonderungsrechte des Arbeitnehmers nach § 47 InsO entstehen.¹⁶⁴⁵ Das schließt nicht aus, dass Rechtspositionen aus dem Versorgungsverhältnis auch für das Deckungsverhältnis Bedeutung erlangen können, sei es kraft vertraglicher Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Versorgungsträger¹⁶⁴⁶ oder kraft Gesetzes.

Das wirkt sich entsprechend in der Insolvenz aus. Im Deckungsverhältnis zwischen der Insolvenzschuldnerin und dem Versorgungsträger gibt es **keine Rechtsgrundlage**, aufgrund derer die Insolvenzschuldnerin und damit der Insolvenzverwalter eine **Auskehrung des Rückkaufswerts der Rückdeckungsversicherungen** verlangen können. Ein Anspruch der Insolvenzschuldnerin auf Auszahlung des Rückkaufswerts, in den der Insolvenzverwalter eingetreten wäre, ergibt sich auch **nicht** unter dem Gesichtspunkt der **Störung der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB), sofern es sich bei der durchgeführten Altersversorgung nicht um betriebliche Altersversorgung iSd. Betriebsrentengesetzes handeln sollte.¹⁶⁴⁷

Es besteht auch **kein Aussonderungsrecht** des Arbeitnehmers **an nicht gezahlten Altersvorsorgebeiträgen aus der Insolvenzmasse**.¹⁶⁴⁸ Ein von Art. 8 RL 2008/94/EG gebotener Schutz der Arbeitnehmer in der Insolvenz des Arbeitgebers führt nicht zur Begründung eines Aussonderungsrechts nach § 47 InsO an den vom Arbeitgeber nicht an die Pensionskasse gezahlten Beiträgen. Eine unionsrechtskonforme Auslegung oder richterliche Rechtsfortbildung von § 47 InsO, nach der eine Aussonderung keine Trennung des auszusondernden Vermögens vom Vermögen des Schuldners erfordert, übersteigt die Grenze des rechtmethodisch Erlaubten.

9. Verschiebung des Fälligkeitszeitpunktes

In § 7 Abs. 1 BetrAVG ist ein neuer Satz 3 mit der Regelung eingefügt worden, dass die Vorschriften über die Fälligkeit von Versicherungsleistungen in § 11 VVG entsprechend anwendbar sind. Danach sind Geldleistungen des Versicherers mit Beendigung der zur **Feststellung des Versicherungsfalls und des Umfangs der Leistung** des Versicherers nötigen Erhebungen fällig.

¹⁶⁴⁵ Vgl. insgesamt für den insoweit gleichgelagerten Fall der Direktversicherung zur betrieblichen Altersversorgung: BAG v. 15.6.2010 - 3 AZR 334/06, ZIP 2010, 1915.

¹⁶⁴⁶ BAG v. 31.7.2007 - 3 AZR 446/05, NZA-RR 2008, 32.

¹⁶⁴⁷ BAG v. 29.9.2010 - 3 AZR 107/08, ZIP 2011, 347, dazu EWiR 2011, 235 (Büdenbender).

¹⁶⁴⁸ BAG v. 21.3.2017 – 3 AZR 718/15, NZA 2017, 948 = ZIP 2017, 1340 = NZI 2017, 660 m. Anm. Ganter; dazu EWiR 2017, 509 (Gossak).

Bisher war der Zeitpunkt der ersten Fälligkeit der Ansprüche der Arbeitnehmer gegenüber dem Pensionssicherungsverein im BetrAVG nicht bestimmt. Nach der Rechtsprechung des BGH¹⁶⁴⁹ war Zeitpunkt der ersten Fälligkeit der Eintritt des Sicherungsfalls, wenn sich aus der Versorgungszusage nicht ein späterer Fälligkeitszeitpunkt ergab. Da diese Regelung nicht mit dem geltenden Versicherungsrecht im Einklang stand, ist die entsprechende Änderung erfolgt, mit der Folge, dass vor Feststellung des Sicherungsfalls und des Umfangs der Leistungen des Versicherers der Versicherer nicht in Verzug geraten kann. Diese Vorschrift soll künftig auch für den Pensionssicherungsverein gelten¹⁶⁵⁰.

10. Begrenzungen der Einstandspflicht des PSV bei hohen Betriebsrenten

Mit der Änderung des § 7 Abs. 3 S. 1 BetrAVG ist die Einstandspflicht des Trägers der Insolvenzversicherung bei besonders hohen Betriebsrenten herabgesetzt worden.¹⁶⁵¹ Nach der Neuregelung haftet der Träger der Insolvenzversicherung nicht mehr für Betriebsrenten bis zum Dreifachen der Beitragsbemessungsgrenze für Monatsbezüge in der gesetzlichen Rentenversicherung, sondern höchstens bis zum Dreifachen der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 SGB IV.¹⁶⁵²

Für Altersversorgungszusagen mit Barlohnnumwandlung ist der Insolvenzschutz durch § 7 Abs. 3 S. 3 BetrAVG n. F. im Rahmen des Rentenreformgesetzes 1999 (RRG 99)¹⁶⁵³ ab 01.01.1999 auf drei Zehntel der monatlichen Bezugsgröße begrenzt worden, um Leistungsmisbrauch zu verhindern.

11. Begrenzung der Einstandspflicht des PSV bei zurückliegenden Versorgungsverbesserungen

Gem. § 7 Abs. 5 BetrAVG entfällt die Einstandspflicht des Pensionssicherungsvereins in Fällen des **missbräuchlichen Zusammenwirkens zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu Lasten des Pensionssicherungsvereins**. Drei Fallgruppen sind zu unterscheiden (wegen der Einzelheiten wird auf die gängigen Kommentare verwiesen):

- Der alleinige oder überwiegende Zweck der Versorgungszusage oder ihrer Verbesserung oder der Beleihung, Abtretung oder Verpfändung einer

¹⁶⁴⁹ BGH v. 14.7.1980 – II ZR 106/79, ZIP 1980, 662.

¹⁶⁵⁰ Entwurf des EGlinsO der Bundesregierung, BTDrucks. 12/3803, 111.

¹⁶⁵¹ Zum Insolvenzschutz unverfallbarer garantierter Mindestrenten siehe BAG v. 22.9.1987 - 3 AZR 662/85, ZIP 1988, 117, 119 f., dazu EWIR 1988, 217 (Griebeling); BAG v. 21.3.2000 - 3 AZR 93/99, ZIP 2000, 2000.

¹⁶⁵² Dazu Hess/Weis, InVo 1997, 115, 118; Langohr-Plato, ZInsO 1998, 368, 371 f.; zur Begrenzung bei Hinterbliebenenversorgung siehe BGH v. 11.10.2004 – II ZR 369/02, BB 2004, 2639 = NZI 2005, 51, dazu EWIR 2005, 5 (Schumann); zur Haftung eines Erwerbers des Betriebes in der Insolvenz OVG Münster v. 30.9.1997 - 24 A 2479/94, ZIP 1998, 159.

¹⁶⁵³ BGBl. I 1997, Nr. 85 v. 22.12.1997 = BArbBl. 2/1998, 56.

Direktversicherung ist gewesen, den Pensionssicherungsverein in Anspruch zu nehmen (§ 7 Abs. 5 S. 1 BetrAVG).

- Bei Erteilung oder Verbesserung der Versorgungszusage war wegen der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers zu erwarten, dass die Zusage nicht erfüllt wird (§ 7 Abs. 5 S. 2 BetrAVG).
- Die Erteilung oder Verbesserung der Versorgungszusage ist in den letzten beiden Jahren vor Eintritt des Sicherungsfalls vereinbart worden.

Die Einstandspflicht des Trägers der Insolvenzversicherung für **Verbesserungen**, die in einem Zeitraum von **zwei Jahren vor Eintritt des Sicherungsfalles** vereinbart sind, ist durch die Neuregelung des § 7 Abs. 5 S. 5 BetrAVG ausgeschlossen, ohne dass es des Nachweises einer Missbrauchsabsicht bedarf. Bisher war eine einjährige Frist vorgesehen. § 7 Abs. 5 BetrAVG enthält insoweit eine unwiderlegliche Vermutung und bezieht sich sowohl auf Verbesserungen als auch auf neue Leistungen in dem fraglichen Zeitraum.¹⁶⁵⁴

12. Zeitliche Begrenzung bei künftigen Verbesserungen im Rahmen eines Insolvenzplanes

In § 7 Abs. 4 BetrAVG war früher nur vorgesehen, dass sich ein Anspruch auf Leistungen gegen den Träger der Insolvenzversicherung in dem Umfang vermindert, in dem der Arbeitgeber oder sonstige Träger der Versorgung die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung erbringen. Nunmehr ist in Satz 3 auch eine zeitliche Aufteilung vorgesehen. Der Träger der Insolvenzversicherung übernimmt danach die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung für einen bestimmten Zeitraum in voller Höhe und wird nach Ablauf dieses Zeitraums von den Leistungspflichten insoweit frei, wie im Insolvenzverfahren ein Insolvenzplan bestätigt wurde und darin bestimmt ist, dass der Arbeitgeber oder ein sonstiger Träger der Versorgung einen Teil der Leistungen ab einem bestimmten Zeitpunkt selbst zu erbringen hat.

Dabei soll im Insolvenzplan vorgesehen werden, dass bei einer nachhaltigen Besserung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers die vom Träger der Insolvenzversicherung zu erbringenden Leistungen ganz oder zum Teil wieder vom Arbeitgeber oder sonstigen Träger der Versorgung übernommen werden (Besserungsklausel). Das hat die Auswirkung, dass der Schuldner, dem durch den Plan die Fortführung des Betriebes ermöglicht wird, für eine bestimmte Zeit von allen Rentenzahlungen freigestellt wird. Der Pensionssicherungsverein erfährt dagegen eine Kostenentlastung und Verwaltungsvereinfachung insoweit, als er nach

¹⁶⁵⁴ BAG v. 24.11.1998 – 3 AZR 423/97, DB 1999, 913, dazu EWiR 1999, 435 (Blomeyer).

Ablauf der vorgesehenen Zeit sowohl von den laufenden Rentenzahlungen als auch von den unverfallbaren Anwartschaften freigestellt wird¹⁶⁵⁵.

13. Scheitern der Sanierung

Für den Fall, dass die Sanierung einige Zeit nach der Bestätigung des Plans und der Aufhebung des Insolvenzverfahrens scheitert und das Unternehmen in einem zweiten Insolvenzverfahren liquidiert wird, haftet der Pensionssicherungsverein sowohl für die während des im Insolvenzplan bestimmten Zeitraums als auch für die nach Eintritt des neuen Sicherungsfalls zu erbringenden Versorgungsleistungen in voller Höhe.

Nach der Neuregelung in § 9 Abs. 4 S. 2 BetrAVG kann der Pensionssicherungsverein als Insolvenzgläubiger Erstattung der von ihm erbrachten Leistungen verlangen, wenn innerhalb von drei Jahren nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens ein Antrag auf ein neues Insolvenzverfahren über das Vermögen des Arbeitgebers gestellt wird und im Insolvenzplan nichts anderes geregelt ist.

14. Forderungsübergang

Nach § 9 Abs. 2 BetrAVG kommt es für den Forderungsübergang auf den Träger der Insolvenzsicherung auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens an. § 9 Abs. 2 S. 3 BetrAVG bestimmt, dass die mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens übergegangenen Anwartschaften als **unbedingte Forderungen** geltend zu machen sind. Eine Umwandlung der Versorgungsanwartschaft in einen Versorgungsanspruch muss also nicht abgewartet werden.

Besteht zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber Streit über die Einstandspflicht wegen Insolvenz oder Beendigung der Betriebstätigkeit, ist der **Pensionssicherungsverein Streithelfer**¹⁶⁵⁶.

Mit dem Anspruchsübergang aus § 9 Abs. 2 Satz 1 BetrAVG gehen die Ansprüche der Betriebsrentenberechtigten aus § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG **gegen einen an der Spaltung beteiligten Rechtsträger für die Verbindlichkeiten** des übertragenden Rechtsträgers, die vor dem Wirksamwerden der Spaltung begründet worden sind, auf den Pensions-Sicherungs-Verein über. Dies folgt aus § 9 Abs. 2 Satz 1 BetrAVG i.V.m. §§ 412, 401 Abs. 1 BGB analog i.V.m. § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG. Dem steht nicht entgegen, dass

¹⁶⁵⁵ Dazu Hess/Weis, InVo 1997, 115, 118; Langohr- Plato, ZInsO 1998, 368, 373.

¹⁶⁵⁶ BAG v. 16.9.1986 – 3 AZR 72/85, ZIP 1987, 308.

es sich bei der Haftung aus § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG um eine gesamtschuldnerische Haftung handelt und folgt aus der sichernden Funktion des § 133 Abs. 1 UmwG.¹⁶⁵⁷

15. Besonderheiten bei Direktversicherungen und Rückdeckungsversicherungen

a) Insolvenzfestigkeit von Direktversicherungen

Hat das Arbeitgeberunternehmen einem Arbeitnehmer eine Versorgungszusage in der Form eines Versicherungsvertrages mit einem **Bezugsrecht für den Arbeitnehmer** gewährt, stellt sich die Frage nach der Insolvenzsicherheit dieser Form der betrieblichen Altersversorgung.¹⁶⁵⁸

Ist ein Arbeitnehmer nach Unverfallbarkeit seiner Anwartschaft **Versicherungsnehmer** einer Direktversicherung der betrieblichen Altersversorgung geworden, kann in dem **Insolvenzverfahren über sein Vermögen** der allein aus den Beiträgen seines Arbeitgebers gebildete **Rückkaufswert** nach Kündigung der Versicherung nicht zur Masse gezogen werden.¹⁶⁵⁹

Handelt es sich um eine Lebensversicherung, bei der zugunsten des Versicherten (Arbeitnehmer) lediglich ein **widerrufliches Bezugsrecht** eingeräumt wurde und ist die Unverfallbarkeit der Versorgungsanwartschaft nach § 1 BetrAVG noch nicht gegeben, fällt nach der Rechtsprechung des BGH der Anspruch auf den **Rückkaufswert in die Insolvenzmasse**, wenn nicht der Insolvenzverwalter den Nichteintritt nach § 103 InsO erklärt.¹⁶⁶⁰ Dies gilt sogar dann, wenn die Versicherungsprämien aus einer **Gehaltsumwandlung** stammen, wenn dem Arbeitnehmer lediglich ein widerrufliches Bezugsrecht eingeräumt wurde.¹⁶⁶¹

Liegt ein **widerrufliches Bezugsrecht** vor, ist aber bereits **Unverfallbarkeit** der Versorgungsanwartschaft eingetreten, wird in der Literatur vereinzelt vertreten, dass ein Aussonderungsrecht des Versicherten nach § 47 InsO gegeben sein soll.¹⁶⁶² Dagegen wird vertreten, dass allein der Eintritt der Unverfallbarkeit nach dem BetrAVG noch keine

¹⁶⁵⁷ LAG Düsseldorf v. 14.3.2018 – 12 Sa 806/17, ZIP 2018, 1362.

¹⁶⁵⁸ Dazu Kier, Insbüro 2004, 122 ff.; Stahlschmidt, NZI 2006, 375 ff.; Güther/Kohly, ZIP 2006, 1229 ff.; Rößler, NZI 2007, 631 ff.

¹⁶⁵⁹ BGH v. 5.12.2013 – IX ZR 165/13, DB 2014, 112.

¹⁶⁶⁰ Vgl. auch für einen Gesellschafter-Geschäftsführer BGH v. 7.4.2005 – IX ZR 138/04, InVo 2005, 352 = NZI 2005, 384 = ZIP 2005, 909; dazu EWiR 2005, 641 (Balle) und NJW-Spezial 2005, 463; siehe auch OLG Hamm v. 24.1.2006 – 27 U 159/05, NZI 2006, 406 = ZIP 2006, 719 = ZInsO 2006, 882; dazu EWiR 2006, 275 (Stahlschmidt); Viegener, ZInsO 2006, 352; Perwein, GmbHR 2007, 589.

¹⁶⁶¹ BGH v. 4.3.1993 - IX ZR 169/92, ZIP 1993, 600 = NJW 1993, 1994, dazu EWiR 1993, 473 (Blomeyer); Flitsch/Herbst, BB 2003, 317, 321; BAG v. 17.10.1995 - 3 AZR 622/94, ZIP 1996, 965, 966; LAG München v. 22.7.1987 – 4 Sa 60/87, ZIP 1988, 1070, 1071; a.A. OLG Düsseldorf v. 6.3.1992 – 17 U 201/91, NJW-RR 1992, 798, 799; dazu EWiR 1992, 899; zustimmend MünchKomm-InsO/Ganter, § 47 Rn. 319; Smid, InsO, 2. Aufl. § 47 Rn. 34.

¹⁶⁶² Paulsdorff in: Heubeck/Höhne/Paulsdorff/Weinert, § 7 BetrAVG, Rn. 66.

Annahme einer gesicherten Rechtsposition und damit eines Aussonderungsrechts bezüglich der Leistungen aus dem Versicherungsvertrag rechtfertige.¹⁶⁶³

Kommt es zum **Widerruf des Bezugsrechts** durch den Insolvenzverwalter und zur Auszahlung des Rückkaufwertes an die Insolvenzmasse, liegt – zumindest nach Auffassung des FG Baden-Württemberg¹⁶⁶⁴ und nunmehr auch des BFH¹⁶⁶⁵ – **kein Rückfluss von Arbeitslohn** vor, der einen Anspruch auf Erstattung der pauschal entrichteten Lohnsteuer an den Arbeitgeber führen würde.

Ist das Versicherungsverhältnis dagegen so gestaltet, dass von Beginn an ein **unwiderrufliches Bezugsrecht** zugunsten des Versicherten (Arbeitnehmers) begründet wurde, hat der Insolvenzverwalter nicht die Möglichkeit, den Rückkaufswert zur Insolvenzmasse zu ziehen, der Bezugsberechtigte hat vielmehr ein **Aussonderungsrecht** (§ 47 InsO).¹⁶⁶⁶

Ist dagegen ein sogenanntes „**eingeschränkt unwiderrufliches**“ **Bezugsrecht** eingeräumt worden, bei dem der Arbeitnehmer von Beginn an als Bezugsberechtigter eingesetzt ist, der Versicherungsnehmer (Arbeitgeber) aber unter bestimmten Voraussetzungen noch die Möglichkeit haben soll, bis zum Eintritt der vertraglichen Unverfallbarkeit entsprechend den Regelungen des BetrAVG die Bezugsberechtigung zu ändern, etwa wenn der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, handelt es sich letztlich um ein widerrufliches Bezugsrecht. Streitig war bisher, ob es dem Arbeitnehmer in der Insolvenz des Arbeitgeberunternehmens ein Aus- oder ein Absonderungsrecht gewährt oder ungesichert ist:

- Nach einer Auffassung **wandelt sich das eingeschränkt unwiderrufliche Bezugsrecht mit der Insolvenzeröffnung automatisch in ein unwiderrufliches Bezugsrecht um**, womit der Rückkaufswert dem Vermögen des Arbeitnehmers zuzuordnen sei.¹⁶⁶⁷
- Nach anderer Auffassung erwirbt der Arbeitnehmer erst mit Eintritt der Unverfallbarkeitsvoraussetzungen eine gesicherte Rechtsposition, die ihm einen Aussonderungsanspruch nach § 47 InsO gewährt.¹⁶⁶⁸

¹⁶⁶³ BAG v. 26.2.1991 - 3 AZR 213/90, DB 1991, 2242 = ZIP 1991, 1295.

¹⁶⁶⁴ FG Baden-Württemberg v. 8.8.2005 – 5 K 603/03, DStRE 2006, 407, rk.

¹⁶⁶⁵ BFH v. 5.7.2007 – VI R 58/05, NZI 2007, 602 = ZInsO 2007, 1047.

¹⁶⁶⁶ Hinkel/Flitsch, InVO 2005, 1; Flitsch/Herbst, BB 2003, 317, 320; Kier, Insbüro 2004, 122, 124.

¹⁶⁶⁷ OLG Düsseldorf v. 30.1.2001 – 4 U 93/00, NZA-RR 2001, 601 = NVersZ 2001, 504 = VersR 2002, 86; OLG Karlsruhe v. 15.3.2001 - 12 U 299/00, VersR 2001, 1501; Prölss/Martin, VVG, § 165, Rn. 6; ablehnend OLG Frankfurt v. 12.5.2005 – 3 U 21/04, ZIP 2005, 1036; dazu EWiR 2006, 81 (Höpfner).

¹⁶⁶⁸ OLG Köln v. 12.3.2003 – 33 O 304/02, ZInsO 2003, 383, 384 m. Anm. EWiR 2003, 931 (Tetzlaff); OLG München v. 20.10.2006 – 11 Sa 727/05, ZInsO 2007, 839; LG Arnsberg v. 23.7.2003 – 2 O 184/03, ZInsO 2006, 168; Hinkel/Flitsch, InVo 2005, 1, 2; so auch für einen beherrschenden GmbH-Geschäftsführer OLG

Der **BGH** und die 4. Kammer des **LAG Hamm** haben die erstgenannte Auffassung bestätigt.¹⁶⁶⁹ Hat der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer eine Direktversicherung zur betrieblichen Altersversorgung abgeschlossen und das im Übrigen unwiderrufliche Bezugsrecht unter den Vorbehalt gestellt, dass das Arbeitsverhältnis nicht vor Eintritt des Versicherungsfalls und der Unverfallbarkeit endet, so gehört das Bezugsrecht bei durch die Insolvenz des Arbeitgebers bedingter Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum **Vermögen des Arbeitnehmers** und begründet daher ein **Aussonderungsrecht** gemäß § 47 InsO hinsichtlich des Rückkaufwertes zugunsten des Arbeitnehmers.¹⁶⁷⁰

Der **Dritte Senat des BAG** will von den Entscheidungen des BGH abweichen. Er hat dem **Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe** des Bundes deshalb folgende Rechtsfrage vorgelegt:¹⁶⁷¹

„Gilt bei einem eingeschränkt unwiderruflichen Bezugsrecht aus einer Direktversicherung zur betrieblichen Altersversorgung ein in den Versicherungsvertrag aufgenommenener Vorbehalt des Widerrufs für die Zeit bis zum Erreichen der gesetzlichen Unverfallbarkeit auch „für den Fall einer insolvenzbedingten Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Versicherungsnehmer“?

In der Berufungsinstanz hatte zuvor schon die 3. Kammer des LAG Hamm entschieden:¹⁶⁷²

„Eine unwiderrufliche Bezugsberechtigung des Arbeitnehmers aus einer Direktversicherung steht diesem nur zu, wenn die Voraussetzungen für die Unverfallbarkeit nach dem BetrAVG bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegeben sind. Sind diese nicht erfüllt, bleibt der Arbeitgeber als Versicherungsnehmer allein bezugsberechtigt. Diese versicherungsvertragliche Vorbehaltsregelung gilt auch für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis wegen Insolvenz des Arbeitgebers beendet wird, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes geregelt wurde. Im Insolvenzfall steht dem Arbeitnehmer demnach kein Aussonderungsrecht zu.“

Hamm v. 24.1.2006 – 27 U 159/05, NZI 2006, 406 = ZIP 2006, 719 = ZInsO 2006, 881; dazu EWiR 2006, 275 (Stahlschmidt).

¹⁶⁶⁹ BGH v. 8.6.2005 – IV ZR 30/04, VersR 2005, 1134 = ZInsO 2005, 768 = ZIP 2005, 1373; dazu EWiR 2005, 801 (Blank/Petersen); BGH v. 22.9.2005 – IX ZR 85/04, ZIP 2005, 1836; BGH v. 3.5.2006 – IV ZR 134/05, NZI 2006, 527; LAG Hamm v. 22.9.2006 – 4 Sa 629/06, ZIP 2007, 291; dazu EWiR 2007, 307 (M.J. Blank/Petersen); Hinkel/Flitsch, ZInsO 2005, 796; Viegener, ZInsO 2006, 352, 357; Böhm, BB 2007, 1502.

¹⁶⁷⁰ BGH v. 3.5.2006 – IV ZR 134/05, ZIP 2006, 1488 = NZI 2006, 527; dazu EWiR 2006, 661 (Gundlach/Frenzel); Bestätigung von BGH v. 8.6.2005 - IV ZR 30/04, VersR 2005, 1134 = ZInsO 2005, 768 = ZIP 2005, 1373; BGH, Beschluss v. 22.9.2005 - IX ZR 85/04, ZIP 2005, 1836.

¹⁶⁷¹ BAG v. 22.5.2007 – 3 AZR 334/06, NZA 2007, 1169 = NZI 2007, 674 = ZIP 2007, 1869; dazu Böhm, BB 2007, 1502; Rößler, NZI 2007, 631.

¹⁶⁷² LAG Hamm v. 15.2.2006 – 3 Sa 2064/05, ZInsO 2007, 669.

Inzwischen hatte der **Dritte Senat des BAG** selbst noch einmal zu einer Fallgestaltung zu entscheiden, bei der es um Versorgungszusagen ging, die von dem jeweiligen Folgearbeitgeber jeweils fortgeführt worden waren. Der 3. Senat hat dazu ausgeführt, dass ein eingeschränkt unwiderrufliches Bezugsrecht endgültig unwiderruflich werde, sobald bei dem Arbeitnehmer eine gesetzlich unverfallbare Versorgungsanwartschaft entsteht. Bei deren Berechnung sei die sog. „**Heranreichungs-Rechtsprechung**“ des BAG heranzuziehen.¹⁶⁷³ Er nimmt an, dass schon eine bloße **Fortführung** einer solchen Direktzusage die **stillschweigende Zusage** beinhalte, die **Beschäftigungszeiten beim Vorarbeitgeber anzurechnen**. Ein Ersatzaussonderungsrecht nach § 48 InsO setze voraus, dass der Insolvenzverwalter eine gegenüber dem Aussonderungsberechtigten wirksame Verfügung getroffen hat. Ist die Verfügung unwirksam, können Rechte nicht gegenüber dem Insolvenzverwalter, sondern nur gegenüber Dritten geltend gemacht werden. Hat sich der Insolvenzverwalter den Rückkaufswert einer Lebensversicherung zur Durchführung der betrieblichen Altersversorgung vom Versicherer auszahlen lassen, kann dies ein **Ersatzaussonderungsrecht** des Arbeitnehmers daher nur begründen, wenn ihm dadurch Rechte gegenüber der Versicherung verloren gehen, die Versicherung also mit Erfüllungswirkung leisten konnte. Enthält der Versicherungsvertrag ein eingeschränkt unwiderrufliches Bezugsrecht, wonach der Arbeitgeber es widerrufen kann, falls das Arbeitsverhältnis endet, ohne dass dem Arbeitnehmer eine gesetzlich unverfallbare Versorgungsanwartschaft zusteht, kann der Versicherer nicht mit Erfüllungswirkung leisten, soweit die Voraussetzungen dieses Widerrufsrechts nicht vorliegen.

Führt der Arbeitgeber Altersversorgung über einen **externen Versorgungsträger** durch, ist im Insolvenzfall für die Zuordnung der bei dem externen Versorgungsträger aufgelaufenen Vermögenswerte zur Masse entscheidend, ob der insolvente Arbeitgeber aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Versorgungsträger noch **Zugriff auf die Vermögenswerte** hätte. Führt der Arbeitgeber hingegen die Altersversorgung über eine **Unterstützungskasse** durch, die ihre Leistungspflichten kongruent über eine Lebensversicherung rückdeckt, kann der Insolvenzverwalter den Rückkaufswert der **Rückdeckungsversicherung** nicht zur Masse ziehen. Denn der Versicherungsvertrag wird von der Unterstützungskasse im eigenen Namen abgeschlossen, so dass die Rechte aus der Versicherung der Unterstützungskasse und nicht dem Arbeitgeber zustehen.¹⁶⁷⁴

Wird betriebliche Altersversorgung durch einen Versicherungsvertrag mit einer **Pensionskasse** abgewickelt, kann der Insolvenzverwalter des Arbeitgebers nicht auf die Leistungsklage gegen die Pensionskasse verwiesen werden, um zu klären, ob dem

¹⁶⁷³ BAG v. 15.6.2010 – 3 AZR 31/07, MDR 2011, 308; dazu NJW-Spezial 2010, 759.

¹⁶⁷⁴ BAG v. 29.9.2010 – 3 AZR 107/08, NZI 2011, 152.

Arbeitnehmer ein **Aussonderungsrecht** an den Rechten aus dem Versicherungsvertrag zusteht. Auch eine negative Feststellungsklage kann auf das Nichtbestehen eines Aussonderungsrechts gerichtet sein.¹⁶⁷⁵

Wird eine betriebliche Altersversorgung im Wege der **Direktversicherung** durchgeführt, ist zwischen der Rechtsbeziehung des Arbeitgebers zum Versicherer einerseits (Deckungsverhältnis) und zum Arbeitnehmer andererseits zu unterscheiden. Welche Rechte der Arbeitgeber gegenüber dem Versicherer geltend machen kann, richtet sich allein nach der Rechtslage im Deckungsverhältnis. Stehen dem Arbeitgeber die **Rechte aus dem Versicherungsvertrag** einschließlich des Rechts, das **Bezugsrecht** des Arbeitnehmers zu **widerrufen**, zu, ist er **Eigentümer des Versicherungsscheins** (§ 952 BGB). Er kann dessen **Herausgabe verlangen**, wenn dieser sich im Besitz des Arbeitnehmers befindet. Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall kein Recht zum Besitz an dem Versicherungsschein. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber ihm gegenüber verpflichtet ist, das Bezugsrecht nicht zu widerrufen. In der Insolvenz des Arbeitgebers geht diese Rechtsposition auf den **Insolvenzverwalter** über.¹⁶⁷⁶

Erteilt der später in Insolvenz gefallene Arbeitgeber seinem Geschäftsführer in einem zum Zwecke der betrieblichen Altersversorgung geschlossenen Versicherungsvertrag ein **eingeschränkt unwiderrufliches Bezugsrecht**, kann das Bezugsrecht nicht widerrufen werden, wenn die **Voraussetzungen des Vorbehalts** nicht gegeben sind. Hat der Arbeitgeber seinem Geschäftsführer ein **widerrufliches Bezugsrecht** eingeräumt, so erwirbt der Geschäftsführer den Anspruch gegen die Versicherung auf Zahlung der Versicherungssumme, wenn der **Versicherungsfall nach Verfahrenseröffnung** eintritt, ohne dass der Insolvenzverwalter das Bezugsrecht widerrufen hat. Ermächtigt der Versicherungsnehmer nach Erlass eines Zustimmungsvorbehalts einen Dritten zum Einzug einer ihm zustehenden Versicherungsforderung, wird der **Versicherer** auch bei **Gutgläubigkeit** nicht durch die Zahlung an den Ermächtigten von seiner Verbindlichkeit befreit.¹⁶⁷⁷

Nach der vorstehend zitierten Rechtsprechung des BGH und des BAG gilt also Folgendes: Wird für die betriebliche Altersversorgung eine Lebensversicherung auf das Leben des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber abgeschlossen, richtet sich das **Verhältnis des Arbeitgebers und Versicherungsnehmers zum Versicherer** allein nach dem Versicherungsvertrag. Für die Frage, ob die Rechte aus dem Versicherungsvertrag der

¹⁶⁷⁵ BAG v. 26.10.2010 – 3 AZR 496/08, NZI 2011, 155.

¹⁶⁷⁶ BAG v. 19.4.2011 – 3 AZR 267/09, NZI 2011, 777.

¹⁶⁷⁷ BGH v. 9.10.2014 – IX ZR 41/14, ZIP 2014, 2251; dazu EWiR 2015, 85 (*Weiß/Linsenbarth*).

Masse zustehen oder dem Arbeitnehmer ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO zusteht, beantwortet sich daher ebenfalls allein nach dem **Versicherungsverhältnis**.

- Hat der Arbeitgeber als Versicherungsnehmer dem Arbeitnehmer als Versicherter ein **widerrufliches Bezugsrecht** eingeräumt, kann er die Bezugsperson jederzeit ersetzen. Der Versicherte hat vorher lediglich eine Hoffnung auf die später fällig werdende Leistung. In der Insolvenz fallen die Rechte aus der Lebensversicherung deshalb in das Vermögen des Arbeitgebers und gehören zur Insolvenzmasse.
- Räumt der Arbeitgeber als Versicherungsnehmer dem Arbeitnehmer als Versicherten ein **unwiderrufliches Bezugsrecht** ein, so stehen die Rechte aus dem Versicherungsvertrag von vornherein dem Arbeitnehmer zu. Insolvenzzurechtlich hat dies zur Folge, dass die Rechte aus dem Versicherungsvertrag von diesem Zeitpunkt an nicht mehr zum Vermögen des Arbeitgebers und damit auch nicht mehr zur Insolvenzmasse gehören. Diese stehen vielmehr dem Arbeitnehmer zu, der deshalb ein **Aussonderungsrecht** hat.
- Umstritten ist nur seit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 15.06.2010, wie ein **eingeschränktes, unwiderrufliches Bezugsrecht** einzuordnen ist, insbesondere wem die Rechte des Versicherungsvertrages in diesem Falle vermögensrechtlich zuzuordnen sind. Dies hängt wiederum von den einzelnen Vereinbarungen ab, insbesondere, ob der Arbeitgeber des Versicherten und die Versicherung ein unter Vorbehalt stehendes unwiderrufliches Bezugsrecht vereinbart haben.¹⁶⁷⁸

Diese Rechtsprechung hat das BAG inzwischen fortgeführt:¹⁶⁷⁹

Hat der Arbeitgeber zugunsten des Arbeitnehmers zum Zwecke der betrieblichen Altersversorgung eine Direktversicherung abgeschlossen, ist allein die **versicherungsrechtliche Lage entscheidend** dafür, **ob die Rechte an der Versicherung** in der Insolvenz des Arbeitgebers der **Masse** zustehen **oder** ob der Arbeitnehmer ein **Aussonderungsrecht** nach § 47 InsO hat. Das kann dazu führen, dass der Arbeitgeber - und in der Insolvenz des Arbeitgebers der Insolvenzverwalter - aus dem Versicherungsvertrag abgeleitete Rechte versicherungsrechtlich auch dann ausüben kann, wenn er dies arbeitsrechtlich im Verhältnis zum Arbeitnehmer nicht darf. Die Ausübung ist versicherungsrechtlich wirksam.

Hat der Arbeitgeber als Versicherungsnehmer dem Arbeitnehmer als Versichertem ein **bis zum Ablauf der gesetzlichen Unverfallbarkeitsfrist** nach dem Betriebsrentengesetz

¹⁶⁷⁸ LG Kleve v. 28.8.2012 – 6 S 187/10, ZIP 2012, 2028.

¹⁶⁷⁹ BAG v. 18.9.2012 – 3 AZR 176/10, ZIP 2012, 2269.

widerrufliches Bezugsrecht eingeräumt, so kann er das Bezugsrecht bis zum Ablauf der Frist für die Unverfallbarkeit widerrufen.

Mit der **Auslegung eines “unwiderruflichen Bezugsrechts mit Vorbehalt”** des Arbeitnehmers in einem vom Arbeitgeber für ihn geschlossenen Rentenversicherungsvertrag für den Fall der insolvenzbedingten Beendigung des Arbeitsverhältnisses hatte sich der BGH am 22.01.2014 zu befassen.¹⁶⁸⁰ Im Kern ging es in dem Verfahren um die Frage, ob die Rechte aus den Versicherungsverträgen der Insolvenzmasse zustehen, weil bezüglich des **Bezugsrechts noch eine Widerrufsmöglichkeit** bestand, oder ob sie zum Vermögen der Arbeitnehmer gehören und ihnen ein **Aussonderungsrecht** zusteht. Dabei steht das **eingeschränkt unwiderrufliche Bezugsrecht** einem **uneingeschränkt unwiderruflichen Bezugsrecht** in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht gleich, solange die tatbestandlichen Voraussetzungen des vereinbarten Vorbehalts nicht erfüllt sind.

Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, hängt - da im vorliegenden Fall die Arbeitsverhältnisse beendet sind und Unverfallbarkeit der Anwartschaften unstreitig noch nicht gegeben war - allein davon ab, ob die Klausel einschränkend dahin auszulegen ist, dass sie die Fälle insolvenzbedingter Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht erfasst.

Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH sind Allgemeine Versicherungsbedingungen so auszulegen, wie ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muss. Dabei kommt es auf die Verständnismöglichkeiten eines Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse und damit – auch – auf seine Interessen an. Liegt – wie hier – ein Gruppenversicherungsvertrag und damit eine Versicherung zugunsten Dritter vor, so kommt es daneben auch auf die Verständnismöglichkeiten durchschnittlicher Versicherter und ihre Interessen an.

Dabei werden sowohl die Versicherungsnehmerin als auch die Versicherten zunächst vom Wortlaut der Bedingung ausgehen. Insoweit schließt der Vorbehalt zum Widerruf der Bezugsberechtigung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor eingetretener Unverfallbarkeit der Anwartschaft die Fälle insolvenzbedingter Beendigung “ohne weiteres” ein, weil der Wortlaut nicht auf den Beendigungsgrund abstellt.

Hierauf darf sich die Auslegung jedoch nicht beschränken. Auch in Fällen insolvenzbedingter Beendigung ist zu fragen, ob der erkennbare Sinnzusammenhang der Klausel unter

¹⁶⁸⁰ BGH v. 22.1.2014 – IV ZR 201/13, ZIP 2014, 384; dazu Reinecke, ZIP 2014, 1970.

Berücksichtigung der Interessen von Versicherungsnehmern und Versicherten eine von einem reinen Wortlautverständnis abweichende Interpretation gebietet.

Insoweit hat der BGH schon in seiner früheren Rechtsprechung entscheidend darauf abgestellt, dass dem Arbeitnehmer bei einer nur am Wortlaut orientierten Auslegung die erworbenen Versicherungsansprüche auch in den Fällen entzogen würden, die sich seiner Einflussnahme entziehen und auch sonst nicht seiner Sphäre zuzuordnen sind, sowie dass sich der Arbeitgeber mit dem Vorbehalt auch der weiteren Betriebstreue des Arbeitnehmers vergewissern wolle, wofür es aber genüge, dass der Vorbehalt solche Beendigungsgründe erfasst, die neben der freiwilligen Aufgabe des Arbeitsplatzes auch sonst auf die Person und das betriebliche Verhalten des Arbeitnehmers zurückzuführen sind. Bei dieser Interessenlage der Arbeitnehmer einerseits und des Arbeitgebers andererseits, die dem Vorbehalt regelmäßig zugrunde liegt, handelt es sich um einen außerhalb des Wortlauts liegenden Umstand.

Maßgeblich für die Auslegung des Vorbehalts ist dabei allein die Interessenlage, wie sie sich im Zeitpunkt der Begründung des Versicherungsschutzes darstellt, so dass die Interessen von Insolvenzgläubigern nach der erst später erfolgten Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine Rolle spielen können.

In der Vorinstanz hatte das Oberlandesgericht die Auffassung vertreten, diese Interessenlage sei bereits im Wortlaut der Klausel dadurch hinreichend angesprochen, dass die Versicherten als Arbeitnehmer, die Versicherungsnehmerin als Arbeitgeber und das Versicherungsprodukt als der betrieblichen Altersversorgung dienend benannt sei(en), und hieraus folge, dass sich der beschriebene Interessenkonflikt allein anhand des Wortlautes der Vertragsklausel "ohne weiteres" entwickeln lasse.

Dies trifft nach Ansicht des BGH aber nicht zu. Vielmehr sind der Wortlaut einer vertraglichen Regelung und die Interessenlage der Vertragsbeteiligten zwei unterschiedliche, streng voneinander zu unterscheidende Auslegungskriterien. Dies wird besonders in denjenigen Fällen deutlich, in denen die erkennbare Interessenlage ein vom eindeutigen Wortlaut abweichendes Auslegungsergebnis erfordert. Daran ändert es nichts, wenn sich ein Hinweis auf die maßgeblichen Interessen bereits aus dem Wortlaut selbst ergibt. Dies macht die Interessenberücksichtigung nicht zu einem Teil der Wortlautauslegung.

Die Berücksichtigung vorgenannter Gesichtspunkte bei der Auslegung des Vorbehalts hat das Berufungsgericht ferner auch deshalb zu Unrecht abgelehnt, weil es unzutreffend der Auffassung ist, das im Vorlageverfahren vor dem Gemeinsamen Bundesgerichtshof der

Obersten Gerichtshöfe des Bundes herbeigeführte Einvernehmen bedeute eine Abkehr von der früheren Rechtsprechung des BGH.

Eine derartige Abkehr hat es weder im Vorlageverfahren vor dem Gemeinsamen Bundesgerichtshof noch danach gegeben. Der BGH hat in seiner Stellungnahme im Verfahren vor dem Gemeinsamen Bundesgerichtshof im Gegenteil ausdrücklich klargestellt, dass Auslegungsgesichtspunkte außerhalb des Wortlauts, die ein anderes Verständnis gebieten könnten, von seiner Bejahung der präzisierten Vorlagefrage nicht berührt würden, weil diese Frage ausschließlich aufgrund des in der Frage gegebenen Wortlauts zu beantworten sei und beantwortet werde. Damit ist auch in diesem Vorlageverfahren das Primat der Auslegung klargestellt worden, und der Bundesgerichtshof hat danach weiter daran festgehalten, dass es jeweils der Auslegung im Einzelfall bedarf, wann die tatbestandlichen Voraussetzungen eines solchen Vorbehalts erfüllt sind.

Dies steht ferner nicht im Gegensatz zur Rechtsprechung des BAG. Dieses hat vielmehr ebenfalls ausgeführt, dass Umstände außerhalb der Urkunde bei der Auslegung zu berücksichtigen sind und daher eine Auslegung im Einzelfall geboten ist. Zu diesen Umständen zählt wie dargelegt die das Verständnis des durchschnittlichen Versicherungsnehmers beeinflussende Interessenlage der Vertragsparteien und der Versicherten bei Vertragsschluss. Dagegen wird sein Verständnis vom Inhalt einer versicherungsvertraglichen Bezugsrechtserklärung regelmäßig nicht entscheidend von der ihm in der Regel unbekanntem gesetzlichen Bestimmung des § 1b BetrAVG beeinflusst, die dem Arbeitgeber einen Widerruf des Bezugsrechts erst ab Eintritt der Unverfallbarkeit verbietet.

Es ist daher im Einzelfall zu prüfen, ob unter Berücksichtigung dieser Interessen eine von einem reinen Wortlautverständnis abweichende Interpretation der Bezugsrechtsklausel geboten ist oder ob andere Gesichtspunkte vorliegen, die auch unter Berücksichtigung dieser Interessen ein Festhalten am Wortlaut gebieten.

Nach der Rechtsprechung des BGH steht das **eingeschränkt unwiderrufliche Bezugsrecht** einem uneingeschränkt unwiderruflichen Bezugsrecht in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht gleich, solange die **tatbestandlichen Voraussetzungen des vereinbarten Vorbehalts nicht erfüllt** sind, und kann das Vorliegen dieser tatbestandlichen Voraussetzungen bei insolvenzbedingter Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund einer einschränkenden Auslegung der Vorbehaltserklärung zu verneinen sein, wobei es

insoweit auf die Auslegung der gegenüber dem Versicherer abgegebenen Erklärung im Einzelfall ankommt.¹⁶⁸¹

Auch wenn einer Direktversicherung arbeitsrechtlich eine **Entgeltumwandlung** zugrunde liegt, für die § 1b Abs. 5 BetrAVG über die sofortige gesetzliche Unverfallbarkeit nicht anwendbar ist, weil die Versorgungszusage vor dem 1.1.2001 erteilt wurde (§ 1b Abs. 5, § 30f Abs. 1 S. 2 i. V. m. Satz 1 BetrAVG), oder wenn die Rentenanwartschaft nach den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen **unverfallbar** ist, kann der Arbeitgeber das widerrufliche Bezugsrecht versicherungsrechtlich wirksam widerrufen.

Verstößt der versicherungsrechtlich wirksame Widerruf des Bezugsrechts gegen Verpflichtungen aus dem arbeitsrechtlichen Grundverhältnis und ist deshalb der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer dem Grunde nach zum **Schadensersatz** verpflichtet, besteht der dem Arbeitnehmer entstandene **Schaden** nicht in den gezahlten Versicherungsbeiträgen oder dem Rückkaufswert der Versicherung, sondern in dem **im Versicherungsfall eintretenden Versorgungsschaden**. Es bleibt **unentschieden**, ob ein Schadensersatzanspruch wegen eines durch den Insolvenzverwalter zwar wirksamen, aber arbeitsvertraglich zu Unrecht erklärten Widerrufs des Bezugsrechts eine **Insolvenzforderung** oder eine **Masseforderung** ist.

b) Anfechtbarkeit von Prämienzahlungen zur Direktversicherung

Die Arbeitgeber zahlen die Prämien zur Direktversicherung nicht aus Mitteln, die wirtschaftlich dem Arbeitnehmer zuzuordnen sind, sondern aus eigenen Mitteln. Daher gehören die vom Arbeitgeber **gezahlten Prämien im Insolvenzfall** zur **Insolvenzmasse**. Der Insolvenzverwalter hat gegen die Bank daher ggf. aufgrund einer Anfechtung gemäß §§ 130 Abs.1 S.1 Nr.2, 143 Abs.1 InsO einen Anspruch auf Rückzahlung der Versicherungsprämien.

Dies gilt auch für eine **Direktversicherung** zur Altersvorsorge aufgrund einer **Entgeltumwandlung**. Die für eine Direktversicherung zur Altersvorsorge erfolgte Entgeltumwandlung begründet **kein treuhänderisches Rechtsgeschäft**. Die Arbeitgeber zahlen nach Auffassung des OLG Karlsruhe¹⁶⁸² auch in solchen Fällen die Prämien zur Entgeltumwandlung nicht aus Mitteln, die wirtschaftlich dem Arbeitnehmer zuzuordnen sind, sondern aus eigenen Mitteln. Daher gehören die vom Arbeitgeber **gezahlten Prämien im Insolvenzfall** ebenfalls zur **Insolvenzmasse**. Der Insolvenzverwalter hat gegen die Bank

¹⁶⁸¹ BGH v. 24.6.2015 – IV ZR 411/13, NZI 2015, 931.

¹⁶⁸² OLG Karlsruhe v. 18.1.2007 – 12 U 185/06, NZI 2008, 188 = ZIP 2007, 286; dazu EWIR 2007, 405 (J.-S. Schröder); Schäfer, NZI 2008, 151.

daher auch in solchen Fällen unter den Voraussetzungen einer Anfechtung gemäß §§ 130 Abs.1 S.1 Nr.2, 143 Abs.1 InsO einen Anspruch auf Rückzahlung der Versicherungsprämien.

Die für diesen Anspruch notwendige **Benachteiligung der Gläubiger** liegt nach Auffassung des OLG Karlsruhe vor.¹⁶⁸³ Eine Benachteiligung wäre nur dann ausgeschlossen, wenn hinsichtlich der Versicherungsprämien ein Treuhandverhältnis zugunsten der Arbeitnehmer bestanden hätte, da treuhänderisch gebundenes Vermögen wirtschaftlich dem Treugeber zuzurechnen ist. Ein Treuhandverhältnis liege aber nicht vor. Die Entgeltumwandlungsabrede sei vielmehr als **Schuldänderungsvertrag** einzuordnen, durch den der bisher auf Zahlung an den Arbeitnehmer gerichtete Entgeltanspruch hinsichtlich des umgewandelten Teils endgültig entfällt und durch einen Anspruch auf Leistung der Versicherungsprämien ersetzt wird. Arbeitnehmer leisten somit die Versicherungsprämien aus dem wirtschaftlich und rechtlich ihnen zustehenden Vermögen. Eine Befugnis, über Vermögen zu verfügen, das wirtschaftlich den Arbeitnehmern zuzuordnen ist, werde durch die **Entgeltumwandlungsabrede** hingegen nicht geschaffen. Die Entgeltumwandlung nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG stellt somit **kein treuhänderisches Rechtsgeschäft** dar. Verfügbare Kreditmittel eines Schuldners bestimmen seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit ebenso wie vorhandenes Barvermögen. Eine Gläubigerbenachteiligung könne deshalb auch dann vorliegen, wenn die Befriedigung eines Gläubigers durch Lastschrift auf einem debitorisch geführten Konto des Schuldners erfolgt.

c) **Anfechtbarkeit der Verpfändung von Versicherungsansprüchen**

Zu prüfen ist in Fällen der Abtretung bzw. Verpfändung auch stets die Frage der insolvenzrechtlichen **Anfechtbarkeit**. Überträgt etwa der Arbeitgeber innerhalb des letzten Monats vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen seine Rechte als Versicherungsnehmer aus einer Direktversicherung auf den versicherten Arbeitnehmer, so kann der Insolvenzverwalter im Wege der Insolvenzanfechtung die Zurückgewährung zur Insolvenzmasse verlangen, wenn dem **Arbeitnehmer noch keine unverfallbare Anwartschaft** im Sinne des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung zustand. Dieser Anspruch des Insolvenzverwalters unterliegt keiner tarifvertraglichen Ausschlussfrist.¹⁶⁸⁴

¹⁶⁸³ OLG Karlsruhe v. 18.1.2007 – 12 U 185/06, NZI 2008, 188 = ZIP 2007, 286; dazu EWiR 2007, 405 (J.-S. Schröder); Schäfer, NZI 2008, 151.

¹⁶⁸⁴ BAG v. 19.11.2003 – 10 AZR 110/03, AP Nr. 1 zu § 129 InsO = ArbRB 2004, 74 (Sasse) = DZWIR 2004, 236 = NZA 2004, 208 = ZInsO 2004, 284 = ZIP 2004, 229, dazu EWiR 2004, 299 (Reichold).

d) Insolvenzfestigkeit verpfändeter Ansprüche aus Rückdeckungsversicherungen
Besteht eine **Rückdeckungsversicherung** für die Ansprüche des Arbeitnehmers aus der betrieblichen Altersversorgung und sind die Ansprüche daraus dem Arbeitnehmer **sicherungshalber abgetreten oder verpfändet** worden, stellt sich die Frage nach der Insolvenzfestigkeit einer solchen Absicherung.¹⁶⁸⁵

Eine solche Abtretung oder Verpfändung soll nur zu einem **Aussonderungsrecht** des Arbeitnehmers führen, wenn die Abtretung oder Verpfändung **der Versicherung schriftlich angezeigt** ist. Eine bloß interne Abtretung oder Verpfändung im Arbeitsvertrag soll dagegen wegen § 13 Abs. 3 ALB auch in der Insolvenz unbeachtlich sein.¹⁶⁸⁶

Werden aus einer kapitalbildenden Lebensversicherung nur die **Ansprüche auf den Todesfall** zur Sicherheit abgetreten, gibt es für die Frage, ob damit zugleich der Anspruch auf den **Rückkaufswert** (nach Kündigung) abgetreten ist, keinen generellen Vorrang für seine Zuordnung zu den Ansprüchen auf den Todesfall. Ob die Abtretung auch den Anspruch auf den Rückkaufswert erfasst, ist durch **Auslegung** ermitteln. Haben danach Zedent und Zessionar mit der Beschränkung der Sicherungsabtretung auf den Anspruch auf den Todesfall das Ziel verfolgt, dem Sicherungsgeber mit Blick auf das Steueränderungsgesetz 1992 steuerliche Vorteile zu erhalten, ist im Regelfalle der Anspruch auf den Rückkaufswert nicht mit übertragen.¹⁶⁸⁷

Hat der Versicherungsnehmer (Insolvenzschuldner) die Ansprüche aus einer Lebensversicherung vor Insolvenzeröffnung **nur hinsichtlich des Todesfalles sicherungshalber** für ein Darlehen **abgetreten**, dessen Rückzahlung aus der Lebensversicherung erfolgen soll, so erfasst nach Auffassung des OLG Hamburg die Abtretung auch den Anspruch auf den Rückkaufswert, sofern Abweichendes weder ausdrücklich noch konkludent vereinbart ist. Dem Sicherungsgeber steht damit im Insolvenzverfahren des Versicherungsnehmers ein **Absonderungsrecht** an dem Rückkaufswert zu. Auch in diesem Fall hat der Insolvenzverwalter allerdings ein **Recht auf Einziehung und Verwertung** des sicherungshalber abgetretenen Anspruchs auf Auszahlung des Rückkaufswertes.¹⁶⁸⁸

Im Falle der Absonderung bleibt der Insolvenzverwalter nach § 166 Abs. 2 InsO zur **Einziehung des Rückkaufwertes** berechtigt. Er kann nach § 171 Abs. 1 und Abs. 2 InsO die **Feststellungs- und die Verwertungspauschale von 4% bzw. 5 %** für sich

¹⁶⁸⁵ Perwein, GmbHR 2007, 589.

¹⁶⁸⁶ Kier, Insbüro 2004, 122, 124.

¹⁶⁸⁷ BGH v. 13.6.2007 – IV ZR 330/05, NJW 2007, 2320 = ZIP 2007, 1375; dazu Janca, ZInsO 2007, 982.

¹⁶⁸⁸ OLG Hamburg v. 8.11.2007 – 9 U 123/07, ZIP 2008, 33.

beanspruchen. Einige Gerichte wollen allerdings nur eine am tatsächlichen Aufwand orientierte Verwertungsvergütung akzeptieren.¹⁶⁸⁹

Zur Verwertung einer **an den Gesellschafter-Geschäftsführer verpfändeten Rückdeckungsversicherung mit widerruflichem Bezugsrecht** in der Insolvenz der Gesellschaft hat der BGH inzwischen entschieden:¹⁶⁹⁰

„Hat der Pfandrechtsgläubiger mangels Pfandreife gegen den Insolvenzverwalter nur einen Anspruch auf Sicherstellung, steht dem Verwalter das Einzugsrecht gegen den Drittschuldner allein zu.“

Er führt zur Begründung aus: *„Ohne eine wirksame Verpfändung kann der Insolvenzverwalter die Bezugsberechtigung mit der Folge widerrufen, dass der Rückkaufswert in die Insolvenzmasse fällt.“*¹⁶⁹¹ *Durch die Erteilung einer lediglich widerruflichen Bezugsberechtigung hat der Bezugsberechtigte weder einen Anspruch aus dem Versicherungsvertrag (§ 166 Abs.2 VVG) noch eine sonstige gesicherte Rechtsposition - etwa ein Anwartschaftsrecht - erworben. Vielmehr besitzt er lediglich eine mehr oder weniger starke tatsächliche Aussicht auf den Erwerb eines zukünftigen Anspruchs. Da der Versicherungsnehmer sich allein durch die widerrufliche Benennung des Dritten keiner Rechte aus dem Vertrag begeben hat, also jederzeit die Bezugsberechtigung durch einseitige Erklärung auf sich selbst oder eine andere Person umleiten kann, verbleiben vor dem Eintritt des Versicherungsfalls alle vertraglichen Rechte bei ihm“.*¹⁶⁹²

Ob auch eine **Umsatzsteuerpflicht** entsteht und damit auch 19% USt abzuziehen sind, ist **streitig**. Das FG Brandenburg bejaht dies mit der Begründung, der Insolvenzverwalter erbringe durch die Verwertung eine „sonstige Leistung“ an den absonderungsberechtigten Gläubiger, da die Möglichkeit der besseren Verwertung durch ihn ein verkehrsfähiges Wirtschaftsgut sei.¹⁶⁹³

e) Insolvenzfestigkeit der Rückdeckungsversicherung zur Unterstützungskasse

Im Urteil vom 29.09.2010¹⁶⁹⁴ hatte sich das BAG mit einem Fall zu befassen, in dem ein Insolvenzverwalter die Freigabe einer **Rückdeckungsversicherung von einer Gruppen-Unterstützungskasse** begehrte. Das BAG hat erkannt, dass man bei einem **externen**

¹⁶⁸⁹ OLG Jena v. 3.2.2004 - 5 U 709/03, ZIP 2004, 2107; OLG Hamm v. 20.9.2001 - 27 U 54/01, ZInsO 2001, 1162; AG Bonn v. 11.10.2000 - 16 C 322/00, NZI 2001, 50.

¹⁶⁹⁰ BGH v. 7.4.2005 – IX ZR 138/04, InVo 2005, 352 = NZI 2005, 384 = ZIP 2005, 909; dazu EWIR 2005, 641 (Balle) und Perwein, GmbHR 2007, 589; im Anschluss an BGHZ 136, 220; dazu EWIR 1997, 999 (Blomeyer).

¹⁶⁹¹ BGH v. 4.3.1993 - IX ZR 169/92, ZIP 1993, 600, 602, dazu EWIR 1993, 473 (Blomeyer).

¹⁶⁹² BGH v. 23.10.2003 - IX ZR 252/01, BGHZ 156, 350, 356 = ZIP 2003, 2307, 2309.

¹⁶⁹³ FG Brandenburg v. 16.3.2004 – 1 K 2942/02, EWIR 2004, 931 (Bork).

¹⁶⁹⁴ BAG v. 29.9.2010 - 3 AZR 107/08, ZIP 2011, 347, dazu EWIR 2011, 235 (Büdenbender).

Durchführungsweg wie der rückgedeckten Unterstützungskasse zwischen dem Rechtsverhältnis des Arbeitgebers zu seinem Arbeitnehmer (Versorgungs- oder **Valutaverhältnis**) einerseits und dem Rechtsverhältnis des Arbeitgebers zum Versorgungsträger (**Deckungsverhältnis**) unterscheiden muss. Dies bedeutet, dass bei Insolvenz des Arbeitgebers der Insolvenzverwalter die Rechte des Arbeitgebers gegenüber dem Versorgungsträger ausüben kann, ohne dass dadurch Aussonderungsrechte des Arbeitnehmers nach § 47 InsO entstehen. Das schließt nicht aus, dass Rechtspositionen aus dem Versorgungsverhältnis auch für das Deckungsverhältnis Bedeutung erlangen können, sei es kraft vertraglicher Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Versorgungsträger oder kraft Gesetzes. Das wirkt sich entsprechend in der Insolvenz aus.

Auch ergibt sich **kein Anspruch nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung wegen Wegfalls des Rechtsgrunds** für die von dem Arbeitgeber geleisteten Beitragszahlungen oder wegen Zweckverfehlung. Denn der Widerruf der Versorgungszusagen seitens des Insolvenzverwalters hat keine Wirkung entfaltet. Eine Widerrufsmöglichkeit könnte sich allenfalls aus dem Freiwilligkeitsvorbehalt im Leistungsplan ergeben. Dieser berechtigt zu einem Widerruf der zugesagten Leistungen aus sachlichen Gründen. Ein solcher Grund könnte hier allenfalls in der **wirtschaftlichen Notlage** des Arbeitgebers liegen. Allerdings kommt ein **Widerruf einer Versorgungszusage wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten** nur insoweit und solange überhaupt in Betracht, wie eine **Sanierung geplant** ist und die **Sanierungsmaßnahmen nicht gescheitert** sind. Dies liegt hier nicht vor, wenn der Insolvenzverwalter den Betrieb stillgelegt hat. Dass die Rückkaufswerte zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger genutzt werden sollen, rechtfertigt den Widerruf nicht. Gegenüber den Insolvenzgläubigern brauchen die Arbeitnehmer keine Beschneidung ihrer bereits erworbenen Rechte zu akzeptieren. Wenn eine bAV i.S.d. BetrAVG vorliegt und **gesetzliche Unverfallbarkeit** gegeben ist, ist ein Widerruf der Versorgungszusagen wegen wirtschaftlicher Notlage von vornherein unter jedem Gesichtspunkt ausgeschlossen.

f) Lohnsteuerliche Folgen des Verlusts eines Bezugsrechts

Zahlt ein Arbeitnehmer Arbeitslohn zurück, der dem Lohnsteuerabzug unterlegen hat, so bleibt der früher gezahlte Arbeitslohn zugeflossen (§ 11 Abs. 1 EStG).¹⁶⁹⁵ Die zurückgezahlten Beträge sind vielmehr im Zeitpunkt der **Rückzahlung als negative Einnahmen oder Werbungskosten** zu berücksichtigen.¹⁶⁹⁶ Es kann aber nach der Auffassung des BFH dahinstehen, ob eine Rückzahlung von Arbeitslohn anzunehmen ist,

¹⁶⁹⁵ BFH v. 7.11.2006 – VI R 2/05, BStBl. II 2007, 315, m.w.N.

¹⁶⁹⁶ BFH v. 4.5.2006 – VI R 33/03, BFHE 214, 92 = BStBl II 2006, 911.

wenn der Arbeitnehmer sein Bezugsrecht aus einer Direktversicherung ganz oder teilweise ersatzlos verliert

Der **Verlust des Bezugsrechts** bei Insolvenz des Arbeitgebers infolge Widerrufs löst nämlich ohnehin **keine lohnsteuerlichen Folgen** aus. Das folgt nach der Auffassung des BFH aus den Besonderheiten der Insolvenzversicherung nach § 7 BetrAVG.¹⁶⁹⁷ Da sich der Umfang der gesicherten Leistungsansprüche prinzipiell nach der Versorgungszusage des Arbeitgebers richtet, sei wirtschaftlich kein Verlust der Versorgungsansprüche gegeben. Im Hinblick darauf seien auch die als Arbeitslohn versteuerten Versicherungsbeiträge nicht verloren, so dass für die Annahme einer Lohnrückzahlung kein Raum ist.

16. Abfindungsmöglichkeit

Aufgrund der Neufassung des § 3 Abs. 1 S. 4 BetrAVG kann dem Arbeitnehmer **ohne dessen Zustimmung** bei vollständiger Betriebseinstellung und Liquidation des Unternehmens für die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erdienten Ansprüche eine einmalige Abfindung gewährt werden.

Dieses Recht steht dem Insolvenzverwalter selbst dann zu, wenn es sich nicht bloß um „**Bagatellansprüche**“ handelt und wenn das Unternehmen im Rahmen einer **übertragenden Sanierung** fortgeführt werden soll.¹⁶⁹⁸

17. Gerichtliche Auseinandersetzungen

Gerichtliche Auseinandersetzungen um die Einstandspflicht des Pensionssicherungsvereins sind vor den **Arbeitsgerichten** zu führen (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 ArbGG). Örtlich ist das **Arbeitsgericht Köln** zuständig (§ 17 ZPO). Es kommt also nicht auf den Sitz des ehemaligen Arbeitgebers an.

Der Arbeitnehmer oder seine Hinterbliebenen muss keine Leistungsklage, er kann auch **Feststellungsklage** erheben. Ein besonderes Feststellungsbedürfnis gem. § 256 Abs. 1 ZPO ist in der Regel nicht erforderlich. Der Grund liegt, dass der Pensionssicherungsverein, obwohl privatrechtlich organisiert, als beliehenes Unternehmen und in Wahrnehmung seiner gesetzlichen Funktion auch bei einem Feststellungstitel leisten wird.¹⁶⁹⁹ Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen Versorgungsempfänger und PSV soll dabei auch schon vor Eintritt des Sicherungsfalles bestehen können.¹⁷⁰⁰

¹⁶⁹⁷ BFH v. 5.7.2007 – VI R 58/05, BStBl. II 2007, 774 = ZIP 2007, 1569.

¹⁶⁹⁸ LAG Baden-Württemberg v. 3.7.2007 – 22 Sa 1/07, ZIP 2007, 2045 = ZInsO 2007, 1174.

¹⁶⁹⁹ Blomeyer/Otto, § 7 Rn. 298; Schaub, § 81 Rn. 530.

¹⁷⁰⁰ BGH v. 25.10.2004 – II ZR 413/02, ZIP 2005, 42.

18. Finanzierung der Insolvenzsicherung nach dem BetrAVG

Nach § 10 Abs. 1 BetrAVG werden die Mittel für die Durchführung der Insolvenzsicherung aufgrund öffentlich-rechtlicher Verpflichtung durch **Beiträge aller Arbeitgeber** aufgebracht, die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung auf einem der dort genannten Durchführungswege zugesagt haben. Gemäß § 10 Abs. 2 BetrAVG müssen die Beiträge den sog. **Barwert der im laufenden Kalenderjahr entstehenden Ansprüche** auf Leistungen der Insolvenzsicherung sowie näher bezeichnete weitere Kosten und Zuführungen zu einem Ausgleichsfonds decken; sie müssen also dem jährlichen Beitragsbedarf des Trägers der Insolvenzsicherung entsprechen. Der Barwert ist **nach versicherungsmathematischen Grundsätzen** mit einem Rechnungszinsfuß nach Maßgabe des § 65 VAG zu ermitteln. Die Beiträge werden **am Ende des Kalenderjahres fällig**.

Nach § 10 Abs. 3 BetrAVG werden die erforderlichen Beiträge in einem **Umlagesystem**¹⁷⁰¹ auf die Arbeitgeber nach Maßgabe bestimmter Beträge umgelegt, soweit sie sich auf die laufenden Versorgungsleistungen und die nach § 1b BetrAVG unverfallbaren Versorgungsanwartschaften beziehen:

- Bei Arbeitgebern, die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung **unmittelbar zugesagt** haben, ist gemäß § 10 Abs. 3 Nr. 1 BetrAVG **Beitragsbemessungsgrundlage der Teilwert der Pensionsverpflichtung**. Das ist nach näherer Regelung des § 6a Abs. 3 EStG der Barwert (Kapitalwert) der laufenden Pensionen sowie der unverfallbaren Anwartschaften der Betriebsangehörigen und der mit solchen Anwartschaften bereits ausgeschiedenen ehemaligen Arbeitnehmer.
- Bei Arbeitgebern, die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung über einen **Pensionsfonds** durchführen, beträgt gemäß § 10 Abs. 3 Nr. 4 BetrAVG die Beitragsbemessungsgrundlage **20 vom Hundert des entsprechend Nummer 1 ermittelten Betrages**.

Gemäß § 10 Abs. 3 Halbs. 2 BetrAVG sind die Beträge, nach deren Maßgabe die Beiträge umgelegt werden, **auf den Schluss des Wirtschaftsjahres des Arbeitgebers festzustellen**, das im abgelaufenen Kalenderjahr geendet hat. Mit dem "Schluss des Wirtschaftsjahres" ist der Bilanzstichtag des betreffenden Arbeitgebers gemeint. Das ist der Schluss des jeweiligen Geschäftsjahres (§ 242 Abs. 1, § 264 HGB, § 150 Abs. 1 AktG). Die Beitragsbemessungsgrundlagen werden danach nach den Daten des Jahres ermittelt, das dem für die Beitragspflicht maßgebenden Kalenderjahr vorausgeht. Die Beitragspflicht für ein

¹⁷⁰¹ BVerwG v. 12.10.2011 – 8 C 19.10; ZIP 2012, 691.

Jahr ist daher grundsätzlich nach Maßgabe der **Verhältnisse zum Bilanzstichtag des Endes des Vorjahres** zu berechnen.

Die Bestimmung des § 10 Abs. 3 Halbs. 2 BetrAVG greift auch bei einem **Wechsel des Durchführungswegs** von unmittelbaren Versorgungszusagen zu Pensionsfonds-Zusagen während des laufenden Wirtschaftsjahres ein. Da jedoch nahezu alle im Gesetz (§ 1 Abs. 1, § 1b Abs. 2 bis 4 BetrAVG) vorgesehenen Durchführungswege - mit Ausnahme der Pensionskasse - die Beitragspflicht begründen, wirkt sich die Änderung des Durchführungswegs regelmäßig nicht auf die Beitragspflicht als solche, sondern nur auf die Beitragshöhe aus.

Die **Höhe des Beitrags** ist nicht in § 10 Abs. 1 BetrAVG, sondern in den nachfolgenden Absätzen geregelt. Sie hängt u. a. von dem jeweils gewählten, die Beitragspflicht begründenden Durchführungsweg ab, der die Beitragsbemessungsgrundlage bestimmt (§ 10 Abs. 3 Nr. 1 bis 4 BetrAVG); diese wiederum wird nach § 10 Abs. 3 Halbs. 2 BetrAVG auf den Schluss des dem Beitragsjahr vorangehenden Wirtschaftsjahr festgestellt. § 10 Abs. 3 Halbs. 2 BetrAVG stellt daher, wie die Vorgängervorschrift des § 10 Abs. 2 Satz 3 BetrAVG a. F.,¹⁷⁰² eine **Stichtagsregelung** für die Bemessung der Beiträge dar, die nach öffentlichem Recht zu entrichten sind und deren Höhe wesentlich durch den gewählten Durchführungsweg beeinflusst wird.

Die Anwendung der Stichtagsregelung setzt freilich voraus, dass eine Beitragspflicht überhaupt besteht. Sie hat keine Bedeutung für den **Zeitraum nach Beendigung einer Beitragspflicht**. Dies gilt auch, wenn diese während eines laufenden Jahres endet, weil die Vorschriften der §§ 7 bis 15 BetrAVG auf den bisherigen Beitragsschuldner nicht weiter anwendbar sind, etwa weil es sich um eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt, bei der der Bund, ein Land oder eine Gemeinde kraft Gesetzes die Zahlungspflicht gesichert hat (§ 17 Abs. 2 BetrAVG). In diesem Fall ist die Konsequenz aus der Beendigung der Beitragspflicht, dass **Beiträge nur für die Zeit der Anwendbarkeit** der §§ 7 bis 15 BetrAVG, also pro rata temporis, erhoben werden können (§ 14 Abs. 1 Satz 4 BetrAVG i. V. m. § 25 Abs. 1 Satz 2 VAG).

Dem Fall der Beendigung der Beitragspflicht während des Laufs eines Beitragsjahres kann jedoch der Fall des Wechsels zwischen den in § 10 Abs. 1 BetrAVG genannten Durchführungswegen für die betriebliche Altersversorgung nicht gleichgestellt werden. Denn in diesem Fall kommt es - anders als in jenem Fall, in dem die §§ 7 bis 15 BetrAVG nicht

¹⁷⁰² BVerwG v. 14.3.1991 - 3 C 24/90, BVerwGE 88, 79, 82.

länger anwendbar sind - gerade nicht zu einem Wegfall der Beitragspflicht, sondern nur zu einer **Änderung der Beitragshöhe**, so dass es bei der Geltung der Stichtagsregelung bleiben muss.

Die Änderung einer Versorgungszusage unterbricht gemäß § 1b Abs. 1 Satz 3 BetrAVG nicht die Fristen, die gemäß § 1b Abs. 1 Satz 1 und 2 BetrAVG zur Begründung einer Versorgungsanwartschaft führen. Das Gesetz geht also für das arbeitsrechtliche Rechtsverhältnis von der **Einheit einer betrieblichen Altersversorgung auch bei einem Wechsel des Durchführungswegs** aus. Diese einheitliche Betrachtung muss auf die Insolvenzversicherung durchschlagen, durch die die Versorgungsansprüche der Arbeitnehmer geschützt werden sollen.

Der Wechsel des Durchführungswegs der betrieblichen Altersversorgung von einer unmittelbaren Versorgungszusage in eine Versorgung über einen Pensionsfonds während des laufenden Wirtschaftsjahrs wirkt sich ebenso wie jede andere Änderung der Bemessungsgrundlage **erst im nachfolgenden Kalenderjahr** auf die Höhe des Beitrags zur Insolvenzversicherung aus.¹⁷⁰³

Etwas anderes gilt nur, wenn mit dem Wechsel des Durchführungswegs die **Beitragspflicht insgesamt entfällt**, weil der nunmehr gewählte Weg (über die Pensionskasse) nicht zu den Durchführungswegen gehört, die nach § 10 Abs. 1 BetrAVG die Beitragspflicht begründen.

19. Insolvenzzugehörigkeit der betrieblichen Altersversorgung in der Insolvenz des Bezugsberechtigten

Bei einer Lebensversicherung gehören **Ansprüche auf die Versicherungsleistung im Versicherungsfall**, die dem Schuldner als Versicherungsnehmer oder aufgrund eines **unwiderruflichen Bezugsrechts** zustehen, bereits **vor Eintritt des Versicherungsfalls** zur **Insolvenzmasse**. Ansprüche des Schuldners auf die Todesfall- oder Erlebensfallleistung aus einer für die betriebliche Altersversorgung durch den Arbeitgeber abgeschlossenen Direktversicherung unterliegen der Nachtragsverwaltung, soweit die Ansprüche in die Insolvenzmasse fallen.¹⁷⁰⁴ Diese Entscheidung schafft Klarheit zur offenen Frage der Massezugehörigkeit des Guthabens in einer der Altersvorsorge dienenden „Direktversicherung“. Die Feststellung des 9. Senats war nach den bisherigen Entscheidungen des BGH¹⁷⁰⁵ zu erwarten.

¹⁷⁰³ BVerwG v. 23.1.2008 - 6 C 19/07, ZIP 2008, 752.

¹⁷⁰⁴ BGH v. 20.12.2018 – IX ZB 8/17, NJW 2019, 999; dazu Verbraucherinsolvent aktuell 2019, 27 m. Anm. Hain; Henning. Inso-Newsletter 2019, 1.

¹⁷⁰⁵ BGH v. 11.11.2010 - VII ZB 87/09; BGH v. 11.12.2014 -IX ZB 69/12.

Zunächst gibt der BGH vor, dass nur die **bis zur Aufhebung des Insolvenzverfahrens entstandenen Vermögenswerte der Nachtragsverteilung unterliegen** können. Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens erfolgte Einzahlungen und die ab diesem Termin entstandenen Zinsansprüche bleiben also beim Schuldner.

Der BGH stellt auch fest, dass nach Fälligkeit der Versicherungsforderung die **allgemeinen Pfändungsschutzregeln** gelten. Folglich kann sich eine **Unpfändbarkeit** der Versicherungsleistung aus § 850i ZPO ergeben, wenn der Schuldner nicht über weiteres zum Lebensunterhalt ausreichendes Einkommen verfügt und den entsprechenden Schutzantrag stellt. Die maßgeblichen Einkommensgrenzen ergeben sich aus der Pfändungstabelle des § 850c ZPO.

Des Weiteren ist eine **Nachtragsverteilung** zeitlich unbefristet und **auch nach Erteilung der Restschuldbefreiung** zulässig.¹⁷⁰⁶ Allerdings kann eine Nachtragsverteilung nicht hinsichtlich freigegebener Vermögenswerte erfolgen.¹⁷⁰⁷ Der Nachtragsverteilung unterliegt zunächst die **Forderung** des Schuldners gegen die Versicherungsgesellschaft. Hat der Schuldner die Forderung bereits eingezogen, unterliegt der bei Schuldner vorhandene **Erlös** der Nachtragsverteilung.¹⁷⁰⁸ Hat der Schuldner den Erlös bereits verbraucht, hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob er sich auf den Rechtsgedanken der §§ 818 Abs. 3, 819 BGB (**Entreicherungseinwand**) berufen kann.

Schließlich behandelt die Entscheidung die häufig auch relevante Frage eines möglichen **Wahlrechts des Schuldners** zwischen einer **Einmalzahlung** oder einer monatlichen **Rentenzahlung** und dessen Massezugehörigkeit nicht. Die Massezugehörigkeit des Wahlrechts wird in vergleichbaren Konstellationen von der Rspr. Abgelehnt.¹⁷⁰⁹

II. Schutz der Altersvorsorge von Gesellschaftern und Gesellschafter-Geschäftsführern

1. Geschützter Personenkreis

Berechtigte im Sinne des BetrAVG sind gem. § 17 BetrAVG Arbeitnehmer, wobei der Arbeitnehmerbegriff des BetrAVG dem **allgemeinen arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff** entspricht. Das wesentliche Kriterium ist daher die persönliche Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit.

¹⁷⁰⁶ BGH v. 10.7.2008 -IX ZB 172/07.

¹⁷⁰⁷ BGH v. 3.4.2014 -IX ZA 5/14.

¹⁷⁰⁸ BGH v. 26.1.2012 -IX ZB 111/10.

¹⁷⁰⁹ BGH v. 10.1.2008 -IX ZR 94/06; OLG Dresden v. 12.5.2005 -13 U 2131/04; VG Düsseldorf v. 21.3.2011 - 20 K 7697/09.

Nach § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG gelten die §§ 1 bis 16 BetrAVG entsprechend für Personen, die nicht Arbeitnehmer sind, wenn ihnen Leistungen der Altersversorgung "**aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen**" zugesagt worden sind. Das gilt jedoch nur dann, wenn die **Tätigkeit auf Grund von vertraglichen Beziehungen** zwischen dem Begünstigten und dem Unternehmen erbracht wird. Es reicht nicht aus, dass sie diesem wirtschaftlich zugute kommt.¹⁷¹⁰ Maßgeblich für den geschützten Umfang des Versorgungsanspruchs ist der jeweilige Versorgungsvertrag.¹⁷¹¹

Eine Versorgungszusage ist nur dann "aus Anlass" eines Arbeitsverhältnisses oder Beschäftigungsverhältnisses iSd. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG erteilt, wenn zwischen ihr und dem Arbeits-/ Beschäftigungsverhältnis ein **ursächlicher Zusammenhang** besteht. Erforderlich ist eine Kausalitätsprüfung, die alle Umstände des Einzelfalles berücksichtigt. Sagt ein Unternehmen **allen Gesellschaftern** und nur ihnen eine Versorgung zu, ist das ein Indiz dafür, dass dies nicht "aus Anlass" des Arbeits-/ Beschäftigungsverhältnisses geschah.¹⁷¹²

Eine genaue Beschreibung des sicherungsfähigen Personenkreises enthält das jeweilige **Merkblatt** des Pensionssicherungsvereins.¹⁷¹³

Arbeitgeber im Sinne der §§ 7, 10 BetrAVG ist nach der Rechtsprechung des BAG derjenige, der selbst oder über Versorgungseinrichtungen die Altersversorgung zusagt oder erbringt¹⁷¹⁴.

Mit der **Aufhebung des Insolvenzverfahrens** nach Wirksamwerden der **Bestätigung eines Insolvenzplans** erlischt das Amt des Insolvenzverwalters (§ 259 Abs. 1 Satz 1 InsO). Der Schuldner erhält das Verfügungsrecht über die Insolvenzmasse zurück (§ 259 Abs. 1 Satz 2 InsO) und wird mit der Aufhebung für ein noch schwebendes Verfahren wieder selbst **prozessführungsbefugt**.¹⁷¹⁵ Dies entspricht den Festlegungen im Insolvenzplan. Ist dieser in formelle Rechtskraft erwachsen, treten die in seinem gestaltenden Teil festgelegten materiellen Wirkungen unmittelbar für und gegen alle Beteiligten ein (§ 254 Abs. 1 Satz 1

¹⁷¹⁰ BAG v. 20.4.2004 – 3 AZR 297/03, ZIP 2004, 2070, dazu EWiR 2005, 7 (Neufeld) für den Fall einer Tätigkeit in verbundenen Unternehmen.

¹⁷¹¹ BGH v. 11.10.2007 – II ZR 212/06, DStR 2007, 2123.

¹⁷¹² BAG v. 19.1.2010 - 3 AZR 42/08, ZIP 2010, 1769.

¹⁷¹³ Zuletzt 300/M 3.10, veröffentlicht auch unter www.psvag.de unter „Merkblätter“.

¹⁷¹⁴ BAG v. 6.8.1985 – 3 AZR 185/83, ZIP 1985, 1520; vgl. zum Insolvenzschutz im Konzern BAG v. 25.10.1988 - 3 AZR 64/87, ZIP 1989, 259.

¹⁷¹⁵ BGH v. 7.7.2008 - II ZR 26/07, DZWIR 2008, 471.

InsO).¹⁷¹⁶ **Insolvenzforderungen** können daher **nur noch in Höhe der vereinbarten Quoten** durchgesetzt werden.¹⁷¹⁷

Nach § 9 Abs. 2 Satz 1 BetrAVG gehen Ansprüche oder Anwartschaften des Berechtigten gegen den Arbeitgeber auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, die den Anspruch gegen den Träger der Insolvenzversicherung begründen, im Falle eines Insolvenzverfahrens mit dessen Eröffnung über. Der Arbeitnehmer, der bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine nach § 1b BetrAVG **unverfallbare Versorgungsanwartschaft** hat, erwirbt unter den in § 7 Abs. 2 Satz 1 BetrAVG bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch gegen den Träger der Insolvenzversicherung auf Gewährung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung bei Eintritt des Versorgungsfalls. Im Gegenzug geht seine zum Zeitpunkt des Sicherungsfalls bestehende Anwartschaft gegen den Arbeitgeber auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nach § 9 Abs. 2 Satz 1 BetrAVG auf den Pensions-Sicherungs-Verein über, der deren Wert als unbedingte Forderung zur Insolvenztabelle anmelden kann (§ 174 Abs. 1, § 45 Satz 1 InsO).

Unter **sachlich-proportionalen Gründen** sind willkürfreie, nachvollziehbare und aner kennenswerte Gründe zu verstehen, die auf einer **wirtschaftlich ungünstigen Entwicklung des Unternehmens** oder einer **Fehlentwicklung der betrieblichen Altersversorgung** beruhen können.¹⁷¹⁸ Dabei müssen wirtschaftliche Schwierigkeiten nicht das für einen triftigen Grund erforderliche Ausmaß erreicht haben. Eine **langfristige Substanzgefährdung** oder eine **dauerhaft unzureichende Eigenkapitalverzinsung** ist **nicht erforderlich**. Zur Rechtfertigung des Eingriffs bedarf es auch weder der sachverständigen Feststellung einer insolvenznahen wirtschaftlichen Notlage noch eines ausgewogenen, die Sanierungslasten angemessen verteilenden Sanierungsplans.¹⁷¹⁹

Die für einen derartigen Eingriff ausreichenden sachlich-proportionalen Gründe können sich auch aus dem **Interesse des Betriebserwerbers** ergeben, die **Versorgungsbedingungen zu vereinheitlichen**. Dieses Interesse hat der Gesetzgeber in § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB anerkannt. Er hat dem **Ordnungsinteresse des neuen Betriebsinhabers** gegenüber den Interessen der Arbeitnehmer an der Beibehaltung der bisherigen Regelungen Vorrang eingeräumt, wenn die neue Betriebsvereinbarung in dem mit dem Betriebserwerber bestehenden Arbeitsverhältnis unmittelbar und zwingend anzuwenden ist.¹⁷²⁰ Zwar ist es grundsätzlich möglich, eine Betriebsvereinbarung aus wichtigem Grund fristlos zu kündigen -

¹⁷¹⁶ LAG Köln v. 10.5.2016 – 12 Sa 864/15, NZI 2016, 705.

¹⁷¹⁷ BAG v. 5.5.2015 - 1 AZR 764/13, openJur 2019, 1155; BGH v. 19.5.2011 - IX ZR 222/08, ZIP 2011, 1271.

¹⁷¹⁸ BAG v. 11.5.1999 - 3 AZR 21/98, BAGE 91, 310.

¹⁷¹⁹ BAG v. 16.2.2010 - 3 AZR 181/08, BAGE 133, 181.

¹⁷²⁰ BAG v. 29.7.2003 - 3 AZR 630/02, AP Nr. 45 zu § 1 BetrAVG; LAG Baden-Württemberg v. 23.3.2011 - 13 Sa 155/10, openJur 2012, 64226.

allerdings nur, wenn ihre Fortgeltung bis zum vereinbarten Ende oder zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist einer Seite nicht zugemutet werden kann. Dabei sind an die Gründe für die fristlose Kündigung strenge Anforderungen zu stellen. Eine pauschale Begründung kann die Kündigung jedoch nicht rechtfertigen. Nach allgemeinen Grundsätzen muss derjenige, der nicht länger an einem Vertragsverhältnis festhalten will und eine außerordentliche Kündigung erklärt, im einzelnen Tatsachen vortragen, denen zu entnehmen ist, dass wichtige Gründe für eine vorzeitige Beendigung vorliegen und warum ein Festhalten am Vereinbarten auch nur bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht von ihm verlangt werden kann.¹⁷²¹

2. Persönlich haftende Gesellschafter

Daraus folgt, dass für einen persönlich haftenden Gesellschafter kein Schutz seiner Ansprüche nach dem Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung besteht¹⁷²². War der persönlich haftende Gesellschafter zeitweise als Arbeitnehmer und zeitweise als Unternehmer tätig, ist eine zeitanteilige Aufteilung vorzunehmen. Der Teil der Versorgungszusage für die Arbeitnehmertätigkeit ist somit durch das BetrAVG geschützt¹⁷²³.

3. GmbH-Geschäftsführer

Schwierigkeiten ergeben sich ebenfalls bei der Qualifizierung des Geschäftsführers einer GmbH¹⁷²⁴.

Ob im Falle einer **Entgeltlichkeit** der Anstellungsvertrag materiell-rechtlich auch ein Arbeitsvertrag, der Geschäftsführer also Arbeitnehmer sein kann, ist umstritten. Der **BGH** verneinte dies bisher in ständiger Rechtsprechung mit der Begründung, der Geschäftsführer nehme als Vertretungsorgan der Gesellschaft Arbeitgeberfunktion wahr¹⁷²⁵. Das **BAG** vertritt dagegen die Auffassung, dass der GmbH-Geschäftsführer auch Arbeitnehmer oder eine arbeitnehmerähnliche Person sein kann¹⁷²⁶.

Wird der Geschäftsführer **außerhalb seiner organschaftlichen Tätigkeit** für die GmbH im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses tätig (z.B. als Buchhalter nach seiner Dienstzeit), so kann

¹⁷²¹ BAG v. 28.4.1992 -1 ABR 68/91, NZA 1993, 31.

¹⁷²² BGH v. 9.6.1980 - II ZR 255/78, ZIP 1980, 556; vgl. dazu Arens, Familiengesellschaften, § 5, 248 ff. m.w.N.

¹⁷²³ BGH v. 16.2.1981 – II ZR 95/80, ZIP 1981, 408; vgl. zur Rückstellungsbildung Arens, a.a.O., 241 f.

¹⁷²⁴ Vgl. zu dieser Frage insbesondere: Hueck, ZfA 1985, 25 ff; Norbert Schwab, NZA 1987, 839; Arteaga, ZIP 1996, 2008.

¹⁷²⁵ BGH v. 25.9.1989 – II ZR 259/88, ZIP 1989, 1418, dazu EWIR 1989, 1161 (Groß); der BGH hat diese Rechtsprechung eingeschränkt, BGH v. 10.7.1997 – IX ZR 161/96, ZIP 1997, 1351, dazu EWIR 1997, 999 (Blomeyer) und Goette, ZIP 1997, 1317 ff.

¹⁷²⁶ BAG v. 21.8.1990 – 3 AZR 429/89, BAGE 66, 1, 5, dazu EWIR 1992, 11 (Wank).

er in diesem Arbeitsverhältnis, das von der Geschäftsführertätigkeit getrennt zu sehen ist, ausnahmsweise als Arbeitnehmer angesehen werden¹⁷²⁷.

Verfügt ein GmbH-Geschäftsführer **weder** über die **Mehrheit der Gesellschaftsanteile** **noch** über eine **Sperrminorität**, gilt er nach der Auffassung des **BSG** immer dann als abhängig Beschäftigter, wenn seine Tätigkeit der **Kontrolle der Gesellschafter** unterliegt und diese ihre Gesellschafterrechte auch tatsächlich ausüben. Aus diesem Grund ist die Rechtsprechung zur Arbeitnehmereigenschaft gemäß § 7 SGB IV auch auf Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH anzuwenden und es besteht für sie dann Anspruch auf Insolvenzgeld.¹⁷²⁸

Maßgebend für die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis des Geschäftsführers vorliegt, sind in erster Linie der Umfang seiner **gesellschaftsrechtlichen Beteiligung** und der **Grad der persönlichen Abhängigkeit**. Persönliche Abhängigkeit erfordert Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung.¹⁷²⁹

Bei einem **Fremd-Geschäftsführer** wird eine persönliche Abhängigkeit grundsätzlich immer zu bejahen sein, so dass er als Arbeitnehmer der Gesellschaft anzusehen ist.¹⁷³⁰ Nach der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung sind aber auch in solchen Fallgestaltungen wiederum Ausnahmen möglich.¹⁷³¹

Der **Minderheits-Gesellschafter-Geschäftsführer** ist mit seinen Versorgungsansprüchen nach §§ 1, Abs. 1, 7, 17, Abs. 1, S. 2 BetrAVG zumindest dann insolvenzgeschützt, wenn er bei der Führung des Unternehmens nach der Stimmrechtsverteilungsregelung des Gesellschaftsvertrages keine rechtliche Möglichkeit zur Ausübung beherrschenden Einflusses hat.¹⁷³²

¹⁷²⁷ BAG v. 27.10.1960 – 5 AZR 578/59, AP § 5 ArbGG 1953 Nr. 14.

¹⁷²⁸ BSG v. 4.7.2007 – B 11a AL 5/06 R, GmbHR 2007, 1324; siehe auch schon BSG v. 25.1.2006 - B 12 KR 30/ 04 R, ZIP 2006, 678.

¹⁷²⁹ BSG v. 4.9.1979 – 7 RAr 57/78, BSGE 49, 22, 25.

¹⁷³⁰ Arens, a.a.O., 253 f.

¹⁷³¹ Vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei Straub, BB 1992, 1087; Arens a.a.O. 253 f.; Arteaga, ZIP 1998, 276; Langohr-Plato, ZAP, Fach 15, S. 243.

¹⁷³² BAG v. 16.4.1997 – 3 AZR 869/95, GmbHR 1998, 84 = ZIP 1997, 2131, dazu EWiR 1997, 1117 (Blomeyer) in Abgrenzung zu BGH v. 25.9.1989 – II ZR 259/88, GmbHR 1990, 72 = ZIP 1989, 1418, dazu EWiR 1989, 1161 (Groß); BGH v. 10.7.1997 – IX ZR 161/96, InVO 1997,320 = BB 1997, 2656 zum Insolvenzschutz bei Mehrheitsgesellschaftern; BGH v. 1.2.1999 – II ZR 276/97, NZI 1999, 154 = InVo 1999, 268 und bei Kommanditisten.

In der Praxis offen ist die alte Grundsatzfrage, ob bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer **maßgebliche Beteiligung und Leitungsmacht zusammenkommen müssen**, damit er nicht unter das Betriebsrentengesetz fällt.¹⁷³³

Wann – ab welchem **Lebensalter** des Geschäftsführers - eine Betriebsrente gezahlt werden muss, hängt allein vom Versorgungsvertrag ab. Das Betriebsrentengesetz enthält dazu keine entscheidungsrelevanten Regelungen.¹⁷³⁴

Wird ein Angestellter der KG zum **Geschäftsführer der Komplementär-GmbH** bestellt, so wandelt sich sein Arbeitsverhältnis zur KG in ein freies Dienstverhältnis um. Etwas anderes gilt, wenn die vertragliche Gestaltung eine für den Geschäftsführer außergewöhnliche Einengung seiner Befugnisse enthält, so dass ein Abhängigkeitsverhältnis vorliegt.¹⁷³⁵ Der Geschäftsführer der Komplementär GmbH einer GmbH & Co KG ist kein Arbeitnehmer der KG, wenn er zugleich **Gesellschafter der KG oder der GmbH** ist und nach seiner Kapitalbeteiligung einen so erheblichen Einfluss auf die Beschlussfassung in der Gesellschafter-Versammlung hat, dass er jede ihm unangenehme Entscheidung verhindern kann.

4. Bedeutung geleisteter Beitragszahlungen

Wie auch im Rahmen des Arbeitslosengeldrechts die Zahlung von Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung keinen Anspruch gegen die Bundesagentur für Arbeit begründet, wird nicht allein durch das Entrichten von Beiträgen an den PSV Insolvenzschutz im Rahmen des BetrAVG geschaffen.¹⁷³⁶ Allerdings konnte aufgrund der Regelung in § 336 SGB III a.F. bis zum 31.12.2004 auf entsprechenden Antrag eine Bindungswirkung auf fünf Jahre für die Zukunft zumindest hinsichtlich der Leistungsberechtigung nach dem SGB III herbeigeführt werden¹⁷³⁷.

¹⁷³³ Dazu Goette, ZIP 1997, 1317.

¹⁷³⁴ BGH v. 11.10.2007 - II ZR 212/06, NJW 2007, 2123.

¹⁷³⁵ BAG v. 13.5.1992 – 5 AZR 344/91, GmbHR 1993, 35.

¹⁷³⁶ BGH v. 16.2.1981 – II ZR 95/80, ZIP 1981, 408; BSG v. 9.2.1995 – 7 RAr 76/94, EzA § 100 AFG Nr. 1.

¹⁷³⁷ Dazu Niesel, DStR 1998, 171 f.; Bindungsregelung der Spitzenverbände, DStR 1998, 174 ff.

Literaturverzeichnis

Kommentare, Monographien, Buchbeiträge

- Annuß / Lembke / Hangarter Arbeitsrechtliche Umstrukturierung in der Insolvenz, 3. Aufl., 2016
- Arens Arbeitsverhältnisse in der Insolvenz, in: Weisemann/Smid (Hrsg.), Handbuch der Unternehmensinsolvenz, Köln 1999, Kap. 14, S. 495 ff.
- Arens / Wichert / Weisemann / Andermann Abbau betrieblicher Sozialleistungen, 2004
- Arens / Beckmann Die anwaltliche Beratung des GmbH-Geschäftsführers, 2006
- Arens / Düwell / Wichert Umstrukturierung und Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2013
- Arens / Brand Arbeits- und Sozialrecht in der Insolvenz, 4. Aufl., 2019
- Bauer / Haußmann / Krieger Umstrukturierung – Handbuch für die arbeitsrechtliche Praxis, 3. Aufl. 2015
- Dieterich / Müller-Glöge / Preis / Schaub Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2019
- Düwell in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2017
- Düwell / Hümmerich / Boecken AnwaltKommentar Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010
- Etzel / u.a. KR – Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsrecht, 11. Aufl. 2017
- Haarmeyer / Wutzke / Förster Handbuch zur Insolvenzordnung, 4. Aufl. 2013
- Hase / Peters–Lange Sicherung der Arbeitnehmeransprüche in der Insolvenzpraxis, 1999
- Hess / Weis Liquidation und Sanierung nach der Insolvenzordnung, 1999
- Hess Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2006
- Hümmerich / Spirolke Das arbeitsrechtliche Mandat, 8. Aufl. 2014
- Lakies Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz, 2. Aufl. 2015
- Leonhardt / Smid / Zeuner Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2010
- Mückl Arbeitsrecht in Krise und Insolvenz, 2014

Obermüller / Hess	Insolvenzordnung, 4. Aufl. 2003
Peters-Lange	Sozialrecht in der Insolvenz, 2005
Picot	Unternehmenskauf und Restrukturierung, 3. Aufl. 2004
Regh	Arbeitsrecht in der Insolvenz – Beck'sches Mandatshandbuch, 2. Aufl. 2015
Röger	Insolvenzarbeitsrecht, 1. Aufl. 2018
Schaub	Arbeitsrechtshandbuch, 17. Aufl. 2017
Schaub	Personalanpassung und Personalabbau, 2. Aufl. 1997
Schulte / Humberg	Arbeits- und Sozialrecht in der Insolvenz, 2. Aufl. 2015
Tiesler / Teigelkötter	Interessenausgleich und Sozialplan in der Unternehmenskrise, 2. Aufl. 2001
Tschöpe	Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2019
Willemsen / Hohenstatt / Schweibert / Seibt	Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen - Arbeitsrechtliches Handbuch, 5. Aufl. 2016
Wimmer (Hrsg.)	Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 8. Aufl. 2015
Zwanziger	Das Arbeitsrecht der Insolvenzordnung, 5. Aufl. 2015

Zeitschriftenbeiträge

Ahlbrecht / Ickenroth	Altersteilzeit im Blockmodell - Rechtlicher Rahmen und Sonderprobleme, BB 2002, 2440 ff.
Ahrens	Sozialpläne im Insolvenzverfahren, ZInsO 2003, 581 ff.
von Ahsen / Nölle	Risiko Altersteilzeit? - Insolvenzschutz von Wertguthaben bei Altersteilzeitvereinbarungen, DB 2003, 1384 ff.
Annuß	Der Anstellungsvertrag des Fremdgeschäftsführers in Betriebsübergang und Insolvenz, ZInsO 2001, 344 ff.
Arens	Das Entstehensprinzip in der gesetzlichen Sozialversicherung, BB 2001, 94 ff.
Arteaga	Unternehmerpensionszusagen im Unternehmenskonkurs, ZIP 1996, 2008 ff.
Arteaga	Endlich Konkursicherheit für Unternehmer-Pensionszusagen, ZIP 1998, 276 ff.
Aszmons/Beck	Der Wiedereinstellungsanspruch auf einen Blick – Rechtlicher Umgang und praktische Umsetzung, NZA 2015, 1098.

Baeck / Lingemann	Auftragsübergang als Betriebsübergang? – Neues vom EuGH, NJW 1997, 2492 ff.
Baldringer	Die Absicherung von Wertguthaben aus Altersteilzeit in der Insolvenz, ZInsO 2006, 690 ff.
Bauer	Neues zur Nachholbarkeit von Massenentlassungsanzeigen, DB°2001, 383 ff.
Bauer / Gotham	Kein „Domino-Effekt“ mehr bei der Sozialauswahl, BB°2007, 1729 ff.
Bauer / Steinau-Steinrück	Neuregelung des Betriebsübergangs, ZIP 2002, 457 ff.
Bauer / Krieger / Powietzka	Geklärte und ungeklärte Probleme der Massenentlassung, BB 2006, 2023 ff.
Bayreuther	Sanierungs- und InsolvenzklauseIn im Arbeitsverhältnis, ZIP 2008, 573 ff.
Beckschulze	Der Wiedereinstellungsanspruch nach betriebsbedingter Kündigung, DB 1998, 417 ff.
Berkowsky	Das Seemannsgesetz und der Betriebsübergang, NZI 2002, 415 ff.
Berkowsky	Aktuelle Fragen aus dem Insolvenzarbeitsrecht, NZI 2006, 26 ff. und 149 ff.; NZI 2007, 386 ff.; NZI 2009, 33 ff.; NZI 2009, 591 ff.
Berkowsky	Auflösungsantrag und Betriebsübergang, NZI 2006, 81 ff.
Berndt	Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter, BB 1998, 894 ff.
Berscheid	Interessenausgleich mit Namensliste – Wiedereinstellungsanspruch bei Betriebsveräußerung im Konkurs, MDR 1998, 1129 ff.
Berscheid	Richtig kündigen im Insolvenzeröffnungsverfahren, InsBüro 2004, 128 ff und 172 ff.
Berscheid	Nachteilsausgleichsansprüche in der Insolvenz, ZInsO 2004, 542 ff.
Betz	Mehrjährige Arbeitszeitkonten in Forschung und Praxis, DB 2001, 215 ff.
Bichlmeier	§ 613a BGB und der Wiedereinstellungsanspruch in der Insolvenz, DZWIR 2006, 89 ff.
Bichlmeier	Die Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft in der Insolvenz, DZWIR 2006, 239 ff.
Bichlmeier	Unterrichtung und Widerspruch beim Betriebsübergang, DZWIR 2007, 231 ff.

Bittmann	Haftung für rückständige Arbeitnehmerbeiträge, DStR 2001, 855 ff.
Blank	Freistellung des Existenzminimums bei der Insolvenzanfechtung von Arbeitsentgeltzahlungen?, NZA 2016, 1123 ff.
Blomeyer	Die Verpfändung von Rückdeckungsversicherungen an Versorgungsanwärter der betrieblichen Altersversorgung, VersR 1999, 653 ff.
Böhm	Direktversicherung in der Insolvenz des Arbeitgebers, BB 2007, 1502 ff.
Braun / Wierzoch	Arbeitsentgeltansprüche, Rangrücktritt und Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters nach der Insolvenzordnung, DB 1998, 2217 ff.
Braun / Wierzoch	Neue Entwicklungen beim Insolvenzgeld, ZIP 2003, 2001 ff.
Bröhl	Aktuelle Rechtsprechung des BAG zur Sozialauswahl, BB 2006, 1050 ff.
Bruhns	Zur Frage der Insolvenzfestigkeit des Arbeitnehmeranteils in der Insolvenz des Arbeitgebers, NZI 2009, 628 ff.
Brückl / Kersten	Zur Unmöglichkeit der Beitragszahlung beim Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, NZI 2001, 288 ff.
Cranshaw	Anfechtung gegenüber Arbeitnehmern – Schutz der Arbeitnehmer durch den Anspruch auf Insolvenzgeld oder restriktive Auslegung der Anfechtungsregeln?, ZInsO 2009, 257 ff.
Dahl / Taras	Doppeltreuhand in der Insolvenz des Arbeitgebers, NJW-Spezial 2016, 21 f.
Danko/Cramer	Arbeitsrechtliche Aspekte einer Betriebsveräußerung in der Insolvenz, BB 2004, 9 ff.
Däubler	Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte, NJW 1999, 601 ff.
Diehn	Kein Wiedereinstellungsanspruch durch Betriebsvereinbarung, BB 2006, 1794 ff.
Diller	Insolvenzvermeidung durch außergerichtliche Übernahme von Betriebsrenten durch den PSV, ZIP 1997, 765 ff.
Dobmeier	Die Behandlung der Vorausabtretungen von Mietzinsen und pfändbaren Arbeitsentgeltansprüchen in der Insolvenz des Zedenten, NZI 2006, 144 ff.
Eisolt	Informationsfreiheitsgesetze: BFH macht den Weg zu den Verwaltungsgerichten frei, DStR 2013, 1872 ff.

Ermer	Neuregelungen der anzeigepflichtigen Massenentlassungen nach §§ 17 ff. KSchG, NJW 1998, 1288 ff.
Ertl	Der Wiedereinstellungsanspruch bei Abschluss eines Abfindungsvergleichs im zu Grunde liegenden Kündigungsschutzprozess, DStR 2001, 442 ff.
Eylert	Sozialauswahl nach Widerspruch des Arbeitnehmers gegen einen (Teil-)Betriebsübergang?, BB 2008, 50 ff.
Fischer	Individualarbeitsrechtliche Probleme des verdeckten bzw. (zunächst) nicht erkannten Betriebsübergangs, DB 2001, 331 ff.
Fischer	Unternehmensbezogener Interessenausgleich und Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG, BB 2004, 1001 ff.
Fischer / Harth	Die Behandlung des sog. „Scheinselbständigen“ in arbeits- und steuerrechtlicher Hinsicht, ArbuR 1999, 126 ff.
Fleddermann	Kündigung durch den Insolvenzverwalter wegen einer geplanten Stilllegung des Betriebes, ZInsO 2004, 735 ff.
Fleddermann	Vermutung der Betriebsbedingtheit einer Kündigung aufgrund eines Interessenausgleichs mit Namensliste, ZInsO 2004, 793 ff.
Fleddermann	Beschränkte Nachprüfbarkeit der sozialen Auswahl auf grobe Fehlerhaftigkeit, ZInsO 2004, 1071 ff.
Fleddermann	Umfang und Inhalt des Anhörungsverfahrens zur Kündigung bei Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste, ZInsO 2004, 1301 ff.
Flitsch / Herbst	Lebensversicherungsverträge in der Insolvenz des Arbeitgebers, BB 2003, 317 ff.
Flöther / Bräuer	Die Abtretung künftiger Lohnforderungen in der Insolvenz des Arbeitnehmers, NZI 2006, 136 ff.
Frank / Heinrich	Insolvenzgeldansprüche von Arbeitnehmern nach einem gerichtlich bestätigtem Insolvenzplan – Divergenzen zwischen Sozial- und Insolvenzrecht, NZI 2011, 569 ff.
Franzen	Begriff der Entlassung nach der Massenentlassungsrichtlinie, NZA 2016, 26 ff.
Freckmann	Interessenausgleich und Sozialplan, DStR 2006, 1842 ff.
Freckmann / Koller-van-Delden	Das Recht des Betriebsübergangs nach Güney-Görres, DStR 2006, 1373 ff.
Fritsche	Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den nach außen unbeschränkt handlungsbefugten Zustimmungsverwalter, DZWIR 2002, 324 ff.

Gagel	§ 2 SGB III: Schlüssel zum eingliederungsorientierten Kündigungsrecht und zu Transfer-Sozialplänen, BB 2001, 358 ^o ff.
Gagel	Sperrzeit durch Abfindungsvertrag, ZIP 2005, 332 ff.
Ganter	Betriebsfortführung im Insolvenzeröffnungs- und Schutzschirmverfahren, NZI 2012, 433 ff.
Gareis	Insolvenzrechtliche Regelungen betreffend den PSVaG im Betriebsrentengesetz, ZInsO 2007, 23 ff.
Gaul	Die neue EG – Richtlinie zum Betriebs- und Unternehmensübergang, (Teil 1), BB 1999, 526 ff. und (Teil 2), BB 1999, 582 ff.
Gaul / Kühnreich	Weiterbeschäftigung statt betriebsbedingter Kündigung, BB 2003, 254 ff.
Gaul / Otto	Unterrichtungsanspruch und Widerspruchsrecht bei Betriebsübergang und Umwandlung, DB 2002, 634 ff.
Geiger	Bargeschäft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, NZI 2014, 644 ff.
Ghadban	Der Auskunftsanspruch des Insolvenzverwalters nach den Informationsfreiheitsgesetzen im Zivilprozess, NZI 2015, 537 ff.
Göpfert / Buschbaum	Mitarbeiterkapitalbeteiligung als Modell für die Krise, ZIP 2010, 2330 ff.
Göpfert /Stark	Neues von der Namensliste – Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur, ZIP 2015, 144 ff.
Göpfert /Giese	„Aggressives“ Erwerberverhalten im Betriebsübergang – Folgen für die Unterrichtung nach § 613a V BGB, NZA 2017, 966 ff.
Grams	Anspruch auf Insolvenzgeld und Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Fremdgeschäftsführers, GmbHR 2003, 29 ff.
Grimm / Walk	Das Schicksal erfolgsbezogener Vergütungsformen beim Betriebsübergang, BB 2003, 577 ff.
Grobys	Die Neuregelung des Betriebsübergangs in § 613a BGB, BB 2002, 726 ff.
Grobys	Betrieb, Unternehmen und Konzern im Arbeitsrecht, NJW-Spezial 2006, 129 f.
Grobys	Neue Entwicklungen beim Betriebsübergang, NJW-Spezial 2006, 513 f.
Grobys	Unterrichtung und Widerspruchsrecht beim Betriebsübergang, NJW-Spezial 2007, 321 f.

Grobys	Wieder Neuigkeiten beim Betriebsübergang, NJW-Spezial 2007, 514 f.
Grobys	Neues vom EuGH vom Betriebsübergang, NJW-Spezial 2012, 434 f.
Groß	Die Rechtsprechung des BGH zur Haftung des Geschäftsführers wegen Nichtabführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung, ZIP 2001, 945 ff.
Gruber	Die Haftung nach HGB und BGB nach Übertragung eines Unternehmens, DStR 1991, 777 ff.
Güther / Kohly	Typische Probleme bei der Feststellung und Verwertung von Lebensversicherungsverträgen in der Unternehmensinsolvenz, ZIP 2006, 1229 ff.
Häsemeyer	Die Systemwidrigkeit der insolvenzrechtlichen Sozialplanregelung (§§ 123, 124 InsO) und ihre Folgen, ZIP 2003, 229 ff.
Haßlöcher	Zeitwertkonten unter Flexigesetz II, BB 2009, 440 ff.
Hanau / Arteaga	Insolvenzicherung und Lohnbesteuerung von Arbeitszeitkonten, BB 1998, 2054 ff.
Hanau	Entgeltverzicht, Entgeltstundung, Arbeitszeitkonten und Altersteilzeit in der Insolvenz, ZIP 2002, 2028 ff.
Hanau	Die wiederholte Reform des arbeitsrechtlichen Kündigungs- und Befristungsschutzes, ZIP 2004, 1069 ff.
Heinrich	Zweimal Insolvenzgeld oder Insolvenzplan auf Risiko der Arbeitnehmer, NZI 2006, 83 ff.
Heinze	Arbeitsrechtliche Probleme bei der Umstrukturierung von Unternehmen, DB 1998, 1861 ff.
Hiecke / Vorwerk	Das eingeschränkt unwiderrufliche Bezugsrecht in der Insolvenz des Arbeitgebers, DZWIR 2006, 448 ff.
Hinkel / Laskos	Das eingeschränkt unwiderrufliche Bezugsrecht in der Insolvenz des Arbeitgebers, ZInsO 2006, 1253 ff.
Hoffmann / Marquardt	Der Übergang von Arbeitsverhältnissen bei der übertragenden Sanierung, NZI 2017, 513 ff.
Hohenstadt	Der Interessenausgleich in einem veränderten Umfeld (unter Einschluss der Besonderheiten des Beschlussverfahrens nach § 122 InsO), NZA 1998, 846 ff.;
Hohenstadt / Grau	Der Betriebsübergang nach Güney Görres – was geht noch ?, NJW 2007, 29 ff.;

Houben	§ 613a BGB im Wandel der Rechtsprechung, NJW 2007, 2075 ff.
Humberg	Die Eröffnung des Rechtswegs zu den Gerichten für Arbeitssachen im Falle einer Insolvenzanfechtung bezogen auf Arbeitnehmerlöhne und Vergütungen, ZInsO 2008, 487 ff.
Hunold	Insolvenzgeld und Insolvenzgeldvorfinanzierung als Sanierungsinstrumente, NZI 2015, 785 ff.
Ihrig / Kranz	Zur Nachhaftung für Pensionsverbindlichkeiten bei der Spaltung, ZIP 2012, 749 ff.
Jaeger	Die Unterrichtungspflicht nach § 613 a Abs. 5 BGB in der Praxis der Betriebsübernahme, ZIP 2004, 433 ff.
Kania	Zur Scheinselbständigkeit – Einführung zum Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung vom 16.06.1999, DStR 1999, Heft 30, Beihefter 9
Kempter	Der Betriebsübergang in der Insolvenz, NZI 1999, 93 ff.;
Kleinebrink	Erleichterung der Sozialauswahl durch das Arbeitsmarktreform-Gesetz, ArbRB 2003, 338 ff.
Kind	Die Bedeutung der Regelung der InsO und des ARFG vom 24.03.1997 für die Praxis der Vorfinanzierung von Insolvenzgeld, InVo 1998, 57 ff.
Kirmse	Kein Widerspruchsrecht nach § 613a VI BGB bei gesetzlich angeordnetem Übergang des Arbeitsverhältnisses, NJW 2006, 3325 ff.
Kittner	Die Verwirkung des Widerspruchsrechts beim Betriebsübergang, NJW 2012, 1180 ff.
Kock	Voraussetzungen eines Betriebsübergangs nach der aktuellen BAG – Rechtsprechung, BB 2007, 714 ff.
Kolbe	Arbeitnehmer-Mitbestimmung im vorläufigen Gläubigerausschuss, NZI 2015, 400 ff.
Kollroß	Betriebliche Altersversorgung in der Unternehmenspraxis, DZWIR 2002, 309 ff.
Kovacs / Koch	Insolvenzicherung nach dem Altersteilzeitgesetz ab dem 1. Juli 2004, NZI 2004, 415 ff.
Kraft / Lambrecht	Die Anwendbarkeit des § 113 InsO auf im Eröffnungsverfahren begründete Arbeitsverhältnisse, NZI 2015, 439 ff.
Kreitner	Die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen beim Betriebsinhaberwechsel, NZA 1990, 429 ff.

Kreutzer / Rößner	Die Betriebsänderung in der Insolvenz und die Darstellung der „wirtschaftlichenn Lage“ des Unternehmens nach § 122 InsO, NZI 2012, 699 ff.
Krieger / Fischinger	Umstrukturierung mit Hilfe von Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften, NJW 2007, 2289 ff.
Langohr-Plato	Die betriebliche Altersversorgung im neuen Insolvenzrecht, ZInsO 1998, 368 ff.
Langohr-Plato	Pensionszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften, ZAP, Fach 15, S. 243 ff.
Langohr-Plato	Vertragliche Insolvenzversicherung betrieblicher Versorgungsleistungen durch Verpfändung einer Rückdeckungsversicherung, ZInsO 1999, 444 ff.
Langohr-Plato / Morisse	Insolvenzschutz von Wertguthaben aus Altersteilzeit, BB 2002, 2330 ff.
Lauer	Die Gratwanderung bei der Freistellung der Arbeitnehmer im Insolvenzverfahren, ZIP 2006, 983 ff.
Leithaus / Rein	Rückkehr der Konkursvorrechte, NZI, NZI-Aktuell Heft 7/V f.
Lembke	Umstrukturierung in der Insolvenz unter Einschaltung einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft, BB 2004, 773 ff.
Lembke	Besonderheiten beim Betriebsübergang in der Insolvenz, BB 2007, 1333 ff.
Lembke / Oberwinter	Unterrichtungspflicht und Widerspruchsrecht beim Betriebsübergang im Lichte der neuen Rechtsprechung, ZIP 2007, 310 ff.
Lembke / Oberwinter	Massenentlassung zwei Jahre nach „Junk“ – eine Bestandsaufnahme, NJW 2007, 721 ff.
Lindemann / Simon	Ablösung und Bestandsschutz von Altersversorgungsregelungen beim Betriebsübergang, BB 2003, 2510 ff.
Lingemann / Otte	Ist die Altersgruppenbildung bei der Sozialauswahl noch zu retten?, NZA 2016, 65 ff.
Lohkemper	Zur Haftung des Erwerbers beim Betriebsübergang im Insolvenzeröffnungsverfahren, ZIP 1999, 1251 ff.
Lorenz	Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, DB 1996, 1973 ff.
Löwisch	Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, NZA 1996, 1009 ff.

Löwisch	Der arbeitsrechtliche Teil des sog. Korrekturgesetzes, BB 1999, 102 ff.
Löwisch / Neumann	Betriebserwerber als richtiger Kündigungsschutz-Beklagter bei vor Betriebsübergang ausgesprochener Kündigung, DB 1996, 474 ff.
Lunk	Der EuGH und die deutschen GmbH-Fremdgeschäftsführer – Auf dem Weg zum Arbeitnehmerstatus?, NZA 2015, 917 ff.
Marotzke	Die Freistellung des Arbeitnehmers in der Insolvenz des Arbeitgebers, InVO 2004, 331 ff.
Meinel	Zur Beschleunigung des Interessenausgleichsverfahrens durch das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, DB 1997, 170 ff.
Mengel / Ullrich	Erste praktische Erfahrungen mit dem neuen Recht der Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften, BB 2006, 1109 ff.
Meyer	Der Interessenausgleich mit Namensliste im Kündigungsschutzrecht, BB 1998, 2417 ff.
Meyer	Unterrichtungspflicht und Widerspruchsrecht beim Betriebsübergang, BB 2003, 1010 ff.;
Meyer	Transfer-Maßnahmen und Transfer-Kurzarbeitergeld nach § 216 a und b SGB III, BB 2004, 490 ff.
Meyer	Korrektur fehlerhafter Unterrichtungen bei feindlichem Betriebsübergang, NZA 2017, 960 ff.;
Mückl / Krings	Betriebsvereinbarungen und Insolvenzanfechtung, ZIP 2015, 1714 ff.
Müller-Feldhammer	Die übertragende Sanierung - ein ungelöstes Problem der Insolvenzrechtsreform, ZIP 2003, 2186 ff.
Müller	Auflösungsantrag des Arbeitgebers und Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers im Lichte der Rechtsprechung, BB 2004, 1849 ff.
Nicolai	Die Kündigung widersprechender Arbeitnehmer nach Betriebsübergang, BB 2006, 1162 ff.
Niesel	Aktuelle Probleme des Arbeitsförderungsrechts – Die Reform der Reform durch das 1. SGB III-Änderungsgesetz, DStR 1998, 171 ff.
Nimscholz	Altersteilzeit in der Insolvenz, ZIP 2002, 1936 ff.
Nimscholz	Auswirkungen einer Insolvenz auf Altersteilzeitbeschäftigungsverhältnisse, ZInsO 2005, 522 ff.

Oberhofer	Ansprüche von Altersteilzeit-Beschäftigten in der Insolvenz, ZInsO 2003, 591 ff.
Oetker/Friese	Der Interessenausgleich in der Insolvenz, DZWIR 2001, 133 ff. und 178 ff.
Olbertz / Ungnad	Zeitliche Grenze des Widerspruchsrechts nach § 613 a Abs. 6 BGB im Falle fehlerhafter Unterrichtung der Arbeitnehmer, BB 2004, 213 ff.
Olbertz / Sturm	Arbeitsrecht in der Insolvenz, NWB 2013, 3552 ff.
Pape	Erhalt der Insolvenzgeldvorfinanzierung im Insolvenzeröffnungsverfahren, ZInsO 2002, 1171 ff.
Passarge	Contractual Trust Agreements als Instrumente zur Insolvenzsicherung von Pensionsverpflichtungen, Wertguthaben aus Altersteilzeit und von Arbeitszeitkonten, NZI 2006, 20 ff.
Paulsdorff	Die Rechtsstellung des Pensions-Sicherungsverein, Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (PSVaG) nach neuem Insolvenzrecht, in: Kölner Schrift, S. 1155 ff.
Perwein	Pensionszusage und Rückdeckungsversicherung in der Insolvenz der GmbH, GmbHR 2007, 589 ff.
Peters-Lange	Konsequenzen der EuGH-Rechtsprechung für den Insolvenzgeldanspruch, ZIP 2003, 1877 ff.
Piekenbrock	Zur Geschäftsführerhaftung gegenüber der Bundesagentur für Arbeit, ZIP 2010, 2421 ff.
Poertzgen / Meyer	Sozialgerichtsweg für Anfechtungsansprüche ?, NZI 2011, 477 ff.
Pohlmann-Weide / Ahrendt	Arbeitslosengeld I: Keine Sperrzeit in der Insolvenz, ZIP 2008, 589 ff.
Pott	Verjährung von Sozialplanansprüchen in der Insolvenz, NZI 2015, 539 ff.
Praß / Sämisch	Transfergesellschaften in der Insolvenzpraxis, ZInsO 2004, 1284 ff.
Pröpper	Steuerfreie Abfindungen gemäß § 3 Nr. 9 EStG auch bei Transfersozialplan und Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft?, DB 2001, 2170 ff.
Quecke	Sozialauswahl nach Widerspruch gegen Teilbetriebsübergang?, ZIP 2007, 1846 ff.
Ranft	„Vorenthalten“ von Arbeitnehmerbeiträgen, DStR 2001, 132 ff.

Reinecke	Betriebsrentenrechtliche Anwartschaften im Durchführungsweg Direktversicherung bei Insolvenz des Arbeitgebers, ZIP 2014, 1970 ff.
Richter / Nacewicz	Haftungsbegrenzung beim Betriebsübergang in der Insolvenz, ZIP 2008, 256 ff.
Richter / Völksen	Persönliche Haftung des Insolvenzverwalters wegen unterbliebener Freistellung von Arbeitnehmern bei späterer Anzeige der Masseunzulänglichkeit, ZIP 2011, 1800 ff.
Rieble / Gutzeit	Übergangsmandat bei Betriebsverschmelzung: Streit zwischen Betriebsräten und Durchsetzung, ZIP 2004, 693 ff.
Rieble	Insolvenzbedingter Forderungsverzicht und arbeitsrechtliche Erlassverbote, ZIP 2007, 1389 ff.
Ries	Sanierung über Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften - Kosten, Nutzen, Risiken, NZI 2002, 521 ff.
Ries	Anfechtung der Zahlung von Arbeitnehmerlöhnen, ZInsO 2007, 1037 ff.
Rigol / Homann	Altersteilzeit in der Insolvenz, InVo 2004, 125 ff.
Rittweger	Aktuelle Anpassungserfordernisse bei Altersteilzeit-Verträgen, DStR 2001, 1394 ff.
Römermann / Funke	„Doppelnützige Treuhand“: Ein regelmäßig rechtswidriges Modell mit nichtigen Verträgen, NZI 2012, 481 ff.
Rößler	Das Bezugsrecht aus der Direktversicherung in der Insolvenz des Arbeitgebers, NZI 2007, 631 ff.
Rüger	Das Doppeltreuhandmodell zur Insolvenzsicherung von Altersteilzeitentgeltansprüchen im Blockmodell, NZI 2012, 488 ff.
Sagan	Unterrichtung und Widerspruch beim Betriebsübergang aus deutscher und europäischer Sicht, ZIP 2011, 1641 ff.
Salamon	Unterrichtung und Beratung im Konsultationsverfahren nach § 17 KSchG, NZA 2015, 789 ff.
Sayatz / Wolff	Neuregelung beim Betriebsübergang nach § 613a BGB - Unterrichtung und Widerspruchsrecht, DStR 2002, 2039 ff.
Schäfer	Anfechtbarkeit der Prämienzahlungen eines Arbeitgebers auf eine zu Gunsten seines Arbeitnehmers abgeschlossenen Direktversicherung, NZI 2008, 151 ff.
Schäferhof / Gerster	Die Strafbarkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters mit Verfügungsbefugnis wegen Vorenthaltens von Arbeitnehmerbeiträgen, ZIP 2001, 905 ff.

Schiefer / Pogge	Betriebsübergang und dessen Folgen - Tatbestandsvoraussetzungen des § 613a BGB und Fortgeltung kollektiv-rechtlicher Regelungen, NJW 2003, 3734 ff.
Schiefer / Worzalla	Unterrichtungspflicht bei Betriebsübergang nach § 613a V BGB, NJW 2009, 558 ff.
Schmidt	Der Abfindungstarifvertrag im Insolvenzverfahren, ZInsO 2008, 247 ff.
Schmülling	Haftet der GmbH-Geschäftsführer der Bundesagentur für Arbeit bei Insolvenzverschleppung aus § 826 BGB auf Ersatz des geleisteten Insolvenzgeldes?, ZIP 2007, 1095 ff.
Schnitker / Grau	Übergang und Anpassung von Rechten aus Aktienoptionsplänen bei Betriebsübergang nach § 613a BGB, BB 2002, 2497 ff.
Schrader / Straube	Die Behandlung von Entgeltansprüchen aus einem Altersteilzeitverhältnis nach Insolvenzeröffnung und nach einem Betriebsübergang, ZInsO 2005, 184 ff.
Schrader / Straube	Interessenausgleichsverhandlungen und Nachteilsausgleichsansprüche im Eröffnungsverfahren und nach Insolvenzeröffnung, ZInsO 2005, 910 ff.
Schubert	Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers nach betriebsbedingter Kündigung in der Insolvenz, ZIP 2002, 554 ff.
Schweig / Eisenreich	Ist die betriebsbedingte Kündigung eines Arbeitnehmers in Altersteilzeit während der Freistellungsphase möglich?, BB 2003, 1434 ff.
Seagon	Rechtsfolgen der Übertragung des Rechts zur Ausübung von Arbeitgeberbefugnissen an den vorläufigen Insolvenzverwalter, NZI 2014, 796 ff.
Seel	Sozialversicherungsrechtliche Folgen des Betriebsübergangs, NWB 2015, 674.
Seifert	Die betriebsbedingte Freistellung von Arbeitnehmern durch den Insolvenzverwalter, DZWIR 2002, 407 ff.
Seifert	Die insolvenzrechtliche Einordnung der Entgeltansprüche von Altersteilzeit-Arbeitnehmern in der Freistellungsphase, ZInsO 2004, 737 ff.
Seel	Unmittelbarkeitserfordernis beim Bargeschäftseinwand – Uneinigkeit zwischen BGH und BAG, NWB 2014, 3105 ff.
Sessig / Fischer	Sozialplan und Sozialplanforderungen im Insolvenzverfahren, ZInsO 2010, 561 ff.
Smid	Leugnender Anfechtungsprozess und Streitverkündung, NZI 2013, 817 ff.

Smid / Lindenberg	Die insolvenzrechtliche Sicherung von Wertguthaben aus Altersteilzeit durch Verwaltungs-, Treuhand- und Sicherungsvertrag, DZWIR 2006, 133 ff.
Stahlschmidt	Direktversicherungen und Rückdeckungsversicherungen in der Unternehmensinsolvenz, NZI 2006, 375 ff.
Staufenbiel	Transfergesellschaften im Insolvenzverfahren, ZInsO 2010, 497 ff.
v. Steinau-Steinrück / Hurek	Widerspruch nach § 613a BGB und Sozialauswahl?, NJW-Spezial 2005, 417 f.
Stenslik	Unternehmenskauf in der Insolvenz – Arbeitsrechtliche Besonderheiten, DStR 2016, 874 ff.
Stiller	Der Abfindungsanspruch nach § 1a I KSchG in der Insolvenz des Arbeitgebers, NZI 2005, 77 ff.
Stiller	Das Ende von § 28e I 2 SGB IV bei der Insolvenzanfechtung von Arbeitnehmeranteilen am Gesamtsozialversicherungsbeitrag, NZI 2010, 250 ff.
Stück	Checkliste - Voraussetzungen des Betriebsübergangs (§ 613a BGB), MDR 2003, 977 f.
Stück	Checkliste - Rechtsfolgen des Betriebsübergangs (§ 613a BGB), MDR 2003, 1100 f.
Vetter	Zur Notwendigkeit der Änderung der arbeitsrechtlichen Vorschriften der Insolvenzordnung, ZInsO 2004, 1135 ff.
Viegener	Betriebliche Altersvorsorge in der Insolvenz – Widerruf von Bezugsrechten und Pfändungsschutz von Altersrenten, ZInsO 2006, 352 ff.
Vogel / Neufeld	Verblockte Altersteilzeit in der Insolvenz, ZIP 2004, 1938 ff.
Warmbein	Der Betriebsübergang nach § 613a BGB – ein Sanierungshindernis in der Insolvenz, DZWIR 2003, 11 ff.
Wellisch / Näth	Arbeitszeitkonten – steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Behandlung und Vorteilhaftigkeitsüberlegungen, DStR 2003, 309 ff.
Werres	Betriebsstilllegung und Sonderkündigungsschutz, NZI 2009, 24 ff.
Willemsen	Aktuelles zum Betriebsübergang, NJW 2007, 2065 ff.
Willemsen	„Freikauf“ durch Einkauf“? – Vermeidung des § 613a BGB durch Austausch wesentlicher Betriebsmittel, NZA 2017, 953 ff.
Windel	Das Bargeschäftsprivileg für Lohnzahlungen, ZIP 2014, 2167 ff.

Wisskirchen / Bissels	„Kontrollierte Insolvenz“: Arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters, BB 2009, 2142 ff.
Wroblewski	„Recht auf Arbeit“ in der Insolvenz – Freistellung, Beschäftigung und die Folgen, NJW 2011, 347 ff.
Wroblewski	Bargeschäft gegen Lohnanfechtung, NJW 2012, 894 ff.
Würdinger	Das Ende eines Paradoxons im Lohnpfändungsrecht, NJW 2014, 3121 ff.
Ziegelmeier	Rechtswegzersplitterung bei der Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen, NZA 2015, 651 ff.
Ziemann	Die Klage auf Wiedereinstellung oder Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, MDR 1999, 716 ff.
Zobel	Gestaltung oder Umgehung? – Der Betriebsübergang und die Transfergesellschaft, ZInsO 2006, 576 ff.
Zumkeller	Die Voraussetzungen des Betriebsübergangs nach § 613a BGB vor dem Hintergrund neuerer Rechtsprechung, DStR 1998, 1920 ff.
Zumkeller	Arbeitsrechtliche Folgen des Betriebsübergangs nach § 613a BGB, DStR 1998, 1966 ff.
Zwanziger	Voraussetzungen und Rechtswirkungen des Interessenausgleichs mit Nennung der zu kündigenden Arbeitnehmer, ArbuR 1997, 427 ff.
Zwanziger	Aktuelle Rechtsprechung des BAG in Insolvenzsachen, BB 2003, 630 ff. und BB 2004, 824 ff.
Zwanziger	Insolvenzanfechtung und Arbeitsentgelt, BB 2007, 42 ff.
Zwanziger	Materiell-rechtliche und prozessuale Fragen in Zusammenhang mit Masseunzulänglichkeit, NZA 2015, 577 ff.

Anlagen

Betriebsänderungen

Voraussetzungen:

- i.d.R. mehr als 20 wahlberechtigte (§ 7 BetrVG) ArbN
- BR – gebundener Betrieb

Begriffsbestimmung (§§ 111, 112a BetrVG):

- Einschränkung/Stilllegung des Betriebes/wesentlicher Betriebsteile
- Verlegung des Betriebes/wesentlicher Betriebsteile
- Zusammenschluss/Spaltung von Betrieben
- (Abgrenzung: „Unternehmensspaltung“ i.S.v. §§ 123 ff, 321 UmwG)
- grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks, der Betriebsanlagen
- Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden oder Fertigungsverfahren
- Massenentlassung i.S.v. § 112a BetrVG (inkl. Aufhebungsverträge):

>20 < 60 ArbN:	20 % <u>und</u> mindestens 6 ArbN
60 < 250 ArbN:	20 % oder mindestens 37 ArbN
250<500 ArbN:	15 % oder mindestens 60 ArbN
500 u. mehr ArbN:	10 % <u>und</u> mindestens 60 ArbN

Rechtsfolge:

Interessenausgleich- und Sozialplanpflicht

Ausnahme: § 112a Abs.2 i.V.m. § 112 Abs. 4, 5 BetrVG

Checkliste:
Interessenausgleich/Sozialplan bei Personalanpassungsmaßnahmen in der Insolvenz

I. Vorbereitungsmaßnahmen

- 1. Personalliste erstellen**
 - laufende Nr.; Name, Vorname; Geburtsdatum; Familienstand; unterhaltsberechtigzte Kinder
 - Tätigkeit/Tarifgruppe
 - besondere Umstände, z.B. Sonderkündigungsschutz, soziale Härten usw.
 - Kündigungsfristen (Vertrag, Tarif, Gesetz)
 - Bruttomonatsvergütung
 - Dauer der Betriebszugehörigkeit/Eintrittsdatum
- 2. Prüfung eines anderweitigen Einsatzes der betroffenen Arbeitnehmer bzw. eines Einsatzes zu geänderten (verschlechterten) Arbeitsbedingungen (§ 1 KSchG) / Vorrang der Änderungs- vor der Vollkündigung**
- 3. Prüfung der sozialen Auswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG)**
- 4. Prüfung des Sonderkündigungsschutzes einzelner Mitarbeiter**
- 5. Vorbereitung des Kataloges gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 Ziff. 1 – 6 KSchG**
- 6. Vorbereitung des Kataloges gemäß § 17 Abs. 3 S. 4 und 5 KSchG**
- 7. Argumentation zur wirtschaftlichen Entwicklung und (negative) Zukunftsprognose entwerfen**
- 8. Kalkulation des Sozialplanvolumens**
- 9. Entwurf eines Informationsschreibens an den Betriebsrat/Wirtschaftsausschuss**
- 10. Entwürfe Interessenausgleich/Sozialplan**
- 11. Entwürfe der Anzeige nach § 17 KSchG**
- 12. Entwürfe der Einholung der Stellungnahme des Betriebsrates und der Zuleitung der Anzeige an den Betriebsrat**
- 13. Entwürfe der Anhörung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG**
- 14. Entwürfe der Kündigungsschreiben an die Arbeitnehmer**

II. Beteiligung des Betriebsrates bei der Stilllegung eines Betriebes/Betriebsteils und sonstigen Maßnahmen

- 1. Information des Betriebsrates (§ 111 S. 1 BetrVG) und Beratung mit dem Betriebsrat (§ 111 S. 2 BetrVG)**
- 2. Ggf. Verhandlung mit dem Betriebsrat über die einvernehmliche Herabsetzung von Leistungspflichten gemäß § 120 InsO**
- 3. Ggf. Kündigung von Betriebsvereinbarungen gemäß § 120 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 InsO**
- 4. Ggf. Widerruf von Sozialplänen, die innerhalb von drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossen wurden (§ 124 InsO)**
- 5. Durchführung des Interessenausgleichsverfahrens (§ 122 Abs. 1 u. 2 BetrVG) und Durchführung des Sozialplanverfahrens (§ 122 Abs. 1 u. 2 BetrVG)**
- 6. Anhörung des Betriebsrates gemäß § 102 BetrVG vor jeder Kündigung**
- 7. Ggf. Antrag an das Arbeitsgericht auf Zustimmung zur Kündigung namentlich bezeichneter Arbeitnehmer (§ 126 InsO)**
- 8. Einigung mit Betriebsrat mit namentlicher Bezeichnung der zu kündigenden Arbeitnehmer (§ 125 InsO)**
- 9. Ggf. Antrag an Arbeitsgericht auf Zustimmung zur Durchführung der Betriebsänderung gem. § 122 InsO**
- 10. Unterrichtung und Beratung über die Personalplanung (§ 92 BetrVG)**
- 11. Schriftliche Unterrichtung und Erteilung weiterer zweckdienlicher Auskünfte gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG**
- 12. Beratung der Möglichkeiten, Entlassungen zu vermeiden (§ 17 Abs. 2 S. 2 KSchG)**
- 13. Einholung der Stellungnahme des Betriebsrates gemäß § 17 Abs. 3 KSchG, sofern nicht Einigung mit Betriebsrat gemäß § 125 InsO**
- 14. Zuleitung einer Abschrift der Anzeige gemäß § 17 Abs. 1 KSchG an den Betriebsrat (§ 17 Abs. 3 S. 6 KSchG)**
- 15. Gewährleistung der Mitbestimmungsrechte gemäß § 87 Abs. 1 Ziff. 3 BetrVG, falls Kurzarbeit gemäß § 19 Abs. 1 KSchG eingeführt werden soll**

III. Sonstige Beteiligungsbefugnisse

- 1. Unterrichtung des Sprecherausschusses der leitenden Angestellten**
- 2. Beteiligung des Wirtschaftsausschusses**
- 3. Unterrichtung der Arbeitnehmer in der Betriebsversammlung**

IV. Pflichten gegenüber den Arbeitsbehörden

- 1. Massentlassungsanzeige gemäß § 17 KSchG**
- 2. Auskunftserteilung und Stellungnahme gemäß § 20 Abs. 1 und 2 KSchG**

V. Maßnahmen gegenüber den Arbeitnehmern

- 1. Prüfung der Möglichkeiten eines anderweitigen Einsatzes der betroffenen Arbeitnehmer bzw. eines Einsatzes der betroffenen Arbeitnehmer zu geänderten (verschlechterten) Arbeitsbedingungen (§ 1 KSchG)**
- 2. Prüfung der sozialen Auswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG)**
- 3. Einhaltung des Sonderkündigungsschutzes/Einleitung und Durchführung der besonderen Verfahren**
- 4. Form- und fristgerechte Erklärung der Kündigungen der Arbeitsverhältnisse/Sicherung von Zugangsnachweisen**
- 5. Entlassungen innerhalb der Freifrist § 18 KSchG**

**Unterrichtung über einen Betriebsübergang und das
damit verbundene Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin gemäß §
613a Abs. 5 + Abs. 6 BGB**

Bisheriger Arbeitgeber:

Neuer Arbeitgeber:.....

Sehr geehrte Frau . . . / sehr geehrter Herr . . . ,

hiermit teilen wir Ihnen auf der Grundlage der gesetzlichen Unterrichtungsverpflichtung nach § 613a Abs. 5 + Abs. 6 BGB in der seit dem 01.04.2002 geltenden Fassung folgendes mit:

Mit Wirkung ab übernimmt der vorstehend bezeichnete neue Arbeitgeber den Geschäftsbetrieb in vom bisherigen Arbeitgeber.

Zeitpunkt des Übergangs:

Der bisherige Inhaber wird den Betrieb bis zum einschließlich führen. Mit Wirkung ab wird der neue Arbeitgeber den Betrieb übernehmen und als neuer Inhaber im eigenen Namen fortführen.

Grund für den Übergang:

Der Grund für den Übergang des Betriebes auf den neuen Arbeitgeber liegt darin, dass der bisherige Arbeitgeber

Rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folge des Übergangs für die Arbeitnehmer:

Im Hinblick auf die Regelung des § 613a BGB ändert sich für die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer in rechtlicher, wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht nichts. Die bisher bestehenden Beschäftigungsverhältnisse bleiben mit ihrem sozialen Besitzstand, insbesondere unter Anrechnung der bisherigen Beschäftigungszeiten, erhalten. Daraus folgt insbesondere auch, dass die durch die bisherigen Beschäftigungszeiten erworbenen Kündigungsfristen für die Kündigung der Arbeitsverhältnisse erhalten bleiben. Eine Änderung der Mitarbeiterstruktur bzw. der einzelnen Arbeitsverhältnisse ist vom neuen Arbeitgeber derzeit auch nicht beabsichtigt.

Der bisherige Arbeitgeber haftet neben dem neuen Inhaber für alle Verpflichtungen aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen, soweit sie vor dem Zeitpunkt des Übergangs entstanden sind und vor Ablauf von einem Jahr nach diesem Zeitpunkt fällig werden, als Gesamtschuldner. Werden solche Verpflichtungen nach dem Zeitpunkt des Übergangs fällig, so haftet der bisherige Arbeitgeber für sie jedoch nur in dem Umfang, der dem im Zeitpunkt des Übergangs abgelaufenen Teil ihres Bemessungszeitraums entspricht. Eine Arbeitnehmervertretung besteht im Betrieb nicht.

(Alternativ: Für die Vertretungsorgane des Betriebsverfassungsrechts und hinsichtlich der bisher geltenden Betriebsvereinbarungen und Regelungsabsprachen gilt folgendes: ...)

Hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen:

Maßnahmen, die eine Änderung der Arbeitsverhältnisse oder deren Beendigung zur Folge haben würden, sind vom neuen Arbeitgeber derzeit nicht beabsichtigt.

Hinweis auf das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers:

Wir weisen darauf hin, dass nach § 613a Abs. 6 BGB jeder Arbeitnehmer den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den neuen Arbeitgeber innerhalb eines Monats nach Zugang dieser Unterrichtung schriftlich widersprechen kann. Ein solcher Widerspruch bedarf der Schriftform und der Unterschrift des Arbeitnehmers.

Im Falle eines solchen Widerspruchs geht das Arbeitsverhältnis auf den neuen Arbeitgeber nicht über. Es verbleibt dann beim alten Arbeitgeber. Wir weisen bei dieser Gelegenheit aber darauf hin, dass der alte Arbeitgeber dann ggf. gezwungen wäre, das Arbeitsverhältnis durch eine Beendigungskündigung zu beenden, weil er wegen Aufgabe seiner unternehmerischen Tätigkeiten in den Betrieb keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr hätte.

Bitte bestätigen Sie uns durch Ihre Unterschrift unter dieses Schreiben den Erhalt der Unterrichtung und ggf. durch weitere Unterschrift auch Ihr Einverständnis mit dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den neuen Arbeitgeber unter Verzicht auf das Widerspruchsrecht.

Der bisherige Arbeitgeber dankt Ihnen für die bisher erbrachte Betriebstreue und die bisher erbrachte Arbeitsleistung und bittet Sie, mit gleichem Engagement auch für den neuen Arbeitgeber tätig zu werden.

....., **den**

Bisheriger Arbeitgeber

Neuer Arbeitgeber

Zur Kenntnis genommen am:.....

Arbeitnehmerin/Arbeitnehmer

Ich bin mit dem Übergang des Arbeitsverhältnisses einverstanden und verzichte hiermit auf mein Widerspruchsrecht.

Arbeitnehmerin/Arbeitnehmer

Rang und Durchsetzung der Vergütungsansprüche in der Insolvenz

- BAG v. 31.3.2004 – 10 AZR 254/03, ZInsO 2005, 50 -

Anspruch „begründet“ (= entstanden)	Rang	Geltendmachung
vor Insolvenzeröffnung	Einfache Insolvenzforderung §§ 38, 108 II InsO	Anmeldung zur Insolvenztabelle Bei Bestreiten: Feststellungsklage
nach Insolvenzeröffnung	Masseverbindlichkeit § 55 I Nr. 2 InsO	Leistungsklage BAG v. 4.6.2003 – 10 AZR 586/02, ZInsO 2003, 1054
nach Insolvenzeröffnung	Masseverbindlichkeit § 55 I Nr. 2 InsO nach Anzeige der (drohenden) Masseunzulänglichkeit §§ 208 I 1, 210 InsO und Bekanntmachung, § 9 I, III InsO	Leistungsklage unzulässig bzgl. „übrige Masseverbindlichkeit“ i.S.v. § 209 I Nr. 3 InsO Leistungsklage bzgl. Masseverbindlichkeit i.S.v. § 209 I Nr. 1 und Nr. 2 InsO
BAG v. 11.12.2001 – 9 AZR 459/00, ZInsO 2002, 891 BGH v. 3.4.2003 – IX ZR 101/02, ZInsO 2003, 465	bei Ausübung der ersten „objektiv“ möglichen Kündigung (z.B. § 85 SGB IX, §§ 102, 111 BetrVG) <ul style="list-style-type: none">• bei Aufforderung zur Arbeit:• bei unwirksamer Kündigung:• bei Freistellung:	Masseverbindlichkeit i.S.v. § 209 II Nr. 3, I Nr. 2 InsO Masseverbindlichkeit i.S.v. § 209 II Nr. 3, I Nr. 2 InsO „übrige“ Masseverbindlichkeit, § 209 I Nr. 3 InsO
BAG v. 22.2.2018 – 6 AZR 868/16, NZA 2018, 667; BAG v. 22.2.2018 – 6 AZR 95/17, NZA 2018, 651	bei Nichtausübung der ersten „objektiv“ möglichen Kündigung: sog. „Neumasseverbindlichkeit“	Leistungsklage nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit, §§ 208 I 2, 210 InsO und Bekanntmachung, § 9 I, III InsO: Feststellungsklage, ggf. Leistungsklage ggf. bzgl. feststehender Teilquote ggf. Vollstreckungsgegenklage nach § 767 II ZPO gegen bestehendes Leistungsurteil

Abfindungsanspruch nach § 1a KSchG in der Insolvenz*

Kündigung durch:	Zeitpunkt der Kündigung:	Beendigung des Arbeitsverhältnisses:	Rechtsfolge:
Gemeinschuldner	vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens	vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens	Einfache Insovenzforderung, § 38 InsO, bei erfolgter Auszahlung ggf. anfechtbar gemäß §§ 130 I, 143 I 1 InsO Verstreichenlassen der Klagefrist ggf. <ul style="list-style-type: none"> • anfechtbar nach § 123 BGB • nachträgliche Klagezulassung gem. § 5 KSchG
Gemeinschuldner	vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens	nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens	Einfache Insovenzforderung, § 38 InsO, (str.)
Vorläufiger „schwacher“ Insolvenzverwalter	vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens	vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens	Einfache Insovenzforderung, § 38 InsO, (str.)
Vorläufiger „starker“ Insolvenzverwalter	vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens	vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens	Masseverbindlichkeit, § 55 II 1 InsO
Insolvenzverwalter	nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens	nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens	Masseverbindlichkeit, § 55 II 1 InsO

* Stiller, NZI 2005, 77 ff.

Kündigungsschutzklage: behaupteter Betriebsübergang

"An das
Arbeitsgericht
.....

Klage

der / des

- Kläger/in -

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

Firma ..., vertreten durch ..., ...

-Beklagte zu 1- (bisherige Arbeitgeberin)

Firma ..., vertreten durch ..., ...

-Beklagte zu 2- (Betriebsübernehmerin)

wegen Feststellung und Leistung.

Hiermit zeigen wir die anwaltliche Vertretung der Klägerin / des Klägers an. Namens und in Vollmacht der Klägerin / des Klägers erheben wir Klage und werden beantragen:

1.

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin / des Klägers nicht aufgrund der Kündigung im Schreiben der Beklagten zu 1 vom ... , zugegangen am ..., mit Ablauf des ... enden wird.

2.

*Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin / des Klägers zur Beklagten zu 2 über den ... hinaus zu unveränderten Arbeitsbedingungen fortbestehen wird.*¹⁷³⁸

3.

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin / des Klägers über den Kündigungsendtermin hinaus mit der Beklagten zu 1 zu unveränderten Arbeitsbedingungen fortbesteht.

Ferner behalten wir uns vor, nach erfolglosem Gutetermin die Klage in objektiver Hinsicht um folgenden uneigentlichen Hilfsantrag zu erweitern, sollte die Beklagte zu 2 im Gutetermin nicht zu Protokoll des Gerichts erklären, dass sie die klägerische Partei weiterbeschäftigen wird, sofern ein der Klage stattgebendes Urteil ergeht:

4.

Der Beklagte zu 2 wird verurteilt die Klägerin / den Kläger zu unveränderten Arbeitsbedingungen als ... über den Kündigungsendtermin hinaus weiter zu beschäftigen.

Hilfsweise zum Klageantrag zu Ziffer 4:

5.

die Beklagte zu 1 wird verurteilt, die Klägerin / den Kläger zu unveränderten Arbeitsbedingungen als ... über den Kündigungsendtermin hinaus weiter zu beschäftigen.

Hilfsweise zu den vorstehenden Klageanträgen zu Ziffern 1 bis 3:

6.

a)

die Beklagte zu 2 wird gem. § 894 ZPO verurteilt, gegenüber der Klägerin / dem Kläger die Annahme des Angebots der Klägerin / des Klägers zum Abschluss eines Arbeitsvertrages zu erklären, gerichtet auf die Fortsetzung des

¹⁷³⁸

Nach der BAG-Rechtsprechung muss von der klägerischen Partei ein Rechtsschutzinteresse an alsbaldiger Feststellung dargetan werden. Bei Unklarheiten, ob nicht nur ein unselbstständiges Fortbestandsbegehren vorliegt, ist der Richter zur Aufklärung nach § 139 ZPO verpflichtet (BAG v. 27.1.1994, AP Nr. 28 zu § 4 KSchG 1969 = NZA 1994, 812 = NJW 1994, 2780).

*Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin / dem Kläger, mit folgendem Inhalt: ...
(Angabe der Arbeitsbedingungen gemäß dem Katalog des § 2 NachwG).*

b)

Der Beklagte zu 2 wird verurteilt, die Klägerin/den Kläger zu den vorstehend zu vorstehender Ziffer 6 lit. a) bezeichneten Bedingungen tatsächlich zu beschäftigen.

Weiter hilfsweise zu den vorstehenden Klageanträgen zu Ziffern 1 bis 3 und zu Ziffer 6a) und 6b):

7.

a)

*die Beklagte zu 1 wird gem. § 894 ZPO verurteilt, gegenüber der Klägerin / dem Kläger die Annahme des Angebots der Klägerin / des Klägers zum Abschluss eines Arbeitsvertrages zu erklären, gerichtet auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin / dem Kläger, mit folgendem Inhalt: ...
(Angabe der Arbeitsbedingungen gemäß dem Katalog des § 2 NachwG).*

b)

Der Beklagte zu 1 wird verurteilt, die Klägerin / den Kläger zu den vorstehend zu vorstehender Ziffer 7 lit. a) bezeichneten Bedingungen tatsächlich zu beschäftigen.

8.

Kommt die beklagte Partei ihrer Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung der klägerischen Partei nicht innerhalb einer Frist von einer Woche nach Zustellung der Entscheidung nach, wird sie verurteilt, an den Kläger eine Entschädigung in Höhe von täglich mindestens ... EUR zu zahlen.

Erläuterungen zu den vorstehenden Klageanträgen und Darstellung des zugrunde gelegten Sachverhalts:

Das vorstehende, umfassende Formulierungsbeispiel geht von einer Kündigung durch den bisherigen Betriebsinhaber bzw. den Insolvenzverwalter (Beklagter zu 1) aus, wobei nach dem Klagevorbringen der Klägerpartei sich zwischenzeitlich ein - auch ihr Arbeitsverhältnis betreffender - Betriebs(teil-)übergang auf einen Betriebsübernehmer (Beklagter zu 2) vollzogen hat, so dass das Arbeitsverhältnis nach dem Verständnis der Klägerpartei auf den Beklagten zu 2 als neuen Arbeitgeber übergegangen ist. Die Beklagtenseite bestreitet jedoch das Vorliegen eines Betriebs(teil-)übergangs und somit den Übergang des Arbeitsverhältnisses der Klägerpartei.

Eine **alternative Klagehäufung**, bei der der Kläger ein einheitliches Klagebegehren aus mehreren prozessualen Ansprüchen (Streitgegenständen) herleitet und dem Gericht die Auswahl überlässt, auf welchen Klagegrund es die Verurteilung stützt, ist grundsätzlich unzulässig. Der Kläger muss zur Vermeidung einer Klageabweisung als unzulässig eine **Rangfolge bilden**, in der er mehrere prozessuale Ansprüche zur Prüfung durch das Gericht stellen will. Das kann er auch konkludent und noch im Verlauf des Verfahrens einschließlich der Revisionsinstanz tun. Fehlt eine Rangfolgebestimmung, hat das Gericht auf die mangelnde Bestimmtheit hinzuweisen und auf eine zulässige Antragstellung hinzuwirken (§ 139 ZPO).¹⁷³⁹

Erläuterung der einzelnen Klageanträge:

Der Klageantrag zu Ziffer 1 beinhaltet den **Feststellungsantrag nach §§ 4, 7 KSchG**. Er bezieht sich auf die vom bisherigen Betriebsinhaber bzw. dem Insolvenzverwalter (Beklagter zu 1) ausgesprochene Kündigung. Solange eine ordnungsgemäße Unterrichtung der Klägerpartei gem. § 613a Abs. 5 BGB nicht erfolgt ist, hat die Klägerpartei nach diesseitiger Rechtsauffassung ein entsprechendes **Feststellungsinteresse** gegen beide Beklagten, da durch die noch mögliche Ausübung eines Widerspruchs gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613a Abs. 6 BGB der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit dem Beklagten zu 1 noch möglich ist.

Der Hauptantrag zu Ziffer 2 beinhaltet den sog. **allgemeinen Feststellungsantrag** gem. § 256 ZPO zum Schutz vor weiteren Kündigungen, insbesondere sog. Schriftsatzkündigungen (sog. Nachkündigungen). Das BAG vertritt bekanntlich die sog. **punktuellen Streitgegenstandstheorie**, wonach jede Kündigung in den Fristen der §§ 4, 7

¹⁷³⁹ BAG v. 2.8.2018 – 6 AZR 437/17, BB 2019, 51.

KSChG mit einem entsprechenden Klageantrag angegriffen werden muss. Das BAG lässt aber den sog. allgemeinen Feststellungsantrag als tauglichen Klageantrag gegen Nachkündigungen zu, zumindest dann, wenn er in der Klageschrift entsprechend begründet wird. Der allgemeine Feststellungsantrag gem. § 256 ZPO kann zwar mit der Kündigungsschutzklage verbunden werden, muss aber deutlich von dem Kündigungsschutzklageantrag gem. §§ 4, 7 KSChG getrennt formuliert werden. Der allgemeine Feststellungsantrag als Hauptantrag zu Ziffer 2 bezieht sich – entsprechend der Rechtsauffassung der Klägerpartei – auf das Fortbestehen des durch den Beklagten zu 1 **nicht wirksam gekündigten Arbeitsverhältnisses** mit dem Betriebsübernehmer (Beklagter zu 2).

Der Hilfsantrag zum Klageantrag zu Ziffer 3 bezieht sich – entsprechend der Rechtsauffassung der Klägerpartei – auf das Fortbestehen des nicht wirksam gekündigten Arbeitsverhältnisses mit dem bisherigen Betriebsinhaber bzw. dem Insolvenzverwalter (Beklagter zu 1) für den Fall, dass der behauptete (Teil-) **Betriebsübergang** auf den Betriebsübernehmer (Beklagter zu 2) nicht erfolgt sein sollte bzw. von der Klägerpartei **nicht bewiesen** werden kann.

Der Antrag zu Ziffer 4 beinhaltet den **sog. allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch** nach der Rechtsprechung des Großen Senats des BAG,¹⁷⁴⁰ hier – entsprechend der Rechtsauffassung der Klägerpartei – gerichtet gegen den Betriebsübernehmer (Beklagter zu 2) als den nunmehrigen Arbeitgeber. Damit soll – nach gewonnener erster oder zweiter Instanz – **bis zur rechtskräftigen Entscheidung die tatsächliche Beschäftigung** der Klägerpartei durchgesetzt werden. In der Praxis der Instanzgerichte wird dabei erwartet, dass die Tätigkeit im Rahmen der begehrten Weiterbeschäftigung in dem Klageantrag zumindest allgemein beschrieben wird. Dieser Antrag wird als sog. **uneigentlicher Hilfsantrag**¹⁷⁴¹ bezeichnet, ist aber ein aufschiebend bedingt gestellter weiterer Hauptantrag, weil er nicht für den Fall eines Unterliegens mit einem anderen Hauptantrag gestellt wird, sondern für den Fall des Obsiegens mit einem anderen Hauptantrag.

Der Hilfsantrag zu Ziffer 5 beinhaltet den **sog. allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch** (Leistungsklage) nach der Rechtsprechung des Großen Senats des BAG, hier gerichtet gegen den bisherigen Betriebsinhaber bzw. dem Insolvenzverwalter (Beklagter zu 1) für den Fall, dass der behauptete (Teil-) **Betriebsübergang** auf den Betriebsübernehmer (Beklagter zu 2) nicht erfolgt sein sollte bzw. von der Klägerpartei **nicht bewiesen** werden kann.

¹⁷⁴⁰ BAG GS v. 27.2.1985 – GS 1/84, NZA 1985, 702; dazu auch Schaub/Linck, ArbR-HdB, § 125 III Rn 16.

¹⁷⁴¹ Dazu BAG v. 8.4.1988 – 2 AZR 777/87, NZA 1988, 741; Schaub/Linck, ArbR-HdB, § 125 III Rn 17.

Der Klageantrag zu Ziffer 6a) beinhaltet den als Antrag auf Abgabe einer Willenserklärung (§ 894 ZPO) zu formulierenden sog. **Fortsetzungsanspruch**. Er ist – auch gegen den Betriebsübernehmer (Beklagter zu 2) als den nunmehrigen Arbeitgeber – nur als **Hilfsantrag** formuliert, weil es seiner nicht bedarf, wenn die Klägerpartei schon mit dem Kündigungsschutzklageantrag obsiegt. Um **hinreichend bestimmt i.S.v. § 253 ZPO** zu sein, sollte in dem Klageantrag der Inhalt des fortzusetzenden Arbeitsverhältnisses im Rahmen eines entsprechenden **Angebots der Klägerpartei** formuliert werden, und die Verurteilung der Beklagtenseite zur **Annahme** dieses Angebots angestrebt werden. Sollte ein noch in allen wesentlichen Punkten zutreffender und gültiger schriftlicher Arbeitsvertrag zwischen der Klägerpartei und dem bisherigen Betriebsinhaber bzw. dem Insolvenzverwalter (Beklagter zu 1) vorliegen,¹⁷⁴² kann alternativ der Klageantrag zu Ziffer 6a) einfacher formuliert werden: *„der Beklagte zu 2 wird gem. § 894 ZPO verurteilt, gegenüber der Klägerin / dem Kläger die Annahme des Angebots der Klägerin / des Klägers zu erklären, gerichtet auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin / dem Kläger mit dem Inhalt des Arbeitsvertrages mit Datum vom (...).“*

Der Klageantrag zu Ziffer 6b) beinhaltet den entsprechenden **Leistungsklageantrag** auf **tatsächliche Beschäftigung** entsprechend dem Fortsetzungsanspruch gegen den Betriebsübernehmer (Beklagter zu 2) als den nunmehrigen Arbeitgeber.

Der Klageantrag zu Ziffer 7a) beinhaltet den als Antrag auf Abgabe einer Willenserklärung (§ 894 ZPO) zu formulierenden sog. **Fortsetzungsanspruch** gerichtet gegen den bisherigen Betriebsinhaber bzw. den Insolvenzverwalter (Beklagter zu 1) für den Fall, dass der behauptete (Teil-) **Betriebsübergang** auf den Betriebsübernehmer (Beklagter zu 2) nicht erfolgt sein sollte bzw. von der Klägerpartei **nicht bewiesen** werden kann.

Der Klageantrag zu Ziffer 7b) beinhaltet den entsprechenden **Leistungsklageantrag** auf **tatsächliche Beschäftigung** entsprechend dem Fortsetzungsanspruch gegen den bisherigen Betriebsinhaber bzw. den Insolvenzverwalter (Beklagter zu 1) für den Fall, dass der behauptete (Teil-) **Betriebsübergang** auf den Betriebsübernehmer (Beklagter zu 2) nicht erfolgt sein sollte bzw. von der Klägerpartei **nicht bewiesen** werden kann.

Der unechte Hilfsantrag zu Ziffer 8 auf Zahlung einer Entschädigung für den Fall, dass der Arbeitnehmer nicht innerhalb einer bestimmten Frist weiter beschäftigt wird, basiert auf § 61 Abs. 2 ArbGG.

¹⁷⁴² So im Fall BAG v. 25.10.2007 – 8 AZR 989/06, ZInsO 2008, 688.