

Peter Bertram
Vorsitzender Richter am
Landesarbeitsgericht

Vortragsveranstaltung

für den BBAK

am 27.06.2007

in Berlin

**AKTUELLE RECHTSPRECHUNG
ZUM INSOLVENZ-ARBEITSRECHT**

Z u s a m m e n f a s s u n g

I. Betriebsverfassungswidriges Verhalten des Insolvenzverwalters bei einer Betriebsänderung

Der Insolvenzverwalter ist wie jeder Arbeitgeber verpflichtet, die MBR des BR zu beachten. Die Vorschriften der §§ 111-113 BetrVG finden auch in der Insolvenz des Unternehmens uneingeschränkt Anwendung.

Der Insolvenzverwalter darf die Betriebsänderung erst durchführen, wenn

- ein Interessenausgleich mit dem Betriebsrat schriftlich vereinbart wird und dieses Dokument die Unterschriften beider Seiten enthält (es reicht nicht, wenn der Betriebsratsvorsitzende formlos mitteilt, der Betriebsänderung werde zugestimmt und ein Interessenausgleich sei überflüssig.)
(*BAG vom 26.10.2004 – 1 AZR 493/03, NZA 2005, 237 = ZIP 2005, 272*)
- die angerufene Einigungsstelle den Interessenausgleich für gescheitert erklärt hat,
- der Insolvenzverwalter die Zustimmung des Arbeitsgerichts gemäß § 122 InsO eingeholt hat.

1. Interessenausgleichspflichtige Betriebsänderung

Eine mitbestimmungspflichtige Betriebsänderung liegt vor, wenn der Insolvenzverwalter den Betrieb gemäß § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG stilllegt oder wesentlich einschränkt. Das ist der Fall, wenn gemäß § 17 Abs. 1 KSchG Arbeitnehmer in folgendem Umfang entlassen werden:

- In Betrieben mit mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern sind das mehr als fünf Arbeitnehmer = **sechs Arbeitnehmer**.
- In Betrieben von 60 bis 500 Arbeitnehmern müssen es 10% oder mehr als **25 Arbeitnehmer** sein.
- In Betrieben mit i.d.R. mindestens 500 Arbeitnehmern müssen mindestens **30 Arbeitnehmer** innerhalb von 30 Kalendertagen entlassen werden.

Die unveränderte Übernahme des Betriebes durch einen Betriebserwerber ist nicht interessenausgleichspflichtig.

Anders aber, wenn zur Vorbereitung eines Betriebsübergangs – Stichwort Veräußererkonzept – eine Umstrukturierung des Betriebes und eine Reduzierung des Personals stattfindet.

2. Die Beteiligung des Betriebsrats

Der Insolvenzverwalter muss den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend über die von ihm geplanten Maßnahmen unterrichten und darüber mit ihm verhandeln.

Für die **Form der Unterrichtung** ist gesetzlich keine bestimmte Form vorgeschrieben. Dies kann sowohl schriftlich als auch mündlich geschehen. Aus Gründen der Beweissicherung ist eine schriftliche Darstellung ratsam. Die Verpflichtung zur Vorlage von Unterlagen bezüglich der wirtschaftlichen Daten kann sich ergänzend aus § 80 II 2 BetrVG ergeben. Ein vom Betriebsrat vorgelegter Fragenkatalog muss nicht zwangsläufig umfassend beantwortet werden. Der Insolvenzverwalter muss nur auf solche Fragen antworten, die für seine Überlegungen und Planungen maßgebend waren.

Zur Sicherung der Unterrichtungs- und Verhandlungsrechte des BR bejahen einige LAG einen auch im einstweiligen Verfügungsverfahren durchsetzbaren Anspruch auf Unterlassung der Betriebsänderung, d.h. dem Insolvenzverwalter kann verboten werden, bis zum Abschluss des Interessenausgleichs Kündigungen auszusprechen.

3. Wann beginnt die Betriebsänderung?

Der Insolvenzverwalter beginnt mit der Betriebsänderung noch nicht, wenn er die Produktion weitgehend einstellt und den überwiegenden Teil der Belegschaft oder alle Arbeitnehmer eines bestimmten Betriebsteils widerruflich freistellt.

Die Betriebsänderung beginnt erst mit dem Ausspruch von Kündigungen.

(BAG vom 30.05.2006 – 1 AZR 25/05, NZA 2006, 1122 = ZIP 2006, 1510)

4. Höhe und Rang der Nachteilsausgleichsansprüche

Der Anspruch auf Nachteilsausgleich hängt nicht von der finanziellen Leistungsfähigkeit oder der individuellen Leistungsbereitschaft des Arbeitgebers ab. Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitgebers haben bei der Festsetzung der Höhe des Nachteilsausgleichs außer Betracht zu bleiben. Insbesondere führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu keiner Rücksichtnahme auf die übrigen Gläubigerinteressen.

(BAG vom 22.07.2003 – 1 AZR 541/02, NZI 2004, 99 = NZA 2004, 93 = ZIP 2003, 2216)

Gemäß § 10 Abs. 1 KSchG kann daher als Abfindung ein Betrag bis zu 12 Monatsverdiensten festgesetzt werden, der sich abhängig vom Alter des Arbeitnehmers und seiner Betriebszugehörigkeit gemäß § 10 Abs. 2 KSchG auf bis zu 18 Monatsverdienste erhöht werden kann. Dies folgt aus der Funktion des Nachteilsausgleichs, der auch eine Sanktion für das betriebsverfassungswidrige Verhalten des Arbeitgebers darstellt. Betriebsverfassungswidriges Verhalten des Insolvenzverwalters ist gesetzeswidriges Verhalten.

Die Interessen der anderen Insolvenzgläubiger gebieten keine Begrenzung oder Minderung des Entschädigungsanspruchs.

Der Anspruch auf Nachteilsausgleich gemäß § 113 Abs. 3 BetrVG ist einfache Insolvenzforderung, wenn die Betriebsstilllegung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begonnen hat.

Es handelt sich um eine Masseverbindlichkeit gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, wenn die Betriebsänderung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens beschlossen und durchgeführt wird.

Führt der Insolvenzverwalter die Betriebsänderung nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit fort, handelt es sich bei den Nachteilsausgleichsansprüchen um Neumasseverbindlichkeiten gemäß § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

Spricht der Insolvenzverwalter die Kündigungen **vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit aus**, sind die Nachteilsausgleichsansprüche als Altmasseverbindlichkeiten gemäß § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu berichtigen.

5. Persönliche Haftung des Insolvenzverwalters?

Entstehen durch das betriebsverfassungswidrige Verhalten des Insolvenzverwalters Nachteilsausgleichsansprüche, scheidet eine persönliche Haftung des Insolvenzverwalters gemäß § 60 Abs. 1 InsO aus, weil es sich bei der Beteiligung des BR nicht um eine insolvenzspezifische Pflicht i.S.v. § 60 I 1 InsO handelt.

§ 61 InsO gewährt nur einen Anspruch auf das negative Interesse.

6. Abweichen von einem Interessenausgleich

Nachteilsausgleichsansprüche können auch dann entstehen, wenn der Insolvenzverwalter von einem Interessenausgleich abweicht, weil die ursprünglich geplante Personalreduzierung nicht ausreicht, weitere Betriebsteile oder entgegen der ursprünglichen Absicht der gesamte Betrieb geschlossen werden muss.

Ist der Interessenausgleich über die beabsichtigte Stilllegung des Betriebes gescheitert, stellt die vollständige Freistellung der Belegschaft nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit und die Vergabe der restlichen Abwicklungsarbeiten an eine Leiharbeitsfirma keine grundlegende Änderung der Betriebsorganisation i.S.v. § 111 Satz 3 Nr. 4 BetrVG dar. Die Beteiligungsrechte des BR werden dadurch nicht erneut ausgelöst. (LAG Hamm vom 26.02.2007 – 10 TaBVGa 3/07).

Die Einstellung von Leiharbeitnehmern ist gemäß §§ 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, 14 Abs. 3 AÜG mitbestimmungspflichtig. Fraglich ist, ob bei Missachtung der Mitbestimmung des BR außerhalb der §§ 100, 101 BetrVG die Aufhebung von personellen Einzelmaßnahmen im Wege einer einstweiligen Verfügung in Betracht kommt (dagegen LAG Hamm vom 17.02.1996 NZA-RR 1998, 421; aA LAG Köln vom 13.08.2002 – 12 Ta 244/02 NZA-RR 2003, 249).

Hat der Insolvenzverwalter mit dem BR im Rahmen der Stilllegung des Betriebes vereinbart, die Personalstärke stufenweise nach und nach zu reduzieren, darf er von

der vereinbarten Zeitschiene gemäß § 113 Abs. 1 BetrVG nur aus zwingenden wirtschaftlichen Gründen abweichen.

Schließt er den Betrieb früher als geplant, handelt es sich nicht um eine neue interessenausgleichspflichtige Betriebsänderung, sondern um ein Abweichen von einem bereits vorliegenden Interessenausgleich i.S.v. § 113 Abs. 1 BetrVG. Anders aber, wenn sich doch noch ein Erwerber findet und der Insolvenzverwalter jetzt Restrukturierungsmaßnahmen durchführen will, um den Betrieb mit einer verringerten Belegschaft und einhergehenden Restrukturierungsmaßnahme verkaufsfähig machen will. Eine neue interessenausgleichspflichtige Maßnahme kann auch darin bestehen, dass der Insolvenzverwalter anders als geplant einen Betriebsteil ausgliedert, um ihn auf einen Erwerber zu übertragen.

(Gottwald-Heinze/Bertram, § 107 Rdnr. 68.)

II. Betriebsbedingte Kündigung in der Insolvenz

1. Zur Darlegungs- und Beweislast des Insolvenzverwalters bei Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste

Die Vermutung der Betriebsbedingtheit der Kündigung gemäß § 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO greift ein, wenn zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat wegen einer Betriebsänderung i.S.v. § 111 BetrVG ein Interessenausgleich zustande gekommen ist. In diesem Fall kann die soziale Auswahl gemäß § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO nur auf grobe Fehlerhaftigkeit nachgeprüft werden. Der individuelle Kündigungsschutz ist zugunsten einer kollektiv-rechtlichen Regelungsbefugnis der Betriebsparteien deutlich eingeschränkt, denn der Insolvenzverwalter kann sich im Prozess darauf beschränken, die tatbestandlichen Voraussetzungen für das Eingreifen der Vermutungswirkung gemäß § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO vorzutragen, d.h. seine Darlegungen können sich darauf beschränken,

- dass er eine Betriebsänderung plant,
- dass die Betriebsänderung Gegenstand eines Interessenausgleichs ist und
- dass die zu kündigenden Arbeitnehmer auf einer Namensliste, die Bestandteil dieses Interessenausgleichs ist, genannt werden.

Der Insolvenzverwalter kann sich nicht damit begnügen, pauschal auf den Interessenausgleich zu verweisen, weil sich daraus die geplante Betriebsänderung ergäbe. Für die tatbestandlichen Voraussetzungen der Vermutungswirkung ist er in vollem Umfang darlegungs- und beweispflichtig.

Wird der Betrieb nicht stillgelegt, sondern kommt es kurz nach Abschluss des Interessenausgleichs doch noch zu einer zumindest teilweisen Fortführung des Betriebes, greift die Vermutungswirkung der §§ 125, 128 InsO nicht ein.

(BAG vom 29.09.2005 – 8 AZR 647/04, NZA 2006, 720.)

2. Zustandekommen eines formgültigen Interessenausgleichs

Es gilt das gesetzliche Schriftformerfordernis gemäß §§ 125, 126 BGB. Interessenausgleich und Namensliste müsse eine Urkunde bilden. Die Namensliste muss mit dem unterschriebenen Interessenausgleich körperlich verbunden worden sein.

In dem Interessenausgleich muss auf die Namensliste Bezug genommen werden.

Wir die Namensliste später erstellt und erst dann mit dem Interessenausgleich körperlich verbunden, handelt es sich nicht um eine einheitliche Urkunde i.S.v. § 126 Abs. 2 BGB.

3. Darlegungs- und Beweislast des Arbeitnehmers / Auskunftspflicht des Insolvenzverwalters

Der Arbeitnehmer muss die vermutete Betriebsbedingtheit der Kündigung schlüssig und begründet widerlegen. Der Arbeitnehmer kann sich daher nicht mehr mit einem pauschalen Bestreiten der Betriebsbedingtheit der Kündigung begnügen. Es reicht auch nicht aus, wenn er darauf hinweist, in seiner Abteilung werde weiterhin gearbeitet. Ebenso wenig können vorübergehende Mehrarbeit oder Überstunden den zu vermutenden Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses widerlegen.

(BAG vom 21.02.2002 – 2 AZR 581/00, NZA 2002, 1360.)

Die grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl muss der Arbeitnehmer in vollem Umfang gemäß § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG beweisen.

Die für den Insolvenzverwalter komfortable Verteilung der Darlegungs- und Beweislast gilt aber nur für die Vermutung der Betriebsbedingtheit der Kündigung, erstreckt sich aber nicht auf die soziale Auswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG. Die Überprüfbarkeit der sozialen Auswahl ist bei Vorliegen eines Interessenausgleichs gemäß § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO auf den Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit beschränkt. Dies ändert aber nichts an der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast für die behauptete Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl. Es bleibt vielmehr bei der gesetzlichen Regelung, wonach der Arbeitgeber gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG auf Verlangen Auskunft über die Gründe zu geben, die zu der sozialen

Auswahl geführt haben. Erst wenn der Insolvenzverwalter seiner Auskunftspflicht genüge getan, muss der Arbeitnehmer in vollem Umfang gemäß § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG die grobe Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl beweisen.

(BAG vom 10.02.1999 – 2 AZR 716/98, NZA 1999, 702; BAG vom 21.02.2002 – 2 AZR 581/00, NZA 2002, 1360; BAG vom 17.11.2005 – 6 AZR 107/05, ZIP 2006, 774 = DB 2006, 844.)

Es reicht im Rahmen der Auskunftspflicht des Insolvenzverwalters u.U. nicht aus, auf eine Liste aller weiterbeschäftigten und zu entlassenden Arbeitnehmer zu verweisen, wenn daraus nicht ersichtlich ist, welche konkreten Arbeitnehmer zum auswahlrelevanten Personenkreis gehören (BAG vom 21.07.1988 – 2 AZR 75/088, NZA 1989, 264).

4. Wann ist die Gewichtung der sozialen Kriterien grob fehlerhaft?

Der eingeschränkte Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit bezieht sich auf den gesamten Vorgang der sozialen Auswahl, d.h.

- auf die Gewichtung der sozialen Kriterien Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung,
- auf die Bildung der Vergleichsgruppen und
- auf die Herausnahme von Leistungsträgern gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG.

Grob fehlerhaft ist eine soziale Auswahl nur dann, wenn ein evidenter, ins Auge springender schwerer Fehler vorliegt und der Interessenausgleich jede Ausgewogenheit vermissen lässt. Sind die sozialen Daten Alter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltspflichten im Wesentlichen berücksichtigt worden, kann von einer groben Fehlerhaftigkeit nur in krassen Ausnahmefällen die Rede sein.

(BAG vom 17.11.2005 -6 AZR 107/05, DB 2006, 844 = ZIP 2006, 774 und vom 28.08.2003 – 2 AZR 368/02, ZIP 2004, 1271 und vom 02.12.1999 – 2 AZR 757/98, DB 2000, 1338.)

Der dem Arbeitgeber ohnehin eingeräumte Wertungsspielraum muss deutlich überschritten worden sein.

Bei der Gewichtung der sozialen Daten besteht keine Reihenfolge zugunsten der Dauer der Betriebszugehörigkeit, Alter und Unterhaltspflichten.

Der Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit bezieht sich auch auf die Bildung der Vergleichsgruppen. Nur wenn die Austauschbarkeit offensichtlich verkannt worden ist und es an sachbezogenen Differenzierungsgründen mangelt, kann die Bildung der Vergleichsgruppen als grob fehlerhaft bezeichnet werden.

(BAG vom 17.11.2005 – 6 AZR 107/05 unter II.c) bb) der Gründe, DB 2006, 844; vgl. dazu auch LAG Hamm vom 12.11.2003 – 2 Sa 1232/03.)

Bei unterschiedlichen Tätigkeiten - Maschinenführer und Maschineneinrichter – und unterschiedlicher Qualifikation (Facharbeiter mit Abschlussprüfung und ungelernete oder angelernte Kraft) bestehen sachliche Unterschiede, die der Annahme einer unzulässigen oder gar willkürlichen Vergleichsgruppenbildung entgegenstehen.

Es ist nicht grob fehlerhaft, wenn die Betriebsparteien bei der Vergleichsgruppenbildung auf die sofortige Austauschbarkeit abgestellt haben (BAG vom 17.11.2005 – 6 AZR 107/05, ZIP 2006, 774).

5. Herausnahme von Leistungsträgern

Der Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit gemäß § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO findet auch bei der Herausnahme von Leistungsträgern gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG Anwendung.

(LAG Köln vom 10.05.2005 – 1 Sa 1510/04, ZIP 2005, 1524 = BB 2005, 1860; LAG Hamm vom 06.12.2006 – 2 Sa 867/06; BAG vom 17.11.2005 – 6 AZR 107/05, ZIP 2006, 774 = DB 2006, 844.)

Der Insolvenzverwalter trägt für das Vorliegen dringender betrieblicher Interessen an der Weiterbeschäftigung einzelner Arbeitnehmer gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG die volle Darlegungs- und Beweislast.

(LAG Niedersachsen vom 30.06.2006 – 10 Sa 1816/05, LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 52 m. Anm. Ziemann, jurisPR-ArbR 44/2006 Anm. 1.)

Der Insolvenzverwalter muss konkret darlegen, welche konkreten Erwägungen und Abwägungen zur Herausnahme des Leistungsträgers geführt haben. Dazu muss der Insolvenzverwalter angeben,

- über welche Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen der von der Sozialauswahl ausgenommene Arbeitnehmer verfügt und dass deswegen an der Weiterbeschäftigung dieses Arbeitnehmers ein berechtigtes betriebliches Interesse besteht,
- die Abwägung der Interessen des sozial schwächeren Arbeitnehmers gegenüber den betrieblichen Interessen an der Herausnahme des Leistungsträgers,
- warum die betrieblichen Interessen ggf. die Herausnahme mehrerer Leistungsträger gebieten.

(Dazu im Einzelnen: LAG Niedersachsen vom 30.06.2006 – 10 Sa 1816/05, LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 52 = EzA-SD 2006, Nr. 21, 3-4; BAG vom 10.02.1999 – 2 AZR 716/98, NJW 1999, 3796 = NZA 1999, 702.)

Die Herausnahmegründe müssen ein bestimmtes Gewicht erreichen. Es reicht nicht, dass die Weiterbeschäftigung bestimmter Arbeitnehmer bloß vorteilhaft oder nützlich ist.

In der Praxis ist anzuraten, auf die Herausnahme von Leistungsträgern nach Möglichkeit zu verzichten, weil die Weiterbeschäftigung bestimmter Arbeitnehmer über eine sachgerechte Vergleichsgruppenbildung erreicht werden kann.

6. Auswahlrichtlinien

Der Insolvenzverwalter kann mit dem Betriebsrat gemäß § 1 Abs. 4 KSchG Auswahlrichtlinien über die Gewichtung der sozialen Gesichtspunkte vereinbaren.

Im Rahmen einer Namensliste gemäß § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO steht es den Betriebsparteien frei, auch die Kriterien für die Bildung der auswahlrelevanten Gruppen festzulegen.

Diese Auswahlrichtlinien müssen sich aber an den Vorgaben des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG orientieren. Es besteht ein weiter Gestaltungsspielraum der Betriebsparteien, der erst dann überschritten ist, wenn ein relevantes Sozialkriterium – z.B. das Alter – praktisch keine Rolle mehr spielt.

(BAG vom 18.10.2006 – 2 AZR 473/05, NZA 2007, 504 = DB 2007, 922.)

7. Wie ermittelt der Insolvenzverwalter die maßgeblichen sozialen Verhältnisse?

Es kommt darauf an, ob die soziale Auswahl gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG objektiv falsch ist. Auf die Eintragungen auf der Lohnsteuerkarte kann sich der Insolvenzverwalter nicht unbedingt verlassen. Nur im Rahmen der Betriebsratsanhörung kann der Arbeitgeber sich darauf beschränken, dem BR bezüglich der Unterhaltspflichten das mitzuteilen, was ihm aufgrund der Lohnsteuereintragung bekannt ist.

(BAG vom 24.11.2005 – 2 AZR 514/04, NZA 2006, 665.)

8. Punkteschema

Ein Punkteschema für die soziale Auswahl ist gemäß § 95 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig.

(BAG vom 26.07.2005 – 1 ABR 29/04, DB 2005, 2530 = NZA 2005, 1372.)

Das unterbliebene Mitbestimmungsverfahren bei der Anwendung eines Punktesystems führt nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung.

(BAG vom 09.11.2006 – 2 AZR 912/05, NZA 2007, 549.)

Nach der Neufassung des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG muss der Insolvenzverwalter nur Alter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung

berücksichtigen. Ob er daneben auch noch andere Gesichtspunkte einbeziehen darf, ist offen. Eine individuelle Abschlussprüfung ist nicht mehr erforderlich.

(BAG vom 09.11.2006 – 2 AZR 812/05, NZA 2007, 549 = DB 2007, 1087.)

Hält sich der Insolvenzverwalter nicht an das mit dem BR vereinbarte Punkteschema, kann die Sozialauswahl grob fehlerhaft i.S.v. § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO sein.

9. Altersgruppen

Der Insolvenzverwalter kann zur Sicherung der bisher bestandenen Altersstruktur oder auch zur Herstellung einer ausgewogenen Personalstruktur Altersgruppen bilden. Personalpolitische Fehlentwicklungen vor der Insolvenzeröffnung können auf diese Weise ausgeglichen werden.

Bezieht sich der Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit auf den gesamten Vorgang der sozialen Auswahl, kann auch die Sicherung oder Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden.

(BAG vom 28.08.2003 – 2 AZR 368/02, NZA 2004, 432; a.A. Zwanziger, InsO, 3. Aufl. § 125 Rdnr. 58.)

Unter der Geltung des AGG kann die Bildung von Altersgruppen ein Weg sein, um eine Altersdiskriminierung zu vermeiden.

(Anders ArbG Osnabrück vom 05.02.2007 – 3 Ca 677/06, DB 2007, 1200.)

III. Massenentlassung in der Insolvenz und Betriebsübergang

1. Massenentlassungsanzeige

Unter Entlassung i.S.v. § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist die Kündigungserklärung zu verstehen.

(BAG vom 23.03.2006 – 2 AZR 343/05, NZA 2006, 971 = ZIP 2006, 1644; BAG vom 13.07.2006 – 6 AZR 198/06, NZA 2007, 25 = ZIP 2006, 2396.)

Im Rahmen der Anzeigepflicht des § 17 Abs. 1 KSchG sind Eigenkündigungen und Aufhebungsverträge bezüglich der Anzahl der ausscheidenden Arbeitnehmer zu berücksichtigen.

Der Insolvenzverwalter muss dem BR gemäß § 17 Abs. 2 KSchG vor Ausspruch der Kündigungen konsultieren. Eine Einigung mit ihm ist europarechtlich nicht erforderlich.

(BAG vom 13.07.2006 – 6 AZR 198/06, NZA 2007, 25; Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht 1/2006, S. 150.)

Will der Insolvenzverwalter ein Punktesystem verwenden, handelt es sich um eine mitbestimmungspflichtige Auswahlrichtlinie gemäß § 95 Abs. 1 BetrVG. Die Durchführung des Mitbestimmungsverfahrens ist zwar nicht Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung. Der Insolvenzverwalter kann aber mitbestimmungsrechtlich daran gehindert werden, ein Punktesystem zugrunde zu legen.

Sperrfrist gemäß § 18 Abs. 1 KSchG: Der Insolvenzverwalter muss mit dem Ausspruch der Kündigung nach Anzeige der Massenentlassung nicht einen Monat warten, sondern es kommt nur darauf an, ob der Arbeitnehmer innerhalb eines Monats aus dem Arbeitsverhältnis **ausscheidet**. Nur der Entlassungszeitraum ist hinausgeschoben.

(LAG Hamm vom 15.11.2006 – 2 Sa 427/06; KR-Weigand, 8. Aufl. § 18 KSchG Rdnr. 5; ErfK-Kiel, 7. Aufl. § 18 KSchG Rdnr. 4.)

Freifrist gemäß § 18 Abs. 4: Die Entlassungen müssen innerhalb von 90 Tagen durchgeführt werden. Geschieht dies nicht, muss ggf. eine neue Anzeige erstattet werden; andernfalls droht die Unwirksamkeit der Kündigung.

(von Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 14. Aufl. § 18 Rdnrn. 23-25; a.A. KR-Weigand, 8. Aufl. § 18 Rdnr. 34 unter Hinweis auf die DA der BA Stand 7/2005.)

2. Veräußererkonzept

Das BAG hat ausdrücklich klargestellt, dass der Insolvenzverwalter nicht nur aufgrund eines Erwerberkonzepts kündigen darf, sondern auch ein eigenes Sanierungskonzept des Insolvenzverwalters nicht gegen § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB verstößt.

(BAG vom 20.09.2006 – 6 AZR 249/05, ZIP 2007, 595 = NZA 2007, 387.)

§ 613a Abs. 4 BGB gilt auch im Insolvenzverfahren, s. § 128 Abs. 2 InsO.

Die Sperrwirkung des § 613a Abs. 4 BGB greift nur ein, wenn der neue Betriebsinhaber auf einer Bestenauslese besteht und die Übernahme bestimmter Arbeitnehmer ablehnt, weil sie ihm zu teuer seien. Ein Auswahlrecht des Erwerbers, sich diejenigen Arbeitnehmer auszusuchen, die er übernehmen will, besteht nicht.

(Gottwald-Heinze/Bertram, § 105 Rdnr. 48.)

Der Insolvenzverwalter ist daher nicht gehindert, ein Sanierungs- oder Restrukturierungskonzept zu erarbeiten, um den Betrieb überhaupt verkaufsfähig zu machen. Die Möglichkeit des Ausspruchs von Kündigungen im Zusammenhang mit einer beabsichtigten Betriebsübernahme ist nicht auf den Fall der Kündigung aufgrund eines Erwerberkonzepts beschränkt. Im Gegenteil: Bei der Umsetzung des Konzepts des Veräußerers liegt ohne Weiteres ein eigenes betriebliches Erfordernis für den derzeitigen Betriebsinhaber vor, welches die Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG rechtfertigen kann.

(ErfK-Preis, 7. Aufl. § 613a BGB Rdnr. 64; BAG vom 20.09.2006 – 6 AZR 249/05, ZIP 2007, 595.)

3. Aufhebungsvertrag über den Wechsel in eine Beschäftigungsgesellschaft und Wiedereinstellungsanspruch

Ein dreiseitiger Aufhebungsvertrag über den Wechsel in eine BQG ist zulässig.

(BAG vom 18.08.2005 – 8 AZR 523/04, ZIP 2006, 148; BAG vom 10.12.1998 – 8 AZR 324/97, NZA 1999, 422, 424.)

Kann der Aufhebungsvertrag nicht durch Anfechtung oder wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage beseitigt werden, besteht kein Neueinstellungs- oder Fortsetzungsanspruch des Arbeitnehmers, weil es doch noch zu einem Betriebsübergang gekommen ist.

(BAG vom 23.11.2006 – 8 AZR 349/06, ZIP 2007, 643 = BB 2007, 1054.)

IV. Arbeitsvertragsrecht, Vergütungspflicht, Urlaub

1. Urlaubsanspruch der weiterbeschäftigten Arbeitnehmer

Ist der Arbeitnehmer vom Insolvenzverwalter nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit unwiderruflich von jeder Arbeitsleistung freigestellt worden, werden Neumasseverbindlichkeiten i.S.v. § 209 Abs. 2 InsO nicht begründet.

Die nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit weiterbeschäftigten Arbeitnehmer erwerben bezüglich ihres Urlaubs nur anteilige Neumasseverbindlichkeiten.

(BAG vom 21.11.2006 – 9 AZR 97/06, ZIP 2007, 834.)

Deshalb erwächst ein als Neumasseverbindlichkeit zu berichtigender Urlaubsanspruch nur für den Zeitraum, in dem Arbeitsleistungen für die Masse erbracht worden sind. Für die Berechnung ist das Verhältnis der möglichen Arbeitstage im Jahr zu den vom Arbeitnehmer nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit geleisteten Arbeitstagen maßgeblich.

2. Abführungspflicht gegenüber dem Insolvenzverwalter

Ist über das Vermögen eines Arbeitnehmers das Insolvenzverfahren gemäß § 304 InsO 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 BQG gewechselt ist, neben dem Transferkurzarbeitergeld gemäß § 216b SGB III einen Aufstockungsbetrag zur Sicherung seines bisherigen Nettoentgelts, handelt es sich um ein einheitliches Arbeitseinkommen. Eines Zusammenrechnungsbeschlusses gemäß § 850e Nr. 2 bzw. 2a ZPO bedarf es nicht.

(LAG Hamm vom 16.08.2006 – 2 Sa 385/06, ZIP 2007, 348; aA Keller, EWIR 2007,337).

3. Auflösungsverschulden des Arbeitgebers gemäß § 628 Abs. 2 BGB bei rückständigen Löhnen

Der Arbeitnehmer kann bei erheblichen Gehaltsrückständen zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt sein. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Insolvenzgeld gemäß § 183 Abs. 1 Satz 1 Nr. 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. Bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, alsbaldiger Insolvenzeröffnung und Stilllegung des Betriebes beinhaltet der Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers nicht kumulativ eine Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes in entsprechender Anwendung der §§ 9, 10 KSchG.

(LAG Hamm vom 29.03.2006 – 2 Sa 1571/05 – Revision eingelegt unter 8 AZR 817/06.)

V. Aufnahme unterbrochener Prozesse

Die Insolvenzeröffnung führt gemäß § 240 Satz 1 ZPO zur Unterbrechung des Verfahrens. Dies gilt auch für Kündigungsschutzprozesse.

Kündigungsschutzprozesse können sowohl vom Arbeitnehmer als auch vom Insolvenzverwalter gemäß § 86 Abs. 1 InsO aufgenommen werden, wenn eine Masseverbindlichkeit betroffen ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn es um den Bestand des Arbeitsverhältnisses über den Tag der Insolvenzeröffnung hinaus geht.

Betrifft die Feststellungsklage nur den Bestand des Arbeitsverhältnisses vor Insolvenzeröffnung, kann der Rechtsstreit nur fortgeführt werden, wenn die davon abhängigen Vergütungsforderungen gemäß §§ 179 Abs. 1, 180 Abs. 1 InsO angemeldet, geprüft und bestritten worden sind (BAG vom 18.10.2006 – 2 AZR 563/05, ZIP 2007, 745 = NZI 2007, 300).