



Arbeitsrecht in der Insolvenz

für die Mitglieder des
Berlin Brandenburger Arbeitskreises für Insolvenzrecht

Berlin
25.06.2014



Gliederung

	<u>Seite</u>
Gliederungsverzeichnis.....	2
Abkürzungsverzeichnis.....	4
A Auswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf die Arbeitsverhältnisse.....	7
I. Einleitung	7
II. Ordentliche Kündigung	9
III. Kündigungsfrist	15
IV. Kündigungsberechtigung	19
V. Bestimmtheit der Kündigung.....	23
VI. Außerordentliche Kündigung	24
VII. Der Aufhebungsvertrag bei Einschaltung einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft.....	32



Gliederung

Seite

B	Massenentlassungsanzeige/Konsultationsverfahren (§ 17 KSchG)	41
C	Die Unterrichtung des Arbeitnehmers nach § 613a Abs. 2 BGB	54
D	Die Anfechtbarkeit von Lohnzahlungen durch den Insolvenzverwalter	62



Abkürzungen

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
bspw.	beispielsweise
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
DB	Der Betrieb
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ErK	Erfurter Kommentar
EuGH	Europäischer Gerichtshof



Abkürzungen

GmS-OGB	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
h.M.	herrschende Meinung
InsO	Insolvenzordnung
InsV	Insolvenzverwalter
InsVV	Insolvenzverwaltervergütungsordnung
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MuSchG	Mutterschutzgesetz
Nr.	Nummer
n.v.	nicht veröffentlicht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA RR	NZA-Rechtsprechungsreport
PflegeZG	Pflegezeitgesetz
SGB IX	Sozialgesetzbuch - Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen



sh.	siehe
TzBfG	Teilzeitbefristungsgesetz
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZVI	Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht



A Auswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf die Arbeitsverhältnisse
I. Einleitung

Trotz der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehen die Dienste und Arbeitsverhältnisse mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort, bis sie durch Kündigung oder durch Zeitablauf beendet werden.

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat der Insolvenzverwalter anstatt des Schuldners sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu erfüllen.

Der Insolvenzverwalter wird **nicht** Arbeitgeber.



Lediglich die **Arbeitgeberfunktion** geht vom Insolvenzschuldner auf den Insolvenzverwalter über, was sich aus der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gemäß § 80 InsO ergibt.

Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen gelten unverändert fort.

Die Arbeitnehmerschutzgesetze, insbesondere KSchG, BUrlG, TzBfG, MuSchG, BEEG sind zu beachten.

Es gibt kein „Krisen-Arbeitsrecht“, jedoch enthält die InsO einige bedeutsame Bestimmungen. Diese ändern die Rechtslage zwar nicht grundsätzlich, aber doch in wichtigen Einzelheiten ab.



II. Ordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

Die Durchführung von Insolvenzverfahren ist in aller Regel mit nicht unerheblichem Personalabbau verbunden.

Es gelten die allgemeinen Regeln des Kündigungs- und Kündigungsschutzrechts.

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist kein Kündigungsgrund.

Das KSchG und die besonderen Kündigungsschutzvorschriften sind auch in der Insolvenz zu beachten.



Es gelten die Kündigungseinschränkungen für

- schwerbehinderte Personen (§ 85 SGB IX),
- werdende Mütter (§ 9 MuSchG),
- Arbeitnehmer in Elternzeit (§ 18 BEEG),
- Mitglieder des Betriebsrats,
- einer Jugend- und Auszubildendenvertretung oder Personalvertretung,
- Wahlvorstand, Wahlbewerber und Ersatzmitglieder (§ 15 KSchG),
- Auszubildende (§ 22 BBiG),



- Datenschutzbeauftragter (§ 4f Abs. 3 BDSG),
- Immissionsschutzbeauftragter (§ 58 Abs. 2 BImSchG),
- „pflegende Beschäftigte“ (§ 5 PflegeZG).

Der Insolvenzverwalter muss auch ein nicht angetretenes Arbeitsverhältnis kündigen.

Die Kündigungsfrist beginnt auch dann ab Zugang der Kündigung zu laufen, wenn die Parteien ausdrücklich vereinbart hatten, dass das Arbeitsverhältnis erst ab Aufnahme der Arbeit kündbar sein soll (§ 113 InsO, analog).



Beispiel für strengen Formalismus:

Die von einem Insolvenzverwalter vor dem Eintritt eines Betriebsübergangs beim Integrationsamt beantragte und nach dem Betriebsübergang an ihn zugestellte Zustimmung zur Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers stellt keine dem Betriebserwerber erteilte Zustimmung i.S.d. § 85 SGB IX dar, auf die er sich zur Kündigung dieses Arbeitnehmers berufen kann (BAG 15.11.2012 - 8 AZR 827/11, ZIP 2013, 537).

Die vom Betriebserwerber ausgesprochene Kündigung ist nach § 85 SGB IX i.V.m. § 134 BGB nichtig, weil die Erwerberin sie ohne die nach § 85 SGB IX erforderliche vorherige Zustimmung des Integrationsamts ausgesprochen hat.



Eine solche Zustimmung ist der Erwerberin vor Ausspruch der Kündigung nicht wirksam erteilt worden. Die dem Insolvenzverwalter erteilte Zustimmung stellt keine der Betriebserwerberin als Arbeitgeberin erteilte Zustimmung i.S.v. § 85 SGB IX zur Kündigung dar. Die Zustimmung für den Insolvenzverwalter geht ins Leere, weil sie dem nicht mehr kündigungsberechtigten Insolvenzverwalter und nicht - wie es § 88 Abs. 2 SGB IX i.V.m. § 85 SGB IX verlangt - dem Arbeitgeber erteilt worden war.

!Beachte:

Der Insolvenzverwalter hätte die Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger auch unter Hinweis auf den beabsichtigten Betriebsübergang beantragen können. Dann hätte das



Integrationsamt die Beklagte am Zustimmungsverfahren nach §§ 1, 12 Abs. 1 Nr. 2 SGB X beteiligen können und nach erfolgtem Betriebsübergang der Beklagten als kündigungsberechtigter Arbeitgeberin nach § 88 Abs. 2 Satz 1 SGB IX den Zustimmungsbescheid zustellen können.



III. Kündigungsfrist

„Ein Dienstverhältnis, bei dem der Schuldner der Dienstberechtigte ist, kann 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 InsO“.

§ 113 InsO regelt nur die Kündigungsfrist. Er enthält keinen insolvenzrechtlichen Kündigungsgrund. Weder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch dessen Einstellung mangels Masse können als solche Kündigung sozial rechtfertigen (BAG 5.12.2002 - 2 AZR 571/01, ZIP 2003, 1169).



Der Zweck der Regelung besteht darin, im Interesse der Insolvenzmasse eine allzu lange Bindung an nicht mehr sinnvolle Arbeitsverhältnisse zu verhindern.

Es gilt stets die kürzere (gesetzliche, tarifliche, einzelvertragliche) Frist.

Es handelt sich somit um keine **Regel-**, sondern um eine **Höchstfrist**.

Eine längere Kündigungsfrist wird auf drei Monate abgekürzt

- einzelvertraglicher Ausschluss (BAG 6.7.2000 - 2 AZR 695/99, NZA 2001, 23)



- tariflicher Ausschluss (*BAG* 16.6.2005 - 6 AZR 476/04, ZIP 2005, 1842)
Orientierungssatz: „Ein tariflicher Kündigungsschutz für ältere, langjährig beschäftigter Arbeitnehmer wird bei einer Kündigung durch den Insolvenzverwalter durch die in § 113 InsO vorgegebene Höchstfrist von drei Monaten verdrängt“.
- Auch Unkündbarkeitsklauseln in Betriebsvereinbarungen (bspw. Beschäftigungsgarantie) werden durch die Höchstfrist des § 113 InsO verdrängt (*BAG*, 22.9.2005 - 6 AZR 526/04, ZIP 2006, 631).
- Diese Grundsätze gelten auch für befristete Arbeitsverträge, bei denen kein Recht zur ordentlichen Kündigung vereinbart wurde (§ 15 Abs. 3 TzBfG).



Es gilt die dreimonatige Kündigungsfrist des § 113 InsO, nicht hingegen die hypothetische gesetzliche Kündigungsfrist des § 622 Abs. 1 BGB (*BAG* 6.7.2000 - 2 AZR 695/99, ZIP 2000, 1941).

- Auch ein Altersteilzeitvertrag (Blockmodell) kann in der Arbeitsphase gekündigt werden; nicht jedoch in der Freistellungsphase, da insoweit ein dringendes betriebliches Erfordernis fehlen soll (*BAG* 16.6.2005 - 6 AZR 476/04, NZI 2006, 50; *BAG* 5.12.2002 - 2 AZR 571/01, ZInsO 2003, 480).



IV. Kündigungsberechtigung

Der vorläufige schwache Insolvenzverwalter (§ 22 Abs. 2 Nr. 1 InsO) ist nicht berechtigt, selbständig Arbeitsverhältnisse zu kündigen. Die Arbeitgeberfunktion verbleibt beim Insolvenzschuldner. Die Kündigung muss daher durch diesen erfolgen. Erforderlich ist jedoch die Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalter (BAG 10.10.2002 - 2 AZR 532/01, ZIP 2003, 1161).

Allerdings kann das Insolvenzgericht nach § 22 Abs. 2 InsO anordnen, dass der vorläufige Insolvenzverwalter auch kündigungsberechtigt ist.

Die Anwendung des § 113 InsO kommt wegen dem eindeutigen Wortlaut weder direkt noch analog in Betracht (BAG 20.1.2005 - 2 AZR 134/04, ZIP 2005, 1289).



Die Kündigungsbefugnis des Schuldners geht mit Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf diesen über (BAG 18.4.2002 - 8 AZR 347/01, ZInsO 2002, 1198).

Die Kündigung ist aber nur unter Einhaltung der für den Arbeitgeber geltenden Kündigungsfrist möglich; § 113 InsO ist nicht anwendbar (BAG 20.1.2005 - 2 AZR 134/04, ZIP 2005, 1289).

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird der Insolvenzverwalter nach ganz h.M. Partei kraft Amtes. Er handelt kraft eigenen Rechts und im eigenen Namen. Der Insolvenzverwalter tritt in vollem Umfang in die Arbeitgeberfunktion ein und ist damit kündigungsberechtigt.



Nachkündigung durch den Insolvenzverwalter unter Anwendung des § 113 InsO ist zulässig, selbst wenn der Insolvenzschuldner mit seiner Zustimmung, die er als vorläufiger Insolvenzverwalter erteilt hat, zuvor unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zu einem späteren Zeitpunkt gekündigt hat. Darin liegt keine unzulässige „Wiederholungskündigung“ oder „Nachkündigung“ (BAG 26.7.2007 - 8 AZR 769/06, ZIP 2008, 428). Durch die Insolvenz liegt ein neuer Sachverhalt vor.

Bei Anordnung der Eigenverwaltung gemäß § 270 InsO behält der Schuldner seine Stellung als Arbeitgeber.



Er bedarf aber ggf. für einzelne Rechtshandlungen der Zustimmung des Sachwalters (§§ 277, 279 InsO).

Für ein Insolvenzverfahren mit Eigenverwaltung gelten nach § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO grundsätzlich die gleichen Vorschriften wie für ein Regelinsolvenzverfahren und somit auch die Vorschriften für die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Es gilt also auch hier die verkürzte Kündigungsfrist des § 113 InsO (BAG 7.7.2011 - 6 AZR 248/10, ZIP 2011, 1786).

V. Die Bestimmtheit einer ordentlichen Kündigung



Eine Kündigung ist bestimmt und unmissverständlich zu erklären.

Der Empfänger einer ordentlichen Kündigung muss erkennen können, wann das Arbeitsverhältnis enden soll. Dafür genügt bei einer ordentlichen Kündigung regelmäßig die Angabe des Kündigungstermins oder der Kündigungsfrist. Ein Hinweis auf die maßgebliche gesetzliche Regelung reicht aus, wenn der Erklärungsempfänger dadurch unschwer ermitteln kann, zu welchem Termin das Arbeitsverhältnis enden soll (BAG 20.6.2013 - 6 AZR 805/11, ZIP 2013, 1835).

VI. Außerordentliche Kündigung



Bei einer außerordentlichen Kündigung gibt es in der Insolvenz keine Besonderheiten. Die Voraussetzungen des § 626 BGB müssen erfüllt sein.

Eine außerordentliche Kündigung aus betrieblichen Gründen - ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist - ist gegenüber einem ordentlich kündbaren Arbeitnehmer grundsätzlich unwirksam. Sie setzt voraus, dass dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar ist.

Das ist bei einer betriebsbedingten Kündigung regelmäßig nicht der Fall. Dem Arbeitgeber ist es, wenn eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer aus betrieblichen Gründen entfällt, selbst im Insolvenzfall zuzumuten, die Kündigungsfrist einzuhalten (BAG 18.3.2010 - 2 AZR 337/08, NZA-RR 2011, 18).



Eine auf betriebliche Gründe gestützte außerordentliche Kündigung kommt - unter Einhaltung einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufzeit - nur in Betracht, wenn die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist und dies dazu führt, dass der Arbeitgeber andernfalls trotz Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit noch für erhebliche Zeiträume vergüten müsste, ohne dass dem eine entsprechende Arbeitsleistung gegenüber stünde (*BAG* 21.6.2012 - 2 AZR 343/11, *NZA* 2013, 224).

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 u.a. 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 (*BAG* 24.1.2013 - 2 AZR 453/11, *ZInsO* 2013, 1812).

Das *BAG* (20.6.2013 - 2 AZR 379/12, *NZA* 2014, 139) hat zur außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung mit Auslaufzeit entschieden, dass ein wichtiger Grund für eine betriebsbedingte außerordentliche Kündigung eines ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers sich auch aus dem Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit aufgrund innerbetrieblicher Maßnahmen des Arbeitgebers ergeben kann (*BAG* 22.11.2012 - 2 AZR 673/11, *NZA* 2013, 730).



Davon ist jedenfalls dann auszugehen, wenn der Sonderkündigungsschutz auf einer tarifvertraglichen Regelung beruht, die den Ausschluss der ordentlichen Kündigung an die Dauer der Betriebszugehörigkeit und das Lebensalter des Arbeitnehmers knüpft.

Etwas anderes kann gelten, wenn der (befristete) Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen die Gegenleistung des Arbeitgebers für einen Verzicht auf bestimmte Rechtsansprüche durch die Arbeitnehmer darstellt.



Zur außerordentlichen Verdachtskündigung hat das BAG (23.5.2013 - 2 AZR 102/12, NZA 2013, 1416) entschieden:

In einem Rechtsstreit über die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung sind nicht nur die dem Arbeitgeber bei Kündigungsausspruch bekannten tatsächlichen Umstände von Bedeutung. Es sind auch solche später bekannt gewordenen Umstände zu berücksichtigen - zumindest wenn sie bei Kündigungszugang objektiv bereits vorlagen -, die den ursprünglichen Verdacht abschwächen oder verstärken (BAG 24.5.2012 - 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137).



Daneben können selbst solche Tatsachen in den Prozess eingeführt werden, die den Verdacht eines eigenständigen - neuen - Kündigungsvorwurfs begründen. Voraussetzung ist, dass der neue Kündigungsgrund bei Ausspruch der Kündigung schon gegeben dem Arbeitgeber nur noch nicht bekannt war.

Sowohl bei lediglich verdachtserhörenden neuen Tatsachen, als auch bei Tatsachen, die den Verdacht einer weiteren Pflichtverletzung begründen, bedarf es keiner erneuten Anhörung des Arbeitnehmers. Er kann sich gegen den verstärkten bzw. neuen Verdacht ohne weiteres im anhängigen Kündigungsschutzverfahren verteidigen (BAG, 29.11.2007 - 2 AZR 724/06, DB 2008, 709).



Neu bekannt gewordene, bei Kündigungsausspruch objektiv aber bereits gegebene Gründe können noch nach Ablauf der Zweiwochenfrist in den Prozess eingeführt werden. Die Frist gilt nach dem Wortlaut allein für die Ausübung des Kündigungsrechts. Ist die Kündigung als solche rechtzeitig erklärt, schließt § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB ein Nachschieben nachträglich bekannt gewordener Gründe nicht aus (BAG, 4.6.1997 - 2 AZR 362/96, NJW 1998, 101).

Eine betriebsbedingte „echte Druckkündigung“ kann ohne Vorliegen personen- und verhaltensbedingter Gründe nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt sein, wenn bei Verwirklichung der Drohung schwere wirtschaftliche Schäden für den Arbeitgeber zu befürchten sind und die Kündigung das einzig praktisch in Betracht kommende Mittel ist, um diese Schäden abzuwenden.



Eine betriebsbedingte Druckkündigung durch einen Insolvenzverwalter kommt in Betracht, wenn ein Kreditinstitut ohne die Kündigung eine für die Fortführung des Betriebs erforderliche Verlustübernahmeerklärung nicht abgibt. Dem stehen auch die Befugnisse der Gläubigerversammlung nach § 157 InsO nicht entgegen (BAG 18.7.2013 - 6 AZR 420/12, ZIP 2014, 391).



VII. Der Aufhebungsvertrag bei Einschaltung einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft

Für eine Unternehmenssanierung wird es in Zukunft, insbesondere bei größeren Personalabbaumaßnahmen, unabdingbar notwendig sein, diese unter Einbeziehung von Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften vorzunehmen, zumal auf diesem Weg langwierige Kündigungsschutzklagen vermieden werden können.

Dies insbesondere auch deshalb, will nach ständiger Rechtsprechung des BAG § 613a BGB auch auf die Übertragung von Betrieben und Betriebsteilen Anwendung findet (sh. u.a. BAG 15.6.2010 - 3 AZR 334/06, ZIP 2010, 1915; BAG 9.12.2009 - 7 ABR 90/07, ZIP 2010, 588).



Über einen dreiseitigen Vertrag (Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft) war die Aufhebung des Arbeitsvertrages im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang als Sanierungsinstrument rechtlich durch die Urteile des

BAG vom 10.12.1998 - 8 AZR 324/97, ZInsO 1999, 182

BAG vom 18.8.2005 - 8 AZR 523/04, NZA 2006, 154

BAG vom 23.11.2006 - 8 AZR 349/06, NZA 2007, 866

abgesichert.



Das BAG (23.11.2006 - 8 AZR 349/06, ZIP 2007, 643) hatte entschieden, 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 und nicht nur der Unterbrechung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses dient.

Dies gilt auch dann, wenn zugleich ein Übertritt des Arbeitnehmers in eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft vereinbart wird. Eine Umgehung des § 613a BGB kann allenfalls dann vorliegen, wenn die Übernahme in eine Beschäftigungsgesellschaft nur zum Schein vorgeschoben oder offensichtlich bezweckt wird, die Sozialauswahl zu umgehen.



Unwirksam ist ein Aufhebungsvertrag aber, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer darüber täuscht, dass ein Betriebsübergang geplant ist, in dem er ihm wahrheitswidrig vorspiegelt, der Betrieb solle stillgelegt werden.

Ein Arbeitnehmer, der im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang aus dem Arbeitsverhältnis aufgrund eines Aufhebungsvertrages ausgeschieden ist, hat keinen Einstellungs- (Fortsetzungs-) Anspruch gegen den Betriebsübernehmer, solange die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrages nicht wegen Anfechtung, Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder aus einem anderen Grunde beseitigt worden ist.



Durch die Entscheidung des *BAG* (18.8.2011 - 8 AZR 312/10, ZIP 2011, 2426) wurden die Voraussetzungen für die Einbeziehung der Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft verschärft.

Ein Aufhebungsvertrag, der die Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes bezweckt, weil zugleich ein neues Arbeitsverhältnis vereinbart oder zumindest verbindlich in Aussicht gestellt wird, ist wegen Umgehung des § 613a BGB nach § 134 BGB nichtig.



Das *LAG Köln* (25.02.2011 - 3 Sa 1470/09, ZIP 2011, 1633) hat eine Gesetzesumgehung bei folgendem Sachverhalt angenommen:

1.

§ 613a Abs. 1 BGB bezweckt insbesondere den Erhalt des sozialen Besitzstandes 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 BGB dar und ist gemäß § 134 BGB rechtsunwirksam.



2.

Eine solche Gesetzesumgehung liegt bei einer Vertragsgestaltung vor, nach der

- sämtliche Arbeitnehmer 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;



- 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 Betriebes mit der gesamten Belegschaft bei einem Eintritt in alle Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB aus seiner Sicht nicht möglich sei.



- 3.**
Geht ein Arbeitsverhältnis gemäß § 613a Abs. 1 BGB auf den Betriebserwerber über, scheidet eine spätere sachgrundlose Befristung beim Bewerber nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG aus.



B Massenentlassungsanzeige/Konsultationsverfahren (§ 17 KSchG)

Massenentlassungen im Insolvenzfall unterliegen keinen besonderen formellen Regelungen. Es sind folglich die §§ 17, 18 KSchG anwendbar.

Die Anzeigepflicht nach § 17 KSchG obliegt dem Insolvenzverwalter als Träger der Arbeitgeberfunktion in der Insolvenz.

Im Anschluss an die Entscheidung des *EuGH* (27.01.2005, C-188/03, EuGHE I 2005, 885) geht das BAG davon aus, dass „unter Entlassung“ i.S.v. § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG der Ausspruch der Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen ist (BAG 12.7.2007 - 2 AZR 609/05, m.w.N., n.v.; BAG 13.7.2006 - 6 AZR 198/06, ZIP 2006, 2396, BAG 23.3.2006 - 2 AZR 343/05, ZIP 2006, 1644).



Die Massenentlassungsanzeige an die Agentur für Arbeit ist schriftlich unter Beifügung der Stellungnahme des Betriebsrats zu den Entlassungen zu erstatten.

Nach § 125 Abs. 1 InsO ersetzt ein Interessenausgleich mit Namensliste die Stellungnahme des Betriebsrates.

Die durch eine ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige gem. § 17 KSchG eröffnete Kündigungsmöglichkeit wird mit der Erklärung dieser Kündigung verbraucht. Für jede weitere Kündigung ist unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 KSchG eine neue Massenentlassungsanzeige erforderlich. Aus § 18 Abs. 4 KSchG folgt nichts anderes (BAG, 22.4.2010 - 6 AZR 948/08, ZIP 2010, 1566).



Bei einer Personalreduzierung im Gemeinschaftsbetrieb zweier Unternehmen ist für die Anzeigepflicht nach § 17 Abs. 1 KSchG auf die Zahl der insgesamt von allen beteiligten Arbeitgebern zu Entlassenden im Verhältnis zur Zahl der im Gemeinschaftsbetrieb in der Regel Beschäftigten abzustellen.

Erstattet nur einer der Arbeitgeber für die in seinem Unternehmen erfolgenden Entlassungen eine Anzeige nach § 17 KSchG, während der andere wegen Nichterreichens der Verhältniszahlen des § 17 Abs. 1 KSchG, bezogen auf die von ihm Beschäftigten, die Anzeige unterlässt, kann sich ein von der Anzeige nicht erfasster Arbeitnehmer auf die zu niedrige Angabe der Anzahl der zu Entlassenden mit der Folge der Rechtsunwirksamkeit der Kündigung berufen (LAG 18.12.2013 - 17 Sa 335/13, ZIP 2014, 696). (Zum Begriff des gemeinsamen Betriebs sh. BAG 15.12.2011 - 8 AZR 692/10, ZIP 2012, 2080).



Die Massenentlassungsanzeige an die Agentur für Arbeit ist schriftlich unter Beifügung der **Stellungnahme des Betriebsrats** zu den Entlassungen zu erstatten. Nach § 125 Abs. 1 InsO ersetzt ein Interessenausgleich mit Namensliste die Stellungnahme des Betriebsrates.

Liegt eine Stellungnahme des Betriebsrats nicht vor, so ist die Anzeige wirksam, wenn der Arbeitgeber glaubhaft macht, dass er den Betriebsrat mindestens **zwei** Wochen vor Erstattung der Anzeige nach § 17 Abs. 2 Satz 1 KSchG **schriftlich** unterrichtet hat und er den Stand der Beratungen darlegt.



Die durch eine ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige gem. § 17 KSchG eröffnete Kündigungsmöglichkeit wird mit der Erklärung dieser Kündigung verbraucht. Für jede weitere Kündigung ist unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 KSchG eine neue Massenentlassungsanzeige erforderlich. Aus § 18 Abs. 4 KSchG folgt nichts anderes (BAG 22.4.2010 - 6 AZR 948/08, ZIP 2010, 1566).

Nach § 17 Abs. 2, 3 KSchG hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat bei anzeigepflichtigen Entlassungen **rechtzeitig** die zweckdienlichen Auskünfte zu erteilen und ihn **schriftlich** zu unterrichten über

1. die Gründe für die geplanten Entlassungen
2. die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer



3. die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer,
 4. den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen,
 5. die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer,
 6. die für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehenen Kriterien.
- (BAG 20.9.2012 - 6 AZR 155/11, ZIP 2012, 2412).

Die Betriebsparteien haben nach § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG zudem die Möglichkeiten zu beraten, Entlassungen zu vermeiden oder einzuschränken und ihre Folgen zu mildern (Konsultationsverfahren).



Wenn das Konsultationsverfahren überhaupt nicht oder fehlerhaft durchgeführt worden ist, ist die Massenentlassungsanzeige unwirksam. Dies führt zur Unwirksamkeit der Kündigungen (*BAG* 13.12.2012 - 6 AZR 752/11, *NZA* 2013, 1040; *BAG* 22.11.2012 - 2 AZR 371/11, *ZIP* 2013, 742).

Das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG ist nicht entbehrlich, weil eine Betriebseinstellung erfolgt ist und alle Arbeitnehmer entlassen sind .

Bei einer mangelhaften Anzeige ist zu beachten, dass nicht jeder Fehler in der Anzeige zu deren Unwirksamkeit führt.



Wird in einer Massenentlassungsanzeige die Anzahl der zu entlassenden Arbeitnehmer zu niedrig angegeben, so können sich auf diesen Fehler bspw. nur die Arbeitnehmer berufen, die von der Massenentlassungsanzeige nicht erfasst sind (*BAG* 28.6.2012 - 6 AZR 780/10, *ZIP* 2012, 1822).

Es bietet sich an, das Konsultationsverfahren mit den Verhandlungen über einen Interessenausgleich zu verbinden. Diese Verbindung des Interessenausgleichsverfahrens mit der Erfüllung der Unterrichtungspflicht nach § 17 KSchG ist zulässig. Die nach § 17 Abs. 2 Satz 1 KSchG erforderlichen Informationen sollten im Interessenausgleich ausdrücklich dargelegt werden.



Wichtig:

Es handelt sich hierbei **nicht** um ein einheitliches Verfahren. Auch bei Vorliegen eines Interessenausgleichs ist der Insolvenzverwalter nicht von der Konsultationspflicht entbunden; die Unterrichtung des Betriebsrats unterliegt keinen erleichterten Anforderungen.

Insoweit gilt nichts anderes als für die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG im Rahmen der Verhandlungen über den Interessenausgleich. Der Insolvenzverwalter kann die Unterrichtungspflichten jedoch gleichzeitig erfüllen. Dass und welche Verfahren gleichzeitig durchgeführt werden sollen, muss dabei im Interessenausgleich hinreichend **klargestellt** werden (BAG 18.1.2012 - 6 AZR 407/10, ZIP 2012, 1193).



Die Vorlage des Interessenausgleichs ersetzt jedoch nur die Stellungnahme des Betriebsrats gegenüber der Agentur für Arbeit. Erforderlich ist daneben noch die schriftliche Unterrichtung des Betriebsrats nach § 17 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Der Interessenausgleich macht diese schriftliche Unterrichtung nicht entbehrlich.

Durch die abschließende Stellungnahme des Betriebsrats im Interessenausgleich ist jedenfalls ein etwaiger Schriftformverstoß geheilt, selbst wenn nicht feststeht, ob der Insolvenzverwalter den Interessenausgleich zuerst unterzeichnet hat (dies wäre die schriftliche Unterrichtung) (BAG 21.3.2012 - 6 AZR 596/10, ZIP 2012, 1259).



Wird der Interessenausgleich und das Konsultationsverfahren miteinander verbunden, wird folgender Formulierungsvorschlag für den Interessenausgleich toleriert (BAG 20.9.2012 - 6 AZR 155/11, ZInsO 2012, 2400):

„Im Hinblick auf die erforderlich werdenden betriebsbedingten Kündigungen besteht zwischen den Parteien ferner Einigkeit darüber, dass der Gesamtbetriebsrat noch im Rahmen der Interessenausgleichsverhandlungen umfassend gemäß § 17 Abs. 2 KSchG unterrichtet und beteiligt worden ist. Ihm sind insbesondere die Gründe für die geplanten Entlassungen, die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer, der Zeitraum, in dem die Entlassungen, die für die Berechnung etwaiger Abfindungen



vorgesehenen Kriterien vorgenommen werden sollen sowie die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer mitgeteilt worden. Der Arbeitgeber und der Gesamtbetriebsrat haben insbesondere auch die Möglichkeiten beraten, Entlassungen zu vermeiden oder zumindest einzuschränken und ihre Folgen zu mildern. Die Parteien sehen das Konsultationsverfahren gemäß § 17 Abs. 2 KSchG damit als abgeschlossen an.“

Wird der Interessenausgleich darüber hinaus mit der Anhörung nach § 102 BetrVG, erscheint folgende Formulierung im Interessenausgleich sachdienlich:



„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 Betriebsrats über die Kündigungsgründe gem. § 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.“ (s.a. Fleddermann ZInsO 2004, 793).



C Die Unterrichtung des Arbeitnehmers nach § 613a Abs. 5 BGB

Der von einem Betriebsübergang betroffene Arbeitnehmer kann gem. § 613a BGB Abs. 6 Satz 1 BGB dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber schriftlich entweder gegenüber dem Veräußerer oder dem Erwerber innerhalb eines Monats nach einer **ordnungsgemäßen erfolgen Unterrichtung** widersprechen mit der Folge, dass sein Arbeitsverhältnis bei dem Veräußerer als seinem bisherigen Arbeitgeber verbleibt.

Nur eine ordnungsgemäße Unterrichtung setzt die Widerspruchsfrist in Gang. Weder durch eine unterbliebene noch durch eine nicht ordnungsgemäße Unterrichtung wird diese Frist ausgelöst (vgl. BAG 13.7.2006 - 8 AZR 303/05, ZIP 2006, 2143; 24.5.2005 - 8 AZR 398/04, BAGE 114, 374, 382; BAG 20.3.2008 - 8 AZR 1016/06, NZA 2008, 1354).



Eine Unterrichtung über einen geplanten Betriebsübergang ist nicht ordnungsgemäß, wenn sie nicht hinreichend über die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs für die Arbeitnehmer informiert (§ 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB).

Sie muss darstellen, dass nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB der neue Betriebsinhaber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen kraft Gesetzes eintritt sowie auf die begrenzte gesamtschuldnerischen Nachhaftung gemäß § 613a Abs. 2 BGB hinweisen.

Zu den beim Übernehmer geltenden Rechten und Pflichten gehört weiter die



Anwendbarkeit tariflicher Normen und die Frage, inwieweit beim Veräußerer geltende Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durch beim Erwerber geltende Tarifverträge abgelöst werden (BAG 13.7.2006 - 8 AZR 305/05, BAGE 119, 91).

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.

Die Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB umfasst auch etwaige Ansprüche aus einem Sozialplan.



Bei der Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB handelt es sich um eine echte Rechtspflicht, deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen kann. Bei Verletzung der Unterrichtungspflicht wird Verschulden nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet.

Macht der Arbeitnehmer geltend, nicht oder nicht vollständig über den Betriebsübergang unterrichtet worden zu sein, ist er so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn er richtig und vollständig informiert gewesen wäre. Dafür trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast.



Die fehlerhafte Unterrichtung muss kausal für den eingetretenen Schaden sein. Dies ist nicht der Fall, wenn er Arbeitnehmer durch Ausübung seines noch bestehenden Widerspruchsrechts den Schaden in dem von ihm gewünschten Sinn vermeiden kann (BAG 20.3.2008 - 8 AZR 1022/06, NZA 2008, 1297).

Auch über das Recht zum Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses ist als rechtliche Folge nach § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB zu informieren.

Das Widerspruchsrecht kann auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden. Insoweit besteht die Gestaltungs- und



Verfügungsbefugnis zur Ausübung des Widerspruchsrechts nachvertraglich fort.

Die Verwirkung des Widerspruchsrechts setzt voraus, dass der Verpflichtete darauf vertrauen durfte, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr ausüben. Das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten muss dabei das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass dem Verpflichteten die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist.

Das Recht zum Widerspruch kann verwirkt werden. Hinsichtlich des für die Verwirkung erforderlichen Zeitmoments kann nicht auf eine feststehende



Monatsfrist, beispielsweise von sechs Monaten abgestellt werden. Abzustellen ist vielmehr auf die konkreten Umstände des Einzelfalles.

Hat der Arbeitnehmer über sein Arbeitsverhältnis dadurch disponiert, dass er einen Aufhebungsvertrag mit dem Betriebserwerber geschlossen oder eine von diesem nach dem Betriebsübergang erklärte Kündigung hingenommen hat, so rechtfertigt dies grundsätzlich das Vertrauen des früheren Arbeitgebers in die Nichtausübung des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB.

Hat einer der beiden möglichen Adressaten eines Widerspruchs nach § 613a Abs. 6 BGB Kenntnis von Umständen, die zur Verwirkung des Rechts auf



Widerspruch führen, so kann sich der andere Widerspruchsadressat hierauf berufen. Insoweit werden Betriebsveräußerer und Betriebserwerber als Einheit behandelt (*BAG* 22.4.2010 - 8 AZR 805/07, *DZWIR* 2010, 368).



D Die Anfechtbarkeit von Lohnzahlungen durch den Insolvenzverwalter

Für diese Fallgestaltung hat der *GmS-OGB* (27.9.2010 - 1/09, *NZI* 2011, 15) auf Vorlage des *BGH* (2.4.2009 - IX ZB 182/08, *NZI* 2009, 313) entschieden, dass für die **Klage** des Insolvenzverwalters gegen einen Arbeitnehmer des Schuldners auf **Rückgewähr vom Schuldner geleisteter Vergütung** nach § 143 Abs. 1 *InsO* der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen gegeben ist (zust. *Berscheid jurisPR-ArbR* 10/2011 Anm. 5; abl. *Hess NZI* 2009, 705; *Ries ZInsO* 2010, 2382; *Bork EWiR* 2010, 765; *BGH* 9.6.2011 - IX ZB 247/09, *ZInsO* 2011, 1368).

Die Frage war zwischen den Obergerichten höchst streitig. Der *BGH* (2.4.2009 - IX ZB 182/08, *NZI* 2009, 313; 7.5.1991 - IX ZR 30/90, *ZIP* 191, 1227; 2.6.2005 - IX ZB 235/04, *NZI* 2005, 499; 21.9.2006 - IX ZR 89/05, *NZI* 2007, 103) hielt in Abgrenzung zu *BGH* (27.7.2006 - IX ZB 141/05, *NZI* 2006, 585) und bestätigt *LAG Rheinland-Pfalz* (22.7.2005 - 4 Ta 178/05,



NZI 2005, 644) und *AG Gera* (9.7.2007 - 4 C 654/07, ZIP 2007, 2231) an der gefestigten Rechtsprechung der Zivilgerichte fest, dass für die Anfechtungsklagen der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben ist und hat deshalb mit einem eingehend begründeten Beschluss (2.4.2009 - IX ZB 182/08, NZI 2009, 313) den *GmS-OGB* angerufen.

Das *BAG* (27.2.2008 - 5 AZB 43/07, NZI 2008, 455) und die ihm folgend die Instanzgerichte (*LAG Thüringen* 6.2.2008 - 1 Ta 157/07, n.v.; *LAG Essen* 6.10.2008 - 10 T 140/08, ZVI 2008, 539; *ArbG Marburg* 26.9.2008 - 2 Ca 204/08, ZIP 2008, 2431) bejahten den Rechtsweg zu den ArbG.



Der *GmS-OGB* unterstellt, dass der Streit über die Rückgewähr vom Schuldner geleisteter Arbeitsvergütung nach § 143 Abs. 1 InsO eine Rechtsstreitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis ist.

Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis sind danach solche, die einem Arbeitsverhältnis entspringen, das zur Zeit der Klage besteht, zuvor bestanden hat oder begründet werden sollte (vgl. ErfK-Kock, § 2 Rz. 17). Dabei sei es ohne Bedeutung, auf welche materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage der Klageanspruch gestützt werde. Entscheidend ist die enge Verknüpfung eines Lebensvorgangs mit dem Arbeitsverhältnis (*BAG* 19.3.2009 - 6 AZR 557/07, ZInsO 2009, 1312; 21.1.2010 - 6 AZR 556/07, DB 2010, 675).



Dies ist ein rechtsdogmatisches Fehlverständnis.

Als Folge dieser Entscheidung kann in der Folge davon ausgegangen werden, dass der Insolvenzverwalter in Zukunft keine Anfechtungsklagen auf Rückzahlung von Löhnen und Gehältern gewinnen kann. Dies ergibt sich schon aus den nachfolgenden Entscheidungen.

Der *BGH* (19.2.2009 - IX ZR 62/08, ZIP 2009, 526) ging noch gemäßigt davon aus, dass ein Arbeitnehmer, dem der Arbeitgeber in der Krise noch Zahlungen auf rückständige Lohnforderungen erbringt, nicht weiß, 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.

Demgegenüber geht das BAG davon aus, dass

- eine Entgeltzahlung des Arbeitgebers an einen Arbeitnehmer in der Krise grundsätzlich als Bargeschäft von der Privilegierung des § 142 InsO erfasst



werde und damit regelmäßig nur bei Vorliegen der Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung nach § 133 I InsO anfechtbar wie, wenn mit der Zahlung Vergütungsrückstände für in den vorhergehenden drei Monaten vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistungen ausgeglichen werden (BAG 6.10.2011 - 6 AZR 262/10, ZInsO 2011, 2366).

- Der Arbeitnehmer kennt die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung seines Arbeitgebers als komplexen Rechtsbegriff nur, wenn er selbst die Liquidität oder das Zahlungsverhalten seines Arbeitgebers wenigstens Laienhaft so bewertet.
- Die Kenntnis des Arbeitnehmers, dass sein Arbeitgeber in der Krise



rückständige Vergütung zahlt, dass sein Arbeitgeber noch anderen Arbeitnehmern Arbeitsentgelt schuldig ist, rechtfertigt in der Regel allein nicht den Schluss auf die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung des Arbeitgebers.

- Die Stellung oder Funktion des Arbeitnehmers im Unternehmen ist bei der Beurteilung, ob er positive Kenntnis von Umständen hatte, die gem. § 130 II InsO zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit seines Arbeitgebers oder den Eröffnungsantrag schließen liegen (Vermutungstatsachen), nicht per se maßgebend.



- Da der subjektive Tatbestand der Deckungsanfechtung nach § 130 I bzw. II InsO eine (grob) fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers nicht ausreichen lässt, sondern voraussetzt, dass dieser die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag bzw. die Vermutungstatsachen kannte, ist eine in der Krise erfolgte Entgeltzahlung des Arbeitgebers unabhängig von der Stellung und der Funktion des Arbeitnehmers im Unternehmen auch dann nicht anfechtbar, wenn dieser sich keine Informationen über den Bestand und die Entwicklung der Verbindlichkeiten und kurzfristig verwertbaren Aktiva verschafft hat.
- Die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Vorsatzanfechtung nach § 133 I InsO, bei denen es sich um innere, dem Beweis nur eingeschränkt



zugängliche Tatsachen handelt, die regelmäßig nur mittelbar aus objektiven Tatsachen hergeleitet werden können und die eine Gesamtwürdigung weder entbehrlich machen noch schematisch im Sinne einer vom anderen Teil zu widerlegenden Vermutung angewandt werden dürfen, hat der Tatrichter gem. § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO unter Würdigung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls auf der Grundlage des Gesamtergebnisses der Verhandlung und einer etwaigen Beweisaufnahme zu prüfen (BAG 6.10.2011 - 6 AZR 262/10, NZA 2012, 330).

Nunmehr urteilte das BAG (29.1.2014 - 6 AZR 345/12, ZIP 2014, 628):

Die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung sind nicht stets schon dann zu bejahen, wenn der Arbeitgeber zahlungsunfähig war und der Arbeit-



nehmer dies wusste. Vielmehr muss das Indiz der Zahlungsunfähigkeit und ihrer Kenntnis einfallbezogen auf seine Beweiskraft hin geprüft werden. Das gilt sowohl für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz auf Seiten des Schuldners als auch für die Kenntnis des Anfechtungsgegners davon. Bei Zahlungen im Rahmen eines Bargeschäfts oder in bargeschäftsähnlicher Lage ist darauf zu achten, dass die Vorsatzanfechtung nicht über ihren Normzweck hinaus ausgedehnt und dass dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Stufenverhältnis von § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und § 133 InsO Rechnung getragen wird.

Das *BAG* (a.a.O.) meint, ein pauschales und stereotypes Anknüpfen der subjektiven Anforderungen der Vorsatzanfechtung an das Beweisanzeichen



der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit wird weder dem Wesen des Rückschlusses auf die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung aus Indizien noch dem Normzweck des § 133 InsO gerecht, wenn der spätere Schuldner unanfechtbar begründete Entgeltansprüche von Arbeitnehmern im Wege des Bargeschäfts erfüllt. Eine solche schematische Anwendung des Indizes der Zahlungsunfähigkeit verbietet sich. Vielmehr hat das Tatsachengericht eine einzelfallbezogene Gewichtung der Beweisanzeichen im Wege der Gesamtbetrachtung vorzunehmen.

Die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit begründet keine gesetzliche Vermutung i.S.d. § 292 ZPO für das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO, sondern ist nur ein Beweisanzeichen für das Vorliegen des



Benachteiligungsvorsatzes, das allerdings besondere Bedeutung hat. Es kann - wie jedes andere Beweisanzeichen auch - entkräftet werden bzw. im Einzelfall eine so geringe Beweiskraft entfalten, dass es den Schluss auf den Benachteiligungsvorsatz als Haupttatsache nicht mehr zulässt.

Bei Zahlungen im Rahmen eines Bargeschäfts oder in bargeschäftsähnlichen Lagen ist stets zu prüfen, ob die Zahlung im Einzelfall tatsächlich den Rückschluss auf den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und die Kenntnis des Anfechtungsgegners zulässt.

Erfolgt eine Entgeltzahlung im Wege des Bargeschäfts, kann sich auch bei



Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit der Wille des Arbeitgebers darin erschöpfen, eine gleichwertige Gegenleistung für die Arbeitsleistung zu erbringen, die zur Fortführung des Unternehmens nötig ist und damit den Gläubigern auch nützen kann, so dass ihm eine mit der Zahlung verbundene mittelbare Gläubigerbenachteiligung nicht bewusst geworden ist.

Wird eine Entgeltleistung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses im engen zeitlichen Zusammenhang mit einer gleichwertigen Gegenleistung erbracht, spricht viel dafür, dass der Arbeitnehmer davon ausgeht und ausgehen darf, dass er nur bekommen hat, was ihm zustand, die Unternehmensfortführung erfolgversprechend ist und er die Erfüllung des Entgeltanspruchs deshalb als nicht gläubigerbenachteiligend ansieht.



**Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit**