

Neues Insolvenzrecht und Arbeitnehmerinteressen

A. Inhaltsübersicht, Insolvenzentwicklung und das kommende Insolvenzrecht im Überblick

Die Lage der Arbeitnehmer in der Krise und speziell im Konkurs des Arbeitgebers hat auch in der Vergangenheit immer wieder eine gewisse Aufmerksamkeit gefunden. Ein größeres Interesse ist der Problematik bislang aber nicht gewidmet worden. Der Gesetzgeber hat ihr jüngst in zweifacher Weise Brisanz verliehen: Zunächst mit der neuen Insolvenzordnung (InsO) von 1994¹, die 1999 insgesamt in Kraft treten sollte, und mit Artikel 6 des arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes von 1996², das am 01.10.1996 in Kraft getreten ist. Damit gilt bereits jetzt der arbeitsrechtliche Teil des neuen Insolvenzrechts.

Die vorgelegte Arbeit befaßt sich zunächst mit dem Entwicklungsstand des Konkursgeschehens in Deutschland und mit den Hauptproblemen für die Arbeitnehmer in Folge der Insolvenz ihres Arbeitgebers. Diese Schwerpunktsetzung bedeutet, daß im Vordergrund der Betrachtungen die Interessenlage der Arbeitnehmerseite steht, heißt aber nicht, daß andere Beteiligte wie insbesondere die Arbeitgeber, Anteilseigner und Gläubiger nicht von dem Insolvenzgeschehen betroffen wären. Zum besseren Verständnis des Unterschieds zum älteren Rechtszustand wird ein Überblick über die Konkursordnung, die Vergleichsordnung und die in den neuen Bundesländern noch geltende Gesamtvollstreckungsordnung gegeben. Einen Hinweis verdient auch die Tatsache, daß das neue Insolvenzrecht nichts an dem Grundsatz geändert hat, daß das Arbeitsrecht auch in der Arbeitgeberinsolvenz fortgilt.

Im Mittelpunkt stehen sodann die arbeitsrechtlichen Inhalte der neuen Insolvenzordnung. An erster Stelle stehen dabei die unmittelbaren Auswirkungen auf die Rechtsposition der einzelnen Arbeitnehmer in Form verkürzter Kündigungsfristen sowie geänderter und gekündigter

¹ Insolvenzordnung vom 05.10.1994, BGBl I, 2866.

² BGBl I, 1476.

Betriebsvereinbarungen. Desgleichen sind geänderte Rangfolgen von Arbeitnehmerforderungen zu erwähnen. Problemorientiert erschien es sodann angemessen, Betriebsänderungen in der Insolvenz als Ausgangstatbestand für die wichtigsten Fragestellungen zu nehmen. Desgleichen ist die Veräußerung eines Betriebs oder Betriebsteils und die damit einhergehende Betriebsübernahme in der Insolvenz eine zentrale Fallgestaltung. Nicht zuletzt ist die geänderte Stellung der betrieblichen Interessenvertretungen während der Arbeitgeberinsolvenz ein zentraler Punkt, befindet sich mit dem Betrieb doch auch die gesetzliche Interessenvertretung in einer wichtigen Änderungsphase.

Abschließend soll das neue Insolvenzrecht aus Arbeitnehmersicht einer einschätzenden Kritik unterzogen werden.

Das vorzeitige Inkraftsetzen der arbeitsrechtlichen Regeln in den §§ 113, 120-122, 125-128 der InsO bereits zum 01. Oktober 1996 stellt Arbeitnehmer und Betriebsräte plötzlich vor eine neue Rechtslage. Die ursprünglich einplanbare Vorbereitungsphase bis zum 01. Januar 1999 ist damit rasch abgekürzt worden. Schon aus diesem Grunde stellt sich die Notwendigkeit, eine praktisch und kritisch aufbereitete Fassung dieser neuen Regeln zur Verfügung zu stellen.

Die Krise des geltenden Konkurs- und Vergleichsrechts in den alten Bundesländern der Bundesrepublik wird einerseits erst vor dem Hintergrund der tatsächlichen Insolvenzentwicklung deutlich und erklärt andererseits den Reformbedarf. Nachdem im Jahre 1985 ein Höchststand von 18.876 Insolvenzfällen zu verzeichnen war, ging die Zahl der Insolvenzen in den folgenden Jahren zurück, erreichte 1994 jedoch mit 20.092 einen neuen Rekord. Der für das Jahr 1995 vom Statistischen Bundesamt erwartete weitere Insolvenzrekord trat mit 21.688 ein³. Von diesen Insolvenzen betrafen 16.470 Unternehmen.

In den Jahren 1985 bis 1994 wurde im Durchschnitt in nur 0,38% aller Insolvenzfälle ein gerichtliches Vergleichsverfahren durchgeführt, während dieser Anteil in den Jahren 1960 bei

³ Mit „Insolvenzen“ werden Konkurse und Vergleiche bezeichnet. Die statistischen Angaben ergeben sich aus den Tabellen, die beispielsweise in Der Betriebsrat 1996, S. 83 f., Der ZIP, Heft 26, 1996 oder aus der Zeitschrift Wirtschaft und Statistik 1995, S. 226, abgedruckt sind.

11,6% und 1970 bei 7,7% lag⁴. Das Vergleichsrecht, das der Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners bzw. zumindest dessen endgültiger Befreiung von seinen Verbindlichkeiten dienen soll⁵ ist damit nahezu bedeutungslos geworden. In Anbetracht der schwachen Eigenkapitalausstattung der Unternehmen stellt § 7 Abs. 1 Vergleichsordnung (VgIO) eine die Sanierung erhaltenswerter Unternehmen hemmende Norm dar, weil nach dieser Vorschrift den Vergleichsgläubigern eine Mindestbefriedigungsquote von 35% zu gewähren ist⁶. Während 1970 noch 258 Vergleichsverfahren ohne Abschlußkonkurs durchgeführt wurden, waren es 1995 noch 26.

Der Grundgedanke des Konkursrechts, die bestmögliche und schnelle Befriedigung der Gläubiger durch Verwertung und Verteilung des Schuldnervermögens in einem geordneten Verfahren zu garantieren⁷, wird nur unzureichend umgesetzt. Dieser Problemzustand wird in der Literatur mit dem Begriff „Konkurs des Konkurses“ umschrieben⁸.

Die Eröffnung eines Konkursverfahrens wurde in der Zeitspanne zwischen 1985-1994 im Durchschnitt bei 76,02% aller Konkursanträge gem. § 107 Abs. 1 Konkursordnung (KO) abgewiesen, weil eine die Kosten des Verfahrens deckende Konkursmasse nicht vorhanden war⁹. Auch 1995 lag die Ablehnungsquote bei 74,1%. Ferner kommt es immer öfter nach Verfahrenseröffnung zur gerichtlichen Einstellung des Verfahrens gem. § 204 KO, weil die Konkursmasse wider Erwarten nicht zur Deckung der Verfahrenskosten ausreichen würde¹⁰. Auch wird selbst bei eröffneten Verfahren zumeist keine Verteilungsgerechtigkeit erreicht, denn die nicht bevorrechtigten Gläubiger erzielen nur eine äußerst geringe Deckung ihrer Forderungen¹¹. Seit 1982 beträgt diese Quote im Durchschnitt weniger als 3,0%¹². Doch auch die durchschnittliche Befriedigungsquote der bevorrechtigten Gläubiger ist in derselben

⁴ Wirtschaft und Statistik, 1995, S. 226, Tabelle 1.

⁵ Vgl. Häsemeyer, Insolvenzrecht, Köln etc. 1992, S. 3.

⁶ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 73.

⁷ Vgl. Kraemer, Das neue Insolvenzrecht, Bonn 1995, S. 15.

⁸ Vgl. den gleichnamigen Aufsatz von Kilger, KTS 1975, S. 142-166.

⁹ Vgl. die oben in Fn. 1 genannten Tabellen.

¹⁰ Vgl. die Daten in Wirtschaft und Statistik 1995, S. 600, Tabelle 3.

¹¹ Diese Quote betrug in den Jahren 1985-1994 im Mittel lediglich 4,5%. Vgl. Wirtschaft und Statistik 1995, S. 600, Tabelle 4.

¹² Vgl. ZIP, Heft 26, 1996, Der Betriebsrat 1996, S. 84.

Zeitspanne, 1985-1994, mit 33% ebenfalls als sehr gering zu erachten¹³. In der Zeit seit 1982 beträgt sie nur noch ca. 18%¹⁴. Diese Zahlen machen noch einmal klar, wie umfassend das Problem des geringen Umfangs der Konkursmassen die Gläubigerinteressen beeinträchtigt.

Das Schuldnervermögen ist zu etwa 4/5 mit Aus- und Absonderungsrechten Dritter (vgl. §§ 43 ff., 47 ff. KO) belastet¹⁵. Der Zugriff gesicherter Gläubiger auf betriebsnotwendige Sicherungsgüter führt häufig zur Liquidation der Unternehmen¹⁶. Dieser „Zerschlagungsautomatismus“ des geltenden Konkursrechts verhindert oft mögliche Sanierungen¹⁷. Unter dieser Funktionslosigkeit des geltenden Insolvenzrechts haben vor allem die Arbeitnehmer zu leiden. Wird ein Verfahren nicht eröffnet oder nach Eröffnung eingestellt, findet eine gleichmäßige Gläubigerbefriedigung nicht statt. Es gilt der Wolfs-Grundsatz, daß eine harte Interessendurchsetzung und gute Beziehungen zum Schuldner die Befriedigungschancen erhöhen. Nachgiebige und wenig informierte Gläubiger, zu denen die Arbeitnehmer zählen, können oft keine Befriedigung ihrer Forderungen erlangen. Arbeitnehmer erhalten ihren Lohn zumeist nicht bis zum Ablauf der Kündigungsfrist; die Aussicht auf Befriedigung älterer Lohnrückstände ist äußerst gering. Ferner ist auch ihre Anspruch auf Konkursausfallgeld nach §§ 141a ff. AFG gefährdet, weil kein geordnetes Verfahren durchgeführt wird, in dem ein Konkursverwalter die Lohnbuchhaltung aufarbeiten und bei der Antragstellung helfen würde. Ein Sozialplan zur Milderung wirtschaftlicher Nachteile wird kaum mehr aufgestellt¹⁸. Durch die Liquidation des Schuldnerunternehmens verlieren die Arbeitnehmer unverschuldet ihren Arbeitsplatz. Kommt es im Ausnahmefall doch zur Konkursöffnung und zur Durchführung eines geordneten Konkursverfahrens, so haben die Arbeitnehmer infolge der oben erwähnten Zerschlagungsautomatik durch das Konkursrecht häufig keine Aussicht auf Erhalt ihres Arbeitsplatzes.

Die Entwicklung hat sich in den neuen Bundesländern derjenigen in den alten mehr als angepaßt. Die Entwicklung der Gesamtvollstreckungsverfahren seit 1991 zeigt eine klar

¹³ Wirtschaft und Statistik 1995, S. 600, Tabelle 4.

¹⁴ Vgl. die Tabelle in Der Betriebsrat 1996, S. 84.

¹⁵ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 73.

¹⁶ Vgl. Bundesregierung ebenda.

¹⁷ Vgl. Kraemer, Das neue Insolvenzrecht, S. 14.

¹⁸ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 73.

aufsteigende Tendenz: Von 401 im Jahre 1991 über 2761 im Jahre 1993 bis 7071 im Jahre 1995. Von diesen wurden im letzten Jahr 1995 lediglich 2408 eröffnet. Mangels Masse wurden 65,9% nicht eröffnet¹⁹.

Am 01.01.1999 wird gem. § 335 InsO i.V.m. Art. 110 EGIInsO in der gesamten Bundesrepublik das neue Insolvenzrecht in Kraft treten, dessen Vorbereitung im Jahre 1978 mit der Einsetzung der Insolvenzrechtskommission durch die damalige Bundesregierung eingeleitet wurde²⁰. Die InsO beendet das Nebeneinander von Konkurs- und Vergleichsverfahren und ersetzt diese durch ein einheitliches Verfahren, dessen vermögensorientiertes Ziel die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger ist (vgl. § 1 S. 1 InsO²¹). Das Insolvenzverfahren soll als neutraler Rechtsrahmen eine marktkonforme Insolvenzbewältigung ermöglichen, bei der die Liquidation, die übertragende Sanierung und die Sanierung des Schuldnerunternehmens als gleichrangige Verwertungsalternativen zur Verfügung stehen sollen²². Hierbei kann gem. § 1 S. 1 InsO das Vermögen entsprechend den gesetzlichen Vorschriften verwertet und verteilt oder auf Grundlage eines Insolvenzplans eine abweichende Regelung insbesondere zur Erhaltung des Unternehmens getroffen werden²³. Die Funktionsfähigkeit des neuen Insolvenzrechts soll durch eine Vielzahl von Maßnahmen gewährleistet werden, von denen hier nur überblickhaft einige genannt werden²⁴.

Die InsO enthält verschiedene Regelungen, die einer Masse Armut entgegenwirken sollen, welche gegenwärtig häufig zur Nichteröffnung bzw. Einstellung von Verfahren bzw. zu einer geringen Verteilungsmasse führt. Um eine rechtzeitige und leichtere Verfahrenseröffnung sicherzustellen, ist in § 18 InsO für den Fall der Antragstellung des Schuldners ein neuer Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit hinzugefügt worden.²⁵ Durch die in Aussicht gestellte Restschuldbefreiung für natürliche Personen (§§ 286 ff. InsO) und die

¹⁹ Vgl. Der Betriebsrat 1996, S. 84.

²⁰ Vgl. im einzelnen zur Reformgeschichte Hofmann, Zur Geschichte der Reform des Insolvenzrechts, DRiZ 1994, S. 411-417.

²¹ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 77.

²² Vgl. Bundesregierung, ebenda.

²³ Vgl. hierzu ausführlicher Burger, Schellberg, Der Insolvenzplan im neuen Insolvenzrecht, BB 1994, S. 1833-1837.

²⁴ Vgl. den ausführlichen Überblick über das neue Insolvenzrecht bei Landfermann, Der Ablauf des künftigen Insolvenzverfahrens, BB 1995, S. 1649-1657.

²⁵ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2433, S. 84.

Eigenverwaltung des Schuldners (§§ 270 ffr. InsO) werden Anreize für eine frühzeitige Antragstellung geschaffen²⁶. Für die Eröffnung des Verfahrens reicht künftig eine die Verfahrenskosten deckende Masse aus (§ 26 InsO). Nach geltendem Konkursrecht muß für die Verfahrenseröffnung eine Masse vorhanden sein (§ 107 KO), die neben den eigentlichen Verfahrenskosten nach § 58 Nr. 1 und 2 KO auch die Masse Schulden gem. § 59 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KO deckt, weil die letztgenannten in der Rangfolge des § 60 KO den Verfahrenskosten vorgehen²⁷. Nach neuem Recht stehen die Kosten des Insolvenzverfahrens in der Rangfolge der Masse Verbindlichkeiten gem. § 209 InsO dagegen an erster Stelle.

Im Rahmen der veränderten Strukturierung der Masse Verbindlichkeiten wird einigen Ansprüchen aus der Zeit vor der Verfahrenseröffnung der nach § 59 KO bestehende Masse Forderungscharakter künftig abgesprochen (vgl. § 55 InsO). Die Verschärfung des Anfechtungsrechts (vgl. §§ 129 ff. InsO) soll zu einer Anreicherung der Insolvenzmasse und damit zu einer erleichterten Verfahrenseröffnung führen²⁸. Künftig wird auch das nach Verfahrenseröffnung erlangte Vermögen zur Insolvenzmasse gehören (§ 25 InsO).

Durch die Einbeziehung gesicherter Gläubiger in das Insolvenzverfahren werden diese daran gehindert, das Betriebsvermögen auseinanderzureißen²⁹. Besitzlose Mobiliarsicherheiten dürfen nach der Verfahrenseröffnung gem. § 166 Abs. 1 InsO nur noch vom Insolvenzverwalter verwertet werden. Nutzt dieser das Sicherungsgut weiter für die Insolvenzmasse, haben die absonderungsberechtigten Gläubiger gem. § 172 Abs. 1 InsO einen Anspruch auf Zahlung des Wertverlustes, nach dem Berichtstermin gem. § 169 InsO auf Zahlung der Verzugszinsen. Bei Verwertung des Gutes ist von dem Erlös ein Kostenbeitrag gem. §§ 170, 171 InsO abzuziehen, der zu einer Entlastung der Insolvenzmasse führt.

Durch die Neuregelungen zu den gesicherten Gläubigern werden die Rahmenbedingungen für eine Sanierung des insolventen Unternehmens verbessert.

²⁶ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2433, S. 86.

²⁷ Vgl. Hess, Kommentar zur Konkursordnung, 4. Aufl., Neuwied 1993, § 107, Rn. 1-3; § 204, Rn. 3.

²⁸ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 84.

²⁹ Landfermann, BB 1995, S. 1649 f.

Um eine erhöhte Verteilungsgerechtigkeit im Insolvenzverfahren zu erzielen, werden die Konkursrechte nach § 61 Abs. 1 Nr. 1-5 KO und vergleichbare Vorrechte abgeschafft³⁰. Das Institut des Insolvenzplans tritt an die Stelle des Vergleichs und Zwangsvergleichs und soll den Beteiligten eine flexible Bewältigung der Insolvenz ermöglichen³¹.

B. Hauptprobleme für die Arbeitnehmer bei Insolvenz ihres Arbeitgebers

Das Interesse der Arbeitnehmer in der Insolvenz besteht vorrangig im Erhalt ihres Arbeitsplatzes sowie in der Sicherung vergangener, gegenwärtiger und zukünftiger Entgelte und weiterer Ansprüche gegen ihren insolventen Arbeitgeber.

I. Verlust von Arbeitsplatz und Einkommen

Die hohe Sockelarbeitslosigkeit und weiter steigende Arbeitslosenquoten in den vergangenen Jahren sind Beleg genug für jeden Arbeitnehmer, auch ohne sein Zutun oder Verschulden über Nacht arbeitslos werden zu können. Alle vorbeugenden Maßnahmen wie Fort- und Weiterbildungen, das Erkämpfen eines Platzes in der sogenannten Stamm- oder Kernbelegschaft, das Absenken von Fehlzeiten selbst gegen eigene Gesundheitsinteresse usw. sind frucht- und wertlos, wenn der Arbeitsplatz durch Insolvenz des Arbeitgebers verloren geht. Wie auch in den meisten übrigen Entlassungsfällen liegen die Ursachen für die Arbeitslosigkeit weder im Verhalten noch in der Person des Arbeitnehmers, sondern ausschließlich in den wirtschaftlichen Verhältnissen, insbesondere denen des Arbeitgebers. Die moralische Entlastung für Arbeitnehmer, die in dem Umstand, insolvenzbedingt arbeitslos geworden zu sein, liegen könnte, ist ökonomisch und sozial ohne Belang. Sogar die verbreitete Verzichtsbereitschaft auf Einkommen und andere Arbeitgeberleistungen, um drohender Insolvenz vorzubeugen, trägt in aller Regel nicht zum Erhalt der Arbeitsplätze bei, sondern verschlechtert die Lage der Verzichtenden noch insoweit, als Nachforderungen kaum mehr

³⁰ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 81, 90.

³¹ Vgl. Bundesregierung, ebenda

durchgesetzt werden können. Hinlänglicher Beweis dafür sind die extrem niedrigen Konkursquoten - vom Konkursausfallgeld einmal abgesehen.

Prophylaktisch gegenüber Arbeitgeberinsolvenzen wirkt auch keine gewerkschaftliche Organisierung, weil Ersatzarbeitsplätze weder staatlich, noch gesellschaftlich oder gewerkschaftlich angeboten werden. Den Gesetzen von Markt und Wettbewerb kann allenfalls durch das Auftreten von „Insolvenz-Belegschaften“ als Erwerberkollektiv des insolvent gewordenen Unternehmens entsprochen werden, was allerdings eine Reihe von Voraussetzungen erfordert, nicht zuletzt erhebliche Eigenmittel oder entsprechende Kreditwürdigkeit der Belegschaft.

Die jüngsten Akte des Gesetzgebers haben die Ansprüche und Möglichkeiten der Arbeitslosen noch weiter geschmälert³².

Mit dem Arbeitsplatz geht zugleich das regelmäßige Arbeitsentgelt verloren. Ersatzleistungen sind stets geringer und beseitigen den Status des Arbeitslosen nicht. Dieser ist sozialrechtlicher Art und stempelt den Betroffenen und seine Unterhaltsberechtigten trotz wachsender Zahlen zum Außenseiter. Wenn - wie es in aller Regel der Fall sein wird - kein Vermögen und keine Reserven vorhanden sind und auch mit einer Unterstützung von dritter Seite nicht zu rechnen ist, tritt Armut ein. Abhilfe könnte erst mit dem Erwerb eines neuen Arbeitsplatzes geschaffen werden; dies wiederum wird bei einer Arbeitslosenquote von 12% und mehr immer unwahrscheinlicher.

II. Beeinträchtigung weiterer Arbeitgeberleistungen

Mit der Insolvenz des Arbeitgebers lassen sich Ansprüche auf künftiges Arbeitsentgelt nicht mehr realisieren. Findet der Arbeitgeber keinen Nachfolger in Gestalt des Konkurs- bzw. Insolvenzverwalters oder eines Betriebserwerbers, so endet das Arbeitseinkommen.

Ansprüche aus zusätzlicher betrieblicher Altersversorgung sind unter bestimmten Voraussetzungen gegen Insolvenz des Arbeitgebers gesichert. Um den vollständigen Verlust dieser Altersrente zu vermeiden, sehen die §§ 7 ff. BetrAVG eine sogenannte Insolvenzsicherung vor. Danach können fällige, aber nicht erfüllte Ansprüche gegen den sogenannten Pensions-Sicherungsverein geltend gemacht werden, der von allen Unternehmen finanziert wird, die eine betriebliche Altersversorgung gewähren. Die Leistungen aus diesem Pensions-Sicherungsverein sind beträchtlich und sind zeitweise über 500 Mill. DM im Jahr gestiegen. 1992 betragen die Leistungen knapp 425 Mill. DM³³. Wichtig bei den Ansprüchen ist auch, daß nicht nur fällige Ansprüche, sondern auch gem. § 7 Abs. 2 BetrAVG unverfallbar gewordene Anwartschaften gesichert sind. So konnten sich im Jahre 1992 knapp 3 Mill. Rentner und 4,26 Mill. Anwartschaftsberechtigte als „insolvenzgesichert“ betrachten³⁴.

Werden Arbeitnehmer durch den Konkurs- oder Insolvenzverwalter weiterbeschäftigt, so können auch in dieser Zeit unverfallbare Anwartschaften entstehen. Der in dieser Zeit erdiente Anteil an der Gesamtrente ist gem. dem noch geltenden § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO Masse Schuld³⁵. Im Ergebnis gilt dasselbe, wenn der insolvente Betrieb durch Rechtsgeschäft von einem Erwerber übernommen wird. Vom Anspruchsübergang auf den Erwerber werden auch Anwartschaften auf eine betriebliche Altersversorgung erfaßt³⁶.

Haben sich aus dem Arbeitsverhältnis weitere Ansprüche auf künftige Leistungen und Anwartschaften ergeben, sind diese in der Zukunft nur dann gesichert, wenn der Arbeitgeber freiwillig entsprechende Insolvenzsicherungen abgeschlossen hat. Dies dürfte in aller Regel nicht der Fall sein, wonach diese Ansprüche hinfällig sind.

³² Vgl. z. B. WSI-Mitt. Heft 6, 1994, Schwerpunktheft „Vollbeschäftigung - Ende eines Traums?“ ; Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, 22. Aufl. Köln 1997, Einleitung zum Arbeitsförderungsgesetz, weniger Rechte für Arbeitslose, FR vom 01.02.1997, S. 4.

³³ Vgl. dazu Schoden, Betriebliche Altersversorgung. Basiskommentar zum Betriebsrentengesetz, 3. Aufl. Köln 1994, Rn. 18.

³⁴ Vgl. dazu Schoden, ebenda

³⁵ BAG, DB 1988, S. 654.

³⁶ BAG, DB 1985, S. 1135; BAG NZA 1989, S. 679.

Erholungsurlaubsansprüche sowie begleitende Rechtspositionen sind gleichfalls insolvenzgefährdet. Ausstehendes Urlaubsentgelt, evtl. zusätzliches Urlaubsgeld und Abgeltungsansprüche werden auf die Konkursquote reduziert, soweit sie nicht in den letzten 3 Monaten vor der Konkursöffnung fällig geworden sind und nach § 141b Abs. 2 AFG i.V.m. § 59 Abs. 1 Nr. 3 lit.a KO zum Konkursausfallgeld zählen. Weitergehende Befreiungen von der Arbeitspflicht, die der Arbeitgeber mit oder ohne bestehende Rechtspflicht zugesagt hat und schuldet, werden mit der Insolvenz hinfällig. Das gilt auch für Ansprüche auf Erhalt des Arbeitsplatzes nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz und dem Arbeitsplatzschutzgesetz. Mit dem Wegfall des Betriebs und seiner Arbeitsplätze wird jede Realisierung solcher Forderungen unmöglich, soweit kein Nachfolger des Arbeitgebers auftritt.

Hat der Arbeitgeber Werkswohnungen günstig an Arbeitnehmer vermietet, sogenannte Arbeitnehmerdarlehen seinen Arbeitnehmern zu vorteilhaften Bedingungen zur Verfügung gestellt oder seiner Belegschaft sonstige rechtlich bzw. wirtschaftlich positive Leistungen gewährt, beseitigt eine eingetretene Insolvenz auf drastische Weise den Fortbestand der jeweiligen Beziehungen. Wohnungen und Darlehen werden außerordentlich gekündigt; im Zweifel entfällt für jedwede künftige Leistung die Geschäftsgrundlage. Entstandene Forderungen werden auf die Konkursquote von unter 3% gedrückt; bevorrechtigte Forderungen sind hierbei nicht zu erwarten. Sollte umgekehrt dem Arbeitgeber ein Darlehen eingeräumt worden sein, dürfte dem Rückzahlungsanspruch dasselbe Schicksal beschieden sein. Je nach individual- und kollektiv-vertraglichen Gestaltungen wiederholen und variieren sich die Verluste der Arbeitnehmer bei Insolvenz des Arbeitgebers.

III. Sozialversicherungs- und sozialrechtliche Folgeprobleme

Gegen Teil- und Totalverluste an Arbeitnehmerrechten wurde ein autonomes und ein staatliches Schutzsystem errichtet. In Krisenzeiten gerät dies immer wieder unter verschärften Druck; z. Z. ist dieses Phänomen deutlich zu beobachten.

Gegen Arbeitslosigkeit infolge Insolvenz greift keine spezielle Sicherung, sondern Hilfe ist nur vom allgemeinen sozialen Netzwerk zu erwarten. Tariflich ist bislang - soweit erkennbar - noch kein wirksamer Insolvenzschutz aufgebaut worden; dies dürfte erst recht für Betriebsvereinbarungen und Arbeitsverträge gelten.

Wenn und soweit in dem Betrieb des insolvent gewordenen Unternehmens oder einem anderen Betrieb eine Weiterarbeit nicht mehr stattfindet, tritt Arbeitslosigkeit ein. Unter den Voraussetzungen, die §§ 100 ff. AFG formulieren, kann von dem Arbeitslosen Arbeitslosengeld bezogen werden. Je nach Beschäftigungszeiten und Lebensjahren beträgt die Anspruchsdauer zwischen 156 und 832 Tagen (vgl. § 106 AFG). In den vergangenen Jahren wurde regelmäßig zum Jahresende ein unter verschiedenen Namen verkündetes Haushaltsbegleitgesetz o. ä. verabschiedet, demzufolge die Bundesanstalt für Arbeit entlastet, damit die Arbeitslosen belastet wurden. Dabei variieren die Ansatzpunkte im Kriterienkatalog für den Bezug von Arbeitslosengeld.

Nach Ablauf der individuell unterschiedlichen Bezugsdauer von Arbeitslosengeld können die Voraussetzungen nach den §§ 134 ff. AFG erfüllt sein, wonach Arbeitslosenhilfe bezogen werden kann. Als zusätzliches Kriterium für die Arbeitslosenhilfe muß zu den Arbeitslosengeldvoraussetzungen noch „Bedürftigkeit“ gegeben sein (§ 134 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. §§ 137 f. AFG). In der Sache handelt es sich bei der Arbeitslosenhilfe damit um eine Kombination von einer Versicherungsleistung, auf die ein Anspruch besteht, mit einer staatlichen Sozialhilfe, die allein an den Tatbestand der Bedürftigkeit anknüpft. Für die Betroffenen markiert dieser Übergang in der Regel auch den Eintritt in den Armuts-Status. Die Arbeitslosenhilfe soll jeweils für längstens 1 Jahr bewilligt werden (§ 139a AFG), kann sich aber auch über einen längeren Zeitraum erstrecken (§ 140 AFG).

Das AFG nennt die Bezieher von Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe Leistungsempfänger. Dem Grundsatz nach bestehen für Leistungsempfänger die gesetzlichen Sozialversicherungen fort. Für die gesetzliche Krankenversicherung ist dies in den §§ 155, 159 und 162 AFG geregelt. Unfallversichert sind Leistungsempfänger gem. § 165 AFG nach den Vorschriften des SGB VII (Unfallversicherung), wobei jeweils individuell die Bezugsvoraussetzungen zu prüfen sind. Das bedeutet im wesentlichen, daß überhaupt eine versicherungspflichtige Tätigkeit ausgeübt werden muß. Zur Rentenversicherung bestimmt § 166b AFG, daß die Bundesanstalt beiträgt zur Versicherungs- oder Versorgungseinrichtung oder zum Versicherungsunternehmen unter den dort genauer genannten Voraussetzungen weiterhin trägt. Dies gilt nach Abs. 1a derselben Vorschrift selbst für freiwillige Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung, wenn solche Beiträge in den letzten 6 Monaten vor Beginn des Leistungsbezugs geleistet worden sind und der Gesamtbetrag dieser Leistungen wenigstens 12 Mindestbeiträgen entspricht. Schließlich richten sich die Voraussetzungen für die gesetzliche soziale Pflegeversicherung nach den Vorschriften des SGB XI (§ 166c AFG).

Hat der insolvent gewordene Arbeitgeber in den letzten 3 Monaten vor Eröffnung des Konkursverfahrens keine Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung sowie zur gesetzlichen Pflegeversicherung und Beiträge an die Bundesanstalt für Arbeit abgeführt, so übernimmt im Rahmen der Regelungen zum Konkursausfallgeld gem. § 141n AFG das Arbeitsamt auf Antrag der zuständigen Einzugsstelle diese Beitragszahlungen³⁷. Während des Bezugs von Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe ist eine Teilzeitbeschäftigung bis zur Höhe von 18 Wochenstunden zulässig. Wer 18 oder mehr Stunden pro Woche arbeitet, steht nach §§ 101 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. 102 AFG dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung. Damit bleiben Befugte Teilzeitbeschäftigte und Leistungsempfänger in dem oben beschriebenen Umfang sozialversichert. Teilzeitbeschäftigte mit einer längeren Arbeitszeit verlieren zwar ihre Leistungsansprüche nach dem AFG, sind aber dann in dem neuen Arbeitsverhältnis oder den mehreren neuen Arbeitsverhältnissen, die zusammenzuzählen sind, sozialversichert. Nach Ablauf der Bezugsdauer von Leistungen nach dem AFG stellt sich für

Teilzeitbeschäftigte das Problem der sogenannten ungeschützten Beschäftigungsverhältnisse. Arbeitslosenversichert bleibt nach § 169a Abs. 1 i.V.m. § 102 AFG grundsätzlich nur, wer wöchentlich mindestens 18 Stunden arbeitet. Für die übrigen Sozialversicherungen gilt Teilzeitbeschäftigtengrenze von 15 Stunden pro Woche und einem Monatseinkommen von weniger als 610,- DM (West) und 590,- DM (Ost).

Mit der wirtschaftlichen Unabweisbarkeit der Übernahme solcher ungeschützter Tätigkeiten wird bei der sozialen Talfahrt nach erzwungener Arbeitslosigkeit ein Zwischenzustand erreicht, den viele anzunehmen gezwungen sein werden, bevor sie die unterste Stufe der sozialen Schutzleiter erreicht haben. Diese Gruppe der geringfügig Beschäftigten i. S. des § 8 Abs. 1 SGB IV ist eine in den letzten Jahren stark angewachsene Arbeitnehmergruppe. Von den knapp 4 Mill. Personen, die 1992 dazuzählten, waren ca. 1,2 Mill. Beschäftigte in sogenannter Nebentätigkeit, weitere 1,2 Mill. Rentner, Arbeitslose, Studenten und Schüler, die anderweitig abgesichert waren, sowie weitere gut 1,4 Mill. Arbeitnehmer, die ausschließlich auf Einkommen aus dieser geringfügigen Beschäftigung angewiesen waren. Diese zuletzt genannte Gruppe bestand zu über 90% aus Frauen³⁷. Nach dem Ende des Bezugs von Leistungen nach dem AFG und neben anderen, nicht zum Lebensunterhalt ausreichenden Einkommensquellen kommen schließlich Leistungen nach dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG) in Betracht. Wie schon bei der Arbeitslosenhilfe kommt es hierfür auf die Bedürftigkeit des Anspruchstellers an. Die Bedürftigkeit ist nachzuweisen; Änderungen in den Vermögensverhältnissen sind unverzüglich anzuzeigen. Selbst faktische oder auch nur moralische Unterhaltsansprüche gegenüber Angehörigen nicht ehelicher Lebensgemeinschaften³⁹ sind anzugeben und werden angerechnet.

Empfänger von Sozialhilfe müssen nicht nur damit rechnen, sich körperlich, geistig, seelisch sowie psychiatrisch und gegebenenfalls genetisch auf Leistungs- und Arbeitsfähigkeiten hin untersuchen zu lassen, sondern das Sozialamt kann ihnen nach § 19 Abs. 2 BSHG

³⁷ Für die gesetzliche Unfallversicherung ergibt sich hierzu kein Problem, weil ausschließlich der Arbeitgeber die Beiträge an die Berufsgenossenschaften abzuführen hat. Der betreffende Arbeitnehmer bleibt damit in jedem Falle unfallversichert.

³⁸ Vgl. dazu genauer Friedrich, Sozialversicherungsfreie Beschäftigung, Köln 1989; ders., WSI-Mitt. 1993, S. 555 ff.

³⁹ Sogenannten Lebensabschnittspartnern.

„Gelegenheit zu gemeinnütziger und zusätzlicher Arbeit“ beschaffen. Voraussetzung dafür ist lediglich, daß diese Tätigkeiten nicht im Interesse eines bestimmten Unternehmers liegen und „zusätzlich“ anfallen, also nicht oder nicht in diesem Zeitpunkt verrichtet worden wären⁴⁰. Die Arbeit muß ihrer Art nach zumutbar sein, darf den Betreffenden nicht überfordern oder überbelasten und muß auch auf Vorqualifikationen Rücksicht nehmen. Das Sozialamt kann wählen, ob sie das Anstellungsverhältnis als Arbeitsverhältnis oder als öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverhältnis gestalten will. In der Praxis überwiegt das öffentlich-rechtliche Modell⁴¹.

Wählt das Sozialamt den öffentlich-rechtlichen Weg, bedeutet das, daß der Betreffende zusätzlich zur Sozialhilfe lediglich einen Betrag von zwischen 1,- und 3,- DM/Std. erhält. Damit bewegt er sich auf derselben Ebene wie Strafgefangene⁴². Nach § 19 Abs. 3 Satz 2 BSHG finden außer dem Arbeitsschutzrecht arbeitsrechtliche Vorschriften keine Anwendung. Der Sache nach handelt es sich durchaus um Pflichtarbeit, weil der Arbeits-„unwillige“ nach § 25 Abs. 1 BSHG seinen Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt verlieren kann. Auch wenn die Sozialämter in der Regel „lediglich“ die Sozialhilfeleistungen bei Arbeitsunwilligkeit um 20% reduzieren, handelt es sich bei der Zuweisung von Pflichtarbeit um eine Maßnahme, die einem nach § 12 Abs. 2 GG verbotenen Arbeitszwang gleichkommt und eine Verletzung des Pflichtarbeitsverbots nach Art. 4 Abs. 2 EMRK darstellt⁴³.

Diese Kurzdarstellung der Leiter des sozialen Abstiegs soll die immerhin möglichen, in vielen Fällen wahrscheinlichen Folgen der Arbeitgeberinsolvenz für die betroffenen Arbeitnehmer vor Augen führen. Hieraus leiten sich Forderungen zur Verbesserung der Lage der insolvenzgeschädigten Arbeitnehmer her. Besserstellungen kämen über sozialversicherungsrechtliche Lösungen wie etwa die Ausweitung der Ansprüche auf Konkursausfallgeld auf die letzten 6 Monate vor Konkurseröffnung oder auch Ersatzansprüche für

⁴⁰ Z. B. Verschönerungsarbeiten an kommunalen Grünanlagen, die nicht zwingend geboten sind; vgl. Gottschick/Giese, BSHG, Kommentar, Köln u. a. 1983, § 19 Rn. 6.

⁴¹ Vgl. Bosch/Weinkopf/Adamy in: Kittner (Hrsg.), Gewerkschaften heute, Köln 1994, S. 288: 20.000 in einem arbeitsrechtlichen und 28.500 in einem öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis.

⁴² Vgl. dazu Birk, AuR 1985, S. 114.

⁴³ Vgl. dazu m. w. N. Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 10. Aufl., Reinbek 1995, S. 1030 f.

eingebüßte Arbeitsplätze in Betracht. Schon hier kann allerdings erklärt werden, daß die InsO solchen Forderungen in keiner Weise gerecht wird⁴⁴.

C. Überblick über den bisherigen Rechtszustand

Zum besseren Verständnis der Neuregelungen in der InsO soll eine kurze Darstellung der Konkursordnung, der Vergleichsordnung und der Gesamtvollstreckungsordnung für die neuen Bundesländer gegeben werden.

I. Konkursordnung

Mit einem Konkurs wird eine Vollstreckung in das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners zur gemeinschaftlichen und „gleichmäßigen“ Befriedigung aller Konkursgläubiger umschrieben⁴⁵. Gläubiger sind all diejenigen, die Forderungen gegen den Schuldner, im Falle eines Unternehmens also gegen dieses haben. Mit dem Konkursverfahren wird jede Einzelvollstreckung („Windhundverfahren“) beendet und an dessen Stelle eine Gesamtvollstreckung unter Aufsicht des Konkursverwalters betrieben.

Im Vorfeld von Unternehmensinsolvenzen lassen sich für die Belegschaften, Mitglieder des Wirtschaftsausschusses und natürlich der Betriebsräte eine Reihe von Frühindikatoren ausmachen, auf die besonders eindringlich geachtet und eingegangen werden sollte. Ausbleibende Entgeltzahlungen sind natürlich ein drastisches Alarmzeichen. Leistungsverweigerungsrechte und Eigenkündigungen der Arbeitnehmer sind hierbei weitgehend abstrakte Gegenwehrmöglichkeiten der Beschäftigten. Ansprüche auf Konkursausfallgeld für die Zeit der letzten 3 Monate vor evtl. Konkurseröffnung können u. U. vorfinanziert werden.

⁴⁴ Vgl. dazu auch Däubler, Das Arbeitsrecht 2, S. 487.

⁴⁵ Vgl. zu diesem Abschnitt insgesamt Oberhofer, Bichlmeier, Arbeitnehmer- und Betriebsratsrechte in Konkurs und Gesamtvollstreckung, Der Betriebsrat 1994, S. 82-88 und S. 111-117.

Der Konkursantrag kann vom Unternehmer selbst oder jedem Gläubiger, damit auch von den Arbeitnehmern, nicht aber vom Betriebsrat, gestellt werden. Vor der Entscheidung über den Konkursantrag ordnet das Konkursgericht oft die sogenannte Sequestration an. Der Sequester prüft in der Regel, ob die vorhandene Masse für die Eröffnung des Konkursverfahrens ausreicht⁴⁶. Die Befugnisse des Sequesters sind im einzelnen sehr umstritten; dazu gehört insbesondere die Befugnis zu Betriebsänderungen in der Sequestration.

Wird der Konkurs eröffnet, so übernimmt der vom Amtsgericht eingesetzte Konkursverwalter die Befugnisse des Arbeitgebers. Zugleich werden Termine für die Gläubigerversammlungen festgesetzt. Das Arbeitsrecht gilt im wesentlichen fort; an die Stelle des Arbeitgebers tritt der Konkursverwalter. Kündigungen richten sich nach § 22 KO. Werden die Arbeitnehmer ganz oder teilweise von der Arbeit freigestellt, ohne daß ihnen gekündigt wurde, handelt es sich um mitbestimmungspflichtige Kurzarbeit. Auch für Kündigungen hat der Konkursverwalter sowohl § 102 BetrVG wie auch das Kündigungsschutzgesetz anzuwenden.

Da auch die Arbeitnehmer Gläubiger des insolventen Unternehmens sind, ist es nicht nur zulässig, sondern auch außerordentlich wichtig, daß sie sowohl in der Gläubigerversammlung als auch im Gläubigerausschuß vertreten sind. Forderungen an die Konkursmasse werden nach den Vorgaben der §§ 43 ff. KO in eine Rangfolge gebracht. Zunächst sind Aus- und Absonderungsberechtigte zu berücksichtigen, zu denen regelmäßig keine Arbeitnehmer gehören. Zu den Masseschulden, die beim Konkursverwalter geltend gemacht werden müssen, gehören Arbeitsgeldansprüche der Arbeitnehmer für die Zeit nach Konkurseröffnung (§ 59 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KO). Ferner sind dies Arbeitsentgelt und ggf. Ansprüche auf zusätzliche betriebliche Altersversorgung aus den letzten 6 Monaten vor Konkurseröffnung, soweit nicht Ansprüche auf Konkursausfallgeld gegeben sind (§ 59 Abs. 1 Nr. 3 KO). Innerhalb der Konkursforderungen werden bevorrechtigte und einfache unterschieden. Zu den ersteren gehören nach § 3 und 4 des Gesetzes über den Sozialplan im Konkurs- und Vergleichsverfahren⁴⁷ Sozialplanansprüche, deren Wert allerdings 1/3 der Konkursmasse, die für die Konkursforderungen zur Verfügung steht, nicht überschreiten darf. Auch rückständiges

⁴⁶ Im Jahre 1995 war dies nur in 25,9% der beantragten Konkurseröffnungen der Fall; siehe die Tabelle in: Der Betriebsrat 1996, S. 83.

Arbeitsentgelt von Arbeitnehmern aus der Zeit zwischen 6 Monaten und 1 Jahr vor Konkurseröffnung gehören dazu, § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO. Nach dieser Vorschrift fallen auch Betriebsrenten für den genannten Zeitraum unter diese Kategorie. Einfache Konkursforderungen sind demgegenüber nach § 61 Abs. 1 Nr. 6 KO unter anderem rückständige Arbeitsentgelte aus der Zeit, die länger als 1 Jahr vor Konkurseröffnung zurückliegt. Hierher gehören auch Abfindungen, die vor Konkurseröffnung fällig geworden sind. Konkursforderungen müssen innerhalb der Anmeldefrist beim Konkursverwalter angemeldet werden. Masseschuldansprüche müssen demgegenüber beim Konkursverwalter geltend gemacht werden. Der weitere Ablauf des Verfahrens richtet nach zahlreichen Einzelfallumständen. Verkäufe des Betriebs oder von Betriebsteilen, ganz oder teilweise erfolgte Stilllegungen sowie weitere Betriebsänderungen sind für den Ablauf maßgeblich. Nach vollständiger Verwertung der Masse erfolgt die sogenannte Schlußverteilung in der letzten Gläubigerversammlung, woraufhin das Verfahren beendet wird. Stellt sich im Laufe des Verfahrens heraus, daß die Masse nicht für die Kosten (das sind die Verfahrenskosten und die Vergütung für den Konkursverwalter) ausreicht, wird es vorzeitig mangels Masse eingestellt.

Neben der Konkursmasse haften u. U. der Konkursverwalter, Organpersonen des Gemeinschuldners wie etwa Geschäftsführer oder Vorstandsmitglieder, Gesellschafter des Gemeinschuldners, Kreditgeber (z. B. Banken oder Unternehmensberater), soweit sie eine Quasi-Geschäftsführer- oder Gesellschafterstellung einnehmen, Gesellschafter nach den Rechtsprechungsregeln über die Haftung im qualifizierten faktischen Konzern (Durchgriffshaftung; § 134 UmwG) sowie Bürgen, Konzernmütter, aus Bürgschaften, Patronat, Patronatserklärungen o. ä.

Besondere Beachtung finden sodann die Regeln über den Interessenausgleich und Sozialplan und den Betriebsübergang im Konkurs, auf die in den folgenden Abschnitten näher eingegangen wird. Ebenfalls gesondert werden die Rechte des Betriebsrats während der Insolvenz des Arbeitgebers behandelt.

⁴⁷ I. d. F. des Gesetzes vom 05. Oktober 1994 BGBl. I, 2866.

II. Vergleichsordnung

Das Vergleichsverfahren dient der Abwendung des Konkurses. Prinzipiell zielt jedes Vergleichsverfahren auf die Aufrechterhaltung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit ab. Vom Vergleich werden nur diejenigen Gläubiger erfaßt, die im Konkurs einfache Konkursforderungen hätten. Arbeitnehmer nehmen daher nur selten an einem Vergleich teil, weil sie zumeist entweder bevorrechtigte Konkursforderungen oder Masseschuldansprüche im Konkurs hätten. Angesichts einer Zahl von 26 Vergleichsverfahren ohne Anschlußkonkurs im Jahre 1995 auf dem Gebiet der alten Länder erübrigt sich ein Eingehen auf die Regeln der Vergleichsordnung. Sie bleiben nur insoweit in Interesse, als sie für diejenige Bestimmungen der InsO Pate gestanden haben, die auf eine Sanierung bzw. Erhaltung der insolvent gewordenen Betriebsstätte abzielen.

III. Gesamtvollstreckungsordnung für die neuen Bundesländer

In den neuen Bundesländern gilt bis zum 31.12.1998 die Gesamtvollstreckungsordnung⁴⁸. Die Begriffe Konkurs und Gesamtvollstreckung decken sich im wesentlichen. Nur einige abweichende Regelungen enthält die GesO, wobei möglicherweise nur die Rangfolge der Forderungen in der Gesamtvollstreckung hervorzuheben sind. Im Unterschied zum Konkursrecht sind alle Masseschulden und Massekosten einschließlich der Vorrechte beim Verwalter geltend zu machen⁴⁹. Inhaltlich ergeben sich keine nennenswerten Abweichungen. Auch Sozialpläne sind der Höhe nach beschränkt. Auch die vorzeitig in Kraft gesetzten Regeln der InsO sind einheitlich in den alten wie in den neuen Bundesländern anzuwenden.

IV. Grundsätzliche Fortgeltung des Arbeitsrechts in der Arbeitgeberinsolvenz

⁴⁸ GesO vom 23.05.1991, BGBl. I, 1185, geändert durch Gesetz vom 24.06.1994, BGBl. I, 1374. Die Vorschriften der GesO waren von vornherein als Übergangsrecht konzipiert, vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 72.

Die Eröffnung eines Konkurs- oder Vergleichsverfahrens wirkt sich auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht aus. Das Arbeitsverhältnis erlischt nicht etwa automatisch; es gibt auch ebenso wenig inhaltliche Veränderungen aufgrund des eingeleiteten Insolvenzverfahrens. Auch gelten Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen unverändert fort. Künftige, auch außerordentliche konkursbedingte Änderungsmöglichkeiten bleiben freilich unbenommen und werden unter D. eingehend untersucht.

Auch bedeutet die Eröffnung eines Konkurs- oder Vergleichsverfahrens keine inhaltliche Anpassung der arbeitsrechtlichen Pflichten der Beteiligten, etwa nach dem Grundsatz der Pflichtenanpassung an geänderte Verhältnisse. Dies gilt insbesondere für Inhalt und Umfang des Weisungsrechts des Arbeitgebers bzw. des Insolvenzverwalters gegenüber den Arbeitnehmern. Für alle arbeitsrechtlichen Fragen im einzelnen bleibt der Arbeitsvertrag maßgebend. Der Konkurs des Arbeitgebers allein ändert hieran nichts⁵⁰.

Dieser rein rechtlichen Betrachtung steht die tatsächlich zu beobachtende massive Bedrohung des Arbeitsverhältnisses insgesamt gegenüber. Diese massive Verunsicherung in Bezug auf künftige Arbeits- und Verdienstmöglichkeiten läßt bloß die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses übrig. In Wirklichkeit handelte es sich jedenfalls bisher um ein Abbruchunternehmen, bei dem alle Beteiligten versuchten, möglichst ohne Schaden aus dem Konkurs hervorzugehen.

D. Arbeitsrechtliche Inhalte der neuen Insolvenzordnung

I. Auswirkungen auf die Rechtsposition der Arbeitnehmer

In einer kurzen Übersicht sollen einige Änderungen beschrieben werden, bevor auf die zentralen Punkte: Betriebsänderungen und Betriebsveräußerung eingegangen wird.

⁴⁹ Die Rangfolge der Forderungen der GesO ist in einer ausführlichen Tabelle in Der Betriebsrat 1996, S. 87, aufgeführt.

⁵⁰ Vgl. zu Einzelheiten und Nachweisen Grunsky, Das Arbeitsverhältnis im Konkurs- und Vergleichsverfahren, 3. Aufl., Köln 1994, S. 3 ff.

§ 108 Abs. 1 InsO sieht nun ausdrücklich vor, daß u. a. „Dienstverhältnisse des Schuldners“ mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbestehen. Grundsätzlich wird damit auch der inhaltliche Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zugrundegelegt.

Nach § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO hat der Schuldner dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter, dem Gläubigerausschuß und auf Anordnung des Gerichts auch der Gläubigerversammlung Auskunft über alle das Verfahren betreffende Verhältnisse zu geben. § 101 Abs. 2 InsO erstreckt diese Pflicht auch auf „Angestellte und frühere Angestellte des Schuldners sofern diese nicht früher als 2 Jahre vor dem Eröffnungsantrag ausgeschieden sind“. Dem Wortlaut nach bleibt unklar, ob mit dem Begriff Angestellte wirklich nur Angestellte im rechtstechnischen Sinne gemeint sind, oder alle Arbeitnehmer. Da es sich um eine erweiterten Pflichtenstellung für Arbeitnehmer handeln könnte, ist zunächst eine restriktive Anwendung geboten. Auch dürfte es schwierig sein, für ausgeschiedene Angestellte bzw. Arbeitnehmer eine Rechtspflicht dieser Art zu begründen. Es wäre allenfalls an eine nachwirkende Nebenpflicht aus dem Arbeitsvertrag zu denken⁵¹. Da aber die arbeitsrechtliche Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeitern immer funktionsloser wird, dürfte es bei einer sinn- und zweckorientierten Auslegung des § 101 Abs. 2 InsO naheliegend sein, die dort bezeichnete Pflicht für alle Arbeitnehmer, die insolvenzverfahrensrelevante Kenntnisse haben, auszudehnen⁵².

1. Verkürzte Kündigungsfristen

Hinsichtlich einer außerordentlichen Kündigung im Sinne des § 626 BGB treten aufgrund einer Insolvenz und eines Insolvenzverfahrens des Arbeitgebers keine Änderungen ein. Entscheidend ist, daß die Eröffnung des Insolvenzverfahrens für sich genommen kein wichtiger Grund im Sinne der genannten Vorschriften ist.

Auch für ordentliche Kündigungen ändert sich die Rechtslage grundsätzlich durch die Insolvenzordnung nicht. Bei Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes muß nach wie vor

⁵¹ Vgl. ebenso Grunsky, Arbeitsverhältnis und Insolvenz, o. O., o. J., S. 2.

⁵² Vgl. ähnlich Grunsky, ebenda

ein Kündigungsgrund im Sinne des § 1 KSchG vorliegen. Auch hierfür gilt, daß die Verfahrenseröffnung nach der InsO keinen betriebsbedingten Kündigungsgrund ausmacht.

Im Gegensatz zu § 22 KO, der von der „gesetzlichen“ Kündigungsfrist ausging, gilt nunmehr eine verkürzte und einheitliche Frist von 3 Monaten zum Monatsende gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 InsO. Unerheblich ist, ob der Arbeitnehmer Arbeiter oder Angestellter ist. Maßgeblich ist nun, daß unabhängig von anderwärts geltenden längeren Fristen die Kündigungsfrist 3 Monate beträgt hiervon werden auch tarifvertragliche Kündigungsfristen erfaßt. Der Streit um die Einordnung von tarifvertraglichen Kündigungsfristen als „gesetzliche Fristen“⁵³ ist damit seit Geltung des § 113 InsO beendet. Gilt für das Arbeitsverhältnis freilich eine kürzere Kündigungsfrist, so ist diese gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 InsO anzuwenden. Eine Verlängerung dieser Frist auf 3 Monate kommt nicht in Betracht. Es ist unerheblich, aus welchem Rechtsgrund sich die kürzere Frist herleitet; sie kann gesetzlich, einzelvertraglich oder kollektiv-vertraglich bedingt sein. Bei befristeten Arbeitsverhältnissen wirkt sich § 113 Abs. 1 InsO in der Weise aus, daß mit der Dreimonatsfrist von Abs. 1 Satz 2 gekündigt werden kann, wenn der Befristungszeitpunkt erst nach dem Ende dieser Frist liegt. Endet das Arbeitsverhältnis dagegen schon vorher durch Fristende, so erlischt es zu diesem Zeitpunkt, ohne daß noch gekündigt werden müßte.

Es bleibt bei den Beteiligungsrechten des Betriebsrats und auch bei der Geltung von Sonderkündigungsschutz-Regeln, z. B. nach dem Mutterschutz- und dem Schwerbehindertengesetz. Der Streit um die Kündbarkeit von Ausbildungsverhältnisses im Konkurs des Ausbilders ist durch die InsO nicht beendet worden, so daß es im Prinzip bei der Regelung des § 15 BBiG auch in der Insolvenz des Ausbilders bleibt.

Eine Kündigung durch den Insolvenzverwalter kann vom Arbeitnehmer durch die Kündigungsschutzklage angegriffen werden. § 113 Abs. 2 InsO dehnt dabei die Voraussetzungen für die Kündigungsschutzklage nach dem Kündigungsschutzgesetz auf alle möglichen

⁵³ Vgl. grundlegend BAG, ZIP 1984, 1517.

Kündigungsgründe aus, um eine umfassende Prüfung der Rechtswirksamkeit der Kündigung zu ermöglichen⁵⁴.

2. Kündigungen und Änderungen bestehender Betriebsvereinbarungen

Nach § 120 Abs. 1 Satz 1 InsO sollen Insolvenzverwalter und Betriebsrat über eine einvernehmliche Herabsetzung von Leistungen in Betriebsvereinbarungen verhandeln. Wichtig erscheinen einvernehmliche Regelungen insbesondere deswegen, weil hierdurch eine schnelle Lösung ermöglicht wird und sich dadurch die Überlebenschancen des Unternehmens erhöhen können. Mißlingt eine einvernehmliche Lösung, besteht nach § 120 Abs. 1 Satz 2 InsO die Möglichkeit, belastende Betriebsvereinbarungen mit einer Dreimonatsfrist zu kündigen sofern eine längere Kündigungsfrist vertraglich vorgesehen war. Unklar ist, ob eine solche Kündigung mit dreimonatiger Frist auch dann zulässig sein soll, wenn die Betriebsvereinbarung für einen bestimmten Zeitraum ohne Kündigungsfrist fest vereinbart war. Nachdem gesetzgeberischen Sinn und Zweck dieser Regelung erschiene es wenig überzeugend, wenn nicht auch in diesem Fall eine Kündigungsmöglichkeit mit dreimonatiger Frist bestehen würde, weil mit den Betrieb belastenden Betriebsvereinbarungen betriebserhaltende Veräußerungen wesentlich erschwert wären⁵⁵. Da bestehende Betriebsvereinbarungen gem. § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB auch für Betriebserwerber verbindlich sind, könnten arbeitsplatzhaltende Übernahmen durch solvente Erwerber beeinträchtigt werden⁵⁶. Hinsichtlich der Wirkung einer solchen Kündigung nach § 120 InsO muß allerdings zwischen freiwilligen und erzwingbaren Betriebsvereinbarungen unterschieden werden. Bei den erstgenannten ist eine Nachwirkung ausgeschlossen⁵⁷. Gelten die letzteren nach § 77 Abs. 6 BetrVG auch nach Wirksamwerden der Kündigung weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Scheitern gütliche Einigungen, so kann der Insolvenzverwalter über die Einigungsstelle Änderungen ggf. herbeiführen (§ 76 Abs. 5 BetrVG).

⁵⁴ Zu Einzelheiten im Zusammenhang mit der Kündigung von Arbeitsverhältnisses, insbesondere hinsichtlich der §§ 125, 126 InsO, wird in den folgenden Abschnitten D II und D III eingegangen.

⁵⁵ Vgl. mit gleicher Tendenz Schrader, Übergangsregelungen zum Konkursrecht, NZA 1997, S. 70 ff., 71.

⁵⁶ Vgl. so schon Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 153.

⁵⁷ Vgl. Fitting/Kaiser/Heither/Engels, Betriebsverfassungsgesetz-Kommentar, 18. Aufl., München 1996, § 77 Rn. 152.

§ 120 Abs. 2 InsO weist darauf hin, daß eine Betriebsvereinbarung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden kann. Dieser gesetzgeberischen Klarstellung hätte es wohl kaum bedurft, entspricht dies doch der weit überwiegenden Auffassung⁵⁸.

3. Rangfolge von Arbeitnehmerforderungen

Für Ansprüche der Arbeitnehmer nach Konkurseröffnung ändert sich die bisherige Rechtslage nicht, es handelt sich auch in Zukunft um Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

Ansprüche nach §§ 141a ff. AFG gelten auch weiterhin unverändert unter dem Begriff Insolvenzausfallgeld nach Artikel 93 EG InsO. Inhaltlich ergeben sich aus der Umbenennung keine Änderungen.

Neu geregelt ist indessen nach der InsO, daß alle Bevorrechtigungen von Konkursforderungen wegfallen. Ansprüche für die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind einfache Insolvenzforderungen. Dies regelt ausdrücklich § 108 Abs. 2 InsO. Dabei spielt das Alter solcher rückständigen Forderungen keine Rolle. Ausgenommen bleiben freilich Ansprüche Insolvenzausfallgeld.

Dieser Wegfall des Arbeitnehmer-Konkursvorrechts nach § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO (vgl. §§ 38, 39 InsO) hat vor allem für Einmalleistungen praktische Konsequenzen. Maßgeblich ist nicht der Fälligkeitszeitpunkt, sondern unverändert der Zeitraum, für den der entsprechende Anspruch verdient worden ist. Es kommt vor, daß ein Anspruch erst zu einem Zeitpunkt fällig wird, in dem er bereits nicht mehr durch Insolvenzausfallgeld gesichert ist und damit praktisch wertlos⁵⁹. Um Benachteiligungen von Arbeitnehmern hinsichtlich solcher Einmalleistungen zu

⁵⁸ Vgl. Fitting/Kaiser/Heither/Engels, a.a.O., § 77 Rn. 135; Däubler/Kittner/Klebe/Schneider, Betriebsverfassungsgesetz-Kommentar, 5. Aufl., Köln 1996, § 77 Rn. 54; Schrader, NZA 1997, S. 72 m. w. N.

⁵⁹ Vgl. dazu den Fall aus BAG ZIP 1986, S. 657: Der Bauleiter einer GmbH (der späteren Gemeinschaftschuldnerin) hatte einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf 2% des Gewinns der einzelnen unter seiner Leitung errichteten Bauwerke. Vor Konkurseröffnung wird ein Bauvorhaben fertiggestellt, aber

vermeiden, war ursprünglich an eine Ausweitung des Zeitraums, für den Insolvenzausfallgeld geltend gemacht werden kann, gedacht worden; dies wurde aber nicht umgesetzt⁶⁰.

Die InsO vereinfacht die Lage insofern, als nur noch drei maßgebliche Zeiträume existieren, die Probleme hinsichtlich der Befriedigung von Arbeitnehmerforderungen sind aber durchaus nicht erledigt.

4. Sonstige Wirkungen

Für Arbeitnehmer bei juristischen Personen des Öffentlichen Rechts könnte eine nach § 12 Abs. 1 InsO für zulässig erklärte landesrechtliche Bestimmung wichtig werden, der zu Folge bei bestimmten juristischen Personen des Öffentlichen Rechts ein Insolvenzverfahren unzulässig ist. Nach Abs. 2 dieser Vorschrift hat das Land für das Insolvenzausfallgeld und für die Insolvenzsicherung nach dem BetrAVG aufzukommen. Ungeklärt bleibt dabei, wie Ansprüche der Arbeitnehmer behandelt werden, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehen. Hat die landesrechtliche Regelung insoweit nichts bestimmt, sind die Arbeitnehmer vollkommen ungeschützt.

Nach § 67 Abs. 2 Satz 2 InsO soll dem Gläubigerausschuß ein Arbeitnehmervertreter angehören, sofern die Arbeitnehmer an dem Verfahren mit nicht unerheblichen Forderungen als Insolvenzgläubiger beteiligt sind. Dies soll jedenfalls teilweise den Wegfall der Bevorrechtigung von Arbeitnehmeransprüchen ausgleichen helfen. Damit sind Arbeitnehmer im Gegensatz zur früheren Rechtslage in größerem Maße vom Insolvenzrisiko betroffen. Sind die entsprechenden Arbeitnehmerforderungen im wesentlichen durch Ansprüche im Insolvenzausfallgeld gedeckt, so greift die Beteiligungsregel nach § 67 Abs. 2 Satz 2 InsO nicht. Der Arbeitnehmervertreter braucht im übrigen nicht persönlich anspruchsberechtigt zu sein.

nach Eröffnung erst abgerechnet. Da zwischen Fertigstellung des Bauvorhabens und Konkurs-eröffnung mehr als 3 Monate lagen, ist B nach der zukünftigen Rechtslage auf eine einfache Insolvenzforderung beschränkt.

⁶⁰ Vgl. dazu Grunsky, Arbeitsverhältnis und Insolvenz, S. 15.

Wenn Arbeitnehmer eine besondere Gruppe bilden, die nicht unerhebliche Forderungen als Insolvenzgläubiger hat, soll sie gem. § 222 Abs. 3 InsO im Insolvenzplan beteiligt werden. Hiermit soll den Arbeitnehmerpositionen insofern besonders Rechnung getragen werden, als ihr Rechtsverhältnis zum Gemeinschuldner über die Verfahrenseröffnung hinaus fortbesteht. Nicht zuletzt geht es im Insolvenzplan auch um den Erhalt der Arbeitsplätze. Dieser Umstand macht es fragwürdig, warum die Arbeitnehmer nur dann eine besondere Gruppe im Insolvenzplan bilden sollen, wenn sie in „nicht unerheblichem Maße“ Insolvenzgläubiger sind. Auch ohne oder mit nur geringfügig ungesicherten Lohnrückstände sind die Arbeitnehmer vor allem in ihrer Eigenschaft als Interessenten am Erhalt der Arbeitsplätze zu beteiligen; insoweit können ihre Erhaltungspläne stark von den Interessen anderer Insolvenzgläubiger abweichen. Sie müssen daher unbedingt repräsentiert sein.

Im folgenden Abschnitt geht es um Betriebsänderungen. Diese werden in der Insolvenz im Rahmen der Verwertung der Masse (vgl. § 117 KO, § 159 InsO) häufig durchgeführt, weil infolge der Stilllegung oder Rationalisierung von unrentablen Betrieben oder Betriebsteilen weitere Verluste des Unternehmens vermieden werden können⁶¹. Da die grundsätzliche Anwendbarkeit des BetrVG in der Insolvenz seit dem Inkrafttreten des SozplKonkG im Jahre 1985 unstreitig ist⁶² und das BetrVG auch unter der InsO weiter gelten wird, erlangen die betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte der Betriebsräte Bedeutung für die Geltungsmachung der Arbeitnehmerinteressen. In einem weiteren Abschnitt geht es um Sozialpläne in der Insolvenz, die Nachteile der Arbeitnehmer infolge einer geplanten Betriebsänderung hervorbringen, ausgleichen oder mildern sollen (vgl. § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG). Daraufhin wird die Betriebsveräußerung in den Mittelpunkt des Interesses gestellt, um ihre Auswirkungen während der Insolvenz auf den Bestand der Arbeitsverhältnisse zu beleuchten. Hintergrund dieses Teils ist die Diskussion über die Anwendbarkeit des § 613a BGB in der Insolvenz, die für das noch geltende Recht durch das BAG-Urteil vom

⁶¹ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 153; siehe auch Warrickoff, Die Stellung der Arbeitnehmer nach der neuen Insolvenzordnung, BB 1994, S. 2338 ff., 2339.

⁶² Vgl. z. B. Balz, Der Sozialplan im Konkurs- und Vergleichsverfahren, DB 1985, S. 689 ff., 689 f.; Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 97.

17.01.1980⁶³ beendet wurde, in der Reformdebatte aber wieder auflebte und den Gesetzgeber der InsO zu einer spezifischen Regelung veranlaßte.

II. Betriebsänderungen in der Insolvenz

1. Der Interessenausgleich

a) Die Regelungen des BetrVG für das geltende Recht

Die betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen der §§ 111, 112 I-III und 113 BetrVG erfahren durch das geltende Konkursrecht keine weitreichenden Modifikationen. Lediglich die Ansprüche auf Nachteilsausgleich (§ 113 BetrVG) bedürfen einer konkursrechtlichen Einordnung; zudem gelten im Konkurs spezielle Grundsätze für die Verrechnung von Nachteilsausgleich- und Sozialplanansprüchen.

(1) Unterrichtungs- und Beratungspflichten des Konkursverwalters

Plant der Konkursverwalter in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern eine Betriebsänderung, so hat er gem. § 111 S. 1 BetrVG gegenüber dem Betriebsrat Unterrichtungs- und Beratungspflichten⁶⁴. Für die Berechnung der Belegschaftsstärke i. S. v. § 111 S. 1 BetrVG ist die Zahl der regelmäßig beschäftigten wahlberechtigten Arbeitnehmer des Betriebs maßgeblich. Der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist gesetzlich nicht definiert⁶⁵. Der Kreis der Personen, auf die das BetrVG in vollem Umfang anzuwenden ist, wird durch § 5 Abs. 1 i. V. m. § 6 BetrVG

⁶³ - 3 AZR 160/79, AP Nr. 18 zu § 613a BGB, Bl. 527.

⁶⁴ Umstritten ist, ob dem Betriebsrat auch bei den Entscheidungen des Gläubigerausschusses (§ 129 Abs. 2 Satz 2 KO) oder der Gläubigerversammlung § 132 KO) (künftig: § 149 InsO) über die Schließung des Geschäfts die Beteiligungsrechte des § 111 Satz 1 BetrVG zustehen. Vergleiche zu- stimmend: Fabrizio, GK-BetrVG, § 111, Rn. 338-345 m. w. N., Dietz/Richardi bestimmen Beschlüsse der Gläubigerversammlung bzw. des Gläubigerausschusses als mitbestimmungsfrei, weil erst der Ausführungsbeschluß des Konkursverwalters den Mitbestimmungstatbestand erfülle, vgl. Dietz/Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 82. Da die Auffassung von Fabrizio die Arbeitnehmerbelange berücksichtigt, ist ihr zu folgen.

⁶⁵ Vgl. genauer zum Streit um den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff Trümner, in Däubler/Kittner/Klebe/Schneider, BetrVG, § 5, Rn. 7-29.

bestimmt⁶⁶. Es wird hierbei auf die Beschäftigtenzahl des Betriebs abgestellt, die für den Betrieb im allgemeinen kennzeichnend ist.

§ 111 Satz 2 BetrVG nennt die Fälle, die als Betriebsänderungen gelten⁶⁷. Nach Nr. 1 dieser Norm liegt eine Betriebsänderung bei der Einschränkung oder Stilllegung des ganzen Betriebs oder wesentlicher Betriebsteile vor. Während unter Stilllegung die Aufgabe des Betriebszwecks unter gleichzeitiger Auflösung der Betriebsorganisation aufgrund eines ernstlichen, endgültigen Willensentschlusses des Konkursverwalters zu verstehen ist, liegt eine Betriebseinschränkung bei der Weiterverfolgung des Betriebszwecks unter Herabsetzung der Leistung der Betriebsanlagen vor⁶⁸. Auch der bloße Personalabbau unter Beibehaltung der sachlichen Betriebsmittel stellt eine Betriebseinschränkung dar, soweit er die Zahlengrenzen des § 17 Abs. 1 KSchG überschreitet und wenigstens 5% der Belegschaft betrifft⁶⁹, wobei nur die betriebsbedingt ausscheidenden Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind. Maßgeblich sind betriebsbedingte Kündigungen, vom Konkursverwalter veranlaßte Eigenkündigungen sowie Aufhebungsverträge, die zum Zwecke des Personalabbaus geschlossen werden⁷⁰. Der Antrag auf die Eröffnung eines Konkursverfahrens ist als solcher noch keine Betriebseinschränkung oder -stilllegung und somit keine Betriebsänderung, er geht diesen möglicherweise voraus⁷¹. Eine Betriebsänderung i. S. v. § 111 Satz 2 Nr. 1 BetrVG liegt auch dann vor, wenn sich die geplante Maßnahme nur auf wesentliche Betriebsteile erstreckt. Diese Voraussetzung ist bereits dann erfüllt, wenn der Betroffene, einen Teilzweck erfüllende Teil

⁶⁶ Vgl. Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiter, BetrVG, § 5, Rn. 1.

⁶⁷ Umstritten ist, ob dieser Katalog abschließend ist, vgl. zu dieser hier nicht relevanten Streitfrage Fitting/Auffahrt/Kaiser, Heiter, BetrVG, § 111, Rn. 15.

⁶⁸ Vgl. Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiter, BetrVG, § 111, Rn. 17 f.; vgl. auch BAG, 09.07.1985, ZIP 1986, S. 45, 46.

⁶⁹ Vgl. BAG, 02.08.1983, BB 1984, S. 274; BAG, 08.11.1988, NZA 1989, S. 278 f. Die Zahlen- und Prozentangaben des § 112a BetrVG sind nicht einschlägig. Durch § 112a BetrVG wird ausschließlich der Anwendungsbereich der Vorschriften über den Sozialplan bei Personalabbau eingeschränkt, jedoch nicht der der übrigen Vorschriften der §§ 111, 112 BetrVG, vgl. dazu Löwisch, Probleme des Interessenausgleich, RDA 1989, S. 216 ff., 217; Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiter, BetrVG, § 111, Rn. 19, 19a.

⁷⁰ Vgl. BAG, 23.08.1988, DB 1988, S. 2413.

⁷¹ Vgl. dazu Hess/Knörig, Das Arbeitsrecht bei Sanierung und Konkurs, 1991, A, Rn. 57; a. A. Stege/Weinzpach, BetrVG, §§ 111-113, Rn. 25; differenzierend Fabrizius in GK-BetrVG, § 111, Rn. 335-337.

eines Betriebs einen erheblichen Teil der Arbeitnehmer beschäftigt; es muß sich nicht um einen Betriebsteil i. S. d. § 4 BetrVG handeln⁷².

Für die übrigen Tatbestandsalternativen für eine Betriebsänderung nach § 111 Satz 2 BetrVG gelten keine insolvenzrechtlichen Besonderheiten⁷³.

Der bloße Betriebsinhaberwechsel bei einem Betriebsübergang (vgl. § 613a BGB) stellt keine Betriebsänderung dar⁷⁴. Jedoch kann der Betriebsübergang mit Maßnahmen verbunden werden, die ihrerseits den Tatbestand des § 111 BetrVG erfüllen⁷⁵.

Die Verpflichtungen des Konkursverwalters nach § 111 S. 1 BetrVG treten nur ein, wenn die Betriebsänderung wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder für erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben könnte. Das Gesetz unterstellt, daß in allen Fällen des § 111 S. 2 BetrVG stets wesentliche Nachteile eintreten können, folglich bedarf es keiner besonderen Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals⁷⁶. Die Zahlenangaben des § 17 Abs. 1 KSchG können eine Richtschnur dafür bieten, ob erhebliche Teile der Belegschaft durch die Betriebsänderung berührt werden⁷⁷.

Die Unterrichtungspflicht des Konkursverwalters setzt ein, wenn dieser sich im Grundsatz dazu entschlossen hat, eine Betriebsänderung durchzuführen. Das Wort „geplant“ ist kein selbständiges Tatbestandsmerkmal, es hat lediglich zeitliche Bedeutung. Aus diesem Grund entfallen die Verpflichtungen des Konkursverwalters aus §§ 111 und 112 BetrVG nicht, weil eine Betriebsänderung die notwendige Folge einer wirtschaftlichen Zwangslage darstellt⁷⁸, von freiwilliger Planung also nicht gesprochen werden kann.

⁷² Vgl. Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiter, BetrVG, § 111, Rn. 24.

⁷³ Siehe dazu Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiter, BetrVG, § 111, Rn. 25 ff.

⁷⁴ BAG, 09.07.1985, ZIP 1986, S. 45 f.

⁷⁵ In diesen Fällen sind die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach §§ 111, 112 BetrVG zu beachten; vgl. BAG, 16.06.1987, DB 1987, S. 1842.

⁷⁶ Vgl. Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiter, BetrVG, § 111, Rn. 7. Mögliche wesentliche Nachteile können sowohl materielle als auch immaterielle Nachteile sein, z. B. Verlust des Arbeitsplatzes, Versetzungen, Verlängerungen des Weges zum Arbeitsplatz, Einbußen an sozialem Ansehen und Verlust sozialer Kommunikationsmöglichkeiten; vgl. dazu auch Fabrizio, in GK-BetrVG, § 111, Rn. 216.

⁷⁷ Vgl. Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiter, BetrVG, § 111, Rn. 10 m. w. N.

⁷⁸ BAG, 09.07.1985, ZIP 1986, S. 45 f.

Die umfassende Unterrichtung hat so frühzeitig zu erfolgen, daß vor dem geplanten Zeitpunkt der Durchführung der Betriebsänderung noch genügend Zeit für Beratungen mit dem Betriebsrat und für den Versuch eines Interessenausgleichs verbleibt. Der Konkursverwalter hat Gründe, Umfang und mögliche Auswirkungen der Betriebsänderung mitzuteilen und diese mit dem Betriebsrat zu beraten⁷⁹. Der Betriebsrat soll im Interesse der von der Maßnahme betroffenen Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, auf die Entscheidung des Konkursverwalters einzuwirken, bevor dieser vollendete Tatsachen schafft⁸⁰. Die Beratung soll dem Ziel dienen, einen Interessenausgleich über die Betriebsänderung zu erreichen⁸¹.

(2) Der Interessenausgleich über die Betriebsänderung

Inhalt des in § 112 BetrVG vorgesehenen, zwischen Betriebsrat und Konkursverwalter geschlossenen Interessenausgleichs über eine geplante Betriebsänderung gem. § 111 BetrVG⁸² ist die Einigung darüber, ob, wann und in welcher Form diese durchgeführt werden soll⁸³. Ein wirksamer Interessenausgleich muß schriftlich niedergelegt und von Konkursverwalter und Betriebsrat unterschrieben werden. Gegenstand der Einigung können Maßnahmen wie z. B. das Unterbleiben der Betriebsänderung, Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen sowie die Aufnahme zusätzlicher Produktion zur Vermeidung von Entlassungen sein⁸⁴.

Der Interessenausgleich entfaltet nicht die Wirkung einer Betriebsvereinbarung, er stellt eine Kollektivvereinbarung besonderer Art dar, die den Konkursverwalter gegenüber dem Betriebsrat verpflichtet⁸⁵.

⁷⁹ Vgl. Matthes, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, § 352, Rn. 2f. m. w. N.

⁸⁰ BAG, 09.07.1985, ZIP 1986, S. 45 f.

⁸¹ Vgl. Matthes, ebenda., Rn. 7.

⁸² Zu diesem Zusammenhang von § 111 S. 1 und § 112 Abs. 1 BetrVG siehe Fabrizius, GK-BetrVG, §§ 112, 112a, Rn. 16.

⁸³ Vgl. BAG, 09.07.1985, ZIP 1996, S. 45 f.

⁸⁴ Vgl. ausführlicher Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiter, BetrVG, §§ 112, 112a, Rn. 5c.

⁸⁵ Vgl. Fabrizius, GK-BetrVG, §§ 112, 112a, Rn. 22; Matthes, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, § 352, Rn. 16.

Für die Einzelheiten des Verfahrens nach § 112 BetrVG gelten grundsätzlich im Konkurs keine Besonderheiten. So besteht auch für den Konkursverwalter keine Rechtspflicht, einen Interessenausgleich herbeizuführen.

(3) Nachteilsausgleich

Nach § 113 BetrVG erlangen Arbeitnehmer in allen Fällen, in denen der Konkursverwalter ohne zwingenden Grund von einem Interessenausgleich abweicht (Absatz 1 und 2) oder eine Betriebsänderung durchführt, ohne einen Interessenausgleich versucht zu haben (Abs. 3), individualrechtliche Ansprüche auf Nachteilsausgleich. Neben der Ausgleichsfunktion erfüllen die zu gewährenden Ausgleichszahlungen eine Sanktionsfunktion, die die Einhaltung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Betriebsänderungen absichern soll⁸⁶.

Zwingende Gründe für eine Abweichung liegen nur vor, wenn die Handlungen des Konkursverwalters im Interesse des Unternehmens und seiner Arbeitnehmerschaft zur Vermeidung schwerer Schädigungen oder Gefährdungen durchgeführt wurden und die Abweichung von jedem vernünftigen, verantwortungsbewußten Verwalter vorgenommen worden wäre⁸⁷. Zu den einzelnen Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 113 BetrVG kann auf allgemeine Darstellungen verwiesen werden, wobei der Konkursverwalter an die Stelle des Arbeitgebers tritt. Auf eine Besonderheit zur Höhe der gerichtlichen Festsetzung des Nachteilsausgleichs machte freilich das LAG Hamm aufmerksam⁸⁸. Bei der Entscheidung über die Höhe des Nachteilsausgleichs im Konkurs sollten auch die Interessen der anderen Gläubiger berücksichtigt werden. Angesichts der Vorrangigkeit der Ansprüche von geschädigten Arbeitnehmern ist diese Entscheidung keinesfalls vertretbar.

Erlangen Arbeitnehmer aus den Handlungen des Konkursverwalters nach Konkurseröffnung Ansprüche aus § 113 BetrVG, so sind diese Masseforderungen i. S. des § 59 Abs. 1 Nr. 1

⁸⁶ Fabrizius, GK-BetrVG, § 113, Rn. 1.

⁸⁷ Vgl. Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiter, BetrVG, § 113, Rn. 3; Löwisch, RDA 1989, S. 216 ff., 219.

KO⁸⁹. Sind die Ansprüche auf Nachteilsausgleich schon vor Konkurseröffnung entstanden, so stellen sie einfache Konkursforderungen im Rang des § 61 Abs. 1, Nr. 6 KO dar⁹⁰. Das BAG ging davon aus, daß es für die konkursrechtliche Einordnung dieses Anspruchs auf den Zeitpunkt des betriebsverfassungswidrigen Vorgehens ankomme. Darauf kann es aber auch entgegen eines bekräftigten BAG-Urteils⁹¹ vor allem deshalb nicht ankommen, weil der für den Anspruch aus § 113 BetrVG entscheidende Zeitpunkt nicht das grundlegende betriebsverfassungswidrige Vorgehen des Arbeitgebers, sondern die Entlassung des Arbeitnehmers ist. Liegt also die Entlassung nach Konkurseröffnung, so stellt der Ausgleichsanspruch eine Masseforderung dar. Anders ist es nur dann, wenn auch die Entlassung vor Konkurseröffnung gelegen hat.

Ein Anspruch auf Nachteilsausgleich wird nicht dadurch beseitigt, daß nachträglich ein Sozialplan vereinbart wird, der ebenfalls Abfindungen vorsieht. In den Fällen, in denen der Anspruch auf Nachteilsausgleich höher ist als die Sozialplanabfindung, würde anderenfalls seine Sanktionsfunktion leerlaufen⁹². Ansprüche aus § 113 BetrVG und aus Sozialplan stehen jedoch nicht beziehungslos nebeneinander. Die Zahlung beider Abfindungen für denselben Nachteil kann nicht verlangt werden, diese sind vielmehr miteinander zu verrechnen⁹³. Die Forderung aus einem Sozialplan ist vorrangig gegenüber dem Anspruch auf Nachteilsausgleich⁹⁴. Die gem. § 113 BetrVG zuerkannten Leistungen treten daher grundsätzlich in Höhe des Nachteilsausgleichs an die Stelle der Sozialplanforderung⁹⁵. Ist die Ausgleichsforderung höher als die Forderung aus dem Sozialplan, so verbleibt dem Arbeitnehmer der Anspruch auf den die Sozialplanabfindung übersteigenden Betrag.

Im Konkurs besteht aber eine besondere Sachlage, die aus der unterschiedlichen konkursrechtlichen Einordnung von nachkonkurslichen Ansprüchen auf Nachteilsausgleich und aus dem Sozialplan resultiert. Letztere stellen bevorrechtigte Konkursforderungen nach § 61 Abs.

⁸⁸ LAG Hamm, 13.01.1993, AuR 1993, S. 306.

⁸⁹ BAG, 13.06.1989, NZA 1989, S. 894 f.

⁹⁰ BAG, 23.08.1988, DB 1988, S. 2413f.

⁹¹ BAG, 03.04.1990, BB 1990, S. 1420 f.

⁹² So auch BAG, 13.06.1989, NZA 1989, S. 894, 897.

⁹³ BAG, GS, 13.12.1978, BB 1979, S. 267, 270.

⁹⁴ Dazu ausführlicher Fabrizious, GK-BetrVG, § 113, Rn. 91-97.

⁹⁵ BAG, GS a.a.O., S. 270 f.

1 Nr. 1 KO dar (vgl. § 4, S. 1 SozplKonkG)⁹⁶. Bei der Reduzierung nach Nachteilsausgleichsforderung um den nominellen Wert der Sozialplanforderung würden Arbeitnehmer benachteiligt werden, weil die Aussichten auf die Befriedigung einer Konkursforderung geringer sind, als die einer Masseforderung (vgl. § 57 KO). Es läge ein Verstoß gegen den Grundsatz vor, daß Arbeitnehmer nicht dadurch schlechtergestellt werden dürfen, daß neben dem Anspruch auf Nachteilsausgleich noch eine Sozialplanforderung besteht. Aus diesem Grunde wird im Konkurs auf die Nachteilsausgleichsforderung nur das angerechnet, was der Arbeitnehmer aufgrund der Sozialplanforderung tatsächlich erhalten hat⁹⁷.

b. Die Regelungen der InsO für das zukünftige Recht

Auch die Insolvenzordnung setzt die betriebsverfassungsrechtliche Notwendigkeit eines Interessenausgleichs bei Betriebsänderungen voraus⁹⁸.

Die betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen in §§ 111-112 III, 113 BetrVG gelten unverändert. Der Insolvenzverwalter hat jedoch die Möglichkeit, bei geplanten Betriebsänderungen nach den Spezialregelungen der §§ 121, 122 InsO vorzugehen, die dem Ziel einer zügigen Abwicklung des Insolvenzverfahrens Rechnung tragen sollen⁹⁹.

(1) Die Regelung des § 121 InsO über das Vermittlungsverfahren

§ 121 InsO eröffnet eine Möglichkeit der Verfahrensabkürzung zur Herbeiführung eines Interessenausgleichs. Kommt zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat ein Interessenausgleich über eine geplante Betriebsänderung nicht zustande, so geht der Vermittlungsversuch des Präsidenten des Landesarbeitsamtes (§ 112 II, 1 BetrVG) dem Verfahren

⁹⁶ Ausführlicher dazu s. u. II.III.

⁹⁷ Vgl. BAG, 13.06.1989, NZA 1989, S. 894, 897; vgl. auch die Kritik von Irschlinger, Arbeitsrechtliche Probleme im Konkurs, München 1988, S. 21 f.

⁹⁸ Vgl. den Wortlaut des § 122 I InsO.

⁹⁹ Vgl. Bundesregierung, Drucks. 12/2443, S. 153.

vor der Einigungsstelle im Insolvenzverfahren gem. § 121 InsO nur dann voran, wenn Insolvenzverwalter und Betriebsrat gemeinsam um eine solche Vermittlung ersuchen.

Der Vermittlungsversuch des Präsidenten des Landesarbeitsamtes entfällt somit, wenn eine Partei mit dessen Tätigwerden nicht einverstanden ist. Die Einigungsstelle kann folglich bei Meinungsverschiedenheiten sofort von einer Partei angerufen werden¹⁰⁰. Bei der „einen Partei“ dürfte es sich fast immer um den Insolvenzverwalter handeln.

(2) Die Regelungen des § 122 InsO über die gerichtliche Zustimmung zur Durchführung einer Betriebsänderung

§ 122 InsO bietet darüber hinaus für den Insolvenzverwalter eine weitere Möglichkeit der Verfahrensverkürzung. Nach dieser Vorschrift kann der Insolvenzverwalter, soweit ein Interessenausgleich über die geplante Betriebsänderung trotz rechtzeitiger und umfassender Unterrichtung des Betriebsrates nicht innerhalb von drei Wochen nach Verhandlungsbeginn oder schriftlicher Aufforderung zur Aufnahme von Verhandlungen zustandegekommen ist, die gerichtliche Zustimmung dazu beantragen, daß die Betriebsänderung ohne vorheriges Verfahren nach § 112 II BetrVG durchgeführt wird¹⁰¹. Gem. § 122 I, 3 InsO bleibt das Recht des Insolvenzverwalters unberührt, einen Interessenausgleich nach § 125 InsO herbeizuführen oder einen Feststellungsantrag nach § 126 InsO zu stellen¹⁰².

Das Gericht erteilt gem. § 122 II, 1 InsO die Zustimmung, wenn die wirtschaftliche Lage des Unternehmens auch unter Berücksichtigung der sozialen Belange die Durchführung der Betriebsänderung ohne vorausgegangenes Verfahren nach § 112 II BetrVG erfordert¹⁰³. Die entscheidungserheblichen Termini „soziale Belange der Arbeitnehmer“ und „wirtschaftliche

¹⁰⁰ Vgl. Warrikoff, BB 1994, S. 2338 [2340].

¹⁰¹ Die Voraussetzungen der rechtzeitigen und umfassenden Unterrichtung hat lediglich klarstellende Bedeutung, da sie sich bereits aus § 111, I BetrVG ergibt, vgl. Warrikoff, BB 1994, S. 2338 [2340]. Durch die Betonung dieser Pflicht in der InsO soll sichergestellt werden, daß den im BetrVG vorgesehenen Verfahrensvorschriften im Insolvenzverfahren nicht ausgewichen wird, vgl. Rechtsaus-schuß, BT Drucks. 12/7302, S. 171.

¹⁰² Diese Vorschriften werden ausführlich in Abschnitt II 2.b) untersucht.

¹⁰³ Nach Ansicht von Warrikoff, BB 1994, S. 2238 [2340] liegt eine gewisse Redundanz vor, weil das Gericht die Entbehrlichkeit der Vermittlungsverfahren des Präsidenten des Landesarbeitsamtes und der Einigungsstelle prüft, die Vermittlung durch den Präsidenten des Landesarbeitsamtes aber schon nach § 121 InsO vermieden werden könne.

Erforderlichkeit der alsbaldigen Durchführung der Betriebsänderung“ sind unbestimmte Rechtsbegriffe, die der Auslegung durch die Rechtsprechung bedürfen¹⁰⁴. Sind die Voraussetzungen der Norm erfüllt, stimmt das Gericht der vorgezogenen Betriebsänderung zu¹⁰⁵. Im Vordergrund der gerichtlichen Entscheidung steht die Eilbedürftigkeit der Maßnahme. Aufgabe des Gerichts ist es nicht zu prüfen, ob die beabsichtigte Betriebsänderung wirtschaftlich sinnvoll ist¹⁰⁶.

Die Vorschriften des Arbeitsgerichtsgesetzes über das Beschlußverfahren (§§ 80 ff. ArbGG) gelten gem. § 122 II, 2 InsO für dieses Verfahren entsprechend. Danach sind der Insolvenzverwalter und der Betriebsrat Verfahrensbeteiligte. Diese haben an der Aufklärung des Sachverhaltes mitzuwirken (vgl. § 83 I, 2 ArbGG). Der Antrag des Insolvenzverwalters ist nach Maßgabe des § 61a III-VI ArbGG vorrangig zu erledigen (§ 122 II, 3 InsO). Das Arbeitsgericht kann durch besondere Terminierungen sowie die Zurückweisung verspäteten Vorbringens das Verfahren beschleunigen¹⁰⁷. Gegen den Beschluß des Arbeitsgerichts findet die Beschwerde an das Landesarbeitsgericht nicht statt (§ 122 III, 1 InsO). Die Rechtsbeschwerde an das Bundesarbeitsgericht findet gem. § 122 III, 2 InsO nur statt, wenn sie in dem Beschluß des Arbeitsgerichts zugelassen wird; § 72 II und III ArbGG gelten entsprechend. Sie ist nur dann zu gestatten, wenn die Rechtssache grundsätzlich Bedeutung hat oder das Urteil des Arbeitsgerichts von einer höchstrichterlichen Entscheidung abweicht (vgl. § 72 II Nr. 1 und 2 ArbG)¹⁰⁸. Das BAG ist an die Zulassung gebunden (vgl. § 72 III ArbGG). Gem. § 122 III, 3 InsO ist die Rechtsbeschwerde innerhalb eines Monats nach Zustellung beim BAG einzulegen und zu begründen.

Wird die Rechtsbeschwerde an das BAG nicht zugelassen, tritt die Rechtskraft des arbeitsgerichtlichen Urteils sofort ein. Eine Nichtzulassungsbeschwerde ist ausgeschlossen¹⁰⁹.

Der Insolvenzverwalter kann die Betriebsänderung daraufhin durchführen, ohne daß die Arbeitnehmer Ansprüche aus § 113 III BetrVG erwerben, weil diese Norm gem. § 122 I, 2

¹⁰⁴ Vgl. Heilmann/Smid, Grundzüge des Insolvenzrechts, S. 268, Rn. 55.

¹⁰⁵ Es handelt sich bei der gerichtlichen Entscheidung nicht um eine Ermessensentscheidung, so aber irrtümlicherweise Heilmann/Smid, Grundzüge des Insolvenzrechts, S. 268, Rn. 54.

¹⁰⁶ Vgl. Rechtsausschuß, BT Drucks. 12/7302, S. 171.

¹⁰⁷ Vgl. im einzelnen GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING, ArbGG, § 61a, Rn. 9-21.

¹⁰⁸ Nach WARRIKOFF, BB 1994, S. 2338 [2340] ist die Zulassung auch bei Abweichung von einer obergerichtlichen Entscheidung zuzulassen. Da ein Verfahren vor dem LAG jedoch gem. § 122 III, 1 InsO ausgeschlossen ist, erscheint die Fallkonstellation nicht möglich.

¹⁰⁹ Vgl. dazu WARRIKOFF, BB 1994, S. 2338 [2341].

InsO hier nicht anzuwenden ist. Fraglich ist, ob die Anwendung des § 113 III BetrVG bereits durch den Antrag des Insolvenzverwalters ausgeschlossen wird. Für diese Auffassung spricht die Gesetzssystematik. Der Ausschluß des § 113 III BetrVG erfolgt in § 122 I InsO, während die gerichtliche Entscheidung Gegenstand des Abs. 2 ist. Auch der Gesetzeswortlaut steht hiermit in Einklang, denn die Formulierung „insoweit nicht anzuwenden“ bezieht sich direkt auf den vorher geregelten Antrag des Insolvenzverwalters. Die Gesetzesmaterialien geben keinen Hinweis zur Lösung dieses Problems. Entscheidende Bedeutung erlangen jedoch teleologische Gesichtspunkte. Würden Nachteilsausgleichsansprüche bereits bei Antragstellung ausgeschlossen werden, wäre der Ausgang des arbeitsgerichtlichen Verfahrens für den Verwalter bedeutungslos. Er könnte die Betriebsänderung schon vor dem Urteilsspruch durchführen, ohne sich gegenüber Arbeitnehmern nach § 113 III BetrVG ausgleichspflichtig zu machen. Bei gerichtlicher Ablehnung der Eilbedürftigkeit der Betriebsänderung würden ebenfalls keine Abfindungsverpflichtungen entstehen, soweit er sich über diese hinwegsetzt. Der Nachteilsausgleich wäre damit gänzlich seiner Funktion beraubt. Zudem hätte die Vorschrift des § 122 II, 1 InsO keine inhaltliche Bedeutung.

Folglich werden Ansprüche auf Nachteilsausgleich ausschließlich bei rechtskräftiger gerichtlicher Zustimmung nach § 122 II, 1 InsO ausgeschlossen.

Wir die Rechtsbeschwerde an das BAG zugelassen, so tritt die befreiende Wirkung des „122 I, 2 InsO erst mit Rechtskraft des der vorgezogenen Betriebsänderung zustimmenden, höchstrichterlichen Urteils ein. Führt der Insolvenzverwalter die betriebsändernden Maßnahmen zuvor durch, so ist er - auch bei positiver erstinstanzlicher Entscheidung - gem. § 113 III BetrVG zum Nachteilsausgleich verpflichtet¹¹⁰.

(3) Würdigung der neuen Rechtslage

Grundsätzlich ist die Schaffung einer Rechtslage, die eine zügige Durchführung von Betriebsänderungen ermöglicht zu begrüßen, weil weitere wirtschaftliche Verluste des insolventen Unternehmens schnell eingedämmt werden und sich dadurch die Chancen einer

¹¹⁰ So auch Warrikoff, BB 1994, S. 2338 [2340].

unternehmensinternen Sanierung erhöhen können. Bei der zügigen Rationalisierung von Betrieben können sich zudem die Chancen einer Betriebsveräußerung vergrößern¹¹¹.

Aus diesem Grunde ist die in § 121 InsO ermöglichte Verfahrensverkürzung zur beschleunigten Herbeiführung eines Interessenausgleichs zu billigen. Kommt ein Interessenausgleich zwischen den Betriebsparteien nicht zustande, so ist zu erwarten, daß der Insolvenzverwalter - sofern er nicht nach § 122 InsO vorgeht - die Einigungsstelle sofort anrufen wird (§ 112 II, 2 BetrVG), um Zeitverzögerungen zu vermeiden. Lädt der Vorsitzende der Einigungsstelle den Präsidenten des Landesarbeitsamtes zur Teilnahme an dem Verfahren (§ 112 II, 3 BetrVG), so könnten seine Kenntnisse auch in diesem Verfahrensstadium eingebracht werden. Das Vermittlungsverfahren vor der Einigungsstelle ermöglicht es dem Betriebsrat weiterhin, seine Standpunkte und Vorschläge bezüglich der Betriebsänderung vorzutragen und mit dem Insolvenzverwalter einen Interessenausgleich zu erzielen.

Die Ausgestaltung der Regelungen des § 122 InsO, die die Mitwirkungsrechte des Betriebsrates einschränken, ist dagegen zu kritisieren¹¹². Zum einen ist die dreiwöchige Verhandlungsfrist, nach deren Ablauf der Insolvenzverwalter die gerichtliche Zustimmung zur vorgezogenen Betriebsänderung beantragen kann, unangemessen kurz. Der Betriebsrat muß sich Informationen verschaffen und sich mit der Belegschaft abstimmen, um mit dem Verwalter erfolgversprechend verhandeln zu können. Binnen drei Wochen können weder diese zeitaufwendigen Vorbereitungsmaßnahmen getroffen noch umfassende Verhandlungen mit dem Insolvenzverwalter durchgeführt werden¹¹³. Die Verhandlungsposition des Betriebsrates ist somit durch die eingeschränkte Kenntnis alternativer Regelungsmöglichkeiten, die durch die geringe Vorbereitungszeit bedingt ist, erheblich geschwächt.

Die Möglichkeit des Verwalters, eine gerichtliche Zustimmung für eine vorgezogene Betriebsänderung unter Ausschluß von Nachteilsausgleichsansprüchen (§ 113 III BetrVG) zu

¹¹¹ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 153. Zwar braucht der Verwalter auch heute einen Interessenausgleich nicht zu versuchen, er macht sich in diesem Falle jedoch gem. § 113 III BetrVG ausgleichspflichtig.

¹¹² Die Vorschrift ist entbehrlich für Fälle, in denen zwingende Umstände die sofortige Stilllegung des Unternehmens erforderlich machen, da in diesen auch nach derzeitigem Recht Ansprüche aus § 113 III BetrVG ausgeschlossen sind; vgl. z. B. BAG, Urt. v. 23.01.1979, BB 1979, S. 782. Insofern ist die Regelung des § 122 InsO überflüssig, vgl. Dörner, NZA 1991, S. 94, 100.

¹¹³ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates, in: Kraemer, Das neue Insolvenzrecht, S. 259. Der Bundesrat hatte eine Verhandlungsfrist von einem Monat gefordert, die zum einen das Ziel einer zügigen Abwicklung des Insolvenzverfahrens nicht gefährden, andererseits jedoch dem Betriebsrat die notwendige Vorbereitungszeit gewähren würde, vgl. ebenda.

beantragen und zu erhalten, löst für den Betriebsrat neben dem zeitlichen auch einen inhaltlichen Druck aus. Der Betriebsrat muß im Interesse der von ihm vertretenen Arbeitnehmer versuchen, vor Ablauf einer dreiwöchigen Frist zumindest einige Positionen durchzusetzen und mit dem Insolvenzverwalter einen Interessenausgleich zu erzielen. Von diesem kann der Verwalter nur noch unter Auslösung von Nachteilsausgleichsansprüchen gem. § 113 I, II BetrVG abweichen. Es ist zu erwarten, daß der Betriebsrat bei der Vereinbarung eines Interessenausgleichs eher zu Eingeständnissen bereit sein wird als nach der alten Rechtslage. Der Insolvenzverwalter kann den Druck noch forcieren, indem er nachdrücklich das gerichtliche Verfahren in Aussicht stellt, soweit der Betriebsrat an weitergehenden Forderungen festhalten sollte.

Eine Einschätzung der Aussichten der gerichtlichen Zustimmung zu einer vorgezogenen Betriebsänderung ist gegenwärtig nicht möglich, da die Zustimmungsvoraussetzungen als unbestimmte Rechtsbegriffe der Ausfüllung bedürfen. Aus diesem Grunde ist zudem auch keine Beurteilung der Rolle des Betriebsrates als Verfahrensbeteiligter möglich¹¹⁴. Die Tatbestandsvoraussetzungen hätten im Interesse der Rechtssicherheit sowie des Schutzbedürfnisses der von einer Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer einer Konkretisierung des Gesetzgebers bedurft.

Die Verkürzung des Rechtsweges ist eine notwendige Bedingung des Reformziels der zügigen Insolvenzabwicklung, bedeutet aber zugleich, eine schwere Rechtsverkürzung für die Belegschaften und ihre Betriebsräte.

Die Rechtsbeschwerde an das BAG wird nach Ansicht *Warrikoffs* nur in extremen Ausnahmesituationen zugelassen werden¹¹⁵. Allerdings könnte anfangs mit Zulassungen zu rechnen sein, soweit der Auslegung der tatbestandlichen Voraussetzungen der gerichtlichen Zustimmung grundsätzlich Bedeutung zugemessen wird (vgl. § 122 III, 2 InsO, § 72 II Nr. 1 ArbGG)¹¹⁶. In diesen Fällen wird das gesetzliche Ziel der Verfahrensbeschleunigung nicht erfüllt, weil der Verwalter bei Vermeidung von Ansprüchen nach § 113 III BetrVG die

¹¹⁴ Heinze schätz den Einfluß des Betriebsrates auf die Art und Weise der Betriebsänderung sehr positiv ein, verkennt aber, daß auch § 130 Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, auf den er sich bezieht, eine gerichtliche Zustimmung frühzeitigen zur frühzeitigen Durchführung der Betriebsänderung, jedoch keine Entscheidung über ihre Ausgestaltung vorsah. Vgl. Heinze, Die arbeitsrechtlichen Aspekte der neuen Insolvenzordnung, in: Kübler (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 97 [114].

¹¹⁵ Vgl. Warrikoff, BB 1994, S. 2338 [2340].

¹¹⁶ So mit nachvollziehbaren Gründen Heilmann/Smid, Grundzüge des Insolvenzrechts, S. 268, Rn. 55.

Rechtskraft einer positiven Bundesarbeitsgerichtlichen Entscheidung abwarten muß. Bei abweisender rechtskräftiger Entscheidung des Arbeits- bzw. des Bundesarbeitsgerichts muß der Insolvenzverwalter das in § 112 II BetrVG vorgesehene Verfahren durchführen, will er die Folgen des § 113 III BetrVG vermeiden. Die Verfahrensdauer ist damit wesentlich länger, als wenn er nach Scheitern der Verhandlungen mit dem Betriebsrat sofort die Einigungsstelle angerufen hätte (vgl. § 121 InsO). Somit ist fraglich, ob § 122 InsO in nennenswertem Umfang zu einer Verfahrensbeschleunigung beitragen wird.

Fraglich ist, ob die speziellen, für das Konkursverfahren aufgestellten Grundsätze über die Verrechnung von Nachteils- und Sozialplanforderungen¹¹⁷ auch weiterhin Geltung beanspruchen werden. Entstehen Ansprüche auf Nachteilsausgleich nach Verfahrenseröffnung, so stellen diese wie bisher Masseforderungen dar (vgl. § 55 I Nr. 1 InsO)¹¹⁸. Forderungen aus einem nach Verfahrenseröffnung aufgestellten Sozialplan sind gem. § 123 II, 1 InsO Masseforderungen. Die verfahrensrechtliche Einordnung der Ansprüche ist somit im Gegensatz zum bisherigen Recht stimmig. Hieraus könnte die Auffassung resultieren, daß sich aus der Reduzierung des Anspruchs auf Nachteilsausgleich um den Betrag der zuerkannten Sozialplanforderung keine Benachteiligung der Arbeitnehmer, die sowohl Ansprüche aus § 113 BetrVG als auch aus Sozialplan haben, ergeben würde. Somit könnten die allgemeinen Verrechnungsgrundsätze¹¹⁹ zur Anwendung kommen. Problematisch ist jedoch, daß für die Berichtigung dieser Sozialplanforderungen nicht mehr als ein Drittel der Insolvenzmasse verwendet werden darf (vgl. § 123 II, 2 InsO). Bei geringer Masse kann die Befriedigungssumme für diese Forderungen durch die verfahrensrechtliche Kürzung sehr gering ausfallen. Für die Masseforderungen der Nachteilsausgleichsansprüche gilt diese spezielle Regelung nicht. Sie erfahren keine Kürzung in Abhängigkeit von der freien Teilungsmasse. Folglich sind ihre verfahrensrechtlichen Befriedigungsaussichten wesentlich höher. Aus diesen Überlegungen resultiert, daß auch nach neuem Recht im BAG-Urteil vom 13.06.1989¹²⁰ aufgestellten insolvenzspezifischen Verrechnungsgrundsätze angewandt werden

¹¹⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 13.06.1989, NZA 1989, S. 894 [897]; vgl. oben II.1a) (3) a. E.

¹¹⁸ Vor Verfahrenseröffnung entstandene Ansprüche aus § 113 BetrVG sind dagegen im Insolvenzverfahren als Insolvenzforderungen geltend zu machen (vgl. § 38 InsO) und gem. §§ 174 ff. InsO beim Insolvenzverwalter anzumelden.

¹¹⁹ Vgl. BAG, Beschl. v. 13.12.1978, BB 1979, S. 267 [270 f.]; vgl. oben II.1a) (3) a. E.

¹²⁰ Vgl. BAG, Urt. v. 13.06.1989, I AZR 819/87, NZA 1989, S. 894 [897].

müssen, damit Arbeitnehmer, die sowohl nach Verfahrenseröffnung entstandenen Forderungen aus § 113 BetrVG als auch aus Sozialplan besitzen, nicht benachteiligt werden. Somit dürfte auf die Nachteilsausgleichsforderung nur angerechnet werden, was der Arbeitnehmer aufgrund der Sozialplanforderung tatsächlich erlangt hat.

2. Die betriebsbedingte Kündigung anlässlich einer Betriebsänderung

Da die von einem Verwalter geplanten Betriebsveränderungen zumeist auch einen Personalabbau zum Gegenstand haben¹²¹, werden im folgenden die Möglichkeiten der Kündigung von Arbeitnehmern behandelt. Untersucht wird die ordentliche betriebsbedingte Beendigungskündigung von Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnis bereits angetreten wurde und die keinem besonderen Kündigungsschutz unterliegen.

a) Die betriebsbedingte Kündigung im Konkurs

Die Konkursordnung traf in § 22 KO Regelungen für die Kündigung von Dienstverhältnissen und war folglich für die Kündigung von Arbeitsverhältnissen einschlägig. Nach Abs. § 22 I, 1 KO konnte ein im Haushalt, Wirtschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft des Gemeinschuldners angetretenes Dienstverhältnis von jedem Teil gekündigt werden¹²². Die Kündigungsfrist war, falls nicht eine kürzere Frist bedungen war, die gesetzliche (§ 22 I, 2 KO)¹²³.

Die Norm räumte den Parteien keinen durch die Konkursöffnung bedingten Kündigungsgrund und kein Sonderkündigungsrecht ein. Tarifvertragliche Kündigungsfristen alten nach der Rechtsprechung des BAG als gesetzliche Kündigungsfristen i. S. des § 22 KO¹²⁴. Der Konkursverwalter war vor Ausspruch einer Kündigung verpflichtet, den Betriebsrat gem.

¹²¹ Vgl. Grunsky, Das Arbeitsverhältnis im Konkurs- und Vergleichsverfahren, S. 15; Warrickoff, BB 94, S. 2338 [2341].

¹²² Zum noch nicht angetretenen Dienstverhältnis vgl. § 17 KO; zum Verhältnis von § 17 zu § 22 KO vgl. Hess/Knörig, Das Arbeitsverhältnis bei Sanierung und Konkurs, C, Rn. 47-56.

¹²³ Vgl. auch die Schadensersatzregelungen des § 22 II KO. Der Anspruch umfaßt den Schaden, der aus der vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses resultiert; vgl. Grunsky, Das Arbeitsverhältnis im Konkurs- und Vergleichsverfahren, S. 18.

¹²⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 07.06.1984, ZIP 1984, S. 1517.

§ 102 I, 1 BetrVG anzuhören (vgl. auch § 112 I, 2 - VII BetrVG). Der Konkursverwalter hatte bei einer Kündigung die Vorschriften des KSchG zu beachten¹²⁵. Aus der Anwendbarkeit des KSchG folgte, daß ein Arbeitnehmer die Unwirksamkeit einer Kündigung wegen ihrer Sozialwidrigkeit (vgl. § 1 KSchG) nur durch eine Kündigungsschutzklage geltend machen konnte¹²⁶.

Sozial ungerechtfertigt und damit rechtsunwirksam war eine anlässlich einer Betriebsänderung ausgesprochene Kündigung gem. § 1 II, 1 KSchG, wenn sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt war, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in dem Betrieb entgegenstanden. Diese Voraussetzung war nur dann erfüllt, wenn es dem Konkursverwalter nicht möglich war, der betrieblichen Lage durch andere Maßnahmen auf technischem, wirtschaftlichem oder organisatorischem Gebiet zu entsprechen. Die Kündigung mußte wegen der betrieblichen Situation unvermeidbar und eine notwendige Folge der betrieblichen Erfordernisse sein¹²⁷.

Die Stilllegung des gesamten Betriebs stellte ein dringendes betriebliches Erfordernis dar. Eine wegen einer Betriebsstilllegung ausgesprochene Kündigung war jedoch nur dann sozial gerechtfertigt, wenn die auf die Betriebsstilllegung gerichtete Entscheidung zum Zeitpunkt der Zugangs der Kündigung bereits greifbare Formen angenommen hatte¹²⁸. Das Arbeitsgericht prüfte nicht die Zweckmäßigkeit oder Notwendigkeit der vom Konkursverwalter mit dem Ziel der Veränderung der Betriebskultur, des Betriebsablaufes oder des Produktionszieles getroffenen organisatorischen Maßnahmen. Seine Entscheidungen wurden lediglich daraufhin überprüft, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich waren. Voll nachzuprüfen war jedoch, ob die vom Verwalter angeführten außer- oder innerbetrieblichen Gründe tatsächlich vorlagen und ob sie sich im Betrieb daraufhin auswirkten, daß die Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers nicht möglich war¹²⁹.

¹²⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 16.09.1982, 2 AZR 271/80, ZIP 1983, S. 205. Die Bestimmungen des KSchG gelangten auch bei völliger Betriebsstilllegung zur Anwendung, vgl. Irschlinger, Arbeitsrechtliche Probleme im Konkurs, S. 46 (m. w. N.).

¹²⁶ Vgl. Grunsky, Das Arbeitsverhältnis im Konkurs- und Vergleichsverfahren, S. 18.

¹²⁷ Vgl. BAT, Urt. v. 07.12.1978, 2 AZR 155/77, DB 1979, S. 650 [651]; BAG, Urt. v. 15.06.1989, 2 AZR 600/88, DB 1989, S. 2384 [2385].

¹²⁸ Vgl. Hess/Knörig, Das Arbeitsrecht bei Sanierung und Konkurs, C, Rn. 71 (m. w. N.).

¹²⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 07.12.1978, DB 1979, S. 650 [651].

Auch bei der betriebsbedingten Kündigung war eine umfassende Interessenabwägung durchzuführen. War eine Kündigung "an sich" betriebsbedingt i. S. v. § 1 II KSchG, so konnte sich die Abwägung wegen der beschränkten Kontrolle der "unternehmerischen" Entscheidung des Konkursverwalters jedoch nur in Ausnahmefällen zugunsten des gekündigten Arbeitnehmers auswirken¹³⁰.

War einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen i. S. d. § 1 II KSchG gekündigt worden, so war die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Konkursverwalter bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hatte (vgl. § 1, III, 1, 1. Hs. KSchG)¹³¹.

Der Konkursverwalter hatte bei der Sozialauswahl einen gewissen Bewertungsspielraum. Er war jedoch verpflichtet, die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und bestehende Unterhaltsverpflichtungen als soziale Grunddaten zu berücksichtigen¹³². Als weitere Gesichtspunkte kamen z. B. Vermögensverhältnisse, Verschuldung, Gesundheitszustand des Arbeitnehmers und die Vermittelbarkeit auf dem Arbeitsmarkt in Betracht¹³³. Leistungsunterschieden waren in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigungsfähig¹³⁴. Die soziale Auswahl erfolgte aufgrund einer einzelfallbezogenen Gesamtabwägung aller relevanter Gesichtspunkte, wobei den sozialen Grunddaten ein besonderes Gewicht beizumessen war¹³⁵. Die Darlegungs- und objektive Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl ergibt, war nach der ständigen Rechtsprechung des BAG abgestuft¹³⁶. Es war zunächst Sache des Arbeitnehmers, die Unrichtigkeit der Sozialauswahl darzulegen, sofern er über die hierzu notwendigen Informationen verfügte (vgl. § 1 III, 3 KSchG). War er nicht in der Lage, detailliert zur Sozialauswahl Stellung zu nehmen, hatte der Konkursverwalter ihm auf Verlangen die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen Sozialauswahl geführt hatten (vgl. § 1 III, 1, 2. Hs. KSchG). Er hatte dem Arbeitnehmer die

¹³⁰ Vgl. BAG, Urt. v. 24.10.1979, DB 1980, S. 1400.

¹³¹ Dieses gilt auch bei der etappenweise erfolgenden Betriebsstillegung, da der Konkursverwalter auch hier bei der Auswahl der jeweils zu Kündigenden die Grundsätze der Sozialauswahl zu beachten hat. Vgl. BAG, Urt. v. 16.09.1982, ZIP 1983, S. 205.

¹³² Vgl. BAG, Urt. v. 18.10.1984, ZIP 1985, S. 953.

¹³³ Vgl. BAG, Urt. v. 24.03.1983, BB 1983, S. 1665 [1667]; Hess/Knörig, Das Arbeitsrecht bei Sanierung und Konkurs, C, Rn. 122 (m. w. N.).

¹³⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 24.03.1983, BB 1983, S. 1665 [1668].

¹³⁵ Vgl. Hess/Knörig, Das Arbeitsrecht bei Sanierung und Konkurs, C, Rn. 123 (m. w. N.).

¹³⁶ Vgl. z. B. BAG, Urt. v. 15.06.1989, DB 1990, S. 380 [381].

Auswahlkriterien und deren Gewichtung mitzuteilen, sowie die Arbeitnehmer zu benennen, die nach seiner Meinung zu dem auswahlrelevanten Personenkreis gehörten¹³⁷.

Die Klage des gekündigten Arbeitnehmers war erfolgreich, wenn das Arbeitsgericht die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung feststellte. Das Arbeitsverhältnis bestand in diesem Fall weiter, weil es durch die Kündigung nicht aufgelöst worden war. Gem. §§ 9-12 KSchG war jedoch das Ende des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung vorprogrammiert.

b) Die betriebsbedingte Kündigung unter Geltung der InsO

Nach neuem Recht kann ein Arbeitsverhältnis von dem Insolvenzverwalter oder dem Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Ausschluß des Rechts zur ordentlichen Kündigung gekündigt werden (vgl. § 113, I, 1 InsO)¹³⁸. Die Kündigungsfrist beträgt gem. § 113 I, 2 InsO drei Monate zum Monatsende, wenn nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist. Beträgt die aus § 622 I-III BGB, Tarifvertrag (vgl. auch § 622 IV BGB) oder Arbeitsvertrag (vgl. auch § 622 V BGB) einschlägige Kündigungsfrist weniger als drei Monate, so ist diese ausschlaggebend. Ist sie jedoch länger als drei Monate, so wird sie auf die dreimonatige Kündigungsfrist des § 113 I, 2 InsO reduziert¹³⁹.

Wie nach früherem Recht ist auch unter Geltung der InsO das KSchG in der Insolvenz anwendbar¹⁴⁰. § 113 InsO räumt somit - wie schon § 22 KO - den Parteien kein Sonderkündigungsrecht ein. Um eine zügige Klärung von Streitigkeiten über die Wirksamkeit von Kündigungen zu gewährleisten¹⁴¹, bestimmt § 113 II, 1 InsO für die Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung eine Klagfrist von drei Wochen. Nach dieser Vorschrift ist diese Frist auch dann einzuhalten, wenn sich der Arbeitnehmer auf andere Gründe als die in § 1, II, III KSchG bezeichneten beruft, z. B. auf die fehlende Anhörung des Betriebsrates (vgl. §

¹³⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 21.07.1988, BB 1989, S. 75.

¹³⁸ § 113 InsO ist auch für noch nicht angetretene Arbeitsverhältnisse einschlägig.

¹³⁹ Mit dieser Regelung ist die Auseinandersetzung über die Einstufung tarifvertraglicher Kündigungsfristen als gesetzliche Kündigungsfristen entbehrlich geworden. Vgl. auch § 113 I, 3 InsO, wonach dem Arbeitnehmer wegen einer vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses durch den Insolvenzverwalter als Insolvenzgläubiger Schadensersatz zusteht.

¹⁴⁰ Dies geht aus dem Wortlaut der § 113 II, § 125 I, 1 InsO hervor.

¹⁴¹ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 149.

102 I, 2 BetrVG). Die § 4, 4 und § 5 des KSchG gelten gem. § 113 II, 2 InsO entsprechend. Kündigt der Insolvenzverwalter einem Arbeitnehmer, ohne nach weiteren Spezialregelungen der InsO vorzugehen, so gelten die Regelungen des KSchG bei einer Klage des Arbeitnehmers uneingeschränkt.

Für Kündigungen, die im Zusammenhang mit einer Betriebsänderung erfolgen, eröffnen die §§ 125-127 InsO dem Insolvenzverwalter weitere Verfahrensmöglichkeiten, die eine schnelle und gemeinschaftliche Klärung bewirken sollen¹⁴². Das Ziel dieser Vorschriften ist es, eine erleichterte Sanierung insolventer Unternehmen zu ermöglichen¹⁴³ und zudem zu verhindern, daß Betriebsvereinbarungen daran scheitern, daß potentielle Bewerber nicht übersehen können, welche Arbeitsverhältnisse auf sie übergehen (vgl. § 613a BGB)¹⁴⁴.

(1) Der Interessenausgleich nach § 125 InsO

§ 125 InsO regelt die kündigungsschutzrechtlichen Wirkungen eines zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat zustande gekommenen Interessenausgleichs bei einer geplanten Betriebsänderung. In diesem werden die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, namentlich bezeichnet¹⁴⁵. Es handelt sich nicht um einen Interessenausgleich nach § 112 BetrVG *über* die geplante Betriebsänderung, sondern um eine neue Art von Interessenausgleich¹⁴⁶.

Die Norm nimmt Bezug auf § 111 BetrVG. Daher setzt der Abschluß eines Interessenausgleichs nach § 125 InsO voraus, daß in dem Betrieb des Unternehmens in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind und eine Betriebsänderung i. S. dieser Vorschrift geplant ist. *Grunsky* vertritt die Meinung, daß nach § 125 InsO nicht

¹⁴² Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 149.

¹⁴³ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/7302, S. 171.

¹⁴⁴ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 149. Diese Betriebsveräußerung in der Insolvenz wird unter III ausführlich behandelt.

¹⁴⁵ Diese Vorschrift erstreckt sich auch auf Änderungskündigungen; vgl. Rechtsausschuß, BT Drucks. 12/7302, S. 172.

¹⁴⁶ Vgl. Rechtsausschuß, BT Drucks. 12/7302, S. 171. Dieses geht ausdrücklich aus § 122 I, 3 InsO hervor. Zur doppelgleisigen Konstruktion der Regelungen der InsO für den Interessenausgleich nach § 112 BetrVG und § 125 InsO vgl. Warrikoff, BB 1994, S. 2338, 2341.

anwendbar sei, wenn nur einigen Arbeitnehmers gekündigt werden solle und die Voraussetzungen des § 112a BetrVG nicht erfüllt seien¹⁴⁷. Dies trifft nicht zu.. Plant der Insolvenzverwalter ausschließlich einen Personalabbau, so liegt dann eine Betriebsänderung i. S. v. § 111, 2 Nr. 1 BetrVG vor, wenn die Prozent- und Zahlenangaben des § 17 I KSchG erreicht werden und mindestens 5% der Belegschaft betroffen sind¹⁴⁸. Maßgeblich für die Feststellung der Überschreitung dieser Werte sind nicht nur betriebsbedingte Kündigungen, sondern auch vom Verwalter veranlaßte Eigenkündigungen und zum Zwecke des Personalabbaus geschlossene Aufhebungsverträge¹⁴⁹. Die Erfüllung der Voraussetzungen des § 112a BetrVG sind dagegen nicht maßgeblich für den Tatbestand einer solchen Betriebsänderung¹⁵⁰. Plant der Insolvenzverwalter andere Maßnahmen i. S. des § 111, 2 Nr. 1-5 BetrVG, aufgrund derer betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen werden sollen, so liegen Betriebsänderungen vor, wenn sie zumindest wesentliche Teile der Belegschaft berühren. Bei der Überprüfung dieser Voraussetzung werden nicht nur die von einer Kündigung, sondern alle von der Maßnahme betroffenen Arbeitnehmer berücksichtigt. § 17 I KSchG kann bei der Feststellung, ob die Maßnahme wesentliche Teile der Belegschaft betrifft, als Richtschnur herangezogen werden¹⁵¹. Somit könnte § 125 InsO im Einzelfall auch dann zur Anwendung gelangen, wenn im Zuge der Betriebsänderung nur einigen Arbeitnehmern gekündigt werden soll.

Für das Zustandekommen des in § 125 InsO genannten Interessenausgleichs gilt § 112 I-III BetrVG mit der Maßgabe des § 121 InsO, so daß der Vermittlungsversuch des Präsidenten des Landesarbeitsamtes nur bei gemeinsamem Ersuchen beider Parteien durchgeführt wird. Wird die Einigungsstelle angerufen, so hat sie eine Einigung der Parteien zu versuchen (§ 112 III, 2 BetrVG), sie kann eine fehlende Einigung jedoch nicht ersetzen¹⁵².

Kommt ein Interessenausgleich nach § 125 I InsO zustande, ist § 1 KSchG nur noch unter besonderen Maßgaben anzuwenden, die zu einer nur eingeschränkten Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Kündigungen in einem späteren Individualkündigungsschutzverfahren

¹⁴⁷ Vgl. Grunsky, Arbeitsverhältnis und Insolvenz, S. 6.

¹⁴⁸ Vgl. AT, Urt. v. 02.08.1983, BB 1984, S. 274.

¹⁴⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 23.08.1988, DB 1988, S. 2413.

¹⁵⁰ Vgl. Löwisch, RdA 1989, S. 216, 217.

¹⁵¹ Vgl. Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiter, BetrVG, § 111, Rn. 10 (m. w. N.).

¹⁵² Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 149; Zeuner, Interessenausgleich, in: Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, S. 261, 265.

führen¹⁵³. Zum einen wird vermutet, daß die Kündigung der Arbeitsverhältnisse der bezeichneten Arbeitnehmer durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, die einer Weiterbeschäftigung in diesem Betrieb oder einer Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen entgegenstehen (§ 125 I, Nr. 1 InsO). Erhebt ein gekündigter Arbeitnehmer, der in dem Interessenausgleich namentlich genannt ist, eine Kündigungsschutzklage¹⁵⁴, so ist der Insolvenzverwalter durch die Vermutung des § 125 I Nr. 1 InsO der Pflicht enthoben zu dokumentieren, daß der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers dringende betriebliche Erfordernisse entgegenstehen (vgl. § 1 II, 4 KSchG). Es findet eine Beweislastumkehr statt. Bestreitet der Arbeitnehmer die Existenz dringender betrieblicher Erfordernisse, so hat er die Vermutung des § 125 I, 1 Nr. 1 InsO durch Beweis zu widerlegen¹⁵⁵.

Zum anderen wird die bei einer betriebsbedingten Kündigung gerichtlich zu überprüfende Sozialauswahl (vgl. § 1 III, 1 Hs. KSchG) durch § 125 I Nr. 2 InsO beschränkt. Sie kann nach dieser Vorschrift nur im Hinblick auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten und insoweit auch nur auf grobe Fehlerhaftigkeit nachgeprüft werden (§ 125 I, 1 Nr. 2, 1 Hs. InsO). Die Sozialauswahl ist nicht als grob fehlerhaft anzusehen, wenn eine ausgewogene Personalstruktur erhalten oder erschaffen wird (§ 125 I, 1 Nr. 2, 2. Hs. InsO). Der Begriff der ausgewogenen Personalstruktur ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der der begrifflichen Konkretisierung durch die Arbeitsgerichte bedarf¹⁵⁶.

Gelingt dem Insolvenzverwalter bezüglich einer durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingten Kündigung der Beweis, daß diese zu einer ausgewogenen Personalstruktur beiträgt, so bedarf es keiner eingehenden gerichtlichen Überprüfung der sozialen Auswahl, da diese gem. § 125 I, 1 Nr. 1, 2 Hs. InsO nicht als grob fehlerhaft anzusehen ist¹⁵⁷. Die Klage des Arbeitnehmers wird als unbegründet zurückgewiesen.

¹⁵³ Vgl. Rechtsausschuß, BT Drucks. 12/7302, S. 172.

¹⁵⁴ Der gekündigte Arbeitnehmer hat die Möglichkeit, den gesamten Instanzenweg der Arbeitsgerichtsbarkeit auszuschöpfen; vgl. Warrikoff, BB 1994, S. 2338, 2342.

¹⁵⁵ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 149.

¹⁵⁶ Warrikoff faßt unter den Begriff der Personalstruktur lediglich die Altersstruktur; vgl. Warrikoff, BB 1994, S. 2338, 2342. Neben der Altersstruktur kann jedoch z. B. auch die Qualifikationsstruktur der Belegschaft unter diesen Begriff fallen.

¹⁵⁷ Nach Auffassung Warrikoffs müsse der Arbeitnehmer aufgrund der Beweisregel des § 1 III, 3 KSchG den Beweis führen, daß seine Kündigung nicht zur Erhaltung oder Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur führe; vgl. Warrikoff, BB 1994, S. 2338, 2342. Gem. § 1 III, 3 i. V. m. § 1 III, 1, 1 Hs.

Die Sozialauswahl wird nur dann im einzelnen im Hinblick auf die sozialen Grunddaten gerichtlich auf grobe Fehlerhaftigkeit kontrolliert, wenn der Konkursverwalter den o. g. Beweis nicht führt. Der Insolvenzverwalter hat in diesem Fall auf Verlangen des Arbeitnehmers gem. § 1 III, 1, 1. Hs. KSchG die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen Sozialauswahl geführt haben. Den Arbeitnehmer trifft jedoch die Beweislast des § 1 III, 3 KSchG. Er muß belegen, daß die Sozialauswahl grob fehlerhaft war; der Beweis einer „einfachen Fehlerhaftigkeit“ ist nicht ausreichend. Gerichtlich klärungsbedürftig ist, wann eine Sozialauswahl als grob fehlerhaft einzustufen ist.

Die in § 125 I, 1 InsO genannten Rechtsfolgen des Interessenausgleichs treten gem. § 125 I, 2 InsO nicht ein, wenn sich die Rechtslage wesentlich geändert hat. In diesen Fällen gelten die Regelungen des § 1 KSchG uneingeschränkt. Eine wesentliche Änderung der Rechtslage ist z. B. dann anzunehmen, wenn ein Interessenausgleich im Hinblick auf eine Betriebsstillegung vereinbart wurde, der Betrieb nach Ausspruch der Kündigung jedoch veräußert wird¹⁵⁸. Dieses vom Rechtsausschuß zur Klärung des unbestimmten Rechtsbegriffs der wesentlichen Sachlagenänderung konstruierte Beispiel macht jedoch eine Konkretisierung durch die Arbeitsgerichte nicht entbehrlich.

Gem. § 125 II InsO ersetzt der Interessenausgleich nach Absatz 1 dieser Vorschrift die bei Massenentlassungen nach § 17 III, 2 KSchG der Anzeige an das Arbeitsamt beizufügenden Stellungnahme des Betriebsrats.

Fraglich ist, ob der Interessenausgleich auch die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG ersetzen könnte. Kommt ein Interessenausgleich zustande, so hätte der Betriebsrat die Kündigung der bezeichneten Arbeitnehmer gleichsam mitbeschlossen. Diese Beteiligung geht über die Mitwirkung im Rahmen des § 102 BetrVG hinaus. Eine zusätzliche Anhörung nach § 102 BetrVG könnte somit entbehrlich sein¹⁵⁹. Diese Hypothese könnte durch die Rechtsprechung bestätigt werden. Eine Reihe offener Fragen, müßte allerdings geklärt sein,

KSchG beschränkt sich die Beweislast des Arbeitnehmers ausschließlich auf die Sozialauswahl. Die Schaffung oder Erhaltung einer ausgewogenen Personalstruktur ist jedoch kein Abwägungskriterium der Sozialauswahl und von dieser als solche unabhängig. § 125 I, 1 Nr. 1 InsO ordnet vielmehr an, daß eine Sozialauswahl bei Vorliegen dieser Voraussetzung nicht als grob fehlerhaft angesehen werden kann und begünstigt somit den Verwalter. Nach der anzuwendenden Grundregel der Beweislastverteilung, nach der jede Partei die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm trägt, ist somit der Verwalter diesbezüglich beweispflichtig. Vgl. allgemein zur Beweislastverteilung Jauernig, Zivilprozeßrecht, § 50 IV.

¹⁵⁸ Vgl. Rechtsausschuß, BT Drucks. 12/7302, S. 172.

¹⁵⁹ Vgl. Grunsky, Arbeitsverhältnis und Insolvenz, S. 12; Warrikoff, BB 1994, S. 2338, 2342.

bevor diese Annahme gerechtfertigt erscheint. Die betroffenen Arbeitnehmer müßten vom Betriebsrat gehört worden sein; konkrete Festlegungen der Personen, der zeitlichen Abfolge und Abstände müssen getroffen worden sein, um auf das Erfordernis der Betriebsratsanhörung gem. § 102 BetrVG verzichten zu können.

Der bloß Versuch des Insolvenzverwalters, einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat abzuschließen, kann dagegen die Anhörung nach § 102 BetrVG auf keinen Fall ersetzen. Bei mangelnder Einigung der Parteien wäre dem Betriebsrat anderenfalls die Möglichkeit genommen, einer beabsichtigten Kündigung durch den Insolvenzverwalter bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 102 III BetrVG zu widersprechen. Ein möglicher Weiterbeschäftigungsanspruch gem.- § 112 V, 1 BetrVG nach erfolgter Kündigung käme damit grundsätzlich nicht in Betracht. Für eine derartige Einschränkung des Arbeitnehmerschutzes hätte es einer ausdrücklichen Regelung in der InsO bedurft. Die Mitteilung der Vorschläge des Insolvenzverwalters kann zudem nicht als Anhörung i. S. v. § 102 BetrVG angesehen werden¹⁶⁰.

(2) Das gerichtliche Beschlußverfahren nach § 126 InsO und seine Wirkung auf die Klage eines Arbeitnehmers

§ 126, 1 InsO ermöglicht dem Insolvenzverwalter die Antragstellung beim Arbeitsgericht auf Feststellung, daß die Kündigung bestimmter, im Antrag bezeichneter Arbeitnehmer durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt und sozial gerechtfertigt ist. Besteht ein Betriebsrat, ist die Antragstellung nach dieser Vorschrift erst zulässig, wenn innerhalb von drei Wochen nach Verhandlungsbeginn oder schriftlicher Aufforderung zur Aufnahme von Verhandlungen ein Interessenausgleich nach § 125 InsO nicht zustandegekommen ist, obwohl der Verwalter den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend unterrichtet hat. Dem Insolvenzverwalter wird somit vor Antragstellung die Pflicht auferlegt, sich nach Unterrichtung des Betriebsrats drei Wochen lang um ernsthafte Verhandlungen zu bemühen¹⁶¹.

¹⁶⁰ Vgl. Grunsky, Arbeitsverhältnis und Insolvenz, S. 12.

¹⁶¹ Vgl. Rechtsausschuß, BT Drucks. 12/7302, S. 172.

Fraglich ist, ob der Insolvenzverwalter zu einer Antragstellung nach § 126 I, 1 InsO auch befugt ist, wenn zwischen ihm und dem Betriebsrat eine partielle Einigung über die Kündigung einiger bestimmter Arbeitnehmer erzielt und ein „Teil-Interessenausgleich“ abgeschlossen wurde und der Insolvenzverwalter eine gerichtliche Feststellung der Rechtmäßigkeit der Kündigung weiterer Arbeitnehmer erzielen möchte¹⁶². Wäre dieses grundsätzlich nicht zulässig, so kämen in der Praxis kaum Vereinbarungen nach § 125 InsO zustande. Der Insolvenzverwalter würde die Verhandlungen immer dann scheitern lassen, wenn sich der Betriebsrat nicht vollständig seinen Vorschlägen im Rahmen eines Interessenausgleichs beugen würde, um eine Antragsberechtigung nach § 126 I, 1 InsO zu erlangen. Damit würde die Regelung des § 125 InsO für die Praxis nahezu bedeutungslos werden; das gerichtliche Verfahren nach § 126 InsO wäre der Regelfall. Der Wortlaut des § 126 InsO könnte jedoch gegen eine solche Zulässigkeit sprechen, weil hier vorausgesetzt wird, daß *kein* Interessenausgleich zustandegekommen ist. Der Wortlaut dürfte indessen weder zu der einen noch zu der Ansicht zwingen, läßt sich doch § 126 I InsO problemlos in dem Sinne verstehen, daß die Antragsbefugnis des Insolvenzverwalters soweit reicht, wie kein Interessenausgleich nach § 125 InsO zustandegekommen ist. Gewichtiger ist die Frage, von wem sich die Arbeitnehmer eine für die Erhaltung ihrer Arbeitsplätze günstigere Entscheidung erhoffen können. Wer dies eher dem Arbeitsgericht zutraut, muß sich gegen Teil-Interessenausgleiche nach § 125 InsO aussprechen. Wird jedoch mehr auf die Betriebskenntnis und Sachkompetenz der Betriebsräte sowie ihr Durchsetzungsvermögen gegenüber dem Insolvenzverwalter vertraut, spricht mehr für die Zulässigkeit von Teil- Interessenausgleichen. Zwar darf die objektive Erpressbarkeit von Interessenvertretern in der Insolvenz des Arbeitgebers nicht unterschätzt werden, doch steht der Betriebsrat den betrieblichen Problemen und den personellen Konsequenzen ihrer Lösung näher als das Arbeitsgericht. Ferner wird es in der Praxis überwiegend um Teil-Sanierungsversuche gehen, die mit entsprechenden Teil-Interessenausgleichen zu flankieren wären. Das aus der Sicht eines einzelnen gekündigten Arbeitnehmers beachtliche Argument, daß seine gerichtliche Gegenwehr wegen der beschränkten Überprüfung der Sozialauswahl auf „grobe Fehlerhaftigkeit“ i. S. des

¹⁶² Für diese Möglichkeit spricht sich Warrikoff, BB 1994, S. 2338, 2343 aus. Grunsky hält dieses für zulässig, wenn Insolvenzverwalter und Betriebsrat sich über die Erforderlichkeit einer bestimmten Anzahl von Kündigungen, sich im Rahmen eines Interessenausgleichs jedoch nur auf einen hierauf

§ 125 I, 1 a. E. InsO schwächer ist als nach § 126 I InsO, kann aus kollektiver Sicht die Vorteile von Teil-Interessenausgleichen nicht beseitigen.

Hat der Betrieb keinen Betriebsrat, kann der Antrag nach § 126 I, 1 InsO sofort gestellt werden¹⁶³.

Der Insolvenzverwalter kann die Kündigungen der Arbeitnehmer bereits vor dem gerichtlichen Verfahren aussprechen. In diesem Fall kann er den Antrag nach § 126 I, 1 InsO auf die Arbeitnehmer beschränken, die mit der Kündigung nicht einverstanden sind und fristgerecht eine Kündigungsschutzklage erheben¹⁶⁴. Er kann den bezeichneten Arbeitnehmers jedoch auch während oder nach Abschluß des Verfahrens nach § 126 InsO kündigen¹⁶⁵.

Da die gerichtliche Feststellung unabhängig von einer etwaigen Zustimmung des Betriebsrats erfolgt, kann das Verfahren eine Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG nicht ersetzen¹⁶⁶. Der Insolvenzverwalter muß daher den Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigungen gem. § 102 BetrVG beteiligen.

Für das Verfahren gelten gem. § 126 II, I, 1 Hs. InsO die Vorschriften des Arbeitsgerichtsgesetzes über das Beschlußverfahren (§§ 80 ff. ArbGG) entsprechend. Der Antrag des Insolvenzverwalters ist nach Maßgabe des § 61a III-VI ArbGG vorrangig zu erledigen (vgl. §§ 126 II, 2 i.V.m. § 122 II, 3 InsO). Verfahrensbeteiligte sind der Insolvenzverwalter, der Betriebsrat und die bezeichneten Arbeitnehmer, soweit sie nicht mit der Beendigung der Arbeitsverhältnisse einverstanden sind (§ 126 II, 1, 2. Hs. InsO). Will der Verwalter die Kündigungen der in dem Antrag bezeichneten Arbeitnehmer erst während oder nach Abschluß des gerichtlichen Verfahrens aussprechen, so müssen die Arbeitnehmer im Hinblick auf ihre mögliche Verfahrensbeteiligung bereits vorzeitig über die beabsichtigten Kündigungen informiert werden. Arbeitnehmer, die ihre Kündigung vor oder während des Verfahrens als berechtigt anerkennen, sind dagegen nicht beteiligt¹⁶⁷.

entfallenden Teil konkret bezeichneter zu kündigender Arbeitnehmer einigen konnten; vgl. Grunsky, Arbeitsverhältnis und Insolvenz, S. 7.

¹⁶³ Vgl. Warrikoff, BB 1994, S. 2338, 2342.

¹⁶⁴ Vgl. Heilmann/Smid, S. 263, Rn. 35.

¹⁶⁵ Vgl. den Wortlaut des § 127 InsO. Nach Warrikoff, BB 1994, S. 2338, 2343, beziehe sich § 127 ausdrücklich auf Kündigungen, die vor Rechtskraft des arbeitsgerichtlichen Beschlusses ausgesprochen wurden. Dieser Auslegung wird nicht gefolgt, da sie mit dem Wortlaut der Norm nicht im Einklang steht.

¹⁶⁶ So aus Warrikoff, BB 1994, S. 2338, 2342.

¹⁶⁷ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 150. Nach dem Wortlaut des § 126 II, 1, 2. Hs. InsO ist eine Beteiligung der übrigen Arbeitnehmer nicht vorgesehen. Vgl. dazu aber Grunsky, Arbeitsverhältnis und Insolvenz, S. 8, der in bestimmten Fällen ein Beteiligungsrecht dieser Arbeitnehmer

Das Arbeitsgericht prüft, ob die Kündigungen der in dem Antrag namentlich bezeichneten Arbeitnehmer den Anforderungen des § 1 KSchG entsprechen. Hinsichtlich der Überprüfung ihrer dringenden betrieblichen Erfordernisse sieht § 126 InsO keine Einschränkungen vor. Den Insolvenzverwalter trifft folglich die Darlegungs- und Beweislast des § II, 4 KSchG¹⁶⁸.

Die Sozialauswahl der Arbeitnehmer wird gem. § 126 I, 2 InsO von dem Arbeitsgericht nur im Hinblick auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten überprüft. Die gerichtliche Nachprüfung beschränkt sich jedoch nicht auf grobe Fehlerhaftigkeit, sondern erfolgt umfassend hinsichtlich der drei sozialen Grunddaten. Die Erhaltung oder Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur kann eine fehlerhafte Sozialauswahl nicht rechtfertigen¹⁶⁹.

Das Gericht gibt dem Antrag des Insolvenzverwalters statt, wenn die Kündigungen durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt und sozial gerechtfertigt sind, bei Nichtvorliegen dieser Voraussetzungen weist es den Antrag ab. Möglich erscheint auch eine teilweise Stattgabe, wenn nur einige Kündigungen die Anforderungen des § 1 KSchG erfüllen.

Die Regelungen des § 122 III InsO gelten gem. § 126 III, 2 InsO entsprechend. Die Rechtskraft der arbeitsgerichtlichen Entscheidung tritt somit im Regelfall sofort ein¹⁷⁰.

Kündigt der Insolvenzverwalter einem Arbeitnehmer, der in dem Antrag nach § 126 I InsO namentlich bezeichnet ist und erhebt dieser Kündigungsschutzklage, so ist die rechtskräftige Entscheidung im Verfahren nach § 126 InsO für die Parteien bindend (vgl. § 127 I, 1 InsO). Der Arbeitnehmer kann sich folglich bei einer stattgebenden Entscheidung des Arbeitsgerichts nicht auf die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung gem. § 1 KSchG berufen¹⁷¹. Da sich der arbeitsgerichtliche Beschluß nach § 126 InsO lediglich auf § 1 KSchG, nicht jedoch auf andere Unwirksamkeitsgründe bezieht¹⁷², dürfte er nach der hier vertretenen Ansicht für diese keine Bindungswirkung nach § 127 InsO entfalten. Die Klage eines Arbeitnehmers, der sich auf andere Unwirksamkeitsgründe, wie z. B. auf Formmangel (vgl. § 125 BGB) oder fehlende Anhörung des Betriebsrats (vgl. § 102 I, 2 BetrVG) beruft, könnte demzufolge Aussicht auf Erfolg haben. Zu bedenken ist auch, daß diese Unwirksamkeitsgründe in den Fällen, in denen

aus Art. 103 I GG herleitet. Das läßt sich aber mit dem tatsbestandlich vorausgesetzten Einverständnis dieser Arbeitnehmer mit den Änderungen nicht vereinbaren.

¹⁶⁸ Vgl. Warrikoff, BB 1994, S. 2338, 2343.

¹⁶⁹ Ebenso Grunsky, Arbeitsverhältnis und Insolvenz, S. 8 f; Warrikoff, BB 1994, S. 2338, 2343.

¹⁷⁰ Siehe oben II.1 b) (2). Siehe auch die Kostenregelung des § 126 III InsO.

¹⁷¹ Vgl. Grunsky, Arbeitsverhältnis und Insolvenz, S. 9.

die Kündigung erst nach dem arbeitsgerichtlichen Beschluß nach § 126 InsO erklärt wird, auch gar nicht von dem Arbeitsgericht überprüft werden könnten.

Hat das Gericht den Antrag des Insolvenzverwalters gem. § 126 I, 1 InsO jedoch rechtskräftig abgelehnt, so steht die Sozialwidrigkeit der Kündigung fest. Einer Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers müßte ohne weitere eingehende Prüfung das Gericht stattgeben. Das Gericht prüft, ob die Kündigungen den Anforderungen des § 1 KSchG entsprechen.. Gibt es dem Antrag des Verwalters statt, steht bei Rechtskraft der Entscheidung rechtsverbindlich fest, daß die Kündigungen durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt und sozial gerechtfertigt sind. Im Umkehrschluß muß nach der hier vertretenen Ansicht bei Abweisung des Antrags auch verbindlich feststehen, daß die Kündigungen sozialwidrig sind. Hätte der Gesetzgeber diese Rechtsfolge nicht gewollt, so hätte er eine explizite Ausschlußregelung treffen müssen.

Die Bindungswirkung der gerichtlichen Entscheidung entfällt gem. § 127 I, 2 InsO dann, wenn sich die Sachlage nach dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlungen wesentlich geändert hat¹⁷³. Hat der Arbeitnehmer die Klage schon vor der Rechtskraft der arbeitsgerichtlichen Entscheidung im Verfahren nach § 126 InsO erhoben, so ist die Verhandlung über die Klage auf Antrag des Insolvenzverwalters bis zu diesem Zeitpunkt auszusetzen (§ 127 II InsO).

(3) Würdigung der neuen Rechtslage

Die Regelungen des § 125 InsO sind mangelhaft und werfen erhebliche Probleme auf. Das Interessenausgleichsverfahren nach § 125 InsO wird zum einen wegen der aufgabenfremden Einbindung des Betriebsrats in die Sphäre der Unternehmensverantwortung kritisiert. Der Betriebsrat wird durch seine aktive Mitwirkung an den Entscheidungsprozessen bezüglich der Kündigungen faktisch in eine Gegenposition zu den von ihm vertretenen Arbeitnehmern gebracht. Hieraus können Interessenkonflikte innerhalb des Betriebsrates resultieren, die auch zu Vertrauensverlusten seitens der Belegschaft führen können¹⁷⁴. Der Gesetzgeber nimmt als Regelfall an, daß der Betriebsrat seine Verantwortung gegenüber den Arbeitnehmern

¹⁷² So schon Dörner, NZA 1991, S. 94, 98.

¹⁷³ Der Gesetzgeber verwendet hier denselben unbestimmten Rechtsbegriff wie in § 125 I, 2 InsO; vgl. oben II.2. b) (1) a. E.

¹⁷⁴ So aus Halbacht, Kündigungsschutz, S. 63.

wahrnehmen, nur unvermeidbaren Entlassungen zustimmen und auf die ausreichende Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Auswahl der ausscheidenden Arbeitnehmer achten wird¹⁷⁵. Diese Annahme muß bezweifelt werden. Der Insolvenzverwalter kann erheblichen Druck auf den Betriebsrat ausüben, Kündigungen der von ihm bezeichneten Arbeitgeber im Rahmen eines Interessenausgleichs zustimmen. Er kann die Unmöglichkeit einer - ggf. übertragenden - Sanierung des Unternehmens bei nicht zügig zustandegekommenem Interessenausgleich behaupten. Ihm steht zwar das Verfahren nach § 126 InsO nach dreiwöchigen erfolglosen Verhandlungen offen, dieses ist aber zeitaufwendiger. Der Betriebsrat wird in der wirtschaftlichen Notlage und in dieser Drucksituation u. U. bereit sein, sich auf die Vorschläge des Insolvenzverwalters einzulassen, wenn dadurch auch nur wenige Arbeitsplätze gerettet werden können¹⁷⁶.

Wegen des Zeitdrucks wird der Betriebsrat nicht in der Lage sein, fundierte, entscheidungserhebliche Informationen zu beschaffen. Dieses begünstigt die Zustimmung zu den Plänen des Verwalters aufgrund der Unkenntnis entscheidungsrelevanter Tatsachen oder unzutreffender rechtlicher Bewertungen¹⁷⁷. Aufgrund dieser Überlegungen ist zu befürchten, daß der Betriebsrat nicht die vom Gesetzgeber vermutete souveräne Verhandlungsposition innehaben wird. Zudem wird verkannt, daß der Betriebsrat bei der Kollision von individuellem und kollektivem Arbeitsplatzinteresse letzterem den Vorrang einräumen könnte¹⁷⁸ und BetrVG-gemäß auch müßte.

Zu kritisieren ist zudem, daß in dem Interessenausgleich die zu kündigenden Arbeitnehmer lediglich namentlich genannt werden müssen. Um sicherzustellen, daß soziale Gesichtspunkte bei der Bestimmung der zu kündigenden Arbeitnehmer berücksichtigt worden sind, hätte es einer Regelung bedurft, die die Parteien darüber hinaus zu einer Niederlegung der zugrundeliegenden Sozialauswahl verpflichten.

Da sich die gerichtliche Überprüfung der Sozialauswahl im Falle einer Kündigungsschutzklage nur auf grobe Fehlerhaftigkeit beschränkt und diese dann zu verneinen ist, wenn die Kündigung

¹⁷⁵ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 149. Daraus wird geschlußfolgert, daß die soziale Rechtfertigung der Kündigungen nur noch in Ausnahmefällen in Frage gestellt wird; vgl. ebenda.

¹⁷⁶ Vgl. Schaub, ZIP 1989, S. 205, 207. Es ist daher nicht anzunehmen, daß sich der Betriebsrat regelmäßig einer Mitwirkung enthalten und die Verantwortung auf den Insolvenzverwalter und das Gericht im Rahmen des § 126 InsO abschieben wird; so aber Grunsky, Arbeitsverhältnis und Insolvenz, S. 10.

¹⁷⁷ ebenso Halbach, Kündigungsschutzgesetz, S. 64.

¹⁷⁸ So etwas zu vorsichtig Halbach, Kündigungsschutzgesetz, S. 65.

einen Beitrag zu einer ausgewogenen Personalstruktur leistet, ist zu befürchten, daß der Insolvenzverwalter mit Hilfe des Betriebsrates unter Mißachtung einer wirklichen Sozialauswahl eine Belegschaft nach seinen oder den mutmaßlichen Wünschen eines potentiellen Betriebserwerbers zusammenstellt. Um eine vermeintlich besonders leistungsfähige Belegschaft zu erhalten, werden möglicherweise sozial schwächere und schutzwürdige Arbeitnehmer in den Interessenausgleich aufgenommen¹⁷⁹.

Erhebt ein in dem Interessenausgleich namentlich genannter, gekündigter Arbeitnehmer eine Kündigungsschutzklage, so wird diese nur in den seltensten Fällen Aussicht auf Erfolg haben. Die Widerlegung der Vermutung des § 125 I Nr. 1 InsO wird ihm im Regelfall nicht gelingen. Da er an den Verhandlungen der Parteien über den Interessenausgleich regelmäßig nicht beteiligt worden ist, hat er keine Kenntnis von der unternehmerischen Entscheidung des Insolvenzverwalters, von den inner- oder außerbetrieblichen Gründen, aufgrund derer die Einigung in dem Interessenausgleich erfolgte, sowie von ihren Auswirkungen auf seinen Arbeitsplatz¹⁸⁰.

Die Beschränkung der gerichtlichen Nachprüfung der Sozialauswahl auf die sozialen Grunddaten wäre angesichts des Ziels der zügigen Verfahrensdurchführung noch anzuerkennen. Da diese jedoch lediglich auf grobe Fehlerhaftigkeit begrenzt ist, werden die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Sozialauswahl ausgehöhlt. Die Auslegung des Begriffes der groben Fehlerhaftigkeit einer Sozialauswahl ist nicht prognostizierbar und läßt offen, wie restriktiv sich die Regelung für den einzelnen Arbeitnehmer auswirken wird. Zumindest der Rechtssicherheit wird damit ein Bärendienst erwiesen.

Eine weitere Einschränkung erfährt der Rechtsschutz des Arbeitnehmers durch die Regelung des § 125 I Nr. 2, 2 Hs. InsO. Trägt die Kündigung zu einer ausgewogenen Personalstruktur bei, so ist eine Überprüfung der Sozialauswahl nicht erforderlich, weil durch die unwiderlegbare Vermutung des § 125 I Nr. 2, 2 Hs. InsO nicht als grob fehlerhaft anzusehen und folglich nicht zu beanstanden ist. Die Gesichtspunkte Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltspflichten, die bei der Sozialauswahl beachtlich bleiben sollen, werden damit

¹⁷⁹ Vgl. dazu auch Halbach, Kündigungsschutzgesetz, S. 64. Schaub sieht für diesen Fall ungerechtfertigte Wettbewerbsvorsprünge des insolventen Unternehmens, das mit einer „olympiareifen Mannschaft“ fortgeführt wird; vgl. Schaub, ZIP 1989, S. 205, 206.

¹⁸⁰ So zu recht Dörner, NZA 1991, S. 94, 97.

faktisch in ihrer Bedeutung wieder beseitigt. Zu kritisieren ist in Anbetracht dieser weitreichenden Konsequenzen außerdem, daß der Gesetzgeber bei dieser für den Arbeitgeber restriktiven Regelung den Begriff der „ausgewogenen Personalstruktur“ auch nicht annähernd konkretisiert hat¹⁸¹.

Auch die Vorschrift des § 125 I, 2 InsO, nach der bei wesentlichen Änderungen der Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs die Rechtswirkungen des § 125 I, 1 InsO ausgeschlossen werden, ist problematisch. Da der Gesetzgeber keine Kriterien entwickelt hat, welche bei wesentlichen Änderungen der Sachlage zu berücksichtigen sind, bedarf es auch hier einer Ausfüllung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs durch die Arbeitsgerichte. Darüber hinaus ist der „erweiterte“ Rechtsschutz des klagenden Arbeitnehmers nach § 1 KSchG nur für Ausnahmesituationen vorgesehen. Damit wird die praktische Bedeutung dieser Vorschrift sehr gering sein, und sie vermag keinen nennenswerten Ausgleich zu den Einschränkungen des § 125 I InsO zu schaffen¹⁸².

Durch die in § 125 InsO enthaltenen Modifikationen des KSchG wird die Möglichkeit einer effektiven gerichtlichen Kontrolle der Sozialauswahl sowie der Rechtsschutz betroffener Arbeitnehmer gegen ungerechtfertigte Kündigungen nahezu beseitigt.

Die Vorschrift des § 126 InsO über das gerichtliche Beschlußverfahren ist dagegen inhaltlich überwiegend vertretbar. Die kollektive gerichtliche Überprüfung der Kündigungen der im Antrag des Insolvenzverwalters bezeichneten Arbeitnehmer vollzieht sich weitestgehend nach den Regelungen des § 1 KSchG. Die Beschränkung der gerichtlichen Nachprüfung der Sozialauswahl auf die sozialen Grunddaten (§ 126 I, 2 InsO) ist angesichts des Gesetzesziels einer zügigen Verfahrensdurchführung in der Insolvenzsituation zu akzeptieren. Dies gilt auch

¹⁸¹ Der Vorschlag Warrikoffs, BB 1994, S. 2338, 2342, auch eine ausgewogene Personalstruktur über den Gesetzeswortlaut hinaus nur auf grobe Fehlerhaftigkeit zu überprüfen, ist zurückzuweisen, weil dies eine unzulässige Rechtsfortbildung zur noch weitergehender Einschränkung des Rechtsschutzes des Arbeitnehmers darstellen würde.

¹⁸² Während der Referentenentwurf eine vergleichbare Regelung bei „Änderungen der Sachlage“ vorsah (vgl. § 121, 3 RefE), wurde diese durch das in § 125 I, 2 InsO hinzugefügte Adjektiv „wesentlich“ weiter begrenzt. Damit wird die von Dörner gegen RefE vorgebrachte Kritik, den klagenden Arbeitnehmern werde wegen ihrer Unkenntnis bezüglich der für das Zustandekommen des Interessenausgleichs maßgeblichen Umstände der Beweis einer Änderung der Sachlage regelmäßig nicht möglich sein, relativiert; vgl. Dörner, NZA, S. 94, 97. Es ist anzunehmen, daß Arbeitnehmer über extreme Änderungen der Umstände, z. B. Betriebsveräußerung statt Betriebsstillegung, eher informiert sind. Dieser Umstand macht freilich den § 125 I InsO keinesfalls akzeptabel.

für die Verkürzung des Rechtsweges (§ 126 II, 2 i.V.m. § 122 III InsO) und die Rechtsverbindlichkeit der arbeitsgerichtlichen Entscheidung (§ 127 InsO).

Hat der Insolvenzverwalter den Arbeitnehmern nicht bereits vor Antragstellung (§ 126 I, 1 InsO) gekündigt, so ist zu befürchten, daß er vorsorglich eine größere Anzahl von Arbeitnehmern in den Antrag aufnehmen wird, als nach dem Stand der Planung gekündigt werden sollen¹⁸³. Spricht er nach Stattgabe durch das Gericht nur einem Teil der bezeichneten Arbeitnehmer Kündigungen aus, so ist anzunehmen, daß die Bindungswirkung des gerichtlichen Urteils gem. § 127 I, 1 InsO bestehen bleibt, weil diese nach der Intention des Gesetzgebers nur in Ausnahmesituationen entfallen soll und eine wesentliche Änderung der Sachlage vermutlich zu verneinen ist (vgl. § 127 I, 2 InsO). Daraus folgt, daß der Insolvenzverwalter zwischen den in dem Beschluß bezeichneten, vergleichbaren Arbeitnehmern keine nachträgliche Sozialauswahl vornehmen muß, bevor er die Kündigungen vornimmt. Für die betroffenen Arbeitnehmer entfällt in dieser Situation ungerechtfertigterweise der gesamte Rechtsschutz gegen eine sozialwidrige Kündigung¹⁸⁴

Fraglich ist zudem, ob das Ziel der Verfahrensbeschleunigung erreicht werden kann. Der Antrag des Insolvenzverwalters ist nach Maßgabe des § 61a III-V ArbGG zwar vorrangig zu erledigen (vgl. §§ 226 II, 2; 122 II, 3 InsO), wegen der großen Anzahl der Verfahrensbeteiligten ist das Beschlußverfahren jedoch sehr umständlich und zeitaufwendig¹⁸⁵. Für die gerichtliche Beurteilung noch nicht ausgesprochener Kündigungen ist der Zeitpunkt des Schlusses der letzten mündlichen Anhörung maßgebend, weil nicht auf den Zugang der Kündigung als relevanten Zeitpunkt für die Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit abgestellt werden kann. Das Arbeitsgericht hat demzufolge während des Verfahrens Änderungen der Sachlage bei der Überprüfung der beabsichtigten Kündigung zu ermitteln und zu berücksichtigen. Diese Mehrarbeit erfordert einen Zeitaufwand, der eine zügige Verfahrensdurchführung vereiteln könnte¹⁸⁶.

Auch erstreckt sich die gerichtliche Überprüfung nur auf § 1 KSchG, nicht jedoch auf andere Unwirksamkeitsgründe. Gibt das Gericht in seinem Beschluß dem Antrag des Verwalters nach

¹⁸³ Diese Gefahr sieht auch Halbach, Kündigungsschutz, S. 72 (m.w.N.).

¹⁸⁴ Vgl. dazu auch die Überlegungen von Grunsky, Arbeitsverhältnis und Insolvenz, S. 10 f., die jedoch keine Lösung enthalten.

¹⁸⁵ So auch Grunsky, Arbeitsverhältnis und Insolvenz, S. 10.

¹⁸⁶ Vgl. Halbach, Kündigungsschutz, S. 73.

§ 126 I, 1 InsO statt und erhebt ein gekündigter Arbeitnehmer daraufhin unter Berufung auf andere Unwirksamkeitsgründe eine Klage, so ist ein weiteres Verfahren notwendig.

Ein aufgrund einer Kündigung des Insolvenzverwalters eingeleitetes Kündigungsschutzverfahren ohne Beschlußverfahren nach § 126 InsO wird oftmals erheblich schneller zu einer umfassenden und rechtskräftigen Entscheidung führen können¹⁸⁷. Insolvenzverwalter werden jedoch vermutlich in der möglicherweise falschen Erwartung einer schnelleren Klärung der Kündigungen ihr Antragsrecht nach § 126 I, 1 InsO wahrnehmen, statt Kündigungen unter Verzicht auf diese Möglichkeit auszusprechen.

3. Der Sozialplan der Insolvenz

Da die Normen des BetrVG in der Insolvenz grundsätzlich anwendbar bleiben¹⁸⁸, sollen zunächst kurz die betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen für die Aufstellung eines Sozialplans bei geplanten Betriebsänderungen dargestellt werden. Daraufhin werden die Spezialregelungen für Sozialpläne in der Insolvenz erörtert, die durch das SozplKonkG und durch die InsO getroffen werden.

a) Die Regelungen des BetrVG über die Aufstellung eines Sozialplans

Plant der Arbeitgeber eine Betriebsänderung i. S. v. § 111 BetrVG, aufgrund derer wirtschaftliche Nachteile für Arbeitnehmer entstehen werden¹⁸⁹, so hat der Betriebsrat - vorbehaltlich der Einschränkungen des § 112a BetrVG - gem. § 112 BetrVG ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht zur Aufstellung eines Sozialplans, der gem. § 112 I, 3

¹⁸⁷ Vieles spricht für diese Vermutung von Dörner, NZA 1991, S. 94, 98. Dies gilt besonders für Kündigungen in betriebsratslosen Betrieben; vgl. ebenda.

¹⁸⁸ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 10/2129, S. 7, Bundesregierung BT Drucks. 12/2443, S. 97.

¹⁸⁹ Im Gegensatz zur weiteren Fassung des § 111, 1 BetrVG, der Mitwirkungsrechte des Betriebsrates bei geplanten Betriebsänderungen vorsieht, die wesentliche Nachteile zur Folge haben können, ist die Vorschrift des § 112 I, 2 BetrVG über die Aufstellung eines Sozialplans restriktiver. Sie bezieht sich ausschließlich auf wirtschaftliche Nachteile, die nach der Lage der Dinge bei Durchführung der Betriebsänderung tatsächlich entstehen werden. Vgl. Fabricius, GK-BetrVG, §§ 112, 112a, Rn. 6, 17.

BetrVG die Wirkung einer Betriebsvereinbarung hat. Dieses besteht unabhängig von dem Abschluß oder dem Versuch eines Interessenausgleichs¹⁹⁰.

Ein Sozialplan ist gem. § 112 I, 2 BetrVG die Einigung über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge einer geplanten Betriebsänderung entstehen. Ihm kommt eine Überleitungs- und Vorsorgefunktion zu¹⁹¹. Die Betriebsparteien sind bei der Aufstellung eines Sozialplans im Rahmen billigen Ermessens grundsätzlich frei in ihrer Entscheidung, welche durch die Betriebsänderung verursachten Nachteile in welchem Umfang ausgeglichen oder gemildert werden sollen¹⁹². Mögliche berücksichtigungsfähige Nachteile sind z. B. Kündigungen, Schwierigkeiten bei der Arbeitssuche, geringere Entlohnung und Arbeiterschwerungen¹⁹³. Die Art der Leistungen, die vorgesehen werden, sind von den Umständen des Einzelfalles abhängig. In Betracht kommen z. B. Entlassungsabfindungen, Erstattung von Fahrkosten zu einer neuen Arbeitsstätte, Umzugskosten, Beihilfen für Umschulung und Weiterbildung, Mietzuschüsse und Trennungsschadigungen¹⁹⁴.

Der Sozialplan hat gem. § 112 I, 3 BetrVG die Wirkung einer Betriebsvereinbarung¹⁹⁵.

Kommt eine Einigung über den Sozialplan nicht zustande, so können Arbeitgeber oder Betriebsrat gem. § 112 II, 1 BetrVG den Präsidenten des Landesarbeitsamtes um Vermittlung ersuchen. Wird diese Möglichkeit nicht ergriffen oder ist der Vermittlungsversuch ergebnislos, so kann jede Partei gem. § 112 II, 2 BetrVG die Einigungsstelle anrufen, die eine Einigung der Parteien zu versuchen hat. Kommt eine Einigung über den Sozialplan nicht zustande, so entscheidet die Einigungsstelle gem. § 112 IV BetrVG verbindlich über den Sozialplan; ihr Spruch ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Sie hat ihre Entscheidung gem. § 112 V BetrVG im Rahmen billigen Ermessens unter Abwägung der sozialen Belange der Arbeitnehmer und der wirtschaftlichen Vertretbarkeit für das Unternehmen zu treffen¹⁹⁶. Besteht eine geplante Betriebsänderung allein in der Entlassung von Arbeitnehmern, so kann

¹⁹⁰ Vgl. Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiter, BetrVG, §§ 112, 112a, Rn. 16.

¹⁹¹ Vgl. Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiter, BetrVG §§ 112, 112a, Rn. 19. Über die Funktionen eines Sozialplans werden in der Literatur unterschiedliche Standpunkte vertreten, auf die hier nicht eingegangen werden kann. Vgl. hierzu ausführlich Fabricius, GK-BetrVG, § 111, Rn. 17-31; Spinti, Die Ansprüche aus dem Sozialplan, S. 38-55.

¹⁹² Vgl. Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiter, BetrVG, §§ 112, 112a, Rn. 22b (m.w.N.).

¹⁹³ Vgl. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 244, V 1.a.

¹⁹⁴ Vgl. Hess/Knörig, Das Arbeitsrecht bei Sanierung und Konkurs, A, Rd. 172.

¹⁹⁵ Siehe auch § 112 I, 4 BetrVG.

¹⁹⁶ Dazu genauer Klöver, Der Sozialplan im Konkurs, S. 87.

ein Sozialplan über die Einigungsstelle gem. § 112a I BetrVG nur erzwungen werden, wenn die Betriebsänderung zu einer in den Nr. 1-4 festgelegten Mindestquoten von betriebsbedingten Entlassung führt.

Gem. § 112a II, 1 BetrVG findet § 112 IV, V BetrVG auf Betriebe eines Unternehmens in den ersten vier Jahren nach seiner Gründung keine Anwendung¹⁹⁷.

Ist ein Sozialplan nicht erzwingbar, kommt lediglich die freiwillige Vereinbarung eines Sozialplans in Betracht¹⁹⁸.

b) Der Sozialplan im Konkurs unter Geltung des SozplKonkG

Die Entstehung des SozplKonkG, das am 28.02.1985 in Kraft trat, ist maßgeblich auf die Inhalte der vorherigen Rechtsprechung zurückzuführen. Das BAG hatte in seinem Beschluß vom 13.12.1978 festgestellt, daß Forderungen aus einem Sozialplan wegen ihrer existentiellen Bedeutung für den einzelnen Arbeitnehmer bevorrechtigte Konkursforderungen seien und den Rang vor Nr. 1 des § 61 I KO einnehmen. Diese Einordnung betreffe sowohl nach- als auch vorkonkursliche Sozialplanansprüche¹⁹⁹. Das BVerfG entschied daraufhin unter Hinweis auf den abschließenden Charakter des § 61 I Nr. 1-5 KO, daß die Rechtsfortbildung des BAG die Grenzen des Art. 20 III GG überschreite und die Einordnung von Sozialplanabfindungen als Konkursforderungen mit dem Rang vor § 61 I Nr. 1 KO mit der Verfassung unvereinbar sei²⁰⁰. Unter Beachtung dieses Beschlusses stellte das BAG daraufhin fest, daß Ansprüche aus Sozialplänen im Konkurs einfache Konkursforderungen i. S. d. § 61 I Nr. 6 KO darstellen²⁰¹. Da der Gesetzgeber diese Einordnung nicht mit der sozialen Bedeutung der Sozialplanforderungen für vereinbar hielt²⁰², wurde das SozplKonkG erlassen, das u. a. eine angemessene Absicherung der Arbeitnehmer anstrebt²⁰³. Als Zwischenlösung sollte die Gesamtreform des Insolvenzrechts nicht präjudiziert werden. Daher wurde es als Zeitgesetz erlassen²⁰⁴. Es wurde ursprünglich bis 1988 befristet, aufgrund von Verlängerungen bleibt es bis zum 31.12.1989 in Kraft (vgl. § 8 SozplKonkG).

Nachkonkursliche Sozialpläne sowie Sozialpläne, die im unmittelbaren Vorfeld eines Insolvenzverfahrens zustandegekommen sind, sollen nach dem SozplKonkG soweit wie

¹⁹⁷ Vgl. auch § 112a I, 2 und 3 BetrVG.

¹⁹⁸ Vgl. Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiter, BetrVG, § 112, 112a, Rn. 18.

¹⁹⁹ BAG, Beschl. v. 13.12.1978, BB 1979, S. 267.

²⁰⁰ BVerfG, Bechl. v. 19.10.1983, ZIP 1984, S. 78, 80 f.

²⁰¹ BAG, Urt. v. 30.04.1984, ZIP 1984, S. 983.

²⁰² Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 10/2129, S. 6.

²⁰³ Siehe im einzelnen dazu Balz, DB 1985, S. 689.

²⁰⁴ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 10/2129, S. 6.

möglich gleich behandelt werden, da der Zeitpunkt der Sozialplanaufstellung oft zufallsbedingt ist²⁰⁵.

(1) Der nach Konkursöffnung aufgestellte Sozialplan

aa) Die absolute Obergrenze

§ 2 SozplKonkG bestimmt das höchstzulässige Sozialplanvolumen. Danach kann in einem nachkurslichen Sozialplan für den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen, ein Gesamtbetrag von bis zu zweieinhalb Monatsverdiensten der von einer Entlassung betroffenen Arbeitnehmer vorgesehen werden. Da die Sozialplanvoraussetzungen ausschließlich durch das BetrVG geregelt werden, ist der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zugrundelegen²⁰⁶. Organmitglieder als Nichtarbeitnehmer (§ 5 II BetrVG) und leitende Angestellte (§ 5 III BetrVG) gelten nicht als Arbeitnehmer i. S. d. § 2 SozplKonkG²⁰⁷. Bei der Ermittlung der absoluten Grenze werden nur die Arbeitnehmer berücksichtigt, die aufgrund der dem Sozialplan zugrundeliegenden Betriebsänderung von einer Entlassung betroffen sind. Eine Entlassung liegt nicht nur bei Kündigungen durch den Konkursverwalter vor, sondern auch bei Ausscheiden des Arbeitnehmers aufgrund eines Aufhebungsvertrages oder dessen Eigenkündigung, soweit anderenfalls unausweichlich eine Kündigung durch den Verwalter erfolgt wäre. Bereits ausgeschiedene Arbeitnehmer sind zu berücksichtigen, soweit ihr Ausscheiden auf der dem Sozialplan zugrundeliegenden Betriebsänderung beruht²⁰⁸.

Bei der Berechnung des höchstzulässigen Sozialplanvolumens darf höchstens der zweieinhalbfache Monatsverdienst der von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zugrundegelegt werden. Für die Ermittlung des Monatsverdienstes verweist § 2 Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiler, BetrVG, § 2 SozplKonkG, Rn. 10. auf die Legaldefinition des § 10 III KSchG. Nach dieser Vorschrift gilt als Monatsverdienst, was dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit in dem letzten Monat seines Arbeitsverhältnisses an Geld und Sachbezügen zusteht. Hierbei ist auf die individuelle Arbeitszeit abzustellen. Schwankungen der Arbeitszeit sind grundsätzlich nicht zu

²⁰⁵ Bundesregierung, BT Drucks. 10/2129, S. 6.

²⁰⁶ Vgl. z. B. Balz, DB 1985, S. 689, 691, Düttmann/ Kehrman/Muff, AiB 1985, S. 35, 36; Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiler, BetrVG, § 2 SozplKonkG, Rn. 10. Zur Begriffsbestimmung siehe Trümmer, in: D/K/KS, BetrVG § 5, Rn. 7-29.

²⁰⁷ Vgl. z. B. Balz, DB 1985, S. 689, 691, Düttmann/ Kehrman/Muff, AiB 1985, S. 35, 36 f.; Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiler, BetrVG, § 2 SozplKonkG, Rn. 10. Auch leitenden Angestellten können in einem Sozialplan Abfindungsansprüche zuerkannt werden, diese basieren jedoch nicht auf der normativen Wirkung des Sozialplans, sondern auf einem Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB); vgl. Balz, Das neue Gesetz, S. 55 f. (m. w. N.). Kritisch zu dieser Rechtslage Klöver, Der Sozialplan im Konkurs, S. 97-99.

²⁰⁸ Vgl. z. B. Balz, DB 1985, S. 689, 691; Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiler, BetrVG, § 2 SozplKonkG, Rn. 11.

berücksichtigen, eine Ausnahme galt für Überstunden, wenn sie über einen längeren Zeitraum angefallen sind. Zu den Geldbezügen zählen z. B. alle Grundvergütungen, Zulagen, vertraglich oder tariflich vorgesehene Sonderzahlungen sowie Sachbezüge, die mit ihrem Marktwert anzusetzen sind. Zuwendungen, die Aufwendungsersatzcharakter haben, wie z. B. Spesen und Fahrkostenzuschüsse, finden bei der Ermittlung des Monatsverdienstes keine Berücksichtigung²⁰⁹. Der maximale Umfang des Sozialplans ergibt sich aus der Multiplikation der individuell ermittelten Monatsverdienste der betroffenen Arbeitnehmer mit dem Faktor 2,5²¹⁰.

Arbeitnehmern, die andere wirtschaftliche Nachteile durch die geplante Betriebsänderung erleiden, können ebenfalls Forderungen in einem Sozialplan zuerkannt werden, jedoch werden sie bei der Berechnung des höchstzulässigen Volumens nicht berücksichtigt. Der Gesamtbetrag des Sozialplans, dessen Höchstgrenze nach § 2 SozplKonkG ermittelt wird, wird in diesem Fall an alle Arbeitnehmer, denen Forderungen zugesprochen wurden, und nicht nur an die von einer Entlassung betroffenen ausgeschüttet²¹¹. Die Regelung des § 2 SozplKonkG betrifft ausschließlich das zulässige Volumen, nicht jedoch die Verteilungsstruktur eines Sozialplans. Es ist somit zulässig, daß ein Sozialplan für sozial härter betroffene Arbeitnehmer Leistungen von mehr als 2,5 Monatsverdiensten, für andere Arbeitnehmer geringere Leistungen vorsieht²¹².

²⁰⁹ Im einzelnen Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiler, BetrVG, § 2 SozplKonkG, Rn. 14-16; Düttmann/Kehrmann/Muff, AiB 1985, S. 35, 36. Über den Bemessungszeitraum, der für die Berechnung der Obergrenze im Rahmen von § 2 SozplKonkG maßgeblich ist, herrscht keine Einigkeit. Einerseits wird von dem Monat ausgegangen, in dem die Betriebsänderung durchgeführt wird, vgl. Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiler, BetrVG, § 2 SozplKonkG, Rn. 13, andererseits von dem, in dem der Sozialplan rechtsverbindlich zustandegekommen ist, vgl. Balz, Das neue Gesetz, S. 54 f.

²¹⁰ Vgl. Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiler, BetrVG, § 2 SozplKonkG, Rn. 7.

²¹¹ Vgl. z. B. Balz, DB 1985, S. 689, 691; Hess/Knörig, Das Arbeitsrecht bei Sanierung und Konkurs, A, Rn. 342. Vgl. auch die Mindermeinung von Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiler, BetrVG, § 2 SozplKonkG, Rn. 6, nach deren Ansicht sich der Anwendungsbereich des Gesetzes nur auf Sozialpläne bezieht, die den Ausgleich oder die Milderung entlassungsbedingter Nachteile zum Gegenstand haben, sowie die Zurückweisung dieser These von Fabricius, GK-BetrVG, §§ 112, 112a, Rn. 161-164.

²¹² Vgl. Düttmann/Kehrmann/Muff, AiB 1985, S. 35, 36.

bb) Die Rechtsfolgen bei Überschreitung der absoluten Obergrenze

Die absolute Begrenzung des Sozialplanvolumens in § 2 SozplKonkG ist als Inhaltsschranke aufzufassen²¹³. Überschreiten die Betriebsparteien oder die Einigungsstelle ihre durch das höchstzulässige Sozialplanvolumen begrenzte Regelungsbefugnis²¹⁴, so soll der Sozialplan absolut unwirksam sein²¹⁵. Die absolute Unwirksamkeit erweist sich problematisch und wenig praktikabel, da die Höchstgrenzen zumeist unbewußt überschritten werden. Dies ist z. B. darauf zurückzuführen, daß zunächst für die Entlassung vorgesehene Arbeitnehmer nicht von der Betriebsänderung erfaßt werden oder die einzelnen Monatsgehälter falsch errechnet wurden²¹⁶.

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, daß im Einzelfall ein das Höchstvolumen überschreitender Sozialplan mit verringertem, sich in den Grenzen des § 2 SozplKonkG haltenden Volumen teilweise aufrechtzuerhalten ist. Auf diese Möglichkeit verweist bereits der Regierungsentwurf des Gesetzes²¹⁷. Die rechtliche Fundierung dieser Auffassung ist jedoch strittig. Zum einen wird auf die durch das BAG entwickelten Grundsätze zur Teilnichtigkeit von Betriebsvereinbarungen zurückgegriffen²¹⁸. Danach soll eine Betriebsvereinbarung mit ihrem zulässigen Teilinhalt aufrechterhalten bleiben, wenn ihr wirksamer Teil auch ohne die unwirksamen Bestimmungen noch eine in sich geschlossene und sinnvolle Regelung enthält²¹⁹.

Die Übertragung dieser Grundsätze auf einen die Höchstgrenzen des § 2 SozplKonkG überschreitenden Sozialplan wird z. T. kritisiert, da dieser bei einer Teilnichtigkeit wirksame Bestandteile enthalten müsse. Die Erfüllung dieser Voraussetzung scheitert daran, daß der Sozialplan nicht in verschiedene Teile zerlegbar sei²²⁰. Andere Literaturmeinungen führen die Möglichkeit einer teilweisen Aufrechterhaltung des Sozialplans auf die analoge Anwendung des § 139 BGB²²¹ oder die Einschlägigkeit des § 140 BGB²²² zurück.

Bei Aufrechterhaltung des Sozialplans, der im Ergebnis einer Totalunwirksamkeit vorzuziehen ist, werden die Abfindungszahlungen der einzelnen Arbeitnehmer im Verhältnis des zulässigen Volumens zu dem ursprünglich rechtswidrig vereinbarten Volumen anteilig gekürzt²²³.

²¹³ Vgl. Balz, Das neue Gesetz, S. 62, Spinti, Die Ansprüche aus Sozialplan, S. 69.

²¹⁴ Dazu Klöver, Der Sozialplan im Konkurs, S. 110.

²¹⁵ Z. B. Bundesregierung, BT Drucks. 10/2129, S. 7; Fabricius, GK-BetrVG, §§ 112, 112a, Rn. 172; Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiler, BetrVG, § 2 SozplKonkG, Rn. 18; Uhlenbruck, NJW 1985, S. 712, 713.

²¹⁶ Vgl. Däubler, in: Däubler/Kittner/Klebe/Schneider, BetrVG, § 2 SozplKonkG, Rn. 14; Klöver, Der Sozialplan im Konkurs, S. 111 f.

²¹⁷ Bundesregierung, BT Drucks. 10/2129, S. 7.

²¹⁸ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 10/2129, S. 7, Balz, DB 1985, S. 689, 691.

²¹⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 28.04.1981, DB 1981, S. 1882, 1886; BAG, Urt. v. 20.12.1983, NJW 1984, S. 1581, 1582.

²²⁰ Vgl. Däubler, in: Däubler/Kittner/Klebe/Schneider, BetrVG, § 2 SozplKonkG, Rn. 16; Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiler, BetrVG, § 2 SozplKonkG, Rn. 20.

²²¹ Vgl. Fabricius, GK-BetrVG, §§ 112, 112a, Rn. 178; Spinti, Die Ansprüche aus Sozialplan, S. 70.

²²² Vgl. Däubler, in: Däubler/Kittner/Klebe/Schneider, BetrVG, § 2 SozplKonkG, Rn. 16.

²²³ So Balz, Das neue Gesetz, S. 63.

cc) Die konkursrechtliche Einordnung der Forderungen

Das Gesetz setzt entsprechend der vorangegangenen Rechtsprechung des BAG voraus, daß Forderungen aus einem Sozialplan nach § 2 SozplKonkG in voller Höhe Konkursforderungen sind²²⁴. Gem. § 4, 1 SozplKonkG werden sie mit dem Rang des § 61 I Nr. 1 KO berichtigt. Als bevorrechtigte Konkursforderungen sind sie nach §§ 138 ff. KO in voller Höhe und mit ihrem Vorrecht beim Konkursgericht anzumelden.

Die Sozialplanforderungen konkurrieren gem. § 61 II KO mit allen anderen Forderungen derselben Rangstufe. Reicht die Teilungsmasse nicht für eine Befriedigung aller Gläubiger der Rangklasse I aus, so werden die gleichrangigen Forderungen gem. § 61 II, 2 KO im Verhältnis ihrer Beträge berichtigt²²⁵.

§ 4, 2 SozplKonkG enthält eine Verteilungssperre, die ggf. zu einer (weiteren) Kürzung des Sozialplans führt. Diese verfahrensrechtliche, relative Begrenzung tangiert die Wirksamkeit eines Sozialplans jedoch nicht²²⁶,

Nach der Vorschrift des § 4, 2, 1. Hs. SozplKonkG darf für die Berichtigung der Forderungen aus einem Sozialplan nach § 2 nicht mehr als ein Drittel der für die Verteilung an die Konkursgläubiger zur Verfügung stehenden Konkursmasse verwendet werden. Diese relative Begrenzung bezieht sich auf die freie Teilungsmasse, die nach Aus- und Absonderungen sowie nach Berichtigung von Masseverbindlichkeiten zur Verfügung steht. Für die Berechnung der Drittelgrenze ist die im Schlußtermin feststehende Teilungsmasse maßgebend²²⁷.

Die relative Obergrenze gilt gem. § 4, 3 SozplKonkG auch für Forderungen aus mehreren Sozialplänen i. S. v. § 2 SozplKonkG. Durch eine Aufspaltung einer Betriebsänderung in mehrere Teilbetriebsänderungen, die die Aufstellung mehrerer Sozialpläne zur Folge hätte, kann sie folglich nicht umgangen werden²²⁸.

Wird die Grenze des § 4, 2, 1. Hs. SozplKonkG überschritten, sind die einzelnen Ansprüche der Arbeitnehmer unter entsprechender Anwendung des § 61 II, 2 KO im Verhältnis zwischen dem Drittel der Teilungsmasse und dem ursprünglichen Sozialplanvolumen zu kürzen (vgl. § 4, 2, 2. Hs. SozplKonkG)²²⁹.

Die die relative Obergrenze überschreitenden und verfahrensrechtlich unberücksichtigten Forderungen sind weiterhin wirksam und können nach Abschluß des Konkursverfahrens gegenüber dem Gemeinschuldner geltend gemacht werden²³⁰.

²²⁴ Vgl. Balz, Das neue Gesetz, S. 67 f.

²²⁵ Vgl. Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiler, BetrVG, § 4 SozplKonkG, Rn. 12.

²²⁶ Vgl. Balz, DB 1985, S. 689, 694.

²²⁷ Balz, Das neue Gesetz, S. 71.

²²⁸ Balz, Das neue Gesetz, S. 77; Uhlenbruck, NJW 1985, S. 712, 713.

²²⁹ Vgl. Spinti, Die Ansprüche aus Sozialplan, S. 94. Vgl. auch die Beispielsrechnungen von Balz, Das neue Gesetz, S. 73-80.

²³⁰ Balz, Das neue Gesetz, S. 72, in: Däubler/Kittner/Klebe/Schneider, BetrVG, § 4 SozplKonkG, Rn. 8.

Da die Schlußverteilung gewöhnlich erst in einem großen zeitlichen Abstand zur Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgt, erhalten Abschlagszahlungen auf die Sozialplanforderungen eine große Bedeutung für die Gewährleistung der Überbrückungsfunktion der Abfindungen. Daher wird auf die §§ 149, 170 KO verwiesen²³¹. Da die Sozialplanforderungen bevorrechtigte Konkursforderungen sind, ist § 170 einschlägig²³². Nach dieser Norm kann der Verwalter mit Ermächtigung des Gerichts Zahlungen auf festgestellte bevorrechtigte Forderungen unabhängig von den Verteilungen leisten. Die Ermächtigung kann vom Konkursverwalter und von den Gläubigern beantragt werden. Erteilt das Gericht die Ermächtigung, ist der Verwalter nicht verpflichtet, von dieser Gebrauch zu machen²³³.

(2) Der unmittelbar im Vorfeld der Konkursöffnung aufgestellte Sozialplan

Das SozplKonkG trifft in den §§ 3 und 4 Regelungen für den Sozialplan, der nicht früher als drei Monate vor dem Antrag auf Eröffnung eines Konkursverfahrens aufgestellt wurde. Maßgeblich für die Bestimmung der zeitlichen Grenzen ist einerseits, wann eine Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erzielt oder diese durch den Spruch der Einigungsstelle ersetzt wurde. Zum anderen ist der Tag des Eingangs eines Antrages auf Eröffnung eines Konkursverfahrens maßgeblich, wobei bei mehreren Anträgen der erste wirksame, zur Konkursöffnung führende entscheidend ist²³⁴.

Für den innerhalb dieser Zeitspanne aufgestellten Sozialplan ist in § 3, 1 SozplKonkG ebenfalls eine Obergrenze von zweieinhalb Monatsverdiensten der von einer Entlassung betroffenen Arbeitnehmer festgelegt. Die für die Berechnung des Gesamtvolumens maßgeblichen Begriffe entsprechen denen des § 2 SozplKonkG.

Dies ist jedoch keine materiell-rechtliche, sondern eine verfahrensrechtliche Schranke²³⁵. Wird das Höchstvolumen überschritten, so ist der die Grenze übersteigende Betrag gem. § 3, 1 SozplKonkG ausschließlich gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam. Er kann außerhalb des Konkursverfahrens gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht werden, der weiterhin Schuldner bleibt und mit seinem konkursfreien Vermögen haftet²³⁶.

²³¹ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 10/2129, S. 8.

²³² Hess, Kommentar zur Konkursordnung, § 149, Rn. 8; § 170, Rn. 1, 5.

²³³ Hess, Kommentar zur Konkursordnung, § 170, Rn. 2, 4.

²³⁴ Dazu Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiler, BetrVG, § 3 SozplKonkG, Rn. 4-7.

²³⁵ Vgl. Balz, DB 1985, S. 689, 6902.

²³⁶ Vgl. Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiler, BetrVG, § 3 SozplKonkG, Rn. 16, die darauf hinweisen, daß das nach Konkursöffnung erlangte Vermögen des Gemeinschuldners zwar nicht zur Konkursmasse gehört (vgl. § 1 I KO), die Befriedigungschancen dennoch oftmals aussichtslos sind.

Für die Einhaltung der Obergrenze bestimmt § 3, 2 SozplKonkG, daß eine Sozialplanforderung im Konkursverfahren nur mit demjenigen Teil ihres Betrages geltend gemacht werden kann, der dem Verhältnis des Höchstvolumens nach Satz 1 zu der Summe der Forderungen aus dem Sozialplan entspricht.

Hat ein Arbeitnehmer auf seine Forderung bereits vor Konkurseröffnung Leistungen empfangen, so werden diese gem. § 3, 3 SozplKonkG auf denjenigen Teil seiner Forderungen angerechnet, der im Konkursverfahren geltend gemacht werden kann. Diese Regelung gewährleistet eine Gleichbehandlung mit den Arbeitnehmern, die noch keine Vorauszahlungen erhalten haben²³⁷. Überschreitet eine vor Konkurseröffnung auf die Sozialplanforderungen geleistete Vorauszahlung die Höchstgrenze des § 3, 1 SozplKonkG oder wurde die Forderung vollständig erfüllt, so verbleiben dem Arbeitnehmer die Leistungen²³⁸.

Die Regelungen des § 4 SozplKonkG gelten auch für den innerhalb eines Dreimonatszeitraum vor Konkursantrag aufgestellten Sozialplan. In den Grenzen des § 3 SozplKonkG sind die Sozialplanforderungen gem. § 4, 1 SozplKonkG bevorrechtigte Konkursforderungen und bedürfen gem. §§ 138 ff. KO der Anmeldung. Hier ergibt sich für den Arbeitnehmer das Problem, nicht abschätzen zu können, welcher Anteil seiner Sozialplanforderung konkurswirksam und anmeldebedürftig ist. Zur Risikominimierung empfiehlt die Literatur, die Forderung in voller Höhe anzumelden²³⁹.

²³⁷ Balz, DB 1985, S. 689, 692.

²³⁸ Ebenso Spinti, Die Ansprüche aus Sozialplan, S. 76 f.; Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiler, BetrVG, § 3 SozplKonkG, Rn. 14.

²³⁹ Vgl. nur Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiler, BetrVG, § 3 SozplKonkG, Rn. 15.

(3) Der Altsozialplan

Das SozplKonkG enthält keine Regelungen für Sozialpläne, die vor mehr als drei Monaten vor Antragstellung auf Eröffnung eines Konkursverfahrens aufgestellt wurden. Damit verbleibt es für die Forderungen aus einem Altsozialplan bei der bisher geltenden Rechtslage (vgl. § 1 SozplKonkG). Der Rechtsprechung des BAG in seinem Urteil vom 30.04.1984²⁴⁰ folgend stellen sie lediglich einfache Konkursforderungen im Rang des § 61 I Nr. 6 KO dar²⁴¹. Da jedoch keine Obergrenzen für das Sozialplanvolumen gelten, sind sie mit ihrem vollen Betrag als Konkursforderungen geltend zu machen²⁴². Sie bedürfen gem. §§ 138 ff. KO der Anmeldung bei dem Konkursgericht. Abschlagszahlungen auf die Forderungen sollen gem. § 149 KO nach Abhaltung des Prüfungstermins erfolgen, so oft hinreichend bare Masse vorhanden ist.

c) Der Sozialplan unter Geltung der InsO

(1) Der nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgestellte Sozialplan

Für den nach Verfahrenseröffnung aufgestellten Sozialplan trifft § 123 InsO Regelungen, die der Grundkonzeption des § 2 SozplKonkG entsprechen. Zudem ist für die Sozialplanaufstellung § 121 InsO zu beachten. Kommt eine Einigung zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat nicht zustande, so geht nach dieser Norm dem Verfahren vor der Einigungsstelle ein Vermittlungsversuch des Präsidenten des Landesarbeitsamtes nur voraus, wenn beide Parteien gemeinsam um eine solche Vermittlung ersuchen.

aa) Die absolute Obergrenze

Nach § 123 I InsO kann in einem Sozialplan, der nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgestellt wird, für den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen, ein Gesamtbetrag von bis zu zweieinhalb Monatsverdiensten (§ 10 III KSchG) der von einer Entlassung betroffenen Arbeitnehmer vorgesehen werden. Der Wortlaut der Norm entspricht dem des § 2 SozplKonkG; die Grenze dieses Gesetzes wurde unverändert übernommen²⁴³.

²⁴⁰ BAG v. 30.04.1984, ZIP 1984, S. 983.

²⁴¹ Vgl. Bundesregierung BT Drucks. 10/2129, S. 6.

²⁴² Balz, DB 1985, S. 689, 690.

²⁴³ Vgl. Bundesregierung BT Drucks. 12/2443, S. 154. Zur Ermittlung der inhaltlichen Schranke vgl. die Ausführungen unter II.3. b) (1) aa).

Es handelt sich nach dem Gesetzeswortlaut um eine materiell-rechtliche Schranke, deren Überschreiten zu einer Unwirksamkeit des Sozialplans führt. Über die Möglichkeit der teilweisen Aufrechterhaltung eines das Höchstvolumen übersteigenden Sozialplans gibt § 123 InsO keinen Aufschluß. Es ist jedoch davon auszugehen, daß die Auffassung der Literatur, die sich für die eingeschränkte Aufrechterhaltung des Sozialplans mit seinem zulässigen Umfang ausspricht, auch für das zukünftige Recht Anerkennung findet.

bb) Die insolvenzrechtliche Einordnung der Forderungen

Die Forderungen aus einem Sozialplan sind gem. § 123 II, 1 InsO Masseforderungen. Die Anmeldung einer Forderung aus einem nach Verfahrenseröffnung aufgestellten Sozialplan ist wegen ihres Massecharakters nicht notwendig (vgl. § 174 InsO). Eine Zwangsvollstreckung in die Masse wird durch § 123 III, 2 InsO untersagt²⁴⁴.

Für die Berichtigung der Sozialplanforderungen darf, wenn nicht ein Insolvenzplan zustande kommt, gem. § 123 II, 2 InsO nicht mehr als ein Drittel der Masse verwendet werden, die ohne einen Sozialplan für die Verteilung an die Insolvenzgläubiger zur Verfügung stünde. Diese Vorschrift gilt auch, wenn während des Insolvenzverfahrens zeitlich nacheinander mehrere Sozialpläne aufgestellt werden. In diesem Fall darf die Gesamtsumme aller Forderungen aus den Sozialplänen die relative Grenze des § 123 II, 2 InsO nicht überschreiten²⁴⁵.

Maßgeblicher Termin für die Ermittlung dieser relativen Grenze ist der Schlußtermin, in dem die Insolvenzmasse feststeht (vgl. §§ 196 ff. InsO). Überschreitet der Gesamtbetrag aller Sozialplanforderungen diese verfahrensrechtliche Begrenzung, sind die Forderungen der Sozialplangläubiger gem. § 123 II, 3 InsO anteilig zu kürzen. Da sich diese Kürzungen ausschließlich auf die Berichtigung der Forderungen im Insolvenzverfahrens auswirken, können die Arbeitnehmer die im Verfahren unberücksichtigten Beträge nach Abschluß des Insolvenzverfahrens gegenüber dem Gemeinschuldner geltend machen²⁴⁶.

Die relative Begrenzung bewirkt zum einen, daß die Sozialplangläubiger grundsätzlich nur befriedigt werden, wenn die übrigen Masseforderungen voll erfüllt werden können und eine Verteilungsmasse vorhanden ist. Wird das Verfahren wegen Masseunzulänglichkeit eingestellt (vgl. § 207 InsO), so fallen die Sozialplangläubiger verfahrensrechtlich vollständig aus, weil die Befriedigung ihrer Ansprüche an die Verteilungsmasse gekoppelt ist, die bei

²⁴⁴ Damit wird eine dem früheren Recht entsprechende Regelung getroffen, wonach Sozialplanforderungen als Konkursforderungen dem Vollstreckungsverbot des § 14 KO unterfielen.

²⁴⁵ Dies wird durch die Formulierung „für Sozialplanforderungen“ deutlich; vgl. Warrickoff, BB 1994, S. 2338, 2344; BT Drucks. 12/2443, S. 154.

²⁴⁶ Eine Geltendmachung während des Verfahrens kommt nicht in Betracht - im Unterschied zur Regelung des § 1 I KO - gem. § 35 InsO auch das während des Verfahrens erlangte Vermögen des Schuldners zur Insolvenzmasse gehört.

Masseunzulänglichkeiten nicht vorhanden ist²⁴⁷. Die Forderungen aus einem nach Verfahrenseröffnung aufgestellten Sozialplan sind damit nachrangig zu den übrigen Masseforderungen (§§ 54, 55 InsO), die ohne Abhängigkeit von der Höhe der Verteilungsmasse vollständig aus der Insolvenzmasse vorweg zu berichtigen sind (vgl. § 53 InsO) und bei Masseunzulänglichkeiten nach der Rangfolge des § 209 InsO berichtigt werden. Zum anderen bleibt im Gegensatz zu den anderen Masseforderungen ein bestimmter Masseanteil den Insolvenzgläubigern vorbehalten²⁴⁸.

Wird ein Insolvenzplan aufgestellt, so müssen die Vorschriften über die relative Begrenzung nicht beachtet werden (vgl. § 123 II, 2 InsO)²⁴⁹, die Regelungen des § 123 I InsO über die absolute Grenze sind jedoch unabdingbar. Nach § 123 III, 1 InsO soll der Insolvenzverwalter mit Zustimmung des Insolvenzgerichts Abschlagszahlungen auf die Sozialplanforderungen leisten, sooft hinreichende Barmittel in der Masse vorhanden sind.

cc) Würdigung der neuen Rechtslage

Die absolute Begrenzung des Sozialplanvolumens in Höhe von zweieinhalb Monatsverdiensten der von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer wurde in § 123 I InsO unverändert aus § 2 SozplG übernommen. Grundsätzlich rechtfertigt sich eine Begrenzung des Sozialplanvolumens, um unvertretbare Beeinträchtigungen der Befriedigungschancen anderer Gläubiger zu verhindern. Der Gesetzgeber hat es jedoch unterlassen, Mängel der bisherigen Rechtslage hinsichtlich der Ausgestaltung dieser Begrenzung zu beheben.

Auch zukünftig werden lediglich die von einer Entlassung betroffenen Arbeitnehmer bei der Ermittlung des höchstzulässigen Sozialplanvolumens berücksichtigt. Diese Regelung führt dann zu unbilligen Ergebnissen, wenn der Insolvenzverwalter vor einer Unternehmensschließung bzw. -veräußerung oder bei einer unternehmensinternen Sanierung eine Betriebsänderung durchführt, die zu einer Entlassung von nur wenigen Arbeitnehmern, jedoch bei einer Vielzahl von Arbeitnehmern zu anderen wirtschaftlichen Nachteilen führt²⁵⁰. In diesem Fall erhalten die Arbeitnehmer geringe Abfindungsbeträge, im Extremfall ist kein Ausgleich der wirtschaftlichen Nachteile möglich²⁵¹. Die Möglichkeit des Ausgleichs wirtschaftlicher Nachteile hängt somit von Zufälligkeiten der Planung des Insolvenzverwalters ab. Zudem ist die unterschiedliche

²⁴⁷ Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 220.

²⁴⁸ Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 154; Zeuner, Interessenausgleich, in: Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, S. 261, 268.

²⁴⁹ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 154.

²⁵⁰ Klöver, Der Sozialplan im Konkurs, S. 104.

²⁵¹ Vgl. Düttmann/Kehrmann/Muff, AiB 1985, S. 35, 36.

qualitative Bewertung von entlassungsbedingten und anderen wirtschaftlichen Nachteilen unvertretbar²⁵².

Ferner hat es der Gesetzgeber versäumt, durch eine Bestimmung über die Möglichkeit einer teilweisen Aufrechterhaltung eines die Grenze des § 123 I InsO überschreitenden Sozialplans einen Beitrag zur Rechtssicherung zu leisten.

Durch die Einstufung dieser Sozialplanforderungen als Masseforderungen (vgl. § 123 II, 1 InsO) wird die Stellung der Sozialplangläubiger formell verbessert, da für die betroffenen Arbeitnehmer eine Anmeldung dieser Forderungen entfällt. Eine materielle Bedeutsamkeit kommt dieser Höherstufung jedoch nicht zu, da die Sozialplanforderungen im Nachrang zu den übrigen Masseforderungen stehen²⁵³ und ihre Berichtigungsquote - wie nach bisherigem Recht - von der Teilungsmasse abhängig ist.

Die relative Begrenzung des Sozialplanvolumens gem. § 123 II, 2 InsO entspricht zwar § 4, 2 SozplKonkG, sie könnte jedoch zukünftig weniger einschneidend sein, wenn unter Geltung der InsO durch höhere Verfahrensmassen höhere Berichtigungssummen für die Sozialplanforderungen erzielt werden können²⁵⁴.

Positiv zu bewerten ist, daß Insolvenzverwalter und Betriebsrat in einem Insolvenzplan höhere konkurswirksame Beträge vereinbaren können.

Hinsichtlich der Abschlagszahlungen wird die Position der Sozialplanberechtigten durch die explizit für Sozialplanforderungen gefaßte Soll-Vorschrift des § 123 III, 1 InsO zumindest formell verbessert. Bisher lagen Vorleistungen auf bevorrechtigten Konkursforderungen gem. § 170 KO im Ermessen des Konkursverwalters. Da die Überschreitung der relativen Obergrenze für ihn mit einem Haftungsrisiko verbunden war (vgl. § 82 KO), war er mit Abschlagszahlungen sehr zurückhaltend, bis die Höhe der Teilungsmasse relativ sicher bestimmbar war²⁵⁵. Eine Haftung des Insolvenzverwalters kommt auch nach zukünftigem Recht bei Überschreiten der Drittelgrenze des § 123 II, 2 InsO in Betracht (vgl. § 60 InsO). Die Grundproblematik der Verzögerung von Abschlagszahlungen könnte folglich auch unter zukünftigem Recht Bestand haben. § 123 III, 1 InsO könnte sicherstellen, daß Abschlagsverteilungen zumindest nicht willkürlich verweigert werden. Es ist jedoch zu bezweifeln, daß die Regelung zu einer deutlichen Vermehrung von Abschlagszahlungen führen wird²⁵⁶, so daß die Funktionen des Sozialplans in der Insolvenz auch künftig gefährdet sind.

²⁵² Im einzelnen dazu Klöver, Der Sozialplan im Konkurs, S. 106.

²⁵³ Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 154.

²⁵⁴ Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 154.

²⁵⁵ Klöver, Der Sozialplan im Konkurs, S. 147 f.; Spinti, Die Ansprüche aus Sozialplan, S. 100; Uhlenbruck, NJW 1985, S. 712, 713.

²⁵⁶ Sehr skeptisch äußert sich auch Pape, NJW 1994, S. 1391, 1393.

(2) Der unmittelbar im Vorfeld der Verfahrenseröffnung aufgestellte Sozialplan

Die Norm des § 124 InsO über den innerhalb eines Dreimonatszeitraums vor Verfahrenseröffnung aufgestellten Sozialplan enthält keine den Bestimmungen des SozplKonkG entsprechenden oder angelehnten Regelungen.

Der Gesetzgeber wählt eine andere rechtstechnische Ausgestaltung, die das Ziel verfolgt, die durch einen solchen Sozialplan begünstigten Arbeitnehmer weitgehend den Arbeitnehmern gleichzustellen, die Forderungen aus einem nach Verfahrenseröffnung aufgestellten Sozialplan haben²⁵⁷.

aa) Die Möglichkeit des Widerrufs

Gem. § 124 I InsO kann ein solcher Sozialplan sowohl vom Insolvenzverwalter als auch vom Betriebsrat widerrufen werden. Wird von dem Widerrufsrecht Gebrauch gemacht, so hat wegen einer nach §§ 112, 112a BetrVG weiterhin bestehenden Sozialplanpflichtigkeit der Betriebsänderung die Aufstellung eines neuen Sozialplans zu erfolgen, für die die Regelungen des § 123 InsO einschlägig sind. Ist ein Sozialplan nicht erzwingbar (vgl. § 112a BetrVG), so kommt eine freiwillige Sozialplanaufstellung in Betracht, für die ebenfalls die Regelungen des § 123 InsO gelten. Arbeitnehmer, denen Forderungen aus einem widerrufenen Sozialplan zustanden, können gem. § 124 II InsO bei der Aufstellung eines Sozialplans im Insolvenzverfahren berücksichtigt werden. Die Einbeziehung der durch den Widerruf betroffenen Arbeitnehmer in einen nach Verfahrenseröffnung aufgestellten Sozialplan ist folglich nicht zwingend, sondern in das billige Ermessen der Betriebsparteien bzw. der Einigungsstelle gestellt²⁵⁸. Diese Möglichkeiten sollen nach der Regierungsbegründung dem Insolvenzverwalter und dem Betriebsrat eine flexible Anpassung der Sozialplaninhalte an die schlechte wirtschaftliche Lage in der Insolvenz gestatten²⁵⁹.

Hat ein Arbeitnehmer vor der Verfahrenseröffnung Leistungen auf seine Forderungen aus einem widerrufenen Sozialplan erhalten, so dürfen diese gem. § 124 III, 1 InsO im Interesse der Rechtssicherheit nicht zurückgefordert werden²⁶⁰. Bei der Aufstellung eines neuen Sozialplans sind derartige Leistungen an einen von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer bei der Berechnung des Gesamtbetrages nach § 123 I bis zur Höhe von zweieinhalb Monatsverdiensten abzusetzen (§ 124 III, 2 InsO).

²⁵⁷ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 155.

²⁵⁸ So auch Zeuner, Interessenausgleich, in: Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, S. 261, 268.

²⁵⁹ Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 155.

²⁶⁰ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 154.

bb) Die insolvenzrechtliche Einordnung der Forderungen aus einem nicht widerrufenen Sozialplan

Die Insolvenzordnung sieht für Sozialpläne, die nicht widerrufen werden, keine materiell- oder verfahrensrechtliche Begrenzung vor. Folglich können Forderungen aus diesen Sozialplänen mit ihrem vollen Betrag geltend gemacht werden. § 124 InsO enthält keine ausdrückliche Regelung über ihre insolvenzrechtliche Einbindung als Masse- oder Konkursforderungen.

Nach Warrikoff stellen die Forderungen aus dem nicht widerrufenen Sozialplan Masseforderungen dar, weil auch ein Unterlassen des Insolvenzverwalters gem. § 55 I Nr. 1 InsO Masseforderungen begründen könne²⁶¹. Diese Lösung erscheint ungereimt, weil Unterlassungen des Verwalters nur dann eine Masseforderung begründen, wenn eine Amtspflicht zum Handeln bestand²⁶². Bei der Regelung über den Widerruf eines vor Verfahrenseröffnung aufgestellten Sozialplans handelt es sich um eine Ermessensvorschrift, eine Pflicht zum Widerruf besteht jedoch nicht. Zum anderen sind Masseforderungen gem. § 55 I Nr. 1 InsO die Forderungen, die durch Handlungen oder ggf. Unterlassungen begründet werden. Rechtsgrund für eine Forderung aus einem Sozialplan ist der von den Betriebsparteien oder der Einigungsstelle aufgestellte Sozialplan. Unterläßt der Verwalter den Widerruf, so schafft er keine neue Rechtslage, der Rechtsgrund für die Forderung besteht weiterhin. Die Norm des § 55 I Nr. 1 InsO ist folglich hier nicht einschlägig.

Die Vorschrift des § 123 II, 1 InsO kann für die Einstufung der Forderungen aus einem vor Verfahrenseröffnung aufgestellten Sozialplan nicht herangezogen werden. Sie legt für Forderungen aus einem solchen Sozialplan einen Massecharakter fest und bezieht sich damit ausschließlich auf den nach Verfahrenseröffnung aufgestellten Sozialplan, der Gegenstand der Regelungen des § 123 InsO ist. Somit sind diese Forderungen nach der allgemeinen Vorschrift des § 38 InsO als Insolvenzforderungen einzustufen²⁶³. Eine verfahrensrechtliche Teilnahme dieser Forderungen setzt ihre schriftliche Anmeldung beim Insolvenzverwalter gem. §§ 174 ff. InsO voraus. Da bei Verfahrenseröffnung nicht feststeht, ob der Insolvenzverwalter oder der Betriebsrat den vorher aufgestellten Sozialplan widerrufen wird, sollten Arbeitnehmer, denen Forderungen zustehen, diese immer anmelden.

Fraglich ist, ob die Regelung des § 123 III, 1 InsO über die Leistung von Abschlagszahlungen auch für die Forderungen aus einem nicht widerrufenen Sozialplan gilt. Der Wortlaut der Vorschrift impliziert, daß generell auf Sozialplanforderungen Abschlagszahlungen zu leisten sind. Die Systematik des Gesetzes könnte gegen eine derartige Auffassung sprechen, weil §

²⁶¹ Warrikoff, BB 1994, S. 2338, 2344.

²⁶² Vgl. Kilger/Schmidt, KO, § 59, Rn. 1c (m.w.N.) (auf die sich Warrikoff zu unrecht bezieht) BB 1994, S. 2338, 2344.

²⁶³ So auch Zeuner, Interessenausgleich, in: Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, S. 261, 268.

123 InsO im übrigen nur Regelungen über den nach Verfahrenseröffnung aufgestellten Sozialplan enthält²⁶⁴, während der vor Verfahrenseröffnung vereinbarte Sozialplan Gegenstand des § 124 InsO ist. Bedeutung erlangen teleologische Gesichtspunkte. Der Gesetzgeber will Arbeitnehmer, denen Forderungen aus einem innerhalb eines Dreimonatszeitraum vor Verfahrenseröffnung aufgestellten Sozialplan zustehen, weitgehend mit denen gleichstellen, die Forderungen aus einem nach Verfahrenseröffnung aufgestellten Sozialplan haben. Wäre § 123 II, 1 InsO für vor Verfahrenseröffnung vereinbarte Sozialpläne unanwendbar, würde die allgemeine Ermessensvorschrift des § 187 II, 1 InsO für Abschlagszahlungen einschlägig sein. Der Überbrückungsfunktion der Sozialplanabfindungen wird - wenn auch u. U. nur formell - in strengerem Maße durch die spezielle Sollvorschrift des § 123 III, 1 InsO Rechnung getragen. Folglich muß diese Norm auch für Forderungen aus einem vor Verfahrenseröffnung aufgestellten Sozialplan gelten.

cc) **Würdigung der neuen Rechtslage**

Die Ausgestaltung des Widerrufsrechts für innerhalb von drei Monaten vor Verfahrenseröffnung aufgestellte Sozialpläne in § 124 InsO fordert Kritik heraus.

Grundsätzlich ist eine Widerrufsmöglichkeit vertretbar, wenn sich durch die flexible Anpassung an die geänderten wirtschaftlichen Gegebenheiten im Rahmen eines neuen Sozialplans Sanierungschancen erhöhen können²⁶⁵. Nicht haltbar ist jedoch, daß Arbeitnehmer, die durch den Widerruf ihre Rechtspositionen verlieren, gem. § 124 III InsO dem neu aufgestellten Sozialplan lediglich berücksichtigt werden *können*. Angesichts des Vertrauensschutzes der betroffenen Arbeitnehmer und zur Vermeidung von Interessenkonflikten wäre eine grundsätzliche Erhaltung ihrer Rechtspositionen erforderlich gewesen, die durch eine zwingende Regelung zum Ausdruck hätte gebracht werden müssen²⁶⁶. Der Verbleib bereits erhaltener Leistungen bei Widerruf eines Sozialplans (vgl. § 124 III, 1 InsO) schafft keinen Ausgleich für den Verlust der Ansprüche, wenn die betroffenen Arbeitnehmer nicht in einen neuen Sozialplan einbezogen werden.

Außerdem erscheint es unter dem Aspekt der Rechtssicherheit verfehlt, daß kein schriftliches Formerfordernis sowie keine Widerrufsfrist festgelegt wurden²⁶⁷. Es ist zu erwarten, daß die

²⁶⁴ Ein Zwangsvollstreckungsverbot der Gläubiger eines vor Verfahrenseröffnung aufgestellten Sozialplans ergibt sich bereits aus § 89 InsO, jedoch könnte § 123 III, 2 InsO auch eine deklaratorische Bedeutung zukommen.

²⁶⁵ Ähnlich Heilmann/Smid, Grundzüge des Insolvenzrechts, S. 265, Rn. 41.

²⁶⁶ So auch Berscheid, Betriebsfortführung in der Insolvenz, in: Gemper (Hrsg.), Symbiose oder Konflikt?, S. 171, 195 f.; Dörner, NZA 1989, S. 546, 551; Heinze, Die arbeitsrechtlichen Aspekte der neuen Insolvenzordnung, in: Kübler (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 97, 115.

²⁶⁷ Kritisch ebenfalls Berscheid, Betriebsfortführung in der Insolvenz, in: Gemper (Hrsg.), Symbiose oder Konflikt?, S. 171, 195; Dörner NZA 1989, S. 546, 551. Nach Dörner ist die fehlende Niederlegung der Tatbestandsvoraussetzungen für einen Widerruf bedenklich, vgl. ebenda. Unter dem Aspekt der

Aufrechterhaltung eines im unmittelbaren Vorfeld der Verfahrenseröffnung aufgestellten Sozialplans die Ausnahme sein wird. Ein Insolvenzverwalter wird von dem Widerruf z. B. nur dann absehen, wenn das Sozialplanvolumen die für nach der Verfahrenseröffnung geltenden Grenzen des § 123 InsO nur geringfügig überschreitet und der Aufwand, einen neuen Sozialplan herbeizuführen, größer ist als die zu erwartenden Einsparungen²⁶⁸. Eine Aufrechterhaltung des Sozialplans wird weiter dann in Betracht kommen, wenn der Sozialplan bereits weitgehend abgewickelt ist. Arbeitnehmer, denen Forderungen aus einem nicht widerrufenen Sozialplan zustehen, werden möglicherweise wegen des zu erwartenden Masseanstiegs unter Geltung der InsO größere Befriedigungschancen haben als die Arbeitnehmer, deren Forderungen aus einem vorkonkurslichen Sozialplan nach bisherigem Recht bevorrechtigt waren.

Tritt der Regelfall des Widerrufs ein, so unterliegt die Aufstellung des neuen Sozialplans den Regelungen des § 123 InsO. Durch die materiell-rechtliche Begrenzung des Sozialplanvolumens werden die Arbeitnehmer vermutlich geringere Forderungen erzielen als vergleichbare Arbeitnehmer nach früherem Recht, deren vorkonkursliche Ansprüche gem. § 3 SozplKonkG lediglich verfahrensrechtlich gekürzt wurden. Da die Aussicht auf Befriedigung der Restforderungen nach Abschluß des Konkursverfahrens als gering einzuschätzen waren und die Chancen auf die verfahrensrechtliche Befriedigung der Forderungen zukünftig steigen können, würde sich die Position der Arbeitnehmer dennoch insgesamt verbessern.

den durch einen Widerruf betroffenen Arbeitnehmern, die in einem neu aufgestellten Sozialplan nicht berücksichtigt werden, verbleiben lediglich die bereits vorher ausgezahlten Abfindungsbeträge. Für sie bewirkt die Insolvenzrechtsreform eine Schlechterstellung.

Fraglich bleibt jedenfalls, ob aufgrund der Sollvorschrift des § 123 III, 1 InsO deutlich mehr Abschlagszahlungen auf Sozialplanforderungen aus einem nicht widerrufenen oder nach erfolgtem Widerruf neu aufgestellten Sozialplan geleistet werden als nach altem Recht.

(3) Der Altsozialplan

Die Insolvenzordnung trifft wie das SozplKonkG keine spezifischen Regelungen für Sozialpläne, die vor mehr als drei Monaten vor Verfahrenseröffnung aufgestellt wurden. Nach nicht berichtigte Forderungen aus diesen Sozialplänen können Im Insolvenzverfahren ohne verfahrensrechtliche oder inhaltliche Beschränkung als Insolvenzforderungen geltend gemacht werden, müssen jedoch gem. §§ 174 ff. InsO beim Insolvenzverwalter angemeldet werden.

Verhinderung von etwaigen Mißbräuchen erscheint dieses jedoch nicht erforderlich, weil die Wahrnehmung des Widerrufsrechts maßgeblich durch die Abwägung möglicher Ersparnisse im Rahmen eines neuen Sozialplans sowie des damit verbundenen Aufwands bestimmt wird.

²⁶⁸ Warrikoff, BB 1994, S. 2338, 2344.

Die Position der Arbeitnehmer, deren Forderungen aus einem Altsozialplan bei Verfahrenseröffnung noch nicht erfüllt sind, wird sich nach der neuen Rechtslage verbessern. Gegenwärtig sind die Befriedigungschancen der nachrangigen Forderungen in der Stufe des § 61 I Nr. 6 KO sehr gering. Durch die Aufhebung der Rangklassen in der Insolvenzverordnung werden diese Forderungen faktisch aufgewertet und konkurrieren nunmehr mit den anderen Insolvenzforderungen (vgl. § 38 InsO). Auch könnte der erwartete Anstieg der Verfahrensmasse unter Geltung der InsO möglicherweise zu einer höheren Befriedigungsquote führen.

Die Sollvorschrift des § 123 II, 1 InsO über Abschlagszahlungen gilt nach der hier vertretenen Ansicht auch für Forderungen aus Altsozialplänen²⁶⁹. Ihre praktische Bedeutung ist gegenwärtig nicht abzuschätzen.

III. Die Betriebsveräußerung in der Insolvenz

Wird ein Betrieb im Rahmen der Verwertung der Masse durch den Verwalter veräußert, so gilt § 613a BGB, der den Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber regelt. Bevor die Anwendbarkeit der Norm in der Insolvenz diskutiert wird, sollen zunächst ihre Ziele und wesentlichen Inhalte kurz dargelegt werden.

1. Die Bedeutung des § 613a BGB bei der Betriebsveräußerung

a) Die Zielsetzung der Norm

Die Regelungen des § 613a BGB verfolgen verschiedene Ziele.

Zum einen soll der Bestandsschutz der Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübernahme gesichert werden. Der Betriebserwerber wird daran gehindert, eine u. Z. dem Grundsatz der sozialen Schutzwürdigkeit widersprechende Wahl bezüglich der zu übernehmenden Arbeitnehmer zu treffen und Einfluß auf die Inhalte der Arbeitsverhältnisse zu nehmen.

Ferner soll die Kontinuität des amtierenden Betriebsrates bei der Betriebsveräußerung gewährleistet werden. Plant der Erwerber mitbestimmungspflichtige Maßnahmen, hat er sich mit dem bereits vorhandenen Betriebsrat auseinanderzusetzen.

Schließlich soll die Haftung des alten und neuen Arbeitgebers geregelt werden²⁷⁰.

b) Die wesentlichen Inhalte der Norm

²⁶⁹ Vgl. oben II. 3. c) (2) bb).

²⁷⁰ Vgl. grundlegend BAG, Urt. v. 17.01.1980, AP Nr. 18 zu § 613a BGB, Bl. 527, 529.

Die Anwendung des § 613a BGB setzt voraus, daß ein Betrieb oder ein Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber übergeht.

Unter einem Betrieb ist die organisatorische Einheit zu verstehen, in der ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe von technischen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolgt²⁷¹, ein Betriebsteil ist dagegen ein Anteil von Betriebsmitteln eines Betriebs mit einem Zusammenhang für einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck²⁷². Der Übergang im Sinne des § 613a BGB erfordert den Übergang der wesentlichen Betriebsmittel auf einen anderen Betriebsinhaber, der mit diesen bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolgen kann²⁷³. Maßgeblich für den Zeitpunkt des Betriebsübergangs ist, wann der Erwerber die betriebliche Leitungs- und Organisationsgewalt ausüben kann; die tatsächliche Nutzung dieser Möglichkeit ist hierfür unbeachtlich²⁷⁴. Wurde der Betrieb oder Betriebsteil vom Veräußerer stillgelegt und erlangt der Erwerber die Betriebsmittel, so liegt kein Betriebsinhaberwechsel i. S. v. § 613a BGB vor²⁷⁵.

Der Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils muß ein Rechtsgeschäft zugrunde liegen, dessen Wirksamkeit jedoch keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Norm darstellt. Als Rechtsgrundlagen kommen z. B. Kauf, Pacht und Schenkung in Betracht²⁷⁶. Formen der Gesamtrechtsnachfolge und die gleichzusetzende Funktionsnachfolge fallen nicht unter den Tatbestand der Norm²⁷⁷.

Eine Zustimmung des Arbeitnehmers stellt keine Tatbestandsvoraussetzung dar, die Ausübung seines Widerspruchsrechts hindert jedoch den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber²⁷⁸.

Mit dem Betriebsübergang erlischt das Arbeitsverhältnis mit dem Veräußerer und der Erwerber tritt als neuer Arbeitgeber gem. § 613 I, 1 BGB in die Rechte und Pflichten der im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse ein²⁷⁹. Rechtsnormen von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, die die Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien regeln, werden gem. § 613a I, 2 BGB in das Arbeitsverhältnis transformiert, gelten individualrechtlich fort und dürfen nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Betriebsübergang zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden. Die Transformation tarifvertraglicher Normen bezieht sich jedoch ausschließlich auf die Inhaltsnormen²⁸⁰. Die

²⁷¹ Vgl. z. B. BAG, Urt. v. 13.09.1984, AP Nr. 3 zu § 1 BetrVG 1972, S. 289 [290].

²⁷² Vgl. Palandt - Putzo, Bürgerliches Gesetzbuch, § 613a, Rn. 11 (m.w.N.).

²⁷³ Vgl. im einzelnen z. B. BAG, Urt. v. 27.04.1995, BB 1995, S. 1800.

²⁷⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.1993, NJW 1993, S. 2259, 2260.

²⁷⁵ Vgl. Hess, Kommentar zur Konkursordnung, § 22, Rn. 887.

²⁷⁶ Vgl. Palandt-Putzo, Bürgerliches Gesetzbuch, § 613a, Rn. 13.

²⁷⁷ Vgl. Hess/Knörig, Das Arbeitsrecht bei Sanierung und Konkurs, D, Rn. 30-33. Da die Fortführung des insolventen Betriebs durch den Verwalter im Rahmen der Funktionsnachfolge eintritt, ist § 613a BGB bei dessen Übernahme der Leitungsmacht nicht einschlägig, vgl. ebenda, Rn. 33.

²⁷⁸ Vgl. BAG, Urt. v. 06.02.1980, NJW 1980, S. 2149; BAG, Urt. v. 30.10.1986, NZA 1987, S. 524.

²⁷⁹ Vgl. Hess, Kommentar zur Konkursordnung, § 22, Rn. 925.

²⁸⁰ Vgl. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 119, II, I.

individualrechtliche Fortgeltung der Kollektivnormen ist nach § 613a I, 3 BGB in den Fällen ausgeschlossen, in denen Rechte und Pflichten bei dem Erwerber durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrages oder durch eine andere Betriebsvereinbarung geregelt werden.

Das Änderungsverbot des Satzes 2 von § 613a I BGB endet gem. § 613a I, 4 BGB vorzeitig, wenn der Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung, die das frühere Arbeitsverhältnis normierten, durch Kündigung oder Fristablauf beendet waren oder die Arbeitsvertragsparteien die Anwendung eines anderen einschlägigen Tarifvertrages vereinbaren²⁸¹.

Die bei dem früheren Arbeitgeber zurückgelegte Betriebszugehörigkeit als Voraussetzung für verlängerte Kündigungsfristen, den Kündigungsschutz, Ruhegeldanwartschaften und Gratifikationen wird durch den Betriebsübergang nicht unterbrochen, sondern beim Erwerber angerechnet²⁸². Vertragliche Ansprüche, die an die Dauer der Betriebszugehörigkeit gebunden sind, bleiben dem Arbeitnehmer erhalten. Sagt der neue Betriebsinhaber darüber hinaus Leistungen zu, so kann er in den Grenzen von Recht und Billigkeit entscheiden, inwieweit die bei dem Veräußerer zurückgelegte Betriebszugehörigkeit berücksichtigt werden soll²⁸³.

Aus dem Eintritt des Erwerbers in die Rechte und Pflichten des im Übergang bestehenden Arbeitsverhältnisses folgt, daß dieser Schuldner aller Verbindlichkeiten aus dem Arbeitsverhältnis wird, auch soweit sie vor dem Übergang entstanden sind²⁸⁴. Somit kommt eine Haftung des Erwerbers z. B. für rückständige Löhne, Gratifikationen, Schadensersatzansprüche und Versorgungsanwartschaften in Betracht²⁸⁵. Der bisherige Arbeitgeber haftet neben dem Erwerber in den Grenzen des § 613a II BGB für die vor dem Übergang entstandenen Ansprüche als Gesamtschuldner²⁸⁶.

Nach § 613a IV, 1 BGB ist eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs eines Betriebs oder Betriebsteils unwirksam. Diese Regelung ist ein eigenständiges Kündigungsverbot i. S. v. § 13 III KSchG, § 134 BGB, das folglich von der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes unabhängig ist²⁸⁷. Das Kündigungsverbot des § 613a IV, 1 BGB greift nicht schon dann, wenn der Betriebsübergang der äußere Anlaß für die Kündigung darstellt. Ein Verstoß gegen dieses Verbot liegt vor, wenn das Motiv der Kündigung wesentlich durch den Betriebsinhaberwechsel bedingt ist. Gibt es für die Kündigung einen sachlichen Grund i. S. d. § 1 KSchG, bleibt das Recht zur Kündigung unberührt (vgl. § 613a IV, 2 BGB)²⁸⁸.

²⁸¹ Vgl. Palandt-Putzo, Bürgerliches Gesetzbuch, § 613a, Rn. 25.

²⁸² Vgl. Palandt-Putzo, Bürgerliches Gesetzbuch, § 613a, Rn. 19.

²⁸³ Vgl. BAG, Urt. v. 25.08.1976, DB 1977, S. 358, 359.

²⁸⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 18.08.1976, NJW 1977, 1168.

²⁸⁵ Vgl. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 118 III, 2; Hess/Knörig, D, Rn. 69 f. (m. w. N.).

²⁸⁶ Vgl. aber auch die Ausnahmen des § 613a III BGB.

²⁸⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 31.01.1985, NJW 1986, S. 87, 88 f.

²⁸⁸ Vgl. BAG, Urt. v. 26.05.1983, BAG AP Nr. 34 zu § 613a BGB, Bl. 1315, 1318.

2. Die Anwendbarkeit des § 613a BGB im Konkurs

Die Einschlägigkeit des § 613a BGB im Konkurs war bis zu dem Grundsatzurteil des BAG v. 17.01.1980²⁸⁹ umstritten. In der Diskussion standen sich eine sogenannte konkursrechtliche und arbeitsrechtliche Auffassung gegenüber²⁹⁰.

a) Der konkursrechtliche Ansatz

Im konkursrechtlichen Schrifttum wurde zum einen die generelle Unanwendbarkeit des § 613a BGB in der Insolvenz vertreten²⁹¹. Hierbei wurde auf die Gleichstellung der Norm mit §§ 419 BGB und 25 HGB verwiesen, die nach der herrschenden Meinung in der Insolvenz unanwendbar seien²⁹². Die Einschlägigkeit des § 613a BGB in der Insolvenz scheitere bereits an der Tatbestandsvoraussetzung des Rechtsgeschäfts. Die Veräußerung des Betriebs im Rahmen der insolvenzmäßigen Abwicklung sei weder rechtsgeschäftlicher Natur noch durch Rechtsgeschäft veranlaßt, sondern stelle einen Verwertungsakt i. S. v. § 117 I KO dar²⁹³.

Eine differenziertere Auffassung sprach sich dafür aus, daß § 613a BGB in Bezug auf bestehende, insbesondere rückständige Verbindlichkeiten keine Anwendung fände²⁹⁴. Dieses rechtfertige sich dadurch, daß die Veräußerung des Betriebs durch den Konkursverwalter keine auf einem freien Entschluß des Verkäufers beruhende rechtsgeschäftliche Handlung darstelle, weil der Verwalter zur bestmöglichen Verwertung der Masse verpflichtet sei. Zwar werde sie durch Rechtsgeschäft abgewickelt, doch könne sie mit der rechtsgeschäftlichen Veräußerung in § 613a BGB nicht gleichgesetzt werden²⁹⁵. Die Veräußerung als Verwertungshandlung dürfe nicht zu einer Veränderung der konkursrechtlich feststehenden Rangfolge der Konkurs- und Massegläubiger führen. Bei uneingeschränkter Anwendung des § 613a BGB würden die Arbeitnehmer in dem Erwerber einen neuen Haftungsschuldner finden. Da der Erlös der Betriebsveräußerung entsprechend geringer ausfiele, führe dieses zu einer unberechtigten Bevorzugung der Arbeitnehmer zu Lasten der Konkursmasse und der anderen Gläubiger. Der konkursrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz werde somit durchbrochen. Diese Überlegungen müßten zu einem Vorrang des speziellen Konkursrechts vor dem

²⁸⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 17.01.1980, AP Nr. 18 zu § 613a BGB, Bl. 527.

²⁹⁰ Diese Terminologie wird in der Literatur verwandt; vgl. z. B. Halbach, Kündigungsschutz, S. 6-10; Schmid, Kündigung und Kündigungsschutz in der Insolvenz, S. 231 f.; Schwanda, Der Betriebsübergang in § 613a BGB, S. 263 f.

²⁹¹ Vgl. ausführlich Laux, Betriebsveräußerungen im Konkurs, S. 5-11.

²⁹² Vgl. Uhlenbruck, KTS 1974, S. 1, 3 f.

²⁹³ Vgl. Uhlenbruck, KTS 1974, S. 1, 5; vgl. auch Vgl. Uhlenbruck, KTS 1975, S. 253-254.

²⁹⁴ Vgl. Martens, DB 1977, S. 495-499; Riedel, NJW 1975, S. 765-767. Fälschlicherweise werden diese Autoren in der Literatur als Verfechter der generellen Unanwendbarkeit des § 613a BGB im Konkurs angeführt, vgl. z. B. Halbach, Kündigungsschutz, S. 7 f.; Laux, Betriebsveräußerungen im Konkurs, S. 5; Schwanda, Der Betriebsübergang in § 613a BGB, SA. 264.

²⁹⁵ Vgl. Martens, DB 1977, S. 495, 496 (m.w.N.).

Arbeitsrecht führen²⁹⁶. Zudem führe die Haftung des Erwerbers nach § 613a BGB dazu, daß sich kaum ein Erwerber finden lasse. Dieses hätte die Stilllegung des Betriebes und die Vernichtung von Arbeitsplätzen zur Folge, so daß sich der Schutzzweck der Norm in sein Gegenteil verkehren würde²⁹⁷.

b) Der arbeitsrechtliche Ansatz

Von arbeitsrechtlicher Seite wurde dagegen vielfach die uneingeschränkte Anwendung der Norm gefordert²⁹⁸. Die Klassifizierung der Veräußerung als Verwertungshandlung ändere nichts daran, daß der Konkursverwalter durch den Verkauf und die erforderlichen Übertragungsakte typische privatrechtliche Rechtsgeschäfte i. S. v. § 613a BGB vornehme²⁹⁹. Der im Konkursrecht geltende Grundsatz der Gleichbehandlung könne eine Nichtanwendbarkeit der Norm nicht begründen, sei dieser selbst doch vielfach im Rahmen der §§ 59-61 KO durchbrochen³⁰⁰. Gegen das Argument der ungerechtfertigten Schmälerung der Konkursmasse bei Anwendbarkeit von § 613a BGB wurde angeführt, daß bei Stilllegung des Betriebs die aus Sozialplänen entstehenden Ansprüche der Arbeitnehmer ebenfalls zu einer Verringerung der Konkursmasse führten³⁰¹.

Der durch § 613a BGB gewährte Schutz müsse sich gerade in einer Situation bewähren, in der die Arbeitnehmer ihn besonders benötigten³⁰². Das Eingreifen des § 613a BGB im Konkurs müsse zudem nicht zum Verlust von Arbeitsplätzen führen, wenn sich der Betriebskauf für den Erwerber als günstig erweise z. B. infolge der Durchsetzung eines geringen Kaufpreises. Ihm stünde ferner die Möglichkeit der betriebsbedingten Kündigung in einem personell überbesetzten Betrieb zu. Arbeitsplatzvernichtungen seien zudem empirisch nicht abgesichert³⁰³.

c) Die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts

²⁹⁶ Vgl. Martens, DB 1977, S. 495, 496 f.; Riedel, NJW 1975, S. 765, 766; ebenso Uhlenbruck, KTS 1974, S. 1, 4.

²⁹⁷ Vgl. Riedel, DB 1977, S. 765, 766.

²⁹⁸ Vgl. z. B. Hess, DB 1976, S. 1154-1156; Schmitt, BB 1978, S. 1724-1727; Stebut v., DB 1876, S. 2438-2443; ausführlich Laux, Betriebsveräußerungen im Konkurs, S. 12-21.

²⁹⁹ Vgl. Stebut, v., DB 1975, S. 2438, 2439; Hess, DB 1976, S. 1154; differenzierter Schmitt, BB 1978, S. 1724, 1725.

³⁰⁰ Vgl. Stebut, v., DB 1975, S. 2438, 2439; Schmitt, BB 1978, S. 1724, 1725.

³⁰¹ Schmitt, BB 1978, S. 1724, 1726.

³⁰² Schmitt, BB 1978, S. 1724, 1726.

³⁰³ Schmitt, BB 1978, S. 1724, 1727.

Das BAG richtete seine Grundsatzentscheidung über die Anwendbarkeit des § 613a BGB im Konkurs inhaltlich an den Funktionen der Norm aus³⁰⁴.

Der Arbeitsplatzschutz sei im Konkurs von besonderer Bedeutung. Eine durch Nichtanwendung der Norm entstehende Lücke sei mit dem Betriebsverfassungsrecht nicht vereinbar, weil der Erwerber bei der Auswahl von Arbeitnehmern den bei der betriebsbedingten Kündigung geltenden Maßstab der sozialen Auswahl (§ 1 III KSchG) nicht zu beachten hätte. Während der Konkursverwalter bei der Liquidation eines Betriebs mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich zu suchen und einen Sozialplan abzuschließen habe, würde dies im Falle einer Betriebsveräußerung nicht gelten, weil hier der Schutz des § 613a BGB greifen würde. Dieser dürfte dann entfallen³⁰⁵.

Auch die Kontinuität des amtierenden Betriebsrats sei im Konkurs unentbehrlich. Entgegenstehende konkursrechtliche Grundsätze oder wirtschaftliche Gründe seien nicht ersichtlich³⁰⁶.

Bezüglich der haftungsrechtlichen Funktion sei aber wegen der Grundsätze des Konkursverfahrens, insbesondere über die gleichmäßige Gläubigerbefriedigung, eine teleologische Reduktion der Norm erforderlich, so daß die Haftung des Erwerbers für bereits vor der Konkursöffnung entstandene Arbeitnehmeransprüche entfalle. Durch die bevorzugte Rangstellung der Arbeitnehmeransprüche im Konkursverfahren und ihrer teilweisen Sicherung durch das Konkursausfallgeld (§§ 141a ff. AFG) wären die Schutzbedürfnisse der Arbeitnehmer hinreichend berücksichtigt. Würden die Arbeitnehmer in dem Erwerber einen neuen Haftungsschuldner erhalten, wären sie zu Lasten der anderen Gläubiger und vor allem auch gegenüber ausgeschiedenen Arbeitnehmern unangemessen bevorzugt. § 613a BGB könne folglich bei einer Betriebsveräußerung im Konkurs insoweit keine Geltung beanspruchen, als bei Konkursöffnung bereits entstandene Ansprüche abzuwickeln seien³⁰⁷. Der Betriebserwerber haftet somit lediglich für die nach Eröffnung des Konkursverfahrens entstandenen Ansprüche.

Diese Grundsätze wurden in der späteren Rechtsprechung dahingehend konkretisiert, daß die Haftungsbeschränkung des Betriebserwerbers im Konkurs nur dann eintrete, wenn der Übernehmer den Betrieb nach Eröffnung des Konkursverfahrens erworben habe³⁰⁸. Bei einer Betriebsübertragung vor Konkursöffnung träten die Rechtsfolgen des § 613a BGB ohne Haftungsbegrenzung ein; dieses gelte auch, wenn der erworbene Betrieb bereits konkursreif war oder die Konkursöffnung mangels Masse abgelehnt wurde³⁰⁹.

Die Anwendbarkeit des am 21.08.1980 in Kraft getretenen § 613a BGB bestätigte das BAG am 26.05.1983 auch für die Betriebsveräußerung durch den Konkursverwalter. Sie ergebe

³⁰⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 17.01.1980, AP Nr. 18 zu § 613a BGB, Bl. 527.

³⁰⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 17.01.1980, AP Nr. 18 zu § 613a BGB, Bl. 527, 529.

³⁰⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 17.01.1980, AP Nr. 18 zu § 613a BGB, Bl. 527 f.

³⁰⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 17.01.1980, Bl. 527, 530.

³⁰⁸ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.1993, NJW 1993, S. 2259.

³⁰⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 16.02.1993, NJW 1993, S. 2259, 2260.

sich bereits aus dem Wortlaut, der keine Einschränkung für den Konkursfall vorsehe. Im übrigen stütze sich das Gericht auf die bereits in dem Urteil vom 17.01.1980³¹⁰ angeführten Gründe³¹¹.

Diese vom BAG vertretene differenzierte Auffassung fand für das Konkursrecht in Literatur und Rechtsprechung überwiegend Zustimmung³¹².

³¹⁰ Vgl. BAG, Urt. v. 17.01.1980, AP Nr. 18 zu § 613a BGB, Bl. 527.

³¹¹ Vgl. BAG, Urt. v. 26.05.1983, AP Nr. 34 zu § 613a BGB, Bl. 1315.

³¹² Vgl. Laux, Betriebsveräußerungen im Konkurs, S. 23 und die dort angegebene Literatur.

3. Hintergründe der Reform des geltenden Rechts

Im folgenden sollen kurz die Probleme skizziert werden, die aus der Anwendbarkeit des § 613a BGB in der Insolvenz resultieren. Insbesondere die sanierungshemmende Wirkung der Norm führte dazu, daß der für das Konkursrecht ausgestandene Meinungsstreit in der Reformdiskussion wieder auflebte und auch die rechtspolitische Forderung erhoben wurde, § 613a BGB im Insolvenzverfahrens für unanwendbar zu erklären³¹³. Daraufhin sollen die Gefahren eines Ausschlusses der Norm skizziert werden.

a) Rechtstatsächliche Probleme bei der Anwendung des § 613a BGB in der Insolvenz

(1) Die sanierungshemmende Wirkung der Norm

Wollte der Konkursverwalter den Betrieb rationalisieren, um die Chancen einer Betriebsveräußerung zu verbessern, konnte er Arbeitnehmern, für die er keine Beschäftigung mehr hatte, nach Maßgabe des § 1 KSchG betriebsbedingt kündigen (vgl. § 613a IV, 2 BGB)³¹⁴. Erhoben die Arbeitnehmer daraufhin Kündigungsschutzklagen, so erforderte die Klärung der Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen einen erheblichen Zeitaufwand. Beriefen sie sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung wegen eines Verstoßes gegen § 613a IV BGB, so waren sie nicht an die dreiwöchige Klagefrist des § 4, 1 KSchG gebunden (vgl. § 13 III KSchG, § 134 BGB). Ein potentieller Erwerber mußte damit rechnen, daß die gekündigten Arbeitnehmer in dem Kündigungsprozeß obsiegen und ihre Arbeitsverhältnisse folglich auf ihn übergehen. Je größer die Zahl der gekündigten Arbeitnehmer und je länger die Dauer der Kündigungsschutzprozesse waren, desto unübersichtlicher wurde die Situation für den Erwerber und das mit der Betriebsübernahme verbundene Risiko. Diese bestehenden Unsicherheiten konnten zum Scheitern aussichtsreicher Übernahmeverhandlungen führen³¹⁵. Zudem bestand die Gefahr, daß der Verwalter Betriebsänderungen durchführte, die nicht den Vorstellungen eines potentiellen Erwerbers entsprachen und die Attraktivität des Betriebserwerbs verringerten.

³¹³ Vgl. z. B. Gravensbrucher Kreis, ZIP 1989, S. 468, 474; Gravensbrucher Kreis, ZIP 1990, S. 476, 478; Schmid, Kündigung und Kündigungsschutz in der Insolvenz, S. 239 (m.w.N.). Die Anregung Hanaus, lediglich das Kündigungsverbot des § 613a BGB zu beseitigen, würde faktisch auf den Ausschluß der gesamten Norm hinauslaufen; vgl. Hanau, ZIP 1989, S. 422, 425. So auch die Kritik von Halbach, Kündigungsschutz, S. 35.

³¹⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 26.05.1983, AP Nr. 34 zu § 613a BGB, Bl. 1315, 1319.; Rost, Die betriebsbedingte Kündigung, S. 78 f.

³¹⁵ Vgl. Henckel, ZGR 1984, S. 225, 245.

Auf der anderen Seite hatte der Erwerber eines personallastigen Betriebs seinerseits die Möglichkeit, übernommene Arbeitnehmer im Rahmen von Rationalisierungsmaßnahmen aus dringen betrieblichen Gründen zu kündigen (vgl. § 1 KSchG). Durch die Pflicht zur Einhaltung der Kündigungsfristen verzögerte sich die Rationalisierung jedoch erheblich³¹⁶. Die dadurch verursachten, kaum zu kalkulierenden Kosten konnten einen Erwerber auch dann von der Übernahme abhalten, wenn er einen geringen Kaufpreis hätte durchsetzen können.

Eine von Keller-Stoltenhoff durchgeführte empirische Studie kommt zu dem Ergebnis, daß 25% aller Betriebsveräußerungen letztlich an § 613a BGB scheiterten³¹⁷.

Stellte sich für den Konkursverwalter bei einer fehlgeschlagenen Betriebsveräußerung nur noch die Alternative der Liquidation, würden Arbeitsplätze vernichtet. Der Schutzzweck des § 613a BGB konnte damit in der Realität zum Nachteil der Arbeitnehmer häufig nicht verwirklicht werden.

(2) Gefahren der Umgehung der Norm

In der Praxis kam es zu unterschiedlichen Umgehungsversuchen der Norm, z. B. durch Scheinstilllegungen und den vorgeschobenen Abschluß neuer Arbeitsverträge³¹⁸. Hier soll das Lemgoer Modell skizziert werden, das im Schrifttum häufig dargestellt bzw. diskutiert wurde³¹⁹:

Die Betriebsbelegschaft wird unter Hinweis auf die Betriebsveräußerung und die Zusicherung der Wiedereinstellung durch den Betriebserwerber veranlaßt, fristlose Eigenkündigungen auszusprechen. Der Erwerber, der nicht in die Rechte und Pflichten der beendeten Arbeitsverhältnisse eintritt, schließt mit den Arbeitnehmern neue Arbeitsverträge ab, die üblicherweise ungünstigere Konditionen enthalten. Eine Haftung für rückständige Arbeitnehmeransprüche, die nach der Konkursöffnung, aber vor Betriebsveräußerung entstanden sind, entfällt für ihn. Da die bei dem Veräußerer zurückgelegte Betriebszugehörigkeit der Arbeitnehmer durch die Kündigung beendet und nicht bei dem Erwerber angerechnet wird, müssen die Arbeitnehmer an die Betriebszugehörigkeit gekoppelte Ansprüche neu verdienen. Das KSchG ist in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung bei dem neuen Arbeitgeber für sie nicht anwendbar (vgl. § 1 KSchG). Der Veräußerer erspart die aus einem Sozialplan resultierenden Aufwendungen, die bei einer Betriebsstilllegung hätten geleistet werden müssen³²⁰

³¹⁶ Vgl. Rost, Die betriebsbedingte Kündigung, S. 80.

³¹⁷ Vgl. Keller-Stoltenhoff, Die rechtstatsächlichen Auswirkungen des § 613a BGB, S. 71. Veräußerungen, die nur durch eine Umgehung der Norm zustande gekommen sind, sind in dieser Erhebung unberücksichtigt. Wären sie mit in die Ergebnisse eingeflossen, wären die Zahlenwerte höher; vgl. ebenda.

³¹⁸ Vgl. Pietzko, ZIP 1990, S. 1105, 1106. Zu der strittigen Frage, ob eine Kündigung durch den Konkursverwalter in Abstimmung mit dem potentiellen Erwerber als unzulässige Umgehung des § 613a BGB einzustufen ist; vgl. BAG, Urt. v.26.05.1983, AP Nr. 34 zu § 613a BGB, Bl. 1315, 1319; Rost, Die betriebsbedingte Kündigung, S. 80-85 und die Meinungsübersicht bei Halbach, Kündigungsschutz, S. 93-99.

³¹⁹ Vgl. z. B. Heilmann/Smid, Grundzüge des Insolvenzrechts, S. 257 f., Rn. 15; Moll, NJW 1993, S. 2016, 2022; Pietzko, ZIP 1990, S. 1105, 1106; Stückemann, BB 1977, S. 1711; Stückemann, BB 1981, S. 1102 f.

³²⁰ Vgl. ebenda.

Das BAG hat dieses Modell für unzulässig und die fristlosen Kündigungen der Arbeitnehmer für unwirksam erklärt, weil das Kündigungsverbot des § 613a IV, 1 BGB umgangen wurde³²¹. Zweck dieser Vorschrift sei es auch, Umgehungsgeschäfte, die das Regelungsziel des Übergangs der Arbeitsverhältnisse auf den Betriebserwerber vereiteln könnten, zu verhindern. Damit seien auch Aufhebungsverträge aus Anlaß des Betriebsübergangs verboten und unwirksam, wenn sie vom Betriebsveräußerer oder -erwerber allein veranlaßt werden, um dem bestehenden Kündigungsverbot auszuweichen³²².

Eine Regelung, die den Arbeitnehmerschutz in seinem Kernbereich erhält und übertragende Sanierungen erleichtert, würde Betroffene zu größerer Rechtstreue anhalten und zugleich für den Arbeitnehmer positive Konsequenzen haben.

b) Gefahren bei Ausschluß der Norm in der Insolvenz

Eine Ausschaltung des § 613a BGB in der Insolvenz würde den Arbeitnehmerschutz bei Betriebsübergang auf unvertretbare Weise aushöhlen. Der Verwalter könnte sich eine "olympiareife Betriebsbelegschaft" nach seinem Belieben zusammenstellen. Zugleich würde ein Ausschluß der Norm wettbewerbs- und ordnungspolitische Probleme aufwerfen. Ein insolvenzspezifisches Krisen-Arbeitsrecht würde dazu führen, daß sich insolvente Unternehmen problemlos ihrer Arbeitnehmer und damit ihrer sozialen Pflichten entledigen könnten. Die Erwerber könnten ausschließlich die jüngeren und leistungsfähigsten Arbeitnehmer übernehmen, ohne auf arbeitsrechtliche Schutzpositionen Rücksicht nehmen zu müssen. Dadurch erhielten sie Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen, nicht insolventen Unternehmen³²³.

Der Gesetzgeber befürchtet, daß Schuldner aufgrund der Bestandsschutzdifferenzen der Arbeitsverhältnisse in und außerhalb der Insolvenz letztere planmäßig herbeiführen und Insolvenzverfahren beantragen könnten, um sich ihrer arbeitsrechtlichen Bindungen zu entledigen. Bei einem derartigen Sog in das Insolvenzverfahren würden sich die Bedingungen für die außergerichtliche Sanierung verschlechtern. Ferner würde ein Ungleichgewicht zwischen den Sanierungsarten der übertragenden Sanierung und der Sanierung des Unternehmensträgers geschaffen, das zu einer ungerechtfertigten Begünstigung der erstgenannten führen und dem Reformziel der Gleichrangigkeit der Verwertungsalternativen widersprechen würde³²⁴.

³²¹ Vgl. BAG, Urt. v. 28.04.1987, ZIP 1988, S. 120, 120 f.

³²² Vgl. BAG, Urt. v. 28.04.1987, ZIP 1988, S. 120, 122.

³²³ Vgl. Heinze, Die arbeitsrechtlichen Aspekte der neuen Insolvenzordnung, in: Kübler (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 97, 108; Schmid, Kündigung und Kündigungsschutz in der Insolvenz, S. 240

³²⁴ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 97.

4. Die Betriebsveräußerung unter Geltung der InsO

Grundsätzlich bleibt § 613a BGB auch unter Geltung der InsO in der Insolvenz anwendbar. Dies ist dem Wortlaut des § 128 II InsO zu entnehmen. Die InsO trifft in § 128 Bestimmungen, die § 613a BGB inhaltlich für die Insolvenz modifizieren, ohne explizit Bezug auf diese Norm zu nehmen.

a) Die Regelungen des § 128 InsO

Nach § 128 I, 1 InsO wird die Anwendbarkeit der §§ 125-127 InsO nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Betriebsänderung, die dem Interessenausgleich nach § 125 oder dem Feststellungsantrag nach § 126 zugrundeliegt, erst nach einer Betriebsveräußerung durchgeführt werden soll. Hintergrund dieser Regelung ist es, die wirtschaftlich zweckmäßige Verwertung des zu veräußernden Betriebs nicht dadurch zu behindern, daß der Verwalter Betriebsänderungen vor Betriebsveräußerung durchzuführen hat³²⁵.

Der Erwerber kann die von ihm geplanten Betriebsänderungen somit durchführen, ohne die hierfür erforderlichen Kündigungen selbst erklären zu müssen. Diese können bereits vor der Betriebsveräußerung aufgrund des Erwerberkonzeptes durch den Insolvenzverwalter ausgesprochen werden, der ihre Wirksamkeit in den Verfahren der § 125 InsO (ex ante) oder § 126 InsO (ex ante oder ex post) klärt³²⁶.

Schließen der Insolvenzverwalter und der Betriebsrat einen Interessenausgleich nach § 125 InsO ab und erhebt ein darin bezeichneter, gekündigter Arbeitnehmer Klage, so erstreckt sich gem. § 128 II, 1 Alt. InsO die Vermutung des § 125 I Nr. 1 InsO auch darauf, daß die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht wegen des Betriebsübergangs erfolgt. § 128 II, 1 Alt. InsO soll klarstellende Bedeutung haben. Ist der gekündigte Arbeitnehmer außerstande zu widerlegen, daß die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, so ergibt sich bereits aus der Vermutung des § 125 I Nr. 1 InsO, daß die Kündigung als "Kündigung aus anderen Gründen" unter § 613a IV, 2 BGB fällt. Damit kommt eine Umgehung des Kündigungsverbotes des § 613a IV, 1 BGB nicht in Betracht, so daß sich der Arbeitnehmer nicht erfolgreich auf diese Norm berufen kann.

Stellt der Insolvenzverwalter einen Antrag nach § 126 InsO, so erstreckt sich die gerichtliche Feststellung gem. § 128 II, 2. Alt. InsO auch darauf, daß die Kündigung nicht wegen des Betriebsübergangs erfolgt. Da hier kein Vermutungstatbestand vorliegt³²⁷, trifft das Gericht die

³²⁵ Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 150; vgl. auch Schrader, NZA 1997, S. 70, 78.

³²⁶ Vgl. Bundesregierung, BT Drucks. 12/2443, S. 150.

³²⁷ Vgl. Warrikoff, BB 1994, S. 2338, 2344.

genannte Feststellung erst nach eingehender Überprüfung, soweit es zu der Überzeugung gelang ist, daß eine Umgehung des Kündigungsverbotes des § 613a IV, 1 BGB nicht vorliegt. Deklaratorischen Charakter hat die genannte Feststellung dann, wenn das Gericht das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse für die Kündigung bejaht. Der Betriebserwerber ist gem. § 128 I, 2 InsO an dem gerichtlichen Beschlußverfahren beteiligt. Gibt das Gericht dem Antrag des Insolvenzverwalters statt, so kann sich ein in dem Antrag bezeichneter gekündigter Arbeitnehmer wegen der Bindungswirkung des § 127 I, 1 InsO nicht mehr erfolgreich die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung wegen Sozialwidrigkeit gem. § 1 KSchG oder Verstoßes gegen § 613a IV, 1 BGB geltend machen (vgl. § 128 I, 1, § 128 II, 2 Alt. i. V. m. § 127 InsO).

Scheitert die Betriebsveräußerung, so liegt eine wesentliche Änderung der Sachlage vor, die die Bindungswirkung des arbeitsgerichtlichen Urteils nach § 127 I, 1 InsO bzw. die in § 125 I InsO festgelegten Modifikationen der arbeitsgerichtlichen Überprüfung der Kündigung eines in einem Interessenausgleich bezeichneten Arbeitnehmers entfallen läßt (vgl. § 128 I, 1 i. V. m. § 127 I, 2, § 125 I, 2 InsO)³²⁸.

b) Würdigung der neuen Rechtslage

Die rechtliche Möglichkeit vorgezogener betriebsbedingter Kündigungen durch den Insolvenzverwalter im Vorgriff auf Betriebsänderungen, die erst vom Betriebserwerber durchgeführt werden, verringert die sanierungshemmende Wirkung des § 613a BGB in der Insolvenz. Übernimmt der Erwerber den Betrieb mit weniger Personal, so entfallen für ihn Kosten, die bei von ihm selbst vorgenommenen betriebsbedingten Kündigungen von übernommenen Arbeitnehmern entstehen würden. Da die Betriebsänderungen vom Erwerber durchgeführt werden, unterbleibt das bei vom Insolvenzverwalter mit der Intention der Steigerung der Veräußerungsfähigkeit durchgeführten Betriebsänderungen bestehende Risiko, daß diese nicht den Vorstellungen eines potentiellen Erwerbers entsprechen. Durch die Anwendbarkeit der in den §§ 125-127 InsO vorgesehenen Verfahren bei der "vorgezogenen Erwerberkündigung"³²⁹ wird möglicherweise die beschleunigte Klärung der Wirksamkeit der Kündigungen³³⁰ und damit die Reduzierung der für den Erwerber bestehenden Unsicherheit über die Anzahl der übergehenden Arbeitsverhältnisse bewirkt. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, daß diese Unsicherheit auch durch die Regelung des § 113 II, 1 InsO nach der die Klage gekündigter Arbeitnehmer, die sich auf die Umgehung des § 613a IV, 1 BGB

³²⁸ Vgl. Halbach, Kündigungsschutz, S. 107.

³²⁹ Halbach, Kündigungsschutz, S. 58.

³³⁰ Vgl. auch die oben zu II. 2 b) (3) a. E. geäußerten Zweifel an der Realisierbarkeit der zügigen Durchführung des Verfahrens nach § 126 InsO.

berufen, innerhalb von 3 Wochen nach Zugang der Kündigung erhoben worden sein muß, gemindert wird.

Die genannten Regelungen könnten nur dann hingenommen werden, wenn die Bestandsschutzfunktion des § 613a BGB und die Möglichkeiten gekündigter Arbeitnehmer, sich gegen ungerechtfertigte Kündigungen erfolgreich zur Wehr setzen zu können, im Kernbereich erhalten bleiben. Das ist im Ergebnis nicht der Fall. Die Möglichkeit der Verwalters, gem. § 128 I, 1 i. V. m. § 125 InsO aufgrund einer vom Erwerber geplanten Betriebsänderung mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich abzuschließen, räumt dem potentiellen Erwerber eine starke Verhandlungsposition ein. Es besteht die Gefahr, daß er die Betriebsübernahme von der vorherigen Durchführung eines Interessenausgleichs sowie den Kündigungen der darin bezeichneten Arbeitnehmer abhängig macht³³¹. Da in dieser Situation sowohl Insolvenzverwalter als auch der potentielle Betriebserwerber Druck auf den Betriebsrat ausüben werden, ist zu befürchten, daß sich dieser nahezu vorbehaltlos auf deren Vorschläge einlassen muß.³³² Der Betriebsübergang kann dazu genutzt werden, sich bestimmter Arbeitnehmer zu entledigen, ohne die Maßstäbe der bei einer betriebsbedingten Kündigung anzuwendenden Sozialauswahl zu beachten. Damit wird die Bestandsschutzfunktion des § 613a BGB in der Insolvenzsituation aufgehoben³³³.

Durch den auf die Wünsche des Erwerbers zugeschnittenen Interessenausgleich mit seiner weitreichenden Vermutungswirkung (vgl. § 125 I Nr. 1; § 128 II, 1. Alt. InsO) erfolgt kein automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse. Der Erwerber entscheidet unter Mithilfe des Insolvenzverwalters und des Betriebsrates praktisch allein über den Fortbestand der Arbeitsverhältnisse³³⁴. Die Klage eines im Interessenausgleich benannten und gekündigten Arbeitnehmers wird wegen der Schwierigkeiten, den Vermutungstatbestand des § 125 I Nr. 1 InsO zu widerlegen, und wegen der weitgehend beschränkten Nachprüfbarkeit der Sozialauswahl durch § 125 I Nr. 2 InsO nur in den geringsten Fällen Aussicht auf Erfolg haben³³⁵. Die Wirkung des Kündigungsschutzverbots in § 613a IV, 1 BGB entfällt damit praktisch ganz.

Die Anwendbarkeit der §§ 126, 127 InsO bei Kündigungen im Zusammenhang mit geplanten Betriebsänderungen, die erst nach der Betriebsveräußerung durchgeführt werden (§ 128 I, 1 InsO), ist hingegen als vertretbarer Kompromiß zwischen der Erhaltung arbeitnehmerrelevanter Schutzpositionen und der Reduzierung der sanierungshemmenden Wirkung des § 613a BGB zu bewerten. Wie unter II. 2. b) (2) ausgeführt wurde, besteht die

³³¹ Vgl. Halbach, Kündigungsschutz, S. 64; Heilmann/Smid, Grundzüge des Insolvenzrechts, S. 271, Rn. 64.

³³² Vgl. auch die Kritik in Abschnitt III.2. b) (3).

³³³ Vgl. hierzu BAG, Urt. v. 17.01.1980, AP Nr. 18 zu § 613a BGB, Bl. 527, 529; BAG, Urt. v. 26.05.1983, AP Nr. 34 zu § 613a BGB, Bl. 1315, 1318; Vgl. BAG, Urt. v. 16.03.1989, 2 AZR 726/87, unveröffentlicht.

³³⁴ So auch Halbach, Kündigungsschutz, S. 70; im Ergebnis auch Schrader, NZA 1997, S. 70, 78.

³³⁵ Vgl. im einzelnen die Ausführungen unter II. 2 b) (3).

Beschränkung des § 1 KSchG durch § 126 InsO ausschließlich in der Begrenzung der gerichtlichen Überprüfung der Sozialauswahl auf die sozialen Grunddaten. Da hier das Gericht die Umgehung des Kündigungsverbotes des § 613a IV, 1 BGB eingehend überprüfen muß, hat § 128 II, 2. Alt. InsO keine negativen Auswirkungen auf den Arbeitnehmerschutz. Somit wird hinreichend gewährleistet, daß der Verwalter - u. U. in Absprache mit dem Betriebserwerber - nur unvermeidbare betriebsbedingte Kündigungen aussprechen und bei der Auswahl vergleichbarer Arbeitnehmer soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigen wird.

Die InsO trifft keine Bestimmungen über die Haftungsbegrenzungen des Betriebserwerbers bei einem Betriebsübergang. Da durch das Gesetz die Möglichkeiten übertragender Sanierungen gefördert werden sollen, ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber von der Weitergeltung des in dem Urteil des BAG vom 17.01.1980³³⁶ aufgestellten Grundsatzes einer teleologischen Reduktion des § 613a BGB ausgeht, so daß auch weiterhin die Haftung des Erwerbers für die bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandenen Ansprüche entfällt. Im Interesse der Rechtssicherheit wäre eine gesetzliche Festlegung dieses Grundsatzes angemessen gewesen³³⁷. Zu bedenken ist auch, daß ein entscheidungserheblicher Umstand die hinreichende Berücksichtigung der Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer durch die bevorzugte Rangstellung der Arbeitnehmeransprüche und deren teilweisen Sicherung durch das Konkursausfallgeld war. Diese Feststellung bedarf für das jetzt geltende Recht einer Überprüfung, weil die Konkursvorrechte der Arbeitnehmer gem. § 61 I Nr. 1 KO durch die Insolvenzordnung abgeschafft wurden (vgl. §§ 38, 39 InsO), und die Masseforderungen gem. § 59 I Nr. 3 KO nunmehr weitgehend Insolvenzforderungen darstellen (vgl. §§ 55 InsO, 38 InsO).

³³⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 17.01.1980, AP Nr. 18 zu § 613a BGB, Bl. 527, 529-530.

³³⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 17.01.1980, AP Nr. 18 zu § 613a BGB, Bl. 527, 530.

IV. Betriebliche Interessenvertretung in der Insolvenz

1. Veränderungen im Mandat der Betriebsräte

Von der wirtschaftlichen Krise und der u. U. notwendigen Insolvenz des Unternehmens bleibt das Mandat des Betriebsrats grundsätzlich unberührt. Anträge auf Eröffnung von Insolvenzverfahren und die entsprechenden Entscheidungen der Gerichte beziehen sich allein auf das Unternehmen und nicht auf den Betrieb im Sinne des BetrVG. Welche betriebsbezogenen konkreten Entscheidungen sodann getroffen werden, hängt ebenso von den einzelnen Fallumständen ab, wie die Frage, wer diese Entscheidungen getroffen hat und für welche Zeiträume sie gelten. Der Insolvenzverwalter kann den Betrieb vollständig oder teilweise fortführen, ganz oder in Teilen veräußern, den Betrieb insgesamt aufrechterhalten oder auch schließen. Diese Möglichkeiten verbleiben dem Verwalter unabhängig davon, ob einem Insolvenzantrag stattgegeben oder er mangels Masse abgewiesen wird³³⁸. An diesem Rechtszustand hat sich durch das teilweise Inkrafttreten der Insolvenzordnung nichts geändert.

Die Amtszeit und das Mandat des Betriebsrats werden auch während der Insolvenz erst dann berührt, wenn der Betrieb oder ggf. Teile des Betriebs geschlossen, oder wenn in anderer Weise die bisherige Identität des Betriebs oder seiner Teile beendet werden. Dies kann etwa durch Organisationsänderungen in Form von Spaltungen und Übertragungen geschehen.

Handelt es sich hingegen um eine Stilllegung, endet das Betriebsratsmandat grundsätzlich mit der Beendigung der betrieblichen Existenz. Für die betriebsverfassungsrechtlichen Folgen der Stilllegung steht dem Betriebsrat ein Restmandat zu. Im einzelnen herrscht über den Beginn und das Ende sowie über die genaue Begründung dieses Restmandats Streit³³⁹. Die überwiegende Meinung geht jedoch mit dem BAG³⁴⁰ davon aus, daß der alte Betriebsrat für Sozialplanfragen uneingeschränkt zuständig ist. Sinngemäß hat das auch für die Maßnahmen gem. §§ 120-128 InsO zu gelten; von der konkreten (Rest-) Größe des insolvenz betroffenen Betriebs kann dies nicht abhängen. Nur so kann in der kritischen Phase von Änderungen oder Abwicklungen eine betriebsratslose Zeit vermieden und der mitbestimmungsrechtliche Schutz der Belegschaft gewährleistet werden³⁴¹. So ist auch über den Stilllegungszeitpunkt hinaus ein Restmandat des Betriebsrats anzunehmen, typischerweise für Verhandlungen über Abschluß und Abwicklung von Sozialplänen³⁴².

³³⁸ Vgl. dazu Oberhofer/Bichlmeier, Der Betriebsrat 1996, S. 82 ff., 111 ff., 113.

³³⁹ Vgl. im einzelnen Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG-Kommentar, § 21, Rn. 54, 56; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG-Kommentar, § 21, Rn. 41; teils a. A. Feudner, BB 1996, S. 1934, 1935.

³⁴⁰ BAG, AP Nr. 9 zu § 112 BetrVG 1972; AP Nr. 20 zu § 111 BetrVG 1972 = BB 1987, S. 2231.

³⁴¹ Vgl. Wlotzke, DB 1995, S. 46.

³⁴² So auch Oberhofer, Bichlmeier, Der Betriebsrat, S. 113.

Nach § 321 UmwG³⁴³ hat der Betriebsrat bei Betriebsspaltungen oder Teilübertragungen ein auf maximal 6 Monate begrenzte Übergangsmandat. Soweit Maßnahmen dieser Art mit Sanierungsbemühungen des Insolvenzverwalters oder eines Betriebserwerbers zusammenfallen, bleibt es auch für die Arbeitnehmer der ausgegliederten Betriebsteile bei einem umfassenden Übergangsmandat des bisherigen Betriebsrat³⁴⁴. Sollte es in diesem Zusammenhang zu Betriebszusammenlegungen kommen, so regelt § 321 Abs. 2 UmwG, daß der Betriebsrat des nach Arbeitnehmerzahl größten Betriebsteils das Übergangsmandat wahrnimmt. § 321 Abs. 2 UmwG enthält im übrigen allgemeine Rechtsgedanken zu einem Übergangsmandat des Betriebsrats, die einer Verallgemeinerung auf vergleichbare Fälle zugänglich sind³⁴⁵.

Keine Änderungen in der Arbeit der Betriebsräte und ihrer Arbeitsbedingungen ergeben sich hinsichtlich des zu ihren Gunsten bestehenden Sonderkündigungsschutzes. § 15 KSchG gilt auch während der Insolvenz.

2. Änderungen in der Arbeitgeberrolle

Wie schon nach bisherigem Recht verbleiben die betriebsverfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten beim Arbeitgeber. Weder Vergleichsverwalter noch Sequester können ohne den Arbeitgeber rechtsverbindlich handeln. Mit ihm zusammen freilich sind sie in der Lage, betriebsverfassungsrechtlich wie auch individualrechtlich zu agieren³⁴⁶. Für den Fall, daß ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, wird der bestellte Verwalter zum "Quasi-"Arbeitgeber. Er übernimmt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse und übt damit auch über die Insolvenzmasse Arbeitgeberfunktionen aus. Der bisherige Arbeitgeber, sei es ein Vorstand, eine Geschäftsführung oder ein gesellschaftsrechtliches Organ, scheidet arbeitsrechtlich aus der Arbeitgeberposition aus. Allenfalls könnte daran gedacht werden, daß der Insolvenzverwalter ausdrücklich Inhaber der bisherigen Arbeitgeberrolle für die Zukunft entsprechend bevollmächtigt.

Der Insolvenzverwalter wird Ansprechpartner des Betriebsrats. Er hat fortan die dem Arbeitgeber aus dem BetrVG zugewiesenen Pflichten und Rechte wahrzunehmen (z. B. nach den §§ 87, 99, 106 ff., 111 ff. BetrVG). Auch ist der Insolvenzverwalter in Verfahren vor der Einigungsstelle, in Beschluß- und Urteilsverfahren vor dem Arbeitsgericht Partei. Mit der Verfahrenseröffnung geht die Prozeßführungsbefugnis auf den Verwalter über; er wird mit der

³⁴³ Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (UmwG) vom 28.10.1994, BGBl. I, 3210 ff.

³⁴⁴ Vgl. dazu Däubler, RdA 1995, S. 144; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG-Kommentar, § 21 Rn. 67. A. A. Feudner, BB 1996, S. 1934, 1936.

³⁴⁵ So ausdrücklich LAG Berlin, Beschluß vom 08.01.1996, BB 1996, S. 1937; so auch Bachner, DB 1995, S. 2068; a. A. Feudner, BB 1996, S. 1934, 1936.

³⁴⁶ Vgl. Oberhofer/Bichlmeier, Der Betriebsrat 1996, S. 111, 113.

Insolvenzmasse Partei. Selbst der allgemeine Gerichtsstand wird nunmehr der Wohnsitz des Verwalters³⁴⁷. Zusammenfassend kann gesagt werden, daß der Insolvenzverwalter umfassend an die Stelle des bisherigen Arbeitgebers tritt. Das gilt für den Abschluß von Betriebsvereinbarungen, Sozialplänen und Interessenausgleichen ebenso wie für Kündigungsanhörungen oder die Beteiligung bei Einstellungen und anderen Maßnahmen nach § 99 BetrVG. Bei den Kosten für Betriebsratsarbeit gem. § 40 BetrVG muß zwischen solchen, die vor Eröffnung des Verfahrens entstanden sind, und solchen, die danach entstanden sind, unterschieden werden. Während die erstgenannten einfache Insolvenzforderungen sind, werden die letzteren zu Masseschulden.

Ein Betriebsrat, der es nach Verfahrenseröffnung mit einem Insolvenzverwalter zu tun hat, wird gesteigertes Gewicht darauf legen müssen, schon im Vorfeld den "besten" Insolvenzverwalter bestellen zu lassen³⁴⁸.

3. Verfahrensrechte der Betriebsräte

Die nach vorzeitigem Inkrafttreten der §§ 120-122, 125-128 InsO den Betriebsräten nunmehr zustehenden Rechtspositionen wurden in den vorangegangenen Textabschnitten bereits ausführlich dargelegt. Für Sozialpläne, die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgestellt werden (§.....) und solche, die vor der Verfahrenseröffnung, jedoch nicht früher als 3 Monate davor aufgestellt worden sind, gelten die Vorschriften der §§ 123 und 124 InsO. Auch zu diesen Bestimmungen wurde bereits erläuternd Stellung bezogen.

³⁴⁷ Vgl. Oberhofer/Bichlmeier, Der Betriebsrat 1996, S. 111, 114.

³⁴⁸ Vgl. dazu genauer Oberhofer/Bichlmeier, Der Betriebsrat 1996, S. 111, 115 f.

E. Einschätzung des neuen Insolvenzrechts und Kritik aus Arbeitnehmersicht

Die erörterten Neuregelungen der Insolvenzverordnung enthalten weitreichende Änderungen der Rechte des Betriebsrates und der Arbeitnehmer des insolventen Unternehmens.

Es konnte gezeigt werden, daß die Insolvenzordnung in einigen Bereichen vertretbare Kompromisse zwischen den oft divergierenden Interessen der Arbeitnehmer und des Verwalters bzw. Betriebserwerbers erzielt, während sie in anderen eine wirtschaftlich zweckmäßige Verwertung des Unternehmens unter Aushöhlung arbeitnehmerrechtlicher Schutzpositionen ermöglicht.

Die Regelungen des § 121 InsO über die Verkürzung des in § 112 I-III BetrVG vorgesehenen Verfahrens zur Herbeiführung eines Interessenausgleichs bei geplanten Betriebsänderungen ist vertretbar, weil sie zu keinen wesentlichen Einschränkungen der Mitwirkungsrechte des Betriebsrats führt. Die Ausgestaltung des § 122 InsO, der eine gerichtliche Zustimmung zur beschleunigten Durchführung einer Betriebsänderung ermöglicht, ist dagegen zu kritisieren. Das Recht des Verwalters, nach dreiwöchigen, ergebnislosen Verhandlungen mit dem Betriebsrat einen Antrag nach § 122 I, 1 InsO zu stellen, schwächt die Verhandlungspositionen des Betriebsrats und setzt ihn unter hohen Druck, möglichst vor Ablauf dieser Frist einen Interessenausgleich mit dem Verwalter abzuschließen. Eine angemessene Vertretung der Arbeitnehmerinteressen wird hierdurch stark gefährdet. § 125 InsO, der Modifikationen des § 1 KSchG bei einem zwischen Verwalter und Betriebsrat zustande gekommenen Interessenausgleich neuer Art bei geplanten Betriebsänderungen des Insolvenzverwalters oder des Betriebserwerbers (vgl. § 128 i. V. m. § 125 InsO) festlegt, ist aus Arbeitnehmersicht inakzeptabel. Er birgt die Gefahr des Mißbrauchs durch den Insolvenzverwalter - ggf. in Zusammenarbeit mit dem Betriebserwerber -, mit Hilfe des Betriebsrats eine Betriebsbelegschaft nach Gutdünken und ohne Rücksicht auf soziale Schutzpositionen zusammenzustellen. Bei geplanten Betriebsänderungen des Betriebserwerbers (vgl. § 128 InsO) bietet der Interessenausgleich eine wirksame Umgehungsmöglichkeit des Kündigungsverbot des § 613a IV, 1 BGB. Die Bestandsschutzfunktion des § 613a BGB ist damit ausgehöhlt.

Den in einem Interessenausgleich genannten Arbeitnehmern wird ein effektiver Rechtsschutz gegen ungerechtfertigte Kündigungen versagt. Hierin kommt zum Ausdruck, daß der Gesetzgeber dem individuellen Interesse der Arbeitnehmer am Erhalt ihrer Arbeitsplätze in der Insolvenz ungerechtfertigterweise keinen bedeutenden Wert beimißt. Durch die Regelungen des § 125 und des § 128 i. V. m. § 125 InsO schafft die Insolvenzordnung ein Krisen-Arbeitsrecht, das dem insolventen Unternehmen unangemessene Wettbewerbsvorsprünge verschafft und damit wettbewerbs- und ordnungspolitische Probleme aufwirft. Dieses Ergebnis steht in deutlichem Widerspruch zu den wettbewerbspolitischen Zielsetzungen des

Gesetzgebers. Möglicherweise wird aufgrund des verminderten kündigungsrechtlichen Bestandsschutzes in der Insolvenz ein verstärkter Sog in die Insolvenz eintreten. Diesen wollte der Gesetzgeber jedoch verhindern.

Dem Betriebsrat wird unter Geltung der InsO besonders im Bereich des Interessenausgleichs nach § 125 InsO (vgl. auch § 128 i. V. m. § 125 InsO) eine Schlüsselrolle zufallen. Sollte es ihm gelingen, sich gegen den Druck des Verwalters und ggf. des Betriebserwerbers zu behaupten und die individuellen Interessen der Arbeitnehmer verantwortungsvoll zu vertreten, so könnte er die eklatanten negativen Konsequenzen dieser Vereinbarung eindämmen. Zu bedenken ist jedoch, daß er in der Extremsituation der Insolvenz generell kollektiven Arbeitnehmerinteressen Priorität vor individuellen einräumen und die Vorschläge des Insolvenzverwalters wegen möglicher gleichgerichteter Interessen anerkennen müßte.

Das gerichtliche Beschlußverfahren nach § 126 InsO (vgl. auch § 128 i. V. m. § 126 InsO) und die Vorschriften des § 127 InsO (vgl. auch § 128 i. V. m. § 127 InsO) über die Bindungswirkung der rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung sind hinnehmbar, wenn und soweit Kündigungen hinreichend umfassend überprüft werden. Die Möglichkeit vorgezogener Kündigungen von Arbeitnehmern bei einem Betriebsübergang, deren Wirksamkeit im Verfahren nach § 126 i. V. m. § 128 InsO überprüft wird, kann akzeptiert werden, weil der Schutz des § 613a BGB in seinem Kernbereich erhalten bleibt. Fraglich ist jedoch, ob das gesetzgeberische Ziel der beschleunigten Klärung der Wirksamkeit von Kündigungen im Rahmen des komplexen Verfahrens nach § 126 InsO mit einer hohen Anzahl von Beteiligten erreicht werden kann.

Trotz einiger Kritikpunkte zu den Regelungen der §§ 123, 124 InsO über Sozialpläne werden sich die Befriedigungsaussichten der Sozialplangläubiger verbessern, sofern unter Geltung des zukünftigen Rechts die Verfahrensmassen tatsächlich ansteigen werden.

Wegen einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe der untersuchten Normen, die der gerichtlichen Konkretisierung bedürfen, lassen sich die konkreten Auswirkungen der Neuregelungen auf die betroffenen Arbeitnehmer noch nicht abschätzen.

Offen ist ferner, in welchem Maße Insolvenzverwalter nach den fakultativen Regelungen der InsO (vgl. § 122, § 124 I, § 126, § 128 i. V. m. § 126 InsO) vorgehen werden.

Die Auswirkungen der neuen Rechtslage hängen außerdem in entscheidendem Maße davon ab, inwieweit die Betriebsräte und besonders die Insolvenzverwalter gegenüber den Arbeitnehmern verantwortungsbewußt handeln.

Abzuwarten bleibt schließlich die Antwort auf die Hauptfrage, ob die Insolvenzordnung tatsächlich zu einer vermehrten Anzahl unternehmensinterner und übertragender Sanierungen führen wird. Sollte diese Entwicklung eintreten, so wird zumindest ein Teil der Arbeitnehmer von der neuen Rechtslage profitieren können, während sie sozial schwachen und schutzbedürftigen Arbeitnehmer benachteiligt sein werden.

