

SPIEKER ARENS LEINER

Rechtsanwälte Notare

Arbeitsrecht in der Insolvenz

Bielefeld, 07.10.2019

Wolfgang Arens, Bielefeld

Rechtsanwalt und Notar

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Fachanwalt für Steuerrecht

Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Alfred-Bozi-Straße 15
33602 Bielefeld

kanzlei@sal-bielefeld.de
www.sal-bielefeld.de

Telefon 0521 – 770158 0
Telefax 0521 – 770158 11

Die Arbeitgeberstellung in der Insolvenz Konkursverwalter, Insolvenzverwalter, Eigenverwaltung

Nach früherem Konkursrecht (§ 6 KO) ging mit Eröffnung des Konkursverfahrens das **Verwaltungs- und Verfügungsrecht** und damit die Arbeitgeberstellung auf den Konkursverwalter über.

Für den Insolvenzverwalter gilt im **Regelfall** dasselbe
(§ 80 Abs. 1 InsO).

Die Arbeitgeberstellung in der Insolvenz Konkursverwalter, Insolvenzverwalter, Eigenverwaltung

Der Gemeinschuldner kann ausnahmsweise die **Arbeitgeberstellung** im Fall der Anordnung der **Eigenverwaltung** durch das Insolvenzgericht behalten.

Der Schuldner ist dann berechtigt, unter der **Aufsicht eines Sachwalters** die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie zu verfügen (§ 270 Abs. 1 InsO).

Vorläufiger Insolvenzverwalter

a) Schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter (1)

Wurde dem vorläufigen Insolvenzverwalter nicht die allgemeine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, sondern nur dem Gemeinschuldner ein **Zustimmungsvorbehalt** nach §§ 22 Abs. 2, 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 InsO auferlegt worden, verbleibt die **Arbeitgeberstellung** und damit i.d.R. auch die **Kündigungsbefugnis** und die **Haftung** für die weiter entstehenden Arbeitsvergütungsansprüche beim **Gemeinschuldner**.

Vorläufiger Insolvenzverwalter

a) Schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter (2)

Jedoch bedarf dann eine vom Gemeinschuldner ausgesprochene **Kündigung eines Arbeitsverhältnisses** der Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters, wenn Verfügungen des Schuldners nur mit **Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters** zulässig sind.

Die Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters ist **in urkundlicher Form beizufügen**, andernfalls kann sie nach § 182 Abs. 3 BGB i.V.m. § 111 S. 2 BGB zurück gewiesen werden.

Vorläufiger Insolvenzverwalter

b) **Starker vorläufiger Insolvenzverwalter**

Hat bereits die allgemeine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis und damit die **Arbeitgeberstellung**.

c) **Schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter mit Arbeitgeberbefugnis**

Die Arbeitgeberfunktion und damit auch die **Passivlegitimation** in einem Kündigungsprozess soll auch dann bei dem Gemeinschuldner verbleiben, wenn nach der sog. „Berscheid’schen Formel“ einem solchen „**schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter**“ im gerichtlichen Bestellungsbeschluss nur einzelne Befugnisse, wie etwa die **Arbeitgeberbefugnisse** und insbesondere die **Kündigungsbefugnis**, eingeräumt werden.

Unterbrechung des Verfahrens

Ein vom Gemeinschuldner geführter Rechtsstreit wird erst mit der Verfahrenseröffnung nach den Regelungen der **§§ 239, 242 ZPO** bis zu seiner Aufnahme durch den Verwalter **unterbrochen**.

Ausnahmsweise geschieht dies auch schon mit der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters falls es sich um einen **„starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter** handelt.

BAG v. 5.11.2009 – 2 AZR 609/08, ZInsO 2010, 438.

Der **Insolvenzschuldner** kann gegen ein nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ergangenes **Urteil** mit einem **Rechtsmittel** geltend machen, der Rechtsstreit sei infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vor Urteilsverkündung nach § 240 ZPO unterbrochen worden, wenn das mit der Sache befasste Gericht diese Rechtsfolge außer Acht gelassen und ein Urteil verkündet hat, durch das der Insolvenzschuldner materiell beschwert ist.

BAG v. 24.1.2001 - 5 AZR 228/00, ZInsO 2001, 727, 728;
BAG v. 26.6.2008 – 6 AZR 754/06, DZWIR 2009, 19;

zum Konkursverfahren:

BGH v. 16.1.1997 - IX ZR 220/96, NJW 1997, 1445;
BGH v. 21.6.1995 - VIII ZR 224/94, AP ZPO § 240 Nr. 4;
RG v. 15.11.1906 - VI 111/06, RGZ 64, 361, 363.

Während einer solchen Verfahrensunterbrechung nach §§ 239, 242 ZPO kann also der Insolvenzverwalter, der ein gegen § 240 ZPO verstoßendes Urteil aus der Welt schaffen will, ein **Rechtsmittel einlegen, ohne** die Unterbrechung durch eine **Aufnahme des Verfahrens** zunächst **beenden zu müssen**.

Die Einlegung des Rechtsmittels **setzt die Beendigung der Unterbrechung nicht voraus**, da der unterbrochene Rechtsstreit – der fälschlicherweise fortgesetzt und durch ein Urteil abgeschlossen wurde - sachlich nicht weiterbetrieben wird.

BGH v. 26.5.1953 - V ZR 71/52, LM KO § 146 Nr. 1; BGH v. 30.9.1968 - VII ZR 93/67, BGHZ 50, 397, 400; BGH v. 5.11.1987 - III ZR 86/86, BGHR ZPO § 249 Abs. 2 – Prozesshandlung 1; BGH v. 16.1.1997 - IX ZR 220/96, NJW 1997, 1445; BGH v. 21.2.2000 - II ZR 231/98, ZIP 2000, 705; BAG v. 18.10.2006 - 2 AZR 563/05, ZIP 2007, 745; BAG v. 3.6.1954 - 1 AZB 6/54, BAGE 1, 22; BAG v. 20.2.1979 - 6 AZR 624/77, BAGE 31, 309.

Unterbrechung des Verfahrens wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens I

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

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

BAG v. 18.10.2006 - 2 AZR 563/05, ZIP 2007, 745.

Unterbrechung des Verfahrens wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens II

Ein **Kündigungsrechtsstreit** wird durch die **Eröffnung des
vereinfachten Verbraucherinsolvenzverfahrens über das
Vermögen des Arbeitnehmers**
nicht nach § 240 S. 1 ZPO unterbrochen.

Er betrifft nicht die Insolvenzmasse, sondern einen
höchstpersönlichen Anspruch des Klägers.

BAG v. 5.11.2009 – 2 AZR 609/08, ZInsO 2010, 438.

Unterbrechung des Verfahrens wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens IV

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

Das gilt jedoch nicht für den Teil der Rechtsanwaltsgebühren, die bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind. Es handelt sich bei solchen **vorinsolvenzlichen Honoraransprüchen** um einfache Insolvenzforderungen.

BAG v. 9.12.2009 – 7 ABR 90/07, ZIP 2010, 588;
entgegen BAG v. 17.8.2005 – 7 ABR 56/04, ZIP 2006, 144
LAG München v. 10.5.2007 – 2 TaBV 36/06, ZIP 2008, 35.

Unterbrechung wegen Verfahrenseröffnung im Ausland

Die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über eine Beklagte im **EU-Ausland** (hier: in Luxemburg) unterbricht den in Deutschland anhängigen (die Insolvenzmasse betreffenden) Prozess nach § 46 Abs. 2 ArbGG, § 240 ZPO.

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

LAG Rheinland-Pfalz v. 14.7.1997 – 8 Ta 94/97, BB 1998, 55;
in Abweichung von BGH v. 7.7.1988 – I ZB 7/88, NJW 1988, 3096.
LAG Hessen v. 14.12.2010 – 13 Sa 969/10, ZIP 2011, 269.

Ein Antrag des Arbeitgebers nach **Chapter 11 des U.S.-Bankruptcy Code** und das dadurch automatisch ausgelöste Reorganisationsverfahren unterbrechen nach der Auffassung des BAG den Kündigungsschutzprozess.

Die **Aufnahme dieses Rechtsstreits durch den Kläger** beendet jedoch die Unterbrechung.

Für die **Fortsetzung** des Kündigungsschutzprozesses bedarf es nicht einer gerichtlichen Aufhebung des U.S.-amerikanischen Verfahrensstillstandes.

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

Haftung aus Arbeitsverhältnissen / Anfechtung / Rechtswegfragen

Klagen des Insolvenzverwalters

Die Insolvenzordnung sieht in den **§§ 129 ff. InsO** die **Anfechtung von Rechtshandlungen durch den Insolvenzverwalter** vor, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und die Gläubiger benachteiligen.

In Betracht kommen insbesondere die **Anfechtungstatbestände** der §§ 130, 131, 133 InsO

Was durch anfechtbare Handlung erlangt ist, **muss** gemäß § 143 Abs. 1 S. 1 InsO **zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden.**

Eine Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 129 Abs. 1 InsO kann auch dann vorliegen, wenn die Rückgewähr des durch eine anfechtbare Rechtshandlung Erlangten **zu keiner signifikanten Verbesserung der Befriedigung der Insolvenzgläubiger** im Rahmen des Verteilungsverfahrens führt.

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

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

Ist der Gläubiger ein Arbeitnehmer des Schuldners **ohne Einblick in die Liquiditäts- oder Zahlungslage** des Unternehmens, trifft ihn in der ihm bekannten Krise insoweit **keine Erkundigungspflicht**.

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

Verneinend LG Neuruppin v. 9.1.2009 – 3 O 374/07, ZInsO 2009, 282 für die auf die Agentur für Arbeit wegen Zahlung von Insolvenzgeld übergegangenen Vergütungsansprüche.

Weiß ein Arbeitnehmer, dem der Arbeitgeber in der Krise noch Zahlungen auf rückständige Lohnforderungen erbringt, dass der Arbeitgeber außerdem **noch anderen Arbeitnehmern Lohn schuldig** ist, rechtfertigt allein diese Kenntnis nicht den Schluss auf die **Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung** des Arbeitgebers.

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

BGH v. 15.10.2009 - IX ZR 201/08, ZIP 2009, 2306 .

§ 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO **begegnet** nach der Auffassung des BAG
keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Er **verletzt** insbesondere **nicht** die **Eigentumsgarantie** des Art. 14
Abs. 1 GG oder den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1
GG i.V.m. dem durch Art.20 Abs. 1 GG gewährleisteten
Sozialstaatsprinzip.

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

Eine **Befriedigung durch Zwangsvollstreckung** begründet nach der Rechtsprechung von BGH und BAG eine Anfechtbarkeit nach § 131 InsO.

Dem Rückgewähranspruch des Insolvenzverwalters nach § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO kann der Arbeitnehmer **nicht** den **Entreicherungseinwand** des § 818 Abs. 3 BGB entgegenhalten.

BGH v. 9.9.1997 - IX ZR 14/97, NJW 1997, 3445;

BGH v. 20.1.2011 - IX ZR 8/10, DB 2011, 468.

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

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

Die Erfüllung der Entgeltforderung eines Arbeitnehmers mittels **Forderungspfändung** kann als sog. **inkongruente Deckung** nach § 131 InsO anfechtbar sein.

Die **Pfändung und Überweisung** einer Forderung einerseits und die Zahlung durch den Drittschuldner andererseits sind **selbstständige Rechtshandlungen**.

BAG v. 18.10.2018 – 6 AZR 506/17, NZA 2019, 203.

Anlass, eine **verfassungsrechtlich legitimierte Anfechtungssperre** in Höhe des auf den Vergütungszeitraum entfallenden **Existenzminimums** zu erwägen, besteht nicht, wenn die Rückforderung im Wege der Insolvenzanfechtung gemäß § 131 Abs. 1 InsO deshalb erfolgt, weil die Vergütung unter dem Druck einer drohenden Zwangsvollstreckung gezahlt wurde.

Das gilt auch dann, wenn die Rückforderung gezahlte **Ausbildungsvergütung** betrifft und wenn das Insolvenzverfahren auf einen schon längere Zeit vor der Zahlung gestellten Antrag hin eröffnet wurde.

BAG v. 26.10.2017 – 6 AZR 511/16, ZIP 2018, 32

Auch in Fällen sog. inkongruenter Deckung kann es nach der Auffassung des LAG Köln aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten sein, dass das **Existenzminimum**, das auch die **Pfändungsfreibeträge** nach § 850c ZPO bestimmt, anfechtungsfrei bleibt.

Es spricht viel dafür, dass bei den Anfechtungsfällen des § 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO die **Inkongruenz für den Anfechtungsgegner objektiv erkennbar** sein muss.

LAG Köln v. 6.3.2015 – 4 Sa 726/14, ZIP 2015, 2183

Der Arbeitnehmer hat das **erlangte Nettoentgelt** an den
Insolvenzverwalter **zurück zu gewähren**
Insolvenzrechtlich wird nur die Rückgewähr dessen geschuldet,
was aus dem Vermögen des Schuldners infolge der
angefochtenen Handlung an den Arbeitnehmer geflossen ist.

Dies wird mittelbar durch die **Begrenzung des Insolvenzgelds auf
das Nettoentgelt** bestätigt.

BAG v. 27.2.2014 – 6 AZR 367/13, NZA 2014, 681.

Erhielt der Arbeitnehmer dagegen - sei es durch Leistung des Schuldners oder eines Drittschuldners - das **Bruttoentgelt**, muss er dieses an die Insolvenzmasse **zurückgewähren**.

Dies gilt auch dann, wenn er **in der Zwischenzeit** seinen **Sozialversicherungsbeitrag und/oder die Einkommenssteuer selbst abgeführt** hat. Die entsprechende Rückabwicklung bzw. Verrechnung vollzieht sich nach den steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Regelungen.

BAG v. 18.10.2018 – 6 AZR 506/17, NZA 2019, 203

Bei einer Anfechtung von Vergütungszahlungen durch den Insolvenzverwalter besteht lediglich dann ein **Anspruch auf Insolvenzgeld** nach § 165 Abs. 1 InsO, wenn der Arbeitnehmer die anfechtbaren Vergütungszahlungen tatsächlich an den Insolvenzverwalter ausgekehrt hat und seine **Vergütungsansprüche** damit gemäß § 144 Abs. 1 InsO **wieder aufleben**.

LSG Nordrhein-Westfalen v. 25.2.2016 – 9 AL 70/14, NZI 2016, 497

Bargeschäfte sind nach § 142 InsO nur unter den Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar.

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

BAG v. 6.10.2011 – 6 AZR 262/10, NZA 2012, 331;

BAG v. 6.10.2011 – 6 AZR 731/10, NJW 2011, 1211;

BAG v. 6.10.2011 – 6 AZR 732/10, ZInsO 2012, 842.

Eine sich in „**verspäteten Entgeltzahlungen**“ ausdrückende **Kreditgewährung schließt**, weil es notwendigerweise an einem engen zeitlichen Zusammenhang des Leistungsaustausches mangelt, ein **Bargeschäft aus**.

Danach **fehlt es jedenfalls an einem unmittelbaren Leistungsaustausch**, wenn monatlich fällige Lohnzahlungen **zwei Monate nach Beendigung der** damit korrespondierenden **Arbeitstätigkeit** erbracht werden.

BGH v. 10.7.2014 – XI ZR 192/13, DB 2014, 1731 = ZIP 2014, 1491;
dazu auch LG Dresden v. 9.5.2014 – 10 O 2237/13, NZI 2014, 654.

Danach ist der für ein Bargeschäft erforderliche **Unmittelbarkeitszusammenhang** noch gegeben, wenn im Falle einer monatlichen Vorleistungspflicht die **Entgeltzahlung innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit** vorgenommen wird.

BGH v. 10.7.2014 – XI ZR 192/13, DB 2014, 1731 = ZIP 2014, 1491.

Soweit kein Bargeschäft vorliegt, kann allerdings nach Ansicht des BGH – entgegen der Auffassung des BAG – auch ein etwaiges Existenzminimum des Arbeitnehmers **nicht** mittels einer **beschränkenden Auslegung der §§ 129 ff InsO** anfechtungsfrei gestellt werden.

Die Arbeitnehmer **einseitig begünstigende Auslegung des § 142 InsO durch das BAG** sei mit der Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz (**Art.20 Abs. 3 GG**) **nicht vereinbar**.

BGH v. 10.7.2014 – XI ZR 192/13, DB 2014, 1731 = ZIP 2014, 1491;
dazu auch LG Dresden v. 9.5.2014 – 10 O 2237/13, NZI 2014, 654.

Inzwischen hat der Gesetzgeber mit der **Neuregelung des Insolvenzanfechtungsrechts** die Streitfrage im Sinne des BAG gelöst:

„§ 142 InsO - Bargeschäft

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

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

Das LAG Köln hatte sich mit einem besonderen Sachverhalt zu befassen. Ein Insolvenzverwalter über das Vermögen eines Arbeitgebers erklärte gegenüber einer dort (vormals) beschäftigten, **freigestellten Arbeitnehmerin (Ex-Ehefrau)** die Anfechtung und forderte von der Arbeitnehmerin die Rückzahlung von Arbeitsentgelt für einen Zeitraum von **nahezu vier Jahren** aufgrund einer insolvenzrechtlich unzulässigen sog. **unentgeltlichen Leistung i.S.v. § 134 Abs. 1 InsO.**

LAG Köln v. 8.1.2014 – 5 Sa 764/13

Das **BAG** hat diese Auffassung **bestätigt.**

BAG v. 17.12.2015 – 6 AZR 186/14, NJW 2016, 970

Anfechtung und Ausschlussfristen

Auf den insolvenzrechtlichen Rückgewähranspruch nach § 143 Abs. 1 InsO wegen anfechtbar geleisteter Vergütung finden die **tarifvertragliche Ausschlussfrist** Anwendung.

LAG Hannover v. 22.3.2012 – 7 Sa 1052/11, ZIP 2012, 1977

Das LAG Nürnberg vertritt eine differenzierende Auffassung: Nicht die Anfechtung gem. §§ 129 ff. InsO als solche, aber der **insolvenzrechtliche Rückgewähranspruch gemäß § 143 InsO** kann der tariflichen Ausschlussfrist unterliegen.

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

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

Die insolvenzrechtlichen Anfechtungsregelungen sind
zwingendes Recht, in welches die Tarifvertragsparteien nicht
eingreifen dürfen.

§ 146 InsO, der für die Insolvenzanfechtung auf die Regelungen
über die regelmäßige **Verjährung** nach dem BGB verweist,
normiert die zeitliche Begrenzung des Anfechtungsrechts
abschließend.

BAG v. 24.10.2013 – 6 AZR 466/12, ZIP 2014, 91.

Rechtswegfragen

Nach der ständigen Rechtsprechung des **BGH** gehört der **Anfechtungsrechtsstreit** als **bürgerlich-rechtliche Streitigkeit** gemäß **§ 13 GVG** vor die ordentlichen Gerichte.

Ein **insolvenzrechtlicher Rückgewähranspruch** ist ein **bürgerlich-rechtlicher Anspruch**, der die materiellen Ordnungsvorstellungen des Insolvenzrechts gegenüber sämtlichen Gläubigern nach §§ 129 ff InsO durchsetzt.

Grundsätzlich **verdrängt** er die allgemeinen **Regelungen** etwa **im Schuldrecht, im Handels- und Arbeitsrecht sowie im Sozialversicherungs-, Steuer- und Abgabenrecht.**

GmS-OBG v. 29.10.1987 - GmS 1/86, BGHZ 102, 280;
BGH v. 9.1.2003 - IX ZR 175/02, BGHZ 114, 315;
BGH v. 2.6.2005 - IX ZB 235/04, WM 2005, 1573;
BGH v. 27.7.2006 - IX ZB 141/05, ZIP 2006, 1603;
BGH v. 21.9.2006 - IX ZR 89/05, WM 2006, 2382.

Dem sind das **BAG** und der **Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes** nicht gefolgt:

Fordert der Insolvenzverwalter vom Arbeitnehmer Rückzahlung der vom Schuldner vor Insolvenzeröffnung geleisteten Vergütung wegen Anfechtbarkeit der Erfüllungshandlung (§§ 129 ff. InsO), ist der **Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen** eröffnet.

BAG v. 4.3.2008 - 5 AZB 43/07, ZIP 2008, 667;

BAG v. 27.2.2008 – 5 AZB 43/07, ZIP 2008, 1499;

BAG v. 31.3.2009 – 5 AZB 98/08, ZIP 2009, 831;

GemSOGB v. 27.9.2010 - GmS-OGB 1/09, NJW 2011, 1211

In verfahrensrechtlicher Hinsicht sieht sich der **BGH** jedoch an den **von den Vorinstanzen angenommenen Rechtsweg** zu den ordentlichen Gerichten gemäß § 17a Abs. 5 GVG **gebunden**.

Einer weiteren Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes bedürfe es deshalb nicht.

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

BGH v. 2.4.2009 - IX ZB 182/08, ZIP 2009, 825;

BGH v. 15.10.2009 – IX ZR 201/08, ZIP 2009, 2306;

BGH v. 19.7.2012 – IX ZB 27/12, ZIP 2012, 1681.

Nach der **Auffassung des 5. Senats des BAG** sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für eine vom Arbeitnehmer gegen den Insolvenzverwalter erhobene **leugnende Feststellungsklage**, mit der der Arbeitnehmer festgestellt wissen will, dass er aus keinem rechtlichen Grund die Rückzahlung verspätet erhaltener Lohnzahlungen des in die Insolvenz gefallenen Arbeitgebers schuldet.

BAG v. 31.3.2009 - 5 AZB 98/08, ZIP 2009, 831.

Durch Art. 1 Nr. 17 des "Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches des Sozialgesetzbuchs und anderer Gesetze" vom 19.12.2007 (BGBl. I 2007, S. 3024) hat die neu geschaffene **Vorschrift des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV** diese Anfechtbarkeit ausschließen sollen. Der Rechtsänderungswille ergibt sich bereits aus dem gewählten gesetzestechnischen Mittel einer Fiktion:
"Die Zahlung des vom Beschäftigten zu tragenden Teils des Gesamtsozialversicherungsbeitrags gilt als aus dem Vermögen des Beschäftigten erbracht."

Die Neufassung ist mit Wirkung zum 1.1.2008 in Kraft getreten. Sie entfaltet nach Auffassung des BGH **keine Rückwirkung**.

BGH v. 27.3.2008 - IX ZR 210/07, NZI 2008, 293;
LG Hamburg v. 22.1.2008 - 303 O 359/07, ZInsO 2008, 277, 278.

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

Zahlungen der Arbeitgeber auf Gesamtsozialversicherungsbeiträge können - ungeachtet der Regelung des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV - als Rechtshandlung des Arbeitgebers im Insolvenzverfahren über dessen Vermögen als **mittelbare Zuwendung an die Einzugsstelle** angefochten werden. § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV steht der Annahme einer Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 129 Abs. 1 InsO nicht entgegen.

LG Schwerin v. 28.11.2008 – 6 S 100/08, ZIP 2009, 43;

BGH v. 5.11.2009 – IX R 233/08, ZInsO 2009, 2293;

BGH v. 7.4.2011 – IX ZR 118/10, ZIP 2011, 966.

Für insolvenzrechtliche Anfechtungsklagen gegen Sozialversicherungsträger ist nach der Auffassung des **BGH** der **Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten** gegeben.

BGH v. 24.3.2011 - IX ZB 36/09, ZIP 2011, 683.

Dem folgt das **OLG Frankfurt** unter Hinweis auf die Rechtsprechung des **Gemeinsamen Senats** der Obersten Gerichtshöfe des Bundes nicht:

Bei Anfechtungsklagen des Insolvenzverwalters sei auf das **zugrunde liegende Rechtsverhältnis** abzustellen.

Daher muss er für die Rückforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen im Rahmen der Anfechtung gegen die Einzugsstelle (Krankenkasse) nach § 51 Abs. 1 SGG den **Rechtsweg zu den Sozialgerichten** beschreiten.

OLG Frankfurt v. 21.3.2011 – 13 W 15/11, ZIP 2011, 1444

Der Insolvenzverwalter ist nach dem Informationsfreiheitsgesetz (IFG) berechtigt, **von Sozialversicherungsträgern Auskunft über vom Schuldner und Dritten geleistete Zahlungen auf die Beitragsschuld zu verlangen**, ohne dass Verweigerungsgründe dem entgegenstehen.

Insbesondere kann der Sozialversicherungsträger sich nicht darauf berufen, dass die **Auskunftsregelungen der InsO** vorrangig sind, die wirtschaftlichen Interessen der Sozialversicherungsträger durch die Informationserteilung beeinträchtigt sind oder dass der Insolvenzverwalter sich die Informationen anderweitig zu beschaffen hat.

Für Ansprüche nach dem Informationsfreiheitsgesetz (IFG) sind die **Verwaltungsgerichte zuständig**, auch wenn sich der Auskunftsanspruch gegen einen Sozialversicherungsträger oder die Finanzverwaltung richtet.

VG Freiburg v. 21.9.2011 - 1 K 734/10, NZI 2011, 825

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

VG Aachen v. 19.3.2014 – 8 K 1816/13

VG Köln v. 1.12.2016 – 13 K 2824/15, NZI 2017, 294

OVG Münster v. 15.6.2011 – 8 A 1150/10, NZI 2011, 915

OVG Berlin-Brandenburg v. 4.9.2014 – OVG 12 N 84.13, ZIP 2014, 2047

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

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

BSG v. 4.4.2012 – B 12 SF 1/10 R, NZI 2013, 197

BVerwG v. 15.10.2012 – 7 B 2/12, NZI 2012, 1020

BVerwG v. 17.4.2013 – 7 B 6.13, ZIP 2013, 1252

BFH v. 8.1.2013 – VII ER-S 1/12, ZIP 2013, 1252; die Vorlage des BVerwG v. 15.10.2012 - 7 B 2/12, an den GemS-OBG hat sich dadurch erledigt

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

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

Bislang verfügen die Länder Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Niedersachsen und Sachsen noch nicht über solche IFG.

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

OVG Magdeburg v. 23.4.2014 – 3 L 319/13, NZI 2014, 873

Klagen gegen Geschäftsführungsorgane / persönlich haftende Gesellschafter

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

Der Arbeitnehmer, der bei vorsätzlicher **Insolvenzverschleppung** i.S.v. § 64 Abs. 1 GmbHG für die insolvenzreife GmbH weiterhin Arbeitsleistungen erbringt, ist als sog. **Neugläubiger nicht auf den Quotenschaden beschränkt.**

Ein durch die Verschleppung kausal verursachter Schaden ist jedoch **nicht** darin zu sehen, dass die GmbH die **Vergütung nicht mehr zahlt.**

BAG v. 13.6.1997, GmbHR 1997, 1061.

LAG Hessen v. 11.8.2000 – 2 Sa 1114/99, DB 2001, 288.

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

Der **Geschäftsführer einer GmbH** haftet der Agentur für Arbeit aber aus § 826 BGB wegen verspäteter Stellung eines Insolvenzantrags nur dann auf Erstattung von Insolvenzgeld, wenn der **Gläubiger** nach den Rechtsgrundsätzen der Zurechnung eines **schadenstiftenden Unterlassens** den ihm obliegenden Beweis dafür führen kann, dass die **Zahlung von Insolvenzgeld bei rechtzeitiger Stellung des Insolvenzantrags vermieden** worden wäre.

Für die Anerkennung von **Darlegungs- und Beweiserleichterungen** ist jedenfalls dann kein Raum, wenn zwischen dem Zeitpunkt der nachgewiesenen Zahlungsunfähigkeit und der Zeitspanne des Insolvenzgeldbezugs ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht.

OLG Saarbrücken v. 21.11.2006 – 4 U 49/06-16, ZIP 2007, 328.

Der **BGH** hat diese Rechtsprechung **bestätigt**,
in ihren Einzelvoraussetzungen, insbesondere zur
Schadensberechnung, aber **eingeschränkt**:

Nimmt die Bundesagentur für Arbeit den Geschäftsführer wegen
verspäteter Insolvenzantragstellung auf Ersatz von ihr geleisteten
Insolvenzgeldes aus § 826 BGB in Anspruch, so stellt sich der
Einwand des Beklagten, Insolvenzgeld hätte auch bei
rechtzeitiger Antragstellung gezahlt werden müssen, als
qualifiziertes Bestreiten der Schadensentstehung dar, für die die
Bundesagentur darlegungs- und beweispflichtig ist.
Der Einwand ist nicht nach den Grundsätzen zu behandeln, die
beim Vortrag einer **Reserveursache** oder eines **rechtmäßigen
Alternativverhaltens** gelten.

BGH v. 18.12.2007 – VI ZR 231/06, ZIP 2008, 361;
BGH v. 13.10.2009 – VI R 288/08, GmbHR 2010, 138.

Das **LG Stuttgart** stellt sich gegen diese Auffassung :
Die Bundesagentur für Arbeit sei im Hinblick auf die auf sie nach
§ 187 SGB III übergehenden Ansprüche **nicht in den
Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht mit einbezogen.**

LG Stuttgart v. 13.6.2008 – 15 O 228/07, ZIP 2008, 1428.

Es ist aber vom OLG Stuttgart korrigiert worden.

OLG Stuttgart v. 27.10.2009 – 6 U 60/09, ZInsO 2010, 245

Welche **Rechtsnatur** das **Beschäftigungsverhältnis eines GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz** der Gesellschaft hat, hatte das LAG Mainz zu entscheiden. Der alleinige Gesellschafter-Geschäftsführer machte geltend, nach der Insolvenzeröffnung sei das **Beschäftigungsverhältnis zum Arbeitsverhältnis geworden** und er genieße deshalb nunmehr **Kündigungsschutz**.

Das LAG Mainz hat zunächst zwar die **funktionelle Zuständigkeit der angerufenen Arbeitsgerichtsbarkeit** bejaht mit der Begründung, dass die Klage nur Erfolg haben könne, wenn ein Arbeitsverhältnis vorliege (sic non – Rechtsprechung).

Das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sei somit im Rahmen der **Begründetheit der Klage** zu prüfen, nicht schon bei der Zulässigkeit (**Rechtswegzuständigkeit**).

Das Gericht kommt jedoch zu dem Ergebnis, dass die Klage **unbegründet** sei, weil durch die Weiterbeschäftigung des GmbH-Geschäftsführers im eröffneten Insolvenzverfahren aus dem vormaligen Dienstverhältnis **nicht** ein **Arbeitsverhältnis** werde.

Seine Tätigkeit beruhe auf §§ 97 Abs. 2, 101 Abs. 1 Satz 1 InsO, wonach der Schuldner bzw. dessen **organschaftlicher Vertreter den Insolvenzverwalter bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu „unterstützen“** habe, ungeachtet der Tatsache, dass der Insolvenzverwalter für die Tätigkeit **Verdienstabrechnungen erteilt und Sozialversicherungsbeiträge bzw. Lohnsteuern einbehalten** habe.

Insoweit sei die **sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Behandlung** für die arbeitsrechtliche Bewertung **unmaßgeblich**.

War der Kläger **als Geschäftsführer nicht abberufen** worden und war er **bei Klageerhebung** als Geschäftsführer der Schuldnerin **im Handelsregister eingetragen**; dann betreffen seine Kündigungsschutzklage und die etwaigen weiteren Anträge das **der fortbestehenden Organstellung** zugrunde liegende Rechtsverhältnis der Parteien.

Damit greift die **Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG** - unabhängig davon, ob dieses Rechtsverhältnis materiell-rechtlich ein Arbeitsverhältnis ist - , sowohl für die Kündigungsschutzanträge als auch für den Zahlungsantrag.

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

Das BAG hatte danach erneut über die Wirksamkeit einer Kündigung, Gehaltsforderungen und den **Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten** zu entscheiden.

Der Kläger war zunächst Angestellter, dann Geschäftsführer einer GmbH. Diese wurde insolvent und der Insolvenzverwalter kündigte dem **Geschäftsführer ohne ihn als Geschäftsführer abzurufen**, was zu einer Kündigungsschutzklage führte.

BAG, Beschl. v. 4.2.2013 - 10 AZB 78/12, NJW 2013, 2140

Das **BAG verneinte eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte** :
Für einen Rechtsstreit zwischen dem Vertretungsorgan und einer juristischen Person sind nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG die Arbeitsgerichte grundsätzlich nicht zuständig.

Diese **Fiktion gilt für das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis, solange keine Abberufung erfolgt ist.**

Die Fiktion greift auch, wenn ein Arbeitnehmer zum Vertretungsorgan berufen und der Arbeitsvertrag stillschweigend - formlos - um die Funktion als Geschäftsführer ergänzt wird.

Die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens ändert nichts an der Organstellung** des Vertretungsorgans. § 5 Absatz 1 Satz 3 ArbGG gilt deshalb auch bei einer Kündigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses durch den Insolvenzverwalter.

Nach **bisheriger Rechtsprechung** des BAG mussten die **Voraussetzungen** für das Eingreifen der Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG **im Zeitpunkt der Zustellung der Klage** vorliegen.

Hieran hält das BAG nicht weiter fest:

Nachträgliche zuständigkeitsbegründende Umstände sind auch dann zu berücksichtigen, wenn ein zum Zeitpunkt der Klageerhebung vor dem Arbeitsgericht noch nicht abberufener Geschäftsführer **vor einer rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit abberufen** wird oder er sein **Amt wirksam niederlegt**.

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

BAG v. 22.10.2014 – 10 AZB 46/14, NZA 2015, 60

BAG v. 3.12.2014 – 10 AZB 98/14, NZA 2015, 180

Das Kündigungsrecht des Arbeitnehmers und des Insolvenzverwalters

Die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** hat nicht zugleich die Beendigung der bestehenden Arbeitsverhältnisse zur Folge.

Das Arbeitsverhältnis besteht ohne Kündigung vielmehr über die Insolvenzeröffnung hinaus unverändert fort (vgl. § 113 InsO).

Die **Kündigungsfrist** des § 113 Satz 2 InsO **beginnt mit dem Zugang der Kündigungserklärung**. Es kommt nicht darauf an, ob den vor Insolvenzeröffnung getroffenen Vereinbarungen zu entnehmen ist, dass bei einer **Kündigung vor Dienstantritt** die Kündigungsfrist erst ab dem vereinbarten Dienstantritt zu laufen beginnen soll.

§ 113 InsO findet auf **Kündigungen vor Dienstantritt** Anwendung.

BAG v. 23.2.2017 – 6 AZR 665/15, ZIP 2017, 1083

Dies gilt nach § 279 Satz 1 InsO auch bei **Eigenverwaltung**.

Im sog. **Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO)** getroffene Vereinbarungen, durch welche die Anwendung des § 113 InsO ausgeschlossen oder beschränkt wird, sind **nach § 119 InsO unwirksam**.

§ 119 InsO bezieht sich auf alle Vereinbarungen, die „im voraus“, d. h. vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, geschlossen wurden.

Das Schutzschirmverfahren ist eine spezielle Variante des Eröffnungsverfahrens. Es ist auf den **Zeitraum ab dem Eröffnungsantrag bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens** beschränkt.

Fortgeltung des Kündigungsschutzgesetzes

Der **Kündigungsschutz** der Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis sich bei Verfahrenseröffnung in Vollzug befindet, bleibt grundsätzlich **unberührt**.

Die Arbeitsverhältnisse können nach Verfahrenseröffnung **von beiden Seiten gekündigt** werden.

Die **Verfahrenseröffnung** allein **rechtfertigt nicht eine betriebsbedingte Kündigung** i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG, vielmehr bedarf es eines echten Kündigungsgrundes, etwa eines Beschlusses des Insolvenzverwalters zur **Betriebsstillegung**.

Auch bei einer Kündigung durch einen Insolvenzverwalter gilt, dass **keine Aufklärungspflicht** über die Möglichkeit und die Fristen einer **Kündigungsschutzklage** nicht besteht.

Es ist allein Sache des Arbeitnehmers, zu überlegen, ob er sich gegen eine Kündigung zur Wehr setzt.

Dies gilt auch, soweit es die Frage betrifft, ob ein **Betrieb stillgelegt** oder **von einem Unternehmer fortgeführt** wird.

Zustimmungserfordernisse

Das BAG hat entschieden, dass die **Zustimmung des Insolvenzgerichts** zur Unternehmensstilllegung **keine Wirksamkeitsvoraussetzung** für die Kündigung der Arbeitsverhältnisse durch den "**starken**" **vorläufigen Insolvenzverwalter** wegen der beabsichtigten Stilllegung sei.

BAG v. 27.10.2005 - 6 AZR 5/05, ZIP 2006, 585

Einige LAG hatten zuvor gegenteilig entschieden.

LAG Hessen v. 1.11.2004 – 7 Sa 88/04, ZInsO 1120.

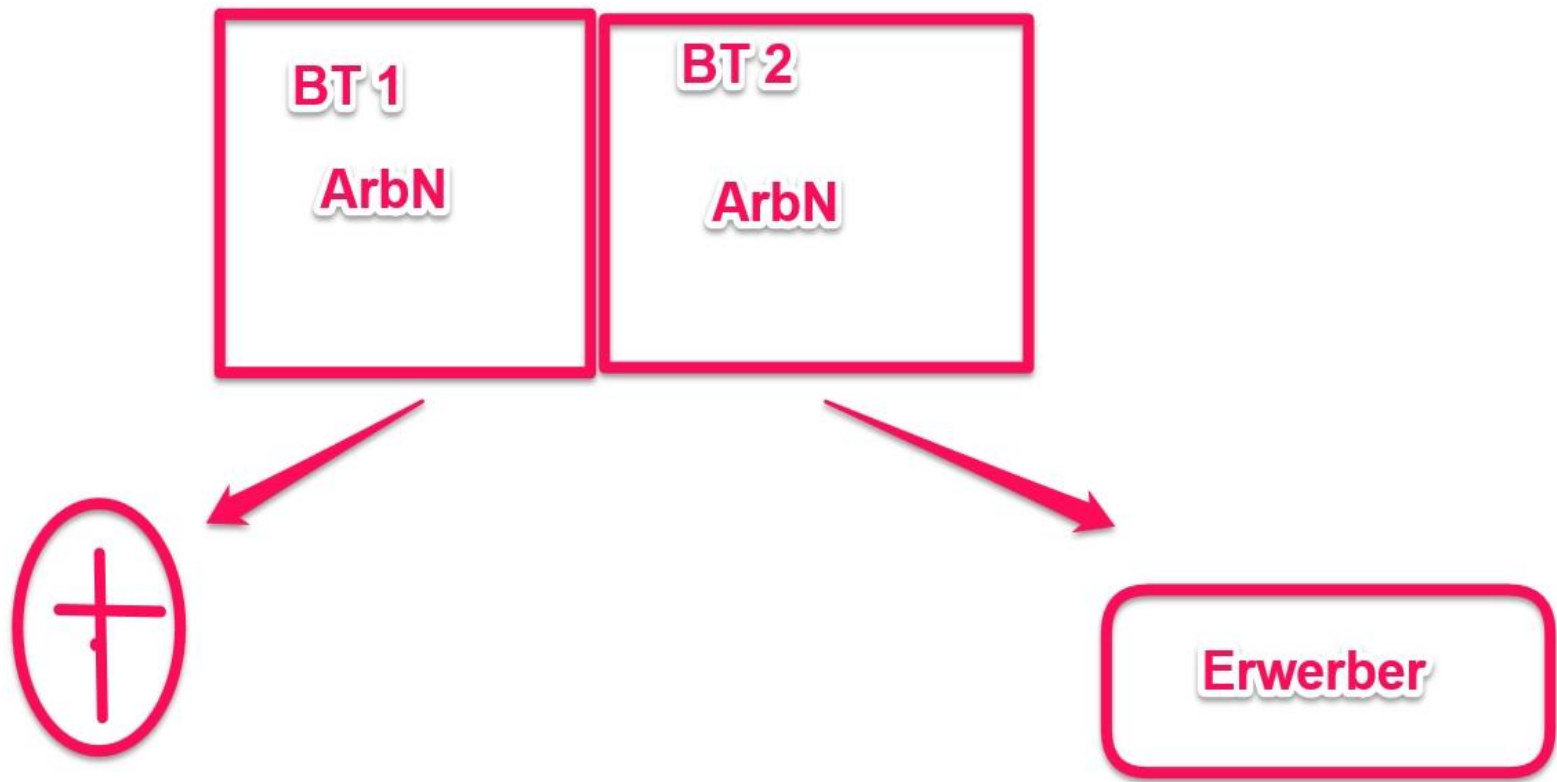
LAG Düsseldorf v. 8.5.2003 – 10/11 Sa 246/03, ZInsO 2003, 819.

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

*„Die **Stillegungsabsicht** ist eine innere Tatsache, die einer unmittelbaren objektivierten Wahrnehmung nicht zugänglich ist. Äußere Begleitumstände und tatsächliche Entwicklungen lassen aber Rückschlüsse darauf zu, ob die behauptete Stillegungsabsicht zutrifft.*

*Zur **Wirksamkeit der Kündigungen** benötigt der Insolvenzverwalter **weder die Zustimmung der Gläubigerversammlung gem. § 157 InsO noch des Gläubigerausschusses gem. § 158 InsO.***

**Betriebsteilschließung und
Betriebsteilübergang (in der Insolvenz)
aufgrund einer einheitlichen
unternehmerischen Entscheidung /
Betriebsänderung**



Wird aufgrund einer einheitlichen Entscheidung ein **Betriebsteil stillgelegt** und der andere **Betriebsteil veräußert**, so beschränkt sich nach Auffassung des **LAG Hamburg** die soziale Auswahl im stillgelegten Betriebsteil auf die dort beschäftigten Arbeitnehmer.

Insoweit kollidiert der Schutz der betriebsbezogenen Sozialauswahl gemäß § 1 KSchG mit dem Kündigungsschutz wegen (Teil-) Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 4 BGB. Diese **Kollisionslage schließt eine Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer in beiden Betriebsteilen aus.**

LAG Hamburg v. 27.3.2003 – 2 Sa 109/02, ZIP 2004, 924;
Az. d. BAG: 2 AZR 391/03.

Entsprechend hat auch das **LAG Hamm** für den Fall einer Insolvenz entschieden:

Wird aufgrund einer **einheitlichen Entscheidung** ein Betriebsteil wegen Insolvenz veräußert und der verbleibende Restbetrieb stillgelegt, sind die **Arbeitnehmer des übergehenden Betriebsteils nicht in die Sozialauswahl** gem. § 1 Abs. 3 KSchG **inzubeziehen**, da die soziale Auswahl betriebsbezogen durchzuführen ist.

Ein gemäß § 613a BGB **übergegangener Betriebsteil zählt nicht mehr zum Restbetrieb.**

LAG Hamm v. 5.5.2004 – 2 Sa 2182/03, ZInsO 2005, 1116.

Das **BAG** hat **gegenteilig entschieden**:

Nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG ist vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung eine **auf den gesamten Betrieb bezogene Sozialauswahl durchzuführen**.

Dies gilt auch dann, wenn ein Betriebsteil stillgelegt und der andere Betriebsteil auf einen Erwerber übertragen werden soll. Bei der betriebsbedingten Kündigung eines Arbeitnehmers des stillzulegenden Betriebsteils ist daher bei der **Sozialauswahl** auch ein **vergleichbarer Arbeitnehmer** zu berücksichtigen, der zur Zeit der Kündigung **dem später zu übertragenden Betriebsteil angehört**.

Dies folgt aus dem **Schutzzweck der Sozialauswahl**, den Arbeitsplatz des sozial schwächeren Arbeitnehmers zu erhalten.

BAG v. 28.10.2004 – 8 AZR 391/03, ZIP 2005, 412;

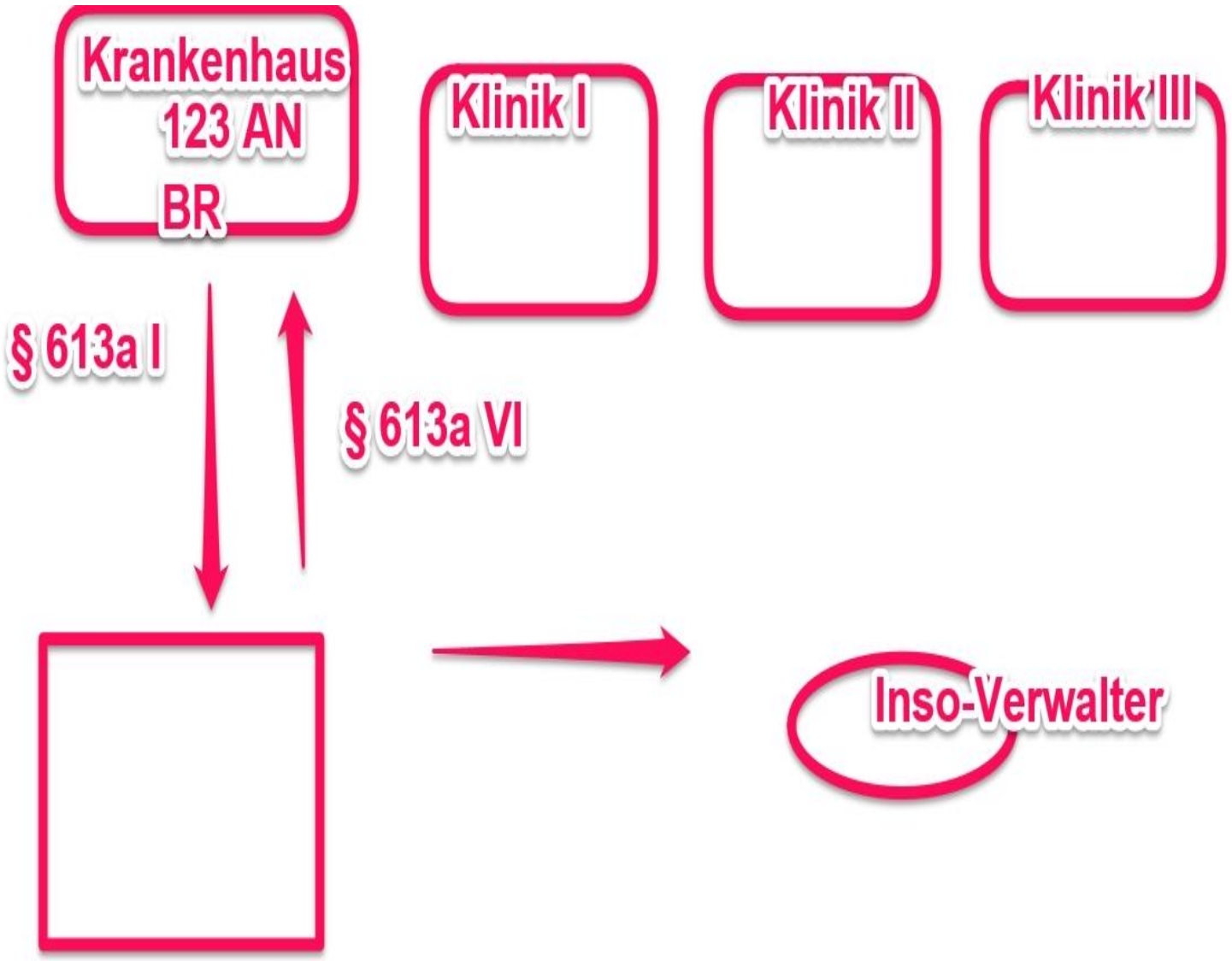
BAG v. 24.2.2005 – 2 AZR 214/04, NZA 2005, 867.

Umgekehrt hat das BAG allerdings **für den Übergang von Arbeitsverhältnissen** entschieden:

Wird nicht der gesamte Betrieb, sondern nur ein Betriebsteil oder eigenständiger Bereich übernommen, kommt es entscheidend darauf an, dass der Arbeitnehmer dem übertragenen Betriebsteil oder Bereich angehört, damit sein Arbeitsverhältnis gem. § 613a BGB auf den Erwerber übergeht.

Diese Voraussetzung ist nicht gegeben, wenn der Arbeitnehmer einem **stillgelegten Betriebsteil zuzuordnen** ist und der **Restbetrieb zum gleichen oder einem späteren Zeitpunkt auf einen Dritten übertragen** wird.

Der **Schutzzweck des § 613a BGB** gebietet es nicht, dem Arbeitnehmer einen zusätzlichen Schuldner zu verschaffen, wenn er von dem Betriebsübergang gar nicht erfasst wird.



Das insolvenzrechtliche Freistellungsrecht des Insolvenzverwalters

Der **Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers** im bestehenden – auch ggf. bereits gekündigten - Arbeitsverhältnis wird aus den §§ 611, 613 iVm. § 242 BGB hergeleitet.

Er beruht auf der **arbeitsvertraglichen Förderungspflicht des Arbeitgebers** im Hinblick auf das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen der Art. 1 und 2 GG zum **Persönlichkeitsschutz**.

Eine einseitige **Suspendierung** des Arbeitnehmers **ohne vertragliche Vereinbarung** ist **grundsätzlich nicht zulässig**.

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

BAG v. 27.2.1985 – GS 1/84, BAGE 48, 122

Der **Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers** muss nur dann zurücktreten, wenn überwiegende schutzwerte Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen.

Der Arbeitnehmer kann daher – **zumindest außerhalb der Insolvenz** – seinen Beschäftigungsanspruch ggf. durch eine **einstweilige Verfügung** durchsetzen.

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

a) Freistellungsanordnung und Freistellungsvereinbarung

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

b) Freistellung und Wettbewerbsverbot

Ob der Arbeitnehmer nach unwiderruflicher Freistellung durch den Arbeitgeber (Insolvenzverwalter) noch einem **Wettbewerbsverbot** unterliegt, ist nach den Urteilen des 2. und des 5. Senats des BAG vom 28.1.2010 und 6.9.2006 zweifelhaft.

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

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

c) Anrechnung anderweitigen Verdienstes

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

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

BAG v. 9.11.1999 – 9 AZR 922/98, n.v.

d) Freistellung und Mitbestimmung

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

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

BAG v. 28.3.2000 – 1 ABR 17/99, NZA 2000, 1355;
LAG Köln v. 16.3.2000 – 10/11 Sa 1280/99, ZInsO 2000, 571;
LAG Hamm v. 20.9.2002 – 10 TaBV 95/02, ZInsO 2003, 531.

e) **Sozialversicherungspflichtige Beschäftigung und Freistellung**

Für den Fall der unwiderruflichen Freistellung hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, nach § 143 Abs. 3 SGB III **Arbeitslosengeld** zu beziehen, da der Arbeitgeber (Insolvenzverwalter) auf sein arbeitgeberseitiges **Direktionsrecht** (Weisungsbefugnis) verzichtet hat (sog. „**Gleichwohlgewährung**“, § 157 SGB III).

Für die Dauer des Leistungsbezugs geht der **Anspruch** des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt gemäß § 115 SGB X **auf die Bundesagentur für Arbeit** über. In diesem Fall hat die Agentur die Kranken- und Rentenversicherungsbeiträge gemäß § 207 SGB III zu entrichten.

**Nachforderungsbescheid des Rentenversicherungsträgers
wegen rückständiger Sozialversicherungsbeiträge für
freigestellte Arbeitnehmer nach Anzeige der
Masseunzulänglichkeit:**

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

f) **Überprüfungskriterien bei einseitigen Freistellungen in der Insolvenz**

Der Insolvenzverwalter kann **aus insolvenzspezifischen Gründen** berechtigt sein, einen Teil der Belegschaft von der Arbeit freizustellen.

Streitig ist, ob er bei der Ausübung seines Freistellungsrechts nur an die **Grenzen des billigen Ermessens** gem. § 315 Abs. 1 BGB gebunden ist, oder ob dabei **soziale Gesichtspunkte** i.S.v. § 1 KSchG wie Alter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten und besondere finanzielle Interessen der betroffenen Arbeitnehmer beachtet werden müssen.

LAG Hamm v. 27.9.2000 – 2 Sa 1178/00, ZIP 2001, 435;

a.A. ArbG Kaiserslautern v. 4.5.2001 – 7 Ca 193/01, ZInsO 2002, 96;

LAG Hamm v. 6.9.2001 – 4 Sa 1276/01, ZInsO 2002, 45.

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

Das LAG Hessen verneint aber auch in der Insolvenz ein **Freistellungsrecht** des Insolvenzverwalters **aus insolvenzspezifischen Gründen**.

Der Insolvenzverwalter ist jedoch berechtigt, zur **Sicherung des Urlaubsanspruchs eines Arbeitnehmers nach erfolgter Kündigung** diesen Urlaub zu erteilen, aber auch verpflichtet, dass Urlaubsentgelt zu zahlen.

Auch dabei ist ein **insolvenzspezifisches Freistellungsrecht** des Insolvenzverwalters ohne die Verpflichtung zur Zahlung von Urlaubsentgelt **nicht anzuerkennen**.

g) Vorläufiger Rechtsschutz gegen Freistellung

Der Arbeitnehmer kann versuchen, die **Beschäftigung** während der Kündigungsfrist notfalls durch (vorläufigen) gerichtlichen Rechtsschutz **durchzusetzen**.

Gelingt ihm dieses, stellen seine Ansprüche wieder **Neumasseverbindlichkeiten** nach § 55 InsO, § 209 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 209 Abs. 2 Nrn. 1- 3 InsO dar.

LAG Hamm v. 27.9.2000 – 2 Sa 1178/00, ZIP 2001, 435;

LAG Hamm v. 6.9.2001 – 4 Sa 1276/01, ZInsO 2002, 45;

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

§ 208 InsO - Anzeige der Masseunzulänglichkeit

(1) Sind die **Kosten** des Insolvenzverfahrens **gedeckt**, reicht die Insolvenzmasse jedoch nicht aus, um die fälligen sonstigen Masseverbindlichkeiten zu erfüllen, so hat der Insolvenzverwalter **dem Insolvenzgericht anzuzeigen**, dass **Masseunzulänglichkeit** vorliegt.

Gleiches gilt, wenn die Masse voraussichtlich nicht ausreichen wird, um die bestehenden sonstigen Masseverbindlichkeiten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.

(2) Das Gericht hat die Anzeige der Masseunzulänglichkeit **öffentlich bekanntzumachen**.

Den Massegläubigern ist sie besonders **zuzustellen**.

(3) Die Pflicht des Verwalters zur Verwaltung und zur Verwertung der Masse besteht auch nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit fort.

§ 209 InsO - Befriedigung der Massegläubiger

(1) Der Insolvenzverwalter hat die Masseverbindlichkeiten nach folgender **Rangordnung** zu berichtigen, bei gleichem Rang nach dem Verhältnis ihrer Beträge:

1. die **Kosten** des Insolvenzverfahrens;

2. die **Masseverbindlichkeiten**, die **nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet** worden sind, ohne zu den Kosten des Verfahrens zu gehören;

3. die **übrigen Masseverbindlichkeiten**, unter diesen **zuletzt** der nach den §§ 100, 101 Abs. 1 Satz 3 bewilligte **Unterhalt**.

§ 209 InsO - Befriedigung der Massegläubiger

...

(2) Als Masseverbindlichkeiten im Sinne des Absatzes 1 Nr. 2 gelten auch die Verbindlichkeiten

1. aus einem gegenseitigen Vertrag, dessen Erfüllung der Verwalter gewählt hat, nachdem er die **Masseunzulänglichkeit angezeigt** hatte;

2. aus einem **Dauerschuldverhältnis** für die Zeit nach dem **ersten Termin**, zu dem der Verwalter **nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit kündigen konnte**;

3. aus einem Dauerschuldverhältnis, soweit der Verwalter nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit **für die Insolvenzmasse die Gegenleistung in Anspruch genommen** hat.

Die **Leistungsklage eines Neumassegläubigers** ist mangels **Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig**, wenn er aus der freien Masse nicht befriedigt werden kann, ohne dass daneben die Kosten des Insolvenzverfahrens gedeckt sind, oder die zu erwirtschaftende Insolvenzmasse nicht ausreicht, um alle Neumassegläubiger voll zu befriedigen.

In diesen Fällen ist das Bestehen der Forderung des Neumassegläubigers, jedenfalls wenn eine auf sie entfallende **Quote** noch nicht feststeht, **gerichtlich nur noch festzustellen**.

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

g) **Vorläufiger Rechtsschutz gegen Freistellung**

Nach der Auffassung des **LAG Hamm** kann eine **einstweilige Verfügung auf Weiterbeschäftigung** nur ergehen, wenn die Auswahlentscheidung des Insolvenzverwalters **willkürlich oder offensichtlich unwirksam** ist und besondere Beschäftigungsinteressen dies zur Abwendung wesentlicher Nachteile für den freigestellten Arbeitnehmer gebieten.

Nach **LAG Nürnberg** scheitert eine solche einstweilige Verfügung im Hinblick auf den **Verbrauch des Arbeitslosengeldanspruches** in der Regel nicht am Verfügungsgrund.

LAG Hamm v. 27.9.2000 – 2 Sa 1178/00, ZIP 2001, 435;

LAG Hamm v. 6.9.2001 – 4 Sa 1276/01, ZInsO 2002, 45;

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

Kündigungsfristen und -erschwernisse in der Insolvenz

Kündigungsfristen

Nach § 113 Abs. 1 InsO sind die Kündigungsfrist in der Insolvenz **allgemein auf drei Monate zum Monatsende festgesetzt** wird, falls keine kürzere Frist maßgeblich ist.

Das gilt nicht nur für verlängerte vertragliche oder gesetzliche, sondern **auch für tarifliche Kündigungsfristen.**

Die **Verfassungsmäßigkeit** dieser Regelung war zunächst heftig umstritten.

§ 113 Abs. 1 InsO gilt **auch für** ansonsten **ordentlich nicht kündbare Arbeitsverhältnisse**, etwa befristete Arbeitsverhältnisse oder tarifvertraglich unkündbare Arbeitsverhältnisse.

BAG v. 5.2.1998 – 2 AZR 227/97, ZInsO 1998, 142;
BAG v. 19.1.2000 - 4 AZR 70/99, ZIP 2000, 985;
BAG v. 6.7.2000 - 2 AZR 695/99, ZIP 2000, 1941

§ 113 Abs. 1 InsO gilt aber weiterhin auch für Kündigungen, die ansonsten nur unter qualifizierten Voraussetzungen ausgesprochen werden können, beispielsweise nach tarifvertraglicher Regelung nur gegen **Zahlung einer Abfindung**, z.B. auch bei der Vereinbarung eines **befristeten Ausschlusses betriebsbedingter Kündigungen in einem Sanierungstarifvertrag**.

LAG Düsseldorf v. 5.11.1999 - 10 Sa 1247/99, BB 2000, 622;

LAG Hamm v. 8.12.1999 - 2 Sa 2506/98, ZInsO 2000, 408;

LAG München v. 26.8.1998 – 5 Sa 205/98, ZInsO 1999, 120;

LAG Hamm v. 26.11.1998 – 8 Sa 1576/98, ZInsO 1999, 302;

LAG Schleswig-Holstein v. 28.4.2004 – 3 Sa 551/03, ZInsO 2004, 1328;

LAG Düsseldorf v. 18.11.2015 – 4 Sa 478/15, NZI 2016, 368

Der Insolvenzverwalter muss den **Zeitpunkt zur Kündigung** eines bestehenden Arbeitsverhältnisses nicht so wählen, dass mögliche **sozialversicherungsrechtliche Nachteile ausgeschlossen** sind.

Das gilt auch in der **Elternzeit**, wenn durch die (vorzeitige) Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Möglichkeit, sich weiter beitragsfrei in der gesetzlichen Krankenversicherung zu versichern (§ 192 SGB V), verloren geht.

Dass § 113 InsO für die vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses **nur** einen **Schadenersatzanspruch** vorsieht, steht im Einklang mit Art. 6 GG.

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

Der Schuldner in einem **eigenverwalteten Reorganisationsverfahren nach Chapter 11 BC** kann als „debtor in possession“ eine Kündigung mit der Höchstfrist des § 113 Satz 2 InsO erklären, wenn die Bestimmung über § 337 InsO Anwendung findet.

LAG Frankfurt v. 5.3.2014 – 12 Sa 265/13, NZI 2014, 917
BAG v. 24.9.2015 – 6 AZR 492/14, ZIP 2015, 2387

Kündigung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter

Die Abkürzung der Kündigungsfristen durch § 113 InsO soll nach Auffassung des LAG Hamm für den sog. „**schwachen**“ vorläufigen Insolvenzverwalter noch nicht gelten, für den sog. „**starken**“ **vorläufigen Insolvenzverwalter** aber wohl.

LAG Hamm v. 10.12.2003 – 2 Sa 1472/03, ZInsO 2004, 403.

Kündigung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter

Die Abkürzung der Kündigungsfristen durch § 113 InsO soll nach Auffassung des LAG Hamm für den sog. „**schwachen**“ vorläufigen Insolvenzverwalter noch nicht gelten, für den sog. „**starken**“ **vorläufigen Insolvenzverwalter** aber wohl.

LAG Hamm v. 10.12.2003 – 2 Sa 1472/03, ZInsO 2004, 403.

„Verfrühungsschaden“

Gem. § 113 Abs. 1 S. 3 InsO kann der Arbeitnehmer aber den aus der vorzeitigen Beendigung resultierenden Schaden (sog. „**Verfrühungsschaden**“) als Insolvenzgläubiger geltend machen, allerdings unter Anrechnung anderweitig erzielten oder erzielbaren Verdienstes.

Das gilt aber **nicht für** den Fall, dass der Arbeitnehmer mit dem Insolvenzverwalter einen **Aufhebungsvertrag** abschließt.

BAG v. 25.4.2007 – 6 AZR 622/04, ZIP 2007, 1875.

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

BAG v. 19.11.2015 – 6 AZR 558/14, NZI 2016, 181

Der Ersatzanspruch des Dienstverpflichteten bei Sonderkündigung durch den Insolvenzverwalter besteht **auch zugunsten eines GmbH-Geschäftsführers.**

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

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

Eine in einem **Insolvenzplan** vereinbarte **Ausschlussfrist von einem Monat** ist **rechtswirksam**.

Sie **erfasst auch** Schadensersatzforderungen von Arbeitnehmern, die wegen der Anwendung der verkürzten Kündigungsfrist des § 113 InsO („**Verfrühungsschaden**“) entstanden sind.

LAG Düsseldorf v. 3.7.2014 – 5 Sa 225/14, NZA 2014, 913

Nachkündigung durch den Insolvenzverwalter

Das BAG hat die Problematik der sog. **Nachkündigung in der Insolvenz** geklärt:

„Der Insolvenzverwalter kann ein Arbeitsverhältnis auch dann mit der kurzen Kündigungsfrist des § 113 Abs. 1 S 2 InsO kündigen, wenn die Schuldnerin mit seiner Zustimmung oder er selbst als vorläufiger Insolvenzverwalter zuvor unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zu einem späteren Zeitpunkt gekündigt hat. Eine unzulässige "Wiederholungskündigung" oder "Nachkündigung" liegt darin nicht.“

BAG v. 8.4.2003 - 2 AZR 15/02, ZIP 2003, 1260;
BAG v. 22.5.2003 - 2 AZR 255/02, ZIP 2003, 1670.

Kündigung nach einem Erwerberkonzept

Die Kündigung des Betriebsveräußerers auf Grund eines **Erwerberkonzepts** verstößt dann nicht gegen § 613a Abs. 4 BGB, wenn ein verbindliches Konzept oder ein Sanierungsplan des Erwerbers vorliegt, dessen Durchführung im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung bereits **greifbare Formen angenommen** hat.

BAG v. 20.3.2003 - 8 AZR 97/02, ZIP 2003, 1671,
einschränkend aber außerhalb der Insolvenz:
LAG Köln v. 17.6.2003 – 9 Sa 443/03, ZIP 2003, 2042.

Kündigung nach einem Erwerberkonzept

Der Zulassung einer solchen Kündigung stehe der **Schutzgedanke** des § 613a Abs. 4 BGB nicht entgegen.

Diese Regelung bezweckt **keine "künstliche Verlängerung"** des Arbeitsverhältnisses bei einer vorhersehbar fehlenden Beschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers bei dem Erwerber.

Für die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung des Veräußerers nach dem Sanierungskonzept des Erwerbers kommt es nicht darauf an, ob das **Konzept auch bei dem Veräußerer hätte durchgeführt werden können.**

BAG v. 20.3.2003 - 8 AZR 97/02, ZIP 2003, 1671.

Kündigung nach einem Sanierungskonzept des Insolvenzverwalters

Kündigt der Insolvenzverwalter als Betriebsveräußerer auf der Grundlage eines von ihm erarbeiteten Sanierungskonzepts **im zeitlichen Zusammenhang mit einem geplanten Betriebsübergang** ein Arbeitsverhältnis, so steht § 613a BGB ebenfalls nicht entgegen.

BAG v. 20.9.2006 – 6 AZR 249/05, ZIP 2007, 595.

**Praxisprobleme im Zusammenhang
mit der Konsultationspflicht und der
Massenentlassungsanzeigepflicht
nach § 17 KSchG**

Konsultations- und Anzeigepflicht

Bei bevorstehenden Massenentlassungen muss der Arbeitgeber bzw. der Insolvenzverwalter in der Rolle des Arbeitgebers vor Ausspruch der Kündigungen den **Betriebsrat konsultieren** und der Arbeitsagentur unter **Beifügung der Stellungnahme des Betriebsrates** diese **schriftlich anzeigen** (§ 17 Abs. 1 und Abs. 2 KSchG).

Die frühere **Meldepflicht** gegenüber dem Landesarbeitsamt gemäß § 8 AFG ist entfallen.

Das Verfahren der **Massenentlassungsanzeige** gem. §§ 17, 18
KSchG ist in der Insolvenz uneingeschränkt vom
Insolvenzverwalter zu beachten, allerdings mit der Besonderheit
des § 125 Abs. 2 InsO.

EuGH, Urt. v. 17.12.1998 – C-250/97, NZA 1999, 305

Eine Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 3 KSchG ist an die **örtlich zuständige Arbeitsagentur** zu richten.

Eine Anzeige an eine örtlich unzuständige Arbeitsagentur führt zur **Unwirksamkeit** der Kündigung.

Dies gilt auch dann, wenn die **Arbeitsagentur keine Bedenken** erhebt.

Unsicherheiten können durch vorsorgliche mehrfache Einreichung bei allen in Betracht kommenden Arbeitsagenturen gemeistert werden.

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

Die Bundesagentur für Arbeit eröffnet nach § 17 der "Fachlichen Weisungen KSchG" gemäß Ziffer 2.2.3 Örtliche Zuständigkeit zu (4) für "Großunternehmen mit deutschlandweitem Filialnetz" die **Möglichkeit einer Sammelanzeige** bei der Arbeitsagentur für Arbeit am **Hauptsitz** des Unternehmens. Dabei ist **für jeden Betrieb der "Vordruck KSchG 1" auszufüllen.**

Erstattet ein Arbeitgeber keine solche Sammelanzeige, sondern eine einzige Gesamtanzeige ohne Verwendung der Vordrucke für jeden Betrieb, so ist dies nur dann unschädlich, wenn die Arbeitsagentur den an sich **örtlich zuständigen Agenturen** für Arbeit die Angaben der Arbeitnehmer des jeweiligen Betriebs aufbereitet nach Maßgabe des § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG i.V.m. § 17 Abs. 2 Nr. 1 bis Nr. 5 KSchG weiterleiten konnte und vor Ausspruch der Kündigung weiter geleitet hat.

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist gem. § 134 BGB i.V. mit § 17 Abs. 1 KSchG unwirksam, wenn die **Kündigungserklärung erfolgt, bevor die Massentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit eingegangen ist.**

Die **Kündigungserklärung** ist erfolgt, wenn das **Kündigungsschreiben unterzeichnet** ist. Auf den Zugang der Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer kommt es nicht an.

LAG Baden-Württemberg v. 21.8.2018 – 12 Sa 17/18, ZIP 2019, 386
unter Hinweis auf EuGH v. 27.1.2005 – C-188/03, NJW 2005, 1099;
BAG v. 23.3.2006 – 2 AZR 343/05, NJW 2006, 3161;
BAG v. 9.6.2016 – 6 AZR 405/15, NZA 2016, 1198

Die nach § 17 Abs. 1 KSchG erforderliche Massentlassungsanzeige kann erst dann wirksam erstattet werden, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt ihres Eingangs bei der Agentur für Arbeit **bereits zur Kündigung entschlossen** ist.

Kündigungen im Massentlassungsverfahren sind daher - vorbehaltlich der Erfüllung sonstiger Kündigungsvoraussetzungen - wirksam, wenn die ordnungsgemäße Anzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit **eingeht, bevor** dem Arbeitnehmer das Kündigungsschreiben **zugegangen** ist.

BAG v, 13.6.2019 – 6 AZR 459/17

Gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 6 KSchG ist in die der Massentlassungsanzeige **vorausgehende Mitteilung an den Betriebsrat** auch aufzunehmen, welche Kriterien für die **Berechnung der Abfindungen** zugrunde gelegt werden.

Anstelle der Stellungnahme des Betriebsrats nach § 17 Abs. 3 S. 2 KSchG **kann** und sollte ein mit dem Betriebsrat abgeschlossener **Interessenausgleich** nach §§ 111 ff. BetrVG bzw. § 125 Abs. 2 InsO **beigefügt** werden.

Die **Unterrichtung des Betriebsrates** durch den Arbeitgeber nach § 17 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 Nr. 1 bis Nr. 6 KSchG kann **in Textform (§ 126b BGB)** erfolgen.

Ein **einheitliches Konsultations- und Anzeigeverfahren bei sukzessiven Massenentlassungen** ist möglich.

Sollen in einem Betrieb nacheinander mehrere Massenentlassungen i.S.v. § 17 Abs. 1 KSchG durchgeführt werden, kann u.U. das **Konsultationsverfahren** ebenso wie das **Anzeigeverfahren bezogen auf alle beabsichtigten Kündigungen** **zusammengefasst** werden.

Es bedarf allerdings gem. § 18 Abs. 4 KSchG einer **erneuten Anzeige**, wenn die **Entlassungen nicht innerhalb von 90 Tagen nach der Sperrfrist „durchgeführt“**, d.h. erklärt werden.

BAG v. 9.6.2016 – 6 AZR 638/15, ZIP 2016, 2037

Der EuGH hat zur Massentlassungsanzeigepflicht entschieden, dass **befristet beschäftigte Arbeitnehmer** unter die „**in der Regel**“ **beschäftigten Arbeitnehmer** fallen.

Der EuGH hat zur Massentlassungsanzeigepflicht ferner entschieden, dass auch (zumindest **Fremd-) GmbH-Geschäftsführer und Praktikanten** bei der Bemessungszahl des § 17 KSchG zu berücksichtigen sind.

EuGH v. 11.11.2015 – C-422/14, NZA 2015, 1441

EuGH v. 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861

Ungeklärt ist noch, ob im Betrieb beschäftigte **Leiharbeiternehmer** zu berücksichtigen sind.

Das BAG hat diese Frage inzwischen dem **EuGH vorgelegt**.

BAG v. 16.11.2017 – 2 AZR 90/17, NZA 2018, 245

Bei der gemäß § 17 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 KSchG i.V.m. § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KSchG zwingend erforderlichen **Angabe der Anzahl der zu entlassenden Arbeitnehmer** sind auch die Arbeitnehmer mitzuzählen, die **auf Veranlassung des Arbeitgebers** im Wege der **Eigenkündigung** aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden und damit einer sonst erforderlichen betriebsbedingten Arbeitgeberkündigung zugekommen sind.

Wird in einer Massentlassungsanzeige die Anzahl der zu entlassenden Arbeitnehmer **zu niedrig angegeben**, können sich auf diesen Fehler **nur die Arbeitnehmer berufen, die von der Massentlassungsanzeige nicht erfasst** sind.

BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 780/10, ZIP 2012, 1822.

Das BVerfG sieht eine verfassungswidrige **faktische Diskriminierung durch den Ausschluss einer Arbeitnehmerin in Elternzeit vom Massenentlassungsschutz:**

Es verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn einer Arbeitnehmerin in Elternzeit aufgrund besonderer Schutznormen und damit einhergehender Durchführung eines behördlichen Verfahrens **nicht im 30-Tages-Zeitraum** des § 17 Abs. 1 KSchG **gekündigt** wird und sie dadurch vom Anwendungsbereich des Massenentlassungsschutzes ausgeschlossen wird.

BVerfG, Beschl. v. 8.6.2016 – 1 BvR 3634/13, NZA 2016, 939

Bei Arbeitnehmern in Elternzeit ist Entlassung i.S.v. § 17 KSchG bereits der **Eingang des Antrags auf Zustimmung zur Kündigung bei der zuständigen Behörde.**

BAG v. 26.1.2017 – 6 AZR 442/16, NZA 2017, 577

Eine Kündigung ist **nach § 134 BGB nichtig**, wenn im Zeitpunkt ihres Zugangs die – nach § 17 Abs. 1 KSchG erforderliche – Massentlassungsanzeige nicht wirksam erstattet ist.

BAG v. 22.11.2012 - 2 AZR 371/11, ZIP 2013, 742

Aus einem Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Anzeigepflichten nach § 17 Abs. 3 KSchG können jedoch **Nachteilsausgleichsansprüche** aus § 113 Abs. 3 BetrVG selbst im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung **nicht hergeleitet** werden.

BAG v. 30.3.2004 – 1 AZR 7/03, NZA 2004, 931

Allerdings soll es sich nur um eine „**relative**“ **Unwirksamkeit** handeln. Der Arbeitnehmer soll sich nämlich darauf **prozessual berufen** müssen, und zwar spätestens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist.

Beruft er sich rechtzeitig auf die Unwirksamkeit, dann soll die Kündigung von Anfang an unwirksam sein, wobei er sich aber auch prozessual ebenfalls rechtzeitig darauf berufen müsse. Insoweit sind **§§ 4, 6 und 7 KSchG zu beachten**.

BAG v. 6.12.1973 – 2 AZR 10/73, AP Nr. 1 zu § 17 KSchG 1969
LAG Niedersachsen v. 6.4.2009 – 9 Sa 1297/08, BB 2009, 1981.

Die Pflicht zur **Konsultation** des Betriebsrats nach § 17 Abs. 2 KSchG und die in § 17 Abs. 1, 3 KSchG geregelte **Anzeigepflicht** gegenüber der Agentur für Arbeit sind **zwei getrennt durchzuführende Verfahren**.

Aus jedem dieser beiden Verfahren kann sich ein **eigenständiger Unwirksamkeitsgrund** für die im Zusammenhang mit einer Massenentlassung erfolgte Kündigung ergeben.

Darum ist der Arbeitnehmer, der erstinstanzlich lediglich Mängel hinsichtlich des einen Verfahrens rügt, bei ordnungsgemäß erteiltem Hinweis **in zweiter Instanz** mit Rügen von Mängeln hinsichtlich des anderen Verfahrens präkludiert.

Neuere Rechtsprechung: Zeugniserteilung durch den Insolvenzverwalter

Wird ein **Arbeitsverhältnis vor Insolvenzeröffnung beendet**, bleibt der Arbeitgeber grundsätzlich Schuldner des Anspruchs auf Erteilung eines Arbeitszeugnisses. Diese Verpflichtung trifft nicht einen vorläufigen Insolvenzverwalter, auf den die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis weder gemäß §22 Abs.1 InsO noch aufgrund einer Einzelermächtigung gemäß §22 Abs.2 InsO in Bezug auf die Arbeitsverhältnisse übergegangen ist.

Es besteht also insbesondere **kein Zeugnisanspruch gegen einen schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter** für vor Insolvenzeröffnung beendete Arbeitsverhältnisse.

Erlangt ein vorläufiger Insolvenzverwalter die **volle Verfügungsbefugnis** über die Arbeitsverhältnisse oder wird das Arbeitsverhältnis erst nach der Insolvenzeröffnung beendet, schuldet der Insolvenzverwalter das Arbeitszeugnis, unabhängig davon, **ob und wie lange er den Arbeitnehmer beschäftigt** hat oder eigene Kenntnisse über dessen Arbeitsleistung gewinnen konnte.

Zur Erfüllung dieser Verpflichtung hat der Insolvenzverwalter einen **Auskunftsanspruch** nach § 97 InsO gegenüber dem Schuldner.

Unabhängig davon besteht aber nach Auffassung des LAG Düsseldorf eine Pflicht des Arbeitgebers (Insolvenzschuldner) zur **Erfüllung eines vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens titulierten Zeugnisanspruchs.**

Ein titulierter Anspruch auf Erteilung eines Arbeitszeugnisses aus einem beendeten Arbeitsverhältnis sei auch im Fall einer nachfolgenden Insolvenzeröffnung weiterhin **gegen den bisherigen Arbeitgeber vollstreckbar.**

LAG Düsseldorf v. 7.11.2003 - 16 Ta 571/03, ZIP 2004, 631.

Kollektives Arbeitsrecht in der Insolvenz

–

**Besonderheiten des
Betriebsverfassungsrechts**

Verfahrensregelungen zum Interessenausgleich nach § 122 InsO

Antrag auf Zustimmung des Arbeitsgerichts

Der Insolvenzverwalter kann die Zustimmung des Arbeitsgerichts gem. **§ 122 Abs. 1 InsO** zur Betriebsänderung ohne Durchführung eines Einigungsstellenverfahrens zu beantragen, wenn **innerhalb von drei Wochen nach Verhandlungsbeginn bzw. nach Aufforderung zur Aufnahme** von Verhandlungen ein Interessenausgleich nicht zustande gekommen ist.

Nach **Zustimmung durch das Arbeitsgericht** kann er die geplante Betriebsänderungen durchzuführen, **ohne** dass die Sanktion des **§ 113 Abs. 3 BetrVG (Nachteilsausgleichspflicht)** eintritt.

Verfahrensrechtliche Regelungen

Das Arbeitsgericht entscheidet durch **Beschluss**. Das Arbeitsgericht wägt dabei die Interessen der Arbeitnehmer gegen die Gesichtspunkte der Wirtschaftlichkeit gegeneinander ab.

Das Arbeitsgericht muss die Zustimmung erteilen, wenn die **wirtschaftliche Lage des Unternehmens** auch unter **Berücksichtigung der sozialen Belange der Arbeitnehmer** es erfordert, dass die Betriebsänderung ohne vorheriges Verfahren nach § 112 Abs. 2 BetrVG durchgeführt wird.

Der **Antrag des Insolvenzverwalters** ist nach Maßgabe des § 61a Abs. 3 bis 6 ArbGG vorrangig zu erledigen (**Beschleunigungsgrundsatz**).

Der **Betriebsrat** ist an dem Beschlussverfahren **beteiligt**.

Das einzige **Rechtsmittel** ist die **Rechtsbeschwerde zum BAG**. Dieses ist wiederum an die Voraussetzung geknüpft, dass sie in dem Beschluss des Arbeitsgerichts zugelassen ist.

Die **Drei-Wochen-Frist** beginnt nicht notwendigerweise erst ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Bestellung des Insolvenzverwalters zu laufen.

Haben der **Schuldner oder der vorläufige Insolvenzverwalter** die Interessenausgleichsverhandlungen bereits eingeleitet, so kann der Insolvenzverwalter – bei unveränderter Betriebsänderung – auf diesen früheren Zeitpunkt hinsichtlich der Fristberechnung verweisen und **in die Verhandlungen eintreten**.

Kündigungserleichterung nach § 125 InsO

Wenn zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat in einem Interessenausgleich Einigkeit darüber erzielt worden ist, welche Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der geplanten Betriebsänderung entlassen werden müssen und eine entsprechende **Namensliste** erstellt wird, ist es gerechtfertigt, die **soziale Rechtfertigung der Kündigung nur noch in Ausnahmefällen in Frage stellen** zu lassen.

Entsprechendes gilt auch für die zutreffende **Bildung der Vergleichsgruppe** und für die **Ordnungsgemäßheit der Sozialauswahl** gelten.

Kündigungserleichterung nach § 125 InsO

Ist der Interessenausgleich mit Namensliste **nicht formgültig zustande gekommen**, dann greift weder die Vermutungswirkung noch der schärfere Prüfungsmaßstab für die Sozialauswahl gem. § 125 Abs. 1 InsO und es verbleibt bei der „normalen“, abgestuften Darlegungs- und Beweislast.

LAG Köln v. 25.2.2005 – 11 Sa 767/04, ZIP 2005, 1153;

LAG Hamm v. 19.1.2005 – 2 Sa 1156/04, ZInsO 2006, 390;

BAG v. 7.5.1998 – 2 AZR 536/97, EzA § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 5;

BAG v. 20.5.1999 – 2 AZR 278/98, ZInsO 2000, 351.

Die Wirkungen des § 1 Abs. 5 Satz 1 und 2 KSchG / § 125 InsO treten nur ein, wenn **die Arbeitnehmer**, denen gekündigt werden soll, "***in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet***" sind.

Diese Voraussetzung ist nicht nur erfüllt, wenn die **Namensliste im Text** des nach § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG schriftlich niederzulegenden Interessenausgleichs enthalten ist, sondern auch dann, wenn Interessenausgleich und anhängende Namensliste **eine Urkunde bilden**, die insgesamt dem **Schriftformerfordernis** der §§ 125, 126 BGB genügt.

BAG v. 6.7.2006 - 2 AZR 520/05, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 80;

BAG v. 22.1.2004 - 2 AZR 111/02, AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1.

Das BAG hat sich mit der Frage, ob die **prozessualen Erleichterungen** auch dann gelten, wenn es neben den in der Namensliste genannten Mitarbeitern (sog. **Teil-Namensliste**) auch noch weitere Arbeitnehmer gibt, denen gekündigt werden soll, noch nicht abschließend befasst.

Die Entscheidung vom 22. Januar 2004 betraf den Fall eines **zeitlich gestaffelten Personalabbaus**, wobei die Betriebspartner jeweils im Hinblick auf die **einzelnen Entlassungsstufen** eine vollständige Namensliste aufstellen wollten und der gekündigte Arbeitnehmer allein durch den Teil des Interessenausgleichs betroffen war, für den die Betriebspartner bereits eine entsprechende Liste erstellt hatten.

Ob eine Namensliste auch bei einer derartigen **Teileinigung der Betriebspartner** zu den Rechtsfolgen des § 1 Abs. 5 KSchG / § 125 InsO führen kann, hat der 2. Senat **ausdrücklich dahinstehen lassen**.

BAG v. 22.1.2004 - 2 AZR 111/02, AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1.

Grundlage der Namensliste ist eine Betriebsänderung i.S.v. § 111 BetrVG, der regelmäßig ein **geschlossenes unternehmerisches Konzept** zugrunde liegt. Aus diesem ergibt sich die (zunächst abstrakte) Zahl erforderlicher betriebsbedingter Kündigungen. Die Namensliste eines Interessenausgleichs stellt die **konkrete Umsetzung** dieses unternehmerischen Konzepts dar. Sie muss deshalb, um in sich schlüssig zu sein, das **unternehmerische Konzept vollständig erfassen und umsetzen**.

Eine **Ausnahme** ist nur anzuerkennen, wenn sich die "Teil-Namensliste" auf ein in sich geschlossenes unternehmerisches Konzept bezieht.

MüKo-ArbR/Berkowsky, 2. Aufl., Bd. 2, § 138 Rn. 161;
DKK/Däubler, § 112a Rn. 18b, § 125 InsO Rn. 8 im Anhang zu §§ 111 - 113;
Fitting, BetrVG, § 112, 112a Rn. 56;
Gaul, BB 2004, 2686, 2688.

Das **LAG Niedersachsen** hat inzwischen dazu mehrfach eine differenzierende Lösung gewählt:

Eine Teil-Namensliste ist als integraler Bestandteil eines Interessenausgleichs gem. § 111 BetrVG jedenfalls dann eine ausreichende Basis für die Rechtswirkungen des § 1 Abs. 5 KSchG, wenn der durch die Namensliste **erfasste Bereich** so **deutlich abgrenzbar von dem nicht erfassten Bereich** ist, dass die **Sozialauswahl nicht beeinflusst** werden kann, und er darüber hinaus wesentlich größer ist.

LAG Niedersachsen v. 23.10.2014 – 5 Sa 423/14, ZIP 2015, 243;
LAG Niedersachsen v. 22.1.2015 – 5 Sa 1013/14, AE 2015, 149 und
LAG Niedersachsen v. 7.5.2015 – 5 Sa 1321/14, DB 2015, 2400;
Az. d. BAG: 2 AZR 306/15.

Die Wirkungen des § 1 Abs. 5 KSchG treten nur ein, wenn **die der Kündigung zugrunde liegende Betriebsänderung vollumfänglich Gegenstand einer Verständigung der Betriebsparteien i.S.v. § 111 Satz 1 , § 112 BetrVG** ist.

Ein **Interessenausgleich nur über Teile der Betriebsänderung reicht nicht aus.**

BAG v. 17.3.2016 – 2 AZR 182/15, NZA 2016, 1072

Die **Vermutungswirkung** des § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO erstreckt sich lediglich auf eine **im Interessenausgleich geregelte Betriebsänderung**.

Liegt **keine Betriebsänderung** vor, sondern handelt es sich in Wahrheit um einen **Betriebsteilübergang i.S.v. § 613a BGB**, so greift § 125 Abs. 1 InsO jedenfalls für die vom Betriebsteilübergang betroffenen Arbeitsverhältnisse nicht ein.

Die **Anforderungen an den Inhalt der Anhörung** gemäß § 102 BetrVG werden dabei **nicht herabgesetzt**.

Auch bei Vorliegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste i.S.v. § 125 Abs. 1 InsO unterliegt die **Betriebsratsanhörung** nach Ansicht des BAG grundsätzlich **keinen erleichterten Anforderungen**.

Wie im Fall des § 1 Abs. 5 KSchG ergibt sich auch bei § 125 Abs. 1 InsO weder aus Wortlaut noch aus Sinn und Zweck des Gesetzes ein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber beim Vorliegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste die Anwendung des § 102 BetrVG **auch nur einschränken** wollte.

BAG v. 23.8.2003 – 2 AZR 277/02, ZIP 2004, 532.

BAG v. 28.8.2003 – 2 AZR 377/02, ZIP 2004, 525,

BAG v. 23.10.2008 – 2 AZR 163/07, BB 2009, 1798.

Besteht die Betriebsänderung bzw. die damit verbundene Entlassungsmaßnahme in einem **Arbeitsplatzabbau** und in einer damit verbundenen **Umorganisation** des (verbleibenden) Betriebes, so ist nach der Rechtsprechung des LAG Hamm die Betriebsratsanhörung nicht ordnungsgemäß, wenn nach dem Interessenausgleich mit Namensliste **in den einzelnen Abteilungen unproportional bzw. überproportional gekündigt** werden soll, ohne dass in der Betriebsratsanhörung erläutert wird, wie nach der Kündigungsmaßnahme die verbleibende Arbeit in den einzelnen Abteilungen von den dort verbliebenen Arbeitnehmern erledigt werden soll, insbesondere in den Abteilungen, in denen überproportional viele Kündigungen erfolgen sollen.

LAG Hamm v. 5.10.2011 – 6 Sa 2/11;
ArbG Herford v. 21.12.2011 – 2 Ca 618/11.

„Arbeitsvorbereitung (2 von 5 Arbeitsplätzen), Auftragservice (7 von 14), technische Auftragsbearbeitung (1 von 5), Controlling (kein Wegfall), Einkauf/Empfang/Innenarchitektur/Lackierung (ersatzloser Wegfall), Materialwirtschaft (1 von 3), Office Management (keine Veränderung), Personalwesen (1 von 2), Produktionsleitung (keine Veränderung), Produktionsentwicklung/Produktmanagement (1 von 2), Rechnungswesen (keine Veränderung), Qualitätswesen (2 von 2), Tourenplanung (1 von 2), Vertrieb (1 von 3), technische Arbeitsvorbereitung (1 von 2), Frontenfertigung (2 von 5), Frontenlager (4 von 5), Kantenbearbeitung (2 von 3), Korpusfertigung (20 von 23), Korpuslager (3 von 4), Korpuszuschnitt (2 von 5), Magazin (4 von 5), Sonderfertigung (9 von 11), technischer Dienst (keine Veränderung), Staplerfahrer (4 von 4), Qualitätswesen (2 von 2) und Versand (5 von 6).“

*„Diese Zahlen weisen aus, dass die Anpassung der Beschäftigtenzahl auf **Ebene der einzelnen Arbeitsbereiche nicht linear** an den erwarteten Umsatz erfolgte, wie die Gesamtzahl der entlassenen Beschäftigten (ca. 1/3 der Beschäftigten für ca. 1/3 des bisherigen Umsatzes) es vermuten lässt. ...*

*In der Sache **liegt eine gestaltende unternehmerische Entscheidung (Umorganisation) neben einer gebundenen unternehmerischen Entscheidung (Anpassung an Auftragsentwicklung) vor**, wobei es zur gestaltenden unternehmerischen Entscheidung an einem ausreichenden Vortrag in dem Schreiben vom 03.05.2010 an den Betriebsrat fehlt.“*

Die sich aus § 125 InsO ergebenden geringeren Anforderungen des materiellen Rechts an die soziale Rechtfertigung der Kündigung sollen sich deshalb nur mittelbar auch auf den **Umfang der Anhörungspflicht** des Insolvenzverwalters im Rahmen des § 102 Abs. 1 BetrVG auswirken, indem der Betriebsrat aufgrund der **Vorkenntnisse** aus den Interessenausgleichsverhandlungen und die Verhandlungen um die Namenslist schon über wesentliche Sachverhaltsinformationen verfügt.

Die dem Betriebsrat aus diesen Verhandlungen **bekanntes Tatsachen** muss der Insolvenzverwalter im Anhörungsverfahren nicht erneut **vortragen**. Dass der Betriebsrat derartige **Vorkenntnisse** hatte, muss der Insolvenzverwalter **im Prozess hinreichend konkret darlegen und ggf. beweisen**.

LAG Hamm v. 28.5.1998 – 8 Sa 76/98, ZInsO 1998, 236; LAG Düsseldorf v. 24.3.1998 – 3(8)(11) Sa 2088/97 n.v. und 3(8) Sa 2045/97 n.v. und v. 21.4.1998 – 3(11)(18) Sa 1968/97, EzA-SD 1998, 13/6-8; ArbG Hamburg, v. 11.5.1998 – 21 Ca 106/97, ZInsO 1998, 237; ArbG Kiel v. 6.3.1998 - 4 Ca 2458/97, ZInsO 1998, 237 zu § 1 Abs. 5 KSchG.

Kommt ein **Interessenausgleich** nach § 125 Abs. 1 InsO zustande, so ersetzt dieser zugleich die Stellungnahme des Betriebsrats im Rahmen der **Massenentlassungsanzeige** nach § 125 Abs. 2 InsO.

Beschlussverfahren nach § 126 InsO

Der Insolvenzverwalter kann die **soziale Rechtfertigung der geplanten Entlassungen in einem besonderen Beschlussverfahren durch das Arbeitsgericht** feststellen lassen.

Kommt ein entsprechender Interessenausgleich zwischen dem Betriebsrat und Insolvenzverwalter nicht zustande,

- weil **kein Betriebsrat vorhanden** ist, oder
- weil **keine Einigung** zwischen Betriebsrat und Insolvenzverwalter erzielt wird,

kann der Insolvenzverwalter beim Arbeitsgericht gem. § 126 InsO die Feststellung beantragen, dass die **Kündigung der Arbeitsverhältnisse bestimmter, im Antrag genau bezeichneter Arbeitnehmer durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt** und sozial gerechtfertigt ist.

Das Beschlussverfahren nach § 126 InsO ist auch dann **(noch) zulässig, wenn die Kündigungen der im Antrag bezeichneten Arbeitnehmer schon zuvor erfolgt sind** oder wenn nach einem Interessenausgleich nach § 125 InsO wegen einer weiteren Betriebsänderung ein **Interessenausgleich nicht zustande kommt**.

Ist für die gekündigten Arbeitnehmer die dreiwöchige **Klagefrist abgelaufen**, besteht für die Durch- oder Fortführung des Verfahrens nach § 126 InsO kein Rechtsschutzinteresse mehr.

BAG v. 29.6.2000 - 8 ABR 44/99, ZIP 2000, 1588.

BAG v. 20.1.2000 - 2 ABR 30/99, BB 2000, 1632.

ArbG Offenbach v. 17.2.2000 - 5 BV 23/99, ZInsO 2000, 684.

In den in § 126 Abs. 1 S.1 InsO geregelten Fällen kann der Insolvenzverwalter **beim Arbeitsgericht eine Feststellung beantragen**, dass die Kündigung bestimmter, **namentlich genannter Arbeitnehmer** durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt und sozial gerechtfertigt ist.

Die **Sozialauswahl** kann gemäß § 126 Abs. 1 S. 2 InsO vom Arbeitsgericht nur noch im Hinblick auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltungspflichten nachgeprüft werden.

Anders als im Verfahren nach § 125 InsO erfolgt jedoch **keine Beweislastumkehr** bzw. **keine Einschränkung der Prüfungskompetenz**, so dass das Arbeitsgericht uneingeschränkt die Wirksamkeit der Kündigungen überprüft.

Die **Überprüfung der Sozialauswahl** ist jedoch wiederum - wie bei § 125 InsO - auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten beschränkt.

Eine **Einschränkung** der gerichtlichen Überprüfung **auf grobe Fehlerhaftigkeit** ist – anders als in § 125 InsO - **nicht vorgesehen**.

Für das Verfahren gelten die Regelungen des ArbGG über das **Beschlussverfahren**, z.B. § 82 ArbGG über die örtliche Zuständigkeit. Das Arbeitsgericht entscheidet durch **Beschluss**.

Das Verfahren ist vom Gericht wegen der Eilbedürftigkeit ebenfalls mit **Vorrang vor anderen Verfahren** zu behandeln ist.

Einziges Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Arbeitsgerichts ist die **Zulassungs-Rechtsbeschwerde zum BAG**, die **nur bei grundsätzlicher Bedeutung** der Rechtssache **oder** bei **Abweichung** von einer obergerichtlichen Entscheidung **zugelassen** wird.

Das Rechtsmittel ist **binnen eines Monats** nicht nur **einzulegen**, sondern gemäß § 126 Abs. 2 i.V.m. § 122 Abs. 3 InsO auch **zu begründen**.

Bindungswirkung im Kündigungsschutzverfahren - § 127 InsO

In § 127 InsO wird klargestellt, dass die rechtskräftige Entscheidung im Beschlussverfahren nach § 126 InsO **im Individualklageverfahren um den Kündigungsschutz des Arbeitnehmers bindend** ist.

Ob diese Bindungswirkung **auch bei einer ablehnenden Entscheidung** im Beschlussverfahren gemäß § 126 InsO gilt, ist allerdings **noch nicht geklärt**.

Nachträgliche Änderungen der Sachlage sind jedoch zu berücksichtigen, ebenso auch im Verfahren nach § 129 InsO.

Hat der Insolvenzverwalter vor Beendigung des Verfahrens nach § 126 InsO die Kündigungen ausgesprochen und hat ein Arbeitnehmer **bereits Kündigungsschutzklage** eingereicht, ist dieses Klageverfahren gemäß § 127 Abs. 2 InsO **auf Antrag des Insolvenzverwalters** bis zur Rechtskraft der Entscheidung nach § 126 InsO **auszusetzen**.

Unterlässt der Verwalter die Stellung des Aussetzungsantrags, besteht weiterhin die **Gefahr divergierender Entscheidungen** im Beschlussverfahren einerseits und im Urteilsverfahren andererseits, wenn letzteres vor ersterem entschieden wird.

Aus § 127 Abs.2 InsO kann abgeleitet werden, dass der **Ausspruch der Kündigungen** durch den Insolvenzverwalter **vor Einleitung eines Beschlussverfahrens** nach § 126 InsO vom Gesetzgeber als **zulässig** erachtet wird.

Die Entscheidung im Verfahren nach § 126 InsO ist im Kündigungsschutzprozess gemäß § 127 Abs. 1 S. 2 InsO dann nicht mehr bindend, wenn sich die **Sachlage** nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung **wesentlich geändert** hat.

BAG v. 29.6.2000 - 8 ABR 44/99, ZIP 2000, 1588.

Begrenzung der Sozialplandotierung im Insolvenzverfahren

Die Regeln für den Abschluss von Sozialplänen in der Insolvenz sind in **§§ 123, 124 InsO** ersetzt.

In § 123 Abs. 1 InsO ist eine **(absolute) Obergrenze** für die Sozialplandotierung in der Insolvenz geregelt.

Danach kann in einem Sozialplan, der nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgestellt wird, für den Ausgleich und die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen, ein Gesamtbetrag von **bis zu 2 ½ Monatsverdiensten der von Entlassung betroffenen Arbeitnehmer** vorgesehen werden.

Eine **relative Obergrenze** ist in § 123 Abs. 2 S. 2 InsO enthalten. Danach darf für die Berichtigung von Sozialplanforderungen **nicht mehr als ein Drittel der Masse** verwendet werden, die ohne einen Sozialplan für die Verteilung an die Insolvenzgläubiger zur Verfügung stünde.

Die Vorschriften über die relative Obergrenze decken auch den Fall ab, dass **in einem Insolvenzverfahren zeitlich nacheinander mehrere Sozialpläne** aufgestellt werden.

In solchen Fällen darf die **Gesamtsumme** aller Forderungen aus diesen Sozialplänen die relative Grenze nicht übersteigen.

Insolvenzrang der Sozialplanforderungen

In der InsO sind die Sozialplanforderungen **aus nachinsolvenzlich abgeschlossenen Sozialplänen** nicht mehr als bevorrechtigte Insolvenzforderungen eingestuft, sondern als Masseforderungen (§ 123 Abs. 2 S. 1 InsO).

Das gilt auch dann, wenn sie auf eine noch **vor der Insolvenzeröffnung geplante Betriebsänderung** zurückgehen.

Dadurch stehen die Sozialplanforderungen **generell im Nachrang zu den herkömmlichen Masseforderungen**.

Der Vorteil der Einstufung der Sozialplanforderungen als Masseforderungen besteht darin, dass eine **Anmeldung und Feststellung der Sozialplanforderungen entfällt**.

Widerrufregelung des § 124 InsO

Sozialpläne, die **in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Verfahrenseröffnung** aufgestellt worden sind, können sowohl vom Insolvenzverwalter als auch vom Betriebsrat widerrufen werden.

Wird der ursprüngliche Sozialplan widerrufen, können die begünstigten Arbeitnehmer **bei der Aufstellung des neuen Sozialplans berücksichtigt** werden.

Die **Leistungen** an die im ursprünglichen Sozialplan berücksichtigten Arbeitnehmer **können also neu festgesetzt werden**.

Aus Gründen der Rechtssicherheit können **schon ausgezahlte Beträge** gemäß § 124 Abs. 3 InsO wegen Widerrufs des Sozialplans **nicht zurückgefordert** werden.

Forderungen aus einem nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgestellten Sozialplan sind gemäß § 123 Abs. 2 Satz 1 InsO **Masseverbindlichkeiten**, die nach § 53 InsO vorweg zu befriedigen sind.

§ 123 Abs. 3 Satz 2 InsO bestimmt jedoch, dass eine **Zwangsvollstreckung** in die Masse wegen einer Sozialplanforderung schlechthin **unzulässig** ist.

Nach allgemeiner Auffassung **fehlt** deswegen einer **Leistungsklage** gegen den Insolvenzverwalter wegen Forderungen aus einem von ihm vereinbarten Sozialplan das erforderliche **Rechtsschutzbedürfnis**, weil ein entsprechender Leistungstitel dauerhaft keine Vollstreckungsgrundlage wäre.

Der Gläubiger ist auf den Weg der **Feststellungsklage** verwiesen.

BAG v. 22.11.2005 - 1 AZR 458/04, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 176;

BAG v. 31.7.2002 - 10 AZR 275/01, BAGE 102, 82, 84;

BAG v. 11.12.2001 - 9 AZR 459/00, AP InsO § 209 Nr. 1.

Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass der Sozialplan **nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit vereinbart** worden ist.

§ 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist **keine Spezialregelung**, die nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit das in § 123 Abs. 3 Satz 2 InsO enthaltene Vollstreckungsverbot verdrängt.

Eine **Leistungsklage** gegen den Insolvenzverwalter auf Zahlung der Abfindung aus einem **nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit vereinbarten Sozialplan** ist daher unzulässig. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO steht dem nicht entgegen. Diese Vorschrift hat nach der Auffassung des BAG für Sozialplanansprüche keine Bedeutung.

BAG v. 21.1.2010 – 6 AZR 785/08, ZIP 2010, 546.

Besonderheiten des § 613a BGB in der Insolvenz

Voraussetzungen für einen Betriebs-(teil-)übergang :

Vorliegen einer **„organisatorischen Einheit“** beim bisherigen Betriebsinhaber
(„einsatzbereite Gesamtheit“)

Alternative 1: **Übernahme wesentlicher Betriebsmittel**
bei sog. „betriebsmittelintensiver“ Tätigkeit

Alt. 2: **Übernahme des nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Personals**
bei sog. „betriebsmittelarmer“ Tätigkeit

ohne wesentliche Unterbrechung

tatsächliche Fortsetzung der gleichen oder einer **gleichartigen Tätigkeit** in
„eigener Regie“

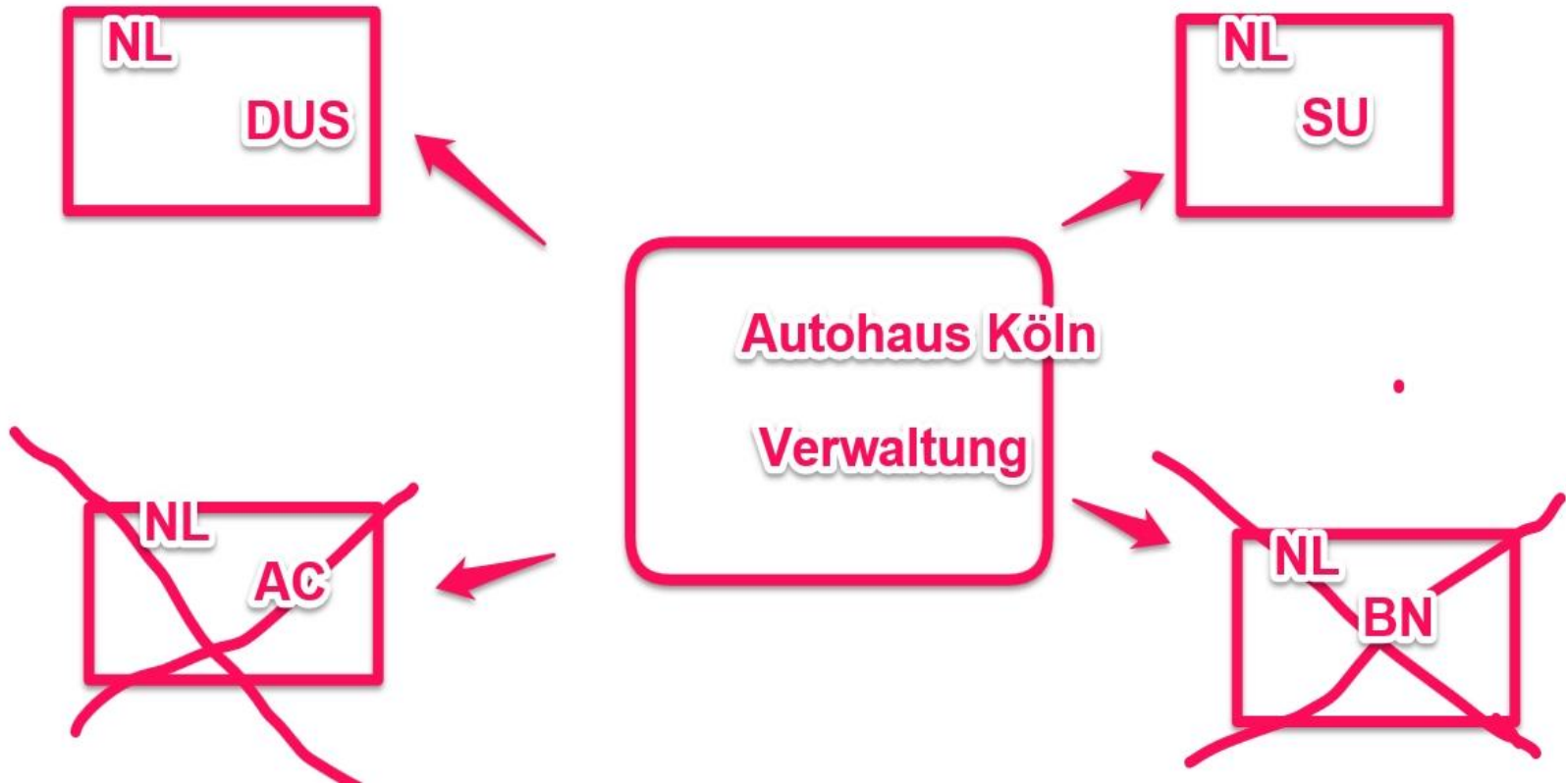
bei **im Wesentlichen gleicher Organisationsstruktur** bzw. bei **Wahrung des Funktionszusammenhangs** der übernommenen Arbeitnehmer und / oder Betriebsmittel.

Ein Betriebsübergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG sowie i.S.v. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt voraus, dass

- a) der Übergang eine **auf Dauer angelegte, ihre Identität bewahrende wirtschaftliche Einheit** im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit betrifft und
- b) die für den Betrieb der wirtschaftlichen Einheit **verantwortliche natürliche oder juristische Person**, die in dieser Eigenschaft die Arbeitgeberverpflichtungen gegenüber den Beschäftigten eingeht, im Rahmen vertraglicher Beziehungen **wechselt**.

Verantwortlich für den Betrieb einer wirtschaftlichen Einheit ist die **Person, die die wirtschaftliche Einheit im eigenen Namen führt und nach außen als deren Inhaber auftritt**.

BAG v. 25.1.2018 – 8 AZR 309/16, NZA 2018, 933; BAG v. 25.1.2018 – 8 AZR 308/16; BAG v. 25.1.2018 – 8 AZR 338/16; BAG v. 25.1.2018 – 8 AZR 524/16



:

Probleme machen Verwaltungs- oder andere Innendienst-
abteilungen hinsichtlich der Zuordnung der Arbeitnehmer
(**Zuordnung der Arbeitnehmer der Verwaltungsebene**) beim
sog. **Betriebsteilübergang**.

Ein solcher Übergang wird vom LAG Köln zumindest dann
angenommen, wenn die dortige **Tätigkeit ausschließlich oder
überwiegend den übergehenden Betriebsteilen zugute kommt**
und für den Veräußerer mit dem (Teil-) Betriebsübergang die
Beschäftigungsmöglichkeit für die Arbeitnehmer im zentralen
Unternehmensbereich **entfällt**.

LAG Köln v. 2.3.2001 – 11 Sa 1386/00, ZInsO 2001, 868;

LAG Köln v. 8.6.2001 – 11 Sa 281/01, ZInsO 2002, 96

Findet ein Betriebsteilübergang statt, dann sind die Arbeitsverhältnisse der übergeordneten Verwaltungsebene (hier: Buchhaltung) nach folgenden Grundsätzen **anteilig den produktiven Betriebsteilen zuzuordnen**:

- Im ersten Schritt sind die für die Funktionsfähigkeit des jeweiligen Betriebsteils notwendigen Arbeitsplätze festzulegen.
- Im zweiten Schritt sind diese Arbeitsplätze unter Heranziehung sozialer Auswahlkriterien (§ 1 Abs. 3 KSchG) zuzuordnen.

Teilweise wird auch angenommen, dass solche Innen- bzw. Verwaltungsabteilungen als **selbstständige Abteilungen** zu behandeln sind, die **nicht** mit anderen Betriebsstätten oder mit der Betriebsstätte, an der sie geführt werden, **übergehen**.

LAG Düsseldorf v. 14.12.2000 – 2 Sa 1333/00, ZInsO 2000, 869

Spätestens seit der Rechtsprechung des BAG im Anschluss an die sog. „**Klarenberg**“-**Entscheidung des EuGH** erscheint diese Auffassung als allein zutreffend.

Das BAG hat inzwischen entschieden, dass bei einem Betriebsteilübergang nur diejenigen Arbeitnehmer erfasst werden, die **in dem betreffenden Betriebsteil gearbeitet** haben.

Es reicht **nicht** aus, dass sie **für** diesen Betriebsteil gearbeitet haben.

BAG v. 22.1.2009 – 8 AZR 158/07 (Charite´), NZA 2009, 905 und
BAG v. 17.12.2009 – 8 AZR 1019/08 (Betriebskantine), NZA 2010, 499
EuGH v. 12.2.2009 – C- 466/07, NZA 2009, 251.
BAG v. 7.4.2011 – 8 AZR 730/09, AP BGB § 613a Nr. 406.

Abbedingung der Haftung gem. § 613a BGB in der Insolvenz

Grundsätzlich tritt der Übernehmer eines Betriebes oder Teilbetriebes nach § 613a BGB in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ein. Dieser Grundsatz gilt zunächst auch in der Insolvenz.

Danach ist die **Haftung** eines Betriebserwerbers gemäß § 613a BGB **nicht beschränkt**, wenn er den Betrieb **vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens übernommen** hat. Die Haftung eines Betriebserwerbers gemäß § 613a BGB ist dagegen auf die **Masseverbindlichkeiten** beschränkt, wenn er den **Betrieb nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens übernommen** hat.

BAG v. 13.11.1986 – 2 AZR 771/85; DB 1987, 990; BAG v. 11.2.1989 – 3 AZR 117/91, DB 1992, 2559; BAG v. 20.6.2002 - 8 AZR 459/01, ZIP 2003, 222; BAG v. 9.12.2009 - 7 ABR 90/07, NZA 2010, 461.

Abbedingung der Haftung gem. § 613a BGB in der Insolvenz

Für die Versorgungsansprüche bedeutet die **Beschränkung der Anwendbarkeit des § 613a BGB**, dass der Betriebserwerber nur den Teil der Leistung schuldet, den der Arbeitnehmer bei ihm erdient hat; für die beim Veräußerer bis zum Insolvenzfall erdienten unverfallbaren Anwartschaften haftet dagegen der Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung.

Std. Rspr. des BAG: siehe BAG v. 4.7.1989 – 3 AZR 756/87, DB 1989, 2541; BAG v. 11.2.1989 – 3 AZR 117/91, DB 1992, 2559; BVerwG v. 13.7.1999 - 1 C 14/98, ZIP 1999, 2067; LAG Rheinland-Pfalz v. 4.11.2016 – 1 Sa 118/16, AE 2017, 58 = NZI 2017, 159;

Die **Einschränkung der Haftung des Betriebserwerbers** beruht auf dem konkursrechtlichen (nunmehr: insolvenzrechtlichen) Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbehandlung und – befriedigung. Für Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung bedeutet dies, dass der Betriebserwerber für den Teil der Betriebsrentenansprüche haftet, der nach Eröffnung des Konkurs- bzw. Insolvenzverfahrens erdient worden ist. Soweit der Arbeitnehmer seine Versorgungsanwartschaft bereits bei Eintritt des Sicherungsfalles erdient (unverfallbare Anwartschaft) hat, geht sie nach § 9 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 2 BetrAVG auf den PSV als Träger der Insolvenzsicherung über.

BAG v. 13.7.1994 - 7 ABR 50/93, BAGE 77, 218; BAG v. 9.12.2009 – 3 AZR 384/07, BB 2010, 191; BAG v. 19.5.2005 - 3 AZR 649/03, BAGE 114, 349; BAG v, 9.12.2009 – 3 AZR 384/07, BB 2010, 191.

Abbedingung der Haftung gem. § 613a BGB in der Insolvenz

Die Einschränkung der Haftung für Ansprüche aus der betrieblichen Altersversorgung in der Insolvenz bei Betriebsübergang hat das BAG inzwischen insgesamt in Frage gestellt und dem **EuGH vorgelegt.**

BAG v. 16.10.2018 - 3 AZR 139/17, ZIP 2018, 2179; BAG v. 16.10.2018 - 3 AZR 878/16; dazu Polloczek/Rein, NZI 2019, 65.

Fortsetzungsanspruch („Wiedereinstellungsanspruch“)

Fortsetzungsanspruch gegen den bisherigen Arbeitgeber

Nach der Rechtsprechung des BAG kann sich ein **Fortsetzungs- oder Wiedereinstellungsanspruch** ergeben. Fallen nämlich die für die Kündigung maßgeblichen Gründe **während der laufenden Kündigungsfrist** fort, besteht ein Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers, **wenn** der Arbeitgeber noch keine Dispositionen getroffen hat und ihm die unveränderte **Fortsetzung zumutbar** ist.

BAG v. 27.2.1997 – 2 AZR 160/96, InVo 1997,233; BAG v. 6.8.1997 – 7 AZR 557/96, BB 1998, 538; BAG v. 4.12.1997 – 3 AZR 140/97, BB, 1998, 1108; BAG v. 12.11.1998 - 8 AZR 265/97, MDR 1999, 551; BAG v. 21.2.2001 – 2 AZR 39/00, ZIP 2001, 1825; LAG Köln v. 26.3.1998 – 5 Sa 11/98, LAGE § 1 KSchG Nr. 3

Der **Zweite Senat** des BAG hat einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter den Voraussetzungen anerkannt, dass eine betriebsbedingte Kündigung des Arbeitgebers auf dessen Prognose beruht, bei Ablauf der Kündigungsfrist könne er den Arbeitnehmer nicht mehr weiterbeschäftigen (z.B. wegen Betriebsstilllegung), diese **Prognose sich noch während des Laufes der Kündigungsfrist als falsch erweist** (z.B. infolge eines Betriebsüberganges), der Arbeitgeber mit Rücksicht auf die Wirksamkeit der Kündigung noch keine Dispositionen getroffen hat und ihm die unveränderte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist. Ein solcher Wiedereinstellungsanspruch stelle das **notwendige Korrektiv** dafür dar, dass die Rechtsprechung aus Gründen der Rechtssicherheit, eine Kündigung auf Grund einer **Prognoseentscheidung** zulasse

BAG v. 27.2.1997 – 2 AZR 160/96, BAGE 85, 194

Aktuelle Entwicklungen des Arbeitsrecht

Dies gilt nach Auffassung des **2. Senats** des BAG **auch bei** Abschluss eines **gerichtlichen Vergleichs** über die Beendigung gegen **(angemessene) Abfindung**; er nimmt dabei den Wegfall der Geschäftsgrundlage des Vergleichs an.

BAG v. 4.12.1997 - 2 AZR 140/97, BB 1998, 1108;

BAG v. 21.9.2000 – 2 AZR 385/99, ZIP 2001, 388

Insolvenzarbeitsrecht

Ein Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruchs soll dann nicht bestehen, wenn das Arbeitsverhältnis **wirksam befristet** war oder das **Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar** ist.

LAG Frankfurt v. 7.3.2000 - 9 Sa 1077/99, ZInsO 2000, 625;

LAG Düsseldorf v. 11.4.2000 - 9 AZR 266/99, EzA § 11 BUrtG Nr. 45;

BAG v. 20.2.2002 – 7 AZR 600/00, ZIP 2002, 1162;

BAG v. 19.10.2017 – 8 AZR 845/15, NZA 2018, 436.

Ein Wiedereinstellungsanspruch kann grundsätzlich nur Arbeitnehmern zustehen, die **Kündigungsschutz** nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) genießen. Möglicherweise kann sich **in Kleinbetrieben** ein Wiedereinstellungsanspruch im Einzelfall **ausnahmsweise aus § 242 BGB** ergeben.

BAG v. 19.10.2017 – 8 AZR 845/15 , NZA 2018, 436.

Ob ein entsprechende **Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers** (gemäß § 242 BGB) hinsichtlich der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht, hat das BAG noch **nicht abschließend entschieden**. Dies scheint aber bejaht werden zu müssen.

Der **Arbeitgeber** verhalte sich **rechtsmissbräuchlich**, wenn er bei Wegfall des betriebsbedingten Kündigungsgrundes noch während der Kündigungsfrist den veränderten Umständen nicht Rechnung trage und dem Arbeitnehmer die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus **nicht anbiete** bzw. das **Angebot des Arbeitnehmers** auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses **nicht annehme**.

BAG v. 28.6.2000 – 7 AZR 2423/97, BB 2001, 573; BAG v. 21.9.2000 – 2 AZR 385/99, ZIP 2001, 388; BAG v. 13.11.1997 - 8 AZR 295/95, BAGE 87, 115; BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198/03, ZIP 2004, 1610.

Sind von der Kündigungsmaßnahme mehrere vergleichbare Arbeitnehmer betroffen und können nicht alle Arbeitnehmer wieder eingestellt werden, hat die Wiedereinstellung nach den Regeln der **sozialen Auswahl** entsprechend § 1 Abs. 3 KSchG zu erfolgen.

Bei der Auswahl **der wieder einzustellenden Arbeitnehmer** hat der Arbeitgeber also soziale Gesichtspunkte (Lebensalter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltsverpflichtungen) zu berücksichtigen.

BAG v. 4.12.1997 – 2 AZR 140/97, BB 1998, 1108;

BAG v. 21.9.2000 – 2 AZR 385/99, ZIP 2001, 388.

Der **Siebte Senat** des Bundesarbeitsgerichts hat das Bestehen eines Fortsetzungs- / Wiedereinstellungsanspruchs des Arbeitnehmers in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Zweiten Senats bejaht, wenn sich zwischen dem Ausspruch einer Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer ergebe.

Der **Achte Senat** des Bundesarbeitsgerichts hat sich der vorgenannten Rechtsprechung des Zweiten Senats ebenfalls ausdrücklich angeschlossen.

BAG v. 28.6.2000 - 7 AZR 904/98, BAGE 95, 171

BAG v. 13.11.1997 - 8 AZR 295/95, BAGE 87, 115;

BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198/03, ZIP 2004, 1610.

Nach Ablauf der Kündigungsfrist hat das BAG aber – gerade **im Insolvenzverfahren** – einen Wiedereinstellungsanspruch zumeist abgelehnt. Dies entspricht auch seiner früheren Rechtsprechung zur KO.

Das Bestehen eines Wiedereinstellungs-/
Fortsetzungsanspruchs des Arbeitnehmers bei einer sich **nach
Ablauf der Kündigungsfrist ergebenden
Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** wird in der Rechtsprechung
des Bundesarbeitsgerichts aber **uneinheitlich beurteilt**.

BAG v. 10.12.1998 - 8 AZR 324/97, NZA 1999, 422

BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198/03, ZIP 2004, 1610;

BAG v. 28.10.2004 – 8 AZR 199/04, NZA 2005, 405;

LAG Köln v. 5.10.2010 – 12 Sa 874/10.

Der **Zweite Senat** hat diesbezüglich entschieden, ein Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers bestehe **jedenfalls dann nicht, wenn nach Ablauf der Kündigungsfrist ein ganz neuer Kausalverlauf in Gang gesetzt** werde.

Offen gelassen hat der Zweite Senat jedoch ausdrücklich in dieser Entscheidung die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen bei einer **Aufhebung oder Änderung der Unternehmerentscheidung nach Ablauf der Kündigungsfrist** ein Wiedereinstellungsanspruch des betroffenen Arbeitnehmers entstehen kann.

Der **Siebte Senat** hat das Bestehen eines Wiedereinstellungsanspruchs bei einer **nach Ablauf der Kündigungsfrist eintretenden Veränderung der tatsächlichen Umstände** aus § 242.BGB bereits ausdrücklich verneint.

Die Verhaltenspflichten des Arbeitgebers gemäß Treu und Glauben seien **nach rechtswirksamer Beendigung des Arbeitsverhältnisses** nicht mehr gegeben. Ein solcher Anspruch ergebe sich auch **nicht aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgeber**

BAG v. 6.8.1997 - 7 AZR 557/96, BAGE 86, 194

Der **8. Senat** hat für den Fall eines durch **willentliche Übernahme der Hauptbelegschaft** eingetretenen Betriebsüberganges i.S.v. § 613a BGB ausdrücklich das Bestehen eines **Fortsetzungs-/Wiedereinstellungsanspruchs** des Arbeitnehmers gegenüber dem Betriebserwerber **auch nach Ablauf der Kündigungsfrist bejaht**.

Die Voraussetzungen eines Betriebsüberganges könnten auch durch die **willentliche Übernahme der Hauptbelegschaft** erfüllt werden, daher sei die Erstreckung des Fortsetzungsanspruchs auf die **Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses** ein wirksames, den europarechtlichen Vorgaben genügendes Mittel, den Bestandsschutz bei Betriebsübergängen zu gewährleisten.

BAG v.13.11.1997 - 8 AZR 295/95, BAGE 87, 115; BAG v. 12.11.1998 - 8 AZR 265/97, BAGE 90, 153; BAG v. 12.11.1998 - 8 AZR 265/97, BAGE 90, 153;
BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198/03, ZIP 2004, 1610;
so auch LAG Bremen v. 15.2.2011 – 1 Sa 258/10, AE 2011, 249.

Ein Wiedereinstellungsanspruch eines wirksam gekündigten Arbeitnehmers kommt auch dann in Betracht, wenn **nach dem Ablauf der Kündigungsfrist** auf Grund eines **Betriebsübergangs** eine **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** für den Arbeitnehmer besteht.

Diesen Anspruch muss der gekündigte Arbeitnehmer **innerhalb eines Monats** ab dem Zeitpunkt, in dem er von den den Betriebsübergang ausmachenden tatsächlichen Umständen **Kenntnis** erlangt, gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber bzw. nach erfolgtem Betriebsübergang **gegenüber dem Betriebserwerber geltend machen**.

BAG v. 21.8.2008 - 8 AZR 201/07; NZA 2009, 29.

Fortsetzungsanspruch gegen den Betriebserwerber

Erfolgt ein **Betriebsübergang nach Ausspruch der Kündigung**, wird dadurch zwar die Rechtfertigung der Kündigung nicht mehr berührt, aber auch in diesem Falle ist ggf. ein Anspruch der nicht übernommenen Arbeitnehmer auf Weiterbeschäftigung durch den Betriebserwerber zu unveränderten Bedingungen gegeben.

BAG v.13.11.1997 - 8 AZR 295/9, BAGE 87, 115

BAG v. 12.11.1998 - 8 AZR 265/97, BAGE 90, 153

LAG Hamm v. 5.3.1999 – 10 Sa 1961/98, InVo 1999, 380.

Erfolgt **zwischen Zugang der Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist** ein Betriebs- oder Teilbetriebsübergang, muss der Arbeitnehmer den **Wiedereinstellungs- bzw. Fortsetzungsanspruch noch während des rechtlichen Bestehens** bzw. zumindest **unverzüglich ab Kenntniserlangung** von den den Betriebsübergang ausmachenden tatsächlichen Umständen geltend machen, und zwar **gegenüber dem Erwerber**.

Kommt es **nach Zugang der Kündigung** entgegen der ursprünglich beabsichtigten Betriebsstillegung zu einem **Betriebsübergang** auf einen neuen Betriebsinhaber, so soll der Wiedereinstellungsanspruch nur gegen den Übernehmer gerichtet werden können.

BAG v. 12.11.1998 – 8 AZR 265/97, BAGE 90, 153; LAG Köln v. 3.8.2001 – 11 Sa 215/01, ZIP 2002, 234; LAG Hamm v. 5.3.1999 – 10 Sa 1961/98, ZInsO 1999, 423. Nach Auffassung des ArbG Frankfurt v. 20.7.1999 – 5 Ca 7905/97, ZInsO 2000, 56 binnen drei Wochen.

Ein Fortsetzungsanspruch kann gegen den Betriebserwerber auch bei einem vorherigen **Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses** zumindest dann noch geltend gemacht werden, wenn keine korrigierte Unterrichtung gemäß § 613a Abs. 5 BGB erfolgt ist.

BAG v. 25.11.2007 – 8 AZR 989/06, NZA 2008, 357

Nach Auffassung des LAG Köln besteht **kein Fortsetzungsanspruch** gegenüber dem Erwerber, wenn der Erwerber den **Betrieb** noch **vor Ablauf der Kündigungsfrist bereits gekauft** hat, ihn aber **tatsächlich erst nach Ablauf der Kündigungsfrist übernimmt**.

LAG Köln v. 20.12.2002 - 11 (13) Sa 593/02, ZIP 2003, 592;
bestätigt durch BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198/03, ZIP 2004, 1610.

Wer im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang aus dem Arbeitsverhältnis aufgrund eines **Aufhebungsvertrages** ausgeschieden ist, hat keinen Fortsetzungsanspruch gegen den Betriebsübernehmer, solange die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrages nicht wegen Anfechtung, Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder aus einem anderen Grunde **beseitigt** worden ist.

BAG v. 10.12.1998 - 8 AZR 324/97, BAGE 90, 260 =-ZIP 1999, 320;
Bestätigung von BAG v. 28.4.1987 - 3 AZR 75/86, BAGE 55, 228

Fortsetzungsanspruch in der Insolvenz

In der Rechtsprechung der **Instanzgerichte** ist das Bestehen eines Fortsetzungs-/Wiedereinstellungs-anspruchs des Arbeitnehmers gegenüber dem **Betriebserwerber** bei einem Betriebsübergang **in der Insolvenz** nach Ablauf der Kündigungsfrist teilweise abgelehnt worden, teilweise ist die Anerkennung eines Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruchs im Rahmen des Insolvenzverfahrens überhaupt - unabhängig von dem Zeitpunkt des Betriebsüberganges (vor oder nach Ablauf der Kündigungsfrist) - abgelehnt worden.

Hessisches LAG v. 25.1.2001 - 11 Sa 908/99, ZInsO 2002, 48; Hessisches LAG v. 8.2.2001 - 11 Sa 925/99; LAG Hamburg v. 20. 3.2002 - 5 Sa 3/02, ZIP 2003, 772; LAG Hamm v. 27.3.2003 - 4 Sa 189/02, NZA-RR 2003, 652.

Das **BAG** hat wegen des Überwiegens des Interesses an einer beschleunigten und rechtssicheren Abwicklung des Insolvenzverfahrens einen Anspruch auf Vertragsfortsetzung bzw. Wiedereinstellung im Insolvenzverfahren **verneint**, wenn nach einer wirksamen Kündigung wegen beabsichtigter Betriebschließung sich **während des Laufs der Kündigungsfrist** eine Betriebsveräußerung und somit ein Betriebsübergang ergibt.

Allerdings vollzog sich im dort zu entscheidenden Fall der **tatsächliche Übergang der Leitungsmacht erst nach Ablauf der Kündigungsfrist.**

BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198/03, ZIP 2004, 1610; BAG v. 28.10.2004 – 8 AZR 199/04, NZA 2005, 405; LAG Köln v. 5.10.2010 – 12 Sa 874/10.

Der Fortsetzungsanspruch ist – sofern er begründet ist - nach h.M. als **Klage auf Abschluss eines (fortzusetzenden) Arbeitsverhältnisses** geltend zu machen, also als Klage auf Abgabe einer Willenserklärung (**§ 894 ZPO**), wobei die Details des abzuschließenden Vertrages **genau bezeichnet** werden müssen.

Dabei dürfte der **Katalog des § 2 NachwG** einen tauglichen Anhaltspunkt darstellen. Allerdings empfiehlt sich dabei wohl, **ergänzend** sogleich auch ein **Klageantrag auf entsprechende Beschäftigung** zu stellen, da nach einer zusprechenden erstinstanzlichen Entscheidung nur dieser **Beschäftigungsanspruch** sogleich vorläufig vollstreckbar wäre.

Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit

Aktuelle Entwicklungen des Arbeitsrecht

Aktuelle Entwicklungen des Arbeitsrecht

Aktuelle Entwicklungen des Arbeitsrecht

Aktuelle Entwicklungen des Arbeitsrecht

Aktuelle Entwicklungen des Arbeitsrecht

Aktuelle Entwicklungen des Arbeitsrecht

Aktuelle Entwicklungen des Arbeitsrecht

Aktuelle Entwicklungen des Arbeitsrecht

Aktuelle Entwicklungen des Arbeitsrecht

Aktuelle Entwicklungen des Arbeitsrecht

Aktuelle Entwicklungen des Arbeitsrecht

Aktuelle Entwicklungen des Arbeitsrecht

Aktuelle Entwicklungen des Arbeitsrecht