

Rechtliche Determinanten arbeitgeberinsolvenzbetreffener Beschäftigungsverhältnisse

Wirtschaftsjurist Michael Weidenfäller, LL.M.

Allein im Jahre 2011 waren in Deutschland 30.999¹ Unternehmensinsolvenzen zu verzeichnen. Und obwohl das zwar 5,9 v.H. weniger waren als noch im Jahr 2010, betrug der Anstieg im Krisenjahr 2009 zum Vorjahr allein 11,6 v.H. Dies spricht nicht nur für eine gewisse 'Normalisierung' des Insolvenzgeschehens in der deutschen Wirtschaft, sondern wirft umso mehr die Frage auf, mit welchen Folgen betroffene Arbeitnehmer im Falle des Arbeitgeberkonkurses zu rechnen haben. Das Insolvenzverfahren selber soll vornehmlich der Befriedigung der Gläubigergesamtheit unter Verwertung des Schuldnervermögens dienen. Beschäftigte hingegen sehen sich nicht selten unmittelbar existenzbedrohenden Fragen ausgesetzt, wissen häufig nicht, ob und wenn ja von wem ihr Lohn weiter ausbezahlt wird oder ob ihnen aufgrund der Insolvenz in gesonderter Form gekündigt werden kann.

Diese besondere Situation von Arbeitnehmern und ihre Rechtsposition in der Insolvenz soll im Folgenden näher dargestellt werden.

A. Rechtsposition des Arbeitnehmers in der Insolvenz

I. Das Synallagma

Im Grundsatz hat die Eröffnung des Insolvenzverfahren keinen Einfluss auf den Bestand der Arbeitsverhältnisse (§ 108 Abs. 1 S.1 InsO), dennoch gehen Abwicklungs- oder Sanierungsmaßnahmen des Schuldnerunternehmens regelmäßig mit Personalfreisetzungprozessen einher.² Der Gesetzgeber gibt dem Insolvenzverwalter hierzu im Rahmen der §§ 113 bis 128 InsO Werkzeuge an die Hand.³ Der Verwalter tritt unmittelbar mit Verfahrenseröffnung in die Arbeitgeberposition ein, wodurch ihn

¹ Statistisches Bundesamt, hier: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/LangeReihen/Insolvenzen/Irins01.html>; Stand: 07.06.2012.

² Pape, Uhlenbrock (2010), S. 641.

³ ebd.

bestehende Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und Individualarbeitsverträge prinzipiell gleichermaßen berechtigen und verpflichten.⁴

Obligatorische Wirkung entfalten insbesondere der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers, auf den Zeitraum nach Eröffnung erdiente Lohnforderungen sowie entsprechende Anteile auf eine betriebliche Altersvorsorge.⁵ Zahlungsansprüche des Arbeitnehmers für den Zeitraum nach Verfahrenseröffnung sind somit Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO, jedoch solche für einen davorliegenden Zeitraum gem. §§ 108 Abs. 3 i. V. m. 38 InsO als einfache Insolvenzforderungen zu qualifizieren.⁶

Der Arbeitnehmer, der selbstredend zur Erbringung seiner Arbeitsleistung im Insolvenzfall verpflichtet bleibt, behält seinen Vergütungsanspruch auch dann, wenn er hiervon durch den Insolvenzverwalter befreit wurde.⁷ Eine solche Freistellung von der Arbeitsleistung kommt für den Insolvenzverwalter dann infrage, wenn er erkennt, dass die noch vorhandene Vermögensmasse zur Bezahlung der Arbeitnehmerentgelte nicht mehr ausreicht⁸ oder es ihm schlichtweg darum geht, die Auszahlung von Entgelt, das ja nun Masseverbindlichkeit geworden ist, zu verhindern.⁹ Bei Vorliegen des Ersteren, einer Masseunzulänglichkeit i. S. d. § 208 Abs. 1 InsO bzw. der damit einhergehenden Freistellung bleibt dem Beschäftigten regelmäßig nur noch der Bezug von Arbeitslosengeld nach § 143 Abs. 3 S. 1 SGB III.¹⁰ Der nicht untergegangene Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt geht sodann auf die Bundesagentur für Arbeit über.¹¹

Arbeitsrechtlich zulässig ist das Freistellungsrecht des Insolvenzverwalters ausschließlich in Verbindung mit einer Kündigungserklärung, da ansonsten der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers unentwegt fortbestehen würde.¹² Wenngleich diskutiert, muss ein über die hier aufgeführten Gründe hinausgehendes, allgemeines Freistellungsrecht des Insolvenzverwalters verneint werden, da es schließlich mit dem Schutz des aus Art. 1 und 2 GG hervorgehenden Persönlichkeitsrechts unvereinbar wäre.¹³ Wohl ertragen muss der Beschäftigte hingegen die Einschränkung des Mitbestimmungsrechts der Arbeitnehmervertretung dahingehend, dass für den Fall der Freistellung von der Arbeitsleistung mit Abgabe einer Kündigungserklärung dieser kein Zustimmungsverweigerungsrecht i. S. d. § 99 Abs. 3 BetrVG zusteht, weil die Freistellung in der Insolvenz keine personelle Einzelmaßnahme darstellt.¹⁴

⁴ ebd., S. 643.

⁵ Kreft (2008), § 108, Rn. 30.

⁶ Haarmeyer, Wutzke, Förster (2010), S. 858.

⁷ Haarmeyer, Frind (2010), S. 66.

⁸ Reischl (2011), S. 179.

⁹ Wroblewski (2011), S. 347ff.

¹⁰ ebd.

¹¹ Runkel (2008), S. 1331.

¹² ebd., S. 1238.

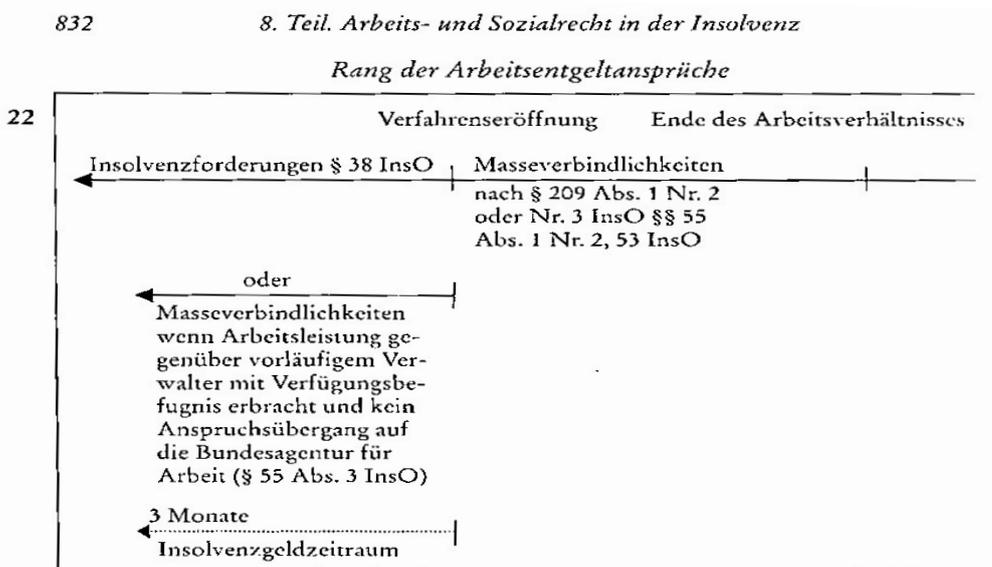
¹³ Wroblewski (2011), S. 347 ff.

¹⁴ Runkel (2008), S. 1238.

II. Das Insolvenzausfallgeld

1. Begriff und Funktion

Der Arbeitnehmer ist in der Regel zur Vorleistung verpflichtet, muss also seine Arbeitsleistung im Vorhinein erbringen, wohingegen der Arbeitgeber das als Gegenleistung geschuldete Entgelt im Allgemeinen erst nach Ablauf eines vertraglich festgelegten Zeitabschnitts (§ 614 BGB) zu entrichten hat.¹⁵ Für den Fall, dass der Arbeitgeber nun aber in Ermangelung liquider Mittel nicht mehr in der Lage ist, seinen Entgeltverpflichtungen gegenüber dem Arbeitnehmer nachzukommen, sind jene Arbeitnehmeransprüche für den Zeitraum von bis zu drei Monaten vor Eröffnung des Verfahrens durch das Insolvenzausfallgeld gesichert (siehe folgende Abbildung).¹⁶



Quelle: Runkel (2008), S. 832.

Demgemäß verfolgt das Insolvenzgeld den Zweck, den Arbeitnehmer vor Ausfall seiner Arbeitseinkünfte zu schützen, andererseits aber auch, die Wiedererlangung der Liquidität des Schuldnerunternehmens zu fördern, um durch so möglich werdende Sanierungsmaßnahmen den Weg aus der Krise zu bewältigen.¹⁷

Nicht wenige sehen einen darüber hinaus gehender Sinn in der Bindung von Mitarbeitern - insbesondere von Leistungsträgern - an das Schuldnerunternehmen zur Erhöhung der Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Sanierung, da diese per garantierter Mindestleistungen motiviert werden, trotz einschneidender Konsequenzen den Arbeitgeber nicht zu wechseln.¹⁸

Wenngleich zunächst Uneinigkeit darüber bestand, ob das nationale Recht nun den europarechtlichen Vorgaben hinsichtlich des Eintritts- bzw. Gewährungszeitpunktes von im Insolvenzfall den Arbeitnehmer begünstigenden Garantieleistungen

¹⁵ Beck, Depré (2010), S. 986.

¹⁶ ebd., S. 832 f.

¹⁷ Schmidt (2009), S. 1164.

¹⁸ Krings (2012), S. 83 ff; Heinrich (2011), S. 569-573.

entspricht¹⁹, reicht der in Deutschland gewährte Schutz des SGB III über die von der EU - Richtlinie²⁰ geforderten Mindestbestimmungen hinaus.²¹ Auch arbeitsvertraglich zugesagte Versorgungsansprüche (Betriebsrenten) etwa aus Gründen des Alters, der Invalidität oder der Hinterbliebenenversorgung i. S. d. § 1 Abs. 1 BetrAVG²² sind durch den überbetrieblichen Pensionssicherungsverein insolvenzgeschützt.²³ Sowohl laufende Betriebsrentenzahlungen bis zu einer Höhe von 7.665 Euro pro Monat (galt für das Jahr 2011), als auch einmalige Kapitalleistungen sind bis zu einer in § 7 Abs. 3 S. 2 BetrAVG fixierten Höchstgrenze vor Eintritt einer Arbeitgeberinsolvenz gesichert.²⁴

2. Anspruchsberechtigte

Als weitgehend unproblematisch darf die Bestimmung der Anspruchsberechtigten gesehen werden. Wenngleich auch die Vorschriften bzgl. des Insolvenzgelds eine Legaldefinition des Arbeitnehmerbegriffs aussparen, so kann dennoch der konventionelle arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff²⁵ Anwendung finden, da das Insolvenzausfallgeld die Funktion einer Entgeltersatzleistung erfüllt.²⁶ Anspruchsberechtigt i. S. d. § 183 Abs. 1 SGB III sind demgemäß alle Personen, die weisungsgebunden abhängige Arbeit in einem Betrieb oder Unternehmen gegen Entgelt leisten, eingeschlossen der geringfügig Beschäftigten, Auszubildenden, und Heimarbeiter; nicht jedoch beim Insolvenzschuldner eingesetzte Leiharbeiter sowie Vorstände oder Geschäftsführer.²⁷

3. Abgedeckte Ansprüche

Da vom Insolvenzgeld grundsätzlich alle Ansprüche auf Bezüge aus dem Arbeitsverhältnis als Gegenleistung für schon erbrachte Arbeitsleistung erfasst werden, sind hierin eingeschlossen auch beispielshalber Akkordlohn, Überstunden-, Sonn-, Nachts- und Feiertagszuschläge, Entgeltfortzahlung für Krankheit, vermögenswirksame Leistungen, Weihnachts- und Urlaubsgeld, ferner Reisekosten und Spesen.²⁸ Ausbezahlt wird dabei stets in Höhe des Nettoarbeitsentgeltes, also bereits unter Abzug der Steuer- und Sozialversicherungsbeiträge.²⁹ Von der Arbeitsverwaltung an die Einzugsstellen (Krankenkassen) abzuführen ist indes lediglich der Gesamtsozial-

¹⁹ EuGH- Urteil vom 15.05.2003 C-160/01; hier: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&jur=C,T,F&num=C-160/01&td=ALL>, Stand: 20.06.2012.

²⁰ Art. 9 der Richtlinie 2008/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers ; hier: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008L0094:DE:NOT>, Stand: 20.06.2012.

²¹ Beck, Depré (2010), S. 987 f.

²² Betriebsrentengesetz vom 19.12.1974; zuletzt geändert am 21.12.2008.

²³ Bachner, Köster (2012), S. 402.

²⁴ ebd., S. 403.

²⁵ § 7 Abs. 1 Viertes Sozialgesetzbuch i. d. F. vom 12.11.2009; zuletzt geändert am 12.04.2012.

²⁶ Beck, Depré (2010), S. 990.

²⁷ Pape, Uhlenbrock, Voigt- Salus (2010), S. 88 f.

²⁷ Beck, Depré (2010), S. 990.

²⁸ Kittner, Zwanzifger, Deinert (2011), S. 1839.

²⁹ Beck, Depré (2010), S. 1012.

versicherungsbeitrag i. S. d. § 28d SGB IV - mithin also die Pflichtbeiträge zur Kranken-, Renten-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung.³⁰

Mit einiger Schwierigkeit gestaltet sich in der Praxis hingegen die Frage nach der Zurechnung von Guthaben auf Mehrarbeitskonten zum Insolvenzgeld-Zeitraum. Vom Grundsatz her ist der Anspruch auf Auszahlung aus Guthaben auf einem Arbeitszeitkonto durchaus dem Anspruch auf durch bereits erbrachte Arbeitsleistung auszubehandelndes Arbeitsentgelt gleichzusetzen, jedoch ist entscheidend, ob sich ein solches Guthaben zweifelsfrei dem Insolvenzgeldzeitraum zuordnen lässt. Nur dann, wenn im Voraus bereits ein Guthaben auf dem Arbeitszeitkonto entstanden ist, das auch konkret für einen innerhalb des Insolvenzgeldzeitraums (maximal drei Monate vor Verfahrenseröffnung) liegenden Zeitabschnitt erarbeitet wurde, kann eine Zahlung von Insolvenzgeld als Ausgleich für Guthaben auf Mehrarbeitskonten überhaupt in Betracht kommen.³¹

Wenig Positives kann aus Mitarbeitersicht zudem mit Blick auf etwaige Urlaubsabgeltungsansprüche konstatiert werden, sind diese doch gem. § 184 Abs. 1 Nr. 1 SGB III nicht insolvenzgeldfähig. Kann der Arbeitnehmer seine Urlaubsansprüche aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht nehmen, besteht generell nach § 7 Abs. 4 BUrlG³² ein finanzieller Abgeltungsanspruch. Im Vorverfahren gibt es dahingehend zwei Möglichkeiten: Nimmt der vorläufige Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung in Anspruch und wird der Arbeitsvertrag vor Eröffnung des Verfahrens beendet, so erwirbt der Arbeitnehmer im später eröffneten Verfahren wenigstens noch Masseforderungen nach § 55 Abs. 2 S. 1 InsO.³³ Wenn aber nun die Arbeitsleistung vom vorläufigen Verwalter gar nicht erst in Anspruch genommen wird, dann entstehen für den Arbeitnehmer nach Verfahrenseröffnung schlicht Insolvenzforderungen nach § 38 InsO mit Aussicht auf bruchteilige Erfüllung.³⁴

In Ergänzung dazu kann sich bei Antragsstellung problematisch für den Arbeitnehmer der Übergang des Bruttolohnanspruchs als Insolvenzforderung auf die Bundesagentur dann auswirken, wenn diese den Antrag ablehnt.³⁵ Dies, weil jetzt der Arbeitnehmer seine Forderung wieder selbst gerichtlich geltend machen müsste und insofern die Gefahr besteht, dass inzwischen die durch das Gericht festgelegten Anmeldefristen zur Insolvenztabelle schon abgelaufen sind.³⁶

4. Auswirkungen einer Folgeinsolvenz

Ein weiteres gravierendes Problem haben solche Arbeitnehmer, die in einem Schuldnerunternehmen beschäftigt sind, bei welchem nach einer durchgeführten Sanierungsphase kein Rechtsträgerwechsel eintritt, also der alte Arbeitgeber im Insolvenzplanverfahren beibehalten bleibt. Dann nämlich haben abhängig Beschäftigte im Falle des Scheiterns der Sanierung keinen erneuten Insolvenzgeldanspruch, da nach vorherrschender Rechtslage³⁷ beim Aufeinanderfolgen mehrerer Insolvenzereig-

³⁰ ebd., S. 1028.

³¹ Wimmer (2008), Kap. 7, Rn. 484 ff.

³² Bundesurlaubsgesetz vom 08.01.1963; zuletzt geändert am 07.05.2002.

³³ Runkel (2008), S. 1241.

³⁴ ebd.

³⁵ Schelp (2010), S. 1095 ff.

³⁶ ebd.

³⁷ BSG, Urteil vom 21. 11. 2002 - B 11 AL 35/02 R; hier: <http://lexetius.com/2002,2942> sowie BSG Urteil vom 29.05.2008 - B11a AL 57/06 R; hier: <http://lexetius.com/2008,2236>, Stand: 20.06.2012.

nisse ausschließlich das zeitlich erste anspruchsbegründend ist und Sperrwirkung für alle folgenden Ereignisse auslöst.³⁸ In der Konsequenz bedeutet dies, dass Arbeitnehmer, die ja im Vorhinein nicht wissen können, ob eine Sanierung gelingt, im Insolvenzplanverfahren am dahinterstehende ökonomischen Risiko beteiligt werden, weil ihnen im Falle eines Misslingens der erneute Insolvenzgeldbezug verwehrt bleibt.

5. Bewertung

Nachstehende Tabelle soll veranschaulichen, wie sich beschriebene Einzelansprüche in Summe als Insolvenzgeldausgaben der Bundesagentur für Arbeit seit Mitte der 2000`er Jahre entwickelt haben:

Entwicklung der Aufwendungen für Insolvenzgeld			
Jahr	gestellte Anträge ¹	bewilligte Anträge	Aufwendungen für Insolvenzgeld ²
2004	-	-	1.423.233
2005	415.042	394.963	1.209.688
2006	345.231	320.845	835.832
2007	304.155	280.618	696.585
2008	295.606	272.260	653.796
2009	371.978	355.342	1.617.202
2010	276.450	274.718	740.112
2011	243.101	241.339	635.246

1) gestellt von Arbeitnehmern zum Ersatz des Entfallenen Arbeitsentgeltes, Dritten (natürliche oder juristische Personen, auf die der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Arbeitsentgelt übertragen hat) sowie Einzugsstellen (Krankenversicherungen zur Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge)

2) bis Einschließlich November 2011; Angaben in 1000 Euro

Quelle: Bundesagentur für Arbeit

An ihr wird Zweierlei erkennbar: Zum Einen, wie drastisch doch offenbar die letzte Wirtschafts- und Finanzmarktkrise zu Buche schlug, stiegen doch alleine in einem Jahr (von 2008 auf 2009) die Ausgaben um den Faktor 2,5 von etwa 650 Millionen Euro auf über 1,6 Milliarden. Zum Anderen enthüllen die Zahlen aber auch, wie stark man offenbar die Bedeutung des Insolvenzgeschehens und den damit zusammenhängenden Kompensationsaufwand unterschätzte, rechnete der Gesetzgeber im Jahre 1974 bei Einführung der Konkursordnung, die den Vorgänger der Insolvenzordnung darstellte, mit jährlichen Ausgaben i. H. v. gerade einmal 40 Millionen DM.³⁹ Hierbei drängt sich unweigerlich die Frage nach der Finanzierung auf. Diese wird seit Beginn 2009 durch ein Umlagesystem gewährleistet, bei welchem der Unternehmer selbst monatlich einen bestimmten, von der Bundesagentur für Arbeit festgelegten Prozentsatz der ausbezahlten Arbeitsentgelte abführt.⁴⁰

Wenn aber nun, wie bereits beschrieben, für den vorläufigen Insolvenzverwalter die Möglichkeit besteht, durch Abtretung der gegen die Arbeitsverwaltungsbehörde gerichteten Insolvenzgeldansprüche eine zweifellos liquiditätssteigernde Vorfinanzie-

³⁸ Heinrich, Frank (2011), S. 689 ff.

³⁹ Beck, Depré (2010), S. 987.

⁴⁰ Breuer (2011), S. 151.

rung bestehender Entgeltverpflichtungen⁴¹ herbeizuführen, dann tragen doch letztlich die Einzahler des Umlagesystems (Unternehmer) die Chance ihrer Sanierung selber, wodurch das eigentlich aus Arbeitnehmerschutzgründen implementierte Instrument bei allzu großzügigem Einsatz zur Anschubfinanzierung für Sanierungen mutieren kann.⁴²

Nur, das Insolvenzgeld selbst ist nicht originär als Sanierungsinstrument gedacht, die begünstigende Wirkung für den zahlungsunfähigen Arbeitgeber nicht Normzweck, sondern nur ihre Nebenwirkung.⁴³ Die Vorfinanzierung bzw. der damit in Verbindung stehenden Abtretung der Arbeitnehmeransprüche an die Bundesagentur erfordert nach § 188 Abs. 4 SGB III deren Zustimmung, die sie gewiss nur dann geben wird, wenn überwiegend wahrscheinlich ist, dass ein erheblicher Teil der Arbeitsplätze erhalten bleibt, jedoch: Dieser ‚erhebliche Teil‘ lässt sich unter Abwägung des Einzelfalls im Zweifel auf gerade noch 10 v.H. quantifizieren.⁴⁴ Es wird insofern die Gefahr nicht zu verleugnen sein, dass hier mitunter nur allzu selbstverständlich massebegünstigende Zahlungsströme in Anspruch genommen werden, die ihrer ursprünglichen Intention nach dem Erhalt von (womöglich später ohnehin wegfallenden) Arbeitsplätzen dienen sollten.

III. Beendigung von Arbeitsverhältnissen in der Insolvenz

1. Beschleunigungswirkung des § 113 InsO

Die Insolvenz an sich hat i. S. d. § 108 Abs. 1 InsO keine Auswirkungen auf Bestand und Inhaltliche Ausgestaltung von Arbeitsverhältnissen. Sie selber ist überdies weder Grund für eine betriebsbedingte, noch für eine außerordentliche Kündigung.⁴⁵ Auch der allgemeine und besondere Kündigungsschutz (etwa §§ 9 MSchG⁴⁶, 85 SGB IX⁴⁷ 103 BetrVG⁴⁸) ist ohne Frage weiterhin zu beachten.⁴⁹ Daneben sind unbestritten die aus § 102 Abs. 1 BetrVG hervorgehenden Anhörungsrechte des Betriebsrats vor Aussprache jedweder Kündigung, gleich welcher Art, zu berücksichtigen.⁵⁰

Was zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen insofern erforderlich ist, ist ein dementsprechender Kündigungsgrund, der aus dem Kündigungsschutzgesetz hervorgeht, folglich aus Gründen der Person, des Verhaltens oder betriebsbedingt erfolgen muss und sich keineswegs etwa schon allein aus § 113 InsO ableiten lässt.⁵¹ Das Recht zur außerordentlichen Kündigung nach § 622 BGB bleibt daneben unbenommen.⁵²

⁴¹ Reischl (2011), S. 52.

⁴² Foerste (2010), S.51.

⁴³ Heinrich, Frank (2011), S.569ff.

⁴⁴ Schmidt (2009), S.1170.

⁴⁵ Kittner, Zwanziger, Deinert (2011), S.1803.

⁴⁶ Mutterschutzgesetz i.d.F. vom 20.06.2002; zuletzt geändert am 20.12.2011.

⁴⁷ Sozialgesetzbuch - Neuntes Buch - Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, i.d.F. vom 20.06.2002; zuletzt geändert am 12.04.2012.

⁴⁸ Betriebsverfassungsgesetz i.d.F. vom 25.09.2001; zuletzt geändert am 29.07.2009.

⁴⁹ Foerste (2010), S.122.

⁵⁰ Breuer (2011), S.142f.

⁵¹ Breuer (2011), S.141f.

⁵² ebd., S.142.

Da aber nun in der Insolvenz der häufig vorkommende Fall die Aussprache einer betriebsbedingten Kündigung sein wird, kommt jener Norm (§113 InsO) dennoch gesonderte Bedeutung zu, weil sie Kündigungsfristen auf maximal drei Monate deckelt, solange nicht ohnehin eine kürzere gelten würde.⁵³ Aufgrund von vertraglichen Abreden, gesetzlichen Bestimmungen oder Tarifverträgen etwaig längere Kündigungsfristen werden durch § 113 Satz 2 InsO verdrängt, was speziell mit Blick auf Tarifregelungen nach Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht gegen die aus Art. 9 Abs. 3 GG ableitbare Tarifautonomie verstößt⁵⁴ und sich insbesondere unter Abwägung des Gläubigerinteresses auf Masseschutz rechtfertigen lässt.⁵⁵

§ 113 InsO, der wiederum nach § 119 InsO zwingendes Recht ist, mithin also nicht abbedungen werden kann⁵⁶ kommt demzufolge eine Beschleunigungswirkung zu, soll doch der Insolvenzverwalter, der ja im eröffneten Verfahren in Arbeitgeberfunktion anstelle des Insolvenzschuldners das Kündigungsrecht ausübt⁵⁷, die Möglichkeit haben, notwendige Kündigungen ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer oder eine Abrede zum Ausschluss des Rechts auf ordentliche Kündigungen durchführen zu können.⁵⁸ Hiermit soll im Prinzip der besonderen Situation im Insolvenzfall Rechnung getragen werden, dass der Insolvenzverwalter zum einen dem Ziel der Kostenentlastung zur Wiedererlangung von Liquidität entsprechend ein Interesse an der raschen Beendigung des Vertragsverhältnisses haben wird, zum anderen womöglich ebenso dem Arbeitnehmer aus Sorge um Erfüllung seiner Gehaltsansprüche bei einem insolventen Unternehmen daran gelegen sein mag, das Dienstverhältnis schneller zu beenden, als ehemals vorgesehen war.⁵⁹ Im Grunde geht es bei diesem Sonderkündigungsrecht folglich darum, notwendige Kündigungen im Interesse der Unternehmenssanierung schnell und rechtssicher durchführen zu können, zudem aber auch die Insolvenzmasse vor weiteren finanziellen Belastungen zu schützen.⁶⁰

Die Höchstfrist von drei Monaten zum Monatsende gilt dabei etwa auch im Falle betrieblich vereinbarter Beschäftigungsgarantien oder gar tarifvertraglich festgelegter Kündigungsausschlüsse, wodurch nun vormals unkündbare Beschäftigungsverhältnisse ordentlich kündbar werden.⁶¹ Gleiches gilt für befristete Arbeitsverhältnisse i. S. d. § 15 Abs. 3 TzBfG⁶², bei welchen eigentlich nicht das Recht zur ordentlichen Kündigung während der Vertragsdauer vereinbart worden war, sowie Altersteilzeitarbeitsverhältnissen.⁶³ Nicht erfasst werden hingegen Berufsausbildungsverhältnisse, die gem. § 22 Abs. 2 Nr. 1 BBiG⁶⁴ nach Ablauf der Probezeit kein Recht zur ordentlichen Kündigung mehr vorsehen und deshalb nur im Falle einer Betriebsstilllegung aus (dann vorliegendem) wichtigem Grund kündbar sind.⁶⁵

⁵³ ebd.

⁵⁴ Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.01.2000 - 4 AZR 70/99; hier: <http://lexetius.com/2000,3888>, Stand: 25.06.2012.

⁵⁵ Kittner, Zwanziger, Deinert (2011), S. 1807 f.

⁵⁶ Beck, Depré (2010), S. 846 f.

⁵⁷ Krefte (2008), § 113, Rn. 1f.

⁵⁸ Schaub (2009), S. 920.

⁵⁹ Haarmeyer, Wutzke, Förster (2010), S. 873.

⁶⁰ Pape, Uhlenbrock, Voigt- Salus, (2010), S. 643.

⁶¹ ebd.

⁶² Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge vom 21.12.2000; zuletzt geändert am 20.12.2011.

⁶³ Schaub (2009), S. 921.

⁶⁴ Berufsbildungsgesetz vom 32.03.2005; zuletzt geändert am 20.12.2011.

⁶⁵ Kittner, Däubler, Zwanziger (2011), S. 1043.

Das Sonderkündigungsrecht des § 113 InsO kann zwar überdies während der Gesamtdauer des Verfahrens ausgeübt werden, allerdings nur vom Insolvenzverwalter selbst, nicht etwa vom vorläufigen Insolvenzverwalter (und sei es auch der starke) im Rahmen des Vorverfahrens.⁶⁶ Dadurch kann sich in der Praxis das Kuriosum von Doppelkündigungen ergeben, weil der vorläufige Insolvenzverwalter noch an ggf. längere Fristen gebunden war und erst ab Verfahrenseröffnung der tatsächliche Insolvenzverwalter berechtigt ist, die kürzere Kündigungsfrist des § 113 Satz 2 InsO zu nutzen, um sodann noch einmal nachzukündigen.⁶⁷ Der Grund dafür, dass nicht schon der vorläufige Insolvenzverwalter verkürzt kündigen kann, liegt schlichtweg am im Wortlaut des Gesetzes zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers, wird doch in § 113 S. 1 InsO ausdrücklich nur der Insolvenzverwalter benannt.⁶⁸

Nichtsdestotrotz steht dem Arbeitnehmer gem. § 113 Satz 3 InsO im Falle einer insolvenzbedingten vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses Ersatz des ihm dadurch entstandenen ‚Verfrühungsschadens‘ zu.⁶⁹ Vom Anspruch erfasst ist der Zeitrahmen zwischen der Kündigungsfrist nach § 113 S. 2 InsO und der längeren, einzelvertraglich oder tariflich bestehenden Kündigungsfrist.⁷⁰ Konkret bemisst sich die Schadenshöhe für gewöhnlich in den durch die vorzeitige Kündigung entgangenen Gehältern.⁷¹ Kein solcher Schadensersatzanspruch besteht indessen bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages zwischen dem Insolvenzverwalter und dem Arbeitnehmer.⁷² Der wegen Fristabkürzung gewährte Schadensersatzanspruch besteht dabei nicht gegen die Masse, sondern ist einfache Insolvenzforderung mit lediglich quotaler Erfüllungsaussicht.⁷³

2. Kündigungsschutz in der Insolvenz

Obzwar der Insolvenzverwalter regelmäßig aufgrund der vorgefundenen Verhältnisse um die Aussprache betriebsbedingter Kündigungen nicht umhinkommen wird, da das vorhandene Arbeitskräftepotential schlichtweg so nicht mehr einsetzbar ist, sind die Kündigungsschutzvorschriften - insbesondere die des allgemeinen Kündigungsschutzes nach §§ 1 - 14 KSchG - für ihn bindend.⁷⁴ Sie greifen jedoch nur, wenn der betroffene Arbeitnehmer nicht in einem Kleinbetrieb i. S. d. § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG beschäftigt ist und die Beschäftigungsdauer nach § 1 KSchG sechs Monate schon überschritten hat, wobei der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung entscheidend ist.⁷⁵ Maßgeblich für die Wirksamkeit der betriebsbedingten Kündigung ist das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse, die der Insolvenzverwalter im Zweifel darzulegen und zu beweisen hat.⁷⁶ Solche dringenden betrieblichen Erfordernisse, deren Ursachen zahlreich sein können, müssen einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Wege stehen und überdies Anlass zur Entscheidung des

⁶⁶ Schaub (2009), S. 920.

⁶⁷ Kittner, Zwanziger, Deinert (2011), S. 1808.

⁶⁸ Kreft (2008), § 113, Rn. 2.

⁶⁹ Wimmer (2008), Kap.1, S. 474.

⁷⁰ ebd.

⁷¹ Pape, Uhlenbrock, Voigt- Salus (2010), S. 644.

⁷² Schaub (2009), S. 921.

⁷³ Pape, Uhlenbrock, Voigt- Salus (2010), S. 644.

⁷⁴ Beck, Depré (2010), S. 852 f.

⁷⁵ Beck, Depré (2010), S. 852 f.

⁷⁶ ebd.

Unternehmers (Insolvenzverwalters) sein, Personal freizusetzen.⁷⁷ Er, als Einziger mit Kündigungsbefugnis ausgestattet⁷⁸, hat entsprechend die Anforderungen an eine Sozialauswahl und das Vorliegen betrieblicher Erfordernisse zu berücksichtigen.⁷⁹

Einen noch gehobenen Kündigungsschutz gewährt der Gesetzgeber bei Anstehen betriebsbedingter Entlassungen einer Vielzahl von Arbeitnehmern, denn: Treten Situationen ein, in welchen der Insolvenzverwalter gemäß der in § 17 KSchG vorzufindenden Staffelung Massenentlassungen durchzuführen hat, muss er diese - und zwar noch vor Zugang der Kündigung - bei der Arbeitsbehörde, in deren Bezirk der Betrieb gelegen ist, anzeigen.⁸⁰ Hierbei bewirkt diese Anzeige eine Sperrfrist von regelmäßig einem Monat ab Eingang bei der Arbeitsverwaltung, innerhalb welcher Entlassungen unwirksam sind.⁸¹ In ihrer Funktion verlängert die Sperrfrist zwar nicht den Beginn der Kündigungsfristen, sodass Beschäftigte länger als sonst vom Erhalt ihres Arbeitsplatzes profitieren würden, gleichwohl gibt sie aber einen Mindestschutzzeitraum zwischen Anzeigerstattung und tatsächlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor.⁸² Der Unterlass einer solchen Anzeige im Rahmen von Massenentlassungen führt indes zur Nichtigkeit der Kündigungserklärungen.⁸³

In ihr (der Anzeige) sind u. a. zwingend die Entlassungsgründe, Auswahlkriterien, Zahl und Berufsgruppen der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer sowie Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer nebst Durchführungszeitraum anzugeben.⁸⁴ Nicht zwingend, aber gleichwohl gewünscht sind ferner Angaben über Geschlecht, Alter, Staatsangehörigkeit und Beruf der zu entlassenden Arbeitnehmer.⁸⁵ Sinn dieser Regelung ist einerseits ganz klar der Schutz betroffener Arbeitnehmer, andererseits soll aber auch der Arbeitsbehörde die Möglichkeit gegeben werden, Maßnahmen zur anderweitigen Unterbringung freigesetzter Arbeitnehmer zu ergreifen oder wenigstens deren vorläufige Arbeitslosigkeit hinauszuzögern.⁸⁶

Da auch die Massenentlassung ihrem Wesensgehalt nach eine betriebsbedingte Kündigung ist, kann naturgemäß auch hier die Sozialauswahl nicht unterbleiben; mehr noch: Wurden grundsätzliche Fehler bei der Sozialauswahl begangen, bei welchen erkennbar die Schutzwürdigkeit einzelner Arbeitnehmer grob inkorrekt beurteilt wurde, führt dies üblicherweise zur Unwirksamkeit zumindest eines Teils der Kündigungen.⁸⁷ Zweifel am Vorliegen der Voraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung sowie einer korrekt durchgeführten Sozialauswahl können Beschäftigte jedoch gem. § 4 KSchG arbeitsgerichtlich nur innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung geltend machen.⁸⁸ Hauptargument für diese nicht sehr lange Zeitspanne besteht im Rechtsschutzinteresse des Arbeitgebers und der Rechtssicherheit bezüglich der abgegebenen Kündigungserklärungen, da alle nach Ablauf dieser drei Wochen

⁷⁷ Kittner, Zwanziger, Deinert (2011), S. 1324 f.

⁷⁸ ebd., S.1776.

⁷⁹ Bork (2009), S.102.

⁸⁰ Pape, Uhlenbrock, Voigt- Salus (2010), S.644f.

⁸¹ Schaub (2009), S.1538.

⁸² Straub (2010), S.1404.

⁸³ Kittner, Däubler, Zwanziger (2011), S.1475.

⁸⁴ Kittner, Däubler, Zwanziger (2011), S.1484.

⁸⁵ ebd.

⁸⁶ ebd., S.1471.

⁸⁷ Straub (2010), S.1288f.

⁸⁸ Bork (2009), S.102f.

vorgebrachten Unwirksamkeitsbehauptungen gem. § 7 KSchG verwirkt sind und Kündigungen als von Anfang an rechtswirksam gelten.⁸⁹

3. Sozialauswahl, Interessenausgleich und Sozialplan in der Insolvenz

Im Schuldnerunternehmen kann es nach Insolvenzeröffnung angesichts der wirtschaftlichen Gesamtlage zwangsläufig zu Betriebsänderungen kommen.⁹⁰ Was hierunter zu verstehen ist, umschreibt § 111 BetrVG, weshalb auf eine Auflistung der jeweilig möglichen Alternativen hier verzichtet werden kann. Da der Insolvenzverwalter die Rechte und Pflichten, die sich aus der Arbeitgeberposition des Schuldners ergeben, übernimmt, hat er nichtsdestoweniger die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates zu beachten, sodass die Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes über Interessenausgleich, Sozialplan und Nachteilsausgleich (§§ 111 bis 113) bei Betriebsänderungen selbstverständlich Anwendung finden.⁹¹

Der Betriebsrat kann deshalb versuchen, einen Interessenausgleich, aus welchem hervorgeht, ob, auf welche Weise und in welchem Umfang eine geplante Betriebsänderung durchgeführt wird, herbeizuführen.⁹² Die Betonung liegt hierbei auf ‚versuchen‘, da konkrete Regelungen zur Kündigung von Arbeitsverhältnissen anlässlich einer Betriebsänderung unter Absolutstellung der unternehmerischen Freiheit in einem Interessenausgleich von Seiten der Arbeitnehmervertretung nicht erzwungen werden können.⁹³ Verweigert sich jedoch der Insolvenzverwalter schon dem Versuch eines Interessenausgleichs in Verhandlungen mit dem Betriebsrat, so führt dies gem. § 113 BetrVG zu Nachteilsausgleichsansprüchen der betroffenen Arbeitnehmer, die sich in ihrer Höhe nach an § 10 KSchG ausrichten (mind. 12 Monatsverdienste) und als Masseverbindlichkeiten zu qualifizieren sind.⁹⁴ Auch der Verwalter wird insofern gehalten und motiviert sein, einen solchen Interessenausgleich herbeizuführen, denn wird er erreicht, greift die Sonderregelung des § 1 Abs. 5 KSchG i.V.m. § 125 InsO, welche in ihrer Konsequenz den Kündigungsschutz der betroffenen Arbeitnehmer einschränkt.⁹⁵

Dies, da jetzt von vornherein das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse vermutet, und überdies die Auswahl der Arbeitnehmer im Rahmen einer Sozialauswahl nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft wird.⁹⁶ Der Arbeitnehmer muss nunmehr seinerseits die trotz Betriebsänderung weiterhin bestehende Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung - auch in anderen Betrieben des Unternehmens - darlegen und beweisen, zudem wird der Behauptung einer fehlerhaften Sozialauswahl nun nur noch dann stattgegeben, wenn etwa der relevante Personenkreis nach willkürlichen, sachlich nicht zu rechtfertigen Kriterien ausgewählt wurde oder eines der drei sozialen Grundkriterien überhaupt nicht oder deutlich überhöht bewertet wurde.⁹⁷

⁸⁹ Kittner, Däubler, Zwanziger (2011), S.1354.

⁹⁰ Foerste (2010), S.122.

⁹¹ Bachner, Köster (2012), S.199.

⁹² Kramer, Peter (2012), S.85.

⁹³ ebd.

⁹⁴ Haarmeyer, Wutzke, Förster (2010), S.878.

⁹⁵ Kramer, Peter (2012), S.85.

⁹⁶ Beck, Depré (2010), S.857.

⁹⁷ ebd.

Als aus Arbeitnehmersicht bittere Folge hieraus lässt sich ableiten, dass die Regelungen der §§ 1 Abs. 5 KSchG sowie 125 InsO einer Kündigungsschutzklage nur noch wenig Aussicht auf Erfolg lassen, der Insolvenzverwalter hingegen mit Nachdruck auf einen solchen Interessenausgleich mit namentlicher Auflistung der betroffenen Arbeitnehmer hinwirken wird.⁹⁸ Er ist nunmehr in der Lage, die Anpassung des Personals an ein von ihm vorgegebenes Konzept vorzunehmen, das vorhandene Arbeitskräftepotential in seinem Sinne zu ‚optimieren‘, ohne mit den sonst deutlich strengeren Grenzen der Sozialauswahl konfrontiert zu sein.⁹⁹

Die Abfederung sozialer Härten im Zusammenhang mit Betriebsänderungen sind dann Gegenstand eines Sozialplanes i.S.d. § 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG, die im Insolvenzverfahren von den §§ 123, 124 InsO flankiert werden.¹⁰⁰ Der Zweck des Sozialplans liegt einerseits im Entschädigungscharakter hinsichtlich des Arbeitsplatzverlustes, mehr noch aber sollen die aus ihm hervorgehenden Ansprüche eine Art Überbrückungshilfe für den Zeitraum bis zur Aufnahme einer neuen Beschäftigung oder dem Renteneintritt sein.¹⁰¹ Er ist im Zweifel erzwingbar, also für den Fall, dass keine Einigung zwischen den Betriebsparteien gelingt, gem. § 112 Abs. 4 BetrVG auch durch eine Einigungsstelle i.S.d. § 76 Abs. 2 S. 1 BetrVG zu bewirken.¹⁰²

Aus Arbeitnehmersicht positiv anmuten könnte zunächst die Tatsache, dass ein solcher, innerhalb der Insolvenz begründeter Sozialplan bzw. die daraus erwachsenen Ansprüche entsprechend als Masseverbindlichkeit zu qualifizieren sind.¹⁰³ Dies nutzt den betroffenen Arbeitnehmern bei näherer Betrachtung gleichwohl wenig, da § 123 Abs. 2 InsO eine Höchstgrenze für Sozialplanforderungen vorsieht, die bei maximal einem Drittel derjenigen Masse liegen darf, die ohne Sozialplan zur Verteilung zur Verfügung stünde.¹⁰⁴ In der Konsequenz bedeutet dies, dass die Arbeitnehmeransprüche aus dem Sozialplan erst dann erfüllt werden, wenn alle übrigen Masseverbindlichkeiten voll befriedigt wurden.¹⁰⁵ Lediglich die Notwendigkeit der selbständigen Anmeldung und Feststellung ihrer Forderungen bleibt den Sozialplangläubigern dann doch wenigstens erspart.¹⁰⁶

Nicht zu vergessen ist schließlich, dass das ganze Konstrukt des Interessenausgleichs mit Sozialplan nur für den Fall greift, dass es überhaupt einen Betriebsrat im betroffenen Unternehmen gibt.¹⁰⁷ Nachteilsausgleichsansprüche können, ungeachtet der Qualität des Betriebsrats und dessen Engagement und Standfestigkeit in Verhandlungen also nur dann erworben werden, wenn eine Arbeitnehmervertretung existiert; bei jenen Unternehmen, auf die das nicht zutrifft, sind die Mitarbeiter noch schlechter gestellt. Ob vor diesem Hintergrund der Normzweck in Form einer Überbrückungsfunktion erreicht wird, dürfte insofern fraglich sein. Allerdings können Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen auch von einem nach Verfahrens-

⁹⁸ ebd.

⁹⁹ Haarmeyer, Frind (2010), S. 68.

¹⁰⁰ Becker (2010), S. 63 f.

¹⁰¹ Schaub (2009), S. 2383.

¹⁰² Kramer, Peter (2012), S. 85.

¹⁰³ Becker (2010), S. 342.

¹⁰⁴ Pape, Uhlenbrock, Voigt- Salus (2010), S. 651.

¹⁰⁵ ebd.

¹⁰⁶ ebd.

¹⁰⁷ Schaub (2009), S.2369.

eröffnung gewählten Betriebsrat wirksam geführt werden.¹⁰⁸ Sofern die Arbeitnehmervertretung bereits vor Durchführung der Betriebsänderung in einem gem. § 14a BetrVG verkürzten Wahlverfahren konstituiert wurde, stehen entsprechend Gestaltungs- und Informationsmöglichkeiten offen.¹⁰⁹

C. Entwicklung der Arbeitsverhältnisse in Abhängigkeit des wirtschaftlichen Konzepts des Insolvenzverwalters

Wie am Beispiel der Betriebsänderung deutlich wird, hängen die Bestimmungsgrößen hinsichtlich des Fortgangs oder der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz maßgeblich vom dahinterstehenden wirtschaftlichen Konzept ab. Diese Aussage muss allerdings insoweit präzisiert werden, als dass die Entscheidung darüber, das Unternehmen fortzuführen oder stillzulegen nicht etwa dem Verwalter obliegt, sondern hierüber nach § 157 InsO die Gläubigerversammlung - jedoch auf Grundlage der Berichterstattung des Insolvenzverwalters insbesondere über Finanzlage und Fortführungsaussichten - entscheidet.¹¹⁰ Und auch wenn an dieser Stelle erneut die vom Gesetzgeber gewollt autonome Stellung der Gläubiger ersichtlich wird, kommt auch die Umsetzung der einmal über das Schicksal des Schuldnerunternehmens getroffene Entscheidung (Fortführung oder Stilllegung) dem Insolvenzverwalter zu.¹¹¹ Sein Einfluss bleibt deshalb entsprechend maßgeblich.

Soll das Unternehmen stillgelegt, veräußert oder unter Ausgliederung eines Teils der Arbeitnehmer in eine Transfergesellschaft vorläufig fortgeführt werden, ergeben sich allenthalben insbesondere für die Beschäftigten unterschiedliche Szenarien, weshalb an dieser Stelle auf die drei genannten Alternativen in beschäftigungsorientierter Sichtweise einzugehen sein wird. Nur der Entstehung eines falschen Eindrucks vorbeugend sei gesagt, dass in der Praxis jede Form der Sanierung mehr oder weniger deutliche Züge einer Liquidation trägt, bei der eine Kombination aus Verkauf von einzelnen Gegenständen aus dem Schuldnervermögen und Sachgesamtheiten vorzufinden sein wird.¹¹²

I. Betriebsstilllegung und Liquidation

Hat die Gläubigerversammlung der Liquidierung zugestimmt, schließt sich gem. §§ 159 ff. InsO die Verwertung des Schuldnervermögens an, sodass nach Möglichkeit die Vermögensmasse in ihre einzelnen Bestandteilen zerlegt verkauft oder versteigert, noch offene Forderungen eingezogen und Rechte veräußert werden.¹¹³ Die Liquidation beinhaltet die Stilllegung des Betriebes und die gesellschaftsrechtliche Abwicklung des Unternehmens.¹¹⁴ Eine Stilllegung des Betriebes bedeutet, dass die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehende Betriebs- oder Produktionsgemeinschaft für

¹⁰⁸ o.V., Insolvenzverfahren: Betriebsrat wählen lohnt sich; hier: www.boeckler.d/33751_33985.htm, Stand: 09.07.2012.

¹⁰⁹ ebd.

¹¹⁰ Haarmeyer, Wutzke, Förster (2010), S. 1189.

¹¹¹ ebd.

¹¹² Becker (2010), S. 63.

¹¹³ Haarmeyer, Frind (2010), S. 13.

¹¹⁴ Kittner, Zwanziger, Deinert (2011), S. 1765.

eine nicht unerhebliche Zeitspanne aufgelöst und der Betriebszweck aufgegeben wird.¹¹⁵ Als erheblicher Stilllegungszeitraum wird dabei eine zusammenhängende Dauer von etwa neun Monaten veranschlagt.¹¹⁶ Die Aufgabe des Betriebszwecks setzt neben der Einstellung der Betriebstätigkeit die Auflösung der Betriebsorganisation, die Kündigung aller Arbeitsverhältnisse und die Veräußerung der Produktionsmittel an diverse Erwerber voraus.¹¹⁷

Zu unterscheiden sind jedoch die Zeitpunkte, zu denen eine Betriebsstilllegung in Frage kommt. Vor Verfahrenseröffnung kann der Betrieb nur ganz ausnahmsweise - und unter zwingender Zustimmung des Gerichts - stillgelegt werden, wenn Verluste zu einer erheblichen Verminderung des Haftungsvermögens führen würden, wobei es angesichts der regelmäßig vorherrschenden Eilbedürftigkeit Schwierigkeiten bereiten wird, Fortführungsfähigkeit sowie Art und Umfang der Verluste zu prüfen.¹¹⁸ Der Grund dafür, dass der vorläufige Insolvenzverwalter möglichst bis zur Gläubigerversammlung fortführen soll, liegt einfach darin, dass sich etwaige Verkaufs- oder Sanierungsaussichten drastisch verschlechtern, wenn die unterbrochene Produktion Werte verzehrt hat, Mitarbeiter abgesprungen und Kunden zu Konkurrenten abgewandert sind.¹¹⁹ Arbeitsrechtliche Konsequenzen ergeben sich für die Ausnahme einer Betriebsstilllegung vor Verfahrenseröffnung insofern, als dass der Insolvenzverwalter berechtigt - und mit Blick auf die Pflicht zur Vermeidung erheblicher Nachteile für die Masse - auch verpflichtet ist, bestehende Arbeitsverhältnisse unter Einhaltung der allgemeinen Kündigungsvorschriften zu beenden, einen Interessenausgleich herbeizuführen und einen Sozialplan zu vereinbaren.¹²⁰ Betriebsvereinbarungen enden mit Stilllegung.¹²¹

Nicht in Betracht kommen kann hingegen die Kündigungserleichterung des § 113 InsO; sie ist erst nach Verfahrenseröffnung anwendbar.¹²² Die vom Insolvenzverwalter ausgesprochene betriebsbedingte Kündigung wegen Betriebsstilllegung ist auch dann wirksam, wenn vor der Insolvenz betriebsbedingte Kündigungen ausgeschlossen waren. Sie kann jedoch nur dann wirksam ausgesprochen werden, wenn kein Übernahmeangebot vorliegt, über welches konkrete Verhandlungen geführt werden.¹²³

Verdeutlichend hierzu: Die allermeisten Arbeitsverhältnisse werden innerhalb der Insolvenz aus Anlass einer Betriebsstilllegung beendet.¹²⁴ Sie stellt dabei ein dringendes betriebliches Erfordernis im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes dar und berechtigt zur ordentlichen Kündigung unter Wahrung der Kündigungsfrist.¹²⁵ Die Annahme, eine Stilllegung sei an sich Grund zur außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung ist zurückzuweisen, da die Einhaltung der Kündigungsfrist Teil des unternehmerischen Risikos ist.¹²⁶

¹¹⁵ Straub (2010), S. 1609.

¹¹⁶ Beck, Depré (2010), S. 957.

¹¹⁷ ebd.

¹¹⁸ Pape, Uhlenbrock, Voigt- Salus (2010), S. 276.

¹¹⁹ Foerste (2010), S. 208.

¹²⁰ Pape, Uhlenbrock, Voigt- Salus (2010), S. 276.

¹²¹ Kittner, Zwanziger, Deinert (2011), S. 257.

¹²² Pape, Uhlenbrock, Voigt- Salus (2010), S. 276.

¹²³ Menke, Wolf (2011), S. 1461 ff.

¹²⁴ Siehe: Haarmeyer, Wutzke, Förster (2010), S. 879.

¹²⁵ Straub (2010), S. 1319.

¹²⁶ ebd.

Keine Stilllegung liegt indes vor, wenn Arbeitnehmer ihr Beschäftigungsverhältnis unter dem Versprechen der Übernahme in eine andere Gesellschaft eigenkündigen.¹²⁷

Schließlich ist das Konstrukt der Betriebsstilllegung stets von dem des Betriebsübergangs zu trennen, was arbeitsrechtlich dann heikel werden kann, wenn ein Betrieb stillgelegt und anschließend veräußert wird.¹²⁸ Hierbei ist ausschließlich der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung maßgeblich, was in der Praxis bedeutet, dass jede Kündigung wegen Betriebsstilllegung dann rechtsunwirksam wird, wenn noch innerhalb der Kündigungsfrist der Betrieb oder Betriebsteil auf einen neuen Erwerber übergeht.¹²⁹ Kündigt der Insolvenzverwalter also zu einem Zeitpunkt, bei dem eine Übertragungskonzept doch in greifbare Nähe gerückt ist, verstößt er gegen § 613a Abs. 4 BGB, wodurch dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Weiterführung des Arbeitsverhältnisses - und zwar beim neuen Betriebsinhaber - erwächst.¹³⁰ Etwas anders gilt nur dann, wenn zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung die Betriebsstilllegung zwar geplant war, aber der Insolvenzverwalter sich die Betriebsveräußerung schriftlich vorbehält und diese dann später doch noch gelingt.¹³¹ Welche arbeitsrechtlichen Besonderheiten nun der Betriebsübergang als mögliches Sanierungskonzept aufweist, soll im folgenden Punkt dargelegt werden.

II. Übertragende Sanierung

In Unternehmensinsolvenzen kann es wirtschaftlich vielversprechender sein, nicht einzelne Gegenstände aus der Masse des Insolvenzschuldners zu veräußern, sondern das Unternehmen als Ganzes oder zumindest Betriebsteile in ihrer organisatorischen Einheit zu veräußern, um so angesichts der dann noch bestehenden Fortführungsmöglichkeit höhere Erlöse zu erzielen.¹³² Hier vollzieht sich ein zunächst gesellschaftsrechtlicher Vorgang, bei welchem der Insolvenzverwalter die Vermögenswerte Kraft seiner Verfügungsmacht vom Schuldner (Einzelkaufmann, GmbH, OHG etc.) löst und auf eine Übernahmegesellschaft überträgt (übertragende Sanierung). Der hieraus erzielte Erlös wird dann an die Insolvenzgläubiger verteilt.¹³³

In diesem Falle findet - auch in der Insolvenz - die Vorschrift des § 613a BGB Anwendung, welche Rechte und Pflichten beim Betriebsübergang regelt.¹³⁴ Der Normzweck dieser Regelung erstreckt sich im Kern auf die Sicherung des Fortbestandes der Arbeitsverhältnisse nach Wechsel des Betriebsinhabers, ist mithin also arbeitnehmer-schutzrechtlicher Natur¹³⁵ und setzt die supranationalen Vorgaben¹³⁶ zur größtmöglichen Aufrechterhaltung der Arbeitnehmerrechte um.¹³⁷

Weit gefasst, sichert § 613a BGB sämtliche Arbeitsverhältnisse, unabhängig ob Voll- oder Teilzeitbeschäftigung, geringfügig, befristet oder unbefristet beschäftigt, Berufs-

¹²⁷ Beck, Depré (2010), S. 957.

¹²⁸ Bachner, Köster (2012), S. 383.

¹²⁹ ebd.

¹³⁰ ebd.

¹³¹ Haarmeyer, Wutzke, Förster (2010), S. 879.

¹³² Foerste (2010), S. S. 205 f.

¹³³ ebd., S. 207.

¹³⁴ Breuer (2011), S. 153.

¹³⁵ Beck, Depré (2010), S. 953.

¹³⁶ Richtlinie 2001/23/EG zum Betriebsübergang; hier: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0016:0020:DE:PDF>, Stand: 10.07.2012.

¹³⁷ Pfefferle (2009), S. 6.

ausbildungsverhältnisse oder solche leitender Angestellter und sogar diejenigen Arbeitsverhältnisse, die zwar schon gekündigt, aber zum Zeitpunkt des Übergangs noch nicht beendet sind.¹³⁸ Als Rechtsfolge tritt der Erwerber in die Arbeitgeberposition des bisherigen Betriebsinhabers (Insolvenzverwalters) ein, auch bisherige Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge sind für ihn prinzipiell gleichsam bindend.¹³⁹

Für den gegenüber den Gläubigern einsparverpflichteten Insolvenzverwalter, dem im Hinblick auf die Tarifbindung ohne Betriebsübergang vom Grundsatz her nur die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung kollektivvertraglicher Regelungen bliebe, ergeben sich nun sogar Vorteile: Erstens erlischt jetzt mitunter die Tarifbindung für verbleibende Arbeitsverhältnisse, falls der Insolvenzverwalter mit dem übrig gebliebenen Rumpfbetrieb aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrages ausscheidet¹⁴⁰ und zweitens wird das Abwarten der Kündigungsfrist im Falle einer ordentlichen Kündigung und der Prozess des Zustandekommens tariflicher Folgevereinbarungen zur Vermeidung von Nachwirkungen i.S.d. § 4 Abs. 5 TVG so vermieden.¹⁴¹

Erkennbar wird doch insofern eine ganz zentrale Grundrechtskollision in Form des durch die Forderungen Dritter zu schützenden Eigentumsrechts aus Art. 14 GG und der aus Art. 9 Abs. 3 GG entnommenen Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer.

Nicht selten haben hierbei Letztgenannte das Nachsehen, weil de facto zumindest Verbandstarifverträge nur dann kollektivrechtlich auch im Erwerberbetrieb fortgelten, wenn der neue Betriebsinhaber Mitglied im tarifschließenden Arbeitgeberverband ist und auch nach Übertragungsvorgang noch dem fachlichen Geltungsbereich unterfällt.¹⁴² Auch Firmentarifverträge gelten nur dann fort, wenn der Erwerber diese durch dreiseitige Vereinbarung mit der Gewerkschaft und dem Veräußerer übernimmt.¹⁴³ Kein gegenteiliges Ergebnis produzieren können hierbei Betriebsvereinbarungen, die den Erwerber zur Tarifierstellung nach Übertragungszeitpunkt verpflichten wollen, da dies § 77 Abs. 3 BetrVG widerspricht, wonach Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt werden, Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein.¹⁴⁴ Insgesamt lässt sich insofern durchaus hinterfragen, ob § 613a BGB exakt jene Schutzwirkung für Arbeitnehmer entfaltet, die seine Intention verspricht.

Und noch ein weiterer Anreiz bietet sich für den Betriebserwerber, konkret in Form der haftungsrechtlichen Besonderheiten in der Insolvenz, denn: Normalerweise haftet der neue Arbeitgeber neben dem alten gesamtschuldnerisch für Lohnansprüche des Arbeitnehmers, die vor dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs entstanden sind und maximal innerhalb eines Jahres nach diesem Zeitpunkt fällig werden.¹⁴⁵ Anderes gilt jedoch in der Insolvenz, haftet der Erwerber jetzt nicht für solche Verbindlichkeiten, die schon vor Verfahrenseröffnung entstanden sind (Insolvenzforderungen).¹⁴⁶ Insbesondere betrifft das die wegen Insolvenzgeldbeantragung auf die Bundesagentur für Arbeit übertragene Entgeltansprüche der Arbeitnehmer.¹⁴⁷ Der Grund dafür liegt in der

¹³⁸ ebd.

¹³⁹ Breuer (2011), S. 153.

¹⁴⁰ ebd.

¹⁴¹ Mückl, Krings (2012), S. 769 ff.

¹⁴² Müller- Bonanni, Mehrens (2012), S. 195 ff.

¹⁴³ ebd.

¹⁴⁴ ebd.

¹⁴⁵ Beck, Depré (2010), S. 959.

¹⁴⁶ Breuer (2011), S. 153.

¹⁴⁷ ebd.

Befürchtung, Kaufinteressenten angesichts der drohenden Schuldenübernahme abzuschrecken oder sie zu veranlassen, den Kaufpreis entsprechend nach unten zu korrigieren, was wiederum die Masse verringern würde.¹⁴⁸ Arbeitnehmer hingegen müssen folglich auf einen zusätzlichen, wohl liquiden Schuldner verzichten.¹⁴⁹

Eine gehörige Erosion des Bestandschutzes betreffend die Beschäftigungsverhältnisse ist an anderer Stelle zu identifizieren: Zwar gilt für den Insolvenzverwalter das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 S.1 BGB ebenso wie für den Erwerber, jedoch sind Kündigungen, die aufgrund eines Erwerberkonzepts ausgesprochen werden, erlaubt.¹⁵⁰ Das bedeutet: Der Betriebsübergang selbst ist kein Kündigungsgrund; liegt aber ein verbindliches Konzept des Erwerbers zur Sanierung vor, dessen Umsetzung zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärungen schon konkrete Ausmaße angenommen hat, dann darf auch der Veräußerer (Insolvenzverwalter) kündigen.¹⁵¹ Andererseits bleibt es auch dem Erwerber unbenommen, nach Übergang zum Zwecke der Sanierung oder Rationalisierung betriebsbedingt zu kündigen.¹⁵² An dieser Stelle gilt es, genau zu differenzieren: Ja, der vierte Absatz des § 613a BGB gewährt einen eigenständigen Kündigungsschutz, der einen Bestandschutz der Arbeitsverhältnisse neben dem Anwendungsbereich des normalen Kündigungsschutzgesetzes bietet, sodass sich hierauf sogar Arbeitnehmer berufen können, die unter letztgenannten gar nicht fallen würden.¹⁵³ Dennoch garantiert die Vorschrift keinen absoluten Bestandsschutz gegen Kündigungen im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang, sondern verbietet nur, diesen konkret als Anlass zu nehmen. Dementsprechend berechtigen sachliche Gründe, die aus sich heraus neben dem Betriebsübergang entstehen, sehr wohl zur Aussprache von Kündigungen.¹⁵⁴

Anlass zur Kontroverse bietet schließlich die Frage, ob sich der persönliche Anwendungsbereich des § 613a BGB auf Leiharbeitsverhältnisse erstreckt. Nach bisherigem Verständnis musste dies verneint werden, da der bisherige Betriebsinhaber ja nur als Entleiher auftritt, zu ihm also kein Arbeitsvertrag besteht.¹⁵⁵ Das Problem: In der Praxis scheut ein potenzieller Erwerber oft davor zurück, gemeinsam mit dem begehrten Anlagevermögen auch alle beim Insolvenzschuldner verbliebenen Angestellten mit übernehmen und zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen zu müssen.¹⁵⁶ Aus diesem Grunde kann als Vermeidungsstrategie versucht werden, vor Betriebsübergang eine Personaldienstleistungsgesellschaft zu gründen, welche das Personal des Veräußerers zunächst übernimmt und danach an den Erwerber in von ihm gewünschten Umfang entleiht.¹⁵⁷ Wenn nun der Erwerber Leiharbeitnehmer zum Einsatz bringt, die bislang als Arbeitnehmer beim Insolvenzschuldner beschäftigt waren und dem neuen Rechtsträger nach Anzahl, Sachkunde oder beibehaltener Organisationsstruktur die Fortsetzung der gleichen oder zumindest gleichartigen Tätigkeit wie zuvor dem Veräußerer ermöglichen, kann das zur Anwendbarkeit des § 613a BGB auch auf Leiharbeitsverhältnisse führen.¹⁵⁸

¹⁴⁸ Foerste (2010), S. 210 f.

¹⁴⁹ ebd.

¹⁵⁰ Menke, Wolf (2011), S. 1461 ff.

¹⁵¹ ebd.

¹⁵² ebd.

¹⁵³ Pfefferle (2009), S. 54.

¹⁵⁴ ebd, S.77.

¹⁵⁵ Gaul, Ludwig, (2011), S. 298 ff.

¹⁵⁶ ebd.

¹⁵⁷ ebd.

¹⁵⁸ EuGH, Urteil vom 21.10.2010 - C - 242/09; hier: <http://lexetius.com/2010,3706>, Stand: 10.07.2012.

Für den Betriebserwerber können sich aber auch aus anderen Zusammenhängen unattraktive Einflussfaktoren ergeben. So etwa mit der Behandlung von Urlaubsansprüchen, da der neue Arbeitgeber dann Schuldner aller vom Veräußerer bis zum Zeitpunkt des Übergangs fälligen urlaubsbedingten Freistellungsansprüche wird.¹⁵⁹ Viel stärkere Planungsunsicherheit ergibt sich für ihn aber vor allem aus Differenzen rund um die Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5,6 BGB, die im Vorfeld des Betriebsübergangs gegenüber jedem einzelnen Mitarbeiter erfüllt sein will. In ihr sind in verständlicher Sprache u. a. arbeitsplatzbezogene Angaben zur konkreten Darstellung der rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs für den Arbeitnehmer zu machen, sowie wirtschaftliche und soziale Folgen zu erörtern, damit der Beschäftigte eine ausreichende Wissensgrundlage hat, zu entscheiden, ob er der Übertragung seines Arbeitsverhältnisses auf einen neuen Rechtsträger widersprechen möchte.¹⁶⁰ Gerade das bereitet in der Praxis vielfach erhebliche Schwierigkeiten, ist nicht selten Gegenstand langwieriger gerichtlicher Auseinandersetzungen gewesen.¹⁶¹ Der Risikofaktor für den Erwerber ergibt sich nun daraus, dass nur eine ordnungsgemäße und vollständige Information die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 BGB in Gang setzt, ansonsten jedoch in nachteiliger Auswirkung auf Rechts- und Planungssicherheit der betroffene Arbeitnehmer auch nach Betriebsübergang grundsätzlich noch widersprechen kann.¹⁶²

Wie schon an diesen wenigen Punkten deutlich wird, ist das Instrument der übertragenden Sanierung in der Insolvenz nicht unbedingt ein sehr rasch umzusetzendes. Dazu kommen mögliche Rechtsunsicherheiten und der häufig nicht erwünschte Effekt der Personalübernahme, weshalb der Umweg über eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft für Insolvenzverwalter und Kaufinteressenten die attraktivere Alternative sein kann.¹⁶³

III. Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften

Will der Insolvenzverwalter vergleichsweise schnell Rechtssicherheit über den Bestand der Arbeitsverhältnisse erlangen, soll aber Personalreduzierung unweigerlich stattfinden, bietet sich an, Arbeitnehmer in eine dritte, hierzu gegründete Gesellschaft, oft Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft, Transfer- oder Auffanggesellschaft genannt, zu überführen.¹⁶⁴ Der von Investoren häufig als Hemmschuh empfundene Angelpunkt der zwingenden Übertragung der Arbeitsverhältnisse mit den daraus resultierenden Pflichten bei der übertragenden Sanierung kann mit dem Umgehungs-konstrukt der Transfergesellschaft vermieden werden.¹⁶⁵

Dazu werden die Arbeitnehmer in einem ersten Schritt vor dem Verkauf eines Betriebes oder Betriebsteils aus dem Schuldnerunternehmen an den Erwerber mittels eines befristeten dreiseitigen Vertrages zwischen Arbeitnehmer, Insolvenzverwalter und Transfergesellschaft in letztgenannte transferiert.¹⁶⁶ Der Verdeutlichung soll nachfolgende Abbildung dienen:

¹⁵⁹ Bachner, Köster (2012), S. 370.

¹⁶⁰ ebd., S. 416 f.

¹⁶¹ Reinecke (2012), S. 50 ff.

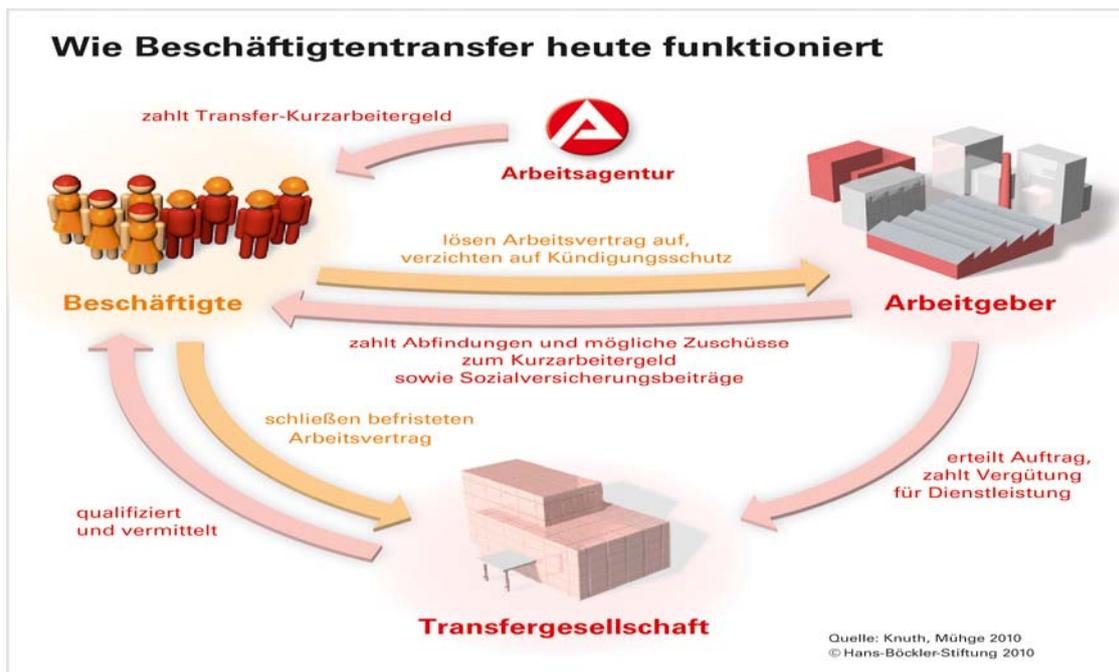
¹⁶² Birnbaum (2010), S. 123.

¹⁶³ Zöll, Kleinschmidt (2010), S. 352ff.

¹⁶⁴ Pape, Uhlenbrock, Voigt-Salus (2010), S. 652 f.

¹⁶⁵ Pfefferle (2009), S. 107.

¹⁶⁶ v. Dorp, Link (2009), S. 588 ff.



Quelle: Hans Böckler Stiftung¹⁶⁷

Um dies überhaupt zu ermöglichen, müssen die bislang bestehenden Arbeitsverhältnisse durch einen auf freiwilliger Basis geschlossenen Auflösungsvertrag zwischen Insolvenzverwalter (Veräußerer) und Arbeitnehmer unter Aussicht auf Wechsel in eben jene Transfergesellschaft beendet werden.¹⁶⁸ Im Anschluss vollzieht sich dann der gesellschaftsrechtliche Vorgang der nunmehr ‚arbeitnehmerfreien‘ Übertragung des Schuldnerbetriebs oder Betriebsteils.¹⁶⁹ Jetzt kann der Erwerber aussuchen, welche Mitarbeiter aus der Transfergesellschaft er zu seinen, meist deutlich schlechteren,¹⁷⁰ Konditionen übernehmen will.¹⁷¹

Die Transfergesellschaft, in welcher die Arbeitnehmer ‚geparkt‘ werden, wird dabei üblicherweise vom Insolvenzverwalter selbst gegründet oder als Vorratsgesellschaft gekauft.¹⁷² Er ist ebenso berechtigt, mit externen Betreibern von Transferagenturen vertragliche Verpflichtungen einzugehen, wobei daraus entstehende Masseverbindlichkeiten in der Praxis erfahrungsgemäß über Bürgschaften oder andere Sicherungsinstrumente abgesichert werden.¹⁷³ Jedenfalls ist die Gesellschaft eigenständige juristische Person, meist in Form einer GmbH, und fortan Arbeitgeber der vom insolventen Unternehmen übernommenen Arbeitnehmer.¹⁷⁴ Da das Betätigungsfeld der Transfergesellschaft in der Qualifizierung, Fortbildung und Vermittlung seiner Angestellten liegt und somit nicht dem Ursprungsbetrieb entspricht, wird der Betriebsübergang nach § 613a BGB mit seinen Rechtsfolgen vermieden.¹⁷⁵

¹⁶⁷ Siehe: Knuth, Mühge (2010), S. 4.

¹⁶⁸ v. Dorp, Link (2009), S. 588 ff.

¹⁶⁹ ebd.

¹⁷⁰ Gaul, Ludwig (2011), S. 298 ff.

¹⁷¹ v. Dorp, Link (2009), S. 58 ff.

¹⁷² Theiselmann (2010), S. 855.

¹⁷³ Bissels, Jordan, Wisskirchen (2009), S. 865 ff.

¹⁷⁴ Pfefferle (2009), S. 108.

¹⁷⁵ Theiselmann (2010), S. 855.

Finanziell getragen wird die Transfergesellschaft zu einem Großteil durch öffentliche Mittel in Form des Transferkurzarbeitergeldes, auf das unabhängig von der Unternehmensgröße oder der Anwendbarkeit des Betriebsverfassungsgesetzes immer dann ein bis zu zwölfmonatiger gesetzlicher Anspruch nach § 216b SGB III besteht, wenn betriebliche Restrukturierungen, die zu einer Betriebsänderung i. S. d. § 111 BetrVG führen, den dauerhaften Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten zur Folge haben und dieser nicht bloß vorübergehende Arbeitsausfall der Arbeitsverwaltungsbehörde, in deren Bezirk der vom Personalabbau betroffene Betrieb seinen Sitz hat, angezeigt wurde.¹⁷⁶ Zweck dieser arbeitsförderungsrechtlichen Transferleistungen ist es, den Übergang in neue Beschäftigung zu unterstützen.¹⁷⁷

Vom Personal abgebenden Schuldnerunternehmen sind hingegen lediglich Mittel zur Erbringung der Beratungs- und Verwaltungsleistung aufzubringen sowie freiwillige Aufstockungsleistungen in Ergänzung zum Transferkurzarbeitergeld, die regelmäßig jedoch nicht allzu hoch ausfallen, um den Anreiz zur anderweitigen Beschäftigungsaufnahme aufrecht zu erhalten.¹⁷⁸ Üblich ist ferner eine sog. ‚Renn- oder Sprinterprämie‘, die in Form einer Abfindung gezahlt, zur Förderung der Eigeninitiative des Arbeitnehmers dessen vorzeitiges Ausscheiden aus der Transfergesellschaft belohnt.¹⁷⁹ Schließlich sind Maßnahmen zur Feststellung der arbeitsmarktbezogenen Eingliederungschancen und Vermittlungsfähigkeit des Arbeitnehmers (Profiling) vom abgebenden Unternehmen zu finanzieren, wobei aber auch diese nach § 216a SGB III u. U. förderungsfähig sind.¹⁸⁰

Eine Gefahrenquelle kann sich für Veräußerer und Erwerber mit Blick auf zu schließende Aufhebungsverträge ergeben, denn sind sie unwirksam, gelten die Arbeitsverhältnisse und Arbeitsbedingungen des Veräußerungsbetriebes uneingeschränkt beim Erwerber fort.¹⁸¹ Zur Wirksamkeit der Aufhebungsverträge kommt es darauf an, dass Arbeitnehmern vom Insolvenzverwalter zunächst nur eine rechtlich unverbindliche Chance eingeräumt wird, möglicherweise in die Transfergesellschaft übernommen zu werden.¹⁸² Auch seitens des Erwerbers darf keine verbindliche Einstellungszusage vorliegen, soll die Rechtswirkung des § 613a BGB wirksam vermieden werden.¹⁸³ Die Begründung dazu: Jene Norm gewähre keinen Schutz vor einvernehmlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Ausdruck der vertragsparteilichen Gestaltungsfreiheit, sondern nur einen Schutz vor sachlich grundloser Veränderung des Vertragsinhalts.¹⁸⁴ Dazu müsse der Aufhebungsvertrag an sich aber auch auf das tatsächliche Ausscheiden des Arbeitnehmers gerichtet sein, was bei verbindlichen Zusagen zur Übernahme in eine Folgegesellschaft zu verneinen sei, so die Rechtsprechung.¹⁸⁵

Begeht der Veräußerer (Insolvenzverwalter) also nicht den Fehler, schon vor Beendigung der noch bestehenden Arbeitsverhältnisse die Übernahme in eine Transfergesellschaft zu versprechen, besteht für ihn der erhebliche Vorteil, sich über diese Umstrukturierung von massebelastenden Verbindlichkeiten gegenüber Arbeitnehmern

¹⁷⁶ Bissels, Jordan, Wisskirchen (2009), S. 865 ff.

¹⁷⁷ ebd.

¹⁷⁸ ebd.

¹⁷⁹ ebd.

¹⁸⁰ Bissels, Jordan, Wisskirchen (2009), S. 865 ff.

¹⁸¹ Pfefferle (2009), S. 113.

¹⁸² Fuhlrott (2012), S. 549 ff.

¹⁸³ ebd.

¹⁸⁴ ebd.

¹⁸⁵ ebd.

befreien zu können.¹⁸⁶ Zudem ist eine mit Prozesskostenrisiko verbundene Sozialauswahl, wie sie bei ordentlich betriebsbedingten Kündigungen nötig wäre, nun nicht mehr erforderlich.¹⁸⁷

Der Erwerber mag angesichts der vermiedenen Übernahmeverpflichtungen, wie sie bei einem Betriebsübergang zutreffend gewesen wären, frohlocken, doppelt deshalb, da er aus dem vorhandenen Pool der durch Transferkurzarbeitergeld auch noch öffentlich bezuschussten Arbeitskräfte eine ‚Bestenauslese‘ vornehmen, sich sein ‚Dream Team‘ zusammenstellen kann, ohne an die beim Veräußerer ehemals geltenden Arbeitsbedingungen, Tarifverträge oder Versorgungszusagen gebunden zu sein.¹⁸⁸ Möglicherweise nicht unbedingt missfallen wird ihm überdies, dass betriebsverfassungsrechtliche Beteiligungsrechte gem. §§ 96ff. BetrVG, die beim Personal abbauenden Unternehmen noch zu beachten waren, hier höchst wahrscheinlich nicht mehr von Relevanz sind, da von Betriebsratswahlen aller Erfahrung nach in der Transfergesellschaft kein Gebrauch gemacht wird.¹⁸⁹

Befürworter dieses Modells stellen zudem arbeitnehmerseitige Pluspunkte in den Vordergrund. Da die Beschäftigten von Freisetzung bedroht sind bzw. das alte Arbeitsverhältnis ohnehin durch Aufhebungsvertrag beendet wurde, wirkt sich auf gravierende Weise begünstigend aus, dass das mit einer bis zu zwölfmonatigen Anspruchsdauer versehene Transferkurzarbeitergeld dem Anspruch auf Arbeitslosengeld vorangestellt ist, ihn somit aufschiebt.¹⁹⁰ Ohnehin löse die einvernehmliche Aufhebung des alten Arbeitsverhältnisses gem. § 144 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III eine Sperrfrist von zwölf Wochen für den Arbeitslosengeldbezug aus, welche so vermieden werde. Würden im Zusammenhang mit dem Aufhebungsvertrag Abfindungen gezahlt, bemesse sich ein späterer Bezug von Arbeitslosengeld entsprechend höher.¹⁹¹ Überhaupt stünden Transfergeldbezieher, welche eine Bezuschussung dessen durch den Altarbeitgeber erhielten finanziell deutlich besser dar, als im Falle des Bezugs von Arbeitslosengeld.¹⁹² Daneben wird freilich angeführt, diejenigen Mitarbeiter, welche der Investor dann tatsächlich auch einstellt, hätten ja den Vorteil ihren alten Arbeitsplatz am bisherigen Standort wiederzuerlangen, auch wenn dies nun einmal zu schlechteren Konditionen geschehe.¹⁹³ Andererseits wiesen speziell Geringqualifizierte, die in der Transfergesellschaft verblieben, durch die nun intensive Unterstützung und Weiterbildung erheblich bessere Vermittlungschancen auf.¹⁹⁴ Etwaige Vorbehalte seien schlicht auf das dem Wechsel zugrundeliegende Ereignis - dem Arbeitsplatzverlust zurückzuführen und könnten mit umfassender Informationspolitik abgebaut werden.¹⁹⁵

Allerdings stehen tatsächlicher Nutzen und Qualität von Transfergesellschaften in der Diskussion, werden von manchem als ‚Frühverrentungs-, oder ‚Abschiebegeellschaften‘ bezeichnet.¹⁹⁶ Das Hauptaugenmerk der Kritik liegt auf der Umgehung des Kündigungsschutzes und der Schutzmechanismen des § 613a BGB, durch die nun der

¹⁸⁶ Zöll, Kleinschmidt (2010), S. 352 ff.

¹⁸⁷ Pape, Uhlenbrock, Voigt- Salus (2010), S. 653.

¹⁸⁸ Pfefferle (2009), S. 109.

¹⁸⁹ Bissels, Jordan, Wisskirchen (2009), S. 865 ff.

¹⁹⁰ Zöll, Kleinschmidt (2010), S.352ff.

¹⁹¹ Bissels, Jordan, Wisskirchen (2009), S. 865 ff.

¹⁹² Vgl. Zöll, Kleinschmidt (2010), S. 35 2ff.

¹⁹³ Nicolai (2010), S. 652 ff.

¹⁹⁴ Bissels, Jordan, Wisskirchen (2009), S. 865 ff.

¹⁹⁵ Kleiner, Gummersbach, Jürgens (2012), S. 52 ff.

¹⁹⁶ Böhnke, Kreuziger (2011), S. 14 ff.

Betriebserwerber ohne Durchführung einer ordnungsgemäßen Sozialauswahl i. S. d. § 1 Abs. 3 KSchG in die Lage versetzt wird, nach seinem Gutdünken Teile früherer Belegschaft zu übernehmen.¹⁹⁷

Ein ernstes Problem sei zudem der Anspruch der Transfergesellschaften, für eine erheblich verkürzte Verweildauer der Beschäftigten in faktischer Erwerbslosigkeit zu sorgen, da eine tatsächlich erhöhte Vermittlungsgeschwindigkeit bislang nicht zu beweisen sei und es keinen Unterschied mache, ob die Vermittlung durch die reguläre Arbeitsverwaltung (Jobcenter der BA) oder die Transfergesellschaften erfolge.¹⁹⁸ Insgesamt schwanke die Qualität der Anbieter sehr, sodass aufgrund intransparenter, wenig kooperativer Arbeitsweise mit der Arbeitsbehörde in der Vergangenheit stets unklar war, ob im jeweiligen Einzelfall Fördergelder auch effizient zur Wiedereingliederung der Mitarbeiter verwendet wurden.¹⁹⁹ Skeptiker warnen dementsprechend vor einer wenig zweckhaften Belastung öffentlicher Kassen.²⁰⁰ Außerdem übten Anreize, die Transfergesellschaft möglichst bald wieder zu verlassen, wie etwa die sog. Sprinterprämien Druck auf Beschäftigte aus, änderten aber auch nichts daran, dass auf dem Arbeitsmarkt in manchen Tätigkeitsfeldern wenig freie Stellen verfügbar wären.²⁰¹ Und selbst wenn in eine Tätigkeit hinein vermittelt wurde, ist doch nicht nachzuweisen, ob Anreize der Transfergesellschaft hierauf Einfluss hatten und das neu aufgenommene Arbeitsverhältnis auch eine gewisse Zeit (etwa länger als sechs Monate) fortbesteht.²⁰² Auf den Punkt gebracht: Transfergesellschaften seien teuer und nützten primär insolventen Unternehmen, um Kündigungsschutzprozesse und teure Abfindungen zu vermeiden; Arbeitnehmern hingegen werden nur falsche Hoffnungen gemacht.²⁰³

Gegensätzliches kann auch die Gesellschaft für innovative Beschäftigung mbH des Landes Nordrhein Westfalen nur bedingt belegen. Sie hatte im zweiten Halbjahr des Jahres 2010 eine Befragung von 13 durch öffentliche Gelder gespeiste Transfergesellschaften unter dem Stichwort des ‚Sozialen Geleitschutzes bei beruflichen Umbrüchen‘ durchgeführt.²⁰⁴

Zunächst einmal kann angesichts des Durchschnittsalters von 48 Jahren²⁰⁵ in den untersuchten Gesellschaften die Vermutung aufgestellt werden, dass verstärkt junge oder Beschäftigte mittleren Alters vom Betriebserwerber nachgefragt werden, sodass sich die vom Gesetzgeber vorgegebene Befristung der Anspruchsdauer für das Transferkurzarbeitergeld auf maximal zwölf Monate zum Zwecke der Vermeidung des Missbrauchs als Instrument zur Frühverrentung²⁰⁶ offenbar als sinnvoll erweist.

¹⁹⁷ Pfefferle (2009), S. 115.

¹⁹⁸ Schneider, Transfergesellschaften genau unter die Lupe nehmen vom 19.09.2011; hier: http://www.haufe.de/personal/hr-management/bericht-aus-bonn-transfergesellschaften-genau-unter-die-lupe-neh_80_69074.html [15.07.2012]; Brenke, Rinne, Zimmermann (2010), S. 4.

¹⁹⁹ Summa, Staubach (2011), S. 58 ff.

²⁰⁰ o.V., Sinn und Unsinn von Transfergesellschaften, 27.03.2012; hier: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-dienstleister/fall-schlecker-sinn-und-unsinn-von-transfergesellschaften-seite-all/6441392-all.html>, Stand: 15.07.2012.

²⁰¹ Rolf, Riechwald (2011), S. 2805 ff.

²⁰² Nicolai (2011), S. 718 ff.

²⁰³ Röther (2012), S. 1.

²⁰⁴ Gesellschaft für innovative Beschäftigungsförderung mbH, Soziale Sicherheit durch Beschäftigungstransfer, 18.01.2012; hier: <http://www.gib.nrw.de/service/downloads/g-i-b-arbeitspapiere-39>, Stand: 15.07.2012.

²⁰⁵ ebd., S.13.

²⁰⁶ Bissels, Jordan, Wisskirchen (2009), S. 865 ff.

Darüber hinaus gestanden insgesamt 41,4 v.H. der Befragten ein, dass Druck von außen (z.B. durch den Arbeitgeber oder Kollegen) ursächlich für den Eintritt in die Transfergesellschaft gewesen sei, ferner gaben 62 v.H. an, nicht die Leistungen erhalten zu haben, die ihnen im Vorfeld angepriesen worden wären.²⁰⁷ Schließlich den Blick auf die Behauptung einer effizienteren Vermittlung richtend, kann nur enttäuschendes konstatiert werden, mussten doch am Ende der Transfermaßnahme 42,5 v.H. der Beschäftigten in die Arbeitslosigkeit entlassen werden. Bei den 51,4 v.H., die anderweitig unterkamen, ist ferner unklar, wie hoch der Anteil von sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen hieran ist.²⁰⁸

Da der Betriebserwerber bei Einsatz veränderter Technik oder Änderung von Arbeitsabläufen Beschäftigte der Transfergesellschaft sogar als Praktikanten eingesetzt werden dürfen²⁰⁹ der Abschluss geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse oder Befristungen ohnehin zulässig und probat sind, steht zu vermuten, nicht wenige in ertragsschwachen Arbeitsverhältnissen wiederzufinden. Altersarmut, geringe Konsumkraft und allgemein unstetige Erwerbsbiographien als Folge zunehmender Abkehr vom Normalarbeitsverhältnis zugunsten flexibler arbeitsmarktpolitischer Gestaltungsinstrumente²¹⁰ dürfen folglich in ihrer Wirkung nicht unerwähnt bleiben.

D. Fazit

Die Zahl der Beispiele ist Legion. Ob ehemalige Drogeriemarkt Giganten²¹¹, Handels-traditionshäuser²¹² oder gar Rennstreckenbetreiber²¹³ - das Insolvenzgeschehen in Deutschland gestaltet sich bunt. Stellenabbau zur Reduzierung der Personalkosten ist dabei keine Seltenheit.²¹⁴ Der rechtliche Ordnungsrahmen zur Insolvenzbegleitung und -abwicklung erstreckt sich nun gewiss nicht nur auf die Insolvenzordnung, sondern ist interdisziplinär ausgelegt, weist also zahlreiche Schnittstellen zu anderen Rechtskreisen aus den unterschiedlichsten Fachgebieten auf. Das klassische und ohnehin schon nicht unkomplexe Arbeitsrecht wird im eröffneten Insolvenzverfahren durch zahlreiche Spezialregelungen angereichert.²¹⁵

Außerhalb der Insolvenz erkennt der Gesetzgeber die regelmäßig ökonomisch unterlegene Position des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber an, billigt ihm deshalb mit Blick auf das aus Beschäftigtensicht häufigstenfalls auf Einkommenserzielung zur Bestreitung der Reproduktionsbasis gerichtete Arbeitsverhältnis Schutzmechanismen

²⁰⁷ Gesellschaft für innovative Beschäftigungsförderung mbH (2012).

²⁰⁸ ebd.

²⁰⁹ Nicolai (2010), S. 652 ff.

²¹⁰ Waltermann (2010), S. 81 ff.

²¹¹ Fockenbrock, Manchmal ist Sterbenlassen besser, 01.07.2012; hier: <http://www.handelsblatt.com/meinung/kommentare/kommentar-manchmal-ist-sterbenlassen-besser/6809444.html>, Stand: 18.07.2012.

²¹² o.V., Der harte Existenzkampf von Karstadt, 17.07.2012 ; hier: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-dienstleister/warenhaukonzern-der-harte-existenzkampf-von-karstadt/6888416.html>, Stand: 18.07.2012.

²¹³ o.V., Der ganz große Crash, 18.07.2012; hier: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-dienstleister/insolvenz-des-nuerburgrings-der-ganz-grosse-crash/6887854.html>, Stand: 18.07.2012.

²¹⁴ o.V., Der große Stellenschwund im Handel, 18.07.2012. hier: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-dienstleister/auf-krise-kurs-der-grosse-stellenschwund-im-handel/6891260.html>, Stand: 18.07.2012.

²¹⁵ Zobel (2011), S. 1397 ff.

auch außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes (zu denken ist insbesondere an § 613a BGB) zu. Abkehr hiervon findet dem Grundsatz nach auch im Insolvenzfall nicht statt, jedoch sind diverse Unterschiede zum ‚Normalstand‘ zu identifizieren, von denen auf die wesentlichen noch einmal in geraffter Darstellung eingegangen sei.

(1) Zu denken ist hier etwa an die gesetzlich garantierte Entgeltersatzleistung in Form des Insolvenzausfallgeldes für Situationen, in denen bis zu drei Monate vor Insolvenzeröffnung kein Lohn / Gehalt mehr ausbezahlt wurde. Aus Arbeitnehmersicht positiv wirkt sich in dem Zusammenhang aus, dass der Arbeitnehmerbegriff hier auf nahezu alle Beschäftigungsformen ausgedehnt ist, insofern mit Ausnahme von im Schuldnerbetrieb eingesetzte Leiharbeitnehmer, Vorstände und Geschäftsführer prinzipiell jeder anspruchsbegünstigt ist. Als Pluspunkt wirkt sich zudem aus, dass aus staatlicher Hand (zunächst oft durch Zwischenfinanzierung) in Höhe des Nettolohns ausbezahlt wird und sogar Sonderleistungen wie Urlaubs- Weihnachtsgeld oder Reisekostenvergütung hiervon nicht ausgeschlossen sind.

Schwachpunkte tauchen jedoch da auf, wo Überstunden geleistet, aber noch nicht vergütet wurden, weil diese nur dann insolvenzgeldfähig sind, wenn die in Vorleistung erbrachte Arbeitszeit schon konkret für den Insolvenzgeldzeitraum erdient worden wurde, was eine zweifelsfreie Zuordnung der Mehrarbeit erfordert, die so in der Praxis kaum möglich sein wird. Der Gedanke erscheint nicht abwegig, dass gerade in vorinsolvenzlichen Krisenzeiten Beschäftigte in erheblichen Maße von Mehrarbeit betroffen waren, um das Schlimmste abzuwenden, jetzt aber hierfür weder in Freizeit noch finanziell kompensiert werden. Noch frappierender wirkt aber der Umstand, dass im Falle eines Sanierungsversuchs ohne Rechtsträgerwechsel kein erneuter Insolvenzgeldanspruch besteht. Dies bedeutet doch im Umkehrschluss, dass Beschäftigte de facto am hinter der Sanierung steckenden ökonomischen Risiko beteiligt werden, weil ihnen ja im Falle des Scheiterns keine erneuter Schutz vor Ausfall der Arbeitseinkünfte mehr zugebilligt wird und sie auch nicht im Vorfeld wissen können, ob diese überhaupt gelingen mag. Hier besteht erheblicher Nachbesserungsbedarf. Ein Anspruch auf Insolvenzausfallgeld bei ‚doppelter Insolvenz‘ muss her!

(2) Mindestens einzugehen ist ferner auf die Möglichkeit zur verkürzten Kündigungsfrist durch § 113 InsO. Hier ist zwar zunächst die Nichtanwendbarkeit bei Betriebsstilllegung im Vorverfahren positiv zu bemerken, weil durch das Festhalten an den sonst geltenden Fristen dem Arbeitnehmer zwar zunächst höhere Schutzwirkung zukommt. Auch muss der gesetzliche Anspruch auf Kompensation des aus einer verkürzten Kündigung entstandenen Verfrühungsschadens lobend erwähnt sein, jedoch fällt äußerst negativ ins Gewicht, dass dieser Anspruch nicht etwa gegen die Masse besteht, sondern einfache Insolvenzforderung mit lediglich Aussicht auf anteilige Erfüllung ist. Dies erscheint vor dem Hintergrund, dass hier u. U. in die Tarifautonomie eingegriffen und etwaig tarifvertraglich fixierte Beschäftigungsgarantien oder kollektivvertraglich länger vereinbarte Kündigungsfristen einfach aufgehoben werden fast schon zynisch. In hervortretender Weise wird an dieser Stelle die kompromisslose Subordination der Arbeitnehmerinteressen zugunsten der Gläubigerinteressen deutlich.

(3) Ähnliches muss doch mit Blick auf eine Gesamtschau des allgemeinen Kündigungsschutzes in der Insolvenz konstatiert werden. Ja, das Kündigungsschutzgesetz bleibt auch in der Insolvenz freilich anwendbar; der Insolvenzverwalter muss eine Sozialauswahl durchführen und das Vorliegen des betrieblichen Erfordernisses

prinzipiell auch nachweisen. Und obschon man berechtigter Weise die Frage stellen kann, ob die Dreiwochenfrist zur arbeitnehmerseitigen arbeitsgerichtlichen Geltendmachung von Zweifeln an der Korrektheit der durchgeführten Sozialauswahl bzw. dem wirklichen Vorliegen der Voraussetzungen an eine betriebsbedingte Kündigung hier als ausreichender Zeitraum angesehen werden kann, fällt doch die diesbezüglich erschwerte Beweisführung weit schwerer ins Gewicht. Innerhalb der Insolvenz obliegt es nun dem klagenden Arbeitnehmer, die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung im Unternehmen nachzuweisen, was er aufgrund der ihm regelmäßig nur unvollkommen zur Verfügung stehenden Informationen nur selten gelingen wird. Daneben wird eine fehlerhafte Sozialauswahl nur in Fällen grob unsachlicher oder willkürlicher Auswahlkriterien angenommen, was die Aussicht auf Erfolg in arbeitnehmerseitig geführten Kündigungsschutzklagen auf nahezu Null herabsinken lassen wird.

Die Vorschriften zum Interessenausgleich und Sozialplan bleiben auch in der Insolvenz anwendbar, sodass zumindest Sozialplanansprüche Masseverbindlichkeiten begründen. Der Interessenausgleich selber, aus welchem hervorgeht, ob und in welchem Umfang sich soziale Härten aufgrund einer Betriebsänderung ergeben, kann jedoch nur herbeizuführen versucht werden. Zwingend beeinflussen kann die gewählte Arbeitnehmervertretung ihn hingegen nicht, da Kündigungsentscheidungen selber der unternehmerischen Freiheit unterliegen. Derselben unternehmerischen Freiheit, welche die Krisensituation womöglich herbeigeführt hat und die auch damals schon arbeitnehmerseitige Beteiligung nicht zwingend vorsah. Und was nutzt ein Sozialplananspruch, der zwar als Masseverbindlichkeit qualifiziert ist, in der Höhe aber auf ein Drittel der Masse, die ohne Sozialplan zur Verfügung stünde, begrenzt wird, sodass in der Konsequenz erst alle übrigen gegen die Masse bestehenden Verbindlichkeiten erfüllt werden? Erneut ist die Nachrangigkeit von Arbeitnehmerinteressen im Vergleich zu denen der übrigen Gläubiger zu erkennen.

Dementsprechend überrascht es auch nicht, dass die Gläubigergesamtheit in der Gläubigerversammlung über den Fortgang (oder auch Stilllegung) des Schuldnerunternehmens entscheiden. Klar umfasst die Gläubigergesamtheit zwar auch Arbeitnehmer, aber ebenso mächtige Banken, Großkunden oder einflussreiche Lieferanten mit nicht selten völlig konträrer Interessenlage zu denen der Beschäftigten. Bei der Betriebsstilllegung muss trotz der finalen Auswirkungen auf die Beschäftigungsverhältnisse wenigstens positiv bemerkt werden, dass der Umgehung des § 613a BGB bei Übernahme eines Erwerbers nach Stilllegung zumindest dann Vorschub geleistet wird, wenn der Erwerbsvorgang innerhalb der noch laufenden Kündigungsfristen geschieht. Dann wird eine Fortführungsabsicht unterstellt, die einen Weiterbeschäftigungsanspruch beim neuen Betriebsinhaber begründet.

(4) Überhaupt ist die Anwendbarkeit des § 613a BGB als Schutznorm für den Bestandsschutz von Arbeitsverhältnissen bei Betriebsübergangsvorgängen auch in der Insolvenz mehr als zu begrüßen. Dies umso mehr, da der Beschäftigtenbegriff, abermals weit gefasst, im Prinzip alle Arten von Beschäftigungsverhältnissen umfasst und durch § 613a Abs. IV S. 1 BGB sogar für jene Gültigkeit entfaltet, die nicht dem allgemeinen Kündigungsschutz des Kündigungsschutzgesetzes unterfallen würden. § 613a BGB begründet insofern einen ganz eigenen Bestandschutz, losgelöst von sonstigen Schutzvorschriften.

Negativ schlägt nur das möglicherweise Ausscheiden des Schuldnerunternehmens aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrages mit einem nach Veräußerungsvorgang etwaig zurückbleibenden Rumpfbetrieb zu Buche. Verbandstarifverträge sind überdies für den Erwerber auch nur dann obligatorisch, wenn er Mitglied im tarifschließenden

Arbeitgeberverband ist. Davon abgesehen gewährt § 613a BGB auch nur einen Bestandschutz für den Betriebsübergang ansich; verbindliche Sanierungskonzepte des Erwerbers berechtigen den Insolvenzverwalter hingegen sehr wohl zur Aussprache betriebsbedingter Kündigungen. Daneben bleibt es dem neuen Inhaber selbstverständlich unbenommen, nach Übertragungsvorgang betriebsbedingte Kündigungen auszusprechen. Nicht zuletzt können sich auch für den Erwerber Nachteile aus den Verpflichtungen des § 613a BGB ergeben (zu denken ist nur an Rechtsunsicherheiten im Zusammenhang mit der Unterrichts- und Informationspflicht im Vorfeld des Erwerbsvorgangs), sodass Juristen sich offenbar veranlasst sahen, ein Umgehungs-konstrukt in Form der Transfergesellschaft zu erzeugen.

(5) Das gesamte Konstrukt der Transfergesellschaften vermag so gar nicht zu überzeugen. Es mag ja sein, dass in der Insolvenz von Entlassung bedrohte Arbeitnehmer den Abschluss von Aufhebungsverträgen unter Inaussichtstellung der Übernahme in eine Auffanggesellschaft attraktiver finden, als eine bloße Abfindung mit womöglich anstehendem Arbeitslosengeldbezug. Aber findet dieser Abschluss wirklich auf freiwilliger Basis statt, oder sind nicht allzu oft auch auf den Arbeitnehmer einwirkende Pressuren zu unterstellen, die sich noch erhöhen, wenn dieser und jener Arbeitskollege schon unterschrieben und sich seinen Platz in der Transfergesellschaft gesichert hat, und zudem noch von Unkenntnis der rechtlichen Situation flankiert werden? Hier darf doch regelmäßig ein massives, der freien Willensbildung absolut entgegenstehendes Ungleichgewicht zwischen dem fach- und rechtskundigen Insolvenzverwalter und dem Beschäftigten nicht wegdiskutiert werden.

Es mag ferner sein, dass wenigstens seriöse Transfergesellschaftsbetreiber viel Wert auf Weiterqualifizierung und Vermittlung der bei ihnen ‚geparkten‘ Mitarbeiter legen, den empirischen Beweis zur gegenüber der regulären Arbeitsverwaltung effizienteren Vermittlung sind sie jedoch bislang schuldig geblieben.

Es stellt sich insofern der Eindruck ein, dass durch offenbar findige, ausschließlich zweckrational handelnde, in Bezug auf das Humankapital investitionsverweigernde Markthasardeure die arbeitnehmerbegünstigenden Rechtsfolgen des Betriebsüberganges umgangen werden sollen. Schließlich leuchtet nicht ein, wozu ein Konstrukt, welches realiter dem Betriebserwerber zur ‚Bestenauslese‘ dient, auch noch staatlich alimentiert werden muss. Von einer damit einhergehenden Zerstörung der Betriebskultur, die sich innerhalb der Transfergesellschaft fortschreiben dürfte, soll hier erst gar nicht die Rede sein.

Nach vorliegendem Befund muss doch mehrheitlich Ernüchterndes vermerkt werden. Das Insolvenzverfahren dient primär der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger. Die Insolvenzordnung kann - und soll - keinen Ausgleich schaffen zwischen dem Insolvenzschuldner und dessen abhängig Beschäftigten, sondern zwischen ihm und allen Gläubigern. Damit nun bestehende Arbeitsverhältnisse nicht wie die übrige Vermögensmasse zur Disposition der Gläubiger stehen, drastischer formuliert, Beschäftigte nicht - wie am Beispiel der Transfergesellschaft besonders deutlich zu sehen - zum Spielball der Gläubigerinteressen werden, muss ein Lösungsansatz in Richtung Stärkung der unternehmerischen Mitbestimmungsrechte - längst vor Eintritt der Insolvenz gehen. Hierdurch ließen sich Insolvenzen zwar nicht gänzlich vermeiden, jedoch trügen dann nicht mehr Anspruchsinhaber einen Großteil der einschneidenden Konsequenzen, welche die der Misere zugrundeliegenden Entscheidungen nicht mit beeinflussen konnten. Leider unterliegen von den derzeit über 3,5 Mio. Unternehmen

in Deutschland²¹⁶ nur etwa 680²¹⁷ einer wirklichen, paritätischen Mitbestimmung auf oberster Führungsebene i. S. d. des 1976`er Mitbestimmungsgesetzes. Offenbar mangelt es am Bewusstsein, dass Arbeitnehmerpartizipation auf verschiedenen Ebenen nicht etwa die wirtschaftliche Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen schwächt, sondern langfristiges, strategisches Denken fördert und Interessenkonflikte auszutariieren vermag.²¹⁸

Denkverbote darf es auch in Richtung allgemeine Demokratisierung der Wirtschaftsstrukturen - weg von privatkapitalistischer Eigentumsdominanz hin zu öffentlich genossenschaftlichen Eigentumsformen - nicht geben. Die Idee ist alt²¹⁹, allein die Umsetzung fehlt. Warum das so ist, mag Gegenstand einer weiteren Arbeit sein. Die vorliegende darf indes mit dem Appell geschlossen werden, dass in einem bürgerlichen Verständnis wirtschaftlichen Handelns die ihm zugrundeliegenden Entscheidungen nie einzelnen verpflichtet sein dürfen, sondern durch den Willen aller Betroffenen zustande kommen müssen.²²⁰

Literaturverzeichnis

- Bachner M., Köster R. et.al.*, Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung und Betriebsübergang, 4.Aufl., Baden-Baden 2012
- Beck S., Depré P.*, Praxis der Insolvenz, 2. Aufl., München 2010
- Becker Ch.*, Insolvenzrecht, 3. Aufl., Köln 2010
- Birnbaum M.*, Betriebsübergang: Unterrichtung der Arbeitnehmer, Arbeit und Arbeitsrecht 2010, S 123
- Bissels A., Jordan, Ch., Wisskirchen, G.*, Sozialverträglicher Personalabbau durch Einsatz von Transfergesellschaften, Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht 2009, S.865ff
- Böhnke Ch., Kreuziger S.*, Nach dem Beschäftigungschancengesetz, Arbeit und Arbeitsrecht 2011, S.14 ff
- Bontrup H.-J.*, Arbeit, Kapital und Staat, 4.Aufl., Köln 2011
- Bontrup H.-J.*, Lohn und Gewinn, 2. Aufl., München 2008
- Bontrup H.-J., Hansen, K.*, Personalmanagement, 2. Aufl., Troisdorf 2009
- Bork R.*, Einführung in das Insolvenzrecht, 5. Aufl., Tübingen 2009
- Brabandt N.*, Handhabung von Personalfluktuaton in Krisenzeiten, 2. Aufl., Hamburg 2010
- Brenke K., Rinne, U., Zimmermann, K.*, Kurzarbeit: Nützlich in der Krise, aber nun den Ausstieg einleiten, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung in Berlin, Wochenbericht Nr. 16/2010, S. 4
- Breuer W.*, Insolvenzrecht, 3. Aufl., München 2011
- Däubler W.*, Arbeitsrecht, 9. Aufl., Frankfurt a.M., 2011
- Demirovic A.*, Demokratie in der Wirtschaft, Münster 2007

²¹⁶ Statistisches Bundesamt, hier: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/UnternehmenHandwerk/UnternehmenHandwerk.html;jsessionid=21D9E8C99D0B400DC5E9C3A9D7C051DD.cae1>, Stand: 20.07.2012.

²¹⁷ Hans Böckler Stiftung, Statistiken zur Mitbestimmungslandschaft, hier: <http://www.boeckler.de/38347.htm>; Stand: 20.07.2012.

²¹⁸ Lorenz, Schneider (2009), S. 56.

²¹⁹ Urban, Müller- Jentsch (2012)

²²⁰ Demirovic (2007), S. 9.

- Dörner K., Luczak S., Wildschütz M., Handbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht, 8. Aufl., Köln 2009
- Dütz W., Thüsing G., Arbeitsrecht, 16. Aufl., München 2011
- Fahlbusch W., Insolvenzrecht und Anfechtungsrecht, 8. Aufl., Münster 2011
- Foerste U., Insolvenzrecht, 5. Aufl., München 2010
- Fritsch M., Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 8. Aufl., München 2011
- Fuchs M., Marhold F., Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Mörlenbach 2010
- Fuhlrott M., Zwischengeschaltete Transfergesellschaften zur Vermeidung von Betriebsübergängen, Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht 2012, S. 549 ff
- Gaul B., Ludwig D., Wird § 613a BGB jetzt uferlos?, Der Betrieb 2011, S.298 ff
- Grundmann S., Ius Communitatis - Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2011
- Haarmeyer H., Sanierungs- und Insolvenzmanagement (2 Bände), Remagen 2009
- Haarmeyer H., Frind F., Insolvenzrecht, Stuttgart 2010
- Haarmeyer, H., Wutzke W., Förster K., Präsenzkomentar zur Insolvenzordnung, Münster 2010
- Haas I. Das neue Insolvenzrecht, Freiburg 2012
- Hauck K., Noftz W., Sozialgesetzbuch Gesamtkommentar, 2. Band, Berlin 2011
- Heinrich J., Frank A., Ganzheitliches Sanierungsrecht! Ohne Arbeitnehmer?, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2011, S.689 ff
- Heinrich J., Frank A., Insolvenzgeldansprüche von Arbeitnehmern nach einem gerichtlich bestätigten Insolvenzplan - Divergenzen zwischen Sozial- und Insolvenzrecht, Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz- und Sanierung 2011, S. 569 ff
- Henssler M., Willemsen H.-J., Kalb H.-J., Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl., Köln 2010
- Henssler M., Braun, A., Arbeitsrecht in Europa, 3. Aufl., Köln 2011
- Hertzfeld, H., Inselhardt T, Vorrang der Änderungskündigung in Der Betrieb 2011, S. 2034 ff
- Hoffmann J., Risikomanagement für mittelständische Unternehmen, Eisenach 2012
- Hromadka W., Maschmann F., Arbeitsrecht Band 2, 5. Aufl., Heidelberg 2010
- Hümmerich K., Reufels M., Gestaltung von Arbeitsverträgen, 2. Aufl. Baden- Baden 2011
- Hümmerlich K, Lücke O., Mauer R., Arbeitsrecht, 7. Aufl. Baden- Baden 2011
- Jüchser A., Auswirkungen des Betriebsübergangs auf den Zeugnisanspruch des Arbeitnehmers, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2012, S. 244 ff
- Junker A., Grundkurs Arbeitsrecht, 10. Aufl., München 2011
- Kallwass W., Abels P., Privatrecht, 21. Aufl., München 2011
- Kittner M., Däubler W., Zwanziger B., Kündigungsschutzrecht, 8. Aufl., Frankfurt a.M. 2011
- Kittner M., Zwanziger B., Deinert O., Arbeitsrecht - Handbuch für die Praxis, 6. Aufl., Frankfurt a.M., 2011
- Kleiner N., Gummersbach S., Jürgens B., Verantwortung endet nicht bei der Kündigung, Personalwirtschaft 2012, S. 52 ff
- Knuth M., Mühge G., Transferangebote: Zweiter Puffer in der Krise, Böckler Impuls Heft 04/2010, S. 4
- Kramer, R., Peter F., Insolvenzrecht, Wiesbaden 2012
- Kreft G. et. al., Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Aufl., Heidelberg 2008
- Krings H., Bindung von Leistungsträgern in der Insolvenz, Betriebs-Berater 2012, S. 83 ff
- Leonhardt P., Smid S., Zeuner M., Internationales Insolvenzrecht, 2. Aufl., Stuttgart 2012
- Lingemann S., Kündigungsschutz, München 2011

- Lorenz F., Schneider G., Raus aus der Krise!, Hamburg 2009
- Macharzina K., Wolf, J., Unternehmensführung, 7. Aufl., Wiesbaden 2010
- Menke J.-M., Wolf S., Alles hat ein Ende...? Betriebsübergang versus Betriebsstilllegung in der Insolvenz, Betriebs-Berater 2011, S.1461 ff
- Meyer M., Kündigung im Arbeitsrecht, Berlin 2011
- Mückl P., Krings H., Effektive Beendigung der Tarifbindung in der Insolvenz, Betriebs-Berater 2012, S.769 ff
- Mues M., Eisenbeis E., Laber J., Handbuch Kündigungsrecht, 2. Aufl., Köln 2010
- Müller-Bonanni T., Mehrens Ch., Sicherung der kollektiven Tarifgeltung nach Betriebsübergang, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2012, S.195 ff
- Neufeld T., Luickhardt V., Leiharbeitnehmer im Betrieb, Arbeit und Arbeitsrecht 2012, S. 72 ff
- Nicklisch H., Die Betriebswirtschaftslehre , 7. Aufl., Stuttgart 1932
- Nicolai W., Das Beschäftigungschancengesetz, Arbeit und Arbeitsrecht 2011, S. 718 ff
- Nicolai W., Transfergesellschaft bei Insolvenz, Arbeit und Arbeitsrecht 2010, S. 652 ff
- o.V., Das gesamte Arbeitsrecht, 6. Aufl., Regensburg 2011
- o.V., Schlacht um Schlecker, Wirtschaftswoche, Heft Nr.005 vom 30.01.2012
- Pape G., Uhlenbrock W., Voigt- Salus J, Insolvenzrecht, 2. Aufl., München 2010
- Pfefferle M., Der Betriebsübergang (613a BGB) als Dealbreaker?, Hamburg 2009
- Picot A., Dietl, H., Franck E. e. al., Organisation- Theorie und Praxis aus ökonomischer Sicht, 6. Aufl. Stuttgart 2012
- Preis U., Der Arbeitsvertrag - Handbuch der Vertragsgestaltung, 4. Aufl., Köln 2011
- Pulte P., Das deutsche Arbeitsrecht, 4. Aufl., Troisdorf 2011
- Reinecke G., Betriebsübergang: Rettungsanker Verwirkung des Widerspruchsrechts?, Der Betrieb 2012, S. 50 ff
- Reischl K., Insolvenzrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2011
- Rolf C., Riechwald, J., Transfergesellschaften nach neuem Recht, Betriebs Berater 2011, S. 2805 ff
- Rolfs Ch., Arbeitsrecht Studienkommentar, 3. Aufl., München 2010
- Röther W., Falsche Hoffnungen, Handelsjournal, Heft 05/2012, S.1.
- Runkel H., Anwaltshandbuch Insolvenzrecht, 2. Aufl., Köln 2008
- Schaub G. et al., Arbeitsrechtshandbuch, 13. Aufl., München 2009
- Schelp T., Arbeitnehmerforderungen in der Insolvenz, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2010, S. 1095 ff
- Schmidt A. et al., Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 3. Aufl., Münster 2009
- Schmitt-Rolfes G., Die Arbeitnehmerüberlassung in der Diskussion, Arbeit und Arbeitsrecht 2010, S. 567
- Schneider M., Schöpferische Zerstörung, Personal, Heft 02/2011 vom 31.01.2011, S. 6 ff
- Schrammel W., Winkler G., Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Stuttgart 2010
- Schumpeter J.A., Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, Leipzig 1912
- Stahlhacke E., Preis, U., Vossen R., Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 10. Aufl., München 2010
- Straub, D. Arbeitshandbuch - Personal, 7. Aufl., Berlin 2010
- Summa C., Staubach I., Was es bei Transfergesellschaften zu beachten gilt, Personalwirtschaft, Heft 11/2011, S.58 ff
- Theiselmann R., Praxishandbuch des Restrukturierungsrechts, Köln 2010
- Thysing G., Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2011
- Tschöpe U., Anwalts- Handbuch Arbeitsrecht, 7.Aufl., Köln 2011
- Uhlenbrock W., Kommentar zur Insolvenzordnung, 13. Aufl., München 2010

- Urban H.-J., Müller-Jentsch W.*, Mehr Mut zur Kapitalismuskritik?, Magazin Mitbestimmung, Heft 05/2012
- v. Dorp T., Link P.*, Restrukturierungen durch externe Transfergesellschaften, Arbeit und Arbeitsrecht 2009, S. 588 ff
- Waltermann R.*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachende Diskontinuität von Erwerbsbiographien?, Heft 22/2010, S. 81 ff
- Wank R.*, Zum Stand der Diskussion um ein Arbeitsvertragsgesetz, Recht der Arbeit 2009, S. 122 ff
- Westpfahl L., Goetker, U., Wilkrens J.*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Köln 2008
- Wimmer K., et al.*, Handbuch des Fachanwalts Insolvenzrecht, 3. Aufl., Köln 2008
- Wroblewski A.*, „Recht auf Arbeit“ in der Insolvenz Freistellung, Beschäftigung und die Folgen, Neue Juristische Wochenschrift 2011, S. 347 ff
- Zobel J.*, Sanierungsarbeitsrecht - Wunsch oder Wirklichkeit?, Betriebs-Berater 2011, S. 1397 ff
- Zöll O., Kleinschmidt A.*, Was geht, wenn nichts mehr geht? FAQ zum Insolvenzrecht, Arbeit und Arbeitsrecht 2010, S. 352 ff

Abgeschlossen Juli 2012

www.logos-verlag.de unter ‚Zeitschriften‘

urn:nbn:de:hbz:1010-418 (www.nbn-resolving.de)

Impressum: Westfälische Hochschule, Fachbereich Wirtschaftsrecht, August-Schmidt-Ring 10
D - 45665 Recklinghausen, www.wirtschaftsrecht.w-hs.de



Dieser Text steht unter der Lizenz ‚Namensnennung- Keine kommerzielle Nutzung - Keine Bearbeitung 3.0 Deutschland‘ (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/>)

Vertrieb: Logos Verlag Berlin GmbH
Comeniushof, Gubener Straße 47
10243 Berlin
<http://www.logos-verlag.de>

λογος