

# Arbeitsrechtliche Aspekte in der Insolvenz

Vortrag Institut für Insolvenzrecht e.V.

Freitag, den 02.02.2007

Referent: RA Ulrich Kerner  
FA für ArbeitsR

## A. Einführung

### Ausgangspunkt

Entscheidung im Insolvenzverfahren über

- Liquidation der Vermögensgegenstände des schuldnerischen Unternehmens (Betriebsstillegung)
- „übertragende Sanierung“

## A. Einführung

### Beendigung von Arbeitsverhältnissen in der Insolvenz

- Grundlagen
- Betriebsübergang
- Interessenausgleich mit Namensliste
- Kündigung auf der Grundlage eines so genannten Erwerberkonzepts
- Einbindung von Transfergesellschaften

## **B. Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz**

### **I. Fortgeltung des allgemeinen Arbeitsrechts**

- Insolvenzverfahren beendet nicht das Arbeitsverhältnis (§ 108 Abs. 1 InsO)
- Weitergeltung der allgemeinen Regeln des Arbeitsrechts, soweit sich nicht aus den insolvenzrechtlichen Vorschriften etwas anderes ergibt.
- Geltung insbesondere der allgemeinen Regeln des Kündigungsschutzrechtes.

## **B. Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz**

### **II. Arbeitsrechtliche Sonderbestimmungen in der Insolvenzordnung**

- ➔ § 113 InsO (Kündigungsfristen)
- ➔ §§ 120 – 128 InsO
  - § 120 – Kündigung von Betriebsvereinbarungen
  - § 121 – Betriebsänderungen und Vermittlungsverfahren
  - § 122 – Gerichtliche Zustimmung zur Durchführung einer Betriebsänderung
  - § 123 – Umfang des Sozialplans
  - § 124 – Sozialplan vor Verfahrenseröffnung
  - § 125 – Interessenausgleich und Kündigungsschutz

## **B. Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz**

### **II. Arbeitsrechtliche Sonderbestimmungen in der Insolvenzordnung**

- § 126 – Beschlussverfahren zum Kündigungsschutz
- § 127 – Klage des Arbeitnehmers
- § 128 – Betriebsveräußerung

## **B. Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz**

### **III. Fortbestand des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz**

#### Arbeitgeberfunktion

##### a) im eröffneten Verfahren

- Übergang auf den Insolvenzverwalter mit Eröffnung des Verfahrens kraft Gesetzes gem. § 80 Abs. 1 InsO
- Übernahme mit allen damit zusammenhängenden Rechten und Pflichten (gesetzlich, tarifvertraglich, betriebsverfassungsrechtlich, einzelvertraglich)

## B. Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz

b) im vorläufigen Insolvenzverfahren

aa) „starker vorläufiger Verwalter“

- § 22 Abs. 1 S. 1 InsO

Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbots hat Übergang der Arbeitgeberfunktion zur Folge.

Beachte: arbeitsrechtliche Sonderregelungen der InsO sind aber im vorläufigen Insolvenzverfahren nicht anwendbar (beispielsweise verkürzte Kündigungsfristen gem. § 113 InsO)

– BAG vom 20.01.2005 – 2 AZR 134/04 –

## B. Das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz

bb) „schwacher vorläufiger Verwalter“

- § 22 Abs. 2 InsO  
Arbeitgeberfunktion verbleibt beim Schuldner;

**aber:**

ggf. Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters  
insbesondere bei Kündigung erforderlich

## **C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz**

### **I. Anwendbarkeit allgemeiner kündigungsschutzrechtlicher Regelungen**

- Kündigungsschutzgesetz
- Schriftformerfordernis nach § 623 BGB
- Beteiligungsrechte des Betriebsrates
- Kündigungsschutz besonders geschützter Personengruppen

## **C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz**

### **II. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Insolvenzverwalter**

#### **§ 113 Kündigung eines Dienstverhältnisses**

„Ein Dienstverhältnis, bei dem der Schuldner der Dienstberechtigte ist, kann vom Insolvenzverwalter und vom anderen Teil

- ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Ausschluß des Rechts zur ordentlichen Kündigung gekündigt werden.
- Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate zum Monatsende, wenn nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist.

“  
...

## C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

- § 113 InsO
  - ermöglicht Kündigung, wenn ordentliche Kündigung ausgeschlossen
  - Höchstfrist: 3 Monate (§ 622 BGB = Höchstfrist 7 Monate)
  - anwendbar auf alle Dienstverhältnisse i. S. d. § 611 BGB
  - zwingendes Recht - § 119 InsO
  - Vorteil: Freihalten der Masse vor weiteren Belastungen – kurzfristige Beendigung.

## C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

- Nachkündigung im eröffneten Verfahren mit Frist des § 113 InsO möglich  
BAG vom 08.04.2003 – 2 AZR 15/02 -  
BAG vom 22.05.2003 – 2 AZR 255/02 -
- Kündigung auch von befristeten Dienstverträgen, deren Kündigung während des Laufs der Befristung nicht vereinbart ist
- aber: § 113 InsO begründet kein insolvenzbedingtes Sonderkündigungsrecht!

## C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

### III. Form und Zugang der Kündigung

- § 623 BGB → gesetzliches Schriftformerfordernis „eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet“ nicht eingehalten bei Telefax, Telegramm, Email
- Kündigung durch Bevollmächtigte – WICHTIG: Vollmacht beifügen wg. § 174 BGB (Stichwort: Mitarbeiter des Insolvenzverwalters)
- Zugang:
  - allgemeine Regeln für einseitig empfangsbedürftige Willenserklärungen
  - Bedeutung:
    - Lauf der Kündigungsfrist
    - Lauf der Klagefrist

## C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

### IV. Grundzüge des Kündigungsrechts nach § 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG)

#### 1) Soziale Rechtfertigung

##### § 1 KSchG

- Eine Kündigung ist unwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht
- durch Gründe in der Person des Arbeitnehmers oder
  - durch Gründe in dem Verhalten des Arbeitnehmers oder
  - durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen (sog. betriebsbedingte Kündigung), bedingt ist.

## C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

### 2) Anwendbarkeit des KSchG

- a) Erfüllung der Wartezeit gem. § 1 KSchG = Arbeitsverhältnis hat ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden.
- b) Beschäftigung von in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmern (ausschließlich Auszubildende) gem. § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG

#### Beachte:

- nur anteilige Berücksichtigung von Teilzeitbeschäftigten (§ 23 Abs. 1 S. 4 KSchG)
- Sonderregeln für Arbeitnehmer, die bereits vor dem 31.12.2003 beschäftigt waren (§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG)

## C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

### V. Voraussetzungen der betriebsbedingten Kündigung

**Hinweis:** Darlegungs- und Beweislast beim Insolvenzverwalter

1. Dringende betriebliche Erfordernisse - außer- oder innerbetriebliche Ursachen -

a) außerbetriebliche Ursachen können sein:

- Absatzschwierigkeiten
- Auftragsmangel
- Umsatzrückgang

## **C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz**

b) innerbetriebliche Ursachen können sein:

- Umstrukturierung aus Kostengründen
- Rationalisierung
- Umstellung oder Einschränkung der Produktion
- Verlagerung der Produktion ins Ausland
- Betriebs- bzw. Betriebsteilstilllegung

## C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

### 2. Unternehmerentscheidung

- a) Dringende betriebliche Erfordernisse liegen vor, wenn die Durchführung oder eingeleitete Durchführung einer unternehmerischen Entscheidung einer Beschäftigungsmöglichkeit die Grundlage entzieht.
  - ➔ Vorliegen ist vom Gericht voll nachprüfbar, jedoch keine Zweckmäßigkeitskontrolle
  - ➔ Umsetzung der Maßnahmen muss nachvollziehbar aufgezeigt werden können, es muss also ein nachvollziehbares Konzept dargestellt werden können (BAG vom 17.06.1999 – 2 AZR 141/99, ZIP 1999, 1721)

## **C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz**

b) Beteiligung des Insolvenzgerichts bei Betriebsstilllegungsent-  
scheidung im vorläufigen Insolvenzverfahren

→ § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO

BAG vom 27.10.2005 – 6 AZR 5/05 -

Leitsatz:

„Die Zustimmung des Insolvenzgerichts zur Unternehmensstill-  
legung ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung  
der Arbeitsverhältnisse durch den „starken“ vorläufigen Insol-  
venzverwalter wegen der von ihm beabsichtigten Stilllegung“

## C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

- c) Beteiligung gem. §§ 157, 158 InsO bei Betriebsstillegung im eröffneten Verfahren
- Zustimmung des Gläubigerausschusses
    - § 158 Abs. 1 InsO
  - Vor Beschlussfassung des Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, = Unterrichtung des Schuldners
    - § 158 Abs. 2 InsO

LAG Hamm vom 07.07.2004, 2 Sa 175/04  
- nicht veröffentlicht -

= Fehlen der Zustimmung oder Unterrichtung soll nach LAG Hamm keine Wirksamkeitsvoraussetzung für spätere Kündigung sein.

- Keine Rechtsprechung Bundesarbeitsgericht

## C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

3. Ursächlichkeit für den Wegfall des Weiterbeschäftigungsbedürfnisses
  - durch das dringende betriebliche Erfordernis muss der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers dauerhaft wegfallen
  
4. Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit (ultima-ratio-Prinzip)
  - § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG
  - erforderliche Prüfung, ob Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers – ggf. nach zumutbarer Anlern-, Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahme – auf einem anderen freien Arbeitsplatz möglich (§ 1 Abs. 2 S. 1 KSchG)
  - kein Anspruch auf freien höherwertigen Arbeitsplatz („Beförderungsstelle“)
  - keine Pflicht zur Schaffung eines neuen Arbeitsplatzes

## C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

### 5. Sozialauswahl - § 1 Abs. 3 KSchG -

#### a) § 1 Abs. 3 KSchG

(3) Ist einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne des Absatzes 2 gekündigt worden, so ist die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat; auf Verlangen des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. In die soziale Auswahl nach Satz 1 sind Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne des Satzes 1 erscheinen lassen.

## C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

b) Feststellung der Gruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer

- soziale Auswahl ist betriebsbezogen
- „horizontale“ Vergleichbarkeit (Austauschbarkeit der Arbeitnehmer)
- keine „vertikale“ Vergleichbarkeit

## C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

### c) Feststellung und Gewichtung der Sozialdaten

#### → 4 Grundkriterien

- Dauer der Betriebszugehörigkeit
- Lebensalter
- Unterhaltspflichten
- Schwerbehinderung

#### → insgesamt:

Formulierung in § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG stellt klar, dass die Sozialauswahl bereits dann ordnungsgemäß ist, wenn der Arbeitgeber die Wertungskriterien des Gesetzes ausreichend berücksichtigt hat. Arbeitgeber hat also einen Bewertungsspielraum

#### → „Punkteschemata“

## C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

d) Überwindung der Sozialauswahl durch betriebliche Interessen  
- § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG

→ keine Einbeziehung von Arbeitnehmern in die soziale Auswahl,  
deren Weiterbeschäftigung

- insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen

oder

- zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes (BAG vom 20.04.2005 – 2 AZR 201/04 -)

im berechtigten betrieblichen Interesse liegt.

## C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

### 6. Interessenausgleich mit Namensliste

- § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO -

a) anwendbar bei Betriebsänderungen in der Insolvenz im Rahmen einer Betriebsvereinbarung

b) Auswirkungen eines Interessenausgleichs mit Namensliste

→ Vermutung, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch dringende betriebliche Gründe bedingt ist (§ 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Inso)

## C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

- Beschränkung der Überprüfbarkeit der Sozialauswahl auf grobe Fehlerhaftigkeit (§ 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO)
    - BAG vom 17.11.2005 – 6 ARZ 118/05 -
      - keine grobe Fehlerhaftigkeit auch bei Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur
  - Vermutung, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht wegen eines Betriebsüberganges erfolgt ist, falls der Betrieb in der Insolvenz den Inhaber wechselt (§ 128 Abs. 2 InsO)
- c) Erfordernis der festen Verbindung von Interessenausgleich und Namensliste auf Grund Schrifterfordernis nach § 112 Abs. 1 S. 1 BetrVG – Einheitlichkeit der Urkunde
- BAG vom 22.01.2004 – 2 AZR 111/02 -
  - BAG vom 06.07.2006 – 2 AZR 520/05 -

## **C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz**

### **VI. Betriebsratsanhörung - § 102 BetrVG**

(1) Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

(2) Hat der Betriebsrat gegen eine ordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber spätestens innerhalb einer Woche schriftlich mitzuteilen. Äußert er sich innerhalb dieser Frist nicht, gilt seine Zustimmung zur Kündigung als erteilt. Hat der Betriebsrat gegen eine außerordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Tagen, schriftlich mitzuteilen. Der Betriebsrat soll, soweit dies erforderlich erscheint, vor seiner Stellungnahme den betroffenen Arbeitnehmer hören. § 99 Abs. 1 Satz 3 gilt entsprechend.

→ § 102 BetrVG gilt uneingeschränkt in der Insolvenz

## **C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz**

### **VII. Sonderkündigungsschutz bestimmter Personengruppen**

- 1) Mutterschutz - § 9 MutterschutzG
- 2) Elternzeit - § 18 BErzGG
- 3) Schutz der schwerbehinderten Menschen - § 85 SGB IX
- 4) Arbeitsplatzschutz Wehr- und Zivildienstleistender  
- § 2 ArbplSchG, § 78 ZDG
- 5) Ausbildungsverhältnisse - § 15 Abs. 1 BBiG
- 6) Betriebsverfassungsorgane - § 15 KschG, zuletzt BAG vom  
17.11.2005 – 6 AZR 118/05 -

## **C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz**

### **VIII. Verfahren bei Massenentlassungen**

1. Melde- und Anzeigepflicht gem. §§ 17, 18 KSchG
2. Entlassungsbegriff und Kündigung  
„Junk-Entscheidung“ des EuGH vom 27.01.2005,  
Rs. C 188/03 - ZIP 2005, 230 -

Grundaussage: Kündigungserklärung des Arbeitgebers ist das Ereignis, das als „Entlassung“ im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG gilt.

Bestätigt durch:

BAG vom 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 -

BAG vom 13.07.2006 - 6 AZR 198/06 -

## **C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz**

3. Auswirkungen der EuGH- und BAG-Rechtsprechung auf die praktische Vorgehensweise:

Massenentlassungsanzeigeverfahren in jedem Fall vor Ausspruch der Kündigungen abschließend durchführen.

## C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

### 4. Betriebsratsbeteiligung

- schriftliche Unterrichtung gem. § 17 Abs. 2 KSchG
- Bedenke: Gibt Betriebsrat keine Stellungnahme ab, kann Insolvenzverwalter erst zwei Wochen nach Übergabe der Unterrichtung die Anzeige bei der Agentur für Arbeit erstatten.
  - ➔ schriftliche Unterrichtung sollte daher gegen Empfangsquittung erfolgen.

## **C. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz**

- § 125 Abs. 2 InsO

Interessenausgleich mit Namensliste ersetzt die Stellungnahme nach § 17 Abs. 3 S. 2 KSchG (nicht aber die schriftliche Unterrichtung)

## D. Betriebsübergang

Ausgangspunkt und zentrale Regelung für den Betriebsübergang ist § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB:

*„Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein.“*

Unwirksamkeit von Kündigungen wegen Betriebsübergang  
§ 613 a Abs. 4 BGB:

*„Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils ist unwirksam. Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt unberührt.“*

## **D. Betriebsübergang**

### **I. Voraussetzungen des Betriebsüberganges**

- Betrieb/Betriebsteil als wirtschaftliche Einheit unter Wahrung der Identität
- Übergang auf einen anderen Inhaber
- durch Rechtsgeschäft

## D. Betriebsübergang

1. Betrieb oder Betriebsteil als wirtschaftliche Einheit unter Wahrung der Identität

**Gesamtbetrachtung** anhand Einzelkriterien (7-Punkte-Katalog)  
keine isolierte Betrachtung der Kriterien (Gesamtwürdigung)

- die Art des Unternehmens oder Betriebes
- der Übergang der Aktiva (materielle Betriebsmittel)
- die Übernahme und der Wert der immateriellen Aktiva
- die Übernahme der Arbeitnehmer (Hauptbelegschaft)
- die Übernahme der Kundschaft
- die Ähnlichkeit der Tätigkeit vor und nach der Übernahme sowie
- die Dauer einer evtl. Unterbrechung der Geschäftstätigkeit.
- kein Betriebsübergang bei **bloßer** Funktionsnachfolge (nur Übernahme der Tätigkeit)

## D. Betriebsübergang

### Beachte:

Grundlegende **Rechtsprechungsänderung des BAG** nach „**Güney-Görres**“-Entscheidung des EuGH zur Abgrenzung Betriebsübergang und Funktionsnachfolge.

Bisherige Rechtsprechung des BAG

(vgl. BAG vom 22.01.1998 - 8 AZR 775/96):

Zurechnung von Betriebsmitteln (Übergang von Aktiva) zum Erwerber nur dann, wenn **Überlassung zur eigenwirtschaftlichen Nutzung** erfolgt, andernfalls waren überlassene Betriebsmittel in Gesamt abwägung, ob ein Betriebsübergang stattgefunden hat, nicht einzubeziehen.

bislang entscheidendes Kriterium zur Abgrenzung von Betriebsübergang zur Funktionsnachfolge

## D. Betriebsübergang

„Güney-Görres/Demir“-Entscheidung des EuGH vom 15.12.2005  
- C 232, 233/04 -

Grundaussage:

- **eigenwirtschaftliche Nutzung von Betriebsmitteln kein entscheidendes Kriterium** für den Ausschluss eines Betriebsmittel- und Betriebsübergangs
- im Übrigen Bestätigung der Einzelkriterien und der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung

Bestätigt - und Aufgabe der bisherigen Rspr. - u.a. durch:

BAG vom 02.03.2006 - 8 AZR 147/05 -

BAG vom 13.06.2006 - 8 AZR 271/05 -

## D. Betriebsübergang

### 2. Übergang auf neuen Inhaber

- Betriebsübergang setzt voraus, dass an die Stelle des bisherigen Betriebsinhabers ein anderer tritt, der den Betrieb im eigenen Namen fortführt
- Wechsel der Rechtspersönlichkeit des Betriebsinhabers
- tatsächliche Betriebsfortführung durch den Erwerber

### **Abgrenzung der Betriebsfortführung zur Betriebsstillegung** (wechselseitiger Ausschluss)

Stillegung liegt bei ernsthaftem und endgültigen Entschluss vor, die Betriebs- und Produktionsgemeinschaft dauerhaft oder für einen unbestimmten dauerhaften Zeitraum zu unterbrechen

## D. Betriebsübergang

(Wieder-) Aufnahme der Produktion/Tätigkeit des Betriebes zeitlich kurz nach Stilllegung entfaltet nach Rechtssprechung BAG Vermutungswirkung gegen ernsthafte Stilllegungsabsicht

- zeitliche Gestaltung: Wiederaufnahme der Tätigkeit erst nach einem erheblichen Unterbrechungszeitraum (vom BAG entschiedene Einzelfälle: 9 Monate Unterbrechung erheblich, dagegen 2 Monate unerheblich)

## D. Betriebsübergang

### 3. durch Rechtsgeschäft

- rechtsgeschäftlicher Übergang, welcher dem Erwerber die betriebliche Fortführungsmöglichkeit eröffnet
- rechtsgeschäftliche Verbindung nicht zwingend zwischen Betriebsveräußerer und -erwerber erforderlich, sondern auch über Dritte (Bsp. Verpächter)
- Fortführung des Betriebes durch Insolvenzverwalter erfolgt auf gesetzlicher Grundlage (§§ 80, 148, 159 InsO) – kein Betriebsübergang

## D. Betriebsübergang

### II. Rechtsfolgen des Betriebsüberganges

- Übergang der Arbeitsverhältnisse (§ 613 a Abs. 1 S. 1 BGB)
- Transformation kollektivrechtlicher Regelungen sowie Veränderungsperre (§ 613 a Abs. 1 Satz 2-4 BGB)
- (Weiter-) Haftung des Veräußerers (§ 613 a Abs. 2 BGB)
- Kündigungsverbot wegen Betriebsübergang (§ 613 a Abs. 4 BGB)
- Kontinuität des Betriebsrates

## D. Betriebsübergang

### 1. Übergang der Arbeitsverhältnisse (§ 613 a Abs.1 S. 1 BGB)

- Eintritt des Betriebserwerbers in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis
- Erfassung von **Arbeitsverhältnissen**, dagegen nicht Anstellungsverträge von Organmitgliedern (z.B. GmbH-Geschäftsführer) oder freie Mitarbeiter
- auch Anrechnung von früheren Betriebszugehörigkeiten, vor allem bei Berechnung der Kündigungsfrist (§ 622 BGB) und Wartezeit

## D. Betriebsübergang

2. Transformation kollektivrechtlicher Regelungen und Veränderungssperre (§ 613 a Abs. 1 S. 2-4 BGB)
  - Rechte und Pflichten, die beim Betriebsveräußerer durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung geregelt waren, werden Bestandteil des Arbeitsvertrages
  - Unabänderbarkeit dieser Regelungen zu Ungunsten des Arbeitnehmers innerhalb Jahresfrist nach dem Betriebsübergang (Ausnahmen: Satz 3 und 4)
  - Einzelvertraglich geregelte Rechte und Pflichten können dagegen stets (bei Vorliegen der entspr. Voraussetzungen) durch Änderungskündigung oder -vereinbarung abgeändert werden

## D. Betriebsübergang

### 3. Haftung Betriebserwerber / Betriebsveräußerer

**Grundsatz** (außerhalb Insolvenz):

- **umfassende Haftung des Betriebserwerbers**
- (Weiter-) Haftung des Betriebsveräußerers als Gesamtschuldner neben dem Betriebserwerber wie folgt (§ 613 a Abs. 2 BGB)
  - volle Haftung für Ansprüche, die vor Betriebsübergang entstanden und vor Betriebsübergang fällig geworden sind
  - anteilige Haftung für Ansprüche, die vor dem Betriebsübergang entstanden sind, aber erst innerhalb Jahresfrist nach Betriebsübergang fällig werden (Bsp. Jahressonderzahlung)

## D. Betriebsübergang

**Ausnahme:** Haftungsbeschränkung des Betriebserwerbers bei Betriebsübergang in der Insolvenz

BAG, Urteil vom 20.06.2002 - 8 AZR 459/01:

- Teleologische Reduktion des § 613 a BGB wegen vorrangigen Verteilungsgrundsätzen des Insolvenzverfahrens
- **keine Haftung des Betriebserwerbers nach § 613a BGB für Ansprüche, die vor Eröffnung des Verfahrens entstanden sind, wenn der Betriebsübergang nach Verfahrenseröffnung erfolgt**

## D. Betriebsübergang

### **Argument:**

Andernfalls wären übernommene Arbeitnehmer unangemessen bevorzugt, sie erhalten einen neuen Haftungsschuldner und die anderen Gläubiger hätten diesen Vorteil finanzieren, da der Betriebserwerber den an die Masse zu zahlenden Kaufpreis mit Rücksicht auf die übernommene Haftung mindern würde.

### 4. Kündigungsverbot und -recht (§ 613 a Abs. 4 BGB)

- Unwirksamkeit einer Kündigung durch den Betriebserwerber oder -veräußerer **wegen** des Betriebsüberganges (Satz 1)
- aber: Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen ist jederzeit möglich.

## D. Betriebsübergang

- Abgrenzung:  
Ist Betriebsübergang lediglich **äußerer Anlass oder tragender Grund** für die Kündigung

Trotz Betriebsübergang ist eine Kündigung also möglich und wirksam, wenn ein Grund vorliegt, der „aus sich heraus“ geeignet ist, die Kündigung zu rechtfertigen.

## D. Betriebsübergang

### III. „Veräußererkündigung auf Grund Erwerberkonzept“

#### *a. tatsächlicher Ausgangspunkt:*

- Entwicklung eines unternehmerischen Konzeptes vor dem Betriebsübergang durch Erwerber, bei dessen Umsetzung Arbeitsplätze entfallen werden (betriebsbedingte Kündigung)
- aber: (noch) keine Kündigungsmöglichkeit durch Erwerber selber mangels Betriebsübergang und Arbeitgebereigenschaft
- bei Kündigungsverbot somit ggf. Besserstellung des Arbeitnehmers durch § 613 a Abs. 4 BGB als ohne Betriebsübergang wegen des späteren Kündigungszeitpunktes

## D. Betriebsübergang

### *b. Lösung des BAG zur Kündigung auf Erwerberkonzept:*

Anerkennung einer „Veräußererkündigung auf Erwerberkonzept“

- in der Insolvenz, unabhängig davon, ob Veräußerer das Konzept ebenfalls umsetzen kann („selbsttragend“) oder nicht („vorgezogen“) - BAG Urteil v. 20.03.2003, 8 AZR 97/02 -)
- offen gelassen für „vorgezogene“ Kündigung auf Erwerberkonzept außerhalb der Insolvenz (h.M. für Kündigungsmöglichkeit)

## D. Betriebsübergang

Voraussetzungen:

- verbindliches Konzept oder Sanierungsplan des Erwerbers
- greifbare Formen der Durchführung des Erwerberkonzeptes und des Betriebsüberganges
- Somit sichere Prognose, dass Beschäftigungsmöglichkeit zum Ablauf der Kündigungsfrist entfallen wird

## D. Betriebsübergang

### IV. § 613 a BGB als zwingendes Recht

#### **Grundsatz:**

Kein Umgehen der Rechtsfolgen des § 613 a BGB durch Vereinbarungen möglich. Bei Vorliegen eines Betriebsüberganges können dessen Rechtsfolgen also nicht vermieden werden.

#### **→ Praxistipps zur Risikominimierung:**

- Unter Berücksichtigung der Kriterien des 7-Punkte Kataloges Gestaltung möglichst derart, dass ein Betriebsübergang nicht vorliegt, Bsp.: Anzahl der übernommenen Arbeitnehmer, abweichendes Geschäftsfeld pp. (aber stets Wertungsfrage mit Restrisiko)
- Kündigung auf Erwerberkonzept
- Interessenausgleich mit Namensliste/Sozialplan

## D. Betriebsübergang

- Weiterhaftung des Veräußerers bei Betriebsübergang betrifft Außenverhältnis: Haftungsregelung zwischen Veräußerer und Erwerber im Innenverhältnis, etwa im Übernahmevertrag, treffen
- Hinweis für den Erwerber auf möglichen Betriebsübergang ggf. mit einem entsprechenden Haftungsausschluss des Veräußerers
- Einbindung einer Transfergesellschaft/Abschluss von Aufhebungsverträgen
- zeitliche „Gestaltung“ der tatsächlichen Voraussetzungen des Betriebsüberganges in der Insolvenz derart, dass dieser erst nach Ablauf der Kündigungsfrist des Arbeitsverhältnisses erfolgt
  - Minimierung Risiko Wiedereinstellungsanspruch

## D. Betriebsübergang

### V. Unterrichtungspflicht (§ 613 a Abs. 5 BGB)

Unterrichtung durch Veräußerer und/oder Erwerber vor dem Betriebsübergang in Textform über

- den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs,
- den Grund für den Übergang,
- die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und
- die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen.

Kein Erlöschen der Verpflichtung bei/nach Betriebsübergang

## D. Betriebsübergang

### VI. Widerspruchsmöglichkeit nach § 613 a Abs. 6 BGB

Möglichkeit des Arbeitnehmers **innerhalb eines Monats** ab Zugang der Unterrichtung schriftlich dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber zu widersprechen.

Folge des Widerspruches:

- Arbeitsverhältnis besteht zunächst mit Veräußerer fort
- Dieser kann bei Gesamtbetriebsübergang idR betriebsbedingt kündigen, da häufig infolge des Betriebsüberganges die Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer entfallen ist.

Ohne Widerspruch Arbeitsverhältnis mit Erwerber.

## D. Betriebsübergang

### VII. Rechtsfolge fehlerhafter Unterrichtung

kein Beginn der Widerspruchsfrist (§ 613 Abs. 6 BGB)  
(zuletzt bestätigt durch BAG vom 13.07.2006 - 8 AZR 303/05 und  
8 AZR 305/05)

Die fehlerhafte (nicht vollständig) oder unterlassene Unterrichtung des Arbeitnehmers hat also zur Folge, dass dieser bis an die Grenze der Verwirkung dem Übergang des Arbeitsverhältnisses widersprechen kann und damit, unter Umständen zeitlich weit nach dem Betriebsübergang, an den Veräußerer „zurückfällt“.

## D. Betriebsübergang

- **Praxistipp:**
  - klare Regelungen zwischen Erwerber und Veräußerer treffen, wer welchen Arbeitnehmer worüber unterrichtet und abstimmen
  - Unterrichtung nicht einfach der anderen Partei überlassen (größte Sorgfalt)

## D. Betriebsübergang

### VIII. Einzelne Besonderheiten des § 613 a BGB in der Insolvenz

Grundsatz der Anwendbarkeit des § 613 a BGB im Hinblick auf den Schutz des Arbeitsplatzes und die Kontinuität des Betriebsrates

Aber einzelne Sonderkonstellationen:

- teleologische Reduktion des § 613 a BGB bei Haftung des Betriebs-  
erwerbers für bereits entstandene Ansprüche
  - Vorrang insolvenzrechtlicher Verteilungsgrundsätze
  - maßgeblicher Zeitpunkt: Betriebsübergang nach Eröffnung des In-  
solvenzverfahrens (BAG Urt. v. 20.06.2002 - 8 AZR459/01 -)

## D. Betriebsübergang

- Einschränkung eines Wiedereinstellungsanspruches nach insolvenzbedingter Kündigung

BAG Urteil vom 13.05.2004 - 8 AZR 198/03 -

*„Findet nach Ablauf der Frist einer insolvenzbedingten Kündigung ein Betriebsübergang statt, besteht kein Anspruch auf Wiedereinstellung bzw. Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.“*

- in der Insolvenz umfassende Anerkennung der Kündigung auf Erwerberkonzept vom BAG (sowohl selbsttragend als auch vorgezogen)

# E. Rechtliche Aspekte bei Einbindung einer Transfergesellschaft

## I. Ausgangssituation

Personalanpassungsmaßnahmen müssen in der Insolvenz im Regelfall zeitnah umgesetzt werden.

- Probleme der betriebsbedingte Kündigung
  - Prozessrisiken
  - Alters- und Leistungsstruktur
  - „Kündigungsfristen als Masseverbindlichkeiten“
- Probleme bei Aufhebungsverträgen mit Abfindungslösung
  - sozialversicherungsrechtliche Nachteile beim Arbeitnehmer – praktisch kaum noch verhandelbar
- Einbindung einer Transfergesellschaft

## E. Rechtliche Aspekte bei Einbindung einer Transfergesellschaft

### II. Rechtsprechung des BAG

- Urteil vom 10.12.1998 – 8 AZR 324/97 - (NZA 1999, 422)
- Urteil vom 18.08.2005 – 8 AZR 523/04 -
- Urteil vom 23.11.2006 – 8 AZR 349/06 -

#### Leitsatz:

Aufhebungsverträge im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang sind wirksam, wenn die Vereinbarung auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet ist. Dies gilt auch dann, wenn eine Transfergesellschaft zwischengeschaltet ist.

Aufhebungsverträge sind unwirksam, wenn zugleich ein neues Arbeitsverhältnis zum Betriebsübernehmer vereinbart oder zumindest verbindlich in Aussicht gestellt wird.

## **E. Rechtliche Aspekte bei Einbindung einer Transfergesellschaft**

### **III. Vorteile bei Einbindung einer Transfergesellschaft**

#### 1. Vorteile für den Insolvenzverwalter

- Entlastung der Masse durch kurzfristiges Ausscheiden der Arbeitnehmer
- Ausschaltung rechtlicher Risiken im Hinblick auf Kündigungsschutzprozesse insbesondere bezüglich Sozialauswahl
- Zeitgewinn für Übernahmeverhandlungen
- Vermeidung § 613 a BGB
- Chance für Erwerber auf „Wunschmannschaft“

## E. Rechtliche Aspekte bei Einbindung einer Transfergesellschaft

### 2. Vorteile für den Arbeitnehmer

- Qualifizierung und Fortbildung,
- Vermeidung der kurzfristig eintretenden Arbeitslosigkeit
- „Chance“ auf Arbeitsplatz bei Investor
- ggf. Verlängerung der Anspruchsdauer bei Arbeitslosengeldbezug

## **E. Rechtliche Aspekte bei Einbindung einer Transfergesellschaft**

### **IV. Rechtliche Stellung der Transfergesellschaft**

- eigenständiger Rechtsträger (regelmäßig in Rechtsform der GmbH)
- Ziel der Transfergesellschaft:

Organisation betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten (beE), in denen Transferkurzarbeit nach § 216 b SGB III durchgeführt wird.

## **E. Rechtliche Aspekte bei Einbindung einer Transfergesellschaft**

### Transferkurzarbeit:

Transferleistungen sind nicht darauf ausgerichtet, bestehende Arbeitsverhältnisse zu stabilisieren und den Eintritt von Arbeitslosigkeit zu verhindern. Es sollen vielmehr Massenentlassungen vermieden, sozialverträglicher Personalabbau ermöglicht und Vermittlungsaussichten der Teilnehmer verbessert werden.

## E. Rechtliche Aspekte bei Einbindung einer Transfergesellschaft

### V. Arbeitsrechtliche Aspekte bei Einbindung einer Transfergesellschaft

#### 1. Einvernehmlichkeit des Wechsels

→ kein „Zwang“ zum Überwecheln in Transfergesellschaft

→ Anreiz zum Wechsel in Transfergesellschaft

wichtig:

vollständige Aufklärung der Arbeitnehmer über Zweck, Inhalt und Rechtsfolgen

## E. Rechtliche Aspekte bei Einbindung einer Transfergesellschaft

### 2. Aufhebung und Abschluss Arbeitsvertrag

- Aufhebungsvertrag zwischen Insolvenzverwalter und Arbeitnehmer
  - Schriftform (§ 623 BGB)
  
- Abschluss befristeter Arbeitsvertrag mit Transfergesellschaft
  - maximal 12 Monate (= maximale Bezugsfrist Transferkurzarbeitergeld gem. § 216 b Abs. 8, 10 SGB III)
  
  - Schriftform (§ 14 Abs. 2 Teilzeit- und BefristungsG)

## **E. Rechtliche Aspekte bei Einbindung einer Transfergesellschaft**

- Verpflichtung zur Teilnahme an Qualifizierungs- und Fortbildungsmaßnahmen
- ggf. Berücksichtigung der Erfordernisse des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)

3. „Dreiseitiger Vertrag“

4. Interessenausgleich – Sozialplan (§§ 111, 112, 112 a BetrVG)

5. Massentlassungsanzeige (§ 17 KSchG)

## **E. Rechtliche Aspekte bei Einbindung einer Transfergesellschaft**

### 6. Nichtanwendbarkeit des § 613a BGB

#### Wichtig:

Es darf kein zeitgleicher Abschluss oder eine verbindliche In-  
ausichtstellung eines neuen Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebs-  
übernehmer erfolgen.

## **E. Rechtliche Aspekte bei Einbindung einer Transfergesellschaft**

### **VI. Sozialversicherungsrechtliche Aspekte bei Einbindung einer Transfergesellschaft**

#### 1. Keine Anwendbarkeit von

- § 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III – Ruhen des Arbeitslosengeldanspruchs
- § 128 Abs. 1 Nr. 4 SGB III – Minderung der Anspruchsdauer bei Arbeitslosengeldbezug

#### 2. Aufschub des Eintritts der Arbeitslosigkeit um die Dauer der Transferkurzarbeit

## E. Rechtliche Aspekte bei Einbindung einer Transfergesellschaft

### 3. Leistungen der Bundesagentur für Arbeit

- Transferkurzarbeitgeld (§§ 216 b Abs. 10, 178 Nr. 1, § 129 Nr. 1 SGB III)
  - 67 % (Arbeitnehmer mit mind. 1 Kind) bzw. 60 % (alle übrigen Arbeitnehmer) des Differenzbetrages aus dem bisher und dem tatsächlich erzielten Nettoentgelt.
  - Förderung der Teilnahme an Transfermaßnahmen (§ 216 a SGB III)

## E. Rechtliche Aspekte bei Einbindung einer Transfergesellschaft

- Pflichtleistungen zur Qualifizierung bis maximal 2.500,00 € je Arbeitnehmer
- Fördermittel, die ggf. vor Einbindung der Transfergesellschaft in Anspruch genommen werden können.
- Strukturfond (bzw. Europäischer Sozialfond)

### Wichtig:

Beratung mit Bundesagentur für Arbeit im Vorfeld über Leistungen und Förderungen.

## E. Rechtliche Aspekte bei Einbindung einer Transfergesellschaft

### VII. Finanzierungslasten für die Insolvenzmasse - ggf. auch Investor -

1. Zuschläge zum Transferkurzarbeitergeld
2. Remanenzkosten
  - (Arbeitgeber- und Arbeitnehmer-)beiträge zur Sozialversicherung (nicht Arbeitslosenversicherung)
  - Entgeltzahlungen an Urlaubs- und Feiertagen
3. Verwaltungskosten der Transfergesellschaft

Faustformel: „Ein Monat eingesparte Kündigungsfrist finanziert zwei Monate Laufzeit in der Transfergesellschaft“

Vielen Dank für  
Ihre Aufmerksamkeit!