

# Kündigungsschutz und Personalanpassungen

Bayreuther / Salamon

2021

ISBN 978-3-406-77747-9

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

blick auf die Insolvenzmasse nicht von Bedeutung. Für den Arbeitnehmer kann es allerdings erhebliche Auswirkungen haben, wenn die gesetzlich vorgeschriebene Insolvenzversicherung der Wertguthaben nicht vorgenommen wurde.

Häufig sehen **Tarifverträge** oder **Betriebsvereinbarungen Unkündbarkeitsvorschriften** (zB den Ausschluss des Rechts der ordentlichen Kündigung mit Erreichen einer Betriebszugehörigkeit von 15 oder 20 Jahren) oder **Beschäftigungsgarantien** (→ Rn. 112 ff.) vor. Diese Kündigungsausschlüsse sind nicht insolvenzfest, so dass auch solche Arbeitsverhältnisse unter Anwendung von § 113 InsO mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende gekündigt werden können.<sup>414</sup> Ferner ist ein einzel- oder tarifvertraglicher Ausschluss der Kündigungsrechts nach § 21 Abs. 6 BEEG gem. § 113 S. 1 InsO unbeachtlich.<sup>415</sup>

**b) Verkürzte Kündigungsfrist, § 113 S. 2 InsO.** § 113 InsO schlägt ferner gesetzliche sowie (tarif)-vertraglich vereinbarte Kündigungsfristen von mehr als drei Monaten. Kürzere Kündigungsfristen bleiben jedoch anwendbar.<sup>416</sup> Oftmals wird der Insolvenzverwalter daher bereits durch den Schuldner oder vorl. Insolvenzverwalter gekündigte Arbeitsverhältnisse noch einmal erneut kündigen, um die frühere Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erreichen (sog. **Nachkündigung**). Ein etwaiges Zustimmungserfordernis einer Behörde bei bestehendem Sonderkündigungsschutz bleibt hierbei bestehen. Die Zustimmung muss daher vor Ausspruch der Kündigung erneut eingeholt werden, wenn der Insolvenzverwalter die Kündigung zur Verkürzung der Kündigungsfrist erklären will und daher die Insolvenz in den Kündigungssachverhalt einbringt.<sup>417</sup>

**c) Beachtung gesetzlicher Kündigungsbeschränkungen.** Die gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen aus Betriebsverfassungsrecht und gesetzlichem Arbeitsplatzschutz, bei Berufsausbildungsverhältnissen sowie wegen einem behördlichen Genehmigungserfordernis (→ Kap. 1 Rn. 7) hat auch der Insolvenzverwalter zu beachten.

**aa) Berufsausbildungsverhältnisse.** Die ordentliche Kündigung von Berufsausbildungsverhältnissen ist nach Ablauf der Probezeit gem. § 22 Abs. 2 BBiG ausgeschlossen. Die Kündigung ist daher nur außerordentlich aus wichtigem Grund möglich. Allein durch die Insolvenzeröffnung wird noch kein wichtiger Grund begründet, so dass in dem Fall, dass die Ausbildung im insolventen Betrieb wegen Fortführung des Betriebes fortgesetzt werden kann, das Ausbildungsverhältnis nicht kündbar ist. Nur in dem Fall, dass der Insolvenzverwalter den Betrieb stilllegt oder eine Betriebseinschränkung vorliegt und deswegen der Zweck der Ausbildung

<sup>414</sup> BAG 22.9.2005 – 6 AZR 526/04, NZA 2006, 658.

<sup>415</sup> Uhlenbruck/Zobel InsO § 113 Rn. 95.

<sup>416</sup> BAG 6.7.2000 – 2 AZR 695/99, NZA 2001, 23.

<sup>417</sup> LAG Brandenburg 18.6.2003 – 7 Sa 63/03 BeckRS 2003, 31380543.

nicht mehr erreicht werden kann, darf der Insolvenzverwalter das Ausbildungsverhältnis **fristlos mit sozialer Auslauffrist** kündigen.<sup>418</sup> Bei der Kündigung eines Ausbildungsverhältnisses müssen die Kündigungsgründe im Kündigungsschreiben angegeben werden (§ 22 Abs. 3 BBiG), andernfalls ist die Kündigung rechtsunwirksam.<sup>419</sup> Der Insolvenzverwalter muss mithin beispielsweise angeben, dass er zu dem vorgesehenen Kündigungstermin wegen Betriebseinschränkung oder Betriebs(teil)stilllegung kündigt.<sup>420</sup>

**185 bb) Behördliche Genehmigungserfordernisse wg. Sonderkündigungsschutz.** Die Kündigung eines Arbeitnehmers mit Sonderkündigungsschutz, insbesondere wegen

- einer Schwerbehinderung (§ 2 Abs. 2 SGB IX) oder einer Gleichstellung (§ 2 Abs. 3 SGB IX) gem. §§ 168 ff. SGB IX;
- Mutterschutz (§ 17 Abs. 1 MuSchG);
- Elternzeit (§ 18 Abs. 1 BEEG);
- Kurzzeitiger Arbeitsverhinderung oder Pflegezeit (§§ 2, 3 PflegeZG)

bedarf auch in der Insolvenz der vorherigen **Zustimmung der zuständigen Behörde**. Eine Kündigung der vorgenannten Arbeitnehmergruppen ist nur dann möglich, wenn der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers „insolvenzbedingt“ wegfällt. Anders als außerhalb der Insolvenz hat die Behörde jedoch im Falle der Betriebsstilllegung ein **gebundenes Ermessen** (§ 172 Abs. 1 und 3 SGB IX bzw. nach § 18 Abs. 1 S. 4–6 BEEG)<sup>421</sup> auszuüben.

**186** Zu beachten ist ferner, dass die Kündigung von Arbeitnehmerinnen im Mutterschutz außerhalb sowie innerhalb der Insolvenz nur schriftlich unter Angabe der Kündigungsgründe erfolgen kann (§ 17 Abs. 2 S. 2 MuSchG).

**187 cc) Gesetzlicher Arbeitsplatzschutz.** Der gesetzliche Sonderkündigungsschutz der nachfolgend dargestellten Personengruppen (nicht abschließend) ist insolvenzfest und daher auch vom Insolvenzverwalter zu beachten:

- Arbeitsplatzschutz bei Arbeitnehmern, welche freiwilligen Grundwehrdienst ableisten (§ 2 ArbPISchG);
- amtsbezogener Kündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte (§ 38 Abs. 2 iVm 6 Abs. 4 BDSG);
- Sonderkündigungsschutz von Mitgliedern der Schwerbehindertenvertretung (§§ 179 Abs. 3 S. 1 SGB IX);<sup>422</sup>

**188** Ergänzend wird auf die Ausführungen unter (→ Kap. 1 Rn. 7 ff.) verwiesen.

---

<sup>418</sup> ErfK/Müller-Glöge InsO § 113 Rn. 3.

<sup>419</sup> ErfK/Schlachter BBiG § 22 Rn 7.

<sup>420</sup> Uhlenbruck/Zobel InsO § 113 Rn. 54–57.

<sup>421</sup> BAG 27.2.2014 – 6 AZR 301/12, NZA 2014, 897.

<sup>422</sup> Uhlenbruck/Zobel InsO § 113 Rn. 63, 64.

**d) Verfrühungsschaden, § 113 S. 3 InsO.** Der Arbeitnehmer erleidet **189** regelmäßig einen Schaden durch die vorzeitige Beendigung seines Arbeitsverhältnisses. Ihm gewährt deswegen § 113 S. 3 InsO einen **Schadensersatzanspruch** gegen den Insolvenzverwalter. Der Schadensersatzanspruch betrifft die Zeitspanne zwischen dem außerhalb der Insolvenz geltenden Beendigungstermin und dem vorzeitigen Beendigungstermin unter Anwendung von § 113 S. 2 InsO. Er ist auf die Höhe des Verdienstauffalls begrenzt, der durch die verkürzte Kündigungsfrist gem. § 113 S. 2 InsO entsteht und umfasst grundsätzlich alle Gehaltsbestandteile, die in diesem Zeitraum anfallen. Anderweitiger Verdienst des Arbeitnehmers ist hierbei anzurechnen. Der Verfrühungsschaden ist gem. § 113 S. 3 InsO nur als Forderung zur Insolvenztabelle (Insolvenzforderung, § 38 InsO) geltend zu machen.

### 9. Kündigung von Betriebsvereinbarungen, § 120 InsO

Auch im eröffneten Insolvenzverfahren gelten Tarifverträge wie auch **190** Betriebsvereinbarungen grundsätzlich unverändert fort.<sup>423</sup> Oftmals belasten Regelungen aus Betriebsvereinbarungen die Insolvenzmasse jedoch erheblich. § 120 InsO ermächtigt den Insolvenzverwalter als auch den Betriebsrat dazu, sich von den in Betriebsvereinbarungen vorgesehenen Leistungen gänzlich zu lösen oder diese zumindest herabzusetzen. In der Eigenverwaltung bedarf die Ausübung des Kündigungsrechts gem. § 120 InsO durch den Insolvenzschuldner der Zustimmung des Sachwalters, § 279 S. 3 InsO. Eine ohne Zustimmung ausgesprochene Kündigung ist nichtig.<sup>424</sup>

Die Kündigungsfrist beträgt nach § 120 Abs. 1 S. 2 InsO längstens drei **191** Monate. Durch das Kündigungsrecht soll zum einen die Insolvenzmasse entlastet werden. Ferner kann der Insolvenzverwalter durch § 120 InsO die Voraussetzungen für eine Übertragung des Betriebs verbessern. Eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund ist gem. § 120 Abs. 2 InsO allerdings nur dann möglich, wenn eine Abwägung der Interessen der Betroffenen in Person des Arbeitgebers, des Betriebsrats und des Arbeitnehmers ergibt, dass ein Festhalten an der Betriebsvereinbarung bis zum Ablauf der dreimonatigen Kündigungsfrist unzumutbar ist.<sup>425</sup>

§ 120 InsO umfasst sowohl **freiwillige Betriebsvereinbarungen** als auch **192** solche, die der **zwingenden Mitbestimmung** des Betriebsrats unterfallen. **Sozialpläne**, die gem. § 112 Abs. 1 S. 3 BetrVG als Betriebsvereinbarungen zu qualifizieren sind, unterfallen der Regelung jedenfalls dann, wenn diese außerhalb des Widerrufszeitraums des § 124 Abs. 1 InsO geschlos-

<sup>423</sup> Röger/Hützen 5 Rn. 60.

<sup>424</sup> Uhlenbruck/Zipperer InsO § 279 Rn. 4.

<sup>425</sup> LAG Baden-Württemberg 15.6.2005 – 12 TaBV 6/04, BeckRS 2005, 31049587; Röger/Hützen § 5 Rn. 62.

sen wurden (insolvenzferne Sozialpläne, → Rn. 225). Sozialpläne, die innerhalb von drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens abgeschlossen wurden, sind nach der spezielleren Regelung aus § 124 InsO widerrufbar (insolvenznahe Sozialpläne, → Rn. 224).

- 193 § 120 InsO findet keine Anwendung auf **Gesamtzusagen oder Ansprüche aus betrieblicher Übung**, da bei diesen der kollektivrechtliche Bezug fehlt.<sup>426</sup> Auf **Tarifverträge** findet § 120 InsO ebenfalls keine Anwendung.<sup>427</sup> Ferner muss die Betriebsvereinbarung einen belastenden Charakter aufweisen. Gemeint ist hiermit, dass die in der Betriebsvereinbarung festgelegten Leistungen der Insolvenzmasse finanzielle Mittel entziehen oder solche Mittel binden.<sup>428</sup> Klassischerweise fallen hierunter Sozialeinrichtungen des Insolvenzschuldners genauso wie Sporteinrichtungen, Kindergärten oder Kantinen.<sup>429</sup> Aber auch Regelungen in Betriebsvereinbarungen zu Sondervergütungen wie Gratifikationen oder Jubiläumsgelder, Sterbehilfen oder andere Boni können durch § 120 InsO gekündigt werden. Hingegen können lediglich **mittelbar belastende** Betriebsablauf- oder Organisationsregelungen in Betriebsvereinbarungen, wie beispielsweise Schichtregelungen nicht nach § 120 InsO gekündigt werden. Die Kündigungsmöglichkeit bezieht sich auch auf kollektivrechtliche Regelungen, die Beschäftigungssicherungen, Regelung über die Unkündbarkeit oder Standortgarantien zum Inhalt hat.<sup>430</sup>

- 194 Insolvenzverwalter und Betriebsrat sollen zunächst einvernehmlich über eine Herabsetzung der Leistungen beraten, es handelt sich dabei folglich um ein Beratungsgebot (Sollvorschrift). Die unmittelbare und zwingende Wirkung von Betriebsvereinbarungen, die durch den Insolvenzverwalter (oder Betriebsrat) gem. § 120 InsO gekündigt wurden, endet mit Ablauf der Kündigungsfrist. Es besteht jedoch eine **Nachwirkung** für solche Angelegenheiten, die der zwingenden Mitbestimmungen unterliegen. In diesen Fällen gelten die Betriebsvereinbarungen weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden, § 77 Abs. 6 BetrVG. Auch das Kündigungsrecht aus § 120 InsO beseitigt die Nachwirkung nicht. **Freiwillige Betriebsvereinbarungen** entfalten hingegen keine Nachwirkung. Mit Ablauf der Kündigungsfrist entfallen die vorgesehenen Leistungen ersatzlos, ohne dass der Arbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch erhält.

## 10. Betriebsbedingte Kündigungen in der Insolvenz

- 195 a) **Unternehmerische Entscheidung.** In Bezug auf die unternehmerische Entscheidung gibt es im Rahmen eines Insolvenzverfahrens nur bedingte Besonderheiten zu beachten. Im Rahmen eines Insolvenzverfahrens

---

<sup>426</sup> Röger/Hützen § 5 Rn. 70.

<sup>427</sup> MüKInsO/Huber § 103 Rn. 96; Andres/Leithaus/Andres InsO § 103 Rn. 7.

<sup>428</sup> Uhlenbruck/Zobel InsO § 120 Rn. 10.

<sup>429</sup> Weitere Beispiele unter: Uhlenbruck/Zobel InsO § 120 Rn. 7.

<sup>430</sup> Beck/Degré/Zobel § 28 Rn. 31 mwN.

in Eigenverwaltung, als auch bei einer „normalen“ Unternehmensinsolvenz (sog. Regelinsolvenz), hat die Geschäftsführung (im Rahmen der Eigenverwaltung) bzw. der Insolvenzverwalter (im Regelinsolvenzverfahren) stets eine sog. **positive Fortführungsprognose** anzustellen. Wenn das Unternehmen aufgrund unzureichender Liquidität in Schieflage geraten ist, wird man häufig an den Personalkosten, die oftmals den Großteil der finanziellen Belastungen darstellen, Veränderungen vornehmen müssen. Hierbei unterscheidet sich die Vorgehensweise nicht von den unter (→ Kap. 1 Rn. 12) dargestellten Möglichkeiten. Der Insolvenzverwalter wird sich meist zwischen einer (Teil)-stilllegung oder einer übertragenden Sanierung auf einen Dritten entscheiden müssen. Die Insolvenzsituation an sich ist nicht tauglich, eine unternehmerische Entscheidung auszufüllen und ist auch kein geeigneter Kündigungsgrund.

Die Entscheidung, den schuldnerischen Betrieb mangels bestehender Fortführungsmöglichkeit stillzulegen (**Stilllegungsentscheidung**), zählt zu den gestaltenden unternehmerischen Entscheidungen (→ Kap. 1 Rn. 22). Wie auch außerhalb der Insolvenz, muss die Entscheidung bei Ausspruch der Kündigung bereits greifbare Formen angenommen haben und muss auf eine endgültige Einstellung des Betriebs/Betriebsteils gerichtet sein. Eine **Vorratskündigung**, die der Insolvenzverwalter lediglich vorsorglich für den Fall ausspricht, dass seine Sanierungsoptionen scheitern, ist unzulässig. Hingegen wird die unternehmerische Entscheidung der Stilllegung nicht dadurch in Frage gestellt, wenn sich nach Ausspruch der Kündigungen doch noch eine Sanierungsmöglichkeit ergibt und der Insolvenzverwalter sich für diesen Fall eine Betriebsveräußerung vorbehält. Die soziale Rechtfertigung der Kündigung wird durch eine in dieser Konstellation eintretende Betriebsveräußerung nicht in Frage gestellt, jedoch kommt dem Arbeitnehmer ein **Wiedereinstellungsanspruch** zu, wenn sich die Fortführungschance noch innerhalb der (regelmäßig anzuwendenden) Kündigungsfrist von drei Monaten gem. § 113 S. 2 InsO ergibt.<sup>431</sup>

Neben der Stilllegung kommt insbesondere im Rahmen der Insolvenz die sog. **übertragende Sanierung** in Betracht. Bei der übertragenden Sanierung werden Teile des Unternehmens, manchmal auch das gesamte Unternehmen in reduzierter Form, an einen Dritten veräußert. Dieser dritte Investor oder Übernehmer hat hierbei ein Interesse daran, nur rentable Abteilungen zu übernehmen und die Betriebsstruktur vor der Übernahme zu optimieren. So wird der Unternehmens- bzw. Teilunternehmenskauf oftmals seitens des Erwerbers an die Bedingung geknüpft, dass der Insolvenzverwalter vor der Übertragung ein vom Erwerber verfasstes **Erwerberkonzept** umsetzt. Kern eines solchen Erwerberkonzeptes ist ein anzustellender Soll-Ist-Vergleich, basierend auf den aktuell beschäftigten Arbeitnehmern in FTE (full time equivalent bzw. Vollzeitäquivalent) und

<sup>431</sup> BAG 29.9.2005 – 8 AZR 647/04, NZA 2006, 720; BAG 19.6.1991 – 2 AZR 127/91, NZA 1991, 891.

den unter Berücksichtigung des neuen Geschäftskonzeptes in Zukunft benötigten Arbeitnehmern. Als Ergebnis des Konzeptes ergibt sich das Abbaupotenzial, welches wiederum in FTE's angegeben wird. Je nach Unternehmensstruktur kann sich das Abbaupotenzial auf den gesamten Betrieb oder nur auf einzelne Abteilungen beziehen.

- 198** Der Insolvenzverwalter, der idR nur die Wahl hat zwischen einer Stilllegung oder einer (Teil-)Sanierung, wird sich regelmäßig – schon aus Gründen des Gläubigerschutzes – das Konzept des Erwerbers zu eigen machen, um eine übertragende Sanierung zu ermöglichen, auch wenn hierdurch ggf. nur ein Teil der Arbeitsplätze gerettet werden kann. Die unternehmerische Entscheidung lautet in diesem Fall, das Erwerberkonzept umzusetzen und die erforderlichen betriebsbedingten Kündigungen auszusprechen. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der übergehende Teil der Arbeitnehmer im Wege eines Betriebs-(teil)übergangs auf den Erwerber übergeht, die nicht benötigten Arbeitnehmer – je nach Länge der Kündigungsfrist und gewähltem Übergangsstichtag – hingegen entweder gar nicht oder ausschließlich im gekündigten Zustand auf den Erwerber übergehen. Im Fall des Betriebsteilübergangs muss daneben die weitere unternehmerische Entscheidung des Insolvenzverwalters getroffen werden, den verbleibenden Betriebsteil mangels Fortführungsprognose stillzulegen.
- 199** Damit die auszusprechenden Kündigungen wirksam sind, muss das Erwerberkonzept verbindlich sein. Dies ist dann anzunehmen, wenn es zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung bereits greifbare Formen angenommen hat. Sofern ein solches Erwerberkonzept Eingang in einen Interessenausgleich findet, gilt dieser Punkt gemäß der Rechtsprechung des BAG als unproblematisch erfüllt.<sup>432</sup> Neben diesem Aspekt wird im Schrifttum teilweise gefordert, dass zwischen Insolvenzverwalter und Erwerber ein rechtsverbindlicher Sanierungsplan oder ein Vorvertrag zur Umsetzung des Erwerberkonzeptes abgeschlossen wird, der den Betriebsübergang sowie die übergehenden Arbeitnehmer inkl. Anzahl festlegt.<sup>433</sup>
- 200** Eine Kündigung, die unter Berücksichtigung eines Erwerberkonzeptes ausgesprochen wird, verstößt auch nicht gegen das Kündigungsverbot aus § 613a Abs. 4 BGB, da die Kündigungen nicht „wegen“ des Betriebsübergangs, sondern in Umsetzung des Sanierungskonzeptes erfolgen.<sup>434</sup>
- 201** **b) Dringliche betriebliche Erfordernisse.** Sowohl bei der Betriebsstilllegung als auch bei der übertragenden Sanierung liegt im Insolvenzfall regelmäßig ein dringendes betriebliches Erfordernis vor. Wird der Betrieb mangels Fortführungsprognose stillgelegt, ist ein dringendes betriebliches Erfordernis unzweifelhaft gegeben. Auch bei der übertragenden Sanierung ist von einem drängenden betrieblichen Erfordernis auszugehen, da der Erwerber die Vollziehung des Kauf- und Übertragungsvertrages häu-

---

<sup>432</sup> BAG 20.3.2003 – 8 AZR 97/02, NZA 2003, 1027.

<sup>433</sup> ErfK/Preis BGB § 613a Rn. 171.

<sup>434</sup> BAG 20.3.2003 – 8 AZR 97/02, NZA 2003, 1027.



fig von dem Eintritt der Bedingung abhängig macht, dass der Insolvenzverwalter das Erwerberkonzept umsetzt und die erforderlichen Kündigungen ausspricht.

**c) Wegfall des Beschäftigungsbedarfs, fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten.** Hinsichtlich des Wegfalls des Beschäftigungsbedarfs sowie zu fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten ergeben sich keine Unterschiede zu den Vorgaben außerhalb der Insolvenzsituation. Es wird daher auf die Ausführungen unter (→ Kap. 1 Rn. 12 ff.) verwiesen. Lediglich im Hinblick auf das Berücksichtigungserfordernis von Weiterbildungsmaßnahmen als milderes Mittel sind die verkürzten Kündigungsfristen von drei Monaten gem. § 113 InsO zu beachten. Die Wahrscheinlichkeit der Weiterbildungsmöglichkeit innerhalb dieser kurzen Frist dürften im Insolvenzverfahren daher eher gering sein. 202

**d) Sozialauswahl.** Ergeben die oben dargestellten Grundsätze einen Arbeitskräfteüberhang, hat der Insolvenzverwalter gem. § 1 Abs. 3 KSchG eine soziale Auswahl vorzunehmen. Unter mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern hat er diejenigen Arbeitnehmer zu kündigen, die aufgrund ihrer Sozialdaten am sozial stärksten und am wenigsten auf den Arbeitsplatz angewiesen sind.<sup>435</sup> Unterschiede im Hinblick auf den in die Sozialauswahl einzubeziehenden Personenkreis ergeben sich insbesondere für diejenigen Arbeitnehmer, die befristet beschäftigt sind oder einen **(tarif-)vertraglichen Kündigungsschutz** genießen. Im Insolvenzverfahren sind sowohl Arbeitsverhältnisse mit tarifvertraglichem oder einzelvertraglichem Kündigungsschutz aufgrund von § 113 InsO stets kündbar (→ Rn. 178). Arbeitnehmer mit tarifvertraglichem oder einzelvertraglichem Kündigungsschutz sind daher vom Insolvenzverwalter in die Sozialauswahl einzubeziehen. Auch der Kündigungsschutz aus § 15 Abs. 3 TzBfG bei **befristeten Arbeitsverhältnissen**, bei denen sich der Arbeitgeber nicht ausdrücklich die ordentliche Kündbarkeit vorbehalten hat, wird durch § 113 InsO durchbrochen (→ Rn. 179). Der Insolvenzverwalter hat daher auch Arbeitnehmer mit einem befristeten Arbeitsvertrag in die Sozialauswahl einzubeziehen.<sup>436</sup> 203

Sofern das Unternehmen des Insolvenzschuldners vor Insolvenzeröffnung einen gemeinsamen Betrieb mit einem weiteren Unternehmen gebildet hat, wird dieser **Gemeinschaftsbetrieb** mit Insolvenzeröffnung und einem entsprechenden Beschluss des Insolvenzverwalters, den Betrieb einzustellen, aufgelöst.<sup>437</sup> Eine Sozialauswahl ist daher nicht mehr über sämtliche Arbeitnehmer des Gemeinschaftsbetriebs durchzuführen, sondern endet an der Betriebsgrenze des Betriebs der Insolvenzschuldnerin. 204

Wenn der Erwerber bei einer übertragenden Sanierung und Umsetzung eines Erwerberkonzeptes eigene Arbeitnehmer beschäftigt, stellt sich die 205

---

<sup>435</sup> ErfK/Oetker KSchG § 1 Rn. 300.

<sup>436</sup> Vgl. Röger/Stütze § 5 Rn. 383.

<sup>437</sup> LAG Köln 28.6.2018 – 7 Sa 794/17, BeckRS 2018, 28964.

Frage, ob und inwieweit diese bei der durchzuführenden Sozialauswahl des Insolvenzverwalters zu berücksichtigten sind. Der Insolvenzverwalter kann aufgrund der fehlenden Arbeitgeberstellung nicht über die Arbeitsverhältnisse des Erwerbers verfügen. Jedenfalls dann, wenn sich die Rechtfertigung der Kündigungen erst aus Gegebenheiten im Erwerberbetrieb ergibt, wird vereinzelt vertreten, dass der Insolvenzverwalter die Sozialauswahl sodann auf die Arbeitnehmer des aufnehmenden Erwerberbetriebs zu erstrecken habe.<sup>438</sup> Dies widerspricht allerdings dem Grundsatz, dass es zur Beurteilung der Frage der Wirksamkeit einer Kündigung auf den Zeitpunkt des Zugangs derselben ankommt. Zu diesem Zeitpunkt liegt jedoch keine Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer des Insolvenzschuldners und des Erwerbers vor, da dieser die Arbeitnehmer des Insolvenzschuldners noch nicht beschäftigt. Im Ergebnis ist daher eine Einbeziehung der Arbeitnehmer des aufnehmenden Betriebs abzulehnen.<sup>439</sup>

## 11. Interessenausgleich

- 206 Wenn die arbeitsrechtlich erforderlichen Maßnahmen des Insolvenzverwalters eine **Betriebsänderung** nach § 111 BetrVG darstellen, hat der Insolvenzverwalter in Betrieben mit Betriebsrat unverzüglich Verhandlungen über einen **Interessenausgleich** aufzunehmen. Die Verhandlungen eines Interessenausgleichs sind im Insolvenzverfahren zügig durchzuführen, da sich ein langes Zuwarten sanierungshemmend auswirken kann. § 122 InsO sieht daher die Möglichkeit vor, das Verfahren durch Einschaltung des Arbeitsgerichts zu beschleunigen und die Zustimmung des Arbeitsgerichts zur Durchführung der Betriebsänderung zu erlangen. Diese Möglichkeit besteht für den Insolvenzverwalter immer dann, wenn zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat nicht innerhalb von drei Wochen nach Verhandlungsbeginn oder schriftlicher Aufforderung zur Aufnahme von Verhandlungen ein Interessenausgleich zustande gekommen ist. Der Insolvenzverwalter muss den Betriebsrat allerdings rechtzeitig und umfassend unterrichtet haben, § 122 Abs. 1 S. 1 InsO. Sofern das Arbeitsgericht die Zustimmung erteilt, ist der Insolvenzverwalter davon befreit, Nachteilsausgleichsansprüche gem. § 113 Abs. 3 BetrVG (→ IV. Rn. 189) an die betroffenen Arbeitnehmer zu zahlen. Auch muss er nicht mehr die Einigungsstelle anrufen.
- 207 Daneben kann der Insolvenzverwalter gem. § 126 Abs. 1 InsO beim Arbeitsgericht einen Feststellungsantrag stellen, dass die Kündigung der Arbeitsverhältnisse der namentlich benannten Arbeitnehmer durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt und sozial gerechtfertigt ist. Dieses Beschlussverfahren ist sowohl für Betriebe ohne Betriebsrat, als

<sup>438</sup> *Annuß/Stamer* NZA 2003, 1247; *ErfK/Preis* BGB § 613a Rn. 172; *Schmädicke* NZA 2014, 515; *Schumacher-Mohr* NZA 2004, 629; *APS/Steffan* BGB § 613a Rn. 194.

<sup>439</sup> v. *Hoyningen-Huene/Krause* KSchG § 1 Rn. 910; *Lipinski* NZA 2002, 75; *Röger/Stütze* § 5 Rn. 386.