

Falko Daub

Das Erwerberkonzept

Arbeitsrechtliche Aspekte von Erwerberkonzepten
bei der übertragenden Sanierung

Herausgegeben von
Frank Bayreuther

Band 12

I. Einleitung

Im Rahmen eines Insolvenzverfahrens erfolgen über 90 % der erfolgreichen Restrukturierungen auf Grundlage einer sog. übertragenden Sanierung.¹ Bei einer übertragenden Sanierung werden die werthaltigen Aktiva eines Unternehmens auf einen Erwerber übertragen, wobei die Verbindlichkeiten (Passiva) bei dem insolventen Unternehmensträger verbleiben. D.h., es erfolgt eine Trennung des werthaltigen Unternehmens von seinem überschuldeten Unternehmensträger.²

Um das insolvente Unternehmen für einen potentiellen Erwerber „attraktiv“ zu machen, bedarf es regelmäßig einer Senkung der laufenden Kosten. Da die Personalkosten bei den meisten Unternehmen einen wesentlichen Teil der laufenden Kosten ausmachen, ist meist auch ein Personalabbau unvermeidbar, um eine übertragende Sanierung überhaupt zu ermöglichen.³ Hierbei ist es sinnvoll, die Vorstellungen eines potentiellen Erwerbers von der zukünftigen Organisation des insolventen Unternehmens bereits in die Übernahmeverhandlungen einfließen zu lassen.⁴ Auf diese Weise kann der Insolvenzverwalter einen möglichst hohen Kaufpreis für das insolvente Unternehmen erzielen und für die Gläubiger des Insolvenzschuldners eine höhere Befriedigung erlangen. Von einer solchen konzentrierten Aktion profitieren daher sowohl die Insolvenzgläubiger als auch der Erwerber. In der Praxis wird der Erwerb eines insolventen Unternehmens daher nicht selten von der vorherigen Durchführung bestimmter Umstrukturierungsmaßnahmen durch den Insolvenzverwalter nach den Vorgaben des Erwerbers abhängig gemacht. In diesem Fall spricht man von einem sog. Erwerberkonzept.

Unter Hinweis auf die zahlreichen arbeitsrechtlichen Probleme wollten einige Autoren in der Literatur die Zulässigkeit arbeitsrechtlicher Umstrukturierungen auf Grundlage eines Erwerberkonzeptes bereits insgesamt ablehnen.⁵ Mit seiner Entscheidung vom 20. März 2003⁶ hat der für Betriebsübergänge zuständige 8. Senat des BAG eine vielbeachtete Grundsatzentscheidung zur Umsetzung eines Erwerberkonzeptes getroffen. Diese Entscheidung wurde in der Literatur

1 Vgl. Undritz, ZGR 2010, 201 (205).

2 Siehe zum Begriff der übertragenden Sanierung unten: IV.A.

3 Vgl. Wellensiek, NZI 2002, 233 (235).

4 Vgl. *Bertram* in Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 106, Rn. 75.

5 Vgl. z.B. Kreitner, Seite 110 ff.; Habscheid, RdA 1989, 88 (93 f.).

6 BAG v. 20.03.2003, 8 AZR 97/02, NZA 2003, 1027.

als „Meilenstein“ im Rahmen der Auslegung des § 613a BGB aufgenommen⁷, ließ jedoch auch viele Fragen in Bezug auf den Umgang mit Erwerberkonzepten weiterhin unbeantwortet.

Auch die bisherigen Darstellungen in der Literatur konnten der Diskussion zu den im Zusammenhang mit Erwerberkonzepten auftretenden zahlreichen arbeitsrechtlichen Fragestellungen kein Ende setzen. Hierfür lassen sich eine Vielzahl von Gründen finden. Zum Teil sind die Darstellungen von einem fehlerhaften Verständnis in Bezug auf die Funktion und den Regelungsgegenstand von § 613a BGB geleitet. Häufig wird nicht hinreichend zwischen den Regelungsbereichen des § 613a BGB, des KSchG, der InsO und des BetrVG differenziert, weswegen Argumente zum Teil an den systematisch falschen Stellen diskutiert werden und somit zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen. Hinzu kommt bei einigen Autoren auch ein systematisches Fehlverständnis in Bezug auf eine vom Insolvenzverwalter auf Grundlage eines Erwerberkonzeptes ausgesprochene Kündigung.

Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung sind die arbeitsrechtlichen Probleme bei der Umsetzung eines Erwerberkonzeptes durch den Insolvenzverwalter im Vorfeld einer übertragenden Sanierung. Im Mittelpunkt steht dabei die Kündigung von Arbeitsverhältnissen durch den Insolvenzverwalter auf Grundlage eines Erwerberkonzeptes. Zwar ist eine übertragende Sanierung sowohl im Regelinsolvenz- als auch im Insolvenzplanverfahren möglich.⁸ In der Praxis hat das Insolvenzplanverfahren allerdings nur eine untergeordnete Bedeutung, da dieses als zu umständlich und langwierig empfunden wird.⁹ Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich daher auf das Regelinsolvenzverfahren.

A. Problemstellung und Gang der Untersuchung

Im Zusammenhang mit der Umsetzung eines Erwerberkonzeptes durch den Insolvenzverwalter im Vorfeld einer übertragenden Sanierung ergeben sich eine Vielzahl arbeitsrechtlicher Probleme. Dieses Problemfeld ist keinesfalls neu sondern wird in der juristischen Literatur bereits seit Jahrzehnten diskutiert. Die nachfolgende Untersuchung ist in drei Themenkomplexe eingeteilt, die sich mit § 613a BGB (Ziffer II.), den Vorgaben des KSchG (Ziffer III.) sowie der InsO (Ziffer IV.) befassen.

7 Vgl. Annuß/Stamer, NZA 2003, 1247 (1249).

8 Vgl. Braun/Franke in Braun, InsO, Vor §§ 217 – 269, Rn. 1.

9 Vgl. Braun/Franke in Braun, InsO, Vor §§ 217 – 269, Rn. 19; Wellensiek, NZI 2002, 233 (238); Deneke, Seite 21.

Eine übertragende Sanierung stellt im Regelfall einen Betriebsübergang i.S.d. § 613a BGB dar, weswegen dessen arbeitnehmerschützende Regelungen zu beachten sind. Es erschien sinnvoll, die Untersuchung mit § 613a BGB zu beginnen. Würde nämlich diese Norm der Umsetzung eines Erwerberkonzeptes generell entgegenstehen, so würde sich eine anschließende Untersuchung der Vorgaben des KSchG sowie der InsO erübrigen. Unter welchen Umständen die Umsetzung eines Erwerberkonzeptes gegen § 613a BGB verstoßen kann, ist Gegenstand der nachfolgenden Untersuchungen unter Ziffer II. Zwar hat das bereits erwähnte Urteil des BAG vom 20. März 2003¹⁰ in diesem Zusammenhang bereits einige Fragen beantwortet. Um zu verstehen, unter welchen Umständen die Umsetzung eines Erwerberkonzeptes gegen § 613a BGB verstoßen kann, ist ein tiefgreifendes Verständnis des § 613a BGB gleichwohl unentbehrlich. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB, wonach die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils unwirksam ist, der Umsetzung eines Erwerberkonzeptes durch den Insolvenzverwalter entgegensteht. Dies gilt es auch im Hinblick auf § 613a Abs. 4 Satz 2 BGB zu untersuchen, der bestimmt, dass das Recht zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses trotz zeitlicher Nähe zu einem Betriebsübergang aus anderen Gründen unberührt bleibt. Dieses Kapitel widmet sich zunächst der Anwendbarkeit und Reichweite von § 613a BGB im Rahmen eines Insolvenzverfahrens und stellt sowohl die rechtsdogmatische Einordnung als auch die Voraussetzungen des Kündigungsverbotes gemäß § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB dar.

Personelle Änderungen unterliegen zudem den Beschränkungen des KSchG. Hierbei stellt sich die Frage, unter welchen Bedingungen eine „Kündigung auf Grundlage eines Erwerberkonzeptes“ im Anwendungsbereich des § 1 KSchG rechtmäßig ist. Dem Kündigungsschutz des KSchG widmet sich das dritte Kapitel dieser Arbeit. In diesem wird zunächst die Umsetzung eines Erwerberkonzeptes als betriebsbezogener Kündigungsgrund analysiert. Danach werden die Auswirkungen von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Hinblick auf eine auf Grundlage eines Erwerberkonzeptes ausgesprochenen Kündigung sowie das Entstehen eines Wiedereinstellungsanspruches untersucht. Im Anschluss werden die Vorgaben des KSchG zur Durchführung einer Sozialauswahl auf die spezielle Situation eines Erwerberkonzeptes übertragen.

Das vierte und letzte Kapitel dieser Arbeit stellt die insolvenzrechtlichen Besonderheiten bei der Umsetzung eines Erwerberkonzeptes im Vorfeld einer übertragenden Sanierung dar. Hierzu soll zunächst ein kurzer Überblick über das Verfahren einer übertragenden Sanierung gegeben werden. Anschließend werden die in der InsO geregelten Modifikationen behandelt, die bei Personalmaßnahmen im Rahmen eines Insolvenzverfahrens zu beachten sind. In diesem Zusammenhang

10 BAG v. 20.03.2003, 8 AZR 97/02, NZA 2003, 1027.

wird auch auf die kollektiven Beteiligungsrechte des Betriebsrates in Bezug auf einen Interessenausgleich und Sozialplan in der Insolvenz eingegangen, sofern dies im Zusammenhang mit Betriebsänderungen auf Grundlage eines Erwerberkonzeptes im Vorfeld einer übertragenden Sanierung von Interesse ist.

B. Abgrenzung der Kündigung auf Grundlage eines Erwerberkonzeptes von anderen Personalentscheidungen und Charakteristik eines Erwerberkonzeptes

In der arbeits- und insolvenzrechtlichen Literatur wird der Begriff „Erwerberkonzept“ weithin verwendet, ohne dass die konkreten Wesensmerkmale eines solchen definiert werden. Dies liegt sicherlich nicht zuletzt daran, dass verschiedene Ansätze dazu vertreten werden, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Kündigung eines Insolvenzverwalters auf Grundlage eines Erwerberkonzeptes rechtlich überhaupt zulässig sein soll. Je nachdem, welche Anforderungen ein Autor an die Zulässigkeit entsprechender Personalmaßnahmen stellt, verschiebt sich somit auch das konkrete Bild des Erwerberkonzeptes. Im Folgenden sollen zunächst einige Rechtsinstitute abgegrenzt werden, die zwar auf einer ähnlichen Interessenslage basieren können, in rechtlicher Hinsicht aber gerade kein Erwerberkonzept darstellen. Anschließend soll charakterisiert werden, was unter einem Erwerberkonzept im Rahmen dieser Arbeit zu verstehen ist.

1. Kündigung auf Grundlage eines eigenen Sanierungskonzeptes des Insolvenzverwalters

Einem Insolvenzverwalter ist es unbestritten möglich, nach Maßgabe eines eigenen Sanierungskonzeptes Restrukturierungsmaßnahmen in dem Betrieb der Insolvenzschuldnerin durchzuführen.¹¹ Bei der Umsetzung eines solchen Sanierungskonzeptes kann der Insolvenzverwalter selbstverständlich auch Kündigungen aussprechen.¹² Saniert ein Insolvenzverwalter einen Betrieb im Rahmen einer Fortführung des insolventen Unternehmens, so sind Kündigungen zur Re-

11 Vgl. z.B. Schrader/Straube, Insolvenzarbeitsrecht, VI., Rn. 56; *Preis* in Erfurter Kommentar, § 613a BGB Rn. 168.

12 Vgl. z.B. Hess, Insolvenzarbeitsrecht, § 113, Rn. 1; siehe zur Kündigungsberechtigung des Insolvenzverwalters sowie des vorläufigen Insolvenzverwalters auch unten: IV.C.1.

duzierung der Personalkosten sogar regelmäßig unvermeidbar. Charakteristisch für die Kündigung auf Grundlage eines Erwerberkonzeptes ist es, dass der Insolvenzverwalter die konzeptionelle Sanierungsentscheidung nicht selber trifft. Diese stammt vielmehr vom Erwerber, mithin von einem externen Dritten. Der Erwerber trifft bereits vor der Übernahme des Betriebes die konzeptionellen Entscheidungen über die zukünftige personelle Struktur des Übertragungsobjektes und somit auch bezüglich der Zukunft des Betriebes und der dort beschäftigten Arbeitnehmer.

2. Kündigungsforderung des Erwerbers

Eine Kündigung auf Grundlage eines Erwerberkonzeptes ist nicht gleichzustellen mit der reinen Forderung des Erwerbers, einen bestimmten Arbeitnehmer zu kündigen. Ein solcher Fall lag z.B. der Entscheidung des BAG vom 26. Mai 1984 zu Grunde; hier lehnte der Erwerber die Übernahme eines *bestimmten* Arbeitnehmers allein deshalb ab, weil ihm dieser „zu teuer sei“.¹³

Im Unterschied zur Kündigung auf Grundlage eines Erwerberkonzeptes lag der Kündigung in diesem Fall gerade kein Konzept zur personellen Restrukturierung des zu übernehmenden Betriebes vor.¹⁴ Vielmehr beschränkte sich die Forderung des Erwerbers darauf, einen bestimmten Arbeitnehmer nicht zu übernehmen. Bei einer Kündigung auf Grundlage eines Erwerberkonzeptes handelt es sich hingegen um eine betriebsbedingte Kündigung. Wie *Willemsen* bereits zutreffend ausführte, unterliegt die personelle Auswahlentscheidung somit nicht der freien Disposition des Erwerbers.¹⁵ In einem anschließenden Kündigungsschutzprozess wäre vielmehr darzulegen, dass die Grundsätze der Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG eingehalten wurden. Vor diesem Hintergrund besteht keine Vergleichbarkeit zu einer Kündigung auf Grundlage eines Erwerberkonzeptes.

13 Vgl. BAG v. 26.05.1983, 2 AZR 477/81, AP Nr. 34 zu § 613a BGB.

14 Vgl. *Dreher* in Bernsau, Betriebsübergang, § 613a BGB, Rn. 98; *Bernsau* in Bernsau, Betriebsübergang, InsO, Rn. 200.

15 Vgl. *Willemsen*, ZIP 1983, 411 (416).

3. Druckkündigung

Eine sog. „Druckkündigung“ liegt vor, wenn ein oder mehrere Dritte¹⁶ unter Androhung von Nachteilen die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses fordern. In Rechtsprechung und Literatur wird die Zulässigkeit einer Druckkündigung zwar unterschiedlich begründet, unter bestimmten Voraussetzungen aber ganz überwiegend nicht in Frage gestellt.¹⁷

Das charakteristische Element der Druckkündigung besteht darin, dass die Kündigung eines oder mehrerer Arbeitsverhältnisse unter der Androhung von erheblichen Nachteilen für den Arbeitgeber gefordert wird. Die Drohmittel können dabei vielgestaltig sein und reichen von Arbeitsverweigerung, Streik, Entzug von Aufträgen und Konzessionen, Einstellung von Lieferungen, Beendigung von Geschäftskontakten, massenhaften Eigenkündigungen von Arbeitnehmern, Verweigerung der Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer bis hin zu physischer Gewalt.

Auch bei einer übertragenden Sanierung kann von einer nicht unerheblichen Drucksituation ausgegangen werden. In der Praxis ist es nämlich nicht unüblich, dass die Übernahme eines insolventen Unternehmens von der vorherigen Durchführung eines Erwerberkonzeptes abhängig gemacht wird. Setzt der Insolvenzverwalter das Sanierungskonzept des Erwerbers nicht um, bliebe daher häufig nur die Stilllegung des gesamten Betriebes. Eine mit einer Druckkündigung vergleichbare Drucksituation kann hierin jedoch nicht gesehen werden. Denn der von einem Erwerber ausgehenden Einflussnahme im Vorfeld einer übertragenden Sanierung fehlt nämlich das von der Rechtsordnung nicht gebilligte nötige Element. In einer marktwirtschaftlich geprägten Geschäftswelt ist es ein normaler und gebilligter Vorgang, dass Unternehmen aufgrund von Konkurrenzdruck Betriebe oder Betriebsteile stilllegen müssen. Eine solche außerbetriebliche Drucksituation kann zu innerbetrieblichen Organisationsentscheidungen führen, die eine Kündigung rechtfertigen können. Solche Vorgänge sind für sich genommen als rechtsneutral zu qualifizieren und begründen daher keine Nötigungssituation, wie sie bei einer Druckkündigung gegeben ist.¹⁸

Darüber hinaus ist der Grund der Kündigung bei einer Druckkündigung im Vergleich zu einer Kündigung auf Grundlage eines Erwerberkonzeptes nicht identisch. Bei einer Druckkündigung spricht der Arbeitgeber auf Grund der Drohung eines Dritten und der daraus resultierenden Angst vor einer Notlage eine

16 Z.B. Betriebsrat, Gewerkschaft, Geschäftspartner oder andere Arbeitnehmer.

17 Vgl. m.w.N. *Dörner* in *Ascheid, Kündigungsrecht*, § 626 BGB, Rn. 336 ff.; *Berkowsky* in *Münchener Handbuch Arbeitsrecht*, § 143, Rn. 1 ff.

18 Vgl. *Kiel* in *Ascheid, Kündigungsrecht*, § 1 KSchG, Rn. 519.

Kündigung aus, die er ansonsten gar nicht hätte aussprechen wollen.¹⁹ Bei einem Erwerberkonzept will aber der Insolvenzverwalter in der Regel selber die Sanierung des Betriebes.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied liegt darin, dass der Erwerber nicht die Übernahme eines bestimmten Arbeitnehmers verweigern kann. Wie bereits zur reinen Kündigungsforderung durch den Erwerber ausgeführt, handelt es sich bei einer Kündigung auf Grundlage eines Erwerberkonzeptes um eine betriebsbedingte Kündigung. Im Anwendungsbereich des KSchG sind daher die Grenzen des § 1 KSchG und somit auch die Grundsätze der Sozialauswahl zu beachten. Wie *Willemsen* bereits zutreffend ausführte, unterliegt die personelle Auswahlentscheidung somit nicht der freien Disposition des Erwerbers.²⁰ Bei einer Druckkündigung geht es der druckausübenden Partei aber regelmäßig gerade darum, einen *bestimmten* Arbeitnehmer nicht zu übernehmen. Auch hierin ist ein wesentlicher Unterschied der beiden Rechtsinstitute zu sehen.

4. Charakteristik eines Erwerberkonzeptes

Ohne den notwendigen Inhalt eines Erwerberkonzeptes näher zu definieren, ist der juristischen Literatur ein gemeinsamer Grundgedanke zu einem Erwerberkonzept zu entnehmen. Bei einem Erwerberkonzept handelt es sich immer um ein unternehmerisches Konzept zur personellen Umstrukturierung eines Betriebes, wobei dieses ganz regelmäßig den Wegfall von Arbeitsplätzen vorsieht. Im Unterschied zum eigenen Sanierungskonzept eines Unternehmers oder des Insolvenzverwalters wurde das Konzept nicht von demjenigen erstellt, der zur Umstrukturierung berechtigt ist. Das Erwerberkonzept stellt ein Sanierungskonzept dar, welches von dem zukünftigen Erwerber des Betriebes erstellt wird. Der Erwerber plant also bereits die personelle Umstrukturierung des Betriebes, bevor dieser überhaupt auf ihn übergegangen ist. Da der Erwerber vor dem Betriebsübergang nicht befugt ist, entsprechende Maßnahmen selber umzusetzen, müssen diese vor der übertragenden Sanierung von dem Insolvenzverwalter vollzogen werden. Auch ein Ausspruch von Kündigungen hat vor dem Betriebsübergang daher von dem Insolvenzverwalter zu erfolgen. Es ist der Erwerber, von dem zumindest die Grundidee, wenn nicht sogar das vollständige Konzept zur konkreten Personalmaßnahme stammt.

19 Vgl. *Berkowsky* in Münchener Handbuch Arbeitsrecht, § 143, Rn. 3.

20 Vgl. *Willemsen*, ZIP 1983, 411 (416).