

A. Einleitung

I. Ausgangspunkt und Fragestellung

Wenn ein Unternehmen mit der Insolvenz konfrontiert ist, besteht ein dringendes Bedürfnis nach einer schnellen Kostenreduzierung. Um die Personalkosten zu verringern, werden häufig Arbeitsplätze abgebaut. Eine andere Möglichkeit, Kosten zu reduzieren bzw. im günstigsten Fall Gewinne zu realisieren, besteht in der Veräußerung eines Betriebs bzw. Betriebsteils. Investoren nehmen jedoch häufig von einer Übernahme und anschließenden Fortführung eines Betriebs oder Betriebsteils eines insolvent gewordenen Unternehmens Abstand. Sie befürchten, neben dem Anlagevermögen auch die bei dem Veräußerer angestellten Arbeitnehmer mit den bisherigen, als zu teuer empfundenen Arbeitsbedingungen übernehmen zu müssen. Denn nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB tritt der Erwerber bei einem Betriebsübergang in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Sofern die Übernahme eines Betriebs bzw. Betriebsteils nicht gelingt, droht regelmäßig der Verlust der Arbeitsplätze. Damit würde die Vorschrift des § 613a BGB, die an sich Arbeitsverhältnisse erhalten soll, pervertiert.¹

Will der Insolvenzverwalter den Personalbestand durch Ausspruch von Kündigungen reduzieren, sieht er sich regelmäßig mit folgenden Problemen konfrontiert: Die Kündigung wird erst nach Ablauf der Kündigungsfrist wirksam, wodurch ein schneller Personalabbau verhindert wird. Zudem besteht die Möglichkeit, dass Arbeitnehmer die Kündigung mit einer Kündigungsschutzklage angreifen. Um das Prozessrisiko auszuschalten, wird nicht selten ein Vergleich geschlossen, der eine Abfindungszahlung an den Arbeitnehmer vorsieht. Wird nur ein Teil der Arbeitsplätze reduziert, ist eine Sozialauswahl durchzuführen. Trotz der in § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO vorgesehenen Erleichterungen hat die Sozialauswahl regelmäßig eine Verschlechterung der Alters- und Leistungsstruktur zur Folge. Dies schwächt die ohnehin schon angeschlagene Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens zusätzlich.

Will der Insolvenzverwalter den mit einer Kündigung verbundenen Nachteilen entgehen und entschließt er sich, den Personalabbau über den Abschluss von Aufhebungsverträgen durchzuführen, ist er folgenden Nachteilen ausgesetzt: Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags ist für den Arbeitnehmer mit gravierenden sozialversicherungsrechtlichen Nachteilen verbunden. Denn es drohen das Ruhen des Arbeitslosengeldanspruchs gemäß § 143a SGB III und die Verhängung einer Sperrzeit nach § 144 SGB III. Für die sich daraus ergebenden finanziellen Nachteile erwartet ein Arbeitnehmer regelmäßig einen Ausgleich,

¹ Bernsau/Dreher/Hauck/Bernsau, InsO Rdnr. 182; Hanau/Berscheid, Rdnr. 4.

z. B. in Form einer erhöhten Abfindungszahlung. Schließt ein Arbeitnehmer nach Abschluss des Aufhebungsvertrags einen Arbeitsvertrag mit dem Erwerber des insolventen Unternehmens, wird der Aufhebungsvertrag von der Rechtsprechung wegen Umgehung des § 613a BGB nach § 134 BGB als nichtig angesehen.

Um die Übertragung eines Unternehmens, Betriebs oder Betriebsteils von dem insolventen Rechtsträger auf einen anderen Rechtsträger (sog. übertragende Sanierung) zu ermöglichen, bietet sich die Einschaltung einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (BQG)² an. Mit Hilfe einer BQG soll ein schneller Personalabbau beim insolventen Arbeitgeber erreicht werden. Dies geschieht durch einvernehmliche Überleitung der Arbeitnehmer in die BQG. Zu diesem Zweck schließen der Insolvenzverwalter, die Arbeitnehmer des insolventen Unternehmens und die BQG regelmäßig eine dreiseitige Vereinbarung, durch welche die Arbeitsverhältnisse zwischen dem Insolvenzverwalter und den Arbeitnehmern beendet und neue, befristete Arbeitsverhältnisse zwischen den Arbeitnehmern und der BQG begründet werden. In der BQG werden die Arbeitnehmer qualifiziert, fortgebildet und auf eine Anschlussbeschäftigung im ersten Arbeitsmarkt oder bei einer Auffanggesellschaft vorbereitet.³ Die betroffenen Arbeitnehmer werden vor dem Verkauf des Betriebs an den Erwerber zunächst in die BQG überführt und dort „geparkt“. Anschließend wird der Betrieb „arbeitnehmerfrei“ an eine Auffanggesellschaft, d. h. eine Gesellschaft, die den Geschäftsbetrieb des insolventen Unternehmens retten soll,⁴ übertragen. Aus den in die BQG transferierten Arbeitnehmern kann sich die Auffanggesellschaft ihre „Wunschmannschaft“ zusammenstellen. Bei der BQG handelt es sich um ein arbeitsmarktpolitisches Instrument zur Beschäftigung und Sicherung sowie zum Schutz der Arbeitnehmer eines zu sanierenden Unternehmens und des Arbeits-

² Die Terminologie ist uneinheitlich. Neben dem hier verwendeten Begriff „Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft“ (so auch *Annuß*, ZInsO 2001, 49, 58; *Annuß/Lembke*, Rdnr. 457; *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rdnr. 912; *Deinert*, RdA 2001, 368, 372; *Gaul/Otto*, ZIP 2006, 644; *dies.*, NZA 2004, 1301; *Krieger/Fischinger*, NJW 2007, 2289; *Lembke*, BB 2004, 773, 774; *Moll/Cohnen/Tepass*, § 51 Rdnr. 187; *Ries*, NZI 2002, 521 ff.; *Staudinger/Annuß*, § 613a Rdnr. 365) werden auch die Begriffe „Transfergesellschaft“ (so *Bernsau/Dreher/Hauck/Bernsau*, InsO Rdnr. 209; *Danko/Cramer*, BB-Special 4/2004, 9, 11 mit Fn. 22; *Fischer*, in: *DAI* (Hrsg.), Brennpunkte des Arbeitsrechts 2005, S. 371, 382; *Spellbrink/Eicher/Lauterbach*, § 18 Rdnr. 20; *Streit*, Der Personalleiter 2004, 104, 107 mit Fn. 13), „Beschäftigungsgesellschaft“ (so *LAG Hamburg*, Urteil vom 7.9.2005 – 5 Sa 41/05, NZA 2005, 658; *Biedenkopf*, S. 64; *H/S/W/G/N/R/Hess*, § 112 Rdnrn. 308 ff.; *Kaiser*, NZA 1992, 193; *Küttner/Kania*, Beschäftigungsgesellschaft Rdnr. 2; *Moll*, KTS 2002, 635, 650 f.; *Schrader/Straube*, Teil XII Rdnrn. 80, 82), „Qualifizierungsgesellschaft“, „Strukturangepassungsgesellschaft“, „Arbeitsförderungsgesellschaft“ oder „Personalentwicklungsgesellschaft“ verwendet.

³ *Ehlers*, S. 68; *Lembke*, BB 2004, 773; *Schmerbach*, InsbÜO 2008, 170, 176.

⁴ *Albrecht*, InsbÜO 2007, 175, 177.

markts. Geschäftsgegenstand ist die „Verwaltung“ der übernommenen Arbeitsverhältnisse, die Organisation von Fortbildungs- und Weiterbildungsmaßnahmen für die in die BQG transferierten Arbeitnehmer sowie der Versuch, sie an außen stehende Arbeitgeber weiterzuvermitteln.⁵

Für eine erfolgreiche Umstrukturierung unter Einschaltung einer BQG sind zahlreiche Faktoren zu beachten: In rechtlicher Hinsicht sind sozialversicherungsrechtliche, betriebsverfassungsrechtliche und individualarbeitsrechtliche Aspekte zu beachten. Neben den rechtlichen Aspekten kommt einer offenen Kommunikation während der gesamten Phase der Umsetzung des BQG-Modells eine entscheidende Bedeutung zu. Denn nur wenn sowohl Arbeitnehmer als auch Betriebsrat als auch u. U. die zuständigen Gewerkschaften von dem BQG-Modell überzeugt werden, kann es erfolgreich umgesetzt werden.

Ziel dieser Arbeit ist die Darstellung des BQG-Modells mit den individualarbeitsrechtlichen, betriebsverfassungsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Aspekten. Das BQG-Modell ist sowohl in Teilen der erst- und zweitinstanzlichen Rechtsprechung als auch in Teilen des Schrifttums erheblich kritisiert worden. Das BAG hat mit seinen Entscheidungen vom 18.8.2005⁶ und vom 23.11.2006⁷ die Zulässigkeit einer Umstrukturierung in der Insolvenz unter Einschaltung einer BQG bestätigt. In diesem Zusammenhang hat das BAG allerdings auch darauf hingewiesen, auf welche Aspekte für eine erfolgreiche Umsetzung des BQG-Modells zu achten ist. Maßgebliches Kriterium hierfür ist die wirksame Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwischen dem insolventen Unternehmen und dem Arbeitnehmer mittels Aufhebungsvertrag. Worauf die Beteiligten in diesem Zusammenhang im Einzelnen zu achten haben, wird umfassend dargestellt und stellt den Schwerpunkt der Arbeit dar.

II. Gang der Darstellung

Die Arbeit beginnt mit einer Darstellung der übertragenden Sanierung in der Insolvenz (Kapitel B.).

Anschließend wird das BQG-Modell erläutert (Kapitel C.). Im Einzelnen werden die Entwicklung, die fehlende gesetzliche Regelung der BQG, die rechtliche

⁵ *OLG Düsseldorf*, Urteil vom 26.10.2006 – 6 U 248/05, NZG 2007, 388, 389.

⁶ *BAG*, Urteil vom 18.8.2005 – 8 AZR 523/04, AP Nr. 31 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag.

⁷ *BAG*, Urteil vom 23.11.2006 – 8 AZR 349/06, AP Nr. 1 zu § 613a BGB Wiedereinstellung; *BAG*, Urteil vom 23.11.2006 – 8 AZR 350/06, juris; *BAG*, Urteil vom 23.11.2006 – 8 AZR 423/06, juris; *BAG*, Urteil vom 23.11.2006 – 8 AZR 606/05, juris.

Stellung, die Funktionen, die Finanzierung und die Arbeitgeberstellung der BQG sowie die Vorteile für die an der BQG Beteiligten dargestellt.

In Kapitel D. werden die sozialversicherungsrechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit der Einschaltung einer BQG erörtert. Die Voraussetzungen für die Gewährung von Transferkurzarbeitergeld gemäß § 216b SGB III und die Förderung der Teilnahme an Transfermaßnahmen gemäß § 216a SGB III werden dargestellt. Anschließend wird darauf eingegangen, warum die ordnungsgemäße Umsetzung des BQG-Modells keine Nachteile für den Anspruch auf Arbeitslosengeld der in die BQG wechselnden Arbeitnehmer hat.

In betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht (Kapitel E.) werden zunächst der Interessenausgleich und der Sozialplan behandelt. Nachfolgend wird die Streitfrage thematisiert, ob die Einschaltung einer BQG in der Einigungsstelle von dem Betriebsrat erzwungen werden kann. Kapitel E. schließt mit der Darstellung, ob dem Betriebsrat bei dem Wechsel der Arbeitnehmer in die BQG Mitbestimmungsrechte wegen Versetzung gemäß § 99 BetrVG, bei Einführung von Kurzarbeit Null gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, bei Sozialeinrichtungen gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG und bei Qualifizierungsmaßnahmen gemäß §§ 97, 98 BetrVG zustehen.

Hinsichtlich der individualarbeitsrechtlichen Aspekte des BQG-Modells (Kapitel F.) wird zunächst ausgeführt, welche Rechtsgrundlagen für die Umsetzung des BQG-Modells erforderlich sind. Dabei handelt es sich um einen Aufhebungsvertrag zwischen dem ursprünglichen Arbeitgeber/Insolvenzverwalter und dem Arbeitnehmer, einem Arbeitsvertrag zwischen der BQG und dem Arbeitnehmer und einem Dienstleistungs- und Kooperationsvertrag zwischen dem ursprünglichen Arbeitgeber/Insolvenzverwalter und der BQG. Anschließend wird ausgeführt, warum ein Wechsel der Arbeitnehmer in eine BQG nur einvernehmlich erfolgen kann. Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein Betriebsübergang bei einer Umstrukturierung unter Einschaltung einer BQG vorliegen kann, wird ausführlich dargestellt. Abschließend wird auf das Erfordernis einer Massenentlassungsanzeige eingegangen.

Das maßgebliche Kriterium für eine erfolgreiche Umsetzung des BQG-Modells ist die wirksame Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwischen dem insolventen Unternehmen und dem Arbeitnehmer mittels Aufhebungsvertrag. Worauf in diesem Zusammenhang im Einzelnen zu achten ist, wird in Kapitel G. dargestellt. Insbesondere ist darauf zu achten, dass der Aufhebungsvertrag nicht wegen Umgehung von § 613a Abs. 4 BGB unwirksam ist. Unter Analyse der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur werden Gestaltungsmöglichkeiten herausgearbeitet, die bei einer Umsetzung des BQG-Modells hilfreich sein können. In

diesem Zusammenhang wird auch darauf eingegangen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine Umgehung von § 1 Abs. 3 KSchG, ein Widerruf oder eine Anfechtung der Willenserklärung zum Abschluss des Aufhebungsvertrags, eine Störung der Geschäftsgrundlage, eine Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB oder ein Verstoß gegen die Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vorliegt. Weiter wird herausgearbeitet, welche Auswirkungen eine unterlassene Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang haben kann. Selbst wenn der Aufhebungsvertrag unwirksam sein sollte, kommt als „Rettungsanker“ u. U. eine Berufung auf die Verwirkung nach § 242 BGB in Betracht. Abschließend wird dargestellt, warum die nicht von der Auffanggesellschaft übernommenen Arbeitnehmer grundsätzlich keinen Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses haben.

In Kapitel H. werden die wichtigsten Thesen für eine erfolgreiche Einschaltung einer BQG als Gestaltungsmittel einer übertragenden Sanierung zusammengefasst.

Die Arbeit endet mit Musterformularen, die bei der Umsetzung des BQG-Modells Anwendung finden können (vgl. Kapitel J.).