

Prof. Dr. Friedhelm Rost

Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht a.D.

Abendsymposium des Zentrums für Insolvenz und Sanierung (ZIS) am 23.2.2010
in Mannheim

Kündigung in der Insolvenz

Thesen und Leitsätze

Einleitung

Grundsatz: Die Insolvenz hebt den Kündigungsschutz nicht auf.

I. Die betriebsbedingte Kündigung in der Insolvenz

1. Allgemeine Grundsätze

Die Insolvenz als solche ist kein Kündigungsgrund.

Maßgeblicher Ansatzpunkt für die Prüfung eines betriebsbedingten Kündigungsgrundes ist die Unternehmerentscheidung (z.B. Betriebsstilllegung, Teilstilllegung, Outsourcing). Die Unternehmerentscheidung wird nicht auf sachliche Rechtfertigung oder Zweckmäßigkeit überprüft, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich oder willkürlich ist. Überprüft wird aber, ob die Unternehmerentscheidung überhaupt getroffen worden ist, ob sie zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit geführt hat und ob keine andere Möglichkeit der Weiterbeschäftigung (ggfs. durch Änderungskündigung) besteht.

Fallen nicht alle Arbeitsplätze weg, sind auch in der Insolvenz die Grundsätze der Sozialauswahl zu beachten.

Massenentlassungen durch den Insolvenzverwalter sind im Rahmen der §§ 17 ff. KSchG anzeigepflichtig. Die Anzeige hat vor Ausspruch der Kündigung zu erfolgen. Anzeigepflichtig sind auch die vom Insolvenzverwalter gem. § 113 InsO beabsichtigten Kündigungen.

Die Entlassungssperre nach § 18 Abs. 1 KSchG hindert weder den Ausspruch einer Kündigung nach Anzeige der Massenentlassung bei der Agentur für Arbeit während des Laufs der Sperrfrist, noch verlängert die Sperrfrist die gesetzlichen Kündigungsfristen (BAG 6.11.2008 – 2 AZR 935/07).

2. Kündigung nach Interessenausgleich mit Namensliste, § 125 InsO, § 1 Abs. 5 KSchG

Bei Vorliegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste wird die Betriebsbedingtheit vermutet und die Sozialauswahl nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft.

Ein freiwilliger Interessenausgleich genügt nicht; es müssen die Voraussetzungen einer Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG vorliegen.

Ob eine „Teil-Namensliste“, die nur einen Teil der von einer einheitlichen Maßnahme betroffenen Arbeitnehmer erfasst, die Vermutungswirkung auslöst ist streitig (aber eher zu verneinen) (BAG 26.3.2009 – 2 AZR 296/07).

Die Vermutung der Betriebsbedingtheit erfasst im Rahmen von § 1 Abs. 5 KSchG grundsätzlich auch die Vermutung einer fehlenden Beschäftigung in einem anderen Betrieb des Unternehmens. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitnehmer in erheblicher Weise bestreitet, dass sich der Betriebsrat im Rahmen der Verhandlungen

mit Beschäftigungsmöglichkeiten in anderen Betrieben überhaupt befasst hat (BAG 6.9.2007 – 2 AZR 715/06). Entsprechendes gilt auch für die Vermutung des § 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

Die Vermutungswirkung erfasst auch die Betriebsbedingtheit einer Änderungskündigung. Für die Frage, ob die angebotenen Änderungen verhältnismäßig sind, gilt das aber nur dann, wenn sich aus dem Interessenausgleich Hinweise auf eine entsprechende Prüfung ergeben (BAG 19.6.2007 – 2 AZR 304/06).

Die soziale Auswahl wird nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft. Grob fehlerhaft ist die Auswahl dann, wenn ein evidenter Fehler vorliegt und der Interessenausgleich insbesondere bei der Gewichtung der Auswahlkriterien jede Ausgewogenheit vermissen lässt (BAG 3.4.2008 – 2 AZR 879/06).

Der Prüfungsmaßstab „grob“ bezieht sich nicht nur auf die Auswahlkriterien, sondern auf die gesamte Sozialauswahl. Der Begriff der Personalstruktur erfasst nicht nur die Altersstruktur (BAG 28.8.2003 – 2 AZR 368/02).

Die Bildung von Altersgruppen zum Erhalt einer ausgewogenen Personalstruktur stellt grundsätzlich keine unzulässige Diskriminierung wegen Alters dar (BAG 6.11.2008 – 2 AZR 523/07; BAG 12.3.2009 – 2 AZR 418/07). Noch nicht entschieden ist, ob diese Grundsätze auch für die Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur gem. § 125 InsO gelten.

Die Sozialauswahl hat sich grundsätzlich auf den gesamten Betrieb und nicht nur auf einzelne Abteilungen zu erstrecken. Eine Trennung nach Geschäftsbereichen oder eine Trennung zwischen an sich vergleichbaren Personengruppen kann aber je nach Sachlage wegen der Besonderheiten der Insolvenz als jedenfalls nicht grob fehlerhaft angesehen werden (BAG 28.8.2003 – 2 AZR 368/02; BAG 17.11.2005 – 6 AZR 107/05).

Auch bei Vorliegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste unterliegt die Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG grundsätzlich keinen erleichterten Anforderungen (BAG 23.10.2008 – 2 AZR 163/07).

II. Kündigung in der Insolvenz und Betriebsübergang

Auch bei einer Betriebsveräußerung durch den Insolvenzverwalter gilt § 613a Abs. 4 BGB. Bei Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste erstreckt sich gemäß § 128 Abs. 2 InsO die Vermutungswirkung des § 125 InsO auch darauf, dass die Kündigung nicht wegen des Betriebsübergangs erfolgt.

Steht im Zeitpunkt der Kündigung bereits fest, dass der Insolvenzverwalter keine endgültige Stilllegungsabsicht hat, weil ihm ein Übernahmeangebot vorliegt, das dann auch zu einem Übergang führt, ist die Vermutung widerlegt (BAG 29.9.2005 – 8 AZR 647/04).

Kommt es nach Ablauf der Kündigungsfrist zu einem Betriebsübergang, besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Wiedereinstellung bzw. Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses (BAG 13.5.2004 – 8 AZR 198/03; siehe zu Ausnahmen aber auch BAG 21.8.2008 – 8 AZR 201/07).

Kündigt der Insolvenzverwalter das Arbeitsverhältnis und schließt der den Betrieb nahtlos fortführende Erwerber mit dem Arbeitnehmer, der keine Kündigungsschutzklage erhoben hat, einen neuen Arbeitsvertrag ab, sind bei einer innerhalb der ersten sechs Monate erfolgenden Kündigung durch den Erwerber die beim Veräußerer verbrachten Beschäftigungszeiten auf die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG anzurechnen (BAG 27.6.2002 – 2 AZR 270/01).

Entsprechendes gilt für die Berechnung der Kündigungsfrist (BAG 18.9.2003 – 2 AZR 330/02).

III. Ordentliche Kündigung gemäß § 113 InsO

§ 113 InsO eröffnet (nur) die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Monatsende, soweit nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist. Die Vorschrift ersetzt aber nicht die Notwendigkeit eines materiellrechtlichen Kündigungsgrundes.

Die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung besteht auch dann, wenn diese durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelvertrag ausgeschlossen ist. Die Regelung greift nicht in unzulässiger Weise in die Tarifautonomie ein. Befristete Arbeitsverträge können gleichfalls ordentlich gekündigt werden, und zwar auch dann, wenn eine ordentliche Kündigung vertraglich nicht vorgesehen ist (BAG 16.6.2005 – 6 AZR 476/04).

Einer vom Insolvenzverwalter wegen beabsichtigter Stilllegung eines Geschäftsbereichs erklärten Kündigung steht ein vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einer Standortsicherungsvereinbarung vereinbarter Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen nicht entgegen (BAG 17.11.2005 – 6 AZR 107/05).

§ 323 Abs. 1 UmwG steht einer Kündigung durch den Insolvenzverwalter wegen Betriebsstilllegung in der Insolvenz eines abgespaltenen Unternehmens nicht entgegen (BAG 22.9.2005 – 6 AZR 526/04).

Soweit auf Grund gesetzlicher Bestimmungen die ordentliche Kündigung der Zustimmung einer Behörde bedarf, gilt das auch für die Kündigung in der Insolvenz. Ein gesetzlicher Sonderkündigungsschutz gegen ordentliche Kündigungen (z.B. gem. § 15 KSchG) bleibt auch in der Insolvenz erhalten (BAG 17.11.2005 – 6 AZR 118/05).

Die verkürzte Kündigungsfrist des § 113 InsO gilt nicht für eine vom vorläufigen – auch „starken“ – Insolvenzverwalter ausgesprochene Kündigung (BAG 20.1.2005 – 2 AZR 134/04).

Der Insolvenzverwalter kann auch dann gemäß § 113 InsO kündigen, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit ordentlicher Kündigungsfrist zu einem späteren Zeitpunkt gekündigt hat (BAG 22.5.2003 – 2 AZR 255/02).

Gemäß § 113 S. 3 InsO ist der durch die vorzeitige Kündigung entstandene Schaden zu ersetzen. Bei vereinbarter Unkündbarkeit ist dabei auf die ohne die vereinbarte Unkündbarkeit maßgebliche längste Kündigungsfrist abzustellen (BAG 16.5.2007 – 8 AZR 772/06).

Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages begründet keinen Schadenersatzanspruch nach § 113 S. 3 InsO (BAG 25.4.2007 – 6 AZR 622/06).

IV. Kündigungsberechtigter in der Insolvenz

Kündigungsberechtigter in der Insolvenz ist (nur) der Insolvenzverwalter.

Ist im Insolvenzeröffnungsverfahren ein „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter eingesetzt, ist dieser allein kündigungsberechtigter. Ansonsten bleibt der Schuldner kündigungsberechtigter. Ob dieser zur Kündigung der Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters bedarf, hängt vom Beschluss des Insolvenzgerichts über die Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters ab. Ein nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 InsO angeordneter Zustimmungsvorbehalt, wonach Verfügungen des Schuldners über Gegenstände des Vermögens nur noch mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters möglich sind, erfasst auch die Kündigung von Arbeitsverhältnissen (BAG 10.10.2002 – 2 AZR 532/01).

Kündigt ein „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter wegen geplanter Betriebsstilllegung, obwohl die Zustimmung des Insolvenzgerichts (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO) im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung nicht vorliegt, ist die Kündigung nicht deshalb unwirksam. Der vorläufige Insolvenzverwalter hat dann zwar seine Befugnisse überschritten; die Kündigungen verstoßen aber nicht offensichtlich ge-

gen den Insolvenzszweck oder den Zweck der vorläufigen Verwaltung. Ggfs. haftet der vorläufige Insolvenzverwalter gemäß § 60 InsO (BAG 27.10.2005 – 6 AZR 5/05).

V. Insolvenz und Kündigungsschutzverfahren

Die Kündigungsschutzklage ist gegen den Insolvenzverwalter als Partei zu richten (Amtstheorie).

Wird die Klage nach Insolvenzeröffnung gegen den Schuldner erhoben, wird der Insolvenzverwalter nicht Partei. Eine solche Klage wahrt nicht die Dreiwochenfrist des § 4 KSchG. Es ist jedoch stets zu prüfen, ob die Klageschrift nicht als gegen den Insolvenzverwalter als „richtigen“ Beklagten gerichtet ausgelegt werden kann. Das ist in der Regel dann anzunehmen, wenn aus der Klageschrift deutlich wird, dass die Kündigung vom Insolvenzverwalter ausgesprochen wurde, insbesondere, wenn das Kündigungsschreiben der Klageschrift beigelegt ist (BAG 27.3.2003 - 2 AZR 272/02; siehe aber auch BAG 21.9.2006 – 2 AZR 573/05). Wird die Kündigung noch vom Schuldner ausgesprochen, ist aber bei Klageerhebung die Insolvenz bereits eröffnet, ist die Klage gegen den Insolvenzverwalter zu richten. Bei Unkenntnis des Klägers kommt ein Antrag nach § 5 KSchG in Betracht (BAG 21.9.2006 – 2 AZR 573/05).

Nach § 4 KSchG sind grundsätzlich alle Unwirksamkeitsgründe innerhalb der Dreiwochenfrist geltend zu machen. Das gilt jedoch nicht einschränkungslos. Ausgenommen ist neben dem Unwirksamkeitsgrund der – auch vom Insolvenzverwalter einzuhaltenden – fehlenden Schriftform des § 623 BGB etwa auch die Unwirksamkeit wegen fehlender Kündigungsberechtigung (BAG 26.3.2009 – 2 AZR 403/07).

Die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist kann auch nach Ablauf der Dreiwochenfrist geltend gemacht werden (BAG 5.12.2005 – 2 AZR 148/05).

Hat der Arbeitgeber/Insolvenzverwalter gekündigt, ohne die gesetzlich erforderliche Zustimmung einer Behörde einzuholen (z.B. wegen Schwerbehinderung oder Mutterschutz), kommt es auf seine Kenntnis vom Zustimmungserfordernis an: Kennt er die Zustimmungsbedürftigkeit, läuft die Frist gemäß § 4 S. 4 KSchG nicht an. Kennt er die Zustimmungsbedürftigkeit nicht (insbesondere weil eine erforderliche Information durch den Arbeitnehmer nicht erfolgt ist), ist der daran anknüpfende Unwirksamkeitsgrund innerhalb der Dreiwochenfrist durch Klage geltend zu machen – bei entsprechender Nachholung der Information des Arbeitgebers (BAG 19.2.2009 – 2 AZR 286/07).

Der Arbeitnehmer kann gemäß § 86 Abs. 1 InsO einen gemäß § 240 ZPO unterbrochenen Kündigungsschutzprozess aufnehmen, falls hiervon Masseansprüche abhängen. Betrifft der Prozess ausschließlich einen vor Eröffnung der Insolvenz liegenden Zeitraum, kann die Aufnahme erst nach vergeblicher Anmeldung der Forderung zur Tabelle erfolgen (BAG 18.10.2006 – 2 AZR 563/05).

In Rechtstreitigkeiten, die der Insolvenzverwalter als Partei führt, kann ihm Prozesskostenhilfe bewilligt werden (BAG 5.8.2003 – 2 AZB 56/02).

Ausblick