OPEN ACCESS
OPUS AUGSBURG

Universität Augsburg
Universitätsbibliothek

Die Anpassung des Kündigungsrechts an die Insolvenzsituation de lege lata und de lege ferenda

Herbert Buchner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Herbert. 1984. "Die Anpassung des Kündigungsrechts an die Insolvenzsituation de lege lata und de lege ferenda." Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 13 (2): 180–214. https://doi.org/10.1515/zgre.1984.13.2.180.

Nutzungsbedingungen / Terms of use: **licgercopyright**

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:
Deutsches Urheberrecht
Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:
https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/

Die Anpassung des Kündigungsrechts an die Insolvenzsituation de lege lata und de lege ferenda

von

Professor Dr. Herbert Buchner, Augsburg

Inhaltsübersicht

I. Grundsätzliche Vorgaben für eine Anpassung des Kündigungsrechts an die Insolvenzsituation
II. Zur Frage der Freistellung des Insolvenzverwalters von den Anforderungen des § 1 KSchG bei ordentlicher Kündigung
1. Geltende Rechtslage
2. Unzuträglichkeit der bestehenden Rechtslage und Forderungen zur künftigen Gestaltung des Rechts der betriebsbedingten Kündigung
III. Zur Frage der Freistellung des Insolvenzverwalters von den Bestimmungen des Sonderkündigungsschutzes im weitesten Sinne
1. Kündigungsschutz nach dem Schwerbehindertengesetz und Mutterschutzgesetz
2. Verlängerte gesetzliche Kündigungsfristen
3. Tarifvertraglich vereinbarte verlängerte Kündigungsfristen
4. Tarifvertraglich bedingte Unkündbarkeit
5. Anzeigepflicht nach §§ 17 ff KSchG
IV. Zur Frage der Gestaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Anforderungen
1. Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Insolvenzfall
2. Das Anhörungsrecht des Betriebsrats nach § 102 BetrVG
Thesen

I. Grundsätzliche Vorgaben für eine Anpassung des Kündigungsrechts an die Insolvenzsituation

Löwisch hat sich unter Berufung auf das Engagement großer Kommissionen und Verbände in Sachen Insolvenzrechtsreform auf der konkursrechtlichen Arbeitstagung der IG Metall in Frankfurt als kleiner Einzelkämpfer gesehen, der es schwer habe mit dem, was er vorbringt. Ich fühle mich angesichts der geballten hier versammelten konkursrechtlichen Fachkompetenz und der umfangreichen zwischenzeitlich geführten Diskussion um eine Neugestaltung des Insolvenzrechts in einer noch unvergleichlich mißlicheren Situation. Kann doch bei der Vielfalt der vorliegenden Stellungnahmen kaum noch alles eingefangen und um so weniger noch ein neuer Gedanke erwartet werden. So kann ich

meine Aufgabe auch nur darin sehen, als – auf die bisherige Insolvenzrechtsdiskussion bezogen – Außenstehender zu den arbeitsrechtlichen Vorschlägen und Anregungen, hier beschränkt auf die Gestaltung des Kündigungsrechts, Stellung zu nehmen. Dabei hätte es wenig Sinn, die Grundsatzfragen der Insolvenzrechtsreform insgesamt nochmals aufzugreifen. Ich verstehe meinen Auftrag so, daß die Kündigungsproblematik auf der Grundlage der von der Insolvenzrechtskommission entwickelten Pläne zur Neugestaltung des Insolvenzrechtes diskutiert werden soll, zumal ja wohl bezüglich der Einführung eines Sanierungs- oder Reorganisationsverfahrens im Grundsatz Einigkeit besteht und es auf die Ausgestaltung im einzelnen – also etwa Trennung oder Verbindung von Reorganisations- und Liquidationsverfahren, Ausmaß der Beschränkung der dinglich gesicherten Gläubiger – für die arbeitsrechtlichen Fragen nicht entscheidend ankommt.

Damit ist eine Zweispurigkeit der Betrachtung schon vorgegeben. Neben dem Sanierungs- bzw. Reorganisationsverfahren muß auch künftig – für den Fall seines Scheiterns bzw. der fehlenden wirtschaftlichen Voraussetzungen einer Reorganisation – ein Konkurs- oder Liquidationsverfahren stehen, dessen Aufgabe sich mit der Aufgabe des Konkurses des geltenden Rechts deckt. Bezüglich des *letzteren* läßt sich auch nur die mit der Themenstellung vorgegebene Aufgabe erfüllen, die Anpassung des Kündigungsrechts an die Insolvenzsituation *de lege lata* anzusprechen. Auf der anderen Seite erscheint es unerläßlich, den Blick auch auf die wirtschaftlichen Bedürfnisse vor Eintritt der Insolvenz zu richten, nicht weil ich das gestellte Thema nicht respektieren oder es verfehlen wollte, sondern weil – und damit nehme ich ein Fazit meiner Überlegungen schon vorweg – ein die wirtschaftlichen und sozialen Belange zum Ausgleich bringendes Kündigungsrecht auch in der Insolvenzsituation zu genügen vermag, oder umgekehrt ausgedrückt: Wenn die Konkursspezialisten das heutige Kündigungsschutzrecht als für die Insolvenzsituation unzumutbar empfinden, kommt man nicht an der Frage vorbei, ob dies wirklich an der Insolvenzsituation und nicht vielleicht am Kündigungsschutzrecht liegt. Wenn das Kündigungsschutzrecht unpraktikabel geworden ist, können seine Schwächen auch im Rahmen einer Insolvenzrechtsreform nicht bloß für den Insolvenzfall behoben werden, sondern es ist insgesamt zu überdenken. Das heißt: Es ist zwischen den spezifisch insolvenzrechtlichen Bedürfnissen und den auch im Insolvenzfall sich zeigenden und im Interesse einer erfolgreichen Reorganisation bzw. zumutbaren Liquidation zu behebenden allgemeinen Mängeln des Kündigungrechts zu unterscheiden.

Folgende Fragen sind bislang aufgeworfen und als problematisch erkennbar geworden:

– Die Bindung des Insolvenzverwalters durch § 1 KSchG; dabei steht nicht die grundsätzliche Anwendbarkeit dieser Bestimmung auch im Insolvenzfall in Frage, sondern lediglich eine gewisse Entlastung des Insolvenzverwalters und

damit der Konkursmasse von den Schwierigkeiten der Darlegung der Betriebsbedingtheit und der richtigen sozialen Auswahl.

– Sodann geht es um die Verbindlichkeit von Regelungen des besonderen Kündigungsschutzes, angefangen vom Mutter- und Schwerbehindertenschutz über tarifvertragliche Kündigungsbeschränkungen bis hin zu §§ 17 ff KSchG.

– Schließlich können auch die betriebsverfassungsrechtlich bedingten Beschränkungen der Kündigungsfreiheit des Insolvenzverwalters nicht außer Betracht bleiben; auch das Kündigungsrecht kann heute nicht mehr nur als individualrechtliches Institut, sondern muß in seiner kollektivrechtlichen Überlagerung gesehen werden. § 1 KSchG enthält für Personalabbaumaßnahmen nur mehr die halbe Wahrheit und wird in seiner praktischen Bedeutung durch die §§ 111 ff BetrVG teilweise überrollt – das zeigt sich gerade in der bisherigen insolvenzrechtlichen Diskussion, in der die Sozialplanfrage einen zentralen Platz einnimmt.

An einer Klärung *einer* Grundsatzfrage der Insolvenzrechtsreform wird man allerdings auch bei einer auf die Gestaltung des Kündigungsrechts beschränkten Diskussion nicht vorbeikommen, nämlich an dem von *Karsten Schmidt* in seinem dem DJT erstatteten Gutachten bereits angesprochenen Legitimationsproblem[1]. *Karsten Schmidt* stellt aus wettbewerbspolitischer Sicht die generelle Frage nach der Legitimation der Sanierung und damit auch staatlicher Sanierungsverfahren, und er gibt hierauf eine differenzierende Antwort, die der Sanierung wie der Liquidation ihren Platz im Insolvenzrecht zuweist[2]. Für das vorliegende Thema ist die Legitimationsfrage spezieller zu stellen, ohne daß die Betrachtung der generellen wettbewerbspolitischen Bewertung dabei entbehrlich wäre. Die Frage muß lauten: Unter welchen Voraussetzungen ist es gerechtfertigt, insolvente Unternehmen – differenziert nach Sanierungs- und Liquidierungsziel – durch Erleichterungen beim Kündigungsschutzrecht, d. h. im Klartext durch Differenzierung des zwingenden staatlichen Arbeitsschutzrechts zu begünstigen? Meines Erachtens müssen hier enge Grenzen gesetzt sein. Die sog. Sanierungsfähigkeit allein kann nicht ausreichen, solche begünstigenden Regelungen zu legitimieren, wenn diese Sanierungsfähigkeit ihrerseits gerade von der Zubilligung solchen staatlichen Sonderrechts abhängt. Um es an einem etwas überzogenen Beispiel zu verdeutlichen: Wenn eine Sanierung unter der Voraussetzung möglich erschiene, daß das Unternehmen bei einem Personalabbau generell die Leistungsschwächsten entlassen und die Leistungsträger behalten dürfte, könnte dies sicher noch nicht die Dispensierung des Unternehmens von § 1 Abs. 3 KSchG legitimieren; dies wird insbesondere dort deutlich, wo es sich um einen wirtschaftlichen Grenzbetrieb handelt, dessen Sanierung auf Kosten

1 Siehe K. Schmidt, Gutachten zum 54. DJT, S. D 23.
2 Aus ökonomischer Sicht siehe auch Franke, KTS 1983, 37 ff.

eines anderen, an § 1 KSchG noch gebundenen Unternehmens ginge. Insoweit erscheint mir die Sanierungsfähigkeit also kein tauglicher legitimierender Gesichtspunkt, wenn sie bereits das Zurverfügungstellen begünstigender Regelungen impliziert. Andererseits möchte man sich der Forderung nicht verschließen, durch Abstriche vom Kündigungsschutzrecht zu einer möglichen Sanierung von insolventen Unternehmen beizutragen, wenn solche Abstriche aus der besonderen Situation heraus gerechtfertigt und wettbewerbspolitisch zwar nicht unbedenklich, aber doch noch tolerabel erscheinen. Wann kann man diese besondere Lage, die man vielleicht als Sanierungswürdigkeit eines Unternehmens bezeichnen könnte, annehmen? Sicher nicht bei marktstrukturell bedingten Insolvenzen, wenn Unternehmen aus einem überbesetzten Markt weichen müssen. Hier mögen kartellrechtliche Hilfestellungen zugebilligt oder auch Abbauhilfen gewährt werden, jegliche Sanierung wäre jedoch verfehlt, es sei denn, sie würde im Einzelfall mit einer Änderung des Produktionssektors verbunden sein, würde dem Unternehmen also den Weg in einen zukunftsträchtigen Markt öffnen. Andererseits stehen in der Diskussion um die Insolvenzrechtsreform Fälle inmitten, in denen eine Unternehmens- bzw. Konzernleitung dem Unternehmen durch mißbräuchliche Manipulationen finanzielle Mittel entzogen oder durch verfehlte Personalpolitik einen unwirtschaftlichen Personalüberhang entstehen ließ, und die die an sich vorhandenen Marktchancen nicht nutzen konnte, was jedoch bei geordneter Finanz- und Personalstruktur erreichbar erschiene. In solchen Fällen könnte der das Unternehmen bindende rechtliche Rahmen zeitweilig gelockert werden, um offensichtliche Fehler und Versäumnisse der Vergangenheit zu reparieren. Das wettbewerbspolitische Interesse kann in solchen Fällen gegenüber den Belangen des Arbeitsplatzschutzes und der im Interesse der Gläubiger und Geschäftspartner des Unternehmens liegenden Werterhaltung zurücktreten. Der Spielraum für ein konkursspezifisches Kündigungsrecht muß jedoch als gering erachtet werden. Es käme meines Erachtens darauf an, die zulässige Grenzlinie für die rechtliche Begünstigung insolventer Unternehmen noch deutlicher als das bisher geschehen ist herauszuarbeiten bzw., da dies kein Akt des Erkennens, sondern der rechtspolitischen Entscheidung ist, sich über diese Grenzlinie zu verständigen. Es besteht zwar Einigkeit auch mit der Arbeitnehmerseite darüber, daß einerseits der konkursbedingten Wert- und Arbeitsplatzvernichtung entgegengewirkt, andererseits nicht lebensfähige Betriebe nicht künstlich erhalten werden sollen[3]. Damit ist aber die Ausgrenzung der sanierungswürdigen Fälle aus den Insolvenzen insgesamt noch nicht gewonnen. Dabei muß zwischen den verschiedenen Sanierungsmöglichkeiten differenziert werden. Bei der sog. freien Sanierung bedarf es überhaupt keiner Feststellung und Rechtfertigung der Sanierungswürdigkeit, da es Sache der betroffenen Beteiligten ist, wieweit sie ihre wirtschaftlichen Interessen besser

3 Siehe DÜTTMANN, ZIP 1982, 787 f.

gewahrt sehen, wenn sie Abstriche von ihren Positionen im Rahmen eines Sanierungsverfahrens hinnehmen und dadurch das in Insolvenz geratene Unternehmen erhalten. Hier gibt es kein Legitimationsproblem, weil allein die von der Insolvenz betroffenen Beteiligten die Sanierung im eigenen Interesse freiwillig übernehmen und tragen. Wird von der Rechtsordnung nur ein Sanierungs*verfahren* zur Verfügung gestellt, kann die Sanierungswürdigkeit immer noch relativ weit abgegrenzt werden, denn die rechtlichen Rahmenbedingungen und Rechtspositionen werden noch nicht durch gesetzliche Regelung verändert. Der Spielraum verengt sich aber, je mehr *materiell*rechtliche Vorschriften, die als Rahmenbedingungen die unternehmerische Tätigkeit determinieren, differenziert werden sollen. Hier geht es nicht mehr nur darum, ob konkursspezifische Vorschriften einer Sanierung förderlich wären und ob es sich eventuell rechtfertigen ließe, Belange des Arbeitnehmerschutzes in einzelnen Richtungen im Interesse des Zieles der Wiedergewinnung der Ertragsfähigkeit und damit letztlich der Erhaltung der übrigen Arbeitsplätze zurücktreten zu lassen. Es geht darüber hinaus um die Zumutbarkeit einer solchen Rechtsdifferenzierung, also hier des Kündigungsrechtes, gegenüber dem noch solventen Unternehmen. Ich sehe jedenfalls einen für das Legitimationsproblem entscheidenden qualitativen Unterschied zwischen einem Insolvenzrecht, das eine freiwillige Sanierungsvereinbarung zuläßt, in der etwa auch Arbeitnehmer Rechtspositionen aufgeben – z. B. mit oder auch ohne Abfindung vorzeitig aus dem Unternehmen ausscheiden – und einer gesetzlichen Regelung des Kündigungsrechtes, die insolventen Unternehmen die Lösung von Arbeitsverhältnissen unter erleichterten Voraussetzungen zuläßt. Eine solche Kündigungssonderregelung muß damit noch nicht ausgeschlossen sein, aber sie bedarf doch gesonderter Rechtfertigung. Dabei liegt es auf der Hand, daß für die Sanierung oder Reorganisation einerseits, die Liquidation andererseits ganz unterschiedliche Bewertungsgesichtspunkte eingreifen. Bei der Liquidation geht es um die Sicherung und Beschneidung der Ansprüche der Vertragspartner des Gemeinschuldners; das Problem der Zumutbarkeit der insolvenzrechtlichen Regelung beschränkt sich auf das Verhältnis dieser Beteiligten; die Sanierung hingegen wirkt über diese Beziehungen hinaus.

Unter dieser Vorgabe ist nun der Frage der Gestaltung des Kündigungsrechts für den Insolvenzfall im einzelnen nachzugehen.

II. Zur Frage der Freistellung des Insolvenzverwalters von den Anforderungen des § 1 KSchG bei ordentlicher Kündigung

Zunächst zur Frage der Anwendbarkeit des § 1 KSchG im Insolvenzfall, d. h. also der Bindung des Insolvenzverwalters an die Anforderungen der sozialen Rechtfertigung der Kündigung.

1. Geltende Rechtslage

Zum geltenden Recht hat das BAG erst in jüngster Zeit – Urteil v. 16. 9. 1982[4] – umfassend Stellung genommen und die wohl schon vorher bestehende herrschende Meinung bestätigt, daß das KSchG auch bei Kündigung von Arbeitsverhältnissen durch den Konkursverwalter uneingeschränkt Anwendung findet. § 22 KO stelle keine Sonderregelung des Kündigungsrechts im Konkurs dar. Allerdings mochte sie früher als solche gedacht sein, doch wurde das System der traditionellen kündigungsrechtlichen Regelung mit Erlaß des KSchG zweifellos durchbrochen. Sinn und Zweck der Konkursvorschriften stehen nach Meinung des BAG der Anwendung des KSchG nicht entgegen; die Verwertung des Vermögens des Gemeinschuldners und seine Verteilung unter die Gläubiger nach bestimmten Kriterien spreche nicht dagegen, den Bestandsschutz des KSchG zu beachten.

Das BAG nimmt dann unmittelbar Rückgriff auf seine gefestigte Rechtsprechung zur betriebsbedingten Kündigung mit der nur schwer nachvollziehbaren Differenzierung nach außerbetrieblichen und innerbetrieblichen Gründen als Kündigungsanlaß, die als unbestreitbares Fazit aber jedenfalls aufweist, daß der Arbeitgeber das Recht hat, auf ungünstige wirtschaftliche Entwicklungen, seien sie durch die Marktlage oder durch betriebliche Verhältnisse bedingt, mit unternehmerischen Entscheidungen (z. B. Produktionseinschränkung, Produktionsverlagerung) zu reagieren und diese im Betrieb durch entsprechende organisatorische Maßnahmen (z. B. Stillegung von Maschinen oder Betriebsteilen; Einsatz von arbeitskräftesparenden Maschinen) zu realisieren. Die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit dieser betriebsorganisatorischen Maßnahmen ist von den Arbeitsgerichten grundsätzlich nicht zu überprüfen; sie nehmen lediglich eine Mißbrauchskontrolle gegenüber offenbar unsachlichen und willkürlichen unternehmerischen Entscheidungen in Anspruch, die jedoch bislang äußerst zurückhaltend ausgeübt wurde. Uneingeschränkt überprüft wird, ob die betrieblich organisatorischen Maßnahmen Kündigungen *bedingen*. Der Arbeitgeber hat darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, daß die betriebliche Änderung zum Wegfall des Arbeitsplatzes des gekündigten Arbeitnehmers führt und die Kündigung nicht durch andere innerbetriebliche Maßnahmen, insbesondere Versetzung, vermeidbar ist; diesbezüglich obliegt es allerdings dem Arbeitnehmer darzulegen, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt, und erst danach hat der Arbeitgeber zu erläutern, aus welchen Gründen eine Umsetzung nicht möglich gewesen ist[5]. Davon geht das BAG gerade auch für Betriebsstillegungen im Rahmen eines Konkursverfahrens aus; nichts anderes kann für

4 BAG DB 1983, 504; siehe ferner die neueste Entscheidung des BAG vom 26. 5. 1983, DB 1983, 2690.

5 BAG DB 1983, 504.

Betriebseinschränkungen gelten. Der Konkursverwalter entscheidet – lediglich der arbeitsgerichtlichen Mißbrauchskontrolle unterstellt – über die Betriebseinschränkung; er muß dann allerdings darlegen, daß durch diese Betriebseinschränkung die ausgesprochenen Kündigungen bedingt werden und nicht durch anderweitige Maßnahmen vermeidbar waren. Diese Grundsätze gelten in gleicher Weise, wenn sich der Konkursverwalter zur Rationalisierung des Betriebsablaufs im Wege der Zusammenfassung von Aufgaben entschließt und dadurch Arbeitskräfte entbehrlich werden.

Keine Abstriche billigt das BAG dem Konkursverwalter bezüglich des Erfordernisses der sozialen Auswahl zu. Das LAG Hamm hatte als Vorinstanz[6] für den Fall der etappenweisen Stillegung eines größeren Betriebs und entsprechend gestaffelter Entlassungen noch die Meinung vertreten, daß der Konkursverwalter nicht gehalten wäre, die noch benötigten Arbeitnehmer nach sozialen Gesichtspunkten auszuwählen; der Konkursverwalter könne sich der Arbeitskräfte bedienen, von deren Einsatz er sich am meisten Effektivität verspreche. Das BAG band den Konkursverwalter jedoch in der im gleichen Streitfall ergangenen Revisionsentscheidung an die uneingeschränkte Beachtung der Erfordernisse der sozialen Auswahl, und zwar sowohl dem Grundsatz nach (insb. für den Fall der Fortführung des Betriebs), wie dann auch für den Sonderfall einer etappenweise durchzuführenden Betriebsstillegung. Aus § 1 Abs. 3 KSchG sei nicht ersichtlich, daß bei einer in mehreren Abschnitten erfolgenden Betriebsstillegung dem Arbeitgeber wie auch dem Konkursverwalter die freie Auswahlbefugnis hinsichtlich der zu kündigenden Arbeitnehmer zustehe. Solange noch Arbeit da sei, müßte sich nach Sinn und Zweck des KSchG die Auswahl der weiterzubeschäftigenden Arbeitnehmer nach sozialen Gesichtspunkten richten.

Diese Entscheidung muß nun auf dem Hintergrund der BAG-Rechtsprechung zu § 1 Abs. 3 KSchG gesehen werden. Diese ist durch folgende Positionen bestimmt:

a) Sie verweigert in ihrer neuesten Fassung[7] – im Gegensatz zu einer Reihe früherer, allerdings nicht veröffentlichter Entscheidungen[8] – die Berücksichtigung betrieblicher Bedürfnisse bei der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG, läßt also als Grundlage für die Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer lediglich den Vergleich ihrer sozialen Situation zu, nicht die Abwägung der sozialen Aspekte mit den Belangen des Betriebs. Dies hat unter anderem zur Folge, daß leistungsbezogene Gesichtspunkte nicht in die Beurteilung einbezogen werden dürfen, so daß ein Arbeitnehmer bei der Auswahl schon immer dann zurückstehen muß, wenn er sozial weniger schutzbedürfig als ein vergleichbarer

6 LAG Hamm vom 9. 4. 1980, ZIP 1980, 470.
7 BAG vom 24. 3. 1983, DB 1983, 1822.
8 BAG vom 27. 1. 1977 – 2 AZR 658/75; BAG vom 11. 3. 1977 – 2 AZR 74/76; BAG vom 20. 4. 1978 – 2 AZR 592/76; siehe dazu Buchner, DB 1983, 388.

Arbeitskollege ist, ohne daß er eine größere Leistungsfähigkeit oder Leistungswilligkeit überhaupt in die Waagschale werfen könnte. Auch Gesichtspunkten wie etwa der Altersstruktur der Belegschaft wird kein Stellenwert zugebilligt. Erst unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG sollen betriebliche Belange berücksichtigungsfähig sein, nämlich wenn betriebswirtschaftliche oder sonstige berechtigte Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer bestimmter Arbeitnehmer bedingen und damit der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehen – dann entfällt andererseits wiederum jegliche Abwägung betrieblicher und sozialer Belange. Die Berücksichtigung von Leistungsunterschieden der Arbeitnehmer soll auf der Grundlage dieser Formel zulässig sein, allerdings nur wenn sie so erheblich sind, daß auf den leistungsstärkeren Arbeitnehmer im Interesse eines geordneten Betriebsablaufs nicht verzichtet werden kann; reine Nützlichkeitserwägungen könnten gegenüber sozialen Gesichtspunkten nicht ins Feld geführt werden.

b) Im Rahmen der Berücksichtigung der sozialen Gesichtspunkte nach § 1 Abs. 3 KSchG sollen „alle sozial beachtenswerten Umstände in die soziale Auswahl und damit in deren Überprüfung" einbezogen werden; dazu rechnet das BAG Lebensalter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten, Gesundheitszustand, Vermittelbarkeit auf dem Arbeitsmarkt, Schutzrechte aus Schwerbehinderung oder Schwangerschaft, Einkünfte anderer Familienangehöriger. Bewertungsmaßstäbe für die Gewichtung dieser Aspekte stellt das BAG nicht zur Verfügung. In der Entscheidung vom 24. 3. 1983 lehnt es die Anerkennung der von verschiedenen Arbeitsgerichten entwickelten Punktetabellen auch als Grundlage einer bloßen Vorauswahl ab, weil es geeignete, objektivierbare und allgemein gültige Maßstäbe nicht gäbe. Gerichtliche Punkteschemata seien deshalb zur Überprüfung der sozialen Auswahl ungeeignet, weil sie das Gewicht der Auswahlkriterien festschreiben würden, obwohl noch nicht einmal unter den Richtern der Arbeitsgerichtsbarkeit eines Bundeslandes über deren Gewichtung Einigkeit bestünde, vor allem aber das Gewicht der verschiedenen Sozialdaten nicht unveränderlich feststehe, sondern von der Entwicklung abhänge, was anhand der gewandelten Bedeutung des Lebensalters für die soziale Auswahl demonstriert wird (im Urteil vom 11. 3. 1977 noch dominierender Bewertungsgesichtspunkt, im Urteil vom 24. 3. 1983 an Bedeutung verloren).

2. *Unzuträglichkeit der bestehenden Rechtslage und Forderungen zur künftigen Gestaltung des Rechts der betriebsbedingten Kündigung*

Die Bewertung dieser Rechtslage muß zu einem differenzierten Urteil führen.

a) Von der Voraussetzung, daß Kündigungen durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt sein müssen, bedarf es auch im Insolvenzfall keiner

Abstriche. Sie beläßt die Entscheidungsfreiheit über die zu treffenden betrieblichen Maßnahmen bei dem an die Stelle des Unternehmers tretenden Insolvenzverwalter. Dieser muß ebensowenig wie der außerhalb der Insolvenz handelnde Arbeitgeber Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der wirtschaftlichen Entscheidungen rechtfertigen; er partizipiert insoweit an der unternehmerischen Entscheidungen grundsätzlich gewährten Freistellung von gerichtlicher Überprüfung. *Hanau*[9] scheint dies einschränken zu wollen, wenigstens wirkt sich seine im Juristentagsgutachten unterbreitete Überlegung, den Arbeitsgerichten in Zweifelsfällen die Heranziehung betriebswirtschaftlicher Sachverständiger im Kündigungsschutzprozeß zu empfehlen, um die Erforderlichkeit und Geeignetheit von Massenkündigungen zur Rentabilitätssicherung zu beurteilen, in diese Richtung aus. Von den Arbeitsgerichten war bislang gerade eine solche Kontrolle nicht beansprucht worden. Eventuell mag vielleicht gleichwohl für den Insolvenzfall eine solche Einschaltung betriebswirtschaftlicher Sachverständiger erwägenswert erscheinen – dies müßte aber aus spezifisch insolvenzrechtlichen Gründen bedingt sein, gerechtfertigt etwa dadurch, daß der Insolvenzverwalter nicht selbst unternehmerisch, sondern lediglich kraft übertragenen Amtes verwaltend tätig wird (und auch nicht auf eigenes Risiko), vielleicht auch nicht immer die Möglichkeit hat, die wirtschaftlichen Notwendigkeiten innerhalb der kurzen zur Verfügung stehenden Fristen zu übersehen. Wenn allerdings schon die Zuziehung betriebswirtschaftlicher Gutachten gefordert wird, erschiene es besser, dies nicht erst den Arbeitsgerichten im Kündigungsschutzprozeß aufzuerlegen und vorher ausgesprochene Kündigungen daran zu messen; es müßte dann schon dem Insolvenzverwalter die betriebswirtschaftliche Begutachtung vor Ausspruch der Kündigung auferlegt werden. Voraussetzung wäre aber, daß dies aus spezifisch insolvenzrechtlichen Gründen geboten erscheint; allgemeines Modell für betriebsbedingte Kündigungen kann es sicher nicht sein.

Auch der Anforderung des Nachweises, daß eine Kündigung durch bestimmte betrieblich-organisatorische Maßnahmen bedingt und nicht durch anderweitigen Einsatz in Betrieb oder Unternehmen vermeidbar ist, kann und muß im Insolvenzfall genügt werden. Es besteht kein Anlaß, hier anders als außerhalb der Insolvenz zu entscheiden. Insoweit bedarf es auch keiner Änderung des Kündigungsrechtes.

b) Demgegenüber erscheint die derzeitige Rechtslage zum Erfordernis der sozialen Auswahl nicht akzeptabel, und zwar sowohl in ihrem richterrechtlich konzipierten materiellen Gehalt wie auch bezüglich des bereits gesetzlich angelegten verfahrensrechtlichen Ablaufs. Dies gilt generell, verschärft sich aber noch durch die besonderen Schwierigkeiten im Insolvenzfall.

9 HANAU, Gutachten zum 54. DJT, S. E 32 f.

aa) Die Weigerung, betriebliche Belange bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer mit in Ansatz zu bringen, ist schon vom geltenden Recht her nicht begründet und auch rechtspolitisch verfehlt. Das BAG hatte auch in mehreren, allerdings unveröffentlichten Entscheidungen aus den Jahren 1977 bis 1979[10] sich ganz klar für deren Einbeziehung ausgesprochen. Die betrieblichen Bedürfnisse und die sozialen Belange der gekündigten Arbeitnehmer müßten – hieß es damals – gegeneinander abgewogen werden[11]. Für dieses Ergebnis sprechen auch sämtliche Auslegungskriterien und Sachgesichtspunkte. Schon vom Wortlaut her bietet sich diese Lösung an. § 1 Abs. 3 KSchG setzt nur voraus, daß soziale Gesichtspunkte „ausreichend berücksichtigt" werden. Das heißt noch lange nicht, daß der Arbeitgeber die Auswahlentscheidung ausschließlich nach der sozialen Bedürftigkeit des in Frage kommenden Arbeitnehmers zu fällen hätte; ausreichend berücksichtigen heißt nicht, daß allein nach diesem Gesichtspunkt zu entscheiden wäre. Dabei ist auch der systematische Zusammenhang des § 1 Abs. 3 KSchG mit § 1 Abs. 2 KSchG zu sehen: Zunächst ist die betriebsbedingte Kündigung durch das Erfordernis der betrieblichen Notwendigkeiten beschränkt. Dem Arbeitgeber bliebe dann noch die Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer, die er naturgemäß nach betrieblichen Interessen treffen würde; diesbezüglich wird er durch § 1 Abs. 3 KSchG noch weitergehend dahin gebunden, soziale Belange ausreichend – aber eben nicht ausschließlich – zu berücksichtigen, womit sich die Notwendigkeit einer Abwägung ergibt. Dem kann auch nicht mit Satz 2 des § 1 Abs. 3 KSchG begegnet werden, der vom Erfordernis der sozialen Auswahl überhaupt dispensiert, soweit betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung bestimmter Arbeitnehmer bedingen; diese Arbeitnehmer können dann in die soziale Auswahl überhaupt nicht einbezogen werden. Die Frage kann auch nicht ohne Blick auf die Entstehungsgeschichte des KSchG entschieden werden. Nach der Vorläuferregelung des Betriebsrätegesetzes war die Abwägung zwischen Betriebs- und Arbeitnehmerbelangen entscheidender Beurteilungsmaßstab, und die Zielsetzung des KSchG wurde in seiner amtlichen Begründung 1951 noch wie folgt umrissen:

„Der Schutz des Arbeitnehmers wird mit der Regelung des Entwurfs verbessert, ohne daß damit wirklich notwendige Kündigungen verhindert oder auch nur erschwert würden. Das Gesetz wendet sich nicht gegen Entlassungen, die aus triftigen Gründen erforderlich sind, sondern lediglich gegen solche Kündigungen, die hinreichender Begründung entbehren und deshalb als willkürliche Durchschneidung des Bandes der Betriebszugehörigkeit erscheinen".

10 Siehe oben Fn. 8.
11 So die Entscheidung vom 27. 1. 1977 und vom 11. 3. 1977, siehe oben Fn. 8.

Rechtspolitisch erscheint es mehr als fragwürdig, die Leistungsfähigkeit und vor allem die Leistungswilligkeit in Betracht kommender Arbeitnehmer bei der Auswahlentscheidung völlig unberücksichtigt zu lassen.

Dies gilt schon für Einzelkündigungen. Die Problematik verschärft sich aber im Falle eines in größerem Umfang erforderlich werdenden Personalabbaus. Die speziellen Kündigungsschutzbestimmungen und tariflichen Unkündbarkeitsregelungen entziehen bereits generell einen Teil der Belegschaft der Einbeziehung in die Auswahlentscheidung. Wenn für den übrigen Teil – bis zur Grenze des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG – ausschließlich nach sozialen Kriterien entschieden werden muß, besteht zumindest die Gefahr, daß eine der weiteren betrieblichen Entwicklung abträgliche Personalstruktur entsteht. So sehr die Forderung einleuchtet, daß ein Personalabbau vom Arbeitgeber nicht dazu benutzt werden darf, sich generell des leistungsschwächeren Teils der Belegschaft, der häufig auch der sozial schwächere ist, zu entledigen, so klar sollte andererseits auch sein, daß das Unternehmen aus einem Personalabbau, der in der Regel sowieso durch wirtschaftliche Schwierigkeiten bedingt ist, nicht mit einer unterdurchschnittlichen Leistungsfähigkeit der Belegschaft herauskommen darf. Die betrieblichen Interessen sind jedenfalls insoweit zu berücksichtigen, als der Betrieb nach dem Personalabbau bezüglich Altersstruktur und Leistungsfähigkeit der Mitarbeiter dem bisherigen Bild entsprechen sollte.

Im Grundsatz gilt dies innerhalb wie außerhalb der Insolvenz gleichermaßen. Bei Einbeziehung betrieblicher Interessen in die Abwägungen zur sozialen Auswahl besteht dann immer noch genügend Flexibilität, um im Insolvenzfall noch dessen besondere Umstände im Rahmen der betrieblichen Bedürfnisse zur Berücksichtigung zu bringen. Dabei könnte man sich vorstellen, diese im Rahmen einer Reorganisation weitergehend zu begünstigen, während sie andererseits in der Liquidation zurückzutreten hätten.

bb) Das Hauptproblem im Rahmen des § 1 KSchG liegt aber derzeit in der bestehenden Unsicherheit über die richtige soziale Auswahl. Das BAG konstatiert in seiner Entscheidung vom 24. 3. 1983 „für die Praxis eine große Rechtsunsicherheit". Ungeachtet dessen beanspruchen die Arbeitsgerichte die volle Überprüfung der sozialen Auswahl. Da Maßstäbe nach eigenem Eingeständnis fehlen, setzen sie ihre jeweilige Bewertung an die Stelle der des Arbeitgebers, für den als Ergebnis bleibt, daß eine Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen – so die Voraussetzung des § 1 Abs. 2 KSchG –, nach langer Prozeßdauer für unwirksam erklärt und das Arbeitsverhältnis allenfalls gegen erhebliche Abfindungszahlung aufgelöst wird.

Dabei kann es nicht bleiben. Im Rahmen der insolvenzrechtlichen Diskussion wird dies allgemein anerkannt. Für die Situation außerhalb der Insolvenz gilt aber nichts grundsätzlich anderes. Allerdings ist anzuerkennen, daß der Insolvenzverwalter sich insoweit noch gesteigerten Schwierigkeiten gegenübersieht,

als er in der Regel noch schwereren Zugang zu den Sozialdaten der betroffenen Arbeitnehmer und für seine Entscheidung zeitlich weniger Spielraum hat. Das Grundsatzproblem bleibt jedoch innerhalb wie außerhalb des Konkurses, daß ein praktikabler Weg geboten werden muß, den Anforderungen der sozialen Auswahl zu genügen. Es geht nicht an, eine als wirtschaftlich notwendig anerkannte Kündigung nach langer Prozeßdauer deshalb für unwirksam zu erklären, weil das Arbeitsgericht statt des konkret gekündigten Arbeitnehmers einen anderen als sozial stärker und deshalb kündigungswürdiger ansieht. Dies könnte allenfalls akzeptiert werden, wenn für die Beurteilung der sozialen Schutzwürdigkeit praktikable Bewertungsverfahren zur Verfügung stünden.

Bei der künftigen Gestaltung des Kündigungsrechts geht es deshalb vorwiegend um die Gewinnung der Handhabbarkeit der Vorschrift des § 1 Abs. 3 KSchG. Folgende Modelle kommen dabei in Betracht:

(1) Man könnte dem Arbeitgeber einen größeren Beurteilungsspielraum bei der Abwägung der sozialen (und meines Erachtens auch der betrieblichen) Belange zubilligen, die arbeitsgerichtliche Prüfung also etwa auf die Linie zurücknehmen, die vom BAG für die revisionsgerichtliche Überprüfung in Anspruch genommen wird; letztere beschränkt sich darauf, ob der Rechtsbegriff der „ausreichenden Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte" verkannt ist und ob alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Einzelumstände berücksichtigt worden sind[12]. Die Gerichte müßten aber davon absehen, ihren konkreten Interessenausgleich im Einzelfall anstelle dessen des Arbeitgebers zu setzen, was ihnen jedoch nach Meinung des BAG zustehen soll[13]. Eine zurückverlagerte arbeitsgerichtliche Überprüfung könnte etwa bedeuten, daß der Arbeitgeber die sozialen Belange ausreichend berücksichtigt hat, wenn er die in der Regel als relevant anerkannten sozialen Gesichtspunkte (neben den betrieblichen) in seine Abwägung einbezogen hat, auch wenn er sie innerhalb eines zur Verfügung gestellten Beurteilungsspielraumes anders gewichtet als das zur Prüfung berufene Arbeitsgericht. Dies erschiene mir im Hinblick darauf durchaus angemessen, daß zwar versucht werden soll, dem sozial schwächeren Arbeitnehmer den Vorzug zu geben, daraus aber kein Hemmnis für betrieblich erforderliche Kündigungen werden darf, solange die soziale Auswahl innerhalb eines Beurteilungsspielraums unterschiedliche Ergebnisse vertretbar erscheinen läßt. Es kann nicht außer Betracht bleiben, daß der entscheidende Schutz der Arbeitnehmer über das Erfordernis der Betriebsbedingtheit der Kündigung erfolgen muß und daß die soziale Auswahl lediglich die Lastenverteilung zwischen den Arbeitnehmern regelt.

12 BAG vom 12. 10. 1979, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 – Betriebsbedingte Kündigung.
13 So seit jeher die Rechtsprechung des BAG, siehe AP Nr. 15 zu § 1 KSchG – Betriebsbedingte Kündigung.

(2) Soweit man dem Arbeitgeber diesen Freiraum nicht zubilligen möchte, sollte ihm die Rechtsordnung eigentlich schulden, handhabbare Beurteilungskriterien zur Verfügung zu stellen. Insoweit überzeugt die Selbstsicherheit nicht, mit der das BAG Bemühungen einzelner Landesarbeitsgerichte, mittels eines Punkteschemas Kalkulierbarkeit in die soziale Auswahl zu bringen, schlechthin unter Hinweis auf die fehlende diesbezügliche Rechtsgrundlage verwirft, obwohl durch solche Schemen nur eine Vorauswahl getroffen und eine individuelle Sonderbewertung im Einzelfall gar nicht ausgeschlossen werden sollte.

(3) Stellen Gesetzgeber und Gerichte schon keine brauchbare Grundlage zur Verfügung, sollten sie zumindest ein Verfahren zulassen, in dem der Arbeitgeber zu Bewertungskriterien kommen kann. Das BAG verweist diesbezüglich in seiner jüngsten Entscheidung[14] auf die Möglichkeit der Aufstellung von Auswahlrichtlinien durch Arbeitgeber und Betriebsrat nach § 95 BetrVG; bei fehlender Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat kann die Entscheidung der Einigungsstelle angefordert werden. Hierzu darf aber nicht übersehen werden, daß das BAG in der Entscheidung vom 11. 3. 1976[15] den Betriebsparteien enge, nicht ganz abgeklärte Grenzen für die Festlegung von Auswahlrichtlinien vorgegeben hat. Im damaligen Fall wurden Kündigungsauswahlrichtlinien verworfen, die allein auf die Betriebszugehörigkeit abgestellt und Lebensalter sowie Familienangehörige unberücksichtigt gelassen hatten. Das BAG rügt, daß damit die Frage der sozialen Auswahl abweichend von § 1 Abs. 3 KSchG zum Nachteil gekündigter Arbeitnehmer geregelt worden und diesen der gesetzliche Kündigungsschutz genommen worden wäre; von der Gestaltung der Auswahlrichtlinien könne aber nicht abhängen, ob eine Kündigung sozial gerechtfertigt ist oder nicht. Auch § 1 Abs. 3 KSchG, der in ständiger Rechtsprechung ausgestaltet worden wäre, enthalte zwingendes Recht. Demnach ist also offen, was durch eine Vereinbarung von Auswahlrichtlinien überhaupt bewirkt werden kann. Hier müßte Spielraum geschaffen bzw. anerkannt werden.

(4) Gerade im Hinblick auf die durch § 95 BetrVG den Betriebsparteien zugebilligte Kompetenz zur Konkretisierung des Kündigungsschutzes erscheint auch die in der Insolvenzreformdiskussion ins Spiel gebrachte Überlegung verfolgbar, die soziale Auswahl im konkreten Fall eines insolvenzbedingten Personalabbaus mittels Einvernehmens zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat, das im Rahmen der Interessenausgleichs- und Sozialplanvereinbarung zu gewinnen wäre, entweder überhaupt verbindlich vorzunehmen oder doch durch entsprechende Regelung der Beweislastverteilung zu präjudizieren. Entsprechenden Vorstellungen wird vornehmlich die individualrechtliche Konzeption unseres Kündigungsschutzrechtes entgegengehalten, mit der nicht ver-

14 BAG vom 24. 3. 1983, DB 1983, 1822.
15 BAG AP Nr. 1 zu § 95 BetrVG 1972.

einbar sei, den Kündigungsschutz des einzelnen Arbeitnehmers von der Stellungnahme des Betriebsrats abhängig zu machen. Diese Grundsatzposition war vom BAG im Zusammenhang mit der Auslegung des § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG in der Entscheidung vom 13. 9. 1973[16] vehement verfochten worden und im Grundsatz soll sie auch nicht in Frage gestellt werden. Eine gewisse Relativierung erscheint aber für die hier inmitten stehende Teilfrage der sozialen Auswahl gleichwohl angemessen. Zum einen ist zu bedenken, daß einzige Alternative zu einer Mitwirkung des Betriebsrats die Zubilligung eines größeren Beurteilungsspielraums an den Arbeitgeber wäre, was die individuelle Position des Arbeitnehmers auch nicht stärken würde. Zum anderen geht es bei dem Teilaspekt der sozialen Auswahl – anders als bei der personen- oder verhaltensbedingten Kündigung – nicht um die Beurteilung individueller Verhältnisse des Arbeitnehmers, vielmehr gewinnt er seinen Kündigungsschutz überhaupt erst aus der kollektiven Sphäre, in der er steht, nämlich aus der Abwägung mit den sozialen Verhältnissen der anderen – das heißt, seine Position weist bereits einen gewissen kollektiven Charakter auf. Dabei kann nicht unberücksichtigt bleiben, daß gerade die betriebsverfassungsrechtliche Rechtsprechung des BAG in den letzten Jahren etwa zu § 87 BetrVG von einer starken kollektivierenden Tendenz geprägt ist. Speziell beim Personalabbau wird die Sicherung der Arbeitnehmer schon vom Gesetz her über §§ 111 ff BetrVG dem Betriebsrat anvertraut, der auch für den Nachteilsausgleich über Sozialplanleistungen zu sorgen hat. Es erscheint dann aber nicht mehr zu rechtfertigen, ungeachtet der auf breitester Front zu verzeichnenden kollektiven Interessenwahrung jeweils individualrechtliche Konzepte hervorzukehren, wenn das System der kollektiven Interessenwahrung im Einzelfall zu Positionsbeeinträchtigungen führt. Nach der Rechtsprechung zum alten § 66 BetrVG 1952 galt eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung kraft richterrechtlicher Fiktion als sozialwidrig im Sinne von § 1 KSchG. In Umkehrung dessen sollte in Betracht gezogen werden, für die in Abstimmung mit dem Betriebsrat ausgeprochene Kündigung von einer Fiktion oder eventuell auch nur Vermutung der ausreichenden Berücksichtigung sozialer Belange auszugehen. Eventuell könnte man diese Lösung auf den Fall des die Größenordnung des § 17 KSchG erreichenden Personalabbaus beschränken, das heißt, einzelne betriebsbedingte Kündigungen davon ausnehmen. Rechtfertigen ließe sich diese Differenzierung zum einen damit, daß der Arbeitgeber bei Personalabbaumaßnahmen größeren Zuschnitts besonders massierten Risiken ausgesetzt ist, zum anderen damit, daß die betroffenen Arbeitnehmer im Falle von Betriebsänderungen anders als bei Einzelkündigungen durch den vom Betriebsrat auszuhandelnden Sozialplan entschädigt werden. In jedem Falle wäre diesbezüglich allerdings eine gesetzgeberische Entscheidung wünschenswert,

16 BAG AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969.

doch scheint auch eine entsprechende richterrechtliche Entwicklung nicht ausgeschlossen.

Es bleiben noch genug offene Probleme, insbesondere welche Lösung angestrebt werden soll, wenn Betriebsrat und Arbeitgeber nicht zu einem Einvernehmen kommen. Dabei wäre jedenfalls bei der Größenordnung einer Betriebsänderung, bei der sowieso die Sozialplanentscheidung herbeizuführen ist – vielleicht aber auch sonst –, eine Entscheidung durch die Einigungsstelle zu empfehlen. Dabei muß eines klar gesehen werden: Die Entscheidung der Einigungsstelle wie auch die einvernehmliche Regelung mit dem Betriebsrat beziehen sich immer nur auf die soziale Auswahl, nicht auf die vorausgelagerte Frage der Betriebsbedingtheit der Kündigung. Diese ist nach oben skizzierten Grundsätzen vorgegeben durch die unternehmerische Entscheidung über die betrieblich-organisatorischen Maßnahmen, die auch nach § 112 BetrVG keiner unmittelbaren Mitbestimmung unterliegt, und die gerichtlich überprüfbare Unvermeidlichkeit der Kündigung in Konsequenz dieser Maßnahmen. Auf dieser Basis wäre dann die kollektivbezogene Auswahl der konkret zu kündigenden Arbeitnehmer in einem kollektivrechtlichen Verfahren vorzunehmen, eine gewisse Parallele zu dem zu § 87 BetrVG entwickelten Schema, daß der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei die wirtschaftliche Entscheidung (dort über die zur Verfügung zu stellenden Mittel) trifft, dem Betriebsrat das Mitbestimmungsrecht bezüglich der Verteilungsgrundsätze zusteht.

In betriebsratslosen Betrieben bleibt wohl nur die zuerst genannte Variante, dem Arbeitgeber einen größeren Beurteilungsspielraum zu gewähren und arbeitsgerichtlich nur dessen Einhaltung überprüfen zu lassen – entsprechend dem allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Schema, daß dem Arbeitgeber in betriebsratslosen Betrieben eine weitergehende Entscheidungszuständigkeit zufällt als bei Bestehen eines Betriebsrat.

Meines Erachtens könnte diese Lösung nicht auf den Insolvenzfall beschränkt werden, wenn auch nicht in Frage gestellt werden soll, daß sich der Insolvenzverwalter wegen der in der Regel kurzfristig notwendig werdenden Entscheidungen in einer besonders schwierigen Situation befindet – die Problematik erfordert aber insgesamt eine Lösung.

III. Zur Frage der Freistellung des Insolvenzverwalters von den Bestimmungen des Sonderkündigungsschutzes im weitesten Sinne

Belastet wird der Personalabbau im Insolvenzfall auch durch verschiedene Regelungen besonderen Kündigungsschutzes, die im folgenden kurz anzusprechen sind.

1. Kündigungsschutz nach dem Schwerbehindertengesetz und Mutterschutzgesetz

a) Keine Probleme ergeben sich im allgemeinen aus § 9 MuSchG. Das mutterschutzrechtliche Kündigungsverbot gilt selbstverständlich auch im Insolvenzfall. Es bedeutet eine gewisse, aber immer nur zeitweilige und deshalb hinzunehmende Belastung. Allerdings können sich erhebliche Verzögerungen für die Möglichkeit der Beendigung der Arbeitsverhältnisse ergeben; auf der anderen Seite ist der Arbeitgeber während des Kündigungszeitraumes von Lohnzahlungspflichten jedenfalls partiell freigestellt. Im Einzelfall kann durch eine Ausnahmebewilligung nach § 9 Abs. 3 MuSchG in besonders bedrängten Situationen abgeholfen werden. Anerkannt ist dies allerdings nur für den Fall konkursbedingter Betriebsstillegungen. Für bloße Betriebseinschränkungen bzw. Personalabbaumaßnahmen im Rahmen von Sanierungsverfahren kann man damit im allgemeinen nicht rechnen. Diesbezüglich dürfte aber gleichwohl eine Änderung der Rechtslage nicht erforderlich sein.

b) Hingegen ist nach dem Schwerbehindertengesetz eine gewisse Berücksichtigung betrieblicher wie gleichermaßen insolvenzrechtlicher Belange schon vorgezeichnet. Die Kündigung Schwerbehinderter bedarf generell, also auch im Insolvenzfall[17] der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle. Diese *hat* sie jedoch bei Kündigungen im Zusammenhang mit Stillegungen zu erteilen; sie *soll* sie zu Kündigungen im Zusammenhang mit wesentlichen Betriebseinschränkungen erteilen, sofern im restlichen Betrieb noch den Anforderungen des § 4 SchwbG genügt wird, das heißt, auf wenigstens sechs von Hundert der Arbeitsplätze Schwerbehinderte beschäftigt werden. Es liegt nahe, und es entspricht nur den dort angestellten Überlegungen, in Anlehnung an die Rechtsprechung zu § 111 BetrVG eine wesentliche Betriebseinschränkung dann anzunehmen, wenn die Zahlenstaffel des § 17 KSchG erreicht wird. § 16 Abs. 1 Satz 2 SchwbG stellt damit sicher, daß bei Personalreduzierung größeren Umfangs eine ausgewogene Personalstruktur erhalten werden kann und weist meines Erachtens sogar modellhaften Charakter auf. Eine weitergehende Freistellung von sozialer Bindung kann auch für den insolvenzbedingten Personalabbau nicht befürwortet werden.

2. Verlängerte gesetzliche Kündigungsfristen

Nach § 22 KO ist eine Kündigung von Arbeitsverhältnissen im Konkursfall mit der gesetzlichen Kündigungsfrist möglich, auch wenn eine längere vertragliche Kündigungsfrist vereinbart sein sollte.

17 Siehe HENCKEL, in: Jäger, Komm. z. KO, § 22 Anm. 17.

Die Vorschrift muß in Verbindung mit § 59 Abs. 1 Ziff. 2 KO gesehen werden, also der Anerkennung der nach Konkurseröffnung entstehenden Lohnansprüche als Masseverbindlichkeit. Sie soll einer beliebigen zeitlichen Ausdehnung der die Masse belastenden arbeitsvertraglichen Verbindlichkeiten vorbeugen. Deshalb stellte sich diese Vorschrift zum Zeitpunkt ihres Erlasses als wesentlich effektiver dar als heute, weil die gesetzlichen Kündigungsfristen durch verschiedene gesetzliche Regelungen für länger dauernde Arbeitsverhältnisse zwischenzeitlich erheblich ausgedehnt wurden – siehe das Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten sowie § 622 Abs. 2 BGB. *Henckel*[18] hat den Gesetzgeber aufgefordert zu überlegen, ob diese Ausweitung des Sozialschutzes gegenüber den Gläubigern eines zusammengebrochenen Unternehmens gerechtfertigt werden kann. Meines Erachtens kann sie es. Dabei gelten für Liquidation und Sanierungsverfahren allerdings unterschiedliche Bewertungsgesichtspunkte.

a) Kommt es zum Liquidationsverfahren, wirkt die Verlängerung der Kündigungsfristen, das heißt der in der Regel funktionslosen Arbeitsverhältnisse zweifellos masseauszehrend. Doch steht dem mit dem bestandsverlängerten Arbeitsverhältnis eben auch eine klare vom Gesetzgeber begründete soziale Rechtsposition gegenüber. Nun mögen die gesetzgeberischen Überlegungen zur Verlängerung der Kündigungsfristen nicht gerade den Insolvenzfall als rechtstatsächlichen Ausgangspunkt gehabt haben. Andererseits läßt sich der Auszehrungsgesichtspunkt auch nicht auf den Insolvenzfall beschränken. Muß im Rahmen einer Betriebsschließung außerhalb einer Insolvenz gekündigt werden, wirken sich die verlängerten gesetzlichen Kündigungsfristen nicht weniger auszehrend, nämlich zu Lasten des Vermögens des Unternehmensträgers, aus. Dies mag man eher für gerechtfertigt halten, wenn man einer zunehmenden Tendenz in der öffentlichen Meinung folgt, die Betriebsschließung und Personalabbau irgendwie auf unternehmerische Unzulänglichkeit zurückführt – „Managementfehler" als Ursache von Insolvenzen und wirtschaftlichen Schwierigkeiten – und damit wohl auch die wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers als Sanktion für gerechtfertigt halten möchte. Soweit es die Gläubiger des Unternehmers trifft, könnten dann deren Vermögensbelange schutzwürdiger erscheinen. Eine unterschiedliche Schutzwürdigkeit der Vermögensbelange des Unternehmers einerseits, seiner Gläubiger andererseits, läßt sich nicht bestreiten, wobei nicht auf den undifferenzierten Gesichtspunkt des unterstellten unternehmerischen Fehlers, aber doch auf das vom Unternehmer zu tragende Risiko abgestellt werden muß. Hier schließt sich dann aber gleich die Frage an, welches Risiko den Gläubigern heute zuzumuten ist. Entscheidend ist aber letztlich der dem Arbeitnehmer zugebilligte Schutz einschließlich seines Ranges gegenüber der Gläubigerposition. Hierzu läßt sich nicht verkennen, daß die allgemeine sozialpoliti-

18 HENCKEL, aaO (Fn. 17), § 22 KO Anm. 17.

sche Tendenz nicht etwa dahin geht, den Arbeitnehmerschutz zugunsten eines Mindestvermögensschutzes der Gläubiger zurückzuführen, sondern im Gegenteil in freier Rechtschöpfung noch daraufzusatteln. Die Arbeitnehmer bekommen auch im Konkursfall noch Sozialplanleistungen, denen das BAG sogar noch den Rang vor § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO zugebilligt hatte. Diese richterrechtliche Einräumung eines Konkursvorrangs hat der BVerfG allerdings mittlerweile korrigiert[19]. Aber auch schon die Legitimation der Sozialplanleistungen als solcher ist im Insolvenzfall angesichts der wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit des Unternehmens im Hinblick auf die Abwägungsformel des § 112 Abs. 4 Satz 2 BetrVG fragwürdig. Solange man aber weitgehend unbedenklich auf ungesicherter rechtlicher Grundlage Sozialplanleistungen auch im Insolvenzfall zubilligt, kann man andererseits nicht im Grundsatz klare und gefestigte Positionen wie den verlängerten Kündigungsschutz im Konkursfall abbauen. Die Favorisierung des Gläubigerschutzes muß zunächst beim Sozialplan beginnen. Selbstverständlich kann nicht übersehen werden, daß es bei einem großen Teil der Konkurse mangels Masse überhaupt nicht zu einem Sozialplan kommt und daß die Gläubiger allein infolge der verlängerten Kündigungsfristen ausfallen. Gleichwohl sollte man es bei der geltenden Regelung belassen, die den Arbeitnehmern, sofern überhaupt die Masse hierfür reicht, ihre Rechtspositionen anerkennt. Damit ließe sich ein gewisser Ausgleich zwischen Arbeitnehmern und Gläubigerinteressen erkennen. Zunächst werden die Arbeitnehmer, soweit sie durch gesetzliche Kündigungsfristen und insbesondere verlängerte Kündigungsfristen im Bestand ihres Arbeitsverhältnisses geschützt sind, gegenüber den sonstigen Gläubigern vorrangig bedient; letztere müssen insbesondere gegenüber den länger beschäftigten Arbeitnehmern zurückstehen. Darüber hinaus wäre dann aber das Gläubigerinteresse zu favorisieren, das heißt, im Ergebnis beim Sozialplan Zurückhaltung zu üben. Es erschiene – was in die Betrachtung mit einzubeziehen ist – auch im Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander nicht gerechtfertigt, durch Nichtberücksichtigung der Beschäftigungsdauer im Insolvenzfall die kündigungsrechtlich stärkere Position der länger beschäftigten Arbeitnehmer zu ignorieren; der Ausgleich würde und müßte dann doch wiederum auf ungesicherter Basis – allerdings unter größerer Flexibilität – im Sozialplan erfolgen.

b) Im Sanierungsverfahren liegen die Interessenpositionen etwas anders. Den Belangen der zu kündigenden Arbeitnehmer stehen nicht mehr nur der Schutz der Gläubigerinteressen, sondern die Sicherung der Unternehmensfortführung gegenüber, der nach der gesamten Konzeption der Insolvenzrechtsreform stärkeres Gewicht zuzumessen ist. Auf der anderen Seite kommt es bei einer

19 Der den Vorrang statuierende Beschluß des Großen Senats des BAG vom 13. 10. 1978 wurde durch Beschluß des BVerfG vom 19. 10. 1983, DB 1984, 189, für verfassungswidrig erklärt.

Sanierung anders als bei Liquidation nicht zur totalen Betriebsstillegung, sondern nur zu Personalreduzierungen oder allenfalls Teilstillegungen. Dabei besteht dann aber auch die Möglichkeit, den verlängerten gesetzlichen Kündigungsfristen bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer Rechnung zu tragen, und im Rahmen der Anforderungen der sozialen Auswahl ist die Dauer der Betriebszugehörigkeit sowieso von maßgeblicher Bedeutung, das heißt, sie muß als Auswahlkriterium berücksichtigt werden. Die Möglichkeit – und durch § 1 Abs. 3 KSchG bedingt sogar Notwendigkeit –, mit den erforderlichen Kündigungen auf die Arbeitnehmer mit kürzerer Betriebszugehörigkeit auszuweichen, mindert die Problematik der Belastung mit Lohnzahlungen während länger laufender Kündigungsfristen. Allerdings wurde im Rahmen der Überlegungen zur sozialen Auswahl gerade auch die Notwendigkeit betont, den Arbeitgeber im Interesse einer ausgeglichenen Personal- und speziell Altersstruktur nicht durchgängig an Lebensalter und Betriebszugehörigkeit als maßgebliche Auswahlkriterien zu binden. Soweit er sich danach im Betriebsinteresse unter Bevorzugung leistungsfähiger und jüngerer Arbeitnehmer auch von länger beschäftigten Mitarbeitern trennen kann, muß er dann aber auch die soziale Belastung aus den längeren gesetzlichen Kündigungsfristen hinnehmen. Dies gilt außerhalb der Insolvenz, kann aber auch innerhalb einer Reorganisation nicht anders bewertet werden. Wenn man diese Konsequenz nicht will, muß man die gesamte Konzeption des Kündigungsschutzgesetzes, soweit es das Erfordernis der sozialen Auswahl betrifft, in Frage stellen.

3. Tarifvertraglich vereinbarte verlängerte Kündigungsfristen

a) Im geltenden Recht ist streitig, ob tarifvertraglich festgesetzte längere Kündigungsfristen als gesetzliche Kündigungsfristen i. S. v. § 22 Abs. 1 Satz 2 KO anzusehen sind, das heißt, ob der Konkursverwalter mit der in § 622 Abs. 2 BGB vorgesehenen Kündigungsfrist kündigen kann, wenn im einschlägigen Tarifvertrag für den konkreten Fall eine längere Kündigungsfrist vorgesehen ist; zum Teil wird dabei auch zwischen nicht allgemeinverbindlich erklärten und allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen unterschieden und der gesetzesgleiche Charakter auf letztere beschränkt[20]. Dazu kann meines Erachtens de lege lata nur in dem Sinne entschieden werden, daß tarifvertragliche Kündigungsfristen gesetzlichen nicht gleich stehen. Tarifvertraglich festgesetzten Arbeitsbedingungen kommt zwar – wie staatlichen Gesetzen – nach § 4 Abs. 1 TVG unmittelbare und zwingende Wirkung zu – damit sind sie aber noch nicht staatliche Gesetze. Nur für die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse der tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien sollen die Tarifnormen die Verbindlichkeit haben, wie

20 Zum Streitstand siehe HENCKEL, aaO (Fn. 17), § 22 KO Anm. 24; zuletzt LAG Köln EzA Nr. 3 zu § 22 KO mit Anm. HENCKEL.

sie Gesetze allgemein aufweisen – im Interesse des Schutzes der Arbeitnehmer hat sich der Tarifrechtsgesetzgeber für die Tarifnormen an die Funktionen des Gesetzes angelehnt. Wie arbeitsvertraglich vereinbarte Kündigungsfristen sind tarifliche Abreden privat – wenn auch kollektiv – vereinbarte Regelungen. Über den vertraglichen Ursprung und Charakter kann insbesondere dort nicht hinweggesehen werden, wo nicht nur die Vertragsparteien selbst bzw. bei kollektiven Vereinbarungen ihre Mitglieder betroffen sind, sondern die Rechtspositionen Dritter berührt werden. Dies ist aber gerade bei § 22 KO der Fall, der nicht nur – und praktisch gesehen nicht einmal primär – die Interessen zwischen Arbeitgeber (repräsentiert durch den Konkursverwalter) und den Arbeitnehmern abgrenzt, sondern vornehmlich die Interessen zwischen Arbeitnehmern und Konkursgläubigern. Deshalb ist § 22 Abs. 1 Satz 2 KO nach allgemeiner Meinung auch zwingendes Recht[21]; Arbeitgeber und Arbeitnehmer können nicht zum Nachteil der Konkursgläubiger längere Kündigungsfristen vereinbaren und § 22 Abs. 1 KO zuwiderlaufende Vereinbarungen treffen. Den Tarifvertragspartnern als zur kollektiven Regelung der Arbeitsverhältnisse ihrer Mitglieder berufenen Parteien kann keine diesbezüglich weitergehende Vereinbarungsbefugnis zustehen. Sie haben zwar dort gegenüber den Arbeitsvertragsparteien verschiedentlich erweiterte Regelungskompetenz zuerkannt bekommen, wo es um die Interessenabgrenzung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geht. Doch wäre es deshalb nicht schon zu legitimieren, sie auch dort regelungskompetent zu sehen, wo es um die Rechtsposition Dritter geht. Bei den gesetzlichen Kündigungsfristen wurde schon deutlich, daß der Gesetzgeber den Konflikt zwischen den Interessen der Konkursgläubiger, der Arbeitnehmer und des Gemeinschuldners mit § 22 i. V. m. § 59 Abs. 1 Ziff. 2 KO einer Entscheidung zugeführt hat. Diese ist zu diskutieren und steht gerade in unserem Rahmen rechtspolitisch zur Überprüfung. Sie kann jedoch nur von dem auch zur Berücksichtigung der Gläubigerinteressen verpflichteten Gesetzgeber korrigiert werden, nicht von den Tarifvertragsparteien, die auf Gewerkschaftsseite lediglich Arbeitnehmer- und auf Arbeitgeberseite nur die Unternehmensinteressen repräsentieren. Angesichts der ausgeprägten Schutzrichtung des § 22 Abs. 1 KO zugunsten der Gläubigerinteressen muß außer Zweifel stehen, daß die Tarifvertragsparteien nicht schon deshalb zur Abänderung kompetent sind, weil ihre Regelung für die Arbeitnehmer günstiger ist. Dies reicht zur Legitimation tarifvertraglicher, vom Gesetzesrecht abweichender Rechtssetzungsbefugnisse dort, wo nur die Rechtsbeziehung Arbeitnehmer zu Arbeitgeber betroffen wird. Daß dadurch zweifellos Arbeitnehmer im Insolvenzfall Rechtsverluste (aus tarifvertraglichen Regelungen) erleiden, kann dort abgemildert werden, wo ein Sozialplan aufgestellt werden kann. Die aus tarifvertraglichen ebenso wie übrigens arbeitsvertraglichen längeren Kündigungsfristen erwachsenen Rechtspositionen, die nach § 22 KO keine

21 Siehe HENCKEL, aaO (Fn. 17), § 22 KO Anm. 21.

Anerkennung finden, sind bei der Bemessung der Sozialplanleistungen als auszugleichender Nachteil zu berücksichtigen.

b) Bei einer Reform des Insolvenzrechts besteht jedenfalls bezüglich des Liquidationsverfahrens kein Anlaß, die geltende Rechtslage abzuändern. Die Weichen werden mit der Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers gestellt, die Kündigung der Arbeitsverhältnisse in jedem Fall unter Einhaltung der *gesetzlichen* Kündigungsfristen zuzulassen und die daraus erwachsende Lohnbelastung als Masseverbindlichkeit anzuerkennen, aus weiterreichenden vertraglichen Kündigungsfristen aber keine konkursrechtliche Position anzuerkennen, sondern solche lediglich über § 22 Abs. 2 KO als Schadensersatzpflicht in Form einer Konkursforderung liquidieren zu lassen. Hält man dies gegenüber arbeitsvertraglich vereinbarten längeren Kündigungsfristen für eine ausgewogene Interessenabgrenzung, kann für entsprechende tarifvertragliche Regelungen nichts anderes gelten.

Auch für das Sanierungsverfahren sollte sich diese Lösung rechtfertigen lassen. Den Arbeitnehmern gegenüber erscheint es zumutbar, den Kündigungsschutz auf das gesetzliche Maß zurückzuführen, also Abstriche von weiterreichenden tarifvertraglichen wie arbeitsvertraglichen Kündigungsfristen vorzunehmen. Weitgehend werden Arbeitnehmer, die längere Kündigungsfristen und längere Beschäftigungszeiten aufweisen, im Rahmen der sozialen Auswahl bevorzugt werden können. Wo dies im Einzelfall nicht möglich ist, sind sie im Rahmen eines Sozialplans für den Verlust dieser besonderen vertraglichen Positionen zu begünstigen.

Bei außerhalb eines Insolvenzverfahrens durchgeführten Sanierungsversuchen bleiben tarifvertraglich (nicht weniger als arbeitsvertraglich) verlängerte Kündigungsfristen allerdings verbindlich, so daß sich die Frage der Zumutbarkeit einer Dispensierung von tarifvertraglich verlängerten Kündigungsfristen nicht nur im Verhältnis zu den Arbeitnehmern, sondern auch im Verhältnis zu den noch nicht der Insolvenz verfallenen Unternehmen stellt, die sich auch unter Bindung an die tariflichen Regelungen durchkämpfen müssen. Jede Befürwortung insolvenzrechtlicher Sonderregelungen wird diesen wettbewerbspolitischen Gesichtspunkt als Schranken vorgebend vor Augen haben müssen. Die Differenzierung in der Regelung erscheint jedoch in der vorliegenden Sachfrage noch als gerechtfertigt. Denn der Insolvenzverwalter befindet sich im Reorganisationsverfahren gegenüber dem um freie Sanierung bemühten Unternehmer von den zeitlichen Dispositionsmöglichkeiten her im Nachteil. Er kann erst ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens personelle Entscheidungen treffen, braucht dazu erst Informationen und die Übersicht über die Situation des Unternehmens, wird damit notwendigerweise durch verlängerte Kündigungsfristen noch härter belastet als vom Inhaber geführte Unternehmen, die zeitlich weniger bedrängt personell planen können.

4. Tarifvertraglich bedingte Unkündbarkeit

a) Eine Reihe von Tarifverträgen sieht bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, insbesondere längerer Betriebszugehörigkeit, zu Lasten des Arbeitgebers die Unkündbarkeit von Arbeitsverhältnissen vor. Nach geltendem Recht kann dazu nicht anders entschieden werden, als daß solche tarifvertraglichen Bestimmungen die Regelung des § 22 Abs. 1 Satz 1 KO nicht in Frage stellen können, daß das Arbeitsverhältnis anläßlich des Konkurses vom Konkursverwalter gekündigt werden kann, und zwar gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 KO mit der gesetzlich vorgesehenen Kündigungsfrist. Auch hier gilt, wie im Falle der Verlängerung der Kündigungsfristen, daß mit § 22 i. V. m. § 59 Abs. 1 Ziff. 2 KO die Gläubiger- und Arbeitnehmerinteressen vom Gesetzgeber verbindlich abgegrenzt wurden und daß die Interessen der an den tarifvertraglichen Vereinbarungen nicht beteiligten Gläubiger nicht durch Tarifvertrag – genausowenig wie durch Einzelarbeitsvertrag – völlig verdrängt werden können (auch einzelarbeitsvertragliche Unkündbarkeitsregelungen stehen im Konkursfall der Kündigung durch den Konkursverwalter nicht entgegen). Dem Gesetzgeber steht eine solche, die tarifvertragliche Unkündbarkeitsregelung überspielende konkursrechtliche Sonderregelung durchaus zu. Für andere Schuldverhältnisse wird zum Teil bestimmt, daß der Konkurs deren Erlöschen bzw. Nichterfüllung bewirkt (siehe §§ 23, 17 KO). Im Konkurs muß jede Vertragspartei des Gemeinschuldners in Kauf nehmen, daß sie letztlich auf eine im Konkursverfahren geltend zu machende Schadenersatzforderung beschränkt wird, die auch § 22 Abs. 2 KO für den Fall einer auf § 22 Abs. 1 KO gestützten Kündigung sicherstellt, und die die einzige Position ist, die von der Legitimation des Gesetzgebers her gesehen nicht entzogen werden darf. Auf eine konkursrechtliche Anerkennung einer unbefristeten Fortführung des Arbeitsverhältnisses unter Einstufung der Lohnforderungen als Masseverbindlichkeiten kann ein Anspruch der Arbeitnehmerseite gegen den Gesetzgeber nicht bestehen, da sich derartige Positionen im Regelfalle überhaupt nicht realisieren ließen, und wenn dann allenfalls unter völliger Hintansetzung aller übrigen Gläubigerinteressen.

b) Damit ist auch die rechtspolitische Frage schon entschieden. Für das Liquidationsverfahren kann eine andere Regelung als die derzeit in § 22 Abs. 1 u. 2 KO vorgesehene nicht in Betracht kommen. Zur Auflösung der Arbeitsverhältnisse unter Beachtung der gesetzlichen Kündigungsfristen und der schadensersatzmäßigen Liquidation des darüber hinausgehenden arbeitsvertraglichen Rechtsverlustes gibt es keine Alternative.

Anders stellen sich allerdings die Bewertungsgesichtspunkte für den Reorganisationsfall dar. Hier sprechen meines Erachtens die überwiegenden Gründe dafür, die mit der arbeitsvertraglich oder tarifvertraglich geregelten Unkündbarkeit erworbenen Rechtspositionen zu respektieren, jedenfalls solange dies die

Reorganisation nicht unzumutbar belastet. Die Kriterien hierfür wären noch zu entwickeln. Es ist zu berücksichtigen, daß der Betrieb im Reorganisationsfall fortgeführt wird und daß damit in der Regel auch Möglichkeiten bestehen, die unkündbaren Arbeitsverhältnisse weiterzuführen und für die Kündigung auf andere Arbeitsverhältnisse auszuweichen. Anders als bei der bloßen tarifvertraglichen Verlängerung der Kündigungsfristen, die den Arbeitnehmern bloß eine längere Auslauffrist für ihre Arbeitsverhältnisse verschafft, haben sie im Falle der Unkündbarkeit mit dem vertraglich zugesagten Bestandsschutz eine Rechtsposition anderer Qualität, die, soweit es die Reorganisation überhaupt zuläßt, geschützt werden sollte. Es kann den unkündbaren Arbeitnehmern kaum zugemutet werden, aus dem Betrieb zu weichen, wenn das Unternehmen mit anderen, an sich kündbaren Arbeitnehmern fortgeführt wird. Weitgehend wird dies schon aus § 1 Abs. 3 KSchG folgen. Die Eingrenzung der Rechtsposition der Unkündbaren im Reorganisationsverfahren könnte etwa in Anlehnung an die Formel des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG vorgenommen werden: Grundsätzlich ist die Unkündbarkeit zu respektieren, doch sollte sie dann zurücktreten müssen, wenn betriebstechnische, wirtschaftliche oder sonstige berechtigte betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung anderer Arbeitnehmer anstelle der Unkündbaren bedingen.

Die Tarifvertragsparteien, die die Unkündbarkeit in ihrem Tarifwerk begründen, sollten überlegen, ob ihre Regelung nicht darüber hinausgehend flexibel gehalten werden kann und soll. Als modellhaft könnte sich hier die tarifliche Regelung in der Metallindustrie[22] erweisen. Nach der Regelung der Bayerischen Metallindustrie ist bei Betriebsstillegungen bzw. Teilbetriebsstillegungen die Kündigung im Zusammenhang mit einem Sozialplan zulässig. Noch offener ist die Regelung in dem der Entscheidung des BSG vom 21. 5. 1980[23] zugrundeliegenden Tarifvertrag; danach soll die Unkündbarkeit generell nicht bei Vorliegen eines für den betroffenen Arbeitnehmer geltenden Sozialplans eingreifen. Einen allgemeinen Gedanken, daß im Falle sozialplanpflichtiger Betriebsänderungen die Unkündbarkeit nicht gelten soll, wird man allerdings weder innerhalb noch gar außerhalb einer Insolvenz annehmen können. Vielmehr bleibt es mangels einer besonderen tariflichen einengenden Regelung bei den vorstehend skizzierten Abgrenzungsüberlegungen, damit aber auch bei der grundsätzlichen Anerkennung der Unkündbarkeit im Reorganisationsverfahren.

22 Etwa § 2 Ziff. 4 (II) des Manteltarifvertrags für die Angestellten der Bayerischen Metallindustrie; siehe desweiteren die Entscheidung des BSG vom 21. 5. 1980, AP Nr. 2 zu § 117 AFG.

23 BSG AP Nr. 2 zu § 117 AFG.

5. Anzeigepflicht nach §§ 17ff KSchG

Der Anforderung der arbeitsmarktpolitisch motivierten Anzeigepflicht des § 17 KSchG kann auch im Insolvenzfall genügt werden. Die Sondersituation ist dort nicht so bedrängt, daß der Insolvenzverwalter nicht der Meldepflicht gegenüber der staatlichen Arbeitsverwaltung nachkommen könnte, zumal er den zeitlich wesentlich stärker belastenden Informations- und Beratungspflichten gegenüber dem Betriebsrat, die § 17 Abs. 2 KSchG ebenso wie die zugleich eingreifende Vorschrift des § 112 BetrVG abverlangen, nach der Rechtsprechung des BAG zur Betriebsänderung – siehe dazu noch im folgenden – sowieso uneingeschränkt nachkommen muß.

Ein Verzögerungseffekt könnte sich allenfalls aus § 18 KSchG ergeben, wonach anzeigepflichtige Entlassungen grundsätzlich erst mit Ablauf eines Monats nach Eingang der Anzeige beim Arbeitsamt wirksam werden. Bei ordnungsgemäßem Vorgehen des Arbeitgebers kann die Anzeige an das Arbeitsamt parallel zur Erklärung der Kündigung erstattet werden, so daß sich, da die Kündigungsfristen abzuwarten sind, zeitliche Verzögerungen allenfalls bei Kündigung von Arbeitern ohne verlängerte Kündigungsfrist ergeben können. Gerade im Insolvenzfall, zumindest im aussichtsreichen Reorganisationsfall, kann davon ausgegangen werden, daß das Landesarbeitsamt, wie durch § 18 Abs. 1 KSchG eröffnet, erforderlichenfalls die Zustimmung zu einem früheren Wirksamwerden der Entlassung (also mit Ablauf der Kündigungsfrist) erteilt. Daß das Landesarbeitsamt im Reorganisationsfall oder auch im Insolvenzfall von der ihm durch § 18 Abs. 2 KSchG eingräumten Möglichkeit Gebrauch macht, die Wirksamkeit der Entlassung auf einen späteren Zeitpunkt festzusetzen, steht wohl kaum zu befürchten. Der Insolvenzverwalter ist gerade im Reorganisationsfall bereits aus anderen Gründen auf eine gute Kooperation mit der Arbeitsverwaltung angewiesen, die ihrerseits Interesse an einem Erfolg der Reorganisation hat, so daß sie diese nicht unnötig erschweren wird. Wo es die Reorganisation im Einzelfall zulassen sollte, die Wirkung der Entlassung hinauszuschieben, insbesondere in Verbindung mit der in § 19 KSchG geregelten erleichterten Einführung von Kurzarbeit, besteht kein Grund, dies schlechthin auszuschließen, ebensowenig wie im Liquidationsfall, in dem die Neigung der Arbeitsverwaltung, Entlassungen im Interesse der Arbeitsmarktentlastung auf Kosten der Konkursgläubiger hinauszuschieben, vermutlich größer ist, sich aber auch nur in einer begrenzten Bandbreite von einem zusätzlichen Monat auswirken kann.

IV. Zur Frage der Gestaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Anforderungen

1. Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Insolvenzfall

a) Wie oben[24] schon betont, muß jede Diskussion und Neugestaltung des Kündigungsrechtes dessen Überlagerung durch die Vorschriften über das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats berücksichtigen.

b) Nach der geltenden, durch §§ 111 ff BetrVG und die dazu ergangene Rechtsprechung des BAG bestimmten Rechtslage ist jede Betriebsänderung nach dem Schema des § 112 BetrVG mitbestimmungspflichtig, das heißt, der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über die Betriebsänderung zu unterrichten und diese mit ihm zu beraten. Nichtsdestoweniger steht ihm jedoch die vom Votum des Betriebsrats unabhängige rechtliche Kompetenz zur freien Entscheidung über die Betriebsänderung zu; es gibt diesbezüglich keinen Vorbehalt zugunsten des Betriebsrats, keinen Einigungszwang und keinen verbindlichen Einigungsstellenspruch. Diese formalrechtlich uneingeschränkte Entscheidungskompetenz des Arbeitgebers wird jedoch faktisch dadurch erheblich tangiert, daß der Betriebsrat zwar die Betriebsänderung als solche hinnehmen muß, andererseits aber, erforderlichenfalls über eine verbindliche Entscheidung der Einigungsstelle, einen Sozialplan erzwingen kann, mittels dessen nach § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG die wirtschaftlichen Nachteile auszugleichen oder zu mildern sind, die den Arbeitnehmern infolge der Betriebsänderung entstehen. Damit werden Betriebsänderungen mit Soziallasten befrachtet, die vom Arbeitgeber im Einzelfall mit den aus einer Betriebsänderung folgenden Vorteilen abgewogen werden müssen und die unter Umständen die Betriebsänderung nicht mehr durchführenswert erscheinen lassen, oder die zwar, weil wirtschaftlich unvermeidlich, gleichwohl durchgeführt werden, aber nicht den Einsparungseffekt erbringen, der ursprünglich mit der Maßnahme verfolgt worden war. Als Betriebsänderung gelten Betriebsstillegungen, Teilbetriebsstillegungen und seit 1979 aufgrund der Rechtsprechung des BAG auch Personalabbaumaßnahmen, die die in § 17 KSchG zugrunde gelegte Größenordnung erreichen.

Die aus der Sozialplanpflichtigkeit folgende wirtschaftliche Belastung, ihre unternehmerische Entscheidungen blockierende bzw. hemmende Wirkung und die Kriterien für die Bemessung der Sozialplanleistungen wie auch deren angemessene Höhe stehen derzeit im Zentrum der öffentlichen Diskussion. Zurückzuführen ist dies auf ein stetes, seit Inkrafttreten des BetrVG 1972 zu beobachtendes Ansteigen des Sozialplanvolumens, das allerdings keine außergewöhnliche Entwicklung aufzeigt; die Sozialplanleistungen stiegen zwar stärker als das Lohnniveau, aber doch nicht so, daß man von geänderten Bemessungsgrundsät-

24 Siehe oben sub. I.

zen sprechen könnte – die maßgeblichen Berechnungsformeln sind im wesentlichen gleichgeblieben. Wenn sich die Sozialpläne heute in der Wirtschaft wesentlich belastender auswirken als noch vor zehn Jahren, liegt dies an der veränderten gesamtwirtschaftlichen Situation, das heißt konkret, der schwächeren Wirtschaftskraft der betroffenen Unternehmen, die auf breiter Basis bei geminderter Kapitalkraft zu Betriebseinschränkungen gezwungen werden und von Sozialplanpflichten wesentlich härter getroffen werden als in früheren Zeiten, in denen es weitgehend um Umstrukturierungsmaßnahmen ging, in deren Rahmen sich Sozialplanabfindungen verkraften ließen. Was nach wie vor völlig fehlt und das Unbehagen gegenüber den Sozialplänen sicherlich mitbegründet, ist die Übereinstimmung über den gesetzespolitischen Zweck der Sozialplanpflicht. Entschädigung für den Arbeitsplatzverlust – warum dann aber nur bei Personalabbau ab der Größenordnung des § 17 KSchG, nicht bei einzelnen betriebsbedingten Kündigungen? Vorsorge für die Zukunft, Ausgleich für entfallende Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis, Sonderopfer einzelner Arbeitnehmer zugunsten der gesamten Belegschaft – die gleiche Frage: Warum nur bei Betriebsänderungen?

Die Problematik steigert sich noch im Insolvenzfall. Nach § 112 Abs. 2 Satz 4 BetrVG sind bei der Leistungsfestsetzung die sozialen Belange der betroffenen Arbeitnehmer zu berücksichtigen, zugleich ist auf die wirtschaftliche Vertretbarkeit für das Unternehmen zu achten. Daraus lassen sich aber nur schwer Bemessungsgrundsätze entwickeln. Einig ist man sich allein darüber, daß im Konkursfall die Interessen der Gläubiger anstelle oder neben den Interessen des Gemeinschuldners zu beachten sind, was nach BAG nicht bedeutet, daß für die Konkursgläubiger nach Bedienung des Sozialplans unbedingt etwas aus der Masse übrigbleiben müßte. Klare aus dem gesetzespolitischen Zweck der §§ 111 ff BetrVG legitimierte Bemessungsgrundsätze fehlen.

c) Bei der Auslegung des § 112 Abs. 4 Satz 2 BetrVG muß meines Erachtens dem Funktionszusammenhang der Bestimmung mit dem wirtschaftlichen Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats maßgebende Bedeutung zukommen. Der Gesetzgeber wollte die unternehmerische Entscheidung über die Betriebsänderung mitbestimmungsfrei halten, den Ausgleich hierfür jedoch mit der Verpflichtung zum Nachteilsausgleich gewähren. Mehr oder weniger wurde damit auch die Konsequenz aus der Rechtsentwicklung zum BetrVG 1952 gezogen. Dort war in § 72 BetrVG dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht für Betriebsänderungen eingeräumt worden samt einer Entscheidungskompetenz der Einigungsstelle im Nichteinigungsfalle; ein Sozialplan war dem Gesetz hingegen unbekannt. In der Praxis liefen die Verhandlungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat aber auch damals schon auf einen Sozialplan hinaus, weil eine befriedigende Regelung des Nachteilsausgleichs zur Grundlage der Zustimmung des Betriebsrats zu Betriebsänderungen bzw. einer Billigung der Betriebsände-

rung seitens der Einigungsstelle wurde. Die Sozialplanregelung trat dann nach dem BetrVG 1972 vollends anstelle des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats bei Betriebsänderungen. Entsprechend der zum BetrVG 1952 entwickelten Praxis wird der Arbeitnehmereinfluß auf Betriebsänderungen nicht durch unmittelbare Mitbestimmung über die Betriebsänderung, sondern durch die mittelbare Einflußnahme hierauf mittels einer Belastung des Arbeitgebers durch Zahlungspflichten sichergestellt. Rechtspolitische Grundlage der Regelung über die Sozialplanpflichtigkeit von Betriebsänderungen ist das Anliegen, dem Betriebsrat Einfluß auf die wirtschaftlichen Angelegenheiten zu gewähren. Die Sozialplanpflicht muß in dieser ihrer Funktion als Mitbestimmungsinstrument gesehen werden[25]. Mit dem in § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG angesprochenen Ausgleich der den Arbeitnehmern aus der Betriebsänderung erwachsenden wirtschaftlichen Nachteile wird sicher vordergründig Ersatz für Verlust des Arbeitsplatzes und entfallende Vorteile aus dem Arbeitsverhältnis gewährt, Vorsorge für die Zukunft ermöglicht und vielleicht auch ein Lastenausgleich unter den unterschiedlich betroffenen Arbeitnehmern zugebilligt: Der Spielraum für den Betriebsrat kann jedoch nicht aus dem Ausgleichs-, Vorsorge- oder Sonderopferzweck gewonnen werden, sondern aus dem Mitbestimmungsauftrag. Daraus erklärt sich auch die Abwägungsformel des § 112 Abs. 2 Satz 4 BetrVG, daß die sozialen Belange der Arbeitnehmer gegen die wirtschaftliche Vertretbarkeit für das Unternehmen abzuwägen sind. Hätte der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht für Betriebsänderungsmaßnahmen, müßte dieses wie auch die Entscheidung der Einigungsstelle unter angemessener Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der betroffenen Arbeitnehmer nach billigem Ermessen – so die Formel des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG – ausgeübt werden. Das heißt: Hätte der Betriebsrat unmittelbar bei Betriebsänderungen mitzubestimmen, müßte er den betrieblichen Belangen bei Ausübung seines Mitbestimmungsrechtes Rechnung tragen; er dürfte notwendige Betriebsänderungen nicht mittels Verweigerung seiner Zustimmung blockieren. Tritt nun die Mitbestimmung über einen Nachteilsausgleich anstelle der unmittelbaren Mitbestimmung über die Betriebsänderung, darf dies auch nicht dazu führen, notwendige Betriebsänderungen durch unvertretbare finanzielle Belastungen faktisch zu blockieren. Würde bei wirtschaftlicher Notlage der Spielraum des Betriebsrats bei Mitentscheidung über die Betriebsänderung zusammenschrumpfen, muß dies auch bei dem Ersatzinstitut des Sozialplans der Fall sein, mittels dessen in wirtschaftlich bedrängter Situation nicht hemmend auf Umstruktierungsmaßnahmen eingewirkt werden darf.

d) Für die Sozialplangestaltung im Insolvenzfall ergeben sich daraus folgende Konsequenzen:

25 Darauf wird auch vom BAG in einer Entscheidung vom 22. 5. 1979, AP Nr. 4 zu § 11 BetrVG 1972, maßgeblich abgestellt.

aa) Im derzeitigen Konkursrecht wie gleichermaßen im künftigen Liquidationsverfahren läuft der Grundgedanke der wirtschaftlichen Mitbestimmung mangels wirklicher unternehmerischer Entscheidung leer; er vermag deshalb auch keine Maßstäbe für die Sozialplangestaltung abzugeben. Unternehmensinteressen spielen nicht mehr herein; die Gläubigerinteressen können nicht den gleichen Stellenwert beanspruchen. Auf der anderen Seite läßt sich aber auch nicht ignorieren, daß die Belegschaft insgesamt – ob mit oder ohne Managementfehler, mit oder ohne Personalüberhang – letztlich kein zureichendes Betriebsergebnis erwirtschaften konnte und deshalb auch nicht legitimiert ist, auf Kosten der Gläubiger jetzt noch die restliche Masse für sich zu beanspruchen und über den Sozialplan zu vereinnahmen; für die Sonderfälle mißbräuchlicher unternehmerischer Finanzstrategie, bei der vielleicht gar noch die (Haupt-)Gläubiger beteiligt sind, muß die Bewertung allerdings anders ausfallen[26].

Das heißt im Ergebnis: Die Sozialpläne müssen in jedem Fall den durch § 22 Abs. 1 Satz 2 KO bedingten Verlust der einzelnen vertraglichen Rechtspositionen ausgleichen, sollten im übrigen aber für den Regelfall des Liquidationsverfahrens zurückhaltend gefahren werden.

bb) Im Sanierungsfall liegen die Unternehmensinteressen klar zutage und beschränken den Spielraum für Leistungen. Von gesetzlich geregelten pauschalen Höchstgrenzen für Abfindungsleistungen sollte gleichwohl abgesehen werden. Nur für den konkreten Fall kann über die Angemessenheit der Abfindungsleistungen befunden werden. Würde man eine bestimmte Höchstgrenze einführen, wären die zu reorganisierenden Unternehmen ganz unterschiedlich betroffen. Diejenigen Unternehmen, die größere Abfindungen zu tragen vermögen, würden durch die Höchstgrenze begünstigt. Die weniger leistungsfähigen Unternehmen liefen Gefahr, in den Sog der Höchstgrenzen zu geraten, würden jedenfalls nicht vergleichbar durch eine ihren Verhältnissen angemessene Höchstgrenze geschützt. Im Reorganisationsfall dürfte das Eigeninteresse der Arbeitnehmer an der Sanierung stark genug sein, um mit den Unternehmensbelangen verträgliche Sozialpläne sicherzustellen. Die durch die reorganisationsbedingte Betriebsänderung nachteilig betroffenen Arbeitnehmer können dabei aber entsprechend dem Sonderopfergedanken erwarten, daß die Leistungsfähigkeit des Unternehmens zu ihren Gunsten dadurch gestärkt wird, daß die im Unternehmen verbleibenden Arbeitnehmer Abstriche von ihren bisherigen vertraglichen Ansprüchen hinnehmen. Die im Betrieb verbliebenen Arbeitnehmer verdanken diesen Vorzug gegenüber den Ausgeschiedenen allein den Grundsätzen der sozialen Auswahl des § 1 Abs. 3 KSchG, einem sicherlich anzuerkennenden

26 Zum geltenden Recht finden sich in der Entscheidung des LAG Hamburg vom 8. 7. 1980, ZIP 1981, 82, grundsätzliche Überlegungen und ein die Interessen der Arbeitnehmer und der Konkursgläubiger ausgewogen berücksichtigender Lösungsansatz.

Leitgedanken, dem es aber durchaus entspricht, andererseits über den Sozialplan einen gewissen Ausgleich zugunsten der weichenden Arbeitnehmer zuzubilligen.

cc) Nicht zu legitimieren wären verschiedentlich in die Diskussion eingeführte Versicherungs- oder Fondlösungen, nach denen etwa in Anlehnung an das Modell des Pensionssicherungsvereins die Sozialplanleistungen letztlich aus von den Unternehmen insgesamt aufzubringenden Mitteln zu bestreiten wären. Schon die Heranziehung der Unternehmen zur Finanzierung des Konkursausfallgeldes und des Pensionssicherungsvereins ist nicht ohne Problematik. Sie verpflichtet wirtschaftlich erfolgreiche, aber auch sparsam wirtschaftende Unternehmen, für die Fehler der anderen, schlecht wirtschaftenden Unternehmen einzuspringen. Immerhin lassen sich diese Komplexe noch mit versicherungsmäßigen Überlegungen abdecken. Jeder Arbeitgeber wird mehr oder weniger dazu verpflichtet, seinen Arbeitnehmern für den Fall seiner eigenen Insolvenz Versicherungsschutz für bestimmte Löhne und Versorgungsansprüche zu verschaffen. Inmitten stehen immerhin vertraglich begründete Ansprüche auf Lohn bzw. Ruhegeld. Die Sozialplanabfindungen sind damit nicht vergleichbar. Sie kommen überhaupt erst im Rahmen einer insolvenzbedingten Betriebsänderung durch besonderen rechtssetzenden Akt zur Entstehung. Die zum Ausgleich der Nachteile aus einer Betriebsänderung zu gewährende Abfindung, die unter Abwägung der Belange des Unternehmens und der betroffenen Arbeitnehmer zu bemessen ist, muß aus Mitteln des Unternehmens bestritten werden oder kann eben nicht gewährt werden. Will man Arbeitnehmer, die ihren Arbeitsplatz verloren haben, gegen die dadurch erlittenen Nachteile besser absichern, kann dies nur auf öffentlich-rechtlichem Wege, also über die Arbeitslosenversicherung erfolgen; eine solche Verbesserung der Versorgung dürfte dann auch wiederum nicht auf den Fall der Betriebsänderung beschränkt werden, sondern müßte jeden Arbeitsplatzverlust, also auch Entlassungen unterhalb der Zahlenwerte des § 17 KSchG, erfassen.

e) Breiter Raum wird in der Insolvenzrechtsreform der Frage gewidmet, wie das Verfahren über den Interessenausgleich mit dem Reorganisationsverfahren verknüpft werden soll. Dabei ist meines Erachtens zu unterscheiden: Lediglich eine Frage der Zweckmäßigkeit ist, ob beide Verfahren parallel, aber getrennt durchgeführt werden, oder ob für die Reorganisation ein erweiterter institutioneller Rahmen geschaffen wird, innerhalb dessen die Belegschaftsinteressen, präsentiert durch den Betriebsrat, mitverhandelt werden können – der Verwalter hätte dann in dem von ihm aufzustellenden Reorganisationsplan auch die für die Arbeitnehmer vorzusehenden Abfindungsbeträge einzustellen, die Arbeitnehmerseite müßte dann in gleicher Weise wie die Gläubiger hierzu ihre Zustimmung geben, die gegebenenfalls durch den Spruch der Einigungsstelle zu ersetzen wäre. Das Verfahren ließe sich durch detaillierte Regelungen austarieren.

Demgegenüber wird es zu einer Frage der sachlichen Legitimation, wenn die Gestaltung des Reorganisationsverfahrens dazu benutzt werden sollte, das Gewicht der Mitwirkungsrechte neu zu verteilen, wie es etwa im Vorschlag der IG Metall geschieht, wenn dort für die Grundfragen der Sanierung das paritätische Zusammenwirken von Betriebsrat einerseits, Arbeitgeber, Kapitaleigner und Gläubiger andererseits vorgesehen ist. Eine so grundlegende Gewichtsverlagerung zugunsten der Arbeitnehmerseite kann auf der Grundlage des geltenden Unternehmensrechtes nicht in Frage kommen. Noch sind Unternehmensträger Einzelunternehmer oder Gesellschaften; die Mitwirkungsrechte der Belegschaftsvertretungen sind aufgrund harter rechtspolitischer Auseinandersetzung klar abgegrenzt. Diese Grundlinien können für den Fall der Insolvenz nicht völlig ignoriert werden.

2. *Das Anhörungsrecht des Betriebsrats nach § 102 BetrVG*

a) Nicht in Frage steht, daß das auf die einzelne Kündigung bezogene Anhörungsrecht des Betriebsrats neben dem wirtschaftlichen Mitbestimmungsrecht, das sich auf die Betriebsänderung insgesamt bezieht, gewahrt bleiben muß. Denn bei der Anhörung nach § 102 BetrVG hat der Betriebsrat gerade auch die Belange des einzelnen Arbeitnehmers mit zu berücksichtigen, auch in Abwägung gegen die Interessen anderer Arbeitnehmer, wie § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG ohne weiteres erkennen läßt – nach dieser Bestimmung hat der Betriebsrat ein Widerspruchsrecht gegen die Kündigung, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt hat.

Möglichkeiten zur verfahrensmäßigen Verbindung sollten allerdings ausgeschöpft werden. So kann in Betracht gezogen werden, im Rahmen des Interessenausgleichs nicht nur die Zahl der abzubauenden Arbeitsplätze, sondern auch bereits die zu kündigenden Arbeitnehmer festzulegen; dann kann – und muß sogar – in dem Verfahren auch bereits dem Anhörungsrecht des § 102 BetrVG genügt werden. Gleiches gilt für die nach § 17 Abs. 2 KSchG durchzuführenden Informations- und Beratungsverfahren.

b) Schließlich noch zur Frage des Weiterbeschäftigungsanspruchs der Arbeitnehmer: § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG gewährt einen solchen gerade für den Fall, in dem eine Kündigung auf mangelhafte soziale Auswahl gestützt wird, sofern der Betriebsrat der Kündigung aus diesem Grund widerspricht und der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhebt sowie Weiterbeschäftigung begehrt (siehe § 102 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 5 Satz 1 BetrVG). Gelingt es nicht, im Rahmen des Interessenausgleichsverfahrens die Zustimmung des Betriebsrats zu einer Kündigung zu erlangen bzw. eventuell diese durch die einzuschaltende Eini-

gungsstelle ersetzen zu lassen, kommt man an der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 102 Abs. 5 BetrVG auch im Insolvenzfall nicht vorbei. Allerdings liegt die Befreiungsmöglichkeit nach § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG nahe, wonach das Arbeitsgericht von der Weiterbeschäftigung zu entbinden hat, wenn diese zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers führen würde.

Thesen

I. Grundsätzliche Vorgaben für eine Anpassung des Kündigungsrechts an die Insolvenzsituation

1. Ein spezielles Kündigungsrecht für den Insolvenzfall kann nur insoweit in Betracht kommen, als es durch besondere Bedürfnisse der Insolvenzsituation gefordert wird. Allgemeine konzeptionelle Mängel des Kündigungsschutzrechts, die seine Praktikabilität beeinträchtigen, können auch im Rahmen einer Insolvenzrechtsform nicht nur für den Insolvenzfall, sondern müssen generell behoben werden.

2. Spezielle auf den Insolvenzfall zugeschnittene Kündigungsregelungen bedürfen der besonderen Legitimation. Es geht um einen Teilaspekt der „Sanierung als rechtspolitisches Legitimationsproblem" (Karsten Schmidt), das noch nicht hinreichend abgeklärt erscheint. Dabei geht es nicht nur um die Interessenabgleichung gegensätzlicher Interessen zwischen Unternehmen und Arbeitnehmern, sondern darüber hinaus um die Zumutbarkeit konkursspezifischer den Kündigungsschutz lockernder Regelungen im Verhältnis zu den noch solventen Unternehmen. Der Spielraum für konkursbezogene Sonderregelungen wird damit eng und ist notwendigerweise für Sanierung und Liquidation zu differenzieren.

II. Zur Frage der Freistellung des Insolvenzverwalters von den Anforderungen des § 1 KSchG

1. Die geltende durch die Rechtsprechung des BAG geprägte Rechtslage

Die derzeitige Rechtsprechung des BAG bindet den Konkursverwalter in vollem Umfang an die Anforderungen des § 1 KSchG. In Konsequenz dessen hat der Konkursverwalter wie jeder Arbeitgeber

a) die grundsätzlich freie unternehmerische Entscheidung über betrieblich-organisatorische Maßnahmen
b) die Aufgabe des Nachweises fehlender anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeit

c) die Aufgabe der sozialen Auswahl, bezüglich derer die Arbeitsgerichte volle Überprüfung beanspruchen.

2. *Unzuträglichkeiten der bestehenden Rechtslage*

Die Bewertung der bestehenden Rechtslage muß zu einem differenzierten Urteil führen.

a) Von der Voraussetzung, daß Kündigungen durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt sein müssen, bedarf es auch im Insolvenzfall keiner Abstriche. Dem Insolvenzverwalter steht einerseits die unternehmerische Entscheidung über die für erforderlich gehaltenen betrieblichen Maßnahmen zu, und von ihm kann andererseits verlangt werden, anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten zu nutzen.

b) Als unzumutbar erweisen sich hingegen die für die soziale Auswahl gestellten Anforderungen, und zwar generell, nicht nur bezogen auf den Insolvenzfall:

aa) Materiellrechtlich ist es unbegründet und rechtspolitisch verfehlt, in die nach § 1 Abs. 3 KSchG vorgesehene Abwägung betriebliche Interessen nicht einzubeziehen; dies wird gerade bei größeren Personalabbaumaßnahmen deutlich.

bb) Verfahrensrechtlich ist unerträglich, einerseits praktikable Kriterien für die soziale Auswahl zu verweigern, andererseits die Entscheidung des Arbeitgebers uneingeschränkt zu überprüfen mit der Folge der nachträglichen Feststellung der Unwirksamkeit betrieblich dringend erforderlicher Kündigungen bzw. der Belastung des Arbeitgebers mit Abfindungen.

3. *Die künftige Gestaltung des Rechts der betriebsbedingten Kündigung*

a) Zum Erfordernis der Betriebsbedingtheit bedarf es keiner Änderungen.

b) Bezüglich des Erfordernisses der sozialen Auswahl bedarf es folgender Änderungen:

aa) Die Einbeziehung betrieblicher Interessen in die Abwägung nach § 1 Abs. 3 KSchG muß zugelassen werden, und zwar generell, nicht nur für den Insolvenzfall. Dies ist auch auf der Grundlage des geltenden Gesetzes möglich. Damit läßt sich den Verhältnissen solventer, zu sanierender und zu liquidierender Unternehmen gleichermaßen gerecht werden.

bb) Verfahrensrechtlich muß eine Lösung gefunden werden, die § 1 Abs. 3 KSchG wieder praktikabel macht. Als Möglichkeiten bieten sich an

- ein etwas größerer Ermessensspielraum für Arbeitgeber bzw. Insolvenzverwalter bei der Beurteilung der „ausreichenden Berücksichtigung" sozialer Gesichtspunkte
- die Vorgabe zu berücksichtigender (notwendig pauschalierender) Kriterien durch Gesetz oder Richterrecht

- verfahrensmäßige Möglichkeiten, anderweitig zu solchen Kriterien zu kommen (etwa über § 95 BetrVG)
- verbindliche Auswahlvereinbarungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber im Zusammenhang mit Interessenausgleich und Sozialplan.

Die individualrechtliche Konzeption des KSchG kann Lösungen, die in Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat gewonnen werden, im Hinblick auf den kollektiven Bezug des § 1 Abs. 3 KSchG und der Einbindung der Personalabbaumaßnahmen in die wirtschaftliche Mitbestimmung des Betriebsrats letztlich nicht entgegenstehen. Auch diesbezüglich kann eine Änderung der Rechtslage nicht auf den Insolvenzfall beschränkt werden, wenngleich sie für den Reorganisationsfall noch verstärkt geboten erscheint.

III. Zur Frage der Freistellung des Insolvenzverwalters von den Bestimmungen des Sonderkündigungsschutzes im weiteren Sinne

1. Kündigungsschutz nach Schwerbehindertengesetz und Mutterschutzgesetz

a) § 9 MuSchG gilt auch für Kündigungen im Insolvenzfall. Die Belastung ist als nur zeitweilige zumutbar, zumal nach § 9 Abs. 3 MuSchG Ausnahmen ermöglicht werden.

b) Das Schwerbehindertengesetz eröffnet über § 16 Abs. 1 Satz 2 eine Kündigungsmöglichkeit im Interesse einer ausgewogenen Gesamtstruktur der Belegschaft bei Personalreduzierungen und sollte damit auch für den Insolvenzfall tragbar sein.

2. Verlängerte gesetzliche Kündigungsfristen

a) Die gesetzlich verlängerten Kündigungsfristen (Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten; § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB) gelten auch im Insolvenzfall.

b) De lege ferenda sollte man es trotz gewisser Bedenken dabei belassen.

aa) Für das Liquidationsverfahren führen sie zwar zu einer Masseauszehrung, die jedoch offensichtlich der gesetzgeberischen Abwägung der Arbeitnehmer- und Gläubigerinteressen entspricht.

bb) Im Sanierungsverfahren können und müssen im Regelfall die Arbeitnehmer mit längeren Betriebszugehörigkeitszeiten bei der sozialen Auswahl begünstigt werden; im übrigen erscheint die Hinnahme der gesetzlich verlängerten Fristen zumutbar.

3. Tarifvertraglich vereinbarte längere Kündigungsfristen

a) Nach geltendem Recht können tarifvertragliche Fristen entgegen einer verbreiteten Meinung bei Kündigungen nach § 22 KO keine Berücksichtigung finden. Die Interessenabgrenzung durch §§ 22 Abs. 1, 2, 59 Abs. 1 Ziff. 2 KO

steht nicht zur Disposition der Arbeitsvertrags- und Tarifvertragsparteien. Der Verlust längerer tariflicher Kündigungsfristen kann im Rahmen des Sozialplans berücksichtigt werden.

b) De lege ferenda sollte es dabei jedenfalls für das Liquidationsverfahren auch bei dieser abgewogenen Regelung verbleiben. Auch im Sanierungsverfahren erscheint sie als vertretbare Lösung, sowohl im Verhältnis zu den betroffenen Arbeitnehmern (die weitgehend im Rahmen der sozialen Auswahl und ggf. des Sozialplans zu begünstigen sind), wie auch unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten.

4. Tarifvertraglich bedingte Unkündbarkeit

a) Nach geltendem Recht – dem insoweit maßgeblichen § 22 Abs. 1 Satz 1 KO – muß auch eine tarifvertraglich (ebenso wie eine arbeitsvertraglich) bestimmte Unkündbarkeit im Konkursfall zurücktreten (bei schadenersatzmäßiger Liquidation gemäß § 22 Abs. 2 KO).

b) De lege ferenda müßte wohl differenziert werden:

aa) Für den Liquidationsfall muß es bei der geltenden Lösung bleiben – es gibt keine Alternative.

bb) Für den Sanierungsfall sprechen überwiegende Bewertungsgesichtspunkte für die Respektierung der vereinbarten Unkündbarkeit. Deren Qualität ist nicht mehr den verlängerten Kündigungsfristen gleichzusetzen. Eine eventuelle Lösung muß über entsprechende tarifvertragliche Bestimmungen ermöglicht werden. Entschärft wird das Problem durch den sowieso vorhandenen Vorzug unkündbarer Arbeitnehmer bei der sozialen Auswahl.

5. Anzeigepflicht nach §§ 17ff KSchG

Die arbeitsmarktpolitisch bedingten Regelungen der §§ 17ff KSchG sind flexibel genug, um auch in einem künftigen Insolvenzrecht Berücksichtigung zu finden.

IV. Zur Frage der Gestaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Anforderungen

1. Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Insolvenzfall

a) Das individualrechtliche Kündigungsschutzrecht wird weitgehend durch betriebsverfassungsrechtliche Mitwirkungsrechte und insbesondere durch die finanziellen Belastungen aus dem Sozialplan überlagert, so daß Überlegungen zur Anpassung des Kündigungsrechts an die Insolvenzsituation auch die betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen einschließen müssen.

b) Nach geltendem Recht ist den zu kündigenden Arbeitnehmern bei Betriebsänderungen im Rahmen eines Sozialplans Nachteilsausgleich zu gewähren. Bemessungsgrundlage ist § 112 Abs. 4 Satz 2 BetrVG; an die Stelle oder

neben die wirtschaftliche Vertretbarkeit für das Unternehmen treten bei der vorzunehmenden Abwägung die Belange der Gläubiger.

c) Für die Bemessung der Sozialplanleistungen muß der rechtspolitische Grund der Leistungspflicht des Arbeitgebers verdeutlicht werden. Sie ist Ersatz für die fehlenden unmittelbaren Mitentscheidungsbefugnisse des Betriebsrats in wirtschaftlichen Angelegenheiten und sie muß in dieser, die Entscheidungsfreiheit des Unternehmers beschränkenden Funktion gesehen werden.

d) Für die künftige Gestaltung des Insolvenzrechts folgt daraus die Notwendigkeit folgender Differenzierung:

aa) Für den Liquidationsfall geht es um die Abwägung von Gläubiger- und Arbeitnehmerinteressen. Der Grundgedanke der wirtschaftlichen Mitbestimmung läuft mangels wirklicher unternehmerischer Entscheidung leer und gibt deshalb auch keine Maßstäbe mehr ab.

bb) Im Sanierungsfall treten die Unternehmensbelange klar zutage und beschränken den Spielraum für Leistungen. Von gesetzlich geregelten pauschalen Höchstgrenzen sollte gleichwohl abgesehen werden. Keinesfalls zu legitimieren wäre eine Versicherungs- oder Fondlösung. Die Wertungsgesichtspunkte, die die mit Konkursausfallgeld und Pensionssicherungsverein ermöglichte Lastenüberbürdung auf die Unternehmerschaft insgesamt gerade noch rechtfertigen (schon dies ist streitbar), würden die Überwälzung von Sozialplanlasten jedenfalls nicht mehr tragen.

e) Ob die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats im Rahmen des Reorganisationsverfahrens oder parallel zu diesem im bisherigen Verfahrensgang der §§ 111 ff BetrVG untergebracht werden, erscheint lediglich als eine Frage der verfahrensmäßigen Zweckmäßigkeit. Die Gewichtsverteilung der beteiligten Interessen darf sich, welcher Verfahrensgang auch immer gewählt wird, nicht ändern.

2. *Das Anhörungsrecht des Betriebsrats nach § 102 BetrVG*

a) Nicht in Frage steht, daß das auf die einzelne Kündigung bezogene Anhörungsrecht des Betriebsrats neben dem wirtschaftlichen Mitwirkungsrecht, das sich auf die Betriebsänderung insgesamt bezieht, gewahrt bleiben muß. Möglichkeiten zur verfahrensmäßigen Verbindung sollten allerdings ausgeschöpft werden.

b) Gelingt es nicht, den Betriebsrat für eine Zustimmung zu der Betriebsänderung und zu den Kündigungen zu gewinnen, kommt man an einer eventuellen Weiterbeschäftigungspflicht auch im Insolvenzfall nicht vorbei. Jedoch liegt die Befreiungsmöglichkeit nach § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG nahe.