

# Die (insolvenzrechtliche) betriebsbedingte Kündigung aus Richtersicht

---

*Dr. Martin Hejma*

- Richter am Arbeitsgericht Hamburg
- Stellvertretender Bundesvorsitzender des Bundes der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit (BRA)
- Einigungsstellenvorsitzender
- Projektleiter Einführung der eAkte an den Hamburger Fachgerichten

# Agenda

---

- I. Vorab: Insolvenzrechtlicher Blick auf betriebsbedingte Kündigungen**
    - *Relevante insolvenzrechtliche Besonderheiten in der Gerichtspraxis*
  
  - II. In der Gütesitzung – oder: Wie spare ich mir die Punkte III. – VI.**
    - *Vergleichspotential ausschöpfen*
  
  - III. Unternehmerische Entscheidung und Kündigungsverbot wegen BÜ (§ 613a IV 1 BGB)**
    - *Bestandsschutz vs. Sanierungsinteresse*
  
  - IV. Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit**
    - *Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers*
  
  - V. Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit**
    - *Vergleichbare Arbeitsplätze*
  
  - VI. Sozialauswahl**
    - *Herausnahme von Leistungsträgern (Umgang mit „Low Performern“)*
-

# I. Vorab: Insolvenzrechtlicher Blick auf betr.b. Kündigungen I

---

- Grundsatz: Eröffnung einer Inso kein eigenständiger Kündigungsgrund, vielmehr gilt der allgemeine Kündigungsschutz (BAG 28.10.2004, NZA 2005, 285).
- Besonderheiten in § 113 InsO erleichtern aber die ordentliche Kündigung, indem notwendige Kündigungen vereinfacht und zu beschleunigt werden
  - Unbeachtlichkeit von Vertragsdauer und Unkündbarkeitsklauseln in TV oder BV (§ 113 I 1 InsO)
  - Kündigung max. 3 Monate (§ 113 I 2 InsO) – gilt für alle Beendigungs- und Änderungskündigungen
    - ✓ Beginn ab Zugang Kündigung, auch vor Dienstantritt (BAG, 23.02.2017, NZA 2017, 995)
    - ✓ auch bei Eigenverwaltung gem. § 279 1 InsO
    - ✓ nicht für vorläufigen Verwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gem. § 22 1 InsO (BAG 20.01.2005, BB 2005, 1685)

# I. Vorab: Insolvenzrechtlicher Blick auf betr.b. Kündigungen II

---

- Folge → Anforderungen des § 1 II KSchG einer betriebsbedingten Kündigung müssen weitgehend eingehalten werden (hierzu unter II - VI)
- Ausgangspunkt: insolvenzspezifische Entscheidung des Insolvenzverwalters zur Rationalisierung unrentabler Betriebe oder Betriebsteile, bei der Teil der AN ausscheiden soll.
- Im Folgenden Konzentration auf praxisrelevantesten Fragen:
  - Teil der AN wird gekündigt (≠ Gesamtstillegung)
  - v.a. individualrechtliche Voraussetzungen (≠ Massenentlassungsanzeige § 17 , Interessenausgleich, Sozialplan, betriebliche Mitbestimmung inkl. Namensliste)

## II. In der Gütesitzung

---

- Ausgangspunkt des § 1 II 1 KSchG = „Dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des AN in dem jeweiligen Betrieb entgegenstehen.“
- Grundsatz: Interessenausgleich zwischen der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers und des Bestandsschutzinteresses des Arbeitnehmers
- Besonderheit der betriebsbedingten Kündigung: Gründe stammen aus Arbeitgebersphäre
  - Vergleichschancen steigen, je weniger der Arbeitnehmer die unternehmerische Entscheidung als Vertuschungsversuch einer bloß persönlichen Kündigung wahrnimmt
  - Es lohnt sich, dem Arbeitnehmer zunächst zuzuhören und auf Gefühlsebene ins Gespräch zu kommen, noch bevor man nachfolgende Voraussetzungen erörtert
- Besonderheiten in der Insolvenz:
  - Finanzielle Möglichkeiten eingeschränkt
  - Oftmals Vergleich mit weiteren, parallel gekündigten AN

## II. Unternehmerische Entscheidung I

---

### Unternehmerische Entscheidung

- „Entscheidung im Ztpkt. K. getroffen“ = muss sich konkret und greifbar abzeichnen, sie muss noch nicht tatsächlich umgesetzt sein (BAG, Urt. v. 20.11.2014, NZA 2015, 679)
  - Ausreichend: Entschluss einer zentralen Person, wenn fest damit zu rechnen ist, dass weitere zuständige Gremien zustimmen (rglm.: GF)
- Muss das Datum der unternehmerischen Entscheidung genannt werden?
  - BAG: Nicht notwendig, spätere Offenbarung der Entscheidung ggü. Dritten ausreichend

### Gerichtlicher Kontrollmaßstab:

- Mit Blick auf Unternehmerfreiheit Art. 12 I GG Maßstab sehr eingeschränkt
- Tatsächliche Vermutung zugunsten Arbeitgeber, dass sachliche Gründe vorliegen
- Bloße Missbrauchskontrolle (st. Rspr. BAG)
- **Insolvenzkontext:** Konflikt zwischen Bestandsschutz und Sanierungsinteresse (§ 613a IV 1 BGB!)

## II. Unternehmerische Entscheidung II

---

Unternehmerische Entscheidung in der Inso und das Kündigungsverbot nach § 613a IV 1 BGB

- § 613 a IV 1 BGB eigenständiges Kündigungsverbot:  
*„Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils ist unwirksam.“* (Verbot gilt für Veräußerer und Erwerber)
- Aber Satz 2:  
*„Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt unberührt.“*

Drei Konstellationen bei sanierenden Betriebsübernahmen:

- 1. Kündigungen vor konkreter Übernahmemöglichkeit
- 2. Kündigungen aufgrund des Veräußererkonzepts
- 3. Kündigungen aufgrund des Erwerberkonzepts

## II. Unternehmerische Entscheidung III

---

### 1. Kündigungen vor konkreter Übernahmemöglichkeit

- § 613a IV 1 BGB nicht tangiert, wenn Kündigungen vor konkreter Übernahmemöglichkeit
- → Vor Verhandlungen mit einem potentiellen Erwerber ist BÜ nicht für K. ursächlich (MüKOBGB/*Müller-Glöge*, § 613, Rn. 198; *Ascheid/Preis/Schmidt/Steffan*, § 613, Rn. 187)
- Für § 613a IV 1 BGB demgegenüber erforderlich: Konkrete Planung, die schon greifbare Formen der Verwirklichung angenommen hat + Kündigung nur zur Vorbereitung eines BÜ



## II. Unternehmerische Entscheidung IV

---

### 2. Kündigungen aufgrund des Veräußererkonzepts

- Wenn Verhandlungen mit Erwerber bereits laufen, liegt § 613a IV 1 BGB nicht vor, „wenn Kündigung von jedem Betriebsinhaber, unabhängig von der Veräußerung, aus notwendigen betriebsbedingten Gründen so hätte durchführen müssen (Ascheid/Preis/Schmidt/*Steffan*, Rn 188; *Hanau*, FS Gaul, 290).
- Dann liegt eigenes betriebliches Erfordernis des derzeitigen Betriebsinhabers vor, dass die Kündigung unter den weiteren Voraussetzungen des § 1 II KSchG rechtfertigen kann (Erf/*Preis*, § 613a BGB, Rn. 164) – jedenfalls dann wenn Erfordernis auf selbst gewonnenen wirtschaftlichen Erkenntnissen beruht und nicht auf Vorgaben des Erwerber(BAG 18.07.1996, NZA 1997, 148)

## II. Unternehmerische Entscheidung V

---

### 3. Kündigungen aufgrund des Erwerberkonzepts

- Kündigungen des Veräußerers aufgrund Vorgaben des potentiellen Veräußerers werden überwiegend anerkannt, auch vom BAG (BAG, 26.05.1983, NJW 1984, 627; BAG 20.03.2003, NZA 2003, 1027)
- Argument: Nicht Sinn und Zweck des § 613a IV 1 BGB AV künstlich zu verlängern
- Aber Forderung des Erwerbers allein nicht ausreichend, es bedarf eines Konzepts oder eines Sanierungsplans
- Ob der *Veräußerer* das Konzept selbst umsetzen kann ist unerheblich, typischerweise hat Erwerber andere Möglichkeiten notwendige Rationalisierungsmaßnahmen durchzuführen (BAG 20.03.2003, NZA 2003, 1027)

### III. Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit I

---

- Ausgangsfall (nach BAG, Urt. v. 12.04.2002, NZA 2002, 1205 [1206])
  - Reinigungsauftrag eines Reinigungsunternehmens läuft aus
  - Unternehmen kündigt Arbeitsverträge betriebsbedingt mit Blick auf Wegfall d. Auftrags
  - Unternehmen bewirbt sich aber gleichzeitig auf neue Ausschreibung
  - → Wie würden Sie entscheiden? „Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit“ ausreichend?
  
- BAG: NICHT AUSREICHEND
  - Kein Wegfall des Beschäftigungsbedarfs wenn über Neuvergabe noch nicht entschieden ist
  - Auch längere Kündigungsfristen rechtfertigen keine Kündigung auf Vorrat
  - Wille des AG muss *endgültig* gebildet sein

### III. Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit II

---

- Umsetzung der Entscheidung und tatsächliches Entfallen der Beschäftigungsmöglichkeit ist voll überprüfbar (st. Rspr. BAG, Urt. v. 23.02.2012, NZA 2012, 852)
- Fallgruppen:
  - Einstellung der unternehmerischen Tätigkeit
  - Vergabe an Fremdfirmen
    - Kontrollfrage BAG: Werden bisher im Betrieb ausgeführte Tätigkeiten zur *selbständigen* Ausführung an Dritte ausgelagert? (BAG, Urt. v. 16.12.2004, NZA 2005, 761); beachte hier: Betriebsübergang?
  - Neues Organisationskonzept / Wegfall einer Hierarchieebene
    - **Hohe Anforderungen an Darlegung des Arbeitgebers: Wie kann Arbeit durch verbleibende Kräfte gesetzes- und arbeitsvertragskonform geleistet werden?** (BAG, Urt. v. 17.06.1999, NZA 1999, 1157)
    - *Rechnerischer* Überhang von Arbeitskräften ist von Arbeitgeber darzustellen

## IV. Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit I

---

- Ultima-ratio-Prinzip (§ 1 Abs. 2 KSchG): Weisung / Versetzung / Änderungskündigung auf anderen Arbeitsplatz (BAG, Urt. v. 04.04.2008, NZA 2008, 812, Rn. 12 f.)
  - Weiterbeschäftigung an einem anderen **Arbeitsplatz im Betrieb *oder* im Unternehmen** (nicht: Konzern) **im Inland** (BAG, Urt. v. 24.09.2015, NZA 2015, 1457, Rn. 18)
  - Entgegen Wortlaut („... und der BR ...“) **unabhängig davon, ob BR widersprochen** hat (BAG, Urt. v. 13.09.1973, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969)
  - „**Frei**“ sind dabei alle Arbeitsplätze, die frei sind oder mit hinreichender Sicherheit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist frei werden (Schulbeispiel: Ausscheiden aus Altersgründen) (BAG, Urt. v. 29.08.2013, NZA, 2014, 730)
  - In Rede stehen bei alledem nur **vergleichbare Arbeitsplätze ...**

## IV. Anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeit II

---

- **Vergleichbare Arbeitsplätze** (BAG, Urt. v. 05.06.2008, NZA 2008, 1180, Rn. 17)
  - Auch Arbeitsplätze mit angemessener Einarbeitungszeit, inkl. Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen, wenn *zumutbar* (BAG, Urt. v. 07.02.1991, NZA 1991, 806)
  - Aber: **kein Recht auf Beförderung** (BAG, Urt. v. 23.11.2004, NZA 2005, 986)
  - Wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes müssen auch freie Arbeitsplätze zu **schlechteren Arbeitsbedingungen** angeboten werden
    - Grenze erst: völlig unterwertige Beschäftigung; extremer Ausnahmefall, wenn dem Arbeitnehmer schlechthin unzumutbar (BAG, Urt. v. 05.06.2008, NZA 2008, 1180)
    - Nicht mehr anzubieten sind vom Arbeitnehmer kürzlich endgültig abgelehnte Stellen

## V. Sozialauswahl I

---

- Ausgangspunkt – 4 Schritte:
  1. Sozialauswahl durchzuführen?
    - Sind (zu wenige) Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten gegeben?
  2. Bildung der Vergleichsgruppe
    - Wer muss miteinbezogen werden?
  3. Treffen der Auswahlentscheidung anhand sozialer Daten
    - Wie werden die Sozialdaten gewichtet?
  4. **Herausnahme von einzelnen Arbeitnehmern (Leistungsträger)**
    - **Inwieweit kann AG gestaltend eingreifen?**

## V. Sozialauswahl II

---

- § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG: Herausnahme von Arbeitnehmern, deren Weiterbeschäftigung „wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur“ im berechtigten, betrieblichen Interesse liegt
  - Arbeitgeber muss von Vorschrift Gebrauch machen *wollen* = Arbeitnehmer kann sich hiermit nicht gegen eigene Kündigung wehren
- BAG relativiert die Möglichkeiten des Arbeitgebers, weshalb Spielraum hier oft von Arbeitgeberseite überschätzt wird
  - BAG betont Abwägung auch zwischen Interessen des sozial schwächsten Arbeitnehmers mit betrieblichen Interessen (BAG, Urt. v. 12.04.2002, NZA 2003, 1498)
  - Hohe Darlegungslast des Arbeitgebers: bloße plausible Darstellung nicht ausreichend, sondern konkrete Nachteile des Betriebs müssen nachgewiesen werden (BAG, 18.03.2010, NZA 2010, 1059, Rn. 23)



# Zusammenfassung in 6 Botschaften

---

## **I. Vorab: Insolvenzrechtlicher Blick auf betriebsbedingte Kündigungen**

- *Weitgehend „normale“ Kündigung: Insolvenz kein Kündigungsgrund*

## **I. In der Gütesitzung – oder: Wie spare ich mir die Punkte II. – V.**

- *Vergleichspotential ausschöpfen: Kündigung aus Arbeitgebersphäre betonen*

## **II. Unternehmerische Entscheidung**

- *Reichweite der Unternehmerfreiheit: Abgrenzung zu § 613a IV 1 BGB beachten*

## **III. Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit**

- *Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers: Endgültiger Wegfall erforderlich*

## **IV. Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit**

- *Vergleichbare Arbeitsplätze: Großzügige Angebote erforderlich*

## **V. Sozialauswahl**

- *Herausnahme Leistungsträger: Nur zur Vermeidung konkreter betrieblicher Nachteile*



---

Vielen Dank!

-

Haben Sie noch Fragen?

# Betriebsbedingte, außerordentliche Kündigung

---

- Praktischer Anwendungsfall: Ausspruch außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist bei Ausschluss der ordentlichen Kündigungsmöglichkeit
  - Auch AG mit vielen unkündbaren AN kann die Organisationsentscheidung treffen, Tätigkeiten fremd zu vergeben (BAG, Urt. v. 22.11.2012, NZA 2013, 730)
- Dennoch: Sehr hohe Anforderungen an AG
  - AG muss alle zumutbaren Mittel einer Weiterbeschäftigung ausschöpfen
  - Abgestufte Beweislast: Nennt AN Vorstellung der Weiterbeschäftigung, so muss AG auch darlegen, weshalb auch Umorganisation nicht zumutbar war bzw. auch in Zukunft bei Berücksichtigung üblicher Fluktuation kein geeigneter Arbeitsplatz freiwerden wird (BAG, Urt. v. 17.09.1998, NZA 1999, 258)