
Datum: 14.10.2004
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 Sa 1102/04
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2004:1014.4SA1102.04.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Münster, 2 Ca 2851/03
Schlagworte: Ende der Amtszeit des Betriebsrats - Neubegründung der Arbeitsverhältnisse der Betriebsratsmitglieder - Betriebsänderung im Sinne der §§ 111 BetrVG, 125 Abs. 1 InsO
Normen: § 13 Abs. 2 Nr. 6, §§ 22, 24 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, § 625 BGB, § 111 S. 3 BetrVG i.V.m. § 17 Abs. 1 KSchG, § 125 Abs. 1 InsO
Leitsätze:

1. Im Falle der fristlosen Eigenkündigung aller Betriebsratsmitglieder und aller Ersatzmitglieder endet die Amtszeit des Betriebsrats sofort; der Betrieb wird betriebsratslos. Eine Weiterführung des Amtes durch den nicht mehr existierenden Betriebsrat analog § 22 BetrVG kommt nicht in Betracht.
2. Wird das Arbeitsverhältnis nach rechtlicher Beendigung wieder neu begründet, so lebt das erloschene Betriebsratsamt dadurch grundsätzlich nicht wieder auf. Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn das beendete Arbeitsverhältnis mit Wissen des Arbeitgebers bzw. des an seine Stelle getretenen Insolvenzverwalters "nahtlos" fortgesetzt wird und der Arbeitgeber/Insolvenzverwalter nicht gemäß § 625 BGB unverzüglich widerspricht.
3. Als Betriebsänderung im Sinne des § 111 Satz 3 BetrVG gilt auch ein Personalabbau ohne Verringerung der sächlichen Betriebsmittel in der Größenordnung der Zahlen und Prozentangaben des § 17 Abs. 1 KSchG ohne Beschränkung auf den Dreißig-Tage-Zeitraum. Als Umkehrschluss daraus folgt

daraus, dass die Vermutungswirkung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO dann nicht in Anspruch genommen werden kann, wenn es nur um die Kündigung einzelner Arbeitnehmer geht, ohne dass die Voraussetzungen für eine Betriebsänderung durch reinen Personalabbau gegeben sind.

Rechtskraft: Die Revision wird nicht zugelassen

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das Schlussurteil des Arbeitsgerichts Münster vom 22.04.2004 - 2 Ca 2851/03 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 6.000,00 € festgesetzt.

Tatbestand	1
Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer vom Beklagten nach Insolvenzeröffnung dem Kläger gegenüber ausgesprochenen Kündigung.	2
Der Beklagte ist durch Beschlüsse des Amtsgerichts Münster vom 21.08.2003 und vom 01.10.2003 – 74 IN 107/03 – zunächst zum vorläufigen und dann zum endgültigen Insolvenzverwalter über das Vermögen der im Handelsregister des Amtsgerichts Beckum unter HRA 1974 eingetragenen Firma B1xxxxx GmbH & Co. KG (Insolvenzschuldnerin), einer Möbelfabrik aus O2xxx-S3xxxxxxx, bestellt worden.	3
Bei ihr war der 1964 geborene, verheiratete und drei Kindern gegenüber unterhaltsverpflichtete Kläger seit 1994 als Maschinenbediener zu einem durchschnittlichen Bruttomonatslohn von zuletzt von 2.000,00 € beschäftigt.	4
Im Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung am 20.08.2003 hatte die Insolvenzschuldnerin noch 263 Arbeitnehmer, darunter die Mitglieder des von der Belegschaft gewählten neunköpfigen Betriebsrats. Bedingt durch eine Belegschaftsinitiative kündigten bis auf 17 alle übrigen Arbeitnehmer, darunter sämtliche Betriebsrats und Ersatzmitglieder, ihre Arbeitsverhältnisse zur Insolvenzschuldnerin selbst zum 30.09.2003 fristlos auf. Der Kläger sprach eine solche Kündigung nicht aus.	5
Nach Verfahrenseröffnung begründete der Beklagte mit 180 Arbeitnehmern ein neues Arbeitsverhältnis zu im Durchschnitt 22 % verringerten und damit auf Tarifniveau reduzierten Vergütungsansprüchen. Der Abschluss der neuen Arbeitsverträge mit den neu eingestellten 180 Arbeitnehmern erfolgte unter Nichtberücksichtigung der vormaligen	6

Betriebszugehörigkeitszeiten.

Zuvor war eine Firma B1xxxxx Möbel GmbH gegründet und am 30.09.2003 beim Amtsgericht Beckum unter HRB 2577 ins Handelsregister eingetragen worden. Mit Klageschrift vom 08.10.2003 hat der Kläger die B1xxxxx Möbel GmbH als Beklagte zu 1) auf Feststellung in Anspruch genommen, dass sein Arbeitsverhältnis mit Wirkung des 01.10.2003 von der Insolvenzschriftschuldnerin auf die Beklagte zu 1) zu unveränderten Bedingungen übergegangen sei. Aufgrund der Versicherung des Geschäftsführers B5xxxxx im Kammertermin vom 22.04.2004, die von ihm vertretene Beklagte zu 1) habe bislang keinerlei Tätigkeiten aufgenommen, hat der Kläger diese Klage zurückgenommen. 7

Unter dem 06.10.2003 schloss der Beklagte mit der IG Metall einen Anerkennungstarifvertrag und einen Standortsicherungstarifvertrag mit der Zielsetzung, den Standort und einen wesentlichen Teil der Beschäftigungsverhältnisse zu erhalten. 8

Mit Schreiben vom 07.10.2003 teilte der Beklagte dem Betriebsrat unter anderem folgende mit: 9

... Die drastischen Umsatzeinbußen, die zu erheblichen Verlusten geführt haben und damit 10 Auslöser der Insolvenz waren, sind auf Dauer nicht durch die bislang praktizierte Kurzarbeit hinsichtlich der Beschäftigung auszugleichen. Im Rahmen der vorgesehenen Fortführung des Betriebes und der noch für möglich erachteten Umsatzgrößen ist eine Anpassung der Beschäftigtenzahl auf 180 erforderlich, um den Bestand des Unternehmens künftig sichern zu können.

Dies bedeutet, dass 18 Arbeitnehmern das Beschäftigungsverhältnis aufgekündigt werden muss.... 11

Ich füge in der Anlage eine Auflistung der zur Kündigung vorgesehenen 18 Mitarbeiter bei. ..12 Wie aus der Auflistung erkennbar ist, wird in allen Fällen die 3-Monats-Frist auf Grund der mehrjährigen Betriebszugehörigkeit zum Tragen kommen.

Da der Umfang der ausgesprochenen Kündigungen nicht den Anteil von 10 % erreicht, 13 vertrete ich die Auffassung, dass es sich hier nicht um eine wesentliche Betriebsänderung im Sinne von § 111 BetrVG handelt. Ungeachtet dessen bin ich unter der Voraussetzung, dass der Gläubigerausschuss meinem Vorschlag folgt, bereit, mit Ihnen über einen Interessenausgleich – verbunden mit einem anschließenden Sozialplan – zur Milderung der entstehenden Nachteile zu verhandeln....

Unter dem 28.10.2003 vereinbarte der Beklagte mit dem Betriebsrat einen 14 Interessenausgleich mit Namensliste, der den Neuanfang durch den Insolvenzverwalter bei veränderten Betriebsabläufen, angepasstem Personalbestand und Sachkostenreduzierung vorsieht. In der Namensliste ist der Kläger unter der laufenden Nummer 11 aufgeführt.

Mit Schreiben vom 27.10.2003, dem Kläger zugegangen am 29.10.2003, kündigte der 15 Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 31.01.2004.

Hiergegen hat sich der Kläger, der bereits mit Schreiben vom 30.09.2003 von der Arbeit 16 freigestellt worden war, mit Klageerweiterungsschrift vom 30.10.2003, beim Arbeitsgericht Münster am gleichen Tage per Telefax eingegangen, zur Wehr gesetzt.

Die mit weiterer Klageerweiterung für die Monate Oktober 2003 bis Januar 2004 geltend 17 gemachten Lohnansprüche hat der Beklagte in Höhe von 4.165,31 € anerkannt, so dass das

Arbeitsgericht Münster hierüber antragsgemäß am 22.04.2004 ein Anerkenntnis-Teilurteil erlassen hat.

Das Arbeitsgericht Münster hat sodann durch Schlussurteil vom 22.04.2004 (2 Ca 2851/03), auf welches zur weiteren Darstellung des erstinstanzlichen Sachverhalts und der Antragstellung vollinhaltlich verwiesen wird, wie folgt für Recht erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass das zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2) bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung des Beklagten zu 2) vom 27.10.2003 sein Ende gefunden hat. 19
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte zu 2). 20
3. Der Streitwert wird auf 6.000,00 € festgesetzt. 21

Gegen das am 11.05.2004 zugestellte Schlussurteil hat der Beklagte am 11.06.2004 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 12.08.2004 an diesem Tage begründet. 22

Er trägt vor, soweit das Arbeitsgericht in Bezug auf die dem Kläger ausgesprochene Kündigung zum 31.01.2004 in Zweifel ziehe, dass die Vermutungswirkung des § 125 InsO greife, erachte er, der Beklagte, die diesbezüglichen Rechtsausführungen des Arbeitsgerichts nicht für zutreffend. Auch wenn die Betriebsratsmitglieder ebenso wie andere Arbeitnehmer zum 30.09.2003 eine Eigenkündigung ausgesprochen hätten, so bestehe zur Regelung der Lage der betroffenen Arbeitnehmer zumindest noch ein Restmandat des Betriebsrates. Selbst wenn man davon ausgehe, dass eine wirksame Beendigung des Vertragsverhältnisses zum 30.09.2003 erfolgt sei, hätte der Betriebsrat unter Berücksichtigung des ihm zukommenden Restmandates noch die Befugnis gehabt, einen entsprechenden Interessenausgleich mit Namensliste abzuschließen. Ein Erlöschen der Funktion des Amtes als Betriebsrat bis zum Zeitpunkt der getroffenen Vereinbarung sei daher nicht erfolgt. 23

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts greift daher die Vermutungswirkung des § 125 InsO, die der Kläger – wiederum entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts – nicht habe widerlegen können. Das Arbeitsgericht führe hierzu aus, dass zum 24

01.10.2003 nur noch 17 Arbeitsverhältnisse bestanden hätten. Wenn nach dem unternehmerischen Konzept ein Bedarf von 180 Arbeitnehmern bestanden habe, hätte es an ihm, dem Beklagten gelegen, lediglich 163 Neueinstellungen vorzunehmen, um die erforderliche Anzahl von Arbeitnehmern zu erhalten. Durch die Einstellung von 180 Arbeitnehmern habe er, der Beklagte, den späteren Kündigungsgrund selbst geschaffen, so dass er sich folglich gemäß § 162 Abs. 2 BGB nicht auf diesen Umstand berufen könne. 25

Diese Auffassung des Arbeitsgerichts sei unzutreffend. Zunächst einmal sei festzuhalten, dass es nicht darum gegangen sei, 180 Arbeitnehmer überhaupt zukünftig zu beschäftigen, sondern vielmehr sei diesen Arbeitnehmern ein Aufgaben- und Funktionsbereich im Betrieb zugeordnet worden. Wenn und soweit für den betreffenden Aufgaben- und Funktionsbereich nach Änderung der Strukturen kein konkreter Personalbedarf aufgrund Umstrukturierung und Organisationsänderung (mehr) bestehe, bestehe auch kein Anlass, entsprechende Arbeitnehmer zusätzlich einzustellen bzw. Mitarbeiter, die man zur Umsetzung des unternehmerischen Konzeptes nicht benötige, wie den Kläger, sinnloser Weise weiterzubeschäftigen, obwohl man für diesen Mitarbeiter keinen Beschäftigungsbedarf und 26

auch keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr habe. Gerade unter dem Gesichtspunkt der Insolvenz der Insolvenzschuldnerin könne es ihm, dem Beklagten, nicht zugemutet werden, mit dem Kläger einen Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen, den er für die Durchführung der Produktionsabläufe nicht benötige und dessen Einsatz auch nicht erforderlich sei. So habe er, der Beklagte, bereits erstinstanzlich ausgeführt, dass die allenfalls mit einer Vergleichbarkeit mit dem Kläger einzubeziehenden Mitarbeiter K4xxx und W2xxxxxx wesentlich flexibler einsetzbar seien als der Kläger. Der Mitarbeiter W2xxxxxx sei als Tischler im Besitz der Zusatzqualifikation als Facharbeiter, sei also höher qualifiziert und für den Betrieb nicht entbehrlich, im Ergebnis aus der sozialen Auswahl herauszunehmen. Auch der Mitarbeiter K4xxx könne in mehreren Bereichen der Vormontage sowie in der Materialdisposition eingesetzt werden. Diese Flexibilität besitze der Kläger nicht. Gerade vor dem Hintergrund der auf einer unternehmerischen Konzeption beruhenden Rückführung der Produktion, wie sie bereits erstinstanzlich dargelegt worden sei, obliege es seine

Entscheidungsgewalt als Verwalter, welche Mitarbeiter er für eine zunächst vorläufige Fortsetzung des Betriebes für erforderlich und geeignet erachte. Insoweit überwiege auch das Gesamtinteresse aller Gläubiger gegenüber dem Einzelinteresse des Klägers. Das Interesse der Gläubiger bestehe an der möglichst langfristigen Aufrechterhaltung des Betriebes und damit im Rahmen der Verwertung, die eingehenden Gelder den Gläubigern zufließen könnten. Dies sei aber nur dann möglich, wenn er als Verwalter mit einer entsprechenden Konzeption den Betrieb fortführe. Der Kläger sei als Person und Mitarbeiter insoweit nicht geeignet gewesen. Im Rahmen seiner, des Beklagten, personellen und unternehmerischen Konzeption habe der Kläger aufgrund seiner Kenntnisse und Fertigkeiten keine weitere Verwendung mehr finden können. Insoweit sei er, der Beklagte, auch nicht gehalten gewesen, an einem bestehenden Arbeitsverhältnis zum Kläger, unabhängig davon, ob dieser bereit gewesen sei, das Rettungskonzept mitzutragen oder nicht, festzuhalten. Von daher habe zu Recht das Arbeitsverhältnis des Klägers aus dringenden betrieblichen Gründen gekündigt.

27

Der Beklagte beantragt,

28

das am 22.04.2004 verkündete und am 11.05.2004 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts²⁹ Münster – 4 Ca 2851/03 – abzuändern und die Klage abzuweisen sowie den Wert des Streitgegenstandes festzusetzen.

Der Kläger beantragt,

30

die Berufung zurückzuweisen und den Wert des Streitgegenstandes festzusetzen.

31

Er verteidigt das angefochtene Urteil und trägt ergänzend vor, insbesondere habe das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt, dass der Beklagte sich nicht auf die Vermutung des § 125 InsO berufen könne. Ein wirksamer Interessenausgleich liege nicht vor. Der Interessenausgleich habe nicht wirksam mit den früheren Betriebsratsmitgliedern abgeschlossen werden können, die ihr Beschäftigungsverhältnis sämtlich durch Eigenkündigung zum 30.09.2003, also vor Vereinbarung des Interessenausgleiches, gekündigt gehabt hätten. Er der Kläger, beziehe sich ausdrücklich in seinem Vortrag auf den Umstand, dass mangels vorhandenen Betriebsrates ein Interessenausgleich nicht wirksam habe abgeschlossen werden können.

32

Auch aus sonstigen Gründen sei die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses nicht gerechtfertigt gewesen. Insbesondere könne der Beklagte sich nicht auf einen Arbeitskräfteüberhang im Verhältnis zur Auftragslage berufen. Hierzu habe das Arbeitsgericht

33

zutreffend ausgeführt, dass der Beklagte unmittelbar vor der Kündigung des Klägers noch 180 Arbeitnehmer eingestellt habe. Unstreitig bestehe ein Bedarf an der Tätigkeit des Klägers fort. Ergänzend werde vorgetragen, dass die von dem Beklagten angeführten Mitarbeiter K4xx und W2xxxxxx durch Wegfall seiner, des Klägers, Arbeitskraft Überstunden in erheblichem Umfang, nämlich in einem Umfang von mehr als 30 % monatlich auszuführen hätten. Die Angriffe des Beklagten gegen das Urteil griffen nicht durch. Ein Restmandat des Betriebsrates könne bei Eigenkündigung der

Betriebsratsmitglieder nicht bestehen. Bestritten werde, dass den 180 Arbeitnehmern im einzelnen Aufgaben und Funktionen im Betrieb zugeordnet gewesen seien. Bestritten werde, dass eine Umstrukturierung und Organisationsänderung dergestalt erfolgt sei, so dass der Beschäftigungsbedarf und die Beschäftigungsmöglichkeit für ihn, den Kläger, weggefallen sein sollte. Bestritten werde an dieser Stelle, dass die Mitarbeiter W2xxxxxx und K4xxx höher qualifiziert seien als er, der Kläger. Beide Mitarbeiter hätten während der früheren Beschäftigungszeiten stets identische Tätigkeiten als Maschinenbediener verrichtet wie er, der Kläger, diese erledigt habe. Auch er, der Kläger, sei im Bereich der Vormontage und Materialdisposition eingesetzt gewesen. Auf keinen Fall sei es zulässig, die Eigenkündigung der gesamten Belegschaft gleichzustellen einer Kündigung durch den Insolvenzverwalter aufgrund eines Betriebsfortführungskonzeptes eines potentiellen Erwerbers. Wäre es zutreffend, dass die Fortführung des Betriebes geplant gewesen sei, ohne die Weiterbeschäftigung der 17 gekündigten Arbeitnehmer, so hätte die Kündigung dieser Arbeitnehmer vollständig ausgereicht. Die Eigenkündigung der übrigen Mitarbeiter sei dagegen vor dem Hintergrund veranlasst gewesen, neue Arbeitsverträge mit niedrigeren Löhnen zu vereinbaren.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze sowie auf die zu den Gerichtsakten gereichten Urkunden Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die aufgrund entsprechender Beschwer statthafte, form- und fristgerecht eingelegte sowie rechtzeitig ordnungsgemäß begründete Berufung des Beklagten hat keinen Erfolg und führt deshalb zur Zurückweisung des Rechtsmittels.

Das Arbeitsverhältnis des Klägers zur Insolvenzschildnerin ist durch die Kündigung des beklagten Insolvenzverwalters vom 27.10.2003 nicht aufgelöst worden.

1. Bei Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste wird vermutet, dass die Kündigung der bezeichneten Arbeitnehmer aufgrund einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG durch dringende betriebliche Erfordernisse, die im Falle einer Beendigungskündigung einer Weiterbeschäftigung in diesem Betrieb bzw. einem anderen Betrieb desselben Unternehmens entgegenstehen, bedingt ist (§ 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO). Im Falle eines Betriebsübergangs erstreckt sich diese Vermutung auch darauf, dass die Kündigung der Arbeitsverhältnisse nicht wegen des

Betriebsübergangs erfolgt (§ 128 Abs. 2 InsO).

1.1. Bei Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste kehrt sich im Kündigungsschutzprozess, in dem nach bislang geltendem Recht der Insolvenzverwalter gem. § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG für das Vorliegen von dringenden betrieblichen Erfordernissen darlegungs und beweispflichtig war, die Darlegungs und Beweislast um (BAG, Urt. v.

07.05.1998 – 2 AZR 536/97, NZA 1998, 933 = ZIP 1998, 1809; BAG, Urt. v. 02.12.1999 – 2 AZR 757/98, NZA 2000, 531 = ZInsO 2000, 411 = ZIP 2000, 676). Im Kündigungsschutzprozess beschränkt sich deshalb die Darlegungs und Beweislast des Insolvenzverwalters auf die "Vermutungsbasis", d.h. der Insolvenzverwalter hat die tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorschriften des § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO substantiiert darzulegen und ggf. zu beweisen (BAG, Urt. v. 06.12.2001 – 2 AZR 422/00, NZA 2002, 999 = ZInsO 2002, 1104), nämlich:

- dass der Interessenausgleich wegen einer bestimmten Betriebsänderung rechtswirksam zustande gekommen ist, 42
- dass der Arbeitnehmer wegen der diesem Interessenausgleich zugrunde liegenden Betriebsänderung entlassen worden ist, 43
- ggf., dass der Arbeitnehmer einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil zugeordnet worden ist; 44
- dass der gekündigte Arbeitnehmer in diesem Interessenausgleich namentlich bezeichnet ist. 45

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist festzustellen, dass der Vortrag des beklagten Insolvenzverwalters diesen Anforderungen *nicht* genügt: 46

1.1.1. Die Anwendung des § 125 Abs. 1 InsO setzt voraus, dass der Interessenausgleich wegen einer bestimmten Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG rechtswirksam zustande gekommen ist und dass die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, namentlich bezeichnet sind. Den übrigen Inhalt des Interessenausgleichs und das Wie seines Zustandekommens lässt § 125 InsO offen (*Oetker/Friese*, DZWIR 2001, 177, 178). Die Vorschrift knüpft an das System der §§ 111, 112 BetrVG an. Es handelt sich bei dem in § 125 Abs. 1 InsO genannten Interessenausgleich nicht um einen solchen "eigener oder neuer Art" (so aber *Hess/Weis/Wienberg*, 2. Aufl., §125 InsO Rn. 6; *Lohkemper*, KTS 1996, 1, 20; *Nerlich/Römermann/Hamacher*, Lsbl., § 125 InsO Rn. 14; *Schrader*, NZA 1997, 70, 73; *Warrikoff*, BB 1994, 2338, 2341; *Zwanziger*, Arbeitsrecht in der Insolvenz, 2. Aufl., § 125 InsO Rn. 2), sondern um einen solchen im Sinne des § 112 Abs. 1 BetrVG, denn es gibt –wie die Bezugnahme auf § 111 BetrVG 47

erkennen lässt – keine unterschiedlichen Begriffe oder Grundlagen für einen Interessenausgleich im Zusammenhang mit Betriebsänderungen inner oder außerhalb der Insolvenz eines Unternehmens, sondern lediglich Interessenausgleiche mit unterschiedlichen Regelungsinhalten (*Kübler/Prütting/Moll*, Lsbl., § 125 InsO Rn. 20; zust. *Oetker/Friese*, DZWIR 2001, 177, 178; *Uhlenbruck/Berscheid*, 12. Aufl., § 125 InsO Rn. 12; ähnl. *Giesen*, ZIP 1998, 46, 50; *Lakies*, RdA 1997, 145, 149; *Matthes*, RdA 1999, 178. 180; *B. Preis*, DB 1998, 1614, 1615). Für das Zustandekommen gelten mit der Modifizierung durch § 121 InsO die Regelungen des § 112 Abs. 1–3 BetrVG. Insbesondere muss der Insolvenzverwalter ihn mit dem "zuständigen" Betriebsrat abgeschlossen haben (*Berscheid/Kunz/Brand*, Praxis des Arbeitsrechts, 2. Aufl., Teil 8 Rn. 129; *Uhlenbruck/Berscheid*, 12. Aufl., § 125 InsO Rn. 13). 48

1.1.2. Vorliegend hat der beklagte Insolvenzverwalter den Interessenausgleich mit Namensliste am 28.10.2003 mit einem nicht mehr existenten Betriebsrat vereinbart. Im Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung am 20.08.2003 hatte die Insolvenzschuldnerin zwar noch 263 Arbeitnehmer, darunter die Mitglieder des von der Belegschaft gewählten neunköpfigen Betriebsrats, bedingt durch eine Belegschaftsinitiative haben jedoch bis auf 17 49

Arbeitnehmer alle übrigen Arbeitnehmer, darunter sämtliche Betriebsrats und Ersatzmitglieder, ihre Arbeitsverhältnisse zur Insolvenzschuldnerin selbst zum 30.09.2003 fristlos gekündigt. Mit der rechtlichen Beendigung der Arbeitsverhältnisse der Betriebsratsmitglieder endet deren Mitgliedschaft im Betriebsrat mit sofortiger Wirkung (§ 24 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG), mit dem Verlust des Amtes aller Betriebsratsmitglieder und aller Ersatzmitglieder endet auch das Amt des Betriebsrats selbst (*LAG Hessen*, Urt. v. 30.07.2001 – 16 Sa 1989/00, ZInsO 2002, 740; *Berscheid*, AR-Blattei SD 530.6.3. Rn. 78; *DKK-Buschmann*, 7. Aufl., § 21 BetrVG Rn. 28; *FKHES*, 21. Aufl., § 21 BetrVG Rn. 29; *GK-Wiese/Kreutz*, 6. Aufl., § 21 BetrVG Rn. 36; *HSWG-Schlochauer*, 6. Aufl., § 21 BetrVG Rn. 22; *Richardl/Thüsing*, 8. Aufl., § 21 BetrVG Rn. 26). Die Amtszeit des Betriebsrats im Falle der fristlosen Eigenkündigung aller Betriebsratsmitglieder und aller Ersatzmitglieder endet sofort; der Betrieb wird betriebsratslos, die Neuwahl ist nach § 13 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG vorzunehmen. Eine Weiterführung des Amtes durch den nicht mehr existierenden Betriebsrat kam nicht in Betracht. § 22 BetrVG ist nicht einschlägig, weil diese Bestimmung eine Fortführung der Geschäfte durch den Betriebsrat nur in den Fällen des § 13 Abs. 2 Nrn. 1–3 BetrVG vorsieht und eine der dort genannten Konstellationen nicht gegeben ist. Das Ausscheiden sämtlicher Betriebsratsmitglieder aus dem Arbeitsverhältnis ist auch nicht einem Rücktrittsbeschluss des Betriebsrats durch die Mehrheit seiner Mitglieder (§ 13 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG) gleichzustellen (*LAG Hessen*, Urt. v. 30.07.2001 – 16 Sa 1989/00, ZInsO 2002, 740), zwar selbst dann nicht, wenn es sich – wie vorliegend aufgrund der Belegschaftsinitiative – um eine "gemeinsame Aktion" handelt. Einer derartigen Analogie steht bereits entgegen, dass der Gesetzgeber die Weiterführung der Geschäfte auf die gesetzlich abschließend genannten Fälle beschränkt hat (*BAG*, Bes. v. 29.05.1991 – 7 ABR 54/90, AP Nr. 5 zu § 4 BetrVG 1972). Im Übrigen verbietet sich eine derartige Gleichstellung im vorliegenden Fall auch deshalb, weil § 13 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG – nicht anders als die Nr. 1 und die Nr. 2 – voraussetzt, dass die ehemaligen Betriebsratsmitglieder noch in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen. Daran fehlt es beim Ausscheiden sämtlicher Betriebsratsmitglieder aus dem Arbeitsverhältnis (*LAG Hessen*, Urt. v. 30.07.2001 – 16 Sa 1989/00, ZInsO 2002, 740).

1.1.3. Ist das Arbeitsverhältnis des Betriebsratsmitglieds einmal aufgelöst, so ist damit die Mitgliedschaft im Betriebsrat beendet (*BAG*, Bes. v. 10.02.1977 – 2 ABR 80/76, AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972 [*Moritz*] = AR-Blattei "Leiharbeitsverhältnis: Entsch. 11" [*Seiter*] = EzA § 103 BetrVG 1972 Nr. 18). Wird das Arbeitsverhältnis nach rechtlicher Beendigung wieder neu begründet, so lebt das erloschene Betriebsratsamt dadurch grundsätzlich nicht wieder auf (*LAG Nürnberg*, Bes. v. 07.08.1974 – 6 TaBV 13/73, AMBI BY 1975, C27; zust. *DKK-Buschmann*, 7. Aufl., § 24 BetrVG Rn. 19; *FKHES*, 21. Aufl., § 24 BetrVG Rn. 23; *GK-Wiese/Oetker*, 6. Aufl., § 24 BetrVG Rn. 36; *HSWG-Schlochauer*, 6. Aufl., § 24 BetrVG Rn. 21; *Richardl/Thüsing*, 8. Aufl., § 24 BetrVG Rn. 19). Dies gilt selbst dann, wenn die Wiedereinstellung von vornherein in Aussicht genommen und zugesichert war (*BAG*, Urt. v. 05.07.1979 – 2 AZR 521/77, AP Nr. 6 zu § 15 KSchG 1969 [*Richardl*] = AR-Blattei "Betriebsverfassung IX: Entsch. 44" [*Hanau*] = EzA § 15 KSchG n.F. Nr. 22). Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn das rechtlich *rechtswirksam* beendete Arbeitsverhältnis mit Wissen des Arbeitgebers bzw. des an seine Stelle getretenen Insolvenzverwalters "nahtlos" fortgesetzt wird und der Arbeitgeber/Insolvenzverwalter nicht gemäß § 625 BGB unverzüglich widerspricht (*GK-Wiese/Oetker*, 6. Aufl., § 24 BetrVG Rn. 36). Ob dieser Grundsatz auch dann gilt, wenn für die verabredeten Eigenkündigungen kein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vorliegt, etwa weil entweder die Lohn oder Gehaltsrückstände des Arbeitgebers noch nicht erheblich (siehe dazu *BAG*, Urt. v. 26.07.2001 – 8 AZR 739/00, BAGReport 2002, 107 = NZA 2002, 325 = ZInsO 2002, 548) oder aber die Lohn oder Gehaltszahlungen durch Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes

gesichert (*LAG Hamm*, Urt. v. 26.11.1998 – 4/19 Sa 1360/98, *InVo* 1999, 234 = *ZInsO* 1999, 363) sind oder wenn die Arbeitnehmer mit dem Hinweis auf eine geplante Betriebsveräußerung und Arbeitsplatzgarantien des Erwerbers veranlasst werden, ihre Arbeitsverhältnisse mit dem Betriebsveräußerer selbst fristlos zu kündigen, um dann mit dem Betriebserwerber neue Arbeitsverträge zu veränderten (meist schlechteren) Konditionen abschließen zu können (sog. Lemgoer Modell – Umgehung von § 613a BGB – siehe dazu *BAG*, Urt. v. 28.04.1987 – 3 AZR 75/86, AP Nr. 5 zu § 1 BetrAVG Betriebsveräußerung

[*Loritz*] = *EzA* § 613a BGB Nr. 67 [*Willemssen*]; *BAG*, Urt. v. 28.04.1987 – 3 AZR 586/86, BB 1988, 411 = *RzK I* 9i Nr. 9), kann vorliegend aus den nachstehenden Überlegungen heraus dahinstehen.

51

1.2. Zunächst ist allerdings klarzustellen, dass dem beklagten Insolvenzverwalter die Berufung auf das Restmandat des Betriebsrats nichts nützt, weil die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht erfüllt sind. Nach § 21b BetrVG n.F. besteht das Restmandat des Betriebsrats nur dann, wenn der Betrieb durch Stilllegung (§ 111 Satz 3 Nr. 1 Alt. 2 BetrVG n.F.), Spaltung (§ 111 Satz 3 Nr. 3 Alt. 2 BetrVG n.F.) oder Zusammenlegung (§ 111 Satz 3 Nr. 3 Alt. 1 BetrVG n.F.) untergeht. Für die Fälle einer (bloßen) Einschränkung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen (§ 111 Satz 3 Nr. 1 Alt. 1 BetrVG n.F.) sieht das Gesetz kein Restmandat vor. Daher ist der Interessenausgleich vom 28.10.2003 nur dann rechtswirksam zustande gekommen, wenn der Betriebsrat seinerzeit (noch) in Amt und Würden gewesen ist. Unterstellt man vorliegend, dass der Betriebsrat sich trotz der konzertierten Kündigungsaktion eben wegen der nahtlosen Weiterbeschäftigung nach Verfahrenseröffnung, die ohne Widerspruch des beklagten Insolvenzverwalters geblieben ist (§ 625 BGB), weiterhin noch im Amt befunden hat (siehe *GK-Wiese/Oetker*, 6. Aufl., § 24 BetrVG Rn. 36), dann ist damit nur der erste von vier Punkten der dem beklagten Insolvenzverwalter obliegenden Darlegungslast erfüllt.

52

1.2.1. Im Rahmen der Darlegung der "Vermutungsbasis" geht es als nächstes darum, dass die Kündigung wegen der zugrunde liegenden Betriebsänderung erfolgt sein muss. Anwendbar ist § 125 Abs. 1 InsO bei allen Betriebsänderungen im Sinne des § 111 BetrVG, die Anwendung des § 125 Abs. 1 InsO scheidet dagegen aus, wenn zwischen den Betriebsparteien lediglich ein "freiwilliger" Interessenausgleich vereinbart wurde (so zu § 1 Abs. 5 KSchG a.F. [1996] *ArbG Wesel*, Urt. v. 28.05.1997 – 6 Ca 389/97, *AuA* 1997, 428 = *NZA-RR* 1997, 341 = *ZAP ERW* 1998, 45 [*Berscheid*]; *Ho-henstatt*, *NZA* 1998, 846, 851; *Kothe*, *BB* 1998, 946, 949; *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 6. Aufl., Rn. 678g; *Zwanziger*, *AuR* 1997, 427; *ders.*, *DB* 1997, 2174, 2175; so zu § 125 InsO *Däubler/Klebe/Kittner*, 7. Aufl., Anh. §§ 111–113 BetrVG: § 125 InsO Rn. 7; *Kittner/Däubler/Zwanziger*, *KSchR*, 4. Aufl., § 125 InsO Rn. 7; *Kübler/Prütting/Moll*, *Lsbl.*, § 125 InsO Rn. 28; *Nerlich/Römermann/Hamacher*, *Lsbl.*, § 125 InsO Rn. 18; *Oetker/Friese*, *DZWIR* 2001, 177; *Richardi*, *NZA* 1999, 617, 618; a.A. *Giesen*, *ZIP* 1998, 46, 49, der die "Richtigkeitsgewähr" des Interessenausgleichs allein aus der Teilnahme des Betriebsrats folgert; ferner *Hess/Weis/Wienberg*, 2. Aufl., § 125 InsO Rn. 6 unter Hinweis auf die Regelung des § 323 Abs. 2 InsO; *Kappenhagen*, *NZA* 1998, 968 ff; *Matthes*, *RdA* 1999, 178, 179; *Schiefer*, *DB* 1997, 1518, 1519; *ders.*, *NZA* 1997, 915, 917 f.). Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist zwar ausreichend, daß sich die Planung des Insolvenzverwalters auf eine Betriebsänderung im Sinne von § 111 BetrVG bezieht, aber es muss sich um eine "konkrete" Betriebsänderung handeln, weil ein "Interessenausgleich auf Vorrat" nicht zulässig ist (*BAG*, Urt. v. 19.01.1999 – 1 AZR 342/98, *NZA* 1999, 949 = *ZInsO* 1999, 544 = *ZIP* 1999, 1411). Die Vermutungswirkung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO kann nur an die von Insolvenzverwalter und Betriebsrat gemeinsam zugrunde gelegte Betriebsänderung

53

anknüpfen (*LAG Düsseldorf*, Urt. v. 27.09.2001 – 11 Sa 782/01, *LAGReport* 2002, 125 = *ZInsO* 2002, 740). Deshalb ist es Sache des Insolvenzverwalters, den Zusammenhang zwischen der Betriebsänderung und den Entlassungen darzulegen (mit dieser Maßgabe zutreffend *ArbG Bonn*, Urt. v. 05.02.1997 – 2 Ca 3268/96, *EzA* § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 1 = *BuW* 1998, 196 [*Sander*] = *DB* 1997, 1517 [*Schiefer*] = *ZAP ERW* 1997, 109 [*Berscheid*]; ebenso *LAG Hamm*, Urt. v. 02.09.1999 – 4 Sa 962/99, *ZInsO* 2000, 352; *LAG Hamm*, Urt. v. 06.07.2000 – 4 Sa 799/00, *DZWIR* 2001, 107, 111 [*Weisemann*] = *ZInsO* 2000, 55x; *Berscheid*, *MDR* 1998, 816, 817; *B. Gaul*, *AuA* 1998, 168; *Kohte*, *BB* 1998, 646, 649 bei Fn. 53; *Oetker/Friese*, *DZWIR* 2001, 177, 179). Dies kann im Interessenausgleich geschehen, in dem dort das Sanierungskonzept samt seinen Folgewirkungen auf die Arbeitsplätze z.B. in einer Präambel kurz dargestellt wird (*ArbG Ludwigshafen*, Urt. v. 11.03.1997 – 1 Ca 3094/96, *ARST* 1997, 235 = *AuR* 1997, 416 = *ZAP ERW* 1997, 11x [*Berscheid*]; zust. *FK-Eisenbeis*, 2. Aufl., § 125 *InsO* Rn. 3; *Uhlenbruck/Berscheid*, § 125 *InsO* Rn. 17).

1.2.2. Dass diese Sichtweise zutreffend ist, zeigt sich insbesondere bei einer Teileinschränkung eines Betriebes, die sich in Form eines bloßen Personalabbaus ohne Verringerung der sächlichen Betriebsmittel vollzieht, wenn hiervon eine größere Anzahl von Arbeitnehmern betroffen ist. Richtschnur, wann erhebliche Teile der Belegschaft betroffen sind, sind die Zahlen und Prozentangaben in § 17 Abs. 1 KSchG (*BAG*, Urt. v. 21.02.2002 – 2 *AZR* 581/00, *BAGReport* 2003, 16 = *NZA* 2002, 1360 = *ZInsO* 2002, 1103). Für Großbetriebe wird diese Staffel eingeschränkt; dort ist eine

Betriebseinschränkung im Sinne des § 111 Satz 3 Nr. 1 Alt. 1 BetrVG erst bei einem Personalabbau von 5 % der Gesamtbelegschaft gegeben (*BAG*, Urt. v. 07.08.1990 – 1 *AZR* 445/89, AP Nr. 34 zu § 111 BetrVG 1972 = *EzA* § 111 BetrVG 1972 Nr. 27; *BAG*, Urt. v. 22.01.2004 – 2 *AZR* 111/02, AP Nr. 1 zu § 112 BetrVG 1972 Namensliste = *EzA* § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 11). Dabei ist der in § 17 Abs. 1 KSchG vorgesehene Zeitraum von 30 Kalendertagen, innerhalb derer die Entlassungen den Schwellenwert überschreiten müssen, um eine Anzeigepflicht auszulösen, für die Frage des erheblichen Personalabbaus im Sinne des § 111 BetrVG nicht maßgebend (*BAG*, Urt. v. 08.06.1999 – 1 *AZR* 696/98, *EzA* § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 46). Maßgeblich ist die Gesamtzahl der Arbeitnehmer, die voraussichtlich, wenn auch in mehreren "Wellen" von Personalabbaumaßnahmen betroffen sein werden (*BAG*, Urt. v. 22.01.2004 – 2 *AZR* 111/02, AP Nr. 1 zu § 112 BetrVG 1972 Namensliste = *EzA* § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 11). Als Umkehrschluss daraus folgt, dass die Regelungen des § 125 Abs. 1 *InsO* dann nicht gelten, wenn es nur um die Kündigung einzelner Arbeitnehmer geht, ohne dass die Voraussetzungen für eine Betriebsänderung durch reinen Personalabbau gegeben sind (*Grunsky/Moll* *Arbeitsrecht und Insolvenz*, S. 85 Rn. 353; zust. *Berscheid/Kunz/Brand*, *Praxis des Arbeitsrecht*, 2. Aufl., Teil 8 Rn. 130; *Uhlenbruck/Berscheid*, 12. Aufl., § 125 *InsO* Rn. 17). Bei Anwendung dieser Grundsätze, liegt nach dem eigenen Vorbringen des beklagten Insolvenzverwalters keine Betriebsänderung vor, denn das Gesetz sieht für mitbestimmungspflichtige (§ 17 Abs. 1 KSchG) und sozialplanpflichtige (§ 112a Abs. 1 BetrVG) Betriebsänderungen in Form von reinen Personalreduzierungen folgende Zahlen und Prozentangaben vor:

Größe nach Arbeitnehmerzahl	interessenausgleichspflichtiger Personalabbau bei Ausscheiden von	sozialplanpflichtiger Personalabbau bei Ausscheiden von

21-59	6	20% der jeweiligen Zahl, aber mindestens 6 Arbeitnehmer
60-249	10% der jeweiligen Zahl oder mindestens 26 Arbeitnehmer	20% der jeweiligen Zahl oder mindestens 37 Arbeitnehmer
250-499	10% der jeweiligen Zahl oder mindestens 26 Arbeitnehmer	15% der jeweiligen Zahl oder mindestens 60 Arbeitnehmer
500 und mehr	5% der jeweiligen Zahl oder mindestens 30 Arbeitnehmer	10% der jeweiligen Zahl oder mindestens 60 Arbeitnehmer

Das Unternehmen der Insolvenzschildnerin hatte im Zeitpunkt der

57

Insolvenzantragstellung noch 263 Arbeitnehmer als auch bei Abschluss des Interessenausgleichs 197 Arbeitnehmer, nämlich 180 wiedereingestellte und 17 ohne Eigenkündigung. Sie zählt damit zu den mittelgroßen Betrieben, bei denen 10% der jeweiligen Zahl oder mindestens 26 Arbeitnehmer von der Entlassung betroffen sein müssen. Ausweislich der Präambel und der Namensliste des Interessenausgleichs waren vorliegend von dem Personalabbau nur 18 Arbeitnehmer betroffen, so dass das Quorum von 10% nicht erreicht war. Der beklagte Insolvenzverwalter hat dies ebenso gesehen, denn er hat dem Betriebsrat mit Schreiben vom 07.10.2003 unter anderem folgendes mitgeteilt:

58

... Da der Umfang der ausgesprochenen Kündigungen nicht den Anteil von 10 % erreicht, vertrete ich die Auffassung, dass es sich hier nicht um eine wesentliche Betriebsänderung im Sinne von § 111 BetrVG handelt. Ungeachtet dessen bin ich unter der Voraussetzung, dass der Gläubigerausschuss meinem Vorschlag folgt, bereit, mit Ihnen über einen Interessenausgleich – verbunden mit einem anschließenden Sozialplan – zur Milderung der entstehenden Nachteile zu verhandeln....

59

Damit handelt es sich bei der Vereinbarung vom 28.20.2003 – trotz der angehängten Namensliste – um einen sog. freiwilligen Interessenausgleich, der die Wirkungen des § 125 Abs. 1 InsO *nicht* entfalten kann.

60

2. Die Regelungen des § 125 InsO wollen eine erfolgreiche Sanierung insolventer Unternehmen fördern und im Insolvenzfall zusätzliche Kündigungserleichterungen schaffen. Der Insolvenzverwalter soll nicht einer Fülle von langwierigen und schwer kalkulierbaren Kündigungsschutzprozessen ausgesetzt werden. Im Insolvenzfall wird daher der individuelle Kündigungsschutz nach § 1 KSchG zugunsten einer kollektivrechtlichen Regelungsbefugnis der Betriebsparteien eingeschränkt (BAG, Urt. v. 28.08.2003 – 2 AZR 368/02, AP Nr. 1 zu § 125 InsO = EzA § 125 InsO Nr. 1). Den Insolvenzverwalter trifft aber keine Pflicht, mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich mit Namensliste i.S.d. § 125 Abs. 1 InsO abzuschließen. Kommt ein solcher Interessenausgleich – aus welchen Gründen auch immer – nicht zustande, dann verbleibt es für die Überprüfbarkeit ausgesprochener Kündigungen des Insolvenzverwalters bei den allgemeinen Regelungen und Grundsätzen des Kündigungsschutzgesetzes (so bereits *Warrikoff*, BB 1994, 2338, 2341; *Däubler/Klebe/Kittner*, 7. Aufl., Anh. §§ 111–113 BetrVG: § 125 InsO Rn. 2; *Kittner/Däubler/Zwanziger*, KSchR, 4. Aufl., § 125 InsO Rn. 2; *Oetker/Friese*, DZWIR 2001, 177), insbesondere bei der Darlegungs

61

und Beweislast des § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG (Uhlenbruck/Berscheid, § 125 InsO Rn. 9), und zwar wie sie außerhalb der Insolvenz dem Arbeitgeber auferlegt wird. Danach ist eine Kündigung aus betriebsbedingten Gründen i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt, wenn

- erstens dringende betriebliche Erfordernisse vorliegen, die 62
- zweitens zum Wegfall des Beschäftigungsbedarfs für einen oder mehrere Arbeitnehmer führen, 63
- drittens keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen und 64
- viertens soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt worden sind 65
(Sozialauswahl).

2.1. Bei einer sog. betriebsbedingten Kündigung ist zu unterscheiden, ob der Arbeitgeber sich 66 für die Kündigung auf außer oder innerbetriebliche Gründe beruft (siehe dazu grundlegend BAG v. 07.12.1978 – 2 AZR 155/77, MDR 1979, 610 = NJW 1979, 1902). Außerbetriebliche Gründe – wie beispielsweise Umsatz- und Produktionsrückgang begründet durch Absatzschwierigkeiten bzw. Auftragsmangel bzw. Rohstoff- oder Energiemangel – können dann eine Kündigung rechtfertigen, wenn hierdurch der Arbeitsanfall so stark zurückgeht, dass das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung für einen oder mehrere Arbeitnehmer entfällt. Bei einem so begründeten betrieblichen Erfordernis muss der Arbeitgeber die Entwicklung des Umsatzes, der Aufträge usw. und deren Auswirkung auf den Arbeitsplatz bzw. die Arbeitsplätze im Einzelnen darlegen (BAG v. 24.10.1979 – 2 AZR 940/77, NJW 1981, 301 = ZIP 1980, 379; BAG v. 15.06.1989 – 2 AZR 600/88, NZA 1990, 65 = ZIP 1989, 1605). Innerbetriebliche Gründe – wie beispielsweise Rationalisierungsmaßnahmen, Organisatorische Änderungen (wie bspw. Zusammenlegung von Arbeitsbereichen, Änderung des Produktionsablaufs, der Fertigungsverfahren oder der Arbeitsmethoden), Stilllegung oder Einschränkung von Arbeitsbereichen – begründen nicht ohne weiteres betriebliche Erfordernisse, weil sie sich nicht unmittelbar durch eine Verringerung der anfallenden Aufgaben auf die einzelnen Arbeitsplätze auswirken. Sie können nur dann eine Kündigung bedingen, wenn der Arbeitgeber die Ertragslage, die Wirtschaftlichkeit usw. zum Anlass nimmt, zur Kostenersparnis oder Verbesserung des Betriebsergebnisses durch technische oder organisatorische Maßnahmen die Zahl der Arbeitsplätze zu verringern (BAG v. 07.12.1978 – 2 AZR 155/77, MDR 1979, 610 = NJW 1979, 1902; BAG v. 19.05.1993 – 2 AZR 584/92, MDR 1994, 74 = NZA 1993, 1075). Im Rechtsstreit über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung hat das Arbeitsgericht voll nachzuprüfen, ob die vom Arbeitgeber behaupteten außer oder innerbetrieblichen Gründe wie z.B. Rationalisierungsmaßnahmen, Einschränkung der Produktion, Arbeitsmangel, Umsatz oder Gewinnrückgang tatsächlich vorliegen und ob sie sich im betrieblichen Bereich dahin auswirken, dass für die Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers kein Bedürfnis mehr besteht (BAG v. 07.12.1978 – 2 AZR 155/77, MDR 1979, 610 = NJW 1979, 1902; BAG v. 30.05.1985 – 2 AZR 321/84, NJW 1986, 2849 = NZA 1986, 155). Der Arbeitgeber kann ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung nicht allein damit begründen, dass er vorträgt, wegen eines Umsatzrückganges in bestimmter Höhe sei als Rationalisierungsmaßnahme eine Verringerung des Personalbestandes erforderlich. Er muss vielmehr im Einzelnen darlegen, ob sich unmittelbar durch den Umsatzrückgang oder durch eine Rationalisierungsmaßnahme der Arbeitsanfall und der Bedarf an Arbeitskräften verringert hat, und wie sich die betriebliche Veränderung auf den Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers auswirkt.

2.2. Eine auf den Entschluss des Unternehmens beruhende Betriebseinschränkung oder Stilllegung oder Rationalisierungsmaßnahme oder sonstige organisatorische Änderung ist eine Unternehmerentscheidung, die nicht auf ihre Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit (BAG, Urt. v. 20.02.1986 – 2 AZR 212/85, NZA 1986, 823; BAG, Urt. v. 22.05.1986 – 2 AZR 612/85, NZA 1987, 125 = ZIP 1986, 1410), sondern nur daraufhin nachprüfbar ist, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (BAG, Urt. v. 12.10.1979 – 7 AZR 959/77, BB 1980, 1163; BAG, Urt. v. 30.04.1987 – 2 AZR 184/86, NZA 1987, 776 = ZIP 1987, 1274). Voll nachprüfbar ist dagegen, ob die zur Begründung dringender betrieblicher Erfordernisse angeführten inner oder außerbetrieblichen Gründe tatsächlich vorliegen und wie sich diese Umstände im betrieblichen Bereich auswirken, d.h. in welchem Umfang dadurch Arbeitsplätze ganz oder teilweise wegfallen, ob also ein kausaler Zusammenhang zwischen den inner oder außerbetrieblichen Gründen und einem Arbeitskräfteüberhang besteht (BAG, Urt. v. 27.09.1984 – 2 AZR 62/83, NZA 1985, 455; BAG, Urt. v. 13.03.1987 – 7 AZR 724/85, MDR 1987, 789 = NZA 1987, 629).

2.2.1. Wie bei der Betriebsratsanhörung (BAG, Urt. v. 13.07.1978 – 2 AZR 717/76, MDR 1979, 434 = NJW 1979, 1677 = SAE 1979, 206 [v. Hoyningen-Huene]) reichen für den Vortrag des Arbeitgebers aber pauschale, floskel, schlag, stichwort oder überschriftsartige Bezeichnungen nicht aus, um im Rahmen der abgestuften Darlegungs und Beweislast mehr als nur ein einfaches Bestreiten hervorzulocken. So lauten die Kernsätze der Unterrichtung des Betriebsrats im Schreiben vom 07.10.2003 gemäß § 102 BetrVG wie folgt: 68

... Im Rahmen der vorgesehenen Fortführung des Betriebes und der noch für möglich erachteten Umsatzgrößen ist eine Anpassung der Beschäftigtenzahl auf 180 erforderlich, um den Bestand des Unternehmens künftig sichern zu können. 69

Dies bedeutet, dass 18 Arbeitnehmern das Beschäftigungsverhältnis aufgekündigt werden muss.... 70

In der Präambel des Interessenausgleichs vom 28.10.2003 heißt es zum behaupteten Sanierungskonzept lediglich: 71

... Das Konzept sieht einen Neuanfang durch den Insolvenzverwalter bei veränderten Betriebsabläufen, Sachkostenreduzierungen und einen an die Beschäftigung angepassten Personalbestand an. 72

Lediglich für knapp 180 Arbeitnehmer eine Beschäftigung möglich. ... Das erarbeitete Konzept ist zu dieser Zielerreichung zwingend einzuhalten.... 73

Die Frage, wie das "erarbeitete Konzept", dass der beklagte Insolvenzverwalter umgesetzt haben will, denn tatsächlich aussieht, lässt die Berufungsbegründung offen. Auch unter Zuhilfenahme des erstinstanzlichen Vorbringens bekommt man kein klares und eindeutiges Bild, denn es werden nur die "großen Linien" wie folgt aufgezeigt: 74

Nach Abschluss der Betriebsferien wurde planmäßig zum 01.09.2003 die Produktion wieder aufgenommen. Eine bereits vor der Insolvenz getroffene Entscheidung zur Umorganisation der Betriebsabläufe war im August umgesetzt worden. Die vorhandenen zwei Montagebänder wurden vollständig demontiert. Stattdessen wurde eine multifunktionale Montagelinie aufgebaut, die aus einem vorgeschalteten Bohrzentrum mit Korpusmaterial versorgt wird. Weiterhin wurde die Abteilung Teilefertigung aufgelöst und die verschiedenen Arbeitsplätze als Vormontage-Stationen in die neue Montagelinie integriert. 75

Durch diese Maßnahmen wurden Arbeitsplätze, die bisher doppelt vorhanden waren und nicht mehr voll ausgelastet werden konnten, zusammengefasst. Hierdurch reduzierten sich die Arbeitsplätze in den Montage- und Vormontageabteilungen von 112 auf 67 Mitarbeiter.

Damit ist allerdings noch nicht zum Wegfall des Arbeitsplatzes des Klägers gesagt. Darüber verhält sich die Berufungsbegründung nicht substantiiert, sondern gibt nur pauschal das Endergebnis nach Umsetzung des Konzepts wieder, denn der beklagte Insolvenzverwalter lässt dazu wie folgt wie folgt vortragen: 77

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass es nicht darum ging, 180 Arbeitnehmer überhaupt zukünftig zu beschäftigen, sondern vielmehr ist diesen Arbeitnehmern ein Aufgaben- und Funktionsbereich im Betrieb zugeordnet. Wenn und soweit für den betreffenden Aufgaben- und Funktionsbereich nach Änderung der Strukturen kein konkreter Personalbedarf aufgrund Umstrukturierung und Organisationsänderung (mehr) besteht, besteht auch kein Anlass, entsprechende Arbeitnehmer zusätzlich einzustellen bzw. Mitarbeiter, die man zur Umsetzung des unternehmerischen Konzeptes nicht benötigt, wie den Kläger, sinnloser Weise weiter zu beschäftigen, obwohl man für diesen Mitarbeiter keinen Beschäftigungsbedarf und auch keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr hat. Gerade unter dem Gesichtspunkt der Insolvenz der Gemeinschuldnerin kann es dem Beklagten nicht zugemutet werden, mit dem Kläger einen Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen, den er für die Durchführung der Produktionsabläufe nicht benötigen kann und dessen Einsatz auch nicht erforderlich ist. 78

Hiernach geht der beklagte Insolvenzverwalter sofort auf die Frage der zwischen den Parteien streitigen Sozialauswahl ein. 79

2.2.2. Dieses Vorbringen entspricht nicht den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur abgestuften Darlegungs- und Beweislast entwickelten Grundsätzen (siehe dazu näher BAG, Urt. v. 17.06.1999 – 2 AZR 456/98, AP Nr. 103 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = MDR 1999, 1390 = ZIP 1999, 1724; BAG, Urt. v. 17.06.1999 – 2 AZR 522/98, AP Nr. 102 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1999, 1095 = ZIP 1999, 1729; BAG, Urt. v. 17.06.1999 – 2 AZR 141/99, AP Nr. 101 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung [Ehmann/Krepper] = EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 102 [Rieble] = ZIP 1999, 1721). Vielmehr erhellt es die Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung, in welcher es wörtlich heißt: 80

Unstreitig war zwischen den Parteien weiterhin, dass das Sanierungskonzept schon zu dem 81 Zeitpunkt des 01.10.2003 vorlag und somit klar war, dass Arbeitsbedarf nur für 180 Arbeitnehmer bestünde. Insofern bleibt unklar, wieso der Insolvenzverwalter zu den 17 noch angestellten Beschäftigten weitere 180 Arbeitnehmer einstellte, statt insgesamt noch 163 weitere Arbeitnehmer wieder einzustellen, um dann insgesamt auf eine Beschäftigtenzahl von 180 zu kommen. Insofern erscheint es der Kammer als rechtsmissbräuchlich und nicht vereinbar mit dem Gedanken des § 162 Abs. 2 BGB, dass der Beklagte zunächst 180 Arbeitnehmer eingestellt hat, um dann 7 Tage später festzustellen, dass nunmehr ein Beschäftigtenüberhang von 18 Arbeitsplätzen bestand. Der Kläger war nicht verpflichtet, das Modell der Belegschaft mitzutragen. Es kann ihm insofern nicht zum Nachteil gereichen, dass er als einer von 17 Arbeitnehmern nicht bereit war, sein Arbeitsverhältnis selbst aufzukündigen.

Diesen Ausführungen schließt sich das Berufungsgericht vollinhaltlich an (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Dass der Kläger das Sanierungskonzept – wie auch immer es ausgesehen haben mag – nicht hat mittragen müssen, wird durch das von der Rechtsprechung entwickelte (BAG, 82

Urt. v. 02.10.1974 – 5 AZR 504/73, AP Nr. 1 zu § 613a BGB [Seiter] = EzA § 613a BGB Nr. 1 [Birk]) und vom Gesetzgeber übernommene (vgl. § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB)

Widerspruchsrecht beim Betriebsübergang belegt. Ein solches hätte die Rechtsprechung nicht anerkennen können, wenn der Arbeitnehmer verpflichtet wäre, das Sanierungskonzept mitzutragen. Erst recht hätte sie keinen "grundlosen"

Widerspruch (BAG, Urt. v. 15.02.1984 – 5 AZR 123/82, AP Nr. 37 zu § 613a BGB [Herschel] 83
= MDR 1984, 699 = NZA 1984, 32) anerkennen dürfen. Was die analoge Anwendung der Grundsätze des § 162 Abs. 2 BGB angeht, ist in den Fällen des Wiedereinstellungsanspruchs anerkannt, dass dem Arbeitgeber die Berufung auf das Fehlen eines geeigneten freien Arbeitsplatzes dann verwehrt sein kann, wenn er diesen Zustand selbst wider Treu und Glauben herbeigeführt hat. Denn aus dem in § 162 Abs.1 und Abs.2 BGB normierten allgemeinen Rechtsgedanken folgt, dass niemand aus einem von ihm selbst treuwidrig herbeigeführten Ereignis Vorteile herleiten darf (BAG, Urt. v. 23.02.2000 – 7 AZR 891/98, AP Nr. 1 zu § 62 MTL II = EzA § 4 TVG Wiedereinstellungsanspruch Nr. 1 = NZA 2000, 894, m.w.N.). Ein solcher Fall der Ausnutzung einer treuwidrig geschaffenen Lage kann dann vorliegen, wenn der Arbeitgeber einen für den ehemaligen Arbeitnehmer geeigneten freien Arbeitsplatz in Kenntnis des Wiedereinstellungsverlangens anderweitig besetzt hat. Erst recht ist es treuwidrig, wenn der Arbeitgeber das Wiedereinstellungsverlangen zahlreicher Arbeitnehmer überproportional erfüllt und damit die Weiterbeschäftigung eines bislang ungekündigten

Arbeitnehmers oder – wie hier – mehrerer Arbeitnehmer gefährdet. Wenn der Arbeitgeber 84
nach Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung das Wiedereinstellungsbegehren eines bereits gekündigten Arbeitnehmers nicht unterlaufen darf, dann hat er noch mehr darauf zu achten, dass er durch seine Personalpolitik das Beschäftigungsbegehren eines bislang ungekündigten Arbeitnehmers erst gar nicht gefährdet.

2.2.3. Es handelt sich in einem solchen Falle zudem um eine unzulässige 85
Austauschkündigung (BAG, Urt. v. 26.09.1996 – 2 AZR 200/96, EWiR 1997, 231 [Hromadka] = NZA 1997, 202 = ZIP 1997, 249; LAG Bremen, Urt. v. 02.12.1997 – 1/2 Sa 340/96, LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 47 = EWiR 1998, 425 [Schaub] = ZIP 1998, 572), denn der Kläger soll seinen Arbeitsplatz für die wiedereingestellten ehemaligen Mitarbeiter K4xxx und W2xxxxxx freimachen. Selbst wenn man vorliegend ein "Freikündigen" des Arbeitsplatzes des Klägers ausnahmsweise deshalb für zulässig halten sollte, weil hier sein Weiterbeschäftigungsbegehren mit dem

Wiedereinstellungsverlangen der ehemaligen Mitarbeiter K4xxx und W2xxxxxx konkurriert, 86
müssten einerseits die Gründe, die für die Wiedereinstellung der Mitarbeiter K4xxx und W2xxx-xxx sprechen, so gewichtig sein wie die Gründe für die Herausnahme von Leistungsträgern aus der Sozialauswahl (§ 1 Abs.3 Satz2 KSchG n.F.), und müssten andererseits die widerstreitenden Interessen der betroffenen Arbeitnehmer gegeneinander abgewogen werden und alles zudem noch dem Betriebsrat im Rahmen der Anhörung nach § 102 Abs.1 BetrVG mitgeteilt worden sein. Dass insoweit die Betriebsratsanhörung nicht ordnungsgemäß gewesen ist, ergibt sich bereits aus dem Anhörungsschreiben vom 07.10.2003, worin die Leistungsträgerproblematik überhaupt nicht angesprochen worden ist. Im übrigen liegt zwar auch bei Massenentlassungen gemäß § 1 Abs. 3 Satz 31 Halbs. 1 KSchG die Darlegungs und Beweislast für die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl grundsätzlich beim Arbeitnehmer, selbst dann, wenn die Entlassungen die Folgen einer Betriebsänderung nach §§ 111, 112a BetrVG sind (Bader, NZA 1996, 1125, 1133; Berscheid/Kunz/Brand, Praxis des Arbeitsrechts, 2. Aufl., Teil 8 Rn. 154; Giesen, ZfA 1997,

145, 175; Uhlenbruck/Berscheid, 12. Aufl., § 125 InsO Rn. 44). Für die Herausnahme von Leistungsträgern aus der Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG [2004]) obliegt dem Arbeitgeber von vornherein die Darlegungs- und Beweislast, und zwar auch im Anwendungsbereich von § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG [2004] oder des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO (so zu § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG [1996] BAG, Urt. v. 10.02.1999 – 2 AZR 715/98, RzK I 10h Nr. 49 = RzK I 5d Nr. 78 = ZInsO 1999, 543). Deren Nichterfüllung hat das Obsiegen der Klagepartei im Kündigungsschutzprozess zur Folge (LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 22.12.1999 – 12 Sa 58/99, AuR 2000, 277). Erst recht hat der beklagte Insolvenzverwalter unter der Geltung des hier noch einschlägigen § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG [1998] das Vorliegen sonstiger berechtigter betrieblicher Bedürfnisse, die die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer bestimmter Arbeitnehmer bedingen, zu denen in Ausnahmefällen auch die Herausnahme von Leistungsträgern gehören kann, und damit der Auswahl nach sozialen

Gesichtspunkten entgegenstehen (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG [1998]), darzulegen. Für die Herausnahme der Mitarbeiter K4xxx und W2xxxxxx aus der Sozialauswahl im Rahmen des hier noch einschlägigen § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG [1998] soll nach dem Vorbringen des beklagten Insolvenzverwalters sprechen, dass diese beiden Mitarbeiter wesentlich flexibler einsetzbar seien als der Kläger. Der Mitarbeiter W2xxxxxx sei als Tischler im Besitz der Zusatzqualifikation als Facharbeiter, sei also höher qualifiziert und für den Betrieb nicht entbehrlich, im Ergebnis aus der sozialen Auswahl herauszunehmen. Auch der Mitarbeiter K4xxx könne in mehreren Bereichen der Vormontage sowie in der Materialdisposition eingesetzt werden. Diese Flexibilität besitze der Kläger nicht. Abgesehen davon, dass der Kläger bestritten hat, dass die Mitarbeiter W2xxxxxx und K4xxx höher qualifiziert seien als er selbst, ist der beklagte Insolvenzverwalter dem weiteren Vorbringen des Klägers, beide Mitarbeiter hätten während der früheren Beschäftigungszeiten stets identische Tätigkeiten als Maschinenbediener verrichtet wie er selbst und auch er sei im Bereich der Vormontage und Materialdisposition eingesetzt gewesen, nicht entgegengetreten. Darüber hinaus hat das Arbeitsgericht zutreffend noch darauf hingewiesen, dass der Beklagte kein Konzept dargelegt habe, nunmehr auf Grund einer Unternehmerentscheidung nur höher qualifizierte Mitarbeiter zu beschäftigen. Die pauschale Behauptung, die Mitarbeiter K4xxx und W2xxxxxx seien flexibler einsetzbar, hat – wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat – ein solches Konzept nicht ersetzen können.

87

3. Somit hat das Arbeitsgericht der Kündigungsschutzklage zu Recht stattgegeben. Mithin war die Berufung in vollem Umfang zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Der Wert des Streitgegenstandes war nach § 64 Abs. 1 GKG n.F. i.V.m. § 32 RVG und § 43 Abs. 4 Satz 1 GKG n.F. auf das Vierteljahreseinkommen des Klägers festzusetzen. Der Streitwertbeschluss hat mit der Urteilsformel verbunden werden können. Ein Grund für die Zulassung der Revision nach § 72 Abs. 1 ArbGG ist bei der vorliegenden Einzelfallgestaltung nicht ersichtlich.

88

Berscheid	Rosenberger	Löcke
-----------	-------------	-------

89

/Woi.

90

