

2. Kapitel

Umstrukturierung durch Betriebsänderungen

Übersicht

	Rn.
I. Einführung	1
II. Betriebsänderungen i.S.d. § 111 BetrVG	10
1. Allgemeine Voraussetzungen einer Betriebsänderung	11
a) Größe des Unternehmens	11
b) Wesentliche Nachteile für die Arbeitnehmer	25
c) Belegschaft oder erheblicher Teil der Belegschaft	28
d) Bestehen eines Betriebsrats	36
e) Tendenzbetriebe	42
2. Tatbestände des § 111 Satz 3 Nrn. 1 bis 5 BetrVG	43
a) Betriebsstilllegung	47
b) Stilllegung wesentlicher Betriebsteile	54
c) Einschränkung des Betriebs oder eines wesentlichen Betriebsteils	59
d) Betriebseinschränkung durch bloßen Personalabbau	60
e) Betriebsverlegung	70
f) Zusammenschluss und Spaltung von Betrieben	73
aa) Zusammenschluss	73
bb) Spaltung	77
g) Grundlegende Änderung der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen	86
h) Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren	101
i) Sonderfall: Betriebsübergang und Betriebsänderung	104
3. Beteiligung des Betriebsrates gemäß §§ 111 ff. BetrVG	108
a) Unterrichtung	108
aa) Zeitpunkt	110
bb) Inhalt, Form und Umfang der Unterrichtung	123
b) Beratung	130
c) Zuständiger Verhandlungspartner	132
d) Hinzuziehung eines Beraters	139
e) Interessenausgleichsverfahren	146
aa) Gegenstand, Inhalt und Form des Interessenausgleichs	146
bb) Die Einigungsstelle	160
f) Sozialplan	165
aa) Gegenstand, Erzwingbarkeit, Form	165
bb) Inhalt	180
cc) Transferregelungen	203
dd) Der Sozialplan in der Einigungsstelle	218
(1) Gegebenheiten des Einzelfalles	223
(2) Aussichten auf dem Arbeitsmarkt	228
(3) Förderungsmöglichkeiten	240
(4) Bemessung des Gesamtvolumens	243
g) Einigungsstellenverfahren	254
h) Änderung und Kündigung von Sozialplänen	261
4. Durchsetzbarkeit der Beteiligungsrechte gemäß §§ 111 ff. BetrVG	267
a) Unterlassungsanspruch	271
b) Nachteilsausgleichsansprüche gemäß § 113 BetrVG	273
III. Sonstige Beteiligungsrechte des Betriebsrates	281
1. Weitere umstrukturierungsrelevante Beteiligungsrechte nach dem BetrVG	281
a) Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG	281
b) Zustimmung zu Versetzungen und Einstellungen	283
c) Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG	285

	Rn.
2. Beteiligungsrechte bei Massenentlassungen (§ 17 KSchG)	290
a) Anzeigepflichtige Entlassungen	291
b) Konsultationsverfahren	305
aa) Unterrichtung des Betriebsrates nach § 17 Abs. 2 KSchG	306
bb) Beratung	314
cc) Stellungnahme des Betriebsrats	316
c) Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die Beteiligungsrechte aus § 17 KSchG	323
IV. Beteiligungsrechte weiterer Organe der Betriebsverfassung	327
1. Beteiligungsrechte des Wirtschaftsausschusses	327
a) Inhalt des Beteiligungsrechts	328
b) Zeitpunkt	331
c) Streitigkeiten	333
2. Beteiligungsrechte des Sprecherausschusses	335
3. Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates	341
V. Konsequenzen einer Betriebsänderung für den Fortbestand des Betriebsrates	349
1. Abgrenzung zu bloßen Veränderungen auf Unternehmensebene	349
2. Zusammenschluss von Betrieben	351
3. Spaltung bestehender Betriebe	357
a) Folgen für bestehende Betriebsräte	360
aa) Abspaltung	360
bb) Aufspaltung	365
b) Besonderheiten bei Gemeinschaftsbetrieben	370
aa) Spaltung und Fortführung als gemeinsamer Betrieb	370
bb) Spaltung eines Gemeinschaftsbetriebs	376
c) Stilllegung	377

Literatur. Kommentare und Handbücher

Gagel, Alexander SGB II/SGB III – Grundsicherung und Arbeitsförderung, Kommentar, Loseblatt; Fitting, Karl (Begr.) Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 28. Aufl. 2015; Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.) Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016; Richardi, Reinhard (Hrsg.) Betriebsverfassungsgesetz, 15. Aufl. 2016; Schaub, Günter (Begr.) Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl. 2015; Wiese, Günther/Kreutz, Peter/Oetker, Hartmut et al. Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2014; Willemse, Heinz Josef/Hohenstatt, Klaus S./Schweibert, Ulrike/Seibt, Christoph H. (Hrsg.) Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen – arbeitsrechtliches Handbuch, 4. Aufl. 2011.

Aufsätze

Annuß, Georg Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des BetrVG, NZA 2001, 367; Bauer, Jobst-Hubertus/Göpfert, Burkard Beschleunigtes Interessenausgleichsverfahren, DB 1997, 1464; Berenz, Claus Aktuelle Probleme im Sozialplanrecht – Die Regelung des § 112 Abs. 5 BetrVG, NZA 1993, 538; Forst, Gerrit GmbH-Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts, EuZW 2015, 664; Fuhrmann, Michael Die Reichweite des Sozialplanprivilegs gemäß § 112a BetrVG, ArbR Aktuell 2011, 109; ders. Anmerkung zum Urteil des BAG vom 26.2.2015, Az. 2 AZR 955/13 – Zur Betriebsratsbeteiligung bei Massenentlassungen, EWiR 2015, 423; Gaul, Björn Beteiligungsrechte des Betriebsrats aus §§ 111, 112 BetrVG bei der Spaltung eines gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen, NZA 2003, 695; Gaul, Björn/Bonanni, Andrea/Otto, Björn Hartz III – Veränderte Rahmenbedingungen für Kurzarbeit, Sozialplanzuschüsse und Transfermaßnahmen, DB 2003, 2386; Grau, Timon/Sittard, Ulrich Neues zum Verfahren bei Massenentlassungen? BB 2011, 1845; Heider,

Nicole/Schimmelpfennig, Hans-Christoph Sozialplanverhandlungen bei unternehmensübergreifenden Umstrukturierungen, KSzW, 2014, 244; *Hidalgo, Martina/Kobler, Michael* Die betriebsverfassungsrechtlichen Folgen des Widerspruchs bei einem Betriebsübergang, NZA 2014, 290; *Kreßel, Eckhard* Arbeitsrechtliche Aspekte des neuen Umwandlungsbereinigungsgesetzes, BB 1995, 912; *Krieger, Steffen/Ludwig, Gero* Das Konsultationsverfahren bei Massenentlassungen – Praktischer Umgang mit einem weitgehend unbekannten Wesen, NZA 2010, 919; *Löwisch, Manfred* Änderungen der Betriebsverfassung durch das Betriebsverfassungs-Reformgesetz, BB 2001, 1790; *Rieble, Volker* Der CGM-Beschluss des ArbG Stuttgart: Tariffähigkeit und Tarifzensur, NZA 2004, 1025; *Schramm, Nils/Kuhnke, Michael* Das Zusammenspiel von Interessenausgleichs- und Massenentlassungsanzeigeverfahren, NZA 2011, 1071.

I. Einführung

Bei der praktischen Umsetzung von Umstrukturierungen spielt die **Beteiligung des Betriebsrats** aus arbeitsrechtlicher Sicht regelmäßig eine zentrale Rolle. Das gilt sowohl mit Blick auf die strategische Ausgestaltung der geplanten Maßnahmen als auch mit Blick auf die zeitlichen Verzögerungen, die durch eine Beteiligung des Betriebsrates eintreten können. Allerdings stellt nicht jede Umstrukturierung im Konzern oder Unternehmen eine **Betriebsänderung** i.S.d. § 111 BetrVG dar, die Beteiligungsrechte der Betriebsverfassungsorgane auslöst (vgl. dazu Rn. 108). Damit lässt sich ein reiner Wechsel des Rechtsinhabers (Share Deal, Verschmelzung), aber auch ein reiner **Betriebsübergang** (etwa aufgrund eines Asset Deals oder infolge des Übergangs des nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Personals) entgegen der in der Praxis nicht selten bestehenden Befürchtung der Unternehmen oft ganz ohne oder zumindest ohne langwierige Verhandlungen über Interessenausgleichsvereinbarungen und Sozialpläne durchführen.

Ob dies so ist und sich die neuen Strukturen damit schnell und mit kleinem Aufwand umsetzen lassen, gilt es rechtzeitig, d.h. in der Analyse- und Planungsphase herauszufinden, um etwaige Alternativen auch unter diesem arbeitsrechtlichen Aspekt sinnvoll miteinander vergleichen zu können. Zudem gilt es in der Praxis, durch eine rechtzeitige Analyse und Vorbereitung die richtigen „Stellhebel“ für eine schnelle und effektive Umsetzung der unternehmerischen Ziele zu identifizieren und die hier bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten zu nutzen. Auch etwaige im Unternehmen bzw. Konzern des neuen Arbeitgebers erforderliche Integrationsmaßnahmen müssen rechtzeitig identifiziert werden, um die Integration arbeitsrechtlich so reibungslos wie möglich zu gestalten. Das gilt sowohl bei einem **Unternehmenskauf** in Form eines Asset Deals als auch bei Anteilkäufen (sog. Share Deals). Hier kommt der rechtzeitigen Vorbereitung etwaiger Integrationsmaßnahmen für die Zeit nach dem Erwerb des Unternehmens in der Praxis (sog. „**Post Merger Integration**“) des zu erwerbenden Unternehmens (Zielunternehmen) zunehmend eine wichtige praktische Bedeutung zu. Der Prozess wird im Idealfall bereits im Rahmen des Erwerbsprozesses und der hierbei durchgeführten Due Diligence kritisch reflektiert und berücksichtigt, ob die im Zielunternehmen bestehenden tariflichen und betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen und Vereinbarungen (u.a. in Bezug auf betriebliche Altersversorgung) die erhoffte zeitnahe und kostengünstige Integration in den Konzern des Erwerbers ermöglichen.

2 Umstrukturierung durch Betriebsänderungen

- 3 Handelt es sich bei den geplanten Umstrukturierungsmaßnahmen um eine Betriebsänderung i.S.d. §§ 111 ff. BetrVG und besteht ein Betriebsrat, bestehen gegenüber den Organen der Betriebsverfassung (insbesondere Betriebsrat und Wirtschaftsausschuss) regelmäßig **Unterrichtungspflichten**, die „rechtzeitig“ zu wahren sind (vgl. § 106 BetrVG), d.h. vor Umsetzung der angedachten Maßnahmen (vgl. Rn. 110). Bei der Planung des Entscheidungs- und Kommunikationsprozesses ist daher regelmäßig Sorge dafür zu tragen, dass die zuständigen Arbeitnehmervertretungen vor einer abschließenden Entscheidung und Umsetzung einzubinden sind (vgl. Rn. 110).
- 4 Umstrukturierungen in Form von Betriebsänderungen führen zugleich zu der Verpflichtung, einen **Interessenausgleich** zumindest zu versuchen sowie einen **Sozialplan** abzuschließen (§ 112 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 4 BetrVG). Während der Interessenausgleich (anders als seine Bezeichnung nahe legt) das Ob, Wann und Wie der geplanten Maßnahmen zum Gegenstand hat, dient der Sozialplan dem Ausgleich und der Abmilderung der mit der Betriebsänderung einhergehenden Nachteile. Kommt über ihn keine Einigung mit dem Betriebsrat zustande, entscheidet die **Einigungsstelle** mit bindender Wirkung (§ 112 Abs. 4 BetrVG), soweit nicht ein Fall des § 112a BetrVG vorliegt (Privilegierung von reinen Personalabbauamaßnahmen unterhalb einer bestimmten Schwelle bzw. von Betriebsänderungen in neu gegründeten Unternehmen). Gemäß § 112 Abs. 5 BetrVG hat die Einigungsstelle dabei sowohl die sozialen Belange der Arbeitnehmer als auch die wirtschaftliche Vertretbarkeit der Entscheidung für das Unternehmen zu beachten, für beides enthalten die Regelungen in § 112 Abs. 5 Nrn. 1 bis 3 BetrVG Kriterien (vgl. dazu Rn 165 ff.).
- 5 Die Rechtsprechung des BAG verlangt zur Ausschöpfung des Interessenausgleichsverfahrens die Anrufung der Einigungsstelle, um den **Nachteilsausgleichsanspruch** des § 113 BetrVG vermeiden zu können. Auch ein Abweichen vom Interessenausgleich kann zur Folge haben, dass der betroffene Arbeitnehmer einen individualrechtlichen Nachteilsausgleichsanspruch erhält, wenn für die Abweichung kein zwingender Grund vorliegt (§ 113 Abs. 1 BetrVG).
- 6 Sofern die Schwellenwerte des § 17 KSchG überschritten werden, hat der Arbeitgeber vor dem Ausspruch von Kündigungen den Betriebsrat nach § 17 KSchG zu informieren und mit ihm über die Vermeidung von Entlassungen sowie die Milderung der mit ihnen verbundenen Nachteile zu beraten (**Konsultationsverfahren**, vgl. dazu Rn. 305). Nach Abschluss der Beratungen, zu der auch die Stellungnahme des Betriebsrates nach § 17 Abs. 3 KSchG gehört, ist die Massenentlassungsanzeige zu erstatten. Vor Erstattung der Massenentlassungsanzeige ausgesprochene Kündigungen sind unwirksam (vgl. dazu Rn. 323).
- 7 Bei sämtlichen Umstrukturierungen im Konzern bzw. Unternehmen ist stets auch zu prüfen, welche Auswirkungen die Maßnahmen für die **betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen** der betroffenen Unternehmen haben. So kann es als Folge der Umstrukturierungen zur Beendigung des Betriebsratsamtes kommen und es können **Rest- oder Übergangsmandate** ausgelöst werden, die zu einer vorübergehenden Zuständigkeit für andere Betriebe führen können. Hier eröffnen sich zugleich weitere **Gestaltungsmöglichkeiten**, denn durch arbeitsrechtliche Umstrukturierungen und die damit einhergehenden Strukturveränderungen im Konzern bzw. den betreffenden Unternehmen kann die Zuständigkeit von betriebsverfassungsrechtlichen Organen herbeigeführt, aber auch beendet werden. Entsprechendes gilt für die Bildung von Gesamt- oder Konzernbetriebsräten. Hinsichtlich des bestehenden Betriebsrates ist insoweit das Kriterium der

Betriebsidentität maßgeblich. Bleibt diese erhalten, bleibt der bisherige Betriebsrat auch bei einem Betriebsinhaberwechsel im Amt. Entsprechendes gilt bei der Verlagerung von Betrieben; führt die Verlagerung letztlich auch aufgrund der weiten räumlichen Entfernung zu einer Stilllegung und zum Verlust der bisherigen Betriebsidentität, endet das Amt des Betriebsrates (vgl. dazu ausführlich Rn. 349 ff.).

Besonderheiten gelten auch mit Blick auf durch bzw. aufgrund des § 3 BetrVG geschaffene abweichende Betriebsstrukturen wie einen **gemeinsamen Betrieb** sowie in **Tendenzunternehmen** i.S.d. § 118 BetrVG (vgl. dazu ausführlich Rn. 42). 8

Gemäß § 130 BetrVG finden die Regelungen des BetrVG einschließlich der §§ 111 ff BetrVG keine Anwendung auf Verwaltungen und Betriebe des Bundes, der Länder und der sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Hier gelten die Sonderregelungen des **Bundes- bzw. Landespersonalvertretungsrechts** (s. hierzu Kap. 5 Rn. 40 ff.). 9

II. Betriebsänderungen i.S.d. § 111 BetrVG

In Unternehmen mit „in der Regel“ mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern hat der Unternehmer den Betriebsrat über geplante Betriebsänderungen, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben können, rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und die geplanten Betriebsänderungen mit dem Betriebsrat zu beraten (§ 111 Satz 1 BetrVG). Als Betriebsänderungen i.S.d. § 111 Satz 3 BetrVG gelten die Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen (Nr. 1), die Verlegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen (Nr. 2), der Zusammenschluss mit anderen Betrieben oder die Spaltung von Betrieben (Nr. 3), grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen (Nr. 4) sowie die Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren (Nr. 5). 10

1. Allgemeine Voraussetzungen einer Betriebsänderung

a) Größe des Unternehmens

Bei der Ermittlung der im Unternehmen **regelmäßig Beschäftigten** ist auf die normale Beschäftigtenzahl, d.h. diejenige Personalstärke abzustellen, die für das Unternehmen im Allgemeinen kennzeichnend ist.¹ Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes am 28.7.2001² ist für die Ermittlung dieses **Schwellenwerts** nicht die Betriebsgröße entscheidend, sondern die Gesamtzahl der im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer. Damit ist auch in **kleineren Betrieben** stets zu prüfen, ob die geplanten Maßnahmen Beteiligungsrechte nach §§ 111 ff. BetrVG auslösen, sofern im Unternehmen insgesamt mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt werden.³ Relativiert wird diese Regelung in der Praxis aber regelmäßig dadurch, dass es hinsichtlich der Folgen der beabsichtigten Maßnahmen und der Anzahl der hiervon betroffenen Arbeitnehmer auf den Betrieb ankommt, so etwa bei 11

1 BAG AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 7.

2 BetrVerf-Reformgesetz, BGBl. I, 1852.

3 BAG NZA 11, 466, BAGE 136, 140–145; vgl. *Fitting* § 111 BetrVG Rn. 19 m.w.N.

der Stilllegung oder Einschränkung von wesentlichen Betriebsteilen i.S.d. § 111 Satz 3 Nr. 2 bzw. Nr. 3 BetrVG (vgl. dazu Rn. 59). Nach der Rechtsprechung des BAG ist zur Ermittlung der regelmäßig Beschäftigten auf den **Zeitpunkt** abzustellen, in dem die Beteiligungsrechte des Betriebsrates entstehen, so dass es auf die jeweilige, auf eine Betriebsänderung abzielende Entscheidung des Unternehmers ankommt.⁴ Das ist im Fall der Betriebsstilllegung der Stilllegungsbeschluss.⁵ Zur Feststellung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl bedarf es dabei eines Rückblicks auf die bisherige personelle Stärke und auch einer Einschätzung der künftigen Entwicklung,⁶ wobei letzteres dahingehend zu verstehen ist, dass es darauf ankommen soll, ob mit einer Beschäftigung einer entsprechenden Anzahl von Arbeitnehmern auch in Zukunft gerechnet werden kann.⁷ Etwas anderes gilt im Falle einer Betriebsstilllegung bzw. immer dann, wenn die Maßnahme mit einem Personalabbau verbunden ist. Hier kann nur ein Rückblick auf die bisherige Belegschaftsstärke in Frage kommen.⁸ Ebenso sind Zeiten außergewöhnlich hohen oder niedrigen Geschäftsanfalls bzw. entsprechende Arbeitnehmerzahlen nicht zu berücksichtigen.⁹

- 12 Geht der Stilllegung eines Betriebes ein **Personalabbau voraus**, der sich über einen längeren Zeitraum erstreckt, richtet sich die Zahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer danach, wie sich der Personalabbau in der Gesamtschau darstellt. Bildet er rückblickend eine Vorstufe der Betriebsstilllegung, die damit in der Form eines gleitenden Überganges eingeleitet wurde, so bleibt er außer Betracht; maßgebend ist dann die ursprüngliche Beschäftigtenzahl.¹⁰ Die Rechtsprechung des BAG stellt insofern darauf ab, ob der Betriebsstilllegung ein „kontinuierlicher Abbau der Belegschaft“ in kurz aufeinander folgenden Schritten „unmittelbar vorangegangen“ ist.¹¹ In diesem Fall muss dieser Personalabbau aus Sicht des BAG für den Rückblick auf die bisherige Belegschaftsstärke unbedeutlich sein, weil er lediglich als „gleitender Übergang“ von der normalen Arbeitnehmerzahl zur Stilllegung zu betrachten ist.¹¹ Richtigerweise ist daher auch bei Bestimmung der Unternehmensgröße konkretisierend darauf abzustellen, ob die Maßnahmen sich letztlich als **einheitliche Maßnahme** darstellen.¹²
- 13 Sollte die Personalverminderung hingegen nach der ursprünglichen Planung eine Fortführung des Betriebs ermöglichen und hat sie für eine nicht unerhebliche Zeit zu einer Absenkung der Anzahl der Arbeitnehmer auf niedrigerem Niveau geführt, so ergibt sich daraus eine neue, den Betrieb kennzeichnende regelmäßige Personalstärke und diese ist in der Folge für die Ermittlung der Zahl der in der Regel Beschäftigten maßgeblich, wenn später dann doch weitere Einschränkungen des Betriebs oder sogar die völlige Schließung erforderlich werden, weil sich die an die Rationalisierung geknüpften Erwartungen nicht erfüllt haben.¹³ Als die zur Zeit eines Stilllegungsbe-

4 *Fitting* § 111 BetrVG Rn. 28.

5 BAG ZIP 2005, 500–502.

6 BAG AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 7.

7 Vgl. BAG AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 7; *Fitting* § 111 BetrVG Rn. 28 ff. m.w.N.

8 BAG AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 7; BAG NZA 1997, 733–735.

9 Vgl. BAG NZA 2013, 726–729.

10 Vgl. BAG AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 33, NZA 1996, 166–168; ErfK/Kania § 111 BetrVG Rn. 5.

11 BAG NZA 1997, 733–735, AP Nr. 37 zu § 111 BetrVG 1972.

12 Vgl. etwa *Fitting* § 111 BetrVG Rn. 30.

13 BAG AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 33, NZA 1996, 166–168; ebenso BAG NZA 1997, 733–735, AP Nr. 37 zu § 111 BetrVG 1972.

schlusses maßgebliche Zahl der regelmäßig Beschäftigten kann in der Folge beispielsweise auch eine erst zwei Monate vorher erreichte Anzahl von Arbeitnehmern anzusehen sein, wenn diese Reduzierung das Ergebnis einer längerfristigen personalwirtschaftlichen Entscheidung des Arbeitgebers war.¹⁴

Werden Arbeitnehmer nicht ständig, sondern lediglich zeitweilig beschäftigt, kommt es für die Frage der regelmäßigen Beschäftigung darauf an, ob sie normalerweise während des größten Teils des Jahres beschäftigt werden, d.h. länger als sechs Monate.¹⁵ Dies gilt auch bei Saisonbetrieben, die jeweils für einige Wochen oder Monate im Jahr einen erhöhten Arbeitskräftebedarf haben. Die für diese Zeit vorübergehend eingesetzten Arbeitnehmer zählen nicht zu den in der Regel Beschäftigten. Etwas anderes gilt lediglich für reine Kampagnebetriebe, die überhaupt nur während eines Teils des Jahres arbeiten. In diesem Fall ist die Beschäftigtenzahl während der Kampagne maßgebend.¹⁶ Auf den Umfang der Beschäftigung kommt es hingegen nicht an, sondern auf die Kopfzahl, so dass unerheblich ist, ob die betreffenden Mitarbeiter in Teilzeit oder Vollzeit tätig sind.¹⁷

Auch **Leiharbeitnehmer** können bei der Ermittlung der maßgeblichen Unternehmensgröße in § 111 Satz 1 BetrVG mitzuzählen sein, wenn sie im Zeitpunkt der Betriebsänderung länger als drei Monate im Unternehmen eingesetzt sind.¹⁸ Allerdings müssen sie zugleich zu den „in der Regel“ Beschäftigten gehören,¹⁹ d.h. insgesamt länger als 6 Monate für das Unternehmen tätig sein, um zufällige Ergebnisse zu vermeiden.²⁰ Nicht zu den regelmäßig Beschäftigten gehören echte sog. **freie Mitarbeiter** und **Mitarbeiter von Fremdfirmen**, ferner die in § 5 Abs. 2 BetrVG genannten Personen wie insbesondere die **leitenden Angestellten** (§ 5 Abs. 3 BetrVG); diese gelten nicht als Arbeitnehmer i.S.d. BetrVG.¹⁷

Betrifft die beabsichtigte Umstrukturierung einen **gemeinsamen Betrieb** mehrerer Unternehmen, die jeweils nicht mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigen, ist die Bestimmung der Schwellenwerte umstritten. Problematisch ist dabei insbesondere die Situation, dass nur eines der beteiligten Unternehmen die erforderliche Größe hat, die Mitarbeiterzahlen der anderen jedoch unterhalb des Schwellenwertes liegen.

Für die **frühere Regelung des § 111 BetrVG a.F.**, die insoweit noch auf die Größe des „Betriebs“ abstellt, hat das BAG die Auffassung vertreten, dass für die Bestimmung der regelmäßig Beschäftigten auf die **Gesamtzahl der im Gemeinschaftsbetrieb** beschäftigten Arbeitnehmer abzustellen sei.²¹ Auch sollte dann, wenn eine Betriebsänderung Kleinbetriebe i.S.d. § 111 Satz 1 BetrVG betraf, die einem größeren Unternehmen angehörten, dann ein Mitbestimmungsrecht gemäß §§ 111 ff. BetrVG a.F. bestehen, wenn sich die wirtschaftliche Maßnahme betriebsübergreifend auf mehrere

14 BAG NZA 1997, 733–735, AP Nr. 37 zu § 111 BetrVG 1972.

15 BAG AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 58, EzA BetrVG 2001 § 111 Nr. 2; ebenso BAG NZA 2012, 221–223.

16 BAG ZIP 2005, 500–502.

17 Vgl. Fitting § 111 BetrVG Rn. 26 m.w.N.

18 BAG NZA 2012, 221, 222, AP Nr. 70 zu § 111 BetrVG 1972; ebenso HWK/Hohenstatt/Willemsen § 111 BetrVG Rn. 14 m.w.N.

19 BAG NZA 2012, 221, 222, AP Nr. 70 zu § 111 BetrVG 1972.

20 BAG NZA 2012, 221, 222.

21 BAG NZA 1998, 723–726.

2 Umstrukturierung durch Betriebsänderungen

Betriebe des Unternehmens erstreckte und sie in die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats fiel.²²

- 18 Nach der Änderung des Wortlauts des § 111 BetrVG von „Betrieb“ zu „Unternehmen“ durch das Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes am 28.7.2001²³ ist für diese Ansicht an sich kein Raum mehr.
- 19 In der Literatur wird daher zum Teil davon ausgegangen, dass es stets ausschließlich auf die jeweilige Unternehmensgröße ankommt.²⁴ Erreicht kein Unternehmen für sich genommen den Schwellenwert, scheidet danach eine Mitbestimmung nach § 111 BetrVG aus.²⁵ Darauf, ob der Schwellenwert insgesamt überschritten wird, kommt es dann nicht an. Überschreitet nur ein Unternehmen den Schwellenwert, besteht nur diesem gegenüber das Beteiligungrecht des Betriebsrats.²⁶
- 20 Das *LAG Berlin* und das *LAG Düsseldorf*²⁷ sowie ein **Teil der Literatur** wollen es für eine Anwendung der §§ 111 ff. BetrVG hingegen genügen lassen, dass der Schwellenwert nur bei einer Zusammenrechnung der Beschäftigtenzahlen der an dem gemeinsamen Betrieb beteiligten Unternehmen erreicht wird. Zur Begründung verweisen die Befürworter dieser Ansicht u.a. darauf, dass der Gesetzgeber keine Schlechterstellung der Arbeitnehmer gewollt habe.²⁸
- 21 Das **BAG** hat diese Frage bislang offen gelassen. In der Entscheidung vom 12.11.2002²⁹, in der es um die Reichweite der Haftung aus einem im gemeinsamen Betrieb abgeschlossenen Sozialplans ging, hat das BAG allerdings festgehalten, dass mehrere einen Gemeinschaftsbetrieb führende Unternehmen in Sozialplänen freiwillig die gesamtschuldnerische Haftung für Abfindungsansprüche der in dem Gemeinschaftsbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer vereinbaren „können“. Sie sind hierzu nach Ansicht des Gerichts nicht verpflichtet. Zugleich hat das Gericht ausgeführt, es „liege die Annahme nahe“, dass im Falle einer die gesamte Belegschaft eines Gemeinschaftsbetriebs betreffenden Betriebsänderung jedenfalls über einen Interessenausgleich regelmäßig sinnvoll nur mit der Gemeinschaft der den Betrieb führenden Unternehmen verhandelt werden könne. Es gehe insoweit um das Schicksal des gesamten Betriebs. Es möge – so das BAG – auch manches dafür sprechen, dass sich in einem solchen Fall beim Unterbleiben des Versuchs eines Interessenausgleichs der durch § 113 Abs. 3, Abs. 1 BetrVG zwingend vorgeschriebene Anspruch der betroffenen Arbeitnehmer auf den Nachteilsausgleich nicht nur gegen ihren Vertragsarbeitgeber, sondern gegen alle den Betrieb gemeinschaftlich führenden und daher für den Interessenausgleich verantwortlichen Unternehmen richte. Da dies jedoch nicht entscheidungserheblich war, hatte das Gericht hierüber nicht abschließend zu befinden.
- 22 Die seitens des Gerichts vorgenommene Unterscheidung zwischen der Verpflichtung der am gemeinsamen Betrieb beteiligten Unternehmen, gemeinsam einen Interessen-

22 BAG NZA 1999, 1168–1172.

23 BGBl. I, 1852.

24 Vgl. ErfK/Kania § 111 BetrVG Rn. 5 m.w.N.; Schaub/Koch § 244 Rn. 24.

25 Vgl. Richardi/Annuß § 111 BetrVG Rn 26 m.w.N.; ders. NZA 2001, 367; vgl. auch die Nachweise bei Fitting § 111 Rn. 20 ff.

26 Vgl. ErfK/Kania § 111 BetrVG Rn. 5 m.w.N.; Richardi/Annuß § 111 BetrVG Rn. 26; Schaub/Koch § 244 Rn. 24; Löwisch BB 2001, 1790, 1797.

27 LAG Düsseldorf ArbuR 2014, 440.

28 LAG Berlin NZA-RR 2003, 477; vgl. auch die Nachweise bei Fitting § 111 BetrVG Rn. 20 ff.

29 BAG NZA 2003, 676–679.

ausgleich zu versuchen und der Verpflichtung des Vertragsarbeitgebers, der den Schwellenwert überschreitet, einen Sozialplan abzuschließen, wird von einer starken Ansicht im Schrifttum befürwortet. Dabei wird die Pflicht, einen Interessenausgleich zu versuchen, bereits dann bejaht, wenn der Schwellenwert von „in der Regel“ 20 beschäftigten Arbeitnehmern im gemeinsamen Betrieb überschritten wird.³⁰ Hierfür spricht, dass im gemeinsamen Betrieb alle Arbeitgeber gemeinsam verpflichtet sind, im Rahmen der einheitlichen Leitung auch die Beteiligungsrechte des Betriebsrats zu wahren.³¹

In der Praxis dürfte es sich – auch zur Vermeidung etwaiger Nachteilsausgleichsansprüche – bis zu einer abschließenden Entscheidung des BAG empfehlen, diese Ansicht zugrunde zu legen. Dann genügt es für die Pflicht, einen **Interessenausgleich** zu „versuchen“, wenn die Gesamtzahl der regelmäßig Beschäftigten im gemeinsamen Betrieb insgesamt über 20 liegt.

In Bezug auf den Abschluss des **Sozialplans** sprechen allerdings gute Gründe dafür, nach der Anzahl der Arbeitnehmer des jeweils betroffenen Unternehmens zu differenzieren,³² und zwar insbesondere der gesetzgeberisch verfolgte Zweck, kleinere Unternehmen vor den finanziellen Belastungen des Sozialplans zu schützen.³³ Eine Schlechterstellung der Arbeitnehmer kleinerer Trägerunternehmen kann hierin nicht gesehen werden. Sie werden insoweit nicht anders behandelt als andere Arbeitnehmer, die in Unternehmen mit regelmäßig weniger als 21 Arbeitnehmern beschäftigt sind. Kommt es hier zu Maßnahmen i.S.d. § 111 Satz 3 Nrn. 1 bis 5 BetrVG scheitert ein Mitbestimmungsrecht auch in diesen Fällen an dem Schwellenwert gem. § 111 Satz 1 BetrVG. Auch das BAG hat in der Entscheidung vom 12.11.2002 deutlich gemacht, dass etwaige **Sozialplanansprüche** sich grundsätzlich nur gegen den vertraglichen Arbeitgeber richten, soweit nicht ausnahmsweise eine gesamtschuldnerische Inanspruchnahme vereinbart ist.³⁴ Vor diesem Hintergrund sprechen gute Gründe dafür, dass insoweit allein die Beschäftigtenzahl des Vertragsarbeitgebers maßgeblich ist.

b) Wesentliche Nachteile für die Arbeitnehmer

Das Vorliegen einer beteiligungspflichtigen Betriebsänderung setzt nach dem Wortlaut des § 111 Satz 1 BetrVG voraus, dass **wesentliche Nachteile** für die oder zumindest erhebliche Teile der Belegschaft entstehen können.

Soweit eine Betriebsänderung i.S.d. § 111 Satz 3 BetrVG vorliegt, wird der Eintritt solcher Nachteile indes fingiert, ist also nicht gesondert zu prüfen. Das ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift, wonach Satz 3 nicht den Begriff der „Betriebsänderung“ schlechthin definiert, sondern den der „Betriebsänderung i.S.d. Satzes 1“.³⁵ Es gilt damit die unwiderlegliche Vermutung, dass die im Katalog des Satzes 3 genannten Fälle wesentliche Nachteile für die Belegschaft mit sich bringen. Die Beteiligungs-

30 Vgl. *Fitting* § 111 BetrVG Rn. 23 m.w.N.

31 Vgl. *Gaul* NZA 2003, 695.

32 Vgl. ebenso *Fitting* § 111 Rn. 23 m.w.N.; vgl. ausf. zum Meinungsstand *Richardi/Annuß* § 111 BetrVG Rn. 26 m.w.N.

33 Vgl. *HWK/Hohenstatt/Willemsen* § 111 BetrVG Rn. 16 m.w.N.

34 BAG NZA 2003, 676; vgl. auch; ebenso *HWK/Hohenstatt/Willemsen* § 111 BetrVG Rn. 16; *ErfK/Kania* § 111 BetrVG Rn. 6.

35 BAG BAGE 40, 36–42, AP Nr. 11 zu § 111 BetrVG 1972.

rechte des Betriebsrates bei einer Betriebsänderung entfallen daher nicht deshalb, weil im Einzelfalle solche wesentlichen Nachteile nicht zu befürchten sind.³⁶ Ob ausgleichs- oder milderungswürdige Nachteile entstehen oder entstanden sind, ist bei der Aufstellung des Sozialplans zu prüfen und notfalls von der Einigungsstelle nach billigem Ermessen zu entscheiden (vgl. dazu Rn. 165 ff.).

- 27 Der Relativsatz in § 111 Satz 1 BetrVG hat nach der Rechtsprechung des BAG jedoch insoweit eine Bedeutung, als er bei der **Auslegung** der im Katalog des § 111 Satzes 3 BetrVG enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe wie „wesentliche“ Betriebsteile in den Nrn. 1 und 2 oder „grundlegend“ in den Nrn. 4 und 5 heranzuziehen ist und bei der Prüfung, ob eine Betriebsänderung i.S. dieses Kataloges vorliegt, in Zweiffällen als „ein Stück Gesetzesbegründung“ das Anliegen des Gesetzgebers deutlich macht.³⁷

c) Belegschaft oder erheblicher Teil der Belegschaft

- 28 Gemäß § 111 Satz 1 BetrVG ist weitere Voraussetzung der Mitbestimmung, dass von einer geplanten Betriebsänderung „die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft“ betroffen sind.
- 29 Ob ein **erheblicher Teil der Belegschaft** betroffen ist, richtet sich nach der Anzahl der von der Maßnahme betroffenen Arbeitnehmer.³⁸ Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG sind hierbei die **Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG** als Richtschnur heranzuziehen, allerdings mit der Maßgabe, dass in größeren Betrieben mindestens 5 % der Gesamtbelegschaft betroffen sein müssen.³⁹
- 30 Eine starre Frist für die Berechnung der maßgeblichen Arbeitnehmerzahl nach den Vorgaben des § 17 KSchG existiert nicht. Nach der Rechtsprechung des BAG sollen geringfügige Unterschreitungen der „Richtzahlen“ des § 17 KSchG unbeachtlich sein, wobei eine Unterschreitung von 50 % als jedenfalls nicht mehr geringfügig bewertet wurde.⁴⁰
- 31 Der im Rahmen des § 17 Abs. 1 KSchG maßgebliche Zeitraum (30 Kalendertage) ist nicht übertragbar.⁴¹ Soweit ein Personalabbau in mehreren „Wellen“ erfolgt, ist vielmehr entscheidend, ob der Personalabbau auf einer **einheitlichen unternehmerischen Planung** beruht.⁴² Maßgebender Anknüpfungspunkt für das Mitbestimmungsrecht ist die unternehmerische Entscheidung, aus der sich ergibt, wie viele Arbeitnehmer voraussichtlich insgesamt entlassen werden. Eine einheitliche Planungsentscheidung kann auch eine stufenweise Durchführung vorsehen. Der Unternehmer, der das Vorliegen einer einheitlichen Betriebsänderung bestreitet, welche die Richtzahlen des § 17 KSchG überschreitet, muss daher darlegen und beweisen, dass verschiedene Maßnahmen nicht Teil einer einheitlichen Unternehmerentscheidung sind. Ein **enger zeitlicher Zusammenhang** zwischen mehreren Entlassungswellen stellt hierbei nach der Rechtsprechung des BAG ein wesentliches Indiz für eine von Anfang an einheitli-

36 BAG BAGE 40, 36–42, AP Nr. 11 zu § 111 BetrVG 1972; BAG AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 110, NZA 1997, 898–900; BAG AP Nr. 66 zu § 111 BetrVG 1927, NZA 2008, 957–960; ErfK/Kania § 111 Rn. 8.

37 BAG BAGE 40, 36–42, AP Nr. 11 zu § 111 BetrVG 1972.

38 BAG AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 26, NZA 1989, 557–558; BAG NZA 1991, 113–115, AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 30.

39 BAG AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 30, NZA 1991, 113–115; BAG NZA 2006, 932.

40 BAG AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 30, NZA 1991, 113–115.

41 BAG AP Nr. 3 zu § 111 BetrVG 1972; BAG 8.6.1999 – 1 AZR 694/98 (n.v.; zitiert nach juris).

42 BAG BAGE 32, 14–31; BAG EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 46; BAG NZA 2006, 932–936.

che Planung dar.⁴³ Zwingend ist dies jedoch nicht,⁴⁴ denn eine spätere Entlassungswelle kann auch das Ergebnis einer neuen Planung sein. Dies gilt insbesondere, wenn nach der ersten Entlassungswelle neue, vom Arbeitgeber ursprünglich nicht vorgesehene und eingeplante Umstände eingetreten sind.⁴⁵ Plant der Arbeitgeber also zunächst nur Entlassungen, die nach ihrer Zahl noch keine Betriebseinschränkung i.S.d. § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG darstellen, entstehen keine Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach §§ 111 ff. BetrVG. Führt der Arbeitgeber zunächst die beabsichtigten Entlassungen durch, die allein noch keine Betriebsänderung darstellen, und fasst er erst danach auf Grund neuer Umstände den Entschluss zu weiteren Entlassungen, sind die Entlassungswellen mitbestimmungsrechtlich nicht zusammenzurechnen.⁴⁶

Dies gilt jedoch nicht, wenn der Arbeitgeber vor der tatsächlichen Durchführung der Maßnahme seine Planung ändert und nun weitere Entlassungen beabsichtigt, die unter Zusammenrechnung mit den bereits geplanten, aber noch nicht durchgeführten Entlassungen die Grenzwerte des § 17 Abs. 1 KSchG überschreiten. Es handelt sich dann nach der Rechtsprechung des BAG um einen einheitlichen Vorgang, der zum Zeitpunkt der Planungsänderung die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach §§ 111 ff. BetrVG auslöst.⁴⁴

Gegenstand der Mitbestimmung des Betriebsrats ist sowohl hinsichtlich eines Interessenausgleichs als auch eines Sozialplans die vom Arbeitgeber beabsichtigte, noch in der Zukunft liegende Betriebsänderung. Dementsprechend ist in §§ 111 Satz 1, 112 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2 Satz 1, 112a Abs. 1 Satz 1 BetrVG stets von der „geplanten“ Betriebsänderung die Rede. Anknüpfungspunkt für die Beteiligungsrechte des Betriebsrats ist die Planung des Arbeitgebers.⁴⁴ Maßnahmen, die später erst entschieden werden, können daher nicht nachträglich zu Lasten des Arbeitgebers zur Bejahung einer Betriebsänderung führen. Ebenso wenig genügt die bloße Tatsache, dass die mehreren Entscheidungen letztlich auf ein und dieselbe wirtschaftliche Entwicklung zurückgehen. Dies macht die jeweiligen Entscheidungen noch nicht zu einer einheitlichen Maßnahme.⁴⁶

In **Betrieben mit 20 oder weniger Arbeitnehmern** kann auf die Zahlengrenzen des § 17 KSchG nicht ohne Weiteres zurück gegriffen werden, da hiernach wenigstens 20 Arbeitnehmer beschäftigt werden müssen. Im Schrifttum ist diese Frage umstritten. Teilweise wird die Auffassung vertreten, die Zahlenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG seien fortzuschreiben, so dass eine Betriebsänderung vorliege, wenn 30 % bzw. ein Drittel der Belegschaft entlassen werde. Nach anderer Auffassung ist der Schwellenwert des § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KSchG zu halbieren mit der Folge, dass in Kleinbetrieben mit bis zu 20 Beschäftigten ein erheblicher Teil der Belegschaft von einer Betriebsänderung betroffen ist, wenn mindestens drei Arbeitnehmer betriebsbedingt ausscheiden. Die Gesetzesbegründung zum Betriebsverfassungsgesetz macht jedoch deutlich, dass mit der Anknüpfung des Schwellenwerts in § 111 Satz 1 BetrVG an die Unternehmensgröße an den Tatbestandsvoraussetzungen für das Vorliegen einer konkreten Betriebsänderung nichts geändert werden sollte. Es war gerade nicht Zweck

43 BAG NZA 2006, 932–936; BAG EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 46; ErfK/Kania § 111 BetrVG Rn. 8; Fitting § 111 BetrVG Rn. 76.

44 BAG NZA 2006, 932–936.

45 Vgl. BAG AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 2, DB 1978, 1650–1651; ebenso BAG 6.8.1981 – 2 AZR 380/79 (n.v., zitiert nach juris).

46 LAG Köln NZA-RR 1998, 24–25.

der Gesetzesänderung, für Arbeitnehmer in Kleinbetrieben die Anforderungen an eine Betriebsänderung herabzusetzen. Es sollte lediglich verhindert werden, dass sich Unternehmen durch eine organisatorische Aufgliederung in einzelne Betriebseinheiten der Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach § 111 BetrVG entziehen. Hiervon ausgehend sprechen daher die besseren Gründe dafür, auch in Kleinbetrieben mit bis zu 20 Arbeitnehmern eine Betriebsänderung durch alleinigen Personalabbau nur dann anzunehmen, wenn hierdurch die Mindestzahl des § 112a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG – sechs Arbeitnehmer – erreicht wird.⁴⁷ Das BAG geht dementsprechend folgerichtig davon aus, dass in Kleinbetrieben mit bis zu 20 Arbeitnehmern für eine Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG durch alleinigen Personalabbau **mindestens sechs Arbeitnehmer** betroffen sein müssen.⁴⁸

- 35 Nur dann, wenn dieser Schwellenwert überschritten ist, kann mithin davon ausgegangen werden, dass ein **erheblicher Teil der Belegschaft** betroffen ist. Eine Fortsetzung der Richtzahlen des § 17 Abs. 1 KSchG nach unten fortzusetzen, erscheint nicht sachgerecht, da § 111 BetrVG bei personellen Einzelmaßnahmen keine Anwendung finden kann und diese Grenze ansonsten verschwimmt.⁴⁹

d) Bestehen eines Betriebsrats

- 36 Weitere Voraussetzung für die Beteiligungsrechte gemäß §§ 111 ff. ist grundsätzlich das Bestehen eines Betriebsrats in dem von der Maßnahme betroffenen Betrieb. Soweit es sich um eine betriebs- bzw. unternehmensübergreifende Maßnahme handelt, kann bei **betriebsratslosen Betrieben** allerdings eine originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrates, oder des Konzernbetriebsrates bestehen.⁵⁰ Zu beachten ist dabei, dass aus der Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für die Vereinbarung eines Interessenausgleichs nicht zwingend die gesetzliche Zuständigkeit für den Abschluss eines Sozialplans folgt. Dafür ist das Vorliegen der Voraussetzungen des § 50 Abs. 1 BetrVG gesondert zu prüfen. Ob danach ein zwingendes Bedürfnis nach einer zumindest betriebsübergreifenden Regelung besteht, bestimmt auch der Inhalt des Interessenausgleichs (vgl. dazu Rn. 132).⁵¹
- 37 Existiert lediglich ein Betriebsrat für einen Betrieb des Gemeinschaftsbetriebs, ist dieser nicht nach §§ 111, 112 BetrVG zu beteiligen, da ihm sonst ein Mitbestimmungsrecht für eine Organisationseinheit zugestanden würde, für die er nicht gewählt worden ist und für die er demgemäß auch nicht über ein Mandat aller zu dieser Organisationseinheit gehörenden Arbeitnehmer verfügt.⁵²
- 38 Wird ein bisher **betriebsratsloser Betrieb** stillgelegt oder umstrukturiert, so kann ein erst während der Durchführung der Betriebsstilllegung gewählter Betriebsrat die Aufstellung eines Sozialplans nicht mehr verlangen.⁵³ Entscheidender **Zeitpunkt** für das Bestehen des Betriebsrats ist insoweit der **Entschluss des Arbeitgebers**, nicht der Beginn der Umsetzung.⁵⁴ Dies hat das BAG in seiner Entscheidung vom 28.10.1992

47 Vgl. BAG NZA 2011, 466–468, BAGE 136, 140–145 m.w.N.

48 BAG NZA 2011, 466–468, BAGE 136, 140–145.

49 Vgl. BAG NZA 2011, 466–468, BAGE 136, 140–145; ebenso ErfK/Kania § 111 BetrVG Rn. 10.

50 ErfK/Kania § 111 BetrVG Rn. 6; Fitting § 111 BetrVG Rn. 33.

51 BAG NZA 2002, 688–691.

52 LAG Saarland 7.3.2007 – 2 TaBV 8/06 (n.v.; zitiert nach juris).

53 BAG BB 1982, 1423–1424, AP Nr. 15 zu § 112 BetrVG.

54 BAG NZA 1993, 420–421.

klargestellt und zutreffend darauf hingewiesen, dass Beteiligungsrechte des Betriebsrates und damit die Pflicht des Arbeitgebers, den Betriebsrat zu beteiligen, in dem Moment entstehen, in dem sich derjenige Tatbestand verwirklicht, an den das Beteiligungsrecht anknüpft. Das ist bei den Beteiligungsrechten des Betriebsrates nach den §§ 111 ff. BetrVG die geplante Betriebsänderung. Eine solche geplante Betriebsänderung liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber aufgrund abgeschlossener Prüfungen und Vorüberlegungen grundsätzlich zu einer Betriebsänderung entschlossen ist. Von diesem Zeitpunkt an hat er den Betriebsrat zu unterrichten und die so geplante Betriebsänderung mit ihm zu beraten. Besteht zu diesem Zeitpunkt kein Betriebsrat im Betrieb, können auch Beteiligungsrechte des Betriebsrates an der geplanten Betriebsänderung nicht gegeben sein.⁵⁵

Das gilt auch dann, wenn dem Arbeitgeber im Zeitpunkt seines Entschlusses bekannt war, dass im Betrieb ein Betriebsrat gewählt werden soll.⁵⁶ Darauf, ob die Betriebsänderung bei Konstituierung des Betriebsrates bereits zum Teil umgesetzt wurde und zumindest zum Teil Kündigungen ausgesprochen wurden, kommt es hierbei nicht an. Das *LAG Hamm* hat in seiner Entscheidung vom 4.10.2010 vielmehr zutreffend festgehalten, dass ein Betriebsrat, der erst nach Abschluss der Planungen des Arbeitgebers und nach Beginn der Durchführung einer Betriebsstilllegung errichtet worden ist, Verhandlungen über einen Interessenausgleich und einen Sozialplan nicht mehr verlangen kann, auch wenn die Kündigungen der Belegschaft erst zu einem späteren Zeitpunkt ausgesprochen werden.⁵⁷

Ein erst nach dem Beginn der Durchführung einer Betriebsänderung gewählter Betriebsrat ist für den Abschluss eines Interessenausgleichs anlässlich dieser Maßnahme im Sinne von § 98 Abs. 1 ArbGG offensichtlich unzuständig. Hinsichtlich eines Sozialplans kann nach dem derzeitigen Stand der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur ein Einigungsstellenbestellungsantrag dagegen nicht wegen offensichtlicher Unzuständigkeit der Einigungsstelle zurückgewiesen werden.⁵⁸

Führt die Betriebsänderung selbst zur **Auflösung des Betriebsrats**, etwa bei einer Betriebsaufspaltung oder Betriebsschließung, so werden dadurch die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nicht tangiert. Trotz der an sich gegebenen Beendigung der Amtszeit bleibt ein **Restmandat** (vgl. dazu ausführlich Rn. 357 ff.).⁵⁹

e) Tendenzbetriebe

Auf Tendenzbetriebe nach § 118 BetrVG, d.h. Unternehmen und Betriebe, die unmittelbar und überwiegend politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsausußerung dienen, wie z.B. Zeitungs- und

55 BAG NZA 1993, 420–421; vgl. HWK/Hohenstatt/Willemsen § 111 BetrVG Rn. 9.

56 BAG BB 1982, 1423–1424, AP Nr. 15 zu § 112 BetrVG; BAG NZA 1993, 420–421; Fitting § 111 BetrVG, Rn. 34; a.A. ArbG Reutlingen 29.10.1998 – 3 (1) BV 7/98 (n.v.; zitiert nach juris), wonach ein nach dem Stilllegungsbeschluss gewählter Betriebsrat den Abschluss eines Sozialplanes fordern kann, wenn hinsichtlich seiner Bildung im Zeitpunkt des Stilllegungsbeschlusses bereits entscheidende Schritte zu seiner Wahl erfolgt sind.

57 LAG Hamm ArbuR 2011, 223 (Leitsatz).

58 Vgl. Hessisches LAG 15.10.2013 – 4 TaBV 138/13 (n.v.; zitiert nach juris); ErfK/Kania § 111 BetrVG Rn. 6.

59 BAG NZA 1987, 858–861, AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 19; BAG NZA 2000, 669–671; ErfK/Kania § 111 BetrVG Rn. 6.

Zeitschriftenverlage⁶⁰, finden die §§ 111 bis 113 BetrVG nur insoweit Anwendung, als sie den Ausgleich oder die Milderung wirtschaftlicher Nachteile für die Arbeitnehmer infolge von Betriebsänderungen regeln (§ 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG).⁶¹ Das bedeutet, dass in diesen Betrieben kein Interessenausgleich abgeschlossen werden muss. Allerdings wird die Unterrichtung über die geplante Betriebsänderung hierdurch nicht entbehrlich. Das gilt auch für das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 und 3 KSchG (vgl. dazu ausführlich Rn. 305 ff.).

2. Tatbestände des § 111 Satz 3 Nrn. 1 bis 5 BetrVG

- 43 Die Aufzählung in Satz 3 des § 111 BetrVG ist nach umstrittener, aber zutreffender Ansicht abschließend.⁶² Hierfür spricht der Wortlaut von Satz 3, wonach die dort genannten Maßnahmen nicht als solche gekennzeichnet sind, die „insbesondere“ unter Betriebsänderungen i.S.d. § 111 BetrVG fallen.⁶³ Aufgrund des recht weiten Anwendungsbereichs des Katalogs in § 111 Satz 3 Nrn. 1 bis 5 BetrVG dürfte der Streit aber in der Tat eher theoretischer Natur sein.⁶⁴
- 44 Der **Betriebsbegriff** i.S.d. § 111 BetrVG ist der allgemeine Betriebsbegriff des BetrVG, wie er durch die Regelungen in §§ 1, 4 BetrVG konkretisiert wird.
- 45 Betrieb i.S.d. BetrVG ist nach der ständigen Rechtsprechung des BAG eine **organisatorische Einheit**, innerhalb derer der Arbeitgeber zusammen mit den von ihm beschäftigten Arbeitnehmern bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt. Dazu müssen die in der Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt und die menschliche Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungssystem gesteuert werden.⁶⁵ Ein Betriebsteil ist zwar auf den Zweck des Hauptbetriebs ausgerichtet und in dessen Organisation eingegliedert, ihm gegenüber aber organisatorisch abgrenzbar und relativ verselbstständigt. Für die Abgrenzung von Betrieb und Betriebsteil ist der Grad der Verselbstständigung entscheidend, der im Umfang der Leitungsmacht zum Ausdruck kommt. Erstreckt sich die in der organisatorischen Einheit ausgeübte Leitungsmacht auf alle wesentlichen Funktionen des Arbeitgebers in personellen und sozialen Angelegenheiten, handelt es sich um einen eigenständigen Betrieb i.S.v. § 1 BetrVG.⁶⁶
- 46 Daher gilt auch ein betriebsratsfähiger Betriebsteil i.S.d. § 4 BetrVG als selbstständiger Betrieb i.S.d. § 111 BetrVG, bei dessen Schließung unabhängig von den Zahlen des § 17 KSchG eine „Betriebsstilllegung“ anzunehmen ist. Dies gilt selbst dann, wenn der Betriebsbegriff bei Betriebsratswahlen verkannt wurde, aber eine fehlerhaft erfolgte Wahl des Betriebsrats nicht angefochten wurde.⁶⁷

60 Vgl. ErfK/Kania § 118 BetrVG Rn. 15 m.w.N.

61 Vgl. dazu ausführlich Fitting § 111 Rn. 26 und § 118 BetrVG Rn. 46 f. sowie ErfK/Kania § 118 BetrVG Rn. 1 ff.

62 HWK/Hohenstatt/Willemsen § 111 BetrVG Rn. 20 m.w.N.; offen gelassen durch BAG BAGE 40, 36–42, AP Nr. 11 zu § 111 BetrVG 1972.

63 HWK/Hohenstatt/Willemsen § 111 BetrVG Rn. 20 m.w.N.; a.A. etwa Fitting § 111 BetrVG Rn. 44 ff. m.w.N.

64 Vgl. Fitting § 111 BetrVG Rn. 44.

65 Vgl. etwa BAG NZA 2007, 1307–1310; BAG BAGE 68, 67.

66 BAG NZA 2007, 1307–1310.

67 BAG NZA 1996, 164–166; ErfK/Kania § 111 BetrVG Rn. 13

6. Kapitel

Arbeitsrechtliche Umstrukturierungen in Krise und Insolvenz

Übersicht

	Rn.
A. Ausgangsüberlegungen für Umstrukturierungen in Krise und Insolvenz	1
B. Umstrukturierung von Arbeitsbedingungen zur Sanierung	4
I. Individualrechtliche Gestaltungsmittel	5
1. Nutzung vertraglicher Flexibilisierungsinstrumente	5
a) Widerrufsvorbehalte nutzen	6
aa) AGB-Kontrolle	7
bb) Inhaltskontrolle	9
cc) Unklarheitenregel	13
dd) Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit eines Widerrufsvorbehalts	14
(1) Neuverträge (Abschluss ab 1.1.2002)	14
(2) Altverträge (Abschluss bis 31.12.2001)	16
(a) Kennzeichnung eines Altvertrags	16
(b) Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit	17
b) Reduzierung von Sonderleistungen	18
c) Freiwilligkeitsvorbehalte	21
d) Anrechnung übertariflicher Leistungen	26
e) Abgeltung von Überstunden	35
aa) Gestaltungsspielraum	36
bb) Darlegungs- und Beweislast	39
cc) Schutzmechanismus: Ausschlussfrist	43
2. Die Änderungskündigung zur Entgeltsenkung	44
3. „Vorrang“ von Änderungsvereinbarungen	49
a) Vergütungsreduzierung	50
b) Änderung der vertraglichen Arbeitszeit	54
c) Beschränkung des vertraglichen Urlaubsanspruchs	60
d) Verzichtsvereinbarung bezüglich Sonderleistungen	63
II. Kollektivrechtliche Gestaltungsmittel zur Umstrukturierung von Arbeitsbedingungen	64
1. Möglichkeiten eines Tarifwechsels	65
a) Soll der Arbeitgeberverband in die Verhandlungen einbezogen werden?	66
b) Wer wird Tarifvertragspartner?	68
c) Welche Arbeitnehmer bindet ein Firmenstarifvertrag?	71
d) Richtiger Umgang mit der Gewerkschaft	75
2. Effektive Beendigung der Tarifbindung in Krise und Insolvenz	82
a) Beendigung der Bindung an Firmenstarifverträge	83
aa) Ordentliche Kündigung	84
bb) Außerordentliche Kündigung	86
cc) Analoge Anwendung von § 120 InsO?	88
dd) Aufhebungstarifvertrag/Tarifwechsel	92
(1) Aufhebungs- und Änderungstarifvertrag	92
(2) Störung der Geschäftsgrundlage	93
(3) Beendigung der Tarifbindung durch Betriebsübergang/Betriebsverlagerung	96
b) Beendigung der Bindung an Verbandstarifverträge	97
aa) Beendigung der Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband	98
(1) Austrittsvereinbarung/Wechsel in OT-Mitgliedschaft	98
(2) Beendigung der Mitgliedschaft durch Kündigung	99
(3) Beendigung der Nachbindung an Verbandstarifverträge (§ 3 Abs. 3 TVG)	100
bb) Außerordentliche Kündigung durch den Arbeitgeberverband	101
cc) Aufhebungs- bzw. Änderungstarifvertrag	102
dd) Beendigung der Tarifbindung durch Betriebsübergang/Betriebsverlagerung	103

	Rn.
c) Gestaltungshinweise zur Vermeidung einer Tarifbindung im Insolvenzfall	104
aa) Kein Ausschluss der Nachbindung an Verbandstarifverträge	105
bb) Vereinbarung von Sonderkündigungsrechten	106
(1) Firmentarifvertrag	107
(2) Verbandstarifvertrag	108
cc) Anspruch auf Aufhebung/Anpassung/Neuverhandlung im Insolvenzfall	110
d) Beendigung der Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG	112
e) Fazit zur Beendigung	114
f) Kann die Anwendbarkeit eines günstigeren Firmentarifvertrags ggf. erzwungen werden? ..	115
g) Fazit	120
3. Welche Besonderheiten müssen bei Sanierungstarifverträgen beachtet werden	121
a) Tarifrechtliche Zulässigkeit und Vorgaben	122
b) Einbeziehung von Sanierungstarifverträgen in Bezugnahmeklauseln?	124
c) Beendigung des Sanierungstarifvertrags	127
d) Typische Inhalte eines Sanierungstarifvertrags	132
aa) Veränderungen des Entgelts	133
bb) Arbeit ohne Lohnausgleich/Flexibilisierung des Arbeitszeitregimes	134
cc) „Gegenleistungen“ des Arbeitgebers/Insolvenzverwalters	137
(1) Kündigungsverzicht	138
(2) Besserungsschein	141
dd) Weitere Bedingungen	147
4. Sanierungsbetriebsvereinbarungen und betriebliche Bündnisse für Arbeit	148
a) Anforderungen an eine Öffnungsklausel/Gestaltungsmöglichkeiten	149
b) Eingreifen der Sperrwirkung des Tarifvorrangs bzw. -vorbehalts	151
c) Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich des § 87 Abs. 1 BetrVG	153
aa) Fehlende Tarifbindung des Arbeitgebers/Insolvenzverwalters	153
bb) Fernwirkungen tariflicher Regelungen durch § 87 Abs. 1 BetrVG	156
d) „Bündnisse für Arbeit“	162
aa) Denkbare Modelle	163
bb) Typische Varianten	164
e) Vorteile einer Betriebsvereinbarung	168
aa) Leichtere Verhandlung und größere Überzeugungskraft	169
bb) Unmittelbare und zwingende Wirkung	171
cc) Größerer inhaltlicher Gestaltungsspielraum als bei Individualvereinbarungen ..	172
5. Betriebsvereinbarungsoffenheit von Arbeitsverträgen	173
6. Gestaltungsspielraum bei der Beendigung von Betriebsvereinbarungen	178
7. Kürzung betrieblicher Sozialleistungen – Insolvenzrechtliche Möglichkeiten (§ 120 und §§ 129 ff. InsO)	182
a) Änderungsvereinbarungen	183
b) Kündigung von Betriebsvereinbarungen	186
aa) Ordentliche Kündigung	186
bb) Außerordentliche Kündigung	187
cc) Rechtsfolgen einer Kündigung/Nachwirkung	188
dd) Besonderheiten in der Insolvenz (§ 120 InsO)	196
(1) Erfasste Vereinbarungen	199
(2) Massebelastende Wirkung	203
(3) Sonderkündigungsrecht?	206
(4) Kündigungsumfang/Teilkündigung	208
(5) Beratungsgebot	209
(6) Höchstkündigungsfrist	210
(7) Kündigungsfolgen	211
(8) Außerordentliche Kündigung	214
c) Störung der Geschäftsgrundlage	216
aa) Voraussetzungen einer Störung der Geschäftsgrundlage	216
bb) Rechtsfolgen einer Störung der Geschäftsgrundlage	219
d) Fazit zum Gestaltungsspielraum im Regelfall	222

	Rn.
8. Insolvenzanfechtung von Betriebsvereinbarungen	223
9. Fazit zu kollektivrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten	233
C. Die Betriebsänderung als Mittel zur Unternehmenssanierung – Nutzung insolvenzbedingter Gestaltungsmöglichkeiten	234
I. Anwendbarkeit der §§ 111 ff. BetrVG in der Insolvenz	236
1. Bestehen eines Betriebsrats als Voraussetzung	237
2. Wahl eines Betriebsrats nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens	239
3. Nachteilsausgleichsansprüche bei mitbestimmungswidriger Umsetzung der Betriebsänderung	241
II. Auf den Interessenausgleich bezogene Besonderheiten	245
1. Die Sonderregeln der §§ 121, 122 InsO	245
2. Das Verfahren nach § 122 InsO	246
a) Verfahrensvoraussetzungen	248
aa) Rechtzeitige und umfassende Unterrichtung	250
bb) Verhandlungen innerhalb der Dreiwochenfrist	253
cc) Maßgeblicher Zeitpunkt für Unterrichtung und Verhandlungsbeginn bzw. -aufforderung	256
b) Begründetheit des Antrags	259
aa) Streitgegenstand	260
bb) Zweistufige Prüfung durch das Arbeitsgericht	261
cc) Das arbeitsgerichtliche Verfahren	268
c) Interessenausgleich und Insolvenzplan	270
3. Der Sozialplan in der Insolvenz und in Insolvenznähe (§§ 123, 124 InsO)	272
a) Allgemeines	272
aa) Verhältnis zwischen allgemeinen und insolvenzspezifischen Dotierungsschranken	276
bb) Dotierung von Sozialplänen außerhalb der Insolvenz	278
cc) Insolvenzspezifische Sonderregelungen für Sozialpläne im Überblick	283
b) Der Insolvenzsozialplan (§ 123 InsO)	285
aa) Zeitlicher Anwendungsbereich des § 123 InsO	285
bb) Sozialplanschranken	290
(1) Allgemeine Schranken	291
(2) Spezifisch insolvenzrechtliche Schranken	294
(3) Absolute Obergrenze	295
(4) Relative Obergrenze	304
cc) Einigungsstellenverfahren in der Insolvenz	314
dd) Erzwingbarer Sozialplan ohne Einigungsstellenverfahren	316
ee) Insolvenzspezifische Regeln für freiwillige Sozialpläne	318
ff) Analoge Anwendung der §§ 123, 124 InsO	321
gg) Verjährung und Ausschlussfristen	325
(1) Verjährung	325
(2) Ausschlussfristen	326
hh) Prozessuales und Zwangsvollstreckung	330
c) Insolvenznaher Sozialplan (Widerruf des Sozialplans aus der kritischen Phase)	335
d) Keine Umgehung von §§ 123, 124 InsO durch auflösende Bedingungen	344
D. Kostensenkung durch Personalabbau – Richtige Strategie und insolvenzbedingte Besonderheiten	346
I. Personalabbau ohne Kündigung	348
1. Aufhebungsverträge	352
a) Einsatz von Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften	356
b) Die sog. Widerspruchslösung	361
2. Widerspruch gegen vorhergehende Betriebsübergänge	367
a) Attraktivität für Insolvenzverwalter und Arbeitnehmer	368
b) Besonderheiten bei Kettenwidersprüchen	371
II. Gestaltungsmöglichkeiten trotz Kündigungsschutz	374
1. Gestaltungsmöglichkeiten bei betriebsbedingter Kündigung	375
a) Grundlagen	377

	Rn.
b) Herausforderung Sanierung: Gestaltungsmöglichkeiten bei einem Personalabbau richtig nutzen	379
aa) Typische Effekte von Kündigungen: Überalterung und Verteuerung	380
bb) Strategische Planung als kritischer Erfolgsfaktor	383
cc) Strukturveränderungen zur Optimierung der Sozialauswahl	384
dd) Bedeutung der Personalabteilung bei der Planung	387
ee) Kombination mit gesetzlichen Optimierungsmöglichkeiten	391
c) Ausgangspunkt: Anforderungen an eine Sozialauswahl	392
aa) Betriebsbezogenheit der Sozialauswahl	393
bb) Vergleichbarkeit von Arbeitnehmern	395
cc) Auswahl innerhalb der Vergleichsgruppe	402
d) „Herausnahme“ von Leistungsträgern	404
e) Sozialauswahl nach Altersgruppen	405
f) Sozialauswahl und „Punkteschema“	409
g) Interessenausgleich mit Namensliste außerhalb der Insolvenz	411
h) Zwischenfazit: Vorsorge ist besser als Nachsorge	415
i) Wichtige HR-Funktionen in der Umsetzungsphase	416
2. Kündigungserleichterung in der Insolvenz	418
a) Kündigung nach § 113 InsO	421
aa) Beseitigung von vertraglichen Kündigungsbegrenkungen	423
bb) Höchstkündigungsfrist von drei Monaten	430
cc) Rechtsfolgen (Schadensersatz nach § 113 Satz 3 InsO)	438
b) Beschlussverfahren zum Kündigungsschutz nach § 126 InsO	449
aa) Sinn und Zweck der Regelung	451
bb) Zulässigkeitsvoraussetzungen	454
(1) Zulässigkeit eines Antrags für bereits ausgesprochene Kündigungen	456
(2) Notwendigkeit einer Betriebsänderung?	457
(3) Zulässigkeit eines Antrags in Bezug auf einen Teil der Belegschaft	458
(4) Kein Einigungsversuch mit der Belegschaft erforderlich	459
(5) Keine Sperrwirkung eines Interessenausgleichs bei anderem Regelungsgegenstand	460
cc) Anforderungen an die Begründetheit	462
dd) Rechtsfolge 1: Beschränkung der Sozialauswahlkriterien auf Alter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltspflichten	467
ee) Reaktion des Arbeitnehmers: Kündigungsschutzklage – Bindungswirkung der Entscheidung nach § 126 InsO (§ 127 InsO)	469
ff) Rechtsfolge 2: Vermutung, dass Kündigung nicht aufgrund Betriebsübergang erfolgt (§§ 128 Abs. 2 InsO, 613a Abs. 4 BGB)	473
c) Interessenausgleich mit Namensliste (§ 125 InsO)	474
aa) Eingreifen von § 125 InsO	477
(1) Zeitlicher Anwendungsbereich des § 125 InsO	478
(2) Sachlicher Anwendungsbereich: Planung einer Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG	487
(a) Planung einer Betriebsänderung	487
(b) Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG	492
(c) Anwendbarkeit des BetrVG als Voraussetzung?	498
(3) Räumlicher Anwendungsbereich (grenzüberschreitende Insolvenz)	500
(4) Abschluss des Interessenausgleichs vor Umsetzung der Betriebsänderung	503
(5) Zuständiger Betriebsrat	507
bb) Formale und inhaltliche Anforderungen	508
(1) Schriftform	510
(2) Inhaltliche Anforderungen an die Namensliste	513
(3) Inhaltliche Anforderungen an den Interessenausgleich	517
cc) Rechtsfolgen eines Interessenausgleichs mit Namensliste nach § 125 InsO	520
(1) Darlegungs- und Beweislast des Insolvenzverwalters	521

	Rn.
(2) Vermutung der Betriebsbedingtheit einer Kündigung, § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO	524
(a) Reichweite der Vermutungswirkung	524
(b) Verlagerung der Darlegungs- und Beweislast auf den Arbeitnehmer	526
(3) Eingeschränkte Überprüfbarkeit der Sozialauswahl, § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO	530
(a) Einschränkung der Sozialauswahlkriterien	531
(b) Einschränkung auf die grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl	536
(c) Exkurs: Anpassung von Punkteschemata durch Interessenausgleich mit Namensliste	541
(d) Schaffung und Erhaltung einer ausgewogenen Personalstruktur	545
(e) Darlegungs- und Beweislast	558
dd) Bedeutung von Änderungen der Situation nach Abschluss des Interessenausgleichs	559
(1) Kriterium der „Wesentlichkeit“ der Änderung	560
(2) Zeitpunkt der Änderung	563
(3) Darlegungs- und Beweislast	565
ee) Bedeutung für sonstige Mitbestimmungsverfahren	566
(1) Anhörung des Betriebsrats nach §§ 99, 102 BetrVG	567
(2) Anzeigepflicht bei Massenentlassungen, § 125 Abs. 2 InsO	571
(3) Zustimmung des Integrationsamts, § 89 Abs. 3 SGB IX	573
III. Personalabbau mithilfe von „Turboprämiens“	583
1. Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen	585
a) Separate Vereinbarung – keine Einbindung in einen Sozialplan	586
b) Form der Zusage einer Turboprämie	588
c) Gestaltungsspielraum und -vorgaben	589
d) Formulierungsbeispiel für eine Turboprämienzusage	593
2. Insolvenzrechtliche Bewertung	594
E. Effektive Verwertung von Betrieben und Betriebsteilen – Betriebsübergang und übertragende Sanierung	599
I. Anwendbarkeit von § 613a BGB in der Insolvenz	604
II. Beschränkte Haftung des Betriebserwerbers bei Betriebsübergang in der Insolvenz	605
III. Kollektivrechtliche Herausforderungen in der Insolvenz	611
1. Ablösung durch einen (Sanierungs-)Tarifvertrag des Erwerbers	612
2. Entscheidung in der Sache „Scattolon“	617
3. Bedeutung für die Sanierungspraxis	622
4. Lösungsstrategien für krisengeschüttelte Unternehmen und Insolvenzverwalter	631
IV. Auslegung von § 613a Abs. 4 BGB und Einschränkung von § 613a Abs. 4 BGB durch § 128 Abs. 2 InsO	632
1. Kündigung „wegen“ eines Betriebs(teil)übergangs i.S.d. § 613a Abs. 4 BGB	632
2. Veräußererklärung nach Erwerberkonzept	639
3. Veräußererklärung nach Veräußererkonzept	647
4. Einschränkung nach § 128 Abs. 2 InsO	648
a) Anwendungsbereich und Rechtsfolgen des § 128 Abs. 1 InsO	648
b) Rechtsfolgen nach § 128 Abs. 2 InsO	654
V. Betriebsteilübergang und Betriebsänderung	658
VI. Überraschender Betriebs(teil)übergang – Grenzen von Wiedereinstellungsansprüchen	661
F. Insolvenzgeld	668
I. Anspruch auf Insolvenzgeld	675
1. Anspruchsvoraussetzungen	676
a) Arbeitnehmer	679
b) Inländisches Beschäftigungsverhältnis	686
c) Insolvenzereignis	688
aa) Eröffnung des Insolvenzverfahrens	694
bb) Ablehnung mangels Masse	696
cc) Vollständige Beendigung der Betriebstätigkeit	698

	Rn.
d) Fristgebundener Antrag	700
e) Insolvenzgeldzeitraum	705
aa) Betriebsübergang	707
bb) Beendetes Arbeitsverhältnis	708
cc) Zeiträume ohne Entgeltanspruch	709
dd) Arbeitsaufnahme oder Weiterarbeit in Unkenntnis des Insolvenzereignisses	711
f) Insolvenzgeldfähiges Arbeitsentgelt	714
g) Zuordnung von Arbeitsentgeltansprüchen zum Insolvenzgeldzeitraum	718
2. Anspruchsausschluss	724
II. Höhe des Insolvenzgelds	726
1. Nettoprinzip und Berechnungsgrundlagen – Auszahlung	726
2. Auswirkungen von Verfügungen über das Arbeitsentgelt	733
3. Insolvenzgeldbescheinigung	735
4. Fälligkeit	737
III. Vorfinanzierung von Arbeitsentgelt – Missbrauchsvermeidung	738
IV. Vorschuss auf das Insolvenzgeld	746
V. Anspruchsübergang	748
G. Mitarbeiterbindung in Krise und Insolvenz	750
I. Mitarbeiterbindung in Krise und Insolvenz – repressiv oder anreizorientiert?	751
1. Wettbewerbsverbote	752
2. Mitarbeiterbindung durch Rückzahlungsklauseln	753
II. Insolvenzgeld(vorfinanzierung)	754
III. Mitarbeiterbeteiligungsmodelle	758
IV. Bleibe- bzw. Treueprämien (Retention Boni)	759
1. Insolvenzrechtliche Relevanz	760
a) Insolvenzrechtliche Qualifikation von Sonderleistungen	761
aa) Bestimmung des maßgeblichen Zwecks der Sonderleistung	764
bb) Insolvenzrechtliche Qualifikation anhand der Zweckbestimmung	768
2. Anforderungen an die Ausgestaltung von Sonderleistungen	774

Literatur. Kommentare und Handbücher

Andres, Dirk/Leithaus, Rolf/Dahl, Michael Insolvenzordnung Kommentar, 3. Aufl. 2014; Annuß, Georg/Lembke, Mark Arbeitsrechtliche Umstrukturierung in der Insolvenz, 2. Aufl. 2012; Arens, Wolfgang/Brandt, Jürgen Arbeits- und Sozialrecht in der Insolvenz, 2. Aufl. 2011; Bauer, Jobst-Hubertus/Diller, Martin Wettbewerbsverbote, 7. Aufl. 2015; Bauer, Jobst-Hubertus/Haußmann, Katrin/Krieger, Steffen Umstrukturierung – Handbuch für die arbeitsrechtliche Praxis, 3. Aufl. 2015; Beck, Siegfried/Depré, Peter (Hrsg.) Praxis der Insolvenz, 2. Aufl. 2010; Bernsau, Georg/Dreher, Daniel/Hauck, Friedrich Betriebsübergang, 3. Aufl. 2010; Bichlmeier, Wilhelm/Wroblewski, Andrej (Hrsg.) Das Insolvenzhandbuch für die Praxis, 4. Aufl. 2015; Blersch, Jürgen/Goetsch, Hans W./Haas, Ulrich (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Insolvenzrecht (BK-InsO), Stand: Dezember 2010; Brand Kommentar SGB III Sozialgesetzbuch Arbeitsförderung, 7. Aufl. 2015; Braun, Eberhard (Hrsg.) Insolvenzordnung Kommentar, 6. Aufl. 2014; Brünkmans, Christian/Thole, Christoph (Hrsg.) Handbuch Insolvenzplan, 2016 (im Erscheinen); Caspers, Georg, Personalabbau und Betriebsänderung im Insolvenzverfahren, 1998; Däubler, Wolfgang (Hrsg.) Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012; Däubler, Wolfgang/Kittner, Michael/Klebe, Thomas/Wedde Peter (Hrsg.) Kommentar Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, EBR-Gesetz, 15. Aufl. 2016; Etzel, Gerhard/Bader, Peter/Fischermeier, Ernst u.a. KR – Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 10. Aufl. 2013; Fitting, Karl (Begr.) Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 28. Aufl. 2016; Fuhlrott, Michael/Mückl, Patrick (Hrsg.) Praxishandbuch Low-Performance, Krankheit, Schwerbehinderung, 2014; Gaul, Björn (Hrsg.) Das Arbeitsrecht der Restrukturie-

rung, 2016 (im Erscheinen); *Göpfert, Burkhard (Hrsg.) Handbuch Arbeitsrecht in Restrukturierung und Insolvenz*, 2014; *Gottwald, Peter (Hrsg.) Insolvenzrechts-Handbuch*, 5. Aufl. 2015; *Henssler, Martin/Moll, Wilhelm/Beppler, Klaus (Hrsg.) Der Tarifvertrag – Handbuch für das gesamte Tarifrecht*, 2. Aufl. 2016; *Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.) Arbeitsrecht – Kommentar*, 6. Aufl. 2014; *Hess, Harald/Worzalla, Michael/Glock, Dirk u.a. Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, 9. Aufl. 2014; *Jacobs, Matthias/Krause, Rüdiger/Oetker, Hartmut/Schubert, Claudia Tarifvertragsrecht*, 1. Aufl. 2007; *Jaeger, Ernst (Begr.)/Henckel, Wolfram/Gerhardt, Walter (Hrsg.) Insolvenzordnung, Großkommentar*, Band 3, §§ 103–128, 1. Aufl. 2013; *Kayser, Godehard/Thole, Christoph (Hrsg.) Insolvenzordnung, Heidelberger Kommentar*, 8. Aufl. 2016; *Kempen, Otto Ernst/Zachert, Ulrich TVG – Tarifvertragsgesetz, Kommentar*, 4. Aufl. 2006; *Kirchhof, Hans-Peter/Eidenmüller, Horst/Stürner, Rolf (Hrsg.) Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Band 1 und 2: 3. Aufl. 2013, Band 3: 3. Aufl. 2014; *Kübler, Bruno M. (Hrsg.) Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz (HRI)*, 2. Aufl. 2015; *Kübler, Bruno M./Prütting, Hanns/Bork, Reinhard (Hrsg.) Kommentar zur Insolvenzordnung*, Stand: November 2015, EL 66; *Löwisch, Manfred/Rieble, Volker TVG*, 3. Aufl. 2012; *Mückl, Patrick Arbeitsrecht in Krise und Insolvenz*, 2014; *ders. Arbeitsrecht in Krise und Insolvenz*, 2. Aufl. 2015; *Mückl, Patrick/Pötters, Stephan/Krause, Daniel Das Mindestlohngesetz in der betrieblichen Praxis*, 2015; *Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Aufl. 2016; *Nerlich, Jörg/Römermann, Volker (Hrsg.) Insolvenzordnung, Kommentar*, 29. Aufl. 2016; *Peters-Lange, Susanne Sozialrecht in der Insolvenz*, 2005; *Regh, Thomas/Jakubowski, Peter/Fanselow, Dana/Kreplin, Georg Beck'sches Mandatshandbuch, Arbeitsrecht in der Insolvenz*, 2. Aufl. 2015; *Röder, Gerhard/Baeck, Ulrich Interessenausgleich und Sozialplan*, 5. Aufl. 2016; *Schmidt, Andreas (Hrsg.) Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, 5. Aufl. 2014; *Thüsing, Gregor/Braun, Axel (Hrsg.) Tarifrecht*, 2011; *Uhlenbruck, Wilhelm/Hirte, Heribert/Vallender, Heinz (Hrsg.) Insolvenzordnung Kommentar*, 14. Aufl. 2015; *Wiedemann (Hrsg.) Tarifvertragsgesetz*, 7. Aufl. 2007; *Willemsen, Heinz Josef/Hohenstatt, Klaus-Stefan/Schweibert, Ulrike/Seibt, Christoph H. Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, Arbeitsrechtliches Handbuch*, 5. Aufl. 2016; *Willemsen, Heinz Josef/Tiesler, Ralf-Dietrich Interessenausgleich und Sozialplan in der Insolvenz*, 1995; *Wimmers, Klaus (Hrsg.) Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, 8. Aufl. 2015; *Wlotzke, Otfried/Preis, Ulrich/Kreft, Burghard Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar*, 4. Aufl. 2009; *Zwanziger, Bertram Arbeitsrecht der Insolvenzordnung, Kommentar, InsO §§ 108, 113, 120 bis 128, 185*, 5. Aufl. 2015.

Aufsätze

Annuß, Georg Die Betriebsänderung in der Insolvenz, NZI 1999, 344; *Belling, Detlev/Hartmann, Christian Die Tarifbindung in der Insolvenz*, NZA 1998, 57; *Boemke, Burkhard/Tietze, Steffen Insolvenzarbeitsrecht und Sozialplan*, DB 1999, 1389; *Boewer, Dietrich Der Wiedereinstellungsanspruch Teil 1*, NZA 1999, 1121; *ders. Der Wiedereinstellungsanspruch Teil 2*, NZA 1999, 1177; *Bonanni, Andrea/Mückl, Patrick Die nachträgliche Anpassung von Sozialplänen in der Krise*, ArbRB 2009, 242; *Bonanni, Andrea/Naumann, Eva Konjunkturelle Kurzarbeit: Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Voraussetzungen und Konsequenzen*, DStR 2009, 1374; *Büteröwe, Marc Insolvenzreife der Aktiengesellschaft – Die Stunde von Vorstand und Aufsichtsrat*, GWR 2009, 285; *Cranshaw, Friedrich L. Bemerkungen zur Vorfinanzierung von Insolvenzgeld*, ZInsO 2013, 1493; *Dzida, Boris/Klopp, Thorben Betriebstreue belohnen mit Retention Boni*, ArbRB 2013, 49; *Fischermeier, Ernst Die betriebsbedingte Kündigung nach den Änderungen durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz*, NZA 1997, 1089; *Friese, Birgit Das kollektive Kündigungsschutzverfahren in der Insolvenz nach § 126 InsO*, ZInsO 2001, 350; *Fuhlrott, Michael Zwischen geschaltete Transfergesellschaften zur Vermeidung von Betriebsübergängen*, NZA 2012, 549; *Gaul, Björn/Bonanni, Andrea/Naumann, Eva Betriebsübergang: Neues zur betriebsbedingten Kündigung aufgrund Erwerbskonzepts*, DB 2003, 1902; *Gaul, Björn/Hahne, Tobias C. Der Versuch des Gesetzgebers zur Kennzeichnung von Arbeitnehmern, Leiharbeitneh-*

mern und sonstigem Fremdpersonal durch § 611a BGB, BB 2016, 58; *Gaul, Björn/Janz, Alexandra* Chancen und Risiken tariflicher Lösungen, NZA-Beilage 2010, 60; *Gaul, Björn/Mückl, Patrick* 5 Jahre AGB-Kontrolle von Altarbeitsverträgen – Abschied vom Vertrauensschutz?, NZA 2009, 1233; *Gaul, Björn/Otto, Björn* Personalabbau durch „Turboprämie“, ArbRB 2005, 344; *Giesen, Richard* Die Betriebsverfassung nach dem neuen Insolvenzrecht, ZIP 1998, 142; *Göpfert, Burkard* Business Transformation – die Anpassung des Geschäftsmodells arbeitsrechtlich begleiten, ZIP 2016, 803; *Gräf, Stephan* Tarifpluralität und Tarifeinheit nach Betriebs(teil)übergang – Das Zusammenspiel von § 4a TVG und § 613a BGB, NZA 2016, 327; *Grau, Timon/Sittard, Ulrich* Zivilrechtliche Rechtsfolgen von MiLoG-Verstößen, ArbRB 2014, 336; *Grub, Volker* Der Regierungsentwurf der Insolvenzordnung ist sanierungsfeindlich!, ZIP 1993, 393; *Hanau, Peter* Perversion und Prävention bei § 613a BGB, ZIP 1998, 1817; *ders.* Zur Kündigung von Arbeitsverhältnissen wegen Betriebsübergang, ZIP 1984, 141; *Hohenstatt, Klaus-Stefan/Schuster, Bastian* Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Umstrukturierungen, ZIP 2016, 5; *Kappenhagen, Markus* Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG in einem freiwilligen Interessenausgleich?, NZA 1998, 968; *Klasen, Axel J.* Anmerkung zum Urteil des LArbG Düsseldorf vom 10.10.2013, Az. 5 Sa 823/13 – Zur Verjährung von Abfindungsansprüchen aus einem Insolvenzsozialplan, EWiR 2014, 195; *Klocke, Daniel Matthias* Neue Entwicklungen im Überstundenprozess, RdA 2014, 233; *Klüter, Kai Uwe* Die kollektive Vorfinanzierung von Arbeitsentgeltansprüchen in der Insolvenz des Arbeitgebers (Insolvenzvorfinanzierung), WM 2010, 1483; *Knof, Béla* Erfordert die Fortführungsfinanzierung (doch) einen Umverteilungstatbestand im Insolvenzrecht?, ZInsO 2010, 1999; *Kohnen, Hiltrud/Römer, Christoph* Obergrenzen für Sozialpläne in der Insolvenz, ZInsO 2010, 1206; *Kreuzer, Stefan/Rößner, Susann* Die Betriebsänderung in der Insolvenz und die Darstellung der „wirtschaftlichen Lage des Unternehmens“ nach § 122 InsO, NZI 2012, 699; *Kutsch, Alexander/Kersting, Anna-Lena* Mitarbeiterbeteiligung zur Finanzierung und Sanierung, BB 2011, 373; *Lakies, Thomas* Das Beschlussverfahren zum Kündigungsschutz nach § 126 InsO, NZI 2000, 345; *ders.* Insolvenz und Betriebsänderung, BB 1999, 206; *ders.* Zu den seit 1.10.1996 geltenden arbeitsrechtlichen Vorschriften der Insolvenzordnung, RdA 1997, 145; *Leder/Rodenbusch* Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 6.9.2011, Az. C-108/10 – Zur Anwendung des § 613a BGB beim gesetzlichen Betriebsübergang, EWiR 2011, 737; *Lipinski, Wolfgang* Reichweite der Kündigungskontrolle durch § 613a IV 1 BGB, NZA 2002, 75; *Löwisch, Manfred* Neugestaltung des Interessenausgleichs durch das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, RdA 1997, 80; *Lunk, Stefan* Der Tendenzgemeinschaftsbetrieb, NZA 2005, 841; *Mankowski, Peter/Willemer, Charlotte* Die internationale Zuständigkeit für Insolvenzanfechtungsklagen, RIW 2009, 669; *Meyer, Holger/Röger, Hendrik* Freiwillige vor? Rechtliche und strategische Aspekte von Freiwilligenprogrammen beim Personalabbau, NZA-RR 2011, 393; *Moll, Wilhelm/Katerndahl, Christoph* Zum Verhältnis zwischen Interessenausgleichs- und Massenentlassungsanzeigeverfahren, RdA 2013, 159; *Mückl, Patrick* Der Betriebsübergang nach § 613a BGB in der Insolvenz – jetzt erst recht ein Sanierungshindernis?, ZIP 2012, 2373; *ders.* Effektive Bindung von Leistungs- und Know-how-Trägern in Krise und Insolvenz, ZIP 2012, 1642; *ders.* Erfolgreiche Taktik beim Umgang mit Wettbewerbsverboten, FA 2008, 194; *ders.* Im Zweifel kein Recht zur außerordentlichen Kündigung eines Tarifvertrages, GWR 2011, 296; *ders.* Zur Betriebsübernahme in der Insolvenz, EWiR 2009, 403; *Mückl, Patrick/Koddenbrock, Johanna* Gesetzliche Regelung der Tarifeinheit oder: Nach dem Streik ist vor dem Streik, GWR 2015, 6; *Mückl, Patrick/Krings, Hannah* Betriebsvereinbarungen und Insolvenzanfechtung, ZIP 2015, 1714; *dies.* Effektive Beendigung der Tarifbindung in der Insolvenz, BB 2012, 769; *dies.* Effektiver Personalabbau mit Turboprämiens in Krise und Insolvenz, ZInsO, 2016 (im Erscheinen); *Mückl, Patrick/Scholz, Max* Gestalten statt Abholzen, Personalmagazin 5/2015, 72; *Oetker, Hartmut/Friese, Birgit* Der Sozialplan in der Insolvenz, DZWiR 2001, 265; *dies.* Der Interessenausgleich in der Insolvenz (I), DZWiR 2001, 133; *dies.* Der Interessenausgleich in der Insolvenz (II), DZWiR 2001, 177; *Otto, Björn/Mückl, Patrick* Aufspaltung, Verschmelzung, Anwachsung – Schadensersatz bei unzureichender Unterrichtung trotz Erlöschen des übertragenden Rechts-

trägers?, BB 2011, 1978; *Otto, Björn/Walk, Werner* Entgeltflexibilisierung als Weg aus der Krise, BB 2010, 373; *Plander, Harro* Tarifflucht durch kurzfristig vereinbarten Verbund-austritt?, NZA 2005, 897; *Rieble, Volker* Das insolvenzarbeitsrechtliche Beschlussverfahren des § 126 InsO, NZA 2007, 1393; *Roden, Norbert Franz* Nochmals: Wie „absolut“ ist die Grenze des § 123 I InsO?, NZA 2009, 659; *Sagan, Adam* Das Verschlechterungsverbot bei Ablösung von Kollektivverträgen nach einem Betriebsübergang, EuZA 2012, 247; *Schelp, Thomas* Arbeitnehmerforderungen in der Insolvenz, NZA 2010, 1095; *Schmädicke, Axel/Fackler, Bernhard* Die gerichtliche Zustimmung zur Durchführung einer Betriebsänderung gem. § 122 InsO, NZA 2012, 1199; *Schwarzburg, Tim* Wie „absolut“ ist die Grenze des § 123 I InsO? – Die Anwendbarkeit des § 123 I InsO in (faktischen) Konzernsituationen, NZA 2009, 176; *Sittard, Ulrich/Flockenhaus, Patrick* „Scattolon“ und die Folgen für die Ablösung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen nach einem Betriebsübergang, NZA 2013, 652; *Spelge, Katrin* Die Insolvenzanfechtung von Entgeltzahlungen in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts – Kein Sonderanfechtungsrecht für Arbeitnehmer, RdA 2016, 1; *Steffan, Ralf* Neues vom EuGH zum Betriebsübergang: Was folgt aus „Scattolon“?, NZA 2012, 473; *Straube, Gunnar/Rasche, Jennifer* Betriebsvereinbarungsoffene Gestaltung von Arbeitsverträgen – Der Tod des Günstigkeitsprinzips, DB 2016, 51; *Thüsing, Gregor/Wege, Donat* Freiwilliger Interessenausgleich und Sozialauswahl, BB 2005, 213; *Tretow, Lars* Die Betriebsveräußerung in der Insolvenz, ZInsO 2000, 309; *von Hoyningen-Huene, Gerrick* Die wirtschaftliche Vertretbarkeit von Sozialplänen – zugleich eine Rahmenformel zur Berechnung des Sozialplanvolumens, RdA 1986, 102; *von Steinau-Steinrück, Robert* Neues vom EuGH zum Betriebsübergang, NJW-Spezial 2012, 434; *Willemsen, Heinz Josef* Aufhebungsverträge bei Betriebsübergang – ein „Erfurter Roulette“?, NZA 2013, 242; *Willmer, Christian/Fuchs, Simone/Berner, Hans-Joachim* Der Widerspruch des Arbeitnehmers nach § 613a VI BGB als Sanierungsinstrument – Die Widerspruchslösung, NZI 2015, 263; *Winter, Regine* Betriebsübergang und Tarifvertragsersetzung – was ergibt sich aus dem Urteil Scattolon?, RdA 2013, 36; *Zwanziger, Bertram* Insolvenzordnung und materielle Voraussetzungen betriebsbedingter Kündigungen, BB 1997, 626.

A. Ausgangsüberlegungen für Umstrukturierungen in Krise und Insolvenz

„Sanierung und Arbeitsrecht stehen in enger Wechselbeziehung“.¹ Der überwiegende Teil der Arbeitnehmer des krisengeschüttelten Unternehmens sowie die im Betrieb gebildeten bzw. aktiven Arbeitnehmervertretungen (Betriebsräte und Gewerkschaften) sind für die Sanierung mit dem Ziel eines kurz-, mittel- oder langfristigen Fortbestands des Unternehmens typischerweise von großer Bedeutung.² Denn das Gelingen einer Sanierung hängt häufig in erheblichem Umfang von Sanierungsbeiträgen der Arbeitnehmer ab. Arbeitsbedingungen müssen geändert werden, um Abläufe anforderungsgerechter und/oder kostengünstiger zu gestalten und so die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens und das Vertrauen von Kunden, Lieferanten und Gläubigern – aber auch Leistungs- und Know-how-Trägern unter den Arbeitnehmern (vgl. zu ihnen Rn. 750 ff.) – zu sichern bzw. wiederherzustellen. Viele Sanierungsbeiträge können nur im Einvernehmen mit den Arbeitnehmern bzw. ihren Vertretungen erzielt werden.

1 Göpfert/Köhler-Ma/Witt § 1 Rn. 1.

2 Das sieht auch der Gesetzgeber, vgl. BT-Drucks. 17/5712, 27. Zur Insolvenz aus ihrer Perspektive vgl. Göpfert/Helm/Huber § 7 Rn. 6 ff.

- 2 **Praxistipp:** Wichtig ist deshalb insbesondere ein überzeugendes Kommunikationskonzept. Denn die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen müssen verstehen können, warum welcher Einschnitt erforderlich ist. Selbst einseitig durchsetzbare Sanierungsbeiträge werden sonst schnell zum Phryrus-Sieg: Die Diskussion um ihre Zulässigkeit, die vor Gericht ausgetragen wird, bindet für die Sanierung (dringend) erforderliche zeitliche, aber auch personelle Ressourcen und wirtschaftliche Mittel.
- 3 Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn zur Vermeidung oder Bewältigung einer Krise eine „**Business Transformation**“ – also eine Reorganisation zur Anpassung des (langjährigen) Geschäftsmodells – erfolgen soll.³

B. Umstrukturierung von Arbeitsbedingungen zur Sanierung

- 4 Dass für eine erfolgreiche Sanierung auch Einsparungen auf der Kostenseite erforderlich sind, liegt zumeist auf der Hand. Verzichtet man auf Entlassungen (zu ihnen ab Rn. 346 ff.), können Personalkosten zunächst mit individualrechtlichen Mitteln, nämlich durch die richtige Nutzung vertraglicher Flexibilisierungsinstrumente bzw. durch Änderungskündigungen und -vereinbarungen eingespart werden.

I. Individualrechtliche Gestaltungsmittel

1. Nutzung vertraglicher Flexibilisierungsinstrumente

- 5 Die Nutzung vertraglicher **Flexibilisierungsinstrumente** in der Krise oder Insolvenz setzt allerdings eine vorausschauende Planung des Unternehmens im Vorkrisenstadium voraus. Denn derartige Flexibilisierungsinstrumente müssen im Vorfeld wirksam vertraglich vereinbart worden sein, wenn sie in der Krise oder Insolvenz genutzt werden sollen, um – ohne das Erfordernis einer erneuten Einigung mit dem jeweils betroffenen Arbeitnehmer – einseitig Möglichkeiten zur Kostensenkung zu bieten. Denkbar und schnell kostenwirksam sind insoweit Widerrufs- oder Freiwilligkeitsvorbehalte bzw. Vereinbarungen zur Kürzung von Sonderleistungen bei Krankheit, die Anrechnung übertariflicher Leistungen und die Abgeltung von Überstunden:

a) Widerrufsvorbehalte nutzen

- 6 In der betrieblichen Praxis gibt es (glücklicherweise) kaum Arbeitsverträge, in denen keine flexiblen Vergütungsbestandteile vereinbart sind. Insbesondere übertarifliche Zulagen oder die Überlassung eines Dienstwagens zur Privatnutzung werden im Regelfall unter dem Vorbehalt eines Widerrufs gewährt. Da die Zusage einer Leistung nicht mit einem darauf bezogenen **Freiwilligkeitsvorbehalt** kombiniert werden kann⁴, ist die Schaffung der notwendigen Flexibilität in Bezug auf derartige Leistungen nur durch Widerrufs- oder Anrechnungsvorbehalte möglich. Will der Arbeitgeber die Leistung ganz oder teilweise einstellen können, ist ein Widerrufsvorbehalt notwendig, denn ein Anrechnungsvorbehalt (dazu unter Rn. 26 ff.) kann „nur“ verhindern, dass

3 Vgl. dazu und zu dem arbeitsrechtlichen Handlungsrahmen sowie den damit verbundenen Herausforderungen Göpfert ZIP 2016, 803 ff.

4 Vgl. BAG NZA-RR 2009, 576; ErfK/Preis BGB §§ 305–310 Rn. 70 ff. m.w.N.

Tariflohnerhöhungen zu einem (weiteren) Anwachsen der Personalkosten führen. Bei einem Widerrufsvorbehalt wird eine Leistung dagegen unbefristet zugesagt, dem Arbeitgeber jedoch zugleich die Möglichkeit eingeräumt, durch Ausübung eines Widerrufsrechts die Weitergewährung der Leistung zu beenden. Dieses Widerrufsrecht kann in der Krise bzw. Insolvenz zur Reduktion der Personalkosten genutzt werden, wenn es vertraglich wirksam vorbehalten worden ist.

aa) AGB-Kontrolle

Da Arbeitsverträge Verbraucherverträge sind, auf deren Inhalt der Arbeitnehmer typischerweise keinen Einfluss nehmen kann (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB), finden die § 305c Abs. 2 sowie die §§ 306 und 307 bis 309 BGB auf sie selbst dann Anwendung, wenn die Vertragsklausel durch den Arbeitgeber nur zur einmaligen Verwendung konzipiert wurde. **Widerrufsvorbehalte** unterfallen daher in aller Regel der AGB-Kontrolle. Sind sie in Betriebsvereinbarungen⁵ oder Tarifverträgen⁶ enthalten, findet nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB allerdings keine AGB-Kontrolle statt.

Widerrufsvorbehalte sind ein typisches Instrument zur Flexibilisierung von Vergütungsansprüchen und daher – soweit sich nicht aus der formalen oder drucktechnischen Ausgestaltung Besonderheiten ergeben – nicht als überraschende Klausel, die nach § 305c Abs. 1 BGB nicht Bestandteil des Vertrags wird, zu qualifizieren⁷.

bb) Inhaltskontrolle

Die Inhaltskontrolle durch das BAG fällt allerdings relativ streng aus. Obwohl das BAG grundsätzlich das Interesse des Arbeitgebers anerkennt, insbesondere Zusatzleistungen flexibel auszugestalten, darf der **Widerrufsvorbehalt** nicht zur Folge haben, dass das Wirtschaftsrisiko des Unternehmers auf den Arbeitnehmer verlagert wird. Weiterhin sind Eingriffe in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses durch § 307 Abs. 2 BGB, §§ 1, 2 KSchG ausgeschlossen⁸. Diese Vorgaben umsetzend hält das BAG die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts für zulässig, soweit der widerrufliche Teil des Gesamtverdienstes 25 %⁸ nicht übersteigt und der verbleibende Teil zwingende Vorgaben (z.B. eines Tarifvertrags) nicht unterschreitet. In diesem Fall sei der Arbeitgeber – so das BAG – bis zur Grenze der Willkür frei, die Voraussetzungen des Anspruchs festzulegen und dementsprechend auch den Widerruf zu erklären. Eine Frist müsse hierfür nicht vereinbart werden⁸.

Allerdings muss der Arbeitgeber die notwendige **Transparenz und Angemessenheit** 10 wahren. Der Maßstab von §§ 307 Abs. 1 und 2, 308 Nr. 4 BGB muss im Text der Klausel zum Ausdruck kommen. Es muss sich aus der Regelung selbst ergeben, aus welchem Grund der Widerruf erfolgen darf⁹. Hiervon ausgehend hatte es das BAG zunächst für ausreichend gehalten, dass bei der Bezeichnung der Widerrufgründe die Richtung erkennbar wird, aus der der Widerruf möglich sein soll. Als mögliche Gründe hat der 5. Senat die wirtschaftliche Notlage des Unternehmens, ein negatives wirtschaftliches Ergebnis der Betriebsabteilung, einen nicht ausreichenden Gewinn, den Rückgang bzw. das Nichteinreichen der erwarteten wirtschaftlichen Entwicklung,

5 BAG NZA 2011, 989.

6 BAG ZTR 2011, 678.

7 Vgl. ErfK/Preis BGB §§ 305–310 Rn. 29.

8 BAG BB 2007, 109.

9 BAG NZA-RR 2010, 457.

unterdurchschnittliche Leistungen des Arbeitnehmers oder eine schwerwiegende Pflichtverletzung genannt¹⁰. Nach der jüngsten Rechtsprechung des BAG¹¹ darf der Arbeitgeber dabei aber keine Formulierung wählen, die zur Folge hat, dass er im Nachhinein selbst bestimmen kann, was als „wirtschaftlicher Grund“, personenbedingter oder verhaltensbedingter Grund angesehen wird.

- 11 Bei der **Angemessenheitskontrolle** nach §§ 307, 308 Nr. 4 BGB sei – so das BAG – im Übrigen nicht auf die Gründe abzustellen, aus denen der Widerruf im konkreten Fall erfolge. Entscheidend seien die Möglichkeiten, die das vorformulierte Widerrufsrecht dem Arbeitgeber insgesamt einräumt. Damit seien auch solche Klauseln unwirksam, die in ihrem „Übermaßurteil“ in zu beanstandender Weise ein Risiko regeln, das sich im Entscheidungsfall nicht realisiert habe¹¹.
- 12 Konsequenz dieser Vorgaben ist, dass der sachliche Grund für den Widerruf einer Leistung des Arbeitgebers im Arbeitsvertrag deutlich stärker konkretisiert werden muss. Soweit der Widerruf auch aus „wirtschaftlichen Gründen“ möglich sein soll, müssen also die Umstände, die für den Arbeitgeber Ausdruck wirtschaftlichen Misserfolgs sind, nachvollziehbar beschrieben werden. Gleichzeitig ist sicherzustellen, dass die Gründe im Streitfall auch objektiv nachweisbar sind. Dies macht eine deutliche (katalogartige) Erweiterung der entsprechenden Klauseln erforderlich. Viele nach dem 1.1.2002 vereinbarte Klauseln dürften diesen Anforderungen im Einzelfall nicht standhalten. Der Arbeitgeber/Insolvenzverwalter muss dies sorgfältig prüfen.

cc) Unklarheitenregel

- 13 Die **Auslegung** einer Klausel geht der Inhaltskontrolle voraus. Bestehen Zweifel bei der Auslegung eines Widerrufsvorbehalts, gehen diese gem. § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Arbeitgebers. Damit die Unklarheitenregelung überhaupt anwendbar ist, muss die Regelung indes zunächst in sich widerspruchsfrei sein. Das ist z.B. dann nicht der Fall, wenn Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalt in Bezug auf dieselbe Leistung verknüpft werden. Die Klausel ist dann (bereits) wegen Intransparenz (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) unwirksam¹².

dd) Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit eines Widerrufsvorbehalts

(1) Neuverträge (Abschluss ab 1.1.2002)

- 14 Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die dargestellten Anforderungen an einen Widerrufsvorbehalt ist für nach dem 1.1.2002 abgeschlossene sog. „**Neuverträge**“ nach § 306 Abs. 1 BGB seine Unwirksamkeit. Entgegen der Auslegungsregel des § 139 BGB bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam. Die unwirksame Klausel wird durch die gesetzlichen Vorgaben ersetzt, die wegen der fortbestehenden Zusage der (als widerrieflich beabsichtigten) Leistungen zu einem vorbehaltlosen Anspruch führen (§ 611 BGB). Ein gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht in Bezug auf die Höhe des Arbeitsentgelts besteht nicht¹¹. Einer geltungserhaltenden Reduktion steht § 306 Abs. 2 BGB entgegen¹¹. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt bei Neuverträgen grundsätzlich ebenfalls nicht in Betracht¹¹. Der Arbeitgeber/Insolvenzverwalter kann die beabsichtigte Flexibilität also nicht mehr durchsetzen. Er bleibt an die Zusage

10 BAG BB 2005, 833.

11 BAG NZA-RR 2010, 457.

12 BAG BB 2008, 2465.

gebunden¹³. Änderungen sind nur einvernehmlich oder – im Zweifel mit der Notwendigkeit einer sozialen Rechtfertigung nach §§ 1, 2 KSchG – durch Änderungskündigung durchsetzbar.

Praxistipp: Weitergehende Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet die Rechtsprechung des BAG zur Betriebsvereinbarungsoffenheit von als AGB abgeschlossenen arbeitsvertraglichen Regelungen mit kollektivem Bezug (vgl. dazu Rn. 173 ff.).¹⁴ 15

(2) Altverträge (Abschluss bis 31.12.2001)

(a) Kennzeichnung eines Altvertrags

Als sog. „Altverträge“, für die gesonderte Grundsätze gelten, sind an sich Verträge zu qualifizieren, die vor dem 1.1.2002 geschlossen wurden. Änderungen solcher Altverträge, die nach dem 1.1.2002 vereinbart wurden, können aber zur Folge haben, dass auch ein Altvertrag mit einem **Widerrufsvorbehalt** als Neuvertrag zu behandeln und daher uneingeschränkt der AGB-Kontrolle unterworfen ist. Das hat das BAG mit Urteil vom 18.11.2009¹⁵ angenommen. Voraussetzung hierfür ist, dass die Arbeitsvertragsparteien bei ihrer Änderung auch den bisherigen Widerrufsvorbehalt bestätigen und damit auf eine aktuelle rechtliche Grundlage stellen wollten. Bezieht sich die Vertragsänderung auf den Widerrufsvorbehalt selbst, ist das zweifellos der Fall. Gleiches gilt, wenn der Arbeitsvertrag insgesamt neu ausgefertigt und von den Parteien unterschrieben wird¹⁶. Bezieht sich die Vertragsänderung dagegen auf einzelne Klauseln zu anderen Arbeitsbedingungen, kommt es an sich darauf an, ob auch die Widerrufsklausel des Altvertrags zum Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Willensbildung der Vertragsparteien gemacht worden ist. Dabei spricht für die isolierte Regelung einer einzelnen Frage, wenn die Vereinbarung nur die Arbeitsbedingungen behandelt, die aktuell geändert werden sollen. Für den 4. Senat des BAG ist eine derart isolierte Regelung allerdings schon dann nicht mehr gegeben, wenn im Rahmen der Vertragsänderung auch festgehalten wird, dass „alle anderen Vereinbarungen aus dem Anstellungsvertrag unberührt bleiben“¹⁵. Hier bestätigten die Parteien ihren aktuellen Willen, auch die übrigen Regelungen unverändert fortzuführen. Es finden dann die Vorgaben für Neuverträge Anwendung. 16

(b) Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit

Grundsätzlich führt die Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorgaben ab dem 1.1.2003 auch für Altverträge zur Unwirksamkeit der entsprechenden Regelung (§ 306 Abs. 1 BGB). Allerdings hat das BAG bereits im Urteil vom 12.1.2005¹⁷ deutlich gemacht, dass dies nicht zwangsläufig eine zeitlich unbefristete Verpflichtung des Arbeitgebers zur unwiderruflichen Gewährung der jeweils in Rede stehenden Leistungen zur Folge haben muss. Denn zu den gesetzlichen Vorschriften, die nach § 306 Abs. 2 BGB für den Fall der Unwirksamkeit einer Vertragsklausel zur Anwendung kommen, gehören auch die §§ 133, 157, 242 BGB. Konsequenz einer Anwendung dieser Vorschriften ist, dass die als Folge der Unwirksamkeit einer Vertragsklausel entstehende Lücke ggf. im Wege einer **ergänzenden Vertragsauslegung** geschlossen werden kann. Dies das BAG 17

13 BAG BB 2006, 1282.

14 Vgl. zu dieser Rechtsprechung auch Straube/Rasche DB 2016, 51 ff.

15 BAG NZA 2010, 170.

16 BAG DB 2010, 1593.

17 BAG BB 2005, 833.

im Urteil vom 20.4.2011¹⁸ bestätigt und klargestellt, dass es für die Möglichkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung – entgegen vermeintlich gegenläufigen Tendenzen in der BAG-Rechtsprechung – keine Rolle spielt, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer in der gesetzlichen Übergangsfrist vom 1.1.2002 bis zum 31.12.2002 eine Anpassung der Klausel an den strengerem Rechtszustand angetragen hat¹⁹. Vielmehr kommt eine ergänzende Vertragsauslegung auch dann in Betracht, wenn keine der beiden Arbeitsvertragsparteien zum damaligen Zeitpunkt versucht hat, eine Änderung des Arbeitsvertrags nach Maßgabe der neu eingeführten Vorgaben zur AGB-Kontrolle vorzunehmen.

b) Reduzierung von Sonderleistungen

- 18 Über die Gestaltungsmöglichkeiten eines Widerrufsvorbehalts hinaus kann eine **Reduktion von Sonderleistungen** vertraglich auch in der Form vorgesehen werden, dass sie automatisch, d.h. ohne zusätzliche Erklärung des Arbeitgebers bzw. Insolvenzverwalters eintritt. In beiden Fällen unterliegen alle Anspruchsvoraussetzungen und Kürzungstatbestände der Angemessenheitskontrolle (§ 307 Abs. 1 BGB). Es gelten insoweit die für Widerrufsvorbehalte entwickelten Grundsätze (vgl. oben Rn. 9ff.).
- 19 Wie § 4a EFZG klarstellt, ist eine Vereinbarung über die Kürzung von Leistungen, die der Arbeitgeber zusätzlich zum laufenden Entgelt erbringt (**Sondervergütungen**), dabei auch für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit zulässig.²⁰ Ausgeschlossen ist eine entsprechende Kürzung nur, wenn die Sonderzuwendung ausschließlich die Arbeitsleistung vergüten soll (vgl. § 3 EFZG). Für die übrigen Sonderzuwendungen darf die Kürzung nach § 4a EFZG lediglich für jeden Tag der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit ein Viertel des Arbeitsentgelts, das im Jahresdurchschnitt auf einen Arbeitstag entfällt, nicht überschreiten. Zudem sind entsprechende Vereinbarungen – trotz § 4a EFZG – der AGB-Kontrolle unterworfen.
- 20 Mit Blick auf das **Transparenzgebot** (§ 307 BGB) ist wichtig, dass sich aus dem Arbeitsvertrag nicht nur die Kürzung bzw. das Recht zur Kürzung ergibt, sondern auch die Höhe dieser Kürzung für jeden Tag der Arbeitsunfähigkeit²¹. Auch wenn entsprechende Regelungen typischerweise eine zeitanteilige Kürzung, d.h. eine Kürzung entsprechend dem Verhältnis der ausgefallenen Arbeitszeit zur Gesamtarbeitszeit des Bezugszeitraums bewirken sollen, ist es daher wichtig, den Umfang der beabsichtigten Kürzung unter konkreter Benennung des Prozentsatzes, um den die Sonderzahlung gekürzt werden soll, in der Klausel festzulegen. Ausgangspunkt kann dabei die Annahme sein, dass kalenderjährlich etwa 220 Arbeitstage gegeben sind. Um den Vorgaben des § 4a EFZG sicher Rechnung zu tragen, sollte der Wortlaut des § 4a Satz 2 EFZG zudem wörtlich in die Klausel übernommen werden.

c) Freiwilligkeitsvorbehalte

- 21 Bereits die Entstehung eines Anspruchs kann durch einen sog. **Freiwilligkeitsvorbehalt** verhindert werden. Die Rechtsprechung hat die Anforderungen hieran allerdings zunehmend verschärft. Noch im Urteil vom 30.7.2008²² hatte das BAG festgestellt,

18 BAG NZA 2011, 796.

19 Ausführlich in diesem Sinne bereits Gaul/Mückl NZA 2009, 1233 ff.

20 Dazu ausführlich Fuhlrott/Mückl/Mückl Kap. 3 Rn. 207 ff.

21 LAG Düsseldorf v. 10.5.2010 – 16 Sa 235/10; LAG Hamm NZA-RR 2007, 629.

22 BAG NZA 2008, 1173.

dass die Gewährung von Geld- oder Sachleistungen auch durch eine allgemeine Vertragsklausel mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt verknüpft werden kann. In diesem Fall sei der Arbeitgeber nicht verpflichtet, bei jeder einzelnen Sonderleistung noch einmal den Freiwilligkeitsvorbehalt zu wiederholen. Vielmehr genüge es, wenn abstrakt-generell im Arbeitsvertrag festgehalten werde, dass Leistungen, die nicht bereits durch den Arbeitsvertrag selbst zugesagt werden, für den Fall ihrer künftigen Gewährung jeweils freiwillig und ohne Anerkennung einer Rechtpflicht für die Zukunft gewährt würden. Dies schließe dann auch einen Anspruch aus betrieblicher Übung aus, weil kein Vertrauen der betroffenen Arbeitnehmer darauf entstehen könne, dass nach mehrmaliger Gewährung der Arbeitgeber daran auch für die Zukunft festhalten wolle.

In seinem Urteil vom 14.9.2011²³ hat das BAG diese Rechtsprechung aufgegeben und festgestellt, dass ein vertraglicher **Freiwilligkeitsvorbehalt**, der alle **zukünftigen Leistungen** unabhängig von ihrer Art und ihrem Entstehungsgrund erfasse, den Arbeitnehmer regelmäßig unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB benachteilige und deshalb unwirksam sei. Ein solcher Freiwilligkeitsvorbehalt beziehe zunächst unzulässigerweise laufende Leistungen ein und verstöße darüber hinaus sowohl gegen den in § 305b BGB bestimmten Vorgang der Individualabrede als auch gegen den allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass vertragliche Regelungen einzuhalten seien. Denn letztlich habe er zur Folge, dass auch Zahlungen, die auf der Grundlage einer späteren, individual- oder kollektivrechtlichen Zusage des Arbeitgebers mit Rechtsgrund gewährt würden, theoretisch mit dem Freiwilligkeitsvorbehalt verknüpft wären. Selbst wenn entsprechende Zusagen zum Inhalt hätten, dass zusätzliche Leistungen auch in der Zukunft gewährt werden sollten, würde aus dem Freiwilligkeitsvorbehalt folgen, dass gerade kein Anspruch auf weitere Zahlungen in der Zukunft gegeben wäre. Denn es werde bei solchen Klauseln gerade nicht auf den Entstehungsgrund der Leistung abgestellt. Vielmehr erfassten solche Regelungen sowohl Fälle der betrieblichen Übung als auch konkludente, z.B. auf einer Gesamtzusage beruhende Vereinbarungen und sogar ausdrückliche vertragliche Einzelabreden. Dies stehe im Widerspruch zu den § 305b BGB bzw. §§ 307 Abs. 2 Nr. 2, 305, 611 BGB, ohne dass dies durch Besonderheiten des Arbeitsrechts i.S.d. § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB geboten sei²³.

Praxistipp: Für die Praxis folgt daraus, dass Leistungen, die im Arbeitsvertrag nicht bereits ausdrücklich geregelt wurden, im Zeitpunkt ihrer Gewährung unter einem ausdrücklichen und nachweisbaren Freiwilligkeitsvorbehalt erfolgen müssen.²³ Kombiniert werden sollte dies zur Vermeidung betrieblicher Übungen mit einer wirksamen Schriftformklausel.

Da **Freiwilligkeitsvorbehalte** – wie gerade gezeigt – der **Inhaltskontrolle** nach § 307 BGB unterliegen, müssen sie angemessen und transparent sowie in sich widerspruchsfrei sein²⁴. Ausgehend von diesen Grundsätzen ist unerheblich zunächst einmal der bloße Vorbehalt einer „freiwilligen Leistung“, denn er besagt nichts anderes, als dass der Arbeitgeber bislang nicht zu dieser Leistung verpflichtet war, sie also nach seiner Bewertung freiwillig erbringt. Vermieden wird ein zukünftiger Rechtsanspruch auf diese Leistung infolge betrieblicher Übung dadurch aber nicht. Und obwohl der Freiwilligkeitsvorbehalt darauf abzielt, genau einen solchen Rechtsanspruch auszuschließen, darf auch die Formulierung „ohne Rechtsanspruch“ nicht verwendet werden. Sie

23 BAG NZA 2012, 81.

24 BAG NZA-RR 2009, 576.

ist widersprüchlich, weil der Arbeitgeber bei der Gewährung der Leistung ja gerade einen Anspruch auf die gegenwärtig gewährte Leistung begründet. Ein „richtiger“, d.h. dem Maßstab des § 307 BGB gerecht werdender Freiwilligkeitsvorbehalt verbindet die (verbindliche) Zusage einer einmaligen (gegenwärtigen) Leistungen mit dem Hinweis auf das Fehlen einer Zusage für die Zukunft.²⁵

- 25 **Praxistipp:** Absichern kann sich der Arbeitgeber zusätzlich dadurch, dass lediglich „betragslose“ Zusagen oder Zusagen mit kalenderjährlicher Festsetzung der Anspruchsraussetzungen (§ 315 BGB) erfolgen.²⁵ Denn auch dies schließt zukünftige Ansprüche in bestimmter Höhe oder unter bestimmten Voraussetzungen aus.

d) Anrechnung übertariflicher Leistungen

- 26 Soll es beim Abschluss eines neuen Tarifvertrages durch die **Erhöhung des Tariflohns** nicht zu einer Erhöhung der Gesamtvergütung kommen, muss sichergestellt werden, dass bislang gezahlte über- und außertarifliche Entgelte (Zulagen) auf diese Erhöhung anzurechnen sind und nicht zusätzlich zum erhöhten Tariflohn weiterhin gezahlt werden müssen. Ob eine Tarifloherhöhung individualrechtlich auf eine übertarifliche Vergütung angerechnet werden kann, hängt von der zugrunde liegenden Vergütungsabrede ab: Haben die Arbeitsvertragsparteien dazu eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen, gilt diese. Andernfalls ist aus den Umständen zu ermitteln, ob eine Befugnis zur Anrechnung besteht. Die Anrechnung ist grundsätzlich möglich, sofern dem Arbeitnehmer nicht vertraglich ein selbstständiger Entgeltbestandteil neben dem jeweiligen Tarifentgelt zugesagt worden ist²⁶.
- 27 Allein in der tatsächlichen Zahlung liegt keine vertragliche Abrede, die Zulage solle auch nach einer Tarifloherhöhung als selbstständiger Lohnbestandteil neben dem jeweiligen Tariflohn gezahlt werden. Das gilt auch, wenn die Zulage über einen längeren Zeitraum vorbehaltlos gezahlt und nicht mit der Tarifloherhöhung verrechnet worden ist. Denn die Zulage wird gewährt, weil den Arbeitsvertragsparteien der Tariflohn nicht ausreichend erscheint. Eine neben dem Tarifentgelt gewährte übertarifliche Zulage greift in diesem Sinne künftigen Tarifloherhöhungen vor. Für den Arbeitgeber ist regelmäßig nicht absehbar, ob er bei künftigen Tarifloherhöhungen weiter in der Lage sein wird, eine bisher gewährte Zulage in unveränderter Höhe fortzuzahlen. Dies ist für den Arbeitnehmer erkennbar und Grundlage einer sog. freiwilligen übertariflichen Zulage. Erhöht sich die tarifliche Vergütung, entspricht die Zulässigkeit der Anrechnung regelmäßig dem Parteiwillen, weil sich die Gesamtvergütung nicht verringert²⁷.
- 28 Nach bisheriger Rechtsprechung gilt dies selbst dann, wenn kein ausdrücklicher **Anrechnungsvorbehalt** im Arbeitsvertrag vorgesehen ist. Denn im Zweifel sei davon auszugehen, dass die Arbeitsvertragsparteien die Anrechnung von übertariflichen Zulagen zulassen wollten²⁸. Ein Hinweis auf die Freiwilligkeit der Zulage soll als Anrechnungsvorbehalt ausreichen.²⁹
- 29 **Praxistipp:** Sicherer ist allerdings ein **ausdrücklicher Anrechnungsvorbehalt**, der dem Arbeitgeber das Recht gibt, die Zulage bei einer Erhöhung des Tarifentgelts zu kürzen.

25 BAG NJW 2013, 1020.

26 BAG NZA-RR 2012, 525; BAG NZA 2009, 49.

27 BAG NZA 2009, 49.

28 BAG AP Nr. 15 zu § 1 TVG Versicherungsgewerbe.

29 BAG AP Nr. 219 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

Eine Anrechnung erfolgt danach maximal im Umfang der Anhebung der tariflichen Vergütung. Denn bei einer Anrechnung verschiebt sich nur das Verhältnis der tariflichen zu den übertariflichen Entgeltbestandteilen³⁰, es erfolgt aber keine Verringerung der Vergütung, sondern lediglich eine Verhinderung ihrer Erhöhung.

Anrechnungsvorbehalte sind zudem in arbeitsvertraglichen Vergütungsabreden seit 30 Jahrzehnten gang und gäbe. Sie stellen eine Besonderheit des Arbeitsrechts dar, die gem. § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB angemessen zu berücksichtigen ist³⁰.

Praxistipp: Wichtig für den einschlägigen Prüfungsmaßstab der Inhaltskontrolle ist aber, dass mit der Zulage, auf die sich der (konkludente) Anrechnungsvorbehalt beziehen soll, keine besonderen Leistungszwecke verfolgt werden (z.B. Anreize für Betriebstreue, Leistungsanreize, etc.). Es liegt dann nur eine Bruttolohnabrede vor, die keine von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelung i.S.d. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB darstellt und daher gem. § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB nur der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unterliegt³¹. Soweit ein bestimmter Leistungszweck verfolgt wird, kann der Arbeitgeber diesen hingegen nur unter Berücksichtigung der zum Widerrufsvorbehalt entwickelten Grundsätze ändern, muss sich dies also explizit vorbehalten. Der Insolvenzverwalter muss die getroffenen vertraglichen Vereinbarungen unter diesem Gesichtspunkt also genau prüfen, um festzustellen, ob lediglich das Transparenzgebot eingreift.

Eine Anrechnungsklausel verstößt nicht gegen das **Transparenzgebot** (§ 307 Abs. 1 32 Satz 2 BGB),³² wenn sie z.B. die Formulierung „.... anrechenbare betriebliche [Ausgleichs]Zulage“ enthält³⁰, denn diese Formulierung ist hinreichend klar und verständlich. Für einen durchschnittlichen Arbeitnehmer ist nämlich erkennbar, dass im Falle einer Erhöhung des tariflich geschuldeten Arbeitsentgelts die Zulage bis zur Höhe der Tarifsteigerung gekürzt werden kann³⁰.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG kann der Arbeitgeber im Übrigen 33 regelmäßig auch eine nachträglich für bestimmte Monate vereinbarte Tariflohnernhöhung auf die in diesen Monaten bereits geleisteten übertariflichen Zulagen durch ausdrückliche oder konkludente Erklärung anrechnen und so die Erfüllung des noch offenen Anspruchs aus der Tariflohnernhöhung durch die bereits geleisteten Zahlungen bewirken³³. Die hierfür erforderliche Tilgungsbestimmung (§ 366 Abs. 1 BGB) kann durch eine, auch stillschweigend mögliche, Vereinbarung der Parteien offen gehalten und dem Schuldner vorbehalten werden. Hiervon ist nach der Rechtsprechung des BAG bei dem mit einer freiwilligen übertariflichen Zulage verbundenen Anrechnungsvorbehalt jedenfalls insoweit auszugehen, wie eine Tariflohnernhöhung sich auf einen bestimmten in der Vergangenheit liegenden Zeitraum bezieht³³. Erfolgt die Anrechnung, tritt der erhöhte Tariflohn zum gewährten Entgelt nur so weit hinzu, wie er dieses übersteigt. Dies bedeutet, der übertarifliche Lohnbestandteil verringert sich um den Betrag der Tariflohnernhöhung. Bei rückwirkenden Tariflohnernhöhungen stellt sich damit erst nachträglich heraus, dass ein als übertariflich angesehener Bestandteil des Lohns in Wahrheit Tariflohn war.

Ein **Mitbestimmungsrecht** nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG besteht bei der **Anrechnung auf übertarifliche Zulagen**, wenn sich durch die Anrechnung die bisherigen Verteilungsrelationen ändern und innerhalb des vom Arbeitgeber bzw. Insolvenzverwalter

30 BAG NZA 2006, 746.

31 BAG NZA 2006, 688.

32 Vgl. zur Transparenzkontrolle in diesem Zusammenhang aus jüngerer Zeit BAG NZA-RR 2012, 525.

33 BAG NZA 2009, 49.

mitbestimmungsfrei vorgegebenen Dotierungsrahmens ein Gestaltungsspielraum verbleibt. Die Anrechnung ist dagegen mitbestimmungsfrei, wenn die Tariferhöhung im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Möglichen vollständig und gleichmäßig auf die übertarifliche Vergütung sämtlicher Arbeitnehmer angerechnet wird³⁴. Darauf sollte der Arbeitgeber bzw. der Insolvenzverwalter achten, um das Erfordernis einer (durch Verhandlungen zu erzielenden) Zustimmung des Betriebsrats für die Wirksamkeit der Kürzung zu vermeiden.

e) Abgeltung von Überstunden

- 35 Als kostenneutrales Mittel zur Erhöhung der Produktivität kommt in der Krise (und ggf. Insolvenz) – bei entsprechender Auslastung des Betriebs – die Anordnung von **Überstunden** in Betracht, soweit die geleisteten Überstunden mit dem gezahlten Gehalt abgegolten sind und nicht zusätzlich vergütet werden müssen.

aa) Gestaltungsspielraum

- 36 Inhaltlich zulässig ist eine **Abgeltung** nur im Rahmen der Vorgaben des **Arbeitszeitgesetzes**, d.h. nur für über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus bis zur Grenze einer wöchentlichen Arbeitszeit von 48 Stunden³⁵. Zudem müssen die Vorgaben des AGB-Rechts eingehalten werden.³⁶ Prüfungsmaßstab ist wiederum § 307 BGB, insbesondere das dort geregelte Transparenzgebot. Dabei ist eine die pauschale Vergütung von Überstunden regelnde Klausel nach ständiger Rechtsprechung des BAG nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang von ihr erfasst werden sollen. Der Arbeitnehmer muss bereits bei Vertragsabschluss erkennen können, was ggf. „auf ihn zukommt“ und welche Leistungen er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss³⁷. Diesen Anforderungen werden pauschal gehaltene Klauseln, welche die Abgeltung sämtlicher Überstunden vorsehen, nicht gerecht. Sie sind unwirksam.
- 37 Im Fall ihrer **Unwirksamkeit** ist im Arbeitsvertrag die Vergütung von Überstunden typischerweise weder positiv noch negativ geregelt. Dann kommt als Anspruchsgrundlage des Arbeitnehmers nur § 612 Abs. 1 BGB in Betracht (§ 306 BGB). Danach gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Darlegungs- und beweispflichtig für das Bestehen einer Vergütungserwartung ist nach allgemeinen Grundsätzen derjenige, der eine Vergütung begehrts, also der Arbeitnehmer.
- 38 Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass jede Mehrarbeitszeit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten ist, gibt es insoweit nicht³⁷. Die Vergütungserwartung ist stets anhand eines objektiven Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen, ohne dass es auf deren persönliche Meinung ankäme. Sie kann sich insbesondere daraus ergeben, dass im betreffenden Wirtschaftsbereich Tarifverträge gelten, die für vergleichbare Arbeiten eine Vergütung von Überstunden vorsehen. Die nach § 612 Abs. 1 BGB erforderliche – objektive – **Vergütungserwartung**

34 BAG NZA 2006, 746.

35 BAG NZA 2006, 149.

36 Ausführlich Klocke RdA 2014, 223 ff.

37 BAG NZA 2012, 1147.

tung wird deshalb zwar in weiten Teilen des Arbeitslebens gegeben sein, aber insbesondere fehlen,

- wenn arbeitszeitbezogen und arbeitszeitunabhängig vergütete Arbeitsleistungen zeitlich verschränkt sind,
- wenn Dienste höherer Art geschuldet sind oder
- insgesamt eine deutlich herausgehobene, die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitende Vergütung gezahlt wird³⁸.

bb) Darlegungs- und Beweislast

Ausgehend von den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts in Verbindung mit § 614 BGB gilt im Arbeitsverhältnis der Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“. Verlangt der Arbeitnehmer gem. § 611 BGB Arbeitsvergütung für Arbeitsleistungen, hat er deshalb **darzulegen und – im Bestreitensfall – zu beweisen**, dass er Arbeit verrichtet oder einer der Tatbestände vorgelegen hat, der eine Vergütungspflicht ohne Arbeit regelt (z.B. § 1 BUrlG, §§ 615, 616 Satz 1 BGB, § 2 Abs. 1, § 3 Abs. 1 EFZG, § 37 Abs. 2 BetrVG):

- Da die konkret zu leistende Arbeit in der Regel vom Arbeitgeber durch Weisungen zu bestimmen ist (§ 106 GewO), genügt der Arbeitnehmer seiner Darlegungslast nach der Rechtsprechung des BAG, indem er vorträgt, er habe sich zur rechten Zeit am rechten Ort bereitgehalten, um Arbeitsanweisungen des Arbeitgebers zu befolgen³⁹.
- Auf diesen Vortrag muss der Arbeitgeber im Rahmen einer gestuften Darlegungslast substantiiert erwidern. Deshalb hat der Arbeitgeber im Einzelnen vorzutragen, welche Arbeiten er dem Arbeitnehmer zugewiesen hat und ob der Arbeitnehmer den Weisungen nachgekommen ist. Trägt er nichts vor oder lässt er sich nicht substantiiert ein, gelten die vom Arbeitnehmer vorgetragenen Arbeitsstunden als zugestanden³⁹.

Nichts anderes gilt für die Behauptung des Arbeitnehmers, er habe die geschuldete Arbeit in einem die Normalarbeitszeit übersteigenden zeitlichen Umfang verrichtet. Verlangt der Arbeitnehmer aufgrund arbeitsvertraglicher Vereinbarung, tarifvertraglicher Verpflichtung des Arbeitgebers oder § 612 Abs. 1 BGB **Arbeitsvergütung für Überstunden**, hat er darzulegen und – im Bestreitensfall – zu beweisen, dass er Arbeit in einem die Normalarbeitszeit übersteigenden zeitlichen Umfang verrichtet hat³⁹:

- Dabei genügt der Arbeitnehmer seiner Darlegungslast, indem er vorträgt, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeit bereitgehalten hat.
- Auf diesen Vortrag muss der Arbeitgeber im Rahmen einer gestuften Darlegungslast substantiiert erwidern und im Einzelnen vortragen, welche Arbeiten er dem Arbeitnehmer zugewiesen hat und an welchen Tagen der Arbeitnehmer von wann bis wann diesen Weisungen – nicht – nachgekommen ist³⁹.

Ihrer Darlegungslast genügen dabei weder Arbeitnehmer noch Arbeitgeber durch die – in der Praxis immer wieder vorkommende – bloße Bezugnahme auf den Schriftsätzen als Anlagen beigefügte Stundenaufstellungen oder sonstige Aufzeichnungen³⁹.

38 Zu diesen Fällen BAG NZA 2012, 1147.

39 BAG NZA 2012, 1147.

- 42 **Praxistipp:** In seinem Urteil vom 25.3.2015⁴⁰ hat das BAG allerdings zugunsten des Arbeitnehmers unter bestimmten Umständen eine „Überstundenschätzung“ in Betracht gezogen. Namentlich soll sie möglich sein, wenn aufgrund unstreitigen Parteivorbringens, eigenem Sachvortrag des Arbeitgebers oder dem vom Tatrichter nach § 286 Abs.1 ZPO für wahr erachteten Sachvortrag des Arbeitnehmers feststeht, dass Überstunden geleistet wurden, weil die dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zugewiesene Arbeit generell oder zumindest im Streitzeitraum nicht ohne die Leistung von Überstunden zu erbringen war. Kann in einem solchen Falle der Arbeitnehmer nicht jede einzelne Überstunde belegen (etwa weil zeitnahe Arbeitszeitaufschriebe fehlen, überhaupt der Arbeitgeber das zeitliche Maß der Arbeit nicht kontrolliert hat oder Zeugen nicht zur Verfügung stehen), kann und muss der Tatrichternach der Bewertung des BAG nach pflichtgemäßem Ermessen das Mindestmaß geleisteter Überstunden schätzen, sofern dafür ausreichende Anknüpfungstatsachen vorliegen. Jedenfalls ist es nicht gerechtfertigt, dem aufgrund des vom Arbeitgeber zugewiesenen Umfangs der Arbeit im Grundsatz berechtigten Arbeitnehmer jede Überstundenvergütung zu versagen.

cc) Schutzmechanismus: Ausschlussfrist

- 43 Schützen kann sich der Arbeitgeber vor Überstundenvergütungsansprüchen durch die Vereinbarung **vertraglicher Ausschlussfristen**, durch die ausgeschlossen wird, dass er länger als drei Monate nach Fälligkeit des Anspruchs mit einer Geltendmachung konfrontiert wird⁴¹. Der Insolvenzverwalter sollte daher insbesondere die Wirksamkeit von Ausschlussfrist stets sehr sorgsam prüfen.

2. Die Änderungskündigung zur Entgeltsenkung

- 44 Ist eine einseitige **Absenkung von Vergütungskomponenten** bzw. die Verhinderung eines Vergütungsanstiegs nicht wirksam vertraglich vorbehalten, kann der Arbeitgeber bzw. der Insolvenzverwalter ihn „einseitig“ nur mithilfe des Ausspruchs einer Änderungskündigung bewirken. Eine Änderungskündigung ist eine Beendigungskündigung mit dem Angebot, das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist zu geänderten Konditionen fortzusetzen (vgl. § 2 KSchG).
- 45 Eine derartige Änderungskündigung ist nur dann wirksam, wenn sich der Arbeitgeber bei einem an sich anerkennenswerten Anlass darauf beschränkt hat, lediglich solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss⁴². Im Rahmen der §§ 1, 2 KSchG ist dabei in Krise und Insolvenz anlässlich des Ziels einer **Entgeltsenkung** zu prüfen, ob das Beschäftigungsbedürfnis für den betreffenden Arbeitnehmer zu den bisherigen Vertragsbedingungen (d.h. der bisherigen Vergütung) entfallen ist. Ob der Arbeitnehmer eine ihm vorgeschlagene Änderung billigerweise hinnehmen muss, ist nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu ermitteln⁴³: Die Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, um den Inhalt des Arbeitsvertrags den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Diese Voraussetzungen müssen für alle Vertragsänderungen vorliegen. Ausgangspunkt ist die bisherige vertragliche Regelung. Die angebotenen Änderungen dürfen sich also nicht weiter vom Inhalt des bisherigen Arbeitsverhältnisses entfernen, als zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ist⁴³.

40 BAG NZA 2015, 1002.

41 Zu den Anforderungen an deren Wirksamkeit vgl. BAGE 115, 19; BAGE 116, 66. Ab dem 1.10.2016 muss außerdem § 309 Nr. 13 BGB n.F. beachtet werden.

42 BAG BB 2016, 883 (LS); BAG NZA 2008, 1182.

43 BAG NZA 2008, 1182.