

**Insolvenzrecht: Der Verwalter muss einen Sozialplan aushandeln**

Auch wenn es unausweichlich ist, dass ein Betrieb vom Insolvenzverwalter stillgelegt wird, ist er verpflichtet, den Betriebsrat zu unterrichten und den Versuch eines Interessenausgleichs zu unternehmen (u.a. einen Sozialplan mit Abfindungszahlungen auszuhandeln). Kommt der Insolvenzverwalter dieser Pflicht nicht nach, so haben die betroffenen Arbeitnehmer Anspruch auf eine Abfindung, die vom Arbeitsgericht festgesetzt wird.

Quelle: Wolfgang Büser

**Zulässigkeit einer Feststellungsklage; Zulässigkeit einer Vollstreckung wegen Massenverbindlichkeiten; Anspruch auf Nachteilsausgleich als Masseverbindlichkeit; Unterrichtung des Betriebsrates bei Betriebseinstellung eines Unternehmens mit mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern; Erntbehrlichkeit der Beteiligung des Betriebsrates; Anspruch der Arbeitnehmer auf Nachlastenausgleich bei Unterlassen eines Interessenausgleichs; Berücksichtigung der Insolvenzsituation bei Festsetzung der Höhe einer Abfindung**

**Gericht:** BAG

**Entscheidungsform:** Urteil

**Datum:** 22.07.2003

**Referenz:** JurionRS 2003, 26956

**Aktenzeichen:** 1 AZR 541/02

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

LAG München - 04.07.2002 - AZ: 4 Sa 565/01

**Rechtsgrundlagen:**

§ 210 InsO

§ 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO

§ 111 Abs. 1 Satz 1 BetrVG

§ 113 Abs. 3 BetrVG

§ 113 Abs. 1 BetrVG

**Fundstellen:**

BAGE 107, 91 - 99

AiB 2003, 709 (amtl. Leitsatz)

ArbRB 2004, 13-14 (Volltext mit amtl. LS)

ARST 2004, 103-105

AuR 2003, 475-476 (amtl. Leitsatz)

BAGReport 2004, 23-26

BuW 2004, 84-85

DB 2003, IX Heft 47 (amtl. Leitsatz)  
DB 2003, 2708-2710 (Volltext mit amtl. LS)  
DZWIR 2004, 148-150 (Volltext mit amtl. LS)  
EBE/BAG 2004, 10-13  
EWiR 2004, 239 (amtl. Leitsatz)  
EzA-SD 24/2003, 16  
FA 2004, 56 (amtl. Leitsatz)  
FA 2003, 377 (amtl. Leitsatz)  
FAr 2003, 377  
FAr 2004, 56  
FB 2004, 92  
MDR 2004, 234-235 (amtl. Leitsatz)  
NJW 2004, 875-877 (Volltext mit amtl. LS)  
NWB 2004, 447  
NZA 2004, 93-96 (Volltext mit amtl. LS)  
NZI 2004, 99-102 (Volltext mit amtl. LS)  
NZI (Beilage) 2004, 53 (amtl. Leitsatz)  
SAE 2004, 161  
schnellbrief 2004, 4  
StuB 2004, 288  
ZInsO 2004, 107-110 (Volltext mit amtl. LS)  
ZIP 2003, 2216-2220 (Volltext mit amtl. LS)

---

## **BAG, 22.07.2003 - 1 AZR 541/02**

### **Amtlicher Leitsatz:**

1. Der Insolvenzverwalter hat in Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern bei einer Betriebsstilllegung stets gemäß § 111 Abs. 1 Satz 1 BetrVG den Betriebsrat zu unterrichten und den Versuch eines Interessenausgleichs zu unternehmen. Er kann sich nicht darauf berufen, die Beteiligung des Betriebsrats sei wegen der schlechten wirtschaftlichen Situation ausnahmsweise entbehrlich.
2. Unterlässt der Insolvenzverwalter den Versuch eines Interessenausgleichs, haben die Arbeitnehmer gemäß § 113 Abs. 3, Abs. 1 BetrVG einen Anspruch auf Nachteilsausgleich. Bei der Festsetzung der Höhe der Abfindung ist die Insolvenzsituation ohne Bedeutung.

## Tenor:

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 4. Juli 2002 - 4 Sa 565/01 - wird mit der klarstellenden Maßgabe zurückgewiesen, dass es sich bei der festgestellten Schuld um eine Masseverbindlichkeit im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO handelt.
2. Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

## Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über einen Anspruch auf Nachteilsausgleich gemäß § 113 Abs. 3 BetrVG .
- 2 Der am 20. Juni 1942 geborene Kläger war seit dem 1. März 1971 bei der K. GmbH und deren Rechtsvorgängerin zusammen mit etwa 40 weiteren Arbeitnehmern zu einem Bruttomonatsentgelt von zuletzt 5.633,79 DM beschäftigt. Über das Vermögen der K. GmbH wurde am 6. Dezember 1999 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Die K. GmbH war bereits seit Oktober 1999 zur Zahlung der Löhne und Gehälter außer Stande. Auch hatten die Banken die Kredite gekündigt. Ohne vorherige Unterrichtung des Betriebsrats legte der Beklagte am 8. Dezember 1999 den Betrieb still und stellte die Arbeitnehmer von der Arbeit frei. Mit Schreiben vom 13. Dezember 1999 hörte er den Betriebsrat zur geplanten Entlassung sämtlicher Arbeitnehmer an. Nachdem der Betriebsrat den geplanten Kündigungen zugestimmt hatte, kündigte der Beklagte mit Schreiben vom 21. Dezember 1999 das Arbeitsverhältnis des Klägers ordentlich zum 31. März 2000. Am 10. März 2000 zeigte er dem Insolvenzgericht die Masseunzulänglichkeit nach § 208 InsO an. Nach dem Massekontoauszug vom 22. Mai 2000 betrug die Masse abzüglich bestehender Ab- und Aussonderungsrechte 106.827,56 DM. Davon waren Verfahrenskosten iHv. etwa 60.000,00 DM zu begleichen. Demgegenüber beliefen sich die Masseverbindlichkeiten auf rund 500.000,00 DM.
- 3 Der Kläger hat die Auffassung vertreten, ihm stehe nach § 113 Abs. 3 BetrVG ein Anspruch auf Nachteilsausgleich in Höhe von 56.330,00 DM zu. Der Beklagte habe es versäumt, über die Betriebsänderung nach § 111 BetrVG einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat zu versuchen. Der Beklagte hätte mit dem Betriebsrat zumindest über die Modalitäten der anstehenden Entlassungen verhandeln können. Zudem sei der Betriebsteil "Ersatzteilwesen", in dem der Kläger tätig gewesen sei, von der K. E. GmbH unmittelbar nach der Betriebsstilllegung übernommen worden.
- 4 Der Kläger hat beantragt  
  
festzustellen, dass ihm der Beklagte 28.801,07 Euro als Masseverbindlichkeit iSv. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO schuldet.
- 5 Der Beklagte hat beantragt,  
  
die Klage abzuweisen.
- 6 Zum Versuch eines Interessenausgleichs sei er nicht verpflichtet gewesen, weil ein solcher im Hinblick auf die Unzulänglichkeit der Masse völlig sinnlos gewesen sei. Er hätte sich vielmehr persönlich haftbar gemacht, wenn er durch einen Sozialplan weitere Masseverbindlichkeiten begründet und die anderen Masseforderungen weiter geschmälert hätte.
- 7 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr in - abgerundeter - Höhe von 28.800,00 Euro stattgegeben. Mit der Revision begehrt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

## Entscheidungsgründe

- 8** Die Revision ist unbegründet. Der Kläger hat einen Abfindungsanspruch nach § 113 Abs. 3 iVm. Abs. 1 BetrVG in der geltend gemachten Höhe.
- 9** **A.**
- Die Klage ist zulässig. Der Kläger verfolgt seinen Anspruch zutreffend im Wege einer Feststellungsklage. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche rechtliche Interesse an alsbaldiger gerichtlicher Feststellung ist gegeben. Zwar fehlt das Feststellungsinteresse regelmäßig, wenn ein Anspruch ohne weiteres im Wege der Leistungsklage verfolgt werden kann (vgl. dazu etwa BAG 18. März 1997 - 9 AZR 84/96 - BAGE 85, 306, 308 = AP BErzGG § 17 Nr. 8 = EzA BErzGG § 17 Nr. 6, zu I 1 der Gründe m.w.N.). Dies ist aber vorliegend nicht der Fall.
- 10** **I.**
- Nach § 210 InsO ist die Vollstreckung wegen einer Masseverbindlichkeit i.S.d.. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO unzulässig, sobald der Insolvenzverwalter die Masseunzulänglichkeit angezeigt hat. Das Vollstreckungsverbot lässt nach der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum das Rechtsschutzbedürfnis für eine Leistungsklage entfallen (BAG 11. Dezember 2001 - 9 AZR 459/00 - AP InsO § 209 Nr. 1 = EzA InsO § 210 Nr. 1, zu II 3 a der Gründe m.w.N.; BGH 3. April 2003 - IX ZR 101/02 - ZIP 2003, 914, zu II 1 der Gründe m.w.N.; Braun/Kießner InsO § 210 Rn. 7 m.w.N.). Der Vorrang der Leistungsklage steht daher in einem solchen Fall der Zulässigkeit einer Feststellungsklage nicht entgegen (BAG 29. Oktober 2002 - 1 AZR 80/02 - ZIP 2003, 1414, zu I der Gründe).
- 11** **II.**
- Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Nachteilsausgleich unterfällt dem Vollstreckungsverbot nach § 210 InsO . Er ist eine Masseverbindlichkeit iSv. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO . Zu diesen gehören die vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründeten Masseverbindlichkeiten i.S.d.. § 55 InsO . Ein Anspruch auf Nachteilsausgleich nach § 113 Abs. 3 BetrVG ist eine Masseverbindlichkeit iSv. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO , wenn die Betriebsänderung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens beschlossen und durchgeführt wird. Durchgeführt wird eine geplante Betriebsänderung dann, wenn der Arbeitgeber mit ihr beginnt und damit vollendete Tatsachen schafft (BAG 4. Dezember 2002 - 10 AZR 16/02 - AP InsO § 38 Nr. 2 = EzA BetrVG 1972 § 113 Nr. 30, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu II 1 b a.A. der Gründe).
- 12** **III.**
- Im Streitfall wurde die Betriebsänderung vom Beklagten nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beschlossen und durchgeführt. Das Verfahren wurde am 6. Dezember 1999 eröffnet. Am 8. Dezember 1999 legte der Beklagte den Betrieb still, indem er alle Arbeitnehmer von der Arbeit freistellte. Unter dem 21. Dezember 1999 kündigte er dem Kläger. Der von diesem geltend gemachte Nachteilsausgleich entstand damit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und vor der Anzeige der Masseunzulänglichkeit. Er fällt daher nicht etwa unter § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO , sondern unter § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO . Der Senat hat dies entsprechend dem Klageantrag durch eine klarstellende Maßgabe im Urteilstenor berücksichtigt.
- 13** **B.**
- Die Klage ist begründet. Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung eines Nachteilsausgleichs. Der ihm vom Landesarbeitsgericht zuerkannte Betrag ist auch der Höhe nach gerechtfertigt.

14 I.

Der Anspruch des Klägers auf Zahlung einer Abfindung folgt aus § 113 Abs. 3 iVm. Abs. 1 BetrVG .

15 1.

Die Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes über Interessenausgleich, Sozialplan und Nachteilsausgleich bei Betriebsänderungen ( §§ 111 bis 113 BetrVG ) gelten auch in der Insolvenz des Unternehmens. Die §§ 121 ff. InsO setzen die Anwendbarkeit der §§ 111 ff. BetrVG voraus. Ebenso wie jeder andere Arbeitgeber hat daher auch der Insolvenzverwalter in Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern den Versuch eines Interessenausgleichs zu unternehmen. Die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners steht dieser Verpflichtung nicht entgegen. Sie ist vielmehr nach § 17 Abs. 1 InsO Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der auch der Beachtung des Beteiligungsrechts des Betriebsrats bei Betriebsänderungen dienende § 113 Abs. 3 BetrVG ist im Insolvenzverfahren ebenfalls anwendbar. Dies zeigt bereits der Umkehrschluss aus § 122 Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO , wo nur unter bestimmten Voraussetzungen die Anwendung ausgeschlossen wird.

16 2.

Der Beklagte musste wegen der beabsichtigten Stilllegung des Betriebs den Versuch eines Interessenausgleichs mit dem Betriebsrat unternehmen.

17 a)

Diese Verpflichtung entfiel nicht etwa deshalb, weil die Stilllegung des Betriebs die unausweichliche Folge einer wirtschaftlichen Zwangslage war und es zu ihr keine sinnvolle Alternative gab. Zum einen will § 111 BetrVG nach seinem sozialen Schutzzweck alle darin aufgezählten, für die Arbeitnehmer nachteiligen Maßnahmen erfassen, die dem Verantwortungsbereich des Unternehmers zuzurechnen sind. Dies gilt auch für Maßnahmen, die mehr oder weniger durch die wirtschaftliche Situation "diktiert" werden (BAG 9. Juli 1985 - 1 AZR 323/83 - BAGE 49, 160, 164 f. = AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 13 = EzA BetrVG 1972 § 113 Nr. 13, zu I 2 c der Gründe). Vor allem aber geht es bei dem Interessenausgleich, den der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat zu versuchen hat, nicht nur um die Entscheidung, ob die Betriebsänderung überhaupt erfolgen, sondern regelmäßig auch darum, wie sie durchgeführt werden soll. Der Betriebsrat soll die Möglichkeit haben, im Interesse der Arbeitnehmer auf Modalitäten wie etwa den Zeitpunkt von Entlassungen und Freistellungen oder die Beschäftigung von Arbeitnehmern mit Abwicklungsarbeiten Einfluss zu nehmen. Welche Vorstellungen er hierzu entwickelt und welche Modalitäten er dem Arbeitgeber vorschlägt, ist seine Angelegenheit (BAG 18. Dezember 1984 - 1 AZR 176/82 - BAGE 47, 329, 339 f. = AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 11 = EzA BetrVG 1972 § 113 Nr. 12, zu I 3 c der Gründe).

18 b)

n einem Urteil vom 23. Januar 1979 hat der Senat allerdings ausnahmsweise Verhandlungen über einen Interessenausgleich mit der Erwägung für entbehrlich gehalten, sie seien unter den gegebenen Umständen "nichts anderes als eine leere Formalität gewesen und hätten den betroffenen Arbeitnehmern nur Nachteile bringen können" (BAG 23. Januar 1979 - 1 AZR 64/76 - AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 4 = EzA BetrVG 1972 § 113 Nr. 9). Die Entscheidung betraf einen Fall, in dem das Konkursverfahren nicht einmal eröffnet, sondern der darauf gerichtete Antrag des Unternehmens mangels einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Masse abgewiesen wurde. Vorliegend bedarf es keiner Entscheidung, ob außerhalb eines Insolvenzverfahrens weiterhin Fallgestaltungen möglich sind, in denen ausnahmsweise der Versuch eines Interessenausgleichs entbehrlich ist. Im Rahmen eines eröffneten Insolvenzverfahrens ist dies jedenfalls nicht der Fall. Vielmehr ist das Landesarbeitsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass nach der am 1. Januar 1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung der Insolvenzverwalter in jedem Fall den Betriebsrat an seiner Entscheidung über das "Ob" und "Wie" einer Betriebsänderung beteiligen und mit ihm einen

Interessenausgleich versuchen muss. Dies ergibt sich aus § 122 InsO .

19 aa)

§ 122 InsO , zu dem es in der außer Kraft getretenen Konkursordnung keine Entsprechung gab, dient einer zügigen Abwicklung des Insolvenzverfahrens. Nach dem Eintritt der Insolvenz sind häufig umgehend Betriebsänderungen bis hin zur Einstellung der Unternehmenstätigkeit erforderlich. Das Verfahren zum Versuch eines Interessenausgleichs nach § 112 BetrVG kann selbst in der nach § 121 InsO abgekürzten Form hierfür zu zeitaufwändig sein. Daher eröffnet § 122 InsO dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit, nach dreiwöchigen ergebnislosen Verhandlungen über einen Interessenausgleich Betriebsänderungen durchzuführen, ohne zuvor das in § 112 Abs. 2 BetrVG vorgesehene Verfahren ausgeschöpft zu haben. Entgegen der Annahme des Beklagten ist daher der Insolvenzverwalter gerade nicht verpflichtet, bei erfolglosen Verhandlungen über einen Interessenausgleich die Einigungsstelle anzurufen. "Um Missbräuchen vorzubeugen" (BT-Drucks. 12/2443 S. 154) muss er allerdings zuvor die Zustimmung des Arbeitsgerichts einholen. Dieses hat nach § 122 Abs. 2 InsO den Antrag vorrangig zu erledigen und die Zustimmung zu erteilen, wenn die wirtschaftliche Lage des Unternehmens unter Berücksichtigung der sozialen Belange der Arbeitnehmer die Durchführung der Betriebsänderung ohne vorheriges Verfahren nach § 112 Abs. 2 BetrVG erfordert. Die Entscheidung des Arbeitsgerichts kann gemäß § 122 Abs. 3 Satz 1 und 2 InsO nur ausnahmsweise angefochten werden. Diese Vorschriften regeln die Abweichungen vom sonst einzuhaltenden Beteiligungsverfahren, die wegen der Besonderheiten der Insolvenz geboten sind, erkennbar abschließend. Weitere Einschränkungen oder Ausnahmen von der Verpflichtung des Insolvenzverwalters zum Versuch eines Interessenausgleichs sieht die Insolvenzordnung nicht vor. Dies gilt auch, wenn "eine unverzügliche Einstellung der Unternehmenstätigkeit erforderlich [ist], um weitere Verluste zu vermeiden" (BT-Drucks. 12/2443 S. 153). Selbst in dieser Situation ist nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers der - wenn auch zeitlich befristete - Versuch eines Interessenausgleichs unentbehrlich. Die Beschleunigung des Verfahrens nach § 112 Abs. 2 BetrVG mit dem Ziel der umgehenden Durchführung der Betriebsänderung soll durch die gerichtliche Zustimmung nach § 122 Abs. 2 InsO und nicht durch die Beseitigung des Mitwirkungsrechts des Betriebsrats erreicht werden.

20 bb)

Für den Insolvenzverwalter bestehen auch regelmäßig Gestaltungsspielräume, an deren Ausfüllung der Betriebsrat beteiligt werden kann. Diese mögen bisweilen eng begrenzt sein. Gleichwohl ist eine Insolvenzverwaltung kein blinder Automatismus. Andernfalls wäre die Bestellung eines Insolvenzverwalters sinnlos. Dies gilt auch bei der Abwicklung eines Not leidenden Unternehmens. Auch hier verbleiben und obliegen dem Insolvenzverwalter gestaltende Entscheidungen. So kann zu entscheiden sein, ob und zu welchem Zeitpunkt der gesamte Betrieb stillgelegt wird, ob für Teile desselben nach einem Übernehmer gesucht wird, ob es deshalb möglich und sinnvoll ist, mit einem Teil der Belegschaft die Produktion oder Dienstleistung für eine gewisse Zeit aufrechtzuerhalten und ob zum Zwecke der wirtschaftlichen Realisierung des etwa noch vorhandenen Betriebsvermögens Abwicklungsarbeiten geboten sind. Hierüber kann und muss mit dem Betriebsrat beraten werden. Auf die vom Beklagten für ausschlaggebend angesehene Frage, ob noch finanzielle Mittel für einen Sozialplan vorhanden sind, kommt es dabei nicht an. Verhandlungen über einen Interessenausgleich haben nach § 112 BetrVG nicht den Abschluss eines Sozialplans zum Ziel. Wenngleich die Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan in der Praxis häufig verbunden werden, unterscheiden sich beide in Funktion, Zustandekommen und Wirkungsweise. Verhandlungen und Vereinbarungen über die Art und Weise der Durchführung einer Betriebsänderung sind unabhängig davon sinnvoll, ob finanzielle Mittel für einen Sozialplan zur Verfügung stehen.

21 cc)

Die Zulassung gesetzlich nicht vorgesehener Ausnahmen von der Verpflichtung des Insolvenzverwalters, im Falle einer geplanten Betriebsänderung den Betriebsrat nach Maßgabe des § 112 BetrVG iVm. § 122 InsO zu beteiligen, läge auch nicht im wohlverstandenen Interesse der

Arbeitnehmer, der übrigen Insolvenzgläubiger und des Insolvenzverwalters. Vielmehr würde sie - auch wegen der Haftung des Insolvenzverwalters nach §§ 60 f. InsO - zu einer das Insolvenzverfahren erheblich belastenden Rechtsunsicherheit führen. Der Insolvenzverwalter müsste dann ohne entsprechende gesetzliche Vorgaben jeweils prüfen, ob er etwa ausnahmsweise von der Beteiligung des Betriebsrats absehen kann und möglicherweise im Interesse der übrigen Insolvenzgläubiger sogar muss.

22 dd)

Ausnahmen von dem Gebot der rechtzeitigen Beteiligung des Betriebsrats wären schließlich jedenfalls dann, wenn die Betriebsänderung - wie vorliegend - mit einer Massenentlassung verbunden ist, schwerlich mit der Richtlinie 98/59/EG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen vom 20. Juli 1998 (Massenentlassungsrichtlinie) vereinbar. Nach deren Art. 2 Abs. 1 hat ein Arbeitgeber, der beabsichtigt, Massenentlassungen vorzunehmen, die Arbeitnehmervertreter rechtzeitig zu konsultieren, um zu einer Einigung zu kommen. Dabei haben sich nach Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie die Konsultationen ua. auf die Möglichkeit zu erstrecken, Massenentlassungen zu vermeiden oder zu beschränken. Ausnahmen für den Fall der Insolvenz sind - anders als nach Art. 5 der Richtlinie 2001/23/EG vom 12. März 2001 (Betriebsübergangsrichtlinie) - nicht vorgesehen.

23 II.

Der vom Landesarbeitsgericht dem Kläger zuerkannte Abfindungsanspruch ist auch der Höhe nach gerechtfertigt. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend den Rahmen des § 10 Abs. 2 KSchG beachtet und hierbei das Lebensalter und die Betriebszugehörigkeit des Klägers sowie dessen Chancen auf dem Arbeitsmarkt berücksichtigt. Es hat eine Begrenzung des Nachteilsausgleichs in entsprechender Anwendung des § 123 Abs. 1 InsO zu Recht nicht erwogen. Zu Unrecht hat es zwar die Insolvenzsituation zu Gunsten des Beklagten berücksichtigt. Dadurch ist dieser aber nicht beschwert.

24 1.

Das Landesarbeitsgericht ist bei der Bemessung der Abfindung zutreffend vom Rahmen des nach § 113 Abs. 3, Abs. 1 2. Halbsatz BetrVG entsprechend anwendbaren § 10 KSchG ausgegangen. In dessen Abs. 2 Satz 1 ist unter den beim Kläger vorliegenden Umständen ein Abfindungsbetrag von bis zu 18 Monatsverdiensten vorgesehen. In diesem Rahmen hat das Landesarbeitsgericht zu Recht das Lebensalter des Klägers von 57 Jahren, dessen Betriebszugehörigkeit von über 28 Jahren sowie seine - schlechten - Chancen auf dem Arbeitsmarkt berücksichtigt. Das Ausmaß des betriebsverfassungswidrigen Verhaltens des Beklagten hat es bei der Höhe der Abfindung nicht ausdrücklich herangezogen (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BAG 20. November 2001 - 1 AZR 97/01 - BAGE 99, 377, 382 [BAG 20.11.2001 - 1 AZR 97/01] = AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 39 = EzA BetrVG 1972 § 113 Nr. 29, zu I 2 der Gründe; 4. Dezember 2002 - 10 AZR 16/02 - AP InsO § 38 Nr. 2 = EzA BetrVG 1972 § 113 Nr. 30, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu II 2 c der Gründe). Dies vermag der Revision des Beklagten jedoch nicht zum Erfolg zu verhelfen (§ 561 ZPO). Nachdem der Beklagte den Verhandlungsanspruch des Betriebsrats völlig übergangen hat, könnte dieser Gesichtspunkt allenfalls zu einer - vom Kläger nicht begehrten - höheren Abfindung führen.

25 2.

Der Nachteilsausgleich nach § 113 Abs. 3 BetrVG ist in der Insolvenz nicht etwa auf 2 1/2 Monatsverdienste begrenzt (so aber LAG Niedersachsen 12. August 2002 - 5 Sa 534/02 -). Für eine analoge Anwendung des § 123 Abs. 1 InsO fehlt es bereits an einer Regelungslücke. Der Fall des unterbliebenen Versuchs eines Interessenausgleichs ist hinsichtlich der Höhe des Nachteilsausgleichs durch § 113 Abs. 3, Abs. 1 2. Halbsatz BetrVG iVm. § 10 KSchG ausdrücklich geregelt. Hätte der Gesetzgeber für die Insolvenz andere als die in § 10 Abs. 1 und 2 KSchG normierten Höchstgrenzen vorsehen wollen, hätte es sich aufgedrängt, eine entsprechende

Regelung in §§ 121 ff. InsO zu treffen. Dies ist nicht geschehen. Im Übrigen würde sich § 123 Abs. 1 InsO zu einer analogen Anwendung auf Nachteilsausgleichsansprüche der einzelnen Arbeitnehmer auch nicht eignen. § 123 Abs. 1 InsO begrenzt in der Insolvenz das Gesamtvolumen des Sozialplans auf 2 1/2 Monatsverdienste aller von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer. Ein derartiges Gesamtvolumen wird im Rahmen des § 113 Abs. 3, Abs. 1 BetrVG nicht ermittelt. Die individuellen Ansprüche der Arbeitnehmer auf Nachteilsausgleich stehen nicht in einer Relation zum Gesamtvolumen der Monatsverdienste. Da somit bereits die Auslegung des deutschen Rechts einer entsprechenden Anwendung des § 123 Abs. 1 InsO entgegensteht, bedarf es keiner Prüfung, ob eine derartige Beschränkung mit dem Gebot der tatsächlichen Wirksamkeit (effet utile) der Massenentlassungsrichtlinie vereinbar wäre.

26 3.

Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht bei der Höhe der Abfindung die Insolvenzsituation zu Gunsten des Beklagten berücksichtigt.

27 a)

Nach der Rechtsprechung des Senats hängt der Anspruch auf Nachteilsausgleich nach § 113 Abs. 3 BetrVG weder von der finanziellen Leistungsfähigkeit noch von der individuellen Leistungsbereitschaft des Arbeitgebers ab. Bei der Festsetzung der Höhe des Nachteilsausgleichs hat das Gericht deshalb die wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitgebers außer Acht zu lassen (BAG 20. November 2001 - 1 AZR 97/01 - BAGE 99, 377, 383 [BAG 20.11.2001 - 1 AZR 97/01] = AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 39 = EzA BetrVG 1972 § 113 Nr. 29, zu II 1 a, c der Gründe m.w.N.; auch 10. Dezember 1996 - 1 AZR 290/96 - AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 32 = EzA BetrVG 1972 § 111 Nr. 34, zu A II der Gründe; ebenso DKK-Däubler 8. Aufl. § 113 Rn. 16; Fitting BetrVG 21. Aufl. § 113 Rn 38; Fabricius/Oetker GK-BetrVG 7. Aufl. § 113 Rn. 62; Richardi/Annuß in Richardi BetrVG 8. Aufl. § 113 Rn. 49). Dies folgt aus der Funktion des Nachteilsausgleichs, der auch eine Sanktion für das betriebsverfassungswidrige Verhalten des Arbeitgebers darstellt (BAG 20. November 2001 - 1 AZR 97/01 - a.a.O., zu II 1 a der Gründe; 4. Dezember 2002 - 10 AZR 16/02 - AP InsO § 38 Nr. 2 = EzA BetrVG 1972 § 113 Nr. 30, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu II 2 b der Gründe).

28 bb)

Dies gilt auch in der Insolvenz. Der Nachteilsausgleich hat hier ebenfalls die Funktion, den Insolvenzverwalter zur Beachtung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach § 111 Abs. 1 Satz 1 BetrVG anzuhalten und ein betriebsverfassungswidriges Verhalten zu sanktionieren. Auch sind die wirtschaftlichen Nachteile, die der Arbeitnehmer infolge seiner Entlassung erleidet, nicht geringer als bei einer Entlassung außerhalb eines Insolvenzverfahrens. Die Interessen der anderen Insolvenzgläubiger gebieten ebenfalls keine Begrenzung oder Minderung des Entschädigungsanspruchs. Die Nachteile, die den übrigen Insolvenzgläubigern durch das gesetzeswidrige Verhalten des Insolvenzverwalters und die hieraus resultierenden Ansprüche der Arbeitnehmer nach § 113 Abs. 3 BetrVG möglicherweise entstehen, rechtfertigen nicht die Kürzung des Nachteilsausgleichs, sondern sind ggf. zwischen den Insolvenzgläubigern und dem Insolvenzverwalter über dessen Haftung nach § 60 Abs. 1 InsO abzuwickeln. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen (12. August 2002 - 5 Sa 534/02 -, zu I 2 a der Gründe) ergibt sich Gegenteiliges nicht aus der Senatsentscheidung vom 9. Juli 1985 (- 1 AZR 323/83 - BAGE 49, 160, 169 = AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 13 = EzA BetrVG 1972 § 113 Nr. 13, zu I 6 der Gründe). Zwar hatte damals das Berufungsgericht bei der Bemessung der Abfindung ua. die Interessen der übrigen am Konkursverfahren beteiligten Gläubiger berücksichtigt. Gegen das Urteil hatte jedoch nur der beklagte Konkursverwalter Revision eingelegt. Für das diese Revision zurückweisende Urteil des Senats kam es daher nicht darauf an, ob die Interessen der übrigen Konkursgläubiger bei der Festsetzung eines Nachteilsausgleichs zu Gunsten des beklagten Konkursverwalters berücksichtigt werden müssen.

29 c)



Der Umstand, dass das Landesarbeitsgericht die Interessen der übrigen Insolvenzgläubiger zu Unrecht als einen zu Gunsten des Beklagten zu berücksichtigenden Umstand erachtet hat, vermag dessen Revision nicht zum Erfolg zu verhelfen. Die Klage ist ohne Berücksichtigung dieses Umstands erst recht in Höhe der Klageforderung begründet (§ 561 ZPO).

**30 C.**

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO .

---

Wißmann  
Kreft  
Linsenmaier  
Münzer  
Büßenschütt

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.