

Titel:

Ordentliche betriebsbedingte Kündigung ohne Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG - Insolvenz des Unternehmens

Normenketten:

ZPO § 256 Abs. 1

KSchG § 4 S. 1, § 7 Hs. 1, § 17 Abs. 2

BGB § 134

BetrVG § 113 Abs. 1, Abs. 3

InsO § 122

Leitsätze:

1. Wurde zuvor kein Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG durchgeführt, ist eine im Rahmen einer Massenentlassung ausgesprochene Kündigung – unabhängig von dem Erfordernis einer ordnungsgemäßen Anzeige bei der Agentur für Arbeit nach § 17 Abs. 1 iVm. Abs. 3 KSchG – wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot iSv § 134 BGB rechtsunwirksam. Die Durchführung des Konsultationsverfahrens, das auch vor einer Betriebsstilllegung durchzuführen ist, ist ein eigenständiges Wirksamkeitserfordernis für die Kündigung und steht selbständig neben dem Anzeigeverfahren. (Rn. 62) (redaktioneller Leitsatz)

2. Die Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes über Interessenausgleich, Sozialplan und Nachteilsausgleich bei Betriebsänderungen (§ 111 bis § 113 BetrVG) gelten auch in der Insolvenz des Unternehmens. (Rn. 77) (redaktioneller Leitsatz)

3. Obsiegt der Arbeitnehmer mit seinem Kündigungsschutzantrag und besteht damit das Arbeitsverhältnis fort, fehlt es bereits an einer Entlassung iSd § 113 Abs. 3 Alt. 1 iVm Abs. 1 BetrVG, so dass ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Nachteilsausgleich aus dieser Vorschrift ausscheidet. (Rn. 79 – 81) (redaktioneller Leitsatz)

4. Auch im Falle der Insolvenz muss der Arbeitgeber im Zusammenhang mit einem Interessenausgleichsversuch wegen der Betriebsstilllegung grundsätzlich die Einigungsstelle anrufen. Dies gilt erst recht im vorläufigen Insolvenzverfahren, in dem die beschleunigende abschließende Sondervorschrift des § 122 InsO nicht gilt. (Rn. 85) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Arbeitnehmer, Betriebsbedingte Kündigung, Betriebsstilllegung, Konsultationsverfahren, Anzeigeverfahren, Betriebsrat, Insolvenzverfahren, Interessenausgleichsversuch, Nachteilsausgleich

Fundstellen:

ZInsO 2024, 2165

LSK 2022, 47919

Tenor

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung des Beklagten vom 18.07.2022 zum 31.10.2022 nicht beendet worden ist.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Die Klagepartei hat die Kosten des Rechtsstreits zu 86%, der Beklagte zu 14% zu tragen.

4. Der Rechtsmittelstreitwert wird festgesetzt auf € 59.016,51.

5. Soweit die Berufung nicht kraft Gesetzes statthaft ist, wird sie nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung sowie um Nachteilsausgleich, der als Masseforderung geltend gemacht wird.

2

Die klagende Partei ist bei der Insolvenzschildnerin beschäftigt. Der Kläger ist schwerbehindert. Bei der Insolvenzschildnerin, die vor Beginn der Ausproduktion zuletzt 217 Arbeitnehmer beschäftigt, besteht ein Betriebsrat.

3

Zur Sicherung des Schuldnervermögens wurde mit Beschluss vom 15.03.2022 die vorläufige Insolvenzverwaltung über das Vermögen der Insolvenzschildnerin angeordnet und der Beklagte als vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt (Az. IN 108/22). Darin wurde uA. gemäß § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO angeordnet, dass Verfügungen der Schuldnerin nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind. Gemäß §§ 22a Abs. 1 iVm. 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO wurde ein vorläufiger Gläubigerausschuss eingesetzt.

4

Am 10.05.2022 traf der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Insolvenzschildnerin Herr E. im Einverständnis mit dem Beklagten in seiner Funktion als vorläufigem Insolvenzverwalter die unternehmerische Entscheidung, den Betrieb vollständig zu schließen.

5

Am 11.05.2022 wurden die Arbeitnehmer der Insolvenzschildnerin sowie der Betriebsrat im Rahmen eines Mitarbeiterinformationsgesprächs über die Stilllegungsabsicht informiert. Dem Betriebsrat wurden im Nachgang zu dem Gespräch am 11.05.2022 die folgenden zwei undatierten Unterrichtungsschreiben der Insolvenzschildnerin und des vorläufigen Insolvenzverwalters überreicht.

„...“

Unterrichtung nach § 17 KSchG

Sehr geehrter Herr L., sehr geehrte Damen und Herren, mit diesem Schreiben möchten wir Sie als Mitglieder des Betriebsrats unserer Gesellschaft über die geplante Stilllegung unseres Betriebs in A. und die damit verbundenen Kündigungen unterrichten.

Am 14.03.2022 hat die E. GmbH & Co. KG beim Amtsgericht Kempten einen Insolvenzantrag gestellt. Im Rahmen des vorläufigen Insolvenzverfahrens wurden erfolglos Investorengespräche mit insgesamt 13 Übernahmeinteressenten geführt, mit dem Ziel der Vereinbarung eines Betriebsübergangs um unseren Geschäftsbetrieb fortzuführen und die Arbeitsplätze zu sichern.

Für eine Fortführung des Geschäftsbetriebs im eröffneten Insolvenzverfahren fehlen die finanziellen Mittel. Eine Betriebseinstellung zum 31.05.2022 sowie die betriebsbedingte Kündigung sämtlicher bei der E. GmbH & Co. KG beschäftigten Arbeitnehmer aller Berufsgruppen ist daher erforderlich. Wir bedauern, dass eine andere Entscheidung nicht möglich ist. Aus wirtschaftlichen Gründen haben wir keine andere Alternative als die Stilllegung unseres Betriebs in A.

Grund für die Betriebseinstellung und die Entlassung der Mitarbeiter ist die Insolvenz der Gesellschaft. Es sollen daher sämtliche Arbeitnehmer aus betriebsbedingten Gründen ordentlich gekündigt werden. Betroffen sind sämtliche bei der E. GmbH & Co. KG beschäftigten Arbeitnehmer aller Berufsgruppen. Die Entlassungen sollen im Zeitraum 27.05.2022 bis 20.06.2022 vorgenommen werden. Wegen der Vereinbarung eines Interessenausgleichs und eines Sozialplans erhalten Sie ein gesondertes Schreiben.“

„...“

Unterrichtung nach § 111 BetrVG

... (die ersten drei Absätze entsprechen dem Schreiben „Unterrichtung nach § 17 KSchG; Anmerkung der Vorsitzenden)

Als Termine für Verhandlungen bezüglich eines Interessenausgleichs sowie eines Sozialplans schlagen wir vor:

12.05.2022 um 9 Uhr

16.05.2022 um 9 Uhr

19.05.2022 um 9 Uhr Wir wären Ihnen für eine möglichst kurzfristige Aufnahme der Gespräche verbunden. Für den Fall, dass Sie weitere Informationen benötigen, wären wir dankbar, wenn Sie diese bei uns – nach Möglichkeit vor Beginn der Gespräche – erfragen, damit wir die Gespräche zu einem zügigen Abschluss bringen können.“

6

Am 11.05.2022 beschloss der vorläufige Gläubigerausschuss die Zustimmung zur Betriebsstilllegung per 31.05.2022 sowie der Ausproduktion vom 01.06.2022 bis 30.06.2022.

7

Mit Aushang vom 11.05.2022 kündigte die Insolvenzschriftuldnerin die beabsichtigten Kündigungen und Freistellungen an.

8

Mit Gutachten vom 18.05.2022 im Insolvenzantragsverfahren über das Vermögen der Insolvenzschriftuldnerin, auf das Bezug genommen wird, stellte der Beklagte unter VII dar, dass gegenüber einer Betriebsstilllegung bereits zum 31.05.2022 im Interesse der Massemehrung eine Ausproduktion ab dem 01.06.2022 über mehrere Wochen sinnvoll sei. Die genaue Dauer wird nicht genannt.

9

Mit Schreiben vom 19.05.2022, auf das Bezug genommen wird, schrieb der Betriebsratsvorsitzende L. an den Geschäftsführer E.:

„... mit Schreiben vom 11.05.2022 haben Sie dem Betriebsrat eine „Unterrichtung nach § 17 Abs. 2 KSchG“ übergeben. Der Betriebsrat kann dieser Unterrichtung jedoch keinerlei Informationen zu der darin mitgeteilten Schließungsabsicht und zur geplanten Entlassung sämtlicher Mitarbeiter entnehmen.

Bitte setzen Sie den Betriebsrat in Kenntnis, warum die Interessenten den Betrieb nicht fortführen wollten und aus welchem Grund eine Fortführung des Betriebs oder eines Teilbetriebs nicht möglich ist. Weiterhin benötigt der Betriebsrat Einblick in die wirtschaftlichen Daten, die Ihre Schließungsabsicht begründen.

Eine Beratung mit dem Betriebsrat hat ebenfalls nicht stattgefunden.

Der Betriebsrat ist angesichts fehlender Unterrichtung nicht in der Lage, eine abschließende Stellungnahme zur Unterrichtung nach § 17 Abs. 2 KSchG abzugeben.

Der Betriebsrat sieht einer gesetzeskonformen Unterrichtung weiter entgegen.

...“

10

Mit Schreiben vom 19.05.2022, auf das Bezug genommen wird, teilten die Insolvenzschriftuldnerin und der vorläufige Insolvenzverwalter dem Betriebsrat anzeigepflichtige Entlassungen mit. In dem Schreiben heißt es auszugsweise:

„Das Unternehmen beabsichtigt bekanntlich, nach § 17 Abs. 1 KSchG anzeigepflichtige Entlassungen vorzunehmen. Ergänzend zu unserem Schreiben vom 11.05.2022 teile ich Ihnen trotz der bereits mitgeteilten, offenkundigen Betroffenheit aller Berufsgruppen und Arbeitnehmer folgendes mit:

1. Von den Entlassungen sind 215 Arbeitnehmer betroffen. Sie gehören zu folgenden Berufsgruppen: ... (wird ausgeführt)

2. Das Unternehmen beschäftigt zurzeit regelmäßig 239 Arbeitnehmer. Sie gehören zu folgenden Berufsgruppen: ... (wird ausgeführt)

3. Die Wahl der zu Entlassenden erfolgt nach folgenden Kriterien:

Aufgrund der Betriebsstilllegung werden alle Arbeitnehmer entlassen. Eine Auswahl der zu Entlassenden ist daher obsolet.

Im Übrigen verweisen wir auf unser Unterrichtungsschreiben vom 11.05.2022.“

Im Schreiben der Bevollmächtigten des Betriebsrates vom 25.05.2022 heißt es:

„Der Betriebsrat wurde am 11.05.2022 durch Herrn E. darüber informiert, dass die Stilllegung des Betriebs zum 31.05. und die Kündigung sämtlicher Beschäftigter geplant ist ...“

12

Am 27.05.2022 fand ein Gespräch von Insolvenzschriftnerin und Betriebsrat insbesondere über Interessenausgleich und Sozialplan statt. Beides kam nicht zustande. Der Betriebsrat wollte einen Folgetermin ab dem 13.06.2022 vereinbaren. Auf den Vorschlag des Zeugen R., Kanzleikollege des Beklagten, einen Termin in der Zeit vom 30.05.2022 bis 03.06.2022 zu vereinbaren, ging der Betriebsrat nicht ein. Ein Anschlusstermin kam nicht zustande. Die Betriebsänderung wurde durchgeführt, ohne über diese iSd. § 113 BetrVG einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht zu haben.

13

Datiert auf den 30.05.2022 sprach die Insolvenzschriftnerin gemeinsam mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter gegenüber 140 Arbeitnehmern unwiderrufliche unbefristete Freistellungen aus. Ein Teil der Schreiben wurde am selben Tag im Betrieb persönlich übergeben, der Rest am 30.05.2022 zur Post gegeben. In den inhaltlich wortgleich formulierten Freistellungsschreiben heißt es unter anderem: „Der Geschäftsbetrieb der E. GmbH & Co. KG wird ab dem 31.05.2022 vollständig eingestellt. Vor diesem Hintergrund werden Sie ab dem 01.06.2022 unter Anrechnung sämtlicher noch ausstehender Urlaubsansprüche, Freizeittagen, Altersfreitagen, Freischichten und Mehrarbeitszeiten unwiderruflich von ihrer Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt. Wir weisen Sie darauf hin, dass sie sich während der Zeit der Freistellung den Wert desjenigen anrechnen lassen müssen, was sie infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung ihrer Dienste erwerben oder zu erwerben böswillig unterlassen (§ 615 S. 2 BGB).“

...

Wir bedauern es sehr, Ihnen mitteilen zu müssen, dass die E. GmbH & Co. KG ab dem Zeitpunkt ihrer Freistellung aufgrund der derzeitigen wirtschaftlichen Verhältnisse bis auf weiteres keine Vergütung an Sie entrichten kann. Bitte setzen Sie sich daher umgehend mit dem für Sie zuständigen Sachbearbeiter der Agentur für Arbeit in Verbindung, um Arbeitslosengeld während der Freistellungszeit zu beantragen (Gleichwohlgewährung).“

14

Tatsächlich erfolgten die Freistellungen unter Fortzahlung der Vergütung.

15

Am 01.06.2022 um 8:00 Uhr wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Insolvenzschriftnerin eröffnet. Der Beklagte wurde zum Insolvenzverwalter bestellt.

16

Ab dem 01.06.2022 fand bis zum 30.06.2022 eine Ausproduktion der letzten 25 Aufträge mit 77 Mitarbeitern statt. Diese Mitarbeiter wurden ab dem 01.07.2022 freigestellt.

17

Mit Schreiben vom 02.06.2022, auf das Bezug genommen wird, hörte der Beklagte den Betriebsrat zur beabsichtigten ordentlichen betriebsbedingten Kündigung an.

18

Mit Schreiben vom 10.06.2022, auf das Bezug genommen wird, unterrichtete der Beklagte den Betriebsrat erneut nach § 17 Abs. 2 KSchG. Darin heißt es auszugsweise:

„Das Unternehmen beabsichtigt, nach § 17 Abs. 1 KSchG anzeigepflichtige Entlassungen vorzunehmen. Hierüber sind Sie zu unterrichten (§ 17 Abs. 2 KSchG):

1. Für die geplanten Entlassungen bestehen folgende Gründe:

Aufgrund unserer Schreiben vom 11.05.2022, des Mitarbeiterinformationsgesprächs, das ebenfalls am 11.05.2022 stattgefunden hat und bei dem sie auch zugegen gewesen sind, sowie des Termins vom 27.05.2022 zur Verhandlung über einen Interessenausgleich und einen Sozialplan ist Ihnen bekannt, dass noch im vorläufigen Insolvenzverfahren über das Vermögen der E. GmbH & Co. KG die unternehmerische

Entscheidung getroffen worden ist, unseren alleinigen Produktionsbetrieb in A. zum 30.09.2022 endgültig stillzulegen. Dies insbesondere aus Gründen der für eine Weiterführung fehlenden finanziellen Mittel, nachdem kein Betriebserwerber gefunden werden konnte.

Von der oben genannten unternehmerischen Entscheidung sind alle Arbeitsplätze im Betrieb betroffen. Anderweitige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zu gegebenenfalls geänderten Vertragsbedingungen sowie freie Arbeitsplätze sind nach alledem nicht vorhanden. Die Beschäftigungsmöglichkeit für sämtliche in unserem Unternehmen beschäftigte Arbeitnehmer entfällt mit der Stilllegung endgültig.

2. Von der Entlassung sind 196 Arbeitnehmer betroffen, Sie gehören zur folgenden Berufsgruppen:

(Wird ausgeführt)

3. Das Unternehmen beschäftigt zurzeit regelmäßig 239 Arbeitnehmer. Sie gehören zur folgenden Berufsgruppen:

Wird ausgeführt)

4. Die Entlassungen sollen im Zeitraum vom 25.06.2022 bis 22.07.2022 vorgenommen werden.

5. Die Auswahl der zu entlassenden erfolgt nach folgenden Kriterien:

Da es keine Sozialauswahl geben kann, weil alle Arbeitnehmer des Betriebs betroffen sind, sollen alle Arbeitsverhältnisse aller Beschäftigten einschließlich derjenigen der Mitglieder des Betriebsrates und der Jugend- und Auszubildendenvertretung – nach § 15 Abs. 4 KSchG – ordentlich gekündigt werden. Insbesondere wird die Stilllegung auch nur in einem Schritt vollzogen und nicht etwa stufenweise.

6. Der diesseitige Vorschlag eines Interessenausgleichs und Sozialplans liegt Ihnen bereits vor.

7. Für weitere Auskünfte stehen wir Ihnen selbstverständlich zur Verfügung.“

19

Am 14.06.2022 ging beim Arbeitsgericht Kempten der Antrag des Beklagten nach § 122 InsO ein (Az. 1 BV 14/22). Dieser wurde ohne mündliche Anhörung abgewiesen, da die Betriebsänderung mit den unwiderruflichen Freistellungen des Großteils der Belegschaft schon bei Einreichung des Antrags eingeleitet und nicht nur geplant gewesen sei. Der Beschluss, auf den Bezug genommen wird, ist rechtskräftig.

20

Mit Schreiben vom 27.06.2022 teilte die Agentur für Arbeit Kempten-Memmingen dem Beklagten mit:

„Anzeigepflichtige Entlassungen gemäß § 17 KSchG

ihre Entlassungsanzeige vom 27.06.2022

sehr geehrte Damen und Herren, ihre Entlassungsanzeige für E. GmbH & Co. KG,... A. ist am 27.06.2022 vollständig eingegangen.

(...)“

21

Mit Bescheid vom 05.07.2022 hat das Inklusionsamt, ZBFS Region S., die Zustimmung zur streitgegenständlichen Kündigung erteilt.

22

Mit Schreiben vom 18.07.2022, dem Kläger zugegangen am 21.07.2022, kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31.10.2022. Hiergegen erhob der Kläger Kündigungsschutzklage, die dem Beklagten am 11.08.2022 zugestellt wurde.

23

Ein Sozialplan kam am 22.09.2022 durch Spruch der Einigungsstelle zustande.

24

Jedenfalls im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor der Kammer am 29.11.2022 war der Betrieb der Insolvenzschuldnerin stillgelegt.

25

Die klagende Partei ist – zusammengefasst – der Ansicht, die Kündigung sei unwirksam. Außerdem sei der Beklagte mangels hinreichender vorheriger Verhandlungen über einen Interessenausgleich zum Nachteilsausgleich verpflichtet. Dieser sei eine Masseforderung, da unumkehrbare Maßnahmen zur Betriebsstilllegung erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingeleitet worden seien.

26

Die Anhörungen des Betriebsrates nach § 102 BetrVG und der Schwerbehindertenvertretung nach § 178 Abs. 2 S. 3 SGB IX seien nicht ordnungsgemäß erfolgt. Die ordnungsgemäße Mitwirkung des Betriebsrates bei der Massenentlassung sei ebenfalls nicht gegeben. Ein Konsultationsverfahren habe nicht stattgefunden.

27

Es sei widersprüchlich, wenn in der Betriebsratsanhörung einerseits von einer Einstellung des Betriebs zum 31.05.2022 gesprochen werde und andererseits noch bis zum 30.06.2022 weitergearbeitet worden sei. Dem Betriebsrat sei nicht mitgeteilt worden, wie viele Mitarbeiter in der Ausproduktion weiter beschäftigt werden und wie lange. Die Gesamtumstände der Ausproduktion seien dem Betriebsrat daher nicht hinreichend mitgeteilt worden. Dem Betriebsrat sei nicht mitgeteilt worden, welche der Arbeitnehmer ein Freistellungsschreiben datiert auf den 30.05.2022 erhalten hätten. Die Massenentlassungsanzeige sei nicht ordnungsgemäß bei der Agentur für Arbeit eingereicht worden.

28

Das Unterrichtungsschreiben vom 10.06.2022 sei widersprüchlich. In Ziffer 2 heiße es, dass 196 Arbeitnehmer von der Entlassung betroffen seien und in Ziffer 3, dass im Unternehmen zurzeit 239 Arbeitnehmer beschäftigt seien. Was mit der Differenz von 43 Mitarbeitern geschehe und wie es zu dieser Differenz komme, werde nicht weiter erläutert.

29

Unabhängig von Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung bestehe ein Anspruch auf Nachteilsausgleich. Der Versuch eines Interessenausgleichs sei nicht entbehrlich gewesen. § 113 BetrVG habe Sanktionscharakter, sodass auch bei unwirksamer Kündigung ein Nachteilsausgleichsanspruch bestehen könne. Es müsse Gleichbehandlung hergestellt werden zwischen denjenigen Arbeitnehmern, die bereits eine neue Beschäftigung gefunden hätten und nur den Nachteilsausgleich geltend machten sowie den Mitarbeitern, die sowohl gegen die Kündigung vorgehen als auch Nachteilsausgleich begeherten. Auch bei Unwirksamkeit der Kündigung bestünden Nachteile auf dem Arbeitsmarkt.

30

Der Nachteilsausgleich sei als Anspruch gegen die Insolvenzmasse begründet, da die Betriebsänderung erst nach Insolvenzeröffnung am 01.06.2022 begonnen habe. Die Freistellungen seien aus verschiedenen, im Einzelnen im Schriftsatz vom 07.11.2022 aufgeführten, Gründen unwirksam.

31

Die Freistellungen seien nicht unumkehrbar, denn es wäre der Insolvenzschuldnerin bzw. anschließend dem Beklagten möglich gewesen, die einseitig ausgesprochenen Freistellungen anzufechten. Sie hätten daher nicht zu einer irreversiblen Auflösung der betrieblichen Organisation geführt. Diese sei erst Ende Juni nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit Ausspruch der Kündigungen erfolgt.

32

Die klagende Partei beantragt nach teilweiser Klagerücknahme zuletzt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung des Beklagten vom 18.07.2022 zum 31.10.2022 nicht beendet wird.
2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern auf unbestimmte Zeit fortbesteht.
3. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger gemäß § 113 BetrVG einen Nachteilsausgleich zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichtes gestellt wird, jedoch 50.585,58 € nicht unterschreiten sollte.

33

Der Beklagte beantragt,

Die Klage wird abgewiesen.

34

Der Beklagte ist – zusammengefasst – der Ansicht, die Kündigung sei wirksam und ein Anspruch auf Nachteilsausgleich bestehe nicht.

35

Der Investorenprozess sei nach der Absage der Firma D. am 10.05.2022 endgültig gescheitert.

36

Er ist der Ansicht, dass alle Formvorschriften hinsichtlich der Kündigung eingehalten wurden. Insbesondere seien der Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung ordnungsgemäß angehört und das Konsultationsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden. Letzteres sei durch das Schreiben der Insolvenzschriftführerin vom 11.05.2022 eingeleitet und durch Schreiben des Betriebsrats vom 19.05.2022 beendet worden. Dieses Schreiben habe offenbart, dass dem Betriebsrat nur daran gelegen gewesen sei, die Angelegenheit im Konsultationsverfahren zu blockieren und zu verzögern. Die wirtschaftlichen Verhältnisse der Insolvenzschriftführerin und die Alternativlosigkeit der Betriebsstillegung seien dem Betriebsrat längst bekannt gewesen. Wegen Beendigung des Konsultationsverfahrens komme es auf die Unterrichtung vom 10.06.2022 nicht mehr an. Jedenfalls sei der Betriebsrat mehrfach, unter anderem mit den Schreiben vom 11.05.2022, 19.05.2022 und 10.06.2022, über die geplanten Massenentlassungen unterrichtet worden. Der Betriebsrat sei darauf hingewiesen worden, dass er die Möglichkeit habe, ergänzende Fragen zu stellen. Soweit der Betriebsrat selbst oder über seine Rechtsanwältin Fragen aufgeworfen habe, seien diese mit Schreiben vom 25.05.2022 des Beklagten, auf das Bezug genommen wird, beantwortet worden.

37

Mit Gutachten vom 18.05.2022 habe der Beklagte die Betriebsstillegung empfohlen. Das Insolvenzgericht habe dies gebilligt. Der Beklagte habe in seiner Eigenschaft als vorläufiger Insolvenzverwalter der Betriebsstillegung zugestimmt.

38

Dem Betriebsrat seien neben der Unterrichtung Beratungen angeboten worden. Bei Übergabe des Schreibens am 11.05.2022 habe der Betriebsratsvorsitzende der Insolvenzschriftführerin mitgeteilt, dass der Betriebsrat bezüglich der Beratungen zunächst Rücksprache mit seiner Bevollmächtigten halten müsse und sich sodann wieder melden werde.

39

Der Betriebsrat sei in der Anhörung nach § 102 BetrVG darauf hingewiesen worden, dass die Produktion zum 31.05.2022 eingestellt worden sei und zum Zeitpunkt der Anhörung nur noch eine Ausproduktion in geringer Arbeitnehmerbesetzung stattgefunden habe.

40

Der Bundesagentur für Arbeit sei die Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer (190 Arbeitnehmer) und die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer (262 Arbeitnehmer) mitgeteilt worden. Der Agentur sei ebenfalls der Stand der Beratungen mit dem Betriebsrat dargelegt worden.

41

Die Differenz im Unterrichtungsschreiben vom 10.06.2022 von 43 Mitarbeitern resultiere daraus, dass die Beklagte in der Massenentlassungsanzeige einerseits die regelmäßige Arbeitnehmerzahl und andererseits die Zahl der betroffenen Arbeitnehmer darzustellen habe. Die Zahl der regelmäßig Beschäftigten weiche von den tatsächlich Beschäftigten ab.

42

Die Massenentlassungsanzeige sei gegenüber der Agentur für Arbeit vollständig abgegeben worden. Dies habe die Agentur für Arbeit auch bestätigt.

43

Die Kündigungen seien erst nach Eingang der Übermittlungsbestätigung ausgesprochen worden.

44

Der Anspruch auf Nachteilsausgleich scheide bereits aus, da Interessenausgleichsverhandlungen mangels realistischer Alternativen zum „Ob“ der Betriebsstilllegung nicht erforderlich gewesen seien (vgl. im Einzelnen Klageerwiderung des Beklagten).

45

Sollte ein Nachteilsausgleichsanspruch bestehen, sei dieser nicht als Masseverbindlichkeit, sondern als einfache Insolvenzforderung zu behandeln. Durch die unwiderrufliche Freistellung des größten Teils ihrer Belegschaft habe die Insolvenzschuldnerin eine unumkehrbare Maßnahme zur Auflösung der betrieblichen Organisation bereits vor Insolvenzeröffnung ergriffen.

46

Auf das Datum des Zugangs der Freistellungsschreiben komme es für die insolvenzrechtliche Qualifizierung des Nachteilsausgleichsanspruches nicht an. Masseverbindlichkeiten lägen vor, wenn sie durch Handlungen des Insolvenzverwalters oder in anderer Weise durch die Verwaltungsverwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet würden. Hier seien die Freistellungen jedoch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemeinsam durch den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Insolvenzschuldnerin und den damals noch vorläufigen Insolvenzverwalter ausgesprochen worden, nicht durch den Beklagten in seiner Funktion als Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

47

Ergänzend wird Bezug genommen auf sämtliche Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen, die Sitzungsniederschriften sowie den gesamten übrigen Akteninhalt.

Entscheidungsgründe

48

Die überwiegend zulässige Klage ist nur im Antrag zu 1 begründet.

I.

49

Die Klage ist in den Anträgen 1 und 3 zulässig. Der Klageantrag zu 2. ist unzulässig.

50

1. Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist für alle Streitgegenstände eröffnet. Die Parteien streiten in den Anträgen zu 1. und 2. um den Bestand des Arbeitsverhältnisses (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) ArbGG) sowie im Antrag zu 3. um Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) ArbGG.

51

2. Das Arbeitsgericht Kempten ist örtlich zuständig, da der Beklagte seine Kanzlei in K. betreibt, §§ 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG iVm. 21 Abs. 1 ZPO.

52

3. Im Übrigen bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage in ihren Anträgen 1 und 3.

53

4. Dem Klageantrag zu 2. ist unzulässig. Ihm fehlt das besondere Feststellungsinteresse iSd. § 256 Abs. 1 ZPO. Mit dem Klageantrag zu 2. begehrt die klagende Partei die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände als die mit dem Antrag zu 1. angegriffene Kündigung geendet habe und über den Kündigungstermin hinaus fortbestehe. Auf Hinweis der Vorsitzenden nach § 139 ZPO hat die Klägervertreterin keinen weiteren konkreten Beendigungstatbestand benannt und den Antrag nach § 256 Abs. 1 ZPO nicht in einen Antrag nach § 4 S. 1 KSchG umgestellt. Der Antrag ist daher als unzulässig abzuweisen (BAG 13.03.1997 – 2 AZR 512/96 – Rn. 16; zitiert nach juris; alle weiteren Urteile ebenfalls zitiert nach juris).

II.

54

Der Antrag zu 1. ist begründet, der Antrag zu 3. ist unbegründet.

55

Die ordentliche Kündigung des Beklagten vom 27.06.2022 zum 31.10.2022 ist unwirksam. Sie beendet das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht.

56

1. Zwischen den Parteien bestand zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ein Arbeitsverhältnis iSd. § 611a BGB.

57

2. Die schriftliche Kündigung ging dem Kläger am 21.07.2022 zu, §§ 623 Abs. 1, 126 Abs. 1, 130 BGB.

58

3. Die Kündigung gilt nicht bereits gemäß §§ 4 S. 1, 7 Hs. 1 KSchG als wirksam. Gemäß § 7 Hs. 1 KSchG gilt eine Kündigung als wirksam, wenn der Arbeitnehmer nicht innerhalb von drei Wochen nach Zugang gegen diese Kündigungsschutzklage erhebt.

59

Der Kläger hat die Klageerhebungsfrist gewahrt. Die schriftliche Kündigung ging dem Kläger am 21.07.2022 zu, so dass die Frist gemäß § 187 Abs. 1 BGB am 22.07.2022 begann und gemäß § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB am 11.08.2022 ablief. Ausweislich des Empfangsbekenntnisses des Beklagten ging ihm die Kündigungsschutzklage am 11.08.2022 und damit innerhalb der Drei-Wochen-Frist zu.

60

4. Die Kündigung ist gemäß § 134 BGB iVm. § 17 Abs. 2 KSchG unwirksam und hat das Arbeitsverhältnis nicht beendet, da das Konsultationsverfahren gemäß § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde.

61

a. Die Voraussetzungen des § 17 KSchG waren einzuhalten, da die streitgegenständliche Kündigung iR. einer Massenentlassung iSd. § 17 Abs. 1 Nr. 2 KSchG stattfand. Die Insolvenzschriftführerin beschäftigte regelmäßig mehr als 200 Mitarbeiter und damit zwischen 60 und weniger als 500 Mitarbeiter. Der Insolvenzverwalter entließ davon mehr als 10% bzw. mehr als 25 Mitarbeiter innerhalb von 30 Kalendertagen wegen Betriebsstilllegung.

62

b. Wurde zuvor kein Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG durchgeführt, ist eine im Rahmen einer Massenentlassung ausgesprochene Kündigung – unabhängig von dem Erfordernis einer ordnungsgemäßen Anzeige bei der Agentur für Arbeit nach § 17 Abs. 1 iVm. Abs. 3 KSchG – wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot iSv. § 134 BGB rechtsunwirksam. Die Durchführung des Konsultationsverfahrens ist ein eigenständiges Wirksamkeitserfordernis für die Kündigung. Dies ergibt eine unionsrechtskonforme Auslegung von § 17 Abs. 2 KSchG (BAG 21.03.2013 – 2 AZR 64/12 – Rn. 19 ff. mwN.). Der in § 17 KSchG geregelte besondere Kündigungsschutz bei Massenentlassungen unterfällt in zwei getrennt durchzuführende Verfahren mit jeweils eigenen Wirksamkeitsvoraussetzungen, nämlich die in § 17 Abs. 2 KSchG normierte Pflicht zur Konsultation des Betriebsrats einerseits und die in § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG geregelte Anzeigepflicht gegenüber der Agentur für Arbeit andererseits. Das Konsultationsverfahren, das auch vor einer Betriebsstilllegung durchzuführen ist (vgl. BAG 22.09.2016 – 2 AZR 276/16 – Rn. 22), steht selbständig neben dem Anzeigeverfahren. Beide Verfahren dienen in unterschiedlicher Weise der Erreichung des mit dem Massenentlassungsschutz verfolgten Ziels (BAG 09.06.2016 – 6 AZR 405/15 – Rn. 20; 21.03.2013 – 2 AZR 60/12 – Rn. 28; 13.12.2012 – 6 AZR 752/11 – Rn. 62). Jedes dieser beiden Verfahren stellt ein eigenständiges Wirksamkeitserfordernis für die im Zusammenhang mit einer Massenentlassung erfolgte Kündigung dar (BAG 09.06.2016 – 6 AZR 405/15 – aaO.; 20.01.2016 – 6 AZR 601/14 – Rn. 15).

63

Die Konsultationspflicht erschöpft sich nicht nur in einer Auskunftserteilung und Anhörung (ErfK/Kiel § 17 KSchG Rn. 24). Nach § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG muss der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat die Möglichkeiten beraten, Entlassungen zu vermeiden oder einzuschränken und ihre Folgen abzumildern. Die Pflicht zur Beratung iSv. § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG geht dabei über eine bloße Anhörung deutlich hinaus. Der Arbeitgeber hat mit dem Betriebsrat über die Entlassungen bzw. die Möglichkeiten ihrer Vermeidung ernstlich zu verhandeln, ihm dies zumindest anzubieten (BAG 26.02.2015 – 2 AZR 371/14 mwN.).

64

Das Konsultationsverfahren soll dem Betriebsrat Einfluss auf die Willensbildung des Arbeitgebers ermöglichen (vgl. BAG 26.01.2017 – 6 AZR 442/16 – Rn. 25). Welche Informationen dazu erforderlich sind, hängt vom konkreten Einzelfall ab. Hat der Betriebsrat, etwa durch Verhandlungen über den Interessenausgleich oder auf andere Weise, schon Kenntnisse über die Umstände der beabsichtigten Massenentlassung erlangt, genügen auch schlagwortartige Informationen. Die danach erforderlichen Auskünfte sind seitens des Arbeitgebers zwar nicht unbedingt zum Zeitpunkt der Eröffnung der Konsultationen zu erteilen, er hat sie aber „im Verlauf des Verfahrens“ zu vervollständigen und alle einschlägigen Informationen bis zu dessen Abschluss zu erteilen (EuGH 10.09.2009 – C-44/08 – [Akavan Erityisalojen Keskusliitto] Rn. 52, 53; BAG 26.02.2015 – 2 AZR 955/13 – Rn. 29). Die Unterrichtungspflicht kann daher flexibel gehandhabt werden, jedoch darf der Arbeitgeber noch keine unumkehrbaren Maßnahmen getroffen und damit noch keine vollendeten Tatsachen geschaffen haben (BAG 13.06.2019 – 6 AZR 459/18 – Rn. 41 mwN.).

65

c. Nach diesen Grundsätzen, denen sich das Gericht anschließt, haben der Beklagte bzw. zuvor die Insolvenzschriftnerin das Konsultationsverfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt, da sie dem Betriebsrat keine Beratungen iSd. § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG angeboten haben.

66

aa. Mit dem ersten Unterrichtungsschreiben vom 11.05.2022 hat der Geschäftsführer Herr E. keine Beratungen angeboten. Dort heißt es im Einleitungssatz: „Mit diesem Schreiben möchten wir Sie als Mitglieder des Betriebsrats unserer Gesellschaft über die geplante Stilllegung unseres Betriebs in A. und die damit verbundenen Kündigungen unterrichten.“ Im dritten Absatz heißt es: „Wir bedauern, dass eine andere Entscheidung nicht möglich ist. Aus wirtschaftlichen Gründen haben wir keine andere Alternative als die Stilllegung unseres Betriebs in A.“ Eine Aufforderung oder eine Einladung, in Beratungen mit dem Arbeitgeber einzutreten, ist das nicht.

67

bb. Eine mündliche Einladung zu Konsultationen trägt der Beklagte jedenfalls nicht substantiiert vor. Soweit der Beklagte vortragen lässt, der Betriebsratsvorsitzende habe bei der Übergabe des Schreibens vom 11.05.2022 im Anschluss an die Betriebsversammlung dem Geschäftsführer E., dem Zeugen R. und dem Beklagten mitgeteilt, er müsse bezüglich der Schreiben und der Beratungen zunächst Rücksprache mit der Bevollmächtigten des Betriebsrats halten und sich sodann wieder melden werde, liegt hierin kein Vortrag, dass über die mit weiterem Schreiben vom 11.05.2022 – unstreitig – erfolgte Einladung zu Verhandlungen über einen Interessenausgleich und Sozialplan auch weitergehende Beratungen nach § 17 Abs. 2 KSchG angeboten worden sind. Dieser Vortrag sagt nichts zu einem Beratungsangebot nach § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG. Der Betriebsratsvorsitzende kann sich auch auf die Einladung zu den Verhandlungen über einen Interessenausgleich und Sozialplan bezogen haben. Wozu wer eingeladen haben soll, stellt der Beklagte nicht dar.

68

cc. Im Schreiben vom 19.05.2022 der Insolvenzschriftnerin an den Betriebsrat wird zunächst auf das Schreiben vom 11.05.2022 Bezug genommen. Anschließend werden die Berufsgruppen der Arbeitnehmer mitgeteilt. Das Schreiben endet mit einem Verweis auf das Unterrichtungsschreiben vom 11.05.2022. Ein Angebot von oder die Aufforderung zu Beratungen ist ebenfalls nicht enthalten.

69

dd. Ob und was im Rahmen der am 27.05.2022 geführten erfolglosen Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan zwischen Insolvenzschriftnerin und Betriebsrat verhandelt wurde, kann dahinstehen. Jedenfalls ersetzt es nicht das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG. Zwar können Interessenausgleich und Konsultationsverfahren verbunden werden (vgl. ErfK/Kiel § 17 KSchG Rn. 26 mwN). Voraussetzung ist aber, dass der Betriebsrat klar erkennen kann, dass die Handlungen des Arbeitgebers (auch) der Erfüllung der Konsultationspflicht aus § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG dienen sollen (BAG 13.06.2019 – 6 AZR 459/18 – Rn. 42). Vorliegend fehlt es an einem solchen Hinweis durch den Arbeitgeber. Im Gegenteil: Durch die separaten Anhörungen und Mitteilungen zu Interessenausgleich und Massenentlassungen haben die Insolvenzschriftnerin und später der Beklagte gezeigt, dass die Verfahren gerade nicht gemeinsam, sondern getrennt durchgeführt werden sollen. Zuletzt mit Schreiben vom

25.05.2022, auf das Bezug genommen wird, hat die Insolvenzschriftführerin die Rechtsanwältin des Betriebsrats nur zu Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan am 27.05.2022 aufgefordert. Dass am 27.05.2022 zugleich die Beratungen nach § 17 KSchG erfolgen sollten, ergibt sich weder aus dem Einladungsschreiben noch aus den Begleitumständen.

70

ee. Im Schreiben vom 10.06.2022 des Beklagten an den Betriebsrat wird erneut auf das vorhergehende Schreiben vom 11.05.2022 Bezug genommen und eine Information über die Berufsgruppen an den Betriebsrat übermittelt sowie ein um etwa einen Monat nach hinten verschobener Entlassungszeitraum genannt. Das Schreiben enthält den Hinweis auf den arbeitgeberseitigen Vorschlag eines Interessenausgleichs und Sozialplans und endet mit „für weitere Auskünfte stehen wir Ihnen selbstverständlich zur Verfügung.“ Auskunftsbereitschaft ist keine Verhandlungsbereitschaft. Überdies konnte mit diesem Schreiben kein Konsultationsverfahren eingeleitet werden, da der Arbeitgeber zu diesem Zeitpunkt bereits unumkehrbare Maßnahmen getroffen hatte (s.u.).

71

ff. Beratung und Information/Unterrichtung sind schließlich auch nicht synonym. Nach dem allgemeinen Sprachverständnis ist eine Beratung die Besprechung eines Sachverhalts unter mindestens zwei Personen mit dem Ziel einer Lösung. Hingegen ist eine Information oder Unterrichtung die bloße Mitteilung bestimmten Wissens über einen Gegenstand, eine Person oder einen Sachverhalt. Dementsprechend unterscheidet auch das Gesetz zwischen Unterrichtung und Beratung. § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG statuiert die Unterrichtungspflicht, § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG die Beratungspflicht. Auch das BetrVG unterscheidet zwischen diesen unterschiedlich starken Mitwirkungsrechten an zahlreichen Stellen. Allein die Bereitschaft, weitere Auskünfte zu erteilen, ist kein und ersetzt kein Angebot zur Beratung mit dem Betriebsrat, wie es § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG verlangt.

72

gg. Selbst wenn man die Einleitung des Konsultationsverfahrens durch die Schreiben vom 11.05.2022 und 19.05.2022 annähme, so wäre dieses nicht ordnungsgemäß abgeschlossen worden. Die vollständigen Informationen nach § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG lagen dem Betriebsrat aufgrund des verschobenen Entlassungszeitraums frühestens mit dem Schreiben vom 10.06.2022 vor. Das Konsultationsverfahren kann erst nach vollständiger Unterrichtung abgeschlossen werden. Es müssen alle einschlägigen Informationen bis zum Abschluss des Konsultationsverfahrens erteilt werden (BAG 26.02.2015 – 2 AZR 955/13 – Rn. 29). Zu diesem Zeitpunkt hatte der Arbeitgeber jedoch bereits unumkehrbare Maßnahmen ergriffen und vollendete Tatsachen geschaffen (s.u.), so dass das Konsultationsverfahren nicht ordnungsgemäß zum Abschluss gebracht werden konnte.

73

hh. Der Fehler, der in der unvollständigen Durchführung des Konsultationsverfahrens liegt, wurde nicht geheilt. Eine Heilung ist zumindest für Unterrichtungsfehler durch eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats möglich (vgl. ErfK/Kiel § 17 KSchG Rn. 25 mwN). Ob sie auch bei unterlassener/unvollständiger Beratung möglich wäre, kann dahinstehen, weil es keine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats gibt.

74

5. Ob die Kündigung aus weiteren Gründen – insbesondere gemäß § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG oder § 178 Abs. 2 S. 3 SGB IX – unwirksam ist, ist nicht mehr entscheidungserheblich und kann dahinstehen.

75

Die klagende Partei hat keinen Anspruch auf Nachteilsausgleich gemäß § 113 Abs. 3 iVm. Abs. 2 oder Abs. 1 BetrVG.

76

1. Die klagende Partei hat keinen Anspruch auf Nachteilsausgleich nach § 113 Abs. 3 Alt. 2 iVm. Abs. 2 BetrVG.

77

a. Die Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes über Interessenausgleich, Sozialplan und Nachteilsausgleich bei Betriebsänderungen (§§ 111 bis 113 BetrVG) gelten auch in der Insolvenz des Unternehmens (BAG 07.11.2017 – 1 AZR 186/16 – Rn. 16; 22.07.2003 – 1 AZR 541/02 – Rn.15).

78

b. Für einen Anspruch auf Nachteilsausgleich unabhängig von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist die Darlegung sonstiger Nachteile erforderlich. Sonstige Nachteile könnten beispielsweise Fahrtkosten, geringeres Entgelt, Wegfall von Zuschlägen o.Ä. sein (vgl. BetrVG Fitting § 113 Rn. 25 mwN). Dies ist nicht geschehen. Allein die pauschale Behauptung, dass Nachteile auf dem Arbeitsmarkt entstehen können, reicht nicht aus. Die behaupteten Nachteile, weiterer Fahrweg zu einem künftigen Arbeitsort und dadurch höhere Kosten aufgrund der aktuellen Spritpreise, sind nicht substantiiert dargelegt und nicht überschlägig beziffert oder bezifferbar.

79

2. Die klagende Partei hat keinen Anspruch auf Nachteilsausgleich gemäß § 113 Abs. 3 Alt. 1 iVm. Abs. 1 BetrVG.

80

a. Gemäß § 113 Abs. 3 iVm. Abs. 1 BetrVG kann ein Arbeitnehmer vom Unternehmer die Zahlung einer Abfindung verlangen, wenn der Unternehmer eine geplante Betriebsänderung nach § 111 BetrVG durchführt, ohne über sie einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht zu haben, und infolge der Maßnahme Arbeitnehmer entlassen werden.

81

b. Vorliegend fehlt es bereits an einer „Entlassung“ iSd. § 113 Abs. 3 Alt. 1 iVm. Abs. 1 BetrVG. Eine Entlassung liegt nur vor, wenn das Arbeitsverhältnis im Zusammenhang mit der Betriebsänderung rechtlich beendet worden ist. Der damit einhergehende Verlust des Arbeitsplatzes ist der wirtschaftliche Nachteil, der nach § 113 Abs. 3, Abs. 1 BetrVG durch eine Abfindung ausgeglichen werden soll (BAG 14.12.2004 – 1 AZR 504/13 – Rn. 25; 25.03.2021 – 2 AZR 508/19 – Rn. 19). Dies ist vorliegend nicht der Fall, da der Kläger mit seinem Kündigungsschutzantrag obsiegt und damit das Arbeitsverhältnis der Parteien fortbesteht.

82

c. Überdies bestünde ein Anspruch auf Nachteilsausgleich nicht als Masseforderung, sondern lediglich als Insolvenzforderung iSd. § 38 InsO. Zwar hat der Arbeitgeber eine geplante Betriebsänderung durchgeführt, ohne über sie einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht zu haben (aa). Der Versuch eines Interessenausgleichs war auch nicht ausnahmsweise entbehrlich (bb). Jedoch wurde die Betriebsänderung bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingeleitet (cc).

83

aa. Der Arbeitgeber hat einen Interessenausgleich nicht ausreichend versucht. Da ein Interessenausgleich nicht zustande gekommen ist, hätte die Einigungsstelle angerufen werden müssen (BAG 07.11.2017 – 1 AZR 186/16 – Rn. 29f; 20.11.2001 – 1 AZR 97/01 – Rn. 15). Dies ist nicht geschehen. Der Antrag des Beklagten nach § 122 InsO wurde rechtskräftig abgewiesen. Am 29.09.2022 kam es durch Spruch der Einigungsstelle nur zu einem Sozialplan.

84

bb. Der Versuch eines Interessenausgleichs war nicht ausnahmsweise entbehrlich.

85

(1) Auch im Falle der Insolvenz muss der Arbeitgeber im Zusammenhang mit einem Interessenausgleichsversuch grundsätzlich die Einigungsstelle anrufen. Ein Verwalter kann sich im Rahmen eines eröffneten Insolvenzverfahrens selbst dann nicht darauf berufen, der – ausreichend zu unternehmende – Versuch eines Interessenausgleichs sei entbehrlich, wenn es zu einer Betriebsstilllegung keine sinnvolle Alternative gibt. Nach der am 01.01.1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung hat er in jedem Fall den Betriebsrat an seiner Entscheidung über die Betriebsänderung zu beteiligen und mit ihm einen hinreichenden Interessenausgleich unter Einschluss des nach § 112 Abs. 2 BetrVG vorgesehenen Verfahrens zu versuchen. Von Letzterem ist der Verwalter nur im Fall einer gerichtlichen Zustimmung zur Durchführung der Betriebsänderung nach § 122 InsO befreit. Die Unzulänglichkeit der Insolvenzmasse oder eine Massearmut relativieren diese Pflicht nicht, sondern könnten allenfalls – bei Vorliegen der entsprechenden prozessualen Voraussetzungen – die Einholung der gerichtlichen Zustimmung nach § 122 InsO im Wege der einstweiligen Verfügung rechtfertigen (BAG 07.11.2017 – 1 AZR 186/16 – Rn. 31; 22.07.2003 – 1 AZR 541/02 – Rn. 18). Wenn schon im eröffneten Insolvenzverfahren in jedem Fall ein

Interessenausgleich versucht werden muss, gilt dies erst recht im vorläufigen Insolvenzverfahren, in dem die beschleunigende abschließende Sondervorschrift des § 122 InsO nicht gilt.

86

(2) Ob die Anrufung der Einigungsstelle ggf. dann unterbleiben kann, wenn die Betriebsparteien einvernehmlich hiervon Abstand nehmen und der Betriebsrat eindeutig ausdrückt, seinen Informations- und Beratungsanspruch des § 111 S. 1 BetrVG auch ohne Durchführung des Verfahrens nach § 112 Abs. 2 BetrVG als erfüllt anzusehen (BAG 07.11.2017 – 1 AZR 186/16 – Rn. 30), muss die Kammer nicht entscheiden. Eine solche Fallgestaltung liegt hier nicht vor.

87

(3) Zwar hat das LAG Berlin-Brandenburg mit Entscheidung vom 31.07.2019 – 15 Sa 243/19 erkannt, dass ausnahmsweise ein Versuch des Interessenausgleichs nicht durchgeführt werden müsse, wenn es zu dem „Ob“ der Betriebsstilllegung keinerlei realistische Alternative gab. Das Gericht schließt sich jedoch den überzeugenden soeben zitierten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts an.

88

(4) Auch in der Literatur (vgl. Fitting BetrVG § 113 Rn. 15 mwN) wird nur dann eine Entbehrlichkeit des Interessenausgleichsversuchs angenommen, wenn sowohl „Ob“ als auch „Wie“ der Betriebsänderung alternativlos sind. Das war vorliegend jedenfalls bzgl. des „Wie“ nicht der Fall.

89

cc. Ein Anspruch auf Nachteilsausgleich wäre keine Masseforderung iSd. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Masseforderungen sind Verbindlichkeiten, die durch Handlungen des Insolvenzverwalters oder in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet werden, ohne zu den Kosten des Insolvenzverfahrens zu gehören.

90

Vorliegend begann die Insolvenzschriftschuldnerin selbst, wenn auch mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters, vor der Insolvenzeröffnung am 01.06.2022 mit der Durchführung der Betriebsänderung durch die unwiderruflichen unbefristeten Freistellungen vom 30.05.2022 von zwei Dritteln der Mitarbeiter. Hierin liegt für die im Zusammenhang mit der Betriebsänderung entlassenen Arbeitnehmer die auslösende Handlung für den Nachteilsausgleich, da zu diesem Zeitpunkt ein hinreichender Interessenausgleichsversuch nicht vorgenommen war (1). Maßgebend ist insoweit deren Ausspruch, nicht deren Zugang (2).

91

(1) In den unwiderruflichen Freistellungen von rund zwei Dritteln (65%) der Mitarbeiter liegt hier die Betriebsänderung iSd. § 111 S. 3 BetrVG. Eine Betriebsänderung in Form der Stilllegung besteht in der Aufgabe des Betriebszwecks unter gleichzeitiger Auflösung der Betriebsorganisation für unbestimmte, nicht nur vorübergehende Zeit. Ihre Umsetzung erfolgt, sobald der Unternehmer unumkehrbare Maßnahmen zur Auflösung der betrieblichen Organisation ergreift. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn er die bestehenden Arbeitsverhältnisse zum Zweck der Betriebsstilllegung kündigt (BAG 07.11.2017 – 1 AZR 186/16 – Rn. 21; 30.05.2006 -1 AZR 25/05 – Rn. 17).

92

(a) Vorliegend wurde die betriebliche Organisation der Insolvenzschriftschuldnerin bereits mit dem Ausspruch der unwiderruflichen unbefristeten Freistellungen durch die Insolvenzschriftschuldnerin vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens unwiederbringlich aufgelöst, bevor der Insolvenzverwalter ab dem 27.06.2022 – und damit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens – mit dem Ausspruch der Kündigungen begonnen hat. Zwar lässt eine unwiderrufliche Freistellung den Bestand des Arbeitsverhältnisses unberührt, jedoch löst sie die betriebliche Organisation in einer mit einer Kündigung vergleichbaren Weise irreversibel auf. Eine unwiderrufliche Freistellung kann gerade nicht einseitig zurückgenommen werden. Der Arbeitgeber erklärt mit einer unbefristeten unwiderruflichen Freistellung selbstbindend, dass er auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers „für immer“ verzichte. Anders als im Fall der widerruflichen Freistellung (dazu siehe nur BAG 30.05.2006 – 1 AZR 25/05 – Rn. 21 mwN.) oder der befristeten unwiderruflichen Freistellung ist damit die Insolvenzschriftschuldnerin nicht mehr in der Lage, einseitig den Betrieb fortzuführen. Sie benötigt dafür das Einverständnis der Arbeitnehmer (LAG Berlin-Brandenburg 02.03.2012 – 13 Sa 2187/11 – Rn. 28 mwN.; Schäfer in: Mönning, Betriebsfortführung in Restrukturierung und Insolvenz, 3. Aufl. 2016, § 22

Betriebsverfassungsrechtliche und tarifrechtliche Probleme). Ohne verfügbare Mitarbeiter ist der Arbeitgeber in einem Produktionsbetrieb nicht mehr in der Lage, diesen fortzuführen. Ob die Abwesenheit der Mitarbeiter durch Kündigungen oder unwiderrufliche Freistellungen veranlasst ist, ist nicht entscheidend. Maßgebend ist die dauerhafte Abwesenheit, die für den Arbeitgeber allein nicht umkehrbar ist.

93

(b) Eine unwiderrufliche unbefristete Freistellung sämtlicher Arbeitnehmer stellt eine solche unumkehrbare Maßnahme und damit eine Betriebsstilllegung dar (K: Schmidt InsO/Ahrens 20. Aufl. 2023, InsO § 122 Rn. 10; Bertram/Künzl in Gottwald/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch 6. Auflage 2020, § 102 Rn. 38; MüKoInsO/Hefermehl, 4. Aufl. 2019, InsO § 55 Rn. 191; Lerch/Warczinski, Betriebsänderungen; Edition 29 2022; Stand: 16.11.2022; Faselow/Kreplin in Beck'sches Mandatshandbuch Arbeitsrecht in der Insolvenz, 3. Aufl. 2022, § 4 Rn. 165; offen gelassen von BAG 14.04.2015 – 1 AZR 794/13 – Rn. 27 bei unwiderruflicher Freistellung sämtlicher oder auch nur eines Großteils der Arbeitnehmer). Vorliegend erfolgte die Freistellung von nahezu zwei Dritteln der gesamten Belegschaft und damit jedenfalls eines Großteils der Arbeitnehmer. Mit nur einem Drittel der Mitarbeiter kann die betriebliche Organisation nicht aufrecht erhalten bleiben.

94

Wenn man die unwiderrufliche Freistellung von zwei Dritteln der Mitarbeiter nicht als Betriebsstilllegung ansieht, so liegt jedenfalls eine Teilbetriebsstilllegung bzw. Betriebseinschränkung iSd. § 111 S. 3 Nr. 1 BetrVG vor, die ebenso interessenausgleichspflichtig ist und im Fall des Unterbleibens genauso Nachteilsausgleichsansprüche auslösen kann wie eine komplette Stilllegung. Die nach stRspr des BAG maßgebenden Schwellenwerte des § 17 KSchG sind vorliegend weit überschritten. Es sind auch mindestens 5% der Belegschaft von der Maßnahme betroffen (BAG 06.12.1988 – 1 ABR 47/87; 07.08.1990 – 1 AZR 445/89).

95

(c) Zu diesen unwiderruflichen Freistellungen von fast zwei Dritteln der Arbeitnehmer kam vorliegend, dass der Geschäftsführer Herr E. am 10.05.2022 im Einverständnis mit dem Beklagten als vorläufigem Insolvenzverwalter die unternehmerische Entscheidung traf, den Betrieb vollständig zu schließen. Die Belegschaft der Insolvenzschuldnerin wurde über die beabsichtigte Betriebsstilllegung am 11.05.2022 im Rahmen einer Betriebsversammlung informiert. Am selben Tag stimmte der vorläufige Gläubigerausschuss der Stilllegung des Betriebs zum 31.05.2022 und der Ausproduktion im Juni 2022 zu. Am 27.05.2022 verhandelten die Insolvenzschuldnerin und der Betriebsrat ergebnislos über Interessenausgleich und Sozialplan. Bei diesen Maßnahmen handelt es sich zwar per se nicht um unumkehrbare Maßnahmen, jedoch ergänzen diese die bereits vor Insolvenzeröffnung mit den unwiderruflichen Freistellungen vom 30.05.2022 eingeleitete Betriebsänderung.

96

(d) Ob die Freistellungserklärungen in jedem Einzelfall individualrechtlich wirksam oder unwirksam sind, kann dahinstehen. Auf die Frage der Wirksamkeit und der Anfechtbarkeit der unwiderruflichen Freistellungen kommt es – analog zu einer Betriebsstilllegung durch Kündigungen sämtlicher Mitarbeiter – nicht an.

97

(2) Der Anspruch auf Nachteilsausgleich wäre bloße Insolvenzforderung, keine Masseforderung. Die Betriebsänderung wurde nicht nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch den Beklagten in seiner Funktion als Insolvenzverwalter, sondern vor der Insolvenzeröffnung am 01.06.2022 mit Ausspruch der unwiderruflichen Freistellungen durch die Schuldnerin vom 30.05.2022 ausgelöst.

98

(a) Maßgeblich für die insolvenzrechtliche Beurteilung des Anspruchs ist der Zeitpunkt, zu dem die geplante Betriebsänderung durchgeführt und der Verhandlungsanspruch vereitelt wird. Durchgeführt wird eine geplante Betriebsänderung dann, wenn der Arbeitgeber mit ihr beginnt und damit vollendete Tatsachen schafft. Abzustellen ist darauf, ob der Arbeitgeber während der Verhandlungen rechtsgeschäftliche Handlungen vornimmt, die das „Ob“ und das „Wie“ der Betriebsänderung vorwegnehmen (BAG 08.04.2003 – 2 AZR 15/02 – Rn. 38 mwN; 04.12.2002 – 10 AZR 16/02 – Rn. 25 mwN). Auch wenn Arbeitnehmer nach einer beschlossenen Betriebsstilllegung über den Zeitpunkt der Eröffnung des Konkursverfahrens hinaus noch beschäftigt werden, ist ihr Abfindungsanspruch als Insolvenzforderung zu berichtigen, wenn die

Betriebsstilllegung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begonnen und der Versuch eines vorherigen Interessenausgleichs unterblieben ist (BAG 03.04.1990 – 1 AZR 150/89 zu § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO). Der Nachteilsausgleich ist nur dann als Masseschuld zu berichtigen, wenn die Betriebsänderung nach Insolvenzeröffnung durchgeführt wird (BAG 07.11.2017 – 1 AZR 186/16 – Rn. 17; 08.04.2003 – 2 AZR 15/02 – Rn. 39 mwN; 04.12.2002 – 10 AZR 16/02 – Rn. 26). Die Eingehung von Masseverbindlichkeiten dient der ordnungsgemäßen Verfahrensabwicklung und der Verteilung der Masse. Der Gesetzgeber hat ihren Kreis bewusst eng gefasst. Die Annahme einer Insolvenzforderung ist die Regel, die Begründung einer Masseverbindlichkeit die Ausnahme (BAG 25.01.2018 – 6 AZR 8/17 – Rn. 18).

99

(b) Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO sind dadurch gekennzeichnet, dass sie erst in der Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens „begründet“ werden. Darin liegt der wesensmäßige Unterschied zu Insolvenzforderungen iSv. § 38 InsO, die grundsätzlich immer dann vorliegen, wenn deren anspruchsbegründender Tatbestand schon zeitlich vor Insolvenzeröffnung verwirklicht worden ist. Dafür reicht es aus, dass der Schuldrechtsorganismus, der die Grundlage des Anspruchs bildet, vor Verfahrenseröffnung bestand, selbst wenn sich hieraus eine Forderung des Gläubigers erst nach Beginn des Insolvenzverfahrens ergibt; auf deren (zivil-)rechtliche Entstehung oder auf den späteren Zeitpunkt ihrer Fälligkeit kommt es also für die insolvenzrechtliche Begründung nicht an (MüKoInsO/Hefermehl, 4. Aufl. 2019, InsO § 55 Rn. 15). Der Gesetzgeber wollte in Abgrenzung zu § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO verdeutlichen, dass es auf die „Begründung“ der Verbindlichkeit und nicht auf ihre mögliche „Entstehung“ ankommt (BT-Drs. 12/2443, 126). Nur dann, wenn der Verwalter durch seine Handlung die Grundlage der Verbindlichkeit schafft, begründet er eine Masseverbindlichkeit nach dieser Vorschrift (BAG 27.04.2006 – 6 AZR 364/05 – Rn. 15). Der Rechtsboden der Forderung muss gerade vom Verwalter und daher nach Eröffnung gelegt werden. Das Handeln des Verwalters ist Grundvoraussetzung für eine Masseforderung (K. Schmidt InsO/Thole, 20. Aufl. 2023, InsO § 55 Rn. 4f).

100

(c) Hatte schon der Schuldner als früherer Arbeitgeber mit der Stilllegung des Betriebs zB. durch Kündigung seiner Belegschaft begonnen, ohne einen hinreichenden Interessenausgleich versucht zu haben, so sind die Nachteilsausgleichsansprüche der betroffenen Arbeitnehmer lediglich als Insolvenzforderungen zu berichtigen, da sie vor Insolvenzeröffnung begründet wurden. Das gilt auch, wenn Arbeitnehmer als Folge der vor Eröffnung eingeleiteten Betriebsstilllegung erst während des Insolvenzverfahrens entlassen werden. Selbst wenn der Schuldner im Eröffnungsverfahren mit Zustimmung des „schwachen“ vorläufigen Verwalters den Versuch eines vorherigen Interessenausgleichs unterlässt, sind die Nachteilsausgleichsansprüche bloße Insolvenzforderungen (MüKoInsO/Hefermehl, 4. Aufl. 2019, InsO § 55 Rn. 191; Faselow/Kreplin in Beck'sches Mandatshandbuch Arbeitsrecht in der Insolvenz, 3. Aufl. 2022, § 4 Rn. 165; Uhlenbruck/Zobel InsO, 15. Aufl. 2019, § 22 Rn. 96).

101

(d) Unter Anwendung dieser Grundsätze handelt es sich bei – hier unterstellten – Nachteilsausgleichsansprüchen nicht um Masseforderungen. Die unwiderruflichen Freistellungen wurden vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch eine Handlung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH der Insolvenzschuldnerin ausgelöst. Der Rechtsboden hierfür war mit Ausspruch bzw. Absendung der unwiderruflichen Freistellungen am 30.05.2022 gelegt. Es liegt keine Handlung des Insolvenzverwalters vor, die notwendig wäre, um einen Anspruch aus Masseschuld einzuordnen. Auf den Zugang der Freistellungsschreiben kommt es insoweit gerade nicht an.

III.

102

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 ZPO.

103

2. Der Rechtsmittelstreitwert ergibt sich für den Kündigungsschutzantrag in entsprechender Anwendung von § 42 Abs. 2 S. 1 GKG und für den Zahlungsantrag §§ 46 Abs. 2 S.1 ArbGG iVm. 3 ZPO. Dem allgemeinen Feststellungsantrag wurde kein eigener Wert zugemessen.

104

3. Einer gesonderten Zulassung der Berufung bedurfte es gemäß § 64 ArbGG nicht. Die Berufung ist jedoch nach § 64 Abs. 2 lit. b) und c) von Gesetzes wegen statthaft. Gegen diese Entscheidung können beide Parteien das Rechtsmittel der Berufung einlegen. Auf die anhängende formelhafte Rechtsmittelbelehrung wird verwiesen.