

**Titel:**

**Betriebsänderungen, Vorläufiger Insolvenzverwalter, Zustimmung zur Betriebsstilllegung, Nachteilsausgleichsanspruch, Interessenausgleich, Eröffnetes Insolvenzverfahren, Vorläufiges Insolvenzverfahren, Kosten des Insolvenzverfahrens, Insolvenzschnldner, Freistellungserklärung, Masseverbindlichkeit, Einfache Insolvenzforderung, Insolvenzeröffnung, Masseforderung, Betriebsratsvorsitzender, Kündigungsschutzklage, Handlungen des Insolvenzverwalters, Sozialplan, Masseschuld, Des Arbeitnehmers**

**Schlagworte:**

Rechtsweg, örtliche Zuständigkeit, Klagezulässigkeit, Klagebegründetheit, Nachteilsausgleich, Betriebsänderung, Insolvenzforderung

**Rechtsmittelinstanzen:**

LArbG München, Urteil vom 27.10.2023 – 7 Sa 199/23

BAG Erfurt, Urteil vom 28.01.2025 – 1 AZR 41/24

**Fundstelle:**

BeckRS 2022, 61009

**Tenor**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Der Rechtsmittelstreitwert wird festgesetzt auf € 38.779,20.
4. Soweit die Berufung nicht kraft Gesetzes statthaft ist, wird sie nicht zugelassen.

**Tatbestand**

**1**

Die Parteien streiten zuletzt um Nachteilsausgleich, der als Masseforderung geltend gemacht wird.

**2**

Die klagende Partei ist bei der Insolvenzschnldnerin beschäftigt. Bei der Insolvenzschnldnerin, 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 Insolvenzschnldnerin 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 Schnldnerin 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 Insolvenzschnldnerin 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 Insolvenzschnldnerin sowie der Betriebsrat im Rahmen eines Mitarbeiterinformationsgesprächs über die Stilllegungsabsicht informiert. Dem Betriebsrat wurden im Nachgang zu dem Gespräch am 11.05.2022 zwei undatierten Unterrichtungsschreiben der Insolvenzschnldnerin und des vorläufigen Insolvenzverwalters überreicht, auf die Bezug genommen wird. Ein Unterrichtungsschreiben erfolgte zu § 17 KSchG und eines zu § 111 BetrVG. Das Schreiben zu § 111

BetrVG beinhaltete Terminvorschläge für die Verhandlung eines Interessenausgleichs und eines Sozialplans.

**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 Insolvenzschriftnerin die beabsichtigten Kündigungen und Freistellungen an.

**8**

Mit Gutachten vom 18.05.2022 im Insolvenzantragsverfahren über das Vermögen der Insolvenzschriftnerin, 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 sinnhaft sei. Die genaue Dauer wird nicht genannt.

**9**

Mit Schreiben an den Geschäftsführer E. vom 19.05.2022, auf das Bezug genommen wird, begehrte der Betriebsratsvorsitzende L. weitere Informationen bzgl. wirtschaftlicher Daten und warum eine Fortführung des Betriebs oder eines Teilbetriebs nicht möglich sein sollte.

**10**

Mit weiterem Schreiben vom 19.05.2022, auf das Bezug genommen wird, unterrichteten die Insolvenzschriftnerin und der vorläufige Insolvenzverwalter den Betriebsrat erneut im Hinblick auf § 17 KSchG.

**11**

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 Einigungsstelle wurde in der Folge nicht angerufen.

**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. & K. 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. & K. 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 Insolvenzschuldnerin 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.

**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 ging die Entlassungsanzeige nach § 17 KSchG bei der Agentur für Arbeit A-Stadt-M. ein.

**21**

Datierend ab dem 27.06.2022 sprach der Beklagte Kündigungen gegenüber den Mitarbeitern aus.

**22**

Mit Schreiben vom 19.07.2022 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31.10.2022. Hiergegen erhob der Kläger zunächst Kündigungsschutzklage, die er später zurücknahm.

**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, der Beklagte sei 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**

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.

**27**

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.

**28**

Die klagende Partei beantragt nach teilweiser Klagerücknahme zuletzt:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger gemäß § 113 BetrVG einen Nachteilsausgleich zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichtes gestellt wird, jedoch 38.779,20 € nicht unterschreiten sollte.

**29**

Der Beklagte beantragt,

Die Klage wird abgewiesen.

**30**

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

**31**

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

**32**

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

**33**

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

**34**

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.

**35**

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.

**36**

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

## **Entscheidungsgründe**

**37**

Die zulässige Klage ist unbegründet.

I.

**38**

Die Klage ist zulässig.

**39**

1. Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist eröffnet. Die Parteien streiten um Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) ArbGG.

**40**

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

**41**

3. Im Übrigen bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage.

II.

**42**

Die Klage ist unbegründet.

**43**

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

**44**

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

**45**

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).

**46**

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.

**47**

2. Die klagende Partei hat keinen Anspruch auf Nachteilsausgleich gemäß § 113 Abs. 3 Alt. 1 iVm. Abs. 1 BetrVG. Zwar liegen die Voraussetzungen des § 113 Abs. 3 Alt. 1 iVm. Abs. 1 BetrVG vor, jedoch besteht dieser Anspruch nicht als Masseforderung, sondern als Insolvenzforderung.

**48**

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.

**49**

b. Die klagende Partei wurde vorliegend infolge einer Betriebsänderung entlassen iSd. § 113 Abs. 3 Alt. 1 iVm. Abs. 1 BetrVG. Eine Entlassung liegt 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. Erforderlich ist nur, dass das Arbeitsverhältnis im Zusammenhang mit der Betriebsänderung rechtlich beendet wird (BAG 14.12.2004 – 1 AZR 504/03 – Rn. 25). Das kann auch Folge eines Aufhebungsvertrags oder einer vom Arbeitgeber veranlassten Eigenkündigung des Arbeitnehmers sein. Zudem kann letzter eine an sich unwirksame arbeitgeberseitige Kündigung nach § 7 Hs. 1 KSchG wirksam werden lassen, indem er von einer Kündigungsschutzklage absieht.

(BAG 25.03.2021 – 2 AZR 508/19 – Rn. 19). Vorliegend hat der Kläger zunächst Kündigungsschutzklage erhoben, diese jedoch später zurückgenommen. Daher gilt die Kündigung gemäß § 7 Hs. 1 KSchG iVm. § 4 S. 1 KSchG als wirksam, da die Klage als nicht anhängig geworden anzusehen ist, § 269 Abs. 3 S.1 ZPO.

**50**

c. Der Arbeitgeber hat weiter eine Betriebsänderung durchgeführt, ohne über sie einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht zu haben (aa). Der Versuch eines Interessenausgleichs war auch nicht ausnahmsweise entbehrlich (bb).

**51**

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 rechtmäßig abgewiesen. Am 29.09.2022 kam es durch Spruch der Einigungsstelle nur zu einem Sozialplan.

**52**

bb. Der Versuch eines Interessenausgleichs war nicht ausnahmsweise entbehrlich.

**53**

(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.

**54**

(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.

**55**

(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.

**56**

(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.

**57**

d. Jedoch besteht ein Anspruch auf Nachteilsausgleich nicht als Masseforderung iSd. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, sondern lediglich als Insolvenzforderung iSd. § 38 InsO. Die Betriebsänderung wurde bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingeleitet.

**58**

Masseforderungen iSd. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO 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.

**59**

Vorliegend begann die Insolvenzschuldnerin 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).

## 60

(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).

## 61

(a) Vorliegend wurde die betriebliche Organisation der Insolvenzschuldnerin bereits mit dem Ausspruch der unwiderruflichen unbefristeten Freistellungen durch die Insolvenzschuldnerin 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 Insolvenzschuldnerin 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.

## 62

(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; MüKInsO/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. 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).

## 63

(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.

#### 64

(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.

#### 65

(2) Der Anspruch auf Nachteilsausgleich ist 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.

#### 66

(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).

#### 67

(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).

#### 68

(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.



**69**

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).

**70**

(d) Unter Anwendung dieser Grundsätze handelt es sich bei dem Nachteilsausgleichsanspruch 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 als Masseschuld einzuordnen. Auf den Zugang der Freistellungsschreiben kommt es insoweit gerade nicht an.

III.

**71**

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO.

**72**

2. Der Rechtsmittelstreitwert ergibt sich für den Zahlungsantrag aus §§ 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG iVm. 3 ZPO.

**73**

3. Einer gesonderten Zulassung der Berufung bedurfte es gemäß § 64 ArbGG nicht. Die Berufung ist jedoch nach § 64 Abs. 2 lit. b) ArbGG von Gesetzes wegen statthaft. Gegen diese Entscheidung kann die klagende Partei Berufung einlegen. Auf die anhängende formelhafte Rechtsmittelbelehrung wird verwiesen.

**74**

Der Beklagte ist darauf hinzuweisen, dass ihm mangels Beschwer gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel zusteht.