

Rechtsanwältin Andrea Eichholz*, Bottrop, und
Rechtsanwalt Dr. Jens M. Schmittmann*, Essen

Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung und Insolvenz

1 Einleitung

Gemäß der Neuregelung von § 1 a Kündigungsschutzgesetz (KSchG¹) gilt ab 01. Januar 2004, dass unter den im Einzelnen genannten Bedingungen kraft Gesetzes ein Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung entsteht².

Kündigt der Arbeitgeber wegen dringender betrieblicher Erfordernisse und erhebt der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Frist des § 4 Satz 1 KSchG keine Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist („Kündigungsschutzklage“), hat der Arbeitnehmer mit Ablauf der Kündigungsfrist Anspruch auf eine Abfindung, § 1 a Abs. 1 KSchG.

Der Abfindungsanspruch des Arbeitnehmers setzt gemäß § 1 a Abs. 1 Satz 2 KSchG voraus, dass der Arbeitgeber in der Kündigungserklärung darauf hingewiesen hat, dass die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt ist und der Arbeitnehmer bei Verstreichenlassen der Klagefrist die Abfindung beanspruchen kann.

Hinsichtlich der Höhe der Abfindung orientiert der Gesetzgeber sich an der bislang üblichen Praxis, die Höhe der Abfindung auf einen halben Monatsverdienst für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses festzusetzen (§ 1 a Abs. 2 Satz 1 KSchG).

Probleme ergeben sich auf Grund dieser Neuregelung insbesondere dann, wenn die Kündigung, das Ende des Arbeitsverhältnisses und die Entstehung des Abfindungsanspruchs in der Nähe der Beantragung bzw. Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers liegt.

2 Arbeitsrechtliche Betrachtung

Arbeitsrechtlich kommt es im wesentlichen auf drei Zeitpunkte an:

2.1 Kündigungserklärung und Hinweis

Der Abfindungsanspruch setzt voraus, dass der Arbeitgeber bereits in der Kündigungserklärung

* Die Verfasserin ist Rechtsanwältin und Justitiarin einer Unternehmensberatungsgesellschaft, die sich auch mit insolvenznahen Sanierungen befasst.

* Der Verfasser ist als Rechtsanwalt bei dem OLG Hamm und dem LG Essen zugelassen. Zudem verfügt er über die Qualifikation als Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater. Er ist derzeit Partner der Kanzlei Dr. Schulz und Sozien, Rechtsanwälte Notare Fachanwälte Steuerberater, Essen, und befasst sich insbesondere mit dem Recht der Neuen Medien sowie Wettbewerbsrecht. Außerdem ist wird er als Liquidator und Insolvenzverwalter sowie als gerichtlich bestellter Sachverständiger und Treuhänder tätig. Er ist Lehrbeauftragter an der Friedrich-Wilhelms-Universität Münster und an der FernUniversität Hagen.

¹ Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003, BGBl. 2003 I, 3002. Vgl. dazu auch Grobys, DB 2003, 2174ff.; Löwisch, NZA 2003, 689ff.; Meinel, DB 2003, 1438f.; Wolter, NZA 2003, 1068ff.; Bauer, NZA 2003, 366ff.

² Vgl. auch *Willemsen/Annuf*, NJW 2004, 177 (181); *Giesen/Besgen*, NJW 2004, 185 ff.

belehrt. Bei dieser Belehrung handelt es sich nicht um eine gesetzliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung, sondern vielmehr um eine Option des Arbeitgebers, die er wahrnehmen kann, aber nicht wahrnehmen muss.

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen von 24. Juni 2003 müssen die Arbeitnehmer und Arbeitgeber keine Einbußen bezüglich ihrer bisherigen Rechtspositionen befürchten, da dem Arbeitnehmer der kündigungsrechtliche Bestandsschutz auch bei betriebsbedingten Kündigungen erhalten bleibt. Insbesondere steht ihm nach wie vor das Recht zu, im Wege der Kündigungsschutzklage den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses gerichtlich geltend zu machen. Gleichmaßen ist der Arbeitgeber auch nicht verpflichtet, bei betriebsbedingten Kündigungen stets eine Abfindung zu zahlen³.

Nach der Begründung soll es nicht erforderlich sein, die Betriebsbedingtheit der Kündigung näher auszuführen und zu begründen. Es reicht vielmehr aus, dass der Arbeitgeber die Kündigung als betriebsbedingt bezeichnet⁴.

Der Arbeitgeber ist in diesem Fall im Gegensatz zur personen- oder verhaltensbedingten Kündigung davon befreit, im einzelnen vorzutragen, welche Tatsachen die Kündigung rechtfertigen sollen. Dies ist zwar einerseits für den Arbeitgeber eine Erleichterung, andererseits aber kann es auch für den Arbeitnehmer im Hinblick auf Sperrzeiten bei der Bewilligung von Arbeitslosengeld sinnvoll sein, eine betriebsbedingte Kündigung zu akzeptieren, anstatt durch die Erörterung der Gründe einer personen- oder verhaltensbedingten Kündigung gemäß § 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III Sperrzeiten hinzunehmen.

2.2 Klagefrist

Durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt (sog. „Agenda 2010“) wird § 113 Abs. 2 InsO aufgehoben, da diese Regelung mit Änderung des § 4 KSchG überflüssig geworden ist. Die Klagefrist beträgt demnach gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 KSchG für alle Formen der arbeitgeberseitigen Kündigung drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung.

Ist der Arbeitnehmer bei der Kündigung nicht auf die Abfindungsregelung gemäß § 1 a Abs. 1 KSchG hingewiesen worden, so ergeben sich keine Besonderheiten.

Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer gemäß § 1 a Abs. 1 Satz 2 KSchG auf die Möglichkeit der Abfindung hingewiesen, so muss der Arbeitnehmer sich innerhalb der Drei-Wochen-Frist entscheiden, ob er das gesetzliche Abfindungsangebot annimmt oder nicht.

Für den Arbeitnehmer stellt sich hierbei nicht nur die Frage, ob ein gegebenenfalls zu führender Kündigungsschutzprozess Aussicht auf Erfolg hat, sondern vielmehr auch die Frage, ob er durch die Anrufung des Arbeitsgerichts den Arbeitgeber veranlassen kann, ihm eine höhere Abfindung zu zahlen als vom Gesetz vorgesehen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die meisten Arbeitsgerichtsprozesse nicht zu einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers führen, sondern sich die Parteien auf die Zahlung einer Abfindung gegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses einigen. Zudem kann der Arbeitnehmer im Regelfall nicht abschätzen, ob er den ihm kraft Gesetzes⁵ bei Nichtanrufung des Arbeitsgerichts zustehenden Abfindungsanspruch in Geld auch tatsächlich

³ So Gesetzentwurf der Fraktion SPD und Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucksache 15/1204, Seite 9.

⁴ So BT-Drucksache 15/1204, Seite 12.

⁵ Zum Teil wird vertreten, dass es sich um einen vertraglichen Anspruch handelt (so *Preis*, DB 2004, 70 (71)). Dies überzeugt aber nicht, da der Arbeitnehmer gerade keine Willenserklärung abgeben muss, um den Anspruch zu begründen, sondern es ausreicht, dass er die gesetzliche Klagefrist verstreichen lässt, so *Willemsen/Annufß*, NJW 2004, 177 (182); *Bader*, NZA 2004, 65.

realisieren kann⁶.

Bereits vor Ausspruch der Kündigung durch den Arbeitgeber kommt dem Betriebsrat, sofern er besteht, eine besondere Bedeutung zu. Der Betriebsrat kann darauf hinwirken, dass bei einer vom Arbeitgeber beabsichtigten personen- oder verhaltensbedingten Kündigung statt dieser eine betriebsbedingte Kündigung unter Hinweis auf die gesetzliche Abfindungsmöglichkeit ausgesprochen wird, um dadurch den Arbeitnehmer zu veranlassen, keine Kündigungsschutzklage zu erheben. Der Vorteil für den Arbeitnehmer liegt dann darin, dass er keine Sperrzeit zu gegenwärtigen hat.

2.3 Entstehung des Anspruchs

Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich nicht, wann der Abfindungsanspruch entsteht. Man könnte meinen, dass der Abfindungsanspruch bereits dann entsteht, wenn die im Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen, nämlich die Kündigungserklärung mit Hinweis des Arbeitgebers und der Ablauf der Kündigungsfrist eingetreten sind. Demgegenüber geht aber der Gesetzesentwurf davon aus, dass der Abfindungsanspruch erst mit dem Ablauf der Kündigungsfrist entsteht⁷.

Im Hinblick darauf, dass nach dem Willen des Gesetzgebers der an sich schützenswerte Arbeitnehmer erst mit Ablauf des Arbeitsverhältnisses den Anspruch auf die gesetzliche Abfindung erhält⁸, ist unverständlich, dass der Gesetzgeber dem Arbeitnehmer das Liquiditätsrisiko, dass der Arbeitgeber am Ende der Kündigungsfrist auch tatsächlich in der Lage ist, den dann fällig werdenden Abfindungsanspruch auch zu zahlen, aufbürdet. Die sich ergebenden Konsequenzen im Falle eines zwischenzeitlich eintretenden Vermögensverfalls des Arbeitgebers werden im Folgenden näher erörtert.

2.4 Exkurs: Tod des Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist und vor Entstehung des Abfindungsanspruchs

Stirbt der Arbeitnehmer nach Ende der Klagefrist, aber vor Entstehung des Abfindungsanspruchs, so geht auf die Erben des Arbeitnehmers nichts über. Der gesetzliche Abfindungsanspruch ist zu diesem Zeitpunkt noch nicht entstanden. Der Arbeitgeber schuldet den Erben daher nichts.

Demgegenüber wäre ein vertraglicher Abfindungsanspruch⁹, selbst wenn er bei Tod des Arbeitnehmers noch nicht fällig ist, vom Arbeitgeber gegenüber den Erben des Arbeitnehmers zu befriedigen. Schon daraus lässt sich ersehen, dass der Gesetzgeber den Arbeitnehmern dadurch, dass der Anspruch erst mit Ende des Arbeitsverhältnisses entsteht und nicht bereits mit Ablauf der Klagefrist, einen schlechten Dienst erwiesen hat. Der Arbeitnehmer trägt somit nicht nur das Risiko, dass der Arbeitgeber nach Ablauf der Kündigungsfrist und vor Fälligkeit des Anspruchs zahlungsunfähig wird, was unter II. "Insolvenzrechtliche Betrachtung" noch im Einzelnen diskutiert wird, sondern auch das Risiko, dass im Falle seines Todes die möglicherweise notleidenden Erben nicht einmal in den Genuss des Abfindungsanspruchs kommen.

Eine dem § 1 Abs. 1a KSchG vergleichbare Risikokonstellation zu Lasten des Arbeitnehmers findet sich für Abfindungsansprüche, welche aus Sozialplänen resultieren¹⁰.

⁶ So *Willemsen/Annuß*, NJW 2004, 177 (182).

⁷ So BT-Drucksache 15/1204, Seite 9.

⁸ So auch *Willemsen/Annuß*, NJW 2004, 177 (181).

⁹ Vgl. BAG, NZA 1998, 643.

¹⁰ So auch *Willemsen/Annuß*, NJW 2004, 177 (181).

3 Insolvenzrechtliche Betrachtung

Unter insolvenzrechtlichen Gesichtspunkten kann es ein erhebliches Risiko für den Arbeitnehmer darstellen, sich auf die gesetzliche Abfindungsregelung des neuen § 1 a Abs. 1 KSchG einzulassen. Dabei sind verschiedene Fallkonstellationen zu unterscheiden, die nachstehend erörtert werden:

3.1 Entstehung des Anspruchs

Insolvenzrechtlich ist für den Arbeitnehmer für existentieller wirtschaftlicher Bedeutung, welcher Rangklasse der Anspruch auf die Abfindung zuzurechnen ist.

3.1.1 Entstehung des Anspruchs vor Insolvenzantragstellung

Endet die Beschäftigungszeit vor Insolvenzantragstellung über das Vermögen des Arbeitgebers, nachstehend auch Schuldner genannt, und wurde die Abfindungszahlung nicht vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bewirkt, so hat der Anspruch des Arbeitnehmers allenfalls die Rangklasse § 38 InsO, ist also eine einfache Insolvenzverbindlichkeit.

Aber auch die Zahlung durch den Arbeitgeber ist für den Arbeitnehmer alles andere als risikolos, weil er sich möglicherweise Anfechtungsansprüchen des Insolvenzverwalters aussetzt. So kann der Insolvenzverwalter gemäß § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO Sicherungen oder Befriedigungen anfechten, wenn sie in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind, wenn zur Zeit der Handlung der Schuldner zahlungsunfähig war und wenn der Gläubiger zu dieser Zeit die Zahlungsunfähigkeit kannte. Hat beispielsweise der Arbeitnehmer durch rückständige Lohnzahlungen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit¹¹, so wird einiges dafür sprechen, dass die Zahlung der Abfindung anfechtbar ist. Darüber hinaus hat der Arbeitgeber (Schuldner) auch die Möglichkeit, den Zahlungsempfänger, also den Arbeitnehmer, vor der Zahlung bösgläubig zu machen, indem er ihm beispielsweise die eigene Zahlungsunfähigkeit mitteilt¹².

Stellt der Arbeitnehmer selbst den Insolvenzantrag gegen den (früheren) Arbeitgeber und zahlt dieser unter dem Druck des laufenden Insolvenzantragsverfahrens, so führt dies ebenfalls zu Anfechtungsansprüchen, falls später ein weiteres Insolvenzverfahren zur Eröffnung gelangt. Durch die eigene Insolvenzantragstellung hat der Arbeitnehmer nämlich dokumentiert, dass er den Arbeitgeber für zahlungsunfähig hält und demnach die Anfechtungsvoraussetzungen kannte. Insoweit liegt eine mit den Anträgen der Sozialversicherungsträger vergleichbare Konstellation vor, die – sofern sie zum Zwecke der Durchsetzung einer Einzelbefriedigung dienen¹³ – z.T. von den Gerichten als Nötigung qualifiziert worden ist¹⁴.

¹¹ Vgl. zu den Kriterien der Zahlungsunfähigkeit: Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO-Kommentar, 12. Auflage 2003, § 17 Rn. 18; Schmittmann/Handtke, VR 2003, 335 (338).

¹² Im Rahmen dieser Ausführung kann nicht geklärt werden, ob dadurch gegen die organschaftlichen Vertreter der Schuldnerin persönliche Schadensersatzansprüche entstehen (z. B. aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung oder aus arglistiger Täuschung).

¹³ Vgl. LG Meiningen, ZIP 2000, 1450; AG Oldenburg, NZI 2002, 391; AG Duisburg, NZI 2002, 211.

¹⁴ So AG Hamburg, NZI 2002, 561; AG Hamburg ZIP 2000, 1019;; Schmittmann/Hantke, VR 2003, 335 (339).

3.1.2 Fälligkeit nach Insolvenzantragstellung und vor Verfahrenseröffnung

Wird nach Ausspruch der Kündigung, aber vor Ablauf der Klagefrist Insolvenzantrag über das Vermögen des Arbeitgebers gestellt, sei es durch den Arbeitgeber selbst, sei es durch einen Dritten, kann der Arbeitnehmer sich grundsätzlich noch entscheiden, Kündigungsschutzklage zu erheben¹⁵. Kommt es dann zu einer Einigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf eine Abfindung, wird der Arbeitnehmer bemüht sein, sich diesen Abfindungsanspruch besichern zu lassen. Dies wäre aber nur möglich, wenn seitens des Insolvenzgerichts nur ein Gutachten angeordnet worden ist, nicht aber Sicherungsmaßnahmen, da anderenfalls der vorläufige Insolvenzverwalter zumindest seine Zustimmung erteilen müsste, was er aber im Regelfall im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Gläubiger nicht tun wird. Selbst wenn er seine Zustimmung geben würde, so wäre diese nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens anfechtbar mit der Folge, dass der Arbeitnehmer aus der Sicherheit nicht mehr vorgehen könnte, bzw. das aus der Sicherheit Erlangte an die Masse herauszugeben hätte.

Der Arbeitnehmer wird allerdings die Abfindungszahlung bzw. den Verwertungserlös aus einer ggf. gestellten Sicherheit nur dann endgültig seinem Vermögen einverleiben dürfen, wenn das Insolvenzverfahren später nicht eröffnet wird und damit auch keine Anfechtungsmöglichkeiten, hier insbesondere gemäß § 131 InsO entstehen.

Inkongruenz liegt nämlich schon dann vor, wenn kein hinreichend konkretisierter Anspruch auf Bestellung der Sicherheit bestanden hat¹⁶. Allein das Bestehen der Forderung ergibt noch keinen Anspruch auf Sicherung¹⁷.

Es bliebe dann dabei, dass nach erfolgter Anfechtung lediglich ein Anspruch der Rangklasse des § 38 InsO entsteht.

Keine andere Wertung ergibt sich, wenn das Arbeitsverhältnis im vorläufigen Insolvenzverfahren endet. Der Anspruch entsteht dann zwar, wird aber regelmäßig – zumindest bei angeordneten Sicherungsmaßnahmen – nicht ausgezahlt werden, weil der vorläufige Insolvenzverwalter dem nicht zustimmen wird.

3.1.3 Entstehung des Anspruchs nach Verfahrenseröffnung

Entsteht der Anspruch erst nach Verfahrenseröffnung, so stellt sich die Frage, ob eine sonstige Masseverbindlichkeit im Sinne von § 55 InsO vorliegt, die zu erheblich günstigeren Befriedigungsaussichten für den Arbeitnehmer führen würde. Masseverbindlichkeiten im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO sind Verbindlichkeiten, die durch Handlungen des Insolvenzverwalters begründet werden. Dies ist hier ersichtlich nicht der Fall, weil der Anspruch kraft Gesetzes ohne Beitrag des Insolvenzverwalters entsteht.

Fraglich ist aber, ob eine Masseverbindlichkeit gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO vorliegt, wenn es sich nämlich um Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen handelt, soweit deren Erfüllung zur Insolvenzmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss.

Von § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO werden alle geldwerten Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, also Lohn-

¹⁵ Häufig wird aber der Arbeitnehmer keine Kenntnis von dem Insolvenzantrag erlangen.

¹⁶ So Uhlenbruck/*Hirte* (Fn 11), § 131 Rn. 15.

¹⁷ So BGH, NJW 2000, 957 (958) = ZIP 2000, 82 (83); BGH, WM 1968, 683; BGH, WM 1959, 470.

und Gehalt, vermögenswirksame Leistungen, Spesenerstattungsansprüche und Auslösungen erfasst¹⁸. Vorstehend genannte Ansprüche stehen im Synallagma, das heißt, sie stehen sich im Verhältnis Leistung und Gegenleistung gegenüber.

Fraglich ist, ob auch die nunmehr gesetzlich fixierten Abfindungsansprüche als synallagmatische Ansprüche zu kennzeichnen sind.

Dafür spricht, dass der Anspruch auf Abfindung denknotwendig voraussetzt, dass zuvor ein wirksames Arbeitsverhältnis bestanden hat. Darüber hinaus ist die Abfindung die Abgeltung des Ersatzanspruchs, der dem Arbeitnehmer dadurch entsteht, dass er auf den sozialen Besitzstand aus seinem – gekündigten – Arbeitsverhältnis verzichtet. Letztlich wird man die Abfindung auch unter dem Gesichtspunkt sehen, dass der Arbeitnehmer sich seinen Weiterbeschäftigungsanspruch „abkaufen“ lässt und auf die Erhebung der Klage verzichtet.

Diese Argumente vermögen jedoch nicht zu überzeugen. Zuvörderst steht die Überlegung, dass der Arbeitnehmer keine Gegenleistung für die Abfindung erbringt. Die Abfindung kann auch nicht als Gegenleistung für ein Unterlassen angesehen werden. Der Arbeitnehmer unterlässt zwar die Kündigungsschutzklage, dem steht aber keine vertragliche Leistung des Arbeitgebers gegenüber. Im Übrigen ist auch das Unterlassen der Kündigungsschutzklage kein Bestandteil des Arbeitsverhältnisses, für welches eine Gegenleistung vereinbart oder zu erwarten wäre. Vielmehr stellt der Abfindungsanspruch einen gesetzlichen Anspruch eigener Art dar¹⁹, der erst mit Ende des Arbeitsverhältnisses entsteht.

3.2 Klagefrist

Gestaltungsmöglichkeiten für den Arbeitnehmer ergeben sich, wenn der Insolvenzantrag vor Ablauf der Drei-Wochen-Frist gestellt wird und er hiervon rechtzeitig Kenntnis erlangt. Dabei sollte der Arbeitnehmer alle ihm zugänglichen Informationsquellen, insbesondere auch das Internet, nutzen²⁰. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer noch überlegen, ob er sich günstiger stellt, wenn er Kündigungsschutzklage erhebt und dadurch das Arbeitsverhältnis nicht beendet, sondern sich die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung offen hält. Mit dieser Option könnte der Arbeitnehmer erreichen, dass er einen Anspruch der Rangklasse des § 55 InsO erlangt, nämlich dann, wenn das Gericht der Kündigungsschutzklage stattgibt und das Beschäftigungsverhältnis über die Verfahrenseröffnung hinaus andauert. Weiterhin könnten sich hier erhebliche Vorteile für den Arbeitnehmer ergeben, weil sich der Insolvenzgeldbezugszeitraum verlängern kann²¹.

Insoweit ist aber für den Arbeitnehmer problematisch, dass er möglicherweise vom Insolvenzantrag nicht rechtzeitig erfährt, sei es, dass es sich um einen Eigenantrag des Arbeitgebers handelt, der den Arbeitnehmern verschwiegen wird, oder aber ein Fremdantrag vorliegt, der erst nach einiger Zeit gegenüber Dritten bekannt wird. Hier sei auf die o.a. Informationsmöglichkeiten verwiesen.

Für den Arbeitgeber kann es möglicherweise auch vorteilhaft sein, den Arbeitnehmer über die Insolvenzreife im Unklaren zu lassen, beispielsweise wenn er eine Sanierung anstrebt und im Zuge dessen ohnehin einen Teil der Arbeitnehmer entlassen will. Da die Beendigung des

¹⁸ So Handbuch zur Insolvenz/*Neukirchen*, 18. Ergänzungslieferung 6/2003, Bonn, Juni 2003, Fach 6 Kapitel 3 Rdnr. 247.

¹⁹ S. *Willemsen/Annuf*, NJW 2004, 177(182); *Bader*, NZA 2004, 65.

²⁰ Z.B. über www.insolvenzen.nrw.de oder www.insolvenzbekanntmachungen.de

²¹ Gemäß § 183 Abs. 1 S. 1 SGB III erhält der Arbeitnehmer für die dem Insolvenzereignis vorausgehenden drei Monate des Arbeitsverhältnisses Insolvenzgeld.

Arbeitsverhältnisses nicht von der tatsächlichen Zahlung der Abfindung abhängig ist, sondern bereits durch den Fristablauf der Kündigungsschutzklage erreicht wird, könnten hier erhebliche Ressourcen gespart werden.

3.3 Kündigung durch den Arbeitgeber

Schon im Zeitpunkt der Kündigungserklärung sollte der Arbeitnehmer sorgfältig sein weiteres Handeln überprüfen.

Erfolgt die Kündigung durch den Arbeitgeber selbst, ist also zu diesem Zeitpunkt noch kein vorläufiger Insolvenzverwalter, auf den die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übergegangen ist, bestellt, so muss er damit rechnen, dass sein Abfindungsanspruch lediglich in der Rangklasse des § 38 InsO entsteht.

Erfolgt die Kündigung durch einen sogenannten „starken“ Insolvenzverwalter, so ist nach der vorstehenden Argumentation davon auszugehen, dass der Abfindungsanspruch in der Rangklasse des § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO entsteht, da hier die Handlung des vorläufigen Insolvenzverwalters zum Entstehen des Anspruchs führt.

Erfolgt die Kündigung durch den Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung, so entsteht in jedem Fall eine Masseverbindlichkeit. Der Insolvenzverwalter wird in einem solchen Fall zu prüfen haben, ob er von sich aus auf § 1 a Abs. 1 Satz 2 KSchG hinweist und damit bei Nichtangreifen der Kündigung durch den Arbeitnehmer den gesetzlichen Abfindungsanspruch entstehen lässt. Dies wird möglicherweise für den Insolvenzverwalter dann zweckmäßig sein, wenn er eine Sanierungslösung anstrebt und im Zuge dessen Arbeitnehmer entlassen muss. Nur dann, wenn der gesamte Betrieb stillgelegt werden soll und damit Kündigungsschutzklagen voraussichtlich keine Aussicht auf Erfolg haben, wäre es für die Masse schonender, keine Abfindung anzubieten²².

Da im Regelfall lediglich ein Zustimmungsvorbehalt gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO angeordnet wird und dadurch die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gerade nicht auf den vorläufigen Verwalter übergeht, kann es zweckmäßig sein, dass der vorläufige Verwalter auf den Arbeitgeber (Schuldner) in geeigneter Weise einwirkt, damit dieser die Kündigungen unter Hinweis auf die Abfindungsmöglichkeit ausspricht. Gehen die gekündigten Arbeitnehmer darauf ein, so enden die Arbeitsverhältnisse ungeachtet der Zahlung der Abfindung, was zu einer erheblichen Entlastung der Masse führt.

4 Gestaltungsmöglichkeiten

Im Vorfeld von insolvenznahen Kündigungen wird es in der Regel zweckmäßig sein, möglichst wenig Masseschulden zu begründen und statt dessen Arbeitskräften bereits frühzeitig zu kündigen und diesen damit lediglich einen Abfindungsanspruch in der Rangklasse des § 38 InsO zu geben. Dabei ist aber abzuwägen, ob der Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung auf Grund der maximal dreimonatigen Kündigungsfrist eine frühere Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeiführen kann, was ggf. mit einer geringeren Belastung der Masse einhergeht. Der Insolvenzverwalter wird in seine Überlegungen aber auch einstellen, dass er im eröffneten Verfahren selbst zum Beklagten eines Kündigungsschutzprozesses wird und sich bei langjährigen Arbeitnehmern nur noch durch eine im

²² Dessen ungeachtet ist der Insolvenzverwalter selbst bei einer beabsichtigten Betriebsstilllegung nach der Rechtsprechung des BAG (Urteil v. 22. Juli 2003 – I AZR 541/02, n.v.) verpflichtet, einen Interessenausgleich gemäß § 113 Abs. 3 BetrVG zu verhandeln.

Verhältnis eher hohe Abfindung wird lösen können.

Gerade wenn sich die Sanierung oder Teilsanierung des Unternehmens abzeichnet, wird die vorhandene Liquidität dringend zur Fortführung des Unternehmens benötigt.

Zur Einsparung von Liquidität gibt der Gesetzgeber nunmehr sowohl dem Arbeitgeber selbst als auch einem schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter ein probates Instrumentarium an die Hand, das insbesondere in Verbindung mit einem pre-packaged-plan²³ zu positiven Wirkungen führen kann.

Ein solcher pre-packaged-plan bedarf intensiver Vorbereitung, weil – wenn das Insolvenzplanverfahren Aussicht auf Erfolg haben soll – im Vorfeld sorgfältig abgewogen werden muss, unter welchen Voraussetzungen gegebenenfalls auch die Zustimmung einzelner Gläubigergruppen ersetzt werden kann, um sich nötigenfalls über widersprechende Gläubigergruppen mit Hilfe des Gerichts hinwegsetzen zu können und damit den Insolvenzplan in seiner Gesamtheit nicht zu gefährden.

Es kann festgehalten werden, dass der Arbeitnehmer unabhängig von der im Einzelfall eingetretenen Konstellation die überwiegenden Risiken trägt. Es bleibt damit die Frage, ob dies alles der Intention des Gesetzgebers entspricht.

Im Hinblick darauf, dass ausdrücklich von den einbringenden Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen formuliert worden ist, dass der Abfindungsanspruch erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses entsteht, scheidet eine andere Auslegung aber aus, so dass dem Gesetzgeber – wenn er nunmehr die Folgen seines Handelns erkennt – keine andere Möglichkeit bleiben dürfte, als das Gesetz anzupassen.

²³ Vgl. Uhlenbruck/*Uhlenbruck* (Fn. 11), § 22 Rn. 28.