

### Aufsätze und Berichte

Von Professor Dr. Volker Rieble, München

## Das insolvenzarbeitsrechtliche Beschlussverfahren des § 126 InsO

Die InsO sieht eine Reihe von arbeitsrechtlichen Erleichterungen im Verwertungsinteresse der Gläubiger aber im Sanierungsinteresse der Arbeitnehmer vor. Die meisten Erleichterungen sind materieller Art, wie die Verkürzung der Kündigungsfrist in § 113 InsO. „Besonders“ sind die beiden insolvenzarbeitsrechtlichen Erleichterungen der §§ 122, 126 InsO. Während die erste das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats nach §§ 111 ff BetrVG verkürzt, geht es in § 126 InsO in erster Linie um den Individualkündigungsschutz (arg. § 127 InsO), weswegen Verfahrensart und Betriebsratsbeteiligung merkwürdig anmuten. Den „Dornröschenschlaf“ dieses kündigungsrechtlichen Sammelverfahrens zu beenden, ist Ziel dieses Beitrags.

### I. Zweck und Rechtsnatur

Der Gesetzgeber hat ein komplexes Verfahren geschaffen, dessen Vorteile der Praxis nicht bewusst sind<sup>1</sup>. Das Verfahren nach § 126 InsO ist *schwer zu begreifen*: Kommt ein Interessenausgleich mit Namensliste nach § 125 I InsO in Ermangelung eines Betriebsrats nicht in Betracht oder aufgrund fehlender freiwilliger Einigung mit dem Betriebsrat nicht zu Stande, so kann der Insolvenzverwalter an Stelle der Namensliste mit ihrer materiell-rechtlichen Vermutungswirkung über ein Beschlussverfahren die Betriebsbedingtheit der Kündigungen feststellen lassen – und Rechtssicherheit über die Rechtskraftwirkung des arbeitsgerichtlichen Beschlusses herstellen. Die Probleme beginnen mit dem *Tatbestand* der Norm: § 126 I 1 InsO hat den Fall vergessen, dass der Betrieb zwar einen Betriebsrat hat, aber nicht interessenausgleichspflichtig ist und deswegen den Weg des § 125 InsO nicht beschreiten kann (Klein- und Tendenzunternehmen). Merkwürdig ist auch, dass das Verfahren nach dem Wortlaut ausgeschlossen ist, wenn ein Interessenausgleich mit Namensliste vorliegt – denn die Rechtskraft des § 127 I 1 InsO wirkt stärker als die materiell-rechtliche Vermutungswirkung des § 125 I InsO.

### 1. Verfahrensgegenstand und Zielsetzung

*Verfahrensgegenstand* ist der *Individualkündigungsschutz* – genauer: die Betriebsbedingtheit von Kündigungen – für die namentlich bezeichneten Arbeitnehmer. Insofern ist weder die Wahl des betriebsverfassungsrechtlichen Beschlussverfahrens noch die Beteiligung des Betriebsrats auf den ersten

Blick verständlich. Es geht §§ 126 f. InsO darum, die *Masse vor einer Vielzahl langwieriger Individualkündigungsschutzprozesse und dem damit verbundenen Annahmeverzugsentgeltrisiko zu bewahren* – um die *Sanierungschancen auch im Arbeitnehmerinteresse* zu erhöhen<sup>2</sup>.

Die *alternative Zerschlagung des Unternehmens* ist kündigungsschutzrechtlich kein Problem: die Betriebsbedingtheit der Entlassung aller Arbeitnehmer liegt auf der Hand; eine Sozialauswahl findet nicht statt. Insofern trägt das entscheidende *ArbG* eine besondere Verantwortung – auch nach außen: Versagt es dem Verwalter die betriebsbedingte Kündigung, hat dieser gute Argumente, den Betrieb insgesamt stillzulegen und so das Risiko ausufernden Individualrechtsschutzes zu meiden. Damit erweist sich das Beschlussverfahren nach § 126 InsO als effektive Möglichkeit, schnell – in nur einer Instanz – die Sanierungschancen zu klären.

Das Verfahren nach § 126 InsO erfasst – wie § 126 II 1 a. E. und § 127 I 1 InsO unschwer zu entnehmen ist – *Änderungskündigungen*. Dem Verwalter wird dadurch das besondere Risiko abgenommen, dass der Arbeitnehmer das Änderungsangebot nach § 2 KSchG unter Vorbehalt annimmt, vorerst zu geänderten (sanierungsfreundlichen) Arbeitsbedingungen weiterarbeitet, nachträglich aber die Weitergeltung der ursprünglichen Arbeitsbedingungen feststellen lässt, wodurch die Masse belastet wird.

### 2. Kollektivbezug und Sammelverfahren

§ 126 InsO berücksichtigt – insofern einzigartig – den Kollektivbezug des Individualkündigungsschutzes: Es geht um eine *Verteilungsfrage: Sozialauswahl und die Berücksichtigung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten* in Betrieb und Unternehmen verlangen vom Arbeitgeber eine geregelte Verteilung der verbleibenden Arbeitsplätze. Der Kündigungsschutzprozess betrachtet jede Kündigung für sich<sup>3</sup>. § 126

1 Zur Kritik *Annuß/Lembke*, Arbeitsrechtliche Umstrukturierung in der Insolvenz, 2005, Rdnr. 248; *Giesen*, ZIP 1998, 46 (55); *Grunsky*, in: *Festschr. f. Lüke*, 1997, S. 191 (200): „gesetzgeberischer Flop“. Praxisumfrage bei *Becker*, Das Beschlussverfahren zum Kündigungsschutz de lege lata und de lege ferenda, 2006, S. 94 ff.  
2 *LAG München* (2. 1. 2003), BeckRS 2003, 30463990 = *ZInsO* 2003, 339.  
3 Zu den Risiken arbeitsrichterlicher „social drift“ v. *Klitzing*, Ordnungswirtschaftliche Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes, 2004, S. 314 (321 ff. und 331 f.).

InsO kann eine kündigungrechtliche Gesamtschau leisten – freilich sind nur diejenigen Arbeitnehmer beteiligt, die von der (beabsichtigten) Kündigung betroffen sind – und diejenigen nicht, die im Rahmen von Sozialauswahl oder Weiterbeschäftigung ihren Arbeitsplatz in der zu sanierenden Einheit behalten. Effektiv wird das Verfahren also nur, wenn durch Antragsumstellung Fehlerkorrektur betrieben werden kann (dazu IV 5 c).

Doch setzt das Verfahren *keinen „kollektiven Tatbestand“* voraus. Der Plural („Kündigung der Arbeitsverhältnisse bestimmter, im Antrag bezeichneter Arbeitnehmer“) besagt nur, dass das Verfahren sich auf *mindestens zwei Arbeitnehmer* beziehen muss<sup>4</sup>. Deren Arbeitsverhältnisse müssen nicht durch eine Arbeitsplatzkonkurrenz verbunden sein. Dafür enthält der Wortlaut keinen Anhaltspunkt; zudem wäre dies ein so riskantes Merkmal, dass der Verfahrenszweck verfehlt würde. Der Verbleibewettbewerb definiert auch keine „notwendige Streitgenossenschaft“ aller zu kündigenden Arbeitnehmer<sup>5</sup>.

§ 126 InsO ist kein spezifisches Kollektivverfahren, sondern *bloße Bündelung von Individualstreitigkeiten*. Es handelt sich um eine *spiegelbildliche Kündigungsschutzsammelklage*.

### 3. Feststellung eines Gestaltungsrechts

§ 126 InsO enthält eine *prozessuale Privilegierung*: Normalerweise kann das *Bestehen eines Gestaltungsrechts* nicht gerichtlich festgestellt werden: Erst die Ausübung des Gestaltungsrechts verändert die Rechtslage. Bis dahin fehlt das *Feststellungsinteresse*<sup>6</sup>. Hier dagegen kann im Vorhinein das Recht zur (Änderungs-)Kündigung festgestellt werden.

## II. Verhältnis zum Individualkündigungsschutz

### 1. Vergleich der Streitgegenstände

Das Kollektivverfahren prüft nur den betriebsbedingten (Änderungs-)Kündigungsgrund, nicht aber die Kündigungserklärung – wie das Zustimmungseretzungsverfahren des § 103 I BetrVG. Dementsprechend kann der Arbeitnehmer unabhängig vom festgestellten Kündigungsgrund die Kündigungserklärung mit der Kündigungsschutzklage angreifen. Kündigungsschutzklage und Beschlussverfahren nach § 126 InsO haben *unterschiedliche Streitgegenstände*: Die Kündigungsschutzklage bezieht sich mit ihrem punktuellen Streitgegenstand auf eine *konkrete Kündigungserklärung*. Das Verfahren nach § 126 InsO behandelt *abstrakt die Kündbarkeit* als solche, also das Vorliegen eines betriebsbedingten Grundes, der für eine Kündigung genutzt werden kann. Weil es sich um unterschiedliche Streitgegenstände handelt, bleibt die Kündigungsschutzklage trotz rechtshängigem Beschlussverfahren zulässig – ja zur Verhinderung der Heilung nach § 7 KSchG geboten. Die gerichtliche Feststellung des Kündigungsgrundes oder der Kündbarkeit ist *Vorfrage* für den Individualprozess. Deswegen ordnet § 127 II InsO die Aussetzung des Individualprozesses an.

### 2. Zeitliche Abfolge

*Zeitlich* sind für das Verhältnis von Beschlussverfahren nach § 126 InsO und Kündigungsschutzklage *drei Varianten* denkbar, die der Verwalter steuert:

a) *Präventives Kollektivverfahren*. Der Verwalter kann erst das kollektive Verfahren betreiben und sodann nach Maßgabe des Beschlusserfolges den betroffenen Arbeitnehmern kündigen. Mit der Kündigungsschutzklage können diese anschließend (wie bei § 103 I BetrVG) vor allem Mängel der Kündigungserklärung geltend machen, aber auch, dass die

Rechtskraftwirkung der Kollektiventscheidung wegen veränderter Sachlage entfallen sei (§ 127 I 2 InsO).

b) *Nachlaufendes Kollektivverfahren*. Der Verwalter kann auch zuerst Individualkündigungen aussprechen und nachträglich im Kollektivverfahren den Kündigungsgrund feststellen lassen. Das folgt unmittelbar aus § 127 II InsO<sup>7</sup>.

Damit wird sichergestellt, dass die Kollektiventscheidung zuerst ergeht und ihre Rechtskraft im Individualprozess beachtet wird. § 127 II InsO ist Spezialnorm gegenüber § 148 ZPO. Die Aussetzung setzt den Antrag des Verwalters voraus; dann aber hat das Gericht zwingend auszusetzen<sup>8</sup>. Gegenüber rechtskräftig abgeschlossenen Kündigungsschutzprozessen hat der Beschluss keine Wirkung. Dementsprechend muss der Verwalter darauf achten, jene Rechtskraft durch Rechtsmittel aufzuhalten. Der Insolvenzverwalter kann auch abwarten, welche Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erheben, sodann einen Antrag nach § 126 I 1 InsO beschränkt auf diese Arbeitnehmer stellen<sup>9</sup>.

c) *Tückisch: Parallele Verfahren*. Wird dem Arbeitnehmer in den ersten drei Wochen nach Zugang der Kündigung die Beteiligung am Kollektivverfahren vom Gericht mitgeteilt, übersieht er womöglich, dass er *unabhängig vom laufenden Kollektivverfahren Kündigungsschutzklage erheben muss*, „seine Kündigung ist ja bereits rechtshängig“. Eine Hemmung der Klagefrist des § 4 KSchG tritt durch das Sammelverfahren nicht ein: Das war in § 130 III Reg-E (BT-Dr 12/2443, S. 29) vorgeschlagen, ist aber auf Empfehlung des Rechtsausschusses (BT-Dr 12/7302, S. 173 zu § 143 c) gestrichen worden – mit dem Ziel einer unmodifizierten Anwendung des KSchG<sup>10</sup>. Der Rechtsirrtum ist kein Grund für eine nachträgliche Klagezulassung nach § 5 KSchG. § 6 KSchG ist nicht anwendbar. Der Arbeitnehmer muss tauglichen Rechtsrat einholen und sich notfalls an die Haftpflichtversicherung seines Rechtsanwaltes halten.

### 3. Streitgegenstand: Kündigungen nach dem KSchG

a) *Arbeitnehmer ohne Kündigungsschutz*. Ausweislich seines Wortlautes bezieht sich § 126 InsO ausschließlich auf Arbeitnehmer, deren Kündigung dem Kündigungsschutz des KSchG unterfällt; es geht um ein Kündigungsschutzsammelverfahren. Arbeitnehmer ohne Kündigungsschutz (Wartezeit nach § 1 KSchG, Klein-„Unternehmen“ nach § 23 KSchG) können nicht einbezogen werden, ebenso wenig arbeitnehmerähnliche Personen. Das *ArbG* kann also keine Feststellung über den „*weichen Ersatzkündigungsschutz*“ aus § 242 BGB treffen, obschon das „*Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme*“ auch eine soziale Auswahlentscheidung impliziert und das KSchG selbst seit der Reform 2004 das Rechtssicherheitsbedürfnis des Arbeitgebers durch Erstreckung der Klagefrist auf alle Unwirksamkeitsgründe anerkennt. Indes: Der Gesetzgeber hat es verschlafen, die InsO an das geän-

4 LAG München, BeckRS 2003, 30463990 = ZInsO 2003, 339.

5 Implizit BAG (29. 6. 2000), NZA 2000, 1180 = AP Nr. 2 zu § 126 InsO (unter B III 2 a), mit Blick auf die individuell für jeden Arbeitnehmer eintretende Rechtskraft. So auch Grunsky, in: Festschr. f. Lücke, 1997, 191 (199).

6 RG (10. 1. 1918), RGZ 92, 1; ebenso Lücke, in: MünchKomm-ZPO, Bd. 1, 2. Aufl. (2000), § 256 Rdnr. 15.

7 BAG, NZA 2000, 1180 = AP Nr. 2 zu § 126 InsO = EzA § 126 InsO Nr. 2; Zwanziger, Das ArbeitsR der InsO, 3. Aufl. (2006), § 126 InsO Rdnr. 2; a. A. Lakies, RdA 1997, 145 (155).

8 Müller-Limbach, KTS 2001, 531 (546).

9 Irschlinger, in: Heidelberger Komm. z. InsO, 4. Aufl. (2006), § 126 Rdnr. 12.

10 Kübler/Prütting/Moll, InsO I, Stand: November 2006, § 127 Rdnr. 12. Im Ergebnis auch ArbG Offenbach, Entsch. v. 17. 2. 2000 – 5 BV 023/99, ZInsO 2001, 684 L und Nehrlich/Römermann/Hamacher, InsO, Stand: Dezember 2006, § 126 Rdnr. 26.

derte KSchG anzupassen (Schwerbehinderung als Sozialauswahlkriterium); de lege lata jedenfalls sollte § 126 InsO wie bei § 4 KSchG die Prüfung aller Unwirksamkeitsgründe umfassen.

Eine *Ausnahme* gilt für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse im Zuge der Sanierung nach § 613 a I 1 BGB auf einen Betriebs(teil)erwerber übergehen (sollen): § 128 II InsO erstreckt die Feststellungswirkung darauf, dass die Kündigung nicht gegen § 613 a IV BGB verstößt, also nicht wegen des Betriebsübergangs erfolgt ist. Insoweit muss eine Kontrolle der Kündigung von Arbeitnehmern ohne Kündigungsschutz stattfinden<sup>11</sup>.

b) *Sonderkündigungsschutz*. Sonderkündigungsschutz (für Mütter, Schwerbehinderte oder Elternzeiter) ist in Verfahren nach § 126 InsO an sich nicht Prüfungsgegenstand<sup>12</sup>. Indes: Soweit der Sonderkündigungsschutz sich darin erschöpft, dass die Kündigung nach dem KSchG durch Behördenentscheidung zugelassen werden kann (Mutterschutz, Elternzeiter, Schwerbehinderte), gibt es keinen Grund das Beschlussverfahren insgesamt auszublenden. Vielmehr kann der Kündigungsgrund auch gegenüber Sonderkündigungsgeschützten festgestellt werden – nur eben ohne rechtlichen Einfluss auf die Entscheidung der Behörde. Zweifel kann man nur, ob insoweit ein Feststellungsinteresse besteht, weil die Behörde die Zustimmung zur Kündigung unabhängig vom Verfahrensergebnis verweigern kann. Indes wird mit der Feststellung des Kündigungsgrundes ein Aspekt der Kündbarkeit endgültig geklärt und damit der Rechtsschutz des Sonderkündigungsgeschützten auf die verwaltungsgerichtliche Klage beschränkt. Überdies dürfte ein die Kündbarkeit behandelnder Beschluss die Entscheidung der Behörde beeinflussen. Deswegen kann der Verwalter sonderkündigungsgeschützte Arbeitnehmer in den Antrag aufnehmen<sup>13</sup>.

(Kollektiv-)Vertragliche Unkündbarkeit, die die Rechtsprechung durch die außerordentlich-ordentliche Orlando-Kündigung reduziert, spielt schon wegen § 113 InsO keine Rolle. Die echte fristlose Kündigung nach § 626 BGB wird vom Beschlussverfahren nicht erfasst.

c) *Betriebsräte*. Sonderfall sind Betriebsräte: Wird der Betrieb oder eine Abteilung stillgelegt, so sind diese ordentlich kündbar nach § 15 IV und V KSchG. In diesen Fällen gewinnt also die Frage nach der sozialen Rechtfertigung einer solchen Kündigung an Gewicht, so dass die Betriebsratsmitglieder in einen Antrag nach § 126 InsO aufgenommen werden können. Wird *nur eine Betriebsabteilung* stillgelegt, gilt entsprechendes nach § 15 V 2 KSchG nur dann, wenn der Amtsträger aus betrieblichen Gründen nicht gem. § 15 V 1 in eine andere Abteilung übernommen werden kann. (Änderungs-)kündigen darf der Arbeitgeber also jedenfalls dann, wenn er den Betroffenen nicht qua Direktionsrecht versetzen kann, und dieser auch nicht zu einer einvernehmlichen Vertragsänderung bereit ist. Dabei ist der Arbeitgeber nach Ansicht des BAG verpflichtet, dem Mandatsträger „mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln“ zur Weiterbeschäftigung zu verhelfen. Notfalls muss der Arbeitsplatz in einer anderen Abteilung desselben Betriebes „freigekündigt“ werden<sup>14</sup>. Eine Beendigungskündigung ist daher letztlich nur zulässig, soweit das Betriebsratsmitglied in keiner anderen Abteilung wirtschaftlich sinnvoll eingesetzt werden könnte – weil für seine Tätigkeit keinerlei Bedarf besteht.

Diese Fragen kann der Verwalter im Beschlussverfahren klären lassen, weil die Kündigung von Betriebsräten auch im Fall des § 15 IV und V KSchG ein Frage der Betriebsbedingtheit ist.

Einer zusätzlichen Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung seiner Mitglieder nach § 103 BetrVG bedarf es nicht, weil die Kündigung nach § 15 KSchG eine ordentliche ist. Im Fall der Änderungskündigung kann aber zusätzlich der Versetzungsschutz nach § 103 III BetrVG greifen.

#### 4. Nicht: Alt-Kündigungen

Für *Altkündigungen des Schuldners oder vorläufigen Verwalters* scheidet das (nachlaufende) Verfahren des Verwalters aus. § 127 I InsO nennt nur die Kündigungen des Verwalters. Auch vom Schutzzweck her – die Belastung der Masse mit Masseschulden aus übergehenden Arbeitsverhältnissen zu bewahren – sind Altkündigungen nicht einschlägig. Wenn der Verwalter ein gekündigtes Arbeitsverhältnis übernimmt, mag er nach § 113 InsO nachkündigen – falls die Restlaufzeit noch länger als drei Monate währt. Möglich ist auch eine fürsorgliche Kündigung für den Fall, dass die Altkündigung unwirksam ist. Für beide Fälle steht das Verfahren nach § 126 InsO zur Verfügung<sup>15</sup>.

### III. Rolle des Betriebsrats

#### 1. Interessenausgleich

Das Verfahren nach § 126 InsO steht neben den Mitbestimmungsrechten nach den §§ 111 ff. BetrVG. Wird ein Interessenausgleich i. S. des § 125 InsO vereinbart, so kommen dessen Wirkungen dem Beschluss nach § 126 InsO nahe. Der Vorrang der „Schnellverhandlungen über einen Interessenausgleich“ respektiert das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats: Der Verwalter soll nicht durch das Beschlussverfahren nach § 126 InsO vollendete Tatsachen schaffen können. An der Reichweite der Mitwirkung bei Betriebsänderungen ändert die Vorschrift nichts.

a) *Betriebsratslose Betriebe*. In Betrieben ohne Betriebsrat kann das Verfahren nach § 126 InsO gem I 1 sofort angestrengt werden. Entscheidend ist, dass im Planungszeitpunkt, zu dem das Mitwirkungsrecht ausgelöst wird, kein Betriebsrat besteht. Die nachträgliche Wahl löst keine rückwirkenden Mitbestimmungsrechte aus.

b) *Kündigungen ohne Interessenausgleichspflicht*. Nichts anderes gilt, wenn die betriebsbedingten Kündigungen keine Pflicht zum Versuch eines Interessenausgleichs auslösen, also

- in Unternehmen mit bis zu 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern (§ 111 I 1 BetrVG)
- in Tendenzunternehmen und -betrieben, § 118 I 2 BetrVG
- im Fall unwesentlicher Betriebseinschränkungen, insbesondere von Entlassungen unterhalb der Schwelle des § 17 I KSchG<sup>16</sup>
- und vor allem bei Änderungskündigungen, die keine Betriebsänderung mit sich bringen, etwa zum Abbau übertariflichen Entgelts.

Die Behauptung, das Beschlussverfahren nach § 126 InsO setze mit Blick auf den Verweis auf § 125 InsO den Tatbestand einer Betriebsänderung i. S. des § 111 S. 3 BetrVG voraus, sogar in Betrieben ohne Betriebsrat<sup>17</sup>, ist abseitig.

11 *Lakies*, NZI 2000, 345 (347); *Zwanziger* (o. Fußn. 7), § 126 InsO Rdnr. 3.

12 *Annuß/Lembke* (o. Fußn. 1), Rdnr. 261 und *Kübler/Prütting/Moll* (o. Fußn. 10), § 126 Rdnr. 33. A. A. *Zwanziger* (o. Fußn. 7), § 126 Rdnr. 48.

13 *Müller-Limbach*, KTS 2001, 531 (535).

14 BAG (2. 3. 2006), NZA 2006, 988 = AP Nr. 61 zu § 15 KSchG 1969 = EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 145; *Breschendorf*, BB 2007, 661 (663) m. w. Nachw.

15 Ebenso *Müller-Limbach*, KTS 2001, 531 (534).

16 Statt aller *Richardi/Annuß*, BetrVG, 10. Aufl. (2006), § 111 Rdnr. 48.

17 *Friese*, ZInsO 2001, 350, 350; *Irschlinger*, in: Heidelberger Komm. z. InsO (o. Fußn. 9), § 126 Rdnr. 9; *Ahrendt*, in: Hamburger Komm. z. InsO, 2006, § 126 Rdnr. 6; *Becker* (o. Fußn. 1), S. 7ff.; *Lakies*, NZI 2000, 345.

Verfahrensgegenstand ist eine Mehrheit von (Änderungs-)Kündigungen und nicht die Betriebsänderung – diese wird für das Beschlussverfahren nach § 122 InsO<sup>18</sup> vorausgesetzt und ist dort Verfahrensgegenstand. Lediglich für den Fall, dass dem Betriebsrat ein Verhandlungsrecht über den Interessenausgleich zusteht, ist der – eigens und wie in § 122 InsO beschleunigte – Verhandlungsversuch bloßes zusätzliches Antragsfordernis.

§ 126 InsO greift eindeutig in Betrieben ohne Betriebsrat, in denen es keinen Interessenausgleich geben kann. Vor allem aber wäre das Verfahren für Änderungskündigungen weithin ausgeschlossen; das läuft der gesetzgeberischen Intention eindeutig zuwider. Schließlich würde so womöglich der Fehlreiz gesetzt, mehr Arbeitnehmer zu entlassen, um in den Genuss des Verfahrensprivilegs zu gelangen. Also: die Betriebsänderung ist keine Verfahrensvoraussetzung<sup>19</sup>.

c) *Gescheiterter Interessenausgleich*. Besteht im Betrieb ein Betriebsrat und greift eine Interessenausgleichspflicht, so ist der Antrag nach § 126 I 1 InsO nur (genauer: erst) zulässig, wenn nicht innerhalb von drei Wochen, gerechnet ab der rechtzeitigen und umfassenden Unterrichtung des Betriebsrats durch den Insolvenzverwalter (parallel zu § 122 InsO), eine Einigung über einen Interessenausgleich nach § 125 InsO, also mit Namensliste erzielt werden konnte.

Lässt sich der Betriebsrat auf Verhandlungen nicht ein, setzt erst eine schriftliche Aufforderung des Insolvenzverwalters die Frist in Lauf. Wie im Fall des § 122 InsO ist eine *verfrühte Antragstellung* unschädlich. Entscheidend ist, dass die Frist im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem ArbG abgelaufen ist.

Das Verfahren nach § 126 InsO macht den Interessenausgleichsversuch nicht entbehrlich und befristet diesen auch nicht auf drei Wochen. Der Verwalter muss also – will er Nachteilsausgleichsansprüche nach § 113 III 1 BetrVG vermeiden, zunächst ernsthafte Verhandlungen mit dem Betriebsrat über einen Interessenausgleich führen. Gelingt ein solcher nicht innerhalb von drei Wochen, muss der Verwalter vor Ausspruch der Kündigungen entweder die Zustimmung des ArbG zu der sofortigen Durchführung der Betriebsänderung einholen, oder aber weiter verhandeln – gegebenenfalls unter Anrufung der Einigungsstelle. Kraft Gesetzes entbehrlich ist nur die Vermittlung durch die Bundesagentur für Arbeit, § 121 InsO; von der Last des Einigungsstellenverfahrens kann sich der Verwalter über § 122 InsO befreien lassen. Hierzu kann der Verwalter den Antrag nach § 126 I 1 InsO mit jenem des § 122 I 1 InsO kombinieren<sup>20</sup>.

b) *Interessenausgleich mit Namensliste nach § 125 I InsO*. § 126 I 1 InsO setzt für den Beschluss voraus, dass ein Interessenausgleich nach § 125 I InsO nicht innerhalb der Drei-Wochen-Frist zu Stande gekommen ist – und zwar über gerade jene Betriebsänderung (Identität!), in deren Zuge die Kündigungen ausgesprochen werden sollen. Das Verfahren kann nur gegenüber jenen Arbeitnehmern ausgeschlossen sein, die in der Namensliste genannt sind<sup>21</sup>. Sollen andere Arbeitnehmer gekündigt werden, liegt entweder keine eigenständige Betriebsänderung vor oder aber eine andere Betriebsänderung, über die gerade kein Interessenausgleich gelungen ist.

Die Begründung des Regierungsentwurfs sieht das Verfahren als „Ergänzung“ zum Interessenausgleich mit Namensliste, die nur relevant wird, wenn ein solcher nicht erreicht werden kann<sup>22</sup>. Das BAG hält in diesem Fall den Antrag nach § 126 InsO für unzulässig<sup>23</sup>. Nach dem Wortlaut wäre es unschäd-

lich, wenn nach Ablauf der Frist ein Interessenausgleich mit Namensliste zu Stande kommt.

Ein Interessenausgleich mit Namensliste nach § 1 V KSchG schließt das Verfahren nicht aus<sup>24</sup>; der Gesetzeswortlaut ist eindeutig; der Gesetzgeber hat es auch hier nicht geschafft, KSchG und insolvenzrechtliche Kündigungsregeln abzustimmen. Das betrifft zunächst die Fälle, in denen der Schuldner oder der vorläufige Insolvenzverwalter einen Interessenausgleich mit Namensliste vereinbart haben. Der Verwalter könnte dann auf diese Namensliste ein Verfahren nach § 126 InsO stützen, wobei das ArbG die Vermutungswirkung des § 1 V KSchG zu beachten hat. Das wirft die weitere Frage auf, ob nicht auch der Verwalter einen Interessenausgleich mit Namensliste, der nach § 125 I 1 Nr. 1 InsO zur *materiell-rechtlichen Vermutung* der Betriebsbedingtheit von Kündigungen führt über das Beschlussverfahren *mit Rechtskraftwirkung* versehen kann. Praktisch wäre dies; indes steht der Wortlaut der Norm entgegen.

Der Verwalter muss also abwägen, ob er mit dem Betriebsrat einen einfachen Interessenausgleich ohne Namensliste vereinbart und dafür das Verfahren nach § 126 InsO betreibt oder ob er einen Interessenausgleich mit Namensliste und materiell-rechtlicher Vermutungswirkung schließt. Ungeklärt ist bislang, ob die Verwalter und Betriebsrat auch die Wahl haben, einen Interessenausgleich mit Namensliste nach § 1 V KSchG zu vereinbaren, der dann das Beschlussverfahren nicht sperrt. Richtigerweise ist das zu bejahen, weil der Verwalter Sonderrechte nach der InsO nicht in Anspruch nehmen muss.

## 2. Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG

Obleich der Betriebsrat Verfahrensbeteiligter ist, wirkt sich das Verfahren nach § 126 InsO (soweit es vor Ausspruch der Kündigungen erfolgt) nicht auf die Anhörung nach § 102 I BetrVG (bei Änderungskündigungen unter Umständen zusätzlich: § 99 BetrVG) aus. Diese hat der Verwalter gesondert zu erfüllen, auch wenn die Kündigungen erst nach Abschluss des Verfahrens nach § 126 InsO erklärt werden (sollen)<sup>25</sup>. Das ist de lege lata hinzunehmen, weil prozessuale Beteiligung etwas anderes ist als betriebsverfassungsrechtliche Anhörung, die ausschließlich auf die Willensbildung des Arbeitgebers zielt. Der Betriebsrat ist kein Gericht; die Anhörung nach § 102 I BetrVG dient nicht primär der Rechtskontrolle der Kündigung. Indes hindert niemand den Verwalter, die Ausführungen zu den betriebsbedingten Kündigungen „*zugleich als Anhörung des Betriebsrats*“ auszugestalten. Das kann auch in dem Verfahrensantrag selbst geschehen, der dem Betriebsrat zugeleitet wird.

Die Beteiligung des Betriebsrats sorgt für Rechtskraft ihm gegenüber. Steht rechtskräftig fest, dass die Kündigung eines Arbeitnehmers betriebsbedingt ist, ist der *Betriebsrat gehindert, dieser Kündigung nach § 102 III BetrVG zu widersprechen*: Die dort genannten Widerspruchsgründe – Sozialaus-

18 Dazu Oetker/Friese, DZWIR 2001, 133.

19 Löwisch/Caspers, in: MünchKomm. z. InsO, Bd. 2, 2. Aufl. (2007), § 126 Rdnr. 6; Müller-Limbach, KTS 2001, 531 (540 f.).

20 Warrickoff, BB 1994, 2338 (2342); Lakies, RdA 1997, 145 (149).

21 Kübler/Prütting/Moll (o. Fußn. 10), § 126 Rdnrn. 40 f.

22 BT-Dr 12/2443, S. 149 zu § 129 Reg-E (= § 126 InsO).

23 BAG (20. 1. 2000), NZA 2001, 170 = AP Nr. 1 zu § 126 InsO = EZA § 126 InsO Nr. 1; Löwisch/Caspers, in: MünchKomm-InsO (o. Fußn. 19), § 126 Rdnr. 11; Kübler/Prütting/Moll (o. Fußn. 10), § 126 Rdnr. 40.

24 So aber Giesen, ZIP 1998, 46 (52); Becker (o. Fußn. 1), S. 19 f.

25 Löwisch/Caspers, in: MünchKomm-InsO (o. Fußn. 19), § 126 Rdnr. 30; Kübler/Prütting/Moll (o. Fußn. 10), § 126 Rdnr. 45; Zwanziger (o. Fußn. 7), § 126 InsO Rdnr. 52.

wahlfehler nach Nrn. 1 und 2 sowie Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nach Nrn. 3 bis 5 – sind von der Rechtskraft des arbeitsgerichtlichen Beschlusses sämtlich erfasst. Ein gleichwohl erklärter Widerspruch ist unbeachtlich, weswegen der Verwalter nicht verpflichtet ist, den Arbeitnehmer nach § 102 V 1 BetrVG weiterzubeschäftigen<sup>26</sup>.

Diese Rechtskraftwirkung erklärt die an sich systemwidrige Beteiligung des Betriebsrats am individualrechtlichen Sammelverfahren.

### 3. Keine Verfahrensstandschaft

Die Beteiligung des Betriebsrats lässt sich insbesondere nicht als Prozesshilfe begreifen: Erstens hat der Betriebsrat grundsätzlich nicht die Aufgabe, Individualrechte der Arbeitnehmer durchzusetzen – weil das der Rechtsberatung und Prozessvertretung durch die Gewerkschaften unzulässig Konkurrenz machte, den Arbeitgeber unter Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit zur Finanzierung der Rechtsverfolgung gegen sich selbst anhielte und schließlich auf eine Rechtsberatung ohne zureichende Kompetenz und ohne Haftung hinausliefere<sup>27</sup>.

Dementsprechend kann der Betriebsrat allenfalls kompensatorisch für die Beschränkung auf eine Instanz als *Aufklärungshelfer des Gerichts* wirken. Der Betriebsrat ist kein Beteiligter „zweiter Klasse“; er kann durch seinen Vortrag, insbesondere zur Sozialauswahl und zu Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten das Gericht zu entsprechender Amtsermittlung bewegen.

## IV. Verfahren

### 1. Untersuchungsgrundsatz

Nach § 126 II 2 InsO gelten die Vorschriften über das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren entsprechend. Das ist nicht systemgerecht<sup>28</sup>, weil der Verfahrensgegenstand Kündigungsschutz ins kontradiktorische Urteilsverfahren gehört und Beteiligungsrechte des Betriebsrats (der nur hier überhaupt verfahrensfähig ist) gerade nicht selbständiger Verfahrensgegenstand sind.

Insbesondere gilt nach § 83 I 1 ArbGG der *Amtsermittlungsgrundsatz*, wobei die Parteien gem. § 83 I 2 ArbGG Mitwirkungspflichten treffen. Es zwar keine subjektive Darlegungs- und Beweislast. Doch muss der Sachvortrag der Beteiligten Anhaltspunkte für Amtsermittlungen bieten. Deshalb muss der Verwalter diejenigen Tatsachen vortragen, auf die er seinen Antrag stützt<sup>29</sup>. Eine Entscheidung nach objektiver Beweislast bleibt möglich. Die zu § 1 II 4 KSchG entwickelten Grundsätze der *abgestuften Beweislast* im Kündigungsschutzprozess greifen auch hier<sup>30</sup>. Der Verwalter muss nicht umfassend zur *Sozialauswahl* vortragen<sup>31</sup>. § 126 InsO schafft für den Verwalter eine *Erleichterung* gegenüber dem individuellen Kündigungsschutzstreit schaffen. Warum er diesen Beschleunigungseffekt mit einer erhöhten Vortraglast zur Sozialauswahl „bezahlen“ soll, ist nicht einzusehen. Das Beschlussverfahren fasst vielmehr verschiedene Kündigungsschutzverfahren zusammen – ohne die objektive Beweislast zu verschieben<sup>32</sup>.

### 2. Beschleunigungsgebot

Ähnlich wie im Verfahren nach § 122 InsO verbietet sich im Kündigungsschutzbeschlussverfahren jede Verzögerung. Insbesondere hat das ArbG auf den (nach § 80 II 2 ArbGG rechtlich möglichen) Güetermin zu verzichten<sup>33</sup>.

### 3. Verfahrensbeteiligte

Beteiligt sind gem. § 126 II neben dem (antragstellenden) Insolvenzverwalter und den namentlich bezeichneten Arbeitnehmern der Betriebsrat, sowie gegebenenfalls ein (potenzieller) Betriebserwerber nach § 128 I 2 InsO:

Der *Betriebsrat* ist stets zu beteiligen, schon um die Bindungswirkung der Entscheidung auch für das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG sicherzustellen.

Die Beteiligung der *Arbeitnehmer* trägt die Rechtskraftbindung im individuellen Kündigungsschutzverfahren nach § 127 InsO. Sie unterbleibt nach § 126 II 1 Halbs. 2 InsO, sofern sie sich bereits *vor* dem Verfahren gegenüber dem Gericht mit der (streitigen) Beendigung oder der Änderung des Arbeitsverhältnisses einverstanden erklärt, also nachträglich einen Aufhebungs- oder Änderungsvertrag abgeschlossen oder aber einen Klagverzicht erklärt, haben. Ihre Beteiligterstellung im Sammelverfahren folgt aus der materiellen Betroffenheit.

Soll die vom Verwalter betriebene Beendigung oder Änderung des Arbeitsverhältnisses einvernehmlich vollzogen werden, besteht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber kein Streitiges Rechtsverhältnis, welches das Sammelverfahren mit seiner Rechtskraftwirkung klären könnte. Daraus folgt zunächst, dass es an einer unmittelbaren materiellen Betroffenheit dieser Arbeitnehmer fehlt. Gleichwohl sind sie vom Verwalter in dem Antrag zu benennen und dementsprechend an dem Verfahren zu beteiligen, da auf den Kündigungsschutz nur *nach* Ausspruch der Kündigung wirksam verzichtet werden kann<sup>34</sup>. Nur der Aufhebungsvertrag ist geeignet, den Kündigungsschutz im Vorhinein entfallen zu lassen. Die bloße Untätigkeit im Beschlussverfahren bedeutet kein Einverständnis des Arbeitnehmers mit der Kündigung<sup>35</sup>.

Nach Einleitung des Beschlussverfahrens soll der Arbeitnehmer auf seine Beteiligterstellung nicht mehr verzichten können<sup>36</sup>. Schließt er jedoch nach diesem Zeitpunkt einen *Aufhebungs- oder Änderungsvertrag mit dem Arbeitgeber* ab, so scheidet er durch Teilvergleich aus dem Beschlussverfahren aus. Ab diesem Zeitpunkt fehlt jeder Sinn der Beteiligung: Der Arbeitnehmer ist nicht mehr betroffen, weil sein Arbeitsverhältnis kraft eigenen Entschlusses endet. Dasselbe gilt, wenn der Arbeitnehmer während des laufenden Kollektivverfahrens die *Klagefrist des § 4 KSchG versäumt* und dadurch die Kündigung geheilt wird. Damit ist er aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden; eine Entscheidungswirkung ihm gegenüber ist sinnlos.

26 Ähnlich *Löwisch/Caspers*, in: MünchKomm-InsO (o. Fußn. 19), § 126 Rdnr. 29.

27 *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 4 Rdnr. 36. Dazu auch BAG (5. 4. 1995), NZA 1995, 1068 = AP Nr. 130 zu § 4 TVG Ausschlussfristen = EZA § 4 TVG Ausschlussfristen Nr. 111 m. Anm. *Rieble*.

28 *Löwisch/Caspers*, in: MünchKomm-InsO (o. Fußn. 19), § 126 Rdnr. 28.

29 *Caspers*, Personalabbau und Betriebsänderung im Insolvenzverfahren, (1998), Rdnrn. 254 f.

30 *Löwisch/Caspers*, in: MünchKomm-InsO (o. Fußn. 19), § 126 Rdnr. 36.

31 So aber *Lakies*, NZI 2000, 345 (347); unklar *Zwanziger* (o. Fußn. 7), § 126 InsO Rdnr. 44.

32 *Kübler/Prütting/Moll* (o. Fußn. 10), § 126 Rdnr. 32; *Müller-Limbach*, KTS 2001, 531 (552 ff.).

33 *Becker* (o. Fußn. 1), S. 38 f.; *Lakies*, Das Beschlussverfahren zum Kündigungsschutz nach § 126 InsO, NZI 2000, 345 (347 f.).

34 a. *Müller-Limbach*, KTS 2001, 531 (543 f.).

35 BAG, NZA 2001, 170 = AP Nr. 1 zu § 126 InsO = EZA § 126 InsO Nr. 1.

36 *Irschlinger*, in: Heidelberger Komm. z. InsO (o. Fußn. 9), § 126 Rdnr. 16; *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge*, ArbGG, 5. Aufl. (2004), § 83 Rdnr. 38.



Die Beteiligung des *potenziellen Betriebserwerbers* (§ 128 I 2 InsO) – mit dem Ziel einer sachlich auf § 613 a IV BGB und persönlich auf den Betriebserwerber erstreckten Rechtskraftwirkung setzt voraus, dass die Betriebsänderung nach dem Betriebsübergang erfolgen soll – aber vom Verwalter schon (nach Erwerberkonzept) vorbereitet wird. Für den umgekehrten Fall – Betriebsübergang nach Vollzug der Betriebsänderung – ist der Erwerber nicht gesondert zu beteiligen. Er tritt automatisch in die Arbeitgeberstellung ein – unter Einschluss der Rechtskraftwirkung, § 325 ZPO analog<sup>37</sup>.

#### 4. Zulässigkeit

*Antragsberechtigt* ist allein der endgültige Insolvenzverwalter. Statthaft ist nur *Feststellungsantrag* dahin, dass die (Änderungs-)Kündigung bestimmter, namentlich bezeichneter Arbeitnehmer durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt und sozial gerechtfertigt ist<sup>38</sup>. Im Fall der Änderungskündigung muss der Verwalter das *Änderungsangebot in den Feststellungsantrag aufnehmen* – durch konkrete Bezeichnung der zu ändernden Arbeitsbedingungen, hilfsweise durch Bezugnahme auf das Angebotschreiben, das dem Antrag beigelegt sein muss. Die begehrte Feststellung bezieht sich auf die soziale Rechtfertigung gerade der dem Arbeitnehmer zugemuteten Änderung der Arbeitsbedingungen (§ 2 KSchG).

Ob der Verwalter nach seinem Sanierungskonzept Beendigungs- oder Änderungskündigungen aussprechen will, bleibt ihm überlassen. Der neuerdings vom BAG strikt verstandene Vorrang der Änderungskündigung<sup>39</sup> kann dem Verwalter kein Personalabbaukonzept verwehren. Die Insolvenz rechtfertigt die Zerschlagung des Unternehmens; das KSchG kann dem Verwalter nicht aufgeben, das Sanierungsrisiko zu geänderten Arbeitsbedingungen für die Masse zu schultern. Eingeschränkt ist der Verwalter hinsichtlich der Antragstellung nur in einem Fall: Hat er die *Änderungskündigung bereits ausgesprochen und hat der Arbeitnehmer das Angebot vorbehaltlos abgelehnt*, so steht nurmehr die Beendigungskündigung im Raum, so dass der Antrag auf deren Rechtfertigung gerichtet sein muss.

#### 5. Begründetheit

a) *Prüfungsmaßstab*. Der an die Kündigungen anzulegende Prüfungsmaßstab entspricht uneingeschränkt dem des Kündigungsschutzprozesses nach dem KSchG. Insbesondere wird die Sozialauswahl nicht analog § 125 I 1 Nr. 2 InsO nur auf grobe Fehlerhaftigkeit geprüft, wenn kein Interessenausgleich mit Namensliste vorliegt (dazu III 1 d).

b) *Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt*. Wird der Antrag nach § 126 InsO vor Ausspruch der Kündigungen entschieden, so kommt es – arg. § 127 I 2 InsO – auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an. Eine nachträgliche Änderung im Kündigungsgrund muss der Arbeitnehmer nach § 127 I 2 InsO nicht gegen sich gelten lassen.

Soweit das Verfahren erst nach Ausspruch der Kündigungen abgeschlossen wird, bleibt es bei der allgemeinen Regel, dass es für die Rechtmäßigkeit einer Kündigung auf den Zugang der Kündigungserklärung ankommt<sup>40</sup>.

c) *Teilweise begründete Anträge*. Erweist es sich, dass die Kündigung nur in Bezug auf einen Teil der angegebenen Arbeitnehmer gerechtfertigt ist, so ist dem Antrag teilweise stattzugeben<sup>41</sup>. Das BAG hat die kündigungrechtlichen Risiken eines derartigen Teilunterliegens mit der Aufgabe der Dominotheorie deutlich reduziert<sup>42</sup>. Gleichwohl kann ein

Sozialauswahlfehler immer noch eine Mehrzahl von Kündigungen vernichten. Das würde das Verfahren nach § 126 InsO entwerten, weil eine zweite „korrigierende“ Kündigungsrunde mit neuem Kündigungskonzept ein zweites Verfahren erforderlich machte.

§ 126 InsO will dem Verwalter frühzeitig Rechtsklarheit in Bezug auf anstehende Kündigungen verschaffen. Ein Teilunterliegen in Bezug auf einige Arbeitnehmer schließt eine zweite Kündigungsrunde nicht aus – weder gegenüber solchen Arbeitnehmern, die im Antrag gar nicht genannt waren (und mithin nicht von der Rechtskraft erfasst werden) noch gegenüber obsiegenden Arbeitnehmern, denen auf der Basis einer erneuten und fehlerfreien Sozialauswahl gekündigt worden ist, weil sich insofern die Sachlage wesentlich geändert hat, § 127 I 2 InsO<sup>43</sup>.

Der Verwalter kann jedenfalls vorbeugend für den Fall eines Teilunterliegens in einem Hilfsantrag weitere Arbeitnehmer benennen<sup>44</sup>. Die insoweit eintretende subjektiv-eventuale „Klagehäufung“ (in Beschlussverfahren!) ist ausnahmsweise zuzulassen, sie erklärt sich aus der eigentümlichen Doppelstellung der Arbeitnehmer als Beteiligte und „Verfahrensgegenstand“. Die nur hilfsweise benannten Arbeitnehmer sind am Verfahren von Anfang an zu beteiligen<sup>45</sup>. Alternativ kann der Verwalter bis zum Abschluss der ersten Instanz den Antrag kostenfreie (teilweise) zurücknehmen, nach § 81 II 1 ArbGG, oder den Antrag nach § 81 III ArbGG umstellen – allerdings nur mit Zustimmung der übrigen Beteiligten oder aber bei Sachdienlichkeit. Zeichnen sich im Verlauf des Verfahrens Fehler in der Sozialauswahl ab und ändert der Verwalter daraufhin gezielt den Antrag durch die Einbeziehung anderer Arbeitnehmer, so wird diese Änderung in aller Regel sachdienlich sein, da sich die Korrektur als Reaktion auf das bisherige Verfahrensergebnis zur Sozialauswahl darstellt<sup>46</sup>. Keinesfalls darf das ArbG von sich aus den Antrag ändern und andere Arbeitnehmer einbeziehen<sup>47</sup>. Sachgerecht ist im Verfahrensinteresse der Beschleunigung der sanierenden Insolvenz allein das Hinwirken des ArbG auf eine Antragsumstellung.

#### 6. Rechtsbehelfe

Laut § 126 II 2 InsO ist § 122 III InsO anzuwenden: Demnach ist die Beschwerde zum LAG ausgeschlossen. Die

37 BAG (18. 2. 1999), NZA 1999, 648 = AP Nr. 5 zu § 325 ZPO = ZIP 1999, 1142 = EzA § 613 a BGB Nr. 176.

38 LAG München, BeckRS 2003, 30463990 = ZInsO 2003, 339.

39 BAG (21. 4. 2005 – 2 AZR 132/04), NZA 2005, 1289 = AP Nr. 79 zu § 2 KSchG 1969 EzA § 2 KSchG Nr. 53 m. Anm. Wank; BAG (21. 4. 2005 – 2 AZR 244/04), NZA 2005, 1294 = AP Nr. 80 zu § 2 KSchG 1969 = EzA § 2 KSchG Nr. 52 m. Anm. Buchner; BAG (21. 9. 2006), NZA 2007, 431 = AP Nr. 130 zu § 2 KSchG 1969 = EzA § 2 KSchG Nr. 62.

40 BAG, NZA 2000, 1180 = AP Nr. 2 zu § 126 InsO = EzA § 126 InsO Nr. 2 = SAE 2002, 60 m. Anm. Bittner; Löwisch/Caspers, in: MünchKomm-InsO (o. Fußn. 19), § 126 Rdnr. 22; Annuß/Lembke (o. Fußn. 1), Rdnr. 259.

41 BAG, NZA 2000, 1180 = AP Nr. 2 zu § 126 InsO = EzA § 126 InsO Nr. 2.

42 BAG (9. 11. 2006), NZA 2007, 549 = AP Nr. 87 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl = EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 71.

43 Braun/Wolf, InsO, 2. Aufl. (2004), § 127 Rdnr. 11; Kübler/Prütting/Moll (o. Fußn. 10), § 126 Rdnr. 22; a. A. Löwisch/Caspers, in: MünchKomm-InsO (o. Fußn. 19), § 127 Rdnr. 10; Lakies, RdA 1997, 145 (154); Zwanziger (o. Fußn. 7), § 127 InsO Rdnr. 2.

44 Kübler/Prütting/Moll (o. Fußn. 10), § 126 Rdnr. 23; Nehrlich/Römermann/Hamacher (o. Fußn. 10), § 126 Rdnr. 34; Grunsky, in: Festschr. f. Lüke, 1997, 191 (197).

45 Zwanziger (o. Fußn. 7), § 126 Rdnr. 30; Grunsky, in: Festschr. f. Lüke (o. Fußn. 1), S. 191 (197).

46 Müller-Limbach, KTS 2001, 531 (536 f.).

47 BAG, NZA 2000, 1180 = AP Nr. 2 zu § 126 InsO = EzA § 126 InsO Nr. 2 = SAE 2002, 60 m. Anm. Bittner.

Rechtsbeschwerde zum BAG kommt nur bei Zulassung in Betracht, eine Nichtzulassungsbeschwerde ist unstatthaft.

### 7. Rechtskraftwirkung

An die Entscheidung des ArbG sind alle Beteiligten, also die benannten Arbeitnehmer, der Verwalter, der potenzielle Betriebserwerber und der Betriebsrat gebunden – vorbehaltlich einer nachträglichen Änderung der Sachlage gem. § 127 I 2 InsO. Dabei handelt es sich – ähnlich wie bei § 103 BetrVG – um eine „normale“ Rechtskraftwirkung gegenüber Beteiligten<sup>48</sup>. Am Verfahren unbeteiligte Arbeitnehmer sind nicht an die Entscheidung gebunden; dem kann durch Nebenintervention oder Streitverkündung abgeholfen werden<sup>49</sup>.

Unzulässig ist es mit Blick hierauf den Antrag nach § 126 I 1 InsO mit einer für das Gericht bindenden Rangfolge der Arbeitnehmer in ihrer sozialen Schutzwürdigkeit zu versehen – um einen Rangverteilungskampf auszuschließen<sup>50</sup>. Das würde das Verfahren mit einer kaum zu bewältigenden Menge an hypothetischem Streitstoff aufladen und läuft auf die Erstattung eines Rechtsgutachtens hinaus; die gewollte Beschleunigung wäre gefährdet<sup>51</sup>.

### 8. Kosten

Im ersten (und regelmäßig einzigen) Rechtszug kommt gem. § 126 III 1 InsO i. V. mit § 12 a I 1 ArbGG ein Anspruch auf Erstattung von Kosten für die Zuziehung eines Prozessbevollmächtigten, sowie auf eine Entschädigung wegen Zeitversäumnis nicht in Betracht. Damit verdoppelt sich gegebenenfalls die Kostenlast für solche Arbeitnehmer, die sich auch in einem Kündigungsschutzverfahren anwaltlich vertreten lassen. Gerichtskosten werden nach § 2 II GKG in allen Rechtszügen nicht erhoben.

Allerdings greift hiervon unabhängig ein materieller Kostenerstattungsanspruch des Betriebsrats nach § 40 I BetrVG, welcher nach § 55 I Nr. 1 InsO eine Masseverbindlichkeit darstellt.

Ähnlich wie in Verfahren nach § 103 II BetrVG ist es in den Beschlussverfahren nach § 126 InsO nicht a priori ausgeschlossen, dass ein einziger Rechtsanwalt den Betriebsrat

und alle (oder einzelne) Arbeitnehmer (oder einzelne Arbeitnehmer) vertritt. Im Verfahren nach § 126 InsO ist die Gefahr einer Interessenkollision wesentlich geringer, weil die Wirksamkeit der einzelnen Kündigungen nicht von der Zustimmung des Betriebsrats abhängt – auch dann wenn ein Betriebsratsmitglied nach § 15 IV, V KSchG ordentlich gekündigt werden kann<sup>52</sup>.

Der Streitwert des Verfahrens ist analog § 42 IV GKG so zu ermitteln, dass für jeden Arbeitnehmer ein Betrag von *höchstens drei Monatsgehältern* angesetzt wird<sup>53</sup>. Die Gefahr hoher Streitwerte<sup>54</sup> auch oberhalb der absoluten Volumengrenze für Insolvenzsozialpläne von jeweils zweieinhalb Monatsverdiensten, besagt nichts. Die Festsetzung des Streitwerts gem. § 23 II 2 RVG nach billigem Ermessen ist wie in Verfahren nach § 103 II 2 BetrVG an § 42 IV GKG auszurichten. Auch hier wird eine Vorfrage zu Kündigungsstreitigkeiten entschieden, die ihrerseits unter § 42 IV GKG fallen. Ein Abschlag vom Streitwert ist nicht geboten. Die Masse wird durch den degressiven Anstieg der Anwaltsgebühren nach § 13 I RVG geschont.

### V. Fazit

Das Verfahren nach § 126 InsO ist effektiver, als man glaubt. Gerade in Verbindung mit § 122 InsO lassen sich Betriebsänderungen deutlich beschleunigen. Verwalter müssten das Insolvenzarbeitsrecht nur etwas intensiver zur Kenntnis nehmen. ■

48 Prütting, in: Festschr. f. Uhlenbruck, 2000, S. 769 (777).

49 Ausf. Grunsky, in: Festschr. f. Lücke (o. Fußn. 1), S. 191 (198 f.).

50 So aber Giesen, ZIP 1998, 46 (52); Heinze, NZA 1999, 57 (61); Grunsky, in: Festschr. f. Lücke (o. Fußn. 1), S. 191 (200 ff.).

51 Richtig Müller-Limbach, KTS 2001, 531 (537); Kübler/Prütting/Moll (o. Fußn. 10), § 126 Rdnr. 38 und Löwisch/Caspers, in: Münch-Komm-InsO (o. Fußn. 19), § 126 Rdnr. 16.

52 Zu einem möglichen Verbot der gerichtlichen Wahrnehmung widerstreitender Interessen im Beschlussverfahren nach § 103 BetrVG BAG (25. 8. 2004), NZA 2005, 168 = AP Nr. 1 zu § 43 a BRAO m. Anm. Knöfel = DB 2005, 288.

53 Lakies, NZI 2000, 345 (350); Zwanziger (o. Fußn. 7), § 126 InsO Rdnr. 39; Kübler/Prütting/Moll (o. Fußn. 10), § 126 Rdnr. 52 und Nehrlich/Römermann/Hamacher (o. Fußn. 10), § 126 Rdnr. 58.

54 Müller, DZWIR 1999, 221 (229).