

Betriebs Berater

5 | 2020

Steuern ... **EU-Beihilfen** ... **EU-AWV** ... **Grundsteuer** ... **W&I-Versicherung** ... **Sanierung** ...

27.1.2020 | 75. Jg.
Seiten 193–256

DIE ERSTE SEITE

Dr. Barbara Mayer, RAin

Handelskonflikte, Brexit & Co: Ausblick auf den M&A-Markt 2020

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Ulrich Soltész, RA, und **Maximilian Imgenberg**

Ansteckende Finanzspritze: Haftungserstreckung bei Rückforderung EU-rechtswidriger Beihilfen | 194

Dr. Dimitri Slobodenjuk, LL.M., RA

Die europäische Außenwirtschaftsverordnung – ein Rahmen mit Nebenwirkungen? | 198

Dr. Kai Hasselbach, RA, und **Simon Stepper**, RA

Veröffentlichungspflichten bei M&A-Transaktionen und bei Übernahmen börsennotierter Unternehmen | 203

STEUERRECHT

Dr. Monika Wünnemann und **Benjamin Koller**

Die Grundsteuerreform – ein Resümee aus Sicht der Industrie | 215

Dr. Peter Ratz, Syndikus-RA, und **Dr. Dorothea Maria Tachezy**, LL.M.

W&I-Versicherungsprodukte für „Distressed Assets“ und identifizierte Steuer-Risiken – Chancen und Risiken für Geschäftsführer und Insolvenzverwalter? | 219

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Michael Deubert, WP/StB, und **Dr. Stefan Lewe**, WP/StB

Handelsbilanzielle Abbildung von W&I-Versicherungen beim Unternehmenskauf | 235

ARBEITSRECHT

Dr. Hans-Peter Löw, RA, und **Dr. Sebastian Schulz**, RA

Erfolgreiche übertragende Sanierung trotz Betriebsübergang? | 244

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M., und **Lena Bleckmann**

Schutz vor Mobbing am Arbeitsplatz: Eine Aufgabe für den Gesetzgeber? | 249

Dr. Hans-Peter Löw, RA, und Dr. Sebastian Schulz, RA

Erfolgreiche übertragende Sanierung trotz Betriebsübergang?

Seit dem Ende der Finanzkrise ist die Anzahl der Insolvenzen in Deutschland stetig zurückgegangen. Glaubt man den letzten Konjunkturprognosen, wird sich das spätestens ab diesem Jahr wieder ändern und die Zahl der Insolvenzen zunehmen (s. Welt online vom 18.6.2019). Gerade die vergleichsweise großen und öffentlichkeitswirksamen Insolvenzen der letzten Jahre (etwa Schlecker, Air Berlin, Thomas Cook) haben eindrucksvoll gezeigt, wie sehr die Fortführung des Unternehmens und damit die Erhaltung von Arbeitsplätzen sodann in den Vordergrund rückt. Fortführung des Unternehmens bedeutet in nicht seltenen Fällen unter anderem auch den Verkauf des insolventen Unternehmens durch die Veräußerung von (einzelnen) Betriebsmitteln und die Durchführung von Reorganisationsmaßnahmen, die regelmäßig mit dem Übergang von Arbeitsverhältnissen auf den Erwerber und dem Abbau von Arbeitsplätzen einhergehen. Es sind dann die Interessen der Arbeitnehmer an einem unveränderten Fortbestand der Arbeitsverhältnisse mit den zumeist konträren Interessen von Insolvenzverwalter und potentiell Erwerber, die es in den Einklang zu bringen gilt. Insolvenzzurechtlich ist die übertragende Sanierung häufig das Mittel der Wahl, allerdings nur dann, wenn das Arbeitsrecht keinen Strich durch die insolvenzzurechtliche Rechnung macht. Daneben kennt die Insolvenzordnung als Weg der Unternehmenssanierung das Insolvenzplanverfahren und die Eigenverwaltung.

I. Asset Deal und Betriebsübergang nach § 613a BGB in der Insolvenz

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat zunächst keine Auswirkung auf die Anwendung der allgemeinen arbeitsrechtlichen Vorschriften. Soweit keine insolvenzzurechtlichen Spezialregelungen gelten,¹ bleiben diese ohne Einschränkung anwendbar.² Das gilt grundsätzlich auch für § 613a BGB,³ der somit für den Fall der üblicherweise im Rahmen der Insolvenz stattfindenden Veräußerung der verbleibenden Vermögenswerte des Unternehmens („Asset Deal“) zur Anwendung kommen kann.⁴

Nach Art. 5 Abs. 1 der RL 2001/23/EG soll eine Geltung der gemeinschaftlichen Regelungen zum Übergang von Arbeitsverhältnissen und zum Kündigungsschutz bei einem Betriebsübergang (Art. 3 und Art. 4 der RL 2001/23/EG) zwar grundsätzlich dann nicht gelten, wenn gegen dem Betriebsveräußerer ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Art. 5 Abs. 1 der RL 2001/23/EG sieht aber auch vor, dass die Mitgliedstaaten etwas anderes vorsehen können. Davon hat der deutsche Gesetzgeber mit den Regelungen in § 613a BGB und der Insolvenzordnung Gebrauch gemacht, so dass in Deutschland die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Anwendung von § 613a BGB grundsätzlich nicht ausschließt.⁵

II. „Problem“ bei Unternehmens-/ Betriebsübertragungen aus der Insolvenz

Das mögliche Vorliegen eines Betriebsübergangs verbunden mit dem automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse unabhängig von den Plänen von Veräußerer und Erwerber führt bei Unternehmens- und Betriebsübertragungen aus der Insolvenz allerdings in der Regel zu dem Problem, dass die Sanierung des insolventen Unternehmens mit den Wirkungen des § 613a BGB in Konflikt gerät oder sogar vollständig in Widerspruch steht.⁶ Das BAG hat zwar mit Blick auf den Eintritt des Erwerbers in die Rechte und Pflichten der übergehenden Arbeitsverhältnisse für den Fall des Betriebsübergangs in der Insolvenz entschieden, dass der Erwerber nicht für solche Forderungen der Arbeitnehmer haftet, die bereits vor der Insolvenzeröffnung entstanden sind.⁷ Bereits vorher war anerkannt, dass die Insolvenzeröffnung mit Blick auf Ansprüche aus der betrieblichen Altersversorgung eine Zäsur darstellt, die die Haftung des Erwerbers für die Vergangenheit ausschließt.⁸ Diese Einschränkung in der Anwendbarkeit von § 613a Abs. 1 S. 1 BGB ändert allerdings nichts daran, dass der Erwerber durch den Übergang der Arbeitsverhältnisse für die Zukunft mit den gleichen, und häufig für die erfolgreiche Fortführung des Unternehmens zu hohen Personalkosten konfrontiert ist wie der insolvente Veräußerer zuvor. Es kommt hinzu, dass es vielen Erwerbern als unvermeidbar erscheint, Personal abzubauen, sei es zur Nutzung von Synergien mit dem bestehenden Geschäft des Erwerbers oder schlicht, weil eine Sanierung des insolventen Unternehmens mit der bestehenden Belegschaft und zu den bestehenden arbeitsvertraglichen Bedingungen als nicht wirtschaftlich bewertet wird.⁹

Rechtlich möglich, in der Praxis aber regelmäßig nur mit Einschränkungen durchführbar, ist der Ausspruch von betriebsbedingten Kündigungen des Veräußerers nach Erwerberkonzept. Die Wirksamkeit dieser Kündigungen hängt nach der Rechtsprechung des BAG im Wesentlichen von dem Sanierungsplan des Erwerbers ab, „dessen Durchführung im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits greifbare

1 Etwa §§ 108, 113, 120 bis 128 InsO.

2 Allg. zu den arbeitsrechtlichen Besonderheiten in der Insolvenz *Granetzny/Esner*, BB 2019, 1524.

3 Vgl. nur BAG, 29.9.2005 – 8 AZR 647/04.

4 S. zu den Besonderheiten beim Unternehmenskauf aus der Insolvenz für die Transaktionspraxis *Classen*, BB 2010, 2898.

5 Die elegante Lösung des Problems läge sicherlich darin, den europarechtlichen Urzustand mit Blick auf die Nichtanwendbarkeit der Betriebsübergangsrichtlinie nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens wieder herzustellen (vgl. zum Diskussionsstand nur *Gravenbrucher/Kreis*, ZIP 1994, 585, 586). Eine solche ebenso einfache und wirkungsvolle Maßnahme ist aus politischen Gründen jedoch nicht zu erwarten. Daher bleibt die Kreativität der Arbeitsrechtsberater gefragt.

6 Vgl. auch *Willemsen NZA*, 2013, 242.

7 BAG, 14.11.2012 – 5 AZR 778/11.

8 BAG, 19.5.2005 – 3 AZR 649/03.

9 Vgl. hierzu auch *Ganter/Bruns*, in: MünchKomm InsO, 4. Aufl. 2019, Bd. 1, § 1 Rn. 94.

Formen angenommen“ haben muss.¹⁰ Diese Voraussetzungen sollen erfüllt sein, wenn ein Vorvertrag zwischen Veräußerer und Erwerber vorliegt, der neben der Übertragung von Vermögensgegenständen auch den Betriebsübergang selbst und die Zahl der übernehmenden Arbeitnehmer benennt.¹¹ Der Vorteil des Ausspruchs dieser Art von Kündigungen liegt auf der Hand. Der Erwerber muss nicht den Vollzug des Unternehmenskaufvertrags und somit zeitlich den regelmäßig damit verknüpften Betriebsübergang abwarten, bevor er zum Ausspruch der Kündigungen kommt. Spricht der Insolvenzverwalter die Kündigungen aus, kommen während des Laufs des Insolvenzverfahrens zudem die insolvenzrechtlichen Erleichterungen wie etwa eine verkürzte Kündigungsfrist (maximal drei Monate, § 113 S. 2 InsO) oder die Möglichkeit des beschleunigten Interessenausgleichsverfahrens (siehe § 122 InsO) in Betracht.

Die praktischen Schwierigkeiten der rechtlich möglichen Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept ergeben sich daraus, dass es zum einen Erwerbern häufig schwer fällt, das vom BAG geforderte Konzept vorzulegen, und zum anderen, dass die Kündigung nach Erwerberkonzept nicht von dem Vorliegen der übrigen Wirksamkeitsvoraussetzungen für eine betriebsbedingte Kündigung entbindet. Insbesondere die Durchführung der Sozialauswahl und die allgemeinen Risiken im Rahmen von Kündigungsschutzprozessen führen daher in der Praxis dazu, dass Erwerber den Ausspruch von Kündigungen für die Sanierung und Unternehmensfortführung häufig als nicht zielführend erachten. Angesichts der hohen rechtlichen Risiken hätte der Erwerber keine verlässliche Kalkulationsgrundlage für seine Investition.

Gleiches gilt für die Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung, die, sollte mehr das Lohnniveau als die Belegschaftsstärke als problematisch eingeschätzt werden, aus rechtlicher Sicht mit so hohen Voraussetzungen verbunden ist,¹² dass diese Möglichkeit in der Praxis so gut wie keine Rolle spielt.

In der Praxis am bedeutsamsten erscheint in der Regel immer noch der Übergang der Arbeitnehmer auf eine Transfergesellschaft. Die finanziellen Vorteile für Veräußerer und Mitarbeiter sprechen häufig für sich (d.h. Transferkurzarbeitergeld nach § 111 SGB III). Soll die Unternehmensübertragung allerdings sehr kurzfristig und schnell erfolgen, kann dies gegen das Modell der Transfergesellschaft sprechen. Die Einrichtung einer Transfergesellschaft scheidet auch dann aus, wenn die Finanzierung der Transfergesellschaft durch die Insolvenzmasse nicht gedeckt werden kann.

III. „Lösungsmodelle“ unter Verwendung von Aufhebungsverträgen

Aufgrund der vorstehend beschriebenen Hürden rücken für Unternehmens- und Betriebsveräußerungen im Insolvenzfall daher Lösungsmodelle in den Fokus der arbeitsrechtlichen Beratung, die nicht den Ausspruch von Kündigungen zum Gegenstand haben, sondern die Vereinbarung von Aufhebungsverträgen.¹³ Wirksam abgeschlossene Aufhebungsverträge haben den Vorteil, dass der Erwerber Gewissheit über das Beendigungsdatum hat. Dann entfällt das Prozessrisiko, wie es bei dem Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen im Raum steht. Zugleich besteht die Möglichkeit, mit Arbeitnehmern neue Arbeitsverträge zu geänderten Bedingungen zu schließen (d.h. gerade nicht den für die Zukunft unveränderten Fortbestand der Arbeitsbedingungen wie beim Betriebsübergang).

Für die Lösung unter Verwendung von Aufhebungsverträgen gibt es verschiedene Modelle, die aber alle vor der gleichen rechtlichen Herausforderung stehen. Aufhebungsverträge mit Arbeitnehmern im Zusammenhang mit einer übertragenden Sanierung sind nach § 134 BGB dann als unwirksam zu beurteilen, wenn diese die Rechtsfolgen nach § 613a BGB umgehen. Nach der Rechtsprechung des BAG sind diese Voraussetzungen generell erfüllt, wenn der Abschluss eines Aufhebungsvertrags die Beseitigung der Kontinuität des bisherigen Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes bezweckt.¹⁴

1. Allgemeine Grundsätze der Rechtsprechung des BAG

Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des jeweiligen Lösungsmodells und der genauen Durchführungsweise der übertragenden Sanierung¹⁵ im Einzelfall, lassen sich aus der Rechtsprechung des BAG allgemeine Grundsätze für die Wirksamkeit von Aufhebungsverträgen im Zusammenhang mit Unternehmens- und Betriebsübertragungen aus der Insolvenz entnehmen.

a) Endgültig auf das Ausscheiden gerichteter Aufhebungsvertrag

Der Abschluss des Aufhebungsvertrags muss auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Unternehmen gerichtet sein.¹⁶ Das soll nach der Rechtsprechung des BAG dann nicht vorliegen, wenn ein Aufhebungsvertrag lediglich die Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes bezweckt und die mit einer solchen Vertragsgestaltung verbundenen Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen sachlich unberechtigt sind.¹⁷ In diesem Fall, so das BAG, liege eine Nichtigkeit wegen objektiver Gesetzesumgehung vor.¹⁸

Der Erhalt des Arbeitsplatzes und die Umgehung von § 613a BGB werden nach dem BAG vor allem dann sichtbar, wenn mit dem Aufhebungsvertrag zugleich ein neues Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber vereinbart wird.¹⁹ Nicht ausreichend soll es zudem jedenfalls auch sein, wenn der Arbeitnehmer für die Dauer von 24 Stunden in einer Transfergesellschaft „geparkt“ wird, ohne dort jegliche Arbeitsleistung erbracht zu haben.²⁰

Auch für den Übergang auf eine Transfergesellschaft gilt, dass bei Abschluss des Überleitungsvertrags zwischen Veräußerer, Transfergesellschaft und Mitarbeiter noch nicht feststehen darf, welche Arbeitnehmer der Erwerber aus der Transfergesellschaft am Ende auswählen wird.²¹ Das BAG begründet dies mit der Vertragsfreiheit der Arbeit-

10 S. BAG, 20.3.2003 – 8 AZR 97/02.

11 Vgl. *Willemsen*, in: *Willemsen u. a. (Hrsg.)*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 5. Aufl. 2016, Teil H, Rn. 117 m. w. N.; *Preis*, in: *ErfKomm*, 20. Aufl. 2020, § 613a, Rn. 171 m. w. N.

12 Vgl. *Granetzny/Esner*, BB 2019, 1524, 1528 m. w. N.

13 Nach *Wilmer/Fuchs/Berner*, NZI 2015, 263 ist auch eine Widerspruchslösung im Rahmen von § 613a BGB ein zielführendes Sanierungskonzept in diesen Fällen. Danach widersprechen kollektiv alle Arbeitnehmer dem Betriebsübergang, bevor ein Kaufvertrag mit einem potentiellen Erwerber unterzeichnet wird. Kritisch dazu *Hoffmann/Marquard*, NZI 2017, 513.

14 Vgl. BAG, 27.9.2012 – 8 AZR 826/11.

15 S. zum Begriff *Schmidt*, ZIP 1980, 328.

16 BAG, 11.12.1997 – 8 AZR 654/95.

17 BAG, 10.12.1998 – 8 AZR 324/97.

18 BAG, 10.12.1998 – 8 AZR 324/97.

19 BAG, 25.10.2012 – 8 AZR 575/11.

20 BAG, 18.8.2011 – 8 AZR 312/10; S. zu Modellen der Transfergesellschaft auch *Fuhlrott*, NZA 2012, 549 m. w. N. zur Rechtsprechung.

21 BAG, 25.10.2012 – 8 AZR 575/11.

nehmer. Diese könnten einem Übergang des Arbeitsverhältnisses genauso widersprechen und im Zweifel über diesen Weg die Rechtsfolgen des § 613a Abs. 6 BGB auslösen.

Folgt man dem BAG, so ist grundsätzlich jede Vertragsstruktur, die zu einer künstlichen Aufspaltung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses vom Veräußerer auf den Erwerber in mehrere Schritte (Vereinbarungen) führt, dann nicht endgültig auf das Ausscheiden gerichtet, wenn es sich bei dieser Aufspaltung eindeutig um eine reine Änderung der bisherigen arbeitsvertraglichen Bedingungen handelt. Daraus ergibt sich eine wesentliche Anforderung an ein rechtswirksames Modell. Für den Arbeitnehmer darf bei Abschluss des Aufhebungsvertrags nicht klar sein, dass er bei dem Erwerber ein Arbeitsplatzangebot erhält. Dieses Angebot des Erwerbers oder die Bewerbung des Arbeitnehmers auf eine entsprechende Ausschreibung hat zeitlich dem Abschluss des Aufhebungsvertrages nachfolgend aufgrund eines eigenen, und gerade nicht mit dem Veräußerer abgestimmten Prozesses zu erfolgen.

b) Aufhebungsverträge sind für die Arbeitnehmer „Risikogeschäfte“

Die Aufhebungsverträge sind nur wirksam, wenn sie für die Arbeitnehmer „Risikogeschäfte“ darstellen. Ein solches Risikogeschäft liegt vor, wenn ein neues Arbeitsverhältnis bei dem Erwerber nicht zugesichert und auch nicht verbindlich „in Aussicht gestellt wird“.²²

Das BAG hat in diesem Zusammenhang ein verbindliches Inaussichtstellen jedenfalls auch dann angenommen, wenn für eine Mehrheit der Arbeitnehmer klar ist, dass sie einen neuen Arbeitsvertrag bei dem Erwerber erhalten werden. Im konkreten Fall hatte die Chance in einem Losentscheid „352 zu 452“ betragen. Das BAG war der Auffassung, dies sei für die Mitarbeiter mehr als ein Inaussichtstellen und daher auch mehr als unverbindlich. Es sei daher auch kein Risikogeschäft für die Arbeitnehmer gewesen. Diese Argumentation des BAG wird in der Literatur zu Recht kritisiert.²³ Sie gibt zum einen keine Abgrenzungsschärfe mit Blick darauf, bei welcher Quote denn bei der Durchführung des Losentscheids ein „Risikogeschäft“ vorgelegen hätte. Zum anderen lässt das BAG auch unbeantwortet, warum die formlose Erklärung des Arbeitgebers zur Durchführung eines solchen Losentscheids vor Abschluss des Aufhebungsvertrags überhaupt verbindlich gewesen sein soll. Die Entscheidung hat aber jedenfalls insoweit zur Rechtssicherheit beigetragen, als die Sanierungspraxis von der Durchführung solcher Losentscheide für die Zukunft weitgehend abgesehen hat.²⁴

Unschädlich ist in jedem Fall aber, dass der Erwerber im Rahmen der Verhandlungen mit dem Veräußerer schon weiß, mit welcher Belegschaft er zukünftig das Unternehmen oder den Betrieb fortführen will. Entscheidend ist, dass der Verkäufer dies nicht weiß und diese Information nicht an die Mitarbeiter weitergeben wird, die vor der Frage stehen, ob sie die vom Veräußerer angebotenen Aufhebungsverträge unterschreiben sollen oder nicht.

c) Wirksamkeit des Aufhebungsvertrags ist nicht durch Anfechtung, Wegfall der Geschäftsgrundlage oder aus einem anderen Grund beseitigt

Die Wirksamkeit eines endgültig auf das Ausscheiden gerichteten Aufhebungsvertrags ist nicht von einem sachlichen Grund abhängig. Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags bedarf im Kontext einer übertragenden Sanierung keiner Rechtfertigung. Das gilt auch dann,

wenn der Erwerber schließlich Teilen der Belegschaft neue Vertragsangebote unterbreitet und dabei die Grundsätze einer im Kündigungsfalle erforderlichen Sozialauswahl unterläuft. Das BAG hat dies bisher nicht beanstandet, es würde dem Konzept des Aufhebungsvertrags in der Insolvenz und den bestehenden Möglichkeiten einer Sanierung auch diametral entgegenstehen.

Umgekehrt ist jedoch zu beachten, dass auf Arbeitnehmerseite sehr wohl Gründe vorliegen können, die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrags nachträglich zu beseitigen. Wird der Arbeitnehmer etwa nicht über eine sich anbahnende und mögliche Betriebsübernahme informiert oder vorsätzlich darüber getäuscht, dass Chancen auf eine Übernahme des Arbeitsverhältnisses durch einen möglichen Erwerber bestehen, können Aufhebungsverträge unter Umständen nach § 123 BGB angefochten werden.

In Betracht kommt grundsätzlich auch eine Lösung vom Aufhebungsvertrag nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB). Danach ist der Aufhebungsvertrag etwa anzupassen, wenn sich in der Zeit zwischen dem Abschluss des Aufhebungsvertrags und dem vereinbarten Vertragsende unvorhergesehen eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer ergibt.²⁵ Die Rechtsprechung überträgt entsprechend die Grundsätze des Wiedereinstellungsanspruchs nach Ausspruch einer Kündigung, nach denen eine Prognoseabweichung während des Laufs der Kündigungsfrist erfolgen muss.²⁶ Da der Wegfall der Geschäftsgrundlage aber nur dann erheblich ist, wenn das Festhalten an der ursprünglichen Regelung zu einem „untragbaren mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin nicht mehr zu vereinbarenden Ergebnis führen würde“,²⁷ ist der Anwendungsbereich in der Praxis sehr begrenzt.

d) Grundsätze gelten entsprechend für Eigenkündigungen

Entsprechende Anwendung finden diese Grundsätze auch dann, wenn die Arbeitnehmer vom Arbeitgeber vor einem Betriebsübergang zum Ausspruch einer Eigenkündigung veranlasst wurden.²⁸

Klar ist, Arbeitnehmer könnten auch bei Vorliegen eines Betriebsübergangs dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widersprechen und ihr Arbeitsverhältnis beim Veräußerer selbst kündigen. § 613a BGB verbietet nur die Kündigung des Arbeitgebers wegen Betriebsübergangs, die Eigenkündigung des Arbeitnehmers ist immer möglich. Erfolgt eine solche Eigenkündigung aber nur deshalb, damit ein neues Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber zu anderen Konditionen eingegangen werden kann, und war dies dem Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung zugesagt worden, liegt wie bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags in vergleichbaren Fällen eine Umgehung der Rechtsfolgen nach § 613a BGB vor.

2. Aufhebungsverträge als Bedingung für die Unternehmensübertragung?

Im Zusammenhang von übertragenden Sanierungen unter Zuhilfenahme von Aufhebungsverträgen sind grundsätzlich viele verschiedene Konstellationen denkbar, die im Einzelfall zielführend sein kön-

22 BAG, 18.8.2011 – 8 AZR 312/10.

23 S. Willemsen, NZA, 2013, 242, 243 f.

24 Für ein Gegenbeispiel aus der Rechtsprechung s. allerdings ArbG Magdeburg, 13.12.2017 – 2 Ca 1318/17.

25 BAG, 8.5.2008 – 6 AZR 517/07.

26 LAG Düsseldorf, 26.9.2011 – 14 Sa 886/11.

27 BAG, 23.11.2006 – 8 AZR 349/06.

28 BAG, 27.9.2012 – 8 AZR 826/11.

nen. Für die rechtliche Beurteilung sind jeweils die vorstehend dargestellten Grundsätze zu beachten.

Mit Blick auf die Verknüpfung der zeitlichen und wirtschaftlichen Herausforderungen im Rahmen von Unternehmensübertragungen aus der Insolvenz sind in der Beratungspraxis zuletzt aber auch Konstellationen in den Vordergrund getreten, in denen der Vollzug des Unternehmenskaufs von bestimmten arbeitsrechtlichen Vorgaben abhängig gemacht wurde.²⁹ Gerade weil sich der Unternehmenskauf häufig nur dann lohnt, wenn der Erwerber mit reduzierter Personalstärke und – soweit möglich – geänderten Arbeitsbedingungen den Betrieb oder das Unternehmen fortführen kann, sind kreative und gleichzeitig rechtssichere Lösungen gefragt. Eine solche kann mit einschließen, den gesamten Unternehmenskauf unter die Bedingung zu stellen, dass sämtliche Mitarbeiter der Aufhebung ihres Arbeitsverhältnisses beim Veräußerer zustimmen. Von der Rechtsprechung wurde es zuletzt unter bestimmten Bedingungen und unter Berücksichtigung der oben dargestellten Rechtsprechung des BAG für rechtmäßig gehalten, den Aufhebungsvertrag unter die aufschiebende Bedingung zu stellen, dass der Unternehmenskaufvertrag tatsächlich wirksam wird, nämlich insbesondere nach Abschluss aller Aufhebungsverträge.³⁰ Möglichkeiten und Stolpersteine bei der Vereinbarung eines solchen Modells sind wie folgt:

a) Interessenlagen der Beteiligten

Die Interessenlagen für die Beteiligten sind differenziert zu beurteilen. Der Veräußerer (Insolvenzverwalter) wird die Aufnahme einer Bedingung in den Unternehmenskaufvertrag, wonach die Wirksamkeit des Vertrags davon abhängt, dass sämtliche Arbeitnehmer zuvor einen Aufhebungsvertrag abgeschlossen haben, nur dann akzeptieren, wenn es für ihn keine anderen wirtschaftlich interessanten Optionen gibt, insbesondere keine weiteren Kaufinteressenten. Er hat üblicherweise auch nichts zu verlieren. Ob die Arbeitsverhältnisse per Betriebsübergang übergehen oder nicht, ist letztlich nicht sein Risiko, sondern das des Erwerbers. Ist der Aufhebungsvertrag wirksam, endet das Arbeitsverhältnis mit dem Veräußerer. Gleiches gilt bei unwidersprochenem Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB. Bei einem Widerspruch gegen den Übergang steht einer Kündigung durch den Veräußerer nichts im Wege. Dazu gelten die verkürzten Kündigungsfristen in der Insolvenz. Für die Arbeitnehmer gibt es im insolventen Unternehmen – abgesehen vom Insolvenzgeld – nur selten etwas zu holen.

Die Interessenlage des Erwerbers ist ebenfalls eindeutig. Er hält den übernehmenden Teil nur dann für wirtschaftlich stark genug, wenn er Personalstärke und bestenfalls auch Arbeitsbedingungen neu bestimmen und der Kauf ohne „Altlasten“ vollzogen werden kann. Er hat auf der einen Seite dafür das Risiko, dass Leistungsträger aufgrund der Unsicherheit das Unternehmen verlassen, auch weil andere, schlechtere Arbeitsbedingungen für sie unattraktiv wären. Auf der anderen Seite besteht das Risiko, dass Mitarbeiter den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB reklamieren. Letzteres gilt dann sowohl für Mitarbeiter, die keinen neuen Arbeitsvertrag angeboten bekommen haben, als auch für Mitarbeiter, die zwar einen neuen Arbeitsvertrag unterschrieben haben, die aber dennoch auf ihre alten, besseren Arbeitsbedingungen beharren.

Für die betroffenen Mitarbeiter ist die Lage diffiziler. Ob der Erwerber ihnen schließlich ein Angebot auf Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages machen wird, wenn der Unternehmenskaufvertrag vollzo-

gen wird, ist für sie nicht klar (und das darf es aufgrund der Vorgaben der Rechtsprechung auch nicht sein). Andererseits haben sie auch nichts zu verlieren, weil weder der Verbleib im insolventen Unternehmen noch die Vereitelung des Unternehmenskaufs als Ganzes attraktiv erscheint. Dennoch mag sich der ein oder andere fragen, ob es für ihn nicht lukrativer sein könnte, den Aufhebungsvertrag nicht zu unterschreiben und später, sofern der Unternehmenskauf dennoch vollzogen wird, den Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB geltend zu machen. Das gilt vor allem in Konstellationen, in denen die Bedingung für den Vollzug des Kaufvertrags nicht der Abschluss von Aufhebungsverträgen mit sämtlichen Mitarbeitern ist, sondern unter Umständen nur mit 80 % der Belegschaft.³¹

b) Vorgehen der Beteiligten

Das Vorgehen der Beteiligten setzt ein Höchstmaß an Transparenz, eine gute Abstimmung zur Vorgehensweise und Kommunikation und eine saubere rechtliche Gestaltung der Verträge voraus. Das bedeutet, dass der Erwerber zunächst klar definiert, unter welchen Bedingungen er bereit ist, das Unternehmen/den Betrieb zu übernehmen. Bei der Gestaltung der rechtlichen Vereinbarungen ist sodann entscheidend, dass die Abhängigkeit der verschiedenen Verträge, d. h. Aufhebungsverträge und Vollzug des Unternehmenskaufvertrags, durch entsprechende Bedingungen miteinander verknüpft werden.

Bei dem Entwurf der Bedingung(en) für den Vollzug des Unternehmenskaufvertrags ist zudem darauf zu achten, dass dem Erwerber das Recht eingeräumt werden sollte, einseitig auf den Bedingungseintritt – alle Mitarbeiter haben einen Aufhebungsvertrag unterzeichnet – verzichten zu können. Dadurch kann der Erwerber den Vollzug des Unternehmenskaufvertrags auch dann herbeiführen, wenn nicht alle Mitarbeiter einen Aufhebungsvertrag unterschrieben haben, er den Kauf aber auch unter diesen Umständen als lohnenswert betrachtet.

c) Rechtmäßigkeit nach der Rechtsprechung des BAG

aa) Keine Nichtigkeit der Aufhebungsverträge nach § 134 BGB wegen Umgehung des § 613a BGB

Die im Rahmen dieser Vorgehensweise geschlossenen Aufhebungsverträge sind nicht nach § 134 BGB wegen Umgehung des § 613a BGB nichtig. Die oben genannten Grundsätze der Rechtsprechung sind eingehalten, wenn der Aufhebungsvertrag auf das endgültige Ausscheiden aus dem Unternehmen gerichtet ist und ein verbindliches Inaussichtstellen des Abschlusses eines neuen Arbeitsvertrags beim Erwerber nicht vorliegt. Für eine Verbindlichkeit reicht es in diesem Kontext auch nicht aus, wenn aus den Umständen für die Arbeitnehmer klar gewesen sein durfte, dass zumindest Teile der Belegschaft mit einem neuen Vertragsangebot rechnen durften. Wenn der einzelne Arbeitnehmer nicht verbindlich weiß, dass ihm ein solches Angebot unterbreitet werden wird, bleibt es beim Risikogeschäft für den einzelnen Arbeitnehmer. Dieses kann er im Rahmen seiner Vertragsfreiheit eingehen oder ablehnen. Das gilt nach der Rechtsprechung des BAG auch für die in diesem Fall für den Arbeitnehmer in seiner

29 S. auch *Wilmer/Fuchs/Berner*, NZI 2015, 263.

30 Vgl. LAG Sachsen-Anhalt, 20.11.2018 – 1 Sa 425/17 u. 1 Sa 67/18 (die Verfasser haben an den Verfahren als Prozessbevollmächtigte mitgewirkt).

31 Häufig werden solche Annahmequoten im Unternehmenskaufvertrag als Bedingung für das Zustandekommen der Transaktion vereinbart. Aus Sicht des Erwerbers ist es vorzuzugs-würdig, anstelle einer Annahmequote unterhalb von 100 % die Möglichkeit vorzusehen, auf die Bedingung zu verzichten. Damit ist der gefühlte Druck höher, was zu einer höheren Annahmequote führen kann.

rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit beeinträchtigende Drucksituation.³²

Entscheidend für das Vorliegen eines Risikogeschäfts ist sodann aber in jedem Falle, dass der Insolvenzverwalter in ganz transparenter Weise deutlich macht, unter welchen Voraussetzungen der Kaufvertrag vollzogen wird, warum der Aufhebungsvertrag unter Bedingungen steht und dass die Art und Weise der Fortführung des Unternehmens, einschließlich möglicher Arbeitsplatzangebote an die bestehende Belegschaft, vollständig in den Händen des Erwerbers liegt und damit bei Abschluss des Aufhebungsvertrags unklar bleiben wird. Werden diese Punkte berücksichtigt, kann eine Umgehung von § 613a BGB nach aktueller Rechtsprechung nicht vorliegen.³³

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der bedingten Vereinbarung des Aufhebungsvertrags. Auch ein bedingter Aufhebungsvertrag ist grundsätzlich zulässig. Eine Bedingung führt lediglich in dem eng begrenzten Ausnahmefall zur Unwirksamkeit des Aufhebungsvertrags, wenn damit zwingende Bestimmungen des Kündigungsrechts umgangen werden.³⁴ Das BAG hat eine Vereinbarung deshalb als unwirksam angesehen, wenn geregelt ist, dass das Arbeitsverhältnis endet, wenn der Mitarbeiter nach dem Ende seines Urlaubs die Arbeit nicht wieder aufnimmt.³⁵ Solche Fälle sind jedoch nicht damit vergleichbar, dass Vollzugsbedingungen aus einem geschlossenen Unternehmenskaufvertrag eintreten oder einseitig auf den Eintritt dieser Bedingungen verzichtet wird. Dadurch werden keinerlei zwingende Bestimmungen des Kündigungsrechts umgangen.

Schließlich ist für die vorliegende Konstellation auch unschädlich, dass es der Erwerber im Falle einer Verzichtsmöglichkeit auf den Eintritt der Bedingung selbst „in der Hand“ hat, die Aufhebungsverträge wirksam werden zu lassen. Aus rechtlicher Sicht ist für die Wirksamkeit eines aufschiebend bedingten Vertrages in keiner Weise von Belang, dass der Eintritt der Bedingung von dem Willen einer Partei abhängig sein kann. Dass dies nicht zu beanstanden ist, zeigt bereits die Auslegungsregel bei einem Kauf auf Probe gem. § 454 BGB, wonach der Kauf im Zweifel „unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen“ ist. Das Gesetz sieht damit für den Kaufvertrag ausdrücklich vor, dass dieser unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen werden und damit von dem nachträglichen Willen einer Partei abhängen kann. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum dies nicht für einen Aufhebungsvertrag gelten soll. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn für die einen Aufhebungsvertrag unterschreibenden Arbeitnehmer die Gefahr bestünde, dass an dem Aufhebungsvertrag auch dann festgehalten werden würde, wenn der Kaufvertrag nicht vollzogen wird. Dies gilt es aber mit entsprechenden Formulierungen der Bedingung im Aufhebungsvertrag festzuhalten.

bb) Keine Anfechtbarkeit nach §§ 119, 123 BGB

Eine Anfechtbarkeit nach § 119 BGB ist regelmäßig schon dann ausgeschlossen, wenn der Insolvenzverwalter transparent und umfassend über die Vorgehensweise und die Bedingungen von Aufhebungsvertrag und Unternehmenskaufvertrag informiert. Nicht entscheidend ist, ob er dies im Rahmen einer Betriebsversammlung tut oder in einem Rundschreiben, das gleichzeitig mit dem Aufhebungsvertrag übergeben wird. Stimmt der Arbeitnehmer dem Aufhebungsvertrag in der einseitigen und am Ende nicht erfüllten Erwartung zu, er werde vom Erwerber ein Angebot für den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags bekommen, ist dies allenfalls ein Motivirrtum, der im Anwendungsbereich von § 119 BGB unbeachtlich ist.

Auch eine Anfechtung nach § 123 BGB ist grundsätzlich ausgeschlossen. Jedenfalls können Arbeitnehmer sich nicht darauf berufen, die Aufhebung des Arbeitsvertrags sei nicht „freiwillig“ gewesen, sondern sei durch eine Drucksituation bewirkt worden. Eine Drucksituation kann für die Wirksamkeit eines Aufhebungsvertrags nur dann von Relevanz sein, wenn es sich um eine „widerrechtliche Drohung“ i. S. d. § 123 BGB handelt. Eine Drohung liegt nur dann vor, wenn der Drohende gegenüber dem Bedrohten ein künftiges Übel in Aussicht stellt, das von dem Willen des Drohenden abhängig ist. Unabhängig von der Widerrechtlichkeit liegt in den vorliegenden Konstellationen aber schon keine Drohung vor, weil der Insolvenzverwalter selbst keinen Einfluss darauf hat, ob (und, wenn ja, welche) Arbeitsplätze erhalten bleiben. Zudem ist es die freie Entscheidung des Erwerbers, ob und zu welchen Konditionen der Kaufvertrag abgeschlossen wird. Die Anforderungen an die Darlegungen des Arbeitnehmers in einem Prozess sind daher hoch.

d) Praktische Umsetzbarkeit

In der Praxis stehen der Umsetzbarkeit dieses Modells keine großen Hürden entgegen. Es mag, je größer der Betrieb und die Belegschaft, aufgrund der damit verbundenen größeren Komplexität in der Umsetzung einige Herausforderungen mit Blick auf eine mögliche Unsicherheit bei Arbeitnehmern geben. Die Abwicklung von Unternehmenskäufen aus der Insolvenz mit Hilfe dieses Modells kann in vielen Sachverhaltskonstellationen aber der Schlüssel sein, um Rechtssicherheit und Gestaltungsmöglichkeiten für den Erwerber zu erhöhen. Wir sehen es im Regelfall auch nicht als ein unzumutbares Erwerberrisiko an, wenn der Vollzug des Kaufvertrags davon abhängig gemacht wird, dass Aufhebungsverträge mit den Arbeitnehmern geschlossen werden. Im Gegenteil: Es erscheint für den Erwerber regelmäßig eine Chance, sein Fortführungskonzept sehr klar und frühzeitig ohne Ausspruch von Kündigungen und frei von Rechtsunsicherheit zu implementieren.

Insolvenzverwalter und Erwerber haben mit diesem Modell die Möglichkeit, eine übertragende Sanierung in besonders zeitkritischen Situationen zu vollziehen. Der Abschluss von Aufhebungsverträgen verhindert langwierige Kündigungsschutzklagen und kann das Risiko von Betriebsübergängen für die Mitarbeiter ausschließen, die dem Angebot eines Aufhebungsvertrags zustimmen. Zudem spart der Insolvenzverwalter die Kosten für Einrichtung und Finanzierung einer Transfergesellschaft. Durch den Abschluss des Aufhebungsvertrags muss der Arbeitnehmer schließlich auch keine Nachteile beim Bezug von Arbeitslosengeld befürchten. Die Insolvenz des Arbeitgebers soll stets einen wichtigen Grund für den Abschluss des Aufhebungsvertrags im Sinne von § 159 SGB III darstellen und eine Sperrzeit nicht eintreten.³⁶

Für eine erfolgreiche praktische Umsetzbarkeit ist es jedoch unerlässlich, dass sich Insolvenzverwalter und Erwerber, ggf. auch der Betriebsrat und die Gewerkschaften, gemeinsam mit den Rechtsberatern koordinieren und eine transparente Informationspolitik gegenüber der Belegschaft verfolgen.³⁷

Die praktische Durchführbarkeit wird zudem im Regelfall erhöht werden, wenn den Mitarbeitern ein Anreiz zur Unterzeichnung des Aufhebungsvertrags geboten wird. Damit ist natürlich nicht die Zu-

32 BAG, 25.10.2012 – 8 AZR 575/11.

33 Vgl. LAG Sachsen-Anhalt, 20.11.2018 – 1 Sa 425/17 u. 1 Sa 67/18.

34 Vgl. BAG, 26.1.1989 – 2 AZR 318/88.

35 Vgl. BAG, 19.12.1974 – 2 AZR 565/73.

36 Vgl. Bengelsdorf, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017, § 49, Rn. 436; Rolfs, in: ErfKomm, 20. Aufl. 2020, § 159 SGB III, Rn. 34 m. w. N.

37 „Spielen mit offenen Karten“, s. Annuß/Lembke/Hangarter, Arbeitsrechtliche Umstrukturierung in der Insolvenz, 3. Aufl. 2016, Rn. 205.

sage eines neuen Arbeitsvertrags beim Erwerber gemeint. Ein Beispiel könnte aber sein, dass sich der Erwerber bereiterklärt, die Forderungen der Arbeitnehmer hinsichtlich einer Sonderzahlung oder eines noch ausstehenden Monatsgehalts abzukaufen und die Beträge an die Arbeitnehmer des insolventen Veräußerers auszuzahlen. Das gibt den Arbeitnehmern zumindest den Vorteil, eine Gegenleistung für ihre Zustimmung zum Aufhebungsvertrag zu erhalten.

IV. Fazit

Eine übertragende Sanierung in der Insolvenz erfordert häufig deutliche Personalanpassungen. Die Praxis hat dazu ein Modell entwickelt, dass die Risiken des Betriebsübergangs beherrschbar macht. Dieses Modell hat in der Zwischenzeit seine Bewährungsprobe vor den Arbeitsgerichten bestanden.

Aufhebungsverträge im Zusammenhang mit einer bevorstehenden Veräußerung des Betriebs sind wirksam, wenn sie auf das endgültige Ausscheiden aus dem Unternehmen gerichtet sind. Daran ändert sich nichts, wenn der Erwerber anschließend einem Teil der Belegschaft neue Arbeitsverträge anbietet, sofern jedenfalls vor Abschluss der Aufhebungsverträge diese Aussicht nur unverbindlich ist.

Für den Erwerber ergibt sich Rechtssicherheit dadurch, dass im Unternehmenskaufvertrag der Abschluss der Aufhebungsverträge als aufschiebende Bedingung aufgenommen wird. Unter diesen Umständen wird die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrages auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass er unter die aufschiebende Bedingung des Zustandekommens des Unternehmenskaufvertrags gestellt wird.

Nach Abschluss eines Aufhebungsvertrages können Arbeitnehmer, die vom Erwerber kein Vertragsangebot erhalten, keine Weiterbeschäftigung beim Erwerber erzwingen.

Zwei Risiken für den Erwerber bleiben aber auch in diesem Modell:

- Arbeitnehmer, die sich weigern, einen Aufhebungsvertrag zu unterzeichnen, werden sich nach Vollzug des Kaufvertrages häufig erfolgreich gegenüber dem Erwerber auf einen Betriebsübergang berufen können.
- Ob Arbeitnehmer, die mit dem Erwerber einen neuen Arbeitsvertrag zu ungünstigeren Bedingungen abschließen, unter Berufung auf einen Betriebsübergang ihre ursprünglichen besseren Arbeitsbedingungen verlangen können, wird von den Umständen des Einzelfalles abhängen. Insbesondere wenn beim Veräußerer ein System der betrieblichen Altersversorgung bestanden hat, wird der Erwerber dieses Risiko wegen der langfristigen finanziellen Folgen besonders sorgfältig prüfen müssen.

Dr. Hans-Peter Löw ist Rechtsanwalt und Partner bei Allen & Overy LLP in Frankfurt. Zu seinen Schwerpunkten zählt die Beratung von Banken und Finanzdienstleistern in allen arbeitsrechtlichen Fragen sowie die arbeitsrechtliche Beratung bei Unternehmenskäufen. Er referiert und publiziert regelmäßig zu seinen Tätigkeitsschwerpunkten.



Dr. Sebastian Schulz ist Rechtsanwalt und Senior Associate bei Allen & Overy LLP in Frankfurt am Main. Die Schwerpunkte seiner Tätigkeit liegen unter anderem auf der arbeitsrechtlichen Beratung bei M&A-Transaktionen, der Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, Outsourcing-Projekten und Personalabbaumaßnahmen.



Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M. (Harvard), und Lena Bleckmann

Schutz vor Mobbing am Arbeitsplatz: Eine Aufgabe für den Gesetzgeber?

Mobbing am Arbeitsplatz, sei es durch Kollegen oder durch Vorgesetzte, stellt für die Beschäftigten eine tiefgreifende Belastung dar. In den vergangenen Jahren hat sich die Rechtsprechung dem Thema immer wieder angenommen – nun tut es auch die Politik. Gefordert wird ein neues Gesetz zum Schutz der Arbeitnehmer. Die Verfasser legen dar, welche Rechte Mobbingbetroffenen schon jetzt zustehen und setzen sich mit der Notwendigkeit eines zusätzlichen „Mobbinggesetzes“ auseinander.

I. Worum es geht

Das Thema Mobbing bleibt auf der Tagesordnung. Das wundert nicht: Studien berichten seit langer Zeit, dass Mobbing zu gravieren-

den psychosomatischen und psychischen Erkrankungen führen kann und in der Folge hohe Kosten für Betriebe und Sozialsystem verursacht.¹ Das kann dem Arbeitgeber, der Belegschaft und auch dem Gesetzgeber nicht egal sein. Die Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen und im Schlepptau auch die Bundestagsfraktion Die Linke haben nun jeweils einen Antrag auf Ausarbeitung eines Gesetzes zum Schutz vor Mobbing am Arbeitsplatz gestellt, in dem Mobbing als Form der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts definiert

¹ Siehe etwa Wittig/Goetz, Mobbing am Arbeitsplatz. Verstehen und an den Ursachen bekämpfen, 2007, abrufbar unter https://www.boeckler.de/pdf/mbf_as_mobbi_2007.pdf (Abruf: 16.1.2020); Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, Hilfe gegen Mobbing am Arbeitsplatz, 2008, abrufbar unter <https://www.baua.de/DE/Angebote/Publikationen/Kooperation/INQA-Mobbing-am-Arbeitsplatz.html> (Abruf: 16.1.2020); siehe auch Sasse/Schönfeld, RdA 2016, 346.