

# Betriebs Berater

17|2018

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Digitalisierung ... GrSt ... Insolvenz ... Recht ... Wirtschaft ...

23.4.2018 | 73. Jg.  
Seiten 897–960

## DIE ERSTE SEITE

**Prof. Dr. Martin Schmidt**

Von „Zuverlässigkeit“ zur „getreuen Darstellung“ in der Rechnungslegung –  
Words, Words, mere Words?

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen**, RA

Digitale Charta – Erweiterung der europäischen Grundrechte für das digitale Zeitalter | 899

**Magdalena Sophia Paul**, RAin

Der besondere Vertreter und die Gelatine | 908

## STEUERRECHT

**Prof. Dr. habil. Michael Broer** und **Prof. Dr. Lorenz J. Jarass**

Verfassungsfeste Erhebung der Grundsteuer mittels Grundsteuererklärung | 919

**Dr. Barbara Fleckenstein-Weiland**, LL.M., RAin/FAinStR/StBin, und **Friderike Stiehr**, RAin

BB-Rechtsprechungsreport Umsatzsteuer 2017 | 924

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Dr. Norbert Lüdenbach**, WP/StB, und **Dr. Jens Freiberg**, WP

Konzernabschluss bei unterjähriger Entstehung des Konzerns gemäß dem neuen IDW RS HFA 44 –  
eine kritische Würdigung | 939

## ARBEITSRECHT

**Dr. Simone Wernicke**, RAin, und **Steffen Schneider**, RA

Neue arbeitsrechtliche Herausforderungen bei konzernangehörigen Unternehmen in der Insolvenz –  
von der Entkonzernierung zur Rekonzernierung? | 948

Dr. Simone Wernicke, RAin, und Steffen Schneider, RA

# Neue arbeitsrechtliche Herausforderungen bei konzernangehörigen Unternehmen in der Insolvenz – von der Entkonzernierung zur Rekonzernierung?

Die vielfältigen wirtschaftlichen, finanziellen und organisatorischen Verflechtungen innerhalb eines Konzerns – von Praktikern auch als „Naturchaos“ bezeichnet – stellen Insolvenzrechtler und Arbeitsrechtler immer schon vor besondere Herausforderungen: im Falle der Insolvenz eines oder mehrerer konzernangehöriger Unternehmen sind diese rechtsträgerübergreifenden Strukturen aufzulösen, der Konzern ist quasi zu „entkonzernieren“. Die Sanierung erfolgt dabei stets rechtsträgerbezogen. Der deutsche Gesetzgeber hat nach jahrelanger Vorarbeit die Einführung ergänzender Vorschriften in die Insolvenzordnung beschlossen – das Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen (KInsErlG) wird am 21.4.2018 als nationales Konzerninsolvenzrecht in Kraft treten. Dieses soll den besonderen Schwierigkeiten bei der Bewältigung von Insolvenzen konzernangehöriger Unternehmen Rechnung tragen und – soweit möglich – die wirtschaftliche Einheit des Konzerns zusammen halten. Der Beitrag geht der Frage nach, inwieweit diese neuen Vorschriften zu Verbesserungen bei der arbeitsrechtlichen Restrukturierung von Konzernunternehmen in der Insolvenz beitragen können und berücksichtigt dabei die enge Verzahnung von Insolvenz- und Arbeitsrecht.

## I. Ausgangspunkt: Entkonzernierung in der Insolvenz

Nach Auffassung der Rechtsprechung und der Literatur führt die Konzerninsolvenz, d.h. die Eröffnung von Insolvenzverfahren von Gesellschaften in einem Unternehmensverbund grundsätzlich zu einer „Entkonzernierung“.<sup>1</sup>

Mit dem Begriff „Entkonzernierung“ meinen z.B. *Rieble/Kolbe*, dass der Insolvenzziel, also die bestmögliche Gläubigerbefriedigung, den Gesellschaftszweck überlagere und sich außerdem nicht mit der in einem Beherrschungsvertrag begründeten Konzernleitungsmacht „vertrage“.<sup>2</sup> Die Leitungsmacht müsse daher enden, was zu einem Ende des Konzernverbundes führe. Selbst dem Insolvenzverwalter der Muttergesellschaft sei die Ausübung der Leitungsmacht in den nicht-insolventen GmbH-Töchtern verwehrt, ihm sei also „ein Handeln im Sinne des Konzernganzen verboten“.<sup>3</sup>

Richtig ist, dass die faktische Konzernleitungsmacht (bspw. im GmbH-Konzern) ihr Ende mit der Eröffnung des Regelinsolvenzverfahrens gem. § 80 InsO (die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen geht auf den Insolvenzverwalter über) findet und mit der Eröffnung eines Eigenverwaltungsverfahrens nach § 276a S. 1 InsO der Einfluss auf die Geschäftsführung durch Gesellschafterversammlungen und Aufsichtsräte ausgeschlossen ist.

Auch die vertragliche Konzernleitungsmacht durch Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge endet nach überwiegender Auffassung mit der Verfahrenseröffnung.<sup>4</sup>

Die Meinung von *Rieble/Kolbe* ist in ihrer Radikalität trotzdem kritikwürdig, verkennt sie doch die rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge in Konzernen, die auch Vorteile haben können:

Warum soll der Insolvenzverwalter einer Muttergesellschaft seine Leitungsmacht im faktischen GmbH-Konzern nicht gegenüber den Geschäftsführern der nicht-insolventen Töchter ausüben dürfen, wenn es den Wert der insolventen Töchter steigert und damit zu einer höheren Insolvenzquote im Insolvenzverfahren der Muttergesellschaft führt? Das gleiche gilt, wenn der Insolvenzverwalter einer Muttergesellschaft seine Leitungsmacht im faktischen GmbH-Konzern gegenüber den Geschäftsführern der nicht-insolventen Töchter im Sinne des Konzernganzen ausübt, um Investoren, die an der gesamten (oder dem entscheidenden Teil der) Unternehmensgruppe interessiert sind, zur Zahlung eines höheren Gesamtaufpreises (und damit zu einer besseren Insolvenzquote) zu veranlassen; in modernen, auf Sanierung ausgerichteten Insolvenzplanverfahren enthalten Insolvenzpläne außerdem immer Vergleichsrechnungen, um die durch den Insolvenzplan zu erreichende bestmögliche Gläubigerbefriedigung nachzuweisen – diese Praxis allein hat schon Kontrollfunktion.

Auch der Reformgesetzgeber des KInsErlG hatte den Konzern und dessen wirtschaftliche und arbeitsrechtliche Verflechtungen im Blick, was gegen die o.g. enge Betrachtungsweise, nämlich die streng rechtsträgerbezogene Vorgehensweise, spricht.<sup>5</sup>

Mit anderen Worten: Die Theorie verkennt die modernen Tendenzen und die tatsächlichen Vorteile, die Konzernverflechtungen bieten, und verfehlt damit gerade den alles überlagernden Zweck in der Insolvenz: die bestmögliche Gläubigerbefriedigung.

Während *Rieble/Kolbe* ein allumfassendes Verbot konzernübergreifenden Handelns (auch in faktischen Konzernen) annehmen, lässt sich jedoch nicht verkennen, dass Insolvenzeröffnungen die rechtlichen und faktischen Verflechtungen (wie Konzernleitungsmacht/Weisungsrechte/Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge, steuerliche

<sup>1</sup> Der Begriff „Entkonzernierung“ stammt von *Rieble/Kolbe*, KTS 2009, 281, die sich weitgehend auf die Rechtsprechung des BGH berufen, 14.12.1987 – II ZR 170/87, BB 1988, 361, NJW 1988, 1326.

<sup>2</sup> *Rieble/Kolbe*, KTS 2009, 281, 286.

<sup>3</sup> *Rieble/Kolbe*, KTS 2009, 281, 293; so auch BGH, 14.12.1987 – II ZR 170/87, BB 1988, 361, NJW 1988, 1326.

<sup>4</sup> Zum aktuellen Streitstand: *Specovius/Kuske*, in: Gottwald, Insolvenzrechtshandbuch, § 95, Rn. 10 ff.; teilweise differenzierend zwischen Regelverfahren und Eigenverwaltung i. d. S. auch BGH, 14.12.1987 – II ZR 170/87, BB 1988, 361, NJW 1988, 1326, noch zur Konkurs- und Vergleichsordnung.

<sup>5</sup> BT-Drs. 18/407, 16.

Organschaften und Cash-Pool, grundsätzlich gegenseitige Verträge, Konzernbetriebsräte) zumindest in Frage stellen, wenn sie nicht bereits nach der Rechtsprechung und/oder aufgrund gesetzlicher Regelungen entfallen oder suspendiert werden:<sup>6</sup>

- Cash-Pool-Verträge enden nicht automatisch mit Insolvenzeröffnung – sie sollten aber bereits spätestens mit der Anordnung von vorläufigen Verfahren gekündigt oder einvernehmlich aufgehoben werden.
- Die umsatzsteuerliche Organschaft endet in den meisten Fällen auch mit der Insolvenzeröffnung.<sup>7</sup>
- Gegenseitige Verträge, die noch nicht gegenseitig erfüllt sind und unter § 103 InsO fallen (bspw. Bauverträge, Darlehensverträge Kaufverträge, Wartungsverträge, Werkverträge, Leasingverträge über bewegliche Sachen), erleiden das Schicksal der fehlenden Durchsetzbarkeit.<sup>8</sup>
- Arbeitsrechtliche Konstrukte, die eine Leitungsmacht voraussetzen, wie etwa Gemeinschaftsbetriebe, Matrixstrukturen und die überörtlichen Arbeitnehmervertretungen – insbesondere Konzernbetriebsräte –, werden mit der Insolvenzeröffnung zumindest in Frage gestellt und erschweren die Umsetzung von Personalabbaukonzepten.

Die Bewältigung der vorgenannten Problemstellungen erfordert ein hoch konsensuales Verfahren mit einem hohen Abstimmungsaufwand. Die angenommene „Entkonzernierung“ wird diesem Erfordernis nicht gerecht, sondern steht diesem eher im Wege.

## II. Die Einführung des neuen Konzerninsolvenzrechts

Das am 21.4.2017 verkündete neue deutsche Konzerninsolvenzrecht, welches am 21.4.2018 in Form von ergänzenden Vorschriften in der Insolvenzordnung in Kraft tritt<sup>9</sup>, unternimmt den Versuch, die durch die Insolvenzeröffnung eingetretene „Zäsur“, die in Konzernen besonders weitreichende Folgen hat, zumindest teilweise durch Maßnahmen der Koordinierung und der Konzentration der Verfahren wieder aufzufangen. Diese sollen nachfolgend kurz dargestellt werden.

Vorweggenommen sei, dass der Reform-Gesetzgeber, bezogen auf Insolvenzen von Konzern-Unternehmen, weder spezielle gesellschaftsrechtliche oder zivilrechtliche Vorschriften eingeführt hat, die das Schicksal von Unternehmensverträgen und von Cash-Pool-Verträgen regeln (sich also mit der Innenfinanzierung von Konzernen befassen), noch sich um spezielle steuerrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit Konzern-Insolvenzen gekümmert hat (der Umsatzsteueranwendungserlass stammt vom Steuergesetzgeber), noch das Schicksal gegenseitiger Verträge speziell im Rahmen von Konzerninsolvenzen geregelt hat. Materielle Vorschriften sind nicht eingefügt worden.

Aus dem Blickwinkel der Vereinfachung und Verbesserung von Restrukturierungen und Sanierungen ist der Reform-Gesetzgeber einen anderen, eher verfahrensleitenden Weg gegangen:

### 1. Einführung eines Gruppengerichtsstandes

Der Reform-Gesetzgeber unternimmt zunächst den Versuch, Gerichtsstände für mehrere Konzerngesellschaften in unterschiedlichen Gerichtsbezirken zu bündeln und in solchen Fällen die Bestellung eines einheitlichen Insolvenzverwalters zu vereinfachen. Ein sog. Gruppen-Gerichtsstand kann gem. § 3a InsO auf Antrag eines Unternehmens aus der Unternehmensgruppe gebildet werden, welches nicht

von untergeordneter Bedeutung ist, und zwar mit der Folge, dass sich dieses Gruppengericht für weitere Gruppenmitglieder für zuständig erklärt.<sup>10</sup> Maßgeblich für die nicht untergeordnete Bedeutung ist die Zahl der Arbeitnehmer, die mehr als 15% der Arbeitnehmer in der Unternehmensgruppe betragen muss, kombiniert mit einem von zwei weiteren Kriterien, und zwar entweder eine Bilanzsumme, die mehr als 15% der zusammengefassten Bilanzsumme betragen muss, oder Umsatzerlöse größer als 15% der zusammengefassten Umsatzerlöse in der Unternehmensgruppe. Sollten dennoch Insolvenzverfahren bei unterschiedlichen Insolvenzgerichten anhängig sein, so müssen sich diese über die Bestellung eines einheitlichen (vorläufigen) Insolvenzverwalters abstimmen, §§ 56b Abs. 1, 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 InsO.<sup>11</sup>

### 2. Auskunfts- und Mitteilungspflichten

Der Reform-Gesetzgeber hat weiterhin die Kommunikationspflicht zwischen den Insolvenzverwaltern und den Insolvenzgerichten geregelt, §§ 269a und 269b InsO. Insolvenzverwalter sollen ihren Kollegen in den anderen insolventen Gruppenunternehmen auf Anforderung unverzüglich alle Informationen mitteilen, die für das andere Verfahren von wesentlicher Bedeutung sein können. Insolvenzgerichte sollen sich über die bedeutsamen Informationen für die jeweils anderen Verfahren austauschen, wie Verfahrenseröffnungen, Verwalterbestellungen, verfahrensleitende Entscheidungen, Umfang der Insolvenzmasse etc.<sup>12</sup> Die Einzelgläubigerausschüsse sind gehalten, einen Gruppen-Gläubigerausschuss zu bilden und entsprechende Anträge auf Einsetzung beim Gericht des Gruppen-Gerichtsstandes zu stellen (§ 269c InsO); dieser Gruppen-Gläubigerausschuss soll die Insolvenzverwalter und die Gläubigerausschüsse in den einzelnen Insolvenzverfahren unterstützen und eine abgestimmte Abwicklung der Insolvenzverfahren erleichtern. Ein Mitglied des Gruppen-Gläubigerausschusses soll aus dem Kreis der Abreitnehmervertreter kommen.<sup>13</sup>

### 3. Einführung eines Koordinationsverfahrens

Schließlich hat der Reform-Gesetzgeber ein sog. Koordinationsverfahren speziell für Konzerninsolvenzen eingeführt.<sup>14</sup> Das Koordinationsverfahren wird auf Antrag eines gruppenangehörigen Schuldners beim Gericht des Gruppen-Gerichtsstandes (Koordinationsgericht) eingeleitet; das Koordinationsgericht bestellt einen unabhängigen Verfahrenskordinator, der auch aus dem Kreis der Insolvenzverwalter oder Sachwalter ausgewählt werden kann, aber nicht muss. Der Verfahrenskordinator hat die Aufgabe, zwischen den Beteiligten in den einzelnen Insolvenzverfahren zu vermitteln. Dabei soll er die regelmäßige Kommunikation (Telefonkonferenzen, Treffen, Bildung von Ar-

6 Dabei wird hier bewusst nicht differenziert zwischen der isolierten Insolvenz der Muttergesellschaft oder der Tochtergesellschaften, ebenso wenig wird hier differenziert zwischen vorläufigen Insolvenzverfahren und endgültigen Insolvenzverfahren, sondern lediglich auf die Auswirkungen einer Insolvenzeröffnung abgestellt.

7 Für die umsatzsteuerliche Organschaft gilt dies ebenso bereits mit Anordnung eines vorläufigen Verfahrens, es sei denn, es wird, wie bei der vorläufigen Eigenverwaltung möglich, kein Zustimmungsvorbehalt für Verfügungen gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2. 2. Alt. InsO angeordnet, vgl. Umsatzsteuer-Anwendungserlass (Stand 13.12.2017), Abschn. 2.8 Abs. 12.

8 Uhlbruck/Wegener, InsO, 14. Aufl. 2015, § 103, Rn. 8–9; wählt der Insolvenzverwalter die Erfüllung dieser Verträge, so besteht ein gegenseitiger Anspruch auf die bei Eröffnung noch bestehenden Hauptleistungen.

9 BGBl. I, 866.

10 Harder, NJW-Spezial 2017, 469; Pleister/Sturm, ZIP 2017, 2319, 2330 f.

11 Pleister/Sturm, ZIP 2017, 2319, 2331.

12 Pleister/Sturm, ZIP 2017, 2319, 2331 f.; Zwanziger, Kommentar zum Arbeitsrecht der Insolvenzordnung, 5. Aufl. 2015, Rn. 12a.

13 Schneider/Kramer, BB 2018, 713, 717; Harder, NJW-Spezial 2017, 469 f.; Pleister/Sturm, ZIP 2017, 2319, 2332.

14 Schneider/Kramer, BB 2018, 713, 716 f.; Harder, NJW-Spezial 2017, 470; Pleister/Sturm, ZIP 2017, 2319, 2336 ff.

beitsgruppen) koordinieren und bei Konflikten wie ein Mediator vermitteln. Der Verfahrenskoordinator kann auch einen Koordinationsplan vorlegen, der in der Form eines rein darstellenden Teils als Grundlage für die einzelnen Insolvenzpläne dienen soll und durch Beschlüsse der Gläubigerversammlungen in den Einzelverfahren verbindlich gemacht werden kann (§ 269i Abs. 2 InsO).<sup>15</sup> Der Inhalt des Koordinationsplans zielt ab bspw. auf die Beschreibung der Wiederherstellung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Unternehmen und der Unternehmensgruppe, auf die Lösung von Konflikten und auf die vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Insolvenzverwaltern.<sup>16</sup> Er kann folglich auch die für die Sanierung der Unternehmensgruppe nötigen Maßnahmen, wie Sozialpläne und Betriebsvereinbarungen, beschreiben.

### III. Schnittstelle „Konzernarbeitsrecht“

Ein einheitliches Konzernarbeitsrecht, das den Besonderheiten im Konzern Rechnung trägt, existiert bislang ebenso wenig wie ein einheitliches „Konzerninsolvenzrecht“. Das Arbeitsrecht ist in der InsO bislang nur fragmentarisch geregelt.<sup>17</sup> Insoweit verwundert es nicht, dass die Einführung weiterer Vorschriften an verschiedenen Stellen der InsO mehr arbeitsrechtliche Fragen aufwirft, als dass bislang ungeklärte Fragen beantwortet werden.<sup>18</sup>

Im Hinblick auf die bislang angenommene „Entkonzernierung“ durch die Insolvenz zeigt sich, dass diese auch arbeitsrechtlich problematisch ist. Es wird zu untersuchen sein, inwieweit die neuen Vorschriften der Insolvenzordnung den konzernspezifischen, arbeitsrechtlichen Problemen entgegenwirken.

#### 1. Das Individualarbeitsverhältnis im Konzern

In individualarbeitsrechtlicher Hinsicht werden sich die praktischen Auswirkungen des neuen Konzerninsolvenzrechts in Grenzen halten. Bislang hat sich das Konstrukt eines „Konzernarbeitsverhältnisses“ (noch) nicht durchgesetzt. Das Arbeitsverhältnis selbst ist nach wie vor grundsätzlich rechtsträgerbezogen, ebenso wie der Kündigungsschutz.<sup>19</sup>

Soll der Betrieb eines Konzernunternehmens insolvenzbedingt stillgelegt werden, stellen sich infolge der Verflechtungen Herausforderungen wie etwa die korrekte Zuordnung derjenigen Arbeitnehmer, die rechtsträgerübergreifend eingesetzt wurden. Dies kann bei Gemeinschaftsbetrieben, Spartenbetrieben oder Matrixstrukturen der Fall sein. Ferner sind Fragen nach der zuständigen Arbeitnehmervertretung, der Sozialauswahl und der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung im Konzern zu prüfen und zu beantworten. Mit anderen Worten: Der Sachverhalt ist aufzuarbeiten. Die Ergebnisse wird man dann mit den bisherigen Instrumentarien in den Griff bekommen:

Sind infolge von Matrixstrukturen ausnahmsweise „Doppelarbeitsverhältnisse“ entstanden, oder bestehen von vornherein mehrere Verträge mit mehreren Arbeitgebern, lässt sich das Problem ggfs. durch mehrere Kündigungen lösen. In der Regel wirken sich Matrixstrukturen jedoch nur auf das Direktionsrecht aus, nicht auch auf den Kündigungsschutz. Wird der Arbeitnehmer in mehreren Betrieben eingesetzt, ist dann auch der jeweils zuständige Betriebsrat nach § 102 BetrVG anzuhören.<sup>20</sup>

Die Sozialauswahl erfolgt grds. betriebsbezogen, nicht aber unternehmens- oder konzernbezogen. Nur bei einem Gemeinschaftsbetrieb, den die Konzernunternehmen betreiben, erfolgt diese konsequenter-

weise dann unternehmensübergreifend.<sup>21</sup> Insoweit ist anerkannt, dass die betrieblichen Strukturen durch die Insolvenzeröffnung selbst nicht tangiert werden. So bleibt der Gemeinschaftsbetrieb zunächst erhalten. Dies hindert dann jedoch den Insolvenzverwalter eines insolventen Konzernunternehmens nicht daran, nur dieses stillzulegen und damit den Gemeinschaftsbetrieb aufzulösen.<sup>22</sup>

Gleiches muss entsprechend bei einem nach § 3 BetrVG abweichend gebildeten Betriebsrat gelten, etwa einem nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG gebildeten Spartenbetriebsrat. Hier ist auch schon dogmatisch nicht erkennbar, inwieweit die Insolvenzeröffnung die betriebliche Struktur beeinflussen könnte, denn die den abweichenden Repräsentationseinheiten zu Grunde liegenden Tarifverträge/Betriebsvereinbarungen bleiben ebenfalls von der Insolvenzeröffnung unberührt, vgl. § 120 InsO. Problematisch sind hier allenfalls die in Konzernen vorkommenden, unternehmensübergreifenden Spartenorganisationen.<sup>23</sup>

Eine konzernweite Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung wird von der Rechtsprechung nur in besonderen Ausnahmefällen anerkannt, etwa, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag ergibt, dass sich ein anderes Konzernunternehmen zur Übernahme eines Arbeitnehmers bereit erklärt hat und der Vertragsarbeitgeber darüber hinaus einen bestimmenden Einfluss auf das andere Konzernunternehmen hat, die Weiterbeschäftigung also zumindest faktisch durchsetzen könnte.<sup>24</sup> Das wird in der Praxis nur gelegentlich der Fall sein. Geht man, wie eingangs dargestellt, davon aus, dass mit der Insolvenzeröffnung die Leitungsmacht grundsätzlich endet und der Konzernverbund aufgelöst wird, scheidet eine konzernweite Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung ab diesem Zeitpunkt jedenfalls aus. Daran ist wohl auch nach Aufnahme der neuen Vorschriften zum Konzerninsolvenzrecht festzuhalten. Anderenfalls bedarf es jeweils besonderer Anhaltspunkte dafür, dass die Leitungsmacht in Bezug auf den unternehmensübergreifenden Personaleinsatz weiterhin ausgeübt wird und auch weiterhin ausgeübt werden soll.

Mithin ist festzustellen, dass es substantielle Änderungen durch die neuen Vorschriften zum Konzerninsolvenzrecht mit seinen Maßnahmen der Koordinierung und der Konzentration der Verfahren jedenfalls in Bezug auf das individuelle Arbeitsverhältnis nicht geben wird. Immerhin ist Folgendes zu konstatieren: Die durch das KInsErlG angestrebte bessere Zusammenarbeit der Insolvenzverwalter, insbesondere die gesteigerten Informationspflichten, wie auch die Möglichkeit der Bestellung eines Verfahrenskoordinators werden die Sachverhaltserarbeitung erleichtern und helfen, rechtsträgerübergreifende Strukturen für die Bewältigung der anstehenden Aufgaben – etwa die geordnete Betriebsstilllegung – in den Griff zu bekommen.

<sup>15</sup> Schneider/Kramer, BB 2018, 713, 716 f.

<sup>16</sup> Schneider/Kramer, BB 2018, 713, 716 f.; Pleister/Sturm, ZIP 2017, 2319, 2336 ff.

<sup>17</sup> Vgl. Rieble/Kolbe, KTS 2009, 281, 281.

<sup>18</sup> Einen Überblick geben Mückl/Götte, ZInsO 2017, 623 ff.

<sup>19</sup> BAG, 23.3.2006 – 2 AZR 162/05, NZA 2007, 30 ff.

<sup>20</sup> Röhrborn, in: Braun/Wisskirchen, Konzernarbeitsrecht, 2015, S. 208, zum Kündigungsschutz so auch Bauer/Herzberg, NZA 2011, 713, 714, 716.

<sup>21</sup> Röhrborn, in: Braun/Wisskirchen, Konzernarbeitsrecht, 2015, S. 215.

<sup>22</sup> BAG, 19.11.2003 – 7 AZR 11/03, BB 2004, 720, NZA 2004, 435; BAG, 11.11.1997 – 1 ABR 6/97, BB 1998, 1315, NZA 1998, 723, anders noch BAG, 5.3.1987 – 2 AZR 623/85, BB 1987, 2304, NZA 1988, 32.

<sup>23</sup> Zum Ganzen vgl. Salamon, NZA 2018, 143 ff.

<sup>24</sup> BAG, 23.3.2006 – 2 AZR 162/05, NZA 2007, 30; BAG, 10.5.2007 – 2 AZR 626/05, NZA 2007, 1278, zum Streitstand in der Literatur, vgl. Röhrborn, in: Braun/Wisskirchen, Konzernarbeitsrecht, 2015, S. 203 ff.

## 2. Das Kollektivarbeitsrecht in der Konzerninsolvenz, insbesondere die Rolle des Konzernbetriebsrats

Im kollektiven Arbeitsrecht wird die Existenz eines „Konzerns“, anders als im Individualarbeitsrecht, vorausgesetzt und die Auswirkungen der angenommenen, insolvenzbedingten Auflösung des Konzernverbundes gehen z. T. sehr weit:

Die §§ 54 ff. BetrVG regeln die Rechte und Pflichten eines Konzernbetriebsrats, der bei dem herrschenden Unternehmen gebildet werden kann. Die §§ 54 ff. BetrVG rekurren dabei auf den aktienrechtlichen Konzernbegriff, soweit es sich um einen Unterordnungskonzern handelt, § 54 Abs. 1 BetrVG i.V.m. § 18 Abs. 1 AktG, setzen also das Bestehen einer einheitlichen Leitungsmacht voraus.

In Bezug auf die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten führt die Konzernierung zu einer Zurechnung der Arbeitnehmer der Konzernunternehmen zur jeweils herrschenden Gesellschaft und löst damit unter Umständen überhaupt erst die Unternehmensmitbestimmung aus, §§ 5 MitbestG, 2 DrittelbG.

In allen diesen Fällen hat bisher die insolvenzbedingte Entkonzernierung auf die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmervertretungen durchgeschlagen.<sup>25</sup> Es ist zu fragen, inwieweit das auch nach Einführung der neuen Vorschriften über die Konzerninsolvenz noch so angenommen werden muss. Von besonderem Interesse ist dabei das Amt des Konzernbetriebsrats.

### a) Die Rolle des Konzernbetriebsrats

Die in § 54 ff. BetrVG geschaffene Möglichkeit einen Konzernbetriebsrat zu errichten ist fakultativ, sie hängt vom Willen der Gesamtbetriebsräte, bzw. der diesen gleichgestellten Betriebsräte ab. Ursprünglich sollte die Errichtung eines Konzernbetriebsrats sogar verpflichtend sein, da man der Auffassung war, grundlegende Entscheidungen mit Auswirkungen auf die Arbeitnehmer, insbesondere Umstrukturierungen, würden zunehmend auf der Konzernebene getroffen werden, deshalb bedürfe es auf der Konzernebene einer Interessenvertretung der Arbeitnehmer.<sup>26</sup> Der Regierungsentwurf des BetrVG-Reformgesetzes hatte diese Änderung kommentarlos nicht übernommen.<sup>27</sup> Das Bedürfnis für die Möglichkeit der Errichtung eines Konzernbetriebsrats ist als Reaktion auf die konzernrechtliche Leitungsmacht zu sehen, man befürchtete eine „Aushöhlung“ der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertretungen dadurch, dass die wesentlichen Entscheidungen an der Konzernspitze getroffen werden, was die Entscheidungsbefugnisse der abhängigen Unternehmen damit quasi auf null reduziert.<sup>28</sup>

Die Errichtung des Konzernbetriebsrats ist nur bei Bestehen eines Unterordnungskonzerns zulässig, § 18 Abs. 1 AktG, und setzt daher stets eine Abhängigkeit voraus, d. h., eine einheitliche Leitung durch ein herrschendes Unternehmen. Jene wird vermutet, wenn zwischen den Unternehmen ein Beherrschungsvertrag besteht (§ 291 AktG) oder das eine Unternehmen in das andere Unternehmen eingegliedert ist (§ 319 AktG). Ferner wird eine Abhängigkeit vermutet, wenn ein Unternehmen im Mehrheitsbesitz eines anderen steht und es damit mittelbar oder unmittelbar dessen herrschendem Einfluss ausgesetzt ist, § 17 AktG.<sup>29</sup>

Das Amt des Konzernbetriebsrats ist von unbestimmter Dauer und wird deshalb – ähnlich wie der Gesamtbetriebsrat – als Dauereinrichtung angesehen, er ist insbesondere nicht von Wahlperioden abhängig. Das Gesetz enthält hierzu keine Bestimmungen, weshalb geschlossen wird, dass das Amt zum einen dann endet, wenn die

zuständigen Gesamtbetriebsräte beschließen, diesen aufzulösen,<sup>30</sup> oder, wenn die Voraussetzungen für dessen Errichtung dauerhaft wieder entfallen, namentlich dann, wenn das Konzernverhältnis endet, weil das herrschende Unternehmen seinen beherrschenden Einfluss verloren hat.<sup>31</sup>

### b) Ende der Amtszeit mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens?

Die InsO enthält keine Bestimmungen über das Ende des Konzerns oder gar des Konzernbetriebsrats. Wie oben aufgezeigt, gründet sich die Annahme, die Insolvenz beende das Konzernverhältnis und führe damit zur „Entkonzernierung“, auf die Rechtsprechung des BGH zur Konkursordnung zurück, wonach mit der konkursbedingten Änderung des Gesellschaftszwecks die Rechtsgrundlage für die Konzernleitungsmacht entfalle und sich außerdem die eigenverantwortliche Stellung und die Aufgaben des Konkursverwalters nicht mit den gesellschaftsrechtlichen Weisungsverhältnissen vertragen. Es hätte daher nahe gelegen, mit der Einführung von Grundsätzen eines „Konzerninsolvenzrechts“ auch hierzu klarstellende Regelungen zu schaffen. Die einzige, notwendige Klarstellung ist jedoch bereits mit der Regelung des § 276a InsO in Bezug auf Eigenverwaltungsverfahren geschaffen worden, womit Spekulationen über die Rolle der Aufsichtsorgane in Fällen der Eigenverwaltung ein Ende bereitet wurde.<sup>32</sup>

Das LAG Baden-Württemberg nimmt hierauf Bezug, wenn es ausführt, dass „der Grundsatz, eine Person, ein Vermögen, eine Insolvenz“ auch in der Eigenverwaltung gilt und § 276a InsO einer unternehmensübergreifenden Leitung im Falle der Insolvenz auch bei Eigenverwaltung entgegenstehe. Die Insolvenzeröffnung habe daher das Amt des Konzernbetriebsrats beendet, weshalb die Interessenausgleichsverhandlungen ab diesem Zeitpunkt mit den örtlichen Betriebsräten zu führen waren.<sup>33</sup> Dabei wird nicht verkannt, dass die tatsächliche Interessenlage, das Ziel der Sanierung in der Insolvenz, aufgrund der Kundenbeziehungen eigentlich Verhandlungen „eine Ebene höher“ gefordert hätte.

Die Revisionsentscheidung des BAG<sup>34</sup> lässt die Frage, ob die Insolvenzeröffnung das Amt des Konzernbetriebsrats beendet hat, hingegen offen, ebenso wie die Frage, ob angesichts einer betriebsbezogenen Stilllegung der Konzernbetriebsrat überhaupt zuständig sein kann. Im konkreten Fall wird Letzteres anhand des Sachvortrags der Klägerin verneint. Die Urteilsbegründung ist insoweit interessant, denn es hätte deutlich weniger Begründungsaufwand erfordert und auch der Klarstellung gedient, hätte sich das BAG auf die schlichte Feststellung beschränkt, dass der Konzernbetriebsrat schon deswegen nicht für Interessenausgleichsverhandlungen zuständig gewesen sein konnte, weil dessen Amt, wie auch das LAG meint, mit der Insolvenzeröffnung bereits beendet war.

Das lässt hoffen. Ein Bedürfnis, das Amt des Konzernbetriebsrats automatisch enden zu lassen, wenn die Insolvenz über das herrschende

25 Zusammenfassend *Rieble/Kolbe*, KTS 2009, 281, 296 ff.

26 So die Begründung im Referentenentwurf des BMA zum BetrVG-Reformgesetz vom 4.12.2000, S. 51, vgl. auch *Franzen* in GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 54, Rn. 1 ff.

27 Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 2.4.2001, BT-Drs. 14/5741.

28 *Franzen*, in: GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 54, Rn. 4, 14.

29 *Annulß*, in: *Richardi*, BetrVG, 16. Aufl. 2018, Rn. 3, 4.

30 *Franzen*, in: GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 54, Rn. 63.

31 BAG, 23.8.2006 – 7 ABR 51/05, NZA 2007, 768.

32 *Rieble/Kolbe*, KTS 2009, 281, 295.

33 LAG-Baden-Württemberg, 23.6.2015 – 10 Sa 59/14, ZInsO 2016, 1270, auch unter Bezugnahme auf BAG, 23.8.2006 – 7 ABR 51/05, NZA 2007, 768.

34 BAG, 18.7.2017 – 1 AZR 546/15, ZInsO 2017, 2632.

und/oder alle Tochterunternehmen eröffnet wird, besteht nicht. Stattdessen wird die Sanierung oder bestmögliche Abwicklung erschwert, wenn, wie bisher angenommen, die vormaligen Aufgaben des Konzernbetriebsrates auf die örtlichen Betriebsräte „zurückfallen“. Diese, oft durch den Druck der eigenen Belegschaft getrieben, haben vor allem die höchstmögliche Abfindung für die Belegschaft als Ziel vor Augen. Übergeordnete Sanierungsinteressen, etwa in Form von Aufgabenverlagerungen, Alternativarbeitsplätze usw., die in Schwesterunternehmen angeboten werden können, gehören in aller Regel nicht dazu; der Blick für das Unternehmen oder den Konzern „als Ganzes“ fehlt.

Dabei hatten die neuen Vorschriften zum Konzerninsolvenzrecht die Absicht, die Interessen der Arbeitnehmer im Verfahren stärker zu berücksichtigen:

Das Koordinationsgericht kann ein Koordinationsverfahren einleiten und eine unabhängige Person zum Verfahrenskoordinator bestellen, §§ 269d, 269e InsO. Für die Seite der Gläubiger kann ein Gruppen-gläubigerausschuss bestellt werden, der quasi das Gegenüber zum Verfahrenskoordinator darstellt.<sup>35</sup> Für die Gruppe der Arbeitnehmer ist hier sogar festgelegt, dass „ein weiteres Mitglied aus dem Kreis der Vertreter der Arbeitnehmer“ bestimmt werden soll, § 269c InsO. Es stellt sich die Frage, wer dieser Arbeitnehmervertreter sein soll. Nach dem Wortlaut scheiden externe Vertreter, wie etwa Gewerkschaftsvertreter, jedenfalls aus. Danach kommen nur Mitglieder der örtlichen Betriebsräte, der Gesamtbetriebsräte oder des Konzernbetriebsrats in Frage, wenn man eben unterstellt, dass das Amt des Letzteren nicht bereits durch die Insolvenzeröffnung geendet hat.<sup>36</sup>

Letzteres macht nach praktischen Erfahrungen und der hier vertretenen Auffassung auch keinen Sinn. Jedenfalls in den Fällen, in denen ein Koordinationsverwalter bestellt ist, der auch einen Koordinationsplan vorlegen soll §§ 269f, 269h InsO, muss davon ausgegangen werden, dass der Konzernbetriebsrat jedenfalls so lange im Amt bleibt, wie an der Aufstellung des Koordinationsplanes gearbeitet wird, anderenfalls stellt sich schlicht die Frage, wer sinnvoller Weise die Gläubigergruppe der Arbeitnehmer auf dieser Ebene vertreten soll. Gleiches muss gelten, wenn für mehrere Konzernunternehmen ein einheitlicher Verwalter bestellt ist, der insbesondere auch die Verwalterfunktion bei dem herrschenden Unternehmen übernimmt. Insoweit wäre dann auch die notwendige „Leitungsmacht“ weiter gewährleistet.<sup>37</sup> Eine Position, die auf der Schuldnerseite rechtsträgerübergreifend Interessen wahrnimmt, sollte ein „Gegenüber“ haben, das auf möglichst breiter Legitimationsbasis die Gläubigerinteressen mit Blick für das Ganze wahrnehmen kann. Dies kann, soweit es um die Interessen der Arbeitnehmer geht, nur der Konzernbetriebsrat sein, denn nur dieser wird in der Lage sein, z.B. die Übernahme von Arbeitnehmern in andere, nicht insolvente Unternehmen im Rahmen eines Koordinationsplanes zu regeln, der dann auf Beschluss der Gläubigerversammlung gemäß § 269i Abs. 2 InsO n.F. bindend werden kann. Daran schließt sich freilich die Frage an, welche Kompetenzen dem Konzernbetriebsrat in einer solchen Phase der Sanierung überhaupt zukommen können.

### c) Kompetenzen des Konzernbetriebsrats bei Betriebsstilllegungen

Die häufigste Betriebsänderung, die im Insolvenzfall ansteht, ist die Betriebsstilllegung, oder jedenfalls ein drastischer Personalabbau. Gemäß §§ 111 Nr. 1, 112, 112a BetrVG ist hierüber mit dem Betriebsrat

mit dem Ziel eines Interessenausgleich und Sozialplanes zu verhandeln, wobei die Kompetenz hierfür grds. dem örtlichen Betriebsrat zugewiesen ist. Sind mehrere Betriebe eines Unternehmens betroffen, ist der Gesamtbetriebsrat zuständig, § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG.

Der Konzernbetriebsrat ist grds. nur originär zuständig, wenn die geplante Maßnahme den Konzern oder mehrere Konzernunternehmen betrifft und diese nicht durch die Gesamtbetriebsräte (bzw. Betriebsräte) geregelt werden kann, § 58 Abs. 1 BetrVG. Im Rahmen seiner Zuständigkeit vertritt er auch die Interessen der Arbeitnehmer derjenigen Betriebe, die keinen Gesamtbetriebsrat oder keinen Betriebsrat haben, § 58 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. BetrVG, sogenannte erweiterte Zuständigkeit.

Die Rechtsprechung ist im Hinblick auf die originäre Zuständigkeit des Konzernbetriebsrates bei Betriebsänderungen allerdings sehr streng: Allein die in § 112 Abs. 5 Nr. 2 BetrVG verankerte Möglichkeit, Arbeitnehmern zur Vermeidung von Entlassungen die Weiterbeschäftigung in einem anderen konzernangehörigen Unternehmen anzubieten, genüge nicht für die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrates.<sup>38</sup> Die Entscheidung des BAG erscheint im konkreten Fall fragwürdig, denn es bestand immerhin eine kollektivrechtliche Grundlage, die ein Konzernunternehmen verpflichtete, die Arbeitnehmer eines anderen Konzernunternehmens zu übernehmen. Zu beachten ist auch, dass sich die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats bereits aus der unternehmerischen Planung ergeben muss, und das war im konkreten Fall wohl gegeben. Soweit es sich also eindeutig um eine geplante, unternehmensübergreifende Betriebsänderung und um einen davon abhängigen Sozialplan handelt,<sup>39</sup> muss die originäre Zuständigkeit des Konzernbetriebsrates bejaht werden. Ist z.B. nur ein einheitliches Gesamtvolumen eines Sanierungskonzepts in der Lage, die Sanierung zu ermöglichen, besteht ein zwingender Bedarf an einer konzerneinheitlichen Regelung, und die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats ist zu bejahen.<sup>40</sup> Gerade dies kann jedoch in Fällen der Konzerninsolvenz angestrebt und Teil eines Koordinationsplanes sein. Anders ist eine unternehmensübergreifende Regelung gar nicht denkbar.

### d) Schicksal der Konzernbetriebsvereinbarungen

Das Fortbestehen des Konzernbetriebsrats auch im Falle der Insolvenz eines Konzernunternehmens rechtfertigt sich auch vor dem Hintergrund nach wie vor bestehender Konzernbetriebsvereinbarungen: Der Wertung des § 120 InsO ist zu entnehmen, dass die bestehenden Betriebsvereinbarungen nicht durch die Insolvenz tangiert werden, sondern dass über diese zunächst zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat verhandelt werden soll – § 120 Abs. 1 S. 1 InsO – oder diese notfalls auch mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden können, § 120 Abs. 1 S. 2 InsO.

Da das Gesetz nicht nach Charakter der Betriebsvereinbarung differenziert und bereits geschlossene Betriebsvereinbarungen auch in Fäl-

35 Pleister/Sturm, ZIP 2017, 2319, 2329, 2332.

36 Hierfür plädieren auch Zwanziger, Kommentar zum Arbeitsrecht der Insolvenzordnung, 5. Aufl. 2015, Rn. 144a; und wohl auch Mückl/Götte, ZInsO 2017, 623, 628 f.

37 So auch Zwanziger, Kommentar zum Arbeitsrecht der Insolvenzordnung, 5. Aufl. 2015, Rn. 144a.

38 BAG, 17.9.1991 – 1 ABR 23/91, BB 1992, 1133, NZA 1992, 227.

39 BAG, 11.12.2001 – 1 AZR 193/01, BB 2002, 1487, AP BetrVG 1972 § 50 Nr. 22; ebenso Braun/Schreiner, in: Braun/Wisskirchen, Konzernarbeitsrecht, 2015.

40 So Braun/Schreiner, in: Braun/Wisskirchen, Konzernarbeitsrecht, 2015, S. 100 f. Rn. 183, unter Verweis auf BAG, 11.12.2001 – 1 AZR 193/01, BB 2002, 1487, AP BetrVG 1972 § 50 Nr. 22 – dort zur Zuständigkeit des GBR bzw. KBR bei Interessenausgleich und Sozialplan zur Abwendung der drohenden Insolvenz.

len des Rechtsträgerwechsels nicht ipso jure erlöschen – etwa in Fällen des Betriebsüberganges, § 613a Abs. 1 S. 2–4 BGB – ist davon auszugehen, dass auch die Konzernbetriebsvereinbarungen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens überdauern. Der teilweise in der Literatur vertretenen Auffassung, die (Konzern)Betriebsvereinbarung ende automatisch, wenn nicht mehr beide Vertragspartner die Regelungsverantwortung tragen könnten,<sup>41</sup> ist zu widersprechen. Das Gesetz bietet keinerlei Anhaltspunkte hierfür. Die Ergebnisse wären außerdem schlichtweg untragbar. Man denke nur an die typischen Regelungsgegenstände von Konzernbetriebsvereinbarungen: Diese sind die Grundlage von konzernweiten Sozialeinrichtungen, z. B. Systeme für die betriebliche Altersversorgung,<sup>42</sup> oder auch konzernweit technischer Datenverarbeitungssysteme.<sup>43</sup> Der Schutz der Arbeitnehmer fordert die Aufrechterhaltung dieser Kollektivvereinbarungen.<sup>44</sup> Abgesehen davon, würde sich bei angenommenem Ende der Betriebsvereinbarung jeweils das Problem von deren Nachwirkung stellen, § 77 Abs. 6 BetrVG.

Geht man aber davon aus, dass die Konzernbetriebsvereinbarungen nach Insolvenzeröffnung fortbestehen, stellt sich sodann die Frage, wer nach § 120 Abs. 1 S. 1 InsO Verhandlungspartner des Insolvenzverwalters sein soll oder wem gegenüber die Kündigung – als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung – einer Konzernbetriebsvereinbarung erklärt werden muss. Das kann nur der andere Betriebspartner, nämlich der Konzernbetriebsrat sein. Dem Gesamtbetriebsrat fehlt hierzu schlicht die Zuständigkeit, erst recht fehlt sie den örtlichen Betriebsräten.

Gleiches gilt im Übrigen für den Fall des Widerrufs von (Konzern-) Sozialplänen, § 124 InsO, sowie für den denkbaren Fall der Anfechtung von Konzernbetriebsvereinbarungen, die die Masse belasten. Anfechtungsgegner ist der Konzernbetriebsrat; auf dessen Kenntnisstand kommt es für die Beurteilung, ob ein Rückgewähranspruch nach § 143 Abs. 1 S. 1 InsO gegeben ist, an.<sup>45</sup>

Soweit z. T. angenommen wird, die Konzernbetriebsvereinbarung sinke auf das Niveau einer Gesamtbetriebsvereinbarung herab, jedenfalls wäre dann mit dem Gesamtbetriebsrat nach § 120 InsO über die Konzernbetriebsvereinbarung zu verhandeln,<sup>46</sup> überzeugt dies nicht und ist dogmatisch nicht begründbar. Zudem ist ungeklärt, wie zu verfahren ist, wenn es diesen bzw. den örtlichen Betriebsrat im Konzernunternehmen nicht gibt, weil der Konzernbetriebsrat im konkreten Fall im Wege der erweiterten Zuständigkeit nach § 58 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. BetrVG gehandelt hatte.

Hier sind viele Fragen ungeklärt. Jedenfalls fordert allein das Fortbestehen dieser Konzernbetriebsvereinbarungen das Fortbestehen auch des Konzernbetriebsrats.

### e) Der Konzernsprecherausschuss

Oben Gesagtes gilt entsprechend für den Konzernsprecherausschuss (§§ 21 ff. SprAuG) und den von diesem getroffenen Vereinbarungen (§ 28 SprAuG) in gleicher Weise.<sup>47</sup> Dieser ist – wie der Konzernbetriebsrat – eine Dauereinrichtung, die so lange besteht, wie deren Errichtungsvoraussetzungen vorliegen. Auch hier stellt sich daher die Frage der Beendigung des Amtes mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens, die nach der bisherigen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur wohl zu bejahen wäre. Hier wird man jedoch ebenfalls sagen müssen, dass der Verbleib des Konzernsprecherausschusses im Amt für den Fall der Bestellung eines Verfahrenskoordinators von Vorteil wäre. Dessen Befugnisse sind zwar nicht mit jenen des Konzernbe-

triebsrates vergleichbar,<sup>48</sup> doch kann eine gute Kommunikation mit der Vertretung der leitenden Angestellten angesichts der Bedeutung der leitenden Angestellten für die Sicherung der wirtschaftlichen Werte des Unternehmens von Vorteil sein.

### f) Unternehmensmitbestimmung

Die Insolvenzeröffnung lässt die gesellschaftsrechtliche Organisation selbst zunächst unberührt, die Gremien, etwa der Aufsichtsrat der AG oder der GmbH bleiben bestehen, deren Befugnisse sind allerdings weitgehend auf die Auskunft- und Mitwirkungspflichten der InsO reduziert, §§ 98, 101 InsO.<sup>49</sup> Für die Fälle der Eigenverwaltung ordnet § 276a InsO sogar explizit an, dass Aufsichtsrat, Gesellschafterversammlung oder entsprechende Organe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung mehr nehmen dürfen.<sup>50</sup>

Dessen ungeachtet führt die Problematik der Entkonzernierung u. U. zur Beendigung von Aufsichtsratsmandaten auf der Seite der Arbeitnehmerbank, wenn nicht sogar zum Entfallen des Aufsichtsrates selbst:

Ist bei einem Unternehmen nicht selbst die erforderliche Anzahl von Arbeitnehmern beschäftigt, d. h. nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG mehr als 2000, nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelG mehr als 500, sondern erfolgt jeweils eine Zurechnung der konzernangehörigen Arbeitnehmer über die entsprechenden Zurechnungsnormen, §§ 5 MitbestG, 2 DrittelG, um die erforderlichen Schwellenwerte zu erreichen, muss man konsequenterweise annehmen, dass diese Zurechnung ebenfalls mit der Auflösung des Konzernverbundes entfällt. Die Arbeitnehmer können nicht mehr dem herrschenden Unternehmen zugerechnet werden, da sie nicht mehr „Arbeitnehmer“ des herrschenden Unternehmens sind,<sup>51</sup> bzw. „im Unternehmen beschäftigt“ sind, und verlieren damit ihr Amt. Außerdem entfallen in diesen Fällen die Voraussetzungen für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat. Handelt es sich nicht um eine AG, entfällt der Aufsichtsrat ganz.

Diese extrem weitreichenden Folgen werden allerdings dadurch entschärft, dass die Zusammensetzung des Aufsichtsrates bis zum Abschluss eines formalisierten Statusverfahrens weiter als richtig gilt, § 98 AktG. Der Insolvenzverwalter wird außerdem – aufgrund der geringen Befugnisse des Aufsichtsrats – kein großes Interesse an derartigen Verfahren haben, zumal er auf die personelle Zusammensetzung keinen unmittelbaren Einfluss nehmen und diese Verfahren selbst nicht einleiten darf.<sup>52</sup>

41 So aber *Rieble/Kolbe*, KTS 2009, 281, 295, der davon ausgeht, dass mit Untergang des Konzernbetriebsrates die Konzernbetriebsvereinbarungen „mitgerissen“ würden.

42 BAG, 14.12.1993 – 3 AZR 618/93, AP BetrAVG § 7 Nr. 81.

43 BAG, 20.12.1995 – 7 ABR 8/95, BB 1996, 2686, 2687 m. BB-Komm. *Feuerborn*, AP BetrVG 1972 § 58 Nr. 1; BAG, 25.9.2012, NZA 2013, 275.

44 So auch BAG, 18.9.2002 – 1 ABR 54/01, BB 2003, 1391, 1387 m. BB-Komm. *Grobys*, im Hinblick auf die Fortgeltung von Gesamtbetriebsvereinbarungen bei einem identitäts-wahrenden Betriebsübergang.

45 Zur Anfechtung von Betriebsvereinbarungen: *Mücl/Krings*, ZIP 2015, 1714.

46 Etwa *Rieble/Kolbe*, KTS 2009, 281, 295.

47 *Zwanziger*, Kommentar zum Arbeitsrecht der Insolvenzordnung, 5. Aufl. 2015, Rn. 144d; *Mücl/Götte*, ZInsO 2017, 623, 629.

48 Vgl. § 32 Abs. 2 SprAuG zu den Rechten des Sprecherausschusses bei einer geplanten Betriebsänderung.

49 Vgl. auch *Rieble/Kolbe*, KTS 2009, 281, 305 f., im Regelinsolvenzverfahren geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nach § 80 InsO mit Verfahrenseröffnung auf den Insolvenzverwalter über.

50 Die Regelung des § 276 a InsO gilt allerdings nicht im vorläufigen Verfahren, so dass sich die Problematik der „Entkonzernierung“ hier möglicher Weise stellen wird.

51 *Rieble/Kolbe* nehmen an, dass die Wählbarkeit nach § 24 MitbestG erlischt und damit die Unternehmenszugehörigkeit nach § 7 MitbestG, das wird man auf die Regelung in § 2 DrittelG entsprechend übertragen müssen, *Rieble/Kolbe*, KTS 2009, 281, 305 f.

52 *Rieble/Kolbe*, KTS 2009, 281, 305 f.

Ein Bedürfnis für weitere Klarstellungen im Zusammenhang mit der Einführung der neuen Vorschriften zum Konzerninsolvenzrecht besteht insoweit daher nicht. Aufgrund der stark reduzierten Mitwirkungsbefugnisse der Aufsichtsräte im Rahmen der Insolvenz und der Verpflichtung, zunächst ein Statusverfahren durchzuführen, hält sich die Bedeutung der angenommenen „Entkonzernierung“ hier sehr in Grenzen.

#### IV. Fazit

Die neuen Vorschriften des KInsErlG sind ein Beitrag, die durch die Insolvenz eintretenden tatsächlichen Probleme bei der Abwicklung konzernangehöriger Unternehmen zu verbessern, was sich insbesondere an den verstärkten Auskunftspflicht und Mitwirkungspflichten sowie der Koordination durch einen Verfahrenskoordinator und einen Koordinationsplan zeigt. Ein Schritt in die Richtung einer „Rekonzernierung“ sind sie indessen nicht. Es bleibt bei dem auch bisher angenommenen „Ende der Konzernleitungsmacht“ mit allen Konsequenzen.

Der beabsichtigte Schutz der Arbeitnehmer, etwa durch Aufnahme des Kriteriums der Belegschaftsstärke bei der Festlegung des Gruppengerichtsstandes oder der Zusammensetzung der Gläubigerausschüsse, ist an wesentlichen Stellen lückenhaft: So hätte es speziell bei der Frage der Zuständigkeit der Arbeitnehmervertretungen der Klarstellung bedurft, dass Konzernbetriebsräte ungeachtet der Insolvenz-

eröffnung weiterhin im Amt bleiben und welche Kompetenzen diese haben.

Die Regelungen des KInsErlG stellen folglich insgesamt einen Schritt in die richtige Richtung dar, etwaige Schwächen sollten in Zukunft im Wege der Rechtsfortbildung und der praxisrelevanten Auslegung beseitigt werden.

**Dr. Simone Wernicke** ist als Fachwältin für Arbeitsrecht im Frankfurter Büro der auf Sanierung und Insolvenzverwaltung spezialisierten Kanzlei BBL Bernsau Brockdorff tätig. Sie berät seit 18 Jahren Unternehmen in allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts und vertritt diese in Arbeitsgerichtsprozessen. Der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt in der arbeitsrechtlichen Begleitung von Restrukturierungsprozessen innerhalb und außerhalb von Insolvenzverfahren.



**Steffen Schneider** ist Partner bei BBL Bernsau Brockdorff und seit über 20 Jahren als Experte auf dem Gebiet der Insolvenzverwaltung und der Sanierungsberatung tätig. Dabei berät er nationale und internationale Mandanten in der außergerichtlichen Restrukturierung von Konzernen und der Restrukturierung über Insolvenzverfahren.



## BAG: Dynamische Bezugnahme auf Tarifvertrag bei Betriebsübergang – Nachfolgeentscheidung zu EuGH-Urteil

BAG, Urteil vom 30.8.2017 – 4 AZR 95/14

ECLI:DE:BAG:2017:300817.U.4AZR95.14.0

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2018-371-1](#)  
unter [www.betriebs-berater.de](#)

#### AMTLICHER LEITSATZ

**Die Bindung des Betriebserwerbers an die vom Betriebsveräußerer mit dem Arbeitnehmer individualrechtlich vereinbarte dynamische Bezugnahme auf einen Tarifvertrag verstößt nicht gegen Art. 3 RL 2001/23/EG iVm. Art. 16 GRC. Der Erwerber kann die erforderlichen Anpassungen sowohl einvernehmlich im Wege des Änderungsvertrags als auch einseitig durch Erklärung einer – sozial gerechtfertigten – Änderungskündigung vornehmen.**

GRC Art. 16, RL 2001/23/EG Art. 3, BGB § 613a

#### SACHVERHALT

Die Parteien streiten über die Anwendbarkeit des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst (im Folgenden TVöD) und des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (im Folgenden TVÜ-VKA) auf ihr Arbeitsverhältnis.

Die Klägerin, die Mitglied der Gewerkschaft ver.di ist, wurde zum 7. April 1986 vom Kreis O, der Träger des Dkrankenhauses in L und Mitglied des

Kommunalen Arbeitgeberverbands war, als Stationshilfe für dieses Krankenhaus eingestellt. In § 2 des Arbeitsvertrags vom 19. März 1986 heißt es: „Das Arbeitsverhältnis richtet sich nach den Vorschriften des Bundesmanteltarifvertrages für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BMT-GII) vom 31.01.1962 und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen. Außerdem finden die für den Bereich des Arbeitgebers jeweils geltenden sonstigen Tarifverträge Anwendung, sofern beiderseitige Tarifbindung vorliegt.“

Ende 1995 wurden das Dkrankenhause und das gleichfalls vom Kreis O betriebene Kreiskrankenhaus S nach §§ 168ff. UmwG auf die Kreiskliniken L-S GmbH (im Folgenden KLS GmbH) ausgegliedert, die gleichfalls Mitglied im Kommunalen Arbeitgeberverband war.

Die KLS GmbH übertrug ihren Wirtschafts- und Versorgungsdienst mit Wirkung zum 31. Dezember 1997 auf die Kreiskliniken L-S Service-GmbH i.G. (im Folgenden KLS Service-GmbH i.G.). Beide Gesellschaften sowie der Betriebsrat der KLS GmbH schlossen am 4. November 1997 einen Personalüberleitungsvertrag (im Folgenden PÜV 1997).

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, auf ihr Arbeitsverhältnis seien der TVöD und der TVÜ-VKA in der jeweiligen Fassung anwendbar.

Der Senat hat dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) mit Beschluss vom 17. Juni 2015 – 4 AZR 95/14 (A) – sinngemäß die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob Art. 3 RL 2001/23/EG iVm. Art. 16 GRC der dynamischen Anwendung von Tarifverträgen aufgrund einer – dyna-