

Volker Rieble^{*)}

Insolvenzbedingter Forderungsverzicht und arbeitsrechtliche Erlassverbote

In der Insolvenz sind alle Gläubiger gleich. Nur die Arbeitnehmer sind gleicher: Soweit ihre Entgeltforderungen Kollektivverträgen entspringen, stehen sie unter besonderem Verzichtsschutz: Das torpediert den Insolvenzplan und schafft ein systemwidriges Vorzugsrecht. Diesem lässt sich durch eine „Differentialdiagnose“ zwischen Arbeits- und Insolvenzrecht begegnen.

I. Arbeitnehmer als sanierungsinteressierte Insolvenzgläubiger

Die Insolvenz lebt davon, dass Gläubiger auf Teile ihrer rückständigen Forderungen verzichten – um die Verwertung des Restvermögens zu erleichtern oder um die Sanierung zu ermöglichen. Arbeitnehmer sind in Ansehung rückständigen Entgelts zunächst normale Insolvenzgläubiger – wie alle anderen auch. Sie haben indes ein besonderes Interesse an der Sanierung, weil diese einen Teil der Arbeitsplätze retten kann. Dementsprechend sind Arbeitnehmer in der Unternehmenskrise durchaus bereit „zuzuschießen“, also in der Sanierungsphase preiswerter zu arbeiten – sei es, dass sie mit einer Entgeltabsenkung einverstanden sind, sei es, dass sie Mehrarbeit ohne Bezahlung leisten wollen.¹⁾ Beides ist eine Form des Entgeltverzichts für die Zukunft.

Leichter noch fällt der Verzicht auf rückständiges Entgelt als Sanierungsbeitrag. Das Opfer des Arbeitnehmers wird durch das Insolvenzgeld der Bundesagentur für Arbeit abgemildert (unten V). Arbeitnehmer kalkulieren wie alle Gläubiger: Wenn nur eine bescheidene Insolvenzquote in Aussicht steht, dann kann man auf den Teil der Forderung, der ohnehin nicht erfüllt wird, verzichten.²⁾ Solche Arbeitnehmeropfer sind rechtlich fragwürdig, soweit sie unabdingbare Rechte betreffen. Das gilt für vielerlei Rechte, auch für den Verzicht auf gesetzliche oder tarifliche Urlaubstage. Für die Insolvenz zentral sind zwingende Entgeltvorgaben aus Kollektivverträgen: Während die Frage, ob Arbeitnehmer in der Unternehmenskrise und in der Insolvenz auf laufendes Entgelt verzichten können, im Rahmen der „Bündnisse für Arbeit“ intensiv diskutiert wird,³⁾ finden sich kaum Stellungnahmen zum Verzicht auf rückständiges Entgelt.⁴⁾

II. Arbeitsrechtliche Verzichtsverbote

1. Unabdingbarkeit kollektivvertraglicher Entgelte

Das Arbeitsrecht hält den Arbeitnehmer für beschränkt verhandlungs- und vertragsfähig. Seine „strukturelle Unterlegenheit“ gegenüber dem Arbeitgeber soll durch das kollektive Verhandlungsmandat von Gewerkschaften und Betriebsrat ausgeglichen werden. Das bedeutet konsequenterweise, dass kollektivvertragliche (Entgelt-)Regeln unmittelbar und zwingend gelten, also für den Arbeitsvertrag unabdingbar sind, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG für den Tarifvertrag und § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG für die Betriebsvereinbarung. Durch Arbeitsvertrag können kollektivvertragliche Entgelte nicht abgesenkt werden. Bei Tarifverträgen greift die Unabdingbarkeit für Entgeltregelungen nach § 4 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 1, 3 TVG nur, wenn beide Arbeitsvertragsparteien tarifgebunden sind – also für Gewerkschaftsmitglieder desjenigen Arbeitgebers, der Mitglied im tarifschließenden Arbeitgeberverband ist oder den Haustarifvertrag selbst abgeschlossen hat. Die typische Bezugnahme im Arbeitsvertrag führt nicht zur tariflich-normativen Geltung der Tarifbedingungen; diese gelten nur schuldrechtlich als Inhalt des Arbeitsvertrags und sind damit abdingbar.⁵⁾ Das heißt: Nichtorganisierte Arbeitnehmer eines tarifgebundenen Arbeitgebers können Entgeltverzicht leisten – anders als Gewerkschaftsmitglieder. Für alle Arbeitsverhältnisse im Geltungsbereich des Tarifvertrags greifen dessen Mindestentgelte, wenn der Tarifvertrag nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt ist, wie das bei Entgelttarifen gele-

^{*)} Dr. iur., Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht der Ludwig-Maximilians-Universität, und Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR), München

1) Dazu Rieble, NZA 2000, 225; Gagel, BB 2000, 718.

2) Vgl. Lakies, NZA 2001, 521; Gagel, BB 200, 718; Schlüter, NZI 2001, 229, 231.

3) Dazu Rieble, ZfA 2004, 1, 30 ff.; Raab, ZfA 2004, 371; Dieterich, DB 2001, 2398; Schliemann, NZA 2003, 122.

4) Hanau, ZIP 2002, 2028, 2029; MünchKomm-Heftmehl, InsO, 2002, § 55 Rz. 167 m. Nachw.

5) Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl., 2004, § 3 Rz. 244; Oetker, in: Wiedemann, TVG, 7. Aufl., 2007, § 3 Rz. 285.

gentlich vorkommt.⁶⁾ Sonderfall ist die Rechtsverordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe nach § 1 Abs. 3a AEntG, die für alle Arbeitnehmer einen Mindestlohn von 10,30 € im Westen und 8,90 € im Osten vorschreibt.⁷⁾ In diesen Fällen sind die kollektiven (Entgelt-)Regelungen auch für die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer unabdingbar – in ihrem Geltungsbereich.

Die Unabdingbarkeit kollektiver Regelungen ist mehrfach eingeschränkt:

- Von vornherein dispositiv gilt der Tarifvertrag, wenn er gekündigt, ausgelaufen oder aufgehoben ist, dann greift die *Nachwirkung* des § 4 Abs. 5 TVG; Gleiches gilt wenn irgendeine Geltungsvoraussetzung des Tarifvertrags entfällt, insbesondere, wenn der Betrieb aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrags herausgewandert ist.⁸⁾ Betriebsvereinbarungen wirken nach ihrem Ende nur ausnahmsweise nach, wenn ihr Regelungsgegenstand der erzwingbaren Mitbestimmung unterfällt, § 77 Abs. 6 BetrVG. Das ist hinsichtlich freiwilliger übertariflicher Leistungen gerade nicht der Fall, wohl aber, wenn der tariffreie Arbeitgeber sein gesamtes Entgeltsystem mit dem Betriebsrat abstimmen muss, § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.⁹⁾
- Im Fall des *Betriebsübergangs* gehen zwingende kollektivvertragliche Arbeitsbedingungen in die Arbeitsverhältnisse ein und sind dort nach Maßgabe von § 613a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB für maximal ein Jahr unabdingbar.

Daneben sind auch „an sich“ zwingend geltende Tarifverträge während ihrer Laufzeit abdingbar:

- Wenn die Kollektivvertragsparteien auf die zwingende Wirkung verzichten – durch gewillkürte Öffnungsklauseln. Für Tarifverträge sagt dies § 4 Abs. 3 TVG; für die Betriebsvereinbarung fehlt eine Norm, doch können Betriebsparteien ohne Weiteres auf die zwingende Wirkung ihrer Normen verzichten.¹⁰⁾ In der Regel sind solche Öffnungsklauseln konditioniert und erlauben die Abweichung nur unter materiellen Bedingungen oder nach Zustimmung der Kollektivvertragsparteien.¹¹⁾
- Daneben steht das Günstigkeitsprinzip, das dem Arbeitsvertrag die Verbesserung der kollektiven Arbeitsbedingungen erlaubt. Für Tarifverträge ist es in § 4 Abs. 3 TVG geregelt, für Betriebsvereinbarungen ist es anerkannt.¹²⁾ Indes gestattet das BAG gerade nicht den Günstigkeitsvergleich zwischen Verschlechterung der Arbeitsbedingungen und Sicherung der Arbeitsplätze.¹³⁾ Mithin kann auch der Insolvenzverwalter mit den Arbeitnehmern keine derartigen Beschäftigungssicherungsvereinbarungen treffen.

Für den vorläufigen Verwalter ist es mithin wichtig, möglichst früh die „Axt“ an kollektivvertragliche Arbeitsbedingungen, insbesondere Entgeltregeln zu legen. Die InsO gewährt ein Sonderkündigungsrecht nur in Ansehung masselastender Betriebsvereinbarungen; § 120 InsO¹⁴⁾ – aber nur dem endgültigen Verwalter.¹⁵⁾ Im Vorverfahren und für Tarifverträge bleiben nur die „normalen“ Fluchtmöglichkeiten: die reguläre Kündigung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen,

für Tarifverträge insbesondere der Betriebsübergang und Kündigung von Haustarifen oder der Verbandsaustritt gegenüber dem Verbandstarif.

2. Unverzichtbarkeit entstandener Rechte

2.1 Umgehungsschutz

Die Unabdingbarkeit verbietet dem Arbeitnehmer jede Abänderung der kollektiven Arbeitsbedingungen, soweit diese nicht von autonomen Öffnungsklauseln oder durch das Günstigkeitsprinzip gedeckt sind. Streng zu trennen von der Unabdingbarkeit der obligatorischen, forderungserzeugenden Regel ist die einmal erzeugte Forderung, also der Entgeltanspruch für einen bestimmten Abrechnungszeitraum, etwa Mai 2007. Solche Forderungen erlangen mit ihrer Entstehung rechtliche Selbstständigkeit: Der Gläubiger kann ohne Rücksicht auf das Schuldverhältnis über diese verfügen.¹⁶⁾

Die Wirkung der Unabdingbarkeit kollektivrechtlicher Entgeltregelungen endet also mit der Forderungsentstehung. Damit ist das Regelungsprogramm vollzogen. Mithin könnte die Unabdingbarkeit unterlaufen werden, indem der Arbeitnehmer auf die entstandene Forderung verzichtet. Das BGB verbietet im Gefolge zwingender Normen grundsätzlich nur den *Vorausverzicht* als Umgehung der zwingenden anspruchserzeugenden Grundnorm (etwa §§ 619, 1614 Abs. 1 BGB¹⁷⁾), nicht aber den nachträglichen – und respektiert so die Verfügungsmacht des Forderungsinhabers. Das kollektive Arbeitsrecht ist strenger und sichert die Unabdingbarkeit der Kollektivverträge mit einem *umfassenden Verzichtsschutz* für aus ihnen entstandene Rechte in § 4 Abs. 4 Satz 1 TVG und § 77 Abs. 4 Satz 2 BetrVG sowie § 28 Abs. 2 Satz 3 SprAuG – für Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und zwingende Richtlinien für Leitende Angestellte:

Ein *Verzicht auf Tarifrechte*, insbesondere rückständige Entgeltforderungen ist grundsätzlich unzulässig; erlaubt ist nur der

6) So der Entgelttarifvertrag für die Gebäudereinigung in Deutschland v. 4.10.2003; der Entgelt- und Auszubildendentarifvertrag für das Friseurhandwerk in Baden-Württemberg v. 17.6.2004 i. d. F. v. 25.11.2004; sowie der Lohn- und Gehaltstarifvertrag für das Bäckerhandwerk in Nordrhein-Westfalen v. 14.1.2004.

7) 5. VO über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe v. 29.8.2005, BAnz Nr. 146 v. 31.8.2005, S. 13199, dazu Rieble/Lessner, ZfA 2002, 29 m. Nachw.

8) Dazu Löwisch/Rieble (Fußn. 5), § 4 Rz. 409 m. Nachw.

9) BAG v. 28.2.2006 – 1 ABR 4/05, NZA 2006, 1426 = EzA § 87 BetrVG 2001 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 9 = APNr. 127 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

10) GK-BetrVG/Kreuz, 8. Aufl., 2005, § 77 Rz. 268 m. w. N.

11) Vgl. den Entgeltkorridor in § 10 Bundesentgelttarifvertrag für die Chemische Industrie i. d. F. v. 30.9.2004.

12) Grundlegend BAG GS v. 16.9.1986 – GS 1/82, ZIP 1987, 251 = APNr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 = EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 17 = NZA 1987, 168, dazu EWIR 1987, 539 (Däubler).

13) BAG v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, AP Nr. 89 zu Art. 9 GG = EzA Art. 9 GG Nr. 65 = NZA 1999, 887 – Burda. Dagegen Löwisch/Rieble (Fußn. 5), § 4 Rz. 327; grundlegend Adomeit, NJW 1984, 26.

14) Dazu Rieble, Kollektivverträge in der Insolvenz, RWS-Forum 18 Insolvenzrecht 2000, 2001, S. 127 ff.; Oetker/Friese, DZWIR 2000, 397.

15) Vgl. BAG v. 20.1.2005 – 2 AZR 134/04, ZIP 2005, 1289 = EzA § 113 InsO Nr. 15 = AP Nr. 18 zu § 113 InsO, dazu EWIR 2005, 867 (Thüsing/Grosse-Brockhoff).

16) Staudinger/Rieble, BGB, 2005, § 397 Rz. 55; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 3 I, S. 30.

17) Weiter Staudinger/Rieble (Fußn. 16), § 397 Rz. 98.

Vergleich i. S. v. § 779 BGB, und dies auch nur mit der Zustimmung beider(!) Tarifparteien. Auf der betrieblichen Ebene ist immerhin der Verzicht möglich, aber gebunden an die Zustimmung des Betriebsrats oder Sprecherausschusses. Kaum bekannt ist § 19 Abs. 3 Satz 1 HAG, der Entgeltfestsetzungen des Heimarbeitsausschusses die Wirkung von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen zuspricht, so dass die Entgeltansprüche bis zur Entstehung unabdingbar und danach unverzichtbar sind¹⁸⁾ – mit Ausnahme des von der obersten Arbeitsbehörde des Landes oder einer von ihr bestimmten Stelle gebilligten Vergleichs, § 19 Abs. 3 Satz 3 HAG.

Bislang nicht praktisch geworden sind staatliche Mindestentgelte nach dem Gesetz über Mindestarbeitsbedingungen; auch hier sind rückständige Mindestentgelte verzichtbar, aber nur in einem von der obersten Arbeitsbehörde des Landes oder einer von ihr bestimmten Stelle gebilligten Vergleich, § 8 Abs. 3 MindArbBedG. Im Fall der (ebenfalls noch nicht vorgekommenen) Festsetzung von Entgelten für selbstständige, aber arbeitnehmerähnliche Ein-Firmenhandelsvertreter gem. § 92a HGB ist der Verzicht nicht geregelt, sondern nur die Unabdingbarkeit (§ 92a Abs. 1 Satz 2 HGB); daraus kann man den Schluss ziehen, dass es beim zivilrechtlichen Umgehungsschutz durch Verbot des Vorausverzichts bewendet.

Im Zentrum des Verzichtsverbots steht der (auch nur teilweise) Forderungserlass § 397 Abs. 1 BGB, dem das negative Schuldanerkenntnis des § 397 Abs. 2 BGB gleichgestellt ist (Hauptfall: Ausgleichsquittung). Der Vergleich des § 779 BGB ist anders als diese keine Verfügung, sondern obligatorisches Grundgeschäft, das seinerseits durch Forderungserlass vollzogen wird.¹⁹⁾ Insofern ist § 4 Abs. 4 Satz 1 TVG unsauber formuliert: Privilegiert ist derjenige Forderungserlass, der auf einem Vergleich beruht. Aus diesem beschränkten Verzichtsverbot wird die Unzulässigkeit weiterer forderungsbeschränkender Geschäfte abgeleitet.²⁰⁾ Verzichtsverbote gelten auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses uneingeschränkt weiter, weil die Forderung einmal als unverzichtbar entstanden ist.

2.2 Nur zum Schutz der zwingenden forderungserzeugenden Norm

Der Unverzichtbarkeitsschutz flankiert die zwingende Wirkung des forderungserzeugenden Kollektivvertrags (sowie der diese ersetzenden staatlichen Mindestarbeitsbedingungen). Daraus folgt notwendig: Soweit (und solange) der Kollektivvertrag nicht zwingend gilt, stehen auch die aus ihm resultierenden (Entgelt-)Forderungen nicht unter dem Unverzichtbarkeitsschutz.

Verzicht und Vergleich über bestehende kollektivvertragliche Forderungen sind also von vornherein ungehindert möglich:

- wenn Arbeitnehmer oder Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist und die Geltung des Tarifvertrags auf einer Bezugnahmeklausel fußt;²¹⁾
- wenn der Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung im Zeitpunkt der Forderungsentstehung nur noch nachwirkt, § 4 Abs. 5 TVG und § 77 Abs. 6 BetrVG;

- wenn die Kollektivvertragsgeltung auf § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB fußt; verboten ist dann nur der Vorausverzicht, weil ein spezielles Verzichtsverbot fehlt.

Erstreckt sich die Forderungsentstehung über einen längeren Zeitraum, so ist die Forderung ggf. aufzuteilen in einen verzichtbarkeitsgeschützten und einen dispositiven Teil: So kann ein Arbeitnehmer einen Anspruch auf ratierlich anwachsende Jahressonderzahlung nicht insgesamt dadurch unverzichtbar gestalten, dass er der Gewerkschaft gegen Ende des Bezugszeitraums beitrifft.

Günstigkeitsprinzip und Öffnungsklausel können zuerst die Entstehung der Forderung beeinflussen: Ist die Abweichung vom Kollektivvertrag gestattet, entsteht die Forderung von vornherein nach Maßgabe der abweichenden Vereinbarung.

Vor allem aber: *Öffnungsklauseln und Günstigkeitsprinzip können den konkreten Forderungserlass decken* – ohne dass (für § 4 Abs. 4 Satz 1 TVG) ein Vergleich vorliegen müsste und ohne Zustimmung der Kollektivvertragspartei. Ersteres wird wenig praktisch, weil Kollektivverträge typischerweise keine eigenständigen Öffnungsklauseln für den selbstständigen Forderungsverzicht²²⁾ enthalten; insofern genügt der Praxis das Zustimmungserfordernis. Das Günstigkeitsprinzip dagegen schon:²³⁾ Das BAG hat ausdrücklich den Verzicht auf eine Sozialplanabfindung (die wegen § 112 Abs. 1 Satz 3 BetrVG am Unverzichtbarkeitsschutz des § 77 Abs. 4 Satz 1 teilhat) nach Maßgabe des Günstigkeitsprinzips für möglich gehalten – im konkreten Fall aber daran scheitern lassen, dass die anstelle der Sozialplanabfindung vorgesehenen periodischen Zahlungen im Wert deutlich hinter der Abfindung zurückgeblieben sind.²⁴⁾

Außerhalb von (drohender) Zahlungsunfähigkeit kann ein Forderungsverzicht für den Arbeitnehmer isoliert gesehen nur dann günstiger sein, wenn er anstelle der Forderung eine günstigere andere Leistung erhält. Bei Geldforderungen, insbesondere Lohnrückständen oder Abfindungsansprüchen muss der Arbeitgeber also grundsätzlich „etwas drauflegen“. Für die Insolvenz ist das vollkommen unpraktisch. Immerhin denkbar ist es, mit einem Forderungsverzicht auf Leistungen Dritter zu zielen. So hat es das BSG ernsthaft für möglich gehalten, dass ein Arbeitnehmer auf Spitzenbeträge seines Entgelts verzichtet, um die Belastung mit Sozialabgaben zu mindern oder gar Sozialleistungen (Kindergeld) in Anspruch nehmen zu können.²⁵⁾ Abgesehen davon, dass sich diese Frage für den nachträglichen Verzicht typischerweise nicht stellt, sondern nur für das Abbedingen künftiger Entgeltspitzen ist es sozialrechtlich fragwürdig, eigene Leistungsbedürftigkeit gezielt herbeizufüh-

18) Dazu BAG v. 28.7.1966 – 5 AZR 63/66, APNr. 2 zu § 25 HAG = NJW 1966, 2378.

19) Zur Konstruktion: *Staudinger/Rieble* (Fußn. 16), § 397 Rz. 33 ff., 48 ff.

20) Im Einzelnen *Löwisch/Rieble* (Fußn. 5), § 4 Rz. 346 ff.

21) *Löwisch/Rieble* (Fußn. 5), § 4 Rz. 341; *Wank*, in: *Wiedemann* (Fußn. 5), § 4 Rz. 671.

22) Dazu *Löwisch/Rieble* (Fußn. 5), § 4 Rz. 338.

23) Allgemein *Löwisch/Rieble* (Fußn. 5), § 4 Rz. 359.

24) BAG v. 27.1.2004 – 1 AZR 148/03, ZIP 2004, 1165 = EzA § 77 BetrVG 2001 Nr. 7 = AP Nr. 166 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 2004, 667; dazu EWIR 2004, 689 (*Ehrlich*).

25) BSG v. 28.2.1990 – 10 RKg 15/89, EzA § 4 TVG Günstigkeitsprinzip Nr. 3 = DB 1990, 1976. Vgl. auch BSG v. 12.4.2000 – B 14 KG 4/99, SozSich 2001, 209 = SozR 3-5870 § 2 Nr. 44 für ein arbeitsvertraglich entgegen betrieblicher Übung ausgehandeltes Entgelt.

ren. Das Günstigkeitsprinzip jedenfalls deckt solche Vereinbarungen nicht, weil es insoweit nicht mehr um den Vergleich von Regelungsinhalten geht, sondern um die Berücksichtigung von Folgewirkungen.²⁶⁾

In der Insolvenz steht die Günstigkeit also für zwei Punkte in Rede:

- einmal für den Erfüllungsvergleich: der Arbeitnehmer verzichtet auf einen Teilbetrag seiner Insolvenzforderung und hat demgegenüber Erfüllungssicherheit für den restlichen Teil;²⁷⁾
- zum anderen für den Forderungsverzicht zum Zweck der Arbeitsplatzzerhaltung – als Sanierungsbeitrag.

Den zweiten Fall kann man wissenschaftlich gut begründen,²⁸⁾ für die Praxis aber sogleich abhaken. Das BAG lässt keinen Vergleich von Tarifdispens mit Arbeitsplatzzerhaltung zu, weil beides inkommensurable Größen seien.²⁹⁾ Die Praxis kann sich insoweit keine Rechtsunsicherheit leisten.

Bleibt der erste Fall: Der Arbeitgeber oder der seine Funktion einnehmende Verwalter kann dem Arbeitnehmer sichere Erfüllung für einen Forderungsteil zusagen. Diese Sicherheit muss rechtlich fassbar sein: beim Verwalter, weil er eine Masseschuld begründet; beim angeschlagenen Arbeitgeber entweder durch Sicherheitsleistung oder durch sofortige Zahlung. Der Günstigkeitsvergleich ist möglich: Geht es doch um ein und dieselbe Forderung und deren Erfüllungswahrscheinlichkeit. Dass der Spatz in der Hand günstiger ist als die Taube auf dem Dach, gilt freilich nur im Prinzip. Der konkrete Günstigkeitsvergleich verlangt aus arbeitsrechtlicher Sicht zweierlei: erstens die gesicherte Feststellung, dass die Forderung in ihrer Erfüllung gefährdet ist, möglichst eine exakte Prognose der Erfüllungs- oder Insolvenzquote. Sonst könnte der Unverzichtbarkeitsschutz bereits durch bloße Drohung oder Behauptung von Zahlungsschwierigkeiten unterlaufen werden. Zweitens muss die dem Arbeitnehmer angebotene Zahlung günstiger sein als der Fortbestand der Forderung. Sind kollektivvertragliches Recht und die durch Teilerlass vereinbarte Alternative gleichwertig, so fehlt es der vertraglichen Lösung an der Günstigkeit: Das kollektivvertragliche Recht setzt sich durch.³⁰⁾

Das heißt: Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer mehr bieten als die bloße Quote. Denn die Erfüllung der Quote kann der Arbeitnehmer auch ohne den Forderungsverzicht erwarten. Nun aber beißen sich Arbeitsrecht und Insolvenzrecht: Jene Besserstellung des Arbeitnehmers, die das Günstigkeitsprinzip verlangt, ist eine mit der InsO unvereinbare Vorzugsbehandlung der Arbeitnehmer gegenüber anderen Gläubigern.

3. Verzicht auf Geltendmachung?

Den Verzichtsschwerungen kann der Arbeitnehmer durch Untätigkeit begegnen: Nahezu alle Tarifverträge enthalten mehr oder minder kurze Ausschlussfristen, mit deren Ablauf der erfasste Anspruch erlischt, wenn er vom Arbeitnehmer nicht zuvor geltend gemacht worden ist.³¹⁾ Tarifliche Entgeltansprüche sind typischerweise erfasst, oft auch alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und damit auch solche aus Betriebs-

vereinbarungen. § 4 Abs. 4 TVG schafft einen Schutz nur vor nicht-tariflichen Ausschlussfristen, weswegen der Arbeitnehmer durch das Verstreichenlassen der Ausschlussfrist seine Forderung verliert – kondiktionsfest. Mithin ist ein Verzicht durch Nichtstun möglich.

In der Insolvenz ist dieser Ausweg nur beschränkt gangbar, weil die InsO eine besondere Form der Geltendmachung verlangt. Tarifliche Ausschlussfristen greifen umfassend nur für Masseforderungen, weil Arbeitnehmer als Massegläubiger diese außerhalb des Insolvenzverfahrens geltend machen können³²⁾ – wobei auch die irrtümliche Anmeldung der Masseforderung zur Tabelle die Ausschlussfrist wahren soll.³³⁾

Auf rückständige Arbeitnehmerforderungen, die lediglich Insolvenzforderungen sind, finden Ausschlussfristen ab Eröffnung des Verfahrens grundsätzlich keine Anwendung mehr: Wie Insolvenzforderungen geltend zu machen sind, regelt die InsO mit §§ 28 f., 174 ff. abschließend und tariffest.³⁴⁾ Das heißt: Ist die Ausschlussfrist für die Insolvenzforderung nicht schon abgelaufen (also die Forderung nicht schon erloschen), unterbricht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Fristlauf. Die bloße Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers oder das Vorverfahren hingegen haben keinen Einfluss.³⁵⁾

Das heißt praktisch: Für das Insolvenzverfahren ist der Weg des Anspruchsverzichts durch einvernehmliches Verstreichenlassen der tariflichen Ausschlussfrist versperrt. Allenfalls könnten Arbeitnehmer einen Teil ihrer ab Eröffnung entstandenen Entgeltansprüche auf diese Weise opfern, um ein Äquivalent für den Teilerlass rückständiger Entgeltansprüche als Sanierungsbeitrag zu leisten. Im Übrigen können die Arbeitnehmer darauf verzichten, ihre Forderungen zur Tabelle anzumelden.

III. Insolvenzzrechtliche Folgen der Unverzichtbarkeit

1. Keine gesetzliche Ausnahme vom Verzichtsverbot

Das kollektive Arbeitsrecht kennt keine insolvenz- oder sanierungsspezifische Ausnahme vom Verzichtsverbot. Auch die InsO schweigt sich insoweit aus. Gegenbeispiel sind die gesellschaftsrechtlichen Verzichtverbote, die – im Interesse der Ge-

26) Näher *Löwisch/Rieble* (Fußn. 5), § 4 Rz. 312; ebenso BAG ZIP 2004, 1165 = EZA § 77 BetrVG 2001 Nr. 7 = AP Nr. 166 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 2004, 667; mittelbare Fernwirkungen bleiben außer Betracht. Für Leistungen Dritter wie Kurzarbeitergeld hat es die Frage offen gelassen.

27) Dazu *Staudinger/Rieble* (Fußn. 16), § 397 Rz. 51 ff.

28) *Löwisch/Rieble* (Fußn. 5), § 4 Rz. 354.

29) Dazu die Burda-Entscheidung BAG AP Nr. 89 zu Art. 9 GG = EZA Art. 9 GG Nr. 65 = NZA 1999, 887.

30) BAG ZIP 2004, 1165 = EZA § 77 BetrVG 2001 Nr. 7 = AP Nr. 166 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 2004, 667; allgemein zu dem Prinzip, dass neutrale Abweichungen vom Kollektivvertrag sich nicht durchsetzen können: *Löwisch/Rieble* (Fußn. 5), § 4 Rz. 317.

31) Dazu *Löwisch/Rieble* (Fußn. 5), § 1 Rz. 640 ff.

32) BAG v. 18.12.1984 – 1 AZR 588/82, ZIP 1985, 754 = AP Nr. 88 zu § 4 TVG Ausschlussfristen = EZA § 4 TVG Ausschlussfristen Nr. 63 = NZA 1985, 396, dazu EWIR 1985, 247 (*Bauer*); BAG v. 12.6.2002 – 10 AZR 199/01, EZA § 4 TVG Ausschlussfristen Nr. 154 = NZA 2002, 1156; *Lakies*, NZA 2001, 525.

33) BAG v. 15.2.2005 – 9 AZR 78/04, ZIP 2005, 1653 = AP Nr. 4 zu § 108 InsO = EZA § 55 InsO Nr. 9 = NZA 2005, 1124.

34) BAG ZIP 2005, 1653 = AP Nr. 4 zu § 108 InsO = EZA § 55 InsO Nr. 9 = NZA 2005, 1124; BAG EZA § 4 TVG Ausschlussfristen Nr. 154 = NZA 2002, 1175; BAG ZIP 1985, 754 = AP Nr. 88 zu § 4 TVG Ausschlussfristen (m. krit. Anm. *Zeuner* für die KO); *Löwisch/Rieble* (Fußn. 5), § 1 Rz. 669.

35) *Löwisch/Rieble* (Fußn. 5), § 1 Rz. 678; *Krause*, RdA 2004, 106, 117; offen gelassen von BAG EZA § 4 TVG Ausschlussfristen Nr. 154 = NZA 2002, 1175.

sellschaftsgläubiger – bestimmte Ansprüche der Gesellschaft für drei Jahre unverzichtbar stellen, aber durchweg anordnen, dass dieser Verzichtsschutz nicht gilt, „wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht oder wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird“.³⁶⁾

Für das Arbeitsrecht sind jene Regelungen ambivalent. Einmal bringen sie ein allgemeines Strukturprinzip zum Ausdruck: Verzichtsverbote haben einen eng begrenzten Schutzzweck und sollen keine Gläubigervorrangstellung in der Insolvenz begründen – weil dies dem insolvenzrechtlichen Grundprinzip der Gleichbehandlung aller Insolvenzgläubiger dient. Auf der anderen Seite zeigt die gesellschaftsrechtliche Regelung, dass dem Gesetzgeber das Problem bekannt ist; das Fehlen einer solchen Regelung im Arbeitsrecht begründet also keine planwidrige Regelungslücke im Recht kollektivvertraglich begründeter Unverzichtbarkeit.

2. Außergerichtlicher Sanierungsvergleich

Der dem Regelinsolvenzverfahren vorgelagerte außergerichtliche Sanierungsvergleich ist in der InsO nicht geregelt und nach BGB zu beurteilen.³⁷⁾ Die Forderungsvernichtung selbst geschieht durch verfügenden Teilerlass gem. § 397 BGB; seine causa besteht in dem Vergleich. Das Nachgeben des Gläubigers liegt im Teilverzicht, dasjenige des Schuldners in der Erfüllungsbereitschaft. Jeder Gläubiger muss einen eigenen Erlassvertrag schließen. In der Entscheidung hierüber ist er frei. Weder entfaltet der außergerichtliche Sanierungsvergleich eine Bindungswirkung gegenüber nichtbeteiligten Gläubigern, noch sind Gläubigerminderheiten zu Gunsten einer sanierungswilligen Mehrheit zur Zustimmung verpflichtet – etwa kraft Rechts- und Gefahrgemeinschaft.³⁸⁾ Materielle Verzichtsverbote greifen uneingeschränkt. Der Sanierungsvergleich kann durch seine ausschließlich privatautonome Gestaltung von vornherein nicht in unabdingbare Rechte eingreifen. Dies beschränkt den Spielraum „freier Unternehmenssanierungen“ erheblich.³⁹⁾

Für die unverzichtbaren Entgeltansprüche der Arbeitnehmer heißt das: Der Forderungsverzicht ist zwar möglich – zu Lasten tariflicher Ansprüche deswegen, weil der von § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG geforderte Vergleich vorliegt (es sei denn, der Arbeitnehmer soll auf seine Forderung ganz verzichten und dafür auch keine Gegenleistung erhalten). Indes hängt die Wirksamkeit von der Zustimmung der Tarifvertragsparteien oder des Betriebsrats ab. Verweigern diese ihre Zustimmung, scheitert der Erlass. So wenig der Arbeitnehmer als Gläubiger verpflichtet ist, seine Zustimmung zu erklären, so wenig sind es die Kollektivvertragsparteien.

Dem Sanierer bleiben im Fall der Zustimmungsverweigerung nur zwei Wege: Erstens kann er in arbeitsrechtlicher Filigranarbeit die enge Reichweite des Unverzichtbarkeitsschutzes ermitteln und jene Ansprüche und Forderungsteile zustimmungsfrei durch Vertrag mit dem Arbeitnehmer reduzieren, die nicht auf einer zwingenden kollektivrechtlichen Arbeitsbedingung fußen. Das kann zur Zweiteilung der Belegschaft des tarifgebundenen Arbeitgebers führen. Der Sanierer hat dann einen Auskunftsanspruch gegen jeden Arbeitnehmer,

der ihm für den Anspruchsentstehungszeitraum seine eigene Tarifgebundenheit mitteilen muss,⁴⁰⁾ denn von dieser hängt die Unverzichtbarkeit ab: Ansprüche aus einer Bezugnahme-klausel auf den Tarifvertrag sind nicht geschützt. Der Arbeitnehmer kann dem Auskunftsanspruch aber leicht ausweichen, indem er seine stets erforderliche Vertragserklärung zum Sanierungsvergleich verweigert. Übertarifliches Entgelt ist ebenfalls zugriffsfrei, ebenso jenes aus nachwirkenden Kollektivverträgen oder aus der Kollektivvertragsgeltung kraft Besitzstandswahrung.

Zweitens kann der Sanierer das Günstigkeitsprinzip nutzen, um sich von der Zustimmungspflicht der Kollektivparteien „freizukaufen“. Diese gleichheitswidrige Gläubigerbegünstigung ist indes anfechtbar; außerhalb der Insolvenz nur unter den engen Voraussetzungen der vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung gem. § 3 Abs. 1 AnfG; in der Insolvenz daneben vor allem als inkongruente Deckung gem. § 131 InsO. Vor allem aber macht sich der Verwalter womöglich schadensersatzpflichtig, § 60 InsO. Dieser nachteiligen Folge lässt sich für einen Sonderfall entgehen: Fußt der Anspruch des Arbeitnehmers auf zwingendem Kollektivvertrag nebst einer dispositiven Aufstockung (typischerweise: übertarifliches Entgelt), so kann auf den übertariflichen Entgeltrückstand vollständig verzichtet und hieraus die Günstigkeit finanziert werden.

3. Insolvenzplan

3.1 Beschränkt wirkender Forderungserlass

Der Insolvenzplan der §§ 217 ff. InsO zielt anders als der frühere Zwangsvergleich nach §§ 173 ff. KO auf eine privatautonome Zustimmungsersetzung zu Lasten der „böswilligen“ Gläubiger, denen so ein teilweiser oder vollständiger Erlassvertrag oder eine Stundung abgenötigt wird,⁴¹⁾ durch Gläubigerabstimmung nach § 244 InsO und gerichtliche Bestätigung nach § 248 InsO. Als Insolvenzgläubiger hinsichtlich rückständiger Entgeltforderungen sind auch Arbeitnehmer betroffen. Die Rechtskraft der Entscheidung des Insolvenzgerichts bezieht sich nicht auf die Forderungsvernichtung als solche – sondern nur auf die ersetzte Zustimmung von Gläubigern und Schuldner.⁴²⁾ Diese Zustimmungsersetzung bringt einen auf die jeweilige Einzelforderung bezogenen Erlassvertrag nach § 397 Abs. 1 BGB hervor, der die für den Normalfall erforderlichen Vertragserklärungen von Gläubiger und Schuldner der Forderungen schafft. Der Vorbehalt des Wiederauflebens (§ 255 InsO) ist als auflösende Bedingung Bestandteil des Erlassvertrags.

36) So für Gründerhaftung gem. § 50 Satz 2 AktG und § 9b Abs. 1 Satz 2 GmbHG; Vorstandshaftung gem. § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG; Verlustübernahme nach § 302 Abs. 3 Satz 2 AktG; Haftung der Organe des beherrschenden Unternehmens, § 309 Abs. 3 Satz 2 AktG; Insolvenzverschleppungshaftung nach § 130a Abs. 3 Satz 5 HGB.

37) Zu den Vor- und Nachteilen Uhlenbruck, BB 2001, 1641, 1643 ff.

38) BGH ZIP 1992, 191 = NJW 1992, 967, dazu EWiR 1992, 255 (Tiedtke); Staudinger/Marburger, BGB, 2002, § 779 Rz. 61; Ebenroth/Grashoff, BB 1992, 865.

39) Ausführlich Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, 1999, S. 331 ff., 404 ff.

40) Eingehend Rieble, in: Gedächtnisschrift Heinze, 2004, S. 687.

41) Nur MünchKomm-Eidenmüller, InsO, 2002, Vor §§ 217 bis 269 Rz. 57.

42) Anders noch Löwisch/Rieble (Fußn. 5), § 4 Rz. 352; jene Ansicht gebe ich auf.

Hängt die Wirksamkeit des Erlasses von außerinsolvenzrechtlichen Beschränkungen ab – seien es Verzichtverbote, seien es Zustimmungserfordernisse –, so kann der vom Gericht rechtskräftig bestätigte Insolvenzplan daran grundsätzlich nichts ändern: Der Insolvenzplan kann nach § 217 InsO nur „von diesem Gesetz“ abweichen,⁴³⁾ nicht aber Schranken anderer Gesetze durchbrechen.⁴⁴⁾

Das heißt erstens: Der Plan selbst kann kollektive Arbeitsbedingungen für die Zukunft nicht ändern. Tarifverträge sind weithin sakrosankt und können nur mit der Gewerkschaft, aber nicht gegen sie abgesenkt werden;⁴⁵⁾ nur für massebelastende Betriebsvereinbarungen gibt § 120 InsO ein Sonderkündigungsrecht.⁴⁶⁾ Für Entgeltrückstände gilt:

- Soweit nach § 4 Abs. 4 Satz 1 TVG der Verzicht verboten und überhaupt nur ein Vergleich zulässig ist, scheidet der „Null-Plan“ aus.
- Soweit der Vergleich oder Verzicht von der Zustimmung der Kollektivvertragsparteien abhängt, kann das Insolvenzgericht die Zustimmung nach h. M. nicht ersetzen⁴⁷⁾ (zur Frage teleologischer Reduktion sogleich V). Die Kollektivvertragsparteien sind am Verfahren nicht beteiligt, weswegen Verfahrenswirkungen ihnen gegenüber notwendig auscheiden.⁴⁸⁾ Der Betriebsrat wirkt zwar bei der Planaufstellung beratend mit (§ 218 Abs. 3 InsO) und kann gegenüber dem Gericht Stellung nehmen (§ 232 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Diese betriebsverfassungsrechtlichen Sondermitwirkungsrechte der InsO begründen aber kein Beteiligungsrecht im gerichtlichen Planverfahren; der Betriebsrat ist gar nicht beteiligtenfähig.⁴⁹⁾ Das heißt: Der Forderungsverzicht mag zwar von der ersetzten Zustimmung des Arbeitnehmers gedeckt sein, doch genügt diese eben nicht.

Das bedeutet letztlich, dass der Unverzichtbarkeitsschutz den Arbeitnehmern in der Insolvenz eine systemwidrige Sonderstellung einräumt, die mit dem grundsätzlichen Gleichrang der Insolvenzgläubiger nicht vereinbar ist, und das obschon die Arbeitnehmer für ihre Entgeltrückstände in der Insolvenz bereits durch das Insolvenzgeld geschützt und besser gestellt sind. Sind in der Krise hohe Entgeltrückstände aufgelaufen, bedeutet das, dass jeder von den Insolvenzgläubigern finanzierte Sanierungsversuch im Erfolgsfall zuallererst den Arbeitnehmern Nacherfüllung bringt. Weswegen sich die anderen Gläubiger hierauf einlassen sollten, ist nicht ersichtlich.

Die Zustimmung der Kollektivparteien zum Insolvenzplan einzuholen, mag in manchen Fällen gelingen, weil es in der Insolvenz keine Arbeitsplatzzerhaltung zum Nulltarif geben kann. Doch darf man den Gruppenegoismus, auf den das kollektive Arbeitsrecht ausgerichtet ist, nicht unterschätzen. „Solidarität“ meint diejenige unter den Arbeitnehmern und nicht die mit anderen Gläubigern, die der Kapitaleseite zugerechnet werden. Abmildern lässt sich die Strenge des Unverzichtbarkeitsschutzes immerhin dadurch, dass der Verwalter erstens exakt prüft, ob der anspruchserzeugende Kollektivvertrag im maßgebenden Zeitraum überhaupt zwingend gegolten hat (oben II 2.2), und dadurch, dass er für Tarifansprüche die Unverzichtbarkeit nur den Gewerkschaftsmitgliedern zugute kommen lässt – also die Belegschaft aufteilt in sanierungskom-

patible Nichtorganisierte und sanierungshemmende Gewerkschaftsmitglieder. Diese rechtlich gebotene Scheidung könnte wegen der aus ihr resultierenden Anreize die Zustimmung der tarifschließenden Gewerkschaft leichter machen.

3.2 Überwindung der Unverzichtbarkeit?

Die juristischen Abhilfsvorschläge sind begrenzt – und teils skurril:

- Eine Ansicht meint, der Arbeitnehmer verzichte auf nichts, wenn er die Insolvenzquote erhält; es komme auf den wirtschaftlichen Wert der Forderung und nicht auf ihren rechtlichen Bestand an.⁵⁰⁾ Das ist abseitig. Schon das BGB trennt sauber zwischen rechtlichem Bestand und wirtschaftlicher Werthaltigkeit der Forderung (§ 453 BGB), weswegen der Forderungsverkäufer für die Verwertbarkeit grundsätzlich nicht haftet; für den Erlass des § 397 BGB kommt es allein auf die Forderung im Rechtssinne an. Das belegen die gesellschaftsrechtlichen Ausnahmen vom Verzichtsschutz (Fußn. 36), die in diesem Falle überflüssig wären, weil ja kein Verzicht vorliegt. Auch die InsO geht mit der Zustimmungsersetzung davon aus, dass auch der unverwertbare Teil der Forderung besteht und aufgegeben werden muss.
- *Berscheid* will mit Blick darauf, dass der Insolvenzplan auch in sachenrechtliche Verhältnisse eingreifen kann (§ 228 InsO), die Zustimmung auch der Kollektivvertragsparteien überwinden.⁵¹⁾ Das ist methodisch doppelt fragwürdig. Zustimmungsrechte der Kollektivparteien begründen kein eigenes quasi-dingliches Recht an der Entgeltforderung des Arbeitnehmers. Sie begründen kein subjektives Recht der Kollektivparteien, sondern dienen dem Schutz des Arbeitnehmers vor einem Verzichtsdruck. Zudem kann der Plan dingliche Rechtsänderungen nicht gegen den Willen der Berechtigten ändern, sondern nur deren freie Zustimmung in den Plan aufnehmen. *Oberhofer* will § 254 InsO als „Spezialnorm“ sehen, die „dem ursprünglich unwirksamen Verzicht doch seine Wirksamkeit verleiht“, ⁵²⁾ was aber wiederum mit § 217

43) *Berscheid*, in: Festschrift Kirchhof, 2003, S. 27, 38.

44) MünchKomm-Eidenmüller (Fußn. 41), § 221 Rz. 71; *Brann/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, 1997, S. 584; *Uhlenbruck/Lüer*, InsO, 12. Aufl., 2003, § 217 Rz. 22.

45) Die Auffassung von *Belling/Hartmann*, NZA 1998, 57, 64 f., wonach die Tarifgeltung kraft Unzumutbarkeit in der Insolvenz auszusetzen sein könne, hat mit Recht keine Zustimmung gefunden. BAG v. 28.1.1987 – 4 AZR 150/86, ZIP 1987, 727 = EzA § 3 TVG Nr. 5 = AP Nr. 14 zu § 4 TVG Geltungsbereich = NZA 1987, 455; *Rieble* (Fußn. 14), S. 127, 130. Zur Frage der Kündigung aus wichtigem Grund BAG v. 18.12.1996 – 4 AZR 129/96, EzA § 1 TVG Fristlose Kündigung Nr. 2 = AP Nr. 1 zu § 1 TVG Kündigung = NZA 1997, 830. MünchKomm-Löwisch/Caspers, InsO, 2. Aufl., 2007, § 120 Rz. 54.

46) Dazu *Oether/Friese*, DZWIR 2000, 397.

47) Statt aller: MünchKomm-Breuer, InsO, 2002, § 224 Rz. 5; MünchKomm-Eidenmüller (Fußn. 41), § 221 Rz. 71; *Löwisch/Rieble* (Fußn. 5), § 4 Rz. 352.

48) *Kühler/Prütting/Otte*, InsO, Stand: März 2006, § 217 Rz. 61a.

49) § 10 Satz 1 ArbGG beschränkt den Betriebsrat auf die Beteiligtenfähigkeit im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren, vgl. OLG Naumburg v. 6.2.1997 – 7 U 236/97, NZA-RR 1997, 177 = GmbHR 1998, 382.

50) So ernstlich *Oberhofer*, ZInsO 1999, 439, 441 f.; *Schmelzer*, Die Position des Arbeitnehmers im Recht des Insolvenzplans, 2003, S. 133 f.

51) *Berscheid* (Fußn. 43), S. 38.

52) *Oberhofer*, ZInsO 1999, 442.

InsO nicht vereinbar ist – und auch nicht mit den gesellschaftsrechtlichen Verzichtsvorbehalten.

- *Moll* kommt zu dem gewünschten Ergebnis, indem er die Rechtsnatur des Plans gegen die h. M. leugnet: Dieser sei richterlicher Gestaltungsakt, die Zustimmungen seien nur Elemente eines formell-justizförmigen Verfahrens.⁵³⁾

Hätte der Gesetzgeber eine umfassende Eingriffsbefugnis des Insolvenzgerichts gewollt, so hätte er eine andere dogmatische Konstruktion gewählt. Selbst der Schuldenbereinigungsplan in der Verbraucherinsolvenz (§§ 305 ff. InsO) hat nur die Wirkung eines gerichtlichen Vergleichs (§ 308 Abs. 1 Satz 2 InsO) und überwindet damit eine Unverzichtbarkeit nicht, weil diese als materiellrechtlicher Teil des Vergleichs auf dessen prozessuale Seite durchschlägt.⁵⁴⁾ Nur die Restschuldbefreiung für natürliche Personen bewirkt das Erlöschen der Insolvenzforderungen gem. §§ 300 ff. InsO kraft richterlichen Gestaltungsakts. Dieser wird als reiner Prozessakt durch materiellrechtliche Verzichtsvorbehalte nicht gehindert. Der ehemals tarifgebundene Einzelkaufmann wird so von rückständigem Tarifentgelt befreit.⁵⁵⁾ Nur so kann die Restschuldbefreiung ihren Zweck erfüllen.

3.3 Praxisausweg: Betriebsübergang

Die Praxis macht es ohnehin anders: Sie nutzt den Betriebsübergang des § 613a BGB, um zu einer Enthaftung des sanierungsfähigen Unternehmensteils zu gelangen. Denn das BAG hat für diesen Fall schon 1980 eine tragfähige Lösung entwickelt, die das Haftungsprivileg zu Lasten der Arbeitnehmer und zu Gunsten der Gläubigergleichbehandlung beseitigt: Der Betriebserwerber in der Insolvenz wird – entgegen dem Gesetzeswortlaut – umfassend von Altschulden befreit. Andernfalls nämlich wirkte sich der Übergang der Altschulden über die Vertragsverhandlungen auf den Kaufpreis aus und die Arbeitnehmer würden systemwidrig zu Lasten der übrigen Gläubiger bevorzugt.⁵⁶⁾

Das heißt praktisch: Man braucht den Insolvenzplan als Entlastungsinstrument in der sanierenden Insolvenz nicht mehr. Überlebensfähige Unternehmensteile werden durch Betriebsübergang enthaftet (mit Zustimmung des Gläubigerausschusses, § 160 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 InsO). Zurück bleiben Zerschlagungswerte, und die Gläubiger werden mit der Quote bedient,⁵⁷⁾ so dass ihre Insolvenzforderung faktisch und nicht rechtlich reduziert wird. Damit wird der Insolvenzplan – das „Herzstück“ der Reform – als Instrument zur Sanierung des Unternehmens beim fortbestehenden Unternehmensträger deutlich entwertet. Das ist zumindest ein Grund dafür, weswegen der Plan nicht sonderlich attraktiv ist.⁵⁸⁾

IV. Teleologische Reduktion der Unverzichtbarkeit oder Extension der Zustimmungsersetzung?

1. Bundesagentur als Rechtsnachfolger

Das Insolvenzgeld sichert Arbeitnehmern die Realerfüllung ihrer Entgeltansprüche bis zu drei Monate vor dem Insolvenzereignis (i. d. R.: Eröffnungsbeschluss). Diese Insolvenzforderungen gehen mit der Antragstellung (und nicht erst mit der Leistungserbringung wie im Fall des § 115 Abs. 1 SGB III) nach

§ 187 SGB III auf die Bundesagentur für Arbeit über. Ab Antragstellung muss die Bundesagentur als Insolvenzgläubigerin beteiligt werden. Weil die Legalzession die Forderung so übergehen lässt, wie sie ist, laufen Ausschlussfristen grundsätzlich weiter⁵⁹⁾ und bleibt die Forderung so unverzichtbar, wie sie ist, arg. §§ 412, 404, 401 BGB. In der Insolvenz bleibt der Forderungsrang grundsätzlich erhalten.⁶⁰⁾ Das ist sinnwidrig, wenn die besondere Qualität der Forderung einen spezifisch personenbezogenen Schutz bezweckt, der nach der Legalzession nicht mehr greift, weil der Zessionar nicht schutzbedürftig ist.

Das betrifft gerade den Arbeitnehmerschutz: Die Bundesagentur ist auf das Arbeitseinkommen nicht angewiesen wie der Arbeitnehmer; sie bedarf keiner Sicherung der Realerfüllung. Deshalb hat das BAG richtig schon für das Masseprivileg des § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO den zivilrechtlichen Erhalt durch Reduktion beseitigt und mit dem Forderungsübergang das insolvenzrechtliche Vorzugsrecht entfallen lassen; die Bundesagentur ist einfache Insolvenzgläubigerin.⁶¹⁾ Der Gesetzgeber hat dies mit Einführung des § 55 Abs. 3 InsO bestätigt. Ohnehin entfallen mit der Legalzession höchstpersönliche Nebenrechte,⁶²⁾ wie der Pfändungsschutz gem. §§ 850 ff. ZPO und das verbundene Aufrechnungsverbot nach § 394 BGB.⁶³⁾

Wiewohl die Unverzichtbarkeit Eigenschaft der Forderung ist (und nicht des Arbeitnehmers als Forderungsinhaber), dient sie als Umgehungsschutz (oben II 2.1) nur seinem Interesse am Anspruchserhalt und damit an der Realerfüllung zur Sicherung des Einkommens. Ist durch die Leistung des Insolvenzgelds diese Realerfüllung bereits eingetreten, so ist der Schutzzweck entfallen. Die Bundesagentur ist nicht schutzbedürftig. Die Unverzichtbarkeit bedeutete letztlich einen vom Gesetzgeber nicht gewollten Vorrang des Sozialversicherungsträgerückgriffs – und gefährdet die Sanierung. Die Un-

53) *Moll*, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz, 3. Aufl., 2003, Rz. 1725.

54) Leitentscheidung (zur KO) BAG v. 14. 8. 1980 – 3 AZR 1123/78, ZIP 1981, 200 = AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Wartezeit = EzA § 1 BetrAVG Nr. 11 und seither ständig, etwa BAG v. 15. 1. 2002 – 1 AZR 58/01, ZIP 2002, 1543 = EzA § 613a BGB Nr. 206 = AP Nr. 1 zu § 2 SozplKonkG = NZA 2002, 1034 und BAG v. 19. 5. 2005 – 3 AZR 649/03, ZIP 2005, 1706 = EzA § 613a BGB 2002 Nr. 33 = AP Nr. 283 zu § 613a BGB, dazu EWIR 2005, 855 (*Richter*). Zweifel an der Richtlinienkonformität meldet (zu Unrecht) das LAG Frankfurt/M. an, das den Erwerber für Altersteilzeitkonten haften lassen will: ZIP 2007, 391 (Revision unter 9 AZR 54/07).

55) *Löwisch/Rieble* (Fußn. 5), § 4 Rz. 353.

56) BAG v. 17. 1. 1980 – 3 AZR 160/79, ZIP 1980, 117 = EzA § 613a BGB Nr. 24 = AP Nr. 18 zu § 613a BGB = NJW 1980, 1124 und BAG v. 13. 11. 1986 – 2 AZR 771/85, ZIP 1987, 525 = EzA § 613a BGB Nr. 55 = AP Nr. 57 zu § 613a BGB = NZA 1987, 458, dazu EWIR 1987, 357 (*Grunsky*).

57) Dazu *Hagebusch/Oberle*, NZI 2006, 618.

58) Vgl. *Spies*, ZInsO 2005, 1254, 1254 f. und *Gottwald*, Insolvenzschrift-Handbuch, 3. Aufl., 2006, § 1 Rz. 68; *Wutzke*, ZInsO 1999, 1; verhalten optimistisch: *Schmudde/Vorwerk*, ZInsO 2006, 347.

59) Zu den Sonderproblemen der Ausschlussfristwirkung gegenüber der BA unter Berücksichtigung der Insolvenzgeldbescheinigung LAG Köln v. 17. 3. 2004 – 3 Sa 1288/03, LAG-Report 2005, 36.

60) *Staudinger/Busch*, BGB, 2005, § 401 Rz. 28. Für die Legalzession nach § 115 SGB X bei gleichwohl gewährtem Arbeitslosengeld BAG v. 16. 10. 1985 – 5 AZR 203/84, ZIP 1986, 242 = EzA § 60 KO Nr. 3 = AP Nr. 17 zu § 59 KO = NZA 1986, 361, 362, dazu EWIR 1986, 183 (*Grunsky*); weiter BGH v. 2. 4. 1973 – VIII ZR 108/72, NJW 1973, 1077 = WM 1973, 559.

61) BAG v. 3. 4. 2001 – 9 AZR 301/00, ZIP 2001, 1964 = AP Nr. 1 zu § 55 InsO = EzA § 55 InsO Nr. 1 = NZA 2002, 118, dazu EWIR 2001, 1063 (*Bork*).

62) Vgl. BGHZ 3, 136.

63) BGHZ 35, 317 = NJW 1961, 1966; so bereits RGZ 140, 43, 46.

verzichtbarkeit mütete vom Arbeitnehmerschutzinstrument zum systemwidrigen Insolvenzvorzugsrecht.

Das ist auch hier eine planwidrige Regelungslücke, die mit der Entscheidung des BAG zu § 55 Abs. 2 InsO (Fußn. 59) so aufzulösen ist, dass mit dem Anspruchsübergang auf die Bundesagentur die Unverzichtbarkeit entfällt – und der Insolvenzplan mit der Ersetzung der Zustimmung der Bundesagentur als Gläubigerin in die Forderung eingreifen kann: Diese teleologische Reduktion der Unverzichtbarkeit begegnet keinen Bedenken hinsichtlich der RL 80/987/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers.⁶⁴⁾ Die Richtlinie gewährt Schutz nur den Arbeitnehmern, nicht aber ihren Rechtsnachfolgern.

2. Normalfall

Damit wird in vielen Fällen schon effektiv geholfen sein. Es bleibt aber die Grundfrage, ob nicht das Zustimmungsrecht der Kollektivvertragsparteien selbst überwunden werden kann – im Verhältnis zum Arbeitnehmer als Gläubiger. Das ist, wie auch die Abhilfenvorschläge (oben III 3.2) übereinstimmend annehmen, dringend geboten.

Das Problem liegt darin, dass Zustimmungsbefugnis und Reichweite der Zustimmungsersetzung auseinanderfallen. Mit hin gibt es drei Wege zur Korrektur:

- Entweder bezieht man die Kollektivvertragsparteien in das Planverfahren ein. Das ließe sich damit begründen, dass ihnen das Zustimmungsrecht eine „gläubigerähnliche“ Stellung vermittelt.
- Oder man lässt die Zustimmungsersetzung gegenüber dem Arbeitnehmer auf die Zustimmungsrechte der Kollektivparteien ausstrahlen, sieht also deren Zustimmung auch ohne Verfahrensbeteiligung als „mit ersetzt“. Konstruktiv ist das möglich, wenn man das Zustimmungsrecht der Kollektivparteien als von der Verfügungsbefugnis des Arbeitnehmers abgeleitete Position ansieht.
- Oder man reduziert diejenigen arbeitsrechtlichen Normen, die Verzichtverbote enthalten, für den Fall der Insolvenz.

Der erste Vorschlag wäre aus Sicht der InsO für autonome und rechtsfähige Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände für Tarifansprüche gangbar, nicht aber für den Betriebsrat, dem die InsO bewusst jede Beteiligtenfähigkeit abspricht, weswegen die speziellen InsO-Verfahren unter Beteiligung des Betriebsrats in das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren gegeben sind (§§ 122, 126 InsO). Vor allem aber: Der Unverzichtbarkeitsschutz und damit das Zustimmungsrecht der Kollektivparteien ist kein eigenes Recht;⁶⁵⁾ diese sind nicht verfügungsbefugt an der Forderung des Arbeitnehmers und haben auch keine pfandgläubigerähnliche Stellung. Während bei der zwingenden Wirkung (nur) der Tarifverträge darüber gestritten wird, ob die Tarifautonomie der Verbände notwendig die zwingende Wirkung umfasst,⁶⁶⁾ lässt sich dies für die Realerfüllungssicherung durch Verzichtverbote nicht mehr sagen: Die Kollektivparteien haben keinen Anspruch auf Leis-

tung an den Arbeitnehmer. Es geht ausschließlich um einen individualnützigen „Begleitschutz“ des Arbeitnehmers, der vor einem Verzichtsdruck seines Arbeitgebers geschützt wird, damit er seinen Entgeltanspruch durchsetzen kann.

Der einfachste Weg wäre der dritte: Für ihn streitet der Gedanke, dass der Unverzichtbarkeitsschutz nur Element des Arbeitnehmerschutzes in seiner strukturellen Unterlegenheit gegenüber dem Arbeitgeber ist. In der Insolvenz geht der Verzichtsdruck nicht vom Arbeitgeber aus, sondern vom Insolvenzgericht, das die Zustimmungsverweigerung als Obstruktion wertet. Arbeitnehmerschutz soll und kann aber von vornherein nicht den Arbeitnehmer gegenüber anderen Privatrechtssubjekten besser stellen, sondern nur seine spezifische Unterlegenheit ausgleichen. In der Insolvenz geriete der Unverzichtbarkeitsschutz zum Vorzugsrecht; das ist systemwidrig.

Deswegen ist der Gesetzgeber gefordert, den arbeitsrechtlichen Verzichtsvorboten nach dem Vorbild der gesellschaftsrechtlichen Regelungen (Fußn. 36) einen Satz anzufügen: „Das gilt nicht, wenn die Forderung von einem Insolvenzplan geregelt wird.“ Die eigentliche Frage geht nun dahin, ob das BAG auch ohne den Gesetzgeber zur teleologischen Restriktion greifen darf. Dass mit Blick auf die gesellschaftsrechtlichen Regelungen noch eine planwidrige Regelungslücke besteht, kann man methodisch bezweifeln. Andererseits ist die Geschlossenheit der Gesamtrechtsordnung heutzutage eine Chimäre. Dass der Gesetzgeber im Gesellschaftsrecht ein Problem gesehen hat, will nicht heißen, dass ihm das vergleichbare Problem aus dem Arbeitsrecht „objektiv bewusst“ gewesen sein müsse. Deswegen halte ich eine entsprechende Rechtsfortbildung im Sinne der teleologischen Restriktion des Unverzichtbarkeitsschutzes für zulässig und sinnvoll.

Das mag man anders sehen. Dann bleibt aber der zweite Weg: Anders als im Gesellschaftsrecht geht es mit dem Verzichtsvorbot im Arbeitsrecht nur um den Schutz des Arbeitnehmers (dort hingegen um den Schutz der Gesellschaftsgläubiger). Das Zustimmungsrecht der Kollektivvertragsparteien soll dem Arbeitnehmer helfen und ist von seiner Privatautonomie abgeleitet. Die Tarifautonomie ist inzwischen als „kollektive Privatautonomie“ erkannt;⁶⁷⁾ die Betriebsverfassung ist zwar Staatsingriff, aber ebenfalls auf die Vertragsbefugnisse des Arbeitnehmers bezogen, sog. Arbeitsvertragsakzessorietät.⁶⁸⁾ Die arbeitsrechtlichen Kollektivverträge sind also Ausfluss der Privatautonomie des Arbeitnehmers selbst, sie sollen dieser zu materialer Wirksamkeit trotz „struktureller“ Unterlegenheit verhelfen. Ist aber das Zustimmungsrecht beim Forderungserlass aus dieser Kollektivvereinbarungsmacht abgeleitet und diese wiederum als Ableitung der individuellen Vertragsfreiheit erkannt, so lässt sich eine umfassende Wirkung der gerichtlichen Zustimmungsersetzung im Insolvenzplan begründen: Die

64) Abl. L Nr. 283 v. 28.10.1980, S. 23, zuletzt geändert durch die RL 2002/74/EG (Abl. L Nr. 270 v. 8.10.2002, S. 10).

65) Auch wenn nach § 4 Abs. 4 TVG merkwürdigerweise der Arbeitgeberverband ein eigenes Zustimmungsrecht hat.

66) Was richtigerweise gegen die bislang h. M. zu verneinen ist, Rieble, ZfA 2004, 1, 39 ff. m. Nachw.

67) Statt vieler: Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 55 ff.; Rieble, ZfA 2000, 5.

68) Zentral: Reichold, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, 1995.

Kollektivparteien können die Zustimmung für den Arbeitnehmer nur dort verweigern, wo es dieser selbst kann. Wo der Arbeitnehmer kraft Gesetzes zur Zustimmung verpflichtet ist, kann ihm das Kollektiv keinen Dispens verschaffen. Privat-autonomes Verständnis des Kollektivvertrags bedingt Privat-nützigkeit des Zustimmungsrechts. Privatrechtlich teilt die abgeleitete Position als Sekundärrecht stets die Schwäche des Primärrechts. „Nemo plus iuris ...“ ist allgemeines Rechtsprinzip und etwa in § 334 BGB festgehalten. So kann die Zustimmungsersetzung durch das Insolvenzgericht materiellrechtlich auch den Zustimmungsvorbehalt der Kollektivvertragsparteien erfassen. Diese materiellrechtliche Wirkung unterscheidet meinen Vorschlag vor den primär verfahrensrechtlichen Alternativvorschlägen.

V. Zusammenfassung

1. Die Unverzichtbarkeit kollektivrechtlicher Entgeltansprüche (aus Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen) steht nach bislang h. M. einer Anspruchskürzung im Insolvenzplan entgegen. Die Zustimmungsersetzung wirkt nur gegenüber dem Arbeitnehmer als Insolvenzgläubiger; sie kann verfahrensrechtlich die Zustimmungserfordernisse der Kollektivvertragsparteien nicht beiseite schieben.

2. Der Verwalter ist deshalb erstens gut beraten, sich über die Reichweite der Unverzichtbarkeit klar zu werden: Diese reicht nur so weit, wie der Kollektivvertrag kollektivrechtlich zwingend gilt – also nicht im Nachwirkungszeitraum, nicht gegenüber tariffreien Arbeitnehmern und auch nicht nach Betriebsübergang. Das Günstigkeitsprinzip kann einen Forderungsverzicht zwar decken, doch ist die dafür erforderliche Besserstellung des Arbeitnehmers insolvenzrechtlich nicht zulässig. Hinsichtlich der Tarifforderungen ist von vornherein nur der Vergleich möglich; damit scheidet ein „Null-Plan“ insoweit aus.

3. Dem Unverzichtbarkeitsschutz lässt sich einmal dadurch begegnen, dass der Verwalter versucht, die Zustimmung der Tarifvertragsparteien oder des Betriebsrats einzuholen; ansonsten bleibt die Flucht in den Betriebsübergang mit Enthaltung des Erwerbers.

4. Wer das Sanierungskonzept der InsO ernst nimmt, muss den Unverzichtbarkeitsschutz gegenüber dem Insolvenzplan beiseite schieben, so wie das in gesellschaftsrechtlichen Verzichtsverboten ausdrücklich angeordnet ist. Das Verzichtsverbot wirkt gegenüber dem Plan nicht mehr als Schutz vor Verzichtsdruck des Arbeitgebers, sondern als systemwidriges Vorzugsrecht. Diese Forderung richtet sich zuerst an den Gesetzgeber.

5. Ist die Entgeltforderung im Zuge des Insolvenzgeldverfahrens auf die Bundesagentur übergegangen, so entfällt die Unverzichtbarkeit. Die Bundesagentur bedarf keines Schutzes hinsichtlich der Realerfüllung. Die Unverzichtbarkeit ist vom Schutzzweck her an die Person des Arbeitnehmers als Gläubiger gebunden. Hier hilft eine teleologische Reduktion der Unverzichtbarkeitsvorschriften.

6. Auch soweit der Arbeitnehmer Insolvenzgläubiger ist, muss der Plan auch gegen den Willen der Kollektivparteien in die Entgeltansprüche eingreifen können. Konstruktiv ist das auf zwei Wegen möglich: Eine teleologische Reduktion der Unverzichtbarkeitsvorschriften kann diesen Fall ausnehmen, weil der „Verzichtsdruck“ nicht vom Arbeitgeber, sondern von der Gläubigergemeinschaft ausgeht. De lege lata ist es aber auch möglich, die Zustimmungsersetzung materiellrechtlich auf die Kollektivparteien durchschlagen zu lassen (auch ohne dass sie am Verfahren beteiligt sind). Die Kollektivvertragsparteien nehmen materiell an der Rechtsposition des Arbeitnehmer teil; sie können dessen Entgeltforderung nur insoweit vor Verzichtsdruck schützen, als der Arbeitnehmer nicht von Rechts wegen zur Zustimmung verpflichtet ist.