

Aufsätze

Volker Rieble/Stephan Vielmeier^{*)}

Interessenausgleich mit Namensliste nach § 125 InsO bei kirchlichen Arbeitgebern

§ 125 Abs. 1 InsO gibt dem Insolvenzverwalter ein starkes Sanierungsinstrument in die Hand, falls er es schafft, sich mit dem „Betriebsrat“ auf einen „Interessenausgleich mit Namensliste“ zu einigen. Was aber, wenn beim Arbeitgeber kein Betriebsrat errichtet ist, sondern eine „Mitarbeitervertretung“ nach kirchlichem Recht und deshalb auch der Interessenausgleich nach dem BetrVG nicht in Betracht kommt? Das LAG Niedersachsen lehnt die Anwendung auf kirchliche Arbeitgeber ab. Doch zwingt das Staatskirchenrecht zu einer anderen Betrachtung: Der kirchliche Arbeitgeber, zumal in der Insolvenz, darf nicht ohne Sachgrund schlechter gestellt werden als ein weltlicher. Die Frage ist von großer Praxisrelevanz: die Kirchen und ihre Einrichtungen beschäftigen mehr als eine Million Arbeitnehmer in Deutschland.

I. Funktion und Voraussetzung des Insolvenzprivilegs

1. Insolvenzzrechtliche Lockerung arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes

§ 125 Abs. 1 Satz 1 InsO bewirkt wie die Grundregel des § 1 Abs. 5 KSchG eine deutliche Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast im abgestuften Kündigungsschutz. Grundsätzlich muss der Arbeitgeber, der eine betriebsbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG aussprechen will, darlegen und beweisen, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Daneben muss der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass er eine „ausreichend“ fehlerfreie Sozialauswahl unter vergleichbaren Arbeitnehmern durchgeführt hat, § 1 Abs. 3 KSchG.¹⁾

Der Interessenausgleich mit Namensliste verschiebt diese Darlegungs- und Beweislast zu Gunsten des Arbeitgebers. Schon nach der Grundnorm des § 1 Abs. 5 KSchG wird erstens vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Gründe bedingt ist. Zum anderen wird die Sozialauswahl des § 1 Abs. 3 KSchG nur auf grobe Fehler überprüft und darf die bestehende Personalstruktur erhalten, also insbesondere ein Bleiben nur der Alten und Schutzbedürftigen verhindern.²⁾ Ein sol-

cher Interessenausgleich mit Namensliste ist weder durch Arbeitgeber noch durch Arbeitnehmer erzwingbar.³⁾

§ 125 InsO geht in der Insolvenz geringfügig weiter: Ist eine Betriebsänderung geplant und kommt zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat ein Interessenausgleich zustande, in dem die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, namentlich bezeichnet sind, so wird wiederum vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Gründe bedingt ist und dass keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Betrieb besteht. Auch die Sozialauswahl wird nur auf grobe Fehler überprüft; weitergehend als bei § 1 Abs. 5 KSchG darf eine ausgewogene Personalstruktur sogar geschaffen werden.

§ 126 InsO ergänzt die Befugnisse des Insolvenzverwalters für den Fall, dass der Betrieb keinen Betriebsrat hat oder innerhalb bestimmter Fristen kein Interessenausgleich nach § 125 InsO zu Stande kommt. In diesem Fall kann der Insolvenzverwalter im Wege eines einheitlichen Beschlussverfahrens klären lassen, dass die Kündigung der Arbeitsverhältnisse bestimmter, im Antrag bezeichneter Arbeitnehmer durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt und sozial gerechtfertigt ist. Vom Verfahren nach § 125 InsO unterscheidet sich § 126 InsO deutlich. Zum einen privilegiert die Norm nicht die Erhaltung oder gar Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur.⁴⁾ Zum anderen ist das Verfahren nach § 126 InsO zeitaufwendig und wird deshalb in der Verwalterpraxis kaum angenommen. Eine

^{*)} Prof. Dr. iur. Volker Rieble ist Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, Dr. iur. Stephan Vielmeier ist Fachanwalt für Arbeitsrecht in eigener Kanzlei in München. Der Beitrag fußt auf einem Gutachten.

1) APS/Kiel, 5. Aufl., 2017, § 1 KSchG Rz. 703 ff.; KR/Rachor, 2. Aufl., 2019, § 1 KSchG Rz. 707; Deinert, in: Däubler/Deinert/Zwanziger, KSchR, 10. Aufl., 2017, § 1 KSchG Rz. 654 ff.

2) APS/Kiel (Fußn. 1), § 1 KSchG Rz. 706 ff.; KR/Rachor (Fußn. 1), § 1 KSchG Rz. 781 ff.

3) Unstrittig, statt aller: Fitting, BetrVG, 29. Aufl., 2018, §§ 112, 112a Rz. 21; Oetker, in: GK-BetrVG, 11. Aufl., 2018, §§ 112, 112a Rz. 22.

4) Braun/Wolf, InsO, 7. Aufl., 2017, § 126 Rz. 12; Linck, in: HK-InsO, 9. Aufl., 2018, § 126 Rz. 14; Hess, in: Kölner Komm. z. InsO, 2017, § 126 Rz. 11; Uhlenbruck/Zobel, InsO, 15. Aufl., 2019 §§ 126, 127 Rz. 23 ff.

Restrukturierungserleichterung wie § 125 InsO bewirkt § 126 InsO deshalb nicht.⁵⁾

2. Tatbestand des § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO

Das Privileg des „Interessenausgleichs mit Namensliste“ ist in § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO wie in § 1 Abs. 5 KSchG an strenge Voraussetzungen geknüpft. Zum einen muss der Insolvenzverwalter eine „Betriebsänderung (§ 111 des Betriebsverfassungsgesetzes)“ planen, zum anderen muss er sich mit dem Betriebsrat auf einen Interessenausgleich mit Namensliste einigen. Planung einer Betriebsänderung bedeutet, dass nur bestimmte „Umstrukturierungen“ (exemplarisch aufgezählt in § 111 Satz 3 BetrVG) berücksichtigt werden können. Daneben muss der Betrieb einen Betriebsrat haben; ist ein solcher nicht errichtet, fehlt der Verhandlungspartner, dem der Gesetzgeber eine sachgerechte Vertretung der Arbeitnehmerinteressen zutraut.

Umstritten ist, ob das Privileg voraussetzt, dass der Interessenausgleich beteiligungspflichtig ist. Dann schadete es, wenn das Unternehmen zwar einen Betriebsrat aber weniger als 20 Arbeitnehmer hat, § 111 Satz 1 BetrVG.⁶⁾ Der Arbeitgeber/Verwalter schuldet keinen Versuch eines Interessenausgleichs, so dass nicht bloß die Namensliste, sondern auch schon der Interessenausgleich „freiwillig“ ist. Während die kritischen Stimmen in der Literatur (zumeist recht pauschal) hervorheben, dass ein „freiwilliger“ Interessenausgleich die Vermutungswirkung nicht auslösen könne und dem Insolvenzverwalter noch der Weg über § 126 InsO verbleibe, so weisen die positiveren Stimmen darauf hin, dass ein Interessenausgleich mit Namensliste in keinem Fall erzwingbar ist, so dass die Unterscheidung zwischen „freiwilligem“ Interessenausgleich und „Interessenausgleich nach § 111 BetrVG“ obsolet sei.

Der zweite Fall des „freiwilligen“ Interessenausgleichs betrifft Tendenzunternehmen (und -betriebe), die nach § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG von jeder Pflicht zum Interessenausgleich befreit sind. Gleichwohl darf das Tendenzunternehmen einen Interessenausgleich abschließen. Enthält dieser eine Namensliste, so will eine starke Ansicht in der Literatur § 125 InsO anwenden. Überzeugend wird der Telos betont: Das Tendenzunternehmen soll durch seine Privilegierung im BetrVG nicht im Rahmen der Insolvenz schlechter gestellt werden.⁷⁾ Auch das LAG Köln hat 2012 ausdrücklich bejaht, dass die Vermutung des § 125 InsO Anwendung findet, wenn ein Tendenzunternehmen überobligatorisch einen Interessenausgleich mit Namensliste vereinbart. Entscheidend hierfür sei der Wortlaut der Norm und der Zweck des Tendenzschutzes: Wenn der geschützte Arbeitgeber freiwillig auf sein Privileg verzichtet und einen Interessenausgleich verhandelt, dann darf das Tendenzprivileg nicht zu seinem Nachteil gereichen.⁸⁾

II. Formale Sicht des LAG Niedersachsen

Fraglich ist, ob § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO Anwendung findet, wenn der Insolvenzverwalter sich nicht mit dem „Betriebsrat“, sondern mit einer im Betrieb errichteten „Mitarbeitervertretung“ nach kirchlichem Mitarbeitervertretungsrecht auf einen Interessenausgleich mit Namensliste einigt. Das LAG Niedersachsen hat im Jahr 2009 eine solche Anwendbarkeit abgelehnt und dies wie folgt begründet:

„2.1 § 125 InsO setzt voraus, dass im Betrieb ein Betriebsrat vorhanden ist, mit dem ein Interessenausgleich nach § 111 BetrVG zustande kommt. Im Streitfall hat der Beklagte einen dreiseitigen Interessenausgleich mit Namensliste mit dem Betriebsrat der insolventen GmbH und der Mitarbeitervertretung des insolventen e. V. abgeschlossen. Der Betriebsrat der GmbH ist jedoch für die Klägerin, die Arbeitnehmerin des e. V. war, nicht zuständig. Der Interessenausgleich ist daher, soweit es die Klägerin betrifft, mit einem unzuständigen Betriebsrat abgeschlossen worden und insoweit unwirksam (vgl. die Nachweise bei ErfK/Gallner, a. a. O., Rn 4 zu § 125 InsO). Bei dem insolventen Ev. Altenheim-A-Stadt war eine Mitarbeitervertretung nach dem Mitarbeitervertretungsgesetz der Konföderation der Ev. Kirchen Deutschlands (MVG-K) gebildet. Die für die Klägerin zuständige Mitarbeitervertretung ist aber kein Betriebsrat i. S. d. § 125 InsO. Anders als die, die Funktion von Betriebsräten übernehmenden, Vertretungen des fliegenden Personals von Luftfahrtunternehmen i. S. v. § 117 Abs. 2 BetrVG (BAG vom 26. 04. 2007 – 8 AZR 612/06 – EzA InsO § 125 Nr. 6) bedeutet die ausdrückliche Beschränkung in § 125 InsO auf § 111 BetrVG, dass die Norm in Einrichtungen der Religionsgemeinschaften unbeschadet deren Rechtsform nach § 118 Abs. 2 BetrVG unanwendbar ist (vgl. ebenso zur Parallelregelung in § 1 Abs. 5 KSchG KR/Griebeling, 9. Aufl., Rn 703 a zu § 1 KSchG m. w. N.).

2.2 Es liegt kein Fall einer schließungsbedürftigen planwidrigen Gesetzeslücke vor, vielmehr verbietet sich eine analoge Anwendung geradezu wegen der Verfassungsgarantie des Selbstbestimmungsrechts der Kirchen nach Art. 140 Grundgesetz (GG) i. V. m. Art. 137 Weimarer Reichsverfassung (WRV). [...]

2.2.2 Für die Annahme einer planwidrigen unbewussten Gesetzeslücke fehlt es schon an einem „Schweigen“ des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber hat vielmehr eine Regelung für Betriebe ohne Betriebsrat in der Insolvenzordnung vorgesehen. Ist in einem Betrieb kein Betriebsrat vorhanden, steht dem Insolvenzverwalter das Verfahren nach § 126 InsO offen. Es verbietet sich daher schon die Annahme einer unbewussten Regelungslücke. Darüber hinaus fehlt es an der Ähnlichkeit kirchlicher Einrichtungen mit unter das BetrVG fallenden Betrieben. Der Gesetzgeber hat Einrichtungen der Religionsgemeinschaften, gleich in welcher Rechtsform sie betrieben werden, bewusst nach § 118 Abs. 2 BetrVG wegen ihrem verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrecht aus der Anwendbarkeit des Betriebsverfassungsgesetzes herausgenommen, in § 125 InsO jedoch ebenso wie in § 1 Abs. 5 KSchG ausdrücklich auf § 111 BetrVG Bezug ge-

5) Linck (Fußn. 4), § 126 Rz. 1; Uhlenbruck/Zobel (Fußn. 4), §§ 126, 127 Rz. 4; MünchKomm-Caspers, InsO, 3. Aufl., 2013, § 126 Rz. 2; mit dem Ziel, den „Dornröschenschlaf“ zu beenden schon Rieble, NZA 2007, 1393.

6) Dafür: Oetker (Fußn. 3), §§ 112, 112a Rz. 18; KR/Rachor (Fußn. 1), § 1 KSchG Rz. 793 [für § 1 Abs. 5 KSchG; Annuß, in: Richardi, BetrVG, 16. Aufl., 2018, § 112 Rz. 22a; Jaeger/Giesen, InsO, 2014, § 125 Rz. 4; MünchKomm-Caspers (Fußn. 5), § 125 Rz. 6; mit Verweis auf Hinkel/Pantlen, in: Festschrift Wellensiek, 2011, S. 713 f.; Wimmer/Eisenbeis, InsO, 9. Aufl., 2018, § 125 Rz. 2; Ahrendt, in: HK-InsO, 9. Aufl., 2019, § 125 Rz. 4; Uhlenbruck/Zobel (Fußn. 4), § 125 Rz. 18; Hess (Fußn. 4), § 125 Rz. 41; Linck (Fußn. 4), § 125 Rz. 6; Plössner, in: BeckOK ArbR, 52. Ed., 2019, § 125 InsO Rz. 6a; dagegen: ErfK/Gallner, 19. Aufl., 2019, § 125 InsO Rz. 3; Fitting (Fußn. 3), §§ 112, 112a Rz. 54; Zwanziger, Arbeitsrecht in der Insolvenzordnung, 5. Aufl., 2015, § 125 InsO Rz. 7; Kappenhagen, NZA 1998, 968.

7) ErfK/Kania, 19. Aufl., 2019, § 118 BetrVG Rz. 18; dafür auch: Oetker (Fußn. 3), §§ 112, 112a Rz. 17; Plössner (Fußn. 6), § 125 InsO Rz. 6; Bauer, in: Festschrift Wissmann, 2005, S. 215, 228 ff.; Thüsing/Wäge, BB 2005, 213, 215 f.; dagegen: Annuß (Fußn. 6), § 112 BetrVG Rz. 22a; HWK/Quecke, 8. Aufl., 2018, § 1 KSchG Rz. 420.

8) LAG Köln v. 13. 2. 2012 – 5 Sa 303/11, juris Rz. 39 ff.

*nommen. Eine dem § 111 BetrVG entsprechende Regelung fehlt im Übrigen auch im MVG-K. Im Rahmen ihres Selbstbestimmungsrechts hat der kirchliche Gesetzgeber von einer entsprechenden Regelung mithin gerade abgesehen.*⁹⁾

In der Folge dieses Urteils wird in der arbeitsrechtlichen und der insolvenzrechtlichen Literatur die Anwendung von § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO auf Einrichtungen von Religionsgemeinschaften vielfach verneint. Allerdings wird in den allermeisten Literaturfundstellen diese (weitreichende) These nicht annähernd begründet; man begnügt sich (wenn überhaupt) mit einem Verweis auf das Urteil des LAG Niedersachsen. Die meisten Kommentare behandeln die Frage nicht.¹⁰⁾ Ausführlicher haben sich, soweit ersichtlich, nur *Hinkel/Pantlen* in der Festschrift Wellensiek mit der Frage auseinandergesetzt und dem LAG Niedersachsen zumindest im Ergebnis zugestimmt.¹¹⁾

III. Kirchenrechtlicher Befund

Das LAG Niedersachsen verkennt die besondere staatskirchenrechtliche Garantie des Selbstorganisationsrechts der Kirchen und ihrer Einrichtungen. Der Gesetzgeber hat mit § 118 Abs. 2 BetrVG keineswegs isoliert die Kirchen von der Anwendbarkeit des BetrVG freigestellt. Er hat vielmehr die Verfassungsgarantie des Staatskirchenrechts umgesetzt, dass die Kirchen ihre eigenen Angelegenheiten durch Kirchenrecht selbst regeln dürfen. Hierzu zählen auch die entsprechend dem BetrVG errichteten Mitarbeitervertretungen. Das Staatskirchenrecht verlangt indes nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht die bloße Freistellung der Kirchen von staatlichem Recht, sondern vielmehr eine Konkordanz zwischen staatlichem und kirchlichem Recht. Deshalb ist es dem Gesetzgeber und den Gerichten verwehrt, Vereinbarungen zwischen Kirchen und ihren Mitarbeitervertretungen dann nicht wie Vereinbarungen zwischen Arbeitgebern und Betriebsräten zu behandeln, wenn kein Sachgrund für eine Unterscheidung besteht. Ein solcher Sachgrund zur Ungleichbehandlung fehlt im Rahmen des § 125 InsO.

1. Staatskirchenrecht und kirchliche Mitarbeitervertretung

Das BetrVG nimmt durch drei Sondervorschriften Rücksicht auf die Religionsgesellschaften, in § 118 Abs. 1, 2 sowie in § 130 Abs. 1 BetrVG für die öffentlich-rechtlich verfassten Kirchen. Ob der Gesetzgeber durch das Staatskirchenrecht des Grundgesetzes zur Schaffung dieser Ausnahmen gezwungen ist (er also lediglich zwingendes Verfassungsrecht in einfaches Gesetz umgesetzt hat) oder der Gesetzgeber einen Spielraum hätte, ist umstritten. Nach überwiegender Ansicht der Literatur nimmt der Gesetzgeber des BetrVG keine freiwillige Privilegierung vor, vielmehr wird die Ausklammerung der Religionsgemeinschaften und ihrer karitativen und erzieherischen Einrichtungen von der staatskirchenrechtlichen Ordnung des Grundgesetzes gefordert.¹²⁾ Das BVerfG hat die Frage bisher nicht entschieden, allerdings angedeutet, dass der Gesetzgeber durch § 118 Abs. 2 BetrVG zwingendes Verfassungsrecht umgesetzt habe.¹³⁾

Der Gesetzgeber des BetrVG hat die Religionsgesellschaften von der betrieblichen Mitbestimmung freigestellt. Er hat dadurch Raum gelassen für das neben staatlichem Recht bestehende kirchliche Recht. Der den Religionsgesellschaften durch

das BetrVG gewährte Freiraum ist grundsätzlich nach deren freier Entscheidung gestaltunfähig; es gibt keinen vom Staat vorgegeben Mindeststandard, den die Kirche bei der Schaffung einer Mitarbeitervertretung zu beachten hätte.¹⁴⁾ Die Kirchen schaffen ihr eigenes Arbeits(organisations)recht. Sie stehen nicht in einem rechtsfreien Raum; ihr Privileg bezweckt die **Abstimmung zwischen kirchlichem und staatlichem Recht**:

*„Ein solcher Einwand ist allerdings nicht mehr plausibel, wenn man von den Überlegungen zu C I 2a) und b) ausgeht und in der Schrankenformel des Art 137 Abs 3 WRV heute die Basis für eine Konkordanz zwischen staatlicher und kirchlicher Ordnung erblickt, die es gestattet, auf beiden Seiten davon auszugehen, daß staatliche Gesetze nicht die den Kirchen wesentlichen eigenen Ordnungen beeinträchtigen und daß kirchliche Gesetze nicht die für den Staat unabdingbare Ordnung kränken werden. Aus solchem Geist ist § 135 BRGG entsprungen. Er behält dann seine – bestätigende – Bedeutung auch für die Auslegung des Verfassungsrechts, soweit es die Grenze zwischen staatlichem und kirchlichem Recht zieht.“*¹⁵⁾

Insofern besteht keine Rechtspflicht, aber eine Erwartung des Verfassungsrechts und des staatlichen Rechts an die Religionsgesellschaften, dass sie den ihnen eingeräumten Freiraum nicht ungenutzt lassen, sondern durch eigene kirchenrechtliche Vorgaben füllen.¹⁶⁾

Umgekehrt bedeutet die gewünschte „Koordination“ kein unabgestimmtes Nebeneinander von staatlichem und kirchlichem Recht. Deutlich wird dies in Normen außerhalb des Rechts der betrieblichen Mitbestimmung, die an eine Vereinbarung der Betriebsparteien anknüpfen. Dem Staat ist es von Verfassung wegen verwehrt, in diesen Materien Vereinbarungen mit kirchlichen Mitarbeitervertretungen als Nullum zu behandeln, solange es hierfür keinen Sachgrund gibt. Folgerichtig hat der Gesetzgeber auf vielen Rechtsgebieten Vereinbarungen mit kirchlichen Mitarbeitervertretungen dieselbe Abbedingungskraft gegenüber dispositivem staatlichen Arbeitsrecht eingeräumt wie der Vereinbarung mit dem Betriebsrat (ausführlich unter IV 3.2). Aus dem gleichen Grund vertritt die überwiegende Literaturansicht, dass das Staatskirchenrecht erfordert, bei der Anwendung tarifdispositiven Gesetzesrechts die auf dem Dritten Wege zustande gekommenen Regelungen solchen aus Tarifverträgen gleichzustellen. Das BAG hat in einer Leitentscheidung aus 2009 diese Frage für einzelne tarifdispositive Normen beantwortet, die Frage nach einer allgemeinen Gleichstellung noch

9) LAG Niedersachsen v. 9. 12. 2009 – 17 Sa 850/09, juris Rz. 35 ff.; Hervorhebung durch die Verfasser.

10) Gegen eine Anwendbarkeit auf Einrichtungen von Religionsgemeinschaften, jeweils ohne Begründung *Linck* (Fußn. 4), § 125 Rz. 2; *Hess* (Fußn. 4), § 125 Rz. 3; *ErfK/Gallner* (Fußn. 6), § 125 InsO Rz. 3; *Zwanziger* (Fußn. 6), § 125 InsO Rz. 7. 11) *Hinkel/Pantlen* (Fußn. 6), S. 715 f.

12) *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 7. Aufl., 2015, S. 271, 273 m. Nachw. zur Gegenansicht; ebenso *Reichold*, in: Münchener Hdb ArbR, 4. Aufl., 2019, § 367 Rz. 8.

13) BVerfG v. 11. 10. 1977 – 2 BvR 209/76, NJW 1978, 581, Rz. 42 ff.

14) *Thiel*, in: Thiel/Fuhrmann/Jüngst, MAVO, 7. Aufl., 2014, Präambel Rz. 63; *Richardi* (Fußn. 12), S. 298, strenger *Reichold* (Fußn. 12), § 367 Rz. 11.

15) BVerfG v. 21. 9. 1976 – 2 BvR 350/75, BVerfGE 42, 312 = juris Rz. 68. Ebenso *Thiel* (Fußn. 14), Präambel Rz. 65; zur „Erwartungshaltung“ des Staates *Richardi* (Fußn. 12), S. 299; auch *Reichold* (Fußn. 12), § 367 Rz. 9; *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, 2006, S. 6.

16) Instruktiv *Reichold* (Fußn. 12), § 367 Rz. 9 ff.

offengelassen.¹⁷⁾ Wenn aber schon für auf dem Dritten Wege (und damit ohne Streik) zustande gekommene Regelungen von Verfassungen wegen einer Gleichstellung mit einem durch Arbeitskampf erzwingbaren Tarifvertrag wegen der vergleichbaren Richtigkeitsgewähr gefordert wird, muss dies erst recht für den Bereich der betrieblichen Mitbestimmung gelten – weil die Machtverteilung in der MAVO/MVG der des BetrVG sogar noch viel näher kommt. Die Richtigkeitsgewähr einer Einigung mit der Mitarbeitervertretung entspricht der Richtigkeitsgewähr einer Einigung mit dem Betriebsrat.

2. Mitarbeitervertretung als Ausdruck der Dienstgemeinschaft

Die beiden großen christlichen Religionsgemeinschaften haben eigene kirchliche Mitarbeitervertretungsregeln (katholische Mitarbeitervertretungsordnungen [MAVO] und evangelische Mitarbeitervertretungsgesetze [MVG]) geschaffen und damit die Verfassungserwartung in kirchliches Recht umgesetzt. Sie haben den Bereich der betrieblichen Mitbestimmung nicht ungeordnet gelassen, sondern durch autonomes Kirchenrecht gefüllt. Bei der Schaffung der MAVO haben sich die katholischen Bistümer weitgehend am BetrVG orientiert und haben im zeitlichen Verlauf Änderungen des staatlichen BetrVG, das etwa der Umsetzung von EU-Richtlinien diene, ihrerseits entsprechend im kirchlichen Recht umgesetzt, etwa das Übergangsmandat des § 13d Muster-MAVO.¹⁸⁾ Gleiches gilt für die MVG. Eigene kirchenautonome und vom BetrVG abweichende Akzente setzen MAVO/MVG mit Blick auf die „Dienstgemeinschaft“ von Dienstgeber, Arbeitnehmer und sonstigen Mitarbeitern. Dieses Strukturprinzip wird in der Präambel der Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung betont. Stärker noch als in der Betriebsverfassung (§ 2 Abs. 1 BetrVG) sind Konflikte kooperativ und nicht konfrontativ zu lösen. Exemplarisch kann das abweichende Verständnis an § 26 Abs. 1 Satz 3 Muster-MAVO (bzw. in ähnlicher Weise an § 35 Abs. 1 Muster-MVG) festgemacht werden:

„In ihrer Mitverantwortung für die Aufgabe der Einrichtung soll auch die Mitarbeitervertretung bei den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern das Verständnis für den Auftrag der Kirche stärken und für eine gute Zusammenarbeit innerhalb der Dienstgemeinschaft eintreten.“

Das Dienstgemeinschaftskonzept stünde jeder Übernahme staatlicher Mitbestimmungsregeln entgegen.¹⁹⁾

3. Mitarbeitervertretung und deren Beteiligungsrechte nach der MAVO

Auch wenn für jedes Bistum eine eigene MAVO besteht, so orientieren sie sich, soweit hier von Interesse, an der Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung – MAVO – in der Fassung des einstimmigen Beschlusses der Vollversammlung des Verbandes der Diözesen Deutschlands i. d. F. vom 20. 6. 2011 (im Folgenden „Muster-MAVO“). Für die evangelischen Kirchen gilt entsprechendes: Auch wenn jede Landeskirche ihr eigenes MVG hat, so orientieren sich diese regelmäßig²⁰⁾ an dem „Kirchengesetz über MAV in der Evangelischen Kirche in Deutschland (Mitarbeitervertretungsgesetz)“, das die Synode der Evangelischen Kirchen am 6. 11. 1992 erlassen hat (im Folgenden „Muster-MVG“).

3.1 Errichtung und Bestandsschutz wie im BetrVG

Nach § 1a Abs. 1 Muster-MAVO (bzw. § 1 Abs. 1 Muster-MVG) sind Mitarbeitervertretungen zu errichten. Anders als im BetrVG, das die Betriebsraterrichtung den Arbeitnehmern, Gewerkschaften oder Mentoren-Betriebsräten überlässt, ist der Dienstgeber verpflichtet, diese Errichtung aktiv zu betreiben.²¹⁾ Wie im BetrVG kann nach § 6 Muster-MAVO (bzw. § 5 Abs. 1 Muster-MVG) in Einrichtungen mit mehr als 5 Mitarbeitern, von denen mindestens 3 wählbar sind, eine Mitarbeitervertretung errichtet werden. Die Anzahl der Mitglieder wird wie in § 9 BetrVG entsprechend der Größe der Einrichtung ermittelt, wobei einzelne Schwellenwerte weitgehend identisch sind. Die regelmäßige Amtszeit beträgt wie im BetrVG 4 Jahre, § 13 Abs. 1 Muster-MAVO (§ 15 Abs. 1 Muster-MVG). Die Mitarbeitervertretung wird nach § 11 Muster-MAVO (§ 11 Abs. 1 Muster-MVG) gewählt; wie in § 14 Abs. 1 BetrVG ist eine geheime und unmittelbare Wahl garantiert. In den §§ 11a bis 11c Muster-MAVO (§ 11 Abs. 1 Satz 3 Muster-MVG) sind wie im BetrVG Regeln für ein vereinfachtes Wahlverfahren in Kleinseinrichtungen vorgesehen. Für Spaltung oder Untergang einer Einrichtung sehen § 13d und § 13e Muster-MAVO (§ 7 Abs. 2, 3 Muster-MVG) analog §§ 21a f. BetrVG ein Übergangs- bzw. Restmandat vor.

3.2 Amtsschutz

Um die Unabhängigkeit des Betriebsrats bei der Amtsausübung und die Kontinuität der Betriebsratsarbeit zu sichern, schreibt § 15 KSchG einen umfassenden materiellen Schutz gegen ordentliche Kündigungen und in § 103 BetrVG einen besonderen Verfahrensschutz gegen außerordentliche Kündigungen vor.²²⁾ Die Muster-MAVO gibt in § 18 Abs. 1 Muster-MAVO zunächst ein allgemeines Behinderungs- nebst Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot vor (entsprechend § 19 Abs. 1 Muster-MVG), wie in § 78 BetrVG. § 18 Abs. 1 Muster-MAVO ist nach richtiger Ansicht Schutzgesetz, so dass ein Verstoß nach § 823 Abs. 2 BGB zum Schadensersatz führen kann.²³⁾ Daneben enthält § 19 Muster-MAVO (und § 21 Muster-MVG) einen Ausschluss der ordentlichen Kündigung eines Mitglieds der Mitarbeitervertretung, der nur geringfügig hinter dem des BetrVG zurückbleibt.

3.3 Beteiligungsrechte bei Betriebsänderungen

Auch die Muster-MAVO und die Muster-MVG sehen Beteiligungsrechte der Mitarbeitervertretung bei Betriebsänderungen vor. Entsprechend den Regelungen über den Wirtschaftsausschuss besteht zunächst ein Informationsrecht nach § 27a Muster-MAVO (§ 34 Abs. 2 Muster-MVG) in wirtschaftlichen Angelegenheiten. Maßnahmen, die im BetrVG als Betriebsänderung Beteiligungsrechte auslösen, lösen nach § 29 Abs. 1 Nr. 17 Muster-MAVO Anhörungs- und Beratungsrechte der

17) BAG v. 25. 3. 2009 – 7 AZR 710/07, NZA 2009, 1417, Rz. 40 ff.

18) Hierzu Thiel (Fußn. 14), § 13d MAVO Rz. 1, allgemein zur Umsetzung europäischen Rechts in der MAVO Thüsing (Fußn. 15), S. 183.

19) Richardi (Fußn. 12), S. 300; Reichold (Fußn. 12), § 367 Rz. 8; Richter, in: Richter/Schwarz-Seeberger/Lenders, Praxishandbuch zum MVG, 2013, S. 3.

20) Instruktive Übersicht zur (modifizierten) Übernahme bei Richter (Fußn. 19), S. 17.

21) Thiel (Fußn. 14), § 1a Rz. 4.

22) Zum Schutzzweck: APS/Linck, 5. Aufl., 2017, § 15 KSchG Rz. 11; ErfK/Kiel, 19. Aufl., 2019, § 15 KSchG Rz. 1 ff.

23) Thiel (Fußn. 14), § 18 Rz. 14.

Mitarbeitervertretung aus. § 36 Abs. 1 Nr. 10 Muster-MAVO sieht ein echtes Zustimmungsrecht der Mitarbeitervertretung bei allen Maßnahmen zum Ausgleich oder zur Milderung von Nachteilen bei Betriebsänderungen vor. Damit ist letztlich ein Sozialplan gemeint.²⁴⁾ Nach § 37 Abs. 1 Nr. 10 Muster-MAVO besteht in diesen Angelegenheiten sogar ein Antragsrecht der Mitarbeitervertretung, d. h. diese kann, wie auch im BetrVG, einen Sozialplan erzwingen. Gleiches gilt für die evangelischen Kirchen nach § 40 lit. f, § 47 Muster-MVG, dort sogar unter ausdrücklicher Verwendung des Begriffs „Sozialplan“.

Demgegenüber sieht die Muster-MAVO (wie auch die Muster-MVG) keine Pflicht des Dienstgebers zur Verhandlung über einen Interessenausgleich vor.²⁵⁾ Denn das griffe in das kirchenautonome Recht zur eigenen Organisation ein. Doch entspricht das der weltlichen betrieblichen Mitbestimmung: Eben diese Organisationsfreiheit gewähren sowohl der Tendenzschutz des § 118 Abs. 1 BetrVG wie die Personalvertretungsgesetze für staatliche Arbeitgeber mit Blick auf das Demokratieprinzip (§ 78 Abs. 1 Nr. 2 BVerfVG sowie die teilweise abweichend gestalteten Länder-PersVG²⁶⁾). Selbst für „gewöhnliche Betriebe“ besteht ja lediglich eine Pflicht zum Versuch eines Interessenausgleichs; ihre praktische Bedeutung erlangt die Norm in der Praxis erst durch die eröffneten Verzögerungsspiele.

Indes gilt auch nach der Muster-MAVO: Eine Möglichkeit des Dienstgebers, die Mitarbeitervertretung gegen ihren Willen zum Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste zu zwingen, besteht nicht. Weil umgekehrt aber ein Sozialplan nach § 37 Abs. 1 Nr. 10 Muster-MAVO erzwingbar sein kann, besteht wie im BetrVG die Möglichkeit, eine Veränderung der Betriebsänderung in der Verhandlung zu verknüpfen mit einem Entgegenkommen in der Höhe der Ausgleichsmaßnahmen.

IV. Anwendbarkeit des § 125 Abs. 1 Satz 2 InsO auf kirchliche Arbeitgeber

§ 125 Abs. 1 Satz 2 InsO ist aus insolvenzrechtlicher Sicht auf kirchliche Arbeitgeber anwendbar, wenn diese insolvenzfähig sind und aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht, wenn dort ein „Interessenausgleich mit Namensliste“ geschlossen worden ist, der anzuerkennen ist, obwohl die Betriebsänderung nicht mit einem Betriebsrat und nicht nach § 111 BetrVG verhandelt worden ist.

1. Insolvenzfähigkeit des kirchlichen Arbeitgebers

§ 125 InsO kann nur auf solche kirchliche Arbeitgeber Anwendung finden, die insolvenzfähig sind. Dieser Aspekt wurde vom LAG Niedersachsen seinerzeit nicht weiter beleuchtet, schließt aber zahlreiche kirchliche Arbeitgeber aus, da diese nach §§ 12, 13 InsO nur eingeschränkt insolvenzfähig sind. Öffentlich-rechtlich verfasste Kirchen sind nicht insolvenzfähig; offengelassen hat die Rechtsprechung die Frage bei kirchlichen Einrichtungen in Form des Privatrechts.²⁷⁾ § 125 InsO kommt also in Betracht nur für Gesellschaften i. S. d. § 11 InsO, an denen eine Kirche beteiligt ist. Diese Gesellschaften sind nach herrschender Ansicht insolvenzfähig.²⁸⁾

2. Keine Wortlautgrenze des Begriffs „Betriebsrat“

Das LAG Niedersachsen war der Ansicht, dass der Wortlaut der Norm einer unmittelbaren Anwendung auf kirchliche Ar-

beitgeber entgegensteht.²⁹⁾ Indes überzeugt das formale Abstellen auf den Begriff des „Betriebsrats“ aus mehreren Gründen nicht. So verlangt § 125 InsO für den Betriebsrat gerade nicht, dass es ein „Betriebsrat im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes“ sein muss; der Wortlaut ist offener, als ihn das LAG Niedersachsen versteht. Demgegenüber verlangt § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO lediglich für das Tatbestandsmerkmal der Betriebsänderung, dass es sich um eine solche nach dem Betriebsverfassungsgesetz handeln muss. In den Gesetzmaterialien findet sich kein Indiz, dass der Gesetzgeber den Begriff des Betriebsrats auf den „Betriebsrat im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes“ beschränken wollte.³⁰⁾ Der Gesetzgeber hat nicht etwa durch die Verwendung des Begriffs „Betriebsrat“ andere von der Rechtsordnung anerkannte Mitarbeitervertretungen ausgeschlossen; er hat vielmehr stets den Telos der Norm betont und zu erkennen gegeben, dass die funktionelle Auslegung der Norm für ihn entscheidender ist als Begriffsjurisprudenz.

Schließlich stellt sich das LAG Niedersachsen explizit gegen das BAG, welches ein solch enges und strenges Wortlautverständnis bereits verworfen hat. Der 8. Senat hat bereits im Jahr 2007 entschieden, dass ein mit einer „Personalvertretung Cockpit“ geschlossener Interessenausgleich mit Namensliste nach § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO privilegiert ist.³¹⁾ Hintergrund des Urteils des BAG ist die Sonderregelung des § 117 Abs. 2 BetrVG für die im Flugbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer von Luftfahrtunternehmen. Für diese Flugbetriebe fand das BetrVG bis zur jüngsten Änderung im Frühjahr 2019 keine Anwendung; vielmehr konnte durch Arbeitgeber und Gewerkschaft durch Tarifvertrag eine eigene Vertretung errichtet werden.³²⁾ Entgegen einem weit verbreiteten Fehlverständnis handelt es sich bei einem solchen Tarifvertrag Personalvertretung (wie er branchenüblich zumeist bezeichnet wird) gerade nicht nur um ein „Opt-In“ in die Mitbestimmung des BetrVG, vielmehr können die Tarifvertragsparteien eigene, vom BetrVG abweichende Beteiligungsrechte regeln, etwa bei der sog. Umlaufplanung. Das BAG hat in diesem Zusammenhang erkannt, dass es einen Begriff des „Betriebsrat“ i. S. d. § 125 Abs. 1 InsO gibt und dass auch eine nach Tarifvertrag errichtete „Personalvertretung Cockpit“ hierunter zu fassen ist:

„Der Vermutungswirkung des § 125 Abs. 1 InsO steht nicht entgegen, dass der vorliegende Interessenausgleich i. S. d. § 112 BetrVG von einer nach § 117 Abs. 2 BetrVG gebildeten besonderen betriebsverfassungsrechtlichen Vertretung vereinbart wurde. Die Personalvertretung Cockpit ist ein ‚Betriebsrat‘ i. S. d. § 125 Abs. 1 InsO. § 125

24) Sroka, in: Freiburger Komm. z. MAVO, EL 2/2016, § 36 Rz. 119.

25) Schmitz, in: Eichstätter Kommentar MAVO & KAGO, 2. Aufl., 2018, § 36 MAVO Rz. 114; zu den verfassungsrechtlichen Bezügen auch Thüsing (Fußn. 15), S. 182.

26) Synopse bei Altwater, in: Altwater/Baden/Baunack/Berg/Dierßen/Herget/Kröll/Lenders/Noll, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 78 Rz. 85.

27) BVerfG v. 13. 12. 1983 – 2 BvL 13/82, 2 BvL 14/82, 2 BvL 15/82, NJW 1984, 2401; BT-Drucks. 12/7302, S. 156.

28) Wimmer/Schmerbach, InsO, 9. Aufl., 2018, § 13 Rz. 10; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 15. Aufl., 2019, § 13 Rz. 15, jetzt auch MünchKomm-Vuia, InsO, 4. Aufl., 2019, § 12 Rz. 4.

29) LAG Niedersachsen v. 9. 12. 2009 – 17 Sa 850/09, juris Rz. 35.

30) Insbesondere: BT-Drucks. 12/2443, S. 28, BT-Drucks. 13/4612, S. 9, 17; BT-Drucks. 13/5107, S. 31.

31) BAG v. 26. 4. 2007 – 8 AZR 695/05, ZIP 2007, 2136, dazu EWIR 2008, 11 (Lindemann).

32) Zur sog. „Lex Ryanair“ kritisch Vielmeier, NZA 2018, 1530.

InsO soll während des Insolvenzverfahrens die zügige Durchführung von Betriebsänderungen ohne langwierige Kündigungsrechtsstreitigkeiten gewährleisten (BT-Drucks. 12/2443, S. 149). Um die damit verbundene Einschränkung des individuellen Kündigungsschutzes auszugleichen, hat der Betriebsrat seine Verantwortung gegenüber den Arbeitnehmern wahrzunehmen, nur unvermeidbaren Entlassungen zuzustimmen und darauf zu achten, dass bei der Auswahl der ausscheidenden Arbeitnehmer soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt werden. Diese Verantwortung trägt auch eine auf der Grundlage eines Tarifvertrags i. S. v. § 117 Abs. 2 BetrVG errichtete besondere betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmervertretung. Nach § 3 des Tarifvertrags Personalvertretung Nr. 1 für das Cockpitpersonal vom 11. 9. 2002 gilt für die Arbeit der Personalvertretung Cockpit das Betriebsverfassungsgesetz in seiner jeweils gültigen Fassung. Die §§ 111 ff. BetrVG sind von dieser umfassenden Verweisung auf das Betriebsverfassungsgesetz nicht ausgenommen. Daher ist auch die Personalvertretung Cockpit zum Abschluss eines Interessenausgleichs i. S. d. § 112 BetrVG ermächtigt (BAG v. 4. 8. 1983 – 2 AZR 40/82).³³⁾

Das Wortlautargument des LAG Niedersachsen überzeugt also nicht. Notwendig ist vielmehr eine teleologische Auslegung der Begriffe „Betriebsrat“ und des „Interessenausgleich mit Namensliste“, um beurteilen zu können, ob auch eine Vereinbarung mit der Mitarbeitervertretung nach kirchlichem Recht hierunter zu fassen ist.

3. Auslegung

3.1 Telos

Der Gesetzgeber hat im Gesetzgebungsverfahren deutlich gemacht, dass § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO insolvenzrechtliche Zwecke verfolgt:

„Im Insolvenzverfahren sind häufig Betriebsänderungen erforderlich, die mit der Entlassung einer größeren Zahl von Arbeitnehmern verbunden sind. Die zügige Durchführung derartiger Betriebsänderungen darf nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß der Insolvenzverwalter einer Fülle von langwierigen Kündigungsschutzprozessen ausgesetzt ist. Insbesondere muß verhindert werden, daß eine beabsichtigte, mit Rationalisierungsmaßnahmen verbundene Betriebsveräußerung daran scheitert, daß der potentielle Erwerber nicht übersehen kann, welche Arbeitsverhältnisse mit dem Betrieb auf ihn übergehen würden (§ 613a BGB). [...] Wenn zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat in einem Interessenausgleich Einigkeit darüber erzielt worden ist, welche Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der geplanten Betriebsänderung entlassen werden müssen, ist es gerechtfertigt, die soziale Rechtfertigung der Kündigungen nur noch in Ausnahmefällen in Frage stellen zu lassen. Denn es kann als Regelfall angenommen werden, daß der Betriebsrat seine Verantwortung gegenüber den Arbeitnehmern wahrnimmt, nur unvermeidbaren Entlassungen zustimmt und darauf achtet, daß bei der Auswahl der ausscheidenden Arbeitnehmer soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt werden.“³⁴⁾

Insofern will der Gesetzgeber in der Insolvenz Rationalisierungsmaßnahmen und Betriebsveräußerungen soweit als möglich erleichtern und ist bereit, den individuellen Rechtsschutz der einzelnen Arbeitnehmer zurückzustellen, sofern auf Grund der betrieblichen Mitbestimmung zu erwarten ist, dass die Auswahl des Arbeitnehmers sachlich gerechtfertigt ist.³⁵⁾ Der Gesetzgeber geht dabei davon aus, dass die Betriebsratsmitglieder, protegiert durch den persönlichen Schutz, ihrer Verant-

wortung gegenüber Arbeitnehmern nachkommen – zumal sie lediglich „Nein“ zu einer Namensliste sagen müssen, da der Arbeitgeber sie gegen ihren Willen nicht erzwingen kann.

3.2 Mitarbeitervertretung als „Betriebsrat“ i. S. d. § 125 InsO

Im Rahmen der teleologischen Auslegung ist auch eine Mitarbeitervertretung als „Betriebsrat“ i. S. d. § 125 InsO zu begreifen. Entscheidend ist hierfür nicht der formale Begriff, sondern die hinreichende Gewähr, dass das betriebliche Mitbestimmungsgremium seiner Verantwortung gegenüber den Arbeitnehmern nachkommt – und also nicht freihändig über § 125 Abs. 1 InsO oder § 1 Abs. 5 KSchG über den Kündigungsschutz der Betroffenen verfügt.

Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass eine Mitarbeitervertretung in freien und geheimen Wahlen von den Arbeitnehmern gewählt wird, die sie später repräsentieren soll. Nur durch diese Rückkoppelung an die Arbeitnehmer ist sichergestellt, dass das Gremium auch die Interessen seiner (potentiellen) Wähler hinreichend wahr. Eine solche freie und geheime Wahl sieht indes die Muster-MAVO (genauso wie das Muster-MVG) vor; sie unterscheidet sich hierbei in den Grundzügen nicht von der Betriebsratswahl nach BetrVG. Unschädlich ist dabei, dass nach § 3 Muster-MAVO (§ 2 Muster-MVG) die Mitarbeitervertretung nicht nur die „Arbeitnehmer“ im technischen Sinne umfasst, sondern für alle Mitarbeiter errichtet wird, wobei hierunter etwa auch Ordensmitglieder oder Mitarbeiter auf Grund von Gestellungsverträgen fallen.

Entscheidend für die teleologische Auslegung ist daneben der persönliche und institutionelle Schutz der Mitarbeitervertretung. Die Mitglieder müssen sicher sein können, dass sie bei unliebsamem Abstimmungsverhalten keine persönlichen Konsequenzen zu fürchten haben oder umgekehrt der Dienstgeber sich durch eine Auflösung der Einrichtung der Mitarbeitervertretung entledigen kann. Nur so ist gewährleistet, dass sie ihrer Verantwortung gegenüber den Arbeitnehmern nachkommen können. Die Muster-MAVO sieht wie das Muster-MVG indes einen solchen Schutz vor, ähnlich den Vorgaben des BetrVG. Zunächst gewähren §§ 13d, 13e Muster-MAVO (§ 7 Abs. 2, 3 Muster-MVG) ein Übergangs- und Restmandat für den Fall eines Untergangs der Einrichtung in Folge der Umstrukturierung. Der Dienstgeber kann sich also der Mitarbeitervertretung nicht einseitig entledigen. Daneben sieht § 18 Abs. 1 Muster-MAVO (§ 19 Abs. 1 Muster-MVG) ein umfassendes Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot vor, was einen ersten persönlichen Schutz gewährt. Entscheidender dürfte indes der Ausschluss der ordentlichen Kündigung in § 19 Abs. 1 Muster-MAVO (§ 21 Abs. 2 Muster-MVG) sein; sie sichert dem Mitglied einen Schutz vor einer Maßregelung durch den Dienstgeber. Zuzugeben ist, dass § 19 Abs. 1 Satz 2 Muster-MAVO anders als BetrVG im Falle von Verstößen gegen Art. 5 Abs. 3 bis 5 der Grundordnung des kirchlichen Dienstes („Verstöße gegen Loyalitätsobliegenheiten“) gleichwohl eine ordentliche Kündigung zulässt. Indes scheinen uns

33) BAG ZIP 2007, 2136, Rz. 50.

34) BT-Drucks. 12/2443, S. 149 zu § 128 InsO.

35) Für eine weite Auslegung der Norm deshalb etwa APS/Künzl, 5. Aufl., 2017, § 125 InsO Rz. 18.

die besseren Argumente dafür zu sprechen, die Rechtsstellung der Mitglieder der Mitarbeitervertretung als hinreichend persönlich geschützt anzusehen, um sie mit einem Betriebsrat vergleichen zu können, zumal es sich um gravierende, letztlich an der Schwelle zu einer außerordentlich fristlosen Kündigung stehenden Sachverhalt handelt. Im Muster-MVG fehlt eine solche Einschränkung sowieso.

Auch der staatliche Gesetzgeber billigt den Vereinbarungen mit Mitarbeitervertretungen nach kirchlichem Recht eine entsprechende Richtigkeitsgewähr zu. So gibt es zahlreiche Normen außerhalb der betrieblichen Mitbestimmung, die aber auf Einigungen zwischen den Betriebsparteien aufsetzen. Zumeist wird ausdrücklich anerkannt, dass Vereinbarungen mit der Mitarbeitervertretung gleichgestellt sein sollen. Das sieht etwa § 110 Abs. 1 Satz 3 SGB III für das Transferkurzarbeitergeld vor.³⁶⁾ Ist der Arbeitgeber zur Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat in Sachen Arbeitsschutz verpflichtet, so tritt nach § 1 Abs. 4 ArbSchG die kirchliche Mitarbeitervertretung an dessen Stelle.³⁷⁾ Eine Abweichung vom zwingenden staatlichen Arbeitszeitrecht ist unter bestimmten Umständen in einer Betriebsvereinbarung auch zu Lasten der Arbeitnehmer zulässig. Eine solche Belastungsberechtigung spricht der Gesetzgeber auch der Mitarbeitervertretung nach MAVO/MVG zu, § 7 Abs. 4 ArbZG. Vergleichbar verhält es sich auch bei § 26 Abs. 1 BDSG oder § 21a Abs. 3 JArbSchG; ungeklärt ist es, soweit ersichtlich, für § 323 UmwG.

Es besteht mithin eine durch das Kirchenrecht hinreichend abgesicherte Erwartung, dass die Mitarbeitervertretungen die Verantwortung gegenüber den Arbeitnehmern wahrnehmen.

3.3 Erst-recht-Argument im Vergleich mit privilegierten Tendenzunternehmen

Auch der Erst-Schluss aus der Behandlung „gewöhnlicher Tendenzunternehmen“ ergibt, dass ein Interessenausgleich mit einer Mitarbeitervertretung die Voraussetzungen des § 125 InsO erfüllt. Wie unter I 2 dargestellt ist zwar umstritten, ob § 125 InsO auch auf freiwillige Interessenausgleiche anzuwenden ist; zumindest aber für Tendenzunternehmen des § 118 Abs. 1 BetrVG haben LAG Köln und Literatur überzeugend erkannt, dass ein solcher freiwilliger Interessenausgleich mit Namensliste die Privilegierung des § 125 InsO rechtfertigt: Gerade in der Insolvenz gibt es keinen Grund dafür, ein einvernehmliches Zusammenwirken von Tendenzunternehmen und Betriebsrat – das ja in der Regel das Ziel hat, den geschrumpften Betrieb überlebens- oder übernahmefähig zu machen – gegenüber tendenzfreien Unternehmen schlechter zu stellen. Umgekehrt ist die Anreizwirkung der kündigungsrechtlichen Privilegierung gerade in Tendenzunternehmen im Arbeitnehmerinteresse sinnvoll: weil der Betriebsrat so sogar einen Interessenausgleich im Tendenzunternehmen erreichen kann. Auch im Hinblick auf diese Drittinteressen im Rahmen der Insolvenz ist nicht ersichtlich, weshalb man tendenzgeschützte Unternehmen ihrer Sanierungsfähigkeit berauben sollte; dies wird der grundrechtlich geschützten Rechtsposition letztlich nicht gerecht.

Wenn ein freiwilliger Interessenausgleich mit Namensliste eines Tendenzunternehmens richtigerweise an der Privilegierung des § 125 InsO teilhat, muss dies auch für einen freiwilligen Interessenausgleich mit einer katholischen oder evangelischen Mit-

arbeitervertretung gelten. Wie dargestellt, gewährt die MAVO wie auch die MVG den Mitgliedern der Mitarbeitervertretung hinreichenden Schutz, dass diese jederzeit „Nein“ sagen und eine Namensliste dadurch verhindern können. Einigen sich Mitarbeitervertretung und Insolvenzverwalter, besteht eine ebenso große Gewähr, dass die Mitarbeitervertretung hierbei ihrer Verantwortung gegenüber den Arbeitnehmern nachkommt. Dieser Schutz für „gewöhnliche Tendenzunternehmen“ muss im Erst-recht-Schluss für die Kirchen und ihre Einrichtungen gelten. Die Kirchen genießen auf Grund der Inkorporation der WRV einen expliziteren und noch weitreichenderen Tendenzschutz als andere Tendenzträger, der sich im einfachen Recht auch so niederschlägt (§ 118 Abs. 2 BetrVG). Wenn aber bei Tendenzunternehmen der Tendenzschutz nicht zum Nachteil des Privilegierten werden soll, muss das erst recht für die Kirchen gelten. Auch hier will der Gesetzgeber kein Sonderstrukturierungshindernis schaffen.

V. Hilfsweise: Analoge Anwendung des § 125 Abs. 1 Satz 2 InsO

Falls man doch mit dem LAG Niedersachsen die unmittelbare Anwendung der Norm für ausgeschlossen hielte, so wäre zumindest die analoge Anwendung der Norm verfassungsrechtlich geboten. Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen gehalten, kirchliche Einrichtungen mit einer Mitarbeitervertretung nach kirchlichem Recht nicht wie „Nichtorganisierte“ zu behandeln, wenn er in anderen Rechtsvorschriften (wie der InsO) an Ergebnisse der betrieblichen Mitbestimmung anknüpft.

1. Keine Sperrwirkung des § 126 InsO

Entgegen der Rechtsansicht des LAG Niedersachsen scheitert eine Regelungslücke nicht an § 126 InsO. Das LAG Niedersachsen geht fälschlicherweise davon aus, dass der Gesetzgeber hiermit eine Auffangvorschrift geschaffen habe, die einer analogen Anwendung stets entgegenstünde, weil der Gesetzgeber ja eine „Notlösung“ geschaffen habe. Indes kann ein solches Rechtsverständnis nicht überzeugen. § 126 InsO ist gerade keine Auffangvorschrift, sondern ein separates Instrument, das dem Insolvenzverwalter zur Verfügung steht. Der Insolvenzverwalter muss sich hier nicht zwischen § 125 InsO und § 126 InsO entscheiden, sondern könnte beispielsweise auch auf sämtliche insolvenzarbeitsrechtlichen Mittel verzichten; dies hat der Gesetzgeber in seinen Motiven ausdrücklich dargelegt.³⁸⁾ Indes ist § 126 InsO weniger geeignet, schnell und rechtssicher eine Sanierungsfähigkeit des insolventen Unternehmens sicherzustellen. Die Norm ist nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich als „Ergänzung“ zum vorzugswürdigen § 125 InsO zu sehen.³⁹⁾

2. Keine Sperrwirkung des § 118 BetrVG

Daneben sieht sich das LAG Niedersachsen wegen der ausdrücklichen Ausnahme des § 118 Abs. 2 BetrVG an einer ana-

36) Kühl, in: Brand, SGB III, 8. Aufl., 2018, § 110 Rz. 6.

37) Kollmer, in: Kollmer/Klindt/Schucht, ArbSchG, 3. Aufl., 2016, § 1 Rz. 79; Pieper, ArbSchR 6. Aufl., 2017, § 1 ArbSchG Rz. 27.

38) BT-Drucks. 12/7302, S. 171 zu § 143a InsO. Hierzu auch Rieble, NZA 2007, 1393; Jaeger/Giesen (Fußn. 6), § 126 Rz. 1, 13 (keine Betriebsänderung erforderlich).

39) BT-Drucks. 12/2443, S. 149 zu § 129 InsO.

logen Anwendung gehindert. Auch dieses Argument verfängt nicht. Zunächst geht es nicht um einen Übergriff in das staatskirchenrechtliche garantierte Recht der Religionsgesellschaften, ihre inneren Verhältnisse, einschließlich der betrieblichen Mitbestimmung, selbst zu gestalten; nur daran hindert § 118 Abs. 2 BetrVG. Es geht vielmehr um die Auslegung einer insolvenzrechtlichen Anknüpfung an eine Vereinbarung im Rahmen der kirchenrechtlichen „betrieblichen Mitbestimmung“. § 118 Abs. 2 BetrVG hat aber keine Auswirkungen auf das Insolvenzrecht; dort hat der Gesetzgeber dem Staatskirchenrecht durch die (beschränkte) Insolvenzfähigkeit kirchlicher Arbeitgeber Rechnung getragen und freilich für solche Gesellschaften bejaht, an denen die Kirche lediglich beteiligt ist. Daneben will das LAG Niedersachsen eine Privilegierung der Religionsgesellschaften zu deren Ungunsten anwenden. Der kirchliche Arbeitgeber hat doch gerade freiwillig einen Interessenausgleich mit Namensliste geschlossen und begehrt nun freiwillig die Berücksichtigung einer solchen Vereinbarung im Rahmen des § 125 InsO. Ein Schutzbedürfnis „vor sich selbst“ gibt es nicht.

3. Analoge Anwendung verfassungsrechtlich geboten

Eine analoge Anwendung der Norm ist schließlich nicht nur möglich, sondern auch verfassungsrechtlich geboten. Dem einfachen Gesetzgeber und den Gerichten ist es verwehrt, in Normen, die an eine Vereinbarkeit auf betrieblicher Ebene anknüpfen, die nach Kirchenrecht errichteten Mitarbeitervertretungen wie eine nichtexistente betriebliche Vertretung anzusehen, sofern es dafür nicht einen Sachgrund gibt, der das Recht der Religionsgesellschaften zur Gestaltung ihrer inneren Ordnung überwiegt.

Das BVerfG hat mit Recht betont, dass dem Grundgesetz nicht das Ideal einer „feindschaftlichen Trennung“ zwischen staatlichem und kirchlichem Recht zugrunde liegt, sondern das Prinzip wechselseitiger Zugewandtheit und Kooperation. Der Gesetzgeber ist also auf Grund Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV nicht nur daran gehindert, das BetrVG auf die Religionsgesellschaften zu erweitern und damit in deren innere Ordnung einzugreifen. Vielmehr darf der Gesetzgeber auch nicht ohne Grund eine nach kirchlichem Recht errichtete Mitarbei-

tervertretung als ein Nullum betrachten. Bei einer Mitarbeitervertretung nach MAVO bzw. MVG handelt es sich eben gerade nicht um einen „Pseudobetriebsrat“ oder eine freiwillige Vertretung, die Arbeitgeber ohne echte Rechte zur Vermeidung eines echten Betriebsrats errichten. Vielmehr handelt es sich um eine gesetzliche Mitarbeitervertretung, aber eben nach kirchlichem Recht, im Rahmen der den Kirchen durch das Staatskirchenrecht zugewiesenen Freiräume.

Es ist aber, wie dargestellt, kein Grund ersichtlich, einen Interessenausgleich mit Namensliste mit einer Mitarbeitervertretung nach MAVO/MVG wie ein Nullum zu behandeln. Die Richtigkeitsvermutung einer solchen Einigung ist – anders als bei freiwilligen Mitarbeitervertretungen praeter legem – gerade durch kirchenrechtliche Absicherungen garantiert. Auch ist kein Sachgrund ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber einen kirchlichen Arbeitgeber insolvenzfähig stellt, dann aber Sondersanierungshindernisse schafft. Insofern würde der Gesetzgeber seinerseits gegen das Grundgesetz verstoßen, wenn er eine Einigung nach kirchlichem Recht im Rahmen des staatlichen § 125 InsO nicht anerkennt.

VI. Fazit und Ausblick

§ 125 InsO ist auf solche (insolvenzfähigen) kirchlichen Arbeitgeber anzuwenden, bei denen kein Betriebsrat, sondern eine Mitarbeitervertretung nach kirchlichem Recht errichtet ist. Das BAG hat bereits überzeugend entschieden, dass es weniger auf den Wortlaut der Norm ankommt, sondern vielmehr auf die teleologische Auslegung – weshalb auch eine „Personalvertretung Cockpit“ ein „Betriebsrat“ ist. Die teleologische Auslegung von § 125 InsO ergibt aber, dass der Gesetzgeber eine Einschränkung des individuellen Bestandschutzes überall dort zulassen wollte, wo ein kollektives Verhandlungssystem besteht, das eine hinreichende Richtigkeitsgewähr bietet. Eine solche Richtigkeitsgewähr bieten auch die katholischen MAVO und die evangelischen MVG – weil auch die Mitarbeitervertretung, persönlich abgesichert, einen Interessenausgleich mit Namensliste stets durch ein bloßes Nein ablehnen kann. Das Staatskirchenrecht hindert Gesetzgeber und Gerichte, solche Mitarbeitervertretungen betriebsverfassungsrechtlich als Nullum zu behandeln.

Joachim Natterer^{*)}

Vom Musiklehrer und dem Retuscheur zu den Herren „Ba.“ und „Bä.“ – Neues zur analogen Anwendung von § 179a AktG außerhalb des Aktienrechts

Zugleich Besprechung BGH v. 8. 1. 2019 – II ZR 364/18, ZIP 2019, 701

Ausgehend von einer Entscheidung des BGH vom 9. 1. 1995 wurde bislang in der Praxis vielfach in Fällen, in denen eine GmbH ihr ganzes Vermögen veräußerte, davon ausgegangen, dass die Vorschriften des § 179a AktG analog heranzuziehen sind. Das hat in der Transaktionspraxis vielfach ganz erhebliche Schwierigkeiten verursacht und zog eine Fülle von Unsicherheiten nach sich. Durch Urteil vom 8. 1. 2019

hat der BGH nunmehr in erfrischender Klarheit ausgesprochen, dass § 179a AktG nicht analog auf die GmbH anzuwenden ist. Dass der BGH diese Klarheit nunmehr geschaffen hat, ist uneingeschränkt zu begrüßen. Die Entscheidung vom 8. 1. 2019 wirft allerdings auch

^{*)} Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei CMS Hasche Sigle, Berlin