

Der Sozialplan in der Insolvenz

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen

I. Einleitung

Wer über die Stellung von Arbeitnehmern in der Insolvenz redet, ist kein Überbringer froher Botschaften. Absicherungen, die im Normalfall gelten, verschwinden von einem Tag auf den andern – und dies nicht etwa, weil die Gerichte wenig Einfühlungsvermögen in Bezug auf die Stellung abhängig Beschäftigter hätten. Vielmehr sehen sich alle Beteiligten mit einer klaren gesetzlichen Regelung konfrontiert, an der es so gut wie nichts zu deuteln gibt. Beim Sozialplan ist dies besonders ausgeprägt, die Distanz zum Normalfall noch stärker ausgeprägt als bei anderen Fragen.

Im Folgenden soll zunächst dieser Status quo dargestellt werden. Anschließend soll es darum gehen, wie eine alternative Lösung aussehen könnte, die die schlimmsten Konsequenzen mildern könnte. Dabei geht es nicht um eine kleine Randgruppe; allein von Januar bis September 2022 meldeten 10.643 Unternehmen Insolvenz an.¹

II. Der Sozialplan in der Insolvenz nach geltendem Recht

1. Der Zwang zur Korrektheit

Plant der Insolvenzverwalter eine Betriebsänderung, insbesondere eine Betriebsschließung, so muss er über Interessenausgleich und Sozialplan verhandeln. Würde er dies nicht tun und einfach „durchregieren“, ohne den Betriebsrat zu fragen, wäre nicht anders als im Normalfall ein Nachteilsausgleich nach § 113 BetrVG geschuldet. Da dieser auf einer (Nicht-)Handlung des Insolvenzverwalters beruhen würde, entstünde eine Masseverbindlichkeit, die umgehend zu erfüllen wäre.² Die finanziellen Interessen der übrigen Insolvenzgläubiger wären geschmälert, was diese nicht einfach klaglos hinnehmen würden: Der Insolvenzverwalter sähe sich einem Regressanspruch ausgesetzt

¹ Mitgeteilt in Schwäbisches Tagblatt v. 13. Dezember 2022 im Teil „Wirtschaft“

² BAG 4.12.2002 – 10 AZR 16/02 - DB 2003, 618; BAG 4.6.2003 – 10 AZR 586/02 - NZA 2003, 1087; BAG 22.7.2003 – 1 AZR 541/02 - NZA 2004, 93; BAG 7.11.2017 – 1 AZR 186/16 - NZA 2018, 464

und hätte evtl. sogar Schwierigkeiten, seine Haftpflichtversicherung zu einer Zahlung zu bewegen. Diese Rahmenbedingung führt dazu, dass Insolvenzverwalter im Allgemeinen die Vorschriften über Interessenausgleich und Sozialplan korrekt einhalten, was ihnen – dies sei vorweggenommen – auch dann nicht schwerfällt, wenn sie sich voll mit den Interessen der anderen Gläubiger identifizieren.

2. Die ausdrücklichen gesetzlichen Schranken

Nach § 123 InsO sind bei der „Ausstattung“ des Sozialplans zwei Grenzen zu beachten.

- Der Gesamtbetrag, der für den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die die Arbeitnehmer erleiden, vorgesehen wird, darf nach Abs. 1 zweieinhalb Monatsgehälter pro betroffenem Arbeitnehmer nicht überschreiten. Dies bedeutet, dass einzelne mit einem Monatsgehalt zufrieden sein müssen, während andere vier Monatsgehälter erhalten; lediglich der Durchschnitt darf höchstens bei zweieinhalb Monatsgehältern liegen, die nach Maßnahme des § 10 Abs. 3 KSchG zu bestimmen sind.
- Noch bedeutsamer ist die zweite Grenze. § 123 Abs. 2 Satz 2 InsO schreibt vor, dass für die Berichtigung der Sozialplanforderungen nicht mehr als ein Drittel der Verteilungsmasse verwendet werden darf. Dabei versteht man unter „Verteilungsmasse“ das, was ohne einen Sozialplan für die Verteilung an die einfachen Insolvenzgläubiger zur Verfügung stehen würde. Dabei geht es um den „Rest“, der übrig bleibt, wenn die dinglich gesicherten Forderungen und die Masseverbindlichkeiten befriedigt sind: Die Bank muss mit Rücksicht auf eine ins Grundbuch eingetragene Grundschuld ihr Geld bekommen haben, die Verbindlichkeiten, die sich aus Geschäften des Insolvenzverwalters ergeben (und natürlich die Verfahrenskosten und sein Honorar), müssen ebenfalls erfüllt sein. Dass § 123 Abs. 2 Satz 1 InsO den Verbindlichkeiten aus dem Sozialplan den Charakter einer „Masseverbindlichkeit“ zuspricht, grenzt an legislatorische Schönrederei: Ehrlicher Weise müsste man von einer „letztrangigen“ Masseverbindlichkeit sprechen, die überdies nach § 123 Abs. 3 Satz 2 InsO nicht zur Zwangsvollstreckung in die Masse berechtigt. Der Sache nach geht es um eine einfache Insolvenzforderung, die

nur insoweit privilegiert ist, als ein Drittel der Verteilungsmasse für sie ausgegeben werden kann.

Werden diese Schranken nicht beachtet, so ist zu differenzieren. Werden - meist unabsichtlich - die durchschnittlichen zweieinhalb Monatsgehälter überschritten, so ist der Sozialplan unwirksam.³ In der Literatur wird eine Umdeutung nach § 140 BGB in einen Sozialplan bejaht, der die Grenze des § 123 Abs. 1 InsO einhält; andernfalls muss neu verhandelt werden.⁴ Wird das Drittel der Verteilungsmasse nach § 123 Abs. 2 InsO überschritten, so sind nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 123 Abs. 2 Satz 3 InsO die einzelnen Forderungen anteilig zu kürzen.

3. Weitere faktische Schranken

Auch diese bescheidenen Rechte sind alles andere als sicher. Sie stehen von vorne herein auf dem Papier, wenn es gar nicht zu einem Insolvenzverfahren kommt, weil ein solches „mangels Masse“ nicht stattfinden kann. Dieser Fall tritt zwar heute sehr viel seltener ein als vor zwanzig Jahren,⁵ aber er ist dennoch nicht zu vernachlässigen.

Kommt es zu einem Insolvenzverfahren, so müssen die Betroffenen mit zwei weiteren Nachteilen rechnen.

Die „Verteilungsmasse“ steht keineswegs immer nach wenigen Monaten fest. Denkbar ist, dass es lange Prozesse um die Frage gibt, ob bestimmte wertvolle Gegenstände zur Masse gehören, ob dingliche Belastungen wirksam vereinbart sind oder ob dem insolvent gewordenen Unternehmen noch Ansprüche z. B. gegen eine Konzernmutter zustehen. Erst wenn hier rechtskräftige Entscheidungen vorliegen, lässt sich die Verteilungsmasse bestimmen. Dies kann Jahre dauern. Der sowieso schon sehr bescheidene Sozialplan verliert seine Funktion: Nach der Rechtsprechung will er nämlich keinen Ausgleich für

³ Fitting, BetrVG, 31. Aufl. 2022, §§ 112, 112a Rn.304; DKW-Däubler, BetrVG, 18. Aufl. 2022, Anhang zu §§ 111 - 113 § 123 InsO Rn.15, jeweils m. w. N.

⁴ Däubler/Wroblewski-Däubler, Das Insolvenzhandbuch für die Praxis, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2021, Teil 8 Rn.67

⁵ Im Jahre 1999 wurden 21.542 (von 34.038) Insolvenzanträge mangels Masse abgewiesen, während dies 2021 nur 7.226 (von 120.239) waren - Angaben nach https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Gewerbemeldungen-Insolvenzen/Publikationen/Downloads-Insolvenzen/insolvenzen-2020410221064.pdf?__blob=publicationFile (13.12.2022)

die im Betrieb verbrachten Jahre gewähren; vielmehr hat er „Überbrückungsfunktion“,⁶ er soll dafür sorgen, dass der Übergang in eine andere Lebenssituation leichter zu bewältigen ist. Erfolgt die Auszahlung nach fünf, sechs oder sieben Jahren, kann von „Überbrückung“ keine Rede mehr sein. Es geht dann allenfalls um eine kleine Anerkennung für erbrachte Dienste – der Sozialplan verliert seine Funktion. Daran ändert auch § 123 Abs. 3 Satz 1 InsO nichts Wesentliches, wonach der Insolvenzverwalter Abschlagszahlungen leisten „soll“, wenn hinreichende Barmittel zur Verfügung stehen. Diese Barmittel dürfen ersichtlich nicht für die Befriedigung von Massegläubigern benötigt werden; auch wird es nur um relativ kleine Beträge gehen, solange um die Zugehörigkeit wichtiger wirtschaftlicher Werte zur Masse noch gerichtliche Verfahren anhängig sind.

Ergibt sich im Laufe des Verfahrens, dass die Insolvenzmasse nicht ausreicht, um neben den Verfahrenskosten auch die fälligen sonstigen Masseverbindlichkeiten zu befriedigen, muss der Insolvenzverwalter nach § 208 Abs. 1 Satz 1 InsO dem Insolvenzgericht eine sog. Masseunzulänglichkeit anzeigen. Er darf dann zwar das Verfahren mit gewissen Einschränkungen fortführen, doch können die bisher begründeten Masseverbindlichkeiten nur noch zum Teil befriedigt werden. Ein bereits abgeschlossener Sozialplan wird wertlos, weil es ja keine „Verteilungsmasse“ mehr gibt, werden doch schon die bevorrechtigten Massegläubiger nicht mehr voll befriedigt. Genauso verhält es sich, wenn der Insolvenzverwalter nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit einen Sozialplan vereinbart: Auch dieser steht mangels Verteilungsmasse auf dem Papier.⁷ Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn sich die Einschätzung des Insolvenzverwalters später als zu pessimistisch herausstellt, weil beispielsweise die Gerichte überraschend eine bestellte hohe Grundschuld für unwirksam oder anfechtbar ansehen oder weil das lukrative Patentrecht eben doch der Masse zusteht. Fälle dieser Art fallen zahlenmäßig aber nicht ins Gewicht; treten sie auf, ähneln sie eher einem Lottogewinn.

4. Bewertung

Der Sozialplan verdient in der Insolvenz seinen Namen nicht. Soweit Betroffene überhaupt etwas erhalten, handelt es sich – verglichen mit dem Normalzustand außerhalb

⁶ So seit BAG 26.6.1990 – 1 AZR 263/88 – NZA 1991, 111; aus neuerer Zeit BAG 9.12.2014 – 1 AZR 102/13 – NZA 2015, 366 Rn.23

⁷ Zu beiden Fällen BAG 21.1.2010 – 6 AZR 785/08 – NZA 2010, 413 ff.; BAG 18.7.2017 – 1 AZR 546/15 – NZA 2017, 1618

der Insolvenz – um recht kleine Beträge, die zudem oft erst sehr spät ausbezahlt werden können. Die Betroffenen sind faktisch auf das Arbeitslosengeld verwiesen. Der Übergang in eine Transfergesellschaft kann die Situation etwas abfedern, doch ist meist nicht damit zu rechnen, dass eine Aufstockung des dort bezogenen Transferkurzarbeitergeldes durch Leistungen aus der Masse erfolgt.

III. Reformvorschläge

1. Verbessertes Volumen und verbesserter Rang?

Man könnte daran denken, das Sozialplanvolumen auszudehnen und die zugleich bessere Durchsetzungsmöglichkeiten zu schaffen. Arbeitnehmer verlieren typischerweise nicht nur Ansprüche (was durch das Insolvenzgeld partiell ausgeglichen wird), sondern ihre betriebliche Existenz. Dies gilt sogar dann, wenn sie mit Rücksicht auf ihr Alter und ihre Dauer der Betriebszugehörigkeit von einem normalen Personalabbau verschont geblieben wären; auch eine arbeitsvertragliche oder tarifliche Unkündbarkeit steht nach § 113 InsO einer Kündigung nicht entgegen.⁸ Von daher ließe sich eine stärkere Berücksichtigung im Verhältnis zu anderen Insolvenzgläubigern durchaus rechtfertigen. Dabei mag man in Erinnerung rufen, dass es nach früherem Recht Stimmen gab, die keine Bedenken dagegen hatten, die ganze Verteilungsmasse für den Sozialplan auszugeben und die übrigen Insolvenzgläubiger leer ausgehen zu lassen.⁹ Weiter könnte man daran denken, mit der Qualifizierung als Masseverbindlichkeit ernst zu machen und allen Berechtigten aus dem Sozialplan in gleicher Weise wie anderen Massegläubigern Zugriff auf die Masse notfalls auch im Wege der Zwangsvollstreckung zu ermöglichen.

Mit der Realisierung solcher Vorstellungen wären jedoch gewichtige Nachteile verbunden. Auch unter den sonstigen Insolvenzgläubigern befinden sich Personen, die der völlige Verlust ihrer Forderungen existenziell treffen kann. Man denke nur an Handwerker und andere Zulieferer, die anders als Banken nicht die Verhandlungsmacht haben, um eine dingliche Sicherung zu erreichen. Sie völlig zurückzusetzen, leuchtet nicht ein. Würde man die Sozialplanansprüche zu wirklichen (und nicht nur scheinbaren) Ansprüchen gegen die Masse machen, so würde man das Risiko eingehen, dass es häufig

⁸ Däubler/Wroblewski-Däubler, Insolvenzhandbuch, Teil 3 Rn.568 ff.

⁹ Richardi, Sozialplan und Konkurs, Düsseldorf 1975, S. 87

zu „Masseunzulänglichkeiten“ käme. Für den Insolvenzverwalter hätte dies die negative Folge, dass er als „riskanter Geschäftspartner“ angesehen würde, mit dem man am besten nur noch Bargeschäfte tätigt. Alle Beteiligten würden darunter leiden, dass die Tätigkeit des Insolvenzverwalters auf zusätzliche Hindernisse stoßen und so auch eine vorübergehende Fortführung deutlich erschwert würde. Die Arbeitnehmer um den Preis zu stärken, dass andere noch weiter zurückstecken oder alle Nachteile hinnehmen müssten, kann keine sinnvolle Perspektive sein.

2. Ausgleich eines Sonderopfers?

Das Problem der Umverteilung eines Mangels taucht nicht auf, wenn man eine gesamtwirtschaftliche Perspektive einnimmt.

a) Insolvenz als notwendiger Bestandteil des Wettbewerbsprinzips

Den Kern unseres Wirtschaftssystems stellt die Marktwirtschaft dar, die selbstredend vielfältigen Einflüssen unterworfen ist. Der auf dem Markt bestehende Wettbewerb soll die einzelnen Wirtschaftssubjekte dazu veranlassen, rationeller zu produzieren und ihre Dienste mit weniger Aufwand anzubieten als andere. Die „Besten“ und „Innovativsten“ sollen sich durchsetzen; bei Hayek ist deshalb nicht zu Unrecht von einem „Entdeckungsverfahren Wettbewerb“ die Rede.¹⁰ Die negative Seite ist das Ausscheiden der weniger guten und innovativen Wettbewerber aus dem Markt. Sie müssen ihr Geschäft aufgeben, was manche in weiser Voraussicht freiwillig tun; für andere bleibt nur die Insolvenz.

Soweit das Modell. Innerhalb seiner Kategorien gedacht, ist das wirtschaftliche Aus für die schwächeren Unternehmen keine grobe Ungerechtigkeit, sofern das Insolvenzrecht dafür sorgt, dass jeder nach einiger Zeit eine „zweite Chance“ bekommt. Dass die reale Welt sich erheblich von dem Modell entfernen kann, steht auf einem anderen Blatt; man denke nur an den einfachen Fall, dass der größte Abnehmer in Insolvenz gerät und dadurch auch das (gut geführte) Geschäft des Zulieferers wirtschaftlich nicht mehr überleben kann.

¹⁰ S. den Beitrag von Schmidchen und Kirstein, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, abrufbar unter https://www.researchgate.net/publication/4742391_Wettbewerb_als_Entdeckungsverfahren (13.12.2022)

b) Ein Opfer durch Unbeteiligte?

Die Insolvenz trifft neben dem Unternehmer auch die bei ihm Beschäftigten, die eine schlechte Organisation, ungünstige Kredite und mangelnde Innovationen nicht zu vertreten haben. Die Entscheidungen, die zur Insolvenz geführt haben, wurden ohne ihr Zutun getroffen. Auch im Extremfall eines mitbestimmten Unternehmens nach dem MitbestG 1976 sind die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nicht in der Lage, die (guten oder schlechten) Beschlüsse des Vorstands bzw. der Geschäftsleitung maßgebend zu beeinflussen. Dennoch verlieren sie ihre Existenz. Sie werden (ökonomisch) bestraft für Vorgänge, auf die sie nicht einwirken konnten. Es geht um eine Art „Nebenfolge“ des Wettbewerbs, um einen „Kollateralschaden“, der allerdings ungleich mehr Menschen trifft als nur den „versagenden“ Unternehmer. Dabei geht nicht nur der Arbeitsplatz verloren. Auch eine Lebensplanung, die darauf aufbaut, dass man bei langer Betriebszugehörigkeit und fortgeschrittenem Alter und erst recht bei vertraglichem Ausschluss der ordentlichen Kündigung ziemlich sicher sein kann, ohne Kündigung das Rentenalter zu erreichen, wird über den Haufen geworfen. Selbst wenn nur ein Teil des Betriebes geschlossen wird, wird das in langen Jahren aufgebaute Vertrauen enttäuscht, da § 125 InsO auch die „Schaffung“ einer ausgewogenen Personalstruktur ermöglicht, was zu einer Kündigung gerade von Älteren führen wird.

Vom einzelnen Arbeitnehmer wird also ein gravierendes Opfer verlangt, weil nur so der Wettbewerb und damit die bestehende Wirtschaftsordnung funktionieren kann. Die Betroffenen sind gezwungen, ihre Arbeitsplätze zu opfern, um die im allgemeinen Interesse liegende Wirtschaftsstruktur aufrecht zu erhalten. Können sie dafür von der Allgemeinheit einen Ausgleich verlangen?

c) Parallelfälle

Wer sein Eigentum an einem Grundstück verliert, weil es Teil einer neuen Straße wird, erhält eine Enteignungsentschädigung. Entscheidet die Bundesregierung nach § 13 Abs. 1 PatG, dass eine patentierte Erfindung „im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt“ auch von anderen genutzt werden darf, so steht dem Patentinhaber nach § 13 Abs. 3 Satz 1 PatG ein Anspruch auf angemessene Vergütung gegen den Bund zu. Wer durch staatlich empfohlene Impfung einen Gesundheitsschaden erleidet, weil er zu den ganz seltenen

Fällen gehört, in denen sich schädliche Nebenwirkungen zeigen, erhält dafür nach dem Infektionsschutzgesetz die erforderliche Heilbehandlung sowie ggf. einen finanziellen Ausgleich bis hin zu einer Rente. Das neue SGB XIV – Soziale Entschädigung – vom 12. Dezember 2019,¹¹ das größtenteils erst am 1.1.2024 in Kraft tritt, sieht für Opfer von Gewalttaten, bei Auswirkungen der beiden Weltkriege, bei Schäden im Zusammenhang mit der Ableistung des Zivildienstes und bei Schutzimpfungen und anderen Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe angemessene Ausgleichsleistungen vor.¹² Ganz allgemein gilt der Grundsatz, dass jemand, der im öffentlichen Interesse gesundheitliche Schäden in Kauf nehmen muss, einen sog. Aufopferungsanspruch gegen den Staat nach den gewohnheitsrechtlich weitergeltenden §§ 74, 75 Einl.ALR besitzt.¹³

Ob und inwieweit es über Einzelregelungen wie § 904 und § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB hinaus einen entsprechenden zivilrechtlichen Anspruch in den Fällen gibt, in denen eine Person mit Rücksicht auf das Interesse einer anderen Person ein subjektives Recht ganz oder teilweise einbüßt, ist umstritten.¹⁴ Zu dieser Frage braucht hier nicht Stellung genommen zu werden, da die durch Insolvenz ihres Arbeitgebers betroffenen Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz und die damit verbundenen Anwartschaften nach dem Gesagten letztlich im öffentlichen Interesse aufopfern.

Gleichwohl hat bisher – soweit ersichtlich – niemand die These vertreten, ihnen müsse ein Entschädigungsanspruch gegen den Staat zustehen. Dies dürfte daran liegen, dass es nach herrschender Auffassung kein subjektives „Recht am Arbeitsplatz“ gibt,¹⁵ das einen vergleichbaren Ausschließlichkeitscharakter wie das Eigentum oder wie bestimmte Persönlichkeitsgüter hat. Dies ist aber kein überzeugender Grund, den Betroffenen einen Ausgleichsanspruch zu versagen, da es letztlich auf die Aufopferung eines für den Betroffenen bedeutsamen Vermögenswerts, nicht darauf ankommen kann, ob dieser in Form eines absoluten Rechts verfestigt ist oder ob es sich um ein relatives Recht wie eine Darlehensforderung oder eben die durch einen Arbeitsvertrag vermittelte Rechtsstellung handelt. Zumindest rechtspolitisch sollte eine solche Lösung möglich werden.

¹¹ BGBl I S. 2652

¹² Eingehend zu der Neuregelung Knickrehm/Mushoff/Schmidt, Das neue Soziale Entschädigungsrecht – SGB XIV. Einführung mit Synopse, Baden-Baden 2021

¹³ S. H.-J. Bauer, Nachbarrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Opferausgleich, in: Hadding/Herrmann/Krämer (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Schlick, Köln 2015, S. 101, 106

¹⁴ Dazu insbesondere Konzen, Aufopferung im Zivilrecht, Berlin 1969 (Für Analogie zu Einzelvorschriften); Maultzsch, Zivilrechtliche Aufopferungsansprüche und faktische Duldungszwänge, Berlin 2006

¹⁵ Grüneberg-Sprau, BGB, 81. Aufl. 2022, § 823 Rn.20 m. w. N.

d) Umsetzungsprobleme

Die Höhe der Ausgleichsleistung muss sich nach dem „Wert des Arbeitsplatzes“ bestimmen. Es liegt nahe, dabei auf die Grundsätze zurückzugreifen, die das BAG für Fälle entwickelt hat, in denen für den Verlust des Arbeitsplatzes Schadensersatz zu leisten ist. Im Rahmen des § 628 Abs. 2 BGB hat es dabei auf die §§ 9, 10 KSchG zurückgegriffen.¹⁶ Das bedeutet, dass ein Betrag von bis zu zwölf Monatsverdiensten verlangt werden kann, der sich bei Älteren mit langer Betriebszugehörigkeit bis auf 18 Monatsverdienste erhöht.

Die rechtstechnische Ausgestaltung könnte in unterschiedlicher Weise erfolgen. Möglich wäre zum einen, dasselbe Verfahren wie beim Insolvenzgeld zu praktizieren, was vermutlich die geringsten administrativen Schwierigkeiten bereiten würde. Zum zweiten käme eine „Versicherungslösung“ in Betracht, wie sie das BetrAVG in Form des Pensionssicherungsvereins vorsieht. Da er gerade auch im Insolvenzfall nach § 7 BetrAVG zur aktuellen und künftigen Zahlung von Betriebsrenten verpflichtet ist, könnte man daran denken, ihn auch mit der Aufgabe zu betrauen, die Abfindungsleistungen nach §§ 9, 10 KSchG zu erbringen. Die Finanzierung müsste durch eine Umlage bei allen Arbeitgebern erfolgen.

Es wäre erfreulich, wenn diese Überlegungen Anlass zu weiterführenden Diskussionen geben würden.

¹⁶ BAG 26.7.2001 – 8 AZR 739/00 – NZA 2002, 325, 330; BAG 8.8.2002 – 8 AZR 574/01 – NZA 2002, 1323; zustimmend BGH 24.5.2007 – III ZR 176/06, NJW 2007, 2043 für das Handelsvertreterverhältnis