

Bundesarbeitsgericht  
Erster Senat

Urteil vom 7. November 2017  
- 1 AZR 710/16 -  
ECLI:DE:BAG:2017:071117.U.1AZR710.16.0

I. Arbeitsgericht Magdeburg

Schlussurteil vom 8. Januar 2014  
- 3 Ca 1432/12 -

II. Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt

Urteil vom 29. Juli 2016  
- 2 Sa 53/14 -

---

Entscheidungsstichworte:

Betriebsänderung - Nachteilsausgleich bei unterlassenem Interessenausgleichsversuch - Altmasseverbindlichkeit

Hinweis des Senats:

Parallelentscheidung zu führender Sache - 1 AZR 186/16 -

# BUNDESARBEITSGERICHT



1 AZR 710/16

2 Sa 53/14

Landesarbeitsgericht

Sachsen-Anhalt

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am

7. November 2017

## URTEIL

Metze, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger, Berufungsbeklagter, Revisionskläger und  
Revisionsbeklagter,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter, Berufungskläger, Revisionsbeklagter  
und Revisionskläger,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. November 2017 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, die Richterin am Bundesarbeitsgericht K. Schmidt, den Rich-

ter am Bundesarbeitsgericht Dr. Treber sowie die ehrenamtliche Richterin Schwitzer und den ehrenamtlichen Richter Dr. Hann für Recht erkannt:

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 29. Juli 2016 - 2 Sa 53/14 - wird zurückgewiesen.
2. Auf die Revision des Klägers wird unter deren Zurückweisung im Übrigen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 29. Juli 2016 - 2 Sa 53/14 - im Kostenauspruch und insoweit aufgehoben, als es auf die Berufung des Beklagten das Schlussurteil des Arbeitsgerichts Magdeburg vom 8. Januar 2014 - 3 Ca 1432/12 - abgeändert hat. Die Berufung des Beklagten gegen das genannte Urteil des Arbeitsgerichts wird auch insoweit zurückgewiesen.
3. Die Kosten der Revision und der Berufung haben der Kläger zu 20 % und der Beklagte zu 80 % zu tragen. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens haben der Kläger zu 80 % und der Beklagte zu 20 % zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über einen Nachteilsausgleich und dessen insolvenzrechtliche Einordnung. 1

Der am 20. April 1967 geborene Kläger war seit dem 29. April 1993 zu einem Bruttomonatsentgelt iHv. ca. 1.980,00 Euro bei der S GmbH beschäftigt. Diese unterhielt Spielbetriebe in M, H und W und beschäftigte insgesamt ca. 82 Mitarbeiter. An den drei Standorten waren Betriebsräte gewählt; ein Gesamtbetriebsrat war gebildet. Am 6. Februar 2012 wurde über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser zeigte dem Insolvenzgericht am 17. August 2012 Masseunzulänglichkeit an. 2

Der Insolvenz vorangegangen war die Einstellung der betrieblichen Tätigkeit in M ab dem 13. Mai 2011 sowie in H und W ab dem 18. Mai 2011, nachdem die Insolvenzschuldnerin nicht mehr über die für den Betrieb einer öffentlichen Spielbank landesgesetzlich vorgeschriebene Spielbankreserve verfügte. Seitdem waren alle Arbeitnehmer von ihrer Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt. 3

Nach Bestellung eines neuen Geschäftsführers der Insolvenzschuldnerin verhandelte dieser, letztlich erfolglos, mit der ministeriellen Spielbankaufsicht über die Wiederaufnahme des Spielbetriebs. Am 15. Juli 2011 beantragte er die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Am 6. Oktober 2011 übersandte der Beklagte in seiner Eigenschaft als seinerzeit noch vorläufiger Insolvenzverwalter dem Gesamtbetriebsrat den Entwurf eines Interessenausgleichs. 4

Mit Bescheid vom 20. Januar 2012 widerrief das Ministerium für Inneres und Sport des Landes Sachsen-Anhalt gegenüber der Geschäftsführung der Insolvenzschuldnerin die Zulassung zum Betrieb einer öffentlichen Spielbank mit Wirkung „zum 24.02.2012, 24.00 Uhr“. Die hiergegen im Februar 2012 vom Beklagten und von der Insolvenzschuldnerin beim Verwaltungsgericht erhobenen Klagen wurden rechtskräftig abgewiesen (*VG Magdeburg 10. Mai 2012 - 3 A 53/12 - und - 3 A 57/12 -*). 5

Mit Schreiben vom 4. April 2012 teilte der Gesamtbetriebsrat dem Beklagten mit, er bestätige „seine Entscheidung ...“, die Verhandlungen zu einem Interessenausgleich für ... gescheitert zu erklären“ und beschließe, „die Einigungsstelle anzurufen“ sowie „höchstvorsorglich“, für den Fall der Ablehnung der Einigungsstelle deren Einsetzung vor dem zuständigen Arbeitsgericht zu beantragen. 6

Nach Anhörung der jeweiligen örtlichen Betriebsräte kündigte der Beklagte am 23. April 2012 die Arbeitsverhältnisse mit allen verbliebenen Mitarbeitern zum 31. Juli 2012. In diesem Zeitpunkt verfügte er weder über für den Spielbetrieb notwendige Räumlichkeiten noch über entsprechende Betriebsmittel wie Spieltische, Automaten oder Jetons. 7

Mit seiner Klage hat der Kläger - soweit für die Revision noch von Interesse - die Feststellung eines Nachteilsausgleichsanspruchs als Masseverbindlichkeit geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, der Beklagte habe mit dem Ausspruch der Kündigungen der Arbeitsverhältnisse die Betriebsstilllegung umgesetzt, bevor er einen hinreichenden Interessenausgleichsversuch mit dem Gesamtbetriebsrat unternommen habe. Dies begründe einen Anspruch auf Nachteilsausgleich als Abfindung in Höhe von mindestens (knapp) 12 Bruttomonatsverdiensten. 8

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - beantragt 9

festzustellen, dass der Beklagte ihm einen Anspruch auf Nachteilsausgleich iSv. § 113 BetrVG als Masseverbindlichkeit schuldet, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch 23.200,00 Euro nicht unterschreitet.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat die Auffassung vertreten, die Voraussetzungen für einen Nachteilsausgleich lägen nicht vor; jedenfalls handele es sich nicht um eine Masseverbindlichkeit. Spätestens mit dem Entzug der Spielbankenzulassung habe die Betriebsstilllegung begonnen, so dass allenfalls ein Abfindungsanspruch als einfache Insolvenzforderung begründet sei. Zudem stehe dem Anspruch missbräuchliches Verhalten des Gesamtbetriebsrats und dessen Verfahrensbevollmächtigten entgegen. Sollte ein Nachteilsausgleich geschuldet sein, wäre dieser aus betriebsverfassungs- und insolvenzrechtlichen Gründen der Höhe nach zu begrenzen. 10

Das Arbeitsgericht hat der Feststellungsklage iHv. 18.810,00 Euro stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen und auf die Berufung des Beklagten - unter deren Zurückweisung im Übrigen - auf einen Nachteilsausgleich iHv. 8.910,00 Euro erkannt. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger die Zuerkennung von mindestens 23.200,00 Euro als Nachteilsausgleich weiter, während der Beklagte mit seiner Revision weiter die Klageabweisung erstrebt. 11

## Entscheidungsgründe

Die Revision des Beklagten ist unbegründet, während die Revision des Klägers teilweise begründet ist. Die Vorinstanzen haben zu Recht erkannt, dass der Kläger einen als Altmasseverbindlichkeit zu berichtigenden Anspruch auf Nachteilsausgleich hat. Dessen Höhe hat das Landesarbeitsgericht nicht frei von sich zu Ungunsten des Klägers auswirkenden Rechtsfehlern festgesetzt. Allerdings ist die von der klägerischen Revision erstrebte Mindesthöhe der Abfindung nicht gerechtfertigt. 12

I. Die Revision des Beklagten hat keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht die zulässige Klage dem Grunde nach für begründet erachtet. Auch die Höhe des zuerkannten Klageanspruchs weist keine reversiblen Rechtsfehler zu Ungunsten des Beklagten auf. 13

1. Die Feststellungsklage ist zulässig, insbesondere ist das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse gegeben. Durch die Entscheidung über den Feststellungsantrag wird der Streit über das Bestehen und die insolvenzrechtliche Einordnung des geltend gemachten Anspruchs beseitigt. Aufgrund der Anzeige der Masseunzulänglichkeit wäre eine Leistungsklage wegen des Vollstreckungsverbots nach § 210 InsO auch dann unzulässig, wenn es sich bei dem erstrebten Nachteilsausgleich - entsprechend der Auffassung des Klägers - um eine Altmasseverbindlichkeit iSd. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO handelt. Dem Kläger bleibt prozessual nur die Erhebung einer Feststellungsklage (vgl. BAG 27. Juli 2017 - 6 AZR 801/16 - Rn. 18 mwN). 14

2. Der Kläger hat dem Grunde nach einen Anspruch auf Abfindung als Nachteilsausgleich gemäß § 113 Abs. 3 iVm. Abs. 1 BetrVG, der als Altmasseverbindlichkeit iSd. § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO nach § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu berichtigen ist. 15

a) Gemäß § 113 Abs. 3 iVm. Abs. 1 BetrVG kann ein Arbeitnehmer vom Unternehmer die Zahlung einer Abfindung verlangen, wenn der Unternehmer 16

eine geplante Betriebsänderung nach § 111 BetrVG durchführt, ohne über sie einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht zu haben, und infolge der Maßnahme Arbeitnehmer entlassen werden oder andere wirtschaftliche Nachteile erleiden (*vgl. zuletzt BAG 18. Juli 2017 - 1 AZR 546/15 - Rn. 28*). Die Vorschrift gilt - wie überhaupt die Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes über Interessenausgleich, Sozialplan und Nachteilsausgleich bei Betriebsänderungen - auch im Insolvenzverfahren und sanktioniert das objektiv betriebsverfassungswidrige Verhalten eines Verwalters, wenn dieser eine nach § 111 BetrVG geplante Betriebsänderung durchführt, ohne über sie einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht zu haben (*grdl. BAG 22. Juli 2003 - 1 AZR 541/02 - zu B I der Gründe, BAGE 107, 91; vgl. auch 27. April 2006 - 6 AZR 364/05 - Rn. 18 mwN, BAGE 118, 115; 18. November 2003 - 1 AZR 30/03 - zu B I der Gründe mwN, BAGE 108, 294*).

b) Der Anspruch auf Nachteilsausgleich ist als Insolvenzforderung zu be-  
richtigen, wenn unabhängig vom Verhalten des Insolvenzverwalters die Be-  
triebsstilllegung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begonnen wurde und  
der Versuch eines vorherigen Interessenausgleichs unterblieben ist (*BAG*  
*4. Dezember 2002 - 10 AZR 16/02 - BAGE 104, 94*). Er ist eine Masseverbind-  
lichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO, wenn eine geplante Betriebsände-  
rung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durchgeführt wird (*vgl. BAG*  
*22. Juli 2003 - 1 AZR 541/02 - zu A II der Gründe mwN, BAGE 107, 91; aus*  
*dem insolvenzrechtlichen Schrifttum zB Graf-Schlicker/Bremen InsO 4. Aufl.*  
*§ 55 Rn. 47*). Daran hält der Senat fest. Entgegen der Ansicht der Revision liegt  
hierin keine - aus ihrer Sicht unzulässige - Rechtsfortbildung. Aus welchen  
Handlungen des Verwalters Verbindlichkeiten folgen, ist nicht in § 55 InsO ge-  
regelt, sondern ergibt sich aus anderen Vorschriften (*vgl. HK-InsO/Lohmann*  
*8. Aufl. § 55 Rn. 2*). Gemäß § 113 BetrVG begründet das betriebsverfassungs-  
widrige Verhalten des Insolvenzverwalters einen Anspruch auf Nachteilsaus-  
gleich, wenn der Verwalter nach Verfahrenseröffnung von einem Interessen-  
ausgleich über die geplante Betriebsänderung ohne zwingenden Grund ab-  
weicht (§ 113 Abs. 1 BetrVG) oder eine nach § 111 BetrVG geplante Betriebs-  
änderung durchführt, ohne über sie einen Interessenausgleich mit dem Be-

17

triebsrat versucht zu haben (§ 113 Abs. 3 BetrVG). In diesen Fällen löst auch entgegen der Ansicht der Revision kein Unterlassen, sondern die betriebsverfassungswidrige Handlung des Verwalters die Masseschuld aus. Ebenso spricht der Verweis der Revision auf § 122 InsO nicht gegen, sondern für einen Nachteilsausgleichsanspruch, wenn der Insolvenzverwalter eine geplante Betriebsänderung ohne den nach § 111 Satz 1 BetrVG gebotenen Versuch eines Interessenausgleichs durchführt (ausf. BAG 22. Juli 2003 - 1 AZR 541/02 - zu B I 2 b aa der Gründe, BAGE 107, 91).

c) Hiervon ausgehend besteht der gegen die Insolvenzmasse festzustellende Anspruch. Der Kläger ist aufgrund einer nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens durchgeführten Betriebsänderung entlassen worden, ohne dass der Insolvenzverwalter hinsichtlich der geplanten Betriebsänderung mit dem Betriebsrat den gebotenen Versuch eines Interessenausgleichs hinreichend unternommen hätte; § 113 Abs. 3 iVm. Abs. 1, § 111 Satz 1 iVm. Satz 3 Nr. 1 BetrVG. 18

aa) Die Insolvenzschuldnerin ist ein Unternehmen mit mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern. Ihre Spielbetriebe in M, H und W sind stillgelegt worden. Das gilt als Betriebsänderung (§ 111 Satz 3 Nr. 1 und Satz 1 BetrVG). Der Kläger ist infolge der Stilllegung entlassen worden. 19

bb) Der Beklagte hat die geplante Betriebsstilllegung nach Insolvenzeröffnung durchgeführt. 20

(1) Durchgeführt wird eine geplante Betriebsänderung ab dem Zeitpunkt, in welchem der Unternehmer mit ihr beginnt und damit vollendete Tatsachen schafft. Eine Betriebsänderung in Form der Stilllegung besteht in der Aufgabe des Betriebszwecks unter gleichzeitiger Auflösung der Betriebsorganisation für unbestimmte, nicht nur vorübergehende Zeit. Ihre Umsetzung erfolgt, sobald der Unternehmer unumkehrbare Maßnahmen zur Auflösung der betrieblichen Organisation ergreift. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn er die bestehenden Arbeitsverhältnisse zum Zwecke der Betriebsstilllegung kündigt (BAG 14. April 2015 - 1 AZR 794/13 - Rn. 22 mwN). 21

(2) Vorliegend wurde die betriebliche Organisation der Insolvenzschuldnerin erst mit dem Ausspruch der Kündigungen der Arbeitsverhältnisse durch den Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens unwiederbringlich aufgelöst. Hierin liegt seine die Nachteilsausgleichsverpflichtung auslösende Handlung, weil in diesem Zeitpunkt ein hinreichender Interessenausgleichsversuch nicht unternommen war. Vor Ausspruch der Kündigungen waren keine unumkehrbaren Maßnahmen getroffen, welche dem Insolvenzverwalter nicht zuzurechnen wären oder allenfalls Nachteilsausgleichsansprüche als einfache Insolvenzforderungen begründen würden.

22

(a) In dem Umstand, dass die betriebliche Tätigkeit an allen drei Standorten - zunächst im Hinblick auf den Wegfall der landesgesetzlich vorgeschriebenen Spielbankreserve und später aufgrund des Widerrufs der Zulassung zum Spielbankenbetrieb durch das aufsichtsführende Ministerium - noch vor Insolvenzantrag, jedenfalls aber vor der Insolvenzeröffnung tatsächlich eingestellt war, liegt keine Betriebsstilllegung nach § 111 Satz 1 iVm. Satz 3 Nr. 1 BetrVG und demzufolge auch nicht der Beginn ihrer Durchführung. Das gilt ebenso für die nicht auf Handlungen der Insolvenzschuldnerin oder des Beklagten zurückzuführende Sachlage, dass die für die Spielbetriebe notwendigen Betriebsmittel und die dafür genutzten Räumlichkeiten nicht mehr zur Verfügung standen. Zwar verweist die Revision zutreffend darauf, dass die Weiterführung oder Wiederaufnahme des Spielbankbetriebs von den im Spielbankgesetz des Landes Sachsen-Anhalt näher geregelten Zulassungsvoraussetzungen abhing und dem Beklagten gegen den erfolgten Widerruf der Spielbankerlaubnis mangels deren Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse keine Prozessführungsbefugnis zustand (*dazu VG Magdeburg 10. Mai 2012 - 3 A 53/12 - Rn. 27 ff.*). Desgleichen liegt auf der Hand, dass der Betriebszweck der Insolvenzschuldnerin ohne Automaten, Spieltische und Jetons sowie ohne entsprechende Räumlichkeiten nicht verfolgt werden konnte. Die Revision vernachlässigt aber, dass die Nachteilsausgleichspflicht des § 113 Abs. 3 BetrVG an eine vom Unternehmer durchgeführte geplante Betriebsänderung iSd. § 111 BetrVG anknüpft. Eine die betriebliche Tätigkeit untersagende ordnungsbehördliche Maßnahme oder der Wegfall einer rechtlichen Betriebszulassungsvoraussetzung lösen für sich gesehen die Unter-

23

richtungs- und Beratungspflicht nach § 111 Satz 1 BetrVG ebenso wenig aus wie tatsächliche, eine Einstellung der betrieblichen Tätigkeit bedingende äußere Zwänge (Brand, Bodenkontaminierung oder ähnliche Vorkommnisse). Solche Umstände rechtlicher oder tatsächlicher Art sind allenfalls der Anlass für eine Betriebsänderung, nicht die Betriebsänderung „an sich“ oder der Beginn ihrer Durchführung.

(b) Mit den Freistellungen aller Arbeitnehmer seit Mitte Mai 2011 hatte die Betriebsstilllegung gleichfalls nicht begonnen. Die Freistellung von der Arbeit ist bei Fehlen anderer vertraglicher Vereinbarungen - für die es vorliegend an Anhaltspunkten fehlt - jederzeit widerruflich und damit umkehrbar. Sie lässt den Bestand des Arbeitsverhältnisses unberührt und ist nicht gleichzusetzen mit dem Ausspruch von Kündigungen (*vgl. BAG 18. Juli 2017 - 1 AZR 546/15 - Rn. 42 mwN*). Mit den Freistellungen waren lediglich die Konsequenzen aus der Einstellung der betrieblichen Tätigkeit aufgrund des Wegfalls der für den Spielbankbetrieb erforderlichen Zulassungsvoraussetzung gezogen. Sie lösten die betriebliche Organisation nicht irreversibel auf. 24

(c) Eine Stilllegungshandlung liegt aber in den am 23. April 2012 ausgesprochenen Kündigungen der Arbeitsverhältnisse. Der Beklagte kann sich insoweit nicht darauf zurückziehen, er habe keine Betriebsänderung umgesetzt, weil der Spielbetrieb im Hinblick auf die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse bereits eingestellt war. Eine interessenausgleichspflichtige Betriebsstilllegung nach § 111 Satz 1 iVm. Satz 3 Nr. 1 BetrVG ist die durch die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse hervorgerufene Einstellung der betrieblichen Tätigkeit gerade nicht. Der Betrieb der Insolvenzschuldnerin bestand noch im Sinn des Vorhaltens der Belegschaft. Das Vorhaben, diese betriebliche Organisation aufzulösen, ist die geplante Betriebsstilllegung iSd. § 111 Satz 1, Satz 2 und Satz 3 Nr. 1 BetrVG. Eben dieses betriebliche Belegschaftsgefüge hat der Insolvenzverwalter mit dem Ausspruch der Kündigungen unwiederbringlich zerschlagen. Sein Einwand, es handele sich um keine „geplante“ Betriebsänderung, bezieht sich auf die - für die Verpflichtung zu einem Interessenausgleichsversuch nicht maßgebliche - Einstellung der betrieblichen Tätigkeit aufgrund 25

rechtlicher und faktischer Umstände. Die interessenausgleichspflichtige Beendigung des Vorhaltens der Belegschaft unterlag dagegen seiner Disposition, wobei der Annahme einer Planung ohnehin nicht entgegensteht, dass sie nicht verlautbart ist.

(d) Das verkennt nicht die von der Revision betonte Besonderheit, dass der Betrieb der Insolvenzschildnerin der Glücksspielrechtlichen Zulassung bedurfte. Unternehmer konzessionierter Betriebe - bei Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern - sind jedoch von den Pflichten der §§ 111 ff. BetrVG, deren Nichteinhaltung § 113 Abs. 3 BetrVG sanktioniert, nicht ausgenommen. Eine solche, mit Sinn und Zweck von §§ 111 ff. BetrVG nicht zu vereinbarende Normreduktion verbietet sich. Die Unterrichts- und Beratungspflicht des § 111 Satz 1 BetrVG dient dem Ausgleich der Interessen des Unternehmens mit denen der von einer Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer. Es geht nicht nur um den Versuch der Verständigung mit dem Betriebsrat über das „Ob“ der Betriebsänderung, sondern auch um deren „Wie“ (vgl. BAG 18. November 2003 - 1 AZR 30/03 - zu B II 2 c der Gründe, BAGE 108, 294). Selbst bei einer öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen geschuldeten Unmöglichkeit der Fortführung der betrieblichen Tätigkeit sind mit dem Betriebsrat zu beratende Handlungsalternativen - wie etwa eine Änderung des Betriebszwecks oder die Frage, zu welchem Zeitpunkt die Arbeitsverhältnisse beendet werden - regelmäßig nicht von vornherein ausgeschlossen. 26

(e) Nichts anderes gilt in der Insolvenz, zumal die Verpflichtung zum Versuch eines Interessenausgleichs nicht zu einer unmittelbaren wirtschaftlichen Belastung führt (vgl. BAG 18. November 2003 - 1 AZR 30/03 - zu B II 2 c der Gründe, BAGE 108, 294). Insoweit bestehen selbst bei der Abwicklung eines notleidenden oder aufgrund rechtlicher Vorgaben nicht fortzuführenden Unternehmens in der Umsetzung der Betriebsstilllegung prinzipiell konzeptionelle Gestaltungsspielräume des Verwalters, an deren Ausfüllung der Betriebsrat zu beteiligen ist. Dass dies vorliegend der Beklagte auch nicht anders gesehen hat, zeigt im Übrigen der Umstand, dass er dem Gesamtbetriebsrat einen Interessenausgleichsentwurf übersandt hat. 27

cc) Im Zeitpunkt der Durchführung der Betriebsstilllegung hatte der Beklagte einen Interessenausgleich nicht hinreichend versucht. 28

(1) Es kann offenbleiben, ob sich der Beklagte hinsichtlich der Verhandlungen über einen Interessenausgleich zutreffend an den Gesamtbetriebsrat als dem hierfür zuständigen Gremium gewandt hat. Jedenfalls fehlt es an einem ausreichenden Versuch eines Interessenausgleichs, weil er nicht die Einigungsstelle angerufen hat. Dazu wäre er zur Vermeidung eines Anspruchs auf Nachteilsausgleich verpflichtet gewesen. 29

(a) Vor Durchführung einer Betriebsänderung muss der Unternehmer im Zusammenhang mit einem Interessenausgleichsversuch grundsätzlich die Einigungsstelle anrufen. Das folgt aus dem Schutzzweck des § 113 Abs. 3 BetrVG (*ausf. BAG 18. Dezember 1984 - 1 AZR 176/82 - zu I 2 der Gründe, BAGE 47, 329*). Die Vorschrift schützt das Interesse der von einer Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer mittelbar durch die Sicherung des Verhandlungsanspruchs des Betriebsrats. Dieser umfasst nach § 112 Abs. 2 BetrVG auch die Durchführung eines Einigungsstellenverfahrens (*BAG 20. November 2001 - 1 AZR 97/01 - zu I 1 d der Gründe, BAGE 99, 377*). Ob die Anrufung der Einigungsstelle ggf. dann unterbleiben kann, wenn die Betriebsparteien einvernehmlich hiervon Abstand nehmen und der Betriebsrat eindeutig ausdrückt, seinen Informations- und Beratungsanspruch des § 111 Satz 1 BetrVG auch ohne Durchführung des Verfahrens nach § 112 Abs. 2 BetrVG als erfüllt anzusehen, muss der Senat nicht entscheiden. Eine solche Fallgestaltung liegt hier nicht vor. 30

(b) Im Insolvenzfall gilt nichts anderes. Ein Verwalter kann sich im Rahmen eines eröffneten Insolvenzverfahrens selbst dann nicht darauf berufen, der - ausreichend zu unternehmende - Versuch eines Interessenausgleichs sei entbehrlich, wenn es zu einer Betriebsstilllegung keine sinnvolle Alternative gibt (*vgl. BAG 18. November 2003 - 1 AZR 30/03 - zu III der Gründe, BAGE 108, 294*). Nach der am 1. Januar 1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung hat er in jedem Fall den Betriebsrat an seiner Entscheidung über die Betriebsänderung zu beteiligen (*ausf. BAG 22. Juli 2003 - 1 AZR 541/02 - zu B I 2 der Grün-* 31

de, *BAGE 107, 91*) und mit ihm einen hinreichenden Interessenausgleich unter Einschluss des nach § 112 Abs. 2 BetrVG vorgesehenen Verfahrens zu versuchen. Von Letzterem ist der Verwalter nur im Fall einer gerichtlichen Zustimmung zur Durchführung der Betriebsänderung nach § 122 InsO befreit. Entgegen der Auffassung der Revision relativieren die Unzulänglichkeit der Insolvenzmasse oder eine Massearmut diese Pflicht nicht, sondern könnten allenfalls - bei Vorliegen der entsprechenden prozessualen Voraussetzungen - die Einholung der gerichtlichen Zustimmung nach § 122 InsO im Wege der einstweiligen Verfügung rechtfertigen (*dazu HWK/Annuß 7. Aufl. § 122 InsO Rn. 11; MüKoInsO/Caspers §§ 121, 122 Rn. 55; Graf-Schlicker/Pöhlmann/Kubusch InsO 4. Aufl. § 122 Rn. 26*).

(2) Der Einwand des Beklagten, das Vorgehen des Gesamtbetriebsrats und dessen Verfahrensbevollmächtigten schließe eine Nachteilsausgleichsverpflichtung aus, ist unbegründet. Weder die Mitteilung des Gesamtbetriebsrats, er habe (höchstvorsorglich) beschlossen, die Einsetzung einer Einigungsstelle zu beantragen, noch das - im einzelnen streitige - Verhalten seines Verfahrensbevollmächtigten stehen der betriebsverfassungsrechtlichen Pflicht des Beklagten entgegen, den Interessenausgleich unter Einschluss des Einigungsstellenverfahrens zu versuchen. Für den (Gesamt-)Betriebsrat ist die Anrufung der Einigungsstelle eine Möglichkeit; für den Unternehmer ist sie eine Obliegenheit. Der Arbeitgeber hat insoweit eine „Initiativlast“ (*vgl. auch BAG 24. August 2006 - 8 AZR 317/05 - Rn. 66*). Außerdem wird ein Unternehmer oder Insolvenzverwalter durch eine ausdrückliche Erklärung des Betriebsrats, er wolle das Einigungsstellenverfahren einleiten, nicht davon abgehalten, die Einigungsstelle selbst anzurufen, wenn der Betriebsrat seine Ankündigung nicht umsetzt oder von vornherein nicht umsetzen will. Der Arbeitgeber hat es jederzeit in der Hand, den Interessenausgleich ausreichend zu versuchen.

32

dd) Die Kündigungen als die Betriebsstilllegung umsetzenden Handlungen erfolgten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit, was eine Berichtigung des streitbefangenen Nachteilsausgleichs als Altmasseverbindlichkeit bedingt. Das gilt auch dann, wenn der Aus-

33

spruch der Kündigungen noch vor der Insolvenzeröffnung in den Blick genommen werden sollte. Der Abfindungsanspruch des § 113 Abs. 3 iVm. Abs. 1 BetrVG knüpft an die Durchführung der geplanten Betriebsänderung (ohne hinreichenden Interessenausgleichsversuch) an. Für seine Einordnung als Masse-schuld nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO ist mithin der Zeitpunkt der Durchführung der Betriebsänderung entscheidend, nicht derjenige ihrer - die Pflicht zum Interessenausgleichsversuch auslösenden - Planung.

3. Das Landesarbeitsgericht hat die Höhe der als Nachteilsausgleich geschuldeten Abfindung ohne sich zum Nachteil des Beklagten auswirkenden Rechtsfehler festgesetzt. 34

a) Gemäß § 113 Abs. 3 und Abs. 1 Halbs. 2 BetrVG iVm. § 10 KSchG hat die Bemessung der Abfindungshöhe unter Berücksichtigung des Lebensalters und der Betriebszugehörigkeit zu erfolgen. Bei der Ermessensentscheidung sind die Arbeitsmarktchancen und das Ausmaß des betriebsverfassungswidrigen Verhaltens zu beachten (*BAG 18. Oktober 2011 - 1 AZR 335/10 - Rn. 24 mwN, BAGE 139, 342*). Der Sanktionscharakter der Abfindung führt dazu, dass der Abfindungsanspruch nicht von der finanziellen Leistungsfähigkeit oder individuellen Leistungsbereitschaft des Arbeitgebers abhängt (*BAG 20. November 2001 - 1 AZR 97/01 - zu II 1 c der Gründe, BAGE 99, 377*). Das gilt auch in der Insolvenz. 35

b) Die Bemessung der Abfindung im Rahmen des § 113 Abs. 1 BetrVG steht grundsätzlich im Beurteilungsspielraum des Tatsachenrichters (*BAG 14. September 1976 - 1 AZR 784/75 - zu 7 der Gründe*). Seine Entscheidung unterliegt der Überprüfung durch das Revisionsgericht nur daraufhin, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und nicht gegen Rechtsvorschriften oder Denkgesetze verstoßen hat (*BAG 10. Dezember 1996 - 1 AZR 290/96 - zu II der Gründe mwN*). 36

c) Hiervon ausgehend lassen die vom Landesarbeitsgericht gewürdigten Umstände einerseits der Berufschancen des Klägers und seiner Betriebszugehörigkeit sowie andererseits der geringen Schwere des betriebsverfassungs- 37

rechtlichen Verstoßes jedenfalls zu Lasten des Beklagten keine Überschreitung des Bewertungsspielraums erkennen. Der Beklagte setzt insofern lediglich seine Bewertung an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichts. Eine Begrenzung des Nachteilsausgleichs auf das vom Beklagten erstrebte Maß hat das Landesarbeitsgericht zutreffend unter Hinweis auf die höchstrichterliche Rechtsprechung abgelehnt. Der Senat hält daran fest, dass der Abfindungsanspruch des § 113 Abs. 3 BetrVG weder nach § 123 Abs. 1 InsO (analog) zu begrenzen noch eine besondere Insolvenzsituation zugunsten des nachteilsverpflichteten Verwalters zu berücksichtigen ist (*ausf. BAG 22. Juli 2003 - 1 AZR 541/02 - zu B II 2 und 3 bb der Gründe, BAGE 107, 91*).

II. Die zulässige Revision des Klägers ist teilweise begründet; zum Teil ist sie zurückzuweisen. 38

1. Die Revision ist entgegen der Ansicht des Beklagten ordnungsgemäß ausgeführt. Ihre Begründung genügt den gesetzlichen Anforderungen (§ 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 ZPO). 39

2. Auch unter Berücksichtigung des eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfungsmaßstabs beanstandet der Kläger zu Recht einen sich zu seinen Ungunsten auswirkenden Rechtsfehler bei der Festsetzung der Abfindung. Dieser liegt bereits darin, dass das Landesarbeitsgericht die Abfindung zwar unter Heranziehung der Betriebszugehörigkeit des Klägers bestimmt, diese aber auf der Grundlage der eigenen Tatsachenfeststellung fehlerhaft mit 18 statt 19 Jahren angenommen hat. Damit hat das Berufungsgericht gegen Denkgesetze verstoßen. Darüber hinaus hat es als einen nach seiner eigenen Argumentation die Regelabfindung von einem halben Bruttomonatsgehalt pro Beschäftigungsjahr mindernden Aspekt berücksichtigt, dass der Gesamtbetriebsrat das Verfahren über den Interessenausgleich offensichtlich in die Länge gezogen habe. Das verkennt die Rechtslage und lässt als wesentlichen Umstand unberücksichtigt, dass der Beklagte die Einigungsstelle anzurufen hatte und insofern maßgeblichen Einfluss auf die Dauer des Verfahrens über den Interessenausgleich nehmen konnte. 40

3. Die dadurch bedingte teilweise Aufhebung des angefochtenen Urteils führt nicht zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Der Senat kann selbst entscheiden, weil alle für die Bemessung des Nachteilsausgleichs zu beachtenden Tatsachen feststehen; § 563 Abs. 3 ZPO. Dem Kläger steht - wie bereits vom Arbeitsgericht festgestellt - ein Nachteilsausgleich iHv. 18.810,00 Euro zu. Dieser errechnet sich aus 0,5 Monatsverdiensten für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses mit der Insolvenzschuldnerin. Daher ist auf seine Revision das erstinstanzliche Urteil wiederherzustellen. Die weitergehende Revision, die auf die Festsetzung eines darüber hinaus gehenden Nachteilsausgleichs zielt, hat dagegen keinen Erfolg. 41

a) Unter Berücksichtigung des Lebensalters und der Betriebszugehörigkeit sowie der Arbeitsmarktchancen des Klägers ist von einer Abfindung iHv. einem halben Bruttomonatsentgelt pro Beschäftigungsjahr auszugehen. Das orientiert sich an der in § 1a Abs. 2 KSchG festgelegten Höhe des gesetzlichen Abfindungsanspruchs nach § 1a Abs. 1 KSchG, woran wegen der hierin ausgedrückten gesetzgeberischen Wertung als Berechnungsgrundlage auch beim Nachteilsausgleich des § 113 Abs. 1 bis 3 BetrVG angeknüpft werden kann. 42

b) Beim Ausmaß des betriebsverfassungswidrigen Verhaltens des Beklagten ist zu dessen Gunsten zu berücksichtigen, dass er den Verhandlungsanspruch nach § 111 Satz 1 BetrVG nicht gänzlich ignoriert, sondern dem Gesamtbetriebsrat einen Interessenausgleichsentwurf übersandt hat. Eine Erhöhung der Abfindung ist daher nicht veranlasst (*zu dem Gesichtspunkt einer Abfindungserhöhung bei völligem Übergehen des Verhandlungsanspruchs des Betriebsrats vgl. BAG 22. Juli 2003 - 1 AZR 541/02 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 107, 91*). Dies gilt auch für den von der Revision vorgebrachten Umstand, für den Kläger bestünden im erlernten und im zuletzt ausgeübten Beruf eher schlechte Chancen für eine Anschlussstätigkeit. Dieser Aspekt ist bereits hinreichend bei der in die Berechnung des Nachteilsausgleichs eingestellten Dauer der Betriebszugehörigkeit berücksichtigt. Die Inkongruenz von erlernter und langjährig ausgeübter beruflicher Tätigkeit führt ebenso nicht zu einem hö-

heren Nachteilsausgleich, weil hierfür die Arbeitsmarktchancen an sich - und nicht diejenigen im Ausbildungsberuf - maßgeblich sind.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97, § 92 Abs. 1 ZPO. Die Korrektur des Kostenausspruchs der Vorinstanzen war gemäß § 308 Abs. 2 ZPO auch ohne entsprechende Parteianträge möglich und geboten. 44

Schmidt

Treber

K. Schmidt

H. Schwitzer

Hann