

# BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 253/11  
13 Sa 767/10  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
20. September 2012

## URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. September 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterinnen am Bundesarbeitsge-

richt Gallner und Spelge sowie die ehrenamtlichen Richter Schäferkord und Koch für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 15. Februar 2011 - 13 Sa 767/10 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Kosten der ersten Instanz der Kläger zu 4/5 und die Beklagte zu 1/5 zu tragen hat.
2. Die Kosten der Revision hat der Kläger zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung. 1

Der 1965 geborene, ledige und kinderlose Kläger war seit dem 1. September 1991 bei der Beklagten beschäftigt, zuletzt als „Manager Business Finance“ im Geschäftsfeld „Enterprise Solution“ in F. 2

Die Beklagte gehört zur weltweit tätigen N-Gruppe mit Hauptsitz in Kanada, die Telekommunikationslösungen anbietet. In Deutschland werden Standorte ua. in F und Fr unterhalten. Im Januar 2009 leiteten weltweit verschiedene Gesellschaften dieser Unternehmensgruppe koordiniert Insolvenzverfahren ein, um so die verschiedenen, länder- und gesellschaftsübergreifend organisierten Geschäftsfelder bestmöglich verkaufen zu können. Am 14. Januar 2009 eröffnete der High Court of Justice in London (*High Court*) das Administrationsverfahren als Hauptinsolvenzverfahren im Sinne der Europäischen Insolvenzverordnung über das Vermögen der Beklagten und bestellte die Herren Bl, Ha, H und Hu zu sog. „Joint Administrators“ (*künftig: Administratoren bzw. Administrator*). Dies wurde vom Amtsgericht F am 27. Januar 2009 öffentlich bekannt gemacht und in das Handelsregister eingetragen. Ein Sekundärinsolvenzverfahren wurde nicht eröffnet. 3

Nach dem Beschluss des High Court vom 14. Januar 2009 bestimmen sich die Aufgaben und Befugnisse der Administratoren nach dem Anhang zu diesem Beschluss und dem diesem Beschluss als Anlage A beigefügten Anhang 1 zum Insolvency Act 1986. In Ziff. 9 des Beschlusses ist angeordnet, dass die Administratoren einzeln oder gemeinsam tätig werden können. Nach Ziff. 4 Abs. 6 des Anhangs zu diesem Beschluss fungieren die Administratoren als Vertreter der Gesellschaft. Nach Anhang 1 zum Insolvency Act 1986 haben sie ua. die Befugnis, Gerichtsverfahren für und im Namen der Gesellschaft abzuwehren, einen Vertreter zu bestellen sowie Arbeitnehmer zu entlassen. Außerdem dürfen sie eine Einigung oder einen Vergleich im Namen der Gesellschaft abschließen.

4

Zur Vorbereitung des Verkaufs ua. des Geschäftsfelds „Enterprise Solutions“ wurden in der Unternehmensgruppe tief greifende Restrukturierungsmaßnahmen beschlossen, darunter der Abbau von 196 Arbeitsplätzen bei der Beklagten. Zur Umsetzung dieses Personalabbaus schlossen die Beklagte, die dabei von einem der Administratoren vertreten wurde, der bei ihr gebildete Gesamtbetriebsrat und die örtlichen Betriebsräte einen Interessenausgleich vom 17. Juli 2009. Zu diesem Zeitpunkt beschäftigte die Beklagte insgesamt 418 wahlberechtigte Arbeitnehmer. Der Interessenausgleich sah in § 3 als „Erste Betriebsänderung“ vor, dass den 196 in der Namensliste aufgeführten Arbeitnehmern ein Wechsel in eine Transfergesellschaft angeboten werden sollte. Dieser Liste, in der auch der Kläger benannt ist, lag eine nach einem Punkteschema durchgeführte soziale Auswahl zugrunde. Nachdem sich nur 176 Mitarbeiter zum Wechsel in die Transfergesellschaft bereit erklärt hatten, sollten Kündigungen ausgesprochen werden. Mit Schreiben vom 20. August 2009 hörte die Beklagte den Betriebsrat zur beabsichtigten Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers, der einen Wechsel in die Transfergesellschaft abgelehnt hatte, zum 30. November 2009 an. Sie teilte neben den Sozialdaten des Klägers dem Betriebsrat mit, dass für den Bereich „Enterprise“ ein verbindliches, an verschiedene Bedingungen geknüpftes Kaufangebot vorliege. Unter Ziff. 1 des Anhörungsschreibens führte sie an, zur Verhinderung einer Liquidation noch vor Durchführung des Verkaufs sei der Interessenausgleich vom

5

17. Juli 2009 geschlossen worden. Der erforderliche Personalabbau habe durch das Angebot zum Wechsel in die Transfergesellschaft nicht vollständig umgesetzt werden können. Deshalb müssten nunmehr Kündigungen erklärt werden.

Weiter heißt es:

„2. Weiterhin macht A den Erwerb des Geschäftsbereichs ‚Enterprise Solutions‘ davon abhängig, dass maximal 74 in diesem Bereich beschäftigte Mitarbeiter bei Vollzug der Transaktion auf sie übergehen. Aus diesem Grund sowie zur finanziellen Stabilisierung des Unternehmens müssen nunmehr 7 weitere Stellen abgebaut werden. ...

3. Die Stelle von Herrn B wird als Teil des vereinbarten Personalabbaus aus betriebsbedingten Gründen abgebaut und fällt zum 31.10.2009 weg.

Die Betriebsparteien haben sich auf eine Namensliste nach §§ 1 Abs. 5 KSchG / 125 InsO geeinigt, auf der auch Herr B namentlich aufgeführt ist.

In der Gruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer ist Herr B am wenigsten sozial schutzwürdig.

Einen anderen freien Arbeitsplatz im Unternehmen gibt es nicht.

...“

Nachdem keine Reaktion des Betriebsrats erfolgt war, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 28. August 2009 zum 30. November 2009. Das Schreiben ist von Herrn R unterzeichnet, dem zuvor Vollmacht vom Administrator Ha erteilt worden war.

6

Am 18. Dezember 2009 veräußerte die Beklagte den Bereich „Enterprise Solutions“ an die A GmbH.

7

Der Kläger hat geltend gemacht, nach Art. 10 EuInsVO gelte für die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf das Arbeitsverhältnis ausschließlich das Recht des Mitgliedstaats, das auf den Arbeitsvertrag anzuwenden sei. Das sei hier deutsches Recht. Deshalb habe der Administrator für die Beklagte bei Erklärung der Kündigung nicht tätig werden können. Eine deutsche GmbH werde von ihrem Geschäftsführer, nicht aber von einem Administrator vertreten. Außerdem seien die §§ 125 und 113 InsO nicht anwendbar, weil der Interessenausgleich nicht von einem Insolvenzverwalter, sondern von der Beklagten

8

als Arbeitgeberin, vertreten durch einen Administrator, geschlossen sei. Ohnehin habe es keine Betriebsänderung gegeben, weil nur 20 Mitarbeiter betroffen gewesen seien. Zu diesen habe der Kläger nicht gehört, denn seine Stelle sei eine von den in Ziff. 2 der Betriebsratsanhörung erwähnten. Auch sei die Sozialauswahl nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden. Auch seien freie Arbeitsplätze vorhanden gewesen. Frau Be habe ihr Arbeitsverhältnis gekündigt und Frau Au sei zum 1. September 2009 aus Fr in die Abteilung des Klägers versetzt worden. Diese zusätzlich neu geschaffene Stelle hätte nicht mit Frau Au, sondern mit dem Kläger besetzt werden müssen. Der Betriebsrat sei unzureichend angehört worden, denn der Kläger gehöre zum Bereich „Enterprise Solutions“, könne also nicht unter Ziff. 1 der Betriebsratsanhörung fallen. Auch fehlten konkrete Angaben zur Sozialauswahl. Zudem sei dem Betriebsrat verschwiegen worden, dass freie Arbeitsplätze vorhanden gewesen seien.

Der Kläger hat zuletzt - soweit noch von Interesse - beantragt

9

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 28. August 2009 nicht zum 30. November 2009 aufgelöst wurde;
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn zu den bisherigen Arbeitsbedingungen als Manager Business Finance weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag vorgetragen, die vom Kläger zur Sozialauswahl benannten Arbeitnehmer seien mit diesem nicht vergleichbar. Freie Arbeitsplätze seien nicht vorhanden gewesen. Die Stelle von Frau Be habe nicht wieder besetzt werden sollen. Die mit Frau Au besetzte Stelle sei unterhalb der Hierarchieebene des Klägers angesiedelt. Der Betriebsrat habe durch die Verhandlungen über den Interessenausgleich einen Kenntnisstand besessen, der ihm aufgrund der Anhörung vom 20. August 2009 eine sachgerechte Stellungnahme zur beabsichtigten Kündigung ermöglicht habe.

10

## Entscheidungsgründe

- Die Revision ist unbegründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung der Beklagten vom 28. August 2009 mit dem 30. November 2009 beendet worden. 11
- I. Für die Entscheidung des Rechtsstreits sind die deutschen Gerichte auf der Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (*EuGVVO*) international zuständig. 12
1. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist auch unter Geltung von § 545 Abs. 2 ZPO eine in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfende Sachurteilsvoraussetzung (*st. Rspr., zuletzt BAG 8. Dezember 2010 - 10 AZR 562/08 - Rn. 14, AP ZPO § 38 Internationale Zuständigkeit Nr. 23 = EzA ZPO 2002 § 38 Nr. 1*). 13
2. Der Geltungsbereich der *EuGVVO* ist eröffnet. 14
- a) Die Anwendung der Zuständigkeitsvorschriften der *EuGVVO* erfordert einen Auslandsbezug (*EuGH 17. November 2011 - C-327/10 - [Lindner] Rn. 29, ZIP 2011, 2377*). Dieser notwendige Auslandsbezug liegt hier vor. Zwar haben sowohl der Kläger seinen Wohnsitz als auch die Beklagte ihren Geschäftssitz im Inland. Ungeachtet dessen ist kein reiner Inlandssachverhalt gegeben. Der Auslandsbezug kann sich auch daraus ergeben, dass durch den Grund der Streitigkeit mehrere Vertragsstaaten mit einbezogen sind (*EuGH 1. März 2005 - C-281/02 - [Owusu] Rn. 26, Slg. 2005, I-1383*). Dafür genügt es, dass der Rechtsstreit Fragen hinsichtlich der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit der Gerichte aufwerfen kann (*EuGH 17. November 2011 - C-327/10 - [Lindner] Rn. 30, aaO*). Vorliegend ist ein Administrationsverfahren nach englischem Recht als Hauptinsolvenzverfahren nach Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (*EuInsVO*) 15

eröffnet worden. Art. 3 EuInsVO weist in bestimmten Grenzen den Gerichten des Staats der Verfahrenseröffnung eine internationale Zuständigkeit auch für Einzelverfahren, die mit dem Insolvenzverfahren im Zusammenhang stehen, zu (*EuGH 19. April 2012 - C-213/10 - [F-TeX] Rn. 27, 29, NZI 2012, 469*). Daraus ergibt sich die Notwendigkeit zur Abgrenzung der Zuständigkeit deutscher und englischer Gerichte und damit die Einschlägigkeit der EuGVVO. Könnten sowohl englische als auch deutsche Gerichte ihre Zuständigkeit annehmen, bestünde die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen. Dies will nach ihrem Erwägungsgrund Nr. 15 die EuGVVO vermeiden. Die Anwendung der einheitlichen Zuständigkeitsvorschriften der EuGVVO anstelle der in Deutschland und England geltenden Zuständigkeitsvorschriften des nationalen Rechts dient damit dem mit der EuGVVO verfolgten Ziel der Rechtssicherheit (*vgl. EuGH 17. November 2011 - C-327/10 - [Lindner] Rn. 33, aaO*).

b) Auch der sachliche Geltungsbereich der EuGVVO ist gemäß Art. 1 Abs. 1 Satz 1 EuGVVO eröffnet. Zu den zivilrechtlichen Streitigkeiten im Sinne der Bestimmung gehören auch Streitigkeiten auf dem Gebiet des Arbeitsrechts (*BAG 24. September 2009 - 8 AZR 306/08 - Rn. 27, BAGE 132, 182*). Art. 1 Abs. 2 Buchst. b EuGVVO steht der Anwendbarkeit der EuGVVO nicht entgegen. Diese Bereichsausnahme erfasst nur Klagen, die unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgehen und mit ihm in einem engen Zusammenhang stehen. Solche Klagen werden durch Art. 3 EuInsVO der internationalen Zuständigkeit der Gerichte des Staats der Verfahrenseröffnung zugeordnet. Zu diesen Annexverfahren zählen Klagen gegen Kündigungen, die ein Insolvenzverwalter im Sinne der EuInsVO in Deutschland nach deutschem Recht erklärt hat, auch dann nicht, wenn sie auf der Grundlage eines Interessenausgleichs mit Namensliste nach § 125 InsO und mit der kurzen Frist des § 113 InsO erfolgt sind. Für solche Verfahren bestimmt sich die internationale Zuständigkeit nach der EuGVVO und nicht nach der EuInsVO.

16

aa) Aus den Erwägungsgründen Nr. 2, 7 und 15 der EuGVVO folgt, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber den in Art. 1 Abs. 1 dieser Verordnung enthaltenen Begriff „Zivil- und Handelssachen“ und damit deren Anwendungsbereich

17

weit fassen wollte. Damit korrespondiert der erste Satz des Erwägungsgrundes Nr. 6 der EulnsVO. Deshalb ist der Anwendungsbereich des Art. 1 EuGVVO weit und der des Art. 3 EulnsVO eng auszulegen (*EuGH 10. September 2009 - C-292/08 - [German Graphics Graphische Maschinen GmbH] Rn. 22 - 25, Slg. 2009, I-8421*). Art. 3 Abs. 1 EulnsVO weist den Gerichten des für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zuständigen Mitgliedstaats die internationale Zuständigkeit nur für Klagen zu, die sich unmittelbar aus einem Insolvenzverfahren herleiten und in engem Zusammenhang damit stehen (*EuGH 19. April 2012 - C-213/10 - [F-Tex] Rn. 27, 29, NZI 2012, 469; 12. Februar 2009 - C-339/07 - [Deko Marty Belgium] Rn. 21, Slg. 2009, I-767*).

bb) Ob ein solcher enger Zusammenhang eines Einzelverfahrens mit dem Stammverfahren besteht, hat das angerufene Gericht nach dem von ihm anzuwendenden Recht zu bestimmen (*vgl. EuGH 19. April 2012 - C-213/10 - [F-Tex] Rn. 46, NZI 2012, 469*). Die Ausgestaltung des jeweiligen Einzelverfahrens durch die einschlägige nationale Rechtsordnung bestimmt, ob die Kriterien, die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union einen engen Zusammenhang begründen, vorliegen (*vgl. Mankowski/Willemer RIW 2009, 669, 671*). Der autonom auszulegende Begriff des Annexverfahrens ist von den angerufenen nationalen Gerichten auf der Grundlage des für das Einzelverfahren einschlägigen Rechts auszufüllen (*vgl. Fehrenbach IPRax 2009, 492, 497*). Kündigungsschutzklagen gegen eine nach deutschem Arbeitsrecht erklärte Kündigung fehlt der spezifische Insolvenzbezug, um den erforderlichen engen Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren anzunehmen. Dies gilt auch dann, wenn sie sich auf die §§ 113, 125 InsO stützen.

18

(1) Art. 3 Abs. 1 EulnsVO ordnet den Gerichten des Staats der Verfahrenseröffnung die internationale Zuständigkeit für sämtliche sich unmittelbar aus der Insolvenz eines Unternehmens ergebenden Verfahren zu, um durch die Bündelung dieser Verfahren die Effizienz grenzüberschreitender Insolvenzen zu verbessern und diese zu beschleunigen. Außerdem soll dies verhindern, dass Parteien durch die Verlagerung von Vermögen oder Rechtsstreitigkeiten in andere Mitgliedstaaten ihre Rechtsstellung verbessern können (*forum shopping*,

19

*vgl. zu diesen Zielen EuGH 12. Februar 2009 - C-339/07 - [Deko Marty Belgium] Rn. 21 ff., Slg. 2009, I-767*). Nach diesen Zwecken ist bei Kündigungen, auf die nach den Regeln des Internationalen Privatrechts wie im vorliegenden Fall deutsches Recht und deshalb nach Art. 10 EulnsVO auch im Anwendungsbereich der EulnsVO ausschließlich das deutsche Kündigungsrecht anzuwenden ist (*siehe dazu unter III*), eine Bündelung im Staat der Verfahrenseröffnung nicht geboten. Im Gegenteil widerspräche eine solche Bündelung diesen Zwecken. Wären über Art. 3 Abs. 1 EulnsVO die Gerichte des Staats der Verfahrenseröffnung zuständig, müssten sie aufgrund der Bestimmung des Art. 10 EulnsVO deutsches Arbeitsrecht anwenden. Die einheitliche Durchführung aller in den verschiedenen Mitgliedstaaten bei einer grenzüberschreitenden Insolvenz erklärten Kündigungen im Staat der Verfahrenseröffnung nach dem jeweils für das Arbeitsverhältnis geltendem Recht der anderen Mitgliedstaaten würde zu Verzögerungen und einer Verkomplizierung der Abwicklung der Insolvenz führen.

(2) Diese Erwägungen treffen auch auf Klagen gegen Kündigungen zu, die ein Insolvenzverwalter im Sinne der EulnsVO mit der Frist des § 113 InsO auf der Grundlage eines Interessenausgleichs mit Namensliste nach § 125 InsO erklärt hat (*vgl. Cranshaw jurisPR-InsR 11/2011 Anm. 2*). Darüber hinaus sind auch in solchen Passivprozessen die allgemeinen deutschen kündigungsrechtlichen Bestimmungen, die lediglich insolvenzrechtlich modifiziert werden, anzuwenden. Aus § 113 InsO ergibt sich kein eigenständiger Kündigungsgrund der Insolvenz oder Sanierung, vielmehr ist das Kündigungsschutzgesetz auch bei einer Kündigung des Insolvenzverwalters nach § 113 InsO zu beachten, wenn es nach seinem persönlichen und betrieblichen Geltungsbereich Anwendung findet (*BAG 20. September 2006 - 6 AZR 249/05 - Rn. 39, AP BGB § 613a Nr. 316 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 62*). Erfolgt die Kündigung auf der Grundlage eines Interessenausgleichs mit Namensliste, kommen dem Insolvenzverwalter zwar die Wirkungen des § 125 InsO zugute. Dadurch werden aber lediglich §§ 1 und 2 KSchG modifiziert. Im Übrigen hat der Insolvenzverwalter, will er eine wirksame, einer rechtlichen Überprüfung standhaltende Kündigung erklären, die allgemein für Kündigungen geltenden Bestimmungen einzuhalten, auf

20

deren Geltung die Insolvenz keinen Einfluss hat. Dazu gehören etwa die Wahrung der Schriftform des § 623 BGB und die Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG. Auch Kündigungsschutzklagen gegen Kündigungen auf der Grundlage der §§ 113, 125 InsO dienen damit keinem insolvenzspezifischen Zweck und haben ihren Rechtsgrund nicht im Insolvenzrecht, sondern im Arbeitsrecht (*zu diesem Abgrenzungskriterium Mankowski/Willemer RIW 2009, 669, 672*).

3. Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ergibt sich aus Art. 19 Nr. 1 iVm. Art. 60 Abs. 1 Buchst. a EuGVVO. Die Beklagte hat ausweislich des vorgelegten Handelsregisterauszugs ihren Sitz in Deutschland. 21

II. Die Beklagte ist passivlegitimiert. Sie hat die streitbefangene Kündigung erklärt und ist dabei entsprechend der nach Art. 18 Abs. 1 EulnsVO maßgeblichen Rechtsstellung der Administratoren nach englischem Recht von einem Administrator vertreten worden. Diese führen Gerichtsverfahren für und im Namen des Schuldners (*Ziff. 5 der Anlage A zum Beschluss des High Court vom 14. Januar 2009, Anhang 1 zum Insolvency Act 1986*). 22

Ein etwaiger Betriebsübergang in der Folgezeit ändert an der Passivlegitimation nichts. Der Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis vor einem Betriebsübergang gekündigt hat, bleibt für die gerichtliche Klärung der Wirksamkeit der Kündigung auch nach einem Betriebsübergang passivlegitimiert (*BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10 - Rn. 33, NZA-RR 2012, 465*). 23

III. Die Wirksamkeit der Kündigung der Beklagten vom 28. August 2009 bestimmt sich nach deutschem Arbeitsrecht. 24

1. Die Eröffnung des Administrationsverfahrens als Hauptinsolvenzverfahren nach Art. 3 EulnsVO ist von den deutschen Gerichten anzuerkennen. 25

a) Nach Art. 16 Abs. 1 EulnsVO wird die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens durch ein nach Art. 3 EulnsVO zuständiges Gericht eines Mitgliedstaats grundsätzlich in allen übrigen Mitgliedstaaten, die sich an dieser Verordnung beteiligen, anerkannt, sobald die Entscheidung im Staat der Verfahrenseröffnung wirksam ist. Diese Prioritätsregel beruht auf dem Grundsatz des gegen- 26

seitigen Vertrauens (*vgl. Erwägungsgrund Nr. 22 der EuInsVO*). Allerdings verlangt dieser Grundsatz, dass das Gericht des Mitgliedstaats, bei dem ein Antrag auf Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens anhängig gemacht wird, seine Zuständigkeit nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO prüft, dh. untersucht, ob der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen (*sog. center of main interests, COMI*) in diesem Mitgliedstaat hat. Im Gegenzug erkennen die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten die Entscheidung über die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens an. Eine Überprüfung der vom Eröffnungsgericht getroffenen Beurteilung seiner Zuständigkeit durch die Gerichte der anderen Mitgliedstaaten findet nicht statt (*EuGH 21. Januar 2010 - C-444/07 - [MG Probud] Rn. 26 - 29, Slg. 2010, I-417*). Die Anerkennung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nach Art. 16 EuInsVO hat zur Folge, dass das Hauptinsolvenzverfahren gemäß Art. 17 Abs. 1 EuInsVO automatisch und ohne irgendwelche zusätzlichen Förmlichkeiten in den anderen Mitgliedstaaten die Wirkungen entfaltet, die das Recht des Staats der Verfahrenseröffnung ihr beilegt, sofern kein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet ist.

b) Das Administrationsverfahren ist im Anhang A zur EuInsVO genannt und damit ein Insolvenzverfahren iSd. Art. 2 Buchst. a EuInsVO. Anhang C zur EuInsVO führt den Administrator an, der damit ein Verwalter iSd. Art. 2 Buchst. b EuInsVO ist. Die deutschen Gerichte sind deshalb an die Entscheidung des High Court vom 14. Januar 2009, über das Vermögen der Beklagten das Administrationsverfahren als Hauptinsolvenzverfahren iSd. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO zu eröffnen, gebunden. 27

c) Die Angriffe des Klägers, der insbesondere in der Verhandlung vor dem Senat deutlich gemacht hat, dass er die Vorgehensweise der Beklagten, die nicht überschuldet gewesen sei, für rechtsmissbräuchlich hält, führen zu keinem anderen Ergebnis. Die vom High Court angenommene Zuständigkeit und die darauf basierende Eröffnungsentscheidung hätten nur mit den nach dem englischen Recht dafür vorgesehenen Rechtsbehelfen angefochten werden können (*vgl. EuGH 2. Mai 2006 - C-341/04 - [Eurofood IFSC] Rn. 43, Slg. 2006, I-3813*). Eine solche Anfechtung ist nicht erfolgt. Anhaltspunkte für ein Vorliegen 28

der Anwendungsvoraussetzungen der ordre-public-Klausel des Art. 26 EuInsVO liegen entgegen der Ansicht des Klägers nicht vor. Diese Klausel kann nur in Ausnahmefällen eingreifen. Anderenfalls würde das Ziel dieser Verordnung, die Effizienz und Wirksamkeit von Insolvenzverfahren mit grenzüberschreitender Wirkung zu verbessern (*vgl. Erwägungsgrund Nr. 8 der EuInsVO*), ausgehöhlt. Ihre Anwendung kommt deshalb nur in Betracht, wenn eine in der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaats als wesentlich geltende Norm oder ein dort als wesentlich geltendes Recht offensichtlich verletzt ist (*EuGH 2. Mai 2006 - C-341/04 - [Eurofood IFSC] Rn. 62 f., aaO*). Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat der Kläger nichts vorgetragen.

2. Grundsätzlich gilt damit gemäß Art. 4 Abs. 1 EuInsVO für das vom High Court eröffnete Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das englische Insolvenzrecht (*lex fori concursus*). Dies erfasst nach Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchst. c EuInsVO insbesondere die Befugnisse des Schuldners und des Verwalters, die sich damit grundsätzlich nach englischem Insolvenzrecht bestimmen. Von dieser Kollisionsnorm macht jedoch Art. 10 EuInsVO eine Ausnahme. Danach ist für die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf einen Arbeitsvertrag und auf das Arbeitsverhältnis ausschließlich das Recht des Mitgliedstaats maßgeblich, das auf den Arbeitsvertrag anzuwenden ist (*lex causae*). Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass nach den Kollisionsregeln des internationalen Privatrechts für das Arbeitsverhältnis der Parteien deutsches Arbeitsrecht maßgeblich ist. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich, und die Feststellung wird auch von keiner Partei angegriffen. 29
- IV. Die Kündigung der Beklagten vom 28. August 2009 ist wirksam. 30
1. Die Kündigung ist nicht nach § 1 KSchG iVm. § 125 InsO sozial ungerechtfertigt. 31

a) Der Beklagten kommen bei der Überprüfung der Wirksamkeit der Kündigung entgegen der Ansicht der Revision die Wirkungen des § 125 InsO zugute, obwohl sie selbst, vertreten durch den Administrator Ha, den Interessenausgleich vom 17. Juli 2009 vereinbart hat, der Interessenausgleich also nicht zwischen dem Betriebsrat und einem Insolvenzverwalter nach deutschem Recht zustande gekommen ist. Bei grenzüberschreitenden Insolvenzen im Sinne der EulnsVO, bei denen deutsches Arbeitsrecht aufgrund der Regelung in Art. 10 EulnsVO anwendbar ist, ist § 125 InsO unionsrechtskonform dahin auszulegen, dass auch ein Administrator, der in der vom englischen Insolvenzrecht vorgesehenen Weise für den Schuldner handelt, als Insolvenzverwalter iSd. § 125 InsO anzusehen ist und daher einen Interessenausgleich mit Namensliste abschließen kann, der die Wirkungen des § 125 InsO nach sich zieht. 32

aa) Art. 10 EulnsVO legt als Sonderkollisionsnorm das anwendbare Recht nicht selbst fest, sondern gibt lediglich den Weg über das allgemeine Kollisionsrecht zur Anwendung des Rechts des Mitgliedstaats frei, das nach dem internationalen Privatrecht anzuwenden ist (*Stephan in HK-InsO 6. Aufl. Art. 10 EulnsVO Rn. 1; Dammann in Pannen Europäische Insolvenzverordnung Art. 10 Rn. 2*). So wird über das Kollisionsrecht der Schutz des Arbeitnehmers und des Arbeitsverhältnisses vor der Anwendung statutsfremder Rechtsvorschriften gewährleistet (*Virgós/Schmit Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren [im Folgenden: Erläuternder Bericht] Nr. 125*). Vor dem Hintergrund dieses Regelungszwecks verdeutlicht der Begriff „ausschließlich“ nur, dass eine kumulative oder alternative Anknüpfung an die lex fori concursus nicht stattfindet (*MünchKommInsO/Reinhart 2. Aufl. Art. 10 EulnsVO Rn. 23; Virgós/Schmit Erläuternder Bericht Nr. 127; MünchKommBGB/Kindler 5. Aufl. Art. 10 EulnsVO Rn. 9*), und zwar auch dann nicht, wenn die Kündigungsschutzbestimmungen des Rechts des Staats der Verfahrenseröffnung für den Arbeitnehmer günstiger sind als das nach Art. 10 EulnsVO maßgebliche Recht (*Dammann in Pannen Europäische Insolvenzverordnung Art. 10 Rn. 11*) oder vergleichbare Regelungen nicht kennen (*Kölner Schrift/Mankowski 3. Aufl. Kap. 47 Rn. 120*). Durch die Regelung des Art. 10 EulnsVO soll das Arbeitsvertragsstatut unter Einbeziehung seines Insolvenzrechts zur Anwendung 33

kommen und das Insolvenzstatut verdrängen. Der arbeitsrechtliche und der insolvenzrechtliche Arbeitnehmerschutz sollen demselben Recht unterliegen (*Kölner Schrift/Mankowski Kap. 47 Rn. 117*).

bb) Aus dem von der Revision herangezogenen Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 21. Januar 2010 (- C-444/07 - [MG Probud] Rn. 47, Slg. 2010, I-417) folgt nichts anderes. 34

(1) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat dort lediglich ausgeführt, dass das Recht des Staats der Verfahrenseröffnung anzuwenden ist, wenn die Voraussetzungen der Art. 5 bis 15 EulnsVO nicht erfüllt sind. Deshalb richteten sich in dem dem Gerichtshof vorgelegten Fall das Schicksal des Vermögens des Schuldners in der Bundesrepublik Deutschland und die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Maßnahmen, denen dieses Vermögen unterworfen werden konnte, allein nach polnischem Recht (*EuGH 21. Januar 2010 - C-444/07 - [MG Probud] Rn. 43, 47, Slg. 2010, I-417*). Diese Ausführungen sind im Zusammenhang mit dem Regel-Ausnahme-System der Art. 4 bis 15 EulnsVO zu lesen. Nach der Grundregel des Art. 4 Abs. 1 EulnsVO wird mit der Bestimmung des zuständigen Gerichts, dh. des Gerichts, in dem sich das COMI des Schuldners befindet, zugleich das anwendbare Recht festgelegt. Maßgeblich ist danach grundsätzlich das Insolvenzrecht des Mitgliedstaats, in dem das Verfahren eröffnet worden ist. Die Art. 5 bis 15 EulnsVO sehen in den dort geregelten Fällen Ausnahmen von dieser Grundregel vor (*EuGH 5. Juli 2012 - C-527/10 - [ERSTE Bank Hungary] Rn. 38 f., ZIP 2002, 1815*). Aus diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis folgt vorliegend lediglich, dass sich die Wirksamkeit der Kündigung nicht nach englischem, sondern deutschem Arbeitsrecht bestimmt. Insoweit wird, wie der Kläger zu Recht annimmt, Art. 4 Abs. 1 EulnsVO durch Art. 10 EulnsVO verdrängt. 35

(2) Daraus folgt jedoch entgegen der Annahme des Klägers nicht die Unanwendbarkeit des § 125 InsO. Bei der Anwendung des deutschen Arbeitsrechts haben die deutschen Gerichte nämlich ungeachtet der Anordnung der ausschließlichen Geltung deutschen Rechts durch Art. 10 EulnsVO die Anerkennungswirkung gemäß Art. 16 Abs. 1 EulnsVO und die Wirkungserstre- 36

ckung nach Art. 17 Abs. 1 EuInsVO und damit gemäß § 18 Abs. 1 EuInsVO die sich aus dem englischen Recht ergebende Rechtsstellung des Administrators und dessen daraus erwachsende Befugnisse zu achten.

(a) Den vom High Court mit Beschluss vom 14. Januar 2009 bestellten Administratoren kommt nicht dieselbe Rechtsstellung wie einem Insolvenzverwalter nach deutschem Recht zu, der in die Arbeitgeberstellung der nach § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO fortbestehenden Arbeitsverhältnisse einrückt und Rechtsnachfolger des Schuldners wird. Die Arbeitgeberstellung ist bei der Beklagten verblieben, die bei ihren im Zusammenhang mit den beabsichtigten Kündigungen erfolgten Rechtshandlungen von den Administratoren vertreten worden ist (*Ziff. 4 Abs. 6 des Anhangs zum Beschluss vom 14. Januar 2009*). 37

(b) Folgte man der Rechtsauffassung des Klägers, wäre es einem Administrator, der nach Art. 10 EuInsVO deutsches Recht anwenden muss, aufgrund dieser unterschiedlichen Ausgestaltung der Befugnisse eines Verwalters nach englischem und deutschem Recht effektiv unmöglich, nach deutschem Arbeitsrecht tätig zu werden, weil er nicht Arbeitgeber geworden ist, nicht die Stellung eines Insolvenzverwalters und auch nicht die eines Geschäftsführers einer GmbH hat. Er könnte aufgrund seiner Rechtsstellung weder einen Interessenausgleich mit Namensliste nach § 125 InsO noch einen Interessenausgleich nach § 1 Abs. 5 KSchG schließen. Er könnte nicht einmal Kündigungen erklären, weil er nach Ansicht des Klägers die Beklagte nicht nach deutschem GmbH-Recht vertreten kann. Im Ergebnis wäre damit dem Administrator englischen Rechts jedes Handeln verwehrt, weil er kein Insolvenzverwalter im Sinne der deutschen Insolvenzordnung ist. 38

(c) Ein solches Verständnis der auf der Grundlage des Art. 10 EuInsVO anzuwendenden deutschen arbeitsrechtlichen Bestimmungen wäre jedoch mit Art. 3, Art. 16 Abs. 1 iVm. Art. 17 Abs. 1 EuInsVO, die von den deutschen Arbeitsgerichten die Anerkennung des Administrationsverfahrens und der dadurch nach englischem Recht eintretenden Wirkungen verlangen, nicht zu vereinbaren. Die Anerkennung eines in einem Mitgliedstaat nach Art. 3 EuInsVO eröffneten Hauptinsolvenzverfahrens zieht die Anerkennung der Bestellung und 39

der Befugnisse des Hauptinsolvenzverwalters in den anderen Mitgliedstaaten nach sich (*Pannen/Riedemann in Pannen Europäische Insolvenzverordnung Art. 18 Rn. 16; Virgós/Schmit Erläuternder Bericht Nr. 160*). Nur so ist das Recht des Staats der Verfahrenseröffnung (*Insolvenzstatut*) durchzusetzen. Dies stellt Art. 18 Abs. 1 EulnsVO klar und vervollständigt so die automatische Anerkennung des Hauptinsolvenzverfahrens (*vgl. Uhlenbruck/Lüer 13. Aufl. Art. 18 EulnsVO Rn. 1; MünchKommBGB/Kindler 5. Aufl. Art. 18 EulnsVO Rn. 2*). Es darf deshalb nicht von der Rechtsstellung des Insolvenzverwalters nach dem jeweiligen Recht des Staats der Verfahrenseröffnung abhängen, ob ihm die Erleichterungen der Kündigungen in der Insolvenz nach §§ 113, 125 sowie § 128 Abs. 2 InsO zugute kommen oder nicht. Dies widerspräche dem Zweck der EulnsVO, effiziente und wirksame grenzüberschreitende Insolvenzverfahren sicherzustellen (*vgl. dazu EuGH 2. Mai 2006 - C-341/04 - [Eurofood IFSC] Rn. 48, Slg. 2006, I-3813*).

(d) Die Anerkennungswirkung des Art. 3 iVm. Art. 16 Abs. 1, Art. 17 Abs. 1 sowie Art. 18 Abs. 1 EulnsVO gebietet bei grenzüberschreitenden Insolvenzen, bei denen deutsches Arbeitsrecht aufgrund der Regelung in Art. 10 EulnsVO anwendbar ist und bei denen ein Verwalter iSv. Art. 2 Buchst. b EulnsVO mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich mit Namensliste schließt, die unionsrechtskonforme Auslegung des § 125 InsO (*zu diesem Auslegungsgrundsatz bei unmittelbar geltendem Unionsrecht EuGH 28. September 1994 - C-200/91 - [Coloroll Pension Trustees] Rn. 29, Slg. 1994, I-4389*). Handelt ein solcher Verwalter in der vom Insolvenzrecht des Staats der Verfahrenseröffnung vorgesehenen Weise für den Schuldner, ist er als Insolvenzverwalter iSd. § 125 InsO anzusehen. Nur eine solche Auslegung des § 125 InsO stellt sicher, dass der Verwalter im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats seine ihm nach Art. 18 Abs. 1 Satz 1 EulnsVO zukommenden Befugnisse effektiv nutzen und grenzüberschreitende Insolvenzen effizient abwickeln kann (*für eine Anwendbarkeit der §§ 120 ff. InsO: Paulus Europäische Insolvenzverordnung 3. Aufl. Art. 10 Rn. 7; Kebekus/Sabel/Schlegel in Graf-Schlicker InsO 3. Aufl. Art. 10 EulnsVO Rn. 2; Schmidt EWiR 2011, 215, 216; Göpfert/Müller NZA 2009, 1057, 1061 mwN in Fn. 72; für eine Anwendung des § 125 InsO jedenfalls zur Ver-*

40

*meidung von Wertungswidersprüchen und im Hinblick auf das betriebsverfassungsrechtliche Territorialitätsprinzip: Zwanziger Kommentar zum Arbeitsrecht der Insolvenzordnung 4. Aufl. Einf. Rn. 51; allgemein für eine Anwendbarkeit der insolvenzarbeitsrechtlichen Lösungsrechte aufgrund der Regelung des Art. 10 EulnsVO: MünchKommInsO/Reinhart 2. Aufl. Art. 10 EulnsVO Rn. 8; LZS-Zeuner Internationales Insolvenzrecht Art. 10 EulnsVO Rn. 4; Dammann in Pannen Europäische Insolvenzverordnung Art. 10 Rn. 8; Kölner Schrift/Mankowski 3. Aufl. Kap. 47 Rn. 117, 120; MünchKommBGB/Kindler 5. Aufl. Art. 10 EulnsVO Rn. 6; aA soweit ersichtlich nur Stephan in HK-InsO 6. Aufl. Art. 10 EulnsVO Rn. 3 unter Berufung auf Hessisches LAG 14. Dezember 2010 - 13 Sa 969/10 - ZIP 2011, 289, das jedoch die Anwendbarkeit der §§ 113, 120 ff. InsO aufgrund von Art. 10 EulnsVO in dieser Entscheidung gerade bejaht hat).*

- (e) Entgegen der Ansicht des Klägers steht dieser unionsrechtskonformen Auslegung nicht der Erwägungsgrund Nr. 28 der EulnsVO entgegen. 41
- (aa) Der Kläger entnimmt diesem Erwägungsgrund, dass sich die Rechte und Pflichten des Administrators Ha als Insolvenzverwalter iSv. Art. 10 EulnsVO nach dem Vertragsstatut richteten. Er folgert daraus, dass der Administrator nicht wirksam zur Vornahme arbeitgeberseitiger Rechtshandlungen ermächtigt gewesen sei, weil seine Legitimation ausschließlich auf englischem und nicht auf deutschem Recht beruhe. Er nimmt weiter an, dass die Zubilligung der Kündigungserleichterung durch § 125 InsO dem Schutzzweck des Art. 10 EulnsVO widerspreche. 42
- (bb) Der Erwägungsgrund Nr. 28 der EulnsVO stellt jedoch nur klar, dass die Sonderkollisionsregel in Art. 10 EulnsVO ausschließlich für die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Fortsetzung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die Rechte und Pflichten aller am Arbeitsverhältnis Beteiligten gilt, während Insolvenzprobleme, die nicht mit den Wirkungen der Verfahrenseröffnung auf das Arbeitsverhältnis zusammenhängen, dem Insolvenzstatut unterliegen (Uhlenbruck/Lüer 13. Aufl. Art. 10 EulnsVO Rn. 5; vgl. auch Virgós/Schmit Erläuternder Bericht Nr. 125). Er untermauert lediglich die Zielrich- 43

tung des Art. 10 EulnsVO (*Kölner Schrift/Mankowski 3. Aufl. Kap. 47 Rn. 117*) und grenzt ab, welche Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf das Arbeitsverhältnis sich nach dem Vertragsstatut und welche sich nach dem Insolvenzstatut richten. Dem Erwägungsgrund Nr. 28 der EulnsVO lassen sich nur Hinweise auf die Reichweite des Art. 10 EulnsVO, nicht aber auf die Auslegung des nach dem Arbeitsvertragsstatut anwendbaren Rechts entnehmen.

- cc) Die Beklagte ist beim Abschluss des Interessenausgleichs mit Namensliste vom 17. Juli 2009 durch den Administrator Ha vertreten worden, der dabei im Einklang mit seiner Rechtsstellung nach dem englischen Insolvenzrecht tätig geworden ist. Die Administratoren sind nach Ziff. 4 Abs. 1 des Anhangs zum Beschluss des High Court vom 14. Januar 2009 befugt, alle für die Verwaltung des Geschäftsbetriebs der Beklagten notwendigen oder zweckmäßigen Maßnahmen zu ergreifen. Sie haben gemäß Ziff. 9 und Ziff. 18 der Anlage A zu diesem Beschluss (*Anhang 1 zum Insolvency Act 1986*) die Befugnis, für und im Namen der Gesellschaft alle Dokumente zu unterzeichnen und Einigungen abzuschließen. Sie können dabei nach Ziff. 9 des Beschlusses des High Court vom 14. Januar 2009 die Beklagte auch einzeln vertreten. Der Interessenausgleich vom 17. Juli 2009 ist damit zwischen einem Insolvenzverwalter iSd. § 125 InsO und dem Betriebsrat geschlossen worden. 44
- b) Auch die übrigen Voraussetzungen für ein Eingreifen des § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO liegen vor. 45
- aa) Die Kündigung vom 28. August 2009 beruht auf einer Betriebsänderung iSd. § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG. Eine solche liegt auch bei einem bloßen Personalabbau vor, wenn die Zahlen und Prozentangaben des § 17 Abs. 1 KSchG erreicht sind (*st. Rspr., vgl. BAG 31. Mai 2007 - 2 AZR 254/06 - Rn. 16, AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 65 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 12*). Nach der dem Interessenausgleich vom 17. Juli 2009 zugrunde liegenden unternehmerischen Planung war ein Personalabbau beabsichtigt, der den maßgeblichen Schwellenwert des § 17 Abs. 1 Nr. 2 KSchG deutlich überstieg. Entgegen der Auffassung des Klägers sind dabei auch diejenigen Arbeitnehmer mitzuzählen, die im Wege eines dreiseitigen Vertrags unter Aufhebung ihres Arbeitsverhält- 46

nisses zur Beklagten in eine Transfergesellschaft wechseln sollten, weil auch diese Beendigungen von der Beklagten veranlasst waren. Auf die Anzahl der tatsächlich von der Beklagten gekündigten Arbeitnehmer kommt es insoweit nicht an (*vgl. BAG 23. August 1988 - 1 AZR 276/87 - zu II 2 b aa der Gründe, BAGE 59, 242*).

bb) Für den Abschluss des Interessenausgleichs vom 17. Juli 2009 war der Gesamtbetriebsrat originär zuständig. Wird ein geplanter Personalabbau auf der Grundlage eines unternehmenseinheitlichen Konzepts durchgeführt und sind mehrere Betriebe von der Betriebsänderung betroffen, so dass das Verteilungsproblem nur betriebsübergreifend und einheitlich und damit auf der Ebene des Gesamtbetriebsrats gelöst werden kann, ist dieser damit gemäß § 50 Abs. 1 BetrVG für den Abschluss eines betriebsübergreifenden Interessenausgleichs zuständig (*vgl. BAG 8. Juni 1999 - 1 AZR 831/98 - zu III 2 der Gründe, BAGE 92, 11*). Diese Kompetenz erstreckt sich auch auf die Vereinbarung einer Namensliste (*BAG 7. Juli 2011 - 6 AZR 248/10 - Rn. 24, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 165 = EzA BetrVG 2001 § 26 Nr. 3; Fitting 26. Aufl. § 50 Rn. 60 und § 112a Rn. 25*).

cc) Der Wirksamkeit des Interessenausgleichs vom 17. Juli 2009 steht nicht entgegen, dass er nicht nur vom Gesamtbetriebsrat, sondern auch von den örtlichen Betriebsräten der betroffenen Betriebe vereinbart worden ist. Der Interessenausgleich ist am 22. Juli 2009 zunächst vom originär zuständigen Gesamtbetriebsrat unterzeichnet worden. Am Folgetag haben dann die örtlichen Betriebsräte unterzeichnet. Damit haben diese zu erkennen gegeben, dass sie für die einzelnen Betriebe die Normsetzung billigten, wobei sie sich die betriebsübergreifenden Kenntnisse des Gesamtbetriebsrats zu eigen gemacht haben. Bedenken im Hinblick auf die Normurheberschaft und hinsichtlich der Rechtsquellenklarheit bestehen deshalb, anders als möglicherweise im Fall gemischter, von Arbeitgeber, Gewerkschaft und Betriebsrat gemeinsam unterzeichneter Vereinbarungen (*vgl. dazu BAG 15. April 2008 - 1 AZR 86/07 - Rn. 17 ff., BAGE 126, 251*), hier nicht.

- dd) Durch den Wechsel einer Vielzahl von Arbeitnehmern in die Transfergesellschaft ist keine wesentliche Änderung der Sachlage, die nach § 125 Abs. 1 Satz 2 InsO die Vermutungswirkung entfallen ließe, eingetreten. Der Abbau von Arbeitsplätzen durch den Abschluss dreiseitiger Verträge und den Wechsel von Arbeitnehmern in die Transfergesellschaft entsprach gerade dem Willen der Betriebsparteien (vgl. zu § 1 Abs. 5 KSchG BAG 12. März 2009 - 2 AZR 418/07 - Rn. 20 f., AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 97 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 17). 49
- c) Der Kläger hat die Vermutungswirkung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO nicht widerlegt. 50
- aa) Der Kläger hat nicht geltend gemacht, dass sein bisheriger Arbeitsplatz trotz der Betriebsänderung noch vorhanden ist. 51
- bb) Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass der Kläger die Vermutung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO, die sich auch auf die fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen Arbeitsplatz erstreckte, nicht widerlegt habe. Damit hat es zugleich festgestellt, dass es im Zeitpunkt der Kündigung keinen freien Arbeitsplatz gab, auf dem der Kläger hätte weiterbeschäftigt werden können, und das Beschäftigungsbedürfnis für ihn damit entfallen ist. 52
- (1) Die Vermutungswirkung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO erstreckt sich nicht nur auf den Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten des auf der Namensliste aufgeführten Arbeitnehmers zu unveränderten Bedingungen. § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO umfasst auch die Vermutung, dass eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu veränderten Bedingungen im Beschäftigungsbetrieb nicht möglich ist (aA Berkowsky Die betriebsbedingte Kündigung 6. Aufl. § 13 Rn. 37; APS/Dörner/Künzl 4. Aufl. § 125 InsO Rn. 22). Darüber hinaus wird die Vermutungswirkung jedenfalls dann auf das Fehlen von anderweitigen Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf einem freien Arbeitsplatz in anderen Betrieben des Unternehmens erstreckt, wenn sich die Betriebspartner bei den Verhandlungen über den Interessenausgleich mit Beschäftigungsmög-

lichkeiten in anderen Betrieben befasst haben, wovon auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Interessenausgleich regelmäßig auszugehen ist (vgl. BAG 20. September 2006 - 6 AZR 249/05 - Rn. 25, AP BGB § 613a Nr. 316 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 62; Linck in HK-InsO 6. Aufl. § 125 InsO Rn. 20; Münch-KommlnsO/Löwisch/Caspers 2. Aufl. § 125 InsO Rn. 84; ErfK/Gallner 12. Aufl. § 125 InsO Rn. 7; Schiefer DB 1998, 925, 927; aA FK-InsO/Eisenbeis 6. Aufl. § 125 Rn. 8; KR/Weigand 10. Aufl. § 125 InsO Rn. 16; Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler KSchR 7. Aufl. § 125 InsO Rn. 15; Stahlhacke/Vossen 10. Aufl. Rn. 2316).

(a) Der Wortlaut des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO spricht nur auf den ersten Blick dafür, dass sich die Vermutung lediglich auf die fehlende Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung in dem Betrieb bezieht, für den der Interessenausgleich vereinbart worden ist. Der Inhalt der gesetzlichen Vermutungswirkung erschließt sich aus der Gesetzgebungsgeschichte. Der Entwurf einer Insolvenzordnung vom 15. April 1992 sah in § 128 für einen zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat vereinbarten Interessenausgleich, „in dem die zu entlassenden Arbeitnehmer namentlich bezeichnet sind“, die Vermutung vor, „daß die Kündigung der Arbeitsverhältnisse der bezeichneten Arbeitnehmer durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist“ (BT-Drucks. 12/2443 S. 29). Seine heutige Fassung hat § 125 InsO erst auf Vorschlag des Rechtsausschusses erhalten. Durch die Ersetzung der Umschreibung des erfassten Personenkreises mit „Arbeitnehmern, denen gekündigt werden soll“ statt wie im Entwurf durch „die zu entlassenden Arbeitnehmer“ sowie durch die Änderungen in Nr. 1 sollte die Vermutungswirkung ausdrücklich auf den Fall der Änderungskündigung erstreckt werden (BT-Drucks. 12/7302 zu § 143a S. 171 f.). Darin erschöpft sich die Bedeutung des Einschubs „oder einer Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen“. Die Regelung sollte durch die Änderungen im Gesetzgebungsverfahren in ihrem Grundgedanken ausdrücklich unverändert bleiben (BT-Drucks. 12/7302 zu § 143a S. 171).

54

(b) Unter Berücksichtigung dieser Gesetzgebungsgeschichte begründet § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO zum einen die Vermutung, dass die von dieser Bestimmung erfassten Beendigungskündigungen durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers, egal zu welchen Bedingungen, im bisherigen Beschäftigungsbetrieb entgegenstehen, bedingt sind. Zum anderen wird vermutet, dass eine Weiterbeschäftigung auch in anderen Betrieben des Unternehmens nicht möglich ist. Dies folgt aus der mit § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG identischen Wortwahl „dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung in diesem Betrieb entgegenstehen“ und dem generellen Verweis auf § 1 KSchG im Eingangssatzteil des § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO, die den Unternehmensbezug der Vermutungswirkung deutlich machen (*Linck in HK-InsO 6. Aufl. § 125 InsO Rn. 20*). Das Kündigungsschutzgesetz ist hinsichtlich der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit generell unternehmensbezogen (*st. Rspr. seit BAG 17. Mai 1984 - 2 AZR 109/83 - zu C III der Gründe, BAGE 46, 191*). Besteht eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb des Unternehmens, ist die Kündigung nicht durch die dringenden betrieblichen Erfordernisse „bedingt“. Schließlich gelten dieselben Vermutungswirkungen für Änderungskündigungen, die auf der Grundlage eines Interessenausgleichs mit Namensliste erklärt werden. Dies steht im Einklang mit dem Ziel des Gesetzes, das dem Insolvenzverwalter rechtssichere Kündigungen ermöglichen und deshalb die soziale Rechtfertigung einer vom Insolvenzverwalter in Anwendung einer Namensliste erklärten betriebsbedingten Kündigung nur in Ausnahmefällen in Frage stellen will (*ausführlich BAG 28. Juni 2012 - 6 AZR 682/10 - Rn. 45, ZIP 2012, 1927*).

55

(c) In dieser Auslegung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO besteht der vom Gesetzgeber beabsichtigte Einklang mit den Vermutungswirkungen des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG, die grundsätzlich auch das Fehlen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb des Unternehmens erfassen (*BAG 6. September 2007 - 2 AZR 715/06 - Rn. 20, BAGE 124, 48; zu dem diesbezüglichen Willen des Gesetzgebers BT-Drucks. 15/1204 S. 9, 11*). Der zT angenommene Wertungswiderspruch zwischen den Vermutungswirkungen des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO und § 1 Abs. 5 KSchG (*Zwanziger*

56

*Kommentar zum Arbeitsrecht der Insolvenz 4. Aufl. § 125 InsO Rn. 47)* liegt damit nicht vor.

(2) Die Revision erhebt gegen die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, dass die Weiterbeschäftigung des Klägers, sei es auch zu veränderten Bedingungen, nicht möglich sei, keine substantiierten Rügen. Mit der Feststellung, der Arbeitsplatz von Frau Be sei nicht wieder besetzt worden, setzt sich die Revision nicht auseinander. Hinsichtlich des mit Frau Au besetzten Arbeitsplatzes beschränkt sich die Revision auf die wörtliche Wiederholung des Vortrags in den Tatsacheninstanzen, die zum 1. September 2009 neu geschaffene Stelle habe nicht mit Frau Au, sondern mit dem Kläger besetzt werden müssen, ohne insoweit materielle Rechts- oder Verfahrensfehler aufzuzeigen. Selbst wenn man zugunsten des Klägers unterstellt, dass ein neu geschaffener Arbeitsplatz zu besetzen war, hat die Beklagte unbestritten vorgetragen, Frau Au und der von ihr besetzte Arbeitsplatz gehörten einer anderen Hierarchieebene als der Kläger an. Entfallen in verschiedenen Betrieben eines Unternehmens Arbeitsplätze und ist die Weiterbeschäftigung nur einer entsprechend geringeren Anzahl von Arbeitnehmern auf einem oder mehreren freien Arbeitsplätzen in einem dieser Betriebe möglich, so hat der Arbeitgeber bei der Besetzung der freien Arbeitsplätze die sozialen Belange der betroffenen Arbeitnehmer zumindest nach § 315 BGB mitzuberücksichtigen (*BAG 22. September 2005 - 2 AZR 544/04 - zu B III 3 b aa der Gründe, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 59 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 141*). Bietet der Arbeitgeber in einer derartigen Konkurrenzsituation den freien Arbeitsplatz dem Arbeitnehmer an, der sich bereits auf derselben Hierarchieebene wie der Arbeitsplatz befindet, verstößt dies nicht gegen § 315 BGB.

57

d) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, dass die Sozialauswahl nicht grob fehlerhaft iSv. § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO ist. Es sei nicht zu erkennen, dass die Beurteilung der Betriebspartner, die vom Kläger angeführten Arbeitnehmer seien mit diesem nicht vergleichbar, grob fehlerhaft sei. Auch hiergegen führt die Revision keine beachtlichen Angriffe. Sie wiederholt lediglich den bereits in den Vorinstanzen gehaltenen Vortrag, ohne sich in irgendei-

58

ner Weise mit der Argumentation des Landesarbeitsgerichts zu befassen, die keine Rechtsfehler erkennen lässt.

2. Die Kündigung ist nicht wegen fehlerhafter Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Das Landesarbeitsgericht hat unter Bezug auf die Ausführungen des Arbeitsgerichts angenommen, dass die Anhörung des Betriebsrats den Anforderungen des § 102 BetrVG genüge. Die Revision hat keine dieser Würdigung zugrunde liegenden Rechtsfehler aufgezeigt. 59

a) Entgegen der Rüge der Revision ist der Kläger von der dem Interessenausgleich vom 17. Juli 2009 zugrunde liegenden Betriebsänderung erfasst. Der Kläger gehört zu den auf der Namensliste aufgeführten Arbeitnehmern. Dies ist dem Betriebsrat unter Ziff. 3 des Anhörungsschreibens mitgeteilt worden. Dieser ist deshalb im Anhörungsschreiben vom 20. August 2009 nicht irreführend informiert worden. 60

b) Das Arbeitsgericht hat unter Berücksichtigung des Grundsatzes der subjektiven Determination (*vgl. dazu BAG 12. August 2010 - 2 AZR 945/08 - Rn. 18, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 147 = EzA KSchG § 2 Nr. 79*) ausführlich dargelegt, dass und inwieweit der Betriebsrat im Übrigen ordnungsgemäß informiert worden ist. Diese Ausführungen hat sich das Landesarbeitsgericht zu eigen gemacht. Der Kläger hat sich mit dieser Würdigung nicht auseinandergesetzt, sondern sich darauf beschränkt, sein Vorbringen zur nicht hinreichenden Information des Betriebsrats, insbesondere zur fehlenden Abwägung der Sozialdaten des Klägers einerseits und der Arbeitnehmer Hö und W andererseits, und zum Fehlen freier Arbeitsplätze zu wiederholen, ohne jedoch in irgendeiner Weise Verfahrens- oder materielle Rechtsfehler aufzuzeigen. 61

3. Die Beklagte ist bei Erklärung der Kündigung wirksam vertreten worden. Die Administratoren sind gemäß Ziff. 4 Abs. 6 des Anhangs zum Beschluss des High Court vom 14. Januar 2009 Vertreter der Gesellschaft. Dieses Befugnis erstreckt sich ausdrücklich auf die Entlassung von Arbeitnehmern (*Ziff. 11 der Anlage A zum Beschluss des High Court vom 14. Januar 2009*, 62

*Anhang 1 zum Insolvency Act 1986*). Sie können dabei einzeln handeln (*Ziff. 9 dieses Beschlusses*) und auch Vertreter bestellen (*Ziff. 11 der Anlage A, Anhang 1 zum Insolvency Act 1986*). Diese Befugnisse sind, wie ausgeführt, entgegen der Ansicht des Klägers gemäß Art. 18 Abs. 1 EulnsVO von den deutschen Arbeitsgerichten zu achten, und zwar auch, soweit sie von der Stellung eines Insolvenzverwalters nach deutschem Recht abweichen.

4. Das Arbeitsverhältnis der Parteien hat mit Ablauf der Kündigungsfrist des § 113 Satz 2 InsO am 30. November 2009 geendet. § 113 InsO ist unionsrechtskonform dahin auszulegen, dass ein Administrator, der in Wahrnehmung seiner Befugnisse iSv. Art. 18 Abs. 1 EulnsVO handelt, einem Insolvenzverwalter nach deutschem Recht gleichsteht. Insoweit gilt nichts anderes als für § 125 InsO. 63

V. Eines Vorabentscheidungsersuchens des Senats nach Art. 267 Abs. 3 AEUV bedarf es auch unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (*29. Mai 2012 - 1 BvR 3201/11 - ZIP 2012, 1876; 21. Dezember 2010 - 1 BvR 3461/08 - CR 2011, 88*) nicht. 64

1. Die für die Abgrenzung der internationalen Zuständigkeit nach Art. 1 Abs. 2 Buchst. b EuGVVO einerseits und Art. 3 Abs. 1 EulnsVO andererseits maßgeblichen unionsrechtlichen Fragestellungen sind durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union geklärt. Insbesondere hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass der Anwendungsbereich des Art. 1 EuGVVO weit und der des Art. 3 EulnsVO eng auszulegen ist (*EuGH 10. September 2009 - C-292/08 - [German Graphics Graphische Maschinen GmbH] Rn. 22 - 25, Slg. 2009, I-8421*) und Art. 3 Abs. 1 EulnsVO den Gerichten des für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zuständigen Mitgliedstaats nur für Klagen, die sich unmittelbar aus einem Insolvenzverfahren herleiten und in engem Zusammenhang damit stehen, die internationale Zuständigkeit zuweist (*EuGH 19. April 2012 - C-213/10 - [F-Tex] Rn. 27, 29, NZI 2012, 469*). Die konkrete Subsumtion unter diese vom Gerichtshof entwickelten Grundsätze ist eine Frage des nationalen Rechts und damit von den nationalen Gerichten vorzunehmen (*vgl. Fehrenbach IPRax 2009, 492, 497*). 65

2. Die von der Revision aufgeworfene Frage, wie die §§ 113 und 125 InsO bei Tätigwerden eines Insolvenzverwalters im Rahmen einer grenzüberschreitenden Insolvenz zu verstehen sind, ist unter Heranziehung des Gebots der unionsrechtskonformen Auslegung zu beantworten. Diesbezüglich hat der Gerichtshof der Europäischen Union bereits entschieden, dass die nationalen Gerichte den Rechtsschutz zu gewährleisten haben, der sich für die Bürger aus der unmittelbaren Wirkung von Bestimmungen des Unionsrechts ergibt, und es ihnen dabei obliegt, die anwendbaren innerstaatlichen Bestimmungen unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Unionsrechts auszulegen und anzuwenden (*vgl. EuGH 28. September 1994 - C-200/91 - [Coloroll Pension Trustees] Rn. 29, Slg. 1994, I-4389; 4. Februar 1988 - C-157/86 - [Murphy ua.] Rn. 11, Slg. 1988, 673*). Dieses Gebot verlangt, dass die nationalen Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit die volle Wirksamkeit des Unionsrechts sicherstellen und dass sie das gesamte nationale Recht berücksichtigen, um zu beurteilen, inwieweit es so angewandt werden kann, dass es nicht zu einem dem Unionsrecht zuwiderlaufenden Ergebnis führt (*EuGH 16. Dezember 2010 - C-239/09 - [SEYDALAND] Rn. 50, Slg. 2010, I-13083*). In der Literatur besteht, wie unter Rn. 40 ausgeführt, Einigkeit, dass die §§ 113 und 125 InsO im Fall grenzüberschreitender Insolvenzen, bei denen aufgrund der Regelung des Art. 10 EulnsVO deutsches Arbeitsrecht gilt, anzuwenden sind.

66

VI. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. Das Landesarbeitsgericht hat bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt, dass vor dem Arbeitsgericht ein Teilvergleich über die Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte und eine Zeugnisberichtigung geschlossen worden ist. Mit seiner Entscheidung, wonach der Kläger die Kosten des Rechtsstreits zu tragen habe, soweit diese nicht durch den Teilvergleich geregelt seien, hat das Arbeitsgericht eine Quotelung nach Verfahrensabschnitten vorgenommen und damit den Grundsatz der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung verletzt (*vgl. Creutzfeldt RdA 2004, 281, 282*). Diese fehlerhafte erstinstanzliche Kostenent-

67

scheidung ist von Amts wegen auch noch in der Revisionsinstanz zu berichtigen (*BGH 24. November 1980 - VIII ZR 208/79 - zu V der Gründe, NJW 1981, 1453*). Unter Berücksichtigung der Aufhebung der Kosten im Teilvergleich hat der Kläger 4/5 der Kosten erster Instanz zu tragen.

Fischermeier

Gallner

Spelge

Schäferkord

Reiner Koch