

**9 (2) Sa 43/03**

4 Ca 1819/01 A

(Weiden)



**LANDEsarBEITsGERICHT NÜRNBERG**

IM NAMEN DES VOLKES

# URTEIL

in dem Rechtsstreit

**A...**

- ... -

Prozessbevollmächtigte: ...

**g e g e n**

**1. B...**

**2. C...**

- ... -

Prozessbevollmächtigte: ...

**wegen** Arbeitsentgelt und sonstiges

Die 9. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg hat durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht **R o t h** und die ehrenamtlichen Richter Hummer und Maschke aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 08. September 2003

## **für Recht erkannt:**

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Weiden - Kammer Schwandorf, Gerichtstag Amberg - vom 10.12.2002, Az.: 4 Ca 1819/01 A, abgeändert.
2. Die Klage wird insgesamt abgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

## **Tatbestand:**

Die Parteien streiten noch über die Gewährung eines Nachteilsausgleichs und einen Schadensersatzanspruch.

Der Kläger war bei der Firma D... seit dem 01.11.1991 beschäftigt, ab 01.05.1996 auf der Basis des schriftlichen Arbeitsvertrages vom selben Tag (Kopie Bl. 41 bis 44 d.A.) als Substitut im Kaufhaus E... und seit Anfang 1999 als Leiter des Kaufhauses F....

Mit Beschluss des Amtsgerichts Amberg vom 01.04.2000 (Kopie Bl. 175 d.A.) ist über das Vermögen der Firma ab diesem Tag, 08:00 Uhr, das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zu 1) und 2) - künftig: Beklagter - zum Insolvenzverwalter bestellt worden.

Mit Schreiben vom 19.04.2000 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers wegen Schließung des Kaufhauses in F..., in dem neben dem Kläger noch ca. 39 Arbeitnehmer beschäftigt waren, zum 31.07.2000. Ferner zeigte er mit Schreiben vom 02.05.2000 (Kopie Bl. 69 d.A.) Masseunzulänglichkeit an.

Vor Ausspruch der Kündigung wurde weder mit dem bestehenden Betriebsrat oder dem Gesamtbetriebsrat ein schriftlicher Interessenausgleich vereinbart bzw. ein Einigungsstellenverfahren diesbezüglich durchgeführt noch eine gerichtliche Entscheidung i.R.d. § 122 InsO herbeigeführt. Zwischen dem Beklagten und dem Gesamtbetriebsrat der Firma wurde unter dem Datum 28.06./02.07.2001 ein Sozialplan (Kopie Bl. 6 bis 12 d.A.) verabschiedet.

Der spätere Prozessbevollmächtigte des Klägers hat mit Schreiben vom 14.12.2000 (Kopie Bl. 200, 201 d.A.) restliche Vergütungsansprüche geltend gemacht und die Zahlung eines Nachteilsausgleichs nach § 113 BetrVG begehrt. Mit weiterem Schrei-

ben vom 26.03.2001 (Kopie Bl. 52, 53 d.A.) wurden die Forderungen im Rahmen des Insolvenzverfahrens angemeldet.

Mit der zum Arbeitsgericht Weiden erhobenen Klage vom 01.11.2001 begehrt der Kläger von dem Beklagten als Vertreter der insolventen Arbeitgeberin und in seiner Funktion als Insolvenzverwalter die Abgeltung von Überstunden, die Zahlung eines Nachteilsausgleichs, letzteres auch als Schadensersatz gemäß der §§ 60, 61 InsO.

Wegen der Anträge der Parteien und ihres näheren Vorbringens im erstinstanzlichen Verfahren wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht Weiden - Kammer Schwandorf, Gerichtstag Amberg - hat am 10.12.2002 folgendes Endurteil verkündet:

1. Es wird festgestellt, dass der Beklagte zu 1) 14.367,05 EUR brutto nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit 27.03.2001 zu zahlen hat.
2. Der Beklagte zu 2) wird verurteilt, an den Kläger 14.367,05 EUR brutto nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit 27.03.2001 zu zahlen, soweit der Kläger aus dem in Ziffer 1. festgestellten Anspruch keine Befriedigung erfährt.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
4. Von den Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger 56 %, der Beklagte zu 1) 14 % sowie der Beklagte zu 2) 30 % zu tragen.
5. Der Streitwert wird auf 26.701,65 EUR festgesetzt.
6. Die Berufung wird nicht gesondert zugelassen.

Gegen das dem Beklagten am 20.01.2003 zugestellte Urteil hat dieser mit Schriftsatz vom 21.01.2003, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg eingegangen am 22.01.2003, Berufung eingelegt und sie mit Schriftsatz vom 26.02.2003, der beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am 27.02.2003 eingegangen ist, begründet.

Der Beklagte meint, dem Kläger stehe kein Anspruch auf Nachteilsausgleich zu. Mit dem zuständigen Betriebsrat sei vor dem 01.04.2000 mündlich ein Interessenausgleich vereinbart worden. Sollte dessen Wirksamkeit an der fehlenden Schriftform scheitern, handle es sich zumindest um den Versuch eines Interessenausgleichs i.S.d. § 113 Abs. 3 BetrVG. Zudem hätte die Entlassung des Klägers auch durch einen schriftlich abgeschlossenen Interessenausgleich nicht vermieden werden kön-

nen, da alle Arbeitnehmer der Gemeinschuldnerin entlassen worden seien. Infolge des Abschlusses eines Sozialplans sei dem Kläger kein im Rahmen des Nachteilsausgleichs zu ersetzender wirtschaftlicher Schaden entstanden. Zumindest müsste der Anspruch auf einen Nachteilsausgleich in vollem Umfang mit dem Abfindungsanspruch aus dem abgeschlossenen Sozialplan verrechnet werden. Der Kläger habe mit Schreiben vom 01.03.2000 (Kopie Bl. 171 ff. d.A.) bezüglich des Kaufhauses der Gemeinschuldnerin in F... ein Übernahmeangebot unterbreitet, damit seinen Arbeitnehmerstatus aufgeben und insofern auf einen Nachteilsausgleich wirksam verzichtet. Sollte ein Anspruch auf Nachteilsausgleich entstanden sein, sei dieser infolge Zeitablaufs wieder erloschen, denn in § 9 des zuletzt abgeschlossenen schriftlichen Anstellungsvertrages sei hinsichtlich des Erlöschens von Ansprüchen aus dem Angestelltenverhältnis auf die Ausschlussfristen des Manteltarifvertrages des bayerischen Einzelhandels verwiesen worden. Zu den Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis zähle auch der auf Gewährung eines Nachteilsausgleiches. Dieser hätte spätestens drei Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.07.2000 geltend gemacht werden müssen. Diese Frist habe der Kläger versäumt. Von ihm selbst sei keine Masseverbindlichkeit begründet worden, für die er i.R.d. §§ 60, 61 InsO einzustehen habe. Der Betrieb in F... sei nämlich bereits zum 31.03.2000 tatsächlich stillgelegt worden. Zu diesem Zeitpunkt sei auch der Kläger von der Arbeitstätigkeit freigestellt worden. Da die Stilllegung tatsächlich bereits vor Insolvenzeröffnung vollzogen worden sei, handle es sich bei dem Anspruch auf Nachteilsausgleich um eine Insolvenzforderung gemäß § 38 InsO und keine Masseverbindlichkeit. Im Übrigen sei auch eine insolvenzrechtliche Bestimmung von ihm nicht verletzt worden. Bei Ausspruch der Kündigung sei insbesondere die Masseunzulänglichkeit noch nicht abzu sehen gewesen, da noch mit Zuflüssen aus möglichen Veräußerungen anderer Kaufhäuser der Gemeinschuldnerin habe gerechnet werden können.

Der Beklagte und Berufungskläger beantragt:

Das am 10.12.2002 verkündete und am 20.01.2003 zugestellte Endurteil des Arbeitsgerichts Weiden, AZ: 4 Ca 1819/01 A, wird wie folgt abgeändert:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Der Kläger und Berufungsbeklagte beantragt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Weiden vom 10.12.2002, Aktenzeichen: 4 Ca 1819/01 A wird zurückgewiesen.

Zur Begründung trägt er vor, ohne eine schriftliche Vereinbarung sei kein wirksamer Interessenausgleich zustande gekommen und ohne Durchführung eines Einigungsstellenverfahrens sei auch von keinem Versuch zur Herbeiführung eines Interessenausgleichs i.S.d. § 113 Abs. 3 BetrVG auszugehen. Auf den ihm erwachsenen Anspruch auf einen Nachteilsausgleich habe er zu keinem Zeitpunkt rechtswirksam verzichtet. Der Anspruch sei auch nicht verfallen, da im Arbeitsvertrag selbst eine Aus-

schlussfrist nicht konkret geregelt worden sei und er seine Forderung im Übrigen bereits mit Schreiben vom 14.12.2000 geltend gemacht habe. Bei dem Anspruch auf Nachteilsausgleich handle es sich um eine Masseverbindlichkeit. Die Betriebsänderung sei nämlich erst mit der Kündigung vom 19.04.2000 durchgeführt worden und ein Nachteil bei ihm erst aufgrund dieser Kündigung eingetreten. Der Beklagte schulde Schadensersatz gemäß der §§ 60, 61 InsO, da die Kündigung ohne Versuch eines Interessenausgleichs eine schuldhafte Pflichtverletzung darstelle und sein Schaden zumindest im Verlust einer längeren Kündigungsfrist liege.

Hinsichtlich der näheren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze und das Sitzungsprotokoll vom 08.09.2003 verwiesen.

Von einer weitergehenden Darstellung des Tatbestandes wird gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG abgesehen.

### **Entscheidungsgründe:**

#### **I.**

Die Berufung ist zulässig.

Sie ist statthaft, § 64 Abs. 1, 2 b ArbGG, und auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 517, 519, 520 ZPO.

#### **II.**

Die Berufung ist sachlich begründet.

Auf die Berufung des Beklagten ist das Ersturteil abzuändern und die Klage insgesamt kostenpflichtig abzuweisen.

Das Erstgericht hat zwar zutreffend seine Zuständigkeit und die Zulässigkeit der positiv verbeschiedenen Klageanträge bejaht. Zu Unrecht hat das Erstgericht jedoch den Feststellungs- und Zahlungsansprüchen des Klägers stattgegeben. Diesem steht gegenüber der Gemeinschuldnerin kein Anspruch auf Gewährung eines Nachteilsausgleichs gemäß § 113 Abs. 3 BetrVG mehr zu und insoweit ist ihm der kündigende Insolvenzverwalter auch nicht gemäß §§ 60, 61 InsO zum Schadensersatz verpflichtet.

1. Das Erstgericht hat zutreffend von einer Vorabentscheidung über die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtsweges in Bezug auf die Schadensersatzklage gegen den Beklagten wegen insolvenzrechtlicher Ansprüche abgesehen, denn die zunächst erhobene Rüge des Beklagten gemäß § 17 a Abs. 3 Satz 2 GVG wurde von ihm nicht aufrechterhalten. Dies hat der Beklagte in der Berufungsverhandlung vom 08.09.2003 nochmals ausdrücklich bestätigt. Bei Schadensersatzansprüchen eines Arbeitnehmers gegen den Insolvenzverwalter gemäß §§ 60, 61 InsO für arbeitsrechtliche Ansprüche handelt der Insolvenzverwalter

als Rechtsnachfolger der Gemeinschuldnerin i.S.d. § 3 ArbGG, weshalb der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet ist, §§ 2 Abs. 1 Ziff. 3 a, d, 3 ArbGG (so BAG vom 09.07.2003 - 5 AZB 34/03 - ZIP 2003, 1617).

2. Dem Kläger steht gegenüber der Gemeinschuldnerin kein Anspruch auf Nachteilsausgleich gemäß § 113 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 BetrVG zu, denn dieser Anspruch ist wegen Versäumung der einzelvertraglich in Bezug genommenen tarifvertraglichen Ausschlussfrist wieder verfallen.
  - a) Das Erstgericht hat zutreffend festgestellt, bei der Schließung des Kaufhauses in F... handle es sich um eine betriebsändernde Maßnahme i.S.d. § 111 BetrVG und deshalb sei mit dem zuständigen Betriebsrat zur Vermeidung eines Anspruchs aus § 113 Abs. 3 BetrVG ein Interessenausgleich zu vereinbaren oder dies wenigstens zu versuchen. Für den Abschluss eines Interessenausgleichs ist die Wahrung der Schriftform Wirksamkeitsvoraussetzung (vgl. BAG vom 09.07.1985 - 1 AZR 323/83 - AP Nr. 13 zu § 113 BetrVG 1972), die hier nicht gewahrt worden ist. Soweit kein wirksamer schriftlicher Interessenausgleich zustande kommt ist der Arbeitgeber gehalten, um Ansprüche auf einen Nachteilsausgleich auszuschließen, das Einigungsverfahren - einschließlich des Verfahrens vor der Einigungsstelle - voll auszuschöpfen (so BAG vom 18.12.1984 - 1 AZR 176/82 - AP Nr. 11 zu § 113 BetrVG 1972). Dies hat die Gemeinschuldnerin bzw. der für sie tätige (vorläufige) Insolvenzverwalter vor faktischer Stilllegung des Kaufhauses und Ausspruch der Kündigungen gegenüber den Arbeitnehmern unterlassen.
  - b) Der für den Kläger erwachsene Anspruch aus § 113 Abs. 3 BetrVG ist infolge nicht rechtzeitiger Geltendmachung des Klägers gegenüber dem Beklagten als gesetzlichen Vertreter der Gemeinschuldnerin nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 01.04.2000 wieder erloschen.
    - ba) Die Arbeitsvertragsparteien haben in § 9 des schriftlichen Anstellungsvertrages vom 01.05.1996 wirksam in Bezug auf das Erlöschen von Ansprüchen die jeweiligen Regelungen im Manteltarifvertrag des bayerischen Einzelhandels in Bezug genommen.

Von dieser vertraglichen Regelung ist auch nach Wechsel des Einsatzgebietes des Klägers vom Kaufhaus E... in das Kaufhaus der Arbeitgeberin in F... nicht abgewichen worden. Hierzu hätte es gemäß § 10 Ziff. 2 des Vertrages einer neuen schriftlichen Vereinbarung bedurft. Auf eine solche hat sich der Kläger nicht berufen, weshalb davon ausgegangen werden muss, die Konditionen des schriftlichen Vertrages vom 01.05.1996 sollten für das Vertragsverhältnis weiterhin Gültigkeit behalten.

In § 9 des Vertrages ist in ausreichend konkreter Weise auf die jeweiligen Verfallfristen im Manteltarifvertrag des bayerischen Einzelhandels Bezug genommen worden. In der bis zum 31.12.1999 gültigen

Fassung war dieser Manteltarifvertrag ohnehin für allgemeinverbindlich erklärt. Für den ab 01.01.2000 in Kraft getretenen Manteltarifvertrag vom 23.04.2001 ist die Vertragsklausel dahingehend auszulegen, dass durch die Inbezugnahme eine Gleichstellung der nicht tarifgebundenen Mitarbeiter mit den tarifgebundenen Beschäftigten bezweckt werden sollte. Um diesen Zweck zu erreichen ist in Ermangelung entgegenstehender Anhaltspunkte von einer dynamischen Verweisung auf den jeweils geltenden Tarifvertrag auszugehen (vgl. hierzu BAG vom 04.09.1996 - 4 AZR 135/95 - NZA 1997, 271). Da in § 9 des Vertrages nicht der Manteltarifvertrag des bayerischen Einzelhandels in einer bestimmten Fassung bezeichnet worden ist fehlen jegliche Anhaltspunkte, die gegen eine dynamische Verweisung auf den Tarifvertrag sprechen würden.

Vom Kläger werden keine konkreten Umstände, die gegen die Wirksamkeit der einzelvertraglichen Inbezugnahme Klausel sprechen könnten, vorgetragen, weshalb sich diesbezüglich weitere Ausführungen erübrigen.

- bb) Der Einhaltung der tarifvertraglichen Ausschlussfrist bedurfte es im vorliegenden Fall, in dem sich der Kläger auf eine Masseverbindlichkeit der Gemeinschuldnerin beruft, die erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch ein Tätigwerden des Insolvenzverwalters begründet worden ist. Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 18.12.1984 (1 AZR 588/82 - AP Nr. 88 zu § 4 TVG Ausschlussfristen) lediglich in Bezug auf die Geltendmachung von Konkursforderungen von einem Erfordernis der Einhaltung der tarifvertraglichen Ausschlussfrist abgesehen und auf die konkursrechtlichen Besonderheiten der Anmeldung zur Konkurstabelle verwiesen. Unter Ziff. 4 dieser Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht ausdrücklich festgehalten, dass für solche Forderungen, die Arbeitnehmer als Massegläubiger nach der Konkurseröffnung erwerben, nach wie vor ein berechtigtes Bedürfnis beider Vertragsparteien besteht, gegenseitige Forderungen nach den Regeln abzuwickeln und durchzusetzen, die für das Arbeitsverhältnis mit dem Gemeinschuldner bestanden. Deshalb müssen in solchen Fällen die Ausschlussfristen im vollen Umfang angewendet werden. Diese für das Konkursrecht geltende Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist ohne weiteres auf vergleichbare Fallkonstellationen nach Inkrafttreten der Insolvenzordnung anzuwenden.

Da es dem Kläger nicht um die Durchsetzung einer bloßen Insolvenzforderung und deren Anmeldung zur Tabelle geht, wie sich aus seinem Leistungs- und Feststellungsantrag und der Begründung hierfür ohne weiteres ergibt, kann auf das Erfordernis der Einhaltung der tarifvertraglichen Ausschlussfrist im vorliegenden Fall nicht verzichtet werden. Andererseits braucht an dieser Stelle noch nicht geprüft zu werden, ob der Anspruch des Klägers auf einen Nachteilsausgleich gemäß § 113 Abs. 3 BetrVG tatsächlich eine Masseverbindlichkeit begründet oder nicht, denn selbst wenn dies zugunsten des Klägers unterstellt würde, wäre ein diesbezüglicher Anspruch wieder unterge-

gangen.

- bc) Ansprüche von Arbeitnehmern nach § 113 Abs. 3 i.V.m. § 113 Abs. 1 BetrVG werden von einer Ausschlussklausel erfasst, die sich auf jegliche "Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis" erstreckt. Für tarifvertragliche Ausschlussklauseln, die "alle übrigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis" erfasst, hat dies das Bundesarbeitsgericht bereits in zwei Entscheidungen (Urteil vom 29.11.1983 - 1 AZR 523/82 - AP Nr. 10 zu § 113 BetrVG 1972 und vom 21.10.1997 - 1 AZR 138/97 - n.v.) bejaht. Bei dem Anspruch auf eine Abfindung nach § 113 Abs. 3 BetrVG handelt es sich nämlich um einen gesetzlichen Anspruch, der seine Grundlage im Arbeitsverhältnis hat. Ferner wird durch die Formulierung "alle übrigen Ansprüche" der Wille der Tarifvertragsparteien zum Ausdruck gebracht, eine umfassende Bereinigung anzustreben und alle eventuell in Betracht kommenden Ansprüche der Ausschlussfrist zu unterwerfen. Dies entspricht dem Zweck einer solchen Frist, in angemessener Zeit Klarheit und Rechtsfrieden zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses zu schaffen.

Von dieser Interessenlage der Parteien ist auch im vorliegenden Fall auszugehen, in dem generell und ohne Differenzierung eine Regelung hinsichtlich des Erlöschens "von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis" getroffen worden ist. Auch damit sind sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis der Ausschlussfrist unterworfen worden, zumal jegliche Ansatzpunkte für eine Differenzierung im Hinblick auf den hier streitgegenständlichen Anspruch fehlen.

- bd) Der Anspruch des Klägers ist gemäß § 9 des Vertrages i.V.m. § 23 Ziff. 2 Abs. 2 des Manteltarifvertrages vom 23.04.2001 für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Einzelhandel in Bayern, der mit Wirkung ab dem 01.01.2000 in Kraft getreten ist, verfallen, denn er ist nicht innerhalb der dort geregelten Frist von drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Beklagten geltend gemacht worden. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass dem Kläger mit Wirkung zum 31.07.2000 rechtswirksam unter Beachtung der insolvenzrechtlichen Bestimmungen gekündigt worden ist. Damit hätte unter Beachtung der §§ 187, 188 BGB die Forderung bis spätestens 31.10.2000 gegenüber dem Beklagten geltend gemacht werden müssen. Dies wird von dem Kläger nicht behauptet, sondern in diesem Zusammenhang lediglich darauf verwiesen, er habe seine Forderung bereits mit Schreiben vom 14.12.2000 geltend gemacht. Da zu diesem Zeitpunkt die Verfallfrist bereits abgelaufen war, ist der Anspruch des Klägers auf einen Nachteilsausgleich wieder erloschen.

3. Dem Kläger stehen gegenüber dem Beklagten keine Schadensersatzansprüche aufgrund der speziellen insolvenzrechtlichen Regelungen in den §§ 60, 61 InsO zu.

- a) Soweit der Kläger seinen Anspruch auf § 60 Abs. 1 InsO stützt, fehlt es bereits an der ausreichenden Darlegung einer gegenüber dem Kläger bestehenden insolvenzspezifischen Verpflichtung, gegen die der Insolvenzverwalter verstoßen haben soll (vgl. hierzu Wimmer-Kind, Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., § 60 Rz. 7).

Bei § 122 Abs. 1 InsO handelt es sich - entgegen der Ansicht des Klägers - um keine solche Regelung. Denn dort werden dem Insolvenzverwalter zusätzliche rechtliche Möglichkeiten eingeräumt, um im Interesse der Erhaltung der Insolvenzmasse zur Abwehr von Ansprüchen der betroffenen Arbeitnehmer gemäß § 113 Abs. 3 BetrVG eine Betriebsänderung durchzuführen, ohne mit dem Betriebsrat vorher einen Interessenausgleich vereinbart oder ein diesbezügliches Einigungsstellenverfahren durchgeführt zu haben. Diese Vorschrift dient damit gerade nicht dem Schutze der betroffenen Mitarbeiter, für die die Entstehung eines Anspruchs gerade vermieden werden soll, sondern dem Interesse der Gläubigergesamtheit, für die der Bestand der Masse möglichst ungeschmälert erhalten bleiben soll.

Das Absehen des Beklagten, von den Möglichkeiten des § 122 Abs. 1 InsO Gebrauch zu machen, hat bei dem Kläger auch keinen Schaden ausgelöst. Vielmehr hat dieses Verhalten des Insolvenzverwalters dazu geführt, dass dem Kläger ein Anspruch auf Nachteilsausgleich gemäß § 113 Abs. 3 BetrVG erwachsen ist. Dieser Anspruch ist auch nicht durch ein Tätigwerden des Insolvenzverwalters wieder untergegangen, sondern aufgrund eigenen Untätigbleibens des Klägers im Rahmen der für ihn geltenden Ausschlussfrist, wie bereits dargestellt worden ist.

- b) Ein Schadensersatzanspruch für den Kläger ergibt sich auch nicht aus § 61 InsO.

§ 61 Satz 1 InsO setzt die Existenz einer Masseverbindlichkeit voraus, die aus der Insolvenzmasse nicht voll erfüllt werden kann. Eine solche Masseverbindlichkeit liegt im vorliegenden Fall nicht vor.

- ba) Dies bereits deshalb nicht, da der Anspruch auf Nachteilsausgleich, sollte es sich hierbei um eine Masseverbindlichkeit gehandelt haben, aufgrund der im vorliegenden Fall greifenden Ausschlussfrist wieder entfallen ist. Somit ist eine Masseverbindlichkeit nachträglich wieder entfallen, ohne dass dies auf dem fehlenden Umfang der Insolvenzmasse beruht.

- bb) Bei dem Anspruch des Klägers auf Nachteilsausgleich nach § 113 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 BetrVG handelt es sich um keine Masseverbindlichkeit nach § 55 InsO, sondern eine Insolvenzforderung i.R.d. § 38 InsO.

Eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO würde voraus-

setzen, dass die Verbindlichkeiten, durch eine Handlung des Insolvenzverwalters oder in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet worden ist, ohne zu den Kosten des Insolvenzverfahrens zu gehören.

Der Anspruch des Klägers auf Nachteilsausgleich wurde nicht nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch den Beklagten in seiner Funktion als Insolvenzverwalter ausgelöst.

Nach § 113 Abs. 3 BetrVG entsteht der Anspruch auf Nachteilsausgleich, wenn der Unternehmer eine geplante Betriebsänderung nach § 111 BetrVG durchführt, ohne über sie einen Interessenausgleich versucht zu haben, und infolge der Maßnahme Arbeitnehmer entlassen werden. Durchgeführt wird eine geplante Betriebsänderung dann, wenn der Arbeitgeber mit ihr beginnt und damit vollendete Tatsachen schafft. Abzustellen ist darauf, ob der Arbeitgeber während der Verhandlungen rechtsgeschäftliche Handlungen vornimmt, die das Ob und das Wie der Betriebsänderung vorwegnehmen (vgl. BAG vom 20.11.2001 - 1 AZR 97/01 - AP Nr. 39 zu § 113 BetrVG 1972; Urteil vom 04.12.2002 - 10 AZR 16/02 - AP Nr. 2 zu § 38 InsO).

Maßgeblich für die insolvenzrechtliche Beurteilung des Anspruchs ist der Zeitpunkt, zu dem die geplante Betriebsänderung durchgeführt und der Verhandlungsanspruch des Betriebsrats vereitelt wird. Auch wenn Arbeitnehmer nach einer beschlossenen Betriebsstilllegung über den Zeitpunkt der Eröffnung des Konkursverfahrens hinaus noch beschäftigt werden, ist ihr Abfindungsanspruch als Insolvenzforderung zu berichtigen, wenn die Betriebsstilllegung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begonnen und der Versuch eines vorherigen Interessenausgleichs unterblieben ist. Der Nachteilsausgleich ist nur dann als Masseschuld zu berichtigen, wenn die Betriebsänderung nach Insolvenzeröffnung beschlossen und durchgeführt wird (so BAG im Urteil vom 04.12.2002, aaO).

Hier hat sich der Beklagte darauf berufen, dass bereits vor dem 01.04.2000 die Stilllegung des Kaufhauses in F... beschlossen und damit begonnen worden sei, dies tatsächlich durchzuführen. Dafür spricht, dass der Kläger bereits mit Schreiben vom 01.03.2000 ein eigenes Angebot zur Übernahme des Kaufhauses abgegeben hat, woraus ersichtlich wird, dass die Gemeinschuldnerin dieses Kaufhaus zeitnah aufzugeben beabsichtigte. Der Beklagte hat sich ferner darauf berufen, dass das Kaufhaus bereits zum 31.03.2000 seine Pforten geschlossen habe und die Mitarbeiter - einschließlich des Klägers - ab diesem Zeitpunkt freigestellt worden seien. Diesem Sachvortrag ist der Kläger mit keinen konkreten Tatsachen entgegengetreten, weshalb die Behauptungen des Beklagten gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gelten. Der Klägervertreter wurde diesbezüglich zuletzt im Verhandlungstermin vom 08.09.2003 zur behaupteten faktischen Stilllegung des Betriebes bereits zum 31.03.2000 befragt und konnte keine Erklärungen hierzu abgeben.

Damit wurde bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 01.04.2000 um 08:00 Uhr begonnen, eine geplante Betriebsstilllegung durchzuführen. Anhaltspunkte dafür, es habe zu diesem Zeitpunkt

noch aussichtsreiche Verhandlungen mit potenziellen Übernehmern gegeben und die Schließung des Kaufhauses und die Freistellung der Mitarbeiter sei nur mit vorübergehender Wirkung vorgenommen worden, sind vom Kläger nicht vorgetragen worden. Dies widerspräche auch dem Interesse eines potenziellen Übernehmers, der ein Einzelhandelsgeschäft mit dem bisherigen Sortiment und dem bisherigen Kundenstamm übernehmen will, da auch eine nur vorübergehende Schließung sich auf die Kundenbeziehungen nachteilig auswirkt.

Der Umstand, dass erst nach Insolvenzeröffnung geplante Kündigungen ausgesprochen werden, muss nicht auf einer erst nachträglich getroffenen Stilllegungsentscheidung beruhen, sondern kann ihre Ursache auch in der Ausnützung insolvenzrechtlicher Vorteile haben.

Für eine Anwendung des § 55 Abs. 2 InsO werden von dem Kläger keine konkreten Tatsachen vorgetragen, weshalb sich insofern auch eine weitere Prüfung erübrigt.

### III.

1. Der unterlegene Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, § 91 Abs. 1 ZPO.
  
2. Für die Zulassung der Revision besteht kein gesetzlich begründeter Anlass, § 72 Abs. 1, 2 ArbGG.

-

#### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil ist die Revision nicht zulässig; auf § 72 a Arbeitsgerichtsgesetz wird verwiesen.

**Roth**, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

**Hummer**, Ehrenamtlicher Richter

**Maschke**, Ehrenamtlicher Richter