



MAYER | BROWN Labor Law Magazine ACC Association of Corporate Counsel EUROPE

ACC talks 2020

In Kooperation mit Association of Corporate Counsel

Webinar | 18. November 2020
9:00 – 10:30 Uhr



Herzlich willkommen

			
<p>Dr. Guido Zeppenfeld Mayer Brown LLP Managing Partner Germany Frankfurt E gzeppenfeld@mayerbrown.com T +49 69 7941 2241</p>	<p>Dr. Hagen Köckeritz Mayer Brown LLP Partner Frankfurt E hkoeckeritz@mayerbrown.com T +49 69 79471 2323</p>	<p>Shahin Timdarazar GKN Automotive General Counsel, Europe E shahin.timdarazar@gknautomotive.com T +49 2246 100 2776</p>	<p>Prof. Dr. Thomas Wegerich German Law Publishers Herausgeber Labor Law Magazine E thomas.wegerich@germanlawpublishers.com T +49 69 95649559</p>

MAYER | BROWN

Herzlich willkommen

Moderation

Prof. Dr. Thomas Wegerich | German Law Publishers | Herausgeber Labor Law Magazine

Vortragende

Shahin Timdarazar | GKN Automotive | General Counsel, Europe

Dr. Hagen Köckeritz | Mayer Brown LLP | Partner, Frankfurt

Dr. Guido Zeppenfeld | Mayer Brown LLP | Managing Partner Germany, Frankfurt

MAYER BROWN

Agenda

Prof. Dr. Thomas Wegerich, German Law Publishers
Begrüßung der Association of Corporate Counsel

Dr. Hagen Köckeritz, Mayer Brown LLP
Restrukturierung & Personalabbau – Rechtlicher Rahmen und aktuelle Entwicklungen

Dr. Guido Zeppenfeld, Mayer Brown LLP
Möglichkeiten zur Optimierung von Sozialplankosten

Shahin Timdarazar, GKN Automotive
Restrukturierung & Personalabbau – Einblicke in die Praxis

Fragen & Diskussion

MAYER BROWN



Dr. Hagen Köckeritz
Restrukturierung und Personalabbau –
Rechtlicher Rahmen und aktuelle
Entwicklungen

MAYER BROWN



Standortbestimmung / Themen (1/3)

- Restrukturierungen haben (arbeits-)rechtliche Implikationen auf verschiedenen Ebenen innerhalb und außerhalb des Unternehmens. Hauptakteure sind neben dem ArbGeb:
 - Arbeitnehmervertretungen im Betrieb und Unternehmen (d.h. BR, SprA, WA, ggf. EBR, ggf. SBV),
 - Gewerkschaften,
 - Agentur für Arbeit, und
 - Arbeitnehmer
- Schwerpunkt regelmäßig auf Beteiligung des Betriebsrats gemäß §§ 111 ff. BetrVG und § 17 KSchG
- Pflicht zur Beteiligung des Betriebsrats bei Planung einer Betriebsänderung i.S.v. § 111 BetrVG, d.h. bei
 - Einschränkung oder Stilllegung von Betrieben oder wesentlichen Betriebsteilen / Personalabbau (Nr. 1)
 - Verlegung des ganzen Betriebes oder von wesentlichen Betriebsteilen (Nr. 2)
 - Zusammenschluss mit anderen Betrieben oder Spaltung von Betrieben (Nr. 3)
 - Grundlegende Änderung der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen (Nr. 4)
 - Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren (Nr. 5)

MAYER BROWN

Standortbestimmung / Themen (2/3)

- Einschränkung / Stilllegung von Betrieben oder wesentlichen Betriebsteilen sowie (reiner) Personalabbau in der Praxis häufigste Fälle der Betriebsänderung
- Quantitative / qualitative Aspekte für Bestimmung der Erheblichkeit; Richtwert i.d.R. § 17 KSchG, d.h. bei Betrieben
 - mit 21 bis 59 AN – 6 AN und mehr
 - mit 60 bis 499 AN – 10% oder mehr als 25 AN
 - mit 500 bis 599 AN – 30 AN
 - mit über 600 AN – mind. 5% der AN betroffen
- Maßgeblich ist „einheitliche unternehmerische Planung“ (Beachte „Zeitfenster“ bei § 111 BetrVG vs. § 17 KSchG)
- Zuständigkeit BR vs. GBR (KBR)
 - Verhandlung mit unzuständigem Gremium stellt keine ordnungsgemäße Beteiligung dar; Risiko, dass gesamtes Verfahren wiederholt werden muss; Risiko von Nachteilsausgleichsansprüchen gem. § 113 Abs. 3 BetrVG
 - GBR zuständig nur wenn Betriebsänderung „notwendigerweise einheitlich für alle oder mehrere betroffene Betriebe geregelt werden muss“; Beachte: Auseinanderfallen der Zuständigkeit von BR und GBR bei IA und SP möglich
 - Sonderfall betriebsratslose Betriebe (§ 50 Abs. 1 vs. Abs. 2 BetrVG); Konfliktlösung bei unklarer Zuständigkeit

MAYER | BROWN

Standortbestimmung / Themen (3/3)

- Weitere typische Themenfelder:
 - Kündigungsschutz nach KSchG
 - insbesondere Arbeitsplatzwegfall, Sozialauswahl, Pflicht zu Angebot freier Stellen
 - Sonderkündigungsschutz
 - Insbesondere bei BR-Mitgliedschaft, Schwerbehinderung, Mutterschutz, Elternzeit, DSB
 - Einholung von Zustimmung
 - Anhörungen insbesondere des BR gem. § 102 BetrVG und der SBV gem. § 178 Abs. 2 SGB IX

MAYER | BROWN

Unterrichtung, Beratung, Verhandlung

- Pflicht zur rechtzeitigen Unterrichtung (Vorüberlegungen / Alternativüberlegung vs. Planung, d.h. prinzipieller Entschluss zur Durchführung der Maßnahme)
- Ablauf des Beteiligungsverfahrens:
 - Informationsphase
 - Unterrichtung des BR muss umfassend sein
 - Ursachen und Gründe, Umfang und Auswirkungen sowie Zweckmäßigkeit der Planung sind unaufgefordert dazulegen
 - Beratungsphase
 - Beratung über „Ob“, „Wann“ und „Wie“ der Maßnahme
 - Durchführung des Interessenausgleichsverfahrens
 - Durchführung des Sozialplanverfahrens
- Abschluss des Interessenausgleichsverfahrens durch: (i) schriftlichen Abschluss eines IA, (ii) schriftliche Vereinbarung über ergebnislose Beendigung des IA-Verfahrens, (iii) Aufgabe der Betriebsänderung, oder (iv) Feststellung des Scheiterns der Verhandlungen in Einigungsstelle

MAYER | BROWN

Sonderthema: Massenentlassung (1/3)

- Massenentlassungsanzeige gemäß § 17 Abs. 1 KSchG vor Ausspruch von Kündigungen / Abschluss von Aufhebungsvereinbarungen bei Überschreitung der genannten Schwellenwerte innerhalb von 30 Tagen
- Erstattung muss schriftlich gegenüber (zuständiger) Agentur für Arbeit erfolgen unter Angabe von
 - Name des Arbeitgebers
 - Sitz des Betriebs
 - Gründen für geplante Entlassungen
 - Zahl und Berufsgruppen der zu entlassenden und der in der Regel beschäftigten AN
 - Zeitraum der geplanten Entlassungen
 - Vorgesehene Kriterien für Auswahl der zu entlassenden AN
- Beizufügen sind
 - Abschrift Mitteilung an den BR gem. § 17 Abs. 2 KSchG
 - Stellungnahme des BR (Ausn.: Glaubhaftmachung, dass Unterrichtung mindestens zwei Wochen vor Anzeige erfolgt ist)

MAYER | BROWN

Sonderthema: Massenentlassung (2/3)

- Massenentlassungsverfahren → auch eigenständige Pflicht zu Konsultation mit Betriebsrat gem. § 17 Abs. 2 BetrVG
- Pflicht zur Beratung bzgl. der Möglichkeiten Entlassungen zu vermeiden; nicht automatisch erfüllt mit Beteiligung nach §§ 111 ff. BetrVG; Unterrichtung kann aber zeitgleich erfolgen (Klarstellung empfohlen)
- Erforderlich ist schriftliche Unterrichtung des BR über
 - Gründe für geplante Entlassungen
 - Zahl und Berufsgruppen der zu entlassenden und der in der Regel beschäftigten AN
 - Zeitraum, in dem Entlassungen vorgenommen werden sollen
 - Auswahlkriterien, und
 - Kriterien zur Berechnung etwaiger Abfindungen; Abschrift der Unterrichtung des BR ist zeitgleich der Agentur für Arbeit zuzuleiten
- Erklärung des BR, er sei ordnungsgemäß nach § 17 Abs. 2 KSchG beteiligt worden, reicht nicht aus. Orientierung an Wortlaut des § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG empfehlenswert.
- Fehler bei der Unterrichtung und Konsultation bzw. Unterlassen, Verspätung oder Fehler bei der Massenentlassungsanzeige führen im Regelfall zur Nichtigkeit der Kündigung / Aufhebungsvereinbarung; bislang unentschieden, ob auch bei fehlerhafter Information über Nebenaspekte von Unwirksamkeit der Anzeige auszugehen ist

MAYER | BROWN

Sonderthema: Massenentlassung (3/3)

- Aktuelle Rechtsprechung:
 - BAG v. 16.11.2017 – 2 AZR 90/17 - Berücksichtigung von LeihAN für Schwellenwert (Vorlage an EuGH zwecks Auslegung von § 17 KSchG im Lichte der Massenentlassungsrichtlinie – RL 98/59/EG, aber zwischenzeitlich Rücknahme der Revision vor BAG, deshalb keine Klarstellung vom EuGH zu erwarten; LAG Düsseldorf ging von Berücksichtigung der LeihAN aus; § 14 Abs. 2 AÜG regelt nur Berücksichtigung bei Schwellenwerten der Betriebsverfassung und der Unternehmensmitbestimmung)
 - BAG v. 22.09.2016 – 2 AZR 276/16 – Konsultationsverpflichtung gem. § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG gilt als erfüllt, wenn ArbGeb Verhandlungen wegen mangelnder Vergleichsbereitschaft des Betriebsrats beendet
 - BAG v. 09.06.2016 – 6 AZR 405/15 – Fehler bei der Unterrichtung des Betriebsrats im Rahmen von § 17 Abs. 2 KSchG können u.U. mit Abgabe der Stellungnahme des Betriebsrats als geheilt angesehen werden
 - BAG v. 28.06.2012 – 6 AZR 780/10 – Wird die Entlassung einer zu geringen Anzahl an AN angezeigt, können sich auf diesen Fehler nur die von der Anzeige nicht erfassten AN berufen (d.h. kein „Dominoeffekt“).
 - LAG Berlin Brandenburg v. 11.07.2019 – 21 Sa 2100/18) - Auch wenn § 17 KSchG von „Betriebsrat“ spreche, so sei darunter im Lichte der Massenentlassungsrichtlinie jede nach nationalem Recht zu bildende Arbeitnehmervertretung, d.h. auch die SBV, zu verstehen

MAYER | BROWN

Sonderthema: Restrukturierung und Kurzarbeit

- Kurzarbeit als probates Mittel, um Stammbesetzung bei vorübergehenden Arbeitsausfällen zu halten und Beschäftigungskosten einzusparen. Nicht zur Kompensation dauerhafter Wettbewerbsnachteile aufgrund geänderter Marktsituation, Technologiewandel und/oder Digitalisierung.
- Spannungsfeld → Kurzarbeit setzt „vorübergehenden“ Arbeitsausfall voraus (§ 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III) <-> Personalabbau erfordert dauerhaften Wegfall von Arbeitsplätzen
- § 98 Abs. 1 Nr. 2 SGB III: Anspruch auf KuG endet mit Ausspruch einer Kündigung oder mit dem Abschluss eines Aufhebungsvertrags
- §§ 111 ff. BetrVG: Jedenfalls bis zum Abschluss eines Interessenausgleichsverfahrens ist offen, ob und welche Arbeitsplätze entfallen und Arbeitsverhältnisse beendet werden
- Fachliche Weisungen der AfA: Anspruch auf KuG entfällt mit Einleitung konkreter Umsetzungsschritte – jedenfalls bei Ausspruch von Kündigungen, Abschluss von Aufhebungsverträgen, Abschluss IA mit Namensliste --- (noch) nicht aber bei reinen Freiwilligenprogrammen
- BAG: erhöhte Anforderungen an Darlegung eines dauerhaften Arbeitsplatzwegfalls, wenn im Betrieb Kurzarbeit durchgeführt wird; Kurzarbeit sei Indiz für nur vorübergehenden Arbeitsausfall → ArbGeb muss Indizwirkung durch konkreten Sachvortrag entkräften

MAYER | BROWN

Dr. Guido Zeppenfeld Möglichkeiten zur Optimierung von Sozialplankosten

MAYER | BROWN

Sozialplanpflichtige Betriebsänderungen

- Erzwingbarer Sozialplan <> Freiwilliger Sozialplan
- Erzwingbarer Sozialplan grds. immer dann, wenn Betriebsänderung wirtschaftliche Nachteile für die Belegschaft bringen kann.
- Erzwingbarkeit bedeutet, dass der Spruch einer Einigungsstelle die Einigung zwischen ArbGeb und BR ersetzt (§ 112 IV BetrVG).
 - Im Gegensatz zum Interessenausgleich ist der Sozialplan grds. erzwingbar.
- Einschränkung der Erzwingbarkeit (§ 112a BetrVG)
 - Ausschließlicher Personalabbau: höherer Schwellenwert
 - In der Praxis kritisch: keine sonstige Betriebsänderung?
 - Neugegründete Unternehmen: Betriebe eines Unternehmens in den ersten 4 Jahren nach Gründung
 - Alter des Unternehmens (nicht des Betriebs) ausschlaggebend!; nicht bei Neugründung im Zusammenhang mit Umstrukturierungen!
 - Auch im Fall des § 112a BetrVG ist Interessenausgleich zu versuchen; BR kann auch Einigungsstelle anrufen, die dann als Vorfrage zunächst über ihre Zuständigkeit bzgl. Sozialplan entscheiden muss.

MAYER | BROWN

Sozialplanverhandlungen

- Freie Verhandlungen ArbGeb/BR
 - In der Praxis: Junktum zwischen Interessenausgleich (nicht erzwingbar) und Sozialplan (erzwingbar)
 - Keine zeitliche Begrenzung für Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen (Ausnahme: Insolvenzverfahren)
 - Zeit spielt für den BR
- Verhandlungsargumente des Arbeitgebers:
 - Privilegierung von „Freiwilligenprogrammen“ nur durch (gesonderte) freiwillige BV; keine Erzwingbarkeit
 - Transfermaßnahmen (BQG/Transfergesellschaft, interne beE) nur in engen Grenzen erzwingbar (str.)
 - „Damoklesschwert“ Insolvenz:
 - Gesetzliche Begrenzung des Sozialplanvolumens nach Insolvenzeröffnung (§ 123 InsO), die auch von Einigungsstelle zu beachten ist: 2,5 BMG (Obergrenze für Abfindungen); Gesamtvolumen des Sozialplans max. 1/3 der Masseforderungen (Berichtigungssperre)
 - Widerrufsrisiko für Sozialpläne, die innerhalb von 3 Monaten vor Eröffnungsantrag aufgestellt werden (§ 124 InsO)
 - In der Praxis sind die nachteiligen Gesamtfolgen einer Insolvenz für Unternehmen bzw. Konzern mit dem Vorteil einer Begrenzung des Sozialplanvolumens abzuwägen!

MAYER | BROWN

Tarifsozialplan

- Gewerkschaften können erheblichen Druck entfalten, um die ultimativen Sozialplankosten zu erhöhen!
- Gewerkschaften dürfen – parallel zu laufenden Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen der Betriebsparteien – einen Tarifsozialplan zu erstreiken versuchen. Sie sind dabei nicht an die betriebsverfassungsrechtlichen Verfahren oder Dotierungsbeschränkungen gebunden.
- In der Praxis erfolgt mitunter eine konzertierte Vorgehensweise von BR und Gewerkschaft („Strategie des doppelten Sozialplans“).
- Gegenmaßnahmen des ArbGeb:
 - Vorsorglicher Abschluss von Tarifverträgen bzgl. Regelung der Folgen von Restrukturierungen (Friedenspflicht)
 - Streikvorbereitungen (safety stock, Verlagerungsoptionen usw.)
 - Paralleles Vorantreiben der Verhandlungen mit dem BR (wichtig: Anrechnungsregelungen im regulären Sozialplan!)
 - „Optimierung“ der gesellschaftsrechtlichen Struktur => Vermeidung des Berechnungsdurchgriffs im Konzern (s.u.)

MAYER | BROWN

Einigungsstellenspruch – Ermessensgrenzen (1/3)

- § 76 III 3 BetrVG: Einigungsstellenvorsitzender hat „casting vote“
- § 76 V 3 BetrVG: Einigungsstelle fasst Beschlüsse nach billigem Ermessen unter
 - angemessener Berücksichtigung der
 - Belange des Betriebs und
 - der Belange der betroffenen Arbeitnehmer.
- § 76 V 4 BetrVG: Gerichtliche Überprüfung der Beachtung der Ermessensgrenzen (Frist: 2 Wochen ab Zustellung des Einigungsstellenbeschlusses)
 - Reine Rechtskontrolle; ArbG darf sein Ermessen nicht an die Stelle des Ermessens der Einigungsstelle setzen
 - In der Praxis sollte ArbGeb stets die rechtlichen Grenzen des Ermessens ggü dem Einigungsstellenvorsitzenden betonen! Kein Einigungsstellenvorsitzender hat es gerne, wenn „sein“ Spruch vom ArbG kassiert wird.

MAYER | BROWN

Einigungsstellenspruch – Ermessensgrenzen (2/3)

- § 112 V BetrVG: Konkretisierung der Ermessensgrenzen bei Einigungsstellenspruch über Sozialplan
 - (1) Ausgleich oder Milderung wirtschaftlicher Nachteile der Arbeitnehmer (insbes. Einkommensminderung, Verlust von Anwartschaften, Wegfall von Sonderleistungen usw.)
 - „Obergrenze“ des Sozialplanvolumens: vollständiger Ausgleich aller wirtschaftlichen Nachteile
 - „Untergrenze“ des Sozialplanvolumens: substantielle Milderung der wirtschaftlichen Nachteile (BAG: Abfindung überbrückt ca. 9 Monate Einkommensverlust durch Arbeitslosigkeit)
 - Keine pauschalen Ermessensgrenzen, sondern stets Einzelfallbetrachtung maßgebend!
 - (2) Berücksichtigung von Aussichten auf dem Arbeitsmarkt und Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten
 - Keine Überkompensation – Zweck des Sozialplans: zukunftsbezogene Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion (BAG)
 - Arbeitsmarktbezogene Prognose; hilfreiche Verhandlungsargumente können sich in der Praxis aus amtlichen Statistiken der Arbeitsagentur ergeben
 - Ausschluss von Sozialplanleistungen für Arbeitnehmer, die eine zumutbare Weiterbeschäftigung in anderem Betrieb oder Konzernunternehmen ablehnen oder einem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses (Betriebsübergang) ohne triftigen Grund widersprechen
 - In der Praxis eröffnet dies u.U. Gestaltungsspielräume

MAYER | BROWN

Einigungsstellenspruch – Ermessensgrenzen (3/3)

- (3) Berücksichtigung von Fördermöglichkeiten gemäß SGB III
 - Wenn möglich, sollen Sozialplanmittel zur Schaffung von Beschäftigungsmöglichkeiten eingesetzt werden; Abstimmung mit der Arbeitsagentur bzgl. Fördermöglichkeiten (z.B.: Transfergesellschaft/BQG)
 - Für den ArbGeb kann das attraktiv sein, weil Kündigungsschutzrisiken und -kosten vermieden werden können!
- (4) Korrektiv: Berücksichtigung der wirtschaftlichen Vertretbarkeit des Sozialplans für das Unternehmen
 - Keine Gefährdung des Fortbestands des Unternehmens
 - Sehr weites Ermessen der Einigungsstelle! Nach BAG sind Belastungen „bis an den Rand der Bestandsgefährdung“ zulässig; ebenso eine substantielle Aufzehrung geplanter Einsparungen durch Sozialplankosten. Grundsatz: Je härter es die Arbeitnehmer trifft, desto höhere Belastungen können dem ArbGeb abverlangt werden.
 - ArbGeb sollte frühzeitig Transparenz über wirtschaftliche Potenz des Unternehmens (Aktiva, Passiva, Liquidität, Refinanzierungsmöglichkeiten etc.) schaffen
 - Respicie finem: Vorsicht beim Ansatz von Rückstellungen für Sozialplankosten!
 - Hilfsargument: Beim Nachteilsausgleich (§ 113 BetrVG, § 10 KSchG) wird eine Höchstbegrenzung der Einzelabfindung für angemessen erachtet (BAG lehnt Analogie aber ab!)
 - Keine Gefährdung verbleibender Arbeitsplätze
 - Die Art der Betriebsänderung ist ausschlaggebend; Betriebsstilllegung <> Personalreduktion/Betriebsteilverlagerung

MAYER | BROWN

Vermeidung des Berechnungsdurchgriffs (1/6)

- Ausschlaggebend für die Ermessensgrenze der wirtschaftlichen Vertretbarkeit ist grundsätzlich die wirtschaftliche Potenz des ArbGeb-Unternehmens (nicht des Betriebs)
- Regelmäßige Grenze der wirtschaftlichen Vertretbarkeit: Illiquidität, bilanzielle Überschuldung, nicht zu vertretende Schmälerung des Eigenkapitals beim ArbGeb-Unternehmen (BAG)
- Berechnungsdurchgriff im Konzern:
 - Wenn ArbGeb-Unternehmen nicht in der Lage ist, eine substantielle Milderung der Nachteile für die Arbeitnehmer zu finanzieren, kann – ausnahmsweise – die wirtschaftliche Potenz der Muttergesellschaft/Konzernmutter bei der Festlegung des Sozialplanvolumens berücksichtigt werden
 - In der Praxis ist das ein gängiges Argument der Arbeitnehmervertreter
 - Sofern Voraussetzungen vorliegen, muss Einigungsstellenvorsitzender den Berechnungsdurchgriff erwägen
 - Soweit möglich, ist in der Praxis im Vorfeld darauf zu achten, dass die Voraussetzungen für den Berechnungsdurchgriff nicht vorliegen bzw. vermieden werden!
- Sonderfall: gesetzlicher Berechnungsdurchgriff bei Spaltung in Anlage- und Betriebsgesellschaft (§ 134 UmwG)

MAYER | BROWN

Vermeidung des Berechnungsdurchgriffs (2/6)

- Voraussetzungen des Berechnungsdurchgriffs
 - (1) ArbGeb-Unternehmen allein kann keine substantielle Nachteilsmilderung im Sozialplan finanzieren
 - (2) Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag (§ 291 AktG)
 - Einigungsstelle kann zur Dotierung des Sozialplans die Ressourcen des Unternehmensvertragspartners berücksichtigen
 - Beendigungsoptionen sind zu prüfen (insbes. Kündigungsgründe und -fristen, Berücksichtigung steuerlicher Aspekte)
 - § 303 I AktG: Ggf. Sicherheitsleistung (z.B.: Bürgschaft) für Gläubiger des ArbGeb-Unternehmens, deren Forderungen vor Handelsregistereintragung der Beendigung begründet worden sind
 - In der Praxis beruft sich der BR mitunter auf Sicherheitsleistung gemäß § 303 I AktG
 - Für Sozialplanansprüche greift dieser Tatbestand i.d.R. nicht; sicherheitshalber sollte bereits vor Aufnahme der Sozialplanverhandlungen die Beendigung des Unternehmensvertrags im Handelsregister eingetragen werden
 - (3) Konzerninterne Finanzierungsinstrumente (Patronatserklärung, Cash-Pooling-System, Gesellschafterdarlehen etc.)
 - Es ist genau zu analysieren, ob sich daraus ein Zugriff auf das Vermögen einer anderen Konzerngesellschaft zur Dotierung des Sozialplans ergeben kann
 - Ggf. sollten diese Instrumente angepasst oder beendet werden. Eine Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs geht damit i.d.R. nicht einher (s.u.)

MAYER | BROWN

Vermeidung des Berechnungsdurchgriffs (3/6)

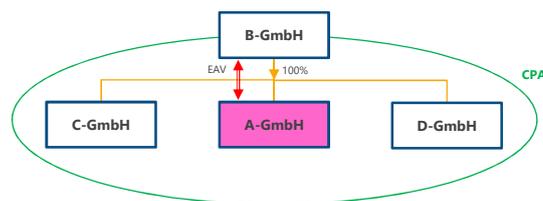
(4) Existenzvernichtungshaftung (§ 826 BGB)

- Schadensersatzanspruch des ArbGeb-Unternehmens, dessen Werthaltigkeit zur Dotierung des Sozialplanvolumens herangezogen werden kann
- Kompensationsloser und rechtfertigungsloser Vermögenszug durch den Gesellschafter
 - Nicht: bloßes Unterlassen hinreichender Kapitalausstattung oder Auftragsentzug; erforderlich: ein „Ausplündern“ des ArbGeb-Unternehmens
- Dadurch hervorgerufene oder vertiefte Insolvenz des ArbGeb-Unternehmens
 - In der Einigungsstelle sollte auf der Grundlage der aktuellen einschlägigen Rechtsprechung (BAG und BGH) argumentiert werden, dass eine Existenzvernichtungshaftung außerhalb einer Insolvenzsituation nicht in Betracht kommt.
- Vermeidung einer Insolvenzsituation beim ArbGeb-Unternehmen
 - Insolvenzsrechtliche Fortführungsprognose unter Berücksichtigung des Finanzbedarfs für das reguläre Geschäft und einer Sozialplandotierung, die eine substantielle Milderung der wirtschaftlichen Nachteile der betroffenen Arbeitnehmer ermöglicht – unter Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung des ArbGeb-Unternehmens
 - Bereitstellung entsprechend begrenzter Finanzierungsinstrumente (nachrangige Gesellschafterdarlehen, Aufstockung der Kapitalreserve, abstraktes Schuldversprechen etc.)
 - Berücksichtigung evtl. Pensionsverbindlichkeiten zur Vermeidung einer bilanziellen Überschuldung des ArbGeb-Unternehmens

MAYER | BROWN

Vermeidung des Berechnungsdurchgriffs (4/6)

Case Study:



- A-GmbH, ein Maschinenbauunternehmen, schließt ihren einzigen Betrieb mit 1.000 Arbeitnehmern (davon 95% gewerbliche Produktionsmitarbeiter)
- Zwischen der A-GmbH und der B-GmbH (Konzernmutter) besteht ein Ergebnisabführungsvertrag („EAV“), der mit einer Frist von 3 Monaten zum Ende eines Fiskaljahres beiderseits kündbar ist; Fiskaljahr der A-GmbH ist das Kalenderjahr
- Die B-GmbH und ihre Tochterunternehmen sind Vertragsparteien eines cash-pooling agreement („CPA“)
- Das Geschäft der A-GmbH ist seit 10 Jahren defizitär; ohne EAV und CPA wäre sie wirtschaftlich nicht überlebensfähig; die A-GmbH hat Pensionsverbindlichkeiten i.H.v. € 100 Mio.
- Die Konzernmutter rechnet mit einem Sozialplanvolumen i.H.v. € 50 Mio., durchschnittlich: € 50k/Arbeitnehmer („Ziel-Sozialplanvolumen“)
- Geplant ist, dass die Sozialplanverhandlungen Anfang November beginnen; aufgrund der zu erwartenden überzogenen Sozialplanforderungen der Arbeitnehmervertreter rechnet man damit, dass ein Sozialplan letztlich per Einigungsstellenspruch aufgestellt werden wird

MAYER | BROWN

Vermeidung des Berechnungsdurchgriffs (5/6)

Maßnahmen vor Aufnahme der Sozialplanberatungen gem. §§ 111 ff BetrVG:

- (1) Ausreichende Dotierung des Ziel-Sozialplanvolumens
 - Arbeitsmarktbezogene Prognose bzgl. der betroffenen Arbeitnehmer (wie schwer trifft es den Einzelnen?)
 - Maßstab: reichen € 50k durchschnittlich aus, um die wirtschaftlichen Nachteile des Einzelnen substantiell zu mildern?
- (2) Kündigung des EAV; Eintragung im Handelsregister
 - Kündigung besser als einvernehmliche Aufhebung (Ausschluss pot. Haftungsrisiken für Geschäftsführer der A-GmbH)
 - Beendigung und Eintragung erst nach Ablauf der Kündigungsfrist (hier: 3 Monate zum Kalenderjahr). Da die Sozialplanberatungen schon Anfang November beginnen sollen, ist die Aufstellung eines Rumpfgeschäftsjahres (mit Ende 31. Oktober) zu erwägen. Erforderlich insoweit: Gesellschafterbeschluss, Satzungsänderung, Eintragung ins Handelsregister, formale Einholung der Genehmigung durch Betriebsstättenfinanzamt.
 - Notarielle Beglaubigungen und Anmeldung zum Handelsregister (Vorlauf von mehreren Wochen bis zur Eintragung – ggf. Im Vorfeld mit Handelsregister abzustimmen)
 - Ggf. Sicherheitsleistung (§ 303 AktG) für Gläubiger der A-GmbH durch B-GmbH (z.B.: Bürgschaft)
- (3) Änderung des CPA
 - Die Konzernunternehmen sollten ggf. die Regelungen des CPA dahingehend einvernehmlich abändern, dass ein Rückgriff auf den cash-pool für außergewöhnliche Geschäftstätigkeiten (z.B.: Aufstellung eines Sozialplan) ausdrücklich ausgeschlossen ist

MAYER | BROWN

Vermeidung des Berechnungsdurchgriffs (6/6)

- (4) Vermeidung einer Insolvenzsituation der A-GmbH
 - Erstellung einer insolvenzrechtlichen Fortführungsprognose und Ermittlung des Finanzbedarfs der A-GmbH nach Beendigung des EAV unter Berücksichtigung zu erwartender angemessener Sozialplankosten (maximal Ziel-Sozialplanvolumen)
 - B-GmbH stellt entsprechende Finanzierung der Verpflichtungen der A-GmbH sicher (z.B.: durch eine entsprechende Aufstockung der Kapitalreserve der A-GmbH)
 - Die Pensionsverbindlichkeiten der A-GmbH werden bilanzverkürzend in ein CTA ausgelagert; externer CTA provider; abstraktes Schuldversprechen der B-GmbH an A-GmbH zum Zwecke des fundings des CTA
 - (5) Ausschluss eines kompensationslosen, nicht gerechtfertigten Vermögensentzugs durch die Gesellschafterin
 - Weder die Beendigung des EAV noch die Änderung des CPA oder die (begrenzte) Kapitalausstattung i.R.d. Fortführungsprognose stellen tatbestandlich ein „Ausplündern“ der A-GmbH dar
- Im Ergebnis ist das Ermessen der Einigungsstelle hinsichtlich der Dotierung des Sozialplans der A-GmbH auf das Ziel-Sozialplanvolumen begrenzt
- Rein rechtlich gilt diese Begrenzung nicht für einen Tarifsozialplan. In der Praxis wird die Gewerkschaft aber wegen der zu erwartenden Nachteile für die Arbeitnehmer eine Insolvenz der A-GmbH nur ausnahmsweise riskieren. Es ist vielmehr damit zu rechnen, dass die Gewerkschaft versucht, Druck auf die B-GmbH auszuüben. Darauf sollte man vorbereitet sein

MAYER | BROWN



Restrukturierung & Personalabbau – Einblicke in die Praxis

- Vorbereitung der Maßnahme
 - Projektteam und -plan
 - Operative Vorbereitung
 - Kommunikationsstrategie
- Umsetzung der Maßnahme
 - D-Day
 - Verhandlungen
 - Abwicklung

MAYER BROWN

Restrukturierung & Personalabbau – Einblicke in die Praxis (Vorbereitung)

• **Projektplan**

– Ziel der Maßnahme

- Im Vorfeld etwaiger Vorbereitungen sollte das Ziel der Maßnahme klar definiert werden, da sich hieran der weitere Verlauf des Projektplans orientiert
 - Bsp.: Personalabbau vs. Betriebs- vs. Teilbetriebsschließung
 - Zielstruktur – Wie soll die verbleibende Organisation aussehen?

– Tangierte Fachbereiche

- Je nach Art der Maßnahme fallen die tangierten Fachbereiche unterschiedlich aus und müssen (u.U. standortübergreifend) an der Vorbereitung beteiligt werden. Bezogen auf die Realwirtschaft muss neben der operativen Seite („OPS“) sowohl eine Einbindung der Beschaffung (einschl. Logistik) als auch die Vertriebsseite in Betracht gezogen werden. Stabsstellen wie HR oder Legal sind indes stets bei solchen Maßnahmen eingebunden

MAYER | BROWN

Restrukturierung & Personalabbau – Einblicke in die Praxis (Vorbereitung)

• **Auswahl Projektteam**

– Prinzipal-Agenten-Dilemma

- Die Interessen des Prinzipals sind nicht unbedingt kongruent mit den Interessen des Agenten. Dieses Spannungsfeld kann durch den Agenten, begünstigt durch den üblichen Wissensvorsprung, entweder im Sinne oder zum Nachteil des Prinzipals eingesetzt werden
- Gründe für einen nachteiligen Einsatz sind vielfältig:
 - Existenzangst, die Abschaffung der eignen Position oder schlichtweg Ressentiments des lokalen Managements gegenüber Konzernvorgaben bzw. neuer Eigentümer können Treiber inkongruenter Interessenlagen sein

– Halteprämien oder Anschlussverwendung

- Durch monetäre Incentivierung (bspw. Boni) oder einer attraktiven Anschlussverwendung kann den widerstreitenden Interessen entgegen gewirkt werden; Getilgt ist das Risiko damit allerdings nicht
- KPIs oder ein bestimmter Projektfortschritt können als objektiver Gradmesser zur Kontrolle des Agenten vereinbart werden

MAYER | BROWN

Restrukturierung & Personalabbau – Einblicke in die Praxis (Vorbereitung)

- **Kommunikationsstrategie**

- Rahmenhandlung (“storyline”)

- Bietet Sicherheit im Umgang mit unvorhergesehenen Ereignissen, identifiziert Interessengruppen und berücksichtigt deren Belange
- Beinhaltet Kontaktdaten der Ansprechpartner bei externen/internen Anfragen sowie einen Eskalationsplan bei Informationsleck

- Stakeholder

- Mitarbeiter: Neben den betroffenen Arbeitnehmern, sind u. U. auch Arbeitnehmer anderer Betriebe/ Gruppenunternehmen zu informieren, um Unruhe innerhalb der Gesamtbelegschaft zu vermeiden
- Kunden / Lieferanten: Vorabinformation, um etwaige Freigabeprozesse oder neue Lieferadressen anzustoßen
- Lokale „Spieler“ (Gewerkschaft, Politik, Medien): Je nach Zeitpunkt der Bekanntgabe können bestimmte Rahmenbedingungen einen Einfluss auf das (Des-)Interesse der lokalen „Spieler“ haben

MAYER | BROWN

Restrukturierung & Personalabbau – Einblicke in die Praxis (Umsetzung)

- **D-Day**

- D-Day⁽⁻ⁿ⁾

- Im Vorfeld der öffentlichen Bekanntgabe müssen ggf. Gewinnabführungs- oder Beherrschungsverträge gekündigt, Gesellschafterbeschlüsse oder Gremienzustimmungen (bspw. Zustimmung des AR) eingeholt werden – Stichwort: Optimierung von Sozialplankosten

- D-Day

- Am Tag der Bekanntgabe sollten die diversen Meetings aufeinander abgestimmt werden, um Unruhe oder ungewollte Informationslecks möglichst zu vermeiden. So könnte man mit dem lokalen Betriebsrat (je nach Zuständigkeit auch mit dem GBR) beginnen und würde die Absicht der Unternehmensführung mitteilen. Zeitgleich hierzu könnte man den europäischen Betriebsrat oder andere Gremien in Kenntnis setzen, sofern diese vorhanden und zuständig sind
- In einem weiteren Schritt informiert man im Rahmen einer Betriebsversammlung (“town hall”) die betroffenen Arbeitnehmer und sukzessive andere Standorte oder Führungsteams je nach Zusammensetzung der Unternehmensgruppe

MAYER | BROWN

Restrukturierung & Personalabbau – Einblicke in die Praxis (Umsetzung)

• Verhandlungen

– Verhandlungsteam

- Sollte sich aus bekannten und unbekanntem Gesichtern zusammensetzen

Beispiel: Lokales Management und HR sowie Legal / External Counsel

– Verhandlungsstrategie

- Ziel des Verhandlungsteams sollte eine zügige Beendigung der Informationsphase und der Übergang in die Verhandlungsphase des mitbestimmungsrechtlichen Prozesses sein
 - Üblicherweise wird die Arbeitnehmerseite versuchen, die Informationsphase in die Länge zu ziehen, um Zeit zu gewinnen
- In Ermangelung gesetzlicher Fristen ist die Dokumentation der Bemühungen und bereitgestellter Informationen seitens des Arbeitgebers ("paper trail") ein wichtiger Baustein auf dem Weg zur Einigungsstelle, sofern die Arbeitnehmerseite sich obstruktiv verhält und kein ernsthaftes Interesse an den Verhandlungen zeigt

MAYER | BROWN

Restrukturierung & Personalabbau – Einblicke in die Praxis (Umsetzung)

• Abwicklung

- Je nach Art und Ausprägung der Maßnahme schließt sich an den erfolgreichen Abschluss eines IASP eine Reihe von Abwicklungstätigkeiten
 - So müssen bei Standortschließungen oder –verlagerungen u. U. Mietverhältnisse oder Dienst- und Lieferverträge gekündigt werden, die man im Rahmen der Vorbereitung nicht kündigen konnte, ohne lokal Aufsehen zu erregen
 - An die Aufgabe oder Verlagerung von Standorten knüpfen sich sodann auch Verlagerung oder Verkauf von Maschinen, Werkzeug, Ausrüstung u. ä. sowie der Rückbau- und Rückgabeverpflichtungen an, die Berücksichtigung bei der Projektplanung finden sollten
 - Die Abwicklung hat sowohl Einfluss auf die Projektlaufzeit als auch auf das Budget, denn es müssen ggf. Kompensationszahlungen an Vertragspartner geleistet werden. Hinzu kommen noch Zahlungen (bspw. Anwesenheitsprämien), mit denen man ein Rumpfteam für die Aufräumarbeiten halten möchte

MAYER | BROWN

Disclaimer

- These materials are provided by Mayer Brown and reflect information as of the date of presentation.
- The contents are intended to provide a general guide to the subject matter only and should not be treated as a substitute for specific advice concerning individual situations.
- You may not copy or modify the materials or use them for any purpose without our express prior written permission.

MAYER BROWN

**Mayer Brown LLP
Frankfurt**
Friedrich-Ebert-Anlage 35-37
60327 Frankfurt am Main
T: +49 69 79 41 0
F: +49 69 79 41 100

**Mayer Brown LLP
Düsseldorf**
Königsallee 61
40215 Düsseldorf
T: +211 86224 0
F: +211 86224 100

Americas | Asia | Europe | Middle East

[mayerbrown.com](https://www.mayerbrown.com)

Mayer Brown is a global services provider comprising associated legal practices that are separate entities, including Mayer Brown LLP (Illinois, USA), Mayer Brown International LLP (Singapore), Mayer Brown (a Hong Kong partnership) and Tsui & Cheung Advogados (a Brazilian law partnership) (collectively, the "Mayer Brown Practices") and non-legal service providers, which provide consultancy services (the "Mayer Brown Consultancies"). The Mayer Brown Practices and Mayer Brown Consultancies are established in various jurisdictions and may be a legal person or a partnership. Clients of the individual Mayer Brown Practices and Mayer Brown Consultancies can be found in the Legal Notices section of our website. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of Mayer Brown. © Mayer Brown. All rights reserved.